اقليم كوردستان العراق
مجلـس القضاء

أحكام الوصية في القانون العراقي

بحث مقدم من قبل القاضي
رمزي عبد الله اسلام
قاضي محكمة الاحوال الشخصية في قسروك

لمتطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من صنوف القضاة

بإشراف
القاضي مروان عادل اسماعيل
عضو محكمة جنايات دهوك الثانية

1443 هـ 2721ك
2021 م

П

{أخم □ □ □ سم □ □ □ □ □ □ □
□ □ □ □ □}

صدق الله العظيم
سورة البقرة الآية
(180)

الاهداء

الـى
- والديَّ بّراً وعرفاناً
- الى كل من مد لي يد العون والمساعدة واضاء لي طريق العلم

الباحث

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والأمتنان الى القاضي الاستاذ (مروان عادل اسماعيل) عضو محكمة جنابات دهوك الثانية الذي تفضل بالأشراف على هذا البحث ولما أبداه من توجيهات قيّمة ... وجزاه الله خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى زميلنا عضو الادعاء العام السيد (شعبان عبد الله حسن) لما دقمه لي من عون في هذا البحث داعياً له دوام الصحة والنجاح.

الباحث

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	2 – 1
الفصل الاول: مفهوم الوصية وتكوينها	12 – 3
المبحث الاول: المعنى اللغوي والإصطلاحي للوصية وتميّزها عن الميراث والحكمة منها وتكوينها	3
المطلب الأول: المعنى اللغوي والإصطلاحي للوصية وتميّزها عن الميراث والحكمة منها	4
المطلب الثاني: أصل تكوين الوصية وأدلة مشروعيتها	6
المبحث الثاني: أنواع الوصية	8
المطلب الأول: الوصية الإختيارية	8
المطلب الثاني: الوصية الواجبة	9
الفصل الثاني: شروط الوصية	24 – 13
المبحث الاول: الشروط المتعلقة بشرط الباعث على الوصية والموصي	13
المطلب الاول: شرط الباعث على الوصية	13
المطلب الثاني: شروط الموصي	14
المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالموصى له والموصى به	19
المطلب الاول: شروط الموصى له	19
المطلب الثاني: شروط الموصى به	22
الفصل الثالث: أركان الوصية وأحكامها في القانون العراقي	41 – 25
المبحث الاول: أركان الوصية واحكامها في القانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية العراقي	25
المطلب الاول: أركان الوصية	25
المطلب الثاني: أحكام الوصية في القوانين العراقية	32
المبحث الثاني: طرق إثبات الوصية ومبطلاتها	33
المطلب الاول: طرق إثبات الوصية	33
المطلب الثاني: مبطلات الوصية	37

الخاتمة	42 – 43
قائمة المصادر والمراجع	44 – 47

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

المقدمة

منذ أن تبلورت فكرة تمليك وتملك الاموال عرف الانسان الوصية كوسيلة من وسائل نقل الملكية الى الغير بالارادة المنفردة، مع بعض الاختلافات الشكلية بالنسبة للطرق المتبعة في الوصية أو في تحديد طبيعتها في كل عصر ولدى كل مجتمع.

فقد كانت الوصية عند قدماء المصريين عبار عن كون الاراضي والاموال ملكاً للفراعنة وكان دور الشعب يقتصر على الانتفاع دون التملك واستمر ذلك وقتاً من الزمن حتى أجاز بعد ذلك للشعب حق التملك للأعيان، كالمنافع ثم توريثها لأولادهم وللزوجة والأقارب وحق احلال أولاد إبنه محل أبيهم إذا توفي قبله في استحقاق ما كان يستحقه إرثاً لو كان حياً وكان كل ذلك عن طريق الوصية التي كانت من شروطها الشكلية الاشهاد عليها وكتابتها.

والوصية عند قدماء اليونانيين كانت عن طريق رب الأسرة أيضاً وكان يحق له أن يوصي بأمواله جميعاً لمن يشاء ويصبح الموصى له بمقتضى هذه الوصية رئيساً للاسرة ومالكاً لأمواله. كما كانت الوصية عند الرومان قد يتم عن طريق بيع الأموال لشخص محل ثقة يقوم بتنفيذ إرادة الموصي بعد وفاته. ولم يسمح القانون الاغريقي بخروج أموال الأسرة عن نطاق أفرادها بطريق الوصية.

وأما الوصية عند العرب فكانت بصورة عشوائية الى حد كبير، فيوصي بعضهم لبعض من غير ارتباط بقانون أو عمل بتشريع ينظم ذلك على وجه يوفر العدالة وروح الانصاف بل كانوا يسيرون في وصاياهم على الظلم ومجافاة العدل توفيراً لما جبلوا عليه في حياتهم العامة من حب المباهاة والتفاخر[(1)].

فجاءت الشريعة الاسلامية ونظمت أحكام الوصية وأعلنت مبدأ (الأقربون أولى بالمعروف) لتزيل الحقد والضغينة وتبعث على توثيق عرى الصلة والمودة وتقوية أواصر الأسرة والقرابة كما جاء في الآية الكريمة (□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □)[(2)].

وبما أن أغلب قوانين الاحوال الشخصية في الدول العربية نظمت أحكام الوصية ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي وتعديلاته رقم 188 لسنة 1959، والمعروف ان قانون الاحوال الشخصية العراقي استمد أحكامه من مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملائمة مع نصوص قانون الاحوال الشخصية دون التقيد بمذهب معين[(3)].

منهجية البحث:

---

(1) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج1، الطبعة الرابعة المعدلة، دار الفكر بدمشق، 2002م، ص7438.

(2) سورة البقرة، الآية (180).

(3) حيث جاء في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل (1- يسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. 2- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون. 3- تسترشد المحاكم= = في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي وفي البلاد الاسلامية الاخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

اعتَمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي والتطبيقي، لشرح نصوص التشريعات العراقية والتعديلات الصادرة بصددها في ضوء القرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص. وقد انحصر التحليل فيما يخص القوانين بقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 والقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 وتعديلاته، وفيما يخص القرارات القضائية، إنحصر التحليل في القرارات التمييزية الصادرة من محاكم العراق بشكل عام.

أسباب اختيار البحث:

من خلال عملنا في سلك القضاء لم نجد إلا قلة قليلة من دعاوى الوصية في محاكم الاحوال الشخصية في دهوك وربما كانت معروفة في سنوات كثيرة بالرغم من أهمية الوصية من الناحية الشرعية، مما يتبين لنا عزوف الناس عن كتابة الوصية وعدم اهتمامهم بموضوع الوصية بالرغم من وجود آيات كثيرة في القرآن الكريم واحاديث نبوية شريفة تحث الناس على الاهتمام بموضوع الوصية وهذه كانت من أهم أسباب اختياري للبحث.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث الى ثلاث فصول، خصصنا الفصل الأول لدراسة مفهوم الوصية وتكوينها، وتناولنا في الفصل الثاني شروط الوصية، وفي الفصل الثالث تطرقنا الى أركان الوصية وأحكامها في القانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية وطرق إثباتها ومبطلاتها وانهينا البحث بخاتمة لخصنا فيها أهم الاستنتاجات التي توصلنا اليها في البحث.

الفصل الأول

مفهوم الوصية وتكوينها

الوصية نظام قديم، ولكنه في بعض الأزمان والأماكن اقترن بالظلم والإجحاف، فعند الرومان كان لرَبّ العائلة عن طريق الوصية التصرف بأملاكه تصرفاً حراً دون أن يقيده أي قانون، فقد يوصي بكل أملاكه لأجنبي، ويحرم اولاده من حق الميراث.

وعند العرب في الجاهلية، كانوا يوصون للأجانب تفاخراً ومُباهاتاً ويتركون الأولاد والأقارب في الفقر والحاجة[1].

فجاء الدين الاسلامي الحنيف وصحح مفهوم الوصية على أساس العدل والحق، فألزم الناس أصحاب الأموال قبل تشريع الميراث بالوصية للوالدين والأقربين، فكانت الوصية في بداية الاسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين لقوله تعالى (ﱡ □ □ □ ﱠ □ □ □
□ □ □ □ □ □ □ □ □)[2].

وفي هذا الفصل نتناول مفهوم الوصية وتكوينها، وذلك في مبحثين، تبين في المبحث الاول المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية وتمييزها عن الميراث والحكمة منها وتكوينها، وفي المبحث الثاني نتطرق الى أنواع الوصية.

المبحث الأول

المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية وتمييزها عن الميراث والحكمة منها وتكوينها

عُرِّفت الوصية منذ ان عرف الانسان مفهوم المال، وظن ان حياته الفانية تُحتم عليه التفكير جدّياً في مآل ثروته، وفي مستقبل أولاده، ولذلك وجدت الوصية في نشأتها الاولى تلبية لهذه الرغبة، وعلى الرغم من التطور الذي أنجزته مراحل العقل البشري، في مجال القانون إلا أن المشرع لم يترك ربّ الاسرة مطلق الحرية في هذا الباب من كل شرط او قيد يوصي لمن يشاء ويحرم من يشاء، الأمر الذي دعا المشرع الى التدخل في موضوع الوصية حيث لم يجز أن يوصي الشخص بأكثر من الثلث إلا اذا وافق جميع الورثة على ذلك[3].

ولعل الحكمة من الوصية هي تدارك ما فات الانسان من أعمال الخير والبر، حيث إذا اقترب أجل الانسان يندم على ما فاته من أعمال الخير، وكذلك يلجأ الى الوصية قربانا لله او مساعدة للفقراء والمساكين، فأباح له المشرع تحقيق هذه الرغبة عن طريق الوصية، لذلك وفي هذا المبحث سوف نتطرق الى تعريف الوصية وادلة مشروعيتها وذلك في مطلبين وكالآتي:

المطلب الاول: المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية وتمييزها عن الميراث والحكمة منها

المطلب الثاني: أصل تكوين الوصية وأدلة مشروعيتها

المطلب الاول

المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية وتمييزها عن الميراث والحكمة منها

(1) محمد علي محمد يحيى، أحكام الوصية في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير قدمت الى جامعة النجاح الوطنية في نابلس، في 2010/2/15م، ص2-3.

(2) سورة البقرة، الآية (180).

(3) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7439..

أولاً- الوصية لغةً: أوصى الرجل ووصاه: عهد اليه. وأوصَيته ايصاءاً أو توصية بمعنى. وتواصى القوم أي أوصى بعضهم بعضاً. والاسم الوَصاةُ والوصَايةُ والوِصايةُ. والوصية أيضاً: ما أوصَيْتُ به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[1].

ويطلب عليه أيضاً على أنه (وصى) فلان (يصي) وَصياً: حسن بعد رفعة واتزن بعد خفّة: يقال وصى البنت، إذا اتصل وكثر. والوصية ما يوصى به[2].

ثانياً- الوصية اصطلاحاً: "تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت". وهذا التعريف يتناول ما كان تمليكاً كالوصية لشخص معين، وما ليس بتمليك كالوصية للفقراء والمساجد، ويتناول ما كان إسقاطاً في معنى التمليك كالوصية بالبراءة من الدين، وما كان إسقاطاً محضاً كالوصية بالبراءة من الكفالة، كما يتناول الوصية بحق كالوصية بتأجيل الدين. فجميع هذه الوصايا تعتبر تصرفاً في التركة مضاف الى ما بعد الموت[3].

وقد عرَّف قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل بالقانون رقم (15) لسنة (2008) النافذ في أقليم كوردستان – العراق الوصية في المادة (64) منه بقوله (تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض). واختيار هذا التعريف مبني على أساس ان الوصية نوع من انواع عقود التبرعات المالية، تنشأ بالإرادة المنفردة، وهي سبب من أسباب كسب الملكية، وإلا فالوصية أعم من ذلك، فهي تشمل اضافة الى ذلك: إبراء المدين من الدين وإبراء الكفيل مما تكفل به، وأداء واجب عليه كحج وجب عليه ولم يحج، وزكاة وجبت في ماله ولم يدفعها، ورد الأمانات الى أهلها وتسديد الديون الواجبة عليه وغير ذلك[4].

وتمت الاشارة الى الوصية في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) النافذ في المادة (1109) منه بأنه (1- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع او المحاباة، يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفا مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له. 2- ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان او غير وارث، وكذلك الكفالة في مرض الموت).

ثالثاً: تمييز الوصية عن الميراث: هناك أوجه شبه بين الوصية والميراث باعتبارهما تصرف مضاف الى ما بعد الموت، بحيث أن ملكية الموصى به لا تنتقل الى الموصى له الا بعد وفاة الموصي، وأن الانسان يستطيع التصرف في ماله ما دام باقياً على قيد الحياة، أما بعد وفاته فلا يمكن التصرف في ماله، لأن مال الميت حينئذ يصير الى ورثته الذين حددتهم النصوص الخاصة بذلك، ولكن الوصية تختلف عن الميراث من عدة نواح:

---

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، مؤسسة الأعلامي للمطبوعات، بيروت – لبنان، 2005، ص4299-4300، مادة وصى.

(2) أحمد الزيات وابراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، إيران – طهران، 1429 – قمري، ص1038.

(3) د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقضاء والقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003، ص330. وهذا التعريف قال به المالكية: الدسوقي، شمس الدين عمر عرفة الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيد ابن احمد الدردير، دار إحياء التراث العربي، ج4، ص422.

(4) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، الطبعة الاولى، دار نشر إحسان، إيران – طهران، 2013، ص175.

1- أن الميراث حق شرعي يثبت بالوفاة للورثة، وان هذا الحق متعلق بالباقي من تركة الميت ولكن بعد تجهيز الميت حسب الاصول الشرعية وسداد ديونه المترتبة بذمته حال حياته، أما الوصية فهي تصرف إنشائي من الموصي نفسه حال حياته لمصلحة الغير سواء أكان من ورثته او من الغير في جزء من ماله، ومرتبة اخراج الوصية من التركة يأتي قبل مرتبة الميراث[1].

2- أساس الميراث القرابة او الزوجية في حين لا تشترط القرابة او الزوجية بالنسبة للوصية، لأن مصدره هي الإرادة المنفردة، فللموصي أن يوصي لمن يشاء، ما لم تتعارض وصيته مع الشريعة الاسلامية[2].

3- ملكية الورثة في التركة قبل التقسيم دائماً تكون على سبيل الشيوع، بخلاف ملكية الموصى له، فأنها قد تكون على وجه الشيوع، إذا كانت بنسبة معينة منها كالثلث والربع ... وقد تكون مفرزة ومحددة إذا كانت الموصى به عيناً معينة كالوصية بداره او سيارته او غيرهما من الأعيان والمنافع[3].

4- لا يملك الوارث رد الموروث بل يدخل الموروث في ملكه جبراً وبدون إرادته رضي ام كره. أما الوصية فيستطيع الموصى له رد الموصى به وعدم القبول به، وإذا فعل ذلك بطلت الوصية.

