



**T.C.
BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**IRAK BÖLGESEL YÖNETİMİNİN İSLAM AİLE
HUKUKU MİRAS VE VASİYET
KONULARINDAKİ DÜZENLEMELERİNİN İSLAM
HUKUKUNDAKİ YERİ**

Hazırlayan

NEAMAT MOHAMMED SALIH MOHAMMED

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman

Yrd. Doc. Dr. Muhittin ÖZDEMİR

Bingöl-2018



الجمهورية التركية

جامعة بنكول

معهد العلوم الإجتماعية

قسم الدراسات العليا

موقف الشريعة الإسلامية من تعديلات برلمان إقليم كردستان-العراق
على قانون الأحوال الشخصية العراقي قسم الميراث والوصية
(المادة ٧٤ _ ٩١) إنموذجا

إعداد الطالب

نعمت محمد صالح محمد

رسالة ماجستير

إشراف

د. محي الدين أوزدمير

هذه الرسالة قدمت لنيل درجة (ماجستير) من قبل جامعة بنكول معهد العلوم
الإجتماعية قسم الدراسات العليا برقم

المحتويات

IV.....	BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ
V.....	BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ
VI.....	المقدمة
XI.....	ÖZET
XII.....	ABSTRACT
XIII.....	ملخص البحث
XIV.....	الاختصارات
١.....	المدخل
١.....	١. الفصل التمهيدي : قانون الاحوال الشخصية العراقية وتعديلاته وعلاقته بالشريعة الإسلامية.
٢.....	٢.
٣.....	١. ١. المبحث الأول : القضاء في الإسلام وتقنيته :
٩.....	١. ٢. المبحث الثاني : أوائل التقنين في مجال الاحوال الشخصية :
١٣.....	١. ٣. المبحث الثالث : نشأة قانون الاحوال الشخصية في العراق
١٩.....	١. ٤. المبحث الرابع : نصوص قانون الاحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وأهم تعديلاته.
٢٠.....	٢. ٢.
٣١.....	٢. ١. المبحث الأول : الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية.....
٣٢.....	٢. ١. المبحث الأول : تعريف الوصية لغةً وشرعاً وقانوناً.....
٣٦.....	٢. ٢. المبحث الثاني : مشروعية الوصية و حكمها وأركانها و مبطلاتها
٣٦.....	٢. ٢. ١. المطلب الأول : مشروعية الوصية:.....
٣٨.....	٢. ٢. ٢. المطلب الثاني : حكمة مشروعية الوصية:.....
٤٠.....	٢. ٢. ٣. المطلب الثالث : حكم الوصية:.....
٤٤.....	٢. ٢. ٤. المطلب الرابع : أركان الوصية :
٤٨.....	٢. ٢. ٥. المطلب الخامس : مبطلات الوصية:.....

٥٣	٣. ٢. المبحث الثالث : حقيقة الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية
٥٥	٢. ٣. ١. المطلب الأول : تعريف الوصية الواجبة :
٥٧	٢. ٣. ٢. المطلب الثاني : حكم الوصية الواجبة وحكمتها :
٦١	٢. ٣. ٣. المطلب الثالث : شروط الوصية الواجبة :
٦٥	٣. الفصل الثاني : نص المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية وتعديلاتها
٦٦	٣. ١. المبحث الأول : التعريف بقانون الاحوال الشخصية العراقي والتعديلات التي أجريت عليه
٧٢	٣. ٢. المبحث الثاني : مستحقوا الوصية الواجبة بنص المادة ٧٤ قبل التعديل
٧٦	٣. ٣. المبحث الثالث : شروط الأحماد المستحقين للوصية الواجبة :
٨٠	٣. ٤. المبحث الرابع : تعديل اقليم كردستان على المادة (٧٤)
٨٧	٣. ٥. المبحث الخامس : أمثلة تطبيقية على الوصية الواجبة
٩٣	٣. ٦. المبحث السادس : الزوجة الكتابية والوصية الواجبة
٩٤	٣. ٦. ١. المطلب الأول : ميراث المسلم من غير المسلم وبالعكس:
٩٩	٣. ٦. ٢. المطلب الثاني : موقف القانون العراقي من مانع إختلاف الدين :
١٠٤	٣. ٦. ٣. المطلب الثالث : ميراث الزوجة الكتابية وشمولها بالوصية الواجبة
١٠٩	٤. الفصل الثالث : تعديل اقليم كردستان على المادة (٩١) من القانون
١١٠	٤. ١. المبحث الأول : أثاث البيت وملكيته
١١٤	٤. ٢. المبحث الثاني : الذمة المالية للزوجة
١١٨	٤. ٣. المبحث الثالث : تعديل المادة (٩١) دراسة وتحليل
١٢٢	٤. ٤. المبحث الرابع : مقارنة بعض القوانين و تعديل اقليم كردستان
١٢٢	٤. ٤. ١. المطلب الأول : القانون التونسي :
١٢٣	٤. ٤. ٢. المطلب الثاني : القانون الفرنسي :
١٢٧	الخاتمة
١٣٠	المصادر



BİLİMSEL ETİK BİLDİRİMİ

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “**Irak Bölgesel Yönetiminin İslam Aile Hukuku Miras ve Vasiyet Konularındaki Düzenlemelerinin İslam Hukukundaki Yeri**”adlı çalışmanın öneri aşamasından sonuçlanmasına kadar geçen süreçte bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle uyduğumu, tez içindeki tüm bilgileri bilimsel ahlak ve gelenek çerçevesinde elde ettiğimi, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu çalışmamda doğrudan veya dolaylı olarak yaptığım her alıntıya kaynak gösterdiğimi ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu beyan ederim.

22.01.2018

Neamat Mohammed Salih MOHAMMED

BİNGÖL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Neamat Mohammed Salih MOHAMMED tarafından hazırlanan “**Irak Bölgesel Yönetiminin İslam Aile Hukuku Miras ve Vasiyet Konularındaki Düzenlemelerinin İslam Hukukundaki Yeri**” başlıklı bu çalışma, 22.01.2018 tarihinde yapılan tez savunma sınavı sonucunda [oybirliği/oy çokluğuyla] başarılı bulunarak jürimiz tarafından *Temel İslam Bilimleri İslam Hukuku* Anabilim Dalı’nda Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ (Unvanı, Adı ve Soyadı)

Danışman	: Yrd. Doç. Dr. Muhittin ÖZDEMİR	İmza:
Üye	: Doç. Dr.Taha NAS	İmza:
Üye	: Doç. Dr. Thamer HATEMLEH	İmza:

ONAY

Bu Tez, Bingöl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun/...../ 201..tarih ve sayılı oturumunda belirlenen jüri tarafından kabul edilmiştir.

Unvanı Adı Soyadı

Enstitü Müdürü

المقدمة

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد المرسلين محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحابته أجمعين ، ومن تبعهم بإحسان الى يوم أن تقوم الساعة و بعد:

لقد جاء الفقه الإسلامي صالحا لكل زمان ومكان ، متميزا في تشريعه مثاليا في تطبيقاته، ومن ذلك عنايته بمواضيع الأحوال الشخصية و إهتمامه بأموره ، و من مقاصد هذه الشريعة البحث عن الحكم الشرعي لجميع القضايا الفقهية الذي يعد من أعظم أعمال البر الى الله تعالى، وبسبب تعدد الخلافات الفقهية والمذهبية على مدى العصور فان بعض المسائل الفقهية تحتاج الى دراسة دقيقة من قبل الفقهاء تكون موافقة لروح العصر و ما تستجد من أمور لا سيما في عصر مثل عصرنا حيث تقع فيه وقائع جديدة بسبب التطورات السياسية والاجتماعية التي تتطلب إجتهدا وبيان حكم لحها وفهمها من قبل الفقهاء ، وإن هذا الأمر لها أكثر أهمية إذا طبق الحكم الفقهي بالقضاء لأن الحكم لا يقتصر على المكلف وحده ، بل إنما يتعدى الى القضاء والقاضي الذي سيحاسب ويسأل عن حكمه في الدنيا والآخرة ، ومن هذه المسائل التي احتاجت الى إجتهد الفقهاء والقضاة مسألة حقيقية وواقعية التي سماها التشريعات الوضعية و خاصة قوانين البلدان العربية بالوصية الواجبة.

وكما هو معروف إن البلدان الاسلامية فيها قانون ينظم أمور الأسرة والميراث والوصية والأمر الأخرى المتعلقة بالشريعة الإسلامية وإن اختلفت تسمية كل دولة لهذا القانون فبعض الدول تسميه (بأحكام الأسرة) وبعضهم (بالأحوال الشخصية) كما هو معمول عندنا في العراق، وقد نظم أول قانون للأحوال الشخصية في العراق سنة ١٩٥٩م ومنذ ذلك الحين الى الآن أجرت الحكومات العراقية المتعاقبة تعديلات على هذا القانون وكذلك أجرت حكومة إقليم كردستان ومنذ الكابينة الأولى لها في عام ١٩٩٢م تعديلات على القانون لكن التعديلات كلها لم تخرج عن إطار الفقه الاسلامي ، وفي رسالتي أشرت مادتين فقط أجرت حكومة إقليم كردستان تعديلا عليهما سنة ٢٠٠٨م وهي المادة (٧٤ و ٩١) وهاتان المادتان تتعلقان بالوصية الواجبة ومن هم المشمولون بها ، أسأل الله أن ينفع بها من قرأها وأطلع عليها .

سبب إختياري للموضوع :

أستطيع أن أخص سبب اختياري بأمرين :

الأول: إن موضوع الوصية الواجبة مما يُشكّل على الناس وذلك بجهل أغلبهم بالأحكام الشرعية المتعلقة لهذا الموضوع، حيث في مدينتي دهوك أصدر إتحاد علماء كردستان فتاوى عدة بأن الوصية الواجبة باطلة ولا يجوز أخذ مال بإسمها ويعتبر هذا المال حراماً ، وسأناقش هذا الموضوع بالتفصيل .

ثانياً: الخلاف الواقع بين التشريعين العراقي وحكومة الأقليم في الحكم الشرعي للوصية الواجبة على التعديلين الواردين، وسأبين ذلك في رسالتي أيهما صائب و الآخر خطأ .

مشكلة البحث :

مشكلة البحث أستطيع تلخيصها بما يلي :

أولاً: ما هو مفهوم الوصية الواجبة في الدين الاسلامي والقوانين وما هي أهميتها وأحكامها وأركانها ومبطلاتها وحكمها ؟

ثانياً: ما حقيقة الوصية الواجبة وما هو مقصد المشرع الوضعي من تشريعها وهل لها مستند من الفقه الاسلامي وما أقوال الفقهاء المعاصرين في شأنها وما الراجح ؟

ثالثاً: ما مدى التزام قانون الأحوال الشخصية العراقي بأحكام الوصية عامة والوصية الواجبة خاصة كما نص عليها الفقهاء ؟

رابعاً: هل التعديل الذي أجري حكومة الاقليم على المواد (٧٤ و٩١) من القانون ضروري أم لا وما الصياغة المقترحة في تقنينها ؟

فرضية البحث :

بحثي كله يدور على الوصية الواجبة ومدى مشروعيتها وهل هي تخالف النصوص الشرعية كما يدعي إتحاد علماء كردستان في دهوك أم هي تخالف المذهب الشافعي وهو المذهب الذي يقلده أهالي المحافظة وهل التعديل الذي أجري عليها ضروري أم لا ؟

منهجية البحث :

اعتمدت في رسالتي على الأسلوب الاستقرائي والنقدي حيث استقرأت الكتب الفقهية المعتمدة والقوانين الوضعية لاستقراء آراء العلماء، ثم اعتمدت على مواقع الأنترنت للمصادر التي لم أحصل عليها، ونقلت آراء العلماء و مناقشاتهم وبيان أدلة الجميع ثم رجحتُ الرأي الذي يستند إلى الأدلة الأقوى .

الدراسات السابقة :

إن موضوع الوصية قد ذُكر في كتب الفقهاء الأولين و لا يخلو مؤلف من مؤلفات الفقهاء السابقين من ذكر الوصية وهل هي واجبة أم لا؟ لكن كما هو مشهور في زماننا مصطلح الوصية الواجبة لم يذكرها له الفقهاء الأوليين كمصطلح خاص نظراً لأنه من المصطلحات الحديثة ويعتبر من المسائل المعاصرة وهي من وضع المشرع القانوني .

وقد تطرق الفقهاء المعاصرون الى الوصية الواجبة ضمن موضوعات الميراث وأحكامه ومن هؤلاء الفقهاء الإمام محمد أبو زهرة في كتاب (أحكام التركات و المواريث)، و الشيخ بدران أبو العينين في كتابه (أحكام الوصايا والأوقاف) ، والدكتور وهبة الزحيلي في كتاب (الوصايا والوقف)، و الدكتور عبدالودود السريتي في كتابه (الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية) ، والدكتور محمد الزحيلي في كتاب الفرائض والمواريث و الوصايا وغيرهم، كذلك العديد من الرسائل منها (الوصية الواجبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- دراسة مقارنة) للدكتور عبدالحكيم محسن عطروش جامعة عدن-اليمن، خصصت بحثها في موضوع الوصية الواجبة، ولكن لا يوجد ذكر للقانون العراقي، وقانون كردستان في الوصية الواجبة ومدى مواثمتها للشريعة الاسلامية.

خطة البحث :

قسمتُ بحثي الى أربعة فصول ، فصل تمهيدي و ثلاثة فصول، وكل فصل قسمته إلى عدة مباحث وكالاتي :

الفصل التمهيدي : قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته وعلاقته بالشريعة الاسلامية .

هذا الفصل ينقسم الى عدة مباحث وكالاتي :

المبحث الأول : القضاء في الإسلام وتقنيته .

المبحث الثاني : بدايات التقنين في مجال الأحوال الشخصية .

المبحث الثالث : نشأة قانون الأحوال الشخصية في العراق .

المبحث الرابع : نصوص قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وتعديلاته .

وفي الفصل الأول : (الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية) وقد قسمته الى ثلاثة
مباحث وكالاتي :

المبحث الأول : تكلمت فيها وبشكل مختصر جداً عن (الوصية تعريفها وأدلة مشروعيتها
وحكمها و أركانها ومبطلاتها) .

المبحث الثاني : فقد تطرقت فيه الى مشروعية الوصية الواجبة من عدمها وذكرت أقوال
الفقهاء المانعين لها ثم أقوال المجيزين لها ، وناقشت أدلة الطرفين ثم ترجيح قول القائلين
بجوازها .

أما المبحث الثالث والرابع فقد أخترت أن يكون البحث بهما عن الوصية الواجبة في قانون
الأحوال الشخصية العراقي .

الفصل الثاني : فقد تطرق الى نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية وقد قسمت
الفصل الى ستة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بقانون الأحوال الشخصية العراقي والتعديلات التي أجريت عليه .

المبحث الثاني : مستحقوا الوصية الواجبة بنص المادة ٧٤ قبل التعديل .

المبحث الثالث : شروط الأحماد المستحقين للوصية الواجبة.

المبحث الرابع : تعديل إقليم كردستان على المادة (٧٤) .

المبحث الخامس : أمثلة تطبيقية على الوصية الواجبة .

و في المبحث السادس : فقد تكلمت عن الزوجة الكتابية و الوصية الواجبة وقد قسمته الى
ثلاثة مطالب و كالاتي :

المطلب الأول : ميراث المسلم من غير المسلم وبالعكس .

المطلب الثاني : موقف المشرع العراقي من مانع إختلاف الدين .

المطلب الثالث : ميراث الزوجة الكتابية وشمولها بالوصية الواجبة .

أما الفصل الثالث : عنوانه (نص المادة (٩١) من قانون الأحوال الشخصية والتعديلات التي أجريت عليها) ، وقد قسمته الى أربعة مباحث :

ففي المبحث الأول والثاني تطرقت فيه الى حقوق الزوجة المالية إذا كانت مشتركة في تكوين تركة زوجها وكيف أن المشرع الكرديستاني أنصفها .

أما المبحث الثالث و الرابع في رسالتي فقد تطرقت الى تعديل المادة (٩١) دراسة وتحليل و مقارنة بعض القوانين و تعديل أقليم كردستان ، ثم ختمت رسالتي بأهم النتائج والمقترحات التي توصلت إليه .

ÖZET

Günümüz Müslüman devletlerde isimleri farklı olsa da miras, vasiyet ve İslam hukukuyla ilintili diğer hükümleri ihtiva eden medeni kanunlar bulunmaktadır. Bu kanunlar kimi devletlerde '*aile hükümleri*' olarak adlandırırken Irak devletinde olduğu gibi kimi devletlerde '*ahvâl-i şahsiye*' olarak isimlendirilmektedir. Irak'ta ahvâl-i şahsiye dair ilk kanun 1959 yılında 188 sayısıyla düzenlenmiştir. O tarihten günümüze değin Irak'ta iktidara gelen hükümetler tarafından bahse konu kanuna yeni düzenlemeler veya eklemeler yapılmıştır. Aynı şekilde Kuzey Irak coğrafyasında da 1992 yılında kurulan ilk kabineden itibaren kanuna yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Ancak söz konusu düzenlemeler İslam fikhının çerçevesi dışına çıkmamıştır.

Bu çalışmamızda Irak'ta ahvâl-i şahsiye hukukundaki düzenlemeye dair 2008 yılında tanzim edilen iki maddeyi inceleyeceğiz. Bu maddeler de vacip vasiyet ve vasiyetin kapsamına dahil olanlarla ilgili olan 91. ve 74. maddelerdir.

Vacip vasiyet, çoğunlukla vasiyetin zorunluluğunu kabul etmeyen hukukçuların görüşleriyle çelişmektedir. Kuzey Kürdistan coğrafyasında yaşayan bizler Şafii mezhebine bağlı bir toplumuz. Şafii mezhebi de vasiyetin vacip olmadığı görüşüne sahiptir. Bu yüzden de varisler arasında ihtilafa neden olmaktadır. Varisler çözüm için nereye yöneleceklerini de bilememektedirler. Çalışmamızda vasiyetin vacip olduğuna dair görüşün tercihten olduğuna vurgu yapılmış, Kuzey Irak hükümetinin yaptığı düzenlemelerin ise gerçeklikten uzak olduğu belirtilmiştir.

Anahtar kelimeler: Vacip vasiyet, Miras hukuku, Vasiyet, Kuzey Irak'ta vacip vasiyet.

ABSTRACT

There are civil laws that include inheritance, will and other provisions related to Islamic law in contemporary Muslim countries although these provisions have different names. These laws are called 'family provisions' in certain states or "civil status" as in the Iraqi example. The first law on civil status no. 188 was enacted in 1959 in Iraq. Since that time, governments in power in Iraq introduced new regulations or amendments to the abovementioned law. Similarly, amendments were enacted to this law in Northern Iraq since the first government that came to power in 1992. However, these amendments were not outside the scope of the Islamic law.

The present study aimed to examine two articles enacted in 2008 within the framework of civil status laws in Iraq. These are the 91st and 74th articles related to the obligatory last will and testament and the scope of the last will and testament.

The obligatory will contradicts with the views of jurists who oppose the obligatory nature of the will. We, who live in the Northern Kurdistan geography, are a society with the Shafii sect. The Shafii sect believes that the will and testament is not obligatory. This leads to disagreements among heirs. Heirs could not decide where to turn to for a solution. In the present study, it was emphasized that the obligatory will and testament view is preferential and it was stated that the legislation enacted by the Northern Iraqi government were far from the reality.

Keywords: Obligatory will and testament, inheritance law, will, obligatory will in Northern Iraq.

ملخص البحث

إن البلدان الإسلامية فيها قانون ينظم أمور الأسرة والميراث والوصية والأمور الأخرى المتعلقة بالشريعة الإسلامية وإن اختلفت تسمية كل دولة لهذا القانون فبعض الدول تسميه (بأحكام الأسرة) وبعضهم (بالأحوال الشخصية) كما هو معمول عندنا في العراق .

وقد نظم أول قانون للأحوال الشخصية في العراق رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م، ومنذ ذلك الحين إلى الآن أجرت الحكومات العراقية المتعاقبة تعديلات على هذا القانون، وكذلك أجرت حكومة إقليم كردستان ومنذ الكابينة الأولى لها في عام ١٩٩٢م تعديلات على القانون، لكن التعديلات كلها لم تخرج عن إطار الفقه الإسلامي ، وفي رسالتي أشرت مادتين فقط أجرت حكومة إقليم كردستان تعديلا عليهما سنة ٢٠٠٨م وهي المادة (٧٤ و٩١) ، وهاتان المادتان تتعلقان بالوصية الواجبة ، ومن هم المشمولون بها.

إن تطبيق الوصية الواجبة يصطدم في كثير من الأحيان بآراء العلماء الغير معترفين بها، ونحن في كردستان العراق نتبع المذهب الشافعي، وهو من المذاهب التي لا تعترف بالوصية الواجبة، فيحدث في كثير من الأحيان خلاف بين الورثة فلا يعرفون الى من يتجهون ، وبينت في رسالتي إن الراجح هو القول بالوصية الواجبة ، وأما التعديلات التي قامت بها حكومة الإقليم فبينت أنها بعيدة عن الواقع .

الكلمات المفتاحية : الوصية الواجبة، قانون المواريث والوصية، الوصية، الوصية الواجبة في إقليم كردستان العراق.

الإختصارات

ت : تاريخ

تح : تحقيق

تر : ترجمة

ت . ع : تحقيق وتعليق

ص : صحيفة

م : ميلادى

هـ : هجري

د : الدكتور

المدخل

الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيد المرسلين محمد صلى الله عليه و سلم، وعلى آله وصحبه أجمعين ، ومن سار على دربهم بإحسان الى يوم أن تقوم الساعة وبعد:

اتجهت الكثير من البلدان الى إعادة النظر في مجمل قوانينها ، و صياغة نصوصها صياغة دقيقة ومحكمة ، بعيدا عن كل ما يمكن أن يعترى هذه النصوص من النقص ، أو الخلل ، أو الغموض، ومن أبرز هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية ، والذي يُعد من أهم القوانين التي لها علاقة مباشرة بحياة الناس ، وهو القانون الأشد صلة بالحياة اليومية للمواطنين والأكثر اقترابا وتأثيرا في الوحدة الأساسية للمجتمعات.

وفي العراق ومنذ تاريخ صدورها لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م والى الآن جرى عليه عدة تعديلات لنصوص هذا القانون ، وهو لا يزال يعاني من النواقص والقصور في الكثير من المسائل، وبعد سقوط النظام السابق في عام ٢٠٠٣م و صدور الدستور الدائم لدولة العراق في سنة ٢٠٠٥م الذي أعطى للعراقيين الحق في التعامل بحسب أحوالهم الشخصية ، ومن ضمنها الأقاليم على ألا تتعارض الدستور والقوانين الاتحادية النافذة ، وذلك إستنادا لأحكام المادة (١٢١) من الدستور العراقي الدائم .

ففي كردستان العراق قد جرت حكومتها عدة تعديلات على هذا القانون وعلى مراحل، وفي رسالتي أخترت مادتين فقط أجرت حكومة إقليم كردستان تعديلا عليهما سنة ٢٠٠٨م وهي المادة (٧٤ و ٩١) المتعلقة بالوصية الواجبة و الميراث ، نسأل الله التوفيق في العمل ، والعتو عن الخطأ ، والمثوبة عن الصواب .

١. الفصل التمهيدي : قانون الأحوال الشخصية العراقية وتعديلاته وعلاقته
بالشريعة الإسلامية .

هذا الفصل ينقسم الى عدة مباحث وكالاتي :

١.١ المبحث الأول : القضاء في الإسلام و تقنينه.

١.٢ المبحث الثاني : أوائل التقنين في مجال الأحوال الشخصية.

١.٣ المبحث الثالث : نشأة قانون الأحوال الشخصية في العراق.

١.٤ المبحث الرابع : نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقية المرقم ١٨٨
الصادر في سنة ١٩٥٩م وأهم تعديلاته.

١. ١ المبحث الأول : القضاء في الإسلام وتقنيته :

القضاء لغة جاء على عدة معاني منها (الحكم والأمر والخلق والإنهاء والإكمال والإرادة)^(١)، أما القضاء شرعاً فهو: فصل الخصومات وقطع المنازعات على وجه مخصوص^(٢)، والذي يخصنا في رسالتنا ما يتعلق بالقضاء في الأحوال الشخصية فنجد أن الدين الإسلامي ما يتعلق بالأحوال الشخصية كالزواج - الطلاق والخلع - وما يترتب عليهما والولاية والوصية والمواريث في أحكام عامة مذكورة في القرآن الكريم بالتفصيل بل أن القرآن أفرد سور كاملة تقريباً تتكلم عن مثل هذه الأحكام مثل سورة الطلاق وسورة النساء وبما أن القرآن يعتبر المصدر الأول والأساسي من مصادر الفقه، نجد أن المفسرين عند تفسيرهم لآيات القرآن أيضاً تكلموا عن الأحكام الفقهية المتعلقة بالأسرة ويلي القرآن السنة النبوية أي ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول وفعل وتقرير، وأول من أمر بكتابة الحديث هو الخليفة عمر بن عبد العزيز (٦٢-١٠١هـ)^(٣).

ولكن جرى جمع كتب الحديث في عهد أتباع التابعين المعروف بـ (الطور الرابع)، وهو طور التفتيح والإختيار، فوضعوا كتباً مختصرة في الحديث و أختاروا فيها ما رأوا أنه من الصحيح على طريقتهم في البحث، كما فعل الامام البخاري وكذلك الامام مسلم، ومن تبعهما، أي أن كتب الحديث الستة الرئيسية البخاري ومسلم والترمذي وأبي داود وابن ماجه والنسائي قد جرى جمعها بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم بثلاثة قرون، إذ أصبحت هذه الكتب هي المعتمدة عند أهل السنة، علماً أن الآيات القرآنية المتعلقة بالأحوال الشخصية وهي تعتبر ضمن نطاق آيات الأحكام تصل الى نحو ٧٠ آية، من أصل ستة آلاف آية في القرآن عموماً^(٤).

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور، كتاب لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٩٤م، (١٨٦/١٥).

(٢) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر عابدين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ٢٠٠٠م، (٣٥٢/٥).

(٣) الصالح، د. صبحي الصالح، علوم الحديث ومصطلحه، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤م، ص ٤٤.

(٤) الزهراني، محمد بن مطر الزهراني، تدوين السنة النبوية نشأته وتطوره، دار الهجرة، الرياض، ١٩٩٦م، ص ٩٥. زيدان، د. عبدالكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٠٠٠م، ص ١٥٦.

في وقت النبي صلى الله عليه وسلم كانت السلطة بيده وكذلك التشريع والقضاء والفتيا في كل ما كان يحتاجه المسلمون من قضايا يومية بما في ذلك قضايا الأحوال الشخصية فكل نزاع بين إثنين وأكثر مرجعهم الى النبي فهو الحاكم والمفتي ، و لم يترك الرسول لأصحابه كتاب فقه مدون، وإنما ترك بعده جملة من القواعد الأصولية الكلية ، ومن الأحكام الجزئية والأحكام التي قضى بها عند مراجعة الخصوم له ^(١) .

وبعد أن بدأت الفتوحات الإسلامية و توسعت بها الى أقصى الغرب حتى إسبانيا والشرق الأقصى وصولا الى أفغانستان ، رأى المسلمون مجتمعات جديدة لها ثقافات مختلفة عنهم ، ووقائع وطبائع حديثة عليهم في أكثر أمور حياتهم ، وبشكل لم تذكرها آيات الأحكام التفصيلية الواردة في القرآن، وبما أن النصوص محدودة وحاجات الناس أمور كثيرة غير متناهية، كان لابد لفقهاء المسلمين من أن يلجأوا الى الآيات والأحاديث العامة ويأخذونها على عمومها وأطلقوا عليها مصطلح مقاصد الشريعة ليجاد أجوبة لهذه المسائل وتلك المستجدات، ولهذا أوجد العلماء علم أصول الفقه وبينوا أن الشريعة الإسلامية لها مصادر أخرى غير القرآن والسنة كالإجتهد والاجماع والقياس والمصالح المرسلة ومبدأ سد الذرائع لا تشكل هذه إلا مجهود بشري ضمن سياق المنظومة الفكرية المنتشرة في تلك المجتمعات الحديثة ^(٢) .

وعلى هذا الأساس نجد أن الفقه الإسلامي تطور منذ العصر الأول لظهور الرسالة الإسلامية والى يومنا هذا ، وذلك على أثر الحاجات الضرورية التي كانت تظهر تباعاً بصورة تدريجية دون أن يكون لها حكم شرعي في الكتاب والسنة ، بما في ذلك مسائل الأحوال الشخصية كالأنكحة والميراث ، ولم يكن هذا التطور في الحالات التي لم يتمكن الفقهاء من إيجاد حكماً لها من الكتاب والسنة النبوية فقط ، ففي أهم عصور تطور الفقه الإسلامي وعلى ضوء ما يستجد من الامور الحياتية الحديثة ظهر الاختلاف الفقهي في فهم النصوص من القرآن أو من السنة، وذلك من منطلق التعامل مع النص الشرعي أنه قابل

(١) عثمان ، محمد رأفت عثمان ، النظام القضائي في الفقه الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨٩م ، ص ٤٠ .

(٢) زيدان ، د.عبدالكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، دمشق ، ٢٠١٣م ، ص ١٥٠ .

للإجتهد والتأويل ، إضافة الى ظهور الدراسات في مجال الحديث وتفسير الأحاديث والكتب التي ألفت تتكلم عن أسباب ورود الأحاديث والناسخ والمنسوخ وغير ذلك^(١) .

وقد أدى هذا الوضع الى أن تتفاوت وجهات النظر و تتباين الأنظار والآراء و تنوعت الفتاوى المتعلقة بالحالة أو القضية الواحدة ، وتتابع الأمر الى التنوع في أحكام القضاء دعت الحاجة الماسة لمعرفة الأحكام الشرعية عن طريق سؤال العلماء وإتباعهم؛ لذلك نشأت تلك المدارس الفقهية ، فقد نشأة أول مدرسة فقهية في المدينة النبوية في عهد الصحابة رضي الله عنهم ، ثم انتشر عدد من الصحابة لمختلف الأمصار الإسلامية ، وتلقى على أيديهم عدد كبير من التلاميذ، الذين أخذوا علمهم ونشروه وعلموه للناس، واستمر نشر العلم الى أن وصل للأئمة الأربعة وغيرهم، ولكن نظرا لاهتمام تلاميذ الأئمة الأربعة بتدوين علمهم ونشر كتبهم؛ إشتهرت هذه المدارس على غيرها، وأصحاب المدارس الأربعة المشهورة : مدرسة أهل الرأي في العراق والتي رأسها الامام أبو حنيفة النعمان ، ومدرسة أهل الحديث في الحجاز، وزعيمها الإمام مالك ، أعقبها تطور المذاهب والمدارس الفقهية فنشأت المذاهب كالحنفية، المالكية، الشافعية، الحنابلة، والشيعية الزيدية، الجعفرية الاثني عشرية، الإباضية، فضلاً عن مذاهب أخرى لم يكتبها أتباعها فأصبحت بحكم المعدومة إلا ما ينقل لنا عن أتباعها بعض الفتاوى حيث أن من المذاهب ما أندرت بوفاة مؤسسها أو بعد وفاتهم بزمن قليل أو كثير ، ومن هذه المذاهب مذهب الأوزاعي ، والامام سفيان الثوري ، وكذلك الامام الليث بن سعد المتوفي في مصر^(٢) .

وعندما اتسعت دائرة الدولة الاسلامية ظهرت الحاجة لتأسيس كيان دولة للامبراطورية الاسلامية باعتبارها أكبر دولة في المنطقة ، كان على الامبراطورية الاسلامية إنشاء نظام قضائي سليم وعادل بسبب وجود حوادث كثيرة نتيجة تشعب المعاملات و تباين أحوال الامم الداخلة في الاسلام أدى الى تنقيد القضاء الاسلامي بأحكام معينة ولا يبقى ما كان معمولاً عليه أن كل قاضي يحكم باجتاده أو مذهبه فيما لا نص فيه ولكي يعرف الناس مقدما ما يخص معاملاتهم وعقودهم من الاحكام ، فيكونوا على بصيرة من صحتها وفسادها ، و من

(١) سابق ، السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١م ، (١٢-٧/١) . الأشقر ، د.عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الاسلامي ، دار النفائس ، الاردن ، ١٩٩١م ، ص ٣٩ .

(٢) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص ١٤٧ . الفاسي ، محمد بن الحسن الفاسي ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥م ، (٢/١٩٠-١٩٥)

أوائل من أدرك هذا الأمر العالم الديني ابن المقفع حيث نصح أبا جعفر المنصور الخليفة العباسي ، أن يكتب للقضاة قانوناً معيناً تتوحد فيه أحكامهم فيما يقضون به بين الناس وهذا القانون يدون ويختار من أقوال القضاة والعلماء المجتهدين و أكابر الفقهاء في ذلك الوقت بعد تدقيقها والترجيح بينها ويوزع على القضاة للالتزام به وعدم مخالفته^(١).

بين ابن المقفع في كتابه (آثار ابن المقفع ، رسالته في الصحابة)^(٢) حال إختلاف القضاة المجتهدين ، وكيف أن الأمر الواحد يقضي فيه أحد القضاة المجتهدين برأي، ويقضي غيره في نظيره بخلافه، في الأموال والأنكحة وغيرها وهذا سيؤدي الى فوضى والناس سيلتجأون الى القاضي الذي يرون مصلحتهم عنده، وقال:-

”قلو رأى أمير المؤمنين أن يامر بهذه الأقضية والسنن المختلفة ، فترفع اليه في كتاب، ويرفع ما يحتج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رأيه الذي يلهمه الله ويعزم له عليه، وينهى عن القضاء بخلافه، وكتب بذلك جامعاً عزمًا، لرجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكماً واحداً صواباً“^(٣).

وعند مراجعتي لكتب الفقه والأصول لم اطلع على أحد قبله نبه الى توحيد القضاء حفاظاً على هيبة الدولة ، ولما أراد ابو جعفر المنصور ومن بعده الرشيد أن يختارا مذهب الامام مالك وكتابه ”الموطأ“ – وهو كتاب جمع فيه أحاديث مرسله ومتصلة وفتاوي الصحابة وأقضيتهم وأقوال التابعين وآراءه الفقهية قياساً على الآثار فيعتبر كتاباً للأحاديث والفقه- قانوناً تحكم به الدولة العباسية كلها بجميع ولاياتها فنهاما مالك من ذلك وقال: إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان، وكل مصيب^(٤).

الناظر في كلام ابن المقفع والإمام مالك يرى أن الصواب رأي مالك لكن رأيه في ذلك الوقت صحيح لكن بعد اتساع الدولة يجب على الدولة الأخذ برأي ابن المقفع لأن رأيه وما أشار

(١) كرد ، محمد كرد علي ، الاسلام و الحضارة العربية ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٦م ، (٢٠١/٢). وكيع ، محمد بن خلف بن حيان وكيع ، أخبار القضاة ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة ، (١٨٣-١٧٨/١).

(٢) ابن المقفع ، عبدالله بن المقفع ، آثار ابن المقفع ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٩م ، ص٣١٧.

(٣) مدكور ، محمد سلام مدكور ، القضاء في الاسلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٤م ، ص١١٥. صفوت ، أحمد زكي صفوت ، جمهرة رسائل العرب ، المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون سنة ، (٢٥/٣).

(٤) الزرقا ، مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مطابع الاديب ، دمشق ، ١٩٦٨ ، (١٧٨/١).

به على الخليفة كان منطلقاً لكن لا يحمل الناس على رأي واحد بل على قانون يقوم بكتابته جهابذة من العلماء ، لقد كان رأي ابن المقفع تأسيساً لفكرة قانوننا تسير الدولة عليه بجميع ولاياتها ، أو ما نسميه بعرفنا الحالي (دولة القانون) وهو مصطلح جرى الحديث عنه في الأدبيات السياسية والقانونية المعاصرة، وأستند في رسالته على فكرة الإستفادة من ثمرات إختلاف الاجتهادات وتأسيس قانون يشمل جميع أو أكثر آراء العلماء ، ورأيه هو المعمول به كل البلاد الاسلامية حالياً^(١).

وبدلاً من تدوين قانون للقضاء على أساس الآراء الفقهية المعتمد على ثمرات إختلاف إجتهدات الفقهاء المبنية على الأدلة الشرعية، انصرف الكثيرون الى تدوين فقه للمذاهب لتسهيل تداولها بين الناس واطلاعهم عليها والاستفادة من آراء الفقهاء ، وشاعت كتب الفتاوى وانصرف الناس اليه ، فنجد بعض من وصل الى درجة الإجتهد يقوم فقط بنقل آراء غيره من الفقهاء ويرضى لنفسه التقليد علماً أنه وصل الى درجة الإجتهد ، وتراجع تطور الفقه الاسلامي وحيويته في سد حاجات المجتمع من الامور التي تستجد وساعدت الدولة في الوصول لهذه الحالة بسبب عدم كتابتها لقانون يوحد عمل القضاة ، فقد فضل الخلفاء ان يختاروا القضاة من ليسوا من المجتهدين بل من المقلدين ليتقيدوا بمذهب معين يفضله الخليفة بناءً على عوامل سياسية و فكرية فرضها الواقع الذي كان من أهم أولوياته حماية كرسي الحكم من الزوال فكان هم الخليفة أن يبقى في الحكم وأن يورثه أولاده أو أقاربه، فاختياره للقضاة ليس على أساس غير هذا ، لكن هذا رأيي ولكل قاعدة استثناءات، لقد عمل الحكام في ذلك العصر على تحويل الولاء الاجتماعي الى ولاءات خاصة بهم ولحكمهم هم وعوائلهم وفي ظل هذه الأوضاع تأخر الفقه وجرى تداول أحاديث التفضيل والتخبير والحديث عن الفرقة الناجية وأحاديث طاعة الحكام وعدم الخروج عليهم واستنزفت عقول الناس في الغيبيات^(٢).

نرى بأن مرحلة شيوع ظاهرة التقليد قرب الإختلاف المذهبي الى التنوع الفكري في التفسير وقد سلك طرقاً ومناهج كثيرة ، كظهور أهل الحديث وأهل الرأي وكذلك ظهرت مدارس

(١) الكبيسي ، د.أحمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة ، (١٣/١-١٤). عبدالله ، عمر عبدالله ، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية ، دار النفائس ، الاردن ، ١٩٦٨م ، ص ٧ .

(٢) الزلمي ، د.مصطفى ابراهيم الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن ، نشر احسان ، أربيل ، ٢٠١٤م ، ص ١٨ .

علم للكلام والمذاهب الاعتقادية "المدارس الخاصة بالفلسفة"، وقد ساعدت جميعها في تحريك المجتمع ووحده وتجدده على أساس من التسامح والتعايش والمحبة والانسانية ، وقد تأثرت مجالات الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية بهذه التغيرات، فمع نشوء دول الطوائف والمذاهب تغيرت المذاهب الرسمية بتغير مذهب الحكام والآراء التي يختاروها ، وتحول الافتاء الى وظيفة سياسية رسمية وهيمن الفقه الطائفي الذي يعني الانحياز التقليدي لطائفة معينة أو لرأي شخص معين أو مذهب معين ولصالح التحيزات الفئوية أو العصبية أو حتى النسبية التي يكتسبها الأفراد بالوراثة البحتة وتنتقل من جيل لآخر بزخم التتابع المطلق^(١) .

وبالمقابل نشأ التشدد من قبل الأضداد الطائفية للحيلولة دون تفككها لأن الدين في نظرهم هو ما يجمعهم بغض النظر عن مدى إيمانهم وإخلاصهم له ، ويرى الكثير من الباحثين بأن مفردات التحول المذهبي الى الطائفية قد تكاملت بنهاية حكم المتوكل ، وهو أحد الخلفاء العباسيين^(٢) .

كان تأثير هذه التحولات على هيكلية المجتمع كثيرة جداً، وخصوصاً في مجالات أحكام المتعلقة بأحكام الأسرة ، فتقيد القضاة بالتقليد الطائفي أو المذهبي أدى الى التضيق والعسر على الناس ، وإلزامهم برأيي واحد فقط وتنوعت أحكام القضاء لا على أساس اختلاف الأوضاع لكل مجتمع وحاجة المجتمع في البلدان الاسلامية، وإنما على أساس الإنتماء الطائفي والمذهبي المسبق ، فكل مجتمع له أعرافه وتقاليده وانغلقت الطوائف والمذاهب على نفسها حتى وصل الأمر الى الزواج وبهذا انعزلت كل طائفة في علاقاتها الاجتماعية ، عن الطائفة الاخرى^(٣) .

(١) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص ١٤٢ .

(٢) الخضري ، محمد الخضري بك ، تاريخ الامم الاسلامية ، تحقيق محمد العثماني ، دار القلم ، بيروت ، ١٩٨٦م ، ص ٣٠٠ .

(٣) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص ١٤٩ .

٢. ١ المبحث الثاني : أوائل التقنين في مجالات الأحوال الشخصية :

لم تبدأ حركة التقنين أولاً في أحكام الأحوال الشخصية ، فقد ظهرت محاولات عديدة لتقنين الفقه الإسلامي في القرنين الماضيين، منها الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند، لتقنين العبادات والعقوبات والمعاملات ، بل بدأت حركة التقنين بالمعنى المعاصر في أواخر العهد العثماني في مجالات القانون المدني ، بصدر مجلة الأحكام العدلية سنة ١٨٦٩م^(١).

وأصبحت المجلة قانوناً مدنياً على جميع القضاة الحكم به وعدم مخالفته وتضم هذه المعاملات المدنية والتجارية ومفردات القانون المدني مثل: البيوع، الاجارة، الكفالة، الحوالة، الرهن، والاقالة، الشركة ، وغيرهم ... وقد اختيرت مواد هذه المجلة من الأحكام الفقهية الخاصة بالمعاملات للفقه الحنفي فقط لكونه كان المذهب الرسمي للدولة العثمانية في ذلك الوقت ، بل لا يجوز الأخذ برأي مذهب آخر ولو كان هذا الرأي يفهم من بعض مواد المجلة فالعبرة بنصوص الفقه الحنفي فقط ، و صدر الأمر السلطاني باعتمادها قانوناً للقضاة ، لكنه سمح للقضاة الرجوع الى نصوص الفقه فيما لا نص عليه ، وقد رتب أحكامها في صورة مواد مختصرة يقتصر الحكم فيها على رأي واحد فقط كما قلنا بل حتى لو كان للمذهب الحنفي رأيان لا يحق للقاضي أن يأخذ الرأي المخالف لما في المجلة^(٢).

لكن هذه المجلة لا تعتبر أول قانون كتبه الامبراطورية العثمانية بل سبق وأن كان لهم تجارب تشريعية قبل ذلك و سن قوانين حيث سنّ السلطان سليمان القانوني "القانون نامه" الذي ضم أحكاماً في تنظيم و تشريع العقوبات التعزيرية وتحديداتها وفي حقوق الأراضي وتحديد الأراضي الأميرية والخراج ، و تحديد الضرائب والرسوم والعشور ، وكذلك في المواضيع العسكرية والادارية ، لكنها تعتبر قوانين لتسيير أمور الدولة أي أحكاماً تنظيمية

(١) المحاميد ، شويش هزاع علي المحاميد ، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه ، دار عمار ، الاردن ، ٢٠٠١م ، ص٤٦٨.

(٢) أبو زهرة ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١م ، ص١٧.

للحكومة وليس للقضاة كما جرى تأسيس السجلات الشرعية التي كتب فيها قرارات المحاكم الصادرة من المحاكم الشرعية وأسماء الخصوم وتواريخ الدعاوى^(١).

وفيما يخص مجلة الأحكام العدلية التي أصدرتها الدولة العثمانية بجهود مجموعة من العلماء أنها لم توضع عبثاً دون تطبيق، بل إنها طبقت على أرض الواقع في جميع الولايات و الأقاليم الخاضعة للدولة العثمانية ، فقد رتبت مباحثها على الكتب والفصول والأبواب الفقهية المتعارف عليها عند الفقهاء ، ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة لكي يسهل الرجوع إليها والإحالة عليها ، فهي تشبه كتب الفقه لكن ليس للعبادات فيه أي مادة ، مستمدة في كتابتها من الفقه الحنفي وهي مكونة من ستة عشر كتاباً في ١٨٥١ مادة^(٢).

وقبل طبع هذه المجلة تأسست المحاكم العثمانية ، وبين فيه طريقة تكوين المحاكم الشرعية وفكرة عن التنظيم القضائي العثماني الذي كان الإمتداد التاريخي للتنظيم القضائي الذي كان متبعاً في الدول الإسلامية التي سبقتها ، والتي تمتعت بإختصاص النظر في أنواع من الدعاوى التي كانت ترجع الى المحاكم الشرعية سابقاً لكي يعرف كل فرد عند مراجعته للمحاكم أي محكمة عليه أن يراجع^(٣) ، ويعتبر إصدار مجلة الأحكام العدلية ضمن حركة إصلاح الوضع والتقدم في الدولة العثمانية والمسعى الذي بذل من أجل تحديث الدولة ، وخاصة بعد إمتداد العلاقات الإقتصادية والتجارية بين الدولة العثمانية والدول الأوروبية التي شهدت تطورات سريعة وكبيرة ، وإطلاع موظفي الدولة العثمانية على التجربة الأوروبية ليكتسبوا منها الخبرات ، ولزوم الدولة العثمانية الى ربط التصرفات والعقود العقارية بنظم شكلية وإجراءات منها تنظيم السجل العقاري، لكي تكون تحت إشراف الحكومة لأغراض مالية وقانونية وسياسية ، فتنظيم أمور الدولة دليل على استقرارها وقوتها^(٤).

(١) نوار ، عبدالعزيز سليمان نوار ، تاريخ الشعوب الإسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة ، ص٦١.

(٢) خروفة ، علاء الدين خروفة ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٣م ، ص٢٣.

(٣) محمصاني ، صبجي محمصاني ، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ماضيها وحاضرها ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨١م ، ص٩٧ .

(٤) المحاميد ، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر وملامحه ، ص٤٦٨ . خورى ، يوسف قرما خوري ، مختارات من القوانين العثمانية ، دار الحمراء ، بيروت ، ١٩٩٠م ، ص٥٠ .

لكن السؤال الذي يطرح دائما : متى ظهر مصطلح الأحوال الشخصية ؟

أقول : لفظ الأحوال الشخصية إصطلاح قانوني غير معروف عند الفقهاء المسلمين وهو حديث الاستعمال في الفقه الاسلامي ، وقد ظهر مصطلح الأحوال الشخصية في أواخر القرن التاسع عشر حيث ورد هذا المصطلح في كتاب محمد قدري باشا المعروف ”بالأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية“. وقد ذكر في مقدمته أنه ”يشتمل على الأحكام المختصة بذات الإنسان من حين نشأته الى حين منيته وتقسيم ميراثه بين ورثته“ ، وللكتاب المذكور كتب اخرى في هذا المجال ، من أهمها كتاب في الوقف وفي أحكام المعاملات ، وسمي هذا الكتاب ”مرشد الحيران لمعرفة أحوال الانسان“ جعله على أحكام عامة ، وأخرى خاصة ، وعرضه في مواد بلغت ١٠٤٥ مادة^(١).

وقد اصطلح فقهاء القانون عند كتابتهم لقوانين تتعلق بالزواج و الطلاق وما يتعلق بهما والميراث والوصايا على تسمية ما يتعلق بقضايا النكاح ومتعلقاته والطلاق والوصية والميراث بالأحوال الشخصية ، إذ كان المعهود عند الفقهاء السابقين وما تعلق بعرفهم العلمي تسمية الامور المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة، وهي كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب المواريث أو الفرائض، أو جعلها في إطار أبواب، وليست كتبا، كباب النكاح وباب الطلاق.. وهكذا^(٢).

ويبدو أن إختيار هذا المصطلح كان نتيجة تمكين الطوائف والملل الغير الإسلامية في ظل الدولة العثمانية من الإحتكام لرؤساء دياناتهم أو لمحاكمهم الخاصة في المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية دون غيرها بإعتبار ان هذه القوانين هي خاصة بالمسلمين فقط ، وقد أقرت الدولة العثمانية لهم ذلك ، وفي الوقت الذي بدأ فيه هذا المفهوم في الوضوح، بادر العثمانيون بإصدار قانون خاص سموه قانون العائلة سنة ١٩١٧م مقتبس من هذا المصطلح الذي كان موجودا عند الغرب^(٣).

(١) القطان ، مناع خليل القطان ، تاريخ التشريع الاسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٣٣٧.

(٢) السباعي ، مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الوراق ، الأردن ، ٢٠٠١ ، ص ١١.

(٣) أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، ص ١٨-١٩.

لكن الحق يقال أن ما يميز قانون الأسرة الذي وضعته الدولة العثمانية أنه كان في منهجيته عن مجلة الأحكام العدلية لم يعتمد على الفقه الحنفي فقط بل قد أخذ بعض الأحكام من أصحاب المذاهب الثلاثة الباقية ، أمثلة على ذلك :

أولاً: إعتبار عقد النكاح صحيحاً والشرط ياخذ به ويعتبر إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها.

ثانياً : التفريق الإجباري أمام القضاء بين الزوجين إذا كان للمرأة سبباً معقولاً يقتنع القاضي به ومكنت المرأة من التخلص من زوج السوء بطلبها التفريق.

ثالثاً: إطلاق حرية زوجة المفقود بعد أربع سنين من فقدانه بطلبها الزواج بعد أن تعتد عدة وفاة وقد أخذوا بالمذهب المالكي بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في السن ، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها الى أن يموت إقران زوجها ، فالقانون أنصف امرأة المفقود في ذلك ^(١) .

ولم تكن مسألة أخذ الأحكام الشرعية في قانون الأسرة العثماني من الآراء الفقهية المخالفة للمذهب الحنفي مسألة سهلة لأنهم كانوا ملتزمين بالمذهب الحنفي وقد كان يعتبر مذهب الدولة الرسمي بل كانت هذه الخطوة حاجةً موضوعية بسبب الضيق الموجود في كل مذهب فردي من المذاهب الإسلامية إذا ما أخذت جميع أحكامه على حدة ، فلا يمكن لمذهب واحد أن يلائم جميع الناس ^(٢) .

إن حقيقة التقنين إعتبرت في وقتها خطوة ضرورية لمعرفة حقوق الأفراد في ذلك المجتمع بعد تثبيت الحدود القومية للدول المعاصرة ونشوء مفهوم الجنسية وسريان أحكام القانون من حيث المكان فكل يعرف حقه وما يجب عليه ، وفي نفس الوقت يعتبر سداً لباب إجتهد القضاء أي إلزام القاضي بقول واحد يحكم به ولا يتجاوزه وإن خالف إجتهد ، فالقاضي إنسان يتأثر بمحيطه فربما يغير حكمه من شخص الى آخر في واقعتين متشابهتين كان ينبغي أن يكون الحكم واحداً .

(١) الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، (٢٠٨/١) .

(٢) عبدالله ، أحكام الشريعة الإسلامية في الاحوال الشخصية ، ص ٨.

١. ٣. المبحث الثالث : نشأة قانون الأحوال الشخصية في العراق .

بعد إعلان إستقلال الدول الإسلامية تطور قانون الأحوال الشخصية والذي يخصنا هو العراق وأقليم كردستان ، فبعد تأسيس الدولة العراقية وذلك في عقد مؤتمر القاهرة عام ١٩٢٠ على أثر ثورة العشرين أسرع على تشكيل أول حكومة مؤقتة ثم إقامة ملكية عراقية بعد إجراء اسفتاء شعبي أجبرت الحكومة على تأسيس الوزارات و مؤسسات الحكومة و تشكيل محاكم شرعية^(١) ، وبما أن العراق فيه مسلمين تابعين للمذهب السني والجعفري كانت المحاكم الشرعية قبل أن يتغير إسمها الى محاكم الأحوال الشخصية تعتمد المذهب الشخصي للمسلمين المتداعين وتصدر قرارها وفقاً لما تنص عليه فتاوى ومقررات هذا المذهب سواء السني أو الجعفري عبر العودة الى النصوص المدونة في الكتب الفقهية ، وفي الفتاوى في المسائل المختلف عليها كان يستعان في أغلب الأحيان بالمراجع الدينية لهذا المذهب، أو بالعودة الى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية خصوصا القريبة منها^(٢) .

و بعد أن صدر القانون الأساسي سنة ١٩٢٥م تشكلت في محكمة التمييز هيئة تمييزية للشريعة (الجعفرية) وهيئة تمييزية للسنة فيما يخص دعاوى الاحوال الشخصية وذلك في المواد (٧٦ و٧٧)، وهذا ينسحب على عمل المحاكم الشرعية التي تقضي وفقاً لمذهب المتداعيين، أي يكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين ، وكذلك تعمل على تكريس المذهبية واللجوء الى التحايل على المذاهب بين المتداعيين خصوصا في حال إختلاف مذهب المتداعين^(٣) .

وبعد ثورة الرابع عشر من تموز ١٩٥٨م كان من أولويات الثورة القضاء على التمييز بين أفراد المجتمع فألفت وطبعت وزارة العدل العراقية بتاريخ ٧ شباط ١٩٥٩م لجنة مختصة لوضع قانون موحد لجميع العراقيين خاصا بالأحوال الشخصية يستمد مبادئها مما هو متفق عليه من أحكام الشريعة الإسلامية ، وما هو مقبول من قوانين الدول الإسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق، واستطاعت اللجنة بعد جهد وإستشارة المختصين صياغة

(١) المرسومي ، غازي دحام فهد المرسومي ، البلاط الملكي في العراق ودوره في الحياة السياسية ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت ، ٢٠٠٢، ص١٢ .

(٢) الكبسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ص١٦-١٧ .

(٣) الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن ، ص ١٩ .

مشروع قانون للأحوال الشخصية والذي عرف بقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م ، وضم القانون على ٩٨ مادة واشتمل على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية وقد جمع هذا القانون أهم المسائل في الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث ، إلا أنه لقي بمعارضة فيما يتعلق بالمواريث حتى الغيت بعض أحكام الإرث من القانون الأصلي بالتعديل رقم ١١ لسنة ١٩٦٣م^(١).

والناظر في هذا القانون يجد أنه أخذ أحكامه من جميع المذاهب الإسلامية السنية منه والجعفرية ، وقد كان هذا القانون ملزماً لجميع العراقيين وجرى تطبيق أحكامه على الجميع دون النظر الى مذهب العراقي المسلم حيث ان القانون المذكور يشكل حالة وسطية وشاملة يتم تطبيقها على عموم المسلمين العراقيين والأجانب المسلمين في العراق وقد نص على أن هذا القانون يشمل جميع المسلمين سواء العراقيين أو المقيمين في العراق "تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا ما إستثنى منهم بقانون خاص"^(٢).

رب سائل يسئل : ما حكم العراقيين غير المسلمين في أحوالهم الشخصية ؟

في البداية خصصت وزارة العدل محكمة البداية لتسيير معاملاتهم في أمورهم الشخصية وتم العمل في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين واليهود بلوائهم الخاصة وفق دياناتهم وتختص بالنظر في قضاياهم محاكم المدنية بإعتبارها محاكم المواد الشخصية التي تختص بالنظر في قضاياهم وإصدار الأحكام وفقاً لذلك ، ثم تشكلت محكمة خاصة بهم اطلق عليها ب(محكمة المواد الشخصية) ، أما الصابئة المندائيون والإيزيديون فلا يشملها إختصاص القانون بحجة عدم وجود لوائح شخصية تخصهم على الرغم من أن لكل منهما دينه الخاص ولوائح الشخصية التي تصلح بأن يتم إعتادها في الأحكام الشرعية وفق دينه المعترف به في العراق إذا ما جرى الأخذ بمبدأ الاختصاص ، ثم تم تعديل ذلك وتم معاملتهم كاليهود والنصارى وتم إضافتهم الى محكمة المواد الشخصية^(٣).

(١) الخطيب، د.أحمد علي الخطيب ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الكتب ، الموصل ، بدون سنة ، ص ١٠-١١. الحياوي ، نبيل عبد الرحمن الحياوي ، مجموعة القوانين العراقية ، المكتبة المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٤.

(٢) الفقرة الاولى من المادة الثانية لقانون الاحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م .

(٣) العاني ، محمد شفيق العاني ، أحكام الاحوال الشخصية في العراق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص ٤ . الكبيسي ، د.أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية و تعديلاته ،

وبينت لائحة الأسباب الموجبة لصدور قانون الأحوال الشخصية على حقيقة كون الحاجة الى إصدار هذا القانون هو في تعدد مصادر القضاء وإختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة ، وكما قلنا سابقا ينبغي للفرد عند مراجعته للمحاكم يعرف ماله وما عليه ، فكان هذا دافعاً للتفكير الدقيق والعميق لوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها أو يختار المشرع الحكم الذي يلائم الواقع وأقرب للمصلحة العامة ، لكن كما قلنا أن هذا القانون له مواد محددة لكن الوقائع والمستجدات كثيرة فاستدرك المشرع ذلك فأشارت الفقرة الثانية من المادة الأولى الى أنه ”إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون“ وهذا يعني ان القانون المذكور لا يدعو الى التقيد بفقته مذهب معين، بل تجاوز ذلك الى الاستفادة من مبادئ الشريعة بشكل عام^(١) .

ففي مسألة تعدد الزوجات قد راعى القانون المذكور وسطيته ، فلم يمنعه كالتشريع التونسي ولم يقيد كالتشريع المغربي ، فمنع الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، واشترط إعطاء الإذن أن تكون للزوج كفاية مالية لإعالة ما زاد على واحدة، وأن تكون هناك مصلحة مشروعة، ومنعت الزواج بأكثر من واحدة إذا خيف عدم العدل، وتركت ذلك لتقدير القاضي^(٢)، بل أن حكومة اقليم كركستان منع من إعطاء الإذن بالزواج الثاني إلا بعد توفر شرطاً شبه تعجيزية^(٣) .

ونجد هذه الوجهة في صياغته لأحكام الميراث عندما ظهر معارضة قوية رغبت في أن يرفع من القانون ما يناهض الشريعة الإسلامية و يناقضها ، حيث أن توحيد تلك الأحكام من جهة ، وجعلها منسجمة مع الانتقال الى الأراضي الأميرية التي شرعت منذ عهد الدولة العثمانية من جهة أخرى، أوقف التفاوت في إنتقال الحقوق الى الوارثين، وقطع دابر التحايل

المكتبة القانونية ، بغداد، بدون سنة، ص ١١-١٢ . محمود ، هادي محمود ، الخلفية التاريخية لمفهوم الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط: (<http://www.ahewar.org>) .

(١) الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، ص ١٨ .

(٢) نهاية القانون (لائحة الأسباب الموجبة لصدور قانون الاحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩) .

(٣) المادة الاولى من الفقرة الثانية لقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ ، قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م المعدل في اقليم كردستان العراق .

على القوانين وقواعد الشريعة الاسلامية ، ففصل المشرع في الميراث في الأراضي (ملك صرف) وبين الأراضي الأميرية وهي التي تعود ملكيتها للدولة^(١) .

وقد تعرض قانون الأحوال الشخصية الى عدد من التعديلات في العراق وبعد إنبثاق تجربة اقليم كردستان المحرر اجريت بعض التعديلات من قبل برلمان كردستان وخصوصا في سنة ٢٠٠٨م حيث وافق البرلمان الكردستاني على جزء من المقترحات التي قدمتها المنظمات النسائية الكردستانية من أجل تعديل القانون المذكور وإعطائها صيغة أكثر عصرية وبما ينسجم مع مفردات التحضر والديمقراطية وحقوق الإنسان^(٢) .

ومن الخطوات التي إتخذها البرلمان الكردستاني هي رفضه وبيجامع الأصوات للقرار ١٣٧ الذي سمح للعراقيين بممارسة أحوالهم الشخصية حسب مذاهبهم المختلفة وأديانهم، وجاء إصدار القرار وبالضبط في يوم ٢٩ كانون الأول ديسمبر ٢٠٠٣م الذي شهد إقرار مجلس الحكم العراقي و برئاسة الرئيس الدوري بالتناوب عبد العزيز الحكيم يومذاك، والقاضي بإلغاء قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م ، وحرصاً من البرلمان المذكور على الالتزام بمفهوم دولة القانون وحماية حقوق أفراد العائلة، ورفضها لمنطق فقه المذاهب الذي أصبح في الممارسة العملية فقهاً للطوائف وسبباً للنزاعات والتفرقة بين أبناء الشعب الواحد وعاملاً على تشرذم الشعب العراقي من خلال إعطاء الأولوية للولاء الطائفي على الولاء الإجتماعي العام للوطن، والذي يجد إنعكاسه من خلال وجود قانون موحد للأحوال الشخصية، والذي ساعد على حفظ حقوق العائلة ومنع التحايل، وخلق الأرضية المناسبة للتعايش السلمي الإجتماعي بين الاسر العراقية وإقامة علاقات الزواج والمصاهرة خارج إطار الطائفية أو المذهبية^(٣) .

وجاء قرار المرقم ١٣٧ من مجلس الحكم العراقي حول إلغاء قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م ضمن الإشكاليات المطروحة حول مستقبل الوحدة الوطنية للعراقيين وإنشغال السياسيين على مستوى القيادات السياسية أو على مستوى المجتمع بطرح ومناقشة

(١) العاني ، أحكام الاحوال الشخصية في العراق ، ص ٥.

(٢) نهاية القانون ، لائحة الأسباب الموجبة لقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ .

(٣) سعيد ، قادر سعيد ، قانون الاحوال الشخصية من منظور كردي ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط:(www.niqash.org) ، باباخان ، فائزة باباخان ، روائع البرلمان الكردستاني في قانون الاحوال الشخصية العراقية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط:(<http://www.hekar.net>) .

المشاريع المختلفة التي تخص القضايا العراقية ويتجاوز القرار في مضمونه وطريقة واسلوب إقراره في المجلس مسألة النوايا الكامنة في الخفاء، حول المشاريع السياسية التي تمس البنية الإجتماعية العراقية، ليصل الى حد السعي لفرض توجه سياسي واضح مفضي الى خلق مجتمع طائفي ، يتعارض حتى مع فكرة إقتراب المذاهب ووحدتها ومبدأ الوحدة الإسلامية وإن الأمة الإسلامية امة واحدة ، وعلى الرغم من مشاركة الكثيرين في مؤتمرات تتحدث عن تقارب المذاهب الاسلامية ووحدتها ومنذ الغاء قانون الاحوال الشخصية العراقي وتقسيم المسلمون الى سنة وشيعة اقيمت في العراق عشرات المؤتمرات وبعضها دولي كلها تدعو للوحدة الوطنية ، لكن على ما يبدو إن البعض من السياسيين والمرجعيات الدينية الذين يطرحون أنفسهم حماة للهويات والخصوصيات المذهبية والطائفية، ومن خلال ولائهم لتلك الخصوصيات يكرسون الانقسامات والتفرقات ، وقد رأيناها في كل فترة إنتخابات أن السياسيين المهمين على السلطة يستغلون المشاعر الدينية والمذهبية لأتباع مذهبهم، فيثيرون فيهم المخاوف من أتباع المذاهب الأخرى، والعداء ضدهم، بغية كسب دعم أبناء طائفتهم لإحتكار السلطة ولمصالحهم السياسية، ونكون في النهاية أمام حالة تعدد ولايات تساهم في خلق هويات متضادة، وتتحول علاقة الفرد بخصوصيته المذهبية أو الطائفية الى سجن إجتماعي و نشر ثقافة العداء والكراهية والبغضاء بين أبناء الشعب الواحد لتفرق بينهم^(١).

إن المخاوف الناتجة عن القرار ١٣٧ لن تكون محصورة في إطار علاقات الزواج والميراث، لأن نجاح مثل هذا المشروع وتمريره ستعقبه خطوات أخرى منها تحديد الهوية الطائفية للفرد العراقي في بطاقة الأحوال المدنية، وعادة تبدأ الطائفية في مجال الأحوال الشخصية، ثم تركز نفسها من خلال تحديد الدستور للهوية الطائفية للدولة وتميرير الأمر بنص مخادع يسمح للطوائف الأخرى بالرجوع الى فقه مذاهبها في مسائل الأحوال الشخصية، أو من خلال تثبيت هذه الوجهة كعرف دستوري يضمن إقتسام السلطة بدلاً عن الشراكة

(١) بيان من الاتحاد الديمقراطي العراقي حول قانون الاحوال الشخصية الجعفري ، منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ١١/٦ /٢٠١٣ ، الرابط: (www.idu.net) . موقع الجزيرة الاعلامية ، مقالة باسم إلغاء قانون الاحوال الشخصية في العراق، منشورة على شبكة الانترنت في ٢٠٠٤/٣/١ ، الرابط : (www.aljazeera.net) .

والمسؤولية الجماعية دستورياً، وليست هناك ضمانات إذا ما جرى المسير على هذا الطريق من ايجاد ثنائية أو أكثر حتى في القوانين الاخرى^(١).

وإن تطبيق فقه المذاهب في أمور الأحوال الشخصية أدت الى عودة كل طائفة أو مذهب الى فقه تلك الطائفة وغالباً ما تكون ولاء الطائفة هي المقدمة فبقيت القبيلة والطائفة هي المرجعية الأساسية لهؤلاء، وبالتالي يصبح من الطبيعي أن تعارض وتقاوم الزواج من الطوائف الاخرى، نفس الأمر ينطبق على بقية الطوائف الدينية الاخرى سواء أكانت مسلمة أو غير مسلمة، وعدم وجود قانون موحد للأحوال الشخصية يضع الشخص والعائلة تحت تصرف السلطات الدينية المختلفة ويمنع الإنصهار في دائرة الوحدة الوطنية تجمع كل العراقيين، و يؤدي الى تكريس الهوية الطائفية على حساب مبادئ المواطنة، ناهيك عما تخلقه من مشاكل في حال الزواج المختلط لما يخلفه هذا الزواج من مشاكل للأطفال وحقوقهم، وكذلك خسارة الحقوق المكتسبة للمرأة^(٢).

من جانب آخر يخلق إلغاء قانون الأحوال الشخصية صعوبات كثيرة للقضاة في المحاكم العراقية، حيث يضع القاضي في مهمة صعبة ليجد الحكم الشرعي في الكتب الفقهية التي تعبر أساساً عن إمكانيات فقهاء العصور الإسلامية المختلفة وضمن البيئات الثقافية السائدة، وجهدهم الذي يعتبر جهداً بشرياً يحتمل الخطأ والصواب، ومهمة القاضي بتطبيق هذه القواعد على ما يعرض عليه من منازعات فإن القاضي ما كان قط ولا يمكن أن يكون مجرد آلة صماء تردد كلمات المشرع وتدفع القضايا بأحكامه، ذلك أن عملية القضاء ليست على هذا القدر من السهولة الذي يمكن أن نتصوره، فالقاضي لا يكفي أن يتثبت من الوقائع ثم يطبق حكم النص الجاهز بين يديه عليها وإنما يحتاج في كثير من الأحيان الى أن يتبين معنى النص ويستشف القصد منه وهو قد يحتاج الى أن يبحث عن الحكم خارج حدود النص بل وخلاف ما يمكن أن يدل عليه النص ويدخل الاجتهاد الفقهي ضمن هذا الجهد البشري فضلاً عن إن تلك الأحكام منثورة في كتب الفقه والفتاوى المؤلفة منذ ما يزيد على اثني عشر قرناً وتتناقض هذه

(١) زنكنة، هيفاء زنكنة، قانون الاحوال الشخصية العراقي بيد فقهاء النجف والوقف السني، مقالة منشورة على شبكة الانترنت بتاريخ ١٦/١١/٢٠١٧، الرابط: (<http://yaqein.net>).

(٢) روحانا، هدى روحانا، النظام القانوني المتوازي في مسائل الاحوال الشخصية، مقالة منشورة على شبكة الانترنت في شهر حزيران ٢٠٠٥م، الرابط: (www.wluml.org).

الوجهة مع ضرورة التقنين في دولة القانون ومعرفة المواطن الفرد لحقوقه وواجباته في عقود ومعاملاته وفي كافة مجالات حياته اليومية^(١).

رب سائل يسأل من أين جاء مصطلح (الأحوال الشخصية) كما ذكرت سابقا إن هذا المصطلح لم يكن في بداية الإسلام وحتى في الدولة العثمانية ، وظهر على الوجود وثبت في رأيي أن أول من ذكر هذا المصطلح هو الفقه الإيطالي في القرنين الثاني والثالث عشر^(٢) حين واجهته مشكلة تنازع القوانين فقد كان يقوم في إيطاليا حينذاك نظامان قانونيان الأول عام وهو القانون الروماني الذي كان ساريا على إقليم إيطاليا والثاني خاص وهو القانون المحلي الذي لا يتعدى حدود إقطاعات أو مدينة من المدن ، وللتفرقة بين القانونين لجأ الفقه الى إطلاق تسمية لكل منها فأطلق على القانون الروماني كلمة قانون بينما أطلق على القانون المحلي كلمة أحوال ثم قسم الفقه هذه الأحوال الى أحوال تتعلق بالشخص وأحوال تتعلق بالأموال وكان يعني بالأولى القواعد التي تتبع الشخص غالبا أينما يكون ، ويعني بالثانية القواعد القانونية التي يقتصر سلطانها على مكان معين وتحكم ما يوجد فيه من أموال ثم ذاعت التسمية والتقسيم ومع الزمن إختفت ظاهرة وجود قانون عام يمتد الى إقليم الدولة وقانون محلي يقتصر سلطانه فقط على حدود ولايته من الدولة فأصبح الأخير يقسم بالتالي الى طائفتين من القواعد الأولى تتعلق بالروابط الشخصية أو بالأشخاص وإصطلح عليها (الأحوال المتعلقة بالأشخاص) وتتعلق الثانية بالروابط المالية أو بالأحوال وإصطلح عليها (الأحوال المتعلقة بالأموال)^(٣).

أما في العراق فبالإضافة الى قانون الأحوال الشخصية الصادر كما ذكرت في سنة ١٩٥٩م لكن مصطلح (الأحوال الشخصية) قد استعمل سنة ١٩١٧م بعد إحتلال بغداد فقد صدر في ذلك الوقت بيانا سمي ببيان المحاكم ، لكن هذا البيان استعمل عبارة (المواد الشخصية)^(٤).

(١) القاسم ، محمد هاشم القاسم ، أثر الاجتهاد القضائي في تطور القانون ، بحث منشور مجلة القانون السورية ، العدد السابع ، ١٩٦٨م ، ص ١١٧ .

(٢) البكري ، محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية ، دار محمود ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ١٠ .

(٣) عبدالرحمن ، ابراهيم عبدالرحمن ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، جامعة سليمانية ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٧ .

(٤) العاني ، أحكام الاحوال الشخصية في العراق ، ص ٤٣ .

١. ٤. المبحث الرابع : نصوص قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م وأهم تعديلاته.

قبل الكلام عن نصوص القانون ينبغي أن نذكر ماهي إختصاصات محكمة الأحوال الشخصية ؟

أقول : قررت في قانون التنظيم القضائي^(١) على تشكيل محكمة الأحوال الشخصية أو أكثر في كل مكان فيه محكمة بدائة وذلك في المادة ٢٦ من القانون المذكور ، واشترطت الفقرة الأولى من المادة ٢٨ من القانون ذاته على أنه تنعقد محكمة الأحوال الشخصية من قاض واحد وتختص بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية وفقا لأحكام القانون .

وقد نظم قانون المرافعات المدنية^(٢) عمل محاكم الأحوال الشخصية وإجراءاتها وأورد أحكام خاصة بها بسبب طبيعتها ، وقد حصرت إختصاصات المحكمة المذكورة بالمنازعات الخاصة بالزواج وإنحلاله والآثار الناشئة عنه في المواد (٢٩٩ - ٣١٠) بالنظر بالأمور الآتية :

١ - الزواج وما يتعلق به من مهر ونفقة ونسب وحضانة وفرقة وطلاق وسائر الأمور الزوجية (م/١/٣٠٠) .

٢ - الولاية والوصاية والقيمومة والوصية ونصب القيم أو الوصي وعزله ومحاسبته والإذن بالتصرفات الشرعية والقانونية (م/٢/٣٠٠) على أن يتم التقيد بالأحكام الواردة في قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠م .

٣ - التولية على الوقف الذري ونصب المتولي وعزله ومحاسبته وترشيح المتولي في الوقف الخيري أو المشترك (م/٣/٣٠٠) الا اذا نص القانون على خلاف ذلك .

٤ - الحجر ورفع وإثبات الرشد (م/٤/٣٠٠) وعلى المحكمة عند إصدارها قرارا بالحجر إخبار مديرية رعاية القاصرين عملا بالمادة (٨٢) من قانون رعاية القاصرين .

(١) قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ .

(٢) قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م .

٥ - إثبات الوفاة وتعيين الحصص الإرثية في القسامات الشرعية وتوزيعها بين الورثة (م/٣٠٠٥) .

٦ - المفقود وما يتعلق به (٦/٣٠٠) مع مراعاة إختصاصات مديرية رعاية القاصرين بشأن المفقود الواردة بالمادة (٨٥ وما بعدها) قاصرين .

٧ - تنظيم حجج الوصايا والوقف والحجج الأخرى التي تختص بها وتسجيلها وفق القانون وتصادق على الوكالات بالدعاوى التي تقام لديها (م/٣٠١) .

٨ - الحكم بصفة مستعجلة بنفقة مؤقتة أو تعيين أمين على المحضون المتنازع على حضانتهم يقوم برعايته والمحافظة عليه والأمور المستعجلة الداخلة في إختصاصها (م/٣٠٢) .

٩ - ايقاع الحجر متى توافرت أسبابه دون خصومة أحد ، أما الخصم في رفع الحجر فهو القيم (م/٣٠٧) .

١٠ - تختص بتحرير التركة إذا لم يكن بين الورثة قاصر عملاً بحكم المادة (٢/٣٠٥) المعدلة (٧٢) من قانون رعاية القاصرين ، حيث جعلت تحرير التركة وتصفيته من إختصاص المديرية أعلاه إذا كان بين الورثة قاصر ، حيث ألغى قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١٠٣ لسنة ١٩٨٨ قسم شؤون الشركات في المديرية أعلاه وأناط تحرير الشركات بمحاكم الأحوال الشخصية بعد تاريخ نشر القرار أعلاه في ١٩٨٨/٢/٥ بالعدد (٣١٨٨) الوقائع العراقية) .

١١ - إصدار الإذن للأوصياء على الصغار والقيمين على المحجورين بالتصرفات في أموالهم.

١٢ - دعاوى اجور المحاماة ومصاريف الدعاوى المقامة أمامها .

١٣ - النظر بالدعاوى التي تنص القوانين الأخرى على إختصاص محاكم الأحوال الشخصية فيها ومن ذلك :

٠ أ - تبديل الدين من غير الإسلام الى الإسلام . أما العكس فلا يجوز لأنه كفر وإرتداد عن الإسلام^(١) .

(١) المادة (٢١) الفقرة الثانية من قانون احوال المدنية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢م المعدل .

ب. نصب القيم على السجين (السجن لأكثر من خمس سنوات) والمحكوم بالإعدام والإذن للقيم بالتصرفات في أموال السجين^(١).

ج. الإعتراض على قرار لجنة الأسرة المتضمن عدم منح راتب الرعاية الاجتماعية وفق المادة (١٩/ثانياً) من قانون الرعاية الاجتماعية والتي تنص على أنه (لصاحب الطلب الاعتراض على قرار اللجنة خلال شهرين من تاريخ التبليغ به لدى محكمة الاحوال الشخصية المختصة ويعد الاعتراض من القضايا المستعجلة)^(٢) ، وكذلك تنظر المحكمة في الإعتراض وفقاً للمادة ١٨١ من قانون المرافعات المدنية ولها الحكم بتأييد قرار لجنة الأسرة أو إبطاله .

الإختصاص المكاني :

كل دعوى لها محكمة مختصة مكانياً بنظرها وهذا الإختصاص يحدد حسب التقسيمات الإدارية ، فالقاعدة العامة هو أن تقام دعاوى الاحوال الشخصية في محل إقامة المدعى عليه^(٣) والإستثناء هو :

- ١- يجوز إقامة الدعوى في محكمة محل العقد .
- ٢ - ويجوز أن تقام دعوى الفرقة والطلاق في إحدى هاتين المذكورتين . (أي محكمة محل العقد ومحكمة محل إقامة المدعى عليه) أو المحكمة التي حدث فيها سبب الدعوى .
- ٣ - تقام دعوى نفقة الاصول أو الفروع أو الزوجات في محكمة محل إقامة المدعى عليه أو المدعي^(٤) .

٤ - تختص محكمة محل إقامة المتوفى الدائم في إصدار القسامات الشرعي ولا يوجد إختصاص لمحاكم الاحوال الشخصية في تسجيل الزواج وتصديقه وإصدار الحجج الشرعية الخاصة بالولاية والوصاية والوقف وغيرها ، ويجوز الإتفاق على خلاف قواعد الإختصاص المكاني

(١) المادة (٩٧و٩٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل .

(٢) قانون رعاية الاجتماعية العراقية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠م المعدل.

(٣) كريم ، فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقية ، جامعة السليمانية ، السليمانية، ٢٠٠٤، ص٩.

(٤) المواد (٣٠٣و٣٠٤و٢٠٥) من قانون المرافعات المدنية العراقي .

كونها ليست من النظام العام ، ويجب أن يتم الدفع بعدم الإختصاص المكاني قبل التعرض لموضوع الدعوى وإلا سقط الحق ، مع وجوب الإحتفاظ بالرسوم القضائية المدفوعة فيما لو قررت المحكمة الإحالة^(١) .

كما ذكرنا في المبحث السابق فإن الدولة العثمانية أصدرت مجلة الأحكام العدلية سنة (١٨٨٢م) لتكون بمثابة تقنين لأحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب الحنفي الذي أعمدته الدولة، ولتكون إطاراً شاملاً لجميع المعاملات المدنية والتجارية ، وقد إحتوت على ١٨٥١ مادة، ومنذ ذلك الوقت جرى تأسيس السجلات الشرعية التي تعنى بقرارات المحاكم الشرعية، وبعد تأسيس الدولة الوطنية العراقية في أوائل العشرينيات من القرن الماضي، تغير إسم المحاكم الشرعية إلى محاكم (الأحوال الشخصية) وكان هذا المصطلح الجديد قد إستعمل أول مرة في كتاب لمحمد قدري باشا بعنوان : أحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، صدر في أواخر القرن التاسع عشر، كما مر سابقاً وفي العام ١٩٢٥م صدر أول دستور للعراق وحسب المادة الخامسة والسبعين منه فإن القضاء الشرعي كان ينقسم إلى : محاكم شرعية للمسلمين، ومجالس روحانية (طائفية) تشمل المسيحيين والموسويين، تتمتع بسلطات قضائية وفق القانون^(٢) .

وبموجب هذا التحديد فإن أتباع الديانات الأخرى كالصابئة والإيزدية ليس لهم حق التقاضي إستناداً إلى أحكامهم الدينية، إعتد القضاء الشرعي للمسلمين على المذهب الشخصي للمتداعين، وتصدر الأحكام وفقاً للفتاوى المعتبرة لهذا المذهب أو ذاك، وبناءً على ذلك فقد تشكلت في محكمة التمييز هيئتان إحداهما جعفرية نسبة إلى المذهب الجعفري للشيعة، وأخرى سنية، غالباً ماتتبع المذهب الحنفي الذي عليه أكثر سنة العراق^(٣) .

استمر القضاء الشرعي خاضعاً للقاعدة المذهبية حتى نهاية الخمسينيات حين صدر قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م الذي شملت أحكامه جميع المسلمين وغيرهم إلا من إستثنوا بقوانين خاصة وهم المسيحيون واليهود ، ثم صدر قانون تنظيم المحاكم المدنية رقم ٣٢ في العام ١٩٤٧م ، وأوجب على الطوائف الدينية غير الإسلامية أن تدون أحكامها

(١) حيدر ، صادق حيدر ، شرح قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١م ، ص ٤٧٤ .

(٢) ينظر: المبحث الثاني من الفصل الأول ، ص ٩ .

(٣) ألكبيسي ، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، (١٧/١) .

وقواعدها الفقهية وأن تقوم بنشرها بإشراف وزارة العدل ، وفعلا تم ذلك بأن نشرت بعض الطوائف المسيحية أحكامها في جريدة الوقائع العراقية عدد (٢٨٥٥) بتاريخ ٦-٧-١٩٥٠م ، وكذلك نشر اليهود أحكامهم في الوقائع رقم (٢٦٩٨) في ٣١-١-١٩٤٩م ، كما أودعت الأحكام الفقهية للصابئة المندائيين لدى وزارة العدل^(١) ، أما الإيزدييون فلم يدونوا أحكامهم^(٢) .

وبعد قرابة عام ونصف على قيام الحكم الجمهوري في العراق، بتاريخ الرابع عشر من تموز العام ١٩٥٨م ، صدر قانون الأحوال الشخصية^(٣) ، بعد جهود فقهية وقانونية مضنية، بذلها قضاة ومصلحون منذ نهايات العهد الملكي، كانت غايتها تحقيق الإستقرار في الحياة الاسرية وإنهاء الإرتباك والتناقض في أحكام القضاء الشرعي، وقد إستند الى أحكام الشريعة الإسلامية، والأخذ بفقه المذاهب الإسلامية دون تحيز، إلا أن القانون لم يبق على حاله بل طرأت عليه تعديلات كثيرة، كان أولها في العام ١٩٦٣م ، ثم توالى التعديلات في السبعينيات والثمانينيات، اضيفت بموجبها مبادئ جديدة، أغلبها ينصف المرأة، بإستثناء ما كان منها ذا طابع سياسي^(٤) .

مزايا القانون :

جاء في الأسباب الموجبة لقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م :

" لم تكن الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية قد شرعت في قانون واحد يجمع من أقوال الفقهاء ما هو متفق عليه والأكثر ملاءمة للمصلحة الزمنية، وكان القضاء الشرعي يستند في إصدار أحكامه الى النصوص المدونة في الكتب الفقهية والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها والى قضاء المحاكم في البلاد الإسلامية.

(١) ألكبيسي ، ألوجيز في شرح الاحوال الشخصية و تعديلاته ، (١٢-١١/١)

(٢) نشرت جريدة لالش التي تصدر في أربيل في عديها (١٣ و ١٤) لعام ٢٠٠١ نص مشروع قانون الاحوال الشخصية للإيزديين، أعده إختصاصيون قانونيون.

(٣) اسم : قانون أحوال الشخصية، الجهة المصدرة : العراق ، نوع التشريع : قانون، رقم التشريع : ١٨٨ ، تاريخ التشريع : ١٩-١٢-١٩٥٩ ، سريان التشريع : ساري المفعول الى الآن، عنوان التشريع : قانون الأحوال الشخصية، المصدر : الوقائع العراقية إرقم العدد : ٢٨٠ | تاريخ العدد : ٣٠-١٢-١٩٥٩ ، يتكون القانون من ٩٨ مادة .

(٤) أخطيب ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ص ١٠-١١ .

وقد وجد أن في تعدد مصادر القضاء وإختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة فكان هذا دافعا للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الأحكام الشرعية المتفق عليها .

وإشتمل القانون على أهم أبواب الفقه في الأحكام المتعلقة بالزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث، وإستمد مبادئه بالإضافة الى الشريعة الإسلامية، من ما هو مقبول من قوانين البلاد الإسلامية وما إستقر عليه القضاء الشرعي في العراق .

كما بيننا سابقا أن التعديلات التي أجريت على القانون بدأت سنة ١٩٦٣م والى الآن ، وآخر تعديل قامت به الحكومة العراقية هو في سنة ٢٠٠١م ، أما في اقليم كردستان العراق فمئذ عام ١٩٩٢م مع إنشاء أول حكومة وبرلمان خاص لكردستان فقد اجريت على القانون عدة تعديلات آخرها سنة ٢٠٠٨م حيث اجريت تغييرات من ٢٥ مادة من القانون الأصلي .

ولغرض القاء الضوء على التعديلات بشكل عام فنبء بتعريف كلمة (تعديل) وهي مأخوذة من كلمة : عدل يعدل من باب التفعيل أي سواه وقومه وغير فيه ليصبح أحسن^(١) ، وأما كلمة التعديل فيقصد بها : الأحكام التي تلغي أو تستبدل أو تضيف في محتويات التشريع الأصلي ، أي بمعنى تقويم القانون القديم بزيادة أو نقص أو تغيير كلمة أو جملة ومنع العمل بالأول ووضع موضع التنفيذ بتكليف رجال السلطة التنفيذية والعمل به بوصفه تشريعا ملزما^(٢) .

دواعي التعديل :

إن أهم دواعي التعديل على قانون الأحوال الشخصية هي^(٣) :

أولاً: أنه قد يحدث جمود في نص قانوني وقصوره عن الإستجابة لمتطلبات المجتمع ومقتضيات التطور فهنا يصدر التعديل والهدف منه تحقيق مصلحة المجتمع ويراعي التعديل الدين والمثل وتقاليد البلد ويستطيع ان يعد له ما سنه اذا تغيرت الظروف وتباينت الحاجات .

(١) الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر العروس ، تحقيق عبدالفتاح الحلو ، التراث العربي ، الكويت ، ١٩٩٧م ، (٤٤٦/٢٩) .

(٢) مبارك ، سعيد عبدالكريم مبارك ، اصول القانون ، دار الكتب ، موصل ، ١٩٨٢ ، ص ٣٠ .

(٣) البكري ، عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٨٤ .

ثانيا : قد يحدث عيب في القانون لتسرع المشرع الأول أو يفوته إستلهاام جميع المصادر الحقيقية للقاعدة فعندئذ يدرك مافاته أو خطأه بالتعديل .

ثالثا: كثيرا ما يتم التعديل بسبب تغير نظام الحكم فيكون قد سن قانون لمصالح ذاتية أو أهواء شخصية او تأييد للحزب الحاكم وبناء على طلبه.

رابعا: تأثير بعض الدول بدول أو دولة اخرى وهذا يدخل من باب التقليد فيتأثر الضعيف بالقوي والمغلوب بالغالب .

السؤال هنا : هل كل تعديل صحيح والناس بحاجة اليه ؟

أقول : إذا أردنا أن نجيب عن هذا السؤال لابد من ضرب أمثال لذلك وقد إخترت قانون الأحوال الشخصية العراقي لتكون جوابي على السؤال واضحة ، أستطيع أن أقسم التعديل على القانون قسمين :

القسم الأول : تعديل فاسد أي أن النص السابق للقانون هو الصحيح والأقرب الى الشريعة الإسلامية ، لكن النص تم تعديله بنص آخر وبعد دراسة النص الثاني وجدنا أنه خطأ والصواب هو النص الأول ، ولنتوضح المسألة جيدا سنضرب أمثلة على ذلك :

المثال الأول : تم تعديل الأسباب التي يحق للزوجة طلب التفريق حسب قرار مجلس قيادة الثورة المرقم (١٥٢٩) في (١٢/٣١ /١٩٨٥) وهذا نص القرار:

أولا: للزوجة طلب التفريق من زوجها إذا تخلف أو هرب من أداء الخدمة العسكرية تزيد عن ستة أشهر ، أو هرب الى جانب العدو وعلى المحكمة أن تحكم بالتفريق مع إحتفاظ الزوجة بكامل حقوقها .

ثانيا: إذا كرر الزوج الهروب حكم بالتفريق ثانية .

تحليل التعديل :

أولا: إن مثل هذه الفقرات لا يوجد فقيه يؤيدها أو ذكرها مع وجود آثم التولي يوم الزحف وأنه من الآثام العظيمة فلو فرضنا أن الهروب من العسكرية له نفس الاثم فلم يقل أحد بطلاق زوجته منه .

ثانيا : إن التشريع ينبغي أن يكون من أهل الإختصاص وخبراء القانون وليس من مجلس عسكري لا يتمتع أصحابه بأي ثقافة قانونية تؤهلهم الخوض بمثل هذه الامور ، لكن في كردستان الغي هذا التعديل ولم يعتبر الهروب من العسكرية سببا من أسباب الطلاق .

المثال الثاني : تعديل إذن القاضي للزواج من الزوجة الثانية فقد تم تعديل القانون من قبل حكومة اقليم كردستان فبعد أن كان للقاضي أن يعطي الإذن للرجل الزواج من الزوجة الثانية بمجرد أن لديه قدرة مالية وأن يكون هناك مصلحة في الزواج^(١) ، فقامت حكومة الاقليم بإضافة شروط اخرى حتى أصبح الزواج من الزوجة الثانية شبه مستحيل حيث عدلت المادة بما يلي :

(لا يجوز الزواج بأكثر من واحدة إلا بإذن القاضي، ويشترط لإعطاء الإذن تحقق الشروط التالية^(٢):-

- أ. موافقة الزوجة الأولى على زواج زوجها أمام المحكمة.
- ب. المرض المزمن الثابت المانع من المعاشرة الزوجية والذي لا يرجى منه الشفاء أو عقم الزوجة الثابت بتقرير من لجنة طبية مختصة.
- ج. أن يكون لطالب الزواج الثاني إمكانية مالية تكفي لإعالة أكثر من زوجة واحدة على أن يثبت ذلك بمستمسكات رسمية يقدمها للمحكمة عند إجراء عقد الزواج.
- د. أن يقدم الزوج تعهداً خطياً أمام المحكمة قبل إجراء عقد الزواج بتحقيق العدل بين الزوجين في القسّم وغيره من الإلتزامات الزوجية (المادية والمعنوية).
- هـ. أن لا تكون الزوجة قد إشتربت عدم التزوج عليها في عقد الزواج.
- و. كل من أجرى عقداً بالزواج بأكثر من واحدة خلافاً لما ذكر في أي من الفقرات (أ،ب،ج،د،هـ) من/ثانياً من هذه المادة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة قدرها عشرة ملايين دينار.
- ز. لا يجوز للقاضي إيقاف تنفيذ العقوبات الواردة في الفقرة (و) أعلاه) .

(١) المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ م .

(٢) المادة الاولى من الفقرة الثانية من قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ م في اقليم كردستان العراق .

هذه الشروط به مستحيلة إنطباقها على شخص ، بل إنني سألت دائرة الإحصاء في محكمة دهبوك عن كم رجل تزوج زوجة ثانية في دهبوك ؟

أجابني : زواج واحد منذ ٢٠١٦/١/٢ الى ٢٠١٦/١٢/٣١ أي خلال فترة سنة كاملة تم تسجيل زواج واحد فقط ، بينما من كان يريد الزواج من زوجة ثانية وهو من أهالي مدينة دهبوك أن يتجه الى قضاء الشخان أو سنجار لعقد الزواج لكون محاكمهم تطبق القانون العراقي بدون تعديلات اقليم كردستان .

القسم الثاني : التعديل الصحيح : نفقة الزوجة هل يدخل من ضمنها التطبيب _ اجور مراجعة الأطباء والعلاج أم لا؟

نجد أن القانون في مواده الاولي لم يذكر التطبيب وإنما ذكر فقط الطعام والشراب والسكنى والسبب في رأي هو إتفاق فقهاء الشريعة والقانون على وجوب النفقة على الزوجة وإنها غير ملزمة بالنفقة على نفسها ولو كانت غنية لكن نجد علماء الشريعة لا يذكرون علاج الزوجة فيما إذا تمرضت وإحتاجت الى العلاج بل ينصون على عدم وجوب نفقة علاجها على زوجها ، فقد ذهب جُمهور العلماء الى عدم وجوب أجره الطّبيب على الزوج إذا إحتاجت إليه ، بحجة إن هذا ليس بواجب عليه ^(١) ، والغريب أن يقول الحنابلة يحق لها صرف نفقتها الواجبة على الزوج من طعام وكسوة على الدواء ، أي لا تأكل وإنما تذهب وتشتري بقيمة طعامها دواء وحجتهم قياس المرأة على الدار المستأجرة ^(٢) .

فإنه أعلم إن هذه الإجتهاادات تناقضها بعض قواعد الشريعة الإسلامية ، وقياس المرأة على الدار المستأجرة قياس مع الفارق فإذا أوجبنا على الزوج نفقة طعامها وشرابها لديمومة

(١) بدران ، بدران أبو العينين ، الفقه المقارن للاحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، دار النهضة ، بيروت ، ١٩٩٨م ، ص ٢٥٠ .

(٢) ابن قدامة ، شمس الدين عبدالرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني مع الشرح الكبير ، تح: محمد شرف الدين خطاب و السيد محمد السيد و سيد ابراهيم صادق ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٦م ، (٢٠٨/١١) .

حياتها فالدواء أولى من الطعام والشراء فيجب على الزوج نفقة دوائها والله أعلم . وهذا من كمال المعاشرة بالمعروف^(١) .

بل نص الجُمهور على أنه يجب على الزوج شراء ما يزيل الأوساخ عن المرأة كالمشط والدهن والسدر لكي تكون جميلة^(٢) ، فهل هذه الامور هي أولى من الدواء وعلاج المرض الذي ربما إذا لم يعالج يؤدي الى موت هذه المرأة ، ولنسمع الى الشافعية حيث ينصون أنه يجب على الزوج أن يشتري لزوجته مع الحنطة والشعير الزيت والجبن وقالوا: ليس من المعاشرة بالمعروف تكليفها الصبر على الخبز وحده، فأوجبوا الجبن والزيت لأنه من المعاشرة بالمعروف ولأن المرأة لا تصبر على الخبز وحده ، ولم يوجبوا شراء الدواء لها، فهل من المعقول ألا تستطيع المرأة الصبر على الخبز وحده فأوجبنا لها الجبن والزيت لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف ، بل هم أوجبوا اللحم فيقولون : وللزوجة لحم يليق ببيسار الزوج وإعساره، فإن كانت عادتهم تناول اللحم في كل يوم مرة كان لها ذلك لأنها ربما لا تستطيع الصبر على عدم أكل اللحم^(٣) ، فالعجب العجاب أن يلزم الزوج بشراء اللحم لها لأنها لا تستطيع الصبر بدونه لكنه لا يلزم بشراء الدواء لها لأنها تستطيع الصبر على الألم وعذاب المرض!!!

بينما نجد أن المشرع العراقي ينص في المادة الرابعة والعشرون على ما يلي : تشمل النفقة: (الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وإجرة الطبيب بالقدر المعروف)^(٤) .

(١) سابق ، السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧٧م ، (١٧٤/٢) . القنوجي ، محمد صيق حسن خان القنوجي ، الروضة الندية شرح الدرر البهية، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق ، مكتبة الكوثر ، الرياض ، ١٩٩٣م ، (٧٩/٢) .

(٢) الحجاوي ، شرف الدين موسى الحجاوي ، الإقناع ، تح: عبداللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة ، (١٤١/٤) . النجدي ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ، تح: عبدالله بن عبدالرحمن بن جبرين ، بدون نشر ، ١٣٩٧هـ ، (١١١/٧) . النووي ، محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المذهب ، تح : محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ٢٠٠٨م ، (٢٥٣/١٨) .

(٣) الشافعي ، محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، تحقيق محمود مطرجي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م ، (٨٩-٨٨/٥) . النووي ، المجموع شرح المذهب ، (٢٥٠/١٨) .

(٤) قانون احوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م المعدل .

فأقول : والله أعلم إن إختيار المشرع العراقي القول بوجود النفقة على علاج الزوجة هو مأخوذ من روح الشريعة الإسلامية خصوصا إذا عرفنا إن أقوال الفقهاء هذه ليس لها نص صريح يؤيدها و إنما مجرد إجتهاد منهم ، فإجتهاد المشرع العراقي في رأيي هو الأصح .

ولربما يعذر الفقهاء السابقون في عدم جعل نفقة العلاج من ضمن النفقات الواجبة حتى الزوج لزوجته لقلّة الأمراض في زمانهم وهذا ليس ببعيد فأبي شخص منّا لو سأل أحد أقاربه من كبار السن الذي كان يعيشهم في القرى عن حاجته للأطباء ، لكان الجواب إنه لم يراجع الأطباء ربما لعشرات السنين ، والأطباء أنفسهم يقولون أن حياة أهل القرى هي أصح وأفضل من حياة أهل المدينة ، وفي رأيي إن الفقهاء الذي ذهبوا الى عدم وجوب نفقة العلاج للزوجة ، لو كانوا في زماننا لذهبوا الى ما ذهب المشرع العراقي حيث نصت المادة الرابعة والعشرون الى : تشمل النفقة : الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وإجرة الطبيب بالقدر المعروف .

وقد أحسن المشرع الكردستاني حيث أكد على ذلك وأفرد لها مادة خاصة بها فقد نصت المادة التاسعة من تعديلات اقليم كردستان الى (تشمل النفقة : الطعام والكسوة والسكن ولوازمها وإجرة الطبيب بالقدر المعروف)^(١) .

ونجد أن هذا النص هو نفسه النص السابق للقانون ، إذن لماذا المشرع كرره ؟

الذي نراه أن التكرار فيه فائدة وهو التأكيد على هذه الحقوق ، وخصوصا إجرة الطبيب ، وإن كان الاولى أن يقال : (إجرة التطبيب) لأنها أعم من إجرة الطبيب ، فقد تحتاج المرأة الى السفر للعلاج وهذا لا يدخل في إجرة الطبيب ، لكن يدخل إنه من لوازم التطبيب .

(١) قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨م المعدل في اقليم كردستان العراق.

٢. الفصل الأول : الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية

وقد قسمته الى ثلاثة مباحث وكالاتي :

المبحث الأول والثاني : تكلمت فيها وبشكل مختصر جداً عن (الوصية تعريفها وأدلة مشروعيتها وحكمها وأركانها ومبطلاتها) .

المبحث الثالث : فقد تطرقت فيه الى مشروعية الوصية الواجبة من عدمها وذكرت أقوال الفقهاء المانعين لها ثم أقوال المجيزين لها ، وناقشت أدلة الطرفين ثم ترجيح قول القائلين بجوازها .

٢ . ١ المبحث الأول : تعريف الوصية لغةً وشرعاً وقانوناً

لم تكن الوصية أمراً مستحدثاً من قبل المشرع الإسلامي ، إذ مارسها الإنسان على وفق أسلوبه الخاص في جميع العصور ، سواء أكان قريباً من التشريع أو بعيداً عنه ، مؤمناً بالدين أو غير مؤمن به ، وذلك لارتباطها بالفطرة الإنسانية وسيرة العقلاء التي تنزع الى وصية الآباء للأبناء ، والماضين للتالين ، والكبار للصغار ، والراجلين للمقيمين .

فقد عرفت التشريعات المختلفة في شتى العصور نظام الوصية على إختلاف فيما بينها على مدى حق الشخص في الوصية بماله ، لكنهم يتفقون على حرية مالك المال، فلصاحب المال أن يعمل بمقتضى الرغبة ودون تحديد لمقدارها ، ولم تكن مقيدة بشروط معينة وكذلك كان الشخص يستطيع أن يحرم ورثته ويوصي بكل أمواله لمن يشاء وكان للشيخوخة ومرض الموت والزواج من عدة زوجات وتأثير إحداهن على الشخص أثر كبير في الإيضاء وحرمان بعض الأبناء من ميراث أبيهم مع ما خلفه كل هذا من عداوة وكراهية سببتها تصرفات الأب الذي قد يكون واقعاً تحت ضغوط نفسية أو غير ذلك^(١) .

وبعد أن جاء الدين الإسلامي الحنيف نظمت الاحكام الوصية ورسم إطاراً في شكلها الإجمالي والاختياري، وأعلنت مبدأ الأقربون أولى بالمعروف ، وكان لكل ما رسمه تأثير إيجابي في استمرار الحياة والمودة والرحمة بين الأقارب^(٢) .

ومن المتعارف عليه أنّ الإنسان بعد موته يُخلف وراءه تركة، وهذه التركة تنحصر في حقوق ثلاث؛ من تجهيز للميت، وقضاء الديون، ثم الوصية وبعد أداء هذه الحقوق يوزع الميراث.

وفيما يلي سنتطرق الى تعريف الوصية لغةً وشرعاً وقانوناً.

أولاً : تعريف الوصية لغةً :

(١) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص ٣٢ .

(٢) أبو طالب ، صوفي حسن ابو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١٦٤ . الصابوني ، عبد الرحمان الصابوني ، الاحوال الشخصية والأهلية والوصية والميراث، دار الفكر الاسلامي ، دمشق ، ١٩٦٥ ، ص ١٩٠ .

الوصية لغة مشتقة من الإيصال ، فيقال : وصى الشيء بكذا أي وصله به ، والوصية جمعها وصايا، تطلق على فعل الموصي وعلى ما يوصي به ، والوصية مصدر من وصى، ووصى بالتشديد ، فهو موصٍ بدون تشديد في قوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)[البقرة : ١٨٢] ، والوصية هي الوصل من وصيت الشيء بالشيء وصلته ، وسميت بذلك لأنها وصل لما كان في الحياة بعد الموت^(١) .

ومن معاني الوصية في اللغة الوصل يقال وصيت الليلة باليوم أوصلها و ذلك في عمل تعمله، فكان الموصي لما أوصى بالشيء وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف ، وتأتي بمعنى الاتصال فيقال أرض واصيةٌ ؛ أي مُتصلة النبات^(٢) .

والوصية والإيصال بمعنى واحد في اللغة وتطلق لغة بمعنى العهد الى الغير في القيام بفعل أمر حال حياته أو بعد وفاته ، يقال أوصيت له أو إليه جعلته وصيا يقوم على من بعده وهذا اللفظ اشتهر فيه لفظ الوصاية ، وتطلق أيضا على جعل المال للغير وصيت بكذا أو أوصيت بكذا أي جعلته له ، فالإيصال يعم الوصية والوصاية، إلا أن الفقهاء فرقوا بينهما فقد أطلقوا على التبرع بالمال بعد الموت لفظ الوصية، وأطلقوا لفظ الوصاية على من عهد الى غيره بالقيام ورعاية شؤون من بعده لكون الثاني يحتاج الى من يعينه^(٣) .

(١) ابن منظور، لسان العرب ، (٣٩٤/١٥) . الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير، تح . مكتبة لبنان التراث، مكتبة لبنان، بيروت ، ١٩٨٧ ، ص ٢٥٤ . الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تح . محمود خاطر، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٣٠٢ .

(٢) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا ، تح . عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، القاهرة ، ١٩٧٢ ، (١١٦/٦). المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ١٠٣٨ . التوزري ، عثمان بن المكي التوزري ، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية ، ١٩٢١ ، (٤ / ٨٣). الفيروزآبادي، مجدالدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، تح . مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة الناشر ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٧٣١ . الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، أحياء الكتب العربية ، مصر ، بدون سنة ، (٤ / ٤٢٢) .

(٣) الشربيني ، شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، تح . محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٧ ، (٣ / ٥٢) . ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣ ، (١٠ / ٣٣٤) .

وقد وردت في التنزيل بمعان مختلفة منها الإيحاء أي العهد الذي هو فعل الموصي كقوله تعالى : (وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا) [العنكبوت : ٨] ، كما وردت بمعنى الموصي به أي اسم المفعول قال تعالى : (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ) [النساء : ١١] ، كما وردت بمعنى الأمر كقوله تعالى في سورة البقرة: (وَوَصَّيْ بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبَ) [البقرة : ١٣٢] ، أي أمرهم بذلك ^(١) ، وبمعنى وجب وفرض كقوله عزو جل (ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقَلُونَ) [الأنعام : ١٥١] أي فرض عليكم الالتزام بهذه الامور ^(٢) .

ثانيا : تعريف الوصية شرعاً :

للفقهاء عدة تعاريف نذكر أهمها: -

- ١ - تعريف الحنفية : بأنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة ^(٣) .
- ٢ - تعريف المالكية : بأنها عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده ^(٤) .
- ٣ - تعريف الشافعية : بأنها تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت، سواء أضافه لفظاً أو لا فإذا قال اوصيت لزيد بكذا كان معناه بعد الموت ^(٥) .
- ٤ - تعريف الحنابلة : بأنها الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعد الموت ^(٦) .

تعريف الوصية قانوناً :

-
- (١) الطبري ، محمد بن جرير الطبري أبو جعفر ، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، تحقيق د.عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، دار هجر ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، (٥٨٢ / ٢) .
 - (٢) الفيومي، المصباح المنير ، ص ٢٥٤ . والرازي ، مختار الصحاح ، ص ٣٠٢ .
 - (٣) ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، (٣٣٤ / ١٠) .
 - (٤) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، (٤٢٢ / ٤) . الكافي، محمد بن يوسف الكافي، إحكام الاحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٣ ، ص ٢٨٦ .
 - (٥) الشريبي ، شمس الدين محمد بن خطيب الشريبي ، الاقتناع في حل الفاظ ابن شجاع ، تح . عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، (٢١٧ / ٢) .
 - (٦) البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع على متن الاقتناع ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٣ ، (٣٣٥ / ٤) .

أما تعريف الوصية في قانون الأحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨م المعدل ، إذ نص في المادة الرابعة والستون : "الوصية تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض" ، و يقرب منها قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م ، إذ عرف الوصية في مادته الأولى بأنها : " تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت " ، وهو مأخوذ من الفقه الحنفي .

شرح تعريف القانون للوصية :

تصرف : ما صدر عن الشخص بإرادته ورتب عليه الشرع أحكاماً مختلفة^(١) .

في التركة : ما ترك الإنسان صافياً خالياً من حق الغير، وهي قيد في التعريف خرج به الإيضاء.

مضافاً الى ما بعد الموت : وإضافة التصرف الى ما بعد الموت قيد خرج به الهبة والمعاضات حال الحياة .

مقتضاه التملك بلا عوض : لأنه لو كانت الوصية مقابل عوض لأصبحت عقد من عقود البيع أو الإيجارة^(٢) .

(١) الزلمي ، مصطفى ابراهيم الزلمي ، أحكام الميراث و الوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة ، ص ١٢٣ .

(٢) زيدان ، د. عبدالكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٣ ، (١٠ / ٣٨١) . ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، (١٠/٣٣٥) .

٢. ٢ المبحث الثاني : مشروعية الوصية و حكمها وأركانها و

مبطلاتها

٢. ٢. ١. المطلب الأول : مشروعية الوصية:

أجمع الفقهاء على مشروعية الوصية وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول وكما يلي :

١ - من الكتاب :

قال الله تعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } [البقرة: ١٨٠] .

وجه الدلالة في الآية ؛ بأن الله تعالى أوجب الوصية للوالدين والأقربين ، ولكن هذا الوجوب نسخ بنزول آيات المواريث ، بقوله تعالى : (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)[النساء: ١١] ، فنسخ وجوب الوصية للوالدين والأقربين الوارثين وبقيت مشروعيتها لغير الوارثين الأقربين ، قال السرخسي؛ الوصية عقد مندوب إليه مرغوب فيه ليس بفرض ولا واجب عند جمهور الفقهاء^(١) .

و قوله تعالى : (مَنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) . [النساء : ١١] .

وجه الدلالة : دلّت الآية الكريمة على تقديم تنفيذ الوصية وأداء الدين ، وتأخير إستحقاق الميراث، والدين مُقدّم على الوصية بالاتفاق^(٢) ، فتقديمها يشعر بأهميتها .

وفي قوله عز وجل (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) (المائدة : ١٠٦) .

وجه الدلالة : دلّت الآية على مشروعية الوصية ، حيث بين سبحانه وتعالى مشروعية الاشهاد عليها ، و عدد شهودها ، فدل ذلك على مشروعيتها وأهميتها .

(١) السرخسي ، محمد بن أحمد شمس الدين السرخسي ، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ ، (١٤٢/٢٧) .

(٢) القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، تحقيق عبد الله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، (١٢٢/٦) .

٢ - السنة :

عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال : جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعودني وأنا في مكة ، قلت : يا رسول الله أوصي بمالي كله ، قال : لا ، قلت : فالشطر ، قال : لا ، قلت : الثالث ، قال : فالثلث والثلث كثير ، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالية يتكفون الناس في أيديهم ، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة حتى اللقمة التي ترفعها الى في امرأتك^(١).

وجه الدلالة : الحديث نص على جواز الوصية بثلث المال واعتبر الرسول صلى الله عليه وسلم الثلث كثير ، وحثه على عدم التصدق بالكثير وحتى الثلث مع اجازته له بين انه كثير فالحديث دليل على أصل مشروعية الوصية عموماً .

عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ، وزاد عليه مسلم ؛ قال ابن عمر: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك إلا وعندي وصيتي^(٢).

وجه الدلالة : الحديث يحث على المبادرة بكتابة الوصية خوفاً من تدركنا المنية وسواء أكان الأمر هنا للوجوب أم للندب فهو دليل على مشروعية الوصية .

٣ - الإجماع :

أجمع أهل العلم الذين يعتد برأيهم في جميع الأمصار و الاغصار على جواز الوصية^(٣) والعمل بها و بالضوابط التي حددها الشارع لها ، وذلك أنّ المسلمين من زمن البعثة والى يومنا هذا يوصون ببعض أموالهم الى من يشاءون من غير إنكار و لم يخالف أحد في ذلك^(١).

(١) البخاري ، محمد بن اسماعيل البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر ، تح . محمد زهير بن ناصر ، طوق النجاة ، دمشق ، ١٤٢٢ هـ ، (٦٢ / ٧) .

(٢) النووي ، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا ، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، مؤسسة قرطبة ، ١٩٩٤ ، (١٠٩/١١) .

(٣) ابن قدامة ، موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ٦٢٠ هـ ، تحقيق عبدالله بن محسن التركي و عبدالفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٩٨٦ ، (٣٩٠/٨) . ابن قدامة

٤ - المعقول :

العقل يقر بمشروعيتها لأنها عمل ينتفع به الميت بعد موته فلو أن أحد الموصين أوصى بعمل خيري دائم النفع فهذا بلا شك ينتفع به الميت فهو رصيد دائم وأنها أبراء للذمة وعدم انشغالها بالديون التي على الموصي وفيها الحفاظ على مال الدائن وبراءة ذمة المدين وبهذا تظهر الحكمة بأن حقوق الأدميين محفوظة حتى وإن مات من عليه الدين ، فالعقل يجيز الوصية ، والإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله لذا فهو يحتاج الى أن يختم حياته بالطاعات والقربات زيادة في الخير كما يحتاج الى تدارك ما فرط في حياته وسبيل ذلك الوصية لذا كان من المعقول القول بجواز تشريعها لفائدتها للإنسان وحاجته اليها لزيادة حسناته .

٢ . ٢ . ٢ . ٢ : حكمة مشروعية الوصية:

فقد شرعت الإسلام الوصية تمكيناً من العمل الصالح، وتداركاً لما فات الموصي في حياته، ومكافأة لمن أسدى للمرء معروفاً، فهي تبرع على أساس البر وصلة الرحم للأقارب غير الوارثين، لدفع الفقر والحاجة عنهم وتحصيل الخير في الدنيا والآخرة^(١). ولهذا شرعت الوصية تحقيقاً لأغراض عديدة أهمها :

١ - فيها مصلحة للمجتمع من باب التكافل والتماسك الإجتماعي ، فقد يرغب الإنسان في مساعدة الأقرباء غير الورثة، والأحباب، ولكنه يخشى أن يحتاج الى المال المتبرع به حال حياته، ولما كانت الوصية عقداً غير لازم يجوز للشخص الرجوع فيه متى شاء، وهو أن

المقدسي ، شمس الدين عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير ، تحقيق دار المنار ، دار الكتاب العربي، بدون سنة ، (٤١٥/٦) .

(١) النيسابوري ، ابن المنذر النيسابوري ، الإجماع ، تح . صغير أحمد بن محمد حنيف ، مكتبة الفرقان ، عجمان ، ١٩٩٩ ، ص ١٠٠ . الكاساني ، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تح . علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، (١٠/٤٧١) . الزحيلي ، د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٥ ، (١٢/٨) .

(٢) الطوري ، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ ، (٢٠١٢/٩) .

الموصي إذا احتاج لماله فله الحق أن يرجع في وصيته فمصلحته أولى ، و لا تنتقل الملكية بها إلا بعد الموت، لذلك فإنها تحقق الرغبة، ولا تدخل الرهبة (١) .

٢ - قد يحرم بعض الورثة من الميراث لمانع من موانع الميراث مثل اختلاف الدين ، أو لوجود حاجب يحجبهم حجب حرمان ، وهنا يأتي دور الوصية إذ أنها تحل محل الميراث عند حرمان الورثة لأي سبب كان ، ثم أن الوصية لا تؤثر على بقية الورثة طالما أنها في حدود الثلث .

٣ - من حكم الوصية أنها انما جعلت ليتلافى صاحبها بعض الحالات التي يحجب فيها بعض الورثة بعضا ، وقد يكون المحجوبون محتاجون أو تكون هناك مصلحة في داخل العائلة في توثيق وتقوية العلاقات بينهم وبين الورثة وإزالة أسباب الحسد والحقد قبل أن تنبت، ولا وصية لو ارث او بأكثر من الثلث ، خشية إجحاف المورث بورثته (٢) .

٤ - الإنسان له حقوق وعليه واجبات وأنه محاسب عليهما فإذا عجز عن القيام بها بنفسه له أن يستتبع في ذلك غيره ويتم ذلك الأمر بواسطة الوصية .

٥ - الإنسان مفطور على حب المال وفي الوقت نفسه يحب الخير ويخشى نفاذ ما معه من مال يدخره لوقت الحاجة فلو قيل له تبرع الآن لتلكا وامتنع بخلا ولكن لو قيل له تبرع على وجه الوصية وهي لا تنفذ الا بعد الموت لوافق وسارع على هذا التصرف وبهذا تكون الوصية طريقاً للخير في بعض الأحيان.

(١) بدران ، بدران أبو العينين ، الميراث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٢٩ . الزلمي ، احكام الميراث والوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، ص ١٢٦ .

(٢) الصاوي ، أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، تح . مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، (٥٨٠/٤) . شمس الدين ، محمد جعفر شمس الدين ، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، دار التراث الإسلامي ، بيروت ، ١٩٧٤ ، ص ١٠٣ . الخفيف ، علي الخفيف ، احكام الوصية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص ٧-٨ ، الكشكي ، محمد عبدالرحيم الكشكي ، التركة و ما يتعلق بها من الحقوق ، دار النذير ، بغداد ، بدون سنة ، ص ١٤٥-١٤٦ .

٦ - فقد تكون الوصية صدقة جارية للانسان بعد وفاته، وهي مشروعة للمتكمين من العمل الصالح، وتخفيف الضعف والفقير والكرب عن الضعفاء والبؤساء والمساكين^(١).

٢. ٣. ٢. المطلب الثالث : حكم الوصية:

المراد بحكم الوصية : أي الوصف الشرعي لها من حيث كونها مرغوبة الفعل أو الترك أو التخيير بين الفعل والترك ، وبين ماذا اذا طلبت هل هي واجبة أم مندوبة ، أو طلب تركها هل المنع للحرمة او الكراهة .

اتفق الفقهاء على أن الوصية في بداية الإسلام كانت واجبة بكل المال للوالدين والأقربين^(٢) ، لقوله تعالى : (كُتِبَ عَلَيْكُمَا إِذَا حَضَرَ أَحَدٌ كُمُ الْمَوْتِ أَنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًا عَلَى الْمُتَّقِينَ) [البقرة : ١٨] .

ثم اختلفوا في حكمها بعد نزول آيات الميراث على ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب أكثر العلماء وهم الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة الى أن الوصية مستحبة حسب الأصل وليست بواجبة على أحد ولكنها مندوبة ، وتجب على من عليه دين أو عنده دديعة ولا بينة عليه أو عليه حق مستحق لله كالزكاة أو الصيام أو الحج^(٣) .

القول الثاني : ذهب داود الظاهري ومسروق وطاوس و قتادة وابن جرير ، الى أن الوصية واجبة للأقربين الذين لا يرثون^(٤).

(١) القونوي ، قاسم القونوي ، أنيس الفقهاء ، تح . أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي ، دار الوفاء ، السعودية ، ١٩٨٦ ، ص ٣٠٠ . الزحيلي، د. وهبة الزحيلي ، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٦ ، ص ١٤ - ١٥ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٣٣٦/٧) .

(٣) ابن الهمام ، كمال الدين بن عبدالواحد السيواسي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، بدون سنة ،(٤١٣/١٠). السرخسي، المبسوط للسرخسي، (١٤٣/٢٧). ابن العربي ، محمد بن عبدالله ابوبكر بن العربي الأندلسي ، أحكام القران، تح . محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣ ، (١٠٣/١) . الشربيني ، مغني المحتاج ، (٦٧/٤) . ابن قدامة ، المغني ، (٥٦/٦). تقي الدين ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى، تح . محمد عبدالقادر عطا و مصطفى عبدالقادر عطى ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧ ، (١٠٦/٤).

القول الثالث : ذهب ابن حزم من الظاهرية الى أن الوصية فرض على كل من ترك مالا^(١) .

وقد استدل كل فريق بأدلة لامجال هنا لذكرها لكن الراجح في رأبي والله أعلم هو قول الجمهور القائل بعدم وجوب الوصية والإكتفاء بالقول بالإستحباب ، وذلك للأسباب التالية :

أولاً : ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم من نصوص كانت صريحة في عدم الوجوب وفق منهج التدرج في الأحكام فقد كان سبب التوريث الهجرة والمآخاة أي بالدين، ثم نسخ وأصبح الميراث بالقرابة مقترنة بالدين وفق منهج التدرج في الأحكام وكان الميراث بالقرابة في بادئ الأمر عن طريق الوصية حيث جعل الأمر فيها للمورث في تفصيل المقادير والمستحقين، ثم نسخت اية الوصية بآيات الميراث حيث حدد الله الورثة ونصيب كل وارث .

ثانياً : أن النبي صلى الله عليه وسلم انتقل الى ربه ولم يثبت أنه أوصى وكذلك أصحابه مات منهم الكثير ولم يوصوا ولو كانت الوصية واجبة ما تركها النبي وما تركها كثير من صحبة^(٢) .

ثالثاً : الحديث الذي استدل به الموجبون ، الأظهر فيه الندب لا الوجوب، وأنّ الوصية معقّنة بإرادة الميت، وهذا دليل على سقوط وجوبها، ولو حمل الحديث على الوجوب لانصرف الى ما هو واجب كالدين مثلاً، خلافاً للوصية بجزء من المال في وحه من وجوه البر^(٤) .

ومع ترجيحي لهذا الرأي إلا أن العلماء تكلموا عن أحوال قد تتغير فيها حكم الوصية نظراً لأن أحوال الإنسان مختلفة بسبب اختلاف نفوسهم وأفكارهم ومقاصدهم المتعددة لذا يستلزم أن

(١) الغرياني ، د.الصادق عبدالرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، (٢٧٣/٤) ، الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، نيل الأوطار، تحقيق محمد سالم هاشم ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠١١ ، (٣٩/٦-٤٠) .

(٢) ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، المحلى بالاثار ، تح . عبدالغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، (٣٤٩/٨) .

(٣) الجزيري ، عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، (٣) /٢٨٧-٢٨٩) . محمد واصل ، د.نصر فريد محمد واصل ، فقه المواريث والوصية في الشريعة الاسلامية ، المكتبة التوفيقية ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص ١١٠ .

(٤) ابن رشد، محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي ، المقدمات الممهديات، تح . محمد حجي ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٨٨ ، (١١٣/٣) . الأظرم ، صالح بن عبدالرحمن الأظرم ، الوصية بيانها و أبرز أحكامها ، بدون نشر ، ١٤٠٨ هـ ، ص ٢٨ .

يعطى كل حالة حكماً يناسبها يتلائم ويتناسب مع الظروف المحيطة بتلك الحالة، وذكر العلماء خمسة أحوال وتفصيلاتها على النحو التالي:

أولاً : الوجوب : فتجب في حالة ما إذا كان على الإنسان حق شرعي يخاف أن يذهب إن لم يوص به ، كوديعة ودين لله أو لآدمي، مثل أن يكون عليه زكاة لم يؤدها أو حج لم يقم به أو تكون عنده أمانة تجب عليه أن يخرج منها أو يكون عليه دين لا يعلمه غيره أو يكون عنده وديعة بغير إسهاد ، و كل حق واجب على الموصي ليس عليه بينة كشهود يشهدون به لصاحبه، فيوصي به خشية أن يجده الورثة، أو لا يصدقوا مدعيه، فالوصية وسيلة لتحقيق الواجب وكل ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ^(١) ، لقول الله تعالى: (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) [النساء: ٥٨] .

ثانياً: الندب : وهي من لم يكن عليه حقوق واجبة وليس في ذمته ديون لله أو للناس ولا له عند الناس حقوق وإنما أراد أن يوصي وصية يتبرع بها وهي بذلك من الأعمال الصالحة، فتكون الوصية مندوبة في القربات كبناء المساجد وعمارته أو الوصية لطلبة العلم، لقوله عليه السلام : " إذا مات أبن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث : صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له " ^(٢) .

ثالثاً: الإباحة : ومباحة إذا استويا الترك والفعل ولا تتعلق بها طاعة ولا معصية، وذلك كالوصية للأغنياء من الأقارب أو الأجنب، أو لصديق أو كانت لإثبات حق للعباد كالوديعة أو الدين ولكن هذا الحق أو الوديعة أو الدين ثابت بالبينة ^(٣) .

(١) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، (١٢/٨) . الشوكاني، محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دمشق، ١٤١٤هـ، (٣٢٦/١) . ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن عبد البر، الأجماع، تح. فؤاد عبد العزيز الشلهوب وعبد الوهاب بن ظافر الشهري، دار القاسم، الرياض، بدون سنة، ص ٢٣١ .

(٢) الشافعي، محمد بن ادريس الشافعي، مسند الامام الشافعي، تر. محمد زاهد الكوكبي، دار الكتب العلمية، بدون سنة، (١٣/٢) .

(٣) القرافي، شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي، الذخيرة، تح. محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤، (٩/٧) . ابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير (٥٢١/٣) . الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، (٣٢٧/٣) .

رابعاً: الكراهة: تكره الوصية لغير من ترك خيراً، فتكره إذا كان الموصي فقيراً ، و تكون الوصية مكروهة بالإيضاء بما كره الشرع فعله ، أو إذا كان للموصي ورثة فقراء محتاجون الى المال لقوله عليه السلام لسعد بن أبي وقاص : " إنك إن نذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس" أخرجهم مسلم في صحيحه. و تكره الوصية إن كانت بعمل مكروه لأن الوسيلة الى المكروه مكروهة ، كمن أوصى بها لأهل الفسق وإنما كانت الوصية هنا - لأهل الفسق - مكروهة وليست محرمة ، فقد تكون سبباً لامتناع الفساق عن فسقهم وقد يكون فيها أعانة لهم على ما يفعلون فلما ساورها الاحتمال كانت مكروهة وليست محرمة (١).

خامساً: التحريم: وهذا النوع من الوصية غير صحيح بالاتفاق ، ونعني بها مالا تجوز ويأثم صاحبها وذلك في الحالات التالية :

- ١ - تحرم الوصية لأهل المعصية و الفجور للإنفاق على مشروعات ضارة بالمسلمين و أخلاقهم الفاسدة ، كما لو أوصى ببناء دار لهو محرم ، أو أوصى بمال تقام فيه حفلات ماجنة، أو يشتري به خمرًا للشرب، أو يدفع لمن يقتل نفساً ظلماً.
- ٢- وتحرم الوصية إذا كان فيها إضرار بالورثة بنية الإضرار بهم و محاولة منه لتقليل نصيبهم ، ومثل هذه الوصية التي يقصد بها الإضرار باطلة ولو كانت دون الثلث .
- ٣ - إذا كانت لوارث على رأي من لا يجيزها للوارث (٢) .

وما يمكن إستنتاجه بأن الوصف الشرعي للوصية له أن يتغير حسب الظروف والأحوال التي يمر بها الإنسان ، وهذا بحسب اختلاف الموصي- وهو الميت- والموصى به - وهو ما طلب الميت تنفيذه .

(١) المرادوي ، علي بن سليمان المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تح . محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، السعودية ، ١٩٥٦ ، (١٩١/٧) . ابن قدامة ، موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المقنع ، تح . محمود أرناؤوط و ياسين محمود الخطيب ، مكتبة السوادي ، جدة ، ٢٠٠٠ ، ص٢٤٩ .

(٢) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (١٣/٨) . الروياني ، عبدالواحد بن اسماعيل الروياني ، البحر المذهب ، تح . طارق فتحي السيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، (١١/٨) . الرملي ، محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، (٤٣/٦) . الميداني ، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، تح . محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون سنة ، (١٦٨/٤) .

فاذا أحس المرء بدنو أجله ، يحاول أن يستدرك ما فاتته في حياته ، محاولاً أن ينال بره بعد وفاته ، لذلك الأفضل والأولى على الإنسان أن يقدم أعمال البر والخير والتبرع في حياته لما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل، قال : "أن تتصدق وأنت صحيح شحيح ، تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا"^(١) .

ولأنه لا يأمن إذا وصى أن يفرض به بعد موته ، وإن أختار أن يوصي فالمستحب أن لا يؤخر الوصية ، لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصى فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده " ^(٢) .

٢. ٤. ٢. ٤. المطلب الرابع : أركان الوصية :

قبل أن أبدأ بالحديث عن أركان الوصية لعنا أن نبين معنى الركن عند اللغويين والاصطلاح ، ثم ساذكر آراء الفقهاء أركان الوصية.

يعرف الركن في اللغة ^(٣) ؛ بأنه أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ، ويقوم بها ، وجزء من أجزاء حقيقة الشيء ، والجانب القوى من الشيء ، وما يتقوى به من ملك وجند و قوم ، قال تعالى: (فَقَوْلًا بِرُكْنِهِ وَقَالَ سَاحِرٌ أَوْ مَجْنُونٌ)[الذاريات : ٣٩] ، والجمع من الركن أركان وأركان، يُقال ركن الإنسان أي قوته وبأسه و شدته ، كقوله تعالى على لسان شعيب عليه الصلاة والسلام: (قال لو أن لي بكم قوة أو آوي إلى ركن شديد)[هود: ٨٠] .

أما تعريف الركن اصطلاحاً ؛ هو ما لا بد منه للشيء فلا يتم الشيء ولا يكون بدونه ، ولا يوجد ذلك الشيء إلا به وكان جزءاً منه وذلك مثل الركوع والسجود في الصلاة ، وقيل : هو الداخل في حقيقة الشيء المحقق لماهيته ، وقيل : هو ما يتم به الشيء، وهو داخل فيه ،

(١) البخاري ، صحيح البخاري ، (١١٠/٢) . مسلم ، مسلم بن حجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، تج .

محمد فؤاد عبدالباقي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة ، (٧١٦/٢) .

(٢) البخاري ، المصدر السابق ، (٢/٤) . مسلم ، المصدر السابق ، (١٢٤٩/٣) .

(٣) الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس ، تج . عبدالستار احمد فراج ، المجلس الوطني للثقافة ، الكويت ، ٢٠٠٤ ، (٢٤٢/١٨) . ابن منظور ، لسان العرب ، (٣٠٥/٥) ، الرازي ، مختار الصحاح ، ص ١٣٣ . قلنجي ، محمد رواس قلنجي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ١٩٨٨ ، ص ٢٢٦ .

والماهية هي الحقيقة الكلية المعقولة، وقولهم: إن الركن داخل في الماهية، معناه: أنه جزء من مفهومها، يتوقف تعلقها على تعلقه ، فالركن: هو ما يلزم من عدمه العدم ومن وجوده الوجود مع كونه داخلاً في الماهية^(١).

اختلف العلماء في عدد أركان الوصية على ثلاثة آراء :

الراي الأول : ركن الوصية الإيجاب والقبول، كسائر العقود، وذهب الى ذلك أبو حنيفة وأبو وصاحبه ، وهو المعمول به عند الحنفية ، و يرون أن العقد هو تلاقي إرادتين، وهاتان الإرادتان خفيتان والرضى أمر غير ظاهر لذا الصيغة تعبر عنه واعتبروا أن أركان الوصية تنحصر في الصيغة لأنها معبرة عن الإرادة وكان الركن عندهم هو الإرادة^(٢).

الراي الثاني : ذهب زفر من الحنفية الى أن قبول الموصى له لا ييعتبر ركناً ولا شرطاً سواء كانت الوصية لشخص معين كزيد بن فلان أو لغير معين كالفقراء والمساكين ، وذلك لان الوصية ركنها الايجاب ولا تحتاج الى قبول^(٣).

القول الثالث: يرى جمهور الفقهاء^(٤) ، الى أن الصيغة في الوصية هي فقط الإيجاب من الموصي ، أما القبول فهو شرط لنفاذ الوصية ولزومها ، وذلك لأن الأركان تتعدى من

(١) السمعاني ، منصور بن محمد المروزي السمعاني ، قواطع الأدلة في الاصول ، تح . محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ، ١٩٩٩ ، (١٠١/١) . ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري بن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تح . علي بن حسن بن عبد الحميد الحلبي ، دار ابن الجوزي ، الرياض ، ١٤٢١ هـ ، ٣٧٥ . الجرجاني ، علي بن محمد الجرجاني، شرح السراجية ، تح . محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة الاعتماد ، مصر ، ١٩٤٤ ، ص ١٤٩ . خلاف ، عبدالوهاب خلاف ، أصول الفقه ، دار العلم ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ١١٩ . النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة ، المهذب في علم أصول الفقه المقارن ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩٩٩ ، (١٩٦٣/٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٣٢/٧) . السرخسي ، المبسوط للسرخسي ، (٤٧/٢٨) . المرغيناني ، برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني ، الهداية ، تح . نعيم اشرف نور ، ادارة القران والعلوم الاسلامية ، باكستان ، ١٤١٧ هـ ، (٢٣٤/٣) .

(٣) ابن نجيم ، زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون ، (٤٦٠/٨) . نظام الفتاوى الهندية ، تح . عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٥ ، (٩٠ /٦) . الكاساني، بدائع الصنائع ، (٣٣٢/٧).

(٤) المواق ، محمد بن يوسف المواق ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، تح . زكريا عميرات ، دار عالم الكتب، الرياض ، ٢٠٠٣ ، (٥١٣/٨) . الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير في

الصيغة الى من يمارس العقد وحيث إن الوصية ليست عقد معاوضة وأنها ذات طبيعة خاصة لذا قالوا إن أركان الوصية أربعة وهي الصيغة والموصي والموصى له والموصى به .

نرى بأن رأي الجمهور هو الأوجه حيث أنه يسير مع قاعدة التبرعات التي يكفي في وجودها شرعاً ما يصدر من المتبرع وحده ، وليس بلازم أن يكون ما يصدر من الطرف الثاني ركناً في العقد ، بل يكفي أن يكون شرطاً لثبوت الملك له .

وبهذا الرأي أخذ المشرع السوري (م ٢٠٨) و المصري في الفقرة الأولى من المادة الثانية من قانون الوصية المصري حيث نصت على أنه : تنعقد الوصية بالعبارة أو الكتابة فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة . و أعقب هذا القانون بعد ذلك بالكلام على شروط الوصية فكان ذلك قاطعاً في الدلالة على أن ركن الوصية هو الإيجاب وحده ، ثم نص بعد ذلك في المادة عشرون على أنه : تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى . فدل هذا على أن القبول يعتبر شرطاً للزوم الوصية .

ونرى أن هذا القانون قد جرى في هذه المسألة على الرأي الجمهور في الفقه الاسلامي ، وقد سكت المشرع العراقي عن بيان الركن الوصية لأنه في الاحوال الشخصية يحيل كثيراً من القضايا الى الاحكام الشرعية .

وللوصية عند الجمهور أربعة أركان :

الركن الأول : الصيغة :

الصيغة عند أهل اللغة من الصوغ مصدر صاغ الشيء يصوغه صوغاً وصياغةً، وهذا شيء حسن الصيغة، أي حسن العمل ، والجمع: صيغ، قالوا: اختلفت صيغ الكلام: أي تراكيبه وعباراته، ولها معاني عدة منها ؛ بمعنى الخلق: يقال: صاغ الله تعالى فلاناً صيغة حسنة، أي

فقه مذهب الإمام الشافعي، تح . علي معوض و علي عبدالموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤ ،
(١٨٩/٨). الشربيني، مغني المحتاج، (٦٧/٤). البهوتي، كشاف القناع، (٣٤٥/٤). الجزيري ، الفقه على
المذاهب الاربعه ، (٣٧١/٣).

خلقه خلقاً حسناً ، أو بمعنى الهيئة : يقال: صاغه أي هياها على مثال مستقيم، وبمعنى الأصل: يقال: هو من صيغة كريمة - أي من أصل كريم (١) .

أما اصطلاحاً : لم يعرف للفقهاء الصيغة تعريفاً جامعاً يشمل صيغ العقود والتصرّفات والعبادات وغيرها ، لكنّه نستطيع ان نفهم من التّعريف اللّغويّ ومن كلام بعض الفقهاء أنّ الصّيغة هي الألفاظ والعبارات التي تدل على إرادة المتكلم وانواع تصرّفاته .

أما معنى الصيغة في الوصية عند العلماء : فإنهم يقصدون بها خصوص الإيجاب من الموصي و القبول من الموصى له ، و هي كل ما دل على الوصية باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهمة من العاجز ، وهي اللفظ المنشئ للوصية ، وصيغتها كذا- أي الوصية - أوصيت بكذا أو أعطوه كذا بعد موتي، فإن اقتصر على قوله فأقرار ، لأن قوله بعد موتي يصرف العبارة الى الوصية (٢) .

و تعتبر هي الركن المتفق عليه بين العلماء وهي الركن الأهم في الوصية ، و تصح الوصية من الأخرس بإشاراته أو بكتابته فإننا نجد بعضهم يستطيع الكتابة والقراءة ، ويقصد بالصيغة في العقود الإيجاب والقبول الصادران من المتعاقدين (٣) .

الركن الثاني : الموصي:

هو الشخص الذي يصدر منه الإيجاب بالوصية حال الحياة وتعتمد الوصية أساساً عليه ويقصد منها التبرع بالملك وابتغاء الأجر من الله ، وعرف بأنه الشخص الذي ينشئ الوصية بما يدل على رغبته ورضاه بنقل الملكية الى من يرغب في نقلها إليه بعد موته ، ويشترط في الموصي شروط كثيرة منها الملك والتميز و العقل والرضا والاختيار وغيرها من الشروط (٤) .

(١) الزبيدي، تاج العروس، (٤٤/١٢-٤٥) . مجموعة من العلماء، المعجم الوسيط (٥٢٩/٢) . اليسوعي ، لويس يسوع المعلوف ، المنجد الأبجدي، المكتبة الشرقية ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٦٣٩ - ٦٤٠ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٢٢٠/٨) . بن عرفة ، حاشية الدسوقي ، (٢/٣) .

(٣) الشرييني ، مغني المحتاج ، (٥٢/٣) . البهوتي ، كشاف القناع ، (٣٨٢/٤- ٣٨٣) . الشنقيطي ، محمد بن محمد مختار الشنقيطي ، شرح زاد المستنقع ، المكتبة الشاملة ، (١٠٣/١١) .

(٤) رجب ، حمدي رجب عبدالغني ، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ، دار التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة ، ص٧٦ . ابن رشد ، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تج . على محمد معوض و عادل أحمد عبد الجواد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦ ، (٣٧٥/٥) .

الركن الثالث : الموصى له :

هو الشخص أو الجهة التي تنتقل إليه ملكية الموصى به بعد وفاة الموصي ، أو هو من صدر الإيجاب له بالوصية من الموصي وقد يكون شخصاً معيناً أو قد يكون شخصاً اعتبارياً كجمعية أو مدرسة أو مسجد ، أو قد يكون جهة يتم تعيينها كالفقراء والمساكين وطلاب علم ، وقد اشترط الفقهاء في الموصي له شروط عدة منها أن يكون موجوداً ومعيناً وأهلاً للتملك والاستحقاق ، وأن يكون غير قاتل ، وألا يكون وارثاً ، و أن يصح تملكه حقيقة أو حكماً ، فيدخل في ذلك الأحرار والعبيد، والحمل الموجود يوم الوصية ، و من سيكون بعدها إذا وجد واستهل ، و الميت الذي علم الموصي بموته ^(١) .

الركن الرابع : الموصى به:

وهو المال الذي يبذله الموصي لغيره ، أي هو محل الوصية ، فكل ما صح أن كونه تركة صح أن يكون موصى به ، واشترط أكثر الفقهاء في الموصى به شروطاً منها أولاً : أن يكون الموصى به مالاً ، ثانياً : وأن يكون متقوماً وقابلاً للتمليك ثالثاً: وألا يكون الموصى به مستغرقاً للدين رابعاً : وألا يزيد على ثلث التركة ، و يكون مما يصح أن يملكه الموصى له ، فلا تصح الوصية لمسلم بم لا يجوز شرعاً كالخمر أو النياحة وغيرها ^(٢) .

كما للموصي أن يجعل وصيته من معين كدار مثلاً فيلزم بذلك ورثته ، أما إذا أوصى بشيء معين ثم تلف ففي هذه الحالة تبطل الوصية و لا تلزم الموصي في ماله الآخر ^(٣) .

(١) الرسموكي ، أحمد بن سليمان الرسموكي ، مختصر حيلة الجواهر المكونة في صدق الفرائض المسنونة ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ١٧٥ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٢٢٨/٨) . ابن رشد ، بداية المجتهد ، (٣٧٥/٥) . البهوتي ، كشف القناع (٣٥٨/٤) . عرفة ، الهادي سعيد عرفة ، أحكام التركات والمواريث في الفقه الإسلامي والقانون وقضاء النقض المصري ، الدار الإسلامية ، المنصورة ، ١٩٨٦ ، ص ٥٠٥ . الزحيلي ، الوصايا والوقف ، ص ٢٩ .

(٢) بن جزى ، أحمد بن جزى الغرناطي ، القوانين الفقهية ، بدون طبع و نشر ، ص ٥٩٦ . ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، (٦٤٩/٦) . الغزالي ، محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، الوسيط في المذهب ، تح . احمد محمود ابراهيم و محمد محمد تامر ، دار السلام ، القاهرة ، ١٤١٧ هـ ، (٤١٦/٤) . بدران ، المواريث والوصية والهبية ، ص ١٣٨ .

(٣) جابر الجزائري ، أبوبكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، دار السلام ، القاهرة ، بدون سنة ، ص ٣٩٢ . ابن رشد ، بداية المجتهد ، (٣٨٠/٥) .

٢. ٥. المطلب الخامس : مبطلات الوصية :

إن بطلان الوصية يكون بعدم إستيفاءها الشروط المعتبرة في أركانها ، كما تبطل الوصية بالرجوع عنها صراحة أو دلالة ، و كذلك تبطل الوصية بأسباب أخرى كثير سوى الرجوع ، بعضها بسبب الموصي و بعضها بسبب الموصى له و بعضها بسبب الوصية نفسها ، كما لو كانت مقترنة بمعصية أو كان الباعث عليها منافيا لمقاصد الشارح الإسلامي، ويمكن إجمالها كالآتي:

أولاً : انعدام أهلية الموصي بالجنون و نحوه :إن الوصية تبطل عند الحنفية بالجنون الذي يكون مطبقاً و نحوه كالعته لأن الوصية عقد غير لازم كالوكالة فيكون لبقائه حكم ابتدائه ، بينما ذهب أكثر الفقهاء الى عدم بطلانها لوقوعها صحيحة و لأن العقود و التصرفات تعتمد في صحتها على تحقيق الأهلية وقت إنشائها فقط ولا يؤثر بعدئذ زوالها (١).

وقد أخذ المشرع العراقي بالمذهب الحنفي وأعتبر الجنون المطبق و غيره مما يؤدي الى فقدان أهلية الموصي مبطلاً للوصية لكن اشترط ان يتصل ذلك بموته أي يستمر عارض الأهلية الى وفاة الموصى (٢).

ثانياً : ردة الموصي أو الموصى له : وقد اختلف الفقهاء حول وصية المرتد فبعضهم اعتبرها باطلة ولو عاد للإسلام ، ومنهم من اعتبرها لا تبطل إلا إذا مات على رده أما إذا عاد للإسلام فإنها تعود (٣).

ثالثاً : تعليق الوصية على شرط لم يحصل : مثل ان يقول الموصي إن مت خلال سفري هذا ففلان كذا، فإذا لم يمت تبطل وصيته لتعليقها على شرط الموت ، وهو الأمر الذي لم يحصل (٤).

(١) الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٣٩٤/٧) ، الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ، ص ٩٨ - ٩٩ . شلبي ، محمد مصطفى شلبي ، احكام الوصايا والاقواف ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٢ ، ص ٢٥٧ .

(٢) المادة (٧٢) الفقرة الثانية من قانون الاحوال الشخصية العراقية .

(٣) السرخسي، المبسوط للسرخسي ، (١١٤/١٤) . الشرييني ، مغني المحتاج ، (٣٩/٣). الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، (١١٣/٨) . التأويل ، محمد التأويل، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، المغرب ، ٢٠٠٤ ، ص ١٢ .

(٤) النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، تح . زهير الشاويش ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩١ ، (٢٠٨/٦) . البهوتي ، كشاف القناع ، (٣٤٦/٤) .

رابعاً : الرجوع عن الوصية : بما أن الوصية هي عقد غير ملزم في حياة الموصي، فيجوز له الرجوع عنها متى شاء لأنها لا تثبت حكماً إلا بعد موته ، لأن الذي وجد في حياة الموصي إنما هو الإيجاب فقط و الأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط الإيجاب بالقبول ، و عقد الوصية لا يأتي فيه هذا الارتباط في حال الحياة لأن القبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصي^(١)

وقد ثبت المشرع العراقي بطلان الوصية عند رجوع الموصي و ذلك في المادة (٧٢) الفقرة الأولى من قانون الاحوال الشخصية ، ولكن أشرط ان يكون هذا الرجوع بدليل يعدل قوة ما ثبتت به الوصية .

خامساً : رد الوصية و عدم اخذها: تبطل الوصية إذا ردّها الموصى له بعد وفاة الموصي. ولو كان الرد بعد القبول إذا قبلها الورثة أو أحدهم أو إذا كان الموصى له معيناً راشداً ، بخلاف إذا كان غير معين وغير راشد فلا يعتبر رده^(٢) ، و أخذ المشرع العراقي في المادة (٧٢) الفقرة الخامسة هذا السبب لبطلان الوصية سواء كان الرد صريحاً أم ضمناً .

سادساً : قتل الموصى له للموصي : كما ذكرنا أن القتل يمنع الوصية كما يمنع الميراث اتفاقاً فلو قلنا بعدم بطلان الوصية بالقتل وانه يستحقها لفتحنا باباً من الشرع العظيم فكل موصى له إذا أبطأ عليه موت الموصي قد يقتله ليأخذ الوصية ، و هذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة على بطلان الوصية ، وذهب الشافعية في المعتمد عندهم الى صحة الوصية للقاتل، لأن الوصية هبة ، وليست إرثاً^(٣) .

(١) ابن قدامة ، المغني ، (٦٥/٣-٦٦) . الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٩٤/٧) . الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة ، (١٧٢/٨). فراح ، أحمد فراح حسين ، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية . ١٩٩٧ ، ص ١٨٣ .

(٢) البهوتي، كشف القناع، (٣٤٥/٤) . ابن قدامة ، المغني ، (١٥٤/٦) . الزحيلي، الفقه الإسلامي ١١٦/٨ . السريتي ، عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بدون سنة ، ص ١٤٠ .

(٣) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود البابرتي ، العناية شرح الهداية ، بدون طبعة و تاريخ ، (١٠/١٠٠) ، (٤٢١)، القرافي، الذخيرة، (٢٨/٧) ، النووي ، روضة الطالبين ، (١٠٧/٦)، البهوتي، كشف القناع، (٣٥٨/٤) ، الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، (٤٩/٦) .

سابعاً : موت الموصى له قبل موت الموصي أو سوية في آن واحد : الوصية تبطل به باتفاق أصحاب المذاهب الأربعة، لأن الوصية هدية ، وقد صادفت المعطى ميتاً، فلا تصح كالهبة للميت، ولأنّ الوصية لا تلزم إلاّ بوفاة الموصي وقبول الموصى له. وكذلك تبطل الوصية عند الجمهور سوى الحنفية إذا مات الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول. وعند الحنفية: لا تبطل لأنّ القبول معناه عندهم السكوت وعدم الامتناع عن الاخذ . وتبطل الوصية عند جمهور العلماء بوفاة الموصى له، سواء علم الموصي بموته أم لم يعلم^(١) ، وقد أكد المشرع العراقي ذلك في المادة (٦٨) التي نصت على أنه : يشترط في الموصى له أن يكون حياً حين الوصية وحين موت الموصي .

ثامناً : إنعدام الموصى به : تبطل الوصية إذا كان الموصى معيناً بالإشارة أو الإسم أو العرف وهلك قبل قبول الموصى له ؛ كما لو أوصى بعين غير منقول كالعقار فتعرض للهدم في هذه الحالة تبطل الوصية لأنها تعلقت بعين قائمة وقت نشوئها، فأصبحت غير موجودة وبالتالي إنعدم محل الوصية ، و لو أوصى لزيد بمال منقول كسيارة مثلاً فتلقت بإحتراق أو غيره فإن الوصية تبطل سواء كان الهلاك قبل موت الموصى أو بعده لفوات محل الوصية^(٢) ، و أقر المشرع العراقي هذا السبب و اعتبره من أسباب بطلان الوصية وذلك في المادة (٧٢) الفقرة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية .

تاسعاً : إستحقاق الموصى به المعين قبل وفاة الموصي أو بعده : الوصية تعتبر باطلة كلياً في حالة الإستحقاق الكلي، وتبطل جزئياً في حالة الإستحقاق الجزئي ، لأن الأمر تبين بعد الإستحقاق أنّ الموصي أوصى بما لا يملكه ، وتبطل الوصية سواء أكان الإستحقاق قبل موت الموصي أم بعده ، لأنه بالإستحقاق تبين أنّ الوصية كانت في غير ملكه، فتعتبر باطلة^(٣) .

(١) الشيرازي، ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، التنبيه في الفقه الشافعي، تح . مركز الخدمات والابحاث الثقافية ، عالم الكتب ، ١٩٨٣ ، ص ١٤٠ . البهوتي، كشاف القناع ، (٣٤٤/٤) . الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، (١١٦/٨-١١٧) . إمام ، محمد كمال الدين إمام، الوصية و الوقف في الإسلام مقاصد و قواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٩، ص ١٢٥ .

(٢) ابن المنذر ، محمد بن ابراهيم بن منذر النيسابوري ، الاجماع ، تح . صغير أحمد بن محمد ، مكتبة الفرقان ، عجمان ، ١٩٩٩ ، ص ٧٣ . الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٥٤/٧) .

(٣) الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، (١١٧/٨) .

عاشرا : إنكار الموصي للوصية : اذا أنكر الموصي أنه أوصى لزيد بكذا فإنها تبطل لكونه لا يريد أن تصل إليه ودلالة على أنه غير راضي، و هذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الأحناف والحنابلة^(١).



(١) السريتي ، الوصايا والأوقاف ، ص ١٣٨ .

٢. ٣. المبحث الثالث : حقيقة الوصية الواجبة في الشريعة الإسلامية

شرع الإسلام الوصية عندما تتوفر أسبابها وذلك لحكم كثيرة تجمع بين مصالح العباد في الدنيا ورجاء الثواب في الآخرة فهذه البواعث الشريفة تنال بها الدرجات العالية الرفيعة وقد أوضحنا فيما سبق أنه ليس كل وصية تصدر من الموصي يقرها الشرع أو يرضي عنها العقل بل يختلف حكمها حسب حالها ، فالأصل في حكم الوصية الشرعي أنها مندوبة عند الفقهاء الأربعة و أنه تعزيرها الأحكام الشرعية الخمسة فقد تكون واجبة مثل الوصية برد الودائع والديون وبما عليه من الفرائض والكفارات وفدية الصيام ونحو ذلك ، فيجب عليه شرعاً أن يوصي بها خشية أن تضيع بعد وفاته وتبقى في ذمته ، وقد تكون مستحبة في سبيل البر كالوصية للغريب الفقير وقد تكون مباحة كالوصية لغني إذا لم يقصد بها الفدية وقد تكون مكروهة كالوصية لأهل الفسوق والمعاصي وقد تكون محرمة باطلة إذا كانت بما لا يجوز شرعاً كالوصية بالنياحة ونحوها، وأن الأصل في الوصية حتى ولو كانت واجبة شرعاً أنها اختيارية ينشئها الإنسان بمحض إرادته ولا يلزم بها قضاء ولا تخرج وصية من مال دون أن يكون صاحب المال قد أنشأها قبل موته، ولو وجبت الوصية في حقوق الله تعالى من زكاة وكفارة وصوم أو في حقوق الأدميين ولم يوص بها الميت ولم يقر بها الورثة ولا دليل يثبتها في ذمة الميت فلا يخرج من تركته شيء جبراً بالقضاء، فإن بادر الورثة بإخراجها طوعاً فتكون من رأس مال التركة كبقية الديون ولا يطلق عليها وصية لأن الوجوب هنا ديانة والمال بعد موت صاحبه يصبح ملكاً للورثة فهم اصحاب التصرف فقط فاذا أرادوا إبراء ذمة مورثهم وأوفوا ديونه فهو تبرع منهم وفيه أجر كبير^(١) .

وأما الغاية في رسالتنا هو الوصية الواجبة بحكم قانون أحوال الشخصية للمسلمين المتعلق بالميراث والوصية ، وهي نوع مستحدث من الوصايا اتخذت صفة الوجوب لكونها تنفذ بحكم القانون لا شرعياً وأن الحاكم هو الذي يوجبها في مال المتوفى للفئات الذين نص قانون الوصية الواجبة على إعطائهم سواء أوصى لهم الميت أم لم يوص وسواء رضي الورثة أم لم يرضوا^(٢)، وذلك لرفع الظلم والغدر عن بعض المشمولين بالوصية الواجبة للنصوص

(١) أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، ص ٢٣٠ .

(٢) العجوز ، أحمد محي الدين العجوز ، الميراث العادل في الإسلام ، مؤسسة المعارف ، بيروت ، ١٩٨٦م ، ص ٢٤٣ .

الشرعية التي تحت على إعطاء المحرمين والمحتاجين وذلك بسبب كثرة وقوع حالات اجتماعية نتجت عنها مآسي وهي أن يموت الرجل أو المرأة في حياة أصله ويترك أبناء وغالبا ما يكونون قصرا فاذا لم يشملهم جدهم برعايته كانت حياتهم قاسية وكان حقهم فيها أقل بكثير من حظ أبناء أعمامهم وأخوالهم^(١) ، و قد كان قبل سن هذا التشريع غالبا ما ينزل الجد أحفاده بحجة عادلة منزلة ابنه المتوفي أو يوصي لهم فيخصصهم بجزء من تركته ولكن في حالات كثيرة يموت الجد قبل أن يوصي لأحفاده ، فأوجب القانون العراقي هذا النوع الجديد من الوصايا وذلك بتخصيص جزء من التركة لصنف معين من الأقارب حرما من الميراث لوجود من يحجبهم^(٢) .

و قد ظهرت هذه الفكرة بعد ما إنفرط عقد الدولة الإسلامية في بداية القرن العشرين، وعلى أنقاضها ، فإنقضت معها فكرة الإلتزام بالمذهب الواحد في التشريع والقضاء ، وأصبح من حق كل دولة أن تختار ما يناسبها في سبيل تشريع نماذج قانونية من النظريات والأفكار من مختلف المصادر والمراجع دون تعصب لمذهب أو رأي ومن دون الخروج عن السمات العليا للشريعة الإسلامية الغراء وأضحت دولة مصر سبّاقة في تقنين إتجاه الفائلين بالوصية الواجبة في إطار الإصلاح التشريعي بموجب قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م فأصبح للحفيد الذي يموت أبويه أو أحدهما في حياة جدّه أو جدّته حقّ وحصّة في تركة الجد أو الجدة ، بعدما كان قلما يرث جدّه أو جدّته لوجود من يحجبه من الميراث^(٣) .

واعتنقت نظرية الوصية الواجبة مجلة الأحوال الشخصية التونسية سنة ١٩٥٦ ، ومدونة الأحوال الشخصية المغربية سنة ١٩٥٧ وقانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٥ ، والقانون الفلسطيني المعمول به عام ١٩٦٢ م ، والقانون الكويتي الخاص بالوصية الواجبة لعام ١٩٧١ م ، والأردني رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦ ، وفي العراق صدر قانون الوصية الواجبة برقم ٧٢ لسنة ١٩٧٩ وهو التعديل الثالث لقانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، وفي إطار جامعة الدول العربية جُعِلت الوصية الواجبة في المادة ٢٠٤ من مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية وهكذا وبفعل أنوار الشريعة الإسلامية التي سطعت

(١) إبراهيم بك ، أحمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته الى غيره بعد موته، مطابع إبراهيم روز، القاهرة ، ١٩٨٨م ، ص ١٠٦٢ .

(٢) المادة (٧٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقية .

(٣) زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، ص١٤٥ . محمود شافعي ، أحمد محمود شافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ، دار الهدى ، الاسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص١٠٣-١٠٤ .

على العقل الإنساني عادت الوصية الواجبة بعد قرون طويلة من نظريات وأفكار وإجتهدات بين طيات بعض الكتب الفقهية الى قانون عام ملزم وواجب التطبيق وفجرت مرة أخرى الخلافات بين علماء القانون والقضاء المؤيدين لها والمدافعين عنها وبين علماء الشريعة وفقهائها المناهضين لهذه النظرية متهمين القانون بإعتناقه رأياً لا أساس له في الشريعة ويعدونها حكماً مبتدعاً في المواريث، وإن أحكام المواريث متكاملة وليس فيها خلل أو نقص^(١).

ونلاحظ في جميع النصوص القانونية في قوانين هذه الدول يرى بأنه لا خلاف بينهم في حجب ابن الإبن مع وجود الإبن الصلبي ، لكن شموله بالوصية الواجبة هو ليس إستحقاق في الميراث لهذا إتفقت جميع القوانين أنه لو أوصى الجد له بمقدار من المال وكان يعدل الثلث فلا يحق له أخذ شيء آخر فلو كانت حصته هذه ميراثاً لأخذ حصته من الميراث إضافة الى الوصية عند بعض القوانين التي تسمح بالوصية للوارث كالقانون العراقي^(٢).

٢. ٣. ١. المطلب الأول : تعريف الوصية الواجبة :

أولاً: الوصية الواجبة لغة :

الوصية : لقد تمّ تعريفها لغة وإصطلاحاً في الفصل الأول من هذا البحث^(٣).

الواجبة لغة : من وجب الشيء يجب وجوباً أي لزم وأوجبه هو وأوجبه الله وإستوجبه أي إستحققه، واشتقت من الفعل: وَجَبَ، بمعنى:لَزِمَ، فالواو والجيم والباء أصل واحد يدل على سقوط الشيء ووقوعه، وَوَجَبَ البيع : حَقَّ ووقع^(٤).

ثانياً: الوصية الواجبة إصطلاحاً:

(١) عبد التواب ، معوض عبد التواب ، موسوعة الاحوال الشخصية ، دار الوفاء ، المنصورة ، ١٩٨٨ ، (١٧٧٦/٢) . قدرى ، قدرى محمد قدرى باشا ، ، الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية و شرحه لمحمد زيد الأبياري ، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد ، دار السلام ، ٢٠٠٦ ، (١٢١٢/٢) . الأشقر ، عمر سليمان الأشقر ، الاحوال الشخصية الاردني ، دار النفائس ، الاردن ، ١٩٩٧ ، ص ٣١٨ . بدران ، المواريث والوصية والهبة ، ص١٦٧. السرطاوي ، فؤاد عبد اللطيف السرطاوي ، الوجيز في الوصايا والمواريث ، دار البيارق ، مصر ، ٢٠٠٠ ، ص٩٣.

(٢) المادة (١١٠٨) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٣) ينظر : المبحث الأول من الفصل الأول من هذا البحث ، ص٣٢-٣٣.

(٤) ابن منظور ، لسان العرب ، ص٥٦. الرازي ، معجم مقاييس اللغة ، (٦٢٢/٢) . الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، (١٨١/١) .

الواجب : هو الخطاب الدال على طلب الفعل طلباً جازماً (١) .

الوصية الواجبة :

لم يرد عن الفقهاء القدامى تعريفاً للوصية الواجبة ، لأنها محدثة في هذا العصر وجاءت بها قوانين الأحوال الشخصية .

وقد عرفها العلماء المحدثون بتعريفات متقاربة كل قانون من القوانين التي مر ذكره له تعريف خاص وكلها تدور المعنى واحد وهو : نصيب من التركة يستحقه فرع ولد الميت الذي مات قبل أصله أو معه إن لم يكونوا وارثين ، بضوابط خاصة يأخذونه إلزاماً بحكم القانون (٢) ، وهذا التعريف هو ما عليه القانون العراقي المعمول به في جميع أجزاء العراق ماعدا إقليم كردستان حيث أنه أضافوا للوصية الواجبة اثنان :

الأول : الزوجة الكتابية .

ثانياً : أولاد الإخوة مع وجود الأخ .

وستنكم عن هذين الصنفين بالتفصيل في المباحث القادمة ، وبذلك يتبين من التعريف أن الوصية الواجبة قانوناً :

١ - تكون لبعض الأقارب غير الوارثين وهم أولاد الإبن وأولاد البنت ، والمشرع الكردستاني أضاف الزوجة الكتابية وأولاد الإخوة مع الإخوة كما ذكرت قبل قليل .

٢ - أنها لا تحتاج في تنفيذها الى إنشاء من وجبت عليه، فإن أنشأها بإرادته وإختياره نفذت، وإن تركها كانت واجبة بحكم القانون .

٣ - أنها تنتقل الى المستحقين لها بمقتضى القانون و تستمد وجوبها من كونها تنفذ بقوة القانون ويلزم القاضي بتنفيذها قضاءً.

(١) الزحيلي ، الفقه الاسلامي ، (٤٥/١) . زيدان ، عبدالكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، ص ٣١ .
(٢) الزلمي ، أحكام الميراث والوصية ، ص ١٧٧ . الاشقر ، الاحوال الشخصية الاردني ، دار النفائس ، ص ١٨٣ . العجوز ، احمد محي الدين العجوز ، الميراث العادل في الاسلام ، مؤسسة العرف ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ٢٤٥ . ويح ، أشرف عبد الرزاق ويح ، الرائد في علم الفرائض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٤٦٣ . خليفة ، محمد طه خليفة ، أحكام المواريث ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠١١ ، ص ٣٣٦ .

٢. ٣. ٢. المطلب الثاني : حكم الوصية الواجبة وحكمتها :

أولاً: حكم الوصية الواجبة شرعاً :

ذهب جمهور الفقهاء ، الى أن الوصية بجزء من مال الإنسان ليس واجبا عليه، سواء كان هذا الإنسان فقيراً أو غنياً، وأن حكمها الشرعي الإستحباب والندب، وما عندهم وصية واجبة إلا إذا تعلقت بوصية بحق أو دين أو ما شابه ذلك كما بينا سابقاً.

أما الوصية الواجبة بصورتها المطبقة اليوم لم يرد لها دليل صريح في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ولم يقل بها بهذه الصورة أحد من الفقهاء والمذاهب المعروفة ولكنها من إجتهد علماء الشريعة في العصر الحالي^(١) ، وهذا الكلام نقل عن كتاب أحمد العجوز، وهذا الكلام غير دقيق فقد جاء في كتاب أحكام المواريث للشيخ عمر عبد الله ؛ بأن من التابعين من قال بالوصية الواجبة وهو سعيد بن المسيب والحسن البصري ومن الأئمة الفقهاء أحمد بن حنبل في رواية عنده^(٢) ، و ذهبوا الى أن الحكم في الوصية الوجوب والحثم لا الاستحباب والندب ، وهي واجبة للأقربين الذين لا يرثون لسبب من الأسباب كالوالدين والأقربين الكافرين، وهو قول الضحاك وطاؤوس و جابر بن زيد والزهرى وأبو مجلز وحكي عن مسروق وإياس وقتادة وإبن جرير وأهل الظاهر وهو مذهب الشافعي في القديم و الشيخ القرضاوي و بدران أبو العينين^(٣) .

و قد إقترنت الوصية الواجبة بإسم الفقيه إبن حزم الظاهري، الذي دافع عنها دفاعاً مستميتاً، إذ لا تذكر في الفقه الإسلامي إلا مقرونة بإسمه ونظريته، وفيها يقول : (وفرض على كل مسلم أن يوصي لقربته الذين لا يرثون إما لرق وإما لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث، أو لأنهم لا يرثون)^(٤) .

(١) العجوز ، الميراث العادل في الإسلام ، ص ٢٤٣ .

(٢) عمر عبد الله ، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ٣١٩ .

(٣) أبو عيد ، عارف خليل أبو عيد ، الوجيز في الميراث ، دار النفائس ، الاردن ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨٥ .

الماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ، (١٨٦/٨) .

(٤) ابن حزم ، المحلى ، (٣١٤/٩) .

بل وأكثر من هذا فإن ابن حزم يذهب الى أبعد مدى في الوصية الواجبة ويفرضها على المسلم فرضاً ، ويلزمه بها في حال حياته وبعد مماته ، فإن مات ولم يوص ، انتقل هذا الفرض الى وراثته بنصيب لا ضرر فيه عليهم ، فإن أبوا أخرجت الوصية من تركته جبراً عليهم^(١) .

يقول في هذا الصدد : (فمن مات و لم يوص ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد لأن فرض الوصية واجب ، ولا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة) ، وكما يبدو فإن ابن حزم لم يجعل لهذه الوصية مقداراً معيناً ، ولم يحصر عدد الأقرابين الذين تجب لهم ولم يسمهم ، لكنه حددهم في الأدنى ، فقال : (فإن أوصى لثلاثة من أقرابه المذكورين أجزاءه)^(٢) .

وفي رأي هذا الجمع من الفقهاء ، وباجتهاد ابن حزم على الخصوص وبعض الصحابة والتابعين القائل بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين ، أخذت جل دول العالم العربي والإسلامي ، ونصت في قوانينها على فرض هذه الوصية ، ولكن بشيء من الاجتهاد والتوفيق ، حيث قصرتها على أقارب معينين وبشروط خاصة ، مع تحديدها في الثلث ، و استدلو أصحاب هذا الرأي بالكتاب والسنة النبوية والقواعد الفقهية .

١ - الكتاب : احتجوا بقوله تعالى : { كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۗ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ } [البقرة : ١٨٠] .

وجه الدلالة في الآية : الآية بظاهرها تدل على وجوب الوصية للوالدين والأقربين لأن كتب بمعنى فرض ، وأن الوجوب نسخ في حق الوالدين والأقربين الذين يرثون بنص آيات الموارث في سورة النساء ، وبقي الوجوب في حق من لا يرث من الوالدين والأقربين^(٣) .

ولقد قال ابن حزم رحمه الله تعالى ؛ لقد خصص من هذه الآية الكريمة من يرثون منهم والذين لا يرثون تنطبق عليهم الآية الكريمة وهي واجبة في حقهم^(٤) .

(١) الدمشقي ، محمد بن عبدالرحمن الدمشقي ، رحمة الامة في اختلاف الأئمة ، تحقيق ابراهيم امين محمد ، المكتبة التوفيقية ، بدون نشر سنة ، ص ١٨٧ .

(٢) ابن حزم ، المحلى ، (٣١٣/٩) .

(٣) ابن قدامة ، المغني ، (٥/٦) . ابن العربي ، أحكام القرآن ، (٢/١) ، الطبري ، جامع البيان ، (١٢٠/٢) .

(٤) ابن حزم ، المحلى ، (٣١٤/٩) .

وذهب البعض الى أن الوالدين والأقربين في سورة البقرة أعم من أن يكونوا وارثين أو غير وارثين فكانت الوصية لهم جميعاً واجبة ثم خص الوارثين منهم بآيات المواريث وبالأحاديث وبقي الوجوب في حق من لا يرث منهم على حاله فتكون آية البقرة من العام المخصوص بآيات المواريث (١).

٢ - السنة النبوية :

عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه ، يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة (٢).

وجه الدلالة : في الحديث دلالة على وجوب الوصية، وأن لا يمضي زمان ما إلا والوصية مكتوبة، ولا ينبغي أن تتجاوز الليلتين ، وأن رواية مالك للحديث جاءت دون عبارة (له شيء يريد أن يوصي فيه) (٣).

عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلنَّبِيِّ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ): إِنَّ أَبِي مَاتَ وَتَرَكَ مَالًا، وَلَمْ يُوصِ، فَهَلْ يُكْفَرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ (٤).

وجه الدلالة : الحديث يدل على إيجاب الوصية عن لم يوص لأن التكفير لا يكون إلا في ذنب فبين الرسول عليه الصلاة و السلام أن ترك الوصية يحتاج فاعله الى أن يكفر عنه وذلك بأن يتصدق عنه وهذا مالا يسع أحد خلفه ، و أنّ الوصية في حال الصحة ، خير من تصدق ذويه عنه بعد الموت (٥).

٣ - القواعد الفقهية :

(١) الشوكاني ، نيل الأوطار ، (٣/٥) . داود ، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة ، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠٠٦ ، ص ١٦٩ .

(٢) الحديث سبق تخريجه .

(٣) ابن حجر ، علي بن أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، المكتبة السلفية ، الرياض ، بدون سنة ، (٣٥٧/٥).

(٤) مسلم ، صحيح مسلم ، (٨٦/١١) ، ابن ماجه ، محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجه ، تح .

محمد فؤاد عبدالباقي ، دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة ، (٩٠٦/٢) .

(٥) ابن حزم ، المحلى ، (٣١٥-٣١٤/٩) .

استدلوا ببعض القواعد الفقهية التي تعطي ولي الأمر حق تقييد المباح لما يراه من المصلحة العامة ، ومتى أمر به وجبت طاعته وأن أمره ينشئ حكماً شرعياً^(١) ، كما أن لولي الأمر أن يحدد الأقربين بأولاد الأولاد وإعطائهم نصيب أبيهم من الميراث كما لو كان حياً ، وقضية الوصية الواجبة تدخل ضمن هذه القاعدة، لأن القاضي يتدخل ويوصي للأحفاد في حالة ما إذا لم يوص الجد لهم مراعاة لمصلحتهم، وتصرفه نافذ^(٢) .

٤ - **استدلوا بالمصلحة المرسلّة** : ذهب جمهور الفقهاء الى حجية العمل بها، إذا توافرت فيها الشروط وهي التي يبني عليها الحكم كلية لا جزئية ، ويتحقق من الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة، و أن لا تعارض حكماً أو قاعدة ثبتت بالنص أو الإجماع، وفي تشريع الوصية الواجبة جلب مصلحة لأولاد الفروع الذين لا يرثون، ودفع مفسدة عنهم بأن لا يجمع عليهم مصيبة اليتيم ومصيبة الحرمان من الميراث^(٣) .

٥ - **استدلوا بالمعقول** : أن الولد الذي مات في حياة أبيه قد يكون سبب وجود المال المورث و أن الإبن المتوفي قد يترك خلفه أولادا من غير معيل ولا مال لهم، فاقتضت العدالة أن يعطي هؤلاء الأبناء ما يصلح حالهم^(٤) .

ثانياً : حكمة مشروعية الوصية الواجبة :

(١) الزرقا ، أحمد بن محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٩ ، ص ١٠٥ . ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، تح . زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩ ، ص ١٠٧ . السويطي ، جلال الدين بن عبدالرحمن السويطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٤٧٤ .

(٢) الدعاش ، عزت عبيد الدعّاس ، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز ، دار الترمذي، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٩ ، ص ١٠٧ - ١٠٨ . السرطاوي ، فؤاد عبداللطيف السرطاوي ، الوجيز في الوصايا والمواريث ، دار البيارق ، الاردن ، ٢٠٠٠ ، ص ٤٢ . أحمد فراج ، محمد كمال ، نظام الارث والوصايا ، دار الكتب القانونية ، الاسكندرية ، ١٩٩٩ ، ص ٩٨ .

(٣) أبو عيد ، الوجيز في الميراث ، ص ١٨٧ .

(٤) زغلول ، أمين عبدالمعبود زغلول ، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية ، دار الأمانة ، القاهرة ، ١٩٩٣ ، ص ٣٦٣ - ٣٦٤ . الغندور ، زكي الدين شعبان أحمد الغندور ، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الاسلامية ، مكتبة الفلاح ، كويت ، ١٩٨٤ ، ص ٢٠٦ .

من حكمة الوصية الواجبة هي حل مشكلة الأبناء الذين يموتون في حياة آبائهم ويتركون أبناء لهم ، فيعطى أبناء الأبناء حصة أبيهم لإخراجهم من فقر مدقع مع أن أعمامهم يكونون في سعة ورغد من العيش ولا يشكون الحاجة ، و استجابة لحالات كثرت فيها الشكوى وعمت فيها البلوى من حرمان الأحفاد الذين يموت أبوهم في حياة جدهم من الميراث (١) .

ومن حكمة مشروعيتها تخفيف المعاناة قدر المستطاع عن اليتامى كي لا يجتمع عليهم مع اليتيم وفقد العائل الحرمان ، و المحافظة على كيان الأسرة وحدة متماسكة لكي لا يضطرب ميزان توزيع الثروة في الأسرة فيصبح البعض في متربة بسبب موت الأب المبكر ، والبعض الآخر من الأعمام يكونون في سعة ورغد من العيش ، علماً بأنهم لا ذنب لهم سوى أن الأقدار اختارت وفاة أبيهم في حياة جدهم ، و كذلك قلة الوازع الديني في هذا الزمان وضعف الرحمة وفقدان الروابط الاجتماعية والروح (٢) .

و كذلك من حكمة الوصية الواجبة هي إقامة العدل والإنصاف ورفع الظلم الواقع بأبناء الأبناء مع العلم أنه قد يكون الأب المتوفى قد ساهم في تكوين الثروة التي خلفها الجدود وورثها الأعمام وبنوهم فيكون من العدل والإنصاف إعطاؤهم بالوصية الواجبة ما كان يستحقه أباهم لو كان حياً ، و حماية الأحفاد من الضياع إذا مات أبوهم قبل جدهم ولاسيما أنهم يكونون في حاجة وضعف ، تحقيق التواد والتآلف بين أفراد الأسرة، وصلة للأرحام وإزالة للضغائن و الأحقاد (٣) .

٢ . ٣ . ٣ . ٣ . ٣ : شروط الوصية الواجبة :

ينزل الأحفاد منزلة أبيهم قانوناً، أي أنه يفرض لهم وصية واجبة ، وهذه الوصية نافذة سواء رضي المورث (الجد)، أو لم يرض، ولكن بشروط أشار اليها القانون .

(١) أبو البصل ، عبد الناصر موسى أبو البصل ، أحكام التركات في الفقه والقانون ، مؤسسة حمادة ، الاردن ، ١٩٦٤ ، ص ١٦٧ .

(٢) أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، ص ٢٣٠ .

(٣) الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته (١٠/٧٥٦٤) . السرطاوي ، الوجيز في الوصايا والمواريث ، ص ٤٠ .

وقد اشترط القانون عدة شروط لإستحقاق الوصية الواجبة منها ما يتعلق بالفرع المستحق للوصية الواجبة ومنها ما يتعلق بالولد المتوفى وهذه الشروط متفق عليها بين القوانين^(١) .

١ - أن يكون فرعاً للميت أي إبن الإبن أو إبن إبن الإبن وإن نزل .

٢ - ألا يكون الفرع وارثاً لجدّه ، فإن كان وارثاً بالفرض كبنت الإبن أو بالتعصيب كإبن الإبن فلا وصية واجبة له ، وسواء أكان هذا الميراث كثيراً أم قليلاً لأن الوصية الواجبة وجبت للفرع تعويضاً عما فاتّه من ميراث أصله فإذا كان الفرع نفسه يستحق الميراث بأن كان وارثاً فلا يمنحه القانون شيئاً .

فلو توفى شخص عن إبنين وإبن إبن توفى أبوه قبل جدّه كان لهذا الحفيد وصية واجبة ، ولو توفى شخص عن أب وبنتين وبنت إبن وإبن إبن فلا وصية لأولاد الإبن لأنهم يرثون الباقي تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو مات شخص عن بنت وإبن إبن وبنت إبن فلا وصية لأولاد الإبن لأن البنت تأخذ النصف فرضاً والباقي لإبن الإبن وبنت الإبن بالتعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين^(٢) .

ملاحظة : في المثاليين الأخيرين القانون العراقي غير مشمول بهم حيث أن القانون العراقي يجعل البنت تحجب إبن الإبن وبنت الإبن فهم مشمولين بالوصية الواجبة لأنهم غير وارثين .

٣- ألا يكون الجد المتوفى قد أعطى ذلك الفرع في حياته بغير عوض ما يساوي الوصية الواجبة كان يوصي له بمقدار حصة أبيه أو يهب له من التركة بغير عوض ما يساوي الوصية الواجبة أو يقف عليه أو يبيعه بيعاً صورياً بلا ثمن مقدار ما يستحقه بالوصية الواجبة فحينئذ لا تجب له وصية ، وإن كان قد أعطاه أقل مما يجب له في التركة فيكمل له المقدار الواجب في الوصية، وإن كان قد أعطاه أكثر مما يجب له بالوصية الواجبة كان الزائد وصية اختيارية ، تطبق عليها أحكام الوصية الاختيارية ، وإن كان أعطى أو وهب أو وصى لبعض من وجبت لهم الوصية الواجبة دون البعض الآخر وجبت وصية واجبة لمن لم يعط أو يهب أو

(١) قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م ، مادة (٧٦،٧٧) ، قانون احوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م ، مادة (٢٥٧) ، قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني لسنة ١٩٧٦م ، مادة (١٨٢) ، قانون الوصية الواجبة الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٧١م ، مادة (٢٠١) ، قانون احوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م ، مادة (٢٧٩) .

(٢) أبو زهرة ، أحكام التركات والموارث ، ص ٢٠٠ .

يوص له بقدر نصيبه الكامل من الوصية إن كان الثلث يسع الجميع، أما إذا ضاق الثلث كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره (١) .

أما شروط الولد المتوفى فهي :

١- أن يكون الولد المتوفى قد مات في حياة المورث حقيقة أو حكماً أو مات معه، لأنه في هذه الحالة يكون ميتاً عند موت الجد فلا يستحق شيئاً من الميراث وبالتالي يحرم أولاده من ميراث جدهم، أما إذا مات والد الأحفاد بعد أصله فإنه يستحق الميراث من أصله وبالتالي يرث أولاده من تركته ولا يأخذون شيئاً بالوصية الواجبة (٢) .

٢- أن يكون الولد المتوفى في حياة أصله مستحقاً للميراث على إفتراض حياته ولم يمنعه مانع فلو مات شخص عن إبنين وإبن إبن مات أبوه قبل موت المورث فنحن نفترض في القسام أن شخصاً مات وترك ثلاثة أبناء ثم ننزل إبن إبن محل أبيه المتوفى قبل موت المورث ، ثم نعطيه حصة أبيه مالم تتجاوز الثلث (٣) .

فائدة : لو دققنا في المواد القانونية لقوانين الدول التي تقول بالوصية الواجبة أنهم قدموها على جميع الوصايا حتى لو كانت واجبة ديانة كالوصية بأداء الزكاة والحج الواجب والكفارة وفدية الصوم نجد أن هذا الأمر فيه نظر للأسباب الآتية :

أولاً : الوصية الواجبة شرعاً تلحق بالديون المستحقة على التركة فينبغي تقديمها على الوصية الواجبة قانوناً .

ثانياً : تبرئة ذمة الميت أولى من الوصية الواجبة قانوناً .

(١) الأشقر ، شرح قانون الاحوال الشخصية الأردني ، ص ٣١٩ . عرفة ، ص ٤٤٥ . بدران ، المواريث والوصية والهبة ، ص ١٦٩ .

(٢) أبو البصل ، أحكام التركات في الفقه والقانون ، ص ٢٨٩ . الأشقر ، شرح قانون الاحوال الشخصية الأردني ، ص ٣١٨ .

(٣) قاسم ، يوسف قاسم ، الوجيز في الميراث والوصية ، دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٢٦٤ .

ثالثاً : الوصية الاختيارية حتى ولو كانت واجبة ديانة فإنها تثبتت بدليل قطعي وهو قول الله كما مر ، والوصية الواجبة قانوناً ثابتة بإجتهد مضطرب إكتسب قوته بالقانون^(١) .

أما شروط تنفيذ الوصية الواجبة في الاقليم فاضافة الى ما ذكر من إستحقاق أولاد الأولاد مع وجود الأولاد فاشتروا للزوجة الكتابية وأولاد الإخوة شروطاً أخرى سنذكرها عند الكلام عن كل واحد منهم بالتفصيل .

أوجه الإتفاق بين الوصية الواجبة والوصية الإختيارية :

تتفق الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية فيما يلي :

- ١- الإشتراك في الإسم فكل منهما تسمى وصية .
- ٢- مقدار الوصية بما دون الثلث في كليهما .
- ٣- تقدم الوصية على الميراث سواء أكانت واجبة أم إختيارية^(٢) .

(١) رياض ، محمد رياض ، أحكام المواريث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي ، دار البيضاء ، المغرب ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٥٢ .

(٢) داود ، احمد بن محمد داود ، الحقوق المتعلقة بالتركة ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٦ ، ص ١٨٥ .

٣. الفصل الثاني : نص المادة (٧٤) من قانون الأحوال الشخصية وتعديلاتها

تكلت في هذا الفصل عن التعديل الوارد للمادة رقم (٧٤) وذكرت المادة بنصها الأصلي ثم التعديل الوارد عليها ، ولتسليط الضوء على هذه المادة قسمت هذا الفصل الى عدة مباحث؛ تعرضت في المبحث الأول الى التعريف بقانون الاحوال الشخصية العراقي والتعديلات التي أجريت عليه ، وفي المبحث الثاني والثالث تناولت الفقرة الأولى من المادة (٧٤) والخاصة بأولاد الإخوة مع الإخوة ما قبل التعديل ، وفي المبحث الرابع و الخامس تكلت عن التعديل الأخير لحكومة اقليم كردستان العراق على المادة الرابعة و السبعون مع أمثلة تطبيقية على الوصية الواجبة .

٣. ١. المبحث الأول: التعريف بقانون الأحوال الشخصية العراقي والتعديلات التي أجريت عليه

إن النظر في أحكام الأحوال الشخصية في بداية الإسلام كانت مهمة القاضي وكان من شروطه أن يكون عالماً دينياً فلم يكن هناك نصوص محددة يجب على القاضي الإلتزام بها فلم يكن هناك تقنين في مجال الأحوال الشخصية وبدأت حركة التقنين بالمعنى المعاصر في أواخر العهد العثماني في مجال القانون المدني، بصدور مجلة الأحكام العدلية^(١) عام ١٢٩٣ هـ، وأصبحت المجلة قانوناً مدنياً عاماً تضم مجال المعاملات المدنية والتجارية ومفردات القانون المدني البيوع، الإجارة، الكفالة، الحوالة، الرهن، الهبة، الشركات، الوكالة وغيرها منتخباتاً من الأحكام الفقهية الخاصة بالمعاملات للفقه الحنفي، المذهب الرسمي للدولة العثمانية ولا يعول على ما يخالفه من أحكام فقهية في حالة تواجد الحكم المطلوب في المجلة، وذلك لإقتران صدور المجلة بالأمر السلطاني ويرجع القضاة إلى نصوص الفقه فيما لا نص عليه وقد رتبت أحكامها في صورة مواد مختصرة يقتصر الحكم فيها على رأي واحد^(٢).

علماً إن الدولة العثمانية سبق وأن كانت لها تجارب تشريعية، حيث سن السلطان سليمان القانوني القانون نامه الذي ضم أحكاماً في العقوبات التعزيرية وفي حقوق الأراضي وتحديد الأراضي الأميرية والخراج، وكذلك في المواضيع العسكرية والإدارية. كما جرى تأسيس السجلات الشرعية التي ضمت قرارات المحاكم الصادرة من المحاكم الشرعية^(٣).

(١) مجلة الأحكام العدلية : هو أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان ، مكونة من ستة عشر كتاباً، أولها كتاب البيوع وأخرها كتاب القضاء، هي القاعدة التي بني عليها قانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات في أغلب الدول العربية، وهو ساري المفعول في فلسطين كقانون مدني وما تزال المرجع الأساسي لقانون الأحوال الشخصية وتقسيمات المذاهب اليهودية في إسرائيل. ينظر : مجموعة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية ، نور محمد ، كراتشي ، بدون سنة ، بداية المجلة.

(٢) القطان ، مناع بن خليل القطان ، تاريخ التشريع الإسلامي ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٣٣٧ .
(٣) شلبي ، أحمد الشلبي ، تاريخ التشريع الإسلامي وتاريخ النظم القضائية في الإسلام ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، بدون سنة ، (٣٠٣/٧) .

وفيما يخص مجلة الأحكام العدلية فقد رتبت مباحثها على الكتب والأبواب الفقهية المعهودة ولكنها فصلت الأحكام بمواد ذات أرقام متسلسلة كالقوانين الحديثة لكي يسهل الرجوع إليها والإحالة عليها وكان مجموعها (١٨٥١) مادة^(١).

أما متى ظهر مصطلح الأحوال الشرعية؟ فقد ظهر في أواخر القرن التاسع عشر حيث ورد هذا المصطلح في كتاب محمد قنبري باشا المعروف بالأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية وقد ورد في مقدمته أنه يشتمل على الأحكام المختصة بذات الانسان من حين نشأته الى حين منيته وتقسيم ميراثه بين ورثته، وللكتيب المذكور كتب أخرى في هذا المجال، منها في الوقف وفي أحكام المعاملات. وسمي هذا مرشد الحيران لمعرفة أحوال الانسان جعله على أحكام عامة، وأخرى خاصة، وعرضه في مواد بلغت (١٠٤٥) مادة^(٢).

وفي الوقت الذي بدأ فيه هذا المفهوم في التبلور والوضوح، بادر العثمانيون بإصدار قانون حقوق العائلة سنة ١٩١٧م مقتبس من هذا المصطلح المستحدث أيضا من الغرب، لكن ما يميز قانون الأسرة العثماني في منهجيته عن مجلة الأحكام العدلية أنه لم يعتمد الفقه الحنفي، بل أخذ بعض الأحكام من المذاهب الثلاثة الأخرى كاعتبار عقد الزواج صحيحا والشرط معتبرا إذا اشترطت المرأة في العقد ألا يتزوج عليها وأخذ القانون بالتفريق الإجباري القضائي بين الزوجين ومكنت المرأة من التخلص من زوج السوء بطلبها التفريق، وقد أخذ من مذهب مالك إطلاق حرية الزواج لزوجة المفقود بعد أربع سنين من فقدانه، بينما يقضي المذهب الحنفي بانتظار وفاة جميع أقرانه في العمر، فتبقى زوجة المفقود معلقة حتى شيخوختها^(٣).

وإذا أخذنا تجربة البلدان العربية فنجد أن مصر في عام ١٩٢٣م صدر القانون رقم (٥٦) حدد بموجبه سن الزواج حسب المادتين اللتين تكون القانون منهما، ومضمونها أنه لا تسمع دعوى الزوجة إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة، وسن الزوج تقل عن ثمانين عشرة سنة، وأنه لا تجوز مباشرة عقد زواج، ولا المصادقة على زواج أسند الى زمن ماض ما لم تكن سن الزوجين في هذا السن المحدد^(٤).

(١) الأشقر، د. عمر سليمان الأشقر، المدخل الى الشريعة والفقه الاسلامي، دار النفائس، عمان، ٢٠٠٥، ص ٣٥٢ - ٣٥٣.

(٢) القطان، تاريخ التشريع الاسلامي، ص ٣٣٨.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، (١/٢٦٠-٢٦١).

(٤) أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، ص ١٢.

وفي عام ١٩٢٦م وفي ذروة تطور حركة الاصلاح الديني تألفت لجنة من المختصين بالمسائل الفقهية من تلامذة الشيخ محمد عبده وضعت اللجنة مقترحات تجاوزت المذاهب الأربعة الى آراء الفقهاء عامة مما هو نافع للأسرة وارتقى عمل اللجنة الى الاستنباط من القران والسنة حتى ولو ناقض ذلك ما قاله السابقون .

وجرى تنظيم أحكام الميراث بالقانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٣م ، وأحكام الوصية بالقانون رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦م . ومنذ عام ١٩٢٩م لم يتم تغيير قانون الأحوال الشخصية، وإن كان قد أدخلت عليه الكثير من التعديلات آخرها القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٥م^(١) .

وجرت تعديلات في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بالقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠م ، وإن كان القانون لم يلب طموح الراغبين في تعديل القوانين المنظمة للعلاقات الاسرية حتى تصبح أكثر عدلا وتؤكد قيم المودة والرحمة التي أكد عليها القرآن الكريم، إلا أنه استحدث بعض النقاط تتعلق بالخلع والطلاق من الزواج العرفي، واستحدث محكمة الأسرة .

وفي سوريا صدر أول قانون للأحوال الشخصية سنة ١٩٥٣م ويشمل القانون المذكور الأبواب التالية : الزواج، الأهلية، الوصية، والميراث ، وقد إستمد القانون السابق أحكامه من الفقه الاسلامي بمختلف مذاهبه وآرائه، إضافة الى الأحكام الاصلاحية التي أخذ بها قانون العائلة العثماني والقوانين المصرية المتفرقة التي تناولت قضايا الأحوال الشخصية^(٢) .

أما في العراق وبعد استقلال الدولة العراقية، كانت المحاكم الشرعية قبل أن يتغير إسمها الى محاكم الأحوال الشخصية تعتمد المذهب الشخصي للمسلمين المتداعين وتصدر قرارها وفقا لما تنص عليه فتاوى ومقررات هذا المذهب ، عبر العودة الى النصوص المكتوبة في الكتب الفقهية، والى الفتاوى في المسائل المختلف عليها، ويستعان في أغلب الأحيان بالمراجع الدينية لهذا المذهب ، أو بالعودة الى قضاء المحاكم في الدول الاسلامية^(٣) .

كما كانت في محكمة التمييز هيئة تمييزية للشريعة (الجعفرية) وهيئة تمييزية للسنة فيما يخص دعاوى الاحوال الشخصية، وهذا ينسحب على عمل المحاكم الشرعية التي تقضي وفقا

(١) محمود شافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ، ص ١٠٣ .

(٢) الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، (١ / ٢١٠) .

(٣) الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، (١٦/١).

لمذهب المتداعيين، والتي تحدد في المناطقية والجغرافية وتعمل على تكريس المذهبية واللجوء الى التحايل على المذاهب بين المتداعيين^(١).

بعد ثورة الرابع عشر من تموز ١٩٥٨ ألقت وزارة العدل العراقية بتاريخ ٧ شباط ١٩٥٩ لجنة لوضع لائحة الاحوال الشخصية استمدت مبادئها مما هو متفق عليه من احكام الشريعة، وما هو مقبول من قوانين البلاد الاسلامية، وما استقر عليه القضاء الشرعي في العراق واستطاعت اللجنة صياغة مشروع قانون للأحوال الشخصية والذي عرف بقانون رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م وأشتمل القانون على أهم أبواب الفقه في الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية الجامعة لمسائل الزواج والطلاق والولادة والنسب والحضانة والنفقة والوصية والميراث^(٢).

أخذ هذا القانون أحكامه من جميع المذاهب الاسلامية وجرى تطبيق أحكامه دون النظر الى مذهب العراقي المسلم حيث أن القانون المذكور يشكل حالة وسطية وشاملة يتم تطبيقها على عموم المسلمين العراقيين والأجانب المسلمين في العراق طبقاً لنص الفقرة الاولى من المادة الثانية من القانون المذكور ونصه ؛ (تسري أحكام هذا القانون على العراقيين إلا ما استثنى منهم بقانون خاص)^(٣).

بينما تم العمل في قضايا الأحوال الشخصية للمسيحيين واليهود بموجب لوائحهم الخاصة وفق دياناتهم وتختص بالنظر في قضاياهم محاكم البداءة باعتبار أنها محاكم المواد الشخصية التي تختص بالنظر في قضاياهم وإصدار الأحكام وفقاً لذلك ، أما الصابئة المندائيون والايدييون فلا يشملها إختصاص القانون بحجة عدم وجود لوائح شخصية تخصهم على الرغم من أن لكل منهما دينه الخاص ولوائح الشخصية التي تصلح بأن يتم إعتماها في الأحكام الشرعية وفق دينه المعترف به في العراق إذا ما جرى الأخذ بمبدأ الإختصاص^(٤).

لقد أكدت لائحة الأسباب الموجبة لصدور قانون الأحوال الشخصية على حقيقة كون ما وجد في تعدد مصادر القضاء وإختلاف الأحكام ما يجعل حياة العائلة غير مستقرة وحقوق الفرد غير مضمونة، فكان هذا دافعا للتفكير بوضع قانون يجمع فيه أهم الاحكام الشرعية المتفق عليها ، وفي الوقت نفسه أشارت الفقرة الثانية من المادة الأولى الى أنه إذا لم يوجد نص

(١) الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن ، ص ١٩ .

(٢) الحياوي ، مجموعة القوانين العراقية ، ص ٣٤ .

(٣) المادة الثانية من الفقرة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقية .

(٤) العاني ، أحكام الاحوال الشخصية في العراق ، ص ٤ .

تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون وهذا يعني أن القانون المذكور لا يدعو إلى التقيد بفقهاء معينين، بل تجاوز ذلك إلى الاستفادة من مبادئ الشريعة بشكل عام^(١).

وقد حاول مشرعو قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م كما ذكرت صياغة نصوص هذه القانون صياغة دقيقة ومحكمة بعيدا عن كل ما يمكن أن يعترى هذه النصوص من النقص أو الخلل أو الغموض ، لكن نجد المشرع العراقي ومنذ صدور القانون قام بعدة تعديلات عليه منها التعديل الأول للقانون المرقم (١١) لسنة ١٩٦٣م و التعديل الثاني لقانون الأحوال الشخصية رقم (٢١) لسنة ١٩٧٨م^(٢) ، كذلك حكومة إقليم كردستان العراق أجرت عدة تعديلات على القانون وقبل ان أدخل في صلب الموضوع أحببت أن أول بان المشرع العراقي اختار لهذا القانون إسم (الأحوال الشخصية) وتجد أن بعض الدول إصطلحت تسميات أخرى كقانون الأسرة أو مدونة الأسرة وغيرها من التسميات بينما إصطلح فقهاء القانون على تسمية ما يتعلق بقضايا النكاح والطلاق والوصية والميراث بالأحوال الشخصية ، إذ كان المعهود عند العلماء السابقين من فقهاء الشريعة الإسلامية وما تعلق بعرفهم العلمي تسمية القضايا المتعلقة بالأسرة بأسماء خاصة، وهي كتاب النكاح وكتاب الطلاق وكتاب الوصية وكتاب المواريث أو الفرائض، أو جعلها في إطار أبواب، وليست كتبا، كباب النكاح وباب الطلاق.. وهكذا .

والحقيقة أن هذا الاصطلاح ليس أصيلا في الشريعة الإسلامية وإنما أدخل في العلوم الشرعية والقانونية اقتباسا من القوانين الوضعية و الأصل الذي ننطلق منه في تقويم مصطلح الاحوال الشخصية هو: (لا مشأحة في الاصطلاح) ، وقوام هذه القاعدة أن استخدام المصطلحات الأصل فيه على الإباحة، فالمشأحة معناها التدافع والاختلاف، وبهذا يكون معنى القاعدة لا اختلاف في الاصطلاح، ولكن هذا بشرط أن يكون الاصطلاح الجديد معبرا عن المضمون العلمي المقصود في العلم وتأسيسا على ذلك يمكن اعتماد مصطلح الاحوال الشخصية لبناء الأحكام الأسرية ليكون جامعا لها، وطالما أننا في إطار التعريف العلمي للمصطلح يلزمنا بيان مفهومه؛ ولا يمكن إدراك المضمون على الوحه الأكمل إلا بالوقوف على المفهوم الجامع للصفات الأساسية، وقد عُرفت الاحوال الشخصية عدة تعريفات،

(١) الكببسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، (١٨/١).

(٢) الخطيب ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ص ١٠ .

والتعريف المختار هو: الاحوال الشخصية ؛ ((هي مجموعة ما يتميز به الإنسان من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية ومن أمثلة ذلك: كون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا أو أرملًا أو مطلقا أو أبا شرعيا ، وكونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو جنون، وكونه مطلق الأهلية أو مقيدتها بسبب من الأسباب الشرعية والقانونية))^(١) .

و أول قانون صدر في العراق هو قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩م كما ذكرت ، وقد أجري عليه عدة تعديلات ، والذي يهمننا ومحور دراستنا تعديلات حكومة اقليم كردستان العراق على القانون فقد قامت حكومة الاقليم بعدة تعديلات وفي فترات مختلفة فأول تعديل كان سنة ١٩٩٢م والحقيقة أن البرلمان الكردستاني قد أغنى قانون الأحوال الشخصية العراقي بتعديلات كثيرة وسنتكلم في هذا المبحث عن المادة ٧٤ بنصها القديم وتعديل برلمان الاقليم عليها وسنناقش الموضوع بأسلوب علمي لنرى مدى اهمية هذا التعديل وحاجة المجتمع الكردستاني لها .

(١) الكبيسي ، د.أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية و تعديلاته ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٠ ، (٧/١) .

٣. ٢. المبحث الثاني : مستحقوا الوصية الواجبة بنص المادة ٧٤ قبل التعديل

لو نظرنا الى قانون الأحوال الشخصية لوجدناه مؤلف من ٩٤ مادة والمواد التي تتعلق بحصص الورثة فاتبع طريقة الإحالة أي أحال ذلك الى ما كان معمولاً به قبل صدور هذا القانون فقد نصت المادة التسعون على ما يلي :

(مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الإستحقاق والانصبه على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ كما بقي من أحكام المواريث) .

لكنه أيضا نص على بعض المواد المتعلقة بحصص الورثة فنجد أنه ينص في المواد التالية ما يلي :

أولا : المادة السادسة والثمانون :

أ - أركان الإرث ثلاثة : -

١ - المورث : وهو المتوفي .

٢ - الوارث : وهو الحي الذي يستحق الميراث .

٣ - الميراث : وهو مال المتوفي الذي يأخذه الوارث .

ب - أسباب الإرث إثنان هما القرابة والنكاح الصحيح .

ج - شروط الميراث ثلاثة هي :

١ - موت المورث حقيقة أو حكما .

٢ - تحقق حياة الوارث بعد موت المورث .

٣ - العلم بجهة الإرث .

ثانيا : المادة السابعة والثمانون : الحقوق التي تتعلق بالتركة بعد وفاة المورث أربعة مقدم بعضها على بعض هي :

- ١ - تجهيز المتوفي على الوحه الشرعي .
- ٢ - قضاء ديونه وتخرج من جميع ماله .
- ٣ - تنفيذ وصاياه وتخرج من ثلث ما بقي من ماله .
- ٤ - إعطاء الباقي الى المستحقين .

ثالثا : المادة الثامنة والثمانون : المستحقون للتركة هي الأصناف التالية :

- ١ - الوارثة بالقرابة .
- ٢ - المقر له بالنسب .
- ٣ - الموصي له بجمع المال .
- ٤ - بيت المال .

رابعا: المادة التاسعة والثمانون : الوارثة بالقرابة وكيفية توريثهم :

- ١ - الأبوان والأولاد وأن نزلوا للذكر مثل حظ الانثيين .
- ٢ - الجد والجدات والإخوة والأخوات و أولاد الإخوة والأخوات .
- ٣ - الأعمام والعمات والأخوات والأخوال والخالات وذوي الأرحام .
- ٤ - تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب .

خامسا : المادة الواحد والتسعون :

١ - يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع، ويستحق النصف عند عدمه. أما الزوجة فتستحق الثمن عند الفرع الوارث والربع عند عدمه .

٢ - تستحق البنت أو البنات، في حالة عدم وجود إبن المتوفي، ما تبقى من التركة، بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فروضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم .

فالمشرع في هذه المواد ذكر أسباب ودرجات الورثة وذكر حصص الزوجين والأخت والبنت فقط ، والذي يهمننا هو الوصية الواجبة فنجد ذكرها مع المواد المتعلقة بالوصية فقد ذكر ما نصه : (الباب الثامن في الوصايا . الفصل الأول : الوصية) ، ثم ذكر من المادة (٦٤) الى المادة (٧٣) أحكام الوصية وبدأ بتعريف الوصية ثم أحكامها من حيث كيفية ثبوتها وشروطها وأركانها ومبطلاتها ، ثم في المادة (٧٤) نص على الوصية الواجبة التي هي محور دراستنا فقد نص القانون على :

سادسا : المادة الرابعة والسبعون :

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

٢ - تقدم الوصية الواجبة ، بموجب الفقرة الأولى من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى وفي الإستيفاء من ثلث التركة .

تحليل هذه المادة :

أولاً : لم تذكر هذه المادة مع مواد الميراث التي مر ذكرها لأن الأصل في هذه المادة هي وصية وليست ميراثاً.

ثانياً : نجد أن حصة الإبن أو البنت المتوفية لا تنتقل الى أولادهم إلا إذا كانت حصتهم ثلثاً أو أقل ، أما إذا كان أكثر فيقتصر على الثلث فقط .

ثالثاً: ما يتعلق بالزوجة التي يتوفى زوجها قبل أبيه ويتركها مع أولادها وليس لها تركة ووالد زوجها موسر وإنما الأولاد هم المستحقين فهو ليس ميراثاً لزوجها لكي يكون لها حصة وإنما هي وصية لأولاد المتوفى .

رابعاً : اعتبر المشرع أن الوصية الواجبة هي قريبة من الميراث فلذلك قدمها على باقي الوصايا إذا وجدت فعند تراحم الوصايا فتقدم الوصية الواجبة .

خامساً : وهو أهم شيء في رسالتنا من هم مستحقي الوصية الواجبة ؟

بنص المادة : (إذا مات الولد، ذكراً كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل إستحقاقه من الإرث الى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً) ، إذن المشرع تكلم عن حالة وهي أن شخصاً توفي ولديه ابن أو بنت قد توفت قبله ولديها أولاد وهؤلاء الأولاد غير وارثين لوجود ابن أو بنت للميت على قيد الحياة ففي هذه الحالة أنصف المشرع هؤلاء الأحفاد وإعطاهم حصة أهم أو أبيهم من ميراث جدهم واشترط أن لا تتجاوز (ثلث التركة) حصة أهم أو أبيهم الذين لو كانوا على قيد الحياة لورثوا .

سادساً : إذا كان حصة الميت سواء أكان ابناً أو بنتاً أكثر من الثلث فعند ذلك سنعطي لأولادهم الثلث والباقي وهو الثلثان يوزع تركة على باقي الورثة حسب الحصص الشرعية .

٣. ٣ المبحث الثالث : شروط الأحماد المسحقين للوصية الواجبة :

اشترط القانون عدة شروط لاستحقاق الوصية الواجبة منها ما يتعلق بالفرع المسحق للوصية الواجبة ومنها ما يتعلق بالولد المتوفى وهذه الشروط متفق عليها بين القوانين .

شروط الفرع المسحق للوصية :

١ - أن يكون فرعا للميت .
٢ - أن يكون الفرع المسحق للوصية الواجبة غير وارث لجده ، فإن كان وارثا بالفرض كبنت الإبن أو بالتعصيب كإبن الإبن فلا وصية واجبة له ، وسواء أكان هذا الميراث كثيراً أم قليلا لأن الوصية الواجبة وجبت للفرع تعويضا عما فاته من ميراث أصله فإذا كان الفرع نفسه يستحق الميراث بأن كان وارثا فلا يمنحه القانون شيئا فلو توفى شخص عن إبنين وإبن إبن توفى أبوه قبل جدّه كان لهذا الحفيد وصية واجبة .

٣ - ألا يكون الجد المتوفى قد أعطى ذلك الفرع في حياته بغير عوض ما يساوي الوصية الواجبة كان يوصي له بمقدار حصة أبيه أو يهب له من التركة بغير عوض ما يساوي الوصية الواجبة أو يقف عليه أو يبيعه بيعا صوريا بلا ثمن مقدار ما يستحقه بالوصية الواجبة فحينئذ لا تجب له وصية .

وإن كان قد أعطاه أقل مما وجب له في التركة فيكمل له المقدار الواجب في الوصية، وإن كان قد أعطاه أكثر مما وجب له بالوصية الواجبة كان الزائد وصية اختيارية ، تطبق عليها أحكام الوصية الاختيارية .

وإن كان أعطى أو وهب أو أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية الواجبة دون البعض الآخر وجبت وصية واجبة لمن لم يعط أو يهب أو يوص له بقدر نصيبه الكامل من الوصية إن كان الثلث يسع الجميع، أما إذا ضاق الثلث كمل له نصيبه مما أوصى به لغيره .

٤ - أن يكون المسحق للوصية الواجبة موجودا عند موت الموصي .

٥ - أن يكون المسحق للوصية الواجبة غير محجوب بأصله .

٦ - أن يكون المسحق للوصية الواجبة غير ممنوع من إرث أصله، فإن كان ممنوعا من ميراث أصله كان قاتلا أو لاختلاف الدين فإنه لا يستحق وصية واجبة لأن الوصية

الواجبة تعتبر تعويضا عما فاتته من ميراث أصله فإنه والحالة هذه لا يستحق شيئا إذ لم يفته شيء يعوض عنه، وإذا كان الفرع محجوبا بأصله فلا يستحق وصية واجبة لوجود الأصل ولأن الوصية الواجبة تعويض للفرع عما فاتته من ميراث أصله فإذا كان الأصل موجودا فإن الفرع لن يفوته شيء .

٧ - أن تكون الوصية الواجبة للأحفاد بمقدار حصة أبيهم من الميراث فيما لو كان حيا على أن لا يتجاوز ثلث التركة^(١) .

فالوصية الواجبة بنص القانون هي لأولاد الأبناء المتوفين قبل أبيهم أو أمهم سواء هذا المتوفي قبل أمه أو أبيه ذكرا أو أنثى وهذا هو رأي المشرع العراقي وهو ما ذهبت إليه بعض التشريعات في البلدان الإسلامية فقد ذهب القانون المصري والكويتي الى تحديد المستحقين للوصية الواجبة بفرع الولد الذي مات في حياة أبيه أو أمه سواء أكان هذا الولد ابنا أو بنتا فيستحق الوصية الواجبة فروع الأبناء والبنات وذلك لسببين :

أولا : الوصية الواجبة تعويض لهؤلاء الأحفاد عن ميراث فات كان من الممكن أن يأخذه الأحفاد إرثا بأنفسهم لكنهم منعوا من الميراث لوجود من هو أعلى منهم درجة .

ثانيا : إن تشريع الوصية الواجبة جاء علاجا لمشكلة الأحفاد من باب البر والصلة لذا كان التوسع فيه ليشمل أولاد البنات أولى من التضييق .

بينما ذهب القانون السوري والمغربي والأردني الى تحديد المستحقين للوصية الواجبة بأولاد الإبن الذكر فقط ، فيستحق أولاد الإبن وأولاد إبن الإبن وإن نزلوا ويحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره ويستحق كل فرع حصة أصله فقط أما أولاد البنت التي ماتت قبل أبيها أو أمها فلا يستحقون الوصية الواجبة^(٢) ، فهم يقولون بان : أن أولاد البنت من ذوي الأرحام ويعتبرون محرومين من الميراث لوجود أحوالهم وخالاتهم ، وأنهم لا يرثون في الأصل لوجود ذوي الفرائض والعصابات وتعليقهم ما يلي :

١ - أن أولاد البنت التي توفيت قبل أبيها لهم أب ينفق عليهم ويتولى رعايتهم.

(١) بدران ، الميراث والوصية والهيئة في الشريعة الإسلامية والقانون ، ص ١٦٩ ، أبو زهرة ، أحكام التركات والموارث ، ص ١٧٦ .

(٢) القانون الاحوال الشخصية السوري مادة : ٢٥٧ ، القانون الاحوال الشخصية الأردني مادة : ١٨٢ .

- ٢ - أن الحكمة من تشريع الوصية الواجبة حل مشكلة أولاد الإبن المتوفى في حياة أبيه ليتمهم وفقرهم وهذه العلة غير موجودة في أولاد البنات الذين ينعمون في الغالب بحياة أبيهم .
- ٣ - أن أولاد البنت من ذوي الأرحام بالنسبة الى جدهم أبي أهم يرثون منه في مرتبة متأخرة شرعاً وأن أولاد البنت لهم تركة أخرى هم فيها ورثة أساسيون من جهة أبيهم .
- ٤ - ولد البنت لا يعتبر من العاقلة يغرم بجنايات الخطأ مع جده وأخواله وإنما يغرم أولاد الأبناء^(١) .

الترجيح :

في رأيي أن الراجح هو ما ذهب اليه المشرع العراقي ومن وافقه لثلاثة أسباب :

- أولاً : أنه محقق للمعنى الذي استندت إليه أصل الوصية وهو صلة الرحم فلا ينظر الأحفاد الى أخوالهم أو خالاتهم إنهم كانوا سببا لحجبهم فيقع في قلبهم شيء عليهم .
- ثانياً : أن أولاد البنات قد يتساوا مع أولاد الإبن في الحاجة والعوز فلا معنى لقصرها على فريق دون الآخر بل ربما يكون أولاد الأبناء أغنياء وأولاد البنات فقراء .
- ثالثاً : قصر الوصية الواجبة على الأحفاد من جهة الذكور زيادة في التحجير والتضييق وهذا الحجر لامعنى له وتعليقاتهم التي ذكروها كلها قابلة للرد فقرب القرابة لا تعني حرمتهم من الوصية وإنما تعني حجبهم من الميراث ونحن نتكلم عن الوصية وليس الميراث فالوصية تصح حتى لغير المسلم إلا للمحارب لكي لا يستعين بها على حربنا ، أما قياسها على الدية فقياس مع الفارق فذاك غرم وهذا صلة وإحسان علماً إن حصتهم محدودة وليس كباقي الأبناء أو البنات الحقيقيين .

فائدة : إختيار أولاد الأبناء أو أولاد البنات فقط بشمولهم بالوصية الواجبة هو إجتهد من قبل المشرعين في الدول الاسلامية التي تاخذ بالوصية الواجبة ، أما فقهاء الشريعة الاسلامية القائلين بالوصية الواجبة فهم لا يقصرونها على الأحفاد وإنما يشملون بها الورثة الذين لم يرثوا لأسباب أخرى فبعضهم إعتبرها للوالدين الغير مسلمين فقد قال القرطبي في تفسيره بعد أن نقل عن أكثر الفقهاء إن الأمر بالوصية في هذه الاية منسوخ قال : **فَقِيلَ: هِيَ مُحْكَمَةٌ،**

(١) قبلان ، هاشم قبلان ، الوصية الواجبة ، منشورات بحر المتوسط ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ص ٦٣ .

ظَاهِرُهَا الْعُمُومُ وَمَعْنَاهَا الْخُصُوصُ فِي الْوَالِدَيْنِ اللَّدِينِ لَا يَرِثَانِ كَالْكَافِرَيْنِ وَالْعَبْدَيْنِ وَفِي الْقَرَابَةِ
غَيْرِ الْوَرَثَةِ، قَالَهُ الضَّحَّاكُ وَطَاوُسٌ وَالْحَسَنُ، وَاخْتَارَهُ الطَّبْرِيُّ (١) .

فيتبين أن تخصيصها بالأحفاد هو من إجتهد المشرعين في هذه الدول فالنصوص الشرعية التي استدلووا بها لم تذكر لا من قريب ولا من بعيد الأحفاد وإنما الفقهاء القائلين بالوصية الواجبة ذكروا الوالدين والعبيد والأقرباء الغير وارثين ، فإجتهد المشرعين مبني على (الأقرباء الغير وارثين) فرأوا أن أولى الأقرباء هم الأحفاد المحجوبين بسبب وجود عمهم أو عمتهم أو خالهم أو خالتهم ، ومن هذا المنطلق إنطلق المشرع الكرديستاني فوسع من المشمولين بالوصية الواجبة فشمّل الزوجة الكتابية وسنتكلم عن ذلك في المبحث الثالث عن الكلام على تعديل المادة (٩١) باعتبارها تتكلم عن ميراث الزوجة ، وشمّل أيضا أولاد الاخوة والأخوات كما سأفصل ذلك في المطلب القادم .

(١) القرطبي، شمس الدين القرطبي ، تفسير ايات الاحكام ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٤ ، (٢) /
١٢٥٧).

٣. ٤. المبحث الرابع : تعديل اقليم كردستان على المادة (٧٤)

لو أردنا أن نوضح المسألة بالتفصيل وبإسلوب واضح علينا أن نذكر نص المادة السابقة والتعديل الوارد عليها وكالاتي :

أولاً : نص المادة الأصلي هو :

المادة الرابعة والسبعون:

١- إذا مات الولد، ذكرًا كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل إستحقاقه من الإرث الى أولاده ذكورا كانوا أم إناثا ، حسب الأحكام الشرعية، بإعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة .

٢ - تقدم الوصية الواجبة، بموجب الفقرة الاولى من هذه المادة على غيرها من الوصايا الأخرى وفي الإستيفاء من ثلث التركة .

ثانيا : النص المعدل والمعمول به في إقليم كردستان حاليا :

١- إذا أجمع أولاد الأولاد مع الأولاد أو أولاد أولاد الأولاد وإن نزلوا يحلون محل والدهم المتوفي أو والدهم المتوفاة وينتقل اليهم 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 إستحقاقهم وإذا أعطاهم الأقل يكمل من الوصية الواجبة.

٢ - تسري أحكام الوصية الواجبة على أولاد الاخوة والأخوات ذكورا كانوا أو إناثا وإن نزلوا وعلى الزوجين إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب.

٣ - للمورث حال حياته توزيع ماله على الورثة ذكورا كانوا أو إناثا 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 تراحت الوصية الواجبة مع الوصية الاختيارية تقدم الأولى على الثانية.

تحليل التعديل في النقاط الاتية :

أولاً : لا خلاف بين المشرعين العراقي والكرديستاني في الفقرة رقم (٣) و (٤) و (٥) ولقد سمعت بعض المحامين يقولون بأن المشرع الكرديستاني هنا أضاف هذه الفقرات وهي غير موجودة في القانون السابق ، والصحيح أن المتأمل في نص القانون السابق يجد ما يلي : في المادة الثامنة والستون السابقة وحاليا هي موجودة .

يشترط في الموصى له ما يلي :

(١- أن يكون حيا حقيقة أو تقديرا حين الوصية وحين موت الموصي، وتصح الوصية للأشخاص المعنوية والجهات الخيرية والمؤسسات ذات النفع العام . ٢- أن لا يكون قاتلا للموصي) .

فمنص المادة لم يمنع أن يكون الموصى له أحد الورثة لكن المشرع الكرديستاني نص عليه لبيان أن الموصى له حتى لو كان وارثا تجوز الوصية له ، والسبب هو أن قانون الأحوال الشخصية العراقي مأخوذ كما قلت من الشريعة الاسلامية وغالبية اقليم كردستان من اتباع المذهب الشافعي والمذهب لا يجيز الوصية للوارث فلماذا نص المشرع على ذلك .

رب سائل يسئل ولماذا الشافعي لا يجيز الوصية للوارث ؟

أقول : هذه المسألة مما اختلف الفقهاء القدامى وقد فصلت الموسوعة الفقهية الكويتية ذلك وهذا نص ما موجود في الموسوعة :

الوصية لِلْوَارِثِ :

اِخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي الْوَصِيَّةِ لِوَارِثٍ عَلَى قَوْلَيْنِ :

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: ذَهَبَ الْحَنْفِيَّةُ وَهُوَ الْأُظْهَرُ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ وَالْحَنَابِلَةِ وَقَوْلٌ عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ إِلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ تَنْعَقِدُ صَحِيحَةً مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ، فَإِنْ أَجَازُوهَا بَعْدَ وَقَاةِ الْمُوصِي نَفَذَتْ وَإِنْ لَمْ يُجِزُوهَا بَطَلَتْ وَلَمْ يَكُنْ لَهَا أَثَرٌ، وَإِنْ أَجَازَهَا الْبَعْضُ دُونَ الْبَعْضِ نَفَذَتْ فِي حَقِّ مَنْ أَجَازَهَا، وَبَطَلَتْ فِي حَقِّ مَنْ لَمْ يُجِزْ .

وَأَسْتَدَلُّوا عَلَى ذَلِكَ بِقَوْلِ الرَّسُولِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرِثَةُ .

الْقَوْلُ الثَّانِي : دَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ فِي مُقَابِلِ الْأُظْهَرِ وَفِي رِوَايَةِ عِنْدِ الْحَنَابِلَةِ إِلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ بَاطِلَةٌ مُطْلَقًا وَإِنْ أَجَازَهَا سَائِرُ الْوَرَثَةِ، إِلَّا أَنْ يُعْطَوْهُ عَطِيَّةً مُبْتَدَأَةً ، وَاحْتَجُّوا بِظَاهِرِ قَوْلِ الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ تُلْحِقُ الضَّرَرَ بِبَقِيَّةِ الْوَرَثَةِ وَتُنْثِرُ الْحَفِيزَةَ فِي نُفُوسِهِمْ وَقَدْ نَهَى الْقُرْآنُ الْكَرِيمُ عَنِ ذَلِكَ فِي قَوْلِهِ : (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍ)^(١) .

يفهم من كلام الموسوعة أنه لا أحد يجيز الوصية للوارث مطلقا كما نصