رؤية قانونية في الوصية الواجبة

(دراسة تحليلية في القانون العراقي)

Legal vision in the obligatory will

(An Analytical Study on Iraqi Law)

م.م محمد سعيد السعداوي

كلية الامام الكاظم عليه السلام للعلوم الاسلامية الجامعة / اقسام الديوانية

albdiery@gmail.com

المستخلص

إن مساس الوصية الواجبة بأحكام الميراث ومقاديره المالية، جعل من مشروعيتها محل نظر، لدى المختصين والمكلفين. بل ولعل تقريرها قانونا خلف حرجا دينيا من جهة حليتها الشرعية، وتسبب في نزاعات مالية بين الورثة حولها.

وكان المشرع يسعى بإقراره الوصية الواجبة لمعالجة عدم حصول الأحفاد (المتوفي والدهم او والدتهم قبل وفاة والده او والدته المورثة) من ميراث جدهم أو جدتهم على نصيب، لحجبهم بطبقة الأعمام الاقرب لأولئك المتوفين، رغم مشاركة والديهم في بناء الثروة محل الميراث لكونها غالبا ما تكون ثروة عائلية التخليق، وان كانت فردية التسمية والعائدية، حتى كأنه صَيرها ميراثاً قانونياً قبالة الميراث الشرعي بما نظم لها من احكام. فبها ينتقل لأولاد الابن او البنت المتوفين قبل ابيهم او امهم استحقاقهم من ارث ابيهم او امهم، بأن تفترض حياة الابن المتوفي قبل وفاة (ابيه) الجد او الجدة عند توزيع تركتهم ليقدر له نصيبه ويعطى لأولاده (الاحفاد)، المفترض حرمانهم منه في نظم الميراث الشرعية.

لكنه توجه تشريعي غير مؤسس على متانة من ادلة شرعية، بل ومهملا للتوجهات الفقهية لعموم مكلفيه من العراقيين. فضلا عن معاناة نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي قررت الوصية الواجبة من عيوب صياغية وحكمية، بل تكاد تخفق احيانا في ايصال الاموال محل الوصية الى مستحقيها الفعليين. وهو ما تبنى البحث بسطه واقتراح ما يعدل ميله.

الكلمات المفتاحية : الوصية الواجبة، القانون، شرعًا، الاحفاد، تركة.

Abstract

The infringement of the obligatory will with the provisions of the inheritance and its financial amounts, made its legitimacy a subject for consideration by the specialists and taxpayers. Rather, its legal decision may have left a religious embarrassment on the part of its legal solution, and caused financial disputes among the heirs around it.

The legislator was seeking by approving the obligatory will to treat the non-obtaining of the grandchildren (the deceased father or their mother before the death of his father or his inherited mother) from the inheritance of their grandfather or their grandmother on a share, to withhold them by the class of uncles closest to those deceased, despite the participation of their parents in building the wealth in place of the inheritance because it is often wealth family creation, albeit individual nomenclature and familial. Even as if he made her a legal inheritance in contrast to the legal inheritance, according to the provisions that were organized for her. In it, it is transferred to the children of the deceased son or daughter before their father or mother their entitlement from the inheritance of their father or mother, by assuming the life of the deceased son before the death of (his father) the grandfather or grandmother when distributing their estate so that his share is estimated for him and given to his children (grandchildren), who are supposed to be deprived oF it in the legal inheritance systems.

But it is a legislative approach that is not based on solid legal evidence, but rather neglects the jurisprudential orientations of the general duty of Iraqis. In addition to the suffering of the text of Article (74) of the Iraqi Personal Status Law No. 188 of 1959, as amended, which decided the obligatory will from formulative and judgmental flaws, it almost Fails at times to deliver the funds subject of the will to its actual recipients. Which is based on simple research and suggest what modifies his tendency.

Key words: the obligatory will, law, jurisprudence, grandchildren, heritage.

المقدمة

تُبنى الشريعة الإسلامية على مصالح، فردية و جماعية، رتبها الشارع الحكيم بأحكام تضعها موضع التحقيق، وتحميها السلطة العامة. ومن بينها أحكام الميراث التي تضمن انتقال الثروة من اموات المكلفين الى قرابتهم الاحياء، ومنه أخذت اهميتها. لذلك قررها الشارع بنظام وضعه، لا مجال واسع فيه لاجتهاد مجتهد، لينحصر

دور الاخير في كشف قواعد نظام الارث وتطبيقها.

ولمساس الوصية الواجبة بأحكام الميراث، بات من الاكيد ان تكون ومشروعيتها محل نظر، لدى المختصين فقها وقانونا بخاصة، ولدى الناس الذين تعلق امرهم بها بعامة. وتقريرها قانونا قد خلفهم في حرج ديني من جهة حليتها الشرعية ، و تسببت لهم في نزاعات مالية حولها.

فقد عدل مشرع الاحوال الشخصية العراقي قانونه رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ الذي إجتهد فيه لجمع أهم المبادئ العامة لإحكام الأحوال الشخصية للمسلمين. وحرص على ما كان منها ناظما لإنتقال حقوق المورثين لخلفهم، فأضاف نصاً جديداً للقانون ولفصل الوصية في باب الايصاء، وذلك بالمادة(٧٤) بموجب قانون التعديل الثالث للقانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩، والذي سرت احكامه من تاريخ نشره، على وفيات الأجداد والجدات، التي تقع بعد نفاذه [1].

لتقرر المادة (٧٤) الوصية الواجبة بنصها على انه: "١-اذا مات الولد، ذكرا كان ام انثى، قبل وفاة ابيه اوامه، 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 لا تتجاوز ثلث التركة. ٢ – تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة (١) من هذه المادة، على غيرها من الوصايا الاخرى، في الاستيفاء من ثلث التركة".

الأمر الذي دفعنا للبحث فيها لا من تلك الزاوية التي تأخذنا لتقرير حليتها من عدمه، فذلك باب ليس لنا الحق الشرعي والعلمي لدلوفه الا بالقدر الذي يتطلب بحثنا في موضوعه، بل من الناحية التشريعية القانونية التي نشأت فيها الوصية الواجبة مثيرة لما اشرنا ولغيره من اثارات ومشكلات تطبيقية قانونية واجتماعية. ساعين لتلمس مواضع الضعف فيها بغية وضع ما امكننا من حلول قانونية نراها مناسبة لها. من خلال خطة صغناها من مطلبين، بينا في الاول منهما مفهوم

الوصية الواجبة بالتعريف بها والوقوف على مستندها الشرعي الذي برر تشريعها. ثم فصّلنا في الثاني احكامها القانونية التي طالت مستحقيها وانصبتهم و ترتيبها بين امثالها. لنتوقف في اثناء ذلك عند بعض من الرؤى المؤثرة فيها، ونسجل في الختام اهم ما رشح لدينا من نتائج ومقترحات سائلين المولى التوفيق حامدين له على ما وفق.

المطلب الاول

مفهوم الوصية الواجبة

اذا كانت الوصية الواجبة من المسائل العصرية شرعا وقانونا، فان من المفترض فيها انها قد جاءت لتنظيم شأنا محل ابتلاء في احوال المواطنين المسلمين الشخصية، بل لإدراك المشرع القانوني للحاجة لمثله ضابطا ومعالجا لما قد يخلفه من نزاعات تؤذي الاستقرار النفسي والمالي الاسري. لكن الخوض في تفاصيل الوصية القانونية يستلزم ابتداء التعرف على مفهومها بسوق تعريفا بها وبسندها الشرعي، وهو ما سنبحث به في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول

التعريف بالوصية الواجبة:

ان فكرة الوصية الواجبة شرعية الاصل [٢]، لكنها بمسماها من وضع المشرع القانوني. لذا أثارت رؤى شرعية مختلفة تتجه من الانكار والرفض الى القبول والتأييد [٣]. وكان تشريعها قد بدأ في القانون المصري، المشرع الأول للوصية الواجبة في قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المعدل[٤]، ثم تلقفتها بالقبول والنص عليها التشريعات العربية الأخرى، حتى لا يكاد تشريعاً يخلو منها [٥] .

والباحث عن تعريف محدد لمصطلح الوصية الواجبة في المعاجم اللغوية لا يجد ضالته فيها، كونها تنتهج التعريف بالكلمات لا بالعبارات والمصطلحات، ومجاراة لهذا المنهج نتعرف على تعريفها للوصية والوجوب. فالوصية في اللغة "مشتقة من قولهم؛ وصى الشيء بالشيء، يصيه؛ اذا اوصله به، واراضي واصية؛ كثيرة النبات. وتأتي الوصية ايضاً بمعنى العهد والاسم من وصى، الوصاة، والوصايا، والوصية. وجمع وصية وصايا، وجمع وصي اوصياء"

[٦]. اما الوجوب فمِنَ "مَنْ وَجَبَ الشيء، يجب وجوباً، اي لزم، اوجبه، واوجبه الله، واستوجب اي استحقه" [٧].

ومن الجدير بالذكر ان الايصاء يعم الوصية والوصايا في اللغة، الا ان الفقهاء فرقوا بينهما حيث اطلقوا الوصية على التبرع بالمال بعد الموت، والوصاية على من عهد به الى غيره بالقيام ورعاية شؤونه من بعده فيسمى وصياً [٨]، وتبعهم في ذلك قانون الاحوال الشخصية العراقي [٩].

فيعد جمهور فقهاء الشريعة الوصية الواجبة وصية الشخص بإيفاء ما عليه من حق واجب لله أو للناس من تركته بعد وفاته عندما لا يقوم دليل على ثبوت هذا الحق بذمته [١٠]. لكننا نرى ان ما يدون في الوصية من حقوق للغير على المتوفي (الموصي) سيكون اقرارا منه بالدين لهم، وهو ما يخرجه من حكم الوصية ليدخل في حكم الديون على المتوفي، ليخرج من التركة اولا بالسداد أيا كان مقداره ولا يعود مقيدا بثلث التركة او مزاحما من انصبة الموصى لهم كما هي احكام الوصية [١١]. وينفرد بعضهم باعتبارها، الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب [١٢].

بيد ان قانون الاحوال الشخصية العراقي وان كان يعرف الوصية في المادة (٦٤) منه بانها: "تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت"، لكنه لم يورد تعريفا للوصية الواجبة. لكن الفقه عادة ما يتولى تعريف المصطلحات، فعرفها البعض[١٣]، بأنها:" تمليك نصيب معلوم من التركة جبراً لفرع الولد الذي مات في حياة مورثه بشروط مخصوصة". ويعرفها بعض آخر بانها: "افتراض وصية الجد او الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم او والدتهم اذا مات الوالد او الوالدة قبل وفاة الجدة او الجد، او معه، على ان لا تزيد هذه الحصة على ثلث التركة". والوصية بهذا المعنى إفترض القانون وجودها، ويُلزم القاضي بالحكم بها وبتنفيذها سواء أوصى المتوفى أو لم يوصي [١٤].

ويسعى المشرع المصري – ولعله كذلك لدى العراقي [١٥]– بالوصية الواجبة لمعالجة عدم حصول

الأحفاد من ميراث جدهم أو جدتهم على نصيب، لحجبهم بطبقة الأعمام الاقرب لأولئك المتوفين، رغم مشاركة آباءهم في بناء الثروة محل الميراث لكونها غالبا ما تكون ثروة عائلية التخليق، وفردية التسمية والعائدية. مستهدياً بمحبة الجد او الجدة – المفترضة بحسب الطبيعة – لأحفادهم، ورغبتهم الاكيدة في اعطائهم مما سيصبح ارثا للعائلة نصيبا، لعلمهم المفترض ايضا بالحكم الشرعي الإرثي الذي سيحرمهم منها، مع حاجتهم لذاك المال في تجاوز ما قد يطرأ عليهم من حاجة. تلك الرغبة التي لم ينفذوها تقصيراً او تماهلاً، فتولى المشرع الوضعي استنتاجها وتنفيذها، لضرورات واقعية ومقاصد شرعية ملجئة، سيما وان الشكوى في المحاكم قد تزايدت من عدم ترجمة تلك الرغبات الى فعل من الاجداد حال حياتهم او من الاعمام والورثة بعد وفاتهم [١٦]. وحيث ان الأصل في الوصية الاختيار، فقد وصفت هذه الوصية بالوجوب في مقابلة الوصية الاصل، ايجاب من القانون لا من الشرع. لتُخرج السلطة التشريعية جزء من ثروة المتوفي بغير ارادته واختياره إلى غير ورثته رغما عن ورثته [١٧] .

ونلاحظ ان المشرع العراقي للوصية الواجبة لم يصرح بفسلفته في تقنينها، فلم ينص قانون التعديل الثالث الذي جاء بالمادة (٧٤) محل البحث على اسبابه الموجبة لتعديل قانون الاحوال الشخصية بإضافتها، وبذا لم ينتهج ذات المنهج الذي سار عليه المشرع المصري في صراحته في بيان ذلك. الامر الذي يضع الباحث عن رؤية المشرع وفلسفته التشريعية مضطرا لافتراضها، حيث لا يسعفه النص على استنطاقه بها لقصره وارتباك معالجته وتشتتها بين نظامي الارث والوصايا، كما سنبين لاحقا.

ورغم ذاك، نرى المشرع المصري – وكما العراقي – قد أعطاهم (الاحفاد) دون النظر في صدق حاجتهم، فلم يشترط تلك الحاجة او الفقر، لا نصا و لا روحا، حتى تتولى المحكمة التحقق منها [١٨]. فلعل ابوهم قد تركهم اغنياء، او قد يكونوا كذلك بالقياس لأعمامهم او ورثة جدهم

الفقراء. لتعود مشاركة الاحفاد في ميراث جدهم او جدتهم رغم عدم حاجتهم المالية إثرة قانونية غير مبررة، وتقليل لأنصبة الورثة لتكثيرهم بالأحفاد، او صرفاً عن صرف جزء من التركة في اوجه الخير تلافياً لتقصير المتوفي المؤكد في تحصيل الثواب لنفسه في حياته، او إستزادة فيه. بل ان الوجه الاخير قيدٌ في الوصية انشاءً وتنفيذاً، كما هو الثابت قرآنياً في قول الرحمن تبارك: "كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّة لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بالمعروف حقاً على المتقين" [١٩] .

ومن الملاحظ ان القانون العراقي يشتمل على وصية واجبة اخرى، حيث يجيز قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل للزوجين ان يطلبا ضم صغير يتيم الابوين او مجهول النسب اليهما [٢٠]، لكنه يلزمهما في المادة (٤٣/ ثانياً) :" بالإيصاء له بما يساوي حصة اقل وارث على ان لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها" [٢١]، كأحد الاثار التي تترتب على ضم الصغير.

وقد حكمت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها ، بأن :(.. الصغير (م ع ج) كان قد تبناه (ع ج م) بموجب الحجة الصادرة من محكمة الاحوال الشخصية... وقد اوصى للصغير المذكور بثلث امواله المنقولة وغير المنقولة على ان تكون زوجته وصية على تنفيذ ثلث التركة ولما كانت (م س) قد توفيت فان الصغير المتبنى المذكور يستحق ثلث تركتها استناداً لأحكام المادة (٤٣) ثانياً من قانون رعاية الاحداث رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣) [٢٢]. عليه يكون الايصاء الزام على الزوجين للصغير الذي ضموه في حياتهما، وبخلافه تكون وصية واجبة بعد ممات اي منهما.

فتلك وصية واجبة ثانية ترد في القانون العراقي، تالية في التشريع للأولى المقررة في قانون الاحوال الشخصية، بل وفي التنفيذ عند التزاحم. فالنص على تقديم الاولى على جميع الوصايا الوارد في المادة (٧٤/ ٢) من قانون الاحوال الشخصية مطلق، وحيث ان المطلق يجري على اطلاقه – كما الثابت – فوصية قانون الرعاية

وان كانت واجبة لكنها لم تربط بنص على تقديمها كالأولى. وحيث ذاك، تكون داخلة في اطلاق عبارة (جميع الوصايا)، فمؤخرة في التنفيذ من تركة من ضمهم على ما يكون لأحفاد له من وصية واجبة.

لنورد في هذا الموضع على المشرع اشكال، في انه في اي من القانونين (الاحوال الشخصية و رعاية الاحداث) لم يحدد حيز التنفيذ المالي لتنفيذ الوصيتين في حال اجتماعهما في تركة واحدة، هل يكون في حدود ثلث واحد من التركة، ام كل منهما يمكنها التمدد حتى تستوعب منفردة ثلثا. فتنفيذهما معا في حدود ثلث واحد لا يضمن تمام الاستحقاق للصغير المضموم لان الوصية له مؤخرة في النفاذ والاستحقاق عن وصية الاحفاد، كما يفهم من نص المادة (٧٤/ ٢) من قانون الاحوال الشخصية من اطلاق تقديم الوصية الواجبة للأحفاد على غيرها من الوصايا، وعدمه في نص المادة (٤٣/ ثانياً) من قانون رعاية الاحداث، ومن قاعدة تنفيذ الوصايا الذي يكون في ثلث واحد مهما تعدد [٢٣]. اما تنفيذ كل منهما في ثلث خاص بها فيخلف جورا على الورثة، اذ قد يقلص من التركة الى ثلث قيمتها المتبقي بعد تنفيذ الوصيتين الواجبتين، وما الحل اذا توفرت اكثر من وصية للأحفاد واكثر من وصية لصغار مضمومين.

الفرع الثاني

السند الشرعي للوصية الواجبة

بين المشرع المصري انه أسند تشريعه للوصية الواجبة بأدلة استقاها من الفقه الاسلامي، لعل ابرزها اقوال فقهاء بوجوب الوصية على كل مكلف، ووجوب الوصية في مال المتوفي غير الموصي في فقه ابن حزم الظاهري، اضافة للقاعدة الفقهية التي تعطي ولي الأمر صلاحية الأمر بالمباح كلما رأى في ذلك تحقيقا للمصلحة العامة [٢٤] .

ويلاحظ ان من قالوا بوجوبها – على قلتهم وانفرادهم- لم تتفق احكامهم فيها، بين من اوجبها على الميسورين لا على غيرهم [٢٥]، ومن اوجبها للوالدين غير الوارثين لا لغيرهم، وبين من يضيف للوجوب

الديني امكانية الايجاب القضائي [٢٦]. كما لم يحدد عمومهم مقدارا معينا لها[٢٧].

بينما ذهب الامامية [٢٨]، و جمهور؛ الحنفية [٢٩]، والمالكية [٣٠]، والشافعية [٣١]، والحنابلة [٣٢]، إلى أنها مندوبة وليست واجبة، إلا - على قول- في حقٍ مستحَقٍ على المكلف لله، أو للعباد في دين أو وديعة[٣٣]. بل هناك من قرر إجماع العلماء على الاستحباب و جعل القائلين بالوجوب شاذين عنه ولا يعدون خلافاً[٣٤]. وبه تكون الوصية فقها مسألة خلافية، لا اتفاق على وجوبها على الاقل.

أما فيما يخص مذهب ابن حزم فيها – مستند القانون المصري- فهو مذهبٌ مستقلٌ في وجوبها، وعلى تفصيل؛ بوجوبها بشيء من مال المتوفي متروك تحديده للورثة او الوصي بما لا إجحاف فيه على الورثة[٣٥]، للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، إما لمانع من موانع الإرث (كاختلاف الدين) أو لحاجب من الميراث من وارثٍ أقوى من المحجوب قرابةً بالنسبة للأقربين. اذ بعد وجوبها في القران الكريم –كما يعتقد اصحاب المذهب- يكون ترك المتوفى لها ظلمٌ بحق الوالدين والأقربين الذين لا يرثون، وحيث ان رفع الظلم واجب على القضاء، فانه يَفترض الوصية رغم عدم صدورها من المتوفي بحياته فعليا [٣٦]. فهو اذاً لم يخص بها الأحفاد بل جعلها لجميع غير الوارثين من الاقرباء، وهو خلاف الوجوب الذي اوجده القانون بتعيينها بالأحفاد وبعدمه في غيرهم، كما انه –أي الظاهري- لم يحددها لا بالثلث كما القانون ولا بغيره، انما ترك ذلك لمستحق التركة بما يرضاه وما ليس فيه اجحاف. بما يشي ان لا صحة لاستناد المشرع المصري في وصيته الواجبة على رأي فقهي مسند لابن حزم او لغيره، فما من تجنٍ ان قيل انها اجتهاد لواضعي القانون [٣٧]. وان قيل قد بقي لها من قاعدة ولي الامر سند لإقرارها، قيل ذاك امر لا يخلو من تشكيك في انطباق القاعدة على الوصية الواجبة، أو امتداد صلاحية ولي الامر لها [٣٨] .

ففي التقنين من الفقه الاسلامي، عندما تتعدد الآراء الفقهية في مسألة

معينة، يجب ادخال الأصلح منها للتقنين بمعايير من؛ قوة في الدليل الشرعي، وامكانية للتطبيق، وقرب للعدالة، من خلال عمل اجتهادي يتطلب معرفة شرعية وخبرة بأحوال الناس العملية [٣٩].

بيد ان المشرع العراقي لم يعلن ما دعاه لتقرير الوصية الواجبة من اسباب، لنعتقد انه اجتهاد لواضعه، مع انه لا يخلو من اتباع المشرع المصري فيها، اذ كان قد اخذ منه او تبعه في تشريعها، او على الاقل لم يوضح مخالفته له لئلا يحسب عليه تشريعا وتسبيبا. وبالتالي يمكن ان يقال عنه ما قيل على مصدره المصري، في استناده الشرعي غير المؤسس على متانة من ادلة، فضلا عن اهماله للتوجهات الفقهية لعموم مكلفيه من العراقيين، اذ ان اغلبهم اما امامية او احناف كما هو معلوم.

والحقيقة ان الوصية الواجبة تدور حكما بين الوصية و الميراث. فرغم تشابهها معهما، إلا أنه لا يمكن عدها وصية بالمعنى الخاص لخروجها على نظام الوصايا، كما أنها لا تعد ميراثا لاختلافها معه. إذ انها تشبه الوصية الاختيارية في وجوبها في حدود الثلث من التركة، وتقدمها على الميراث. في حين انها تختلف معها، من حيث تتشابه مع الميراث، في أنها توجد و لم ينشئها المتوفى، ولا تحتاج إلى قبول من يستحقها ولا ترتد برده لها، وتقسم قسمة الميراث. ولكنها ايضا تخالف الميراث في أنها تعويضا لمستحقيها عما فاتهم من ميراث أصلهم، وهو وجب ابتداء كحق لا كعوض. وتنحصر في ثلث التركة بينما ينفذ بكلها [٤٠] .

الامر الذي دفع البعض[٤١]، الى تقييمها بالنظر لسببها الباعث وغرضها المرجو وغايتها، بانها تتجه نحو الميراث، وبها جعل القانون لأولاد من يموت في حياة أي من والديه او كلاهما ميراثاً مفروضاً، كما الذي يستحقه لو بقي حيا بعد وفاة أصله، لكن بقيد عدم تجاوز ثلث التركة، وهو ما يُصَير الوصية الواجبة ميراثاً قانونياً لا شرعياً. وبناء على إنها لا تتوافر على مقومات الوصية الاختيارية من عدم الإيجاب من الموصي والقبول من

الموصى له، كذلك قرر بعض آخر[٤٢]، انها أشبه بالميراث، وما يعزز هذا انه يُسلك فيها مسلك الميراث، بتوزيعها على القاعدة الارثية للذكر مثل حظ الأنثيين، ويحجب فيها الأصل فرعه، وقيد حظ كل فرع فيها بنصيب أصله.

وفي ذات الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية في قرار لها [٤٣]، بتأكيدها بـ"...ما يستقيم معه القول بأن أحكام الوصية الواجبة تندرج ضمن أحكام المواريث العامة وتشكل معها وحدة واحدة..." .

المطلب الثاني

احكام الوصية الواجبة

يحمل نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي احكاما تفصيلية للوصية الواجبة. يقتضي البحث فيها تقسيمه لشأنيها الاساسيين؛ في استحقاقها من مستحقين وانصبة، وفي نزاعها مع غيرها من وصايا قد تكون صادره من المتوفي لاشتراكهما في مال التركة. وهو ما سنتولاه في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول / الاستحقاق في الوصية الواجبة

يقتصر استحقاق الوصية الواجبة على اولاد الابن او البنت المتوفية قبل المورث، ذكورا كانوا هؤلاء الاولاد او اناثا. ومصطلح (الاولاد) لا يمكن تفسيره الا في حدود الطبقة الاولى، اذ لو كان المشرع يريد امتداد الاثر الى الطبقات الاخرى نزولا لنص عليه فهو منهجه البين في المادة (٨٩/ ١) بأن حدد الوارثون بـ(الاولاد وان نزلوا). ووفق اسباب تشريع الوصية الواجبة – المفترضة – في القانون العراقي، لابد أن يسمح بنزول حكم الوصية الواجبة الى اولاد الاحفاد المستحقون بها لتوفيرهم علة الوصية كما وفرها الاحفاد، وكما فعل غيره من المشرعين العرب، وان كان بينهم خلاف في تحديد ذاك الامتداد [٤٤] .

بيد ان الاقتصار على الأحفاد دون غيرهم من الاقارب غير الوارثين يصيب تشريع الوصية الواجبة بالقصور الشرعي، اذ لا مذهب فقهي خصص الاقربين بالأحفاد، بما في ذلك مذهب الظاهري الذي اوجب الوصية للأقربين غير الوارثين ولم يخصص هؤلاء بالأحفاد، فضلا عن أن ذلك

يخرج الوالدين غير الوارثين منها، في حين ان النص عليهما قرآني الصدور في آية الوصية. فقد يتوفى ويترك أمًا أو أبًا أو غيرهم لا يرثون لمانع من موانع الإرث، كإختلاف الدين او الجنسية. او يصيبها ايضا بقصور في عدالتها – المفترض سعي كل مشرع اليها– اذا علمنا ان زوجة الابن يرث اولادها نصيب زوجها وهي لا ترث. وهو ما تداركته بعض القوانين، فقررت للأحفاد نصيبهم من ارث ابيهم لا نصيب ابيهم كاملا، مراعية بذلك باقي الورثة [٤٥].

وبالنظر الدقي في نص الفقرة (١) من المادة (٧٤) الناظمة للوصية الواجبة نجد ان المشرع قد وصف حالة الولد بـ(الموت) بنصها:(اذا مات الولد...)، فيما وصف حالة صاحب المال الجدة او الجد بـ(الوفاة) بنصه: (...قبل وفاة ابيه او امه...). وبذا يكون المشرع قد استخدم لوصف الحال نفسها وفي ذات النص مصطلحين؛ (الموت) و(الوفاة). وحيث ان المشرع حصيف، والحصافة تفترض الاشارة الدقيقة للأحوال بمصطلحات دالة توصل المعنى المحمول عليها الى المخاطب سواء مكلف او منفذ للنص، ولا تتداخل فيما بينها، لئلا تخلق حالة اختلاط والتباس في المراد القانوني منها، اذ لا محل للترادف في النص القانوني لدقته المشترطة لصحة التطبيق. وهنا يثور التساؤل عن غاية المشرع بتفريقه في وصف الحال او الحدث بين الابن والاب، الذي لم نصل الى اجابة له من استقرائنا للنصوص القانونية ذات الصلة في قانوننا هذا والقانون المدني العراقيين، لذا للسلامة التشريعية نقترح وصف كلا الحالين بمصطلح (الموت) لدقته واستقرار المنظومة القانونية على استعماله [٤٦] .

وبينما نجد المشرع في نص المادة (٨٦/ ج/ ١) قد عالج الموت بتفصيل باشتراطه: (موت المورث حقيقة او حكما)، وذاك تفصيل لم تحظى به (وفاة المورث) في النص المبحوث (للمادة ٧٤/ ١). الامر الذي يثير تساؤلا عن كون الموت اللاحق بالابن والمشترط لوقوع الوصية الواجبة في نص المادة اعلاه، حقيقة ام حكما [٤٧]،

ام شاملا لكليهما. ولا ضابط له من التوجه التشريعي في القانون، لنسجل اعتراضنا على القصور في دقة بيانه، وهو ما يستلزم برأينا الحاجة لإعادة النظر التشريعي في النص وتعديله بما يضمن توحيد المصطلحات فيه وتحديد نطاق دلالتها بدقة مانعة للالتباس. ولنقترح شمول الوصية الواجبة لحالتي موت الابن والمورث حقيقة او حكما، كما سارت قوانين عربية عديدة بهذا الاتجاه [٤٨] .

وبالعودة لتتبع اشتراطات الوصية الواجبة نرى ان النص تطلب وقوع موت الولد قبل وفاة امه او ابيه المورث. وحيث ان القبْليةَ الزمانية هنا واضحة ومحدده، فتكون مانعة للوصية الواجبة في حالة موتهما معا (موت الولد مع ابيه او امه)، وهو امر وارد حصوله في الحوادث المعروفة كالتفجيرات و الحرائق او حوادث السيارات او ما يماثلها. وفيها يحرم الولد من ارث ابيه الذي لا يستحقه الا بالبقاء حيا بعده [٤٩]، فنكون امام حكم مماثل لحالة موت الابن قبل امه او ابيه المورث. وباقتصار الوصية الواجبة للأحفاد على حالة موت ابيهم قبل جدهم او جدتهم المورثين دون حالة موته معهما، يخالف القانون قاعدة حكم الامثال فيما يجوز ولا يجوز واحد، ويخالف ايضا علة الوصية الواجبة اصلا، ففكرة تعويض الحفيد عما افتقد من الارث بفقد أبيه، علتها قائمة بموت الأب مع أصله، أو لسنا في مقام الوصايا لا الميراث؟.

وعليه نؤشر لقصور قانوني آخر هنا لندعو المشرع مجددا في النص على حالة موت الابن مع المورث في ذات الحين بإضافة عبارة (او معها) للنص ليكون النص الجديد :(.. قبل وفاة ابيه او امه او معها...)، سيما وان في القوانين العربية من اخذ بذلك كالمصري والسوري وغيرهما [٥٠] .

وبالوصية الواجبة ينتقل لأولاد الابن او البنت المتوفين قبل ابيهم او امهم استحقاقهم من ارث ابيهم او امهم، بأن تفترض حياة الابن المتوفي قبل وفاة (ابيه) الجد او الجدة عند توزيع تركتهم ليقدر له نصيبه ويعطى لأولاده (الاحفاد). فنص الفقرة (١) من المادة (٧٤) يحكم بانه : " 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..."، بما لا يتجاوز الثلث من كل تركة الجدة او الجد المتوفي، ويوزع بينهم كما يشترط النص "حسب الاحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة"، وفق قاعدة قسمة الميراث؛ للذكر مثل حظ الانثيين، فان زاد عنه كان الزائد موقوفاً على أجازه الورثة [٥١].

فيلاحظ ان النص حاكم بأن "ينتقل استحقاقه - اي الابن- من الارث"، وهو ما يَفترض استحقاق الابن اولا من ارث ابيه، لينقله الى اولاده، الامر الذي يستلزم خلوه من الموانع. لنخلص الى نتيجة مضمونها ان توفر المانع في الابن المتوفي من استحقاق نصيبه من ارث والده كإختلافهما في الدين او الجنسية يؤدي الى حرمان الاحفاد من الوصية الواجبة، لأنها تمثل حصة والدهم الإرثية، واذ لا نصيب له بالإرث لمانع فيه فلا نصيب لأولاده، لتنعدم به وصيتهم الواجبة. ونقف هنا لنتساءل عن علة وحكمة حرمان الاحفاد من عطف جدهم واموالـه بحرمان ابوهم من ارث ابيه ولو لمانع غير جرمي، بالرغم من ان علة تشريع الوصية الواجبة فيهم مازالت متوفرة، ولا مانع فيهم منها ليستحقوا الحرمان. لنجيب عليه بخلو ذلك من الحكمة المفترضة في النص القانوني، بينما يكون اكثر عدلا– وفق فلسفة مشرعنا التي نفترض- شمولهم بالوصية ولو كان لا ارث لأبيهم من جدهم، بل وشمولهم ولو كان فيهم ذاتهم مانع غير جرمي كاختلاف الدين او الجنسية، فنظام الوصية لا يمنع من الوصية لغير المسلم او لأجنبي [٥٢]. فاذا كان المشرع قد اراد بالوصية الواجبة تعويض الاحفاد عن ارثهم الضائع او رفع حاجتهم المالية وفقرهم ، فذات الاسباب تتوفر عندما يحرم اباهم من الارث. فان لم يرضى المشرع بحرمانهم بموت ابيهم، فكيف يرضى بمنعهم بمنع او حرمان أبيهم من الميراث أبيه.

ففكرة تعويض الحفيد عما افتقد من الارث بفقد أبيه، راجحة ايضاً

وعلتها قائمة، في حال كان الأب لا يرث من أصله لو كان حياً، عند اختلاف الدين بينهما او الجنسية. فالأصل أنأها وصية كما سماها القانون فلا تطبق على الحفيد احكام الميراث، وما يسعفنا في هذا عدم اشتراط القانون ما يمنع الوصية للحفيد المخالف بالدين للمورث باعتبار ان لا مانع من وصية مسلم لكافر وفق قواعد الوصية [٥٣].

الفرع الثاني / تنازع الوصية الواجبة مع الوصايا الاخرى

تتزاحم وصايا المتوفي في الاستيفاء المقرر لها في حدود الثلث من التركة [٥٤]، وللمزاحمة آلية يتولى الفقه الاسلامي تنظيمها، على خلاف فيها بين المذاهب [٥٥]. ومع ذلك نص قانوننا للأحوال الشخصية على إن الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا في الاستيفاء من ثلث التركة [٥٦]. فان إستوعب الثلث جميعها نُفذت كلها، وان لم يستوعبها نُفذت القانونية (الواجبة) أولا. لكن القانون ترك بقية الوصايا بلا ترجيح او ترتيب تنفيذ، معتمدا على إحكام تزاحم الوصايا الفقهية [٥٧]. مما يكون متفقاً مع القانون المصري في تقديم الوصية الواجبة [٥٨]، لكنه مختلفاً معه في تركه باقي الوصايا بلا حكم لترتيب اولوية التنفيذ بينها، اذ تنبه المشرع المصري لذلك فنظمه في قانون الوصية في المواد (٨٠ و ٨١ و ٨٢).

بيد ان هذا الحكم سيوصلنا الى نتيجة غريبة مفادها انه؛ اذا لم يتسع ثلث التركة لوصية قد يوصيها المتوفي بسداد دين لله او للناس عليه مع الوصية الواجبة، فان القانون سيحكم بتقديم الواجبة فيه على الواجبة لله. في حين يجب سداد الثانية من ثلث التركة، على رأي الحنفية، ومن جميعها على رأي جمهور الفقهاء[٥٩]، أي ان الشرع يوجبها والقانون يوجب عليها.

لكن لا مندوحة من تقديم ما قدم الشرع من الوصايا على ما قدم القانون. فالوصية لا تجب إلا على من عليه دين أو عنده وديعة أو عليه واجب لله يوصي بالخروج منه، وما عدا ذلك، اختيارية عند جمهور الفقهاء. وقد خالفهم الظاهرية بان وسعوا الوجوب

فيها على جميع الأحوال، كما مر بنا تفصيله، وهو ما كان من بعض القوانين العربية[٦٠]، بان قدمت الوصية الواجبة على الوصايا الاختيارية [٦١]، لا على جميع اصنافها [٦٢]، وهو ما ندعو مشرعنا للأخذ به، ان كان لابد من وصية واجبة.

ومن قراءة نص المادة (٧٤/ ١) نتيقن ان المشرع العراقي لم يحط موضوعه بمنظومة شروط توجه الاموال محل الوصية الى مستحقيها الفعليين [٦٣]، اذا افترضنا - ونحن هنا مضطرين للافتراض والقياس على القانون المصري لعدم بيان المشرع العراقي لأسبابه الموجبة لتشريع هذه الوصية – ان حاجة الاحفاد المالية الناتجة عن موت ابيهم المبكر والرغبة برفعها من خلال تعويضهم بالوصية هي ما دعاه لتشريعها. لذلك لا تلافي لحالة حصول الاحفاد من خلال القانون على حصة ابوهم من ارث ابوه (جدهم) رغم كونهم اغنياء او غير محتاجين ماليا، التي اشرنا اليها انفا، وما تنتجه من مشاركتهم لورثة جدهم في انصبتهم، وما قد يساهموا في انتاج حاجة عندهم، بل وقد يحرمون جدهم المتوفي من سداد فروضه لله من امواله التي اهملها في حياته من خلال تقديم نصيبهم على وصية جدهم بفروضه الشرعية الواجبة بحكم الفقرة (٢) من ذات المادة المبحوثة.

ومع ان المشرع قرر لهذه الوصية إلزامية إتباع الاحكام الشرعية في استحقاقها، لكن ذلك متعلق بحصول الموت واسبقية الابن فيه على الاب، وتوفره على نصيب من تركة ابيه، ومقدارها لو كان حيا، وتوزيع الاموال بينهم على قاعدة للذكر مثل حظ الانثيين [٦٤] .

وهذا ما يفتح كوة لاحتمالات مرافقة الوصية الواجبة لنواقض علتها، والسماح لتنفيذها في ذات الوقت. فلا مانع قانوني من جمع الاحفاد للقانوني والاختياري من الوصايا، فقد يوصي الجد قبل وفاته للأحفاد بما يساوي ارث ابيهم لعلمه بعدم استحقاقهم الشرعي من ارثه، بل قد يسلمهم هذا النصيب ليطمئن من وصوله لهم، ومع ذلك يأتيهم نصيب ابوهم مرة ثانية بالقانون. في الوقت الذي تفادت

القوانين العربية المختصة مثل هذه الاحتمالات، والمنتهية الى تطبيقات خاطئة، بوضعها عدد من شروط استحقاق الاحفاد للوصية الواجبة من عدم تحصلهم على ما يساويه من المورث في حياته او بوصية منه او كانوا وارثين [٦٥] .

الخاتمة

بعد ان فرغنا من بيان رؤيتنا القانونية للوصية الواجبة في القانون العراقي والمتمثل بقانون الاحوال الشخصية النافذ، فقد رشح لدينا مجموعة من النتائج والمقترحات التي نعرض لأهمها في الآتي:

اولا: النتائج

لم يورد القانون العراقي تعريفا للوصية الواجبة. فيما كان ذلك من الفقه في اطار المنظومة القانونية.

شرعت الوصية الواجبة في قانوني الاحوال الشخصية ورعاية الاحداث العراقيين النافذين. ففي الاول قُرِرت للأحفاد، وفي الثاني للصغير اليتيم او مجهول النسب من تركة من ضمهم، على اختلاف بين الوصيتين بالأحكام.

قُدمت الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا وربطها قانون الاحوال الشخصية بأحكام الميراث الشرعية.

لم يبين المشرع العراقي سنده الشرعي في تقرير الوصية الواجبة، ولا فلسفته في تقنينها، كما بينه مثيله المصري.

وفر نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية المقرر للوصية الواجبة اعتراضات وجيهة على صياغته واحكامه.

ثانيا: المقترحات

إعادة النظر في تشريع الوصية الواجبة وفقا للتوجهات الفقهية لغالبية المكلفين كونهم يخضعون في احوالهم الشخصية لمدرستي الفقه الامامي والحنفي، وكلاهما لا يتبنيان الوصية الواجبة كما هي في القانون مع اختلاف وجيز بينهما، و نص المادة من الدستور العراقي مرشدا ورائدا في ذلك.

ان تنزلنا ببقاء المشرع على توجهه في امضاء الوصية الواجبة فإننا في المجال القانوني لا في مجال الفقه

الاسلامي والشريعة الغراء نورد مقترحاتنا الاتية لتصويب مساره التشريعي منها:

إعادة صياغة نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بما يتلافى ما اعتراها من اخطاء في استخدام المصطلحات القانونية بدقة، كما مر بيانه في البحث.

توسيع الشمول الزمني للوصية الواجبة بأن تقرر للأحفاد الذين توفي والدهم او والدتهم قبل أو مع جدهم او جدتهم المتوفية. ونقترح النص الآتي: " اذا مات الولد، ذكرا كان ام انثى، قبل او مع والده او والدته." ...

فك ربط القانون للوصية الواجبة بأحكام الميراث الشرعية، وتقرير احكاما خاصة بها تتماشى مع كونها وصية اولا، ومع افتراضها القانوني اصلا ثانيا، ومع الغرض من تشريعها، كما مر الاشارة اليه في البحث.

تعديل عمومية تقديم الوصية الواجبة على غيرها من الوصايا بأن تقرر على الاختيارية التبرعية تقيدا بما رتبه الشرع الحنيف لها بما هو اصل لأحكام الاحوال الشخصية القانونية.

النص على منظومة شروط توجه اموال الوصية الواجبة الى مستحقيها الفعليين، وتحمي حقوق الورثة، سيما ان الاخيرة مقررة بإرادة الشارع المقدس، والوصية الواجبة مقررة بإرادة مشرعنا القانوني. منها انتفاء مجال تطبيقها في حالة ما اذا كان الجد قد اوصى او سلم او وهب الاحفاد او اصلهم حال حياته اموالا تعادل حصة الاصل من ميراث الجد المتوفي.

التوسع في تقرير مستحقي الوصية الواجبة، بإعادة توزيع الوصية الواجبة على ورثة الوالد او الوالدة، فللأحفاد وصية بقدر حصتهم من نصيب والدهم من الميراث في تركة أبيه. مراعاة للورثة الآخرين (ام الاحفاد على الاقل)، واحتياطا من أن يأخذ الحفيد أكثر من الورثة المستحقين للتركة اصلا. اسوة بالمشرعين السوري، والمغربي.

التوسع في التخصيص المالي للوصية الواجبة بعدم تقييد نصابها بثلث التركة، اتساقا مع مقدارها القانوني بنصيب الولد (والد او والدة الاحفاد) من تركة ابوه او امه، لأنها

ليست وصية بالمعنى الخاص لتنطبق بالمعروف كما تقرر قرآنيا.
عليها احكامها، ولكي يكون العطاء والحمد لله على ما وفق

الهوامش:

(١) أضيفت هذه المادة بموجب للمادة الأولى من القانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ التعديل الثالث لقانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٧١٦ في ١٩٧٩/٦/١٨.

(٢) قال تعالى في محكم كتابه الكريم في الآية ١٨٠ من سورة البقرة : ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بالمعروف حقاً على المتقين﴾، كما تستمد الوصية شرعيتها من باقي الادلة الشرعية المعروفة، والاستزادة فيها تطلب من مضانها.

(٣) انظر: أحمد إبراهيم و واصل إبراهيم، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، الطبعة الثانية ١٩٩٩م، ص٩٧٣. وانظر: محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٢٩٦.

(٤) انظر المواد (٧٦و٧٧و٧٨) من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ المعدل.

(٥) وامثلتها مدونة الأحوال الشخصية المغربية، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، والقانون الكويتي الخاص بالوصية الواجبة رقم ٥ لسنة١٩٧١، وقوانين الأحوال الشخصية؛ الأردني و اليمني والسوري والاماراتي.

(٦) ابو الفضل محمد بن منظور، لسان العرب، ج١٥، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٠، ص٣٩٤.

(٧) المصدر نفسه، ص٥٦.

(٨) شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج٦، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص٣٩.

(٩) حيث خصص القانون الباب الثامن لاحكام الوصاية مقسما اياه الى فصلين، الاول للوصية والثاني للايصاء.

(١٠) عبد الله بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، ج٨، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض،ط٣، ١٩٩٧، ص٤١٤.

(١١) تنص المادة السابعة والثمانون من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ على ان:"الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي: -١ تجهيز المتوفي على الوجه الشرعي. -٢ قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله. -٣ تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله. -٤ إعطاء الباقي الى المستحقين.".

(١٢) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، ج٩، دار الفكر، بيروت، ، ص٣١٢.

(١٣) عبد الرحمن العدوي، الوسيط في الفقه الإسلامي والمواريث، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ١٩٩٦، ص٨٦.

(١٤) مصطفى الزلمي ،احكام الميراث والوصية، ط١٠، شركة الخنساء للطباعة، بغداد، ص ١٧٧

(١٥) ان قانون التعديل الثالث الذي اضيف بموجبه النص الحالي للمادة (الرابعة والسبعين) من قانون الاحوال الشخصية لم يشر الى الاسباب الموجبة التي شرع لأجلها، وقد صرح عضو محكمة التمييز الاتحادية القاضي عصام الشعلان لجريدة القضاء الالكترونية بأن: "سبب تشريع المادة الخاصة بالوصية الواجبة للأحفاد هو إنصاف الاحفاد الذين حرموا من تركة جدهم، "، لافتا ، إلا انه يمكن القول ان المشرع العراقي اشتق احكام الوصية الواجبة من الفقه الظاهري شأنه شأن القوانين العربية الاخرى. وان الغاية من تشريعها هو إنصاف الأحفاد الذين حرموا من تركة جدهم او جدتهم بسبب وفاة والدهم او والدتهم قبل أي من جديهما ما حال دون وصول استحقاق اي من والديهم من التركة إليهم سيما وانهم كانوا سيتمتعون بتركة اجدادهم لو كان والدهم او والدتهم (الفرع الوارث) على قيد الحياة، حيث جاء التشريع

المذكور انسجاما مع قاعدة (العطاء خير من المنع)". وفي ذات الموقع اعتبر القاضي محمد رجب من محكمة الاحوال الشخصية في الكرخ ان "المشرع العراقي اقر بالوصية الواجبة استنادا لأصله الشرعي كما في الاية المباركة من سورة البقرة (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) فهنا جاءت الاشارة الى الوصية واخذ بها الفقه الظاهري، كما ان حرمان الحفيد المتوفى والده من تركة الجد لا يتوافق مع مبادئ العدل والإحسان التي أكدت عليها جميع الشرائع السماوية، ولا تحقق مبادئ العدالة داخل افراد الأسرة باعتبارهم أيتاما. و ترد إلى المحكمة عدة حالات يكون فيها الأحفاد قد ساهموا مساهمة جذرية في بناء تركة جدهم فهنا لا يمكن تصور منعهم من هذه التركة". وللمزيد راجع: جريدة القضاء الالكترونية الصادرة في ٢٠١٩-٠٦-٠٩ وعلى موقع مجلس القضاء الاعلى العراقي الالكتروني: تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٣٠.

(١٦) انظر؛ الفصل السادس من المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري المعنون؛ الوصية الواجبة.

(١٧) عبد اللطيف محمد عامر، علم الفرائض : الميراث – الوصية، من دون ذكر دار نشر، ٢٠٠٠، ص٨١.

(١٨) في حين نرى المشرع اليمني في المادة (٢٥٩) من قانون الاحوال الشخصية رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢، قد تنبه لذلك فاشترط فقر الاحفاد، وغنى الورثة.

(١٩) الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

(٢٠) تنص المادة ٣٩ من قانون رعاية الاحداث على ان : (للزوجين ان يتقدما بطلب مشترك الى محكمة الاحداث لضم صغير يتيم الابوين اليهما وعلى محكمة الاحداث قبل ان تصدر قرارها بالضم ان تتحقق من ان طالبي الضم عراقيان ومعروفان بحسن السيرة وعاقلان وسالمان من الامراض المعدية وقادران على اعالة الصغير وتربيته وان يتوفر فيهما حسن النية).

[٢١] تنص المادة ٤٣/ ثانيا من قانون رعاية الاحداث على الزام الزوجين اللذين ضما يتيما على :(الايصاء للصغير بما يساوي حصة اقل وارث على ان لا تتجاوز ثلث التركة وتكون واجبة لا يجوز الرجوع عنها.)

[٢٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٤٥٥ /الهيئة الشخصية الاولى /٢٠٠٩ في ٤/٢٢ /٢٠٠٩، غير منشور.

[٢٣] انظر المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ.

[٢٤] انظر؛ الفصل السادس من المذكرة التفسيرية لقانون الوصية المصري المعنون؛ الوصية الواجبة.

[٢٥] مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٣٣١.

[٢٦] علي ابن حزم، مصدر سابق ذكره ، ص٣٥٢.

[٢٧] وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٦، ص١٠٧.

[٢٨] محمد جواد مغنية ، الفقه على المذاهب الخمسة ، ط ٦، دار العلم للملايين، بيروت، ص ٤٦٣.

[٢٩] محمد ابن الهمام، فتح القدير، ج١٠، دار الفكر، بيروت، ص٤١٣.

[٣٠] محمد ابن العربي، أحكام القرآن، ج١، دار الكتب العلمية، بيروت، ص١٠٣.

[٣١] سليمان الجمل، حاشية الجمل على شرح المنهج، ج٤، دار الفكر، بيروت، ص٤١.

[٣٢] عبد الله بن قدامة المقدسي ، مصدر سابق ذكره، ج٦، ص٥٦.

[٣٣] عبد الله بن قدامة المقدسي، عمدة الفقه على مذهب الإمام أحمد، تحقيق: سعيد نصر محمد، ط١ ، شركة الرياض للنشر، الرياض، ٢٠٠٠، ص٦٩.

[٣٤] ابن عبد البر، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، ج٨، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، الرباط، ١٣٧٨هـ، ص٣٨٤.

(٣٥) علي ابن حزم، مصدر سابق ذكره، ص٣٥٢.

(٣٦) المصدر نفسه، ص ١٧٧.

(٣٧) ابو العينين بدران، أحكام الوصايا والأوقاف، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ١٩٨٢ ، ص١١٢.

(٣٨) محمد رياض ، أحكام المواريث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي، ص٢٣٤ .

(٣٩) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط٢، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٤، ص٣١٤.

(٤٠) ابو العينين بدران، مصدر سابق ذكره ، ص١١٠.

(٤١) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية الواجبة، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص٢٣٩.

(٤٢) وهبة الزحيلي، مصدر سابق ذكره، ص١٠٦.

(٤٣) انظر : الطعن رقم ٥٥٩٦ لسنة٦١ ق- جلسة ٩٨/٣/١٢، نقله أحمد إبراهيم و واصل إبراهيم، مصدر سابق ذكره، ص ٩٧٧.

(٤٤) مثلما قررالمشرعين؛ المصري والكويتي والسوري والأردني الإماراتي.

(٤٥) انظر المادة (٢٥٧) من القانون السوري ، والمواد (٢٦٧ و ٢٦٩) من القانون المغربي.

(٤٦) استخدم المشرع في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ لا اقل من (٣٤) مرة.

(٤٧) ويقصد به المفقود، فإذا حكم بموته في حياة أبيه أو أمه، اعتبر ميتا من وقت حكم القضاء بالنسبة لتركته.

(٤٨) انظر : المادة (٧٦) من القانون المصري ، والمادة (١) من القانون الكويتي.

(٤٩) تنص المادة (٨٦/ج/٢) من قانون الاحوال الشخصية العراقي كشرط للتوريث على : (تحقق حياة الوارث بعد موت المورث).

(٥٠) انظر : المادة ٧٦ من القانون المصري ،والمادة ٢٥٧ من القانون السوري ، والمادة ١٨٢ من القانون الأردني، وغيرها.

(٥١) انظر المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٥٢) تنص المادة (٧١) من قانون الاحوال العراقي على ان : (تصح الوصية بالمنقول فقط مع اختلاف الدين وتصح به مع اختلاف الجنسية بشرط المقابلة بالمثل..).

(٥٣) انظر المادة (٧١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٥٤) لم يتضمن قانون الاحوال الشخصية العراقي أليةً لترتيب تنفيذ الوصايا عن تزاحمها تاركا ذلك للفقه. في حين ان قانون الوصية المصري تنبه لذلك فنظمه في المواد (٨٠ و ٨١ و ٨٢).

(٥٥) احمد الكبيسي، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، طبعة منقحة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،٢٠٠٧، ص٣٨ وما بعدها.

(٥٦) انظر المادة (٢/٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

(٥٧) وهبة الزحيلي، مصدر سابق ذكره، ص١٠٨.

(٥٨) انظر المادة (٧٨) من قانون الوصية المصري.

(٥٩) منصور البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحقيق: هلال مصيلحي ومصطفى هلال، ج٤، دار الفكر ، بيروت، ١٤٠٢هـ، ص٤٠٤.

(٦٠) انظر : المادة (٢٥٧) من القانون السوري و المادة (١٨٢) من القانون الأردني والفصل (١٩١) من مجلة الاحوال التونسية والمادة (٢٥٩) من القانون اليمني.

(٦١) الوصية الاختيارية: هي ما أنشأه الموصي باختياره قبل وفاته من وصايا ، للمزيد انظر : وهبة الزحيلي، مصدر سابق ذكره، ص١٠٨.

(٦٢) والوصايا – كما هو في قانون الوصية المصري وفي باب تزاحم الوصايا– تشتمل على وصايا لله عز وجل وأخرى للعباد. فأما الوصايا التي هي لله تنقسم إلى فرائض كالزكاة

والحج، وواجبات كصدقة الفطر والنذر، ونوافل كالصدقات. للمزيد انظر: أحمد إبراهيم و واصل إبراهيم، مصدر سابق ذكره، ص ١٠٩٠.

(٦٣) وقد أشار الأستاذ الدكتور مصطفى الزلمي إلى أهمية هذه الشروط وعدَّ عدم ذكرها قصورا في صياغة قانون الوصية الواجبة العراقي . وللمزيد انظر: مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط١٠، شركة الخنساء للطباعة بغداد، ص ١٨٠.

(٦٤) انظر المواد (٨ و ٨٧) من قانون الاحوال الشخصية العراقي.

(٦٥) انظر : المواد الخاصة بالوصية المشار اليها سابقا في القوانين ؛ المصري و السوري و الأردني وعدد من القوانين العربية الاخرى .