5- الأشخاص الذي يوصى لهم لم يعينهم المشرع ولم يعيين نصيب كل شخص في القدر الذي تنفذ في الوصية، أما الاشخاص الذين يرثون فقد عينهم الشارع في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وتم تحديد أنصبتهم[4].

رابعاً: حكمة مشروعية الوصية: مقتضى القواعد العامة هو عدم جواز الوصية، لأنها تصرف مضاف الى زمن لا يملك الموصي سلطة هذا التصرف، لكن الشارع الحكيم أجازها، واستثناءً، بل أكَّد عليها لما فيها من مصلحة الموصي والموصى له.

أما مصلحة الموصي: فهي عبارة عمّا يكسبه في الآخرة من الأجر والثواب وما يحصل عليه في الدنيا من الثناء والتقدير، فالإنسان قد يفوته في الدنيا القيام بأعمال الخير أو يقصّر فيها، ثم يتدارك بوصيته ما فاته. إضافة الى ذلك فإنه يكافئ بوصيته من قدّم إليه في حياته معروفاً[5].

والأصل في الوصية أنها لا تلزم إلا بالموت، والموت يزيل المُلك فلا يجوز تصرف الإنسان فيما يملك، ولكن الشارع أجاز الوصية لأن النص أقوى من القاعدة، ولما فيها من مصلحة خاصة ومصلحة عامة[6].

فالوصية هي سبب كل التبرعات، وأن الموصي يحصل على الخير في الدنيا، وينال الثواب في الآخرة، وتؤدي الوصية دورها الفعّال في مجال صلة الرحم، وسَدّ خلة المحتاجين،

---

(1) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصدر سابق، ص336.
(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص182.
(3) د.مصطفى ابراهيم الزلمي، ص182.
(4) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مصدر سابق، ص337.
(5) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص178.
(6) د. احمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الاسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002، ص34.

وتخفيف الأعباء عن الضعفاء والبؤساء والمساكين، لقوله تعالى (آ ين ﴿بج﴾)[1].

المطلب الثاني
اصل تكوين الوصية وادلة مشروعيتها

مقتضى القواعد الشرعية أن تكون الوصية غير جائزة كونها مضافة الى زمن قد انقطع فيه حق الموصي في ماله، ولكن الله سبحانه وتعالى أجازها لأن في إجازتها خير للموصي ولأقربائه وللمجتمع، فمصلحة الموصي يتمثل فيما يناله من الأجر في يوم القيامة، اما مصلحة الأقرباء فيكون غالباً للذين لا يرثون من الموصي بموجب أحكام الميراث في الشريعة، أما مصلحة المجتمع فان الوصية باب من أبواب الإنفاق على المشاريع العامة كالمساجد والمدارس والمستشفيات والمكاتب[2]. وعلى هذا الأساس فقد ثبت مشروعية الوصية بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولا: القرآن: وردت آيات كثيرة بخصوص أحكام الوصية منها قوله تعالى (﴿خم سم﴾)[3].

ثانياً: السنة: فقد روى الزهري عن عامر ابن سعيد عن أبيه، عن أبي وقاص، قال مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت، فعادني رسول الله (ρ)، فقلت: أي رسول الله إن لي مالاً كثيراً، ولا يرثني إلا إبنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: "لا" قبلت فالشطر؟ قال: "لا" قلت: فالثلث؟ قال: (الثلث، والثلث كثير. أن تذر ورثتك اغنياء، خيرمن أن تذرهم عالة يتكففون الناس)[4].

ثالثاً: الإجماع: المسلمون منذ عهد النبي (ρ) الى يومنا هذا يوصون ببعض اموالهم الى من يشاؤون من غير إنكار من أحد، فكان ذلك إجماعاً. وإن الاجماع مصدر من مصادر الشريعة الاسلامية، ولا يمكن أن يكون إجماع امة محمد (ρ) على الباطل[5].

---

(1) سورة النساء، الآية (12).
(2) د. مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة السابعة، دار الوراق، بيروت، 2000م، ج2، ص59.
(3) سورة البقرة، الآية (180).
(4) الإمام: أبي عبد الله محمد ابن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، رقم الحديث (1295)، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، الطبعة الاولى، (1423هـ - 2002م)، ص313، الإمام: أبي الحسن مسلم ابن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، كتاب الوصية، رقم الحديث (1628)، مؤسسة المختار، القاهرة، الطبعة الاولى (1426هـ - 2005م)، ص689-690.
(5) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7442.

المبحث الثاني
انواع الوصية

لقد تحدثت الكتب الفقهية عن أنواع كثيرة من الوصايا ولعل بعض هذه الأنواع لا يهمنا من الناحية القانونية ولكن من الأفضل الإشارة الى بعضها منها (الوصية الواجبة) والتي سنركز عليها لاحقاً، وكذلك (الوصية المندوبة) والتي يقصد بها التقرب الى الله سبحانه وتعالى وتقديم الخير والبر للأقرباء اللذين لا يرثون.

وهنالك نوع آخر من الوصية يقال لها (الوصية المحرمة) كالوصية لأهل الفسق والمعصية وحكم هذه الوصية وفق رأي جمهور الفقهاء هي محرمة وغير صحيحة. أما (الوصية المباحة) كالوصية للأغنياء من الاجانب والأقارب، فهذه الوصية جائزة.

وكذلك هناك نوع آخر من الوصية يقال لها (الوصية الاختيارية) وهذه الوصية تكون لغير الوارثين[1]. عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين:

المطلب الاول: الوصية الإختيارية.

المطلب الثاني: الوصية الواجبة.

المطلب الأول
الوصية الإختيارية

إنَّ الوصية تكون إختيارية إذا كانت لغير الورثة. وإنَّ هذه الوصية تصح بثلث المال وبما يزيد عليه إلا أنها لا تنفذ في الزائد إلا بإجازة الورثة فإن لم يكن هناك وارث خاص أو كانوا وأجازوا الوصية كلها نفذت في جميع الأموال. وأن الوصية الإختيارية تأتي بعد مرتبة الوصية الواجبة فالأخيرة تقدم على الأولى حين التنفيذ. وبناءً على ذلك لا تتزاحم الوصايا الإ إذا كثرت ولم يف المال بتنفيذ جميعها سواء كان المال الذي خصص لتنفيذها هو الثلث أم الأكثر منه بعد إجازة الورثة[2].

وقد أشار الى ذلك قانون الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم (15) لسنة 2008 الفقرة الخامسة من المادة (74) التي تنص على أنه ((إذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الإختيارية تقدم الأولى على الثانية)).

وتتزاحم الوصايا الاختيارية عندما تتعدد ولا يفي المال بتنفيذها، سواءاً كان هذا المال – الذي يخصص لتنفيذها – الثلث، او الأكثر منه وأجازت الورثة، فتظهر حينئذ مشكلة كبيرة هي كيفية تنفيذ تلك الوصايا على مستحقيها[3]. ولم يتطرق قانون الاحوال الشخصية العراقي الى موضوع تزاحم الوصايا الاختيارية بالرغم من اهميته.

---

(1) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7445.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص223.

(3) أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بغداد، الحارثية، 1972، 2/ ص34.

ذلك أن الوصايا المتزاحمة قد يكون من بينها وصية واجبة بينما الباقي وصايا إختيارية وقد يكون الجميع وصايا إختيارية، والوصاية الإختيارية قد يكون كلها للعباد وقد تكون كلها لله، وقد يكون بعضها لله وبعضها للعباد. فإذا تزاحمت الوصايا مع وجود وصية واجبة عندئذ تكون الوصية الواجبة هي المقدمة على الوصايا الاخرى عند التنفيذ. وعلى ذلك تستخرج الوصية الواجبة من جملة المال المخصص للوصايا، ثم إن بقي شئ بعد ذلك يكون للوصايا الإختيارية فإن وسعها جميعاً فبها وإن لم يسعها جميعاً قسم هذا الباقي بين هذه الوصايا بالمحاصصة، وإن لم يبقى شيء للوصايا الإختيارية بعد الوصية الواجبة تكون هذه الوصايا باطلة.

أما إذا تزاحمت الوصايا الإختيارية التي كلها للعباد فهنا لا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الوصايا كلها على الإنفراد لم تتجاوز الثلث ففي هذه الحالة إذا أجازوا الورثة جميع الوصايا، فإنها تنفذ كلها، أما إذا لم يجيزوا فإن حق الموصى لهم يكون في الثلث فقط، ويعتبر الثلث في هذه الحالة كانه تركة مستقلة فيأخذ كل واحد منه بنسبة سهامه[1].

الحالة الثانية: أن تكون إحدى الوصايا زائدة على الثلث: كثلث لواحد والنصف للآخر. ففي هذه الحالة عند أبي حنيفة: يقسم الثلث بينهما مناصفة[2].

المطلب الثاني
الوصية الواجبة

إستحدث المشرعون الوصية الواجبة بالشكل الذي نص عليه القانون في القضاء الإسلامي الحديث، لمعالجة مشكلة من المشكلات التي تعاني منها الأسرة، وتكمن هذه المشكلة في الأحفاد الذين يموت والدهم أو والدتهم في حياة جدهم أو جدتهم ثم يموت الجد أو الجدة بعد ذلك، وفي نظام الإرث الإسلامي لا يستحقون هؤلاء الأحفاد شيئاً من ميراث الجد أو الجدة لوجود أعمامهم أو عماتهم على قيد الحياة، والقواعد التي تنظم مسائل الميراث نظام عادل لا يمكن الإعتراض عليه، فالأقرب أولى بالميت من الأبعد[3].

وسنتطرق الى السند الفقهي للوصية الواجبة ومسوغاتها وحقيقة الوصية الواجبة وأحكامها ومقدارها وعلى النحو التالي:

أولاً: السند الفقهي للوصية الواجبة ومسوغاتها: إن إعطاء الحفدة المحجوبين[4] بوجود أعمامهم أو عماتهم نصيباً من اموال الجد عن طريق الوصية الواجبة مستند الى مجموعة آراء فقهية لا إلى مذهب معين أو رأي فقهي معين.

ذلك أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن الوصية في حدود الثلث مندوب إليها[1]، ولكن البعض ذهبوا إلى أنها واجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون عملاً بقوله تعالى (ﭽ ﭼ

(1) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص457.
(2) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7560.
(3) د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الخامسة، مطابع دار الفكر بدمشق، 1963، ص131.
(4) الحجب: لغة: المنع. وشرعاً: منع من قام به سبب الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه. مصطفى البغا، ومصطفى الخن، وعلي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، ط2، دار المصطفى، دمشق، 1431 هـ - 2010م، ص532.

□ □ سم □ □ □ □ □ □ □ □□ □ □ □ ([2]. أما بالنسبة الى غيرهم فهي مندوبة. وذهب آخرون الى انها واجبة مطلقاً، للوالدين والأقربين غير الوارثين ولغيرهم. وهناك قول آخر ذهب الى أن الوصية الواجبة مستحبة. ولذلك استحدث القانون الوصية الواجبة لمعالجة هذه المشكلة تماشياً مع روح التشريع الإسلامي في توزيع الثروة على أساس من العدل والمنطق، إذا ما ذنب ولد المتوفي (الإبن المحروم) في الحرمان من نصيب والده، ويكون قد ساهم في تكوين ثروة الجد بنصيب ملحوظ. فيجتمع عليهم الحاجة وفقد الوالد[3].

ثانياً: حقيقة الوصية الواجبة: إن أحكام الوصية الواجبة في القانون مجتمعة تمثل حكماً لمسألة من مسائل تقسيم التركات، ذلك لأن الوصية ليس ميراثاً محضاً، وليس وصية خالصة، وإن الوصية الواجبة تشبه الميراث من وجوه وتخالفه من وجوه أخرى، ولها بعض خصائص الوصية[4]. فتشبه الميراث في أنها توجد وإن لم ينشئها المتوفى والوصية الإختيارية لا توجد الا بإنشاء الموصي، وفي أنها لا تحتاج الى قبول ولو كانت وصية خالصة لكانت موقوفة على قبول الموصى له، وأنها لا ترتد بالرد بخلاف الوصية الإختيارية ، وفيما أنها وجبت تعويضاً للفرع عما فاته بخلاف الميراث فإنه وجب ابتداءً. إلا أن الوصية الواجبة لها بعض خصائص الوصية بصورة عامة، بحيث أنها تجب في حدود الثلث من التركة، وكذلك تقدم على الميراث كما هي الحال في شأن سائر الوصايا[5].

ثالثاً: أحكام الوصية الواجبة: استحدث التعديل المرقم (72) لسنة 1979 في 1979/6/18 المعدل لقانون الأحوال الشخصية والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (2761) مبدأ الوصية الواجبة، وتناولها في نصوصها بعد ذلك، كما أشارت القوانين العربية الى مبدأ الوصية الواجبة ومنها القانون المصري في المادة السادسة والسبعون الى المادة الثامنة والسبعون، وبدأ سريان العمل بها إعتباراً من اول أغسطس 1946 ميلادية. وليس للقانون أثر رجعي بحيث يسري على الوقائع التالية على بدء العمل به، ولا ينسحب الى الأجداد الذين ماتوا قبل العمل بالقانون، أما إذا مات الموصي بعد ذلك التاريخ فإن أحكامه تسري عليه مع عدم الأخذ بنظر الاعتبار تاريخ وفاة الفرع[6].

ففي القانون المصري قصَّر الوصية الواجبة على أولاد الإبن وبذلك لا يستحق أولاد البنت هذه الوصية الواجبة. أما المشرع العراقي فقد بادر الى التعديل الثالث الذي جاء بخلاف المشرع المصري حيث انه يشمل الولد ذكراً أو أنثى الوصية الواجبة، واخيراً لا بد

---

(1) برهان الدين علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدئ (ت593)، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، 1318هـ، ص231/4. وموفق الدين عبد الله بن قدامة المقديسي ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، (ت620)، منشورات المكتب الإسلامي، دمشق، ص474/4.
(2) سورة البقرة، الآية (180).
(3) د. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، الطبعة العربية، اليازوري، عمان – الأردن، 2010، ص328.
(4) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط2، مطبعة شهاب، أربيل، 2010، ص203 و204.
(5) د. أحمد فراج حسين، احكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1986، ص258.
(6) د. أحمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين إمام، المصدر السابق، ص103.

لنا أن نشير الى احكام الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، فقد جاء ذلك في التعديل الثالث في القانون المذكور أعلاه وبالتحديد في المادة (74) من القانون المرقم (72) لسنة 1979 والتي نصت على انه:

1- إذا مات الولد ذكر كان أو أنثى قبل وفاة أبيه أو أمه فإنه يعتبر بحكم الحيّ عند وفاة أيّ منهما وينتقل استحقاقه من الإرث الى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً حسب أحكام الشريعة باعتباره وصية واجبة على ان لا تتجاوز ثلث التركة.

2- تُقَدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (1) من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى في الإستيفاء من ثلث التركة.

