Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences Volume (8), Issue (3) September(2025)

ISSN: 2957-3874 (Print)
Journal of Al-Farabi for Humanity Sciences (JFHS)
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/95
مجلة الفارابي للعلوم الإنسانية تصدرها جامعة الفارابي

احكام الميراث بين الشريعة والقانون العراقي(الوصية الواجبة انموذجاً)

أ.د.قتيبة كريم سلمان

أ.د.ايناس عبد الرزاق علي

الجامعة العراقية / كلية التربية للبنات / قسم الشريعة

Inheritance Provisions between Islamic Sharia and Iraqi Law (The Compulsory Will as a Model)

Prof. Dr. Qutaiba Kareem Salman
qutaiba.salman@aliraqia.edu.iq
Prof. Dr. Enas Abdul-Razzaq Ali
enas.ali@aliraqia.edu.iq
Al-Iraqia University
College of Education for Women
Department of Sharia

المقدمة

ان من الامور المتعلقة باحكام الاسرة ،والتي ينبغي معرفتها موضوع الوصية،وقد عرفها العرب قبل الاسلام ،فكانوا يوصون ببعض اموالهم او كلها للابعدين ابتغاء للفخر وشيوعا للذكر،لا للصلة والبر واسداء الخير للناس،وبذلك يتركون اقرباءهم في امس الحاجة الى المال فيعيشون في مسبغة شديدة وفقر مدقع يتكففون الناس،فلما اشرق نور الاسلام، وجه بتعاليمه السامية انظارهم الى قرابتهم ،واوجب على المسلم ان يضع الفائض من ماله في الاقربين الذين هم اولى بالمعروف، واحق بالرعاية من غيرهم، بمقتضى تعاليم الاسلام التي توجب على المسلم ان يبدء ببر نفسه اولاً، ثم بمن يعول، ثم بالأقرب فالأقرب.ومما لاشك فيه ان اولى الناس بما يتركه المرء من خير ابواه اللذان هما سبب وجوده في الحياة،واكثرهم عوناً له،واحساناً اليه فالحكمة من تشريع الوصية في الاسلام هي صلة الرحم،وتقوية اواصر القرابة،لذلك كان اول صلاح قام به الاسلام في مجال الاسرة هو تحديد حرية المسلم في تشريع الوصية،حيث اوجبها عليه للوالدين والاقربين قال تعالى:"وَمَا تَشَاؤُونَ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ" ففي هذه الآية حدد الشارع الحكيم حق توزيع تركته في الوالدين والاقربين على وجه الوجوب، ولكن من غير تعيين لمراتب الاستحقاق ولا تحديد لمقدار الانصباء، شريطة ان تكون هذه الوصية بالمعروف دون الحاق ظلم باحد.ولما كانت سياسة الاسلام في تشريع الاحكام مبنية على التدرج شرع سبحانه وتعالى عقب الوصية نظام الميراث فبين فيه انصبة الاقارب والوارثين، فأصبحت الوصية لهم جائزة بعد ان كانت واجبة.كما ان جانبا من الفقه الاسلامي ذهبوا الى ان الوصية قد تصبح واجبة في بعض الحالات، كما في حالة حرمان بعض الفئات المعينة من تركته لعدم توفر شروط استحقاقهم لميراثه، بحيث يتم التعامل فيها وكانه اوصى بجزء من امواله وذلك بهدف عدم حرمان تلك الفئات من ميراثه بشكل كامل، هذا الامر الذي اطلق عليه في الفقه الاسلامي والقوانين تسمية الوصية الواجبة.وتتمثل اهمية موضوع البحث اهمية الوصية ذاتها في حياة الاشخاص، ولما للوصية الواجبة من اهمية كبيرة في تحقيق العدالة الاجتماعية، لذلك تم تنظيم الوصية الواجبة في قانون الاحوال الشخصية العراقي. ولقد صدر القانون النافذ للأحوال الشخصية في العراق في عام ١٩٥٩ وهو يحمل الرقم (١٨٨) وجرت عليه العديد من التعديلات(حوالي ٢٠ تعديل) منذ عام ١٩٦٣حتى الان .ويعالج القانون قضية الميراث بست مواد فقط فيما يعالج موضوع (الوصية) في (١٠) مواد اخرى.وقد قمت بتقسيم البحث الى مبحثين وعدة مطالب وهي كالاتي:المبحث الاول: مفهوم علم الميراث وفيه

مطلبان:المطلب الاول: تعريف الميراث لغة واصـطلاحا، وفي قانون الاحوال الشـخصـية المطلب الثاني: الميراث في القانون العراقي المبحث الثاني: الوصـية الواجبة وفيه مطلبان:المطلب الاول: التعريف بالوصـية الواجبة وحكمها المطلب الثاني: موقف المشـرع العراقي من الوصـية الواجبة تم ذكرت في الخاتمة اهم النتائج التي توصلت اليها ،ثم تبعتها باهم المصادر وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين

المبحث الاول: مفهوم علم الميراث وفيه مطلبان:

المطلب الاول: تعريف الميراث لغةً واصطلاحاً، وفي قانون الاحوال الشخصية

الميراث في اللغة:الميراث والارث بمعنى واحد والجمع مواريث، واصـــل الهمزة فيه واو لأنه من ورث[١] وورث فلانا المال منه ويرثه عنه وراثة وصار اليه بعد موته، والميراث:ماورث،والارث يعني انتقال مال الميت الى الحي، ويسمى المال ارثاً[٢]،والارث بقية الشيء او البقاء[٣]

الميراث في الاصطلاح: عرفه الفقهاء بعدة تعريفات:

١-عرفه الحنفية((هو انتقال مال الغير الى الغير على سبيل الخلافة، فكأن الوارث لبقائه انتقل اليه بقية مال الميت)) [٤]

٢-وعرفه المالكية((هو حق قابل للتجزؤ ثبت لمسـتحقه بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما ،او مافي معناهما)) [٥]ووافقهم بعض الشـافعية حيث قالوا((استحقاق الحي مال الميت بصفة مخصوصة مشتركة بينهما)) [٦]

٣-وعرفه الشافعية((ماخلفه الميت من حقوق او اموال او اختصاص التي يستحقها الوارث الشرعي بعد موت الوارث)) [٧]

٤-وعرفه الحنابلة: ((هو حق قابل للتجزؤ بعد موت من كان له ذلك لقرابة بينهما)) [٨]

٥-وعرفه الاباضية :((هو السهام التي يستحقها الوارث وما أشبهها)) [٩]

٦-عرفه الامامية: ((استحقاق انسان بموت آخر بنسب أو سبب شيئاً بالاصالة)) [١٠]

٧-وعرفه الزيدية: ((كل مال او حق خرج من مستحق الى مستحق آخر من غير اختيار كل منهما ويسمونه الملك القهري)) [١١]

من خلال التعريفات الذي ذكرها الفقهاء رحمهم الله تعالى للميراث فانهم اجمعوا على ان الوارث لايسـتحق نصـيبه من الميراث الا بعد موت المورث، فالورثة ياخذون مابقي من التركة بعد ان يتم تجهيز الميت من (تغسـيل وتكفين وتسـديد الديون وتنفيذ الوصـايا) [١٢] تقسـم عليهم كلا حسب نصيبه المقدر من الكتاب او السنة او الاجماع.اما الميراث في قانون الاحوال الشـخصـية:المادة السـادسـة والثمانون من قانون الاحوال الشخصية رقم ((١٨٨))لعام١٩٥٩:يعرف الميراث بانه مال المتوفي الذي ياخذه الوارث.

المطلب الثاني:الميراث في القانون العراقي

ان ماتم تطبيقه في المحاكم العراقية لايخرج عما جاء في شـريعتنا الغراء،لان القاضـي كان يحكم بمبادىء الشـريعة الاسـلامية في مختلف القضايا،فلم يكن هناك قضاء مدني وقضاء شرعي الى ان جاءت الدولة العثمانية واصبح المذهب الحنفي هو المتبع في الدولة العثمانية،والعراق ومصـر من باب التبعية، وبعدها نقل العثمانيون عن الفرنسـيين القانون الجنائي والتجاري وطبقوها على الدولة العثمانية واتباعها ،ولكنه لم يقنن كقانون رسمي الا عندما امر (عالي باشا)ان تؤلف لجنة عهد اليها بتقنين المذهب الحنفي في عام ١٢٨٣هـ-١٨٧٦م وضعته الدولة العثمانية باسـم (مجلة الاحكام العدلية) صـار العمل بموجبها كقانون مدني،ولم تتضـمن هذه المجلة الاحوال الشـخصـية والوقف بل تضـمنت العقود والمعاملات[١٣]وفي سـنة ١٩١٧م صـدر قانون (المرافعات الشـرعية)وفي هذه السـنة احتل الانكليز بغداد،ولكن بعد الاحتلال صـدر بيان اعاد تشكيل المحاكم الشرعية وكانت تنظر في القضايا التي تخص المذهب السني،واما قضايا الاحوال الشخصية الخاصة بالمذهب الجعفري فانيطت بالمحاكم المدنية[١٤]

المبحث الثاني:الوصية الواجبة وفيه مطلبان:

المطلب الاول:التعريف بالوصية الواجبة وحكمها

المطلب الثاني:موقف المشرع العراقي من الوصية الواجبة

المطلب الاول:التعريف بالوصية الواجبة وحكمها

اولا: التعريف بالوصية الواجبة

يقتضـي بيان مفهوم الوصـية الواجبة التطرق اولا الى تعريف الوصـية بشكل عام ومن ثم التطرق الى الوصـية الواجبة بشكل خاص،الامر الذي حدا بنا الى تقسيم هذه الفقرة الى فقرتين فرعيتين،نتطرق في الاولى منهما الى تعريف الوصية وبيان حكمها،في حين انفردت الفقرة الفرعية الثانية للتعريف بالوصية الواجبة وتنظيمها في القانون العراقي وعلى النحو الاتي:

اولا: تعريف الوصية

عرفت الوصـــية عموما بتعريفات مختلفة بحســـب اختلاف الفقهاء بشـــان احكامها ومضـــمونها ،الا ان التعريف الشـــائع هو ماعرفه الحنفية بانها((تمليك مضـاف الى مابعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الموصـي به عينا، كأن يوصـي بهذه الدار او بثلث ماله، ام منفعة كأن يوصـي بسكنى هذه الدار او بغلتها))[١٥]

لان الوصـــية عندهم تصـــح بالاعيان وبالمنافع،ومن يدقق النظر في هذا التعريف يجد ان قولهم(مضـــاف الى مابعد الموت) قيد احترازي اخرج الهبة،لانها تمليك في الحال ،وقولهم(على وجه التبرع) قيد احترزوا به عن البيع والاجارة مما يفيد التملك.

وهذا التعريف وان لم يكن جامعا مانعا غير انه يشـمل ماهو الغالب في الوصـية،وقد عرف فقهاء بقية المذاهب الوصـية بما هو قريب من هذا التعريف[١٦]وفي ذلك قضت المادة(الرابعة والستون)من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، بان((الوصية تصرف في التركة مضاف الى مابعد الموت مقتضاه التمليك بلاعوض) [١٧]

ثانياً: حكمها

ان الاصـل في مشـروعية الوصـية عدم الجواز ،لان القياس يأباها كما يقول فقهاء الحنفية[١٨] لانها تمليك مضـاف الى مابعد الموت،اذ بالموت تنقطع الصلة بين الموصي وبين ماكان يملكه،لانه مزيل للملك فتقع الاضافة الى زمان زوال الملك: فلايتصور معه التمليك منه،لان فاقد الشيء لايعطيه، وبعبارة اخرى ان عقود التمليك لاتقبل الاضـافة حال الحياة وقيام الملك، فالأولى الا تقبل ذلك بعد الممات وزوال الملك،الا ان الشـارع الحكيم اجازها استحساناً لحاجة الناس اليها،شانها شان الاجارة حيث تجوز قياساً،لانها تمليك منفعة معدومة،ولكنها جوزت استحساناً دفعاً للحرج وتحقيقاً لحاجة الناس[١٩] ليتداركوا ما فاتهم من عمل البر وفعل الخير قبل ان يفاجئهم الاجل فشرع الله الوصـية تمكيناً لهم من تحقيق مقصـدهم الاخروي اذ بها تكثر حسـناتهم وتزداد من البر اعمالهم.وكانت الوصـية في مبدأ الاسـلام واجبة بكل المال للوالدين والاقربين لقوله تعالىچ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ چ[٢٠]وعندما نزلت آيات المواريث في سورة النساء،قال (صـلى الله عليه وسلم)((ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه،فلاوصـية لوارث) [٢١]من هنا اصـبحت الوصـية اختيارية لغير الوارث بشـروط معينة،وهذا راي جمهور الفقهاء[٢٢]الذين يرون بان الوصية ليست واجبة على احد وانما هي مندوبة شرعا،حيث تستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً.اي ان جمهور الفقهاء قالوا بعدم وجوب الوصية لاحد قريبا ام بعيد، مالم يكن له حق الموصي ما لم تقم عليه بينة او له امانة عنده ولم يشهد عليها شاهد، فيجب عندئذ ان يوصـي باداء ذلك اليه حذرا من ضـياع الحق بعد وفاته [٢٣] كذلك قالوا ان الوصـية الواجبة بموجب قوله تعالى چ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ چ [٢٤] قد نسخت او خصصت بالنسبة للوالدين والاقربين ،سواء اكانوا وارثين ام غير وارثين، بمقتضى آيات احكام الميراث، ولكن حل محل هذا الوجوب الاستحباب بالنسبة اليهم اذا لم يكونوا وارثين[٢٥]وفي المقابل يرى بعض الفقهاء مشروعية الوصية الواجبة للوالـدين والاقربين الـذين لايرثون، وان هـذه الوصـــيـة مقـدمـة على ســـائر الوصـــايـا الاخرى، ومن هؤلاء الفقهـاء ابن حزم الظاهري،والطبري،وطاوس،وسـعيد بن المسـيب والحسـن البصـري،وهو رواية عن الامام احمد بن حنبل[٢٦]،وان حكم الوصـية في هذه الحالة هو الوجوب.واسـتدلوا على ذلك بان الوجوب الثابت بالآية الكريمة في قوله تعالى چ ﯗ ﯘ ﯙ ﯚ ﯛ ﯜ ﯝ ﯞ ﯟ ﯠ ﯡ ﯢ ﯣ ﯤ ﯥ ﯦ ﯧ ﯨ ﯩ چ لايزال على حاله بالنسـبة للوالدين والاقربين الذين لايرثون لوجود مانع من موانع الارث فيهم، فلم ينسـخ الوجوب لان موجبه هو حلول الوصـية محل الميراث في حالة المنع من الميراث، والموجب قائم والحكم يدور مع علته وجودا وعدماً[٢٧]ويقول ابن حزم الظاهري بان الوصية(فرض على كل مسلم ان يوصـي لقرابته الذين لايرثون...فان لم يفعل،اعطي او اعطيا من المال ولابد..) [٢٨]وتجدر الاشارة الى ان ماذهب اليه هؤلاء الفقهاء مؤيد بالمعقول ايضـا، لان الابن المتوفى في حياة ابيه قد يترك خلفه اولادا من غير معيل ولا مال لهم، فاقتضـت العدالة ان يعطى هؤلاء الابناء من تركة جدهم.

المطلب الثاني :موقف المشرع العراقي من الوصية الواجبة

اولاً–تعريف الوصـية الواجبة وتنظيمها القانوني:اخذت غالبية القوانين المتأثرة بالشـريعة الاسـلامية بالوصـية الواجبة واقرتها في قوانين الاحوال الشـخصـية، اقتناعا منها بعدالة هذه الفكرة التي قال بها جمع من الفقهاء.وقد شـرعت الوصـية الواجبة لأول مرة في قانون الوصـايا المصـري رقم(٧١)لسـنة ١٩٤٦م،حيث عالج حالة الاحفاد الذين توفى والدهم قبل موت جدهم،فلم يرثوا من الجد لوجود حاجب عن التركة مسـاوٍ لأصـلهم.وقد قدمت تعريفات كثيرة بشـان الوصـية الواجبة،منها:((انها الوصـية للوالدين والاقربين الذين لايرثون لمانع او لحاجب)) [٢٩]او هي:افتراض وصـية الجد او الجدة للاحفاد بقدر حصـة والدهم او والدتهم اذا مات الوالد او الوالدة قبل وفاة الجد او الجدة او معاً،على ان لاتزيد

هذه الحصة على ثلث التركة.وبهذا المعنى،فان القانون يفترض وجود الوصية ويلزم القاضي بالحكم بها وتنفيذها سواء أكان المتوفى قد اوصى أم لم يوص[٣٠] ،فاذا لم يكن أوصى لهؤلاء الاقارب بشيء وجب على ورثته او القضاء اخراج حصتهم من الميراث واعطائهم اياهم[٣١] وفقاً لقواعد حساب الوصية الواجبة والتي لايوجد فيها غير نصيب الثلث[٣٢] ان تشريع الوصية الواجبة يتماشى مع روح التشريع الاسلامي، فما يتعلق بالأحفاد الذين يتوفى اباؤهم في حياة اجدادهم،ولعل من ابرز هذه الحكم ان هؤلاء الحفدة ربما يكونون من اهل الفقر والحاجة،خاصة وانهم في الغالب صغار في السن،وحيث ان نظام الارث الاسلامي لايوقع لهم شيئا من ميراث جدهم او جدتهم بسبب وجود اعمامهم،لجا القانون الى الاخذ براي الفقهاء القائلين بوجوب الوصية لمعالجة هذه المشكلة من جهة وتماشياً مع روح التشريع الاسلامي القاضي بتوزيع الثروات والتركات على اساس العدل والمنطق من جهة اخرى[٣٣]ولاشك أن الاحفاد الذين يفقدون اباءهم او امهم في حياة الجد،ويحذفون بذلك من قائمة الورثة،فان ذلك بسبب مشكلة اجتماعية لهم ،لاسبيل الى تجاوزها بالقواعد العامة للميراث لان من شروط استحقاقه تحقق حياة الوارث وقت موت المورث [٣٤] كما ان للوصية الواجبة في هذه الحالة دورا في انصاف غير الوارثين وخاصة اليتيم منهم،ذلك انها تؤدي الى التوزيع العادل للتركة وبالشكل الذي ينفع اكثر عدد من الاقارب ،مما يؤدي الى المحافظة على قوة الاسرة وتماسكها[٣٥]

ثانياً- موقف المشرع العراقي من الوصية الواجبة اشرنا فيما سبق الى ان المشرع العراقي نظم الوصية من خلال قانون الاحوال الشخصية الامر الذي يستوجب بيان اهم الاحكام القانونية التي نظمها المشرع العراقي،كما ان هذا التنظيم القانوني قد واجه بعض المؤاخذات التي من الضروري التطرق اليها:

اولاً:التنظيم القانوني للوصية الواجبة في العراق جاء قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨)لسنة١٩٥٩م خاليا من اي نص قانوني ينظم الوصية الواجبة،ومن ثم لم تكن للوصية الواجبة اية تطبيقات في القضاء العراقي،لان القانون العراقي لم يكن ياخذ بها في تلك الفترة. نتيجة لذلك كان الاحفاد الذين توفى والدهم قبل جدهم او جدتهم يحرمون من ميراثهما،وذلك تماشيا مع راي جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية في المذاهب المختلفة.استثناء من ذلك كانت هناك حالة واحدة يتصور فيها حصول الاحفاد الذين توفي والدهم او والدتهم على الميراث،وهي اذا كان للمورث بنت او بنات وليس له ابن(ولد ذكر) الا ان هذه الحالة ايضا حصل عليها تعديل بموجب القانون رقم(٢١)لسنة١٩٧٨ قانون التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقي رقم(١٨٨) لسنة١٩٥٩ وبموجب هذا التعديل الثاني اعتبرت بنت المتوفى بمثابة ابنه في الميراث وفي قوة الحجب عند عدم وجود الابن ضمن الورثة.وهذا التعديل الثاني ادى الى حرمان الاحفاد ذكورا واناثا من الحصول على ميراث جدهم او جدتهم بشكل نهائي عندما يكون للمورث بنت او بنات.ويبدو لنا ان هذه الحالات قد ادت بالمشرع العراقي الى ان يحس بوجود ثغرة قانونية في هذا المجال، لذلك قام باجراء تعديل ثالث على قانون الاحوال الشخصية العراقي وذلك باضافة المادة(٧٤) لهذا القانون بموجب القانون(٧٢) لسنة١٩٧٩ قانون التعديل الثالث لقانون الاحوال الشخصية العراقي(١٨٨)لسنة١٩٥٩.

وفي هذه المادة المضافة للقانون اقر المشرع العراقي وللمرة الاولى بالوصية الواجبة وبين فيها احكامها منذ صدور قانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة١٩٥٩.وتنص المادة(٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على انه.

١-اذا مات الولد ذكرا كان ام انثى قبل وفاة ابيه او امه فانه يعتبر بحكم الحي عند وفاة اي منهما،وينتقل استحقاقه من الارث الى اولاده ذكورا كانوا ام اناثا،حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على ان لاتتجاوز ثلث التركة.

٢-تقدم الوصية الواجبة بموجب الفقرة (١)من هذه المادة على غيرها من الوصايا الاخرى في الاستيفاء من ثلث التركةيتبين لنا من خلال هذه المادة المذكورة ان احكام الوصية الواجبة في القانون العراقي هي كالاتي: [٣٦]

أ-اذا كان هناك شخص له احفاد توفي والدهم او والدتهم،فعلى ذلك الشخص ان يوصي لاحفاده قبل موته اذا كانوا يحرمون او يحجبون باعمامهم او اخوالهم او خالاتهم.

ب-اذا لم يكن ذلك الشخص قد اوصى لاحفاده ينوب القاضي منابه بحكم القانون.

ج-ويكون مقدار الوصية الواجبة بمقدار حصة المتوفى ابنا كان اوبنتا.

د-شرط تطبيق الوصية الواجبة هو اجتماع اولاد المتوفى مع اولاد الاولاد،لانه لولم يكن للمتوفى(الجد او الجدة) اولاد فتكون التركة لاولاد الاولاد(الاحفاد)

هـ-اذا كانت الحصة المنتقلة الى الاحفاد اقل من الثلث فلا يزاد فيها الى ان تبلغ الثلث،لان المادة تشترط ان تتجاوز الحصة ثلث التركة ولا تشترط ان لاتقل عن الثلث،لان الاحفاد ياخذون حصة والدهم او والدتهم المتوفى.

و-اذا حدث تزاحم بين الوصـية الواجبة والوصـية الاختيارية للمورث،فتقدم الوصـية الواجبة على الاختيارية،وهذا لايعني حرمان الموصـى له اختياريا،وانما يعني تقديم الوصية الواجبة عليه، فاذا بقي شيء من الثلث بعد اخذ الاحفاد حصتهم فيصرف الى الوصية الاختيارية

٣- الانتقادات الموجهة الى تنظيم المشرع العراقي للوصية الواجبة

بالرجوع الى اراء الفقهاء الذين ايدوا الوصية الواجبة واقروها في كتبهم وبينوا ابعادها وجوانبها المختلفة وكيفية الاخذ بها والادلة والحجج والبراهين التي يعتمدون عليها،وعلى راسـهم الفقيه الكبير ابن حزم الظاهري في مؤلفه(المحلى)،فانه وعلى الرغم من ان نص المادة(٧٤)من قانون الاحوال الشخصية العراقي قد اقر الوصية ونظم بعضا من احكامها،الا ان تنظيمه اياها لم يكن موفقا،حيث يعتريه الكثير من النواقص والثغرات المتعلقة بالوصـية الواجبة،علما انه كان يجب ان يتفادى هذه النواقص والثغرات،لان القوانين الاخرى كقانون الوصـية المصـري[٣٧]رقم(٧١)لسـنة ١٩٤٦،وقانون الاحوال الشخصية السوري رقم (٥٩)لسنة ١٩٥٣ ومجلة الاحوال الشخصية التونسي رقم(٧٧)لسنة ١٩٥٦،وغيرها كانت قبل القانون العراقي قد اقرت الوصية الواجبة وقد وجهت لها انتقادات كثيرة كان بامكان المشرع العراقي الاستفادة من هذه الانتقادات وتلافيها ولكنه لم يستفد منها.وبصورة عامة يمكن توجيه الانتقادات الاتية الى المادة(٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي(٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل[٣٨]:

١-حصر القانون المذكور تطبيق الوصية الواجبة على الطبقة الاولى من الاحفاد،على الرغم من الفقهاء القائلين بالوصية الواجبة لم يقولوا بذلك، والعلة الموجودة في الطبقة الاولى لاقرار الوصية الواجبة لهم موجودة ايضا في الطبقة الثانية وغيرها.

٢- لم يبين القانون المذكور اكمال حصة المتوفى اذا كان الجد او الجدة قد اعطى الاحفاد بعضا من امواله حال حياته بلا عوض.

٣-كذلك لم يتطرق هذا القانون الى منع الاحفاد من الوصية الواجبة اذا كان جدهم او جدتهم قد اعطاه ماكان والدهم او والدتهم يستحقه اذا كان حيا.

٤-لم تنص المادة المذكورة صراحة على ان من بين شروط تطبيق الوصية الواجبة بالنسبة للاحفاد ان يكون للميت ابن او بنت او كلاهما لانه في حالة عدم وجود الاولاد فالاولاد ياخذون حصصهم من التركة عن طريق الميراث وليس الوصية.

٥-لم ينظم المشـرع العراقي في القانون المذكور حالة الوفاة الجماعية ،وهل يسـتحق الاحفاد الوصـية الواجبة فيها ام لا؟كما في حالة وفاة اب الاحفاد او امهم مع الجد او الجدة في حادث لم يمكن التميز بين المتقدم والمتاخر منهما في الوفاة.

٦-لم يعالج القانون المذكور مسالة توزيع الوصية الواجبة على الاحفاد،فكان عليه ان يبين ان هذه الوصية توزع على الاحفاد وفقا لقاعدة(للذكر مثل حظ الانثيين)

٧-حصـر المشـرع العراقي الوصـية الواجبة بالاحفاد فقط في الدرجة الاولى،اما الفقهاء القائلون بها فلم يحصـروها بالاحفاد بل قالوا بشـمولها للوالدين والاقربين الذين لايرثون لوجود مانع او حاجب فيهم،فيشمل عندهم الزوجين والاقارب الاخرين.

مما سـبق يتضـح ان موقف المشـرع العراقي لم يحالفه النجاح في تنظيمه للوصـية الواجبة،الامر الذي يجعل من الضـروري اعادة النظر في الاحكام القانونية المنظمة للوصية الواجبة ،وذلك لكي تحقق هذه الوصية الاهداف المرجوة وراء تشريعها.

الخاتمة

١- على الرغم من ان جمهور الفقهاء لم ياخذوا بالوصـية الواجبة،الا ان تناغم محتوى هذه الوصـية مع روح الشـريعة الاسـلامية ادى ببعض الفقهاء الى الاخذ بها وتاصيلها من الناحية الشريعة.

٢- اخذت غالبية القوانين المتاثرة بالشريعة الاسلامية بالوصية الواجبة واقرتها في قوانين الاحوال الشخصية،اقتناعا منها بعدالة هذه الفكرة التي قال بها جمع من الفقهاء ومنها القانون العراقي.

٣- لم يكن المشرع العراقي ينظم الوصية الواجبة عند تشريع قانون الاحوال رقم الشخصية(١٨٨)لسنة١٩٥٩،الا انه عندما احس بوجود ثغرة قانونية في هذا المجال،فانه قام باجراء تعديل ثالث على القانون المذكور ،وذلك باضـافة المادة(٧٤) اليه بموجب القانون رقم(٧٢)لسـنة١٩٧٩ قانون التعديل الثالث لقانون الاحوال الشـخصـية العراقي رقم(١٨٨)لسـنة١٩٥٩،وفي هذه المادة المضـافة للقانون،اقر المشـرع العراقي وللمرة الاولى بالوصية الواجبة وبين فيها احكامها منذ صدور قانون الاحوال الشخصية سنة١٩٥٩.

٤- على الرغم من ان نص المادة(٧٤)من قانون الاحوال الشخصية العراقي قد اقر الوصية الواجبة ونظم بعضا من احكامها،الا ان تنظيمه اياها لم يكن موفقا، حيث يعتريه الكثير من النواقص والثغرات المتعلقة بالوصـية الواجبة،علما انه كان يجب ان يتفادى هذه النواقص والثغرات،لان

القوانين العربية كالقانون المصـري والسـوري والتونسـي كانت قبل القانون العراقي قد اقرت الوصـية الواجبة ،وقد وجهت لها انتقادات كثيرة كان بامكان المشرع العراقي الاستفادة من هذه الانتقادات وتلافيها ولكنه لم يستفد منها.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١-تحفة الاحوذي بشرح جامع الترمذي للامام الحافظ ابي العلي محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوريدار الفكر للطباعة والنشر بلا.

٢-تتمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير :العباس بن احمد بن ابراهيم بن احمد الحسني اليمني الصنعاني،مطبعة القاهرة١٣٤٩هـ.

٣- الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون:احمد الكبيسي،المكتبة القانونية-بغداد.

٤- الاختيار لتعليل المختار :عبدالله بن محمود الموصلي:تحقيق:شعيب الارنؤوط،عبد اللطيف حرزالله،احمد محمد برهوم،دار الرسالة

٥- الدرة المضية في شرح الفارضية:الفرضي عبدالله محمد الشنشوري الشافعي،المكتب الاسلامي للطباعة والنشر-دمشق،١٣٨١هـ١٩٦١م،ط١.

٦- الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية:زين الدين الجبعي العاملي(٩١١-٩٦٥هـ) مطبعة النجف الاشرف،ط٨.

٧- حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج:للعلامةتين عبد الحميد الشرواني والمحقق احمد بن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج للعلامة شهاب الدين احمد ابن حجر الهيتمي.

٨-احكام المواريث في الشريعة الاسلامية:نبيل كمال الدين طاحون،مكتبة الخدمات الحديثة-جدة،١٤٠٤هـ-١٩٨٤م.

٩-احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون،د.مصطفى ابراهيم الزلمي،دار نشر احسان-طهران،ط٢٠١٤،١.

١٠-حسابات خاصة في علم الفرائض،د.عبدالمحسن قاسم حمو وطارق عبد القادر حسين،مجلة الرافدين للحقوق،بيروت،٢٠٠٢.

١١-حق الحفيد اليتيم المحجوب عن ارث جده بوصـيته او ما تسـمى(بالوصـية الواجبة): رائد فتيخان عطا الله الزبيدي،جامعة الانبار للعلوم الاسلامية،العدد(١٤)المجلد(٤)٢٠١٣.

١٢-سنن ابن ماجة للحافظ ابي عبدالله محمد بن يزيد القزويني ،٩٠٥/٢ رقم(٢٧١٢)،قال الترمذي حديث حسن

١٣-شرح قانون الاحوال الشخصية رقم١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وتعديلاته:القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي،المكتبة القانونية-

١٤-شرح قانون الاحوال الشخصية،فريد فتيان،دار واسط-لندن ،ط٢، ١٩٨٦.

١٥-شرح كتاب النيل وشفاء العليل:محمد بن يوسف اطفيش،مكتبة الارشاد-جدة،الطبعة الثالثة،١٩٨٥م.

١٦-فتح الباري بشرح بشرح صحيح الامام ابي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري،للامام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني.

١٧-الفواكه الدواني على رسـالة ابن ابي زيد القرواني:العلامة احمد بن غنيم بن سـالم بن مهنا النفراوي الازهري المالكي،دار الكتب العلمية-لبنان،١٤١٨هـ-١٩٩٧م،ط٢.

١٨-لسان العرب:محمد بن مكرم بن علي ابوالفضل جمال الدين،ابن منظور :دار الحديث-القاهرة،١٤٢٤هـ-٢٠٣٣م.

١٩-المحلى بالاثار لابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي القرطبي الظاهري،دار الفكر بيروت.

٢٠-معجم اللغة العربية المعاصرة:احمد مختار عمر ،عالم الكتب-القاهرة،١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.

٢١-المعجم الوسيط:ابراهيم مصطفى احمد الزيات،حامد عبدالقادر ،محمد النجار ،مكتبة الشرق الدولية،١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

٢٢-المغني لابي محمد موفق الدين محمد بن قدامة المقدسي،مكتبة القاهرة،١٣٧/٦-١٣٨،ا

٢٣-مواهب الجليل في شـرح الشـيخ خليل:للعلامة ابي عبدالله محمد بن محمد بن عبدالرحمن المالكي المغربي الشـهير بالخطاب(٩٠٢هـ-٩٥٤هـ)تحقيق:محمد سالم المباركي،دار الرضوان للطباعة،موريتانيا،١٤٣١هـ-٢٠١٠م،ط١.

٢٤-نظام الارث والوصايا والاوقاف في الفقه الاسلامي،د.احمد فراج حسين ،د.محمد كمال الدين،منشورات الحلبي-بيروت،٢٠٠٢.

٢٥-الوصايا والوقف في الفقه اللاسلامي،د.وهبة الزحيلي،دار الفكر ،دمشق،ط٢، ١٩٩٦.

(١) لسان العرب: ،١١٩/١٠،المعجم الوسيط: ،ص١٣.

(٢)ينظر:الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية:زين الدين الجبعي العاملي(٩١١-٩٦٥هـ) مطبعة النجف الاشرف،ط٨،١١/١.

(٣)المعجم الوسيط:ص١٣،معجم اللغة العربية المعاصرة:احمد مختار عمر ،عالم الكتب-القاهرة،١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م،٨١/١.

(٤)اينظر :الاختيار لتعليل المختار : ٤٢٥/٤

(٥)مواهب الجليل في شرح الشيخ خليل: ٦٢٥/١،.

(٦)الدرة المضية في شرح الفارضية:الفرضي عبدالله محمد الشنشوري الشافعي، ،ص٧.

(٧)حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج:٦ /٣٨٢.

(٨)الفواكه الدواني على رسالة ابن ابي زيد القرواني:٤٠٦/٢١

(٩)شرح كتاب النيل وشفاء العليل:محمد بن يوسف اطفيش،٣٣٤/١٥.

(١٠)الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية:زين الدين الجبعي العاملي،١١/٨

(١١)تتمة الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : ،ص٢٦

(١٢)احكام المواريث في الشريعة الاسلامية:نبيل كمال الدين طاحون،مكتبة الخدمات الحديثة–جدة،١٤٠٤هـ–١٩٨٤م،ص٢٠.

(١٣) ينظر :شرح قانون الاحوال الشخصية رقم١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وتعديلاته:القاضي محمد حسن كشكول والقاضي ،ص١٠،

(١٤)الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون:احمد الكبيسي،المكتبة القانونية–بغداد،١٦/١.

(١٥)انظر :حاشية ابن عابدين٤٥١/٥وتكملة فتح القدير :٤١٦/٨.

(١٦)انظر :نهاية المحتاج٣٠/٦–٤٠،والمغني١/٦وبداية المجتهد٣٣٦/٢،ومواهب الجليل٣٦٤/٦،المختصر النافع ص١٨

(١٧)قانون لاحوال الشخصية وتعديلاته ص٥٤ المادة الرابعة والستون

(١٨)انظر :البناية في شرح الهداية للعيني ٤٠٤/١٠،وتكملة فتح القدير٤١٦/٨.

(١٩)انظر :البناية في شرح الهداية٤٠٦/١٠،وتكملة فتح القدير٤١٨/٨

(٢٠)سورة البقرة الاية ١٨٠

(٢١)تحفة الاحوذي٣١٣/٦–٣١٤ رقم(٢٢٠٤)سنن ابن ماجة ،٩٠٥/٢ رقم(٢٧١٢)،قال الترمذي حديث حسن

(٢٢)ينظر :فتح الباري ٣٧٢/٥ برقم٢٧٤٧

(٢٣)احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون، ،٢٠١٤،ص٢٤١.

(٢٤)سورة البقرة الاية ١٨٠

(٢٥)احكام الميراث د.مصطفى الزلمي،ص٢١٤.

(٢٦)ينظر :المغني لابي محمد موفق الدين محمد بن قدامة المقدسي،مكتبة القاهرة،١٣٧/٦–١٣٨،المحلى بالاثار لابي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي القرطبي الظاهري،دار الفكر بيروت،٣٥٣/٨،تفسير الطبري٦٣٩/١.

(٢٧)د.مصطفى الزلمي،ص٢٤٢.

(٢٨)المحلى لابن حزم،٣١٤/٩.

(٢٩)ينظر :د.مصطفى الزلمي،ص٢٤١.

(٣٠)ينظر :د.مصطفى الزلمي،ص٢٤١.

(٣١)شرح قانون الاحوال الشخصية،فريد فتيان،دار واسط،–لندن ،ط٢، ١٩٨٦،ص٢٣٣.

(٣٢)حسابات خاصة في علم الفرائض،د.عبدالمحسن قاسم حمو وطارق عبد القادر حسين،مجلة الرافدين للحقوق،بيروت،٢٠٠٢،ص٩٦.

(٣٣)الوصايا والوقف في الفقه اللاسلامي،د.وهبة الزحيلي،دار الفكر ،دمشق،ط٢، ١٩٩٦،ص١٠٦.

(٣٤)نظام الارث والوصايا والاوقاف في الفقه الاسلامي،د.احمد فراج حسين ،د.محمد كمال الدين،منشورات الحلبي–بيروت،٢٠٠٢،ص٩٦.

(٣٥)حق الحفيد اليتيم المحجوب عن ارث جده بوصيته او ما تسمى(بالوصية الواجبة):.

(٣٦)د.مصطفى الزلمي ص٢٤٤–٢٤٥

(٣٧)نصت المادة (٧٦) من القانون المذكور(اذا لم يوص الميت لفرع ولده الذ مات في حياته او مات معه ولو حكما بمثل ماكان يستحقه هذا الولد ميراثا في تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث

(٣٨) د.مصطفى الزلمي،ص٢٤٥–٢٤٨.