# القانون الواجب التطبيق على الوصية

Doi: 10.23918/ilic9.22

**أ. م. حوراء علي حسين**
**تدريسية في جامعة كربلاء - كلية القانون**
Hawraa.ali@uokerbala.edu.iq

# Law applicable to the will

**Asst. Lect. Hawra Ali Hussein**
**Karbala University - College of Law**

**الملخص**

تعد الوصية من العلاقات القانونية التي من الممكن أن يثار بشأنها تنازع القوانين وذلك نتيجة التطور الكبير في مجال وسائل الإتصال والمواصلات من صلات وتعامل بين رعايا الدول المختلفة. والذي بدوره جعل عناصر تلك العلاقات تتوزع على دول عديدة وتتعلق بأكثر من إختصاص تشريعي.

ونظراً لأهمية الوصية في علاقات القانون الداخلي فقد أهتم المشرع بتنظيم المسائل التي تتعلق بها في قوانين مستقلة والوصية في قانونه الوطني ولما كان القانون الداخلي يقوم بتنظيم الوصية على أسس دينية وأجتماعية تتأثر بالأيدولوجية القائمة في المجتمع الواحد . مما أدى إلى إختلاف أحكامها من دولة إلى اخرى ومن تشريع إلى آخر فكان لا بد من النظر إلى تلك المسائل فيمفهومها الدولي وإيجاد تنظيم خاص يتحدد بموجبه القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات الطابع الدولي.

**الكلمات الإفتتاحية:** الوصية، الشكل، الموضوع، القانون الوطني، عنصر أجنبي.

**Abstract**

The will is one of the legal relationships that may raise a conflict of laws due to the great development in the field of means of communication and transportation, including relations and dealings between citizens of different countries. Which in turn made the elements of those relationships distributed among many countries and related to more than one legislative jurisdiction.

Given the importance of the will in domestic law relations, the legislator has been interested in organizing the issues related to it in independent laws and the will in its national law. Since domestic law organizes the will on religious and social bases that are affected by the ideology existing in one society. Which led to the difference in its provisions from one country to another and from one legislation to another, it was necessary to look at those issues in their international concept and find a special organization that determines the law applicable to disputes of an international nature.

**Keywords:** Will, form, subject, national law, foreign element.

**المقدمة**

يعد تنازع القوانين من أهم موضوعات القانون الدولي الخاص ،والمقصود به هو تلك العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ، والواقعة في اطار القانون الخاص ، نظرا لما تثيره هذه العلاقات من صعوبات بشأن اختيار القانون الاكثر ملائمة لحسمها، وتعد الوصية من العلاقات القانونية التي من الممكن ان يثار بشانها تنازع القوانين، بالنظر الى ما افرزه التطور الكبير في مجال وسائل الاتصال والمواصلات من صلات وتعامل بين رعايا الدول المختلفة والذي امكن معه ان تتوزع عناصر تلك العلاقات في اكثر من دولة وتتصل باكثر من اختصاص تشريعي ، وبالنظر الى ما للميراث والوصية من اهمية في علاقات القانون الداخلي فقد عني كل مشرع بوضع القواعد المنظمة لها في قوانين مستقلة او منفردة لكل من الميراث والوصية في قانون وطني.

**اهمية الموضوع:**

تكمن اهمية الموضوع في معرفة الفرق بين قواعد الاسناد فيما بين دولة الدراسة وكان لهذا الفرق اختلاف في الاداء بالنسبة للفقه هو اختلاف احكام القضاء في خصوص هذه المسألة لكون المشرع افسح المجال للقاضي بالاجتهاد الواسع على الرغم من خضوع احكامه لرقابة محكمة التمييز والكشف عن القانون الذي يحكم موضوع الوصية في العراق والمقارنة مع بقية الدول الاخرى واخذ الاصلح مع المحافظة على طبيعة المجتمع من الناحية الاجتماعية والاقتصادية.

**الصعوبات الخاصة بالبحث:**

تكمن الصعوبات الخاصة بالبحث في موضوع الوصية من الاختلاف في تحديد طبيعة المسالة ، موضوع التنازع ، حسب النظام القانوني في مختلف الدول، فقد تعتبر المسألة من الموضوع وفقا لقانون دولة بينما تعتبر من الشكل وفقا لقانون دولة اخرى.

**منهج البحث:**

اعتمدنا اسلوب البحث القانوني القانوني المقارن منهج في الدراسة فعدنا الى توضيح موقف التشريع العراقي والمصري

**خطة البحث:**

المبحث الاول: تحديد القانون الواجب النطبيق على موضوع الوصية

المطلب الاول: مفهوم الوصية

المطلب الثاني: تطبيق القانون الشخصي ( الجنسية أو الموطن)
المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية
المطلب الاول : معنى فكرة الشكل الوصية
المطلب الثاني : القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية في القانون العراقي والمقارن

**تمهيد**

الوصية هي النوع الاختياري من انواع انتقال الملكية بالخلافة، اما في القانون ولما كانت هذه التعريفات قاصرة وغير جامعة لكل صور الوصية التي عالجها قانون الوصية ، فقد عرفها المشرع المصري بتعريف جامع لكل صورها التي وردت به فعرفها وفق المادة (١) من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بانها( تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت) واما في القانون العراقي فقد عرفتها المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي بانها(تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض ولما كان الموصي يستطيع التحايل على الورثة عن طريق الخروج على احكام الوصية تحت مظلة غيرها من التصرفات كالهبة او البيع والتي تكون مشوبة بغموض من قبل الموصي وذلك للأضرار بالورثة فقد قام الفقه بإدخال هذه التصرفات في معنى الوصية ومنها تصرفات المريض مرض الموت وتصرف لوارث مع الاحتفاظ بالحيازة .

