

آليات احتساب شرط الثلث في التصرفات المقيدة به

(دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي)

م. حسين نجف بخور
أ.م.د. حسام عبد الواحد كاظم
جامعة ذي قار – كلية القانون

Lawp1e26@utq.edu.iq

Lawp1e389@utq.edu.iq

مستخلص البحث:

نريد هنا ان نقف على آليات احتساب شرط الثلث في التصرفات المقيدة به، وهي التصرفات التي يرى فيها خلافة في المال بعد الموت، حيث ان الشارع الحكيم (ومن بعد المشرع الوضعي) قد يفرض قيوداً على بعض تصرفات الانسان في ملكه، خاصة إذا كان ذلك التصرف ذا طبيعة خاصة، اما لترتيبه الآثار بعد الموت، واما لان تلك الآثار تطل آخرين، واما لكون التصرف قد ورد بدوره استثناءً على اصل عام، ومن تلك القيود التي لوحظ ان الشارع يفرضها على بعض التصرفات، القيد المتمثل بشرط الثلث، وإن الغاية من معرفة آليات احتساب شرط الثلث هي توضيح ما إذا كان التصرف في حدود ما اجازه الشارع، أم أنه يتعداه، إذا اختلف المتصرف به، وتختلف معه آليات احتسابه، فقد يكون سهماً شائعاً في التركة، أو حصة معينة فيها، وقد يكون التصرف المقيد منصباً على المنفعة.

الكلمات المفتاحية: احتساب، شرط، ثلث، مقيد، الاعيان، المنافع

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين سيدنا محمد خير الخلق أجمعين وعلى آله الطيبين الطاهرين ، وبعد: يتخذ التصرف القولي (الارادي) في الشريعة الاسلامية اشكالاً متنوعة، حدت الشريعة لكل منها حدوداً، وضبطتها بضوابط، من خلال (شروط) يتباين مظهرها من تصرف الى تصرف، وينصب البحث في هذه الدراسة على آليات احتساب شرط من الشروط التي قد يقيد الشرع بها بعض التصرفات وهو شرط (الثلث)، وحتى يتسنى لنا استجماع مقدمة الموضوع سنقسمها الى الاتي :

أولاً: التعريف بالدراسة وأهميتها.

أن الاصل في الشرع والقانون ان يكون الانسان حراً في التصرف بماله؛ وذلك لما اكتسبه حق الملكية من سمة (الاطلاق)، وهو ما يقتضي ان لا تكون تصرفاته في الملك مقيدة، بيد ان الشارع الحكيم (ومن بعد المشرع الوضعي) قد يفرض قيوداً على تصرفات الانسان في ملكه، خاصة إذا كان ذلك التصرف ذا طبيعة خاصة، اما لترتيبه الآثار بعد الموت، واما لان تلك الآثار تطل آخرين، واما لكون التصرف قد ورد بدوره استثناءً على اصل عام، ومن تلك القيود التي لوحظ ان الشارع يفرضها على بعض التصرفات، القيد محل البحث.

ومن هنا قد تبرم بعض التصرفات ونرى ان الشرع والقانون قد قيدها بشرط أو اكثر، فلا تترتب اثارها ولا يجعلها الشرع أو القانون نافذة إلا عند رعاية وحماية مصالح معينة جديرة



بالاعتبار كانت الغاية الاساس من وضع الشرط في التصرف، ومن ثمَّ فإنه يُرى ان الشرع والقانون جعلاً الجزاء على تخلفه عدم النفاذ أو عدم اللزوم أو الانتفاء أحياناً. وإن الغاية من معرفة آليات احتساب شرط التثالث هي توضيح ما إذا كان التصرف في حدود ما اجازه الشارع، أم أنه يتعداه، إذا اختلف المتصرف به، وتختلف معه آليات احتسابه، فقد يكون سهماً شائعاً في التركة، أو حصة معينة فيها، وقد يكون التصرف المقيد منصباً على المنفعة. وإذا كان احتساب مقدار التصرف بسهم شائع في التركة أو بعين معينة فيها لا يثير اشكالات عملية، بحيث يكفي معرفة مقدار السهم أو قيمة العين نفسها لتحديد ما إذا كان التصرف في حدود التثالث أو أنه يتعداه، غير ان الامر لا يكون بمثل هذه البساطة في حال الزيادة في مقدار المتصرف به بلحاظ وقت احتساب قيمة محل التصرف، وحال وقع التصرف بالمنافع. وإذا ما عرفنا ان التصرف المقيد لا ينفذ من غير اجازة إلا في حدود ثلث ما يتركه المتصرف من مال، أي في حدود ثلث التركة بعد سداد جميع ديونه، فإذا كانت تركته مستغرقة لم ينفذ تصرفه إلا فيما يخلص من التركة بعد سقوط دينه، وإذا كانت غير مستغرقة تقيد نفاذها بثلث ما تبقى منها بعد سداد الديون أو سقوطها - كما قدمنا - أما ما زاد عن الثلث فهو موقوف على اجازة من تعلق الشرط بمصلحتهم، فالاجازة هاهنا تصرف شرعي وقانوني مرتبط بتصرف سابق من شأنها ان تؤثر في مصيره. وللدراسة المتعلقة بالتصرفات المقيدة بالشروط الشرعية أهمية بالغة وكبيرة؛ وذلك بسبب الدور الذي تقوم به هذه التصرفات في حياة الافراد وآلية اعتبار القيد الوارد في مضمون الشرط، وتظهر هذه الاهمية بصورة جلية وواضحة في اطار آليات احتساب شرط التثالث في التصرفات المقيدة به، وهو شرط يقصد به ان الشارع وضع سقفاً لأقيام بعض التصرفات التي تصدر من اهلها، يتمثل بـ (نسبة) الى كل ما يملكون، ويُجري الشارع هذا الشرط في التصرفات المضافة الى ما بعد الموت وما يأخذ حكمها، ولكن هذا الاشتراط الشرعي قد لا تُرى آليات احتسابه بالنصوص الشرعية، ذلك ان الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية الوضعية، مهما توسعت في ابواب التصرفات لتنظيم حياة الاشخاص الاجتماعية ومعايير تعامله مع الغير، فإنها تترك مساحة للإرادة وما تلعبه من دور في تشكيل تلك التصرفات، من جهة، وتترك مساحة للاجتهد في داخل الخطوط العريضة التي ترسمها عادة للتصرفات الإرادية.

ثانياً: اسباب اختيار موضوع الدراسة .

لا شك أن التشريعات الوضعية، لم تتناول بعض المسائل بالنص عليها أو عدم معالجتها بصورة مفصلة، وهذا الامر يترك الى القاضي المرونة الكافية لبحث عن الحلول لهذه المسائل في مصادر القانون ومنها أحكام الشريعة الاسلامية، وهو ما يجعل القاضي في وضع صعب إذ انه اخذ في البحث عن تلك الاحكام في بطون مصادر الفقه الاسلامي وأحكام القضاء الكثيرة، متأثراً أحياناً بالمذهب الذي يتبعه الخصم أو الذي يتبعه القاضي نفسه مما أدى الى ظهور أحكام مختلفة لمسائل مماثلة وبعضها يستند الى اتجاهات خاطئة.

ثالثاً : إشكالية الدراسة:

إن موضوع الدراسة والبحث فيها، يطرح عدة إشكاليات، ينبغي التعرض لها دراسةً ومناقشةً وتحليلاً، بغية الوصول، إلى الرأي السليم والتكليف الصحيح، وانه يمكننا القول بان الاشكالية الاساسية في الدراسة تكمن في عدم وجود بيان واضح : لأرجح الآراء التي

قبلت في احتساب قيمة محل التصرف في شرط الثلث، وبأي رأي تعمل التشريعات الوضعية؟ ما الآليات المتبعة في احتساب الاجازة لما زاد على الثلث؟
رابعاً: نطاق الدراسة.

ستكون دراستنا في إطار الفقه الإسلامي في المذاهب الأساسية (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والامامية والظاهرية)، أما في السياق القانوني فسيكون الأساس والمنطلق في القانون العراقي من (القانون المدني، قانون الاحوال الشخصية، وقانون رعاية الاحداث)؛ لأنه بلد الدراسة وقوانين دول الجوار الجغرافي، وفي طليعتها القانون السوري والقانون المصري، والقانون الكويتي، لاستفصالهما في شرط الثلث محل الدراسة، وسنعزز البحث – إن شاء الله تعالى - ببعض القرارات القضائية التي تمكنا من الحصول عليها.

ولما كان أحد مصادر دراستنا المقارنة هو الفقه الإسلامي، والمصدر الاخر هو القانون، و لكل منهما ذاتيته وبنائه المستقل، فإن من الطبيعي أن نقف على بعض الأحكام التي توجد في الاول و لا توجد في الثاني أو بالعكس، فمثل هذا التباين والاختلاف هو أمر مألوف في كل دراسة مقارنة.

خامساً: منهجية الدراسة.

ستستند الدراسة إلى قواعد المنهج التحليلي المقارن، ومرادنا من الاول : محاولة رصد وبيان المنطلقات الفكرية وأسس القواعد الشرعية التي ابنتى عليها آليات احتساب شرط الثلث في التصرفات المقيدة به، وكذلك السعي لفهم مديات النصوص القانونية (الفقهية والقضائية) المرتبطة باليات اجازة ما زاد على الثلث، رسداً لمحاولة ايجاد الدقة في التوصيف والتعمق في الطرح والبعد في الاستنتاج.أما مرادنا من الثاني، فسيكون على مستويين: المستوى الشرعي بالموازنة بين الاحكام الواردة في مختلف المذاهب الاسلامية المقارنة. وكذلك على المستوى القانوني بالمقايسة بين الاحكام التي تضمنها القانون العراقي والقوانين الاخرى محل المقارنة .

سادساً: هيكلية الدراسة .

وبغية عرض آراء الفقهاء في ذلك، وبيان اختيارات التشريعات الوضعية في المسائل المعروضة وجمع مادة مرتبط بعضها ببعض، لتعطي صورة واضحة لآليات احتساب قيمة محل التصرف وآليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، سنبدأ أولاً : بتحديد آليات احتساب قيمة محل التصرف المقيد بشرط الثلث، وذلك في المبحث الأول. ولنعرض في المطلب الاول منه : آليات احتساب الثلث في التصرف بالأعيان، وفي المطلب الثاني منه : آليات احتساب الثلث في التصرف بالمنافع ، اما المبحث الثاني : سنعرض فيه آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، ولنعرض في المطلب الاول منه : اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث عند موت المتصرف، وفي المطلب الثاني منه : اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث قبل موت المتصرف او بعده.

المبحث الأول

آليات احتساب قيمة محل التصرف المقيد بشرط الثلث

إذا كان نفاذ التصرف من غير اجازة مقيداً بشرط الثلث، بعد خلاص مال المتصرف من الديون، اقتضى ذلك، بيان الوقت الذي يقدر فيه ماله ويتحدد بذلك ثلثه الذي يتقيد به التصرف عند التنفيذ. وإذا كان لا خلاف بين الفقهاء الذين يرون صحة التصرف المقيد بالمنفعة من الفقهاء في وجوب كونها - كما في الاعيان - في حدود الثلث، فإن خلافاً قد وقع بينهم في كيفية احتساب التصرف بالمنفعة من الثلث، وفرق بعض الفقهاء بين التصرف المقيد بالمنفعة إذا كان مؤقتاً، وبين ما كان مؤبداً وبغية عرض هذه الاتجاهات وادلتها، واختيار التشريعات الوضعية، سنستعرض أولاً: آليات احتساب الثلث في التصرف بالأعيان، وذلك في المطلب الأول، وسنعرض ثانياً: آليات احتساب الثلث في التصرفات بالمنافع، وذلك في المطلب الثاني، ليكون كل منها جامعاً لما يندرج تحت من آراء وتفصيلات .

المطلب الأول

آليات احتساب الثلث في التصرف بالأعيان

بمراجعات آراء الفقهاء واختياراتهم نجد الخلاف قد دبّ بينهم، حول المراد بالثلث الذي ينفذ فيه التصرف بالأعيان ، فهل المدار على ثلث المال يوم التصرف، أو يوم موت المتصرف، أو يوم تنفيذ التصرف، وعلى هذا سنتعرض لهذه الاتجاهات الثلاثة :

أولاً : الاتجاه الذي يعتبر قيمة محل التصرف عند يوم التصرف.

ذهب جانب من الفقهاء الى ان المعتبر ما يملكه المتصرف يوم انشاء التصرف، فإذا كان ماله ما يساوي ثلاثة ملايين دينار مثلاً كان ما ينفذ (أو ما يقبل) التصرف به مليون دينار، ولا يعتبر من ذلك ان يكون ما يملكه عند الموت اكثر من ثلاثة ملايين أو أقل، ومثله إذا حصل للمتصرف مال بعد موته، كما اذا نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته فالحكم عندهم أنه لا يخرج منه التصرف، كما انهم لا يلحقون بالتركة حتى مثل دية قتله خطأ أو شبه عمد وارش جراحته (إذا لم يكن قد استوفاه حال حياته)⁽¹⁾، ولا يجعلون ثلثها للمتصرف، حيث حكموا بعدم دخولها، فيما تنفذ منه تصرفاته، لأنها لم تجب له قط - على رأيهم- ولا ملكها قط، وإنما وجبت بعد موته لمن تعلق الشرط بمصلحتهم فقط .

فذهب الظاهرية : ان المعتبر هو وقت انشاء التصرف؛ لأنه عقد ينصب على المحل الموجود حين انشائه، ولا يعتد بالزيادة التي تحدث بين التصرف والوفاء، فكل زيادة تحصل خلال هذه الفترة لا يشملها التصرف، والى هذا يذهب ابن حزم بقوله : (ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله ثم حدث له مالٌ لم يجز من وصيته الا مقدار ثلث ما كان له حين الوصية لان ما زاد على ذلك عقده عقداً حراماً لا يحل كما ذكرنا، وما كان باطلاً فلا يجوز ان يصح في ثانٍ إذ لم يعقد)⁽²⁾ .

كما ذهب بعض الشافعية: الى ان المعتبر في احتساب قيمة التصرف، ما يملكه يوم انشاء التصرف، فقد اشار صاحب النهاية الى أنه تجب مراعاة خلوص المال من الديون عند النسبة إليه، وذلك لتقدم الدين على الوصية، غير ان تقديم الدين على الوصية إنما هو يوم التنفيذ، أما عند نسبة السهم الى المال فيما ينسب إليه مطلقاً غير مقيد بأي قيد والمال المحمل بالديون مال

الموصي، ثم هو عند الإيضاء، إذا صدر الإيضاء في حال الصحة غير محمل بالدين ولا يتعلق به إذا كانت النسبة للتعريف لم يكن لهذه المراعاة محل⁽³⁾.

وكما جاء في التحفة ومغني المحتاج عن بعض الشراح للإيضاح: إن العبرة في احتساب قيمة محل التصرف، ما يفوت على من تعلق الشرط بمصلحتهم من مال المتصرف، بسبب تصرفه المنجز في مرض موته أو بسبب وصيته واحتساب قيمة ما تبقى لهم منه بعد ذلك حتى لا يكون المتبرع به أكثر من نصف ما تبقى لهم، إذ يختلف باختلاف حال التصرف، فإذا كان التصرف منجزاً في مرض الموت، اعتبر قيمة المتصرف به وقت انشاء التصرف، فإذا توفي المتصرف نظرنا إلى ما ترك عند موته مضافاً إليه ما تصرف به فإن بقي ثلثه في ذلك الوقت بقيمة ما تصرف به نفذ تصرفه، وإن لم يوفى لم ينفذ إلا بقدر الثلث⁽⁴⁾.

أما إذا كان التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وهو (الوصية) فقد كال هؤلاء للموصي له وكيل ولمن تعلق الشرط بمصلحتهم بكييل آخر، فراعوا في ذلك جانبهم، إذ قوموا التركة بالنسبة لاحتساب قيمة محل التصرف من ثلثها بأقل قيمة لها سواء أكان الطارئ عليها زيادةً أم نقصاً (ما بين وقت التصرف ووقت الموت)، ولعل مرجع ذلك اعتبار الموصي له دخيلاً عليهم، فذهبوا إلى مراعاة الوصية حال الإيضاء وإلى مراعاة التركة في أحط حال لها فيما بين الموت والقبض كما هو واضح، وقد ذهب بعض الزيدية في قول لهم⁽⁵⁾، وبعض الامامية في قول لهم⁽⁶⁾، إلى ما تقدم بالعبرة بثالث المال يوم انشاء التصرف .

واستدل أكثر هؤلاء لرأيهم هذا بقياسهم المقام على النذر، حيث حكموا فيما لو نذر أن يتصدق بجزء شائع من ماله كربع أو ثلث، بوجوب دفع ربع أو ثلث ما كان يملكه عند انشاء صيغة النذر لا عند استحقاق النذر⁽⁷⁾.

ثانياً : الاتجاه الذي يعتبر قيمة محل التصرف عند موت المتصرف.

ذهب الحنفية : إلى ان المعتبر في احتساب قيمة محل التصرف بالأعيان ونفاذه يكون بوقت ترتيب اثره عليه، ومن ذلك ثبوت الملك للمتصرف له، ونتيجة لذلك ان التصرف إذا وسع ثلث المال بعد الديون تملكه المتصرف له حين وفاة المتصرف، ومقتضى ذلك ان العبرة في تحديد الثلث الذي يتقيد به تنفيذ تصرفه هو قيمة المال عند الوفاة، وللقول المتقدم ذكره يذهب الكاساني من الاحناف بقوله : (ان قدر ما يستحقه الموصى له من مال، هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية، حتى لو اوصى بثلث ماله، وماله يوم اوصى بثلاثة آلاف، ويوم مات ثلاثمائة، لا يستحق الموصى له الا مائة، ولو لم يكن له مال يوم اوصى، ثم اكتسب مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات، ولو كان له مال يوم اوصى فمات وليس له مال بطلت وصيته، وإنما كان كذلك لما ذكرنا ان الوصية تملك مضاف إلى وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان على ملك الموصي عند موته، ويصير المضاف إلى الموت كالممنجز عنده، كأن قال عند الموت لفلان ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله)⁽⁸⁾، وهو المعتمد عند الشافعية، فجاء في روضة الطالبين (والاعتبار في كون الموصى به ثلث المال يوم الموت لا يوم الوصية، لأنها تملك بعد الموت)⁽⁹⁾ . ويذهب جمهور الحنابلة إلى الاعتداد بقيمة المال وقت موت المتصرف؛ لأنه وقت لزوم التصرف من ناحيته، فتغير قيمة المال وقيمة المتصرف به بحسب الاسعار في ذلك الوقت مؤثر، ويرى ابن قدامة في المغني (وان اوصى ثم استفاد مالا قبل الموت، فأكثر اهل العلم



يقولون ان الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع)، وجاء في مقام آخر قوله: (وجملته ان الاعتبار بقيمة الموصى به وخروجها من الثلث او عدم خروجها بحالة الموت لأنها حال لزوم الوصية فتعتبر قيمة المال فيها) (10) ، وهو المعتمد عند الزيدية، فجاء في البحر الزخار (والاعتبار بالثلث وقت الموت لا وقت العقد اذا عقدها بدليل صحة تصرفه بعدها) (11). وهو المستقر عند الامامية، فجاء في بلغة الفقيه ما نصه (ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصية ولا ما بينهما على المشهور شهرة عظيمة، بل الاجماع محكي عليه، معتضدا بدعوى غير واحد عدم وجدان الخلاف) (12).

ثالثاً : الاتجاه الذي يعتبر قيمة محل التصرف عند يوم تنفيذ التصرف.

ويتفق المالكية مع الحنفية، في ان وقت ثبوت الملك للمتصرف له هو وقت الموت، إلا انهم يصرحون بأنه لا يكون للمتصرف له من غير اجازة إلا ما يحمل ثلث مال المتصرف عند قسمته، أي عند قبض كل من تعلق الشرط بمصلحتهم والمتصرف له حقوقهم، فجاء على لسان المواق (المعتبر في ثلث الميت، ثلث ماله يوم تنفيذ الوصية لا يوم موته...) (13) ونص على ذلك الخرشي في شرحه فقال (ان العبرة بالثلث يوم التنفيذ زاد المال او نقص...) (14)، وعلى هذا إذا تصرف شخص ما تصرفاً يزيد على الثلث عند الوفاة ثم هلك بعض المال أو تغيرت الاسعار، فيترتب على ذلك ان صار المتصرف به اكثر من الثلث بعد هلاك او تغير الاسعار لم ينفذ التصرف إلا ما يحمله الثلث في ذلك الوقت .

والحاصل ان اساس الخلاف في المسألة وثمرته: هو الاختلاف في وقت نشوء السبب، فمن قال انه ينشأ بصدور التصرف عن المتصرف، اعتد بهذا الوقت، ومن قال انه يتحقق وقت وفاة المتصرف، اعتبره قيمة المال في هذا الوقت، ومقتضى ذلك ان حكم النماء وزوائد محل التصرف عند احتساب قيمته، تكون على القول الأول بعد القبول للمتصرف له وان زادت على الثلث؛ لأنها نتاج ماله الذي استحقه عن المتصرف، وعلى القول الثاني، تدخل هذه الزوائد والثمرات في احتساب الثلث، وان مجموعها مع محل المتصرف به يجب ان لا تزيد على الثلث – إلا بإجازة من تعلق الشرط بمصلحتهم- لان هذه الزيادة تعد في حكم المتصرف به مع الاصل، فيدخل الجميع في شرط الثلث، كما يسرى المتقدم في حالة النقص ايضاً (كما لو هلكت المواشي أو بعضها) فيما بين وقت التصرف ووقت الموت .

وإذا ما جاز لنا مناقشة ما تقدم من اتجاهات واستدلالات اهلها نقول : الظاهر ان الفقهاء (عدا من قيد احتساب قيمة محل التصرف بيوم انشاء التصرف) يذهبون الى ان العبرة بالثلث، هو ثلث المال يوم الموت كما قدمنا، نظراً الى الغالب من كون التنفيذ وقسمة المال عند الموت، وانهم إنما يقيدون الثلث بما يكون وقت الموت في مقابل من يذهب الى تقييده بيوم التصرف والعقد لا في مقابل يوم التنفيذ والقسمة. وأما ما استدل به من ذهب الى اعتبار قيمة محل التصرف عند انشاء التصرف، من قياسهم المقام على النذر فمردود من وجهين: **الاول** ، انه قياس مع الفارق فان النذر متعلق بالمال من حين النذر، والتصرفات المقيدة - الوصية وما جرى مجراها- متعلقة بالمال بعد الموت، فالموت الذي ارتبط به التصرف (الوصية أو ما جرى مجراها) اجل، بينما الامر المتعلق عليه النذر (شرط) والاجل واقع لا محالة بخلاف الشرط.



والثاني، ان منشأ الشرط في النذر ارادي، ولذا يجري التعويل على مصدر الارادة (التصرف النذري) اذا ما وقع ما علق عليه، واما الاجل في الوصية (فمجعول) من الشارع ليكون تماماً لكل الوصايا. و إذا ما رجعنا الى اساس الخلاف في المسألة – السبب- فالوصية عند كثير من الفقهاء ليست عقداً من كل وجه، ثم ان الرأي القائل بالاعتداد بوقت الوصية لا يستقيم مع التملك بالوصية وحدها، والذي لا يكون إلا بعد موت الموصي حتماً، كما انه لا يراعي حق من تعلق الشرط بهم وهو الحق الذي يتعارض مع التصرف، لأنه لا يظهر اصلاً إلا بعد الموت، فلو تصرف شخص - بالوصية وما جرى مجراها- بثلت ماله لآخر وكان ماله كثيراً حال التصرف ثم نقص قبل موته، لسبب من الاسباب، حتى صار الباقي منه يعادل قيمة المتصرف به فقط، فلا يبقى لمن تعلق الشرط بمصلحتهم (الورثة) شيء، أي يترتب على الاخذ بهذا الرأي حرمانهم من المال. ويناقش من كالمبكيين لاحتساب قيمة محل التصرف وتحديد ثلث المال، بأنه لا دليل من الشرع على تعدد معايير احتساب الثلث، وان ذلك بخلاف الاصل، فالاصل ان المعيار واحد، وعلى مدعي خلاف الاصل يقع عبء الاثبات والذي يُجنح الى ترجيحه هو الاتجاه الثالث، وهو الرأي القائل بان الاعتبار في احتساب قيمة محل التصرف، انما هو بوقت تنفيذ التصرف؛ وذلك ان وقت استقرار تملك المتصرف له للمال، انما يكون في هذا الوقت وليس قبل ذلك.

ولم تتعرض التشريعات الوضعية صراحةً لبيان الاعتبار الذي يحتسب به محل التصرف المقيد بشرط الثلث، ولكن الاظهر في التشريع المصري⁽¹⁵⁾، انه يعتبر وقت موت المتصرف، ف جاء في المادة (25) من قانون الوصية المصري رقم (71 لسنة 1946) ما يفيد ان الموصى له إذا كان موجوداً عند موت الموصي استحق الموصى به عند موته⁽¹⁶⁾، ومثله التشريع السوري، هو ما قرره المادة (230) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (59 لسنة 1953)⁽¹⁷⁾، ومثله التشريع الكويتي بما جاء بنص المادة (235) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (51 لسنة 1984)⁽¹⁸⁾، ومثله التشريع الاردني ، بما جاء بنص المادة (265) من قانون الاحوال الشخصية الاردني المرقم (36 لسنة 2010) والمعدل بالتشريع رقم(15 المعدل 2019)⁽¹⁹⁾، ومثله التشريع القطري، بما جاء في المادة (221) من قانون الاسرة القطري رقم (22 لسنة 2006)⁽²⁰⁾. وأما المشرع عندنا في العراق فلم يبين صراحةً اعتبار احتساب قيمة محل التصرف⁽²¹⁾، إلا انه يفهم من نص المادة (69) من قانون الاحوال الشخصية، الذي ينص (يشترط في الموصى به ان يكون قابلاً للتملك بعد موت الموصي) ان العبرة في حساب الثلث وقت التملك الذي يكون بعد موت الموصي، ومع ان هذا هو الذي يظهر من اتجاه المشرع العراقي، ويتبعه القضاء العراقي في ذلك، إذ قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها، ان المعيار في احتساب قيمة التصرف لتحديد ثلثه هو وقت الوفاة، وسطرت المبدأ القائل ((الواجب على المحكمة ان تستوضح من المدعين في الجلسة الاولى عند توضيح طلبهما، فان طلبا الحكم لهما بوصية تملكها كلفتها بذكر ما أوصى به وبأثباته، وبعد ثبوته تتحقق من تركه المتوفى حين وفاته، بتعيين خبراء لتثمين مجموع التركة، وبعد ان ترى ما اوصى به من الوصية التملكية، فان كان دون الثلث او مساوياً له حكمت به، وان كان اكثر من الثلث استدعت الورثة، فان اجازوا ما زاد على الثلث حكمت بصحة تملك الموصى به، وان لم يجيزوا حكمت بما يساوي الثلث))⁽²²⁾، غير ان بعض الشراح⁽²³⁾، يفضل مراعاة يوم تنفيذ التصرف، فلو كان مال المتصرف كثيراً يوم

الموت، بحيث يحمل ثلثه القدر المتصرف به، وطراً عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نقص بنحو جائحة حتى قل، فلا يلزم إلا ثلث الباقي.

المطلب الثاني

آليات احتساب الثلث في التصرف بالمنافع

قد يبدو الامر هيناً بالنسبة لآليات احتساب قيمة محل التصرف، لمعرفة الثلث الذي ينفذ به التصرف بالأعيان او بحصة شائعة معينة من المال برقيبتها ومنفعتها، إذ تنسب قيمة العين المتصرف بها الى قيمة المال كله، وتؤخذ هذه النسبة اساساً لاحتساب ثلث التصرف، ولكن الامر يصعب بالنسبة للتصرفات المقيدة بشرط الثلث والتي محلها المنفعة وحدها؛ وذلك بسبب اختلاف الفقهاء في مالية المنافع من جهة⁽²⁴⁾، واختلاف قيمة المنفعة المتصرف بها بالتأييد والتوقيت من جهة اخرى، وبمراجعة اراء الفقهاء واجتهاداتهم نجدها موزعة على الاتي:

اولاً: الاتجاه القائل باحتساب قيمة المنفعة بقيمة العين محل التصرف.

يرى الحنفية⁽²⁵⁾، والمالكية⁽²⁶⁾، وبعض الشافعية⁽²⁷⁾، وبعض الحنابلة⁽²⁸⁾، ان قيمة العين تساوي قيمة المنفعة، أيأ كانت المدة - مؤبدة ام مؤقتة- فإذا كانت قيمة العين تخرج من الثلث نفذ التصرف من غير اجازة، وان لم تخرج من الثلث لا ينفذ التصرف من غير اجازة، وعللوا ذلك بأن التصرف بالمنافع فيه منع العين عن تعلق شرط الثلث بمصلحتهم مدة - قلت او كثرت- وتقويت للمقصود من الاعيان، وهو الانتفاع بها، وكل منع للحق يعتبر الحق الممنوع فيه من الثلث، كما لو احل المريض مرض الموت ديناً معجلاً فلا ينفذ بحق الورثة الا في الثلث، فكذلك هاهنا لا ينفذ إلا في قدر الثلث، ويقدر بقيمة الاعيان⁽²⁹⁾. فجاء في البدائع للكاساني ((واذا جازت الوصية بالمنافع، يعتبر خروج العين التي أوصى بمنفعتها من الثلث، وإذا كان المعتبر خروج العين من الثلث، فان خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع))⁽³⁰⁾، ومثله ورد في الشرح الكبير لردديري ((... اي قيمة العين الموصى بمنفعتها فليس المراد قيمة منفعة العين كما قد يتبادر منه، بل المراد بها قيمة ذي المنفعة))⁽³¹⁾، ومقتضى ذلك ان النظر عند الاحتساب لا يكون الى المنفعة أبداً، وإنما ينظر الى قيمة العين نفسها عند التصرف بالمنفعة، فأن وسعها الثلث فيه، وإلا فمنها بمقداره، فلو تصرف شخصاً - بالوصية او ما جرى مجراها- بمنفعة عقاراً له مدى حياة المتصرف له، وكانت قيمة العقار خمسون مليون دينار، فأن قيمة مقدار المنفعة هاهنا تكون خمسون مليوناً، وكان يفترض ان يكون مال المتصرف في الأقل مئة وخمسون مليوناً، فينفذ تصرفه من غير اجازة من تعلق الشرط بمصلحتهم، كما هو واضح.

وعمة ما استدلل به هؤلاء هو المعقول : إذ ان المنفعة مجهولة لا يمكن احتسابها على انفرادها، فيلزم احتساب قيمة العين المتصرف بها بمنفعتها جميعاً، هذا من جهة، ومن اخرى، ان التصرف المقيد بالمنفعة لشخص او جهة يعني حبس العين عن تعلق شرط الثلث بمصلحتهم مدة انتفاع المتصرف له بها، إذ لا فائدة لهم من ذات العين ما دامت منفعتها مستحقة له، لان المقصود من العين منفعتها - كما قدمنا - وبما ان المتصرف لا يملك حبس العين عنهم إلا في حدود ثلث ماله، فكذلك التصرف بالمنفعة لأنها كالتصرف بالعين ذاتها⁽³²⁾.

ثانياً: الاتجاه القائل باحتساب قيمة المنفعة المتصرف بها على فرض التأيد والتوقيت. إن التصرف بالمنفعة إذا كان مؤقتاً، فطريقة احتساب الثلث، تكون بتقييم العين محل التصرف مسلوبة المنافع، ثم تقويم العين بمنافعها للمدة المعينة، فالتفاوت بين القيمتين هو التصرف، وبالتالي هو ما يجب الاستناد إليه لاحتساب الثلث، ولهذا ذهب الشافعية⁽³³⁾، والحنابلة⁽³⁴⁾، والامامية⁽³⁵⁾، وجانب من الزيدية⁽³⁶⁾. أما إذا كانت التصرف المقيد مؤبداً فقد وقع الخلاف بينهم حول آليات احتساب ثلث التصرف بالمنفعة، على اقوال: الاول، يرى بأن تقوم العين بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنافع، فالتفاوت بين القيمتين هو الذي ينسب الى احتساب ثلث المال⁽³⁷⁾، فلو قومت السيارة المتصرف بمنفعتها - بالوصية او ما جرى مجراها- مع منفعتها بمليون، ثم قومت مسلوبة المنافع بثلاثمئة، فنكون قيمة منفعة السيارة سبعمائة، وهذا المبلغ هو الذي ينسب الى ثلث المتصرف، فان كان يسعه الثلث نفذ تصرفه بالمنفعة سواء كان ثلثه اكثر او مساوياً، واذا زاد المبلغ عن ثلث ماله توقف الزائد على اجازة من تعلق الشرط بمصلحتهم، كما قدمنا. وهذا القول هو ما ذهب اليه الامامية⁽³⁸⁾، والزيدية، وأحد قولين الشافعية، وأحد قولين الحنابلة، فجاء في مسالك الافهام للامامية: (ان المعتبر ما بين قيمتها - الرقبة- بمنافعها وقيمتها مسلوبة المنافع وهذا هو الأصح)⁽³⁹⁾، ومثله في البحر الزخار للزيدية: (ومن أوصى بسكنى دار أو خدمة عبد فطريق اخراجها من الثلث ان تقوم الدار مسلوبة المنافع فما زاد على قيمتها مسلوبة فهو الوصية فتنسب من التركة)⁽⁴⁰⁾، وجاء في المحلي على منهاج الطالبين للشافعية: (... وتعتبر منه ما بين قيمته - العبد - بمنفعته وقيمته بلا منفعة، لبقاء الرقبة للوارث، فاذا كانت قيمته بمنفعته مائة وبدونها عشر اعتبر الثلث تسعون)⁽⁴¹⁾، ومثله في المغني للحنابلة (... فمتى أريد تقويمها قيل تقويم الرقبة على الورثة والمنفعة على الموصى له، وصفة ذلك ان يقوم العبد بمنفعته، فإذا قيل قيمته مائة قيل كم قيمته لا منفعة فيه، فإذا قيل عشرة علمنا ان قيمة المنفعة تسعون)⁽⁴²⁾. وأما القول الثاني، فذهب اليه بعض الامامية⁽⁴³⁾، وأحد القولين للحنابلة⁽⁴⁴⁾، والاصح عند الشافعية⁽⁴⁵⁾، وبمقتضى قولهم هذا، يحتسب ثلث التصرف المقيد بالمنفعة، ان تقوم الرقبة والمنفعة معاً من الثلث، فجاء في تذكرة الفقهاء للامامية ((... ان تقوم الرقبة والمنفعة من الثلث، كما لو باع بثمن مؤجل يعتبر قيمته من الثلث...))⁽⁴⁶⁾، وجاء في المغني للحنابلة ((وان كانت الوصية مطلقة في الزمان كله، ... تقوم الرقبة بمنفعتها جميعاً ويعتبر خروجها من الثلث))⁽⁴⁷⁾، ومثله في شرح المنهاج للشافعية ((والاصح انه تعتبر قيمة العبد مثلاً كله، أي مع منفعة من الثلث ان أوصى بمنفعته أبداً أو مدة مجهولة، فان احتملها الثلث لزمت الوصية، في الجميع والا ففيما يحتمله، فلو ساوى العبد بمنافعه مائة وبدونها عشرة اعتبر المائة كلها من الثلث، فان وفي بها فواضح والا كأن لم يف الا بنصفها صار نصف المنفعة للوارث))⁽⁴⁸⁾.

والجامع في عمدة ما استدل به من يرى احتساب قيمة المنفعة المتصرف بها على فرض التأيد والتوقيت، هو المعقول: فاحتساب قيمة التصرف يختص بما يناله المتصرف له منه، ولا ينال الا المنفعة، كما ان المنافع المستهلكة في العقود والغصب هي المعتبرة في الاحتساب دون الاعيان، فيقاس عليها التصرف المقيد بالمنفعة، فلو اوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لآخر، فلم يقوم في حق صاحب المنفعة إلا المنفعة، فكذاك الحكم إذا بقيت الرقبة على ملك من تعلق الشرط



بمصلحتهم (الورثة) ، كما ان الاخذ بهذا الرأي يخفف الخسارة التي لحقتهم بفوات المنفعة عليهم، وهو ما نرجحه في الصدد، إذ لا يستساغ الفصل بين العين ومنفعتها؛ لان المنفعة هي الاستفادة من العين وهي المقصودة في آليات الاحتساب. ولم تلتزم التشريعات الوضعية بشيء من تلك الآراء على وضعها، فنجد أن المشرع المصري والسوري والكويتي- مثلاً- ترددوا بين أصح اقوال الشافعية، مفرقين بين ما اذا كان التصرف المقيد المنصب على المنفعة مؤبداً او الى مدة مجهولة، وبين ما ذهب اليه الحنفية والمالكية، فاعتبر قيمة المنفعة تساوي قيمة العين، سواء في ذلك، ان يكون التصرف بجميع منافع العين او بمنفعة من منافعها⁽⁴⁹⁾. فجاء بنص المادة

(62) من قانون الوصية المصري رقم (71 لسنة 1946) على ان (اذا كانت الوصية بكل منافع العين او بعضها وكانت مؤبدة او مطلقة لمدة حياة الموصى له او لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بها بكل منافعها او بعضها. فاذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنوات قدرت بقيمة المنفعة في هذه المدة..) ، وجاء في المادة (253) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (59 لسنة 1953) على ان (يحتسب خروج الوصية بالمنافع والحقوق من ثلث التركة كما يلي: أ. إذا كانت الوصية بالمنافع مؤبدة او مطلقة او لمدة حياة الموصى له او بمدة تزيد على عشر سنين ففي الوصية بجميع منافع العين تعتبر المنافع مساوية لقيمة العين نفسها وفي الوصية بحصة نسبية من المنافع تعتبر مساوية لنظير هذه النسبة للعين. ب. إذا كانت الوصية بالمنافع لمدة لا تزيد عن عشر سنين قدرت بقيمة المنفعة الموصى بها في هذه المدة ...) ويطابق ذلك نص المادة (272) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي

(51 لسنة 1984) . ولم يتعرض المشرع العراقي لآليات احتساب الثلث في التصرف المقيد بشرط الثلث المنصب على المنافع، ويرى بعض الشراح⁽⁵⁰⁾، احالة ذلك الى القواعد العامة سواء في القانون المدني ام القوانين الاخرى، ولا مانع من رجوع القاضي للفقهاء الاسلامي، لما تقرر في المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية، ويلاحظ ان آليات احتساب الثلث في هذه المسألة يتم تقديرها بالاستعانة بالخبراء، وحسب سنة التقدير التي تحددها المحكمة المختصة.

المبحث الثاني

آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث

إن الاجازة كتصرف شرعي وقانوني، مرتبط بتصرف سابق من شأنها ان تؤثر في مصيره، لذلك يجب ان يكون لها وقت أو مدة محدودة تصدر خلالها، فإذا صدرت قبل بدء هذه المدة أو بعد انتهائها فلا عبرة بها، فما هي هذه المدة أو هذا الوقت الذي يجب الالتزام به لإجازة ما زاد عن الثلث في التصرفات المقيدة به، فهل يشترط اجازة من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم لتلك الزيادة بعد وفاة المتصرف أو نكتفي بالإجازة الصادرة منهم في حياته؟ لقد: وقع الخلاف بين فقهاء الاسلام حول لزوم الاجازة وصحتها، فيما لو وقعت ممن تعلق الشرط بمصلحتهم حال حياة المتصرف، بحيث لا يجوز الرجوع عنها، وذلك بعد اتفاقهم جميعاً على انها تكون صحيحة وملزمة فيما اذا وقعت بعد وفاة المتصرف، والخلاف هنا على اقول، وبغية عرض هذه الاقوال وادلتها، واختيار التشريعات الوضعية، سنستعرض في المطلب الاول: اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث عند موت المتصرف، وسنعرض في المطلب الثاني: اعتبار الاجازة فيما زاد على

الثالث قبل موت المتصرف او بعده ، ليكون كل منها جامعاً لما يندرج تحت من آراء وتفصيلات .

المطلب الاول

اعتبار الاجازة فيما زاد على الثالث عند موت المتصرف

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية⁽⁵¹⁾، والشافعية⁽⁵²⁾، والحنابلة⁽⁵³⁾، وقول للمالكية⁽⁵⁴⁾، وبعض فقهاء الامامية في غير المشهور عندهم⁽⁵⁵⁾، الى اعتبار الاجازة فيما زاد على الثالث عند موت المتصرف، ولا تعتبر الاجازة في حال حياة المتصرف؛ لأنها قبل ثبوت الحق، والذي يثبت لهم بموت المتصرف، وعليه، فإن لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت المتصرف، وان يردوا تلك الاجازة؛ لأنها وقعت ساقطة، لعدم مصادقتها المحل، وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش، فكان لهم ان يردوا بعد موت المتصرف .

ولقد جاء في بدائع الصنائع للحنفية ((... ثم وقت الاجازة هو بعد موت الموصي، ولا تعتبر الاجازة حال حياته حتى انهم لو اجازوا في حياته لهم ان يرجعوا عن ذلك بعد موته))⁽⁵⁶⁾، وجاء في تنوير الابصار بعد الكلام عن ان جواز التصرف المقيد بالثالث لغير من تعلق الشرط بمصلحتهم غير متوقف على اجازتهم ((... ولا زيادة عليه - اي الثالث- الا ان يجيز ورثته بعد موته ...))⁽⁵⁷⁾ . وجاء في نهاية المحتاج للشافعية ((ولا عبرة بردهم واجازتهم في حياة الموصي، اذ لا حق لهم حينئذ ...))⁽⁵⁸⁾، وفي أسنى المطالب ((ولا اثر للإجازة والرد من الورثة للوصية قبل موته، فلو اجازوا قبله فلم يرد بعده، اذ لا حق قبله لهم ولا للموصى له فلا اثر للإجازة الا بعد موته ...))⁽⁵⁹⁾ . وقد فصل المالكية في الوقت المعتبر لإجازة ما زاد عن الثالث في التصرف المقيد به، فجاء في الشرح الكبير ((... فان اجازته في صحته لم يلزم الوارث ما اجازته ...))⁽⁶⁰⁾، والوجه في هذا التفصيل عند المالكية هو أنه في حال الصحة كان أحق بجميع ماله يصنع فيه ما يشاء ولم يتعلق حق من تعلق الشرط بمصلحتهم مطلقاً فاذا اجازوا كانت اجازتهم في غير ملكهم . وبناءً على ما تقدم من اراء فإن إجازة ما زاد على الثالث لا تصح، ولا يترتب عليها اثر، إلا اذا صدرت بعد وفاة المتصرف سواء أكان ذلك بالوصية او ما جرى مجراها، وعندئذ فقط يترتب عليها اثرها، وهو نفاذ التصرف فيما زاد على الثالث، وفي هذه الحالة تلزم ولا يصح الرجوع عنها؛ لأنها اسقاط لحق، والساقط لا يعود، وبمفهوم المخالفة - فإنه وبخلاف القيد- إذا اجاز من تعلق شرط الثالث بمصلحتهم حال حياة المتصرف لم يعتد بإجازتهم، ووجب ان يجيزوا التصرف مرة اخرى بعد وفاة المتصرف، اذا ارادوا نفاذه، والا بطل التصرف فيما زاد على الثالث⁽⁶¹⁾ . ولا يقال كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حقهم في مال المتصرف من ابتداءً من انشاء التصرف، بدليل تقييده من التصرف بحقهم تصرفاً مضراً بهم، وأن ذلك الثبوت كان على سبيل التوقف، فاذا مات ظهر ان حقهم كان ثابتاً من اول التصرف، وان الاجازة ها هنا صادفت محلها، لأستناد حقهم الى اول التصرف، فصار كإجازتهم بعد موته، ولا يقال ذلك ؛ لأنه سيجاب عن ذلك ان الأستناد يظهر في حق قائم، فإجازتهم حين وقعت في حياة المتصرف وقعت باطلة، وما وقع باطلاً لا يكون قائماً بنفسه، فلا يظهر في حقه الأستناد، ولان حقيقية الملك لمن تعلق شرط الثالث بمصلحتهم عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق، فلو استند من كل وجه لأنقلب الحق حقيقية قبل الموت، وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك



المتصرف حقيقة، فاذا لم يتصور بقي حقاً على حاله لا حقيقية، والرضاء ببطلان ذلك الحق لا يكون رضاء ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته، بخلاف ما اذا اجاز من تعلق الشرط بمصلحتهم التصرف المقيد بشرط الثلث بعد موت المتصرف حيث لا يكون لهم ان يرجعوا عن تلك الاجازة؛ لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم⁽⁶²⁾.

ومما استدل به اهل هذا الاتجاه، المعقول: ووجه الدليل الاول، ان اجازة من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم حال حياة المتصرف لا تصادف محلها ولا وقتها، إذ ليس له حق في مال المتصرف ما دام حياً، والتنازل عن الحق قبل وجوده باطل، فذلك لم تصادف اجازتهم محلها، وكذلك لم تصادف وقتها؛ إذ ليس للتصرف المقيد بشرط الثلث - بالوصية او ما جرى مجراها- اثر حال حياة المتصرف، فقد يرجع المتصرف عن تصرفه قبل وفاته، أو يهلك المتصرف به، أو يتوفى المتصرف له قبل وفاة المتصرف، فكانت الاجازة في هذه الحالة قبل الأوان⁽⁶³⁾.

ووجه الدليل الثاني، ان الاجازة ليست في الواقع إلا تنازلاً عن الملك الذي يثبت لمن تعلق شرط الثلث بمصلحتهم بوفاة المتصرف، وليس لهذا الملك وجود حال حياته، فكان التنازل لذلك تنازلاً عن حق غير موجود⁽⁶⁴⁾. ووجه الدليل الثالث، انهم اسقطوا حقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم، كالمراة إذا اسقطت صداقها قبل النكاح، أو اسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع، كما انها حاله لا يصح فيها ردهم للتصرف - الوصية - فلم يصح فيها اجازتهم⁽⁶⁵⁾.

إلا ان مناقشة ما ساقه لنا اهل هذا الاتجاه من ادلة تبدو متاحة: فيناقش الدليل الاول، بالقول انه يقوم على عدم وجود حق لهم في مال المتصرف حال حياته، وهو منقوض بأن حقهم من الناحية الفعلية يتعلق بمال المتصرف إذا مرض مرض الموت - مثلاً- منذ ان ابتداء ذلك المرض، وبناءً عليه يجب ان يعتد بالإجازة إذا ما صدرت حال المرض، إذا لا تعدو الاجازة ان تكون في (هذه الحال) اسقاطاً لحقهم القائم المتعلق بمال المتصرف، وهو لا يقبل الاسقاط، وبذلك يزول المانع من نفاذ التصرف المقيد بشرط الثلث. وإذا قيل: ان تعلق حقهم بمال المتصرف في هذه الحال غير متحقق لعدم الجزم بأن المرض مرض موت، إذا لا يعرف إلا بوفاته فعلاً. كان الجواب: ان المتصرف اذا توفي في هذا المرض تبين ان الاجازة قد صدر بالوقت المناسب، وهو وقت تعلق الحق فوجب ان تبين بالموت صحتها⁽⁶⁶⁾.

ويناقش الدليل الثاني، بالقول ان الاجازة حال حياة المتصرف ليست تنازلاً عن ملك ثابت، وانما تعد تنازلاً عن حق المعارضة من نفاذ التصرف المقيد بشرط الثلث، وهذا الحق ثابت لمن تعلق الشرط بمصلحتهم؛ بسبب تعلق حقهم بمال المتصرف، ولو كانت تنازلاً عن ملك ثابت لهم، فلا تصح - ايضاً- بعد وفاة المتصرف، إذ أن التنازل عن الملك عند بعض اهل هذا الاتجاه - الحنفية - غير صحيح⁽⁶⁷⁾.

ويناقش الدليل الثالث، بالقول ان من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم وان لم يكونوا مالكين لشيء من مال المتصرف مادام حياً، ولكن لا اشكال في ان في حقهم نوع من الاستحقاق في ذلك حال حياته، وذلك نستكشفه من ملاحظة موقف الشارع بالنسبة للثلث والثلثين، حيث دلت النصوص على انه ليس للمتصرف التصرف في ماله بعد الوفاة إلا في حدود الثلث، فهل هذا إلا لثبوت حق فعلي لهم في مال المتصرف، وعليه يكون معنى اجازتهم اسقاطاً لهذا النوع من الحق بالنسبة لما



تعلق به التصرف، ولا اشكال في انه شيء قابل للوقوع في حال حياة المتصرف، واذا لم يكن هذا الاعتبار لإجازة ما زاد على الثلث فهل هناك اعتبار اخر؟

المطلب الثاني

اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث قبل موت المتصرف او بعده

ذهب اتجاه آخر من الفقه الاسلامي، الى اعتبار الاجازة لما على زاد على الثلث فيما لو صدرت ممن تعلق شرط الثلث بمصلحتهم (الورثة) حال حياة المتصرف، وتكون ملزمة لهم، بحيث لا يجوز الرجوع عنها بعد موت المتصرف. ويقررون في كتبهم المعتمدة، ان الشارع قيد بعض التصرفات بشرط الثلث، ضماناً لحق من تعلق الشرط بمصلحتهم، فأثبت الشارع لهم بهذا حق المعارضة بما زاد على الثلث، فصح ان يتنازلوا عما زاد على الثلث، وكأن تنازلهم عنه هو كتنازل الدائن عن دينه قبل حلول أجل وفائه، وسيان ان يكون تنازلهم حال حياة المتصرف، أو بعد وفاته ما دام ان هذا التنازل لم يكن إلا بعد ثبوت الحق، والى هذا يرى أهل هذا الاتجاه، ان الاجازة ضرب من الالتزام قد صدر من أهله فوجب اعتباره، سواء صدر حال الحياة، أم بعد الوفاة⁽⁶⁸⁾، وذلك لقوله تعالى (... وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا)⁽⁶⁹⁾.

فجاء في جواهر الكلام للأمامية: (فإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة اجماعاً بقسميه ونصوصاً، وهل تصح قبل الوفاة فيها قولان اشهرهما انها تلزم الوارث بل هو المشهور بل عن الشيخ الاجماع عليه...)⁽⁷⁰⁾، وينقل السرخسي صاحب المبسوط: (قال ابن ابي ليلى تصح اجازته في حياته، وليس له ان يرجع بعد وفاته لأنه سقط حقه بالاجازة)⁽⁷¹⁾.

وجاء في الشرح الكبير للرددير المالكي: ((ولزم اجازة الوارث بمرض للموصي لم يصح بعده...)⁽⁷²⁾، وبمقتضى هذا القول ان كان التصرف في حال المرض بأكثر من الثلث واجاز من تعلق الشرط بمصلحتهم ذلك، فان هذه الاجازة في حياة المتصرف معتبرة وليس لهم الرجوع عنها بعد موته، بشرط ان لا يكون للمجيز عذر في الاجازة، كخوفه من ان يقطع المتصرف انفاقه عليه، اذا خافه، وهكذا، اذ لو كان له عذر من هذا القبيل فان الاجازة لا تلزمه، وله الرجوع عنها، والسبب في لزوم الاجازة في هذه الحالة، ان المتصرف في حال المرض لم يكن تام التصرف في ملكه، ولذلك لا تنفذ تصرفاته في كل ماله، بل في الثلث لبدء حق من تعلق الشرط بمصلحتهم، فاذا اجازوا فقد اسقطوا حقهم فيما يتعلق ملكهم به⁽⁷³⁾، ويستدل هؤلاء على اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث قبل موت المتصرف او بعده، بأدلة منها نصية ومنها عقلية: أما القسم الاول فيختص به الامامية، إذ يروي صاحب التهذيب، وصاحب من لا يحضره الفقيه، الاخبار الواردة الناصة على اعتبار الاجازة قبل موت المتصرف، منها: ما رواه محمد بن علي بن الحسين، عن حماد بن عيسى، عن حريز، عن محمد بن مسلم عن الامام جعفر الصادق (ع) في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم ان يردوا ما أقرؤا به؟ فقال: ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم اذا أقرؤا بها في حياتها⁽⁷⁴⁾.

ومنها - ايضاً - ما رواه صاحب الوسائل عن احمد بن الحسن، عن ابيه، عن جعفر بن محمد بن يحيى، عن علي ابن الحسن بن رباط، عن منصور بن حازم قال: سألت أبا عبد الله الصادق (ع) عن رجل أوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له، قال جائز، قال ابن رباط: وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته واقروا به⁽⁷⁵⁾.



وأما القسم الثاني منها : فمن وجهين، الأول : ان الرد حق لمن تعلق شرط الثلث بمصلحتهم، فاذا رضوا بالتصرف سقط حقهم، كما لو رضي المشتري بالعيب، والثاني: ان المال المتصرف به لا يخرج عن ملك المتصرف وعنهم؛ لأنهم ان اجازوا كان المال له، وان مات كان لهم، فان كان للمتصرف فقد تصرف به، وان كان لهم فقد اجازوا⁽⁷⁶⁾.

فالحاصل: ان الاختلاف في آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، يكون أساسه الاختلاف في تحديد وقت تعلق حق من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم بمال المتصرف، فمن قال : انه موجود مطلقا اعتد بإجازتهم في حياة المتصرف، ومن قال : ان هذا الحق انما ينشأ بعد وفاته، ذهب الى ان اسقاطه في حياته فيكون لغواً لان فاقده الشيء لا يعطيه.

ويمكن القول ان الرأي الذاهب الى اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث عند موت المتصرف لا قبله، وان من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم لا يملكون الاجازة في حياته حيث ان التصرف – بالوصية او ما جرى مجراها- تملك مضاف الى ما بعد الموت وانهم لا يملكون الا بعد الموت، وهو الرأي المنسوب الى الجمهور كما تقدم، ففي تحليل هذا الرأي ومناقشته تفضي الى القول ان فيه تأملاً، بل ويمكن رده، حيث ان فيه خطأً بين تملك المتصرف له (الموصى له)، وملك من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم (الورثة)، فالوصية وما جرى مجراها، هي تملك مضاف الى ما بعد الموت، وهذا التملك متعلق بالمتصرف والمتصرف له وليس بهم، اذ ان المتصرف له يملك المتصرف به، بوفاة المتصرف ما لم يحصل رد من قبله، وتنتقل الملكية الى المتصرف له استنادا الى التصرف وليس استنادا الى الاجازة. وبناءً على ذلك، نجح الى ترجيح ما قال به أهل الاتجاه الثاني، إذ لا تعارض بين القول بان لمن تعلق شرط الثلث بمصلحتهم (الورثة) الحق في ابداء الاجازة في حياة المتصرف، وملك المتصرف له، اذ ان الاجازة حق لهم، وسيان ان تكون اجازتهم حال حياة المتصرف، أو بعد وفاته ما دام ان هذا التنازل لم يكن إلا بعد ثبوت الحق لهم. ورغم ما تقدم إلا اننا نجد معظم التشريعات الوضعية جنحت لرأي الجمهور في آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، إذ توجه المشرع المصري ويسايره القضاء في ذلك، الى اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث عند موت المتصرف، في نص المادة (37) من قانون الوصية المصري رقم (71 لسنة 1946) على انه ((... وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة، إلا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي...)) وهو بالفعل ما توجهت اليه محكمة النقض المصرية في قرارها المرقم (0974 بتاريخ 05-01-1984) بأنه ((يدل نص المادة 37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 - بإصدار قانون الوصية - على أن الوصية تنفذ قانوناً بغير توقف على إجازة الورثة ليس في حدود ثلث المال الموصى به وحده بل تنفذ بالنسبة لهذا المال في حدود ثلث قيمة التركة كلها، ولا تعتبر الاجازة فيما زاد على ثلث قيمة التركة، إلا بعد موت الموصي))⁽⁷⁷⁾. ويمائل نص المادة (2/228) من قانون الاحوال الشخصية السوري رقم (59 لسنة 1953) ما تقدم، إذ نصت على انه ((.. ولا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي ...)) وهو ذات نص المادة (247) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (51 لسنة 1984)⁽⁷⁸⁾، وهو ذات توجه المشرع الاردني في قانون الاحوال الشخصية الاردني لسنة (2019)⁽⁷⁹⁾، ويقرر المشرع القطري في نص المادة (209) من قانون



الاسرة القطري رقم (22 لسنة 2006) بأنه ((يشترط لصحة اجازة الورثة ما يلي : 1. ان تكون الاجازة بعده وفاة الموصي ...). ولم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الاحوال الشخصية قانون الاحوال الشخصية الجزائري رقم (11/84 المعدل سنة 2005) الى آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث بالتصرف لغير الوارث، إلا انه يمكن ان المشرع الجزائري قرر المبدأ العام في اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث عند موت المتصرف، إذ نصت المادة (189) منه، على انه (لا وصية لو ارث إلا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي)، أما المشرع الاماراتي، فلم ينص صراحة على آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، سواء أكان التصرف لمن تعلق الشرط بمصلحتهم أو للغير، إلا انه احال الى الفقه الاسلامي فيما لم يرد بشأنه نص، بحسب نص المادة الثانية من قانون الاحوال الشخصية رقم (28 لسنة 2005) ، وهو احد قولي المالكية، على تفريد الاجازة بصورها وقت الصحة أو وقت المرض .

أما المشرع العراقي عندنا، فإنه سكت عن تنظيم هذه الجزئية رغم اهميتها، سواء أكان ذلك في القانون المدني، أم في قانون الاحوال الشخصية، فلم يحدد آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، ويفترض انه بذلك احال الى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص قانون الاحوال الشخصية، وحسب ما تقرره المادة الاولى منه، أو يفترض انه قصد من الاطلاق الوارد في المادة (70) من قانون الاحوال الشخصية العراقي، يمكن ان يُفسر بأنه يسع الاجازة قبل الموت. ولطرح كل الافتراضين جانباً، وندعو المشرع العراقي ان يتدارك ذلك بنص صريح يحدد فيه آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، لتلافي الاشكالات العملية التي تصاحب نظر الخصومة في هذه الجزئية الدقيقة، ونقترح هنا تعديل نص المادة (70) من قانون الاحوال الشخصية، ليحل محلها النص الاتي : (ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة سواء أكانت الاجازة بعد موت الموصي أو في حال حياته، وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له)

الخاتمة:

وبعد استعراض مباحث ومطالب البحث في موضوع (آليات احتساب شرط الثلث في التصرفات المقيدة به)، فان مما لا شك فيه ان هنالك استنتاجات قد تحصلت لنا من خلال هذا البحث من جهة، ومن جهة اخرى فان هنالك بعض المقترحات التي سنقدمها، وان هذه الاستنتاجات وتلك المقترحات قد تم ذكر معظمها في ثنايا البحث، اما هنا فأنا نحاول ان ندون اهمها واكثرها فائدة، اما الملاحظات والاستنتاجات الاخرى فأنا نحيل الرجوع اليها حسبما وردت في هذا البحث، وبناءً على ذلك فإن هذه الخاتمة سنقسمها على قسمين، نخصص القسم الأول لتدوين الاستنتاجات ، ونكرس القسم الثاني لتدوين أهم المقترحات :

أولاً : الاستنتاجات .

1. ان من بين أهم القيود الشرعية الواردة على التصرفات الارادية، هو القيد الذي يستبطنه شرط (الثلث) .
2. يتفق الفقه الاسلامي على القول بالاشتراط الشرعي المسمى (ثلث التصرف) وما يستبطنه من قيد رغم اختلافهم في آليات احتسابه.
3. بمراجعات آراء الفقهاء واختياراتهم نجد الخلاف قد دبّ بينهم، حول المراد بالثلث الذي ينفذ فيه التصرف بالأعيان ، ومدار الخلاف على ثلث المال يوم التصرف، أو يوم موت المتصرف،



أو يوم تنفيذ التصرف، إذ ذهب جانب من الفقهاء الى ان المعتبر ما يملكه المتصرف يوم انشاء التصرف، في حين ذهب الاتجاه الاخر الى ان المعتبر في احتساب قيمة محل التصرف بالأعيان ونفاذه يكون بوقت ترتيب اثاره عليه، ومن ذلك ثبوت الملك للمتصرف له، ونتيجة لذلك ان التصرف إذا وسع ثلث المال بعد الديون تملكه المتصرف له حين وفاة المتصرف، ولا يختلف الاتجاه الثالث عن الثاني في ان وقت ثبوت الملك للمتصرف له هو وقت الموت، إلا انهم يصرحون بأنه لا يكون للمتصرف له من غير اجازة إلا ما يحمل ثلث مال المتصرف عند قسمته، أي عند قبض كل من تعلق الشرط بمصلحتهم والمتصرف له حقوقهم، والذي يُجنح الى ترجيحه هو الاتجاه الثالث، وهو الرأي القائل بان الاعتبار في احتساب قيمة محل التصرف، انما هو بوقت تنفيذ التصرف؛ وذلك ان وقت استقرار تملك المتصرف له للمال، انما يكون في هذا الوقت وليس قبل ذلك.

4. ان اساس الخلاف في المسألة وثمرته: هو الاختلاف في وقت نشوء السبب، فمن قال انه ينشأ بصور التصرف عن المتصرف، اعتد بهذا الوقت، ومن قال انه يتحقق وقت وفاة المتصرف، اعتبره قيمة المال في هذا الوقت، ومقتضى ذلك ان حكم النماء وزوائد محل التصرف عند احتساب قيمته، تكون على القول الأول بعد القبول للمتصرف له وان زادت على الثلث؛ لأنها نتاج ماله الذي استحقه عن المتصرف، وعلى القول الثاني، تدخل هذه الزوائد والثمرات في احتساب الثلث، وان مجموعها مع محل المتصرف به يجب ان لا تزيد على الثلث – إلا بإجازة من تعلق الشرط بمصلحتهم- لان هذه الزيادة تعد في حكم المتصرف به مع الاصل، فيدخل الجميع في شرط الثلث.

5. لم تتعرض التشريعات الوضعية (محل المقارنة) صراحةً لبيان الاعتبار الذي يحتسب به محل التصرف المقيد بشرط الثلث، ولكن الاظهر في التشريع المصري والسوري والعراقي انه يعتبر وقت موت المتصرف .

6. لا خلاف بين الفقهاء الذين يرون صحة التصرف المقيد بالمنفعة من الفقهاء في وجوب كونها – كما في الاعيان – في حدود الثلث، بيد ان الخلاف قد وقع بينهم في كيفية احتساب التصرف بالمنفعة من الثلث، وفرق بعض الفقهاء بين التصرف المقيد بالمنفعة إذا كان مؤقتاً، وبين ما كان مؤبداً، ولم تلتزم التشريعات الوضعية بشيء من تلك الآراء على وضعها.

7. وقع الخلاف بين فقهاء الاسلام حول لزوم الاجازة وصحتها، فيما لو وقعت ممن تعلق الشرط بمصلحتهم حال حياة المتصرف، بحيث لا يجوز الرجوع عنها، وذلك بعد اتفاهم جميعاً على انها تكون صحيحة وملزمة فيما اذا وقعت بعد وفاة المتصرف، و أساس ذلك الاختلاف في تحديد وقت تعلق حق من تعلق شرط الثلث بمصلحتهم بمال المتصرف ، فمن قال : انه موجود مطلقاً اعتد بإجازتهم في حياة المتصرف ، ومن قال : ان هذا الحق انما ينشأ بعد وفاته ، ذهب الى ان اسقاطه في حياته فيكون لغواً لان فاقد الشيء لا يعطيه.

8. نجد معظم التشريعات الوضعية جنحت لرأي الاتجاه الاول في آليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، إذ توجه المشرع المصري والسوري والكويتي ويسايرهم القضاء في ذلك، الى اعتبار الاجازة فيما زاد على الثلث عند موت المتصرف.

ثانياً: المقترحات .

1. ازاء عدم تحديد المشرع العراقي – صراحةً- الوقت الذي يعتد فيه لاحتساب قيمة محل التصرف المقيد بشرط الثلث، ندعوه الى تعديل نص المادة (69) من قانون الاحوال الشخصية العراقي، وان يراعي في احتساب قيمة محل التصرف المقيد بشرط الثلث (يوم تنفيذ التصرف) فلو كان مال المتصرف كثيراً يوم الموت، بحيث يحمل ثلثه القدر المتصرف به، وطراً عليه بعد الموت وقبل التنفيذ نقص بنحو جائحة حتى قل، فلا يلزم إلا ثلث الباقي، وفي سبيل ذلك ندعو لتعديل نص المادة سالفة الذكر بإضافة فقرة ثانية لنص المادة لتكون على النحو الاتي : (2. على المحكمة ان تستوضح من المدعين في الجلسة الاولى ، فأن طلبا الحكم لهما بوصية تمليكيه كلفتها بذكر ما أوصى به وبأثباته، ولها الاستعانة بالخبراء لتثمين مجموع التركة عند يوم تنفيذ التصرف).

2. وازاء عدم تعرض المشرع العراقي – ايضاً- لاحتساب قيمة محل التصرف المقيد إذا ما انصب على المنافع، فندعوه الى إدراج نص لمعالجة هذه المسألة، على ان يراعى فيه الاستعانة بالخبراء، وحسب سنة التقدير التي تحددها المحكمة المختصة، ونقترح هنا اضافة مادة جديد، على النحو الاتي (المادة 70 (مكررة) يحتسب خروج الوصية بالمنافع والحقوق من ثلث التركة كما يلي: 1. اذا كانت الوصية بكل منافع العين او بعضها وكانت مؤبدة او مطلقة لمدة حياة الموصى له او لمدة تزيد على عشر سنين قدرت بقيمة العين الموصى بها بكل منافعها او بعضها. 2. فاذا كانت الوصية لمدة لا تزيد على عشر سنوات قدرت بقيمة المنفعة في هذه المدة. 3. للمحكمة الاستعانة بالخبراء لتثمين مقدار المنفعة حسب سنة التقدير التي تحددها) .

3. ندعو المشرع العراقي ان يتدارك اغفاله لآليات احتساب الاجازة لما زاد عن الثلث، بنص صريح يحدد فيه هذه الآليات ، لتلافي الاشكالات العملية التي تصاحب نظر الخصومة في هذه الجزئية الدقيقة، ونقترح هنا تعديل نص المادة (70) من قانون الاحوال الشخصية، ليحل محلها النص الاتي : (ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة سواء أكانت الاجازة بعد موت الموصي أو في حال حياته، وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له).

هوامش البحث :

(1) الارش : هو التعويض بمقدار من المال محدد من قبل الشارع أو متروك لحكومة عدل، الثابت على شخص لشخص آخر بسبب جنائية الموجبة لتعطيل بعض اعضائه أو اتلافها. للمزيد يراجع : محمد جعفر شمس الدين، الوصية واحكامها (في الفقه الاسلامي – دراسة فقهية على المذاهب السبعة) ، دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الثانية، بيروت، 1985، ص 251.

(2) أبو محمد علي بن أحمد ابن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الفكر العربي، بيروت، 1421هـ ، الجزء الثامن، ص 362 .

(3) شمس الدين الرملي الأنصاري ، المعروف بالشافعي الصغير ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، دار الفكر العربي، بيروت، 1419هـ ، الجزء السادس، ص 54.

(4) يراجع : علي الخفيف ، أحكام الوصية، معهد الدراسات العربية العالية ، 1962 ، ص 368. د. محمد كمال الدين، الوصية والوقف في الاسلام (مقاصد وقواعد)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص 221.

(5) أحمد بن يحيى المرتضى ، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 1985، الجزء الخامس، ص 309.

- (⁶) محمد كاظم اليزدي، العروة الوثقى، مطبعة العرفان، بيروت، 1378 هـ، الجزء الثاني، ص 410.
- (⁷) يراجع : شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 54. محمد جعفر شمس الدين ، المصدر السابق، ص 250.
- (⁸) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982 ، الجزء السابع، ص 333.
- (⁹) أبو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي، دمشق، 1991، الجزء السابع، ص 315.
- (¹⁰) ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامه المقدسي ، المغني ، الطبعة الاولى، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1969، الجزء السادس، ص 195 و 214.
- (¹¹) أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخار ...، المصدر السابق، الجزء الخامس، ص 309.
- (¹²) يراجع : محمد بن محمد تقي بحر العلوم، بلغة الفقيه، المصدر السابق، طبعة حجرية غير مرقمة. زين الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 95 . عبد الحسين الكركي (المحقق الثاني) ، المصدر السابق، الجزء العاشر، ص 102.
- (¹³) أبو عبد الله محمد بن محمد المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات ، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416 هـ ، الجزء السادس، ص 368.
- (¹⁴) أبو عبد الله محمد الخرشني ، شرح الخرشني ، الطبعة الاولى، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الاولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406 هـ ، الجزء السادس، ص 231.
- (¹⁵) يراجع بهذا الصدد: علي الخفيف، المصدر السابق، ص 280. د. محمد كامل مرسي، المصدر السابق، ص 221. ويخالف ذلك : د.وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص 91.
- (¹⁶) نصت المادة (25) منه على ان ((اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت مالم يفيد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ...)) وذهب القضاء المصري في قرراً له انه ((... و إن كان قانون الوصية رقم 71 لسنة 1946 الذي حكم واقعة الدعوى ينص على أن الوصية لا تنفذ من غير إجازة في حدود الورثة في حدود ثلث تركة الموصى بعد سداد جميع ديونه ، إلا أن هذا القانون لم يتعرض صراحة للوقت الذي تقوم فيه التركة ، و يتحدد ثلثها ، و قد ورد في المذكرة الإيضاحية له بأنه في الأحوال التي لا يوجد لها حكم فيه تطبق المحاكم القول الأرجح من مذهب أبي حنيفة طبقاً للمادة 280 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية)) القرار المرقم (0407) بتاريخ 1971-04-27 منشور في المختار من القضاء ، لسنة 36 ، ص 574.
- (¹⁷) نصت المادة (230) منه على ان ((اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت مالم يفد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ... تكون زوائد الموصى به من حين الموت للموصى له ولا تعتبر وصية وعلى الموصى له نفقة الموصى به منذ استحقاقه له))
- (¹⁸) نصت المادة (235) منه على ان ((اذا كان الموصى له موجودا عند موت الموصي استحق الموصى به من حين الموت مالم يفيد نص الوصية ثبوت الاستحقاق في وقت معين بعد الموت ... تكون زوائد الموصى به من حين الاستحقاق الى القبول إذا كان القبول متأخرا عن بدء الاستحقاق، ولا يعتبر وصية، وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة)) ونصت المادة (293) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي الجعفري رقم (124 لسنة 2019) على هذه الالية صراحة، إذ انه ((يحسب من ثلث التركة ما يملكه الميت بعد الموت فيخرج منها الثلث إذا كان قد اوصى به)).
- (¹⁹) نصت المادة (265) منه على ان ((إذا افاد نص الوصية وقت الاستحقاق بدأت منه، والا بدأت من حين موت الموصي ... تكون زوائد الموصى به حين وفاة الموصي الى القبول للموصى له ولا تعتبر وصية وعلى الموصى له نفقة الموصى به في تلك المدة))
- (²⁰) نصت المادة (221) منه على ان ((يملك الموصى له الموصى به بعد وفاة الموصي))



- (21) أما مشروع قانون الاحوال الشخصية الجعفري العراقي فقد نص على ذلك صراحةً، وقضت المادة (24) منه، على ان ((تقدير كون العين الموصى بها في حدود الثلث ام تجاوزته، يكون حال موت الموصي))
- (22) قرار محكمة التمييز الاتحادية، المرقم (961/141 بتأريخ 1961/4/10) اشار اليه في : باقر خليل، تطبيقات قانون الاحوال الشخصية المعدل، مطبعة الرشاد، بغداد، 1966، ص 335.
- (23) يراجع بهذا الرأي : . د. احمد علي الخطيب، الوقف والوصايا (ضربان من صدقة التطوع في الشريعة الإسلامية)، الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، بغداد، 1968، ص 288.
- (24) ذهب أكثر الفقهاء – عدا الظاهرية- وعبد الرحمن بن ابي ليلى، الى صحة الوصية بالمنافع، يراجع بهذا الصدد : منصور بن يونس البهواتي، كشاف القناع، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 463. ابراهيم بن علي الشيرازي، المهذب، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 708. زين الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 95. عبد الحسين الكركي (المحقق الثاني) ، جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة اهل البيت لإحياء التراث، بيروت، 2008، الجزء العاشر، ص 102. محمد بن احمد الخطيب الشربيني، معني المحتاج، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 41. الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، الجزء الثامن، ص 471. شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 495. ابن حزم الظاهري، المحلى بالأثر، المصدر السابق، الجزء الثامن، ص 322. علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء العاشر، ص 487.
- (25) يراجع : علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 353. الكمال ابن الهمام، شرح فتح القدير، المصدر السابق، الجزء التاسع ، ص 410
- (26) يراجع : علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني) ، المصدر السابق، الجزء العاشر، ص 56 وما بعدها. شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 445 .
- (27) شمس الدين محمد بن ابي العباس الرملي، نهاية المحتاج ...، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 67.
- (28) يراجع : ابو محمد عبد الله بن احمد المقدسي (ابن قدامه)، المغني، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 128. علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المصدر السابق، الجزء الثامن، ص 267.
- (29) يراجع : محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، المصدر السابق، ص 159. علي الخفيف، المصدر السابق، 466. د. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا المواريث (في التشريع العراقي والفقاه الاسلامي)، دار الوارث، كربلاء المقدسة، 2022، ص 82.
- (30) علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع ...، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 353.
- (31) أحمد بن محمد العدوي الدرديري، الشرح الكبير ...، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 446.
- (32) يراجع بهذا الصدد :علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 353. أبو العباس أحمد إدريس القرافي، أنوار البروق في أنوار الفروق، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 87. مصطفى بن سعد الرحيباني، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، المكتب الاسلامي، دمشق، بدون سنة طبع، الجزء السادس، ص 265.
- (33) شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 89.
- (34) عبد الله بن محمد ابن قدامه ، المغني ، المصدر السابق، الجزء السادس ، ص 128 .
- (35) أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسين الحلبي، الوصايا، طبعة غير مرقمة منشورة على الموقع الالكتروني (<http://shiaonlinelibrary.com>) .
- (36) أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخار ...، المصدر السابق، الجزء الخامس، ص 318.
- (37) يراجع : محمد جعفر شمس الدين، المصدر السابق، ص 278. د. حيدر حسين الشمري، المصدر السابق، ص 85.

- (38) تفرد الشيخ الطوسي من الامامية برأي اخر، يقضي ان الذي يقوم لاحتساب الثلث هو المنفعة وتسقط الرقبة عند احتسابها من التركة كلها. يراجع: ابو منصور الحسن بن المطهر (العلامة الحلي)، تذكرة الفقهاء، الوصايا... المصدر السابق، طبعة حجرية غير مرقمة.
- (39) زين الدين بن علي بن احمد الشامي(الشهيد الثاني)، الوصايا، المصدر السابق، الطبعة الحجرية.
- (40) أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخار...، المصدر السابق، الجزء الخامس، ص 318.
- (41) جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، مطبعة احياء الكتب العربية، القاهرة، 1981، الجزء الثالث، ص 173.
- (42) عبد الله بن محمد ابن قدامه، المغني، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 128.
- (43) يراجع بهذا القول: ابو منصور الحسن المعروف ب (العلامة الحلي)، تذكرة الفقهاء، الوصايا... المصدر السابق، طبعة حجرية غير مرقمة.
- (44) يراجع بهذا القول: عبد الله بن محمد ابن قدامه، المغني، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 128.
- (45) يراجع بهذا القول: شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 89.
- (46) يراجع: ابو منصور الحسن المعروف ب (العلامة الحلي)، تذكرة الفقهاء، الوصايا... المصدر السابق، طبعة حجرية غير مرقمة.
- (47) عبد الله بن محمد ابن قدامه، المغني، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 128.
- (48) شمس الدين محمد الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 89.
- (49) يراجع: محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، المصدر السابق، 175. علي الخفيف، المصدر السابق، ص 466.
- (50) يراجع بهذا الصد: د. احمد علي الخطيب، المصدر السابق، ص 313. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، الطبعة الثانية، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2000، ص 238. د. حيدر حسين الشمري، المصدر السابق، ص 85.
- (51) علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 370.
- (52) شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 49.
- (53) عبد الله بن محمد ابن قدامه، المغني، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 132.
- (54) شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 436.
- (55) قد نقل عن المفيد وابن ادريس، من فقهاء الامامية منع اعتبار الاجازة حال حياة المتصرف – بالوصية او ما جرى مجراها. وقد جاء النقل هذا عن: محمد بحر العلوم، بلغة الفقيه، المصدر السابق، ص 385.
- (56) علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 370.
- (57) شمس الدين محمد بن عبد الله التمرتاش، تنوير الابصار وجامع البحار، دار المنهاج القويم، دمشق، 2021، ص 281.
- (58) شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 49.
- (59) زكريا بن محمد الانصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، الجزء الرابع، ص 314.
- (60) شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 436.
- (61) د. محمد كمال الدين، الوصية والوقف في الاسلام (مقاصد وقواعد)، المصدر السابق، ص 91.
- (62) د. مصطفى السباعي، ود. عبد الرحمن الصابوني، الاحوال الشخصية في الأهلية والتركات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999، ص 98.

(63) يراجع: شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 430. علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير (شرح مختصر المزملي)، المصدر السابق، الجزء العاشر، ص 20 وما بعدها. محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 47. محمد ابو زهرة، شرح قانون الوصية، المصدر السابق، ص 192.

(64) يراجع: شمس الدين محمد بن عبد الله التمرتاش، تنوير الابصار وجامع البحار، المصدر السابق، ص 281. علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 370. زكريا بن محمد الانصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 314.

(65) يراجع: شمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 51. شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 436. د. محمد كمال الدين، المصدر السابق، ص 91.

(66) قريب من هذا المعنى يراجع: علي الخفيف، احكام الوصية، المصدر السابق، ص 164.

(67) يراجع: محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق (عرض واستدلال)، مطبعة نكين، قم، 2004، الجزء الثالث، ص 213. محمد جعفر شمس الدين، المصدر السابق، ص 245.

(68) يراجع: محمد بن الحسن الطوسي، التهذيب، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 387. ابي جعفر محمد بن علي بن الحسين بن بابويه الصدوق، من لا يحضره الفقيه، الجزء الثاني، ص 427. محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 145، المحقق الحلبي، شرائع الإسلام، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 471. الشهيد الثاني، الروضة البهية، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 50، شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 437. علي الخفيف، احكام الوصية، المصدر السابق، ص 385. محمد جعفر شمس الدين، المصدر السابق، ص 244.

(69) الاسراء/ 34.

(70) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، المصدر السابق، الجزء السادس والعشرون، ص 85.

(71) علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 370.

(72) شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 437.

(73) يراجع: أبو عبد الله محمد الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء الثامن، ص 180. ابو محمد عبد الله بن احمد المقدسي (ابن قدامه)، المغني، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 429. علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 370. شمس الدين محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 428.

(74) يراجع: محمد بن الحسن الطوسي، التهذيب، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 387. ابي جعفر محمد بن الحسين الصدوق، من لا يحضره الفقيه، الجزء الثاني، ص 427.

(75) يراجع: محمد بن الحسن الطوسي، التهذيب، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 387. محمد بن الحسين الطوسي، الإستبصار، باب الوصية للوارث، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 126.

(76) يراجع: أبو منصور الحسن (العلامة الحلبي)، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 344. أبو عبد الله محمد الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، المصدر السابق، الجزء الثامن، ص 180.

علاء الدين ابو بكر الكاساني، بدائع الصانع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 370.

(77) منشور في المختار من القضاء، لسنة 49، ص 213.

(78) نصت المادة (247) من قانون الاحوال الشخصية الكويتي على (.. ولا تنفذ للوارث ولا بما زاد على الثلث الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي ...)

(⁷⁹) نصت المادة (274/ ب) من قانون الاحوال الشخصية الاردني على (.. أما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي...).

مصادر البحث (References):

1. ابو زكريا محيي الدين بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، الطبعة الثالثة، المكتب الاسلامي، دمشق، 1991.
2. ابو عبد الله محمد الخرشبي، شرح الخرشبي، الطبعة الاولى، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الاولى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1406هـ.
3. ابو عبد الله محمد بن محمد المغربي الحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق زكريا عميرات، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ.
4. ابو محمد عبد الله بن احمد بن محمد ابن قدامه المقدسي، المغني، الطبعة الاولى، مطابع سجل العرب، القاهرة، 1969.
5. ابو محمد علي بن أحمد ابن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى بالاثار، تحقيق أحمد محمد شاكر، دار الفكر العربي، بيروت، 1421هـ.
6. احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 1985.
7. احمد علي الخطيب، الوقف والوصايا (ضربان من صدقة التطوع في الشريعة الإسلامية)، الطبعة الاولى، مطبعة المعارف، بغداد، 1968.
8. باقر خليل، تطبيقات قانون الاحوال الشخصية المعدل، مطبعة الرشاد، بغداد، 1966.
9. جلال الدين المحلي، شرح المحلي على منهاج الطالبين، مطبعة احياء الكتب العربية، القاهرة، 1981.
10. حيدر حسين الشمري، المختصر في احكام الوصايا المواريث (في التشريع العراقي والفقہ الاسلامي)، دار الوارث، كربلاء المقدسة، 2022.
11. زكريا بن محمد الانصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.
12. زين الدين العاملي الشهيد الثاني، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، تحقيق وتعليق السيد محمد كلانتر، الطبعة الاولى، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، 1413هـ.
13. شمس الدين الرملي الأنصاري، المعروف بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار الفكر العربي، بيروت، 1419هـ.

14. شمس الدين محمد بن عبد الله التمرتاش، تنوير الابصار وجامع البحار، دار المنهاج القويم، دمشق، 2021.
15. شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1416هـ.
16. علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
17. علي الخفيف، أحكام الوصية، معهد الدراسات العربية العالية، 1962.
18. علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير (شرح مختصر المزنّي) الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983.
19. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، بيروت، 1988.
20. محمد جعفر شمس الدين، الوصية واحكامها (في الفقه الاسلامي - دراسة فقهية على المذاهب السبعة)، دار التعارف للمطبوعات، الطبعة الثانية، بيروت، 1985.
21. محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق (عرض واستدلال)، مطبعة نكّين، قم، 2004.
22. محمد كاظم اليزدي، العروة الوثقى، مطبعة العرفان، بيروت، 1378 هـ.
23. محمد كمال الدين، الوصية والوقف في الاسلام (مقاصد وقواعد)، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999.
24. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والاقواف (بين الفقه والقانون)، مطبعة دار التأليف، القاهرة، 1962.
25. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال، الطبعة الثانية، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2000.
26. مصطفى السباعي، وعبد الرحمن الصابوني، الاحوال الشخصية في الأهلية والتركات، دار الكتب العلمية، بيروت، 1999.
27. مصطفى بن سعد الرحبياني، مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى، المكتب الاسلامي، دمشق، بدون سنة طبع.
28. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ.
29. يحيى بن هبيرة الذهلي الشيباني، الافصاح عن معاني الصحاح، دار الوطن، بدون مكان طبع، 1417هـ.

**Mechanisms for calculating the One- third condition in transactions restricted by it
(A comparative legal study with Islamic jurisprudence)**

Hussein Najaf Bakhor

University of Thi-Qar

Lawp1e389@utq.edu.iq

Assistant Professor Dr. Husam AbdulWahid Kadim

University of Thi-Qar

Lawp1e26@utq.edu.iq

Abstract

Here we want to stand on the mechanisms for calculating the third condition in restricted transactions, which are transactions in which he sees succession in the money after death, as the wise legislator (and after that the positive legislator) may impose restrictions on some of a person's transactions in his property, especially if that transaction is of a special nature, either to arrange its effects after death, or because those effects affect others, or because the transaction has in turn been mentioned as an exception to a general principle, and among those restrictions that it was noted that the legislator imposes on some transactions, is the restriction represented by the third condition, and the purpose of knowing the mechanisms for calculating the third condition is to clarify whether the transaction is within the limits of what the legislator has permitted, or whether it exceeds it, if the transaction differs, and the mechanisms for calculating it differ with it, it may be a common share in the estate, or a specific share in it, and the restricted transaction may be focused on the benefit.

Keywords: Calculation, condition, One-third, restricted, assets, benefits