هناك عدة ملاحظات على هذه المادة حسب قراءتنا، منها أن المشرع العراقي لم ينص على مسألة إذا كان الموصى له قاتلاً للموصي كما في الوصية الإختيارية كما أن المشرع العراقي حصر تطبيق الوصية الواجبة على أصحاب الطبقة الأولى من الأحفاد سايراً خطى بقية قوانين الدول العربية، مع ان هذا الأمر غير محبذ لأنه يمكن ان تتوفر مبررات الوصية الواجبة بالنسبة للطبقة الثانية والثالثة من الأحفاد[1].

رابعاً: مقدار الوصية الواجبة: يستحق الأحفاد حصة والدهم المتوفى كما لو كان أصله مات في حياته، على أن لا يزيد نصيبهم عن الثلث، فإذا زاد عن الثلث كانت الزيادة موقوفة على إجازة الورثة. هذا هو مقدار الوصية الواجبة في القانون[2]. والقانون لم ينص صراحة على طريقة إستخراج الوصية الواجبة من التركة صراحة، وأختلفت بعض الجهات العلمية في طريقة استخراجها في اول العمل بقانون الوصية الواجبة[3]. ولذلك لا توجد طريقة لإستخراج الوصية الواجبة تطبيقاً لنص القانون وروحه الإ طريقة واحدة تتكون من ثلاث خطوات[4] وهي كالآتي:

1- يعد الولد الذي توفي في حياة أحد أبويه حيا وارثاً، وتقسيم التركة عليه وعلى الورثة الموجودين، كما لو كان الجميع أحياء ليعرف مقدار نصيبه لو كان موجوداً.
2- يخرج من التركة هذا القدر كما هو إن كان يساوي الثلث فأقل، وإن كان يزيد على الثلث، فيرد الى الثلث، ويقسم هذا المقدار على اولاده قسمة الميراث للذكر ضعف الأنثى.
3- يقسم الباقي من التركة بعد إخراج مقدار الوصية على الورثة الأحياء فعلا بتوزيع جديد من غير نظر الى الولد الذي فرض حياً، ويعطي كل وارث حقه كما هو الشأن في تقسيم التركات بعد إخراج الوصايا منها.

كما إن مقدار الوصية الواجبة ليس ثابتاً بالنسبة لجميع المستحقين، بل تارة يكون الثلث، وتارة يكون أقل من ذلك، تبعاً لعدد الورثة الذين مات الأصل عنهم. ويشترط دائماً ألا يزيد النصيب عن الثلث، فإن زاد كان الزيادة موقوفاً على إجازة الورثة[5].

---

(1) د. مصطفى السباعي، المصدر السابق، ص156.
(2) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7566.
(3) د. احمد فراج حسين، المصدر السابق، ص379.
(4) د. بدران أبو العينين بدران، المواريث و الوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية، ص171.
(5) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص444.

الفصل الثاني
شروط الوصية

للوصية – بوصفها عقد من عقود التمليك – عاقدان، ولها محل قابل لحكمه. ولما كان لكل عقد شرط يجب أن تتوافر في عاقديه وفي محله، كذلك لكل عاقد في الوصية شروط خاصة به يجب توافرها، كما يجب أن تتوافر في محلها شروط معينة لكي يكون قابلاً لمحل العقد. فشروط الوصية منها ما يتعلق بشرط الباعث على الوصية ومنها ما يتعلق بالموصي، ومنها ما يتعلق بالموصى له، ومنها ما يتعلق بالموصى به.

وسوف نعالج كل شرط من هذه الشروط وذلك في مبحثين، نتناول في المبحث الأول الشروط المتعلقة بشرط الباعث على الوصية والموصي، وفي المبحث الثاني نتطرق الى الشروط المتعلقة بالموصى له والموصى به.

المبحث الإول
الشروط المتعلقة بالباعث على الوصية والموصي

بعض الفقهاء يرون أن للوصية أربعة أركان: موصي، وموصى له، وموصى به، وصيغة. عليه لابد من التطرق في هذا المبحث الى الشروط المتعلقة بشرط الباعث على الوصية والشروط المتعلقة بالموصي وذلك في مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بشرط الباعث على الوصية

المطلب الثاني: شروط الموصي

المطلب الأول
شرط الباعث على الوصية

يشترط في الباعث الدافع على الوصية ألا يكون أمراً منافياً لمقاصد الشارع فإذا تبين بالبحث والتدقيق أن الذي دفع الموصي الى الإيصاء أمر غير مشروع كانت الوصية باطلة. كالوصية بمال يشتري به خمراً وتبنى به قبة على قبر فهذه الوصية بإتفاق الفقهاء تعتبر باطلة.

وإذا كان الباعث على الوصية هو إلحاق الضرر بالورثة تكون الوصية باطلة أيضاً بحيث يقصد منها الموصي حرمان ورثته من التركة أو بعضها وهذا ما يطلق عليها الفقهاء وصية الضرار.

ومن الفقهاء من لم يشترط القصد وجعل المناط تحقق الضرر بالوصية[1]. وهناك قرار صادر من محكمة التمييز العراقية تضمن بأنه: (لا يعتبر وصية الإقرار في مرض الموت بمبلغ في سند الكمبيالة إذا كان على سبيل الإخبار وليس على سبيل التمليك)[2]. يفهم من هذا المبدأ أن قضاء محكمة التمييز العراقية أخذ أيضاً شرط الباعث على الوصية بنظر الإعتبار بحيث نثبت فيما كانت الوصية على سبيل الإخبار أو على سبيل التمليك من خلال معرفة القصد أو الباعث كما يجوز أن تقترن الوصية بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير

---

(1) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص353-354.

(2) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (1477/حقوقية/65 في 1965/11/28) القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، المكتبة القانونية، مطبعة العمال المركزية، بغداد – شارع المتنبي، 1344، ص721.

إذا لم يكن ممنوعاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصحت الوصية ما لم يكن الشرط هو الدافع الباعث الى الوصية فتبطل الوصية أيضاً كأن يوصي شخص بثلث ماله بشرط أن يقتل خصمه – أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب – كان يشترط أن يشغل المال في إدارة مرقص وإلا لغا الشرط وصحت الوصية ما لم يكن الشرط هو الدافع إليها كإشتراط ما يقيد حرية الموصى له في الزواج مثلاً فتبطل الوصية عندئذ أيضاً[1].

وقد أشار القانون المدني العراقي الى (الباعث) بلفظ السبب حيث نصت على أنه ((يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب ويفترض في كل إلتزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك ...)) [2].

المطلب الثاني
شروط الموصي

الموصي هو من أنشأ الوصية، فهي نتاج إرادته يصدرها إختياراً في الوصية المعتادة، وتصدر عنه إجباراً في الوصية الواجبة. ويشترط في الموصي لتصح وصيته عدة شروط أجملت بعضها في المادة (67) من قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل إذ نصت بأنه ((يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً مالكاً لما أوصى به)).

والمقصود بمن هو أهل للتبرع، أي من له ولاية التبرع وفق قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني، فكلاهما تشريع ينظم شؤون المال. وقد إشترط الفقهاء في الموصي شروطاً لصحة الوصية واخرى لنفاذها، إتفقوا على بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر، وأخذ القانون من أقوالهم ما يحقق غايته، وخالفهم في بعضها ليعالج مصلحة أولى بالرعاية، وعلى هذا فأنه يشترط في الموصي ما يأتي:

1- أن يكون عاقلاً: لقد اتفق جميع الفقهاء على أنه يشترط في الموصي لصحة وصيته أن يكون عاقلاً يدرك إدراكاً صحيحاً ومميزاً مفهوم عبارته، وما يترتب عليها فإذا لم يتحقق فيه شرط العقل والتمييز كانت وصيته باطلة[3]. وبما أن الوصية من التصرفات المضرة ضرراً محضاً، بإعتبارها تبرعاً من دون عوض، فإنها لا تصح إلا إذا كان الموصي عاقلاً[4].

وقال المالكية والحنابلة: لا تصح وصية السكران. وهذا يدل على أن العقل شرط من شروط صحة الوصية ويجب توافرها في الموصي وقت إنشاء الوصية[5].

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة تمييز العراق في قرار لها بأنه (إذا فَقَدَ الموصي أهليته قبل الوفاة فتبطل وصيته عملاً بالمادة (72 /2) من قانون الأحوال الشخصية)[6].

---

(1) القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 وتعديلاته، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، شارع المتنبي، 2011، ص280.

(2) المادة (1/132، 2) من اقانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدل.

(3) القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، المصدر السابق، ص481.

(4) د. صبحي المحمصاني، المصدر السابق، ص183.

(5) محمد جواد مغنية، المصدر السابق، ص464.

(6) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (488/هيئة موسعة اولى/88 في 1988/11/29) القاضي إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية، مطبعة الزمان، بغداد، 1999، ص220.

2- الأهلية[1]: يعرفها الأصوليون بانها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. ويعرفها القانونيون بانها صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه إلتزامات.

والأهلية تدور مع التمييز وجوداً وعدماً فإن كان التمييز كاملاً كانت الأهلية كاملة وإن كانت ناقصة كانت الأهلية أيضاً ناقصة وإن كانت معدومة كانت الأهلية معدومة.

ومناط هذه الأهلية هو الذمة المالية، والذمة صفة شرعية يسبغها المشرع على كل شخص منذ ولادته الى حين وفاته[2].

والأهلية المطلوبة في الموصي هي أهلية الأداء وليست أهلية الوجوب. عليه فإن الصغير لا يملك أهلية الإيصاء، سواء أكان مميزاً أم غير مميز أم مأذوناً، ولا تجوز وصيته حتى ولو علّقها على البلوغ، أو أجازها وليه. وقد حددت الفقرة (2) من المادة (97) من القانون المدني العراقي سن التمييز بسبع سنوات كاملة لذلك يكون الصغير قبل هذه السن عديم التمييز، أي عديم الأهلية.

ويكون الشخص من أول يوم من السنة الثامنة من العمر الى حين بلوغه سن الرشد وهي ثمانية عشرة سنة كاملة مميزاً أي يطلق على الشخص في هذه المرحلة بالصبي المميز[3]. ولذلك لا يجوز للصبي المميز الإيصاء لأن الوصية من التصرفات الضارة ضرراً محضاً ولا يجوز لأحد من أوصيائه أو أوليائه مباشرتها عنه، لأن التصرفات المضرة ممنوعة عنهم جميعاً.

والفقهاء اتفقوا على بطلان وصية الصبي غير المميز، لأن عباراته ملغاة لا إعتداد بها شرعاً، ولكن هناك خلاف بين الفقهاء فيما يتعلق بوصية الصبي المميز، فبعضهم يقولون بجواز وصية الصبي المميز وهو مذهب المالكية والمعتمد عند الحنابلة، وبعضهم يقولون أن وصية الصبي المميز باطلة وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه والشافعي من وجوب أن يكون الموصي رشيداً[4].

3- وجوب كون الموصي أهلاً للتبرع ومالكاً للموصى به: الوصية تمليك دون عوض، فهي من عقود التبرعات[5]، وعقود التبرعات لا تنعقد صحيحة إلا إذا كانت صادرة عن شخص يعتبر أهلاً للتبرع في ماله وأهلية الشخص للتبرع في ماله لا تتم إلا بالعقل والبلوغ. أما فيما يتعلق بكون الموصي مالكاً لما أوصى به فهذا شرط بديهي، ولا يحتاج الى نص، لأن

---

(1) عُرفت الأهلية: بـ (انها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه إلتزامات، وبعبارة أخرى صلاحيته لصدور التصرفات القانونية على وجه يعتد بها وهذا ما يطلق عليه أهلية الأداء ومناط هذه الأهلية هي التمييز بحيث يتأثر تمييز الإنسان بتأثير طبيعي عام هو السن التي يمر بها في مراحل عمره، كما قد يتأثر بأثر عرضي طارئ هو عوارض الأهلية وهناك نوع آخر من الأهلية هي أهلية الوجوب وتعني صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه إلتزامات). ولمزيد من التفصيل د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات – مصادر الإلتزام – إثبات الإلتزام، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبإشرافها، ص77 وما بعدها.

(2) المحامي مصطفى محمد جميل التلعفري، كتاب أحكام وصكوك الوصية والإيصاء في الشريعة الإسلامية والقوانين العراقية، 1986، ص13.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للإلتزامات، ج1، الطبعة الاولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة – أربيل، 2011م، ص194.

(4) د. محمد خضر قادر، المصدر السابق، ص336.

(5) عقد التبرع: هو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلاً لما أعطاه. لمزيد من التفصيل د. حسن علي الذنون، المصدر السابق، ص32.

الوصية تمليك للغير، والتمليك لا يتم إلا بمال يملكه المملك، فإن كان المال ليس له أصبح فضولياً، وكانت الوصية غير صحيحة[1].

كما ان الوصية لا تصلح إلا بالملك الصرف ومن لم يكن مالكاً للمال الذي يوصي به فتبطل وصيته ولا يتمكن الموصى له أن يملكه، لأن فاقد الشئ لا يعطيه، فالوصية بمال الغير لا تصح مطلقاً[2].

4- أن لا يكون الموصي مديناً بدين مستغرق للتركة: اهتم بهذا الشرط فقهاء الحنفية أكثر من غيرهم، بحيث فُهم من كلامهم أن الوصية باطلة عند تخلف هذا الشرط، على أساس انه شرط الصحة، ولكن من تتبع أمهات المراجع الفقهية الحنفية يتبين له أنه شرط النفاذ، ولا يوجد خلاف جوهري بينهم وبين الفقهاء الاخرين بصدد تحديد طبيعة هذا الشرط، كونه شرط النفاذ وليس شرط للصحة، لقولهم بصحة الوصية إذا أبرأ غرماء الموصي المدين من ديونهم[3].

إن الموصي إذا كان مديناً بدين يستغرق كل ماله فلا تصح وصيته لأن وفاء الدين مقدم على تنفيذ الوصية، فهو فرض بينما الوصية تبرع على الرغم من أن إتفاق الفقهاء على صحة وصية المدين بدين مستغرق للتركة إلا أنهم قالوا بعدم نفاذها، وأن الموصى له لا يستحق شيئاً منها حتى تبرأ ذمة الموصي من هذه الديون، وأن الموصي المدين الذي أستغرق دينه جميع أمواله لا تصح وصيته إلا إذا أبرء الغرماء ذمته[4].

وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأنه (تصح الوصية بالمنقول مع إختلاف الدين أما الوصية بالأموال غير المنقولة فلا تصح مع إختلاف الدين)[5].

وقد نصت المادة (73) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959 على انه (تراعى في أحكام الوصية المواد من (1108) الى (1112) من القانون المدني. وان المادة (1108) من القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 تنص على أنه (1- يكسب الموصى له بطريقة الوصية المال الموصى به. 2- وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة).

إذاً حسب المادة المشارة إليها أعلاه فإن الوصية تعتبر سبباً مشروعاً من أسباب كسب الملكية، بإعتبار أن المالك له حق التصرف بما يملكه.