## المبحث الاول

## تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الوصية

اختلفت الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق بشان الوصية فقسم من هذه الدول اعتبره من الاحوال العينية فقام بإخضاعه لقانون موقع المال ولم يفرق فيها بين العقار والمنقول والقسم الآخر اعتبره من الاحوال الشخصية وأخضعه للقانون الشخصي في حين اتخذت دول اخرى اتجاها وسطا ما بين الاحوال العينية والاحوال الشخصية وهذا ما سنوضحه بعد تقسيم المبحث الاول الى مطلبين سنتناول في المطلب الاول موقف القانون من تطبيق قانون الجنسية او الموطن واي قانون يطبق في حالة تعدد الشرائع ونتناول في المطلب الثاني توضيح مدى خضوع الاحكام الموضوعية لقانون موقع المال.

### المطلب الأول

### مفهوم الوصية

عرف المشرع العراقي الوصية في المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض) .وهو ما يشابه تعريف المشرع المصري في قانون الوصية . من هنا يتبين لنا بوجود رابطة وثيقة مابين الميراث والوصية إذ بهما تتحقق الخلافة بسبب الموت . لذلك أختلفت الدول في تعيين القانون الأجنبي الذي يجب تطبيقه بشأن الوصية في حالة وجود عنصر أجنبي [١]. فيه نستعرض موقف التشريعات المقارنة وهي كل من القانون الإماراتي والقانون الأردني و التشريع العراقي في هذه الدراسة من تعريف للوصية و المقارنة بينها، وقد أخترنا أن يكون إيراد القانون العراقي متأخراً للمقارنة موقفه مع مواقف تلك القوانين وإبداء الآراء و المقترحات ليس ، حيث عرف كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية الوصية في المادة (٥٣٠) منه بأنَّها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[٢]

أما القوانين محل المقارنة في هذه الدراسة فعرفت الوصية كما يلي.**عرفت الوصية في القانون الإماراتي** في المادة (٢٤٠) بأنَّها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد موت الموصي.

**كما عرف المشرع الأردني** الوصية في المادة (٢٥٤) بأنَّها تصرف بالتركة مضاف إلى ما بعد الموت [٣] ولم تختلف المواقف بين التشريعين الإماراتي والأردني في تعريف الوصية.

من خلال ما تقدم نلاحظ بأن المشرع العراقي وفق في بدء التعريف للوصية بمفردة "تصرف" وترك مفردة "عقد" والتي لا تلائم أحكام الوصية؛ وذلك لأن العقد يتوجب تطابق إرادتي أطرافه مطابقة تامة، وهذا ما لا وجود له في الوصية كونها تنشأ بإرادة الموصي المنفردة ولا دور لقبولها أو ردها في حياته.

ولم يوفق فيما أورده في الشطر الأخير من المادة (٦٤) بالقول " مقتضاه التمليك بلا عوض" والتي حصرت الوصية بالتمليك مما جعل المادة أعلاه غير مانعة؛ لأنها قد أغفلت أنواعا مهمة من الوصية كالوصية بتقسيم تركته أو تأجيل الدين أو الحج عنه غيرها ممَّا لا يكون عنصر التمليك حاضراً فيها ولا يصح تمليكها.

عليه نرى من الأفضل أن تعديل المادة "٦٤" من خلال حذف الشطر المشار إليه ليكون التعريف تعريفاً جامعاً مانعاً، ولو أعدنا النظر في التعاريف المتقدمة لا نجد بينها تعريفا جامعا مانعا للوصية؛ والسبب في ذلك اختلاف الفقهاء في كون الوصية "عقد أم تصرف فرأها البعض عقداً و يراها آخرون تصرفاً، وأن كل فريق ركّز عند تعريفه للوصية على إبراز جانب معين من جوانبها وغفل عن آخر، وهذا هو حال التشريع العراقي أيضاً، علية وبسبب تلك الانتقادات التي وجهت إليها فلا نرجح أي منها.

