شروط نفاذ محل الوصية – دراسة مقارنة –

أ. د. قحطان هادي عبد القرةغولي زينب عدنان داود الكروي

أ. م. د. نورية محمود خلاف

جامعة كركوك/ كلية القانون والعلوم السياسية/ قسم القانون

Conditions for the Effectiveness of the Subject Matter of a Will: A Comparative Study

Prof. Dr. Qahtan Hadi Abdul-Qarahghuli

Zainab Adnan Dawood Al-Karawi

Asst. Prof. Dr. Nouria Mahmoud Khalaf

University of Kirkuk / College of Law and Political Science / Department of Law

المستخلص: الوصية تصرف من اعظم ما شرعته شريعتنا الغراء، وحينما شرعتها حذرت من الغلو فيها والاضرار بها بل بينت ان خير الأمور اوسطها فمن حاد عن الوسط فهو على خطر عظيم.

وموضوع بحثنا (محل الوصية) وهو الركن الرابع من اركان الوصية، اذ ان هذا الركن هو جوهر الوصية لانه هو الشيء الذي يتولى الموصي نقل ملكيته الى الموصى له، وبهذا الركن عدة شروط منها ان يكون متقوماً أي له قيمة تجب بأتلافه وان يكون مما يجري فيه الإرث او يصح ان يكون محل للتعاقد وان يكون موجوداً في ملك الموصي، وجميعها شروط صحة، اما شروط النفاذ فهي ألا ان تكون التركة مستغرقة بالديون وان يكون محل الوصية في حدود ثلث التركة وهو اهم شرط من شروط محل الوصية، ففي حال جاءت الوصية في حدود ثلث التركة فالأمر لا يثير أي اشكال، الا ان الامر مختلف ان جاءت زائدة على الثلث فهنا تكون الوصية موقوفة على إجازة الورثة، فأن اجازوها نفذت وان لم يجيزوها بطلت بالقدر الزائد، على حسب

رأي جمهور الفقهاء، ومسألة وقت تقويم التركة في تحديد ثلثها، هو وقت وفات الموصي، والعلة من ذلك هو ان وقت الوفاة هو وقت لزوم الوصية ووقت تعلق الوصية بالتركة، وثبوت ملك واستحقاق الموصى له لمحل الوصية، كما ان وقت إجازة الورثة لما زاد عن الثلث هو بعد وفاة الموصي لا حال حياته، حيث ان الاجازة وقت حياة الموصي تقع قبل ثبوت الحق للموجز فمن لا يملك حقً لا يملك اسقاطاً، وبما ان الاجازة اسقاط فلابد ان يتوفر بها عنصر الرضى وتوفره حال حياة الموصي غير مؤكد احتمال قيام اكراه معنوي كالحياء او مادي كالخوف من ضرر مالي او بدني.

الكلمات المفتاحية: الوصية، اركان الوصية، التركة، الموصى له.

Abstract: The will is one of the greatest of what our noble Sharia has legislated, and when it legislated it warned against exaggeration in it and harming it .The subject of our research (the place of the will), which is the fourth pillar of the will, since this corner is the essence of the will because it is the thing that the testator transfers his ownership to the recommended, and this pillar has several conditions, including that it has a value that must be destroyed and that it is what is going on in it Inheritance or it may be subject to contract and be in the property of the testator, all of which are valid conditions, As for the conditions for enforcement, they are not that the estate be overwhelmed by debts and that the place of the will be within one third of the estate, which is the most important condition of the conditions of the place of the will. The will is suspended on the leave of the heirs. If they authorized it, it was executed, and if they did not allow it, it was invalidated in excess, according to the opinion of the majority of jurists .

It is that the time of death is the time when the will is required and the time the will is attached to the estate, the proof of a king and the entitlement of the testator to the place of the will, and the time for the heirs to leave for more than a third is after the death of the testator not the case of his life, as the leave is during the life of the testator falls before the right to the summary is established. He does not have a right he does not have a waiver, and since the leave is a waiver, the element of satisfaction must be present in it and its availability during the life of the testator is uncertain. The possibility of moral coercion such as modesty or material such as fear of financial or physical harm.

Keywords: Bequest, elements of a bequest, estate, legatee.

المقدمة: الحمد الله الواحد الاحد الفرد الصمد، الذي رفع مراتب العلم وأعلامه بين العباد، وبين شعائر الشرع واحكامه في الامصار والبلاد، وأصلي واسلم على المبعوث بالحق رحمة للعالمين، رسول الله محمد (صلى الله عليه واله وصحبه اجمعين)، ومن اسن بسنة واقتفى اثره الى يوم الدين. اما بعد فالوصية من الاعمال الصالحات بأن يجعل من تركته للفقراء او لأقاربه من غير الوارثين له، وموضوعنا مدار البحث هو التنظيم القانوني لمحل الوصية وهو الركن الرابع والأهم من اركان الوصية، لانه محلها والمعقود عليه الذي تظهر عليه اثار هذا التصرف، ونقده لموضوعنا بتقسيمه للنقاط الاتية:

أولاً- أهمية الموضوع:-

الوصية من التصرفات الشرعية التي فيها مقاصد عدة منها اقتصادي يتمثل في توزيع الثروات وعدم تجميعها بيد واحدة، ومقصد تعبدي ففيها صلة للرحم ومجلبة للثواب ومقصد اجتماعي

تكافلي وترسيخ للأخوة في المجتمع، ومحل الوصية الذي هو موضوع هذه الدراسة هو سبب أهمية الوصية لان محل الوصية هو جوهر الوصية وهو الركن الرابع من اركان الوصية ومحل الوصية الذي يثبت الملك به للموصى، فله عدة شروط الا ان اهم هذه الشروط هو ان يكون محل الوصية في حدود ثلث التركة ولا يزيد عنها واذا زاد فيكون وفق بيان وتفصيل سنورده في هذه الدراسة.

ثانياً– أسباب اختيار الموضوع:–

1– الوصية سبب من أسباب كسب الملكية، فالاشخاص يكسبون بها الأموال فيتعدد أطرافها، وتمتد اثارها الى ما بعد الموت، فضلاً عن انها وسيلة لادامة الصلة والترابط بين افراد المجتمع والتكافل بينهم.

2– أهمية مواضيع الأحوال الشخصية بوجه عام ومسائل الميراث والوصية بوجه خاص.

3– خصوصية موضوع المحل بين النظرية العامة للقانون المدني وتنظيمه في قوانين الأحوال الشخصية فضلاً عن تعدد صور ذلك المحل.

ثالثاً– مشكلة الدراسة:

هناك عدة إشكالات يثيرها موضوع محل الوصية لعل ابرزها مسألة جواز الوصية بما زاد عن ثلث التركة من عدمه، حيث ذهب بعض الفقهاء الى عدم جواز كون محل الوصية زائداً عن الثلث فيما يرى الجمهور رأياً اخر، فهل هذه الرخصة مطلقة ام متوقفة على إجازة من الورثة؟

رابعاً– صعوبات الدراسة:–

1– معظم المسائل الخاصة بمحل الوصية قد تم احالتها الى الفقه الإسلامي، وذلك لعدم وجود تشريع خاص بالوصية في العراق، ، وفيه خلافات فقهية واسعة، لذا فأن تجميعه والاهتداء الى افضل وانسب الآراء في المسألة الواحدة يثير صعوبة ويحتاج الى جهدٍ عالٍ.

2- قلة المصادر القانونية الخاصة باحكام محل الوصية في المكتبة القانونية ولا سيما ما يتعلق بجهالة محل الوصية.

خامساً- منهج البحث ونطاقه:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن من خلال استعراض اراء الفقهاء وبيان ارائهم واختيار الرأي الراجح وكذلك من خلال استقراء النصوص القانونية في قانون الوصية المصري وقوانين الأحوال الشخصية المقارنة الأردني والاماراتي وبيان كيفية تعامل تلك القوانين مع هذه الموضوع ومقارنتها مع ما جاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959م، وكذلك عرض الآراء الفقهية وتحليلها وترجيح ما يتبين انه الأكثر انسجاماً مع واقع موضوع محل الوصية مع عدم اهمال الآراء الأخرى واعطائها المساحة الكافية من التحليل وكذلك تعزيز البحث بالاحكام القضائية كلما كان ذلك ممكناً لبيان الرأي الأكثر ملائمة وانسجاماً مع الواقع العملي,

اما عن نطاق البحث فأنه يتحدد بالمواضيع الواردة في خطة البحث لغرض الإحاطة بجميع صور محل الوصية وبيان احكامها التفصيلية في الفقه الإسلامي والقانون.

سادساً- هيكلية الدراسة:

هيكلية دراستنا لهذا الموضوع تتضمن تقسيمها الى مبحثين، الأول إلا تكون التركة مستغرقة، اما الثاني ان يكون محل الوصية في حدود الثلث التركة وبما زاد عن الثلث، والذي بدوره قسمناه الى مطلبين، الأول حكم الوصية في حدود ثلث التركة وبما زاد عن الثلث، اما الثاني فالوقت تقويم التركة واعتبار الثلث فيها، ونختم هذه الدراسة بخاتمة تبين اهم الاستنتاجات التي تم التوصل اليها وكذلك اهم المقترحات التي تساعد في تنظيم موضوع الدراسة.

شروط نفاذ محل الوصية

يشترط الفقهاء في محل الوصية شرطي نفاذ لابد من تحققهما، لكي تكون الوصية نافذة فالوصية تنشأ صحيحة الا ان تنفيذها يتوقف على تحقق شروط النفاذ، وهما: الأول: الا يكون محل الوصية مستغرقاً بالدين، لان الديون مقدمة في وجوب الوفاء بها على الوصية بعد تجهيز الميت وتكفينه ودفنه، وعدم تنفيذ الوصية يكون لحق الغرماء (الدائنين) فان اجازوا وصية المدين نفذت والا بطلت [1] ، اما الشرط الثاني من شروط النفاذ فهو ان يكون محل الوصية في حدود ثلث التركة، بمعنى الا يزيد محل الوصية عن ثلث التركة، ويقتضي هذا بنا أن نقسم هذه الدراسة الى مبحثين وكما يلي:-

المبحث الأول

الا يكون محل الوصية مستغرقاً بالدين

اذا كان محل الوصية مستفرقاً بالدين، أي ان الدين مساو لأموال التركة او يزيد عليها، فوصية الموصي المستغرقة بالدين صحيحة، ولكنها ليست بنافذة الا بعد سداد الدين، وهذا الرأي يكاد يتفق الفقهاء عليه [2] ، فلا يستحق الموصى له شيئاً من محل الوصية، حتى تبرأ ذمة الموصي من بعض الدين او كله بسبب من اسباب براءة الذمة، كأن يقوم شخص اجنبي بسداد دين الموصي، او يبرئه الدائن من بعض الديون او كانت الديون بالأصل لا تستغرق كل التركة، فأن الوصية تنفذ في الباقي من التركة بعد سداد الديون، بحيث لا تتجاوز في التنفيذ ثلث الباقي وكذلك الامر بالنسبة للتركة المستغرقة بالدين فتنفذ في الوصية في ثلث التركة الخالي من الدين اما اذا برئت ذمة الموصي من كل دين عندئذ تنفذ الوصية من كل التركة بحدود الثلث.

---

[1] والامام محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج12، ط3، مكتبة الارشاد، جدة، 1985م، ص404، محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج28، تحقيق: علي الاخوندي، ط7، دار احياء التراث العربي، دون مكان نشر، 1955م، ص274.

[2] صباح صادق جعفر، قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وتعديلاته، ط٧، مطبعة الزمان، بغداد ٢٠٠٠، ص٣٩.

واذا كان محل الوصية من اعيان التركة وقد نشأ حق للدائن بهذه العين، بأن كانت هذه العين مرهونة له مقابل دينه، فيكون للدائن حق بأن يستوفي دينه من ثمن هذه العين، حتى ان كان دينة غير مستغرق للتركة كلها، فلا تبطل الوصية بذلك، بل ينتقل حق الموصى له بالعين الى تركة الموصي فيأخذ من التركة بقدر الدين الذي استوفى من ثمن العين محل الوصية، على ان لا يتجاوز ثلث التركة بعد سداد الدين الذي ترتب على العين محل الوصية [1]

واستدل الفقهاء على تقديم الوفاء بالدين على الوصية بقوله تعالى: ((مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ)) [2] وقد روي انه قيل لأبن عباس ((رضي الله عنه)): "أنك تأمر بالعمرة قبل الحج وقد بدأ الله تبارك وتعالى بالحج وقال تبارك وتعالى (**وَأَتِمُّواْ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ**) [3] فقال (رضي الله عنه) كيف تقرؤون أية الدين؟ فقالوا من بعد وصية يوصي بها او دين بماذا تبدأون؟ فقالوا بالدين، قال: هو ذاك"، لان الدين واجب الوصية تبرع، والواجب مقدم على التبرع [4] .

موقف القوانين المقارنة: لم يتطرق قانون الاحوال الشخصية الاردني رقم (15) لسنة ٢٠١٩ لشرط ان يكون ان يكون محل الوصية غير مستغرق بالدين، وهو موقف قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥، إلا انه احال هذا الشرط الى المادة(2/ ف ٣)منه [5] ،وكذلك قانون الوصية المصري الرقم (71) لسنة 1946 قام بذكره كشرط من شروط محل الوصية الا ان نظمه فمن وصية المدين، وقد اخذ القانون سابق الذكر برأي جمهور الفقهاء من ان وصية بمحل تركة مستغرق بالدين صحيحة الا انها غير نافذة الا بعد سداد الدين المقدم على تنفيذ الوصية وتصبح نافذة اذا برئت ذمة المدين وبالتفصيل الذي تم توضيحه عند عرض

---

[1] الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح باب الكتاب، ج٤، ط٤، مطبعة علي صبيح وأولاده، القاهرة، ، ص١٧٥، و د. يوسف محمود قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الاسلامي، ط٤، القاهرة، ٢٠٠٨، ٣٦٩ .

[2] سورة النساء، الأية (١١).

[3] سورة البقرة، الاية (١٩٦).

[4] عبد العزيز رمضان سمك، احكام الوصية في الفقه الاسلامي والقانون المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1998، ص٧١ و٧٢.

[5] المادة (2/ف٣) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (28) لسنة ٢٠٠٥ تنص على " واذا لم يوجد نص في هذه القانون يحكم بمقتضى من مذهب الامام مالك ثم مذهب الامام احمد ثم مذهب الشافعي ثم مذهب ابي حنيفة".

اراء الفقهاء وموقف القانون المصري تحدده المادتان (٣٨و٣٩) من قانون الوصية [1] ، ولم يورد المشرع العراقي في قانونه نص بشأن عدم استغراق الدين للتركة ويعتبر ذلك إحالة منه الى لمبادئ الشريعة الاسلامية واحكام الفقه والقضاء في العراق والدول الاسلامية التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية وذلك استناداً لنص المادة ا (ف١ و ف٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

المبحث الثاني

أن يكون محل الوصية في حدود ثلث التركة

لبحث هذا الشرط يقتضي بنا عرض أٌقوال الفقهاء وبيان موقف القانون في حكم الوصية بما زاد عن ثلث التركة، ووقت تقدير التركة وأعتبار الثلث فيها، وشروط أجازة الورثة للوصية بما زاد عن ثلث التركة وذلك يكون في ثلاثة مطالب وكما يلي:-

المطلب الاول

حكم الوصية في حدود ثلث التركة وبما زاد على الثلث

الوصية اما ان تكون لوارث واما ان تكون لغير وارث، وللفقهاء اقوال في حكم الوصية للوارث وقد تقدم ذكرها عند بحثنا بشروط الموصى له، فاذا كان الموصى له غير وارث، وجاءت الوصية في حدود الثلث فقد اتفق الفقهاء المسلمون على صحة الوصية ونفاذها، سواء كان للموصي وارثاً يرثه ام لم يكن له وارث، ومادامت وصيته صحيحة ونافذة فهي ليست بحاجة الى إجازة من الورثة، لان ما أوصى به الموصي هو ثلث تركته ويحق للموصي ان يتصرف به كما يريد، وقد تصدق الله العلي العظيم له به في اخر حياته ليزيد من حسناته واستدل الفقهاء

[1] نص المادة (38) من قانون الاحوال الشخصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على: " تصح وصية المدين المستفرق ماله بالدين ولا تنفذ الا ببراءة ذمته منه فأن برئت ذمته من بعضه او كان الدين غير مستفرق نفذت الوصية في الباقي بعد وفاء الدين" ونصت المادة ٣٩ من نفس القانون على: " اذا كان الدين غير مستفرق واستوفى كله او بعضه من الموصي به كان للموصي له ان يرجع بقدر الدين الذي استوفى ثلث الباقي من التركة بعد وفاء الدين"

المسلمون على ان محل الوصية ان كان في حدود الثلث فالوصية جائزة من دون حاجة الى إجازة من الورثة[1]، والدليل في ذلك:-

1- حديث رسول الله، صلى الله عليه وسلم: "ان الله قد تصدق عليكم بثلث اموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم" [(2)] .

2- الحديث النبوي الشريف الذي روي عن سعد بن ابي وقاص قول النبي صلى الله عليه وسلم" .... الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تذرهم عالة يتكففون الناس" [(3)].

فهذين الحديثين الشريفين بينا ان الحد الأقصى للوصية هو الثلث والحكمة من المنع في الزيادة على الثلث مراعاة لمصلحة الورثة. فان كانت الوصية بأكثر من الثلث وكان الموصى له غير وارث فالفقهاء فرقوا بين ان لا يكون للموصي وارث عند موته وبين ان يكون له وارث عند موته وسنتناول هذين الحالتين في فرعين:-

الفرع الأول

ان لم يكن للموصي وارثاً عند موته

ولذلك سنقسم هذا الفرع الى مقصدين سنخصص الأول للوصية في حدود ثلث التركة، واما الثاني فللوصية ان زادت عن الثلث وكما يلي:-

[1] محمد عادل قدوري، الوصية سبب لكسب الملكية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2021، 330و331

[(2)] الامام الحافظ، أبي عبدالله محمد بن يزيد الربعي ابن ماجه القزويني، سنن ابي ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي،ج2، دار احياء الكتب العربية، فيصل عبيسى، 2009م، كتاب الوصاية، رقم الحديث (2709)، ص904.

[(3)] اخرجه: الامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النبساوري، صحيح مسلم، تحقيق عصا الضابطي وحازم محمد وعماد عامر، ج6، دار الحديث، القاهرة، 2001، كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث، حديث رقم (1628)، ص86

اولاً: الوصية في حدود ثلث التركة

ان الوصية اذا كانت في حدود ثلث التركة فأقل كانت الوصية في هذه الحالة صحيحة نافذة باتفاق الفقهاء وذلك لحديث سعد بن ابي وقاص، وقوله عليه الصلاة والسلام " .....الثلث والثلث كثير الك ان تذر ورثتك اغنياء خير لك من تذرهم عالة يتكففون الناس" [1] بعدما نفى رسولنا الكريم وصيته بالثلثين والنصف [2] .

وقال المالكية تجوز الوصية في الثلث وهو ايضاً ما ذهب اليه الامامية [3] في حين قال الشافعية ينبغي ان لا يوصي بأكثر من ثلث ماله [4] ، في حين الحنابلة قالوا تجوز الوصية بحدود الثلث لغير الوارث [5]

ثانياً: الوصية اذا زادت عن الثلث

لقد اختلف الفقهاء في حكم الوصية التي زادت عن الثلث مع عدم وجود ورثة للموصي، وانقسمت الآراء على النحو الاتي: الرأي الأول: يذهب أصحابه على صحة الوصية في القدر الزائد على الثلث حتى لو كانت الوصية بجميع التركة لان منع نفاذ الوصية فيما زاد على الثلث انما كان مراعاة لحق الورثة ومادام لم يوجد للموصي ورثة فالموصى له احق من بيت المال لانعدام المانع من نفاذ الوصية لانه يجب احترام إرادة الموصي والعمل على تنفيذ وصيته وصرف جميع المال الموصى به وهو قول الاحناف [6] والحنابلة [7] .

---

[1] سبق تخريجه.

[2] برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل القرغاني المرغيناني، بداية المبتدي في فقه الامام ابي احمد، مكتبة ومطبعة محمد عني صبيح، القاهرة، ص262.

[3] ابي البركات احمد بن محمد بن احمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج10، دار المعارف، ص497.

[4] شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج3، شركة ومكتبة مصطفى البابي وأولاده، القاهرة، 1958م، ص46.

[5] موفق الدين ابي محمد عبدالله بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج2، تحقيق صلاح الدين محمود السعيد، ط1، دار الغد الجديد، القاهرة، 2014، ص320.

[6] الامام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار المكتبة العلمية، بيروت، 1986م، ص370

[7] موفق الدين بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج2، مصدر سابق، ص320،

وحجتهم في ذلك من حديث سعد بن ابي وقاص ان النبي محمد صلى الله عليه وسلم قال له: ".... انك تذر ورثتك اغنياء خير لك من ان تذرهم عالة يتكففون الناس" أي ان المنع من الزيادة جاء لمراعاة مصلحة الورثة وبما انه في هذه الحالة الموصي له لا وارث له فتجوز وصيته بجميع امواله [1] .

الرأي الثاني: يذهب أصحابه الى عدم صحة الوصية في القدر الزائد على الثلث وتكون الزيادة من حق بيت المال لان بيت مال المسلمين وارث لمن لا وارث له ومادام هو وارثاً فالثلثان والنصف تعلق بهما حق الكافة [2] ، وهو قول المالكية [3] والشافعية [4] وبعض الحنابلة [5] والامامية [6] ، ولا يملك ممثل بيت المال إجازة هذه الزيادة لان تصرفاته مقيدة بمراعاة مصلحة المسلمين ولا مصلحة لهم في إجازة الوصية الزائدة عن الثلث بل فيها افقاراً لهم فلا يملك ممثل بيت المال أجازتها [7] .

واستدلوا في ذلك بالأدلة الاتية:

1- ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة على حسناتكم" [8] وجه الاستدلال ان رسولنا الكريم ما أجاز لنا الا الثلث فقط.

---

[1] الكاساني، بدائع الضائع، ج7، مصدر سابق، ص335.
[2] موفق الدين ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج2، مصدر سابق، ص320.
[3] العلامة الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون تاريخ نشر، ص427.
[4] أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، ط2، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت، 1985، ص108-109.
[5] موفق الدين بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج2، مرجع سابق، ص320.
[6] ابي محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى بالاثار، ج9، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون تاريخ نشر، ص318.
[7] الامام ابي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب المارودي، الحاوي الكبير، ج10، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، والتوزيع، دون تاريخ نشر، ص17و18.
[8] محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني، سبل الإسلام، ج3، ط4، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1960، ص150.

2- ما ورد عن عمران بن حصين "ان رجلاً اعتق ستة اعبد مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم اثلاثاً ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة، وقال قولاً شديداً" [1] وجه الاستدلال ان الرسول العظيم (صلى الله عليه وسلم) لم يجز الزيادة على الثلث مع انه لم يكن له وارث.

وبعد ان بينا اراء الفقهاء فأننا نذهب مع الرأي الأول لان المنع من الزيادة كان لأجل الورثة فأما من لا وارث له فتجوز له الوصية بجميع ماله لان عدم تنفيد الوصية فيما زاد عن الثلث كان مراعاة لمصلحة الورثة فاذا لم يوجد احد منهم فقد زال المانع.

موقف القوانين المقارنة: اما عن موقف القوانين المقارنة فقد نصت المادة (274/ب) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ان " تنفذ الوصية في ثلث التركة لغير الوارث اما ما زاد عن ذلك فلا تنفذ فيه الوصية الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي"، في حين ان قانون الأحوال الشخصية الاماراتي نص في مادته (243) على انه " تنعقد الوصية في حدود ثلث تركة الموصي بعد أداء الحقوق المتعلقة وتصح في ما زاد على الثلث في حدود حصة من اجازها من الورثة الراشدين"، اما قانون الوصية المصري فقد نص في المادة (37) منه التي جاء فيها ".... وتنفذ وصية من لا دين له ولا وارث له بكل ماله او بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة" وقد اخذ قانون الأحوال الشخصية العراقي بما ذهب اليه أصحاب الرأي الأول وهما الاحناف والحنابلة في صحة الوصية بما زاد عن الثلث ونفاذها في حالة عدم وجود وارث للموصي فقد نص في المادة (70) منه على " لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة وتعتبر الدولة وارثاً لمن لا وارث له" ونص في المادة (1108/ف 2) من القانون المدني العراقي التي تنص في فقرتها الثانية على انه " تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث الا بإجازة الورثة".

[1] الحديث اخرج الامام مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، باب ثواب العبد واجره اذا نصح لسيده واحسن عبادة الله، ج5، ص97

الفرع الثاني

ان كان للموصي وارثاً عند موته

في هذه الحالة قد تكون الوصية في حدود ثلث التركة وقد تكون باكثر من الثلث، ولهذا سنقسم هذا الفرع الى مقصدين، الأول سنبين فيه الوصية في حدود ثلث التركة، اما الثاني فسيكون عن الوصية التي تزيد عن ثلث التركة وكما يلي:-

المقصد الأول

الوصية في حدود ثلث التركة فاقل في حالة وجود الورثة للموصي

اتضح لنا فيما تقدم صحة الوصية في حدود الثلث سواء أكان للموصي ورثة ام لم يكن له، دون ان تتوقف على إجازة الورثة، وذلك لحديث سعد بن ابي وقاص المتقدم . اما اذا كان الموصى له احد الورثة فاختلف الفقهاء في صحة الوصية على عدة اراء:

الرأي الأول: اخذ بهذه الرأي الحنفية حيث قالوا لو أوصى لبعض ورثته فأجاز الباقون جازت الوصية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الأذى بإيثار البعض ولا يوجد ذلك عند الاجازة، وفي بعض الروايات عنه عليه الصلاة والسلام انه قال: " لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة" [1]، وهو القول الثاني للشافعي [2] ، اذ قال تصح الوصية لوارث لما روي عن ابن عباس (رضي الله عنه) ان النبي (صلى الله عليه وسلم) قال: (لا تجوز الوصية لوارث الا ان شاء الورثة) [3]، وبه اخذ الحنابلة [4] وبه قال كثير من المالكية [5] حيث قالوا لا تجوز الوصية للورثة الا باجازتهم واستدلوا بالحديث الشريف: (لا تجوز الوصية لوارث الا ان شاء

(1) الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص47

(2) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع المهذب- هو شرح النووي لكتاب المهذب للشيرازي، ج2، مكتبة المسجد النبوي الشريف، ص415.

(3) علي بن عمر أبو الحسن القرطبي البغدادي، سنن القرطبي، ج4، كتاب الوصايا، دار المعرفة، بيروت، 1966، ص150.

(4) ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام المبجل احمد بن حنبل، ج5، مصدر سابق، ص449.

(5) محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، مصدر سابق، ص427.

الورثة)، من هذا يتبين ان الوصية للوارق صحيحة غير نافذة موقوفة على إجازة الورثة فان اجازوها بعد وفاة الموصي صحت وان لم يجيزوها بطلت.

الرأي الثاني: وهو ما ذهب اليه الظاهرية حيث قالوا لا تحل الوصية لوارث اصلاً فان أوصى لغير وارث وصار وارثاً عند موت الموصي بطلت الوصية له فان أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية لأنها كانت باطلة عند عقدها وسواء أجاز الورثة ام لا لم يجيزوها [1] . وبعض المالكية قالوا تبطل الوصية للوارث بأن يوصي لما يخالف حقوقهم او بعض دون بعض [2] وهو قول للشافعي [3] حيث قال: لا تصح الوصية للوارث لقول النبي (صلى الله عليه وسلم) ((لا وصية لوارث))، ويتضح من هذا الرأي ان الوصية للوارث لا تجوز مطلقاً سواء اجازها الورثة ام لا، غير ان الاجازة من أهلها تحول الوصية الى هبة من الوارث للموصى له فيشترط في المجيز والمجاز له ما يشترط في الواهب والموهوب له من شروط [4] واستدلوا لعدم الجواز بأدلة منها ان في الوصية للورثة الحاق ضرر ببقية الورثة، وقد نهى القران الكريم عند ذلك في قوله تعالى: **(مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ)** [5]، واكد هذا لنهي الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله: (الاضرار في الوصية من من الكبائر) [6] ، فبعد ان حدد القران الكريم حق كل وارث قال عليه الصلاة والسلام: ((ان الله الله اعطى كل ذي حقاً حقه فلا وصية لوارث) [7] .

---

(1) ابن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى، ج9، مصدر سابق، ص316.

(2) محمد بن عبد الخرشي المالكي أبو عبدالله، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج8، دار الفكر للطباعة، بيروت، ص316

(3) أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج2، مصدر سابق، 415

(4) مصطفى إبراهيم الزلمي، الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والقانون، المكتبة القانونية، بغداد، دون تاريخ نشر، ص157

(5) سورة النساء: الاية (12)

(6) احمد بن الحسين بن علي بن موسى بن أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ح6، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا،مكتبة الباز، مكة المكرمة، 1994م، باب ما جاء في قوله عز وجل (وليخشى الذين تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا)، ص271.

(7) سبق تخريجه.

الرأي الثالث: ما ذهب اليه الجعفرية [1] والزيدية الى صحة الوصية للوارث مطلقاً من غير توقف على إجازة الورثة، وذلك لان الوجوب في قوله تعالى:(كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ) [2] رفع بأيات الميراث، واذا رفع الوجوب حل محله الجواز وذلك ايضاً في قوله (عليه الصلاة والسلام) : (لا وصية لوارث) يعني نفي الوجوب لا الجواز أي انها لم تبقى واجبة كما كانت في السابق قبل نزول إيات الميراث [3].

المقصد الثاني

الوصية بما زاد عن الثلث في حالة وجود ورثة للموصي

لقد اختلف في الفقهاء في جواز الوصية بأكثر من الثلث اذا كان للموصي وارث على ثلاثة اراء كالاتي:-

الرأي الأول: يرى ان الوصية بما زاد عن الثلث باطلة مطلقاً أي سواء اجازها الورثة ام لم يجيزوها واستدلوا بالحديث الذي روي عن سعد ابي وقاص رضي الله عنه، حيث قال له النبي (صلى الله عليه وسلم) (....الثلث والثلث كثير...) [4] .

فأقر هذا الرأي ببطلان الوصية للوارث بان يوصي بما يخالف حقوقهم او لبعض دون بعض وهو قول بعض الفقهاء المالكية [5] والظاهرية [6] .

---

[1] أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج1، ط1، مطبعة الاداب، النجف، 1969، ص262

[2] سورة البقرة: الاية (180)

[3] محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج28، مصدر سابق، ص281

[4] سبق تخريجة

[5] شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، ج7، تحقيق: الأستاذ محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، 1994م، ص44

[6] النووي روضة الطالبين، ج6، مصدر سابق، ص108

الرأي الثاني: يرى أصحابه ان الوصية بما زادت عن الثلث صحيحة ان اجازها الورثة وباطلة ان لم يجيزوها وان اجازها بعض دون بعض نفذت في حصة من أجاز وبطلت في حصة من لم يجزها وهذا ما ذهب اليه الاحناف [1] وهو القول الثاني للمالكية [2] والشافعية [3] والحنابلة [4].

الرأي الثالث: ويرى أصحاب هذا الرأي ان الوصية بما زاد على الثلث صحيحة مطلقاً دون ان تكون موقوفة على إجازة الورثة وسواء اكان للموصي وارث ام لا فهي كما صحت في الثلث، تصح فيما زاد عليه واستدلوا في ذلك

بقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ) [5] فهذه الاية صريحة في جواز الوصية للوارث (للوالدين والاقربين) ومن في حكمهم كالزوج او الزوجة، وهو قول بعض الامامية [6].

ونتفق مع الرأي الثاني الذي يذهب الى ان الوصية التي زادت عن الثلث موقوفة على إجازة الورثة في القدر الزائد عن الثلث فاذا اجازها الورثة نفذت اما اذا لم يجزها الورثة بطلت والعلة من ذلك ان المنع من الزيادة انما هو مراعاة لمصلحة الورثة من الاضرار بهم.

موقف القوانين المقارنة: اما عن موقف القوانين من حكم الوصية مع وجود ورثة فقد نصت المادة (274/ب) من قانون الأحوال الشخصية الأردني 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".

وان قانون الأحوال الشخصية الاماراتي قد نص في المادة (243) التي جاء فيها " تنفذ الوصية في حدود ثلث تركة الموصي بعد أداء الحقوق المتعلقة وتصح فيما زاد على الثلث في حدود

---

(1) شيخ الإسلام برهان الدين ابي الحسن علي بن ابي بكر ابن عبد الجليل الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج4، دار التوفيقية للطباعة والنشر، القاهرة، 2008م، ص411

(2) ابي القاسم محمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقيه في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذاهب الشافعية والحنفية والحنبلية، دار ابن الجوزي، القاهرة، 2016، ص392

(3) النووي، روضة الطالبين، ج6، مصدر سابق، ص108

(4) ابن قدامة المقدسي، المغني، ج8، مصدر سابق، 404

(5) سورة النساء: الاية (11).

(6) محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج28، مصدر سابق، ص281.

حصة من اجازها من الورثة الراشدين"، وكذلك قانون الوصية المصري نص في المادة (37) منه على " تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد من الثلث ولا تنفذ بالزيادة الا اذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي...."، اما قانون الأحوال الشخصية العراقي فقد اخذ بالرأي الثاني وهو قول الاحناف ومن وافقهم فقد نص في المادة (70) منه على انه " لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا باجازة الورثة...." وكذلك نص المادة(2/1108) من القانون المدني العراقي فقد جاء فيها " تجوز الوصية للوارث وغير الوارث في ثلث التركة ولا تنفذ فيما جاوزت الثلث الا بإجازة الورثة"، ومن تطبيقات القضاء العراقي ما اقرته محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع وان اتبعت قرار النقض الصادر من هذه المحكمة...، الا انها والنقطة واجبة الحل هي انما أوصى به الموصي بشأن تخويل الوصي المميز عليه في حدود ثلث الأموال المنقولة وغير المنقولة، والتي حدد الموصي عائديتها اليه وأوصى بثلث عموم تركته وابقى الثلثين الباقين لأولاده، لذا فان مهمة الوصي تنحصر في التصرف بثلث الأموال العائدة للموصي باعتبارها وصية...." [1] ، كما قضت محكمة التمييز قي قرار اخر لها " ..... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف لاحكام الشرع والقانون، لان محكمة الموضوع وان اتبعت قرار النقض الصادر من هذه المحكمة...، الا انها توصلت الى نتيجة غير صحيحة اذ ان الثابت في الدعوى ان (المميز/ المعترض/ المدعى عليه) لم يقر بالوصية موضوع الدعوى، وبالتالي فلا يعتبر موافقاً على مضمونها مما يجعل اعتبار كامل حصته في التركة ضمن الوصية غير صحيح اذ انه في حالة اتجاه المحكمة الى رد اعتراض المميز شكلاً لوقوعه خارج المدة القانونية فالمقتضى تعديل الفقرة الحكمية في قرار المحكمة المعترض عليه..... وجعله بما لا يزيد ثلاث سهام

[1] حكم محكمة التمييز الاتحادية بعدد: 9042/ هيئة الأحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2017، ت1007 بتاريخ 2018/2/6م (غير منشور).

(المميز/ المعترض عليه/ المدعي عليه) في التركة، .... وحيث محكمة الموضوع سارت في حكمها المميز على خلاف ما تقدم نقضه.... وصدر القرار بالأكثرية" [1] .

المطلب الثاني

وقت تقدير التركة واعتبار الثلث فيها

لقد استعرضنا فيما سبق اراء الفقهاء وموقف القوانين المقارنة من حكم الوصية بحدود الثلث وما زاد عن الثلث وتبين لنا ان من يوصي بحدود الثلث تركته تكون وصيته صحيحة ونافذة دون ان يحتاج الى إجازة من الورثة، اما ان أوصى بما يزيد عن ثلث تركته تكون وصيته صحيحة الا انها موقوفة على إجازة ورثته ولكي نطبق هذه الاحكام نحتاج الى تحديد الوقت الذي تقدر فيه التركة، لنعرف ان كان محل الوصية في حدود ثلث التركة لتكون الوصية صحيحة نافذة دون الحاجة لاجازة الورثة ام انه، جاوز ثلث التركة فتكون الوصية موقوفة على إجازة الورثة فيما يخص الزائد عن الثلث وقد حصل خلاف فقهي في تحديد الوقت الذي تقدر فيه التركة وذلك على ثلاث اراء كما يلي:-

الرأي الأول: ذهب أصحابه الا ان الوقت الذي تقوم فيه التركة لتحديد ثلثها هو الوقت الذي أنشئت فيه الوصية، واستدل أصحاب هذا الرأي من ان الوصية جري قياسها على النذر، فلو فرضنا ان الناذر قد قال اني نذرت ثلث المال الذي املكه فحدد الثلث من ماله من يوم نذره فمثله الوصية يتحدد ثلث التركة بالوقت الذي تنشئ فيه، ولقد تم الاعتراض على وجه الاستدلال من ناحيتين: الناحية الأولى/ ان قياس الوصية على النذر قياس غير سليم ففي الوصية يستطيع الموصي ان يرجع عن وصيته ولكن مع النذر الامر يختلف فلا يجوز للناذر ان يرجع فيما نذر وايضاً وقت لزوم ونفاذ النذر يختلف عن وقت لزوم ونفاذ الوصية، حيث انه في النذر وقت اللزوم والنفاذ يبدأ من اللحظة التي يصدر فيها صيغته، اما وقت لزوم ونفاذ الوصية فيبدأ

[1] حكم محكمة التمييز الاتحادية بعدد: 166/ الهيئة الموسعة المدنية، 2011م، (غير منشور).

وقت وفاة الموصي [1] ، اما من الناحية الثانية فان اخذنا بهذا الرأي فسوف يؤدي هذا الرأي الى حرمان الورثة من حقهم في الميراث فان أوصى رجل بخمسة ملايين دينار وكان يملك خمسون دينار ثم فقد الرجل قبل وفاته مبلغاً كبيراً من ماله ولم يتبق له الا خمسون مليون دينار فقط، فحسب هذا الرأي يكون المبلغ الذي تبقى للموصى له ولا يتبقى للورثة أي شيء من التركة فيتضرر الورثة ضرراً كبيراً في هذه الحالة [2] وهذا قول بعض الشافعية والظاهرية [3] .

الرأي الثاني: ذهب أصحابه الى ان الوقت الذي تقوم فيه التركة لتحديد ثلثها هو ليس وقت الوصية وانما وقت تقسيم التركة وفرزها والسبب في ذلك يعود الى ان وقت القسمة هو الوقت الذي بالفعل تنفذ فيه الوصية وهو ايضاً الوقت الذي يستقر فيه الملك لذا يعد الوقت المعتبر لتقويم التركة وتحديد ثلثها وهذا رأي بعض الاحناف [4] والمالكية [5] وبعض من الحنابلة [6].

الرأي الثالث: وذهب الى ان وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها يكون بوفاة الموصي لا الوقت الذي تنشأ فيه الوصية ولا قسمة التركة وفرزها والعلة من ذلك ان الوصية ليست بلازمة ولا تنتج اثراً الا وقت وفاة الموصي، فيكون وقت الوفاة هو الذي يعتد به أصحاب هذا الرأي لتقويم التركة وتحديد ثلثها فأن تأخر في القبول عن وقت وفاة الموصي يثبت الملك للموصى له مستنداً في ذلك الى وقت وفاة الموصي [7] ، والقائل بهذا الرأي هم بعض الاحناف [1] واكثر الحنابلة [2] والشافعية في الأشهر عندهم [3] والامامية [4] .

---

[1] محمد عبدالهادي عبدالستار، احكام الوصية وموجز احكام الوقف في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص143، و د. أنور محمود دبور، احكام الوصية في الفقه الإسلامي والقانون، مصدر سابق، ص119، 120

[2] محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والاوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، ط3، مطبعة دار التأليف، مصر، 1967م، 142، ومحمد نجيب عوضين المغربي، احكام الوصية والوقف في الفقه والقانون، دار الثقافة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص152، والشحات إبراهيم محمود منصور، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، مطبعة بحيرة، دون تاريخ نشر، ص126

[3] شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي وشهاب الدين احمد البرلي، حاشيتا قليوبي وعميرة على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين، ج4، تحقيق عماد زكي البارودي، دار التوفيقية للتراث، القاهرة، 2010، ص249.

[4] محمد بن احمد بن ابي سهل شمس الائمة السرخسي، المبسوط، ج7، دار المعرفة، بيروت، 1993م، ص11و12

[5] ابن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، مرجع سابق، ص427

[6] ابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، مصدر سابق، ص294

[7] محمود بلال مهران، احكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون ، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2003م، ص107

موقف القوانين المقارنة: اما عن موقف القوانين المقارنة فقد اختلفت التشريعات القانونية فيما بينها وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها فنصت المادة (274/ب) من قانون الأحوال الشخصية الأردني 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 يتبين لنا ان المشرع الأردني قد اخذ برأي جمهور الفقهاء أي ان وقت موت الوصي هو الوقت المعتبر لتقويم التركة وتحديد ثلثها، بينما نجد ان قانون الأحوال الشخصية الاماراتي لم يحدد الوقت الذي تقوم فيه التركة لتحديد ثلثها أي انه أحال هذه المسألة الى المادة (2/ف3) أي الى احكام الفقه الإسلامي وانه قد رسم الطريق للقضاة في اختيار المذاهب الإسلامية حيث يلزم القضاة بالحكم بمقتضى المشهور في مذهب الامام مالك فان لم يجد الحل فيه فمبقتضى مذهب الامام الشافعي ثم مذهب الامام ابي حنيفة وعليه فان القانون الاماراتي قد اخذ بالرأي الثاني الذي يعتبر وقت تقويم التركة لتحديد ثلثها هو وقت تنفيذ الوصية لانه وقت استقرارها وتعلق الموصى له بمحلها وهو رأي المالكية كما سبق وان تم بيانه، اما قانون الوصية المصري فلم يتطرق لوقت تقويم التركة لتحديد ثلثها لمعرفة ما اذا كان محل الوصية في حدود ثلثها ام زائد عنه، وكذلك مشرعنا العراقي فلم ينص على الوقت التي تقوم فيه التركة لتحديد ثلثها ومعنى ذلك انه قد ترك هذه المسألة الى مبادى الشريعة الإسلامية الأكثر تلائماً مع قانون واحكام الفقهاء استناداً الى المادة (1ف2,3) من قانون الأحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959هـ وبتتبعنا لاحكام القضاء العراقي نجد ان القضاء قد عمل على الاخذ بوقت موت الموصي لتقويم التركة وتحديد ثلثها، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في احد قرارتها "..... ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ان المدعوة (ف) كانت قد استصدرت حال حياتها حجة الوصية المرقمة 1999/42م في 1999/2/20 من محكمة الاحوال الشخصية في الكرادة، وتضمنت

---

(1) مرجع سابق، ص120و121

(2) منصور بن يونس بن ادريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار التراث للنشر والتوزيع، القاهرة، ص35

(3) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع، المجلد الثاني، القديس للنشر والتوزيع، القاهرة، 2012-2013م، ص199

(4) محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللمعة الدمشقية (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، ج5، مؤسسة النشر الإسلامي، قم-ايران ، دون تاريخ نشر، ص37

ايصائها بثلث اموالها المنقولة وغير المنقولة الى ابن اختها المدعي (ع) ثم توفيت الموصية في 2006/8/20م على تلك الوصية ولم ترجع عنها ولذا تعد الوصية المذكورة نافذه يحق ورثتها ويلزم تنفيذها وتشمل ثلث اموالها المنقولة وغير المنقولة بتاريخ الوفاة وفق احكام المواد (1108) من القانون المدني والرابعة والستين لغاية الرابعة والسبعين من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959م، و(249-255) من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971م، وبالتالي يتعين على محكمة الموصوع التصدي الى موضوع الدعوى في ضوء احكام المواد اعلاه ودفوع ومستندات الطرفين، والتثبت ان كانت العقارات موضوع الدعوى عائدة الى الموصية بتاريخ الوفاة من خلافه، وهل تم التصرف بها من قبل الورثة بعد الوفاة... ثم اصدار الحكم الذي يتراءى لها بعدئذ فقرر نقض الحكم المميز..." [1] ، وكما توضح لنا ان القضاء قد عمل على الاخذ بوقت وفاة الموصي لتقويم التركة وتحديد ثلثها الممكن ان تصدر احكام متعارضة في هذه المسألة وذلك لوجود نقص تشريعي بخصوص المسالة محل البحث، لذا نقترح على مشرعنا العراقي تشريع نص يحدد لنا وقت تقويم التركة وتحديد ثلثها.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة المتعلقة بمحل الوصية توصلنا الى جملة من الاستنتاجات المتعلقة بهذا الموضوع وتبلورت لدينا مجموعة من المقترحات التي تساعد في تنظيم هذا الموضوع تشريعياً والتي يمكن اجمالها فيما يأتي:-

الاستنتاجات :-

1- الوصية قربة من القربات التي يتقرب بها الانسان الى الله تعالى في اخر عمره ليزيد من حسناته وليتدارك بها ما فاته من تقصير وبر بالناس ويفضل ان تكون في جهات الخير في المساجد والمصالح العامة لتكون صدقة جارية وفي الأقارب المحتاجين غير الوراثين.

[1] حكم محكمة التمييز الاتحادية بعدد: 2579/ استئنافية عقار/ 2009م بتاريخ 2009/9/15م،(غير منشور).

2- الكثير من شروط محل الوصية لم يرد بها نصوص في قانون الأحوال الشخصية ومن بينها ما يأتي:

أ- تحديد وقت وجود محل الوصية بكل صورة في ملك الموصي.

ب- وقت تقدير التركة وتحديد الثلث منها.

3- يتفق قانون الأحوال الشخصية مع القوانين المقارنة في صحة الوصية للوارث في حدود ثلث التركة دون الحاجة الى إجازة باقي الورثة.

4- يتفق قانون الأحوال الشخصية العراقي مع قانون الوصية المصري في جواز الوصية بكل التركة او بما زاد عن ثلثها ان لم يكن للموصي وارثاً فالوصية صحيحة ونافذة دون حاجة الى ممثل بين المال (الخزانة العامة) والمصدر الفقهي للقانونين المذكورين هو مذهب الحنفية ومن وافقه الذين ذهبوا الى ان من لا وارث له يستطيع الوصية بكل التركة ولا يؤثر ذلك في ان بيت المال وارث من لا وارث له.

ثانياً- المقترحات:

5- ندعو المشرع العراقي الى تحديد وقت وجود محل الوصية في ملك الموصي وبكل وصوره لكي تصح الوصية وعدم ترك هذه المسألة لاحكام الفقه الإسلامي بالجملة، وذلك لتجاوز الخلافات الفقهية ومنعاً من تعارض الاحكام القضائية، كما ندعو المشرع العراقي الى تشريع نص يحدد شروط الاجازة الصادرة من الوارث للوصية بما يزيد عن ثلث التركة، اسوة بما فعل المشرع المصري في المادة (37) من قانون الوصية المصري.

6- نتمنى على المشرع العراقي ان يحدد بموجب نص قانوني صريح وقت تقدير قيمة التركة وتحديد الثلث فيها، وحبذا لو يتم الاخذ بما ذهب الشافعية في المشهور عندهم ومن وافقهم الذين قالو بان الوقت المعتبر في تقدير التركة وتحديد الثلث فيها هو وقت موت الموصي.

المصادر والمراجع

القران الكريم

اولاً: مصادر السنة النبوية

1. الامام الحافظ، أبي عبدالله محمد بن يزيد الربعي ابن ماجه القزويني، سنن ابي ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، ج2، دار احياء الكتب العربية، فيصل عبيسى، 2009م.
2. الامام ابي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النبساوري، صحيح مسلم، تحقيق عصا الضابطي وحازم محمد وعماد عامر، ج6، دار الحديث، القاهرة، 2001م.
3. علي بن عمر أبو الحسن القرطبي البغدادي، سنن القرطبي، ج4، كتاب الوصايا، دار المعرفة، بيروت، 1966م.
4. احمد بن الحسين بن علي بن موسى بن أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، ح6، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، مكتبة الباز، مكة المكرمة، 1994م.

ثانياً: مصادر الفقه الإسلامي

5. والامام محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج12، ط3، مكتبة الارشاد، جدة، 1985م، ص404، محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، ج28، تحقيق: علي الاخوندي، ط7، دار احياء التراث العربي، دون مكان نشر، 1955م.
6. الشيخ عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني، اللباب في شرح باب الكتاب، ج٤، ط٤، مطبعة علي صبيح وأولاده، القاهرة.
7. و د. يوسف محمود قاسم، الحقوق المتعلقة بالتركة في الفقه الاسلامي، ط٤، القاهرة، ٢٠٠٨.
8. أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج1، ط1، مطبعة الاداب، النجف، 1969.
9. برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل القرغاني المرغيناني، بداية المبتدي في فقه الامام ابي احمد، مكتبة ومطبعة محمد عني صبيح، القاهرة، ابي البركات احمد بن محمد بن احمد بن محمد الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج10، دار المعارف.
10. شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، ج3، شركة ومكتبة مصطفى البابي وأولاده، القاهرة، 1958م.
11. موفق الدين ابي محمد عبدالله بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج2، تحقيق صلاح الدين محمود السعيد، ط1، دار الغد الجديد، القاهرة.
12. الامام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار المكتبة العلمية، بيروت، 1986م.

13. العلامة الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون تاريخ نشر.

14. أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج6، ط2، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، بيروت.

15. ابي محمد علي بن احمد بن سعيد ابن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى بالاثار، ج9، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دون تاريخ نشر.

16. الامام ابي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب الماوردي، الحاوي الكبير، ج10، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دون تاريخ نشر.

17. محمد بن إسماعيل الأمير الكحلاني الصنعاني، سبل الإسلام، ج3، ط4، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، 1960م.

18. أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، المجموع المهذب- هو شرح النووي لكتاب المهذب للشيرازي، ج2، مكتبة المسجد النبوي الشريف.

19. محمد بن عبد الخرشي المالكي أبو عبدالله، الخرشي على مختصر سيدي خليل، ج8، دار الفكر للطباعة، بيروت.

20. شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، ج7، تحقيق: الأستاذ محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، 1994م.

ثالثاً: المصادر القانونية

21. صباح صادق جعفر، قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وتعديلاته، ط٧، مطبعة الزمان، بغداد ٢٠٠٠.

22. عبد العزيز رمضان سمك، احكام الوصية في الفقه الاسلامي والقانون المصري، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1998.

23. مصطفى إبراهيم الزلمي، الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي والقانون، المكتبة القانونية، بغداد، دون تاريخ نشر.

24. محمد مصطفى شلبي، احكام الوصايا والاوقاف في الفقه الإسلامي والقانون، ط3، مطبعة دار التأليف، مصر، 1967م، 142.

25. ومحمد نجيب عوضين المغربي، احكام الوصية والوقف في الفقه والقانون، دار الثقافة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص152.

26. والشحات إبراهيم محمود منصور، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون، مطبعة بحيرة، دون تاريخ نشر.

27. محمود بلال مهران، احكام الوصية والوقف في الفقه الإسلامي والقانون ، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2003م.

رابعاً: الاطاريح والرسائل الجامعية

28. محمد عادل قدوري، الوصية سبب لكسب الملكية في القانون الوضعي والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة- ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2021.

خامساً: القرارات التمييزية

29. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد: 166 في 2011، غير منشور.

30. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد: 9042 في 6\2\2018، غير منشور.

31. قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد: 2579 في 15\9\2009 غير منشور.

سادساً: القوانين

32. قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (15) لسنة 2019م.

33. قانون الأحوال الشخصية الاماراتي رقم (38) لسنة 2005م.

34. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959م.

35. قانون الوصية المصري رقم (71) لسنة 1946م.

36. قانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م.