وأن القانون المدني العراقي أعتبر التصرف في مرض الموت وصية وذلك بالنص عليها في المادة (1109) (1- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت، وتسري عليه احكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له. 2- ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث، وكذلك الكفالة في

(1) محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة الرابطة – بغداد، 1962، ص417.
(2) د. عبد الستار حامد، المصدر السابق، ص41.
(3) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص400.
(4) د.صبحي المحمصاني، المصدر السابق، ص184.
(5) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (10/موسعة اولى/83-84 في 1984/11/28) القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص216.

مرض الموت). قد يتصرف المريض بمرض الموت[1] في أمواله تصرفاً ناقلاً للملكية، كالهبة والوقف وغير ذلك من المعاملات. فإذا ما فعل ذلك كان حكم هذه التصرفات حكم الوصية من حيث تقييدها بالثلث إلا إذا أجاز الورثة مازاد عليه[2].

وهناك أمثلة عديدة على ذلك كما لو باع الموصي سيارته الى الموصى له بأقل من الثمن المعتاد وكان ذلك في مرض موته او أعترف لزوجته بمبلغ جسيم أو لأحد ورثته كونه مشغول الذمة به قرضاً دون ما يؤيد ذلك، وتوفي نتيجة مرضه ذلك، فهذا الإعتراف يحمل محل الوصية[3].

وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بـ (ان المقصود بنص المادة (1/72) من قانون الأحوال الشخصية أن يفقد الموصي اهليته بعارض من عوارض الأهلية وليس مجرد المرض الذي يكون من نتائجه قبيل الوفاة فقد الوعي وإرتباك القابليات الذهنية)[4].

(1) عرف الفقهاء مرض الموت بانه المرض الذي يكون فيه خوف الموت في الأكثر من أحواله ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، وإذا أمتد مرضه وكان دائماً على حال واحد ومضت عليه سنة يكون في حكم الصحيح ويكون تصرفاته كتصرفات الصحيح. ولمزيد من التفصيل القاضي عبد الله علي الشرفاني، الموجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية، الطبعة الرابعة، مطبعة المنارة، أربيل، 2010، ص259-260.

(2) محسن ناجي، المصدر السابق، ص423.

(3) د. احمد الكبيسي، المصدر السباق، ص45.

(4) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (154/موسعة أولى/89 في 89/11/2) القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص222.

المبحث الثاني
الشروط المتعلقة بالموصى له والموصى به

بيّنا فيما تقدم إن للوصية طرفين هما الموصي والموصى له، وكل طرف من هذه الأطراف يجب أن تتوفر فيه شروط معينة حتى يمكن اعتبار الوصية شرعية وقانونية، كما وإن محل الوصية عبارة عن الموصى به وهو الشئ الذي يوصي به الموصي ويثبت به الملك للموصى له ولا بد أن يتوفر في الموصى به أيضاً شروط معينة حتى يمكن اعتبار الوصية صحيحة، وفي هذا المبحث سنتطرق الى شروط الموصى له وشروط الموصى به، وذلك في مطلبين:

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بالموصى له.

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بالموصى به.

المطلب الاول
شروط الموصى له

الموصى له هو من تُعيَّن له الوصية، وقصد الموصي الإحسان إليه وجعله خلفاً له فيما اوصى له به، ويشترط شرعاً وقانوناً في الموصى له عدة شروط وهي كلآتي:

1- أن لا يكون وارثاً: فإذا كان الموصى له وارثاً للموصي، فلا تنفذ الوصية إلا بإجازة باقي الورثة بعد موت الموصي.

ولكن إذا كان الموصي مليئاً، أي غير مفلس، وكان الموصى له هو الوارث الوحيد، فتصح الوصية له من دون أن تتوقف على إجازة بيت المال[1].

ويرى بعض الفقهاء أن الورثة إذا كانوا فقراء جاز له أن يوصي لهم من الثلث. فإن أجاز الورثة الوصية بأكثر من الثلث فليس لهم الرجوع عن إجازتهم بعد ذلك ويستحب أن يقدم الأرحام على غير الأرحام في الوصية[2]. وقد أجاز المشرع العراقي في المادة (1108) من القانون المدني الوصية للوارث في حدود الثلث مطلقاً سواء أجازت الورثة أم لا.

2- أن لايصح تملكه: فإن كان يصح تملكه لم تثبت الوصية له، وذكر الفقهاء أمثلة لمن لا يصح تملكه كالمَلَكْ والجني والبهيمة، فعليه لو أوصى لحمام اكرم، او لبهيمة معينة، فإنه لا يصح ولا يدخل في هذا ما يجعل من المياه في الطرقات لتشرب منه البهائم وغيرها، فإن هذا ليس بتمليك وإنما هو إيجاد ما تحتاج إليه ذوات الأرواح[3].

3- أن يكون موجوداً حين الوصية إذا كان معيناً: يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجوداً حين انشاء الوصية، إذا عينه الموصي بالإسم او بالوصف أو بالإشارة سواء كان الوجود حقيقيا مستقلاً او وجوداً تقديرياً كالجنين في بطن أمه. وتجوز الوصية للمعدوم وقت إنشاءها عند بعض الفقهاء – كالمالكية – إذا كان ممكن الوجود في المستقبل[4].

---

(1) د. صبحي المحمصاني، المصدر السابق، ص188.

(2) أ. د. محمد دواس قلعةضى، المصدر السابق، ص739.

(3) د. صالح بن عبد الرحمن بن عبد الله الأكرم، الوصية بيانها وأبرز أحكامها، الطبعة الأولى، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2013، ص95.

(4) شمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المصدر السابق، ص4/433-434. وعبد الرحمن الجزيري، تصحيح وتخريج: خالد العطار، الفقه على المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1417هـ - 1996م، ص3/321.

وقد نصت المادة (68) من قانون الحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959 على انه (يشترط في الموصى له: 1- أن يكون حياً حقيقة او تقديراً حين الوصية وتصح الوصية للاشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام).

ولا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له بالغاً عاقلاً، بل تصح الوصية للصغير والكبير على السواء، غاية ما في الأمر أن الموصى له إذا كان كبيراً وردَّ الوصية فأنها تردّ بردّه، بعكس الصغير فلا يملك مثل هذا الحق، كما لا يملك وليه أو الوصي عليه أن يردّها أيضاً، لأن الوصية فيها نفع للصغير، ولا يملك من له الولاية على الصغار أن يرد ما يعود عليهم بالفع.

ويستثنى من شرط وجوب كون الموصى له حياً وقت الإيصاء وحين موت الموصي، الإيصاء للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسات ذات النفع العام، فإن الوصية لهم معتبرة على الرغم من أنها ليست شخصاً طبيعياً تتحقق له الحياة والموت، أما قبولها فالوصية تكون معتبرة بعدم ردها من قبل من يمثلها قانوناً[1].

4- أن لا يكون الموصى له جهة معصية: وإذا كان الموصي مسلماً وكان الموصى له جهة معصية بطلت الوصية بإتفاق الفقهاء، كالوصية لأندية القمار والمراقص، وإقامة القباب على المقابر، وان شرط أن لايكون الموصى له جهة معصية مطلوب لصحة الوصية مسلماً أم غير مسلم، وبناءً عليه فلا تجوز الوصية لإقامة مجلس الفاتحة، ولإطعام النائمات اللاتي إجتمعن في دار الميت للنياحة، لأن ذلك حرام قطعاً[2].

5- أن لا يكون الموصى له قاتلاً للموصي: القتل مانع من الميراث وقد جعله القانون مانعاً من الوصية، وقد أتفق الفقهاء على أن القتل يعتبر مانعاً من الوصية عملاً بقوله (ρ))لا وصية لقاتل)[3].

وحسناً فعل المشرع العراقي إذ أخذ برأي الجمهور في المادة (2/68) من قانون الأحوال الشخصية العراقي العراقي التي تنص على أنه (2- ويشترط في الموصى له أن لا يكون قاتلاً للموصي).

غير إن هذا النص يؤخذ عليه من حيث أنه لم يحدد نوع القتل المانع من الوصية، مع أن هذا التحديد محل خلاف بين فقهاء الشريعة، فكان من الضروري بيان نوع القتل المانع.

6- أن لا يكون الموصى له مجهولاً جهالة جسيمة: يجب أن يكون الموصى له معلوماً غير مجهول، أي أن لا يكون مجهولاً جهالةً لا يمكن رفعها وإزالتها، لأن هذه الجهالة تمنع من تسليم الموصى به إلى الموصى له، فلا تنفذ الوصية، لأن الوصية تمليك عند الموت – في رأي الجمهور فلابد من أن يكون الموصى له معلوماً في ذلك الوقت، حتى يقع الملك له، ويمكن تسليم الموصى به إليه[4].

---

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، لبنان، 2005، ج2/ ص417-418.

(2) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص212.

(3) السنن الكبرى للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، رقم الحديث (12652)، المصدر السابق، ص460/6. وسنن الدار القطني، للإمام: علي بن عمر الدار القطني، رقم الحديث، (4525)، المصدر السابق، ص152/4.

(4) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص46.

ويشترط لإنعقاد الوصية أن يكون الموصى له معلوماً علماً يمنع الجهالة ويرفع النزاع ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان معلوماً بالإسم كأن يقول: اوصيت لفلان بن فلان أو لمسجد كذا أو لكلية كذا، أو كان معلوماً بالإشارة أو كان معلوماً بالوصف كأن يقول: أوصيت لفقراء لبنان أو لكلية الطلب[1].

7- قبول الموصى له للوصية: إختلف الفقهاء في هذه المسألة فيما إذا كان الموصى له شخصاً معيناً هل يشترط القبول، ويكفي عدم الرد؟ قال الإمامية والحنفية: يكفي عدم الرد، فإذا سكت الموصى له، ولم يرد الوصية يملك الشئ الموصى به عند موت الموصي.

وقال الإمامية: إذا قبل في حياة الموصي فله الرد بعد موته، وإذا رد فله القبول أيضاً بعد الموت، إذ لا أثر للرد ولا للقبول في حالة الحياة لعدم تحقق الملك، وقال الحنفية: وإذا رد في الحياة فله القبول بعد الموت، إذا قبل في الحياة فليس له الرد[2].

8- لا يشترط لصحة الوصية إتحاد الدين: ويبنى على ذلك أن الوصية كما يجوز من المسلم للمسلم، فإنها كذلك تجوز من المسلم للذمي[3]، بدليل قوله تعالى (□ بر □ □ بن بى بي تر □ □ تن تى تي □ □ □ □□ □ □ □ □ □)[4].

ولم يجعل الفقهاء من شروط الموصى له، أن يكون متحداً مع الموصي في دينه أو من جنسيته، فتصح وصية المسلم لغير المسلم وبالعكس وتصح الوصية لوطني أو أجنبي، فإتحاد الدين أو إختلافه، لا أثر لها على صحة الوصية. أما قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ فقد نص على أنه (تصح الوصية بالمنقول فقط مع إختلاف الدين وتصح به مع إختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل)[5].

المطلب الثاني
شرط الموصى به

الموصى به هو الشئ الذي يوصي به وهو الذي يثبت به الملك للموصى له ديناً كان أو حقاً أو منفعة وهي محل الوصية، عليه فإن الموصى به يجب أن يتوفر فيه عدة شروط، وهذه الشروط هي كالآتي:

1- يجب أن يكون الموصى به قابلاً للتمليك بعقد من العقود بعد موت الموصي، فعليه يصح أن يكون عيناً، أي مالاً حسياً، أو أن يكون منفعة، أي مالاً غير حسي. ويصح أن تكون العين عقاراً أو مالاً منقولاً، كما يصح أن تكون المنفعة لمدة معلومة او مؤبدة[6].

وقضت محكمة تمييز العراق في قرار لها بأن الوصية لا تجوز إذا كان الموصى به عبارة عن أرض أميرية مفوضة بالطابو[7].

---

(1) محمد جواد مغنية، المصدر السابق، ص467.
(2) ينظر: محمد جواد مغنية، المصدر السابق، ص467.
(3) الذمي: المقيم في دار الإسلام بصفة دائمية ولمزيد من التفصيل د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7473.
(4) سورة الممتحنة، الآية (8).
(5) المادة (7) من قانون الحوال الشخصية العراقي النافذ.
(6) د. صبحي المحمصاني، المصدر السابق، ص192.
(7) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم 1459/حقوقية/63 في 1963/12/4 القاضي إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، ص721.

وبناءً على ذلك، إذا أوصى شخص بمنفعة ماله كسكنى الدار، وركوب الدابة، جاز لأنها تملك بالإجارة[1].

ويشترط وجود الموصى به في ملك الموصي وقت إنشاء الوصية وأن يبقى في ملكه حتى وفاته لأن الوصية بملك الغير غير جائز. أما إذا كان الموصى به غير معين بالذات كالوصية بغلة بستان أو بثمار حديقة فإنه تجوز الوصية بالمعدوم منه المحتمل الوجود على شرط أن يكون قابلاً للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصي وعند وفاته[2]. ونص قانون الاحوال الشخصية النافذ بأنه (يشترط في الموصى به أن يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصي)[3]. وعليه فإذا أصبح المال الموصى به بعد الوفاة غير قابل للتمليك فلا تعد الوصية والعبرة بالأموال وقت الوفاة لا وقت الوصية.

إذاً من المفروض أن يكون الموصى به قابلاً للتمليك بعد موت الموصي بأي سبب من أسباب الملك، لأن الوصية تمليك كما قلنا فما لا يقبل التمليك لا تنعقد به الوصية.

فلو أوصى بعين أو نقد معين جاز ذلك، لأنه قابل للتمليك بالبيع أو الهبة، وكذلك لو أوصى بمنفعة كسكنى دار جاز لأنها تمليك بالإجارة. أما إذا أوصى بما تلد أبقاره لا تجوز الوصية، لأنه لا يقبل التمليك حال حياة الموصي بعقد من العقود[4].

2- ان يكون الموصى به مالاً قابلاً للتوارث: لأن الوصية تمليك، ولا يملك غير المال: والمال الموصى به يشمل الأموال النقدية من دراهم ودنانير، والعينية من عقارات ودور وأشجار، والحقوق المقدرة بالمال وهي حقوق الإرتفاق من مرور[5] وشُرب[6] ومسيل[7]، والمنافع كسكنى الدار وزراعة الأرض وغلة البستان التي ستحدث في المستقبل وركوب الدابة أو السيارة ونحوها مما يصح بيعه وهبته[8].

وقد أقر المشرع العراقي هذا الشرط في المادة (69) من قانون الأحوال الشخصية التي تنص على أنه (يشترط في الموصى به أن يكون قابلاً للتمليك بعد موت الموصي) وأخذت بذلك التشريعات العربية.

3- أن يكون موجوداً عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات: فإذا كان معلوماً أشترط أن يكون قابلاً للتمليك بعقد من العقود حال حياة الموصي، فلو أوصى بما تثمر نخيله

---

(1) القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، المصدر السابق، ص287.

(2) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص5241/7. وشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، المصدر السابق، ص427/2. وابن قدامة المقدسي الحنبلي، المصدر السابق، ص376/2.

(3) المادة (69) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(4) محمد خضر قادر، المصدر السابق، ص327.

(5) حق المرور: هو حق صاحب الأرض المحبوسة عن الطريق العام بالمرور في أرض الغير للوصول للوصول الى هذا الطريق. ولمزيد من التفصيل د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010، ص87.

(6) حق الشُرب: حق الشُرب هو نوبة الإنتفاع بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع. ولمزيد من التفصيل د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص83.

(7) حق المسيل: هو الحق في تصريف المياه الزائدة عن الحاجة. ولمزيد من التفصيل د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، المصدر السابق، ص82.

(8) د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص7479.

هذ العام أو أبداً، صحت الوصية وإن كان الموصى به معدوماً وقتها بالذات كدار معينة ومزرعة معينة، فيشترط وجوده عند الوصية[1].

4- ان يكون الموصى به في حدوود ثلث التركة: تصح الوصية وتنفذ سواء كانت لوارث أو غيره بالثلث من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ الإ إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه هذا وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة بيت المال[2].

وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأنه (إذا أقر الورثة الكبار بالوصية صحت بحقهم فقط بمقدار الثلث ونفذت عليهم بنسبة ما يصيبهم من التركة أما بالنسبة للورثة الصغار فيلزم حصر تركة المتوفى من منقول وغير منقول لمعرفة مقدار الثلث وتطبق المادة (65) من القانون)[3].

ولابد أن تكون الإجازة بعد وفاة الموصي لأنها قبل الموت إجازة قبل ثبوت الحق فلا تعتبر، ولأنه لا حق لهم قبل الوفاة، لجواز أن يرجع الورثة عن الإجازة الصادرة منهم بعد الموت.

اما وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها فقال جمهور الفقهاء: في التقويم يعتد بوقت الوفاة، ووجه الإعتبار قيمة التركة والموصى به وخروجه من الثلث في حالة الموت[4].

أما موقف المشرع العراقي من هذه المسألة فهو:

أ- إعتبار عدم الزيادة على الثلث شرطاً لنفاذ الوصية لا لصحتها، فهي صحيحة من الزيادة، ولكنها موقوفة على إجازة الورثة ونصت المادة (70) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه (لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، وتعتبر الدولة وارثة لمن لا وارث له).

ب- لم يفرق المشرع العراقي بين الوصية للوارث وغير الوارث، فنصت المداة (1108) من القانون المدني العراقي النافذ المرقم (40) لسنة 1951 على أنه (تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة).

ج- في الوصية بجيمع التركة أخذ المشرع العراقي برأي من قال بجوازها عند عدم وجود الوارث الخاص.

د. لم يتطرق المشرع لوقت تقويم التركة لتحديد ثلثها، بل أحال القاضي في ذلك الى الفقه الإسلامي، بموجب المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية[5].

---

(1) ينظر: علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959، مطبعة المعارف، بغداد، ص362/2.

(2) القاضي محمد كمال حمدي، المصدر السابق، ص218.

(3) رقم القرار (375/شرعية/65 في 65/6/12) القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص333.

(4) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص217.

(5) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، ص221-221.

الفصل الثالث

أركان الوصية واحكامها في القانون العراقي

ركن الشئ ما يقوم به او كما يقول الأصوليون هو ما كان داخلاً في ماهية الشئ. والوصية لا توجد ولا تتحقق الإ بوجود امور أربعة: الموصي، والموصى له، والموصى به والصيغة المنشئة لها. وقد ثار خلاف بين الفقهاء في كون هذه الأمور أركاناً، أو أن الركن هو الصيغة التي يوجد بها التصرف في الخارج وما عداها لوازم.

وتناول قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959 في طياته الشروط التي يجب توافرها في الموصي والموصى له والموصى به، وفي هذا الفصل نبحث في أركان الوصية وأحكامها، وقسَّمنا الفصل الى مبحثين، في المبحث الأول نبحث عن أركان الوصية وأحكامها في القانون المدني العراقي وقانون الأحوال الشخصية العراقي وفي المبحث الثاني نتكلم عن طرق إثبات الوصية ومبطلاتها.

المبحث الاول

أركان الوصية واحكامها في القانون المدني وقانون الاحوال الشخصية العراقي

يرى أكثر الفقهاء أن أركان الوصية أربعة: موصي، وموصى له، وموصى به، وصيغة. كما أن أحكامها قد وردت بصورة مبعثرة في القوانين العراقية وان القاضي كثيراً ما يحتاج أثناء الدعاوى المعروضة امامه المتعلقة بالوصية بالرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية، عليه سنقسم هذا المبحث الى مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول: أركان الوصية

المطلب الثاني: احكام الوصية في القوانين العراقية

المطلب الأول

أركان الوصية

يرى أكثر الفقهاء أن أركان الوصية أربعة: موصي، وموصى له، وموصى به، وصيغة. لذا سنتطرق في هذا المبحث الى أركان الوصية من خلال تسليط الضوء على الصيغة والموصي والموصى له والموصى به وذلك في أربع نقاط وعلى النحو التالي:

أولاً: الصيغة: ليس للوصية صيغة خاصة الإ أنها تعتبر الركن[1] الأساسي للوصية والمتفق عليها بين الفقهاء، حيث إن الوصية تصح بكل لفظ يعبر عن إنشاء التمليك بعد الموت تبرعاً، فإذا قال الموصي: أوصيت لفلان كذا دل اللفظ بنفسه على الوصية دون أن يقيد بما بعد

(1) يقصد بالركن: هو ما كان جزء من الشيء ولا يوجد الإ به كالركوع والسجود في الصلاة والإيجاب والقبول في عقود المعاملات. ولمزيد من التفصيل ينظر: الجرماني: علي بن محمد بن علي، التعريفات، دار الريان للتراث، ص149. ود. عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الأسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة الجامعة، بغداد، 1986، ص25.

الموت، أما إذا قال: إعصوا أو إدفعوا، أو جَعلتُ لفلان كذا فلابد من التقيد بما بعد الموت، لأن اللفظ لا يدل على قصد الوصية بدونه[1].

والكلام يتطلب بيان أمرين – أحدهما: هل الصيغة هي الإيجاب وحده أو مجموع الإيجاب والقبول. وثانيهما: بم تتحقق الوصية؟

الأمر الأول: فقد اختلف الفقهاء فيه، حيث إن الجمهور ذهبوا إلى أن الصيغة تتحقق بالإيجاب وحده، وهو كل لفظ دال على التمليك بعد الموت. سواء أكان بلفظ الوصية صراحة كأوصيت لفلان كذا، أو هذا وصية لفلان، أو كان بلفظ غير صريح يفهم منه الوصية بقرينة (كهذا هبة لفلان بعد موتي)، أو (اعطوا فلاناً كذا بعد موتي)، أو (ملكتك داري هذه بعد موتي)، وما شاكل ذلك من الألفاظ أو ما يقوم مقامها، فالوصية على هذا من التصرفات التي تنشأ بإرادة واحدة، لأنها من عقود التبرعات التي توجد من جانب المتبرع وحده فإذا وجد الإيجاب من الموصي تعتبر الوصية موجودة شرعاً. وأما القبول عندهم فهو شرط لزومها[2]. والإيجاب في العقود هو العرض الصادر من أحد المتعاقدين لإجراء العقد. وهو في الوصية صدور الإيصاء من الموصي.

وخلافاً للوقف، لا يشترط في الوصية لفظ معين مخصوص وإنما تصح بكل لفظ أو عبارة تدل على قصد الإيصاء، كأوصيت ووهبت وملكت واعطيت وتركت وما شابه ذلك. ثم في المذاهب الإسلامية التي تجيز الوصية الشفهية، تكفي الإشارة لمن كان عاجزاً عن النطق، كالمريض او الأخرس.

وللموصي الرجوع عن ايجابه، مادام الموصى له لم يقبل، وذلك قياساً على باقي العقود. وله أيضاً الرجوع عن إيجابه حتى وفاته، ولو أعلن الموصى له قبوله[3].

والفقهاء من حيث مضمون الصيغة على ثلاث آراء:

أ- الرأي الأول: يرى أن الوصية عقد لا تصرف إنفرادي، ولا تتحقق صورة العقد الخارجي إلا بإيجاب وقبول، فصيغة الوصية عندهم لها عنصران، الإيجاب من الموصي، والقبول من الموصى له، إيجاب الموصي الذي يظهر اثره بعد الموت، وقبول الموصى له الذي لا يصح إلا بعد وفاة الموصي.

ب- الرأي الثاني: ويرى أن الوصية إيقاع لا عقد، وأن ركنها الإيجاب وحده، وأن القبول هو شرط لزوم فحسب.

ج- الرأي الثالث: وهو رأي (زفر) من الأحناف، وهم يرون أن الوصية تتم بالإرادة المنفردة للموصي، وتنتقل بموته ملكية الموصى به الى الموصى له دون توقف على إرادته أو حاجة الى قبوله. وقد إختار القانون المصري للوصية، ومثله القانون السوري للأحوال الشخصية، أن تكون الصيغة هي الإيجاب وحده، وأن تنشأ الوصية بالإرادة المنفردة، إلا أنهما أجازا

---

(1) محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة السابعة، مطبعة اسماعيليان، ايران، طهران، 1982، ص462.

(2) برهان الدين علي بن أبي بكر المرغياني، المصدر السابق ص3/233-234. ومحمد بن احمد بن محمد القرطبي الأندلسي الشهير بإبن رشد الحفيد (بداية المجتهد ونهاية المقتصر) ط1، (ت595هـ)، 1422 هـ - 2003م، ص2/277. وأبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (ت1302 هـ)، ط1، المطبعة الميميزية، مصر، 1329، ص3/203.

(3) د. صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، الطبعة السادسة، دار العلم للملاين، بيروت، 1977، ص163.

القبول والرد في حالات معينة بإعتبار القبول شرط لزوم[1]. والصيغة التي تنعقد بها الوصية يمكن أن تكون مطلقة غير مقيدة بأي قيد كأن يقول أوصيت بكذا لفلان، أو أن تكون مقيدة بشرط فيه مصلحة مشروعة إما للموصي أو للموصى له، أو لطرف ثالث، وكذلك يمكن أن تكون معلقة على أمر ممكن الوقوع مستقبلاً.

الأمر الثاني: بم تتحقق الصيغة في الوصية: تتحقق الصيغة والمتمثلة بالإيجاب في الوصية باللفظ أو الكتابة وبالإشارة.

غير أن هذه الأشياء الثلاثة ليست في درجة واحدة، من حيث جواز إنعقاد الوصية بها، بل هي مترتبة تبعاً للحال التي يكون عليها منشئ الوصية. فالموصي إما أن يكون قادراً على النطق، أو عاجزاً عنه، وفي كلا الحالتين – إما أن يكون عالماً بالكتابة أو لا يكون عالماً بالكتابة وبالشكل التالي:

الحالة الأولى: إذا كان قادراً على النطق فإن وصيته تنعقد بالعبارة ولا تنعقد بالإشارة أبداً، لأن العبارة أقوى في الدلالة على المراد من الإشارة، فلا يعدل من الأقوى إلى الأضعف إلا عند الضرورة.

الحالة الثانية: أن يكون غير قادر على النطق كأن يكون أخرس، أو معتقل اللسان بسبب مرضي، ففي هذه الحالة إن كان عالماً بالكتابة فالراجح عند الفقهاء أن وصيته لا تنعقد إلا بالكتابة، لأنها في دلالالتها على المقصود أدق وأحكم لأنه لا لبس فيها ولا إحتمال، بخلاف الإشارة[2].

وقال الإمامية والشافعية والمالكية: إذا أعتقل لسان المريض تصح وصيته بالإشارة المفهمة[3].

والأصل في الصيغة – في كافة التصرفات – أن تعبر عنها عبارة ولفظاً وتصح الوصية بها في جميع المذاهب، لأنها أقوى صورة للتعبير عن الإرادة وبيان الرضا الباطني.

أما الكتابة: فلا خلاف أيضاً في أن الوصية تنعقد بها إذا صدرت من عاجز عن النطق، كالأخرس، ومثله عند الحنفية والحنابلة معتقل اللسان إذا إمتدت عقلته، أو صار ميؤوساً من قدرته على النطق.

واما الإشارة المفهمة: فتنعقد بها الوصية من الأخرس او معتقل اللسان، بشرط أن يصير معتقل اللسان ميؤوسا من قدرته على النطق – واذا كان العاجز عن النطق عالماً بالكتابة، فلا تنعقد وصيته الإ بالكتابة، وهذا هو الماخوذ به قانوناً[4].

---

(1) د. أحمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين إمام، المصدر السابق، ص59.

(2) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص340 وما بعدها.

(3) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، اعتنى به: محمد بن خليل العيناني، ط2، دار المعرفة، بيروت، 1425هـ - 2004م، ص5313. وإبن قدامة المقدسي الحنبلي، المقنع في فقه الإمام أحمد (ت620هـ)، مطبعة المنار، مصر، 1323هـ، ص356/2.

(4) أبو زكريا يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين وعودة المتقين (ت676هـ)، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت، 1405هـ-1985م، ص140/6. وشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ص5313. وابن قدامة المقدسي الحنبلي، المصدر السابق، ص356/2.

قبول الوصية: إتفق الفقهاء على أن الإيجاب من الموصي لابد منه، لأنه ركن بالإجماع، ولكنهم إختلفوا في دور القبول وتحديد طبيعته، هل هو ركن أيضاً أم شرط[1]، ثم إذا كان شرطاً هل هو شرط الصحة أو شرط اللزوم؟ أو ليس بركن ولا بشرط؟

للإيجابة على هذه الأسئلة، أقول: هناك خلاف بين فقهاء المسلمين بخصوص هذا الموضوع، وكالآتي:

أ- عند أبي حنيفة وصاحبيه (أبي يوسف ومحمد – رحمهم الله) القبول ركن أو أن الإيجاب والقبول يشكلان ركن الوصية، فيما لم يتحقق القبول لايتم الركن، ولكن يكفي أن يكون القبول ضمنياً كعدم الرد[2].

ب- لدى جمهور الفقهاء: القبول ليس ركناً ولا جزء من الركن ولا شرط للصحة، وإنما هو شرط اللزوم، لأن ملك الموصى له بمثابة ملك الوارث يتحقق بعد الوفاة، فكما أن الثاني لا يحتاج الى قبول فكذلك الأول[3].

وبناءً على ذلك يعتبر الموصى به ملكاً للموصى له من تاريخ الوفاة ويكون للقبول الأثر الرجعي ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، فله زوائده وفوائده وثماره، وعليه نفقته وقد أخذ بهذا الإتجاه أكثر التشريعات العربية[4].

ويتحقق القبول بكل ما يبنى عليه صراحة كقبلت الوصية أو ضمنياً كأن يكون الموصى به داراً فيؤجرها أو يسكنها وهذا محل اتفاق بين الفقهاء. واختلفوا فيما إذا كان الموصى له معيناً يتصور القبول من جهته ومات عالماً بالوصية ولم يعلم أنه قبول او رد.

فالحنفية اعتبروا السكوت وعدم الرد قبولاً في هذه الحالة ، لأن الوصية تمت من جانب الموصي بموته والتوقف إنما كان لصالح الموصى له، فإذا مات عالماً بالوصية دون أن يردّها دخل الموصى به في ملكه[5].

فإذا رد الموصى له الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول بطلت فيما رد وإذا ردها كلها أو بعضها بعد الموت والقبول وقبل منه ذلك أحد من الورثة انفسخت الوصية وإن لم يقبل منه ذلك أحد منهم بطل رده[6].

وأن القبول إذا كان ركناً في الوصية كالإيجاب ينبغي ان يكون موافقاً للإيجاب في كل جزئية من جزئياته فإذا اوصى شخص لإثنين ثلث ماله وبعد الوفاة قبل أحدهما ورد الآخر فإن عدم توافق القبول مع الإيجاب يبطله إذا كان القبول ركناً، ولا يبطله إذا لم يكن كذلك[1].

---

(1) عرف الشرط لغة بعدة معاني منها: إلزام الشئ وإلتزاماته أو ما يوضع ليلتزم في بيع أو نحوه أو ما توقفت صحة الأركان عليه. ولمزيد من التفصيل راجع ابن منظور، لسان العرب، مادة (شرط) 329/7؛ المصباح المنير الفيومي مادة (شرط) 255/1. أما الشرط اصطلاحاً ما يتوقف وجود الشئ عليه، ولا دخل له بوجوب ذلك الشئ. ولمزيد من التفصيل أنظر: الهيثمي، عبد الحكيم عبد الرحمن أسعد السعدي، مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، لينان، 1986، ص59.

(2) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ت587هـ)، تحقيق: علي محمد عوض وعادل احمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ - 2003م، ص331/7-332.

(3) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المبسوط (ت490هـ)، تحقيق: أبو عبد الله محمد حسن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ - 2001م، ص227/28.

(4) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص186.

(5) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص343.

(6) القاضي محمد كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية، 1969، ص213.

أما فيما يتعلق بالتعبير عن القبول فقد ساوى القانون العراقي بين العبارة والكتابة والإشارة كوسائل للتعبير عن الإرادة الباطنة فقد نصت المادة (79) من القانون المدني العراقي على أنه (كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة ويكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الإستعمال ولو من غير الأخرس).

ثانياً: الموصي:

يعد الموصي من أهم الأركان التي تعتمد عليها الوصية في الشرع الإسلامي لتكون صحيحة شرعاً وهو ذلك الشخص الذي تصدر منه الوصية. فالموصي هو من أنشأ الوصية، فهي نتاج إرادته يصدرها إختياراً في الوصية المعتادة، وتصدر عنه إجباراً في الوصية الواجبة. والوصية لا توجد ولا تتحقق إلا بوجود أمور أربعة: الموصي، والموصى له، والموصى به والصيغة المنشئة لها. وقد ثار الخلاف بين الفقهاء في كون هذه الأمور أركاناً، أو أن الركن هو الصيغة التي يوجد بها التصرف في الخارج وما عداها لوازم؟

فغير الحنفية يقولون: أن أركان الوصية هي الأربعة كلها، أي الموصي، والموصى له، والموصى به، والوصية (أي الصيغة).

والحنفية يذهبون الى أن الركن هو الصيغة وحدها، وهذا الخلاف لا ثمرة له حيث انه خلاف في التسمية يرجع الى أمر اصطلاحي فقط[2].

وذهب الأئمة الأربعة وأبو يوسف ومحمد الى التفصيل في ذلك فقالوا إن كانت الوصية لغير معين كالفقراء ومن لا يمكن حصرهم، لزمت بموت الموصي، ودخل الموصى به في ملك الموصى له، ولا يتوقف على القبول من الموصى له، لأنه ليس بركن ولا شرط فيها في هذه الحالة لأن القبول من الجميع متعذر. أما بموجب احكام القانون العراقي فقد اعتبر ركن الوصية هو الإيجاب وحده. أما القبول فقد جعله شرط لزوم حسب آراء بعض الفقهاء القانونيين[3].

ثالثاً: الموصى له:

الموصى له هو من تعين له الوصية، وقصر الموصي الإحسان إليه وجعله خلفاً له فيما أوصى له وقد يكون الموصى له موجوداً عند إنشاء الوصية حقيقة كالوصية لزيد أو تقريراً كالوصية للحمل، وقد يكون غير موجود أصلاً كالوصية لما سيبنى من مسجد أو مدرسة بهذه القرية، وقد يكون فرداً أو جهة محصورة او غير محصورة وقد يكون الموصى له أجنبياً عن الموصي أو كان أحد ورثته وقد يكون جهة خير وبر أو جهة فسوق وعصيان مسلماً كان أو غير مسلم وأياً كان الموصى له فقد اتفق الفقهاء على انه ركن من أركان الوصية وبدونه لا يمكن إنشاء الوصية.

كما وتصح الوصية للحمل بحيث إذا وضعته الأم لتسعة أشهر تستحق الوصية، وأن وصف الموصى له بخلاف صفته مثل أن يقول على أولادي السود وهم بيض او العشر وهم

---

(1) د. عبد الستار حامد، المصدر السابق، ص31.

(2) أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، المصدر السابق، ص203/30. ومحمد بن أحمد القرطبي الأندلسي، المصدر السابق، ص277/2. وعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص331/7.

(3) د. أحمد فراج حسين، المصدر السابق، ص37-38.

إثنا عشر هنا الأوجه إذا علم ذلك أن يعتبر الموصوف دون الصفة وقد يقال ببطلان الوصية كمسألة الإبهام وقد يقال في مسألة القدر ويعطي العشرة إما بتعيين الورثة في الوصية والذي يقتضيه المذهب أن الغلط في الصفة لا يمنع صحة العقد[1]. ويعتبر الموصى له العنصر الثالث للوصية وهو المتصرف له، أي من انشئت الوصية لأجله وقصد الموصي برّه وصلته وجعله خلفاً له فيما اوصى به[2]. وان الجمهور يشترطون وجود الموصى له حين الوصية، اما المالكية فلا يشترطون هذا الشرط. والأرجح رأي الجمهور لأن تمليك غير الموجود لا معنى له، ولما يترتب على جواز هذه الوصية من حبس المال مدة طويلة[3].

رابعاً: الموصى به:

الموصى به هو الشيء الذي يوصي به الموصي وهو الذي يثبت به الملك للموصى له حقاً كان او ديناً او منفعة وهو محل الوصية، وبهذا يعتبر الموصى به ركناً من أركان الوصية وبدونها لا توجد أية وصية.

وقد يطلق البعض على الموصى به الموضوع، كما وأن الموصى به قد يشمل الإنشاءات كتمليك الأعيان المنقولة وغير المنقولة، والحقوق المقوّمة بالمال كحقوق الإرتفاق، والحقوق المتعلقة بالمال كتأجيل الدين بعد حلول أجله، وتمليك المنافع كسكنى الدار وإستحقاق الغلّة والثمرة[4].

ويجب على المرء أن يعدل في وصيته قدر الإمكان، لأن الجور فيها مجحف بالورثة، وهو يشبه الى حد كبير أخذ اموال الناس بالباطل، فقد روي عن أبي هريرة مسنداً أن الرجل ليعمل بعمل أهل الخير سبعين سنة، فإذا أوصى وجار في وصيته، فيختم له بشرّ عمله، فيدخل النار، وان الرجل ليعمل بعمل اهل الشر سبعين سنة فيعدل في وصيته فيختم له بخير عمله فيدخل الجنة[5].

وللشخص أن يوصي بأعمال مخصوصة، كالوصية بوفاء ديون مسماة عليه سواء كانت الديون للعبد، او أو لله تعالى، كوصيته بوفاء نذر عليه ووصيته بقضاء الحج عنه ونحو ذلك. وكالوصية ان يكفن على هيئة مخصوصة.

ويجب ان لايزيد مقدار الموصى به اكثر من ثلث مايملك الموصي، سواء أكان له وارث يرثه أم لم يكن له وارث، إلا إذا أجاز الورثة، فإن أجازها بأكثر من الثلث فليس لهم أن يرجعوا عن إجازتهم بعد موته[6].

---

(1) شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية الحراني، الفتاوي الكبرى، مجموعة فتاوي، الطبعة الأولى، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت – لبنان، 1999م، المجلد الرابع، ص398.

(2) د. ابراهيم مصطفى الزلمي، المصدر السابق، ص203.

(3) أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي الحنفي، المصدر السابق، ص87/28. وعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المصدر السابق، ص335/7. وشمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، المصدر السابق، ص433/4. وابن قدامة المقدسي الحنبلي، المصدر السابق، ص213/2.

(4) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص213.

(5) السنن الكبرى للإمام ابي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، كتاب الوصايا، حديث رقم (12586)، تحقيق الشيخ: مصطفى عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1424هـ - 2003م، ص446/6.

(6) أ. د. محمد رواس قلعة ضي، موسوعة فقه عبد الرحمن الاوازعي، الطبعة الأولى، الكويت، 2003م، ص740.

المطلب الثاني
أحكام الوصية في القانون العراقي

نعلم من تعريف الوصية بأنها تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض بمعنى أنها إذا إنعقدت بكامل شروطها فإن الموصى له يمتلك الموصى به بعد وفاة الموصي أي تصبح له سلطة عليه يستطيع التصرف به بكافة التصرفات الجائزة كالبيع والهبة والإجارة ويرثه ورثته بعد وفاته[1].

وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي بأنه (وتجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة، ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث إلا بإجازة الورثة)[2].

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959 بالحكم نفسه حيث جعل الوصية نافذة بثلث مال الموصي، سواء أكان الموصى له وارثاً أم لا وفق المادة (70).

ولكن ما الحكم اذا لم يكن للموصي ورثة؟ هل تكون الوصية نافذة بجميع تركته أم تبقى في الثلث فقط؟

إذا كانت الوصية بأكثر من الثلث لا تكون نافذة بالزائدة منها إلا بإجازة الورثة وإن عدم وجود وارث يدفعنا أن القول بانها نافذة في جميع التركة دون توقف على إجازة أحد، حتى وان أستغرقتها جميعها. ولكن قانون الأحوال الشخصية العراقي تدارك ذلك، فأعتبر الدولة – وزارة المالية – وارثاً لمن لا وراث له، وبذلك تصبح وصية الشخص الذي لا وارث له، إن زادت على ثلث ماله، موقوفة على إجازة الدولة (وزارة المالية) لأنها بحكم الوارث للموصي الذي لا وارث له[3].

ومما يجب التنبيه له أن الوصية لا يشترط فيها إتحاد الموصي والموصى له بالدّين، فتجوز وصية المسلم للكتابي وبالعكس.

كما لا يشترط أتحادهما بالجنسية، فتجوز للعراقي من الأجنبي، أو للأجنبي من العراقي. ولكن قانون الأحوال الشخصية لم يطلق الحكم، فيقصّر جوازها بين المختلفين في الدين على الأموال المنقولة دون العقارات، كما قصّر جوازها بين المختلفين في الجنسية على الأموال المنقولة أيضاً وبشرط المعاملة بالمثل[4].

وقد نصت على ذلك أحكام المادة (71) من قانون الأحوال الشخصية النافذ بأنه (تصح الوصية بالمنقول فقط مع إختلاف الدين، وتصح به مع إختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل).

المبحث الثاني
طرق إثبات الوصية ومبطلاتها

نود أن نذكر هنا ان القانون قد شتت أبحاث الوصية خلافاً لما يقتضيه النهج الطبيعي العلمي، فتحدث عن الموصى له مثلاً في بحث الشرائط، ثم تحدث عنه في باب الأحكام،

---

(1) المحامي مصطفى محمد جميل التلعفري، المصدر السابق، ص47.
(2) المادة (1/1108) من القانون المدني العراقي النافذ.
(3) محسن ناجي، المصدر السابق، ص424.
(4) القاضي محمد حسن كشكول، المصدر السابق، ص287.

وكان النسق الطبيعي أن يكون الحديث عنه في محل واحد جمعاً للأحكام المتعلقة من شرائط وغيرها من الأحكام في باب واحد.

اما فيما يتعلق بطرق إثبات الوصية فقد تطرق اليها القانون في بعض المواد كون الوصية تتألف من واقعتين: واقعة الإيصاء وبها يتم إنشاء الوصية، وواقعة الوفاة، وبها يتم قبولها بعدم ردّها من الموصى له.

ولما كان القبول في الوصية يجوز أن يتم عن طريق ضمني بعدم ردّها من الموصى له، فلا يشترط للقبول شكل معين أو بمعنى آخر لا يتوقف قبول الوصية على إفراغها في محرر كتابي بشكل ورقة مكتوبة، وبما أن الوصية أساسها إيجاب الموصي المضاف الى ما بعد موته وأن هذا محل إتفاق بين الفقهاء وهذا الوجود الذي يكون الوصية حال حياة الموصي بناءً على صدور الإيجاب بها صحيحاً – إنما يظهر أثره بعد وفاة الموصي ما ظلَّ قائماً، لم يطرأ عليه بعد ذلك سبب من الأسباب التي تبطله فإذا بطل لسبب من هذه الأسباب لم يكن له أثر بعد ذلك[1]، وسنسلط الضوء في هذا المبحث على طرق إثبات الوصية ومبطلاتها من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: طرق إثبات الوصية

المطلب الثاني: مبطلات الوصية

المطلب الأول

طرق إثبات الوصية

إن الحق الثابت بالوصية كأي حق آخر لازم لا يشترط في الدعوى به شرعاً إلاّ أنْ يكون ثابتاً في الواقع وحدث النزاع فيه لكن الناس ضعف عندهم وازع الدِّين ووجدوا في الحقوق التي تترتب على الوصايا انها لا تثبت إلاّ بعد وفاة الموصيين، وفي هذه الحال يحول الموت بينهم وبين أن ينكروا او يدفعوا ما ينسب إليهم زوراً وبهتاناً من وصايا تفتري عليهم فكثرت دعاوى الوصايا الباطلة المفتراة، عليه فإن طرق إثبات الوصية هي:

أولاً: السندات العادية[2]: إذ يمكن إثبات الوصية عن طريق السندات العادية حيث تسمع دعوى الوصية ودعوى الرجوع عنها عند وجود ورقة مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعلى الورقة المذكورة إمضاؤه وتوقيعه وكذلك لا تكفي ورقة مكتوبة بخط غيره وعليها إمضاءه بخطه[3].

وقد جاء في إحدى قرارات محكمة التمييز العراقية بانه (يجوز إثبات الوصية بدليل كتابي) والدليل الكتابي يشمل السند العادي أيضاً وذلك بقولها (الوصية لا تثبت إلا بدليل كتابي)[4].

---

(1) القاضي محمد حسن كشكول وعباس السعدي، المصدر السابق، ص279.

(2) السندات العادية: الكتابة التي يدونها شخص قصداً إلى إعداد دليل على العقد أو التصرف القانوني الذي تنطوي عليه، دون أن يتدخل في تحريره موظف عام مختص. ولمزيد من التفصيل أنظر د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، 2012، ص146.