### المطلب الثاني

### تطبيق القانون الشخصي ( قانون الموطن ، قانون الجنسية)

كما هو معلوم أن مسائل الأحوال الشخصية تخضع للقانون الشخصي .السؤال الذي يثار في هذا السياق ما المقصود بالقانون الشخصي أهو قانون الجنسية أو قانون الموطن؟ اختلف الفقه القانوني فالبعض أخضعها إلى قانون الموطن بينما يرى الرأي الثاني خضوعها لقانون الجنسية ؟ ولا اشكال لو اتحدت جنسية المورث مع الوارث وكان الموصى به في بلدهما، فسنكون امام وصية اطرافها متحدة الجنسية ولا يوجد ثمة إشكال، لكن لو اختلفت جنسية الموصي عن الموصى له، فسنكون هنا امام حالة اطلقت عليها تسمية الوصية في الاطار الدولي او المختلف الجنسيات، والتي يمكن ان نعرفها بأنها (الايصاء الذي تكون فيه جنسية الموصي وقت موته مختلفة عن جنسية الموصى له، سواء اكان الاخير شخصا واحدا ام اكثر ،وسواء اكان شخصاً طبيعيا ام معنوياً ،وسواء اكانت الوصية بملكية الرقبة ام حق المنفعة).[٤]

---

[١] محمد قدري باشا الأحكام الشرعية في الحوال الشخصية ، ط١، الناشر دار ابن حزم بيروت ٢٠٠٧.،ص١٥٨.
[٢] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.
[٣] قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ .
[٤] د .حفيظة السيد الحداد، مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب، دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية ، ٢٠٠٧، ص ٢٣٢

وإشكاليات اختلاف الجنسية بين الموصي والموصى له، إما إن تحصل ابتداءً اثناء انشاء الوصية، مثل أن يكون الموصي من جنسية الدولة (أ) والموصى له من جنسية الدولة (ب)، ويستمر ذلك حتى وفاة الموصي وان اكتسب جنسية الدولة (ج)[١].وقد يحصل هذا الاختلاف لحظة وفاة الموصي، حيث يكون كل من الموصي و الموصى له من جنسية واحدة ثم يحدث الاختلاف عند وفاة الموصي، وقد يحدث العكس بان يكون كلاهما مختلفا الجنسية، وقد يحدث اتحاد الجنسية بان يكتسب الموصي جنسية الموصى له او العكس، فهنا نكون امام وصية مختلفة الجنسية والعكس من ذلك.

وللوقوف على حقيقة الوصية في اطار القانون الدولي، لابد من بيان المقصود من الوطني والأجنبي و اوجه الفروق بينهما.

ان مدلول الجنسية بوصفها رابطة قانونية وسياسة تعبر عن انتماء الفرد الى دولة ما، لا تعد فكرة حديثة نسبياً ،فقد بدأت في الظهور في القرن الثامن عشر حيث استخدام مصطلح (الجنسية) بمعناه السياسي والقانوني، بينما يرى إتجاه آخر ان هذا الاصطلاح لم يدخل اللغة القانونية إلا في القرن التاسع عشر .وإن دخول الوصية في مفهوم الأحوال الشخصية أدى إخضاع أحكامها الموضوعية للقانون الشخصي للموصي والذي هو عند البعض قانون جنسية الشخص الموصي . وإن تأثر الدول بقانون جنسية الشخص ينبع من أمور عديدة ذلك أن مفهوم الجنسية هو نظام قانوني يتم بمقتضاه تحديد عنصر الشعب الذي يقوم عليه كيان الدولة واستمرارها، يحدد هذا النظام الشروط اللازمة للحصول على هذه الصفة (الجنسية) وزوالها ، فأن يوجد إختلاف فقهي كبير وواضح لدى الفقهاء في تحديدهم لماهية الجنسية ،ومرجع هذا الاختلاف يكمن في ان مفهوم الجنسية تقع عند ملتقى فروع القانون العام والخاص والدولي والداخلي ،ومن هنا تبدو الجنسية كفكرة مركبة وليست بسيطة.[٢]

ومع ذلك فأن التعريفات المختلفة التي وضعها الفقه لمصطلح الجنسية، تكاد ترتكز في اتجاهين اساسيين :الاول, يركز على الجنسية بوصفها رابطة بين الفرد والدولة دون تحديد طبيعة هذه الرابطة .وترد أيضا على وصف الجنسية بأنها رابطة ذات طبيعة قانونية او سياسية او تجمع بين الوصف القانوني أو السياسي معاً. اما الثاني فينظر الى الجنسية على اعتبار انها صفة تلحق بالفرد [٣].

والتعريف الراجح وفق مانراه ان الجنسية "رابطة سياسية وقانونية على اساسها يتم تمييز الوطني عن الاجنبي وتحديد من يتمتع بكافة الحقوق على ارض البلد من عدمه. تسمية الوطني تطلق على اولئك الاشخاص الذين يحملون جنسية دولة ما وخلاف ذلك يسمى اجنبياً.

