حد الثلث في الوصية (دراسة مقارنة)

أ. م . قحطان هادي عبد

جامعة تكريت / كلية الحقوق

المقدمة

الحمد لله رب العالمين بأفضل محامد الثناء والتعظيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين سيدنا محمد وعلى اله الطيبين وصحبة الطاهرين وبعد:-

إن العقل ليعجز عن تصور عظمة هذه الشريعة وما تحمله من مبادئ سامية تجسدت في جميل أحكامها تقف عندها العقول حائرة في طريقة نظمها كأنها لؤلؤ منثور يعطي ما فيه الخير والصلاح لجنس الانسان في كل الاعصار والأمصار لتزداد النفس يقينا وتصديقا أنه الحق الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد ، فهنا على سبيل المثال سنقف عند أحد هذه المبادئ السامية وهو مبدأ التكافل الاجتماعي وكيفية تحقيقه من خلال توزيع الثروات ومن أحدى وسائل هذا التوزيع تحديدا ألا وهو باب الميراث والوصية والذي هو صلب اختصاصنا ، لا يخفى على أحد دور الميراث وشقيقته الوصية في توزيع الثروات وبناء المجتمعات والذي يعنينا منها هنا هو الوصية وتحديدا حدها الشرعي والقانوني الذي يحقق هذه الغاية النبيلة التي شرعت من أجلها .

فبعد أداء الحقوق المتعلقة بالتركة من تجهيز المتوفى على الوجه الشرعي وتسديد ما في ذمته من ديون تنفذ عندئذ وصاياه ان وجدت ، فالوصية كما قلنا ابتداء أنها مشروعة للغاية التي ذكرناها فضلا عن كونها تحقق التوازن بين المصالح الخاصة والمصلحة العامة في تلبية حاجات الناس من خلال تقديم الخير لمن كان له فضل عليه في حياته وقصر بحقه فيتدارك هذا النقص بعد موته ، أو يتقرب بها الى الله سبحانه وتعالى رحمة منه في اللحظات الأخيرة من الحياة لتعويض ما قد فات من أعمال البر والثواب قبل الرحيل ، وهذا كله يجب أن يكون بقدر معين روعيت فيه مصلحة كل من الموصي والموصى له والحق الرابع من حقوق التركة وهو حق الورثة في الميراث من مورثهم وعلى نهج واضح يحقق العدالة والانصاف من دون ظلم أو ضرر لطرف واعطاء كل ذي حقٍّ حقه دونما حيف أو شطط .

وفي عصرنا هذا ومتطلباته المتجددة وجهل الكثير من الناس بحدود الشرع في الميراث والوصية ، والتهاون الشديد في تطبيق الأحكام الشرعية المتعلقة بها وخصوصا الوصايا والالتزام بحدها المشروع وهو الثلث فضلا عن غموض هذه الاحكام وتعقيداتها وكثرة فرضياتها وتفصيلاتها ولبيان مواقف القوانين المقارنة من هذه الجزئية وكيفية معالجتها كل ذلك كان سببا لاختيار هذه المفردة لتكون موضوعا لبحثنا هذا .

فانتهجنا فيه منهجا مقارنا بين اراء الفقهاء المسلمين واقوالهم في كل من جزئياته من جهة وموقف القوانين المقارنة المتمثلة بقانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ وقانون الاحوال الشخصية الاماراتي المرقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ وقانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية العراقي من جهة اخرى ، فكانت هيكلية البحث منقسمة الى مقدمة وأربعة مباحث وخاتمة:-

وهي المبحث الاول للتعريف بالوصية ومشروعيتها وحدها الشرعي في ثلاثة مطالب ، والمبحث الثاني للوصية في حد الثلث من حيث طبيعة هذا الحد وحكم الوصية ضمنه وذلك في مطلبين ، أما المبحث الثالث فللوصية بما زاد عن حد الثلث وذلك في حالة وجود الورثة وفي حالة انعدام الورثة وفي مطلبين ، والمبحث الرابع لوقت تقويم التركة لتحديد ثلثها ووقت الاجازة لما زاد عن حد الثلث وذلك في مطلبين .

ونختتم البحث بخاتمة تبين اهم النتائج والمقترحات القانونية المنظمة لموضوع البحث التي تم التوصل إليها ، هذا فإن أصبنا فهو من فضل الله عز وجل وتوفيقه وما كان من خطأ أو زلل فهو من عند أنفسنا والشيطان والله ورسوله وشرعه منه براء وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه والحمد لله رب العالمين .

المبحث الأول

التعريف بالوصية ومشروعيتها وحدها الشرعي

نبين في هذا المبحث التعريف بالوصية ومشروعيتها وحدها الشرعي من خلال تقسيمه الى ثلاثة مطالب نخصص الاول للتعريف بالوصية والثاني لبيان مشروعيتها والثالث للحد الشرعي للوصية .

المطلب الأول

التعريف بالوصية

يقتضي التعريف بالوصية بيان مدلولها اللغوي والاصطلاحي وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من هذا التعريف لذلك نقسمه الى فرعين

نخصص الاول للتعريف اللغوي والاصطلاحي ونفرد الثاني لتعريف الوصية في القانون العراقي والقوانين المقارنة .

الفرع الأول : التعريف اللغوي والاصطلاحي للوصية

أولا : التعريف اللغوي للوصية

الوصية مصدر من وصى ، ووصى بالتشديد والتخفيف وأوصى ويوصي ، والوصية هي الوصل من وصيت الشيء بالشيء وصلته ، وأرض واصية ، أي متصلة النبات من باب وعد ، والاسم الوصاة والوصاية والوصية[١].

وتطلق الوصية على اسم المفعول ويراد بها الموصى به ، ومنه قول الله تعالى ((مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَو دَيْنٍ))[٢]، وتطلق الوصية في اللغة على عدّة معان منها:-

١- العهد إلى الغير: أوصى الرجل ووصّاه : عهد إليه ، وأوصيت إليه وأوصيت له بشيء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيّك ، وأوصيت ووصّيته إيصاء وتوصية[٣].

٢ - الوصل: وصى الشيء وصيًّا اتصل ، وأرض واصية متصلة النبات ، وقد وصت الأرض إذا اتصل نباتها[١].

(١) الامام محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرضوان ، حلب ، ٢٠٠٥ ، ص٤٨٦.

(٢) سورة النساء ، الآية (١١).

(٣) ابو الفضل جمال الدين بن منظور، لسان العرب ، ط١ ، مادة(وَصَى) ، ج١٥ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٠ ، ص٣٩٤ .

٣ – التقدم إلى الغير بما يعمل مقترنًا بوعظ ، وتواصى القوم إذا أوصى بعضهم بعضًا[٢] كقول الله تعالى ((وَتَوَاصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَاصَوْا بِالصَّبْرِ))[٣] ، وقوله تعالى ((أَتَوَاصَوْا بِهِ بَلْ هُمْ قَوْمٌ طَاغُونَ))[٤].

الوصية والايصاء والتوصية في اللغة العربية تكون بمعنى واحد ، يقال أوصاه ووصاه بكذا توصية وايصاء والاسم وصية ، والوصية: أن يطلب الإنسان فعلاً من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد موته[٥]. وتعني أيضاً الوصل ضد القطع ، فنقول وصيته أذا أوصلته ، وإذا قلت أوصيت له أي بمال أو منفعة ونقول أوصيت إليه ، جعلته وصياً في رعاية أهلك وأولادك[٦]. وتطلق أيضاً على فعل الموصي " التوصية ". كقوله تعالى: ((حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ))[٧].

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للوصية

اختلف الفقهاء في تعريف الوصية حتى أن أصحاب المذهب الواحد تعددت تعريفاتهم للوصية وذلك بسبب اختلافهم في كون الوصية عقداً أم

---

(١) محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين ، القاموس المحيط ، ط٨ ، مادة (وَصَى) ، مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠٥ ، ص١٧٣١.

(٢) أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل الأصفهاني ، المفردات ، مادة (وَصَى) ، ص ٥٢٥ .

(٣) سورة العصر ، الاية (٣) .

(٤) سورة الذاريات ، الاية (٥٣) .

(٥) لسان العرب ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص٩٣٨.

(٦) ابراهيم مصطفى واخرون ، المعجم الوسيط ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٠ ، ص١٠٥٠.

(٧) سورة المائدة ، الاية (١٠٦).

تصرفا في المال ، وأنها تشمل الوصية والإيصاء أم تقتصر على الوصية فقط ، لذلك نستعرض تعريف الوصية في المذاهب الفقهية على الوجه الراجح في المذهب وفق الاتي:-

١ – تعريف الحنفية للوصية : فقد عرفها الحنفية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وسواء أكان ذلك ـ اي الموصى به ـ من الأعيان أو المنافع[١]. ونلاحظ على هذا التعريف أنه غير جامع لأنواع الوصايا ، لأنه لا يشمل حقوق الله التي في ذمته كالحج ورد الودائع ، فالوصية أعم واشمل مما يتناوله هذا التعريف . فهي تشمل بالإضافة إلى ذلك ، أبراء المدين من دينه وابراء الكفيل عما تكفل به ، وأداء واجب عليه كحج واجب عليه ولم يحج ، وزكاة وجبت في ماله ولم يدفعها ، ورد الأمانات ، وتسديد الديون الواجبة عليه وغير ذلك .

وعرفها الكرخي من الحنفية أيضاً بمعنى الموصى به فقال ((الوصية أسم لما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه))[٢] ، ويلاحظ على هذا التعريف أنه أخذ بقيد التبرع أو التطوع . علما أن التبرعات في مرض الموت ليس من قبيل الوصايا بالمعنى المطلق وإنما كان لها حكم الوصية من حيث الخروج من الثلث فقط .

٢ – تعريف المالكية للوصية : عرفها المالكية بأنها ((عقد يوجب حقاً في ثلث

(١) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج٦ ، دار المعرفة للطباعة للنشر ، بيروت ، ص١٨٢.

(٢) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج٧ ، ط١ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص٣٣٣.

عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعد وفاته))[١]، ويلاحظ على هذا التعريف أنه بالإضافة إلى دلالته على عناصر الوصية يدل على بعض أحكامها ومنها أن الوصية عقد وأنها عقد غير لازم في حياة الموصي ، إلا إنها تصبح عقداً لازماً بعد وفاته وأنها تكون في حدود الثلث ولا يجوز بأكثر من ذلك إلا بإجازة الورثة وان الموصى به قد يكون حقاً وقد يكون عملاً نيابة عنه بعد وفاته كما في الايصاء[٢]. الا أنه يؤخذ على هذا التعريف انه غير جامع لأن الوصية لا توجب حقاً في ثلث المال دائماً كالوصية بإبراء ما عليه من حقوق أو واجبات .

٣ – تعريف الشافعية للوصية : فقد عرف الشافعية الوصية بأنها تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت ولو تقديرا . فإذا قال: أوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت[٣].

ويؤخذ على هذا التعريف انه عبر بلفظ تبرع مع أن هناك بعض الوصايا لا ينطبق عليها التعريف لعدم وجود التبرع فيها كالوصايا الواجبة على المتوفى وذلك مثل الوصية بأداء الوديعة أو الوصية بدفع الكفارة أو الزكاة .

---

(١) أبو بكر بن حسن الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك ، ج٣ ، ط٢ ، المكتبة التجارية ، بيروت ، ص٢٧١.

(٢) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، ط٢ ، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص١٤٠.

(٣) شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٨، ص١٥٦. ومحمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، ج٢ ، دار الفكر ، بيروت ، ص٣٩٣. و شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج٦ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٤٠. و شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ج٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٢٩.

٤ – تعريف الامامية للوصية: وعرفها فقهاء الامامية ((بأنها تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة))[١]. والملاحظ أن التمليك في هذا التعريف يشمل سائر التصرفات المسببة للملكية من بيع أو هبة العين والمنفعة بذلك فأنهم أرادوا بهذا التعريف الجمع بين الوصية بمعنى التمليك والايصاء بمعنى العهد.

٥ – تعريف الحنابلة للوصية: عرف فقهاء الحنابلة الوصية بأنها ((الوصية هي تبرع بالمال بعد الموت))[٢].

وهذا التعريف غير جامع لأنه لا يشمل الوصية بحقوق الله الواجبة كالحج والزكاة ، وكذلك الوصية بتأجيل الدين أو إسقاطه ، ولا يشمل الوصية بتقسيم التركة ؛ لأن هذا لا يعتبر تبرعاً بالمال .

واتجه العلماء المحدثون في تعريفهم للوصية إلى ما جاء في اغلب قوانين الوصية بأنها ((تصرف في التركة مضافا الى ما بعد الموت)) [٣].

الفرع الثاني : تعريف الوصية في القوانين المقارنة

أما عن التنظيم القانوني لباب الوصية في القوانين المقارنة فقد عرفت الوصية بعدة تعريفات فنجد مثلا أن قانون الأحوال الشخصية الاماراتي المرقم

(١) زين الدين بن علي بن احمد ، اللمعة الدمشقية ، ج٢ ، منشورات مكتبة دار المعارف الاسلامية ، ايران ، ص١١.

(٢) عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ج٦ ، دار الفكر ، بيروت ، ص٤٤٤.

(٣) وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج٨ ، ط٢ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٥ ، ص٩ .

(٢٨) لسنة ٢٠٠٥م قد عرف الوصية في المادة (٢٤٠) منه على ان ((الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد موت الموصي)) ،

وبالألفاظ نفسها جاء نص قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ في مادته (٢٥٤) حيث عرفتها بأنها: ((الوصية تصرف مضاف الى ما بعد موت الموصي)) .

وكذلك عرف المشرع العراقي الوصية في قانون الاحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل[١] في المادة (٦٤) منه بأنها ((تصرف في التركة مضافا إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض)) ، وهذا التعريف كأنه قد أقتبس من المادة الأولى من قانون الوصية المصري المرقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ التي عرفت الوصية بأنها ((تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت)).

ومن كل ما تقدم نلاحظ أن هذه التعريفات المتعددة للوصية التي نصت عليها القوانين العربية المقارنة تقترب من تعريف الحنفية [٢].

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد عرف الوصية في مادته الاولى بأن ((الوصية هي تصرف الشخص بأمواله تصرفاً معاملياً مشروطاً بما بعد موته ، وهي قسمان:

(١) كان عنوان الفصل الاول من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ هو (الوصية والميراث) الا ان كلمة (ميراث) قد تم حذفها بموجب المادة (٢) من قانون التعديل الاول لقانون الحوال الشخصية رقم ١١لسنة ١٩٦٣.

(٢) زكي الدين شعبان واحمد الغندور ، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الاسلامية ، ط١ ، مكتبة الفلاح ، الكويت ١٩٨٤ ، ص١١.

اولاً – الوصية التمليكية : وهي انشاء للتمليك بنحو أن يجعل الشخص شيئاً مماله من مال او حق لغيره بعد وفاته ، سواء أكان هذا الغير شخصاً محدداً بعينه ام عنواناً عاماً او صفة عامة تنطبق على شخص او عدة اشخاص كعنوان (العلماء والفقراء والارامل وغيرها) .

ثانيا – الوصية العهدية : وهي ان يعهد الشخص بتولي أحد الاشخاص

أمر التصرف بشيء يتعلق به من بدن او مال بعد وفاته ، كما لو امر ورثته او وصيه ان يتصرف بأمواله بعد موته تصرفاً معيناً ، كإعطائه لشخص محدد او ان يُستناب عنه في الصوم او الصلاة او ان يُوقف بعض ماله او أن يباع ونحو ذلك)) .

من هذا التعريف يتبين لنا ان مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية قد اخذ بمذهب شمول الوصية التصرفات التمليكية والعهدية .

مما تقدم يترجح عندنا التعريف الذي تبناه القانون العراقي في أنه ((تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض)) كون هذا التعريف يشمل الوصية دون الإيصاء ، وقيد التصرف في التركة ، وجامع لحالات الوصية على اختلاف أنواعها ، ووضوح عبارته وسهولة فهمها ، كما أنه يشمل الوصية التي تكون لمن هو اهلا للتملك ، كالوصية لشخص معين وايضاً لمن هو ليس اهلا للتملك ، كالوصية للجهات الخيرية ، كذلك استخدم لفظ (تصرف) فضلا عن لفظ (تمليك) الوارد في تعريف الحنفية على اعتبار ان لفظ (تصرف) أوسع وأشمل من لفظ (تمليك) بحيث يشمل كل انواع التصرفات من تمليك ، وابراء ، واسقاط ، وغيرها ولا يؤخذ على التعريف انه أورد لفظ تركة ولم يذكر لفظ مال كما فعل المشرع العراقي في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل حينما ذكر الوصية كسبب من

أسباب كسب الملكية في المادة (١١٠٨) منه بقوله : ((يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به.....)) ؛ وذلك لأن المراد من التركة كل ما يخلف الوارث مورثه به مالا كان ام منفعة او حقاً من الحقوق الأخرى المتعلقة بالمال التي تنقل بالموت من المورث إلى الوارث[١].

المطلب الثاني
حكمة ومشروعية الوصية

افردنا هذا المطلب لبيان الحكمة من تشريع الوصية وادلة مشروعيتها وذلك بتقسيمه الى الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول : الحكمة من تشريع الوصية

اقتضت حكمة التشريع الاسلامي مراعاة الصالح العام للمسلمين في تشريعاته كافة ، فالتشريع الاسلامي يهدف الى جلب كل ما تحققت فائدته ، ودرء كل ما تحققت مفسدته ، ومن هذا ما شرعت الوصية لأجله من من مصالح تجلبها أو مفاسد تدرؤها يمكن أن نلخصها بالنقاط الاتية :-

١- ان الوصية قربة أخيرة يتقرب بها الانسان الى الله عز وجل في آخر حياته كي يزداد احسانا أو يتدارك بها ما فاته منه ، أو أنه يرفع بها ظلما وقع منه أو من غيره لتحقيق القسط بين خلفه .
٢- أنها عمل ينتفع به الميت بعد موته لان بالموت تنقطع الاعمال لقول الرسول (صلى الله عليه وسلم) : ((إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له))[١].

(١) وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ، ج٨ ، ص١٠ .

٣- نفع العباد ان كانت في المساهمة في بعض المشاريع الخيرية وبالتالي خدمة الأمة الإسلامية والإنسانية .

٤- الوصية واحدة من أهم وسائل التكافل الاقتصادي والاجتماعي والتعاون على البر والتقوى فهي كالزكاة والوقف والصدقة والنذر والكفارات وغيرها من وسائل التكافل التي بنى عليها شرعنا الحنيف المجتمع المتماسك حتى وصفه رسولنا الكريم (صلى الله عليه وسلم) بالجسد الواحد .

٥- وأخيرا وليس اخرا وهو ما يعنينا في بحثنا هذا وهو تحقيق مصلحة الموصى له بما يكسبه من المال الموصى به ولكن ضمن الحدود التي أقرها الشرع الكريم وهو الثلث حدا للوصية وذلك ؛ لأن القواعد العامة تقضي بعدم جواز الوصية ؛ لأنها تصرف مضاف الى زمن لا يملك فيه الموصي سلطة هذا التصرف لكنها أجيزت استحساناً لما فيها من مصلحة الموصي والموصى له والورثة ان كانت بحدها المشروع أما مصلحة الموصي والموصى له فقد بيناها فيما تقدم ، أما مصلحة الورثة فقد يحرم بعض الورثة من الميراث فتحل الوصية محل الميراث وإذ لا تأثير على بقية الورثة طالما كانت في حدودها المشروعة هذا فضلا عن تخفيف حدة قواعد الميراث وحتميتها واعطائها المرونة اللازمة لإيصال الخير الى الأقارب غير الوارثين الذي بدوره قد يرفع عن أسرته كلها التحاسد والتباغض والخصام[٢].

الفرع الثاني : مشروعية الوصية

(١) الحديث أخرجه الامام مسلم في صحيحه ، باب ما يلحق الانسان من الثواب بعد وفاته ، الحديث ١٦٣١ ، ص٧٢٥ .

(٢) محمد عبد الرحيم الكشكي ، التركة وما يتعلق بها من حقوق ، ط٣ ، دار النذير للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص١٤٦.

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول وذلك استنادا لما يلي :-

أولا : الكتاب : لقوله تعالى ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))[١] وقوله تعالى : ((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَو آخَرَان مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُصِيبَةُ الْمَوْت تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَان بِاللَّهِ إِنِ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَو كَان ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ))[٢]. وقوله تعالى : ((مِنْ بَعْد وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَو دَيْنٍ))[٣] . ونحوها مما جاء في آيات الميراث حيث شرع الله سبحانه وتعالى الميراث مرتباً على الوصية فدل على ان الوصية مشروعة والا لما رتب عليها المشروع[٤].

ثانياً: السنة : ثبتت أحاديث نبوية شريفة عن الرسول (صلى الله عليه وسلم) تدل على مشروعية الوصية ومن هذه الأحاديث قوله (صلى الله عليه وسلم):((ما حق أمريء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده))[٥]. وقوله (صلى الله عليه وسلم) أيضا ((إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في اعمالكم فضعوها حيث شئتم او احببتم))[٦].

---

(١) سورة البقرة ، الاية (١٨٠).

(٢) سورة المائدة ، الاية (١٠٦).

(٣) سورة النساء ، الاية (١٢).

(٤) محمد عبد الرحيم الكشكي ، المصدر السابق ، ص١٤٦.

(٥) محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ، سنن ابن ماجة ، ج٢ ، باب الحث على الوصية ، دار الفكر للطباعة والنشر ، ص٩٠١.

(٦)علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، سنن الدارقطني ، ج٤ ، كتاب الوصايا ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٦٦ ، ص١٥٠.

ومنها أيضاً ما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال: ((مرضت ، فعادني النبي (صلى الله عليه وسلم) ، فقلت : يا رسول الله ، ادع الله ان لا يردني على عاقبي ، قال ((لعل الله يرفعك ، وينفعُ بك ناساً: قلت: اريد ان اوصي ، وانما لي ابنة ، قلت : اوصي بالنصف ؟ قال : ((النصف كثير)) . قلت فالثلث ؟ قال : ((الثلث والثلث كثير او كبير)). قال فأوصى الناس بالثلث وجاز ذلك لهم))[١]. وفي رواية مسلم قال: ((عادني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في حجة الوداع ، من وجع أشفيت منه على الموت . فقلت : يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع . وأنا ذو مال ولا يرثني الا أبنة لي واحدة . فأتصدق بثلثي مالي، قال: لا، قلت : أفأتصدق بشطره ؟ قال: لا . الثلث والثلث كثير. إنك تذر ورثتك اغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس وليس تنفق نفقة تبغي بها وجه الله ، الا اجرت بها حتى اللقمة تجعلها في في امرأتك .....))[٢].

ثالثاً: الإجماع : أجمع الفقهاء المسلمون على مشروعية الوصية ولم يختلفوا في ذلك ، حيث نقل عن أبن قدامه في المغني الإجماع على جواز الوصية ، حيث قال ((وأجمع العلماء في جميع الأمصار والاعصار على جواز الوصية))[٣]. وهذا لا ينفي اختلافهم في الكثير من أحكام الوصية ومنها على سبيل المثال ما إذا كانت الوصية واجبة أم مستحبة أو مدى نسخ آية الوصية بآيات المواريث أو حد الوصية في الثلث وغيرها من الجزئيات

(١) الحديث أخرجه الامام البخاري في صحيحه ، باب رثى النبيُّ (صلى الله عليه وسلم) سعد بن خولة ، ط٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٢٠٥ .

(٢) أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، رقم الحديث (١٦٢٨) ص٧٢٣.

(٣) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص٤٤٤.

التي قد تدخل في نطاق بحثنا هذا والتي سنعالجها كلا في محله في قادم هذه الصفحات .

رابعاً: المعقول: ان النظر في الحكمة من تشريع الوصية يقرر جوازها عقلاً لما فيها من تضامن اجتماعي وتكافل اقتصادي احتواه الاسلام في مبادئه وحثت عليه شريعته السمحاء واستحبته للمسلمين القادرين فالإنسان يحتاج الى أن يكون قد ختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة ، وتداركاً لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير وعلى هذا وجب القول بجوازها(١).

المطلب الثالث

الحد الشرعي للوصية

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، أو هي التبرع بالمال بعد الموت ، وهي مستحبة بجزء من المال لمن ترك خيرا في حق من لا يرث ، وقد حدد الشرع حدودها بأن لا تزيد عن الثلث ، ورغب في التقليل من الثلث ، وذلك لتجنب الإسراف ، وإيقاع الضرر بالورثة (٢) .

فإذا وجد للميت وارث ، نفذت الوصية في الثلث ، وبطلت في الزائد منه إن لم يجزها الورثة ، لحديث سعد بن أبي وقاص قال : ((عادني رسول الله

(١) عبد الستار حامد ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي ، احكام الوصية ، ط١ ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦ ، ص١٣.

(٢) ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة ، ج٦ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص ٦٦٧. و أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، ج١٠ ، دار المعارف ، ص٤٩٧ . والمغني لابن قدامة ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص٤٤٧.

(صلى الله عليه وسلم) في حجة الوداع ، من وجع أشفيت منه على الموت . فقلت : يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع . وأنا ذو مال ولا يرثني الا أبنة لي واحدة . فأتصدق بثلثي مالي، قال: لا، قلت: أفأتصدق بشطره ؟ قال: لا . الثلث والثلث كثير. إنك تذر ورثتك اغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ....))[١] .

فالثلث هو الحد الأعلى في الوصية إذا كان للميت وارث ، ولم يتفقوا على الحد الأدنى مع استحبابهم الأقل من الثلث ، وأن تكون الوصية للأقارب غير الوارثين لتكون صدقة وصلة معاً ، وذكر صاحب المغني أن الأفضل للغني الوصية بالخمس ، ونحو ذلك يروى عن أبي بكر وعلي بن أبي طالب[٢] ، أما إذا لم يكن للميت وارث ، أو كان له وارث وأجاز الزيادة على الثلث ، ففيه خلاف.

فلا تجوز الوصية لأجنبي الا في حدود ثلث التركة ، فأن زادت عن الثلث بطلت في القدر الزائد الا اذا أجازه الورثة ، والاصل في هذا ما روي عن سعد بن ابي وقاص (رضي الله عنه) ، فاتفقت كلمة الفقهاء على صحة الوصية التي لا تجاوز ثلث التركة ، وان نفاذها ان كانت لغير وارث لا يحتاج الى اجازة الورثة ، لأن الله قد تصدق به على الموصي في اخر حياته زيادة في حسناته كما وردت في ذلك السنة[٣] . اما اذا كانت الوصية لغير الوارث زائدة عن الثلث فقد اختلفت اراء الفقهاء فيها وسيأتي بيان هذه الآراء في المبحث الثالث من هذا البحث .

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) ابن عابدين ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص٦٦٧ . أ- عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ج٦ ، ص٤٤٧ . شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص١٦٢.

(٣) د. عبدالستار حامد ، مصدر سابق ، ص٦٠.

اما القوانين المقارنة فقد ذهب قانون الاحوال الشخصية الاردني في مادته (٢٧٤/ب) على ان((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث ، اما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها بعد وفاة الموصي)) ، في حين ان قانون الاحوال الشخصية الاماراتي قد نص في المادة (٢٤٣) على انه ((تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصي ، بعد اداء الحقوق المتعلقة وتصح فيما زاد على الثلث في حدود حصة من اجازها من الورثة الراشدين)).

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي فقد نص في المادة (٧٠) ((لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له)) ، اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد نصت المادة (١٩) على انه ((رابعا: أن لا يكون زائداً على ثلث التركة والا توقف الزائد على اجازة وقبول الورثة)).

وبهذا يتبين لنا ان كلمة الفقهاء قد اتفقت على ان حد الوصية الذي ينفذ مباشرة دون قيد او شرط هو الوصية بحدود ثلث تركة المتوفى وبأثرهم اقتفت قوانين الاحوال الشخصية المقارنة.

المبحث الثاني

الوصية في حد الثلث

لقد بينا في المبحث الاول الحد الشرعي للوصية اما ما زاد عن هذا الحد فقد اختلفت فيه كلمة الفقهاء ، لذلك فإننا نبحث في هذا المبحث في طبيعة شرط الثلث هل هو ركن ام شرط للصحة ام شرط للنفاذ ، ونبحث ايضاً عن حكم الوصية بحدود الثلث وذلك في مطلبين نخصص الاول لطبيعة شرط الثلث والثاني عن حكم الوصية ضمن هذا الحد .

المطلب الاول
طبيعة شرط الثلث

اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة شرط الثلث على اقوال وفقا للاتي :-

اولا: الحنفية : قال الحنفية لا تجوز بما زاد عن الثلث لحديث النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) عن سعد بن ابي وقاص قال((عادني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في حجة الوداع ، من وجع أشفيت منه على الموت . فقلت : يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع . وأنا ذو مال ولا يرثني الا أبنة لي واحدة . فأتصدق بثلثي مالي، قال: لا، قلت: افأتصدق بشطره ؟ قال: لا . الثلث والثلث كثير. إنك تذر ورثتك اغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ....))[١] بعدما نفى وصيته بالثلثان والنصف لأنه حق للورثة بعد موته وهم كبار[٢].

ثانياً : الشافعية: قال الشافعية ينبغي ان لا يوصي بأكثر من ثلث ماله فأن زاد في الوصية على الثلث ورده الوارث الخاص المطلق التصرف بطلت في الزائد ، وان أجازه فأجازته تنفذ وإمضاء لتصرف الموصي بالزائد[٣].

ثالثا: الحنابلة: قال الحنابلة من اوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وان لم يجيزوا رد الثلث[٤].

رابعاً : المالكية: قال المالكية اذا اوصى لوارث بزائد عن الثلث في

(١) سبق تخريجه .

(٢) برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، بداية المبتدي في فقه الإمام أبي حنيفة ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ، القاهرة ، ص ٢٦٢.

(٣) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ص٤٦.

(٤) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص٤٤٧.

صحته او مرضه فلبقية الورثة او للوارث الاجازة و الرد[١].

خامسا: الامامية : قال الامامية يشترط في الزائد عن الثلث اجازة الوارث والا بطل[٢].

سادسا: الظاهرية : قال الظاهرية لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث كان له وارث او لم يكن له وارث ، اجاز الورثة ام لم يجيزوا ، لما ورد في الصحيح عن سعد بن ابي وقاص انه قال : ((عادني رسول الله (صلى الله عليه وسلم فقلت : اوص بمالي كله ؟ قال لا . قلت: فالنصف قال لا قلت: فالثلث قال : نعم والثلث كثير الى اخره))[٣].

من هذا يتبين لنا ان جمهور الفقهاء ذهبوا الى اعتبار شرط الثلث شرط لنفاذ الوصية كما تبين ذلك في رأي كل من (الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، والمالكية ، والامامية) فالوصية عند الجمهور صحيحة ولكنها موقوفة على اجازة الورثة ، فأذا اجازوها وهم اهل للإجازة نفذت في الزيادة بالأثر الرجعي وان رفضوها بطلت بالأثر الرجعي ، وسندهم ان المنع من الوصية بأكثر من الثلث جاء لرعاية حق الورثة فأن اسقطوا حقهم برضاهم وهم اهل للتبرع جازت الوصية في الزائد[٤].

في حين نجد ان الظاهرية ذهبوا الى ان شرط الثلث في الوصية شرط للصحة فان زادت الوصية عن الثلث تكون باطلة في الزيادة سواء كان له وارث ام لا ، وسواء اجاز الورثة ام لا وذلك لنهي الرسول عليه الصلاة

(١) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، مصدر سابق ، ج١٠ ، ص٤٩٧.

(٢) زين الدين بن علي بن احمد ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٥٠.

(٣) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ج٩ ، ص٣١٧ .

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص١٥٦.

والسلام عن الزيادة على الثلث والنهي عن الشيء يقتضي بطلانه . ويؤخذ من كلام بعض المالكية[١] انهم لا يختلفون مع الظاهرية في اعتبار الشرط للصحة وبطلان الوصية في الزائد وهو احد قولي الشافعي[٢]. واحتجوا من جهة المعنى بأن المنع انما كان في الاصل لحق الورثة فاذا اجازوه لم يمتنع . [٣]

مما تقدم يترجح لدينا ان شرط الثلث هو شرط نفاذ وليس شرط صحة وذلك لأن المنع من الثلث هو لمصلحة الورثة فاذا تنازلوا عن هذا المنع الذي هو لمصلحتهم جازت الزيادة عن الثلث .

وهذا ما اخذت به القوانين المقارنة فنجد ان قانون الاحوال الشخصية الاردني قد نص في مادته (٢٧٤/ب) على ان ((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث ، اما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها بعد وفاة الموصي)).

اما قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فقد نص في المادة (٢٤٣) على انه ((تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصى ، بعد اداء الحقوق المتعلقة وتصح فيما زاد على الثلث في حدود حصة من اجازها من الورثة الراشدين)) ، اما قانون الاحوال الشخصية العراقي فقد نص في المادة (٧٠) على انه ((لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بأجازة الورثة....)) .

(١) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، ج٧ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، ص١٧١.

(٢) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب – هو شرح النووي لكتاب المهذب للشيرازي –، ج١٥ ، مكتبة المسجد النبوي الشريف ، ص٤٠٤.

(٣) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، ج٦ ، إدارة الطباعة المنيرية ، ص١٠٥.

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد نصت المادة (١٩) منه على انه ((رابعا: أن لا يكون زائداً على ثلث التركة والا توقف الزائد على اجازة وقبول الورثة)) .

المطلب الثاني
حكم الوصية بحدود الثلث

يختلف حكم الوصية في حدود الثلث في حالة وجود ورثة للموصي عنه في حالة عدم وجود ورثة له ، لذلك فاننا نبحث هذين الفرضين في فرعين نخصص الاول منهما للوصية في حدود الثلث في حالة انعدام الورثة ، ونفرد الثاني للوصية في حدود الثلث في حالة وجود الورثة وكما يلي :-

الفرع الاول : الوصية في حدود الثلث في حالة انعدام الورثة

نبين موقف الفقهاء المسلمون والقوانين المقارنة من حكم الوصية في حدود الثلث في حالة انعدام الورثة ومدى موافقة القانون للفقه الاسلامي حسب الترتيب الاتي :-

أولا : موقف الفقه الاسلامي من الوصية في حدود الثلث في حالة انعدام الورثة :

اتفق الفقهاء على صحة الوصية التي لا تجاوز ثلث التركة في حالة انعدام الورثة ويتضح ذلك من اقوالهم حيث قال الحنفية لا تجوز بما زاد عن الثلث لحديث النبي محمد (صلى الله عليه وسلم) عن سعد بن ابي وقاص سالف الذكر حيث قال : ((عادني رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في حجة الوداع ، من وجع أشفيت منه على الموت . فقلت : يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع . وأنا ذو مال ولا يرثني الا أبنة لي واحدة . فأتصدق بثلثي

مالي، قال: لا، قلت: أفأتصدق بشطره ؟ قال: لا . الثلث والثلث كثير...))[١]. بعدما نفي وصيته بالكل والنصف[٢] ، وقال الشافعية ينبغي ان لا يوصي بأكثر من ثلث ماله[٣]. اما الحنابلة فقالوا تجوز الوصية بحدود الثلث لغير وارث[٤] ، في حين قال المالكية تجوز الوصية بحدود الثلث في حالة الصحة او المرض[٥] ، وهو ما ذهب اليه الامامية[٦]. ومثلهم الظاهرية مستندين لما ورد في حديث سعد بن ابي وقاص (رضي الله عنه)[٧].

ومن هذا كله يتبين لنا اجماع الفقه الاسلامي على ان الوصية في حدود الثلث في حالة عدم وجود الوارث صحيحة وجائزة ونافذة من غير اجازة احد مادام نفادها لا يضر بحق الدائنين[٨].

ثانيا: موقف القوانين المقارنة من الوصية في حدود الثلث في حالة

(١) سبق تخريجه.

(٢) برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، المصدر السابق ، ص ٢٦٢.

(٣) محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج٣ ، دار الفكر ، بيروت ، ص٤٦.

(٤) المغني ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص٤٤٧.

(٥) الشرح الصغير مع الصاوي ، المصدر سابق ، ج١٠ ، ص٤٩٧.

(٦) محمد جمال الدين مكي العاملي زين الدين بن الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج٢ ، ط١ ، مؤسسة الاعلامي للمطبوعات ، ص٥٠.

(٧) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، ج٩ ، مصدر سابق ، ص٣١٧.

(٨) القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٢٧٨.

انعدام الورثة : نصت المادة (٢٧٤/ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على ان ((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث.....)) .

وبنفس المعنى جاء نص المادة (٢٤٣) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فقد نصت على انه ((تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصي ، بعد اداء الحقوق المتعلقة .....)).

اما المشرع العراقي فقد نص على صحة الوصية في حدود الثلث في اكثر من موضع فقد نص على ذلك اولاً في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ حيث نصت المادة (٢/١١٠٨) منه على ((وتجوز الوصية ..... وغير الوارث في ثلث التركة .....)) ونص على ذلك في قانون الاحوال الشخصية العراقي فقد نص في المادة (٧٠) ((لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثا لمن لا وارث له)) .

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد نصت المادة (١٩) على انه ((يشترط في الموصى به ما يأتي:

رابعا: أن لا يكون زائداً على ثلث التركة والا توقف الزائد على اجازة وقبول الورثة)) ، ومن هذا يتبين ان القوانين المقارنة قد اخذت باجماع الفقهاء في جواز الوصية في حدود الثلث في حالة انعدام الوارث .

الفرع الثاني : الوصية في حدود الثلث في حالة وجود الورثة

تبين في الفرع الاول من هذا المطلب حكم الوصية في حدود الثلث في حالة انعدام الورثة ونبين الان في هذا الفرع حكم الوصية في حدود الثلث في حالة وجود الورثة ونبحثه في فرضين الاول في حالة الوصية للأجنبي والثاني في حالة الوصية للوارث وفي الفقه الاسلامي والقانون كما في النقطتين

الاتيتين :-

اولاً: موقف الفقه الاسلامي من الوصية في حدود الثلث في حالة وجود الورثة : من خلال ما تقدم من اراء الفقهاء تبين لنا صحة الوصية في حدود الثلث سواء كان للموصي ورثة ام لم يكن له ، وسواء اجاز الورثة الوصية ام لم يجيزوها وذلك لحديث سعد العمدة في هذا الباب[١] وهذا في حالة الوصية للأجنبي .

اما في حالة الوصية للوارث فقد اختلف الفقهاء في صحها على عدة آراء:-

الرأي الاول : ما ذهب اليه الجعفرية[٢] والزيدية[٣] الى صحة الوصية للوارث مطلقاً من غير توقف على اجازة الورثة ، وذلك لأن الوجوب في قوله تعالى ((كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ))[٤] رفع بآيات الميراث ، واذا رفع الوجوب حل محله الجواز و ذلك أيضا في قوله (عليه الصلاة والسلام) : ((لا وصية لوارث)) يعني نفي الوجوب لا الجواز اي انها لم تبقى واجبة كما كانت في السابق قبل نزول آيات الميراث[٥].

الرأي الثاني : وهو ما ذهب اليه الظاهرية حيث قالوا لا تحل الوصية لوارث اصلا فأن اوصى لغير وارث وصار وارثاً عند موت الموصي بطلت

(١) محمد مصطفى شلبي ، محاضرات في الوقف والوصية ، ط١ ، مطبعة دار التأليف ، الاسكندرية ، ١٩٥٧ ، ص٣٣٨.

(٢) المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين بن جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام ، ج١ ، ص٢٦٢.

(٣) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ج٥ ، المصدر السابق ، ص٥٣.

(٤) سورة البقرة ، الاية (١٨٠).

(٥) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص١٥٢.

الوصية له فأن اوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية لأنها كانت باطلة عند عقدها وسواء اجازها الورثة ام لم يجيزوها[١].

وبعض المالكية قالوا تبطل الوصية للوارث بأن يوصي بما يخالف حقوقهم او لبعض دون بعض[٢] . وهو قول للشافعي[٣] حيث قال لا تصح الوصية للوارث لقول النبي (صلى الله عليه وسلم) ((لا وصية لوارث)) .

يتضح من هذا الرأي ان الوصية للوارث لا تجوز مطلقاً سواء اجازها الورثة ام لا[٤]، غير ان الاجازة من اهلها تحول الوصية الى هبة من الوارث للموصى له فتشترط في المجيز والمجاز له ما يشترط في الواهب والموهوب له من شروط [٥] . واستدلوا بعدم الجواز بادلة منها أن في الوصية للورثة الحاق الضرر ببقية الورثة وقد نهى القرآن الكريم عن ذلك في قوله تعالى ((مِن بَعْد وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَو دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ))[٦] وأكد هذا النهي الرسول (عليه الصلاة والسلام) بقوله : ((الاضرار في الوصية من الكبائر))[٧] ، وبعد ان حدد القرآن الكريم حق كل وارث قال

(١) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، ج٩ ، مصدر سابق ، ص٣١٦.

(٢) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، ج٨ ، مصدر سابق ، ص٣١٦.

(٣) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٤١٥.

(٤) د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج٢ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ص ٣٣.

(٥) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، مصدر سابق ، ص١٥١.

(٦) سورة النساء ، الاية (١٢).

(٧) أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي تحقيق محمد عبد القادر عطا عطا ، سنن البيهقي الكبرى ، ج٦ ، باب ما جاء في قوله عز و جل ((وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا)) ، كتبة دار الباز

الرسول (صلى الله عليه وسلم) ((ان الله اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث))[١] .

الرأي الثالث : اخذ بهذا الرأي الحنفية حيث قالوا لو اوصى لبعض ورثته فأجاز الباقون جازت الوصية لأن امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذى والوحشة بإيثار البعض ولا يوجد ذلك عند الإجازة وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال ((لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة))[٢] ، وهو القول الثاني للشافعي[٣] اذ قال تصح الوصية لوارث لما روي عن ابن عباس (رضي الله عنه) ان النبي (صلى الله عليه وسلم) قال ((لا تجوز وصية لوارث وصية الا ان شاء الورثة))[٤] وبه أخذ الحنابلة[٥] ، وبه قال كثير من المالكية[٦] ، حيث قالوا لا تجوز الوصية للورثة الا بإجازتهم واستدلوا بالحديث الشريف ((لا تجوز وصية لوارث وصية الا ان شاء الورثة)) .

من هذا يتبين ان الوصية للوارث صحيحة غير نافذة موقوفة على اجازة الورثة فأن اجازوها بعد وفاة الموصي صحت ونفذت وان لم يجيزوها بطلت .

، مكة المكرمة ، ١٩٩٤ ، ص٢٧١. و سنن الدارقطني ، ج٤ ، كتاب الوصايا ، مصدر سابق ، ص١٥١.

(١) أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود ، ج٣ ، دار الكتاب العربي ، باب ما جاء في الوصية للوارث ، بيروت ، ص٧٣.

(٢) محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص٣٣٨.

(٣) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، ج٢ ، مصدر سابق ، ص٤١٥.

(٤) علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، سنن الدارقطني ، ج ٤ ، مصدر سابق ، ص٩٨.

(٥) عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، ج٦ ، مصدر سابق ، ص٤٤٩.

(٦) محمد عرفه الدسوقي ، تحقيق محمد عليش ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج٤ ، دار الفكر ، بيروت ،ص٤٢٧.

الرأي الرابع: وهو رأي البعض من علمائنا المحدثين وهو يجمع بين الآراء المتقدمة بالقول بجواز الوصية لبعض الورثة في حدود الثلث مطلقاً سواء اجازها الورثة ام لا اذا كانت هناك حاجة او مصلحة او ضرورة تدعو الى هذه الوصية ، كأن يكون الموصى له معاقا أو طالب علم او كان قد ساهم في حياة الموصي في تكوين الثروة التي تحولت الى تركة بعد الوفاة [١].

ثانياً : موقف القوانين المقارنة من الوصية في حدود الثلث في حالة وجود الورثة :-

اجازت قوانين الاحوال الشخصية المقارنة الوصية للوارث وذلك عندما نصت المادة (٢٧٤/جـ) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه ((لا تنفذ الوصية لوارث الا اذا اجازها الورثة....)) ومن هذا يتبين ان المشرع الاردني في هذه المادة قد اطلق النص فلم يحدد مقدار الوصية للوارث التي يوقف نفاذها على قبول الورثة والمطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصا أو دلالة [٢] اي انه يشمل الوصية بحدود الثلث للوارث وما زاد عن الثلث وبذلك يكون قد اخذ برأي الجمهور ومنهم الحنفية الذين علقوا نفاذ الوصية للوارث على قبول الورثة ، فالوصية للوارث عندهم صحيحة الا انها غير موقوفة على اجازة الورثة .

اما قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فقد نص في المادة (٢٥٠) على انه ((لا وصية لوارث الا اذا اجازها الباقون من الورثة الراشدين فتنفذ في حصة من اجازها)) بهذا يكون المشرع الاماراتي يكون قد اخذ برأي جمهور الفقهاء كما مبين في الرأي الثالث متقدم الذكر.

(١) مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص١٥٣.

(٢)علي حيدر ، تحقيق المحامي فهمي الحسيني ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ،ج١، دار الكتب العلمية ، بيروت، ص٥٦.

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي فقد اجاز الوصية للوارث وذلك عندما نص في المادة (٧٣) منه على وجوب مراعات المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي التي تنص فقرتها الثانية على انه ((تجوز الوصية ..... وغير الوارث في ثلث التركة .....))

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد نصت المادة (٨) منه على انه ((تكون الوصية ملزمة وواجبة التنفيذ اذا كانت في حدود ثلث التركة .....)) ومن هذا يتبين ان المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية اخذ برأي الجعفرية والزيدية في صحة الوصية في حدود الثلث للوارث مطلقاً اجاز الورثة ام لم يجيزوا وبذلك يكون قد خالف رأي جمهور الفقهاء الذين علقوا نفاذ الوصية للوارث على اجازة الورثة .

المبحث الثالث

الوصية بما زاد عن الثلث

لقد بينا في المطلب الثاني من المبحث الثاني حكم الوصية بحدود الثلث في حالة وجود الوارث وفي حالة عدمه وفي حال ما اذا كانت الوصية لأجنبي او لوارث نأتي الان في هذا المبحث لبيان حكم الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود الوارث وفي حالة انعدام الوارث وفي مطلبين نخصص الاول لحكم الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود الوارث والثاني للوصية بما زاد عن الثلث في حالة انعدام الوارث .

المطلب الاول

الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود الورثة

نبحث في هذا المطلب حكم الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود

الورثة في الفقه الاسلامي والقانون في الفرعين الآتيين وكما يلي :-

الفرع الاول : الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود الورثة في الفقه الاسلامي

اختلف الفقهاء في جواز الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث على ثلاثة آراء:-

الرأي الاول : إنّ الوصية بما زاد على الثلث تكون موقوفة على إجازة الورثة ، فإن أجازوها جميعًا نفذت ، وإن لم يجيزوها جميعاً بطلت في القدر الزائد ، وإن أجازها البعض نفذت في حصة المجيز وبطلت في حق من لم يجز واستدلوا على أنّ الوصية بما زاد على الثلث جائزة إذا كان للموصي وارث بحديث سعد بن أبي وقاص (رضي الله عنه) المتقدم الذكر[١] حيث قال الحنفية : ((أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه))[٢]، وذهب اليه الحنابلة بقولهم ((ولنا ان المنع من الزيادة عن الثلث انما كان لتعلق حق الورثة))[٣] ، وبمثله قال المالكية[٤] ، والشافعية[٥].

الرأي الثاني : إن الوصية بما زاد على الثلث باطلة مطلقاً ، سواء أجاز الورثة القدر الزائد على الثلث أم لم يجيزوا وإلى هذا القول ذهب أبو يوسف

(١) سبق تخريجه .

(٢) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، ج ٧ ، ص٣٣٥ . أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج٧، المكتبة الإسلامية ، ص٣٣٥ .

(٣) عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ،ج٢ ، ص٦٢١ .

(٤) محمد عرفه الدسوقي ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص ٤٣٥ .

(٥) محمد الخطيب الشربيني ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٤٧.

من الحنفية[١]، وبعض المالكية[٢]، وبعض الشافعية[٣]، وبعض الحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]. واستدلوا من حديث سعد بن أبي وقاص – رضي الله عنه – أنّ النبي صلى الله عليه وسّلم نهى سعداً أن يتصدق بالزيادة على الثلث وفي ذلك دلالة على أنّ الوصية بما زاد على الثلث باطلة وذلك عملا بظاهر الحديث .

الرأي الثالث: ان الوصية جائزة مطلقاً سواء أكانت ثلثا ام اكثر وسواء اكان للموصي وارث ام لا وهذا رأي معظم فقهاء الامامية[٦] ، واستدلوا في ذلك بإطلاق قوله تعالى ((من بعد وصية)) دون تقييد الوصية بالثلث ، ثم ان التقليل خلاف الاصل فلا يصار اليه الا بدليل ، ولا دليل وأجابوا على التقييد بالثلث في حديث سعد بن ابي وقاص بأنه خاص به وبحالته وحدها .

ونذهب نحن مع القول الاول الذي يذهب الى ان الوصية بما زاد عن الثلث موقوفة على اجازة الورثة في القدر الزائد عن الثلث فاذا اجازوها نفذت واذا لم يجيزوها بطلت ، وذلك لأن المنع من الزيادة انما هو لمصلحة الورثة مخافة الاضرار بهم ان صحت الزيادة بدون اجازتهم ، وبما إن الوصية الزائدة عن الثلث تكون موقوفة على إجازة الورثة لها بناء على رأي الجمهور فإن هذه

(١) أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغياني ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٢٥٧.

(٢) محمد عرفه الدسوقي ، ج٤ ، مصدر سابق ، ص٤٢٧

(٣) محمد الخطيب الشربيني ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٤٦ – ٤٧

(٤)علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ج٧ ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ص١٤٧.

(٥) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، ج٩ ، ص٣١٨.

(٦) عبدالستار حامد ، مصدر سابق ، ص٦٢.

المظنة انتفت فضلا عن إنهم اشترطوا توافر شروط معينة في الوارث المجيز لكي يكون أهلاً للإجازة حيث أشترط جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والامامية[٤] والمالكية[٥] بأن يكون الوارث أهلاً للتبرع وهذا معناه أن يكون كامل الأهلية جائز التصرف وعليه فإن المجنون والصبي ومن في حكمهم لا تعتبر إجازتهم ، كذلك فقد اشترط جمهور الفقهاء[٦]عدا المالكية[٧] بأن يكون الوارث المجيز عالما بما يجيزه ولعل السبب في ذلك أن الاجازة عند جمهور الفقهاء هي عبارة عن تنفيذ للوصية أما المالكية فقد ذهبوا الى أن الاجازة هي عبارة عن هبة أو عطية ابتداء من الورثة الى الموصى له وليس تنفيذ للوصية الصادرة من الموصي .

الفرع الثاني : الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود الورثة في القوانين المقارنة

أما عن مواقف القوانين المقارنة من حكم الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود الورثة فقد نصت المادة (٢٧٤/ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه : ((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث ، اما ما

(١) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، ج٧ ، المصدر السابق ، ص٣٧٠.
(٢) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري ، ج١ ، المصدر السابق ، ص٧٣.
(٣) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ج٦، ص٨٨.
(٤) محمد بحر العلوم ، أضواء على قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة النعمان ، النجف النجف الاشرف ١٩٦٣ ، ص٣٨٧.
(٥) أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص٤٣٨.
(٦) الاشارة نفسها .
(٧) محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ، التاج والإكليل لمختصر خليل خليل ، ج٦ ، دار الفكر ، لبنان ، ١٣٩٨ ، ص٣٦٤.

زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها بعد وفاة الموصي)).

اما قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فقد نص في المادة (٢٤٣) على انه ((تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصي بعد اداء الحقوق المتعلقة وتصح فيما زاد على الثلث في حدود حصة من اجازها من الورثة الراشدين)) .

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي فقد نص في المادة (٧٠) منه على أنه ((لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة.....)). ونصت المادة (٢/١١٠٨) من القانون المدني العراقي على انه ((تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث ، الا بإجازة الورثة)) .

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد نصت المادة (١٩) منه على انه ((رابعا : أن لا يكون زائداً على ثلث التركة والا توقف الزائد على اجازة وقبول الورثة)).

يتبين لنا من هذه النصوص ان ما زاد عن الثلث يكون موقوفاً على اجازة الورثة ، فاذا اجازوها صحت واذا لم يجيزوها بطلت واذا جاز بعضهم ولم يجز الاخرون نفذت الوصية بما زاد عن الثلث في حق من اجازها وردت بالنسبة للباقين وبهذا تكون القوانين المقارنة قد اخذت برأي جمهور الفقهاء .

المطلب الثاني

الوصية بما زاد عن الثلث في حالة انعدام الورثة

نبين في هذا المطلب حكم الوصية بما زاد عن الثلث في حالة انعدام الورثة في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة وذلك في فرعين كالاتي :-

الفرع الاول : الوصية بما زاد عن الثلث في حالة انعدام الورثة في الفقه الاسلامي

اختلف الفقهاء المسلمون في حكم الوصية الزائدة على الثلث مع عدم وجود ورثة للموصي الى رأيين :-

الرأي الأول: إن الوصية بما زاد عن الثلث إذا لم يكن للموصي وارث جائزة ، وإلى هذا ذهب الحنفية حيث جاء عندهم ((من أحكام الإسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث تقف على إجازة وارثه وإن لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال))[١] ، وبعض المالكية[٢]، وبعض الحنابلة[٣] وبعض الامامية حيث قالوا يجب احترام إرادة الموصي والعمل على على تنفيذ وصيته وصرف جميع المال الموصى به على حسب ما أوصى به الموصي وعدم تبديل تلك الوصية أو مخالفة ارادته[٤].

واستدلوا على ذلك من حديث سعد بن أبي وقاص أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال له ((..... إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس))[٥] ووجه الاستدلال أنّ المنع من الزيادة لتعلق حق الورثة ، أما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله [٦] .

الرأي الثاني : إن الوصية بما زاد على الثلث باطلة وإن لم يكن للموصي

(١) الكاساني ، المصدر السابق ،ج٧ ، ص٣٣٥.

(٢) محمد عرفه الدسوقي ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص٤٢٧.

(٣) ابن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ج٣ ، ص٥٢١.

(٤) رنا صادق شهاب حمد الدليمي ،الوصايا وتزاحمها في الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير مقدمة الى عمادة كلية الحقوق في جامعة النهرين وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، ص١٣٩.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، ج٧ ، مصدر سابق ، ص٣٣٥.

وارث ، وإلى هذا القول ذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، وبعض الحنابلة[٣]، والامامية في الراجح عندهم ، والظاهرية[٤] ، واستندوا في ذلك الى الأدلة الاتية :-

١ – ما روي عن أبي هريرة (رضي الله عنه) أن رسول الله صّلى الله عليه وسّلم قال ((إن الله جعل لكم في الوصية ثلث أموالكم زيادة على حسناتكم))[٥] ووجه الاستدلال أنّ الرسول صّلى الله عليه وسلم ما أجاز أجاز لنا إلا الثلث فقط .

٢– ما ورد عن عمران بن حصين أنّ رجلاً أعتق ستة أعبد مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فجزأهم أثلاثًا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال قولاً شديدا[٦]. ووجه الاستدلال أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم لم يجز للأنصاري الزيادة على الثلث مع أّنه لم يكن له وارث .

٣– لأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال[٧] ؛ ولأن الحق فيه للمسلمين ، ولا مجيز عنهم[٨].

---

(١) علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، ج٧ ، مصدر سابق ، ص٣٣٥.

(٢) محمد الخطيب الشربيني ، ج٣ ، مصدر سابق ، ص٧٤.

(٣)عبد الله بن قدامة المقدسي ، ج٤ ، المصدر السابق ، ص٤٧٦ .

(٤) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المحلى ، ج ج ٨ ، ص٣٥٦.

(٥) محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني ، سبل السلام ، ج٣ ، ط٤ ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٦٠ ، ص ١٥٠.

(٦) الحديث أخرجه الامام مسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان ، باب ثواب العبد وأجره إذا نصح لسيّده وأحسن عبادة الله ، ج٥ ، ص٩٧ .

(٧) أبو الحسن الماوردي ، كتاب الحاوي الكبير ، ج١٠ ، دار الفكر ، بيروت ، ص ١٧–١٨.

(٨) عبد الله بن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص٤٧٦ . محمد الخطيب الشربيني ، ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص٤٧.

وبعد بيان آراء الفقهاء فإننا نذهب مع الرأي الاول ؛ وذلك لأن المنع من الزيادة كان لأجل الورثة ، فأما من لا وراث له فتجوز له الوصية بجميع ماله أو يتصدق بأكثر ماله للفقراء والمساكين لأنهم أحق بالمال من بيت مال المسلمين ، ولأنه إذا لم يوجد وارث للمتوفى أو مقر له بالنسب على الغير كانت تركته كلها للموصى له بجميع المال عند الحنفية والحنابلة لأنهم يقدمونهما على بيت المال ، فأجازوا الوصية في هذه الحالة لأن عدم تنفيذ الوصية فيما زاد عن الثلث كان لحق الورثة فإذا لم يوجد أحد منهم فقد زال المانع .

أما المالكية والشافعية فإنهم في هذه الحالة لا يجيزون الوصية بأكثر من الثلث لعدم وجود من له حق الإجازة عن بيت مال المسلمين[١] .

الفرع الثاني : الوصية بما زاد عن الثلث في حالة انعدام الورثة في القوانين المقارنة

أما عن مواقف القوانين المقارنة من حكم الوصية وبما زاد عن الثلث في حالة انعدام الورثة فان قانون الاحوال الشخصية الأردني نص في مادته (٢٧٤/ب) على ان : ((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث ، اما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها بعد وفاة الموصي)) .

وقانون الاحوال الشخصية الاماراتي نص في المادة (٢٤٣) على انه : ((تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصي ، بعد اداء الحقوق المتعلقة وتصح في ما زاد على الثلث في حدود حصة من اجازها من الورثة

(١) شيخ الإسلام زكريا الأنصاري ، ج٣ ، المصدر السابق ، ص ٣٣٠ . ابن عابدين ، المصدر السابق ، ج٥ ، ص٤١٧ – ٤١٨ . منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ، ج٢ ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ص٣٧ .

الراشدين)).

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ فقد نص في المادة (٧٠) ((لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثة لمن لا وارث له)) ونص في المادة (٢/١١٠٨) من القانون المدني العراقي التي تنص فقرتها الثانية على انه : ((تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ، ولا تنفذ في ما جاوزت الثلث ، الا بإجازة الورثة)) .

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فقد نصت المادة (١٩) على انه : ((رابعا : أن لا يكون زائداً على ثلث التركة والا توقف الزائد على اجازة وقبول الورثة)) .

يتبين لنا من هذه النصوص ان ما زاد عن الثلث يكون موقوفاً على اجازة الورثة ، فإذا اجازوها صحت واذا لم يجيزوها بطلت اما اذا لم يكن له ورثة فان الوصية بما زاد عن الثلث صحيحة لأن المنع بالزيادة لمصلحة الورثة فإذا انعدموا انتفت العلة من المنع وبهذا تكون القوانين المقارنة قد اخذت برأي جمهور الفقهاء باستثناء المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية النافذ الذي اخذ برأي الشافعية والمالكية والامامية والظاهرية في ان الوصية بما زاد عن الثلث لا تجوز في حالة انعدام الورثة لأن الدولة وارثة لمن لا وارث له ، وقد يرد على هذا ان الترتيب الوارد في المادة (٨٨) من قانون الاحوال الشخصية النافذ التي بينت المستحقين للتركة قد جعلت الموصى له بجميع المال مقدم على بيت المال وفي هذا دليل على جواز الوصية بأكثر من الثلث في حالة انعدام الورثة لان جميع المال يشمله ولا تتصور الوصية بجميع المال الا في حالة انعدام الورثة .

المبحث الرابع

وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها ووقت الاجازة لما زاد عن الثلث

يجب تقويم التركة لتحديد ثلثها ومعرفة حصة الموصى له ابتداء ، ويتم ذلك عن طريق تحديد الوقت الذي تقوم فيه التركة ، ويجب ايضاً تحديد وقت اجازة الورثة لما زاد عن الثلث ، ولذلك فأننا نقسم هذا المبحث الى مطلبين نفرد الاول لوقت تقويم التركة لتحديد ثلثها والثاني لوقت اجازة الورثة لما زاد عن الثلث .

المطلب الاول

وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها

نقسم هذا المطلب الى فرعين نبين فيه وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها في الفقه الاسلامي والقوانين المقارنة وكما يلي :-

الفرع الاول : وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها في الفقه الاسلامي

اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها وانقسمت آراؤهم على ثلاثة آراء وهي كما يلي :-

الرأي الاول : وهو رأي جمهور الفقهاء حيث قالوا ان الاعتداد في وقت تقويم ثلث التركة هو بوقت الوفاة ، فمن الحنابلة ((أن الاعتبار في قيمة الموصى به وخروجه من الثلث أو عدم خروجه بحالة الموت لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه خلافا))[1]، وعند الامامية ((والمعتبر بالتركة بالنظر الى مقدارها ليعتبر

(١) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، المصدر السابق ، ج٦ ، ص ٦٢٢ .

ثلثها حين الوفاة لا حين الوصية ولا ما بينهما لأنه وقت تعلق الوصية بالمال))[١].

والحنفية ((ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له وأكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لأن الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله))[٢]. والى هذا ذهب بعض الشافعية[٣] والسبب في ذلك هو أن وقت الوفاة هو وقت لزوم الوصية ووقت تعلق الوصية بالتركة وثبوت ملك الموصى له للموصى به.

الرأي الثاني : ذهب هذا الرأي الى ان وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها هو يوم الوفاء بها ـ أي الوصية ـ سواء قسمت التركة وفرزت الانصباء في هذا الوقت ام لا لأن هذا وقت التمليك بالوصية ، وفيه تلزم من جانب الموصي ، ويثبت الملك للموصى له فيه الا انه ملك متوقف على قبوله ، ولهذا لو تأخر القبول عن وقت الموت فأنه يثبت الملك بالقبول الى وقت الموت وهذا القول هو المشهور للشافعية[٤]، وقيل وقت تنفيذ الوصية لأنه وقت استقرارها وتعلق الموصى له بالموصى به ، وهذا هو رأي المالكية حيث قالوا ((تبطل الوصية لغير الوارث بما زاد عن الثلث الموصى يوم التنفيذ ولا يعتبر يوم الموت))[٥] .

---

(١) محمد جمال الدين مكي العاملي زين الدين بن الجبعي العاملي ، الروضة البهية ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص٥٠.

(٢) كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام الحنفي ، ج١ ، شرح فتح القدير ، المطبعة الاميرية ، مصر ، ١٣١٥هـ ، ص٤٤٩ .

(٣) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المصدر السابق ، ج١ ، ص٤٤٩ .

(٤) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، ج٧ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٩٨٣ ، ص٢٢ .

(٥) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، المصدر السابق ، ج٨ ، ص١٧١

الرأي الثالث : قال اصحاب هذا الرأي بأن وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها هو وقت إنشاء الوصية على اعتبار أن الوصية عقد ينصب على المحل الموجود حين إنشائه ولا يعتد بالزيادة التي تحدث بين الوصية والوفاة فكل زيادة تحصل خلال هذه الفترة لا تشملها الوصية ، والى هذا الرأي ذهب الظاهرية حيث قالوا ((ومن اوصى بأكثر من ثلث ماله ثم حدث له مالاً لم يجز من وصيته الا مقدار ثلث ما كان له حين الوصية لأن ما زاد على ذلك عقده عقداً حراما لا يحل وما كان باطلاً فلا يجوز ان يصح في ثان اذا لم يعقد))[١] وقد وافق الشافعية في أحد اقوالهم[٢]الظاهرية في قولهم هذا .

إلا انه يؤخذ على هذا الرأي أن التمليك بالوصية يكون بعد موت الموصي لا قبله ، ولا يظهر على حق الورثة الذي يتعارض مع الوصية الا بعد الموت وانه قد يترتب على هذا الرأي حرمان الورثة من ميراثهم أو حرمان الموصى لهم من وصيتهم لتغير حال الموصي والمال الموصى به بعد انشاء الوصية الى الوفاة بالزيادة أو النقص [٣].

ومما تقدم يتبين لنا ان اساس الخلاف في وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها هو في وقت نشوء السبب الموجب للملك فمن قال انه يتحقق وقت الوفاة قال تقدر قيمة التركة في هذا الوقت ومن قال انه ينشأ بصدور الوصية من الموصي اعتد بهذا الوقت وهكذا والرأي الذي نؤيده هو ان العبرة بوقت الوفاة اذا كانت الوصية بجزء شائع من التركة كالثلث والربع ، وبوقت انشاء الوصية اذا كانت بجزء معين على ان لا يتجاوز ثلث التركة وقت الوفاة [٤].

---

(١) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري ، المصدر السابق ، ج٩ ، ص ٣٢١ .

(٢) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المصدر السابق ، ج١، ص٤٥١.

(٣) محمد مصطفى شلبي ، المصدر السابق ، ص ٣٤٤.

(٤) د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص ١٦٠.

الفرع الثاني : وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها في القوانين المقارنة

نبين هنا مواقف القوانين المقارنة من وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها وفقا للاتي :-

اختلفت التشريعات محل المقارنة في تحديدها لوقت تقويم التركة لتحديد ثلثها فنصت المادة (٢٧٤/ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه : ((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث ، اما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها بعد وفاة الموصي)) وبهذا نجد ان المشرع الاردني قد اخذ بمذهب جمهور الفقهاء في اعتبار وقت الوفاة هو وقت تقويم التركة لتحديد الثلث .

اما قانون الاحوال الشخصية الاماراتي فلم يحدد وقت تقويم التركة وأحاله بدلالة المادة (٣/٢) الى احكام الفقه الاسلامي ، الا انه رسم الطريق للقاضي في اختياره للمذاهب الاسلامية حيث الزم القاضي بالحكم بمقتضى المشهور في مذهب الامام مالك فاذا لم يجد الحل فيه فبمقتضى مذهب الامام احمد ثم مذهب الامام الشافعي ثم مذهب الامام ابي حنيفة وعليه فان القانون الاماراتي قد اخذ بالرأي الثاني الذي يعتبر وقت تقويم التركة هو وقت تنفيذ الوصية لأنه وقت استقرارها وتعلق الموصى له بالموصى به وهو رأي المالكية كما بيناه فيما تقدم .

اما بالنسبة لقانون الاحوال الشخصية العراقي فلم ينص على وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها وأحال الى احكام الفقه الاسلامي طبقا لأحكام المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي ، الا ان محكمة التمييز العراقية قد بينت في احد قراراتها ان الوقت المعتبر في تقويم التركة لتحديد الثلث هو وقت الوفاة حيث جاء في أحد قراراتها ((...والواجب على المحكمة أن تستوضح من المدعين في الجلسة الاولى عند توضيح طلبهما فان طلبا الحكم

لهما بوصية تمليكية كلفتهما بذكر ما وصى به وبأثباته وبعد ثبوتها تتحقق كما تركه المتوفي حين وفاته وعينت خبراء لتثمين مجموع التركة وبعد إذا ترى ما اوصى به من الوصية التمليكية فان كان دون الثلث أو مساوياً له حكمت به وإن كان اكثر من الثلث استدعت الورثة فإن أجازوا ما زاد على الثلث حكمت بصحة تمليك الموصى به وإن لم يجيزوا حكمت بما يساوي الثلث))[١] .

اما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية العراقي فقد نصت المادة (٢٤) منه على أن ((تقدير كون العين الموصى بها في حدود الثلث ام تجاوزته ، يكون في حال موت الموصي)) وبهذه المادة يتبين لنا ان المشروع قد اخذ برأي جمهور الفقهاء في ان وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها هو وقت وفاة الموصي .

المطلب الثاني
وقت إجازة الورثة لما زاد عن الثلث

اختلف الفقهاء المسلمون في الوقت المعتبر لإجازة الورثة لما زاد عن حد الوصية الشرعي في الثلث وهل هو قبل موت الموصي أي وقت انشاء الوصية ام هو بعد وفاة الموصي ، وكذلك تباينت مواقف القوانين المقارنة من وقت الاجازة ، لذلك سنبين موقف الفقه الاسلامي من وقت اجازة الورثة لما زاد عن الثلث وموقف القوانين المقارنة في الفرعين الآتيين وكما يلي :-

الفرع الاول : وقت اجازة الورثة لما زاد عن الثلث في الفقه الاسلامي

اختلف الفقهاء في تحديد وقت اجازة الورثة للوصية بما زاد عن الثلث

(١) قرار محكمة التمييز ، المرقم ٩٦١/١٤١ في ١٩٦١/٤/١٠منشور ، باقر خليل الخليلي ، تطبيقات قانون الاحوال الشخصية المعدل ، مطبعة الرشاد ، بغداد ، ١٩٦٦ ، ص٣٣٥ .

الى ثلاثة آراء :-

الرأي الاول : ذهب هذا الرأي الى ان وقت اجازة الورثة لما زاد عن الثلث وإجازة الوصية للوارث عند من علق نفاذها على اجازة الورثة هو بعد وفاة الموصي لا حال حياته ، وأستدل اصحاب هذا الرأي على ان الاجازة وقت حياة الموصي تقع قبل ثبوت الحق فيها للمجيز فمن لا يملك حقاً لا يملك اسقاطه ، وكذلك ان الاجازة اسقاط حق فلا بد ان يتوفر فيها عنصر الرضا وتوفره حال حياة الموصي غير مؤكد لاحتمال قيام اكراه معنوي كالحياء او مادي كالخوف من ضرر مالي او بدني ، واخذ بهذا الرأي الحنفية حيث قالوا ((ولا تعتبر اجازتهم في حال حياته لأنها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لأنه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه))[١] والشافعية حيث قالوا ((ولا يصح الرد والاجازة الا بعد الموت لأنه حق له قبل الموت فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع)) [٢] والحنابلة حيث قالوا ((ومن اوصى لغير وارث بأكثر من الثلث فأجاز ذلك الورثة بعد موت الموصي جاز وان لم يجيزوا رد الى الثلث))[٣] .

الرأي الثاني : ذهب اصحاب هذا الرأي الى انه تكفي الاجازة في حياة الموصي ، وذلك لان للورثة الحق في ماله بدليل ان لهم ان يمنعوا من التصرف المضر بهم سواء اكان في حالة الصحة ام في مرض الموت ، والى هذا الرأي ذهب الشيعة الامامية حيث قالوا ((تكفي الاجازة حال حياة

(١) مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص١٥٨.
(٢) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المصدر السابق ، ج٤ ، ص٤٥٠.
(٣) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ١٢ .

الموصي وان لم يكن الوارث مالكاً الان لتعلق حقه بالمال والا لما منع الموصي من التصرف فيه))[١].

الرأي الثالث : اذا اوصى الموصي في مرض الموت بأكثر من الثلث وأجازها الوارث قبل الموت فان تلك الاجازة تلزم الوارث اذا كانت بعيدة عن شائبة الاكراه اما اذا كان له عذر بأن كانت نفقته على الموصي ويخشى انه ان لم يجيز وصيته قطع عنه النفقة ، او كان عليه دين للموصي ويخشى انه ان لم يجزها طالبه بدينه ، فأن الاجازة في حال حياة الموصي لا تلزمه ، فله الرجوع فيها بعد وفاته وهذا ما قال به المالكية[٢].

مما تقدم يتبين أن أساس الخلاف في مسألة تحديد وقت الاجازة هو الخلاف في تحديد تعلق حق الورثة بمال مورثهم فمن قال انه موجود مطلقاً اعتد بإجازة الورثة في حياة الموصي سواء كان في حالة الصحة ام في مرض الموت ، ومن قال ان هذا الحق لا يتحقق الا بعد وفاة الموصي قال ان اسقاطه في حياته لغو لا يعتد به لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، ومن فصل وفرق بين حالتي الصحة والمرض قال ان حق الوارث يتعلق بمال مورثهم في مرض موته فاعتد بالإجازة في هذا المرض اذا كانت خالية من شبهة الاكراه وعيوب الارادة . ونحن نذهب مع الرأي الاول لأجماع الفقهاء على ان تبرعات المريض مرض الموت تسري عليها احكام الوصية باستثناء الظاهرية الذين لا يفرقون في حكم التبرعات بين حالة الصحة وحال المرض[٣] ، وهذا الاجماع

(١) محمد جمال الدين مكي العاملي زين الدين بن الجبعي ، ج٢ ، المصدر السابق ، ص٥٠ .

(٢) محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، ج٨ ، المصدر السابق ، ص ١٨٠.

(٣) مصطفى ابراهيم الزلمي ، المصدر السابق ، ص١٦٠ .

جاء لحماية الورثة من تبرعات المريض مرض الموت فجعلتها خاضعة لأحكام الوصية في عدم نفاذها إلا في ثلث التركة وغيرها من هذه الاحكام لتحقيق هذه الحماية فالقول بغير هذا الرأي قد يهدم هذه الحماية عندما تكون الاجازة لما فوق الثلث في حياة الموصي أو في مرض موته خشية تحصيلها بشكل او باخر يخالف ارادة الورثة ويضر بمصالحهم .

الفرع الثاني : وقت اجازة الورثة لما زاد عن الثلث في القوانين المقارنة

نصت المادة (٢٧٤/ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على انه ((تنفذ الوصية في حدود ثلث التركة لغير الوارث ، اما ما زاد على ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي)) .

اما المشرع الاماراتي فلم ينص صراحة على وقت اجازة الورثة للوصية بما زاد عن الثلث الا انه احال الى الفقه الاسلامي فيما لم يرد بشأنه نص بدلالة المادة (٣/٢) ، أي أنه اخذ برأي المالكية الذي فصل في وقت اجازة الورثة فإذا اوصى في مرض الموت بأكثر من الثلث وأجازها الوارث قبل الموت فأن تلك الاجازة تلزم الوارث اذا كانت بعيدة عن شبهة الاكراه وأن كانت غير ذلك فإنها لا تلزمه .

اما المشرع العراقي فانه سكت عن تنظيم هذه الجزئية في قانون الاحوال الشخصية النافذ فلم يحدد وقت الاعتداد بالإجازة وبذلك يكون قد احال الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون بدلالة المادة (٢/١) منه .

أما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية فإنها نصت في المادة (٢٣) منه على ((اجازة الورثة لما زاد عن الثلث تعد صحيحة ونافذة سواء

أوقعت الاجازة في حياة الموصي ام بعد وفاته ، ولا يحق للورثة بعد ذلك الرجوع عن اجازتهم)) وبهذه المادة يكون المشروع قد اخذ برأي الامامية في انه تكفي الاجازة في حياة الموصي ؛ لأن للورثة الحق في ماله بدليل ان لهم ان يمنعوه من التصرف المضر بهم سواء اكان في حال الصحة ام في مرض الموت وان كان حقهم في التركة اقوى في حال موت الموصي منه مما هو في حياته .

وفي ختام هذا البحث نسأل الله عز وجل الاخلاص والقبول وأن نكون قد وفقنا في تناوله واعطائه حقه من حيث جمع جزئياته المتناثرة والاجابة عن فرضياته المتعددة وتبيان حد الوصية الشرعي ومركزه الفقهي والقانوني وأحكامه ضمن هذا الحد أو اذا خرجت الوصية عن هذا الحد فضلا عن جزئياته الاخرى في الفقه الاسلامي والقانون فان كان ذلك فهو بفضل الله عز وجل ومنه وكرمه وان كان غير ذلك فهو من عند أنفسنا والشيطان والله عز وجل ورسوله الكريم عليه الصلاة والسلام وشرعه الحنيف منه براء وصل اللهم على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه الى يوم الدين والحمد لله رب العالمين .

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث نتوصل الى جملة من النتائج والمقترحات المنظمة لموضوع البحث وهي كما يلي :-

أولاً : النتائج

١ – اختلف الفقهاء في تعريف الوصية اختلافاً يرجع الى صياغة العبارة أكثر مما يرجع الى تحديد المعنى لأنها متقاربة في المعنى ، وقد أخذت اغلب القوانين محل المقارنة ومن ضمنها القانون العراقي بتعريف الحنفية وهذا يدل على أن التعريف القانوني للوصية مستمد من الفقه الاسلامي ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية في تعريفه للوصية اخذ بمذهب الامامية .

٢ – تميزت الوصية في التنظيم الاسلامي للمعاملات بأنها تحقق العدالة كونها وقفت وسطا بين حقوق الورثة والحفاظ عليها وفي الوقت نفسه وضعت ارادة الموصي محل اعتبار.

٣ – اتفق الفقهاء المسلمين على ان طبيعة شرط الثلث في الوصية هو شرط نفاذ في حين خالفهم الظاهرية في ذلك باعتبار شرط الثلث في الوصية شرط للصحة والراجح ما ذهب اليه جمهور الفقهاء وهذا ما اخذت به القوانين المقارنة حيث اعتبرت شرط الثلث شرط للنفاذ .

٤ – اتفق الفقه والقانون المقارن في ان الوصية في حدود الثلث في حالة عدم وجود الوارث صحيحة وجائزة ونافذة من غير اجازة احد مادام نفاذها لا يضر بحق الدائنين .

٥ – اختلف الفقهاء المسلمون في صحة الوصية للوارث الى عدة آراء الا ان القول الراجح هو ان الوصية للوارث صحيحة غير نافذة موقوفة على اجازة الورثة فإذا أجازوها بعد وفاة الموصي صحت ونفذت وان لم

يجيزوها بطلت وهو موقف القوانين المقارنة باستثناء المشرع العراقي فقد اجاز الوصية للوارث في حدود الثلث دون اجازة الورثة وذلك عندما نص في المادة (٧٣) على وجوب مراعات المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي التي تنص فقرتها الثانية على انه ((تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة))

٦ – اختلف الفقهاء المسلمون في جواز الوصية بأكثر من الثلث إذا كان للموصي وارث والرأي الراجح هو ان الوصية بما زاد عن الثلث موقوفة على اجازة الورثة وبهذا الرأي اخذت القوانين المقارنة .

٧ – اختلف الفقهاء المسلمون في جواز الوصية بأكثر من الثلث في حالة انعدام الورثة الا ان الرأي الراجح هو جواز الوصية بأكثر من الثلث في حالة انعدام الورثة وبهذا اخذت القوانين المقارنة ومنها قانون الاحوال الشخصية العراقي لأن الدولة وارث من لا وارث له جاءت بالترتيب بعد الموصى له بجميع المال .

٨ – اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد وقت تقويم التركة وأن اساس الخلاف في وقت نشوء السبب فمن قال انه يتحقق وقت الوفاة قال تقدر قيمة التركة في هذا الوقت ومن قال انه ينشأ بصدور الوصية عن الموصي اعتد بهذا الوقت والرأي الذي ايدناه هو ان العبرة بوقت الوفاة لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال ، واختلفت القوانين المقارنة في هذا فمنها من اخذ بوقت وفاة الموصي كالقانون الاردني ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية ومنها من احال الى أحكام الشريعة الاسلامية كقانون الاحوال الشخصية العراقي والاماراتي .

٩– اختلف الفقهاء في تحديد وقت الاجازة واساس الخلاف في مسألة تحديد وقت الاجازة هو الخلاف في تحديد تعلق حق الورثة بمال مورثهم فمن قال انه موجود مطلقاً اعتد بإجازة الورثة في حياة الموصي سواء في

حال الصحة ام في حال مرض الموت ، ومن قال ان هذا الحق غير موجود الا بعد وفاة الموصي قال ان اسقاطه في حياته لغو لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، ومن فصل وفرق بين حالتي الصحة والمرض فقال ان حق الوارث يتعلق بمال مورثهم في مرض موته اعتد بالإجازة في هذه الحالة اذا كانت خالية من عيوب الارادة وترجح عندنا الرأي الاول لإجماع الفقهاء على ان تبرع المريض مرض الموت تسري عليه احكام الوصية باستثناء الظاهرية الذين لا يفرقون في حكم التبرعات في حالة الصحة والمرض وتبعاً لهذا الاختلاف اختلفت القوانين المقارنة فمنها من اخذ بوقت وفاة الموصي كالقانون الاردني ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية ، ومنها من احال الى احكام الشريعة الاسلامية كقانون الاحوال الشخصية العراقي والاماراتي .

ثانياً: التوصيات

١ – تشريع قانون خاص بالوصية يتضمن جميع الأحكام المتعلقة بالوصية أسوة بالمشرع المصري .

٢– أجاز المشرع العراقي الوصية للوارث بصورة مطلقة أي بدون توقف على اجازة الورثة فنقترح تقييد هذا الاطلاق بأن تكون الوصية للوارث متوقفة على اجازة الورثة عملا بالراجح من اراء الفقه الاسلامي .

٣– النص صراحة على جواز الوصية بأكثر من الثلث في حالة انعدام الورثة والذي اخذت به القوانين المقارنة وان كان يفهم ضمنا في قانون الاحوال الشخصية العراقي .

٤ – النص صراحة على تحديد وقت تقويم التركة بوقت الوفاة ووقت اجازة الوصية لما زاد عن الثلث بعد وفاة الموصي .

المصادر والمراجع:

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً: مصادر السنة النبوية

١- الامام البخاري ، محمد بن إسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري ، الجامع الصحيح المختصر ، ط٦ ، دار الكتب العلمية ، بيروت .

٢- الامام مسلم ، أبو الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم ، ط١ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت.

٣- ابن ماجة ، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ، سنن ابن ماجة ، ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت .

٤- الدارقطني ، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي ، سنن الدارقطني، كتاب الوصايا ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٦٦.

٥- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، سنن البيهقي الكبرى ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٩٤.

٦- أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، سنن أبي داود ، دار الكتاب العربي ، بيروت.

٧- محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني ، سبل السلام، ط٤ ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي ، ١٩٦٠.

ثالثاً : معاجم اللغة

١- الامام محمد بن ابي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الرضوان ،

حلب ، ٢٠٠٥.
٢- ابو الفضل جمال الدين بن منظور المصري ، لسان العرب ، ط١، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٠.
٣- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مجد الدين ، القاموس المحيط ، ط٨، مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠٥.
٤- أبو القاسم حسين بن محمد بن المفضل الأصفهاني ، ط١ ، المفردات في غريب القرآن ، تحقيق صفوان عدنان الداودي ، دار القلم ، الدار الشامية ، دمشق ، بيروت.
٥- ابراهيم مصطفى واخرون ، المعجم الوسيط ، ج٢ ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٦٠.

رابعاً : مصادر الفقه الاسلامي

١ - الفقه الحنفي :

١- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار المعرفة للطباعة للنشر ، بيروت .
٢- علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط١ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨٢.
٣- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة ، دار الفكر للطباعة والنشر ، بيروت ، ٢٠٠٠.
٤- برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني ، بداية المبتدئ في فقه الإمام أبي حنيفة ، مكتبة ومطبعة محمد علي صبح ، القاهرة .

٥- أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، المكتبة الإسلامية.
٦- كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن همام الحنفي، ط١ ، شرح فتح القدير ، المطبعة الاميرية ، مصر ، ١٣١٥هـ .

٢ – الفقه الشافعي :

١- شهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي ، حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٩٨.
٢- محمد الشربيني الخطيب ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ، دار الفكر ، بيروت.
٣- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج٦ ، دار الفكر للطباعة ، بيروت ، ١٩٨٤ .
٤- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، ط١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠.
٥- محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر ، بيروت.
٦- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب – هو شرح النووي لكتاب المهذب للشيرازي – ، مكتبة المسجد النبوي الشريف.
٧- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، ١٩٨٣.

٨- أبو الحسن الماوردي ، كتاب الحاوي الكبير ، دار الفكر ، بيروت.

٣ – الفقه الحنبلي :

١- عبد الله بن أحمد بن قدامة ، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، دار الفكر ، بيروت .
٢- عبد الله بن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل.
٣- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي الصالحي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، ط١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت.
٤- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي شرح منتهى الإرادات ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٩٦.

٤ – الفقه المالكي :

١- أبو بكر بن حسن الكشناوي ، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك ، ط٢ ، المكتبة التجارية ، بيروت.
٢- أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف .
٣- محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، دار الفكر للطباعة ، بيروت.
٤- محمد عرفه الدسوقي ، تحقيق محمد عليش ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، دار الفكر ، بيروت.
٥- محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الفكر ، لبنان ، ١٣٩٨.

٥ – الفقه الجعفري:

١- الشهيد الثاني زين الدين بن علي بن احمد ، اللمعة الدمشقية ،منشورات مكتبة دار المعارف الاسلامية ، ايران .
٢- المحقق الحلي ابو القاسم نجم الدين بن جعفر بن الحسن ، شرائع الاسلام ، دون سنة طبع .
٣- محمد جمال الدين مكي العاملي زين الدين بن الجبعي العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ط١ ، مؤسسة الاعلامي للمطبوعات.

٦ – الفقه الظاهري:

١- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، لبنان .

٧ – المصادر الفقهية والقانونية :

١- محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، إدارة الطباعة المنيرية .
٢- مصطفى ابراهيم الزلمي ، الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، ط٢ ، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد ، ٢٠٠٠.
٣- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته، ط٢ ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٥.
٤- زكي الدين شعبان واحمد الغندور ، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الاسلامية ، ط١ ، مكتبة الفلاح ، الكويت ١٩٨٤.

٥- محمد عبد الرحيم الكشكي ، التركة وما يتعلق بها من حقوق ، ط٣ ، دار النذير للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٦٩.
٦- عبد الستار حامد ، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي ، احكام الوصية ، ط١ ، مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٦.
٧- القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ وتعديلاته ، ط٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١١.
٨- محمد مصطفى شلبي ، محاضرات في الوقف والوصية ، ط١ ، مطبعة دار التأليف ، الاسكندرية ، ١٩٥٧ ، ص٣٣٨.
٩- احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ج٢ ، العاتك لصناعة الكتاب ،القاهرة.
١٠- علي حيدر ، تحقيق المحامي فهمي الحسيني ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الكتب العلمية ، بيروت.
١١- محمد بحر العلوم ، أضواء على قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف ١٩٦٣.

٧ – الرسائل والأطاريح

١. رنا صادق شهاب حمد الدليمي ، الوصايا وتزاحمها في الفقه الاسلامي وقوانين الأحوال الشخصية ، رسالة ماجستير مقدمة الى عمادة كلية الحقوق في جامعة النهرين ، ٢٠٠٩.

٨ – القوانين :

١– لقانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢– قانون الاحوال الشخصية العراقي المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٣– قانون الاحوال الشخصية الاماراتي المرقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥.
٤– قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠.
٥– قانون الوصية المصري المرقم (٧١) لسنة ١٩٤٦.
٦– مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية.

المـلخـص:

فـي عصـرنا هذا وفـي ظل جهل الكثيـر مـن النـاس لأحكـام الوصـية مـن الناحيـة الشـرعية والقانونية كان لابد لنا من طرح هذا الموضوع وتوضيحه للعامة ، معرفين الوصية ومبينين مدى مشروعيتها وحدِّها أولاً ، ثم شرعنا في مناقشة آراء الفقهاء المسلمين وأقوالهم وقارناها بموقف قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ وقانون الاحوال الشخصية الاماراتي المرقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥ وقانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ ومشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفرية العراقي ، ثم ختمنا بمجموعة من النتائج والتوصيات التي لابد منها في تطوير وتثبيت قوانين الوصية وحدها .

ABSTRACT :

Nowadays and under the ignorance of many people to the provisions of the will in terms of legitimacy and legal we had to raise this subject and clarify it to the public, defining the will and show the extent of legitimacy alone first, and then proceeded to discuss the views of Muslim scholars and their words and compare the status of the Iraqi Personal Status Law and the law (28) for the year 2005 and the Personal Status Law of Jordan No. (36) for the year 2010 and draft personal status law Jafariyah Iraqi, and then concluded with a set of conclusions and recommendations that are necessary in the development and conformation of the laws of the will alone.