(3) الشيخ علي الخفيف، أحكام الوصية، بحوث مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010م، ص81.

(4) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (68/شرعية/64 في 1964/3/22) القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية، المصدر السابق، ص331.

أما قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ فقد نص في المادة (1/65) بأنه (لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصي او مبصوم بختمه او بصمة إبهامه، فإذا كان الموصى به عقارات او مالاً منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل).

وبما أن القانون أورد النص (لا تعتبر الوصية) ومقتضى ذلك ان الوصية غير المكتوبة لا تعتبر، أي أنه جعل الكتابة ركناً في الإنعقاد، إلا أن القضاء جرى على الأخذ بالوصية إذا أقر بها الورثة حتى وإن لم تكن مكتوبة[1].

ثانياً: السندات الرسمية[2]: إن القانون أوجب تصديق الوصية لدى كاتب العدل إذا زادت قيمة الموصى به إن كان منقولاً على خمسمائة دينار أو إذا كان الموصى به عقاراً. إلاّ أن ذلك لا يمنع من تصديق الوصية لدى المحكمة المختصة ثم أن قانون كتاب العدول رقم (27) لسنة 1977 منع تسجيل العقود والتصرفات العقارية على نحو مباشر أو غير مباشر، عليه فإنه منع تسجيل الوصية بالعقار ويعد هذا قيداً لنص قانون الأحوال الشخصية.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأن (1- الأصل أن المحاكم الشرعية مختصة بتنظيم حجج الوصايا وقد نص قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1969 صراحة على ذلك بالمادة 301 منه. 2- إن ما ورد بالمادة (65) من قانون الأحوال الشخصية يجب تفسيرها على إعتبار ان الوصية إن لم تكن منظمة او مسجلة لدى المحكمة الشرعية وكان الموصى به عقارا او منقولاً لا تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقها لدى كاتب العدل)[3].

عليه فإذا كانت قيمة الموصى به عقاراً أو منقولاً – تزيد على خمسمائة دينار، وجب أن يكون المحرر الكتابي رسمياً وهو يكون رسمياً بتصديقه من الكاتب العدل، كما يكون رسمياً إذا كان مسجلاً في المحكمة المختصة في حجة وصاية[4].

ثالثاً: الشهود: يجوز إثبات الوصية بشكل عام بشهادة الشهود في حال وجود مانع مادي يمنع الحصول عليه، كما لو كان الموصي في قرية لا يعرف أحد من أهلها القراءة والكتابة وقد أحَسَّ بإقتراب أجله، أو كانت الوصية تزيد على خمسمائة دينار ولا يوجد كاتب عدل او محكمة في المحل الذي يسكنه وهو في حالة مرض شديد، وهكذا فإذا حصلت حالة من هذه الحالات، جاز إنشاء الوصية بحضور شهود. وقد نصت على ذلك أحكام الفقرة (2) من المادة (65) من قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنه (يجوز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي).

---

(1) القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، المصدر السابق، ص278.

(2) السندات الرسمية: هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود إختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره. ولمزيد من التفصيل أنظر: د. سليمان مرقس، الأدلة الخطية وإجراءاتها في تقنيات البلاد العربية، 1967، ص111.

(3) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (1040/شرعية/1969 في 1970/4/25) هيئة عامة، المنشورة في النشرة القضائية لمحكمة تمييز العراق، العدد الثاني، السنة الأولى، نيسان، 1971، ص19.

(4) ينظر: محسن ناجي، المصدر السابق، ص430.

وقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأنه (يجوز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع دون الحصول على دليل كتابي)[1]. والشهادة كأن يقول شخص أمام شاهدين أو أكثر بأني أوصيت بكذا وكذا وأشهدتكم على وصيتي هذه.

ويرى الدكتور محمد كامل مرسي أن تسجيل الوصية ليس بشرط ويعلل رأيه بأن تسجيل الوصية يكون بعد وفاة الموصي لأن الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت والتسجيل ليس بشرط لإنشاء التصرف بل شرط لترتيب الآثار[2].

رابعاً: الإقرار[3]: يميل الإنسان بطبعه الى حُبّ الذات ويعمل على جلب المصالح ودفع ما يعرضه للضرر، فإذا أقدم شخص على الإقرار بحق أو واقعة مقدمة مصلحة الآخرين على مصلحته، فإن العقل يرجح جانب الصدق ويبعد إحتمال الكذب في الإقرار. وفي ظل الأحكام الفقهية، إتفق فقهاء الشريعة الإسلامية، بأن إنشاء الوصية لا يشترط له شكل معين، بل يجوز أن يكون مكتوباً، كما يجوز أن يكون غير مكتوب، وغاية ما في الأمر أنهم قالوا: (من المستحسن أن تكون الوصية مكتوبة) ورتبوا على ذلك جواز أن يتم إنشاء الوصية شفاهاً بحضور عدد من الشهود، كما يجوز أن يتم كتابة. وعند حدوث نزاع بشأنها يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، ومن ضمنها الإقرار[4]. وقد قضت محكمة التمييز العراقية بقرار لها جاء فيه بأنه (تثبت الوصية بإقرار الورثة إذا لم يكن بينهم قاصر)[5].

خامساً: اليمين: هو إخبار عن امر مع الإستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر فاليمين وسيلة يلجأ اإليها الخصم عندما يعوزه الدليل لإثبات ما له من حقوق في ذمة خصمه، أو لإثبات إيفائه لحقوق مدعي بها للخصم في ذمته سبق أن وفاها دون الحصول على الدليل لإثباتها، أو يلجأ إليها القاضي لتعزيز بينة ضعيفة، وهي بذلك تعطي معنى الإحتكام الى ذمة الخصم وضميره[6]. إذاً من الجائز إثبات الوصية في حال عجز الموصى له عن إثباتها بطرق الإثبات الأخرى عن طريق الطلب من المحكمة بتوجيه اليمين الحاسمة[7] الى ورثة الموصي.

سادساً: كيفية تسجيل الوصية بصورة علمية:

---

(1) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (729/شرعية/68 هيئة عامة في 1969/5/17)، المشا إليه في ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم الأحوال الشخصية، المجلد السادس، ص335.

(2) د. رمضان علي السيد الشربناصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص388.

(3) عرّف المشرع العراقي في المادة (59/ أولاً) من قانون الإثبات المرقم (107) لسنة 1979 النافذ الإقرار القضائي بأنه (هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر) والإقرار غير القضائي فقد عرّفه في الفقرة/ ثانياً من نفس المادة بأنه (هو الذي يقع خارج المحكمة أو أمام المحكمة في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها).

(4) محسن ناجي، المصدر السابق، ص428.

(5) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (1106/شرعية/70 في 1970/8/4) المشار إليه في ابراهيم المشاهدي، النشرة الثقافية، العدد الثالث، السنة الأولى، ص336.

(6) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص388.

(7) عرف المشرع العراقي اليمين الحاسمة في المادة (114/ ثانياً) من قانون الإثبات المرقم (107) لسنة لسنة 1979 بأنه (هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى).

أ- تسجيل الوصية بمنقول تقل قيمته عن خمسمائة دينار بدليل كتابي موقع من الموصي أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه وبالشكال التالي:

إني الموقع أدناه (س) اوصيت بثلث أثاثي البيتية الذي قيمتها (300) ثلاثمائة دينار الى (م) يمتلكها بعد وفاتي دون منازع او معارض ولأجله وقعت.

توقيع الموصي
س

ب- تسجيل الوصية بمنقول تزيد قيمته على خمسمائة دينار أو عقار أو خليط من منقول وعقار

المرجع الأول: محكمة الأحوال الشخصية او محكمة المواد الشخصية بالنسبة لغير المسلمين ويتم التسجيل لديها بالشكل التالي:

السيد قاضي محكمة الأحوال الشخصية المحترم

إني (ع) الساكن في محلة شندوخا من محلات محافظة دهوك، أوصيت بثلث أموالي المنقولة وغير المنقولة والتي أقدر قيمتها بـ (800) ثمانمائة دينار إلى (هـ) عليه أطلب من محكمتكم الموقرة تسجيل وصيتي هذه وإصدار حجة بها ولكم الشكر والتقدير.

توقيع
الموصي

المرجع الثاني: كاتب العدل
فينظم سند بالشكل التالي:

إني كاتب عدل دهوك فلان إبن فلان حضر أمامي الموصي (ص) الثابت أهليته وصحة تصرفاته بالتقرير الطبي المرقم كذا والمؤرخ كذا والصادر من كذا المصدق من رئاسة الصحة في كذا وملكيته للأموال الموصى بها بالسند المؤرخ كذا والعدد كذا فتلوت عليه وصيته وأيّدها ووقعها أمامي وعليه صدقتها تحريرياً في / / .

توقيع
الكاتب العدل
ختم الدائرة

المطلب الثاني
مبطلات الوصية

أوضحنا فيما سبق – ان الوصية عقد أساسه إيجاب الموصي المضاف الى ما بعد موته، وهذا محل إتفاق بين الفقهاء على إختلاف مذاهبهم ولكنهم إختلفوا فيما وراء ذلك من أحكام.

فمنهم من ذهبوا إلى أَنها تتم بهذا الإيجاب بمجرد وفاة الموصي مصراً عليها ومنهم من ذهب إلى أن الإيجاب أحد ركنيها، أو أحد أركانها، وأن قبول الموصى له إيّاها ركن آخر من أركانها.

وهم مع هذا الخلاف متفقون على أن للوصية بهذا الإيجاب وجوداً حال حياة الموصي متى صدر مستوفياً جميع شروطه. وهذا الوجود الذي يكون للوصية حال حياة الموصي بناءً على صدور الإيجاب بها صحيحاً – إنما يظهر أثره بعد وفاة الموصي ما ظل قائماً، لم يطرأ عليه بعد ذلك سبب من الأسباب التي تبطله فإذا بطل لسبب من هذه الأسباب لم يكن له أثر بعد ذلك، وكأنه لم يوجد، ولم يكن للوصية وجود بعد ذلك.

وأسباب بطلان هذا الإيجاب على سبيل الإجمال هي:

1- الرجوع عن الوصية، أو عن إجازتها: إذا صدر الإيجاب بالوصية – لم يجب على صاحبه أن يمضي فيه، وكان له أن يرجع عنه – ما دام حياً - ذهب إلى ذلك جميع الفقهاء ولم يشذ عن ذلك إلا بعض الإباضية[1].

لأن الموجود قبل الوفاة مجرد إيجاب وأنه محتمل الرجوع فيه والرجوع عنها يكون بصريح القول – كأن يقول الموصي: رجعت عن وصيتي أو أبطلتها أو فسختها أو ألغيتها – أو الرجوع عنها بالدلالة والفعل – كأن يفعل بالموصى به ما يفيد رجوعه عنها كأن يبيع العين الموصى بها. وأجاز قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959 وتعديلاته[2] للموصي الرجوع عن وصيته كلها أو بعضها، ويكون الرجوع صريحاً أو ضمنياً لأن الوصية عقد غير لازم ما دام الموصي حياً وأنه لا يلزم إلا بقبول الموصى له بعد موت الموصي. فلو رجع عنها في حال حياته بطلت الوصية والبطلان يكون بإستحصال حجة من المحكمة المختصة بالرجوع إذا كانت الوصية أصلاً مسجلة في المحكمة وإذا ثبتت الوصية بالشهادة فإن الرجوع يثبت بالشهادة أيضاً ولا يقبل مجرد تقديم الطلب بالرجوع ودفع الرسم وإنما ينبغي تصديقه من قبل المحكمة، كما في نموذج حجة رجوع عن الوصية[3].

وقد قضت محكمة التمييز في قرار لها بأنه (إذا كانت الوصية مصدقة من الكاتب العدل فلا يثبت الرجوع عنها بورقة عادية، ما لم تكن مصدقة من الكاتب العدل أيضاً، ولا يسمع الدفع بوجود المانع المادي الذي حال دون تصديقه ورقة الرجوع عن الوصية، لأن هذا الدفع ينصرف إلى الوصية إبتداءً ولا ينصرف إلى الرجوع عنها لعدم وجود نص بذلك)[4].

وبما أن الوصية تصرف غير لازم في حياة الموصي، وأن له حق الرجوع عنها كلها أو بعضها في أي وقت يشاء، لأنه لم يتعلق بها حق للموصى له في حياة الموصي، فلا يترتب على الرجوع فيها، إلحاق الضرر بأحد وليس للرجوع صيغة خاصة، بل أنه يتحقق بكل ما يدل على إعراض الموصي عن وصيته سواء كان بطريق النص أو التصريح، او بطريقة الدلالة حسبما تفيده القرائن او تعارفه الناس[5]. وإذا إنتقل الموصي إلى رحمة رَبّه

---

(1) الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص218.

(2) المادة (1/72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959.

(3) القاضي محمد حسن كشكول، المصدر السابق، ص288.

(4) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (87/شخصية/975 في 1975/4/1)، مجموعة الأحكام العدلية، العدد 24 س1975/6، ص122.

(5) د. محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، الطبعة الأولى، مطبعة الإنتصار، 1999، ص125.

ولم يثبت رجوعه عن الوصية أثناء حياته كانت وصيته معتبرة. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها بأنه (إذا توفيت الموصية بعد صدور حجة الوصية ولم ترجع عنها فالوصية تعتبر نافذة بالثلث للأموال المنقولة وغير المنقولة)[1].

2- خروج الموصى به من ملك الموصي قبل وفاته: إذا أوصى الموصي بدار – مثلاً – ثم إنتقلت مليكتها قبل وفاته إلى غيره، بسبب من أسباب كسب الملكية، فإن ذلك يؤدي الى بطلان الوصية ولو رجعت الملكية إليه، ما لم يجدد الوصية مرة أخرى بعد رجوع الملكية إليه خلافاً لبعض الفقهاء، ممن ذهبوا إلى رجوع الوصية تلقائياً برجوع الملكية.

هذا إذا كان الموصى به مالاً معيناً من أمواله، لأنه لا تبطل وصية من أوصى لشخص بثلث ماله، ثم باع جميع ماله، لأن العبرة بما يملك يوم الموت سواء زاد أو نقص، لا حال الوصية، عند جمهور فقهاء الشريعة[2].

وأن خروج الموصى به يكون معتبراً بجميع أنواع التصرفات المادية والقانونية، حيث أنه من المحتمل أن يخرج به بالتصرفات المادية مثل حرقه أو إتلافه وكذلك يمكن خروج الموصى به بالتصرفات القانونية مثل بيعه أو هبته.

3- تمليك الموصى له للعين في الوصية بالمنفعة: إذا أوصى الموصي بمنفعة عين للموصى له مطلقاً أو لمدة محددة، وبعد وفاة الموصي تملك الموصى له العين التي أوصى له بمنفعتها بطلت الوصية، لأن المنفعة آلت الى ملكيته بطريقة تملك العين، فإذا أوصى شخص بسكنى داره، ثم إشترى الموصى له بهذه السكنى الدار الموصي بسكناها، فإن كان الشراء قبل إبتداء المدة الموصي بالسكنى فيها بطلت الوصية، وإذا كان في أثناء التمتع بالوصية بطلت فيما بقي من المدد المحددة للوصية[3].

4- وفاة الموصى له: إذا توفي الموصى له حال حياة الموصي بطلت الوصية له، لأنه إنما يملك عند وفاة الموصي أو عند قبوله الوصية، وهو في ذلك الوقت معدوم وغير أهل لأن يملك فتبطل الوصية له لذلك وهذا قول أكثر أهل العلم بحيث إذا أوصى بثلث ماله لبني فلان وله بنون وقت الوصية ولكن لم يُسمِّهم ولم يشر إليهم ثم مات هؤلاء جميعاً ورزق ببنون آخرون بعد ذلك وظلوا أحياء إلى وقت وفاة الموصي كانت الوصية باقية وثلث المال لهم وإن سمَّاهم أو أشار إليهم بطلت الوصية لموتهم[4].

5- فقدان الموصي أهليته حتى وفاته: فإذا زالت أهلية الموصي، بالجنون المطبق المتصل بالوفاة فقد بطلت الوصية، فإذا أوصى شخص بوصية ثم أصيب بالجنون او العته أو الخرف واستمر ذلك الى حين وفاته، فالوصية تبطل لفقدان الموصي الأهلية، لأن الذي يشترط في عقود التبرعات إبتداءً يشترط بقائه. وقد نص على ذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنه (تبطل الوصية في الأحوال الآتية: بفقدان أهلية الموصي إلى حين وفاته)[5].

6- بتصرف الموصي بالموصى به تصرفاً يزيل إسم الموصى به أو معظم صفاته: الوصية تبطل بتغيير إسم الموصى به بفعل الموصي لأن زوال الإسم دليل على زوال المعنى وذلك

---

(1) رقم القرار (2579/استئنافية عقار/2009 في 2009/5/15) المشار إليه في النشرة القضائية، العدد الثاني عشر، أيار، 2010.
(2) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص254.
(3) محمد كمال الدين إمام، المصدر السابق، ص122.
(4) الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص250.
(5) المادة (2/72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959.

ما يجعل الموصى به حينئذ بحكم الهالك الذي وجد مكانه شئ آخر، فإذا كان الموصى به داراً فجعله الموصي دكاكين أو كان دكاناً فحوله إلى نادي رياضي، أو غيَّر معظم صفاته عُد ذلك رجوعاً عن الوصية[1]. وقد نص على ذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنه (تبطل الوصية في الأحوال الآتية: بتصرف الموصي بالموصى به تصرفاً يزيل إسم الموصى به، أو معظم صفاته)[2]. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة التمييز العراقية في إحدى قراراتها بقولها (1- يعتبر الموصي قد رجع عن وصيته إذا أزال معظم صفات العقار الموصى به)[3].

7- إستغراق الدين للتركة حين الوفاة: إذا مات الموصي وكان الدين مستغرقاً لتركته ولم يبرأ الغرماء الموصي من الدين كله أو بعضه من ماله تبرعاً، بطلت الوصية لإنعدام محلها بأيلولة كل التركة الى الدائنين. ولم يصرح بذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي وإنما أكتفى بأن يكون الموصي اهلاً للتبرع ومالكاً لما أوصى به[4]. كما وأن الدَّين ليس عارضاً من عوارض الأهلية، فالمدين كامل الأهلية، ووصيته صحيحة كسائر تصرفاته. وإذا حُجر عليه للدّين منع ذلك من نفاذ تبرعه فقط، ومنه وصيته – ويكون نفاذ تبرعه متوقفاً على إجازة الغرماء متى كان غير مضاف إلى ما بعد موته.

أما وصيته – وهي تبرع مضاف الى ما بعد الموت – فلا نفاذ لها إلا بعد موته، ولا تنفذ إلا في ثلث ما قد يبقى من تركته بعد سداد ديونه – أي أبرئ من بعضه – أو تبرع متبرع بوفاته. وذلك لِتَقَدَّم الدَّين على الوصية، لأن وفاء الدين واجب، أما الوصية فأمر ندب إليه الشارع، وعلى ذلك تكون وصية المتوفي في ثلث تركته فإذا إستغرقها الدَّين فدفعت فيه بطلت الوصية، لإنعدام محلها[5].

8- رد الموصى له الوصية كلها أ و بعضها قبل قبوله وبعد موت الموصي: إتفق الفقهاء على ذلك، أما ردّه قبل موته فلا عبرة به عند جمهور الفقهاء، فله أن يقبلها بعد وفاته، وأما ردّه بعد قبوله فيبطلها عند الحنفية بشرط قبول الورثة أو أحدهم لهذا الرد[6].

وتلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، ويجوز قبول بعض الوصية وردْ البعض الآخر، كما يجوز قبولها من بعض الموصى لهم وردّها من الآخرين وتبطل في هذه الحالة بالنسبة لمن ردّها والوصية تبطل بالرد، والرد المعتبر هو بعد الوفاة لا قبلها[7].

---

(1) القاضي محمد حسن كشكول، والقاضي عباس السعدي، المصدر السابق، ص289.

(2) المادة (3/72) من قانون الأحوال الشخصية النافذ.

(3) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم (1098/شرعية موحدة/72 في 1974/3/31)، القاضي إبراهيم المشاهدي، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص341.

(4) المادة (67) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

(5) الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص243.

(6) د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المصدر السابق، ص464.

(7) د. احمد الكبيسي، المصدر السابق، ص113.

الخاتمة

توصلنا بعد الإنتهاء من كتابة هذا البحث إلى جملة إستنتاجات ومقترحات نجملها على النحو التالي:

أولاً: الإستنتاجات:

1- أن الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع، وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.
2- أن أركان الوصية عند جمهور الفقهاء أربعة: الموصي، والموصى له، والموصى به، والصيغة، ووسائل التعبير بالصيغة قد تكون بالتعبير اللفظي، وهي الإيجاب والقبول، أو التعبير الفعلي كالكتابة والإشارة وهذا ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (188) لسنة 1959.
3- أن الدَّينَ مقدم على الوصية، والوصية لا تنفذ إل بعد أداء الدَّين.
4- أن الوصية بأكثر من الثلث لا تجوز، إلا إذا أجازها الورثة، ووقت إعتبار الثلث هو وقت موت الموصي لا وقت إنشاء الوصية.
5- تبطل الوصية برد الموصى له الوصية، وبموته إذا مات قبل موت الموصي، أما إذا مات بعد موته وقبل القبول أو الرد فإن ملكية الموصى به تنتقل الى ورثة الموصى له، وتبطل الوصية أيضاً بزوال أهلية الموصي بالجنون المطبق.
6- لم يتم التطرق كثيراً إلى القرارات القضائية الصادرة من المحاكم ذات العلاقة المتعلقة بالوصية وذلك لندرتها وعدم وجود تطبيقات قضائية كثيرة للوصية لدى المحاكم بالرغم من قيامنا بالبحث في أغلب محاكم الأحوال الشخصية ومحاكم البداءة في الأقليم لإيجاد تطبيقات قضائية بهذا الخصوص للإستفادة منها عبر كتابة هذا البحث ومع ذلك تمت الإشارة الى عدد من القرارات القضائية.

ثانياً: التوصيات:

1- كل من يملك مالاً عليه أن يحرص على أن يوصي من هذا المال تقرباً الى الله تعالى وطلباً للأجر والثواب.
2- العدل من أسماء الله تعالى وهو أساس الحياة، ولذلك على الآباء أن يكونوا عادلين في الوصية بين أولادهم، لان عدم العدل يورث الضغينة والبغضاء فيما بينهم.
3- أن أحكام الوصية جاءت بصورة مبعثرة في القوانين العراقية ونرى من الأفضل جمعها في قانون واحد لكي يسهل الرجوع اليها والاطلاع على انواعها واحكامها بصورة صحيحة سيّراً على منهج المشرع المصري.
4- إن المشرع العراقي لم ينص على مسألة إذا كان الموصى له قاتلاً للموصي كما في الوصية الاختيارية وحصر تطبيق الوصية الواجبة على أصحاب البطقة الاولى من الاحفاد وأن هذا الأمر غير محبذ لأنه يمكن أن يتوفر مبررات الوصية الواجبة بالنسبة للطبقة الثانية والثالثة من الأحفاد.

هذا أهم ما توصلتُ إليه من خلال هذا البحث عن التأصيل الشرعي والقانوني لأحكام الوصية، وأضعها بين أيدي ذوي العلاقة أملاً أن يأخذوا توصياتنا بنظر الإعتبار، فإن أصبت فهو من الله وإن لم يكن كذلك فحسبي أنني حاولت وجاهدت ولكن الكمال لله سبحانه وتعالى.

والله من وراء القصد

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الأحاديث:

1- الإمام: أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب الجنائز، رقم الحديث (1295)، دار ابن كثير، دمش – بيروت، الطبعة الأولى، (1433هـ – 2002م).

2- الإمام: أبي الحسن مسلم ابن الحجاج النيبسابوري، صحيح مسلم، كتاب الوصية، رقم الحديث (1628)، مؤسسة المختار، القاهرة، الطبعة الأولى، 1426هـ - 2005م.

3- الإمام أبي بكر أحمد بن الحسيني البيهقي،السنن الكبرى، كتاب الوصايا، حديث رقم (12586)، تحقيق الشيخ: مصطفى عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة الثالثة، 1424هـ - 2002م.

ثالثاً: كتب اللغة:

1- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت – لبنان، 2005.

2- احمد الزيات وإبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، مؤسسة الصادق للطباعة والنشر، إيران – طهران، 1429قمري.

رابعاً: الكتب الفقهية والقانونية:

1- د. احمد فراج حسين، احكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، مطبعة الدار الجامعية، بيروت، 1986.
2- د. احمد فراج حسين ود. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002.
3- أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، بغداد – الحارثية، 1972.
4- د. بدران أبو العينين بدران، المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة مؤسسة شباب الجامعة بالإسكندرية.
5- شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية الحراني، الفتاوي الكبرى، مجموعة فتاوي، الطبعة الأولى، دار المناهج، بغداد، 2009م.
6- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات – مصادر الإلتزام – إثبات الإلتزام، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبإشرافها، 1976.
7- د. رمضان علي السيد الشرنباصي ود. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2003.
8- د. سليمان مرقس، الأدلة الخطية وإجراءاتها في تقنيات البلاد العربية، 1967.
9- د. صبحي المحمصاني، المبادئ الشرعية والقانونية في الحجر والنفقات والمواريث والوصية، الطبعة السادسة، دار العلم للملايين، بيروت، 1977.
10- د. عبد الستار حامد، احكام الأسرة في الفقه الأسلامي، الطبعة الأولى، مطبعة الجامعة، بغداد، 1986.
11- القاضي عبد الله علي الشرفاني، الموجز في التطبيقات القصائية في المحاكم والدوائر العدلية، الطبعة الرابعة، مطبعة المنارة، أربيل، 2010.
12- د. عصمت عبد المجيد بكر، أصول الإثبات، الطبعة الأولى، إثراء للنشر والتوزيع، 2012.
13- علاء الدين خروفة، شروح قانون الأحوال الشخصية المرقم (188) لسنة 1959، مطبعة المعارف، بغداد.
14- الجرماني: علي بن محمد بن علي، التعريفات، دار الريان للتراث.
15- الشيخ علي الخفيف، احكام الوصية، بحوث مقارنة، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010م.
16- المحامي محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، مطبعة الرابطة، بغداد، 1962.
17- محمد جواد مغنية، الفقه على المذاهب الخمسة، الطبعة السادسة، مطبعة اسماعيليان، إيران، طهران، 1982.

18- القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 وتعديلاته، الطبعة الثالثة، المكتبة القانونية، بغداد – شارع المتنبي، 2011.
19- د. محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، الطبعة العربية، اليازوري، عمان – الأردن، 2010.
20- د. محمد رواس قلعةضى، موسوعة فقه زيد بن ثابت، الطبعة الأولى، دار النفائس، بيروت - لبنان، 1993.
21- د. محمد رواس قلعةضى، موسوعة فقه عبد الرحمن الأوزاعي، الطبعة الأولى، الكويت، 2003م.
22- محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010.
23- د. محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، الطبعة الأولى، مطبعة الإنتصار، 1999.
24- القاضي محمد كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، دار المطبوعات الجامعية، 1969.
25- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، الطبعة الأولى، دار نشر إحسان، إيران – طهران، 2003.
26- د. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الطبعة الخامسة، مطابع دار الفكر بدمشق، 1963.
27- إبن قدامة المقدسي الحنبلي، المقنع في فقه الإمام أحمد (ت: 620هـ)، مطبعة المنارة، مصر، 1323هـ.
28- أبو بكر بن محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين (ت: 1302هـ)، المطبعة الميمزية، مصر، ط1، 1329هـ.
29- أبو زكريا يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين وعودة المتقين (ت: 67هـ)، المكتب الإسلامي، ط2، بيروت، 1405هـ - 1985م.
30- بهاء الدين علي بن أبي بكر المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدئ (ت593هـ)، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق، مصر، 1318هـ.
31- شمس الدين عمر عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيد ابن أحمد الدردير، دار إحياء التراث العربي، ج4.
32- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، أعتنى به: محمد بن خليل العيناني، دار المعرفة، بيروت، ط2، 1425هـ - 2004م.
33- عبد الرحمن الجزيري، تصحيح وتخريج: خالد العطار، الفقه على المذاهب الأربعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، ط1، 1417هـ - 1996م.
34- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (ت: 587هـ)، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ - 2002م.

35- المحامي مصطفى محمد جميل التلعفري، كتاب أحكام وصكوك الوصية والإيصاء في الشريعة الإسلامية والقوانين العراقية، 1986.
36- محمد علي محمود يحيى، احكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير قُدمت إلى جامعة النجاح الوطنية في نابلس، تاريخ المناقشة، 2010/2/15م.
37- مصطفى البغا ومصطفى الخن وعلي الشريجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، دار المصطفى، دمشق، ط2، 1431هـ - 2010م.
38-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة المعدلة، دار الفكر بدمشق، 2002م، ج10.

رابعاً: مجموعة الأحكام والدوريات القضائية:
1- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد.
2- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في قسم الأحوال الشخصية، مطبعة أسعد، بغداد، 1989.
3- إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية، مطبعة الزمان، بغداد، 1999.
4- النشرة القضائية لمحكمة التمييز العراقية، العدد الثاني، السنة الأولى، نيسان، 1971.

خامساً: التشريعات:
1- قانون الإثبات العراقي المرقم (107) لسنة 1979 المعدل.
2- قانون الأحوال الشخصية رقم (188) لسنة 1959 المعدل.
3- القانون المدني العراقي المرقم (40) لسنة 1951 المعدل.
4- قانون المرافعات المدنية العراقي المرقم (83) لسنة 1983 المعدل.