ثم ان أغلب "التشريعات الوضعية لم تضع تعريفاً او توضيحاً لمدلول الاجنبي بل أكتفت بتحديد ما المقصود بالوطني وما سواه يعد أجنبياً. فالأجنبي لفظة مشتقة من (جانب او تجنب)وهي مرادف لكلمة (ETRANJA) بالإنكليزية، ويقابلها باللاتينية (EXTRANEURN) و معناه وطني ( NATIONIL)، وهو الذي لا ينقاد والبعيد منك والغرابة والغريب هما لفظان مضادان لابن البلد أو لابن المحلة. والأجنبي لفظه وفكرة قديمة جداً حيث كانت معاملة الاجانب لدى الجماعات القديمة تتسم بالقسوة. فقد كانَ الاجنبي محروماً من القدرة على التمتع بالحقوق فلم يكن له ان يتزوج من الاخرين أو يتعاقد معهم، بل كان محروماً حتى من حق اللجوء الى القضاء للدفاع عن نفسه أو طلب التعويض عما يصيبه من اضرار". [٤]

"فالرومان كانوا يطلقون على الاجنبي لفظة عدو (TOSTIS)، وكذلك الحال بالنسبة لليونان القدماء حيث فرق ايزوقراط بين الاجنبي واليوناني مستعملاً الاخير لفظ بربري في الجاهلية كانوا يقصدون بالأجنبي الشخص الغريب عن القبيلة، كما ان الشريعة الموسوية حرمت على الاجنبي ان يطالب باسترداد ماله المفقود رغم العثور عليه لدى العبرية كما منع من التوارث مع العبرية ومنع الزواج من العبرية، وكذلك فعل قانون(مانو) الهندي الذي لا يمنح فيه الاجنبي الحماية، أما الصينيون القدماء فيعتبرون الصيني هو انساناً اما البربري (الاجنبي) فهو حيوان يؤكل لحمه اما في فرنسا قديما فقد الغي اي ملك عن طريق الميراث أو الوصية أو نقله عن طريقهما الى الغير وكان محرماً على الاجنبي (غير الفرنسي) إلا اذا كان له ولداً فرنسياً، فهنا لا تنتقل تركته الى الدولة بل لهذا الوارث، اما بعد الثورة الفرنسية عام ١٧٩١ فقد صدر قانون يسمح للأجانب تلقي الارث ونقله ".[٥]

وخلاصة القول ان الاجنبي في السابق لا يتمتع بأي حق في غير دولته التي نشأ فيها لاسيما حقه في الارث من اموال موروثه وحق في الوصية مع اختلاف الجنسية بينهما. من خلال توضيح مفهوم الجنسية والفرق بين الأجنبي والوطني . فإن الإتجاه الذي نهجته البلدان العربية هو الأخذ بالقانون الشخصي فكان هذا نتيجة طبيعية لكون الوصية داخلة ضمن مفهوم الأحوال الشخصية.[٦]

وبالتالي يطبق عليها القانون الشخصي للموصي والذي هو بطبيعة الحال قانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي بجنسيته ولو عدنا إلى الأصول التاريخية لهذا الإتجاه الذي نهجته الدول العربية من إخضاع الشروط الموضوعية للوصية لقانون جنسية الموصي وقت وفاته. لوجدنا المشرع العراقي في القانون المدني رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ الذي نص في المادة (١/٢٣) (قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته) وكذلك القانون المدني السوري في المادة (١/١٨) والتي جاء فيها (يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته) . وقانون العلاقات الخاصة الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ في المادة (٤٨) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥لسنة ١٩٨٥ والمعدل بالقانون الإتحادي رقم ١ لعام ١٩٨٧ .على إخضاع أهلية الموصي لعمل الوصية وصياغتها لقانون جنسيته . وكذلم المشرع المصري نص في كل من القانون المدني الأهلي والمختلط في المواد ٧٨/٥٥ على إخضاع أهلية الموصي لعمل الوصية وصياغتها لقانون جنسيته وكذلك في لائحة التنظيم القضائي للمحاكم المختلطة.

ونفس الحال بعد صدور القانون المدني الحالي حيث شمل كافة التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت وعلى الرغم من كون أغلب الدول العربية أعتمدت الإتجاه الشخصي وطبقت قانون جنسية الموصي على الأحكام الموضوعية للوصية إلا إن المملكة العربية السعودية لم تأخذ به وطبقت قانونها الوطني على الوصايا[٧] أما بالنسبة لقانون الموطن بعض الدول تأخذ بقانون الموطن بإعتباره القانون الشخصي في مسائل الأحوال الشخصية فيما يتعلق بالوصايا بإعتباره القانون الشخصي لها. وأهم الدول التي أعتمدت هذا الإتجاه هي البلاد الأنجلوأمريكية

---

[١] د. علي التريني , القانون الدولي الخاص الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي , مطابع مديرية دار الكتاب والنشر في جامعة الموصل,١٩٨٢،ص٣٤٥.

[٢] د. شمس الدين الوكيل ,الموجز في الجنسية ومركز الأجانب , ط١,منشورات الحلبي ,١٩٨٣، ص ١٢٣.

[٣] د. عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص ,ج ١ , الجنسية ومركز الأجانب ،ط١١، المكتبة القانونية ١٩٨٦،ص١٧٨

[٤] د. احمد عبد الكريم سلامه , التنازع الدولي للقوانين والمرافعات المدنية , النهضة العربية – القاهرة - بدون سنة طبع.ص٤٣.

[٥] د. عز الدين ، مصدر سابق، ص٣٣.

[٦] خضر حامد علي ، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة) ،منشأة المعارف الإسكندرية، ص٣٦.

[٧] أحمد عبد الكريم سلامة ، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي ، جامعة الملك سعود، ص٥٢٣.

أي بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية هذه الدول أخذت بقانون الموطن في معظم حالات تطبيق القانون سواء أكانت في مواد الأحوال الشخصية أم غيرها ومن الأسباب التي دفعت هذه الدول للأخذ بقانون الموطن بإعتباره القانون الشخصي هو القضاء الذي يخضع له والقانون الذي يحكمه ليس في مسائل خضوع حالة الشخص وأهليته لقانون موطنه . والمقصود بالموطن ليس بالضرورة أن يكون هو المدينة التي ينتمي إليها الشخص بأصله وإنما يمكن أن تكون المدينة التي يستوطن فيها الشخص في الوقت الحالي .

ومن المبررات التي جاء بها الفقه في هذه الدول للأخذ بقانون الموطن تأتي من عدة جوانب نظرية وعملية إذ ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم سافيني ضرورة التمسك بتطبيق قانون الموطن على الأحوال الشخصية لكونه نظاما تقليديا ويعد أقدم من نظام الأخذ بقانون الجنسية بالإضافة إلى الحجج العملية هي أن الأخذ بنظام قانون الموطن في الأحوال الشخصية نجح أكثر من نظام الجنسية فظهر أنه أكثر تماشياً مع حاجات الأفراد بالإضافة إلا أن الفقه يعتبر الموطن مركز مصالح الشخص أي مركزه القانوني والمكان الذي يباشر فيه حقوقه وتصرفاته. كل هذا ساهم في إخضاع الإنسان لقانون الموطن حتى وإن كان الشخص اجنبياً .

بالإضافة إلى إن الموطن أسهل بالنسبة للقضاة من تطبيق قانون الجنسية الذي قد يخطئون في فهمه وتفسيره على الرغم من هذه الحجج العملية والنظرية التي جاء بها قانون الموطن إلا إنها لم تنجو من النقد

ومن الإنتقادات التي وجهت إليها إن تغيير الموطن أسهل وكثير الوقوع لكون الموطن خاضعاً للإرادة . لذلك فهو لا يعد عنصراً دائماً ومميزاً للفرد في حالة الأخذ بمسائل الأحوال الشخصية . وفي حالة الأخذ بقانون الموطن فهو مبني على أساس عملي ولم يبن على أساس أنه قانون الدولة وبخاصة ما وضع من هذا القانون ليحكم الأحوال الشخصية لرعايا هذه الدولة الذين هم كيانها لذلك يجب أن تتبعهم هذه القوانين في أي جهة وجدو بغض النظر عن الموطن الذي يسكنون فيه.

من خلال ما تقدم ذكره يتبين لنا أن أختيار أي من المعيارين بالنسبة للدول التي أخذت بقانون جنسية الشخص أو الدول التي أخذت بقانون موطن الشخص يرجع لظروف كل دولة وأحتياجتها وأن أختلاف الدول في الأخذ بكلا المعياررين يعود إلى تمسك بعضها بمعيار قديم وعدم رغبتها في تركه وإقتناع البعض الآخر بصلاحية معيار جديد وتأخذ بالنظرية التي تتفق مع ظروفها الأجتماعية والإقتصادية[1] .

## المبحث الثاني

## القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية

تنوع الاشكال التي يقررها القانون تختلف غايتها اذ ليست كلها مما تستلزم اظهار الارادة الى العالم الخارجي ، ومن ثم لا تدخل كلها في مضمون فكرة شكل التصرف وهو ما يتطلب تحديد مضمون فكرة الشكل في الوصية بكونها تصرفا قانونيا وهذا ما سنوضحه بعد تقسيم المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول معنى فكرة الشكل في الوصية ونخصص المطلب الثاني لتوضيح تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية.

### المطلب الأول

### معنى فكرة الشكل في الوصية

توجد أشكال يمكن الخلط بينها وبين فكرة شكل الوصية من المعروف بعض الأشكال المقررة قانوناً منها ما يكون لازماً لوجود الوصية. ومنها ما يكون لازماً لغرض الإثبات ، في حين يكون الغرض من هذه الأشكال هو مجرد إعلان الوصية وشهرها من أجل الأحتجاج بها على الآخر.[2] ومنها الأشكال الخاصة بالتسجيل حيث أنها الأوضاع التي يحددها القانون سلفاً ويوجب مراعاتها لإعلام الآخرين بوجود الوصية وكون مسألة الإحتجاج بهذا التصرف على غيره فيما لو أستلزم الأمر ذلك ويمثل التسجيل للوصية في المحكمة . المادة (٢٤٩) خاصة إذا تعلقت بحقوق عقارية والتسجيل يعد شكلاً للإعلان عن التصرف وهذا التسجيل لا يتم إلا بعد إبرام التصرف لذلك لا يمكن إعتبار التسجيل قالباً لإفراغ الإرادة ولا يهدف إلى حماية هذه الإرادة.

وايضا الاشكال المكملة للأهلية والأشكال الخاصة بالمرافعات تخرج عن فكرة الشكل في الوصية . أما بالنسبة إلى الأشكال التي تدخل في فكرة شكل الوصية والمقصود بمفهوم الشكل في الوصية هي الأوضاع التي يتطلبها القانون لغرض إظهار إرادة الموصي أو المتصرف إلى العالم الخارجي من هذا المنطلق جاء استعباد الأشكال التي لا تتفق مع هذا المفهوم.

يعد الشكل القالب الذي تظهر فيه الإرادة هو ما يمثل شكل الوصية أو التصرف حيث جعل القانون منه ركناً لازماً لوجود الوصية وصحتها حيث أن لو تخلف الشكل المطلوب للإنعقاد لترتب على تخلفه البطلان .

وعلى الرغم من كون القانون قد وقف عند حد تطلب الشكل لمجرد إثبات الوصية فقال بأن الوصية تنشأ ولو بغير توافر هذا الشكل وهو الشكل المطلوب للإثبات[3]

إذ يجب إتباع شكل معين للإنعقاد الوصية ويدخل في مضمون فكرة الشكل ويخضع للقانون الذي يحكم مسائل هذه الفكرة أو شكلاً يتصل بالموضوع ويسري على قانون الوصية . :لما كانت الوصية تصرف قانوني إرادي فإن بعض القوانين تشترط الرسمية في الوصية والبعض يكتفي بالكتابة المجردة أو حتى الطابع ال ودي والسري ليا .لكن يمكن القول بأن شكل الوصية لا يخرج عن القاعدة التي تحكم شكل التصرفات.

وبالرجوع لأحكام المادة 61 فقرة 20 من القانون المدني الجزائري فإن القانون الواجب التطبيق عمى شكل التصرف قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية .وبذلك جعل المشرع الجزائري لشكل الوصية عدة ضوابط عمى سبيل الاختيار لضمان صحة الوصية.

أختلف الفقه للإجابة على إتجاهين مختلفين تبنى الإتجاه الأول لزوم الشكل أو عدم لزومه لإنعقاد الوصية هي مسألة موضوعية وأنه يرجع في شأنها إلى القانون الذي يحكم الموضوع. وهي مسألة تتعلق بالتكييف ففي حالة توجبت الوصية إتباع شكلية معينة يعد هذا الإتجاه شرط جوهري داخل في حقيقته وماهيته أي أن الهدف يكون جنسية الأجنبي بإعتباره القانون الموضوعي الذي يتوجب الرسمية لإنعقاد الوصية في حال كان الموصي في العراق لا تنعقد الوصية إلا بعد إتباع الشكل الرسمي حتى وإن كان القانون العراقي هو قانون محل الإبرام لا

---

[1] د. خضر حامد علي ، مصدر سابق، ص ٤٤.

[2] هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ص ٢٤٤.

[3] د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١، ١٩٩٨، ص١٤٥.

يتوجب الرسمية. وكذلك المشرع المصري كان سباقاً في إتباع نفس المنهج كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري يراعى أن اختصاص القانون الذي يسري على الشكل لا يتناول إلا عناصر الشكل الخارجي

أما المسائل الجوهرية في الشكل والتي تعد ركناً في إنعقاد التصرف يسري عليها القانون الذي يرجع إليه للفصل في التصرف من حيث الموضوع[١] أما الرأي الثاني إن الشكل اللازم لإنعقاد الوصية يعد تعبيراً عن الإرادة وقالباً تصب فيه. لذلك فإن مسألة إعتماد الشكل من عدمه تخضع لتقدير القانون الذي يحكم الشكل[٢] .

وذلك أن إخضاع الشكل اللازم لإنعقاد الوصية مع القانون الذي يحكم الموضوع هو أمر يتعارض مع فكرة التيسير والإعتبارات العملية التي تقوم عليها قاعدة الشكل في التصرف وذلك لأن إلزام الموصي بالرجوع إلى قانون غير قانون المكان الذي تم فيه إبرام الوصية وفيه عدم التيسير وتقييد حرية الموصي بإتخاذ نوع معين من الشكل الذي يتم فيه إبرام الوصية .

على الرغم من كون أنصار هذا الأتجاه برروا صحة قولهم بعدة أسانيد منها وهي إخضاع الشكل التصرف مهما تكن طبيعته للقانون الذي يحكم الشكل وهو باقي على قاعدة الشكل نفسها وفي حال إخضاع الشكل لقانون الموضوع إذا كان لازماً للإنعقاد لأن فيه تقييد واضح لقاعدة الشكل التي تقوم في الأساس على التمييز بين الشكل والموضوع والنتيجة التي تبناها هذا الإتجاه هي بضرورة إتساع فكرة الشكل في الوصية وهو ما يستتبع معه عدم خضوع الشكل اللازم للإنعقاد لقانون الموضوع وبقائه في نطاق أعمال القانون الذي يحكم الشكل[٣] .

أما بالنسبة للشكل للإثبات تبنى البعض من الفقه المصري إلى أن القانون الذي يحكم الشكل هو الذي يحدد لزوم أو عدم لزوم شكل معين لإثبات التصرف وكذلك قوة الدليل في الإثبات فإذا كان القانون الذي يحكم شكل العقد لا يتطلب الكتابة بينما يتطلب القانون الذي يحكم الموضوع فإنه يعتمد محل ابرام التصرف ونفس الحال إذا كان القانون الذي يحكم الشكل لا يتطلب الدليل الكتابي في الإثبات.

## المطلب الثاني

## القانون الواجب التطبيق على شكل الوصية في القانون العراقي والقوانين المقارنة

وفق ما جاء في نص المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي الذي سبق ذكرها إن قضايا الوصايا يسري عليها قانون الموصي وقت موته. لكن المشرع العراقي لم يوضح المقصود هل يطبق قانون الموصي وقت موته على الشكل أم الموضوع أم الأثنين معاً .

لكن النص جاء مطلقا من مصطلح قضايا الوصايا بأن المشرع العراقي لم يفرق بين الشكل والموضوع أي يطبق قانون الموصي وقت موته على الشكل والموضوع .

أما بالنسبة للمشرع المصري حيث نص في المادة (١٧) الفقرة (٢) يسري على شكل الوصية قانون الموصي وقت الإيصاء أو قانون البلد الذي تمت فيه الوصية . وكذلك الحكم في شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت . يتبين لنا بأن المشرع المصري وضح في هذا النص بأن الوصية وما في حكمها من التصرفات تكون صحيحة وفق القانون المصري وكذلك في حالة تم إجراؤها بالشكل المقرر في قانون جنسية الموصي وقت الإيصاء أو قانون بلد الإبرام. على الرغم من كون هذه المادة وضعت القاعدة في تعيين القانون الواجب التطبيق في ميدان التنازع الدولي للقوانين وكذلك في توضيح القانون الذي يحكم الشكل.

أما بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على شكل الوصية في القانون الإماراتي حيث جاء في نص المادة (١٧) الفقرة الرابعة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن يسري على شكل الوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسية من صدر منه التصرف وقت صدوره أو قانون الدولة التي تم فيها التصرف. وتحديد ما يعد من الشكل أو من الموضوع هي مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي . فما كان من المشرع الإماراتي إلا أن يخصص قاعدة إسناد تتفق مع طبيعة هذا التصرف وجاء بقاعدة قانونية مغايرة في المادة التاسعة عشر فقرة الأولى حيث وضع قاعدة اختيارية يكون التصرف صحيحاً من الناحية الشكلية في حال إذا تم وفق الأوضاع المعمول بها في أحد القانونين.

من خلال ما تقدم ذكره يتبين لنا بأن المشرع العراقي والمشرع المصري أعتمدا قانون جنسية الموصي وقت وفاته لتحديد القانون الواجب التطبيق سواء على شكل الوصية أو موضوعها حيث يمكن للعراقي أن يقيم وصية في الشكل المقرر في القانون العراقي بإعتباره قانون جنسيته وقت الإيصاء إذ أن القانون العراقي لم ينص على شكل معين لإنعقاد الوصية . لكن البعض من الفقه العراقي يتوجب الكتابة لإثبات الوصية مستنداً على ما جاء في نص المادة (٦٥) الفقرة الأولى من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨٩ لسنة ١٩٥٩ المعدل التي جاء فيها لا يعتد بالوصية غلا بدليل كتابي موقعاً من الموصي أو عليها بصمة ابهامه أو ختم .

لكن نلاحظ من خلال هذا النص إن المقصود من الكتابة هو الإ'ثبات وليست شرط لإنعقاد الوصية وإنما يحتاج للكتابة لإثبات الوصية في حال إنكار الورثة .

أما في حالة إذا أبرم الأجنبي وصيته في العراق فيجب عليه إتباع الشكل المقرر في القانون العراقي بإعتباره قانون الدولة التي اقيم فيها التصرف أما في حال إبرام الوصية في الخراج فإنه يمكن إثباتها في العراق وفق أدلة الإثبات المقررة في قانون الدولة التي جرى إبرام الوصية فيها حتى في حالة إذا كان القانون الذي تم إبرام التصرف فيه مخالف للقانون العراقي في عدم وجوب الكتابة في الإثبات .

## الخاتمة

في ختام بحثثنا توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات

**أولاً : النتائج**

١- نلاحظ بأن التشريعات القانونية المختلفة تميز بشأن نظرتها إلى الميراث والوصية إلى رأين مختلفين الرأي الأول تغلب فيه النظرة العينية إلى الميراث والإتجاه الثاني تغلب عليه النظرة الشخصية.

٢- يأخذ كل من القانون العراقي والمصري بتطبيق قانون الموصي وقت وفاته ويتفق الإتجاه الغالب من فقهاء هذين القانونين على إرجاع إعتماد هذا الحكم إلى إعتبار الوصية من مسائل الأحوال الشخصية لدى المشرع . وفي الأخذ بقانون الجنسية في القانون العراقي فقد توصلنا إلى إرجاعه إلى ما قدر المشرع من عدم توفر الإشتراك القانوني في مسائل الوصية وعموم مسائل الأحوال الشخصية بين

---

[١] د. عز الدين عبد الله ، مجلة القانون والإقتصاد ، شكل وصايا الأجانب في مصر، السنة الرابعة والعشرون ، العدد الأول والثاني، مارس إبريل ، ١٩٥٤، ص٨٧.

[٢] أحمد عبد الكريم ، مصدر سابق، ص١١٦٥، هشام خالد ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ط١، ١٩٩٠-٢٠٠٠،ص٤٥.

[٣] د. خضر حامد علي ، مصدر سابق، ص٩٣.

القانون العراقي والقوانيين الأجنبية التي لا تأخذ بالشريعة الإسلامية مما يجعل إخضاع وصية الميت لقانون جنسيته أقرب إلى تحقيق العدالة.

٣- بحثنا القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية في الوصية بإعتبارها تصرفاً قانونياً إرادياً وتوصلنا إلى إن إختلاف الوصية في هذه المسائل يتوجب إختلاف القانون الذي يحكم الوصية في هذه المسائل عن قانون الميراث حيث لا يوجد ما يمنع من تقييد تعميم قاعدة التنازع في موضوع الوصية.

٤- عندما تكلمنا عن الشكل هو المظهر الخارجي الذي تفرغ فيه إرادة الموصي وبذلك تخرج الأشكال التي لا تتوافق مع هذا المفهوم من مضمون فكرة الشكل .ومنها الشكل التي تخص التسجيل والأهلية والمرافعات.

٥- "ان قانون موقع العقار هو الذي يحكم شكل الوصية، وكذلك قانون جنسية الموصي في بعض الاحيان وحسب ما اوضحنا ".

٦- "لم يتطرق المشرع العراقي الى القانون الذي يحكم شكل الوصية، ما ادى الى انقسام الفقهاء بهذا القانون بين من يرى تطبيق احكام المادة(٢٦) من القانون المدني، الذي يحكم الشكل وبين من يرى تطبيق قانون جنسية الموصى وقت موته" .

"يستثنى من تطبيق قانون جنسية الموصي حالات استثنائية، هي قانون موقع العقار الموصي له وقانون دولة القاضي الذي ينظر الدعوى فيما يخص بإجراءات التقاضي".

**ثانياً : التوصيات**

١. "النص صراحة في المادة (٢٣) من القانون المدني العراقي، على استثناء الاهلية وعيوب الارادة من تطبيق احكام قانون جنسية المتوفى وقت موته كون هاتين المسالتين مشمولتين باحكام م (١/١٨) من هذا القانون"

٢. نقترح على المشرع العراقي بإفراد قاعدة خاصة لتحديد القانون الواجب التطبيق على المسائل الموضوعية للوصية بوصفها تصرفاً قانونياً إرادياً

٣. نقترح على المشرع العراقي بضرورة النص على قاعدة خاصة بشكل الوصية في القانون العراقي ومراعاة مقتضيات التيسير والتسهيل على الموصي وتحديد نطاق الحكم ببطلان الوصية من حيث الشكل .

٤. نقترح تعديل القاعدة الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق في إثبات التصرف القانوني والمثبتة بنص المادة (١٣) من قانون الإثبات العراقي حتى يلتزم بها في القانون الذي يحكم الشكل وليس قانون بلد الإبرام كما هو مثبت في الصياغة الحالية والتي لا تتفق مع مفهوم القانون الذي يحكم الشكل.

**المصادر**


**أولاً: الكتب**

١- أحمد عبد الكريم سلامة ، الوسيط في القانون الدولي الخاص السعودي ، جامعة الملك سعود.

٢- د .حفيظة السيد الحداد، مدخل الى الجنسية ومركز الاجانب، دار المطبوعات الجامعية- الاسكندرية ، ٢٠٠٧.

٣- د. خضر حامد علي ، القانون الواجب التطبيق على الوصية (دراسة مقارنة) ،منشأة المعارف الإسكندرية.

٤- د. شمس الدين الوكيل ,الموجز في الجنسية ومركز الأجانب , ط١,منشورات الحلبي ,١٩٨٣.

٥- د. علي التريني , القانون الدولي الخاص الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامها في القانون العراقي , مطابع مديرية دار الكتاب والنشر في جامعة الموصل ,١٩٨٢،ص٣٤٥.

٦- .د. عز الدين عبد الله , القانون الدولي الخاص ,ج ١ , الجنسية ومركز الأجانب ،ط١١، المكتبة القانونية ١٩٨٦.

٧- د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص الأردني، ج١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط١، ١٩٩٨.

٨- محمد قدري باشا الأحكام الشرعية في الحوال الشخصية ، ط١، الناشر دار ابن حزم بيروت ٢٠٠٧.

٩- هشام صادق وعكاشة محمد عبد العال، القانون الدولي الخاص ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية.

١٠- هشام خالد ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ط١، ١٩٩٠-٢٠٠٠.

**ثانياً المجلات**

د. عزالدين عبد الله ، مجلة القانون والإقتصاد ، شكل وصايا الأجانب في مصر، السنة الرابعة والعشرون ، العدد الأول والثاني، مارس إبريل ، ١٩٥٤.

**ثالثاً : القوانين**

(١) قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ١٩٨٩ لسنة ١٩٥٩.

(٢) قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الاتحادي رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٥.

(٣) قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم ١٥ لسنة ٢٠١٩ .

(٤) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .

(٥) قانون التسجيل العراقي ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٦) قانون الإثبات العراقي ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .