الوصية الواجبة
دراسة في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل

د. ظاهر مجيد قادر
أستاذ القانون الخاص المساعد/ كلية القانون
جامعة صلاح الدين – أربيل
dhahir.qadir@su.edu.krd

د. هيوا إبراهيم قادر
أستاذ القانون الخاص المساعد / كلية القانون
جامعة صلاح الدين – أربيل
Hewa.qadir@su.edu.krd

doi:10.23918/ilic2019.36

الملخص

نظم المشرع العراقي، أخذاً برأي جانب من الفقه الإسلامي، الوصية الواجبة، إلا أن تنظيمه القانوني لها يعتريه بعض الثغرات القانونية، الأمر الذي حدا بالمشرع الكوردستاني إلى تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية في إقليم كوردستان – العراق، مستهدفاً تلافي هذه الثغرات القانونية، بيد أن التعديل الذي أجراه المشرع الكوردستاني لم يخلُ من الثغرات القانونية أيضاً، لذا تمثلت إشكالية هذا البحث في قصور التنظيم القانوني للوصية الواجبة في القانون العراقي والكوردستاني، ومن ثم كان من أهداف البحث تسليط الضوء على التنظيم القانوني للوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل وبيان أوجه القصور فيه واقتراح الحلول القانونية بشأنها، ومن بين أهم استنتاجات البحث قصور معالجة المشرع العراقي والكوردستاني للوصية الواجبة، على اختلاف بينهما من حيث التفاصيل. لذا كان من بين توصيات البحث تعديل نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، واقتراح نص قانوني جديد بغية معالجة القصور التشريعي الموجود في القانون المذكور.

الكلمات الدالة: الوصية، الوصية الواجبة، قانون الأحوال الشخصية

المقدمة

تعود جذور الوصية إلى العصور القديمة، فقد كان الرومان يقومون بممارسة أحكام الوصية، ولكن بشكل مغاير تماماً لما هو موجود في الشريعة الإسلامية، فمن المستساغ القول بأن الوصية كانت عند الرومان تتصف بالظلم والإجحاف، فعلى سبيل المثال: كان لرب العائلة حق التصرف بطريق الوصية تصرفاً مطلقاً غير مقيد بشيء، فكان من حقه أن يوصي لشخص أجنبي بكل أمواله ويحرم أولاده وأقاربه من حق الميراث.

وكذلك الحال عند العرب في الجاهلية، فقد كانوا يوصون للأجانب تفاخراً ومباهاة ويتركون الأهل والأقارب في الفقر المدقع والحاجة الماسة إلى المال.

ثم جاء الإسلام فأبقى نظام الوصية ولكنه صحّح وجهتها وأسسها على الحق والعدل، حيث انه أجاز لصاحب المال أن يوصي، ولكن بشروط وقيود عادلة وفي حدود معينة.

كما أن جانباً من الفقه الإسلامي ذهبوا إلى أن 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 وكأنه أوصى بجزء من أمواله وذلك بهدف عدم حرمان تلك الفئات من ميراثه بشكل كامل، هذا الأمر الذي أُطلق عليه في الفقه الإسلامي والقوانين تسمية الوصية الواجبة.

أولاً-أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره

تتمثل أهمية موضوع البحث أهمية الوصية ذاتها في حياة الأشخاص، ولما للوصية الواجبة من أهمية كبيرة في تحقيق العدالة الاجتماعية، لذلك تم تنظيم الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي وكذلك تعديل تطبيقه في إقليم كوردستان - العراق، فما المقصود بالوصية الواجبة؟ وما هو التنظيم القانوني لها في القانون العراقي؟ وما هي حالاتها؟ للإجابة عن تلك الأسئلة، ارتأينا اختيار هذا الموضوع تحت عنوان (الوصية الواجبة – دراسة في ضوء قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل) لنتناوله بالبحث والتحليل.

ثانياً- إشكالية البحث

تكمن إشكالية البحث في أن تنظيم المشرع العراقي للوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكذلك تنظيم المشرع الكوردستاني للوصية الواجبة في قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي في إقليم كوردستان – العراق، تعتريه الكثير من النقص والثغرات القانونية التي تستوجب المراجعة والتعديل.

ثالثاً- أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى بيان موقف المشرع العراقي والمشرع الكوردستاني من الوصية الواجبة وكيفية تنظيمها في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، وكذلك في قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ في إقليم كوردستان – العراق، والتطرق إلى أهم الملاحظات والانتقادات الموجهة إليها، واقتراح تعديل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع البحث.

رابعاً- منهج البحث

تم اتباع المنهج التحليلي لغرض تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، و كذلك القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان – العراق.

خامساً- خطة البحث

تأسيساً على ما سبق بيانه، وبغية تحقيق أهداف البحث، قسمناه إلى ثلاثة محاور رئيسة، وعلى الوجه الآتي:

١- التعريف بالوصية الواجبة

٢- موقف المشرع العراقي من الوصية الواجبة

٣- موقف المشرع الكوردستاني من الوصية الواجبة

١-التعريف بالوصية الواجبة

يقتضي بيان مفهوم الوصية الواجبة التطرق أولاً إلى تعريف الوصية بشكل عام ومن ثم التطرق إلى الوصية الواجبة بشكل خاص، الأمر الذي حدا بنا إلى تقسيم هذه الفقرة إلى فقرتين فرعيتين، نتطرق في الأولى منهما إلى تعريف الوصية وبيان حكمها، في حين نفرد الفقرة الفرعية الثانية لتعريف الوصية الواجبة وتنظيمها في القانون، وعلى النحو الآتي:

١-١ تعريف الوصية وحكمها

عرّفت الوصية، عموماً، بتعريفات مختلفة بحسب اختلاف الفقهاء بشأن أحكامها ومضمونها. إلا أن التعريف الشائع هو أن الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، مقتضاه التمليك بلا عوض[١].

وفي ذلك قضت المادة (الرابعة والستون) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، بأن ((الوصية تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض)).

وكانت الوصية في مبدأ الإسلام واجبة بكل المال للوالدين والأقربين لقوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)[٢].

وعندما نزلت آيات المواريث في سورة النساء، قال (صلى الله عليه وسلم): (إن الله قد أعطى كل ذي حقٍ حقه، فلا وصية لوارث)[٣].

من هنا أصبحت الوصية اختيارية لغير الوارث بشروط معينة، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء المسلمين[٤]، الذين يرون بأن الوصية ليست واجبة على أحد وإنما هي مندوبة شرعاً، حيث تستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيراً.

أي أن جمهور الفقهاء قالوا بعدم وجوب الوصية لأحد قريباً كان أم بعيداً، ما لم يكن له حق على الموصي لم تقم عليه بينة أو له أمانة عنده ولم يشهد عليها شاهد، فيجب عندئذٍ أن يوصي بأداء ذلك إليه حذراً من ضياع الحق بعد وفاته[٥]. كذلك قالوا إن الوصية الواجبة بموجب قوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)[٦]، قد نسخت أو خصصت بالنسبة للوالدين والأقربين، سواء أكانوا وارثين أم غير وارثين، بمقتضى آيات أحكام الميراث، ولكن حل محل هذا الوجوب الاستحباب بالنسبة إليهم إذا لم يكونوا وارثين[٧].

---

[١] د. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٤؛ د. حسين سعيد حسن طوبان، المنافع والموانع في أحكام الوصية، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة العراقية، العدد (٣٥)، المجلد (١)، ٢٠١٦، (ص ص٤٢٩-٤٦٤)، ص٤٣٣.

[٢] سورة البقرة، الآية (١٨٠).

[٣] تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، للإمام الحافظ أبي العلي محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري، ج٦، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا، ص٣١٣-٣١٤، رقم (٢٢٠٤)؛ سنن ابن ماجة، للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ج٢، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بلا، ص٩٠٥، رقم (٢٧١٢)؛ سنن الدارقطني، للحافظ الكبير علي بن عمر الدارقطني، ج٥، ط١، مؤسسة الرسالة،بيروت، ٢٠٠٤، ص٢٦٧، رقم (٤٢٩٦)، ورقم (٤٢٩٧)؛ سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ج٤، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، ٢٠٠٩، ص٤٩٢، رقم (٢٨٧٠)؛ السنن الكبرى، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ج٦، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٤٣٢، رقم (١٢٥٣٧).

[٤] ينظر: فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج٥، المكتبة السلفية، بلا، ص٣٧٢، رقم (٢٧٤٧)؛ المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، ط٢، مؤسسة قرطبة، ١٩٩٤، ص١٠٧-١١٩.

[٥] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط١، دار نشر إحسان، طهران، ٢٠١٤، ص٢٤١؛ د. أحمد فراج حسين و د. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص١٠٢؛ قحطان هادي عبد، الوصية غير المعينة في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد (٢٩)، المجلد (٣)، السنة (٨)، ٢٠١٦، (ص ص٣٢٧-٣٥٦)، ص٣٣٢.

[٦] سورة البقرة، الآية (١٨٠).

[٧] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٢٤١.

وفي المقابل يرى بعض الفقهاء مشروعية الوصية الواجبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون، وأن هذه الوصية مقدمة على سائر الوصايا الأخرى، ومن هؤلاء الفقهاء ابن حزم الظاهري، والطبري، وأبو بكر بن عبدالعزيز، وطاوس، وقتادة، ومسروق، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، وهو رواية عن الإمام أحمد بن حنبل[١]، وأن حكم الوصية في هذه الحالة هو الوجوب.

واستدلوا على ذلك بأن الوجوب الثابت بالآية الكريمة في قوله تعالى (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ)[٢]، لا يزال على حاله بالنسبة للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لوجود مانع من موانع الإرث فيهم، فلم يُنسخ الوجوب لأن موجبه هو حلول الوصية محل الميراث في حالة المنع من الميراث، والموجب قائم والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً[٣].

ويقول ابن حزم الظاهري بأن الوصية ((... فرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون... فإن لم يفعل، أعطي أو أعطيا من المال ولابد...))[٤].

وتجدر الإشارة إلى أن ما ذهب إليه هؤلاء الفقهاء مؤيد بالمعقول أيضاً، لأن الابن المتوفى في حياة أبيه قد يترك خلفه أولاداً من غير معيل ولا مال لهم، فاقتضت العدالة أن يُعطى هؤلاء الأبناء ما يصلح حالهم من تركة جدهم.

١-٢ تعريف الوصية الواجبة وتنظيمها القانوني

أخذت غالبية القوانين المتأثرة بالشريعة الإسلامية بالوصية الواجبة وأقرتها في قوانين الأحوال الشخصية، اقتناعاً منها بعدالة هذه الفكرة التي قال بها جمع من الفقهاء.

وقد شرعت الوصية الواجبة لأول مرة في قانون الوصايا المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦، حيث عالج حالة الأحفاد الذين توفي والدهم قبل موت جدهم، فلم يرثوا من الجد لوجود حاجب لهم عن التركة مساوٍ لأصلهم.

وقد قدمت تعريفات كثيرة بشأن الوصية الواجبة، منها: أنها الوصية للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لمانع أو لحاجب[٥].

أو هي: افتراض وصية الجد أو الجدة للأحفاد بقدر حصة والدهم أو والدتهم إذا مات الوالد أو الوالدة قبل وفاة الجد أو الجدة أو معاً، على أن لا تزيد هذه الحصة على ثلث التركة.

وبهذا المعنى، فإن القانون يفترض وجود الوصية ويلزم القاضي بالحكم بها وتنفيذها سواء أكان المتوفى قد أوصى أم لم يوص[٦]، فإذا لم يكن أوصى لهؤلاء الأقارب بشيء وجب على ورثته أو القضاء إخراج حصتهم من الميراث وإعطائهم إياها[٧]، وفقاً لقواعد حساب الوصية الواجبة والتي لا يوجد فيها غير نصيب الثلث[٨].

إن تشريع الوصية الواجبة يتماشى مع روح التشريع الإسلامي، فما يتعلق بالأحفاد الذين يتوفى أباؤهم في حياة أجدادهم، ولعل من أبرز هذه الحكم أن هؤلاء الحفدة ربما يكونون من أهل الفقر والحاجة، خاصة وأنهم في الغالب صغار في السن، وحيث إن نظام الإرث الإسلامي لا يوقع لهم شيئاً من ميراث جدهم أو جدتهم بسبب وجود أعمامهم أو عماتهم، لجأ القانون إلى الأخذ برأي الفقهاء القائلين بوجوب الوصية لمعالجة هذه المشكلة من جهة وتماشياً مع روح التشريع الإسلامي القاضي بتوزيع الثروات والتركات على أساس العدل والمنطق من جهة أخرى[٩].

ولا شك أن الأحفاد الذين يفقدون أباهم أو أمهم في حياة الجد، ويحذفون بذلك من قائمة الورثة، فإن ذلك يسبب مشكلة اجتماعية لهم، لا سبيل إلى تجاوزها بالقواعد العامة للميراث لأن من شروط استحقاقه تحقق حياة الوارث وقت موت المورث[١٠].

---

[١] ينظر: المغني لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ج٦، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ، ص١٣٧-١٣٨؛ المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ج٨، دار الفكر، بيروت، بلا، ص٣٥٣؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري، مصدر سابق، ج٥، ص٣٥٨.

[٢] سورة البقرة، الآية (١٨٠).

[٣] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٢٤٢.

[٤] ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٩، مصدر سابق، المسألة رقم (١٧٥١)، ص٣١٤.

[٥] ينظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٢٤١.

[٦] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٢٤١.

[٧] فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢، دار واسط، لندن، ١٩٨٦، ص٢٣٣.

[٨] د. عبدالمحسن قاسم حمو و طارق عبدالقادر حسين، حسابات خاصة في علم الفرائض، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٥٥)، المجلد (١٥)، السنة (١٧)، ٢٠١٢، (ص ص٤٣١-٤٧٧)، ص٤٣٦.

[٩] د. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٦، ص١٠٦.

[١٠] د. أحمد فراج حسين و د. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص٩٦.

كما أن للوصية الواجبة في هذه الحالة دوراً في إنصاف الأقارب غير الوارثين وخاصة اليتيم منهم، ذلك أنها تؤدي إلى التوزيع العادل للتركة وبالشكل الذي ينفع أكثر عدد من الأقارب، مما يؤدي إلى المحافظة على قوة الأسرة وتماسكها[١].

وهذا الدور للوصية الواجبة يظهر في صور أخرى أيضاً، كما في حالة وفاة الزوج المسلم الذي تكون زوجته من أهل الكتاب، تلك الزوجة التي تحرم من ميراث زوجها بسبب اختلاف الدين بينهما، في حين قد تكون شاركت في تكوين بيت الزوجية بأموالها الخاصة، فإذا ما أدرجت هذه الحالة ضمن الحالات المشمولة بالوصية الواجبة، فإن مثل هذا الأمر قد يؤدي إلى انصاف تلك الزوجة في الحصول على جزء من أموال زوجها كسائر المستحقين لها.

٢- موقف المشرع العراقي من الوصية الواجبة

أشرنا فيما سبق إلى أن المشرع العراقي نظم الوصية الواجبة من خلال قانون الأحوال الشخصية، الأمر الذي يستوجب بيان أهم الأحكام القانونية التي نظمها المشرع العراقي، كما أن هذا التنظيم القانوني قد واجه بعض المؤاخذات التي من الضروري التطرق إليها.

وعليه، نوزع هذه الفقرة على فقرتين فرعيتين، وعلى النحو الآتي:

٢-١ التنظيم القانوني للوصية الواجبة في العراق

جاء قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ خالياً من أي نص قانوني ينظم الوصية الواجبة، ومن ثم لم تكن للوصية الواجبة أية تطبيقات في القضاء العراقي، لأن القانون العراقي لم يكن يأخذ بها في تلك الفترة.

نتيجة لذلك كان الأحفاد الذين توفي والدهم قبل جدهم أو جدتهم يحرمون من ميراثهما، وذلك تماشياً مع رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية في المذاهب المختلفة.

استثناءً من ذلك، كانت هناك حالة واحدة يتصور فيها حصول الأحفاد الذين توفي والدهم أو والدتهم على الميراث، وهي إذا كان للمورث بنت أو بنات وليس له ابن (ولد ذكر)، إلا أن هذه الحالة أيضاً حصل عليها تعديل، بموجب القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨ قانون التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، وبموجب هذا التعديل الثاني اعتبرت بنت المتوفى بمثابة ابنه في الميراث وفي قوة الحجب عند عدم وجود الابن ضمن الورثة.

وهذا التعديل الثاني أدى إلى حرمان الأحفاد، ذكوراً وإناثاً، من الحصول على ميراث جدهم أو جدتهم بشكل نهائي عندما يكون للمورث بنت أو بنات.

ويبدو لنا أن هذه الحالات قد أدت بالمشرع العراقي إلى أن يُحس بوجود ثغرة قانونية في هذا المجال، لذلك قام بإجراء تعديل ثالث على قانون الأحوال الشخصية العراقي، وذلك بإضافة المادة (٧٤) لهذا القانون بموجب القانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ قانون التعديل الثالث لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.

وفي هذه المادة المضافة للقانون، أقر المشرع العراقي، وللمرة الأولى بالوصية الواجبة وبيّن فيها أحكامها منذ صدور قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩.

وتنص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه:

((١- إذا مات الولد، ذكراً كان أم انثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل استحقاقه من الإرث إلى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً، حسب الأحكام الشرعية، باعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة.

٢- تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة (١) من هذه المادة، على غيرها من الوصايا الأخرى في الاستيفاء من ثلث التركة)).

يتبين لنا من خلال هذه المادة المذكورة، أن أحكام الوصية الواجبة في القانون العراقي، هي كالآتي[٢]:

أ- إذا كان هناك شخص له أحفاد توفي والدهم أو والدتهم، فعلى ذلك الشخص أن يوصي لأحفاده قبل موته إذا كانوا يُحرمون او يُحجبون بأعماهم أو عماتهم أو أخوالهم أو خالاتهم.

ب- إذا لم يكن ذلك الشخص قد أوصى لأحفاده، ينوب القاضي منابه بحكم القانون.

ج- ويكون مقدار الوصية الواجبة بمقدار حصة المتوفى ابناً كان أو بنتاً.

د- شرط تطبيق الوصية الواجبة هو اجتماع أولاد المتوفى مع أولاد الأولاد، لأنه لو لم يكن للمتوفى (الجد أو الجدة) أولاد فتكون التركة لأولاد الأولاد (الأحفاد).

---

[١] رائد فتيخان عطاالله الزبيدي، حق الحفيد اليتيم المحجوب عن إرث جده بوصيته أو ما تسمى (بالوصية الواجبة)، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد (١٤)، المجلد (٤)، كانون الثاني ٢٠١٣، (ص ص١٩٠-٢٥٩)، ص٢٠٥.

[٢] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٢٤٤-٢٤٥، و فريد فتيان، مصدر سابق، ص٢٣٣.

هـ- إذا كانت الحصة المنتقلة إلى الأحفاد أقل من الثلث فلا يُزاد فيها إلى أن تبلغ الثلث، لأن المادة تشترط أن لا تتجاوز الحصة ثلث التركة ولا تشترط أن لا تقل عن الثلث، لأن الأحفاد يأخذون حصة والدهم أو والدتهم المتوفى.

و- إذا حدث تزاحم بين الوصية الواجبة والوصية الاختيارية للمورث فتقدم الوصية الواجبة على الاختيارية، وهذا لا يعني حرمان الموصى له اختيارياً، وإنما يعني تقديم الوصية الواجبة عليه، فإذا بقي شيء من الثلث بعد أخذ الأحفاد حصتهم فيُصرف إلى الوصية الاختيارية.

٢-٢ الانتقادات الموجهة إلى تنظيم المشرع العراقي للوصية الواجبة

بالرجوع إلى آراء الفقهاء الذين أيدوا الوصية الواجبة وأقروها في كتبهم وبيّنوا أبعادها وجوانبها المختلفة وكيفية الأخذ بها والأدلة والحجج والبراهين التي يعتمدون عليها، وعلى رأسهم الفقيه الكبير ابن حزم الظاهري في مؤلفه (المحلى)؛ فإنه، وعلى الرغم من أن نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي قد أقر الوصية الواجبة ونظم بعضاً من أحكامها، إلا أن تنظيمه إياها لم يكن موفقاً، حيث يعتريه الكثير من النواقص والثغرات المتعلقة بالوصية الواجبة، علماً أنه كان يجب أن يتفادى هذه النواقص والثغرات، لأن القوانين العربية الأخرى، كقانون الوصية المصري[١] رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦، وقانون الأحوال الشخصية السوري[٢] رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣، ومجلة الأحوال الشخصية التونسي[٣] رقم (٧٧) لسنة ١٩٥٦، وغيرها، كانت قبل القانون العراقي قد أقرت الوصية الواجبة، وقد وجهت لها انتقادات كثيرة كان بإمكان المشرع العراقي الاستفادة من هذه الانتقادات وتلافيها ولكنه لم يستفد منها.

وبصورة عامة يمكن توجيه الانتقادات الآتية إلى المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل[٤]:

١- حصر القانون المذكور تطبيق الوصية الواجبة على الطبقة الأولى من الأحفاد، على الرغم من أن الفقهاء القائلين بالوصية الواجبة لم يقولوا بذلك، والعلة الموجودة في الطبقة الأولى لإقرار الوصية الواجبة لهم موجودة أيضاً في الطبقة الثانية وغيرها.

٢- لم يبين القانون المذكور إكمال حصة المتوفى إذا كان الجد أو الجدة قد أعطى الأحفاد بعضاً من أمواله حال حياته بلا عوض.

٣- كذلك لم يتطرق هذا القانون إلى منع الأحفاد من الوصية الواجبة إذا كان جدهم أو جدتهم قد أعطاه ما كان والدهم أو والدتهم يستحقه إذا كان حياً.

٤- لم تنص المادة المذكورة صراحة على أن من بين شروط تطبيق الوصية الواجبة بالنسبة للأحفاد أن يكون للميت ابن أو بنت أو كلاهما، لأنه في حالة عدم وجود الأولاد، فأولاد الأولاد يأخذون حصصهم من التركة عن طريق الميراث وليس الوصية.

٥- لم ينظم المشرع العراقي في القانون المذكور حالة الوفاة الجماعية، وهل يستحق الأحفاد الوصية الواجبة فيها أم لا؟ كما في حالة وفاة أب الأحفاد أو أمهم مع الجد أو الجدة في حادث لم يمكن التمييز بين المتقدم والمتأخر منهما في الوفاة.

٦- لم يعالج القانون المذكور مسألة توزيع الوصية الواجبة على الأحفاد، فكان عليه أن يبين أن هذه الوصية توزع على الأحفاد وفقاً لقاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين).

٧- حصر المشرع العراقي الوصية الواجبة بالأحفاد فقط في الدرجة الأولى، أما الفقهاء القائلون بها فلم يحصروها بالأحفاد بل قالوا بشمولها للوالدين والأقربين الذين لا يرثون لوجود مانع أو حاجب فيهم، فيشمل عندهم الزوجين والأقارب الآخرين.

مما سبق يتضح أن موقف المشرع العراقي لم يحالفه النجاح في تنظيمه للوصية الواجبة، الأمر الذي يجعل من الضروري إعادة النظر في الأحكام القانونية المنظمة للوصية الواجبة، وذلك لكي تحقق هذه الوصية الأهداف المرجوة وراء تشريعها.

---

[١] المواد (٧٦-٧٩) منه، ونصت المادة (٧٦) من القانون المذكور، على أنه ((إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذي مات في حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً في تركته لو كان حياً عند موته، وجبت للفرع في التركة وصية بقدر هذا النصيب في حدود الثلث)).

[٢] حيث نصت المادة (٢٥٧) من القانون المذكور، على أنه ((١- من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الابن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشرائط الآتية: أ- الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم مما يرثه أبوهم عن أصله المتوفى على فرض موت أبيهم أثر وفاة أصله المذكور على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة. ب- لا يستحق هؤلاء الأحفاد وصية إن كانوا وارثين لأصل أبيهم جداً كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى بأقل من ذلك وجبت تكملته وإن أوصى بأكثر كان الزائد وصية اختيارية، وإن أوصى لبعضهم فقط وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه. ج- تكون الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الابن وإن نزل واحداً كانوا أو أكثر للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط. ٢- هذه الوصية الواجبة مقدمة على الوصايا الاختيارية في الاستيفاء من ثلث التركة)).

[٣] الفصلان (١٩١-١٩٢)، ونص الفصل (١٩١) منها، على أنه ((من توفي وله أولاد ابن ذكر أو انثى مات والدهم أو والدتهم قبله أو معه وجب لهؤلاء الأولاد وصية على نسبة حصة ما يرثه أبوهم أو والدتهم عن أصله الهالك باعتبار موته أثر وفاة أصله المذكور بدون أن يتجاوز ذلك ثلث التركة)).

[٤] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص٢٤٥-٢٤٨.

٣- موقف المشرع الكوردستاني من الوصية الواجبة

بعد أن بينا موقف المشرع العراقي من تنظيم الوصية الواجبة مع بيان أهم الانتقادات التي توجه إليه في الفقرة السابقة، نخصص هذه الفقرة لتسليط الضوء على موقف المشرع الكوردستاني من تنظيم الوصية الواجبة ومن ثم نعرج على تقييم هذا الموقف لبيان مواطن الضعف والخلل فيه إن وجدت. عليه، نقسم هذه الفقرة إلى فقرتين فرعيتين وعلى النحو الآتي:

٣-١ التنظيم القانوني للوصية الواجبة في إقليم كوردستان - العراق

بالنظر لعدم وجود قانون خاص للأحوال الشخصية في إقليم كوردستان، فإن قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل هو القانون النافذ في إقليم كوردستان – العراق، بوصفه القانون الاتحادي الساري في جميع أنحاء العراق.

وكانت المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي هي المطبقة في محاكم إقليم كوردستان – العراق حتى سنة ٢٠٠٨، إذ طرأ في السنة المذكورة تعديل جوهري على قانون الأحوال الشخصية العراقي في إقليم كوردستان - العراق، حيث تم إيقاف العمل بالمادة (٧٤) المذكورة وحل محلها نص جديد أتت به المادة (الرابعة والعشرون) من القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان – العراق[١].

ونصت المادة (الرابعة والعشرون) من القانون المذكور على أنه:

((يوقف العمل بالمادة الرابعة والسبعين من القانون ويحل محلها ما يلي:

١- إذا اجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد أو أولاد أولاد الأولاد مع أولاد الأولاد وإن نزلوا يحلون محل والدهم المتوفى أو والدتهم المتوفاة، وينتقل إليهم ما يستحقه من الميراث لو كان على قيد الحياة، على أن لا يزيد عن ثلث التركة، إذا لم يرثوا ولم يعطهم الجد أو الجدة ما يساوي استحقاقهم وإذا أعطاهم الأقل يكمل من الوصية الواجبة.

٢- تسري أحكام الوصية الواجبة على أولاد الأخوة والأخوات ذكوراً كانوا أو إناثاً وإن نزلوا، وعلى الزوجين إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب.

٣- للمورث حال حياته توزيع ماله على الورثة ذكوراً كانوا أو إناثاً بالمساواة، أو أن يوصي بذلك على أن لا يزيد على ثلث التركة وبإجازة البقية فيما زاد على الثلث.

٤- للمورث أن يوصي لوارثه بما لا يزيد على ثلث تركته.

٥- إذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية تقدم الأولى على الثانية)).

وبذلك فإن نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١١٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل لا يطبق في إقليم كوردستان على الوجه الذي جاء في القانون المذكور، وإنما يطبق النص الجديد الذي جاء بديلاً للمادة (٧٤) في إقليم كوردستان – العراق.

وباستقراء نصوص المادة (٧٤) الجديدة (المعدل تطبيقها في إقليم كوردستان – العراق)، فإن الأحكام الواردة فيها هي كما يأتي:

أ- إقرار المشرع الكوردستاني بالوصية الواجبة، بحيث إذا لم يوصِ الشخص فإن القاضي ينوب منابه في تقرير الوصية الواجبة.

ب- يكون مقدار الوصية الواجبة بحسب مقدار حصة المتوفى ولداً أو بنتاً.

ج- إذا كانت حصة الأحفاد، المنتقلة إليهم حسب حصة والدهم أو والدتهم، أقل من الثلث فلا يُزاد فيها إلى الثلث.

د- في حالة حدوث التزاحم بين الوصايا تقدم الوصية الواجبة على الوصية الاختيارية.

هـ- لأي شخص أن يقوم بتوزيع أمواله حال حياته على ورثته ذكوراً أو إناثاً على وجه المساواة.

و- يجوز لأي شخص أن يوصي بتوزيع أمواله بعد وفاته على ورثته على وجه المساواة.

ز-اشترطت المادة المذكورة اجتماع أولاد الأولاد مع الأولاد لقيام الوصية الواجبة.

ح- لم يحصر المشرع الكوردستاني تطبيق الوصية الواجبة على الطبقة الأولى من الأحفاد وإنما عمّم تطبيقها على الطبقات الأخرى وإن نزلوا.

ط- اشترطت المادة المذكورة أن لا يكون الجد أو الجدة قد أعطى الأحفاد ما يساوي المبلغ الذي كان يستحقه والدهم أو والدتهم المتوفى.

ي- وإذا كان الجد أو الجدة قد أعطاهم شيئاً حال حياته وكان أقل من المبلغ الذي كان يستحقه والدهم أو والدتهم المتوفى فيكمل الباقي عن طريق الوصية الواجبة.

ك- عالج المشرع الكوردستاني حالة الوصية الواجبة بالنسبة لأولاد الأخوة والأخوات وإن نزلوا، وكذلك أوجب سريان الوصية الواجبة على الزوجين إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب.

---

[١] يحق لإقليم كوردستان – العراق، باعتباره إقليمياً دستورياً له سلطاته الدستورية، تشريع قوانين خاصة به أو تعديل تطبيق القوانين الاتحادية في الإقليم، وذلك في الأمور التي لا تندرج ضمن الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية، وذلك بموجب أحكام الفقرتين(أولاً)و(ثانياً) من المادة (١٢١) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥.

٢-٣ الانتقادات الموجهة إلى تنظيم المشرع الكوردستاني للوصية الواجبة

حاول المشرع الكوردستاني، من خلال قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي في إقليم كوردستان – العراق، تفادي الانتقادات الموجهة إلى تنظيم المشرع العراقي للوصية الواجبة، ولعل أهم الأحكام القانونية التي أوردها النص الجديد في إقليم كوردستان، والتي يفتقدها النص العراقي هي ما يأتي:

١- نصت الفقرة (١) من المادة (٧٤) المعدلة في الإقليم على شمول الطبقات الأخرى التالية لطبقة الأحفاد وإن نزلوا بأحكام الوصية الواجبة.

٢- كذلك نصت المادة المذكورة على إكمال الحصة إذا كان الأحفاد قد حصلوا على جزء من المقدار المستحق للوالد أو الوالدة المتوفى.

٣- ونصت أيضاً على شرط عدم حصول الأحفاد على ما يساوي مقدار حصة المتوفى من قبل الجد أو الجدة حال الحياة.

٤- كما قضت المادة المذكورة بسريان أحكام الوصية الواجبة على أولاد الأخوة والأخوات، والزوجين إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب.

ولكن، وعلى الرغم من محاولة المشرع الكوردستاني تلافي الانتقادات الموجهة إلى موقف المشرع العراقي بشأن تنظيم الوصية الواجبة، فإن التنظيم القانوني الجديد الذي أتى به المشرع الكوردستاني لم يسلم من توجيه سهام النقد إليه، ففي هذا الشأن يمكننا تسجيل الانتقادات الآتية حيال المادة (٧٤) المعدلة في الإقليم، بفقراتها الخمس، وكما يأتي:

١- وجود التفصيل غير المبرر في الفقرة (١) من المادة المذكورة، وعلى سبيل المثال، عبارة (إذا اجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد أو أولاد أولاد الأولاد مع أولاد الأولاد وإن نزلوا)، فكان بالإمكان الاكتفاء بالعبارة الآتية: (إذا اجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد وإن نزلوا).

وكذلك الحال بالنسبة للفقرة (٢) من المادة ذاتها، والتي جاءت فيها عبارة (أولاد الأخوة والأخوات ذكوراً كانوا أو إناثاً)، إذ كان بالإمكان الاكتفاء بذكر (الأولاد)، لأن الولد يشمل الذكر والأنثى كما هو مقرر في علوم اللغة والميراث والوصية.

٢- من خلال مقارنة الفقرة (٤) من المادة المذكورة المطبقة في إقليم كوردستان – العراق مع الفقرة (٢) من المادة (٧٤) النافذة في العراق الاتحادي، يتبين أن الفقرة النافذة في العراق أفضل وأحسن من حيث التركيب اللغوي والصياغة القانونية، لأنها بينت أن الاستيفاء، في حالة التزاحم بين الوصية الواجبة وغيرها، يكون من ثلث التركة في كلتا الحالتين.

٣- كان الأفضل أن تنص المادة (٧٤) المعدل تطبيقها في إقليم كوردستان – العراق، على أن حصة الوالد أو الوالدة المتوفى، عندما تنتقل إلى الأحفاد أو غيرهم، يتم توزيعها وفقاً للآية القرآنية الكريمة (للذكر مثل حظ الأنثيين)، ولكنه جاء خالياً من هذا النص.

٤- أدرج المشرع الكوردستاني بعض الأمور ضمن أحكام الوصية الواجبة، كما في الفقرتين(٣) و(٤)، إذ انه يجيز فيهما للمورث توزيع أمواله بين الورثة حال حياته بالتساوي بين الذكور والإناث، ويجيز له أيضاً أن يوصي لورثته بما لايزيد على ثلث التركة، إلا أن هذه الأحكام تتعلق بالمبادئ العامة للميراث والوصية ولا تندرج ضمن أحكام بالوصية الواجبة.

عليه، واستناداً إلى ما سبق بيانه، نرى ضرورة إعادة تنظيم الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، سواءً في العراق أم في إقليم كوردستان – العراق، وذلك لتلافي الثغرات الواردة في النصين كليهما، ونرى أن من الضروري الأخذ بنظر الأعتبار ما يأتي:

١- تحديد صور الوصية الواجبة، وعدم حصرها في حالة الأحفاد الذين يتوفى والدهم أو والدتهم قبل وفاة الجد أو الجدة، إذ أن هناك صوراً أخرى للوصية الواجبة، ومنها صورة اختلاف الدين بين المورث وأبويه باعتباره من موانع الميراث، وكذلك صورة أولاد الإخوة أو الأخوات الذين مات أبوهم قبل أخيه المورث، واختلاف دين الزوجة (الكتابية) عن زوجها المسلم.

٢- تحديد شروط الحكم بالوصية الواجبة، وفي مقدمتها أن يكون فرع الولد غير وارث من المتوفى، وألا يكون المتوفى قد أعطاه ما يساوي الوصية الواجبة بغير عوض عن طريق آخر كالهبة أو الوصية. وكذلك أن لا يكون المستحق للوصية الواجبة، قاتلاً للمورث أو قاتلاً لوالده أو والدته[١]، وذلك استناداً إلى قول الرسول (صلى الله عليه وسلم): (ليس للقاتل شيء)[٢]، وكذلك للقاعدة الفقهية (من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه)[٣].

كما أن من موانع الوصية الواجبة في التشريعات المقارنة أن يكون الفرع من الطبقة الثانية من أولاد البطون كأولاد بنت الابن، فهؤلاء لم يجعل لهم القانون وصية واجبة مع أنهم لا يرثون، وقد حرموا من الميراث بسبب موت أمهم قبل موت أبويها أو جديها، ويلاحظ أن المشرع السوري قد قصر الوصية الواجبة على أولاد الابن فحسب، وحرم منها أولاد البنت سواءً كانوا من الطبقة الأولى أو الثانية.

وينتقد البعض[٤] موقف المشرع المصري والسوري في هذا الخصوص، لأن المقصود من الوصية الواجبة معالجة مشكلة الأحفاد، فمن الواجب أن تشملهم جميعاً الوصية الواجبة سواءً أكانوا أبناء ظهور أم أبناء بطون، لطبقة واحدة أو أكثر، فالتفرقة بين الذكر والأنثى في

---

[١] د. عادل ناصر حسين: إعطاء المحجوبين من الأولاد الإخوة والأخوات، مجلة الجامعة العراقية، العدد (٣٣)، المجلد (٢)، ٢٠١٤، (ص ص٣٥-٦٢)، ص٣٨.

[٢] رواه النسائي والدارقطني ابن عبدالبر، سبل السلام، ج٢، ص٩٥٩.

[٣] المادة (٩٩) من مجلة الأحكام العدلية.

[٤] د. أحمد فراج حسين و د. محمد كمال الدين إمام، مصدر سابق، ص١٠٥.

الوصية الواجبة لا يسنده نص ولا فقه، بل لعله يخالف روح الشريعة التي تسوي بينهما في أصل الميراث، ولا تؤيده مصلحة اجتماعية، بل المصلحة تقتضي عكسه.

تأسيساً على ما سبق، نوصي المشرع العراقي، بتعديل نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكذلك نوصى المشرع الكوردستاني بتعديل تطبيق نص المادة (٧٤) المذكورة في إقليم كوردستان - العراق، وعلى الوجه الآتي:

((أولاً- يلزم الحكم بالوصية الواجبة في الحالات الآتية:

١- إذا اجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد وإن نزلوا.

٢- إذا اجتمع أولاد الإخوة والأخوات مع أعمامهم أو عماتهم وإن نزلوا.

٣- إذا كانت زوجة الرجل المسلم المتوفى من أهل الكتاب.

٤- إذا اختلف الدين أو الجنسية بين المورث والوارث في غير حالة الزوجة الكتابية، وتراعى في هذه الحالة أحكام المادة (الحادية والسبعون) من هذا القانون.

ثانياً- يشترط للحكم بالوصية الواجبة ما يأتي:

١- ألا يزيد مقدار الوصية الواجبة على ثلث التركة.

٢- أن لا يكون المتوفى قد أعطى المشمول بأحكام الوصية الواجبة ما يساوي استحقاقه، وإذا كان قد أعطاه أقل من استحقاقه يكمل عن طريق الوصية الواجبة.

ثالثاً- يوزع مقدار الوصية الواجبة بين الذكور والإناث المستحقين لها بقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

رابعاً- إذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية تقدم الأولى على الثانية)).

الخاتمة

أولاً- الاستنتاجات:

١- على الرغم من أن جمهور الفقهاء المسلمين لم يأخذوا بالوصية الواجبة، إلا أن تناغم محتوى هذه الوصية مع روح الشريعة الإسلامية أدى ببعض الفقهاء إلى الأخذ بها وتأصيلها من الناحية الشرعية، وفي نظرنا فإن رأي الآخذين بها أجدر بالتأييد.

٢- أخذت غالبية القوانين المتأثرة بالشريعة الإسلامية بالوصية الواجبة وأقرتها في قوانين الأحوال الشخصية، اقتناعاً منها بعدالة هذه الفكرة التي قال بها جمع من الفقهاء، ومنها القانون العراقي.

٣- لم يكن المشرع العراقي ينظم الوصية الواجبة عند تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩، إلا أنه عندما أحس بوجود ثغرة قانونية في هذا المجال، فإنه قام بإجراء تعديل ثالث على القانون المذكور، وذلك بإضافة المادة (٧٤) إليه بموجب القانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ قانون التعديل الثالث لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩. وفي هذه المادة المضافة للقانون، أقر المشرع العراقي، وللمرة الأولى بالوصية الواجبة وبيّن فيها أحكامها منذ صدور قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩,

٤- على الرغم من أن نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي قد أقر الوصية الواجبة ونظم بعضاً من أحكامها، إلا أن تنظيمه إياها لم يكن موفقاً، حيث يعتريه الكثير من النواقص والثغرات المتعلقة بالوصية الواجبة، علماً أنه كان يجب أن يتفادى هذه النواقص والثغرات، لأن القوانين العربية الأخرى، كالقانون المصري والسوري والتونسي، كانت قبل القانون العراقي قد أقرت الوصية الواجبة، وقد وجهت لها انتقادات كثيرة كان بإمكان المشرع العراقي الاستفادة من هذه الانتقادات وتلافيها ولكنه لم يستفد منها.

٥- من أهم الأمور التي ينتقد فيها المشرع العراقي بشأن تنظيمه للوصية الواجبة أنه حصر المشمولين بها بالطبقة الأولى للأحفاد، في حين أن العلة الموجودة فيهم قد توجد في غيرهم أيضاً كما في أولاد الإخوة والأخوات وكذلك زوجة المسلم المتوفى إذا كانت من أهل الكتاب والوارث الذي يحرم من الميراث بسبب اختلاف الدين أو الجنسية.

٦- عمل المشرع الكوردستاني على تلافي الثغرات الموجودة في تنظيم الوصية الواجبة، فقام بتعديل تطبيق المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، وذلك من خلال إيقاف العمل بالمادة المذكورة بالقانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية العراقي.

٧- على الرغم من أن التنظيم القانوني الذي أتى به المشرع الكوردستاني يتسم ببعض الدقة والدخول في بعض التفاصيل الضرورية، إلا أن موقفه لم يسلم من النقد أيضاً.

٨- من أهم الأمور التي تؤخذ على موقف المشرع الكوردستاني أنه أعاد التفصيل غير المبرر في ذكر الطبقات المشمولة بالوصية الواجبة، وأنه لم يحدد بنقاط واضحة الشروط الواجب توافرها للحكم بالوصية الواجبة، كما أنه أغفل عن ذكر بعض الفئات التي يمكن أن تشملها الوصية الواجبة لتوافر العلة فيهم التي أدت إلى تشريع الوصية الواجبة في الأصل.

٩- تطرق المشرع الكوردستاني إلى بعض الأمور التي لاتندرج ضمن أحكام الوصية الواجبة، كما في إجازته للمورث بتوزيع أمواله على الورثة حال حياته بالتساوي بين الذكور والإناث، وكذلك إجازته للمورث أن يوصي للوارث بما لا يزيد على ثلث التركة، فهذه الأمور لا تندرج

ضمن أحكام الوصية الواجبة، لذا فإن المنهجية القانونية تقتضي تنظيم مثل هذه الأمور في الأحكام العامة للميراث والوصية وليس الوصية الواجبة التي هي حالة خاصة ولها تنظيمها القانوني الخاص بها.

ثانياً- التوصيات:

١. نوصي المشرع العراقي بإعادة تنظيم الوصية الواجبة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، وضرورة إجراء تعديل تشريعي لتلافي الثغرات القانونية الواردة في تنظيمها.

٢- بالنظر إلى وجود بعض الثغرات القانونية في تنظيم المشرع الكوردستاني للوصية الواجبة، وبغية تلافي تلك الثغرات فإننا نوصي المشرع العراقي وكذلك الكوردستاني بتعديل نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل، على الوجه الآتي:

((أولاً- يلزم الحكم بالوصية الواجبة في الحالات الآتية:

١- إذا اجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد وإن نزلوا.

٢- إذا اجتمع أولاد الإخوة والأخوات مع أعمامهم أو عماتهم وإن نزلوا.

٣- إذا كانت زوجة الرجل المسلم المتوفى من أهل الكتاب.

٤- إذا اختلف الدين أو الجنسية بين المورث والوارث في غير حالة الزوجة الكتابية، وتراعى في هذه الحالة أحكام المادة(الحادية والسبعون) من هذا القانون.

ثانياً- يشترط للحكم بالوصية الواجبة ما يأتي:

١- ألا يزيد مقدار الوصية الواجبة على ثلث التركة.

٢- أن لا يكون المتوفى حال حياته قد أعطى المشمول بأحكام الوصية الواجبة ما يساوي استحقاقه، وإذا كان قد أعطاه أقل من استحقاقه يكمل عن طريق الوصية الواجبة.

ثالثاً- يوزع مقدار الوصية الواجبة بين الذكور والإناث المستحقين لها بقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين.

رابعاً- إذا تزاحمت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية تقدم الأولى على الثانية)).

قائمة المصادر

أولاً- الكتب:

١. د. أحمد عبيد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، ج٢، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ٢٠٠٩,

٢. د. أحمد فراج حسين و د. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢,

٣. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن والقانون، ط١، دار نشر إحسان، طهران، ٢٠١٤,

٤. د. وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ط٢، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٦,

٥. فريد فتيان، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط٢، دار واسط، لندن، ١٩٨٦.

ثانياً- البحوث:

١. د. حسين سعيد حسن طوبان، المنافع والموانع في أحكام الوصية، دراسة فقهية مقارنة، مجلة الجامعة العراقية، العدد (٣٥)، المجلد (١)، ٢٠١٦، (ص ص٤٢٩-٤٦٤).

٢. رائد فتيخان عطاالله الزبيدي، حق الحفيد اليتيم المحجوب عن إرث جده بوصيته أو ما تسمى (بالوصية الواجبة)، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مجلة جامعة الأنبار للعلوم الإسلامية، العدد (١٤)، المجلد (٤)، كانون الثاني ٢٠١٣، (ص ص١٩٠-٢٥٩).

٣. د. عادل ناصر حسين: إعطاء المحجوبين من الأولاد الإخوة والأخوات، مجلة الجامعة العراقية، العدد (٣٣)، المجلد (٢)، ٢٠١٤، (ص ص٣٥-٦٢).

٤. د. عبدالمحسن قاسم حمو و طارق عبدالقادر حسين، حسابات خاصة في علم الفرائض، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٥٥)، المجلد (١٥)، السنة (١٧)، ٢٠١٢، (ص ص٤٣١-٤٧٧).

٥. قحطان هادي عبد، الوصية غير المعينة في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة جامعة تكريت للحقوق، العدد (٢٩)، المجلد (٣)، السنة (٨)، ٢٠١٦، (ص ص٣٢٧-٣٥٦).

ثالثاً- كتب الحديث والفقه الإسلامي:

١. المغني لأبي محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، ج٦، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.

٢. المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ج٨، دار الفكر، بيروت، بلا.

٣. المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج لأبي زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، ط٢، مؤسسة قرطبة، ١٩٩٤,
٤. تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي، للإمام الحافظ أبي العلي محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري، ج٦، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بلا.
٥. السنن الكبرى، للإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ج٦، ط٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣,
٦. سنن ابن ماجة، للحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، ج٢، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، بلا.
٧. سنن الدارقطني، للحافظ الكبير علي بن عمر الدارقطني، ج٥، ط١، مؤسسة الرسالة،بيروت، ٢٠٠٤,
٨. سنن أبي داود، للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني، ج٤، طبعة خاصة، دار الرسالة العالمية، دمشق، ٢٠٠٩,
٩. فتح الباري بشرح صحيح الإمام أبي عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، للإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ج٥، المكتبة السلفية، بلا.

رابعاً- التشريعات:

١. قانون الوصايا المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦.
٢. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣.
٣. مجلة الأحوال الشخصية التونسي رقم (٧٧) لسنة ١٩٥٦.
٤. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.
٥. القانون رقم (٧٢) لسنة ١٩٧٩ قانون التعديل الثالث لقانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩,
٦. القانون رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٨ قانون تعديل تطبيق قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل في إقليم كوردستان – العراق.

پوختە

یاسادانەری عێراقی بە لەبەرچاوگرتنی بۆچوونی لایەنێکی فیقهی ئیسلامی، هەڵساوە بە ڕێکخستنی وەسیەتکردنی ئەرک، بەڵام ئەم ڕێکخستنەی چەندین کەموکوڕی یاسایی تێدایە، ئەمەش وای کرد یاسادانەری کوردستانی پیادەکردنی یاسای باری کەسێتی لە هەرێمی کوردستان – عێراق هەموار بکات بە ئامانجی چارەسەرکردنی ئەم کەموکوڕییە یاساییانە، بەڵام ئەو هەموارەی یاسادانەری کوردستانیش ئەنجامیدا بەدەر نەبوو لە کەموکوڕی یاسایی، بۆیە کێسەی ئەم توێژینەوەیە بریتیە لە کەموکوڕی ڕێکخستنی یاسایی وەسیەتکردنی ئەرک لە یاسای عێراقی و کوردستانی، لێرەوە ئامانجی ئەم توێژینەوەیە بریتیە لە تیشک خستنەسەر ڕێکخستنی یاسایی وەسیەتکردنی ئەرک لە یاسای باری کەسێتی عێراقی هەموارکراو و خستنەڕووی لایەنەکانی کەموکوڕی لەم یاسایە و پێشنیارکردنی چارەسەری یاسایی گونجاو دەربارەیان، لە نێوان گرنگترین دەرئەنجامەکانی ئەم توێژینەوەیە ئەوەبوو کە چارەسەری یاسادانەری عێراقی و کوردستانی بۆ وەسیەتکردنی ئەرک کەموکوڕی هەیە لەگەڵ بوونی هەندێک جیاوازی لە ووردەکاریی نیوانیان. بۆیە یەکێک لە راسپاردەکانی ئەم توێژینەوەیە بریتی بوو لە هەموارکردنی دەقی ماددەی (٧٤)ی یاسای باری کەسێتی عێراقی ژمارە (١٨٨)ی ساڵی ١٩٥٩ی هەموارکراو و پێشنیارکردنی دەقێکی یاسایی نوێ لەپێناو چارەسەرکردنی کەموکوڕی یاسای ناو یاسای ناوبراو.

کلیلی توێژینەوە: وەسیەتکردن، وەسیەتکردنی ئەرک، یاسای باری کەسێتی.

Abstract

The Iraqi legislator, taking into consideration the opinion of some Islamic jurisprudence, regulating the obligatory commandment, but it's legal regulation has some legal gaps, which led the Kurdistan legislature to amend the application of personal status law in the Kurdistan Region - Iraq, aimed at avoiding these legal gaps, but the amendment which was conducted by the Kurdistan legislator also did not free from the legal gaps, so the problem of this research was the inadequacy of the legal regulation of the obligatory commandment in Iraqi and Kurdish law, and then one of the objectives of the research was to shed light on the legal regulation of the obligatory commandment in the amended Iraqi personal status law and to propose legal solutions thereon, and among the most important conclusions of the research is the shortage of Iraqi and Kurdistan law to address the obligatory commandment, with some difference between them in terms of details. Therefore, one of the recommendations of the research was to amend the text of Article (74) of the amended Iraqi Personal Status Law No. (188) for the year 1959 and to propose a new legal text in order to remedy the legislative shortcomings in the mentioned law.

Key words: commandment, obligatory commandment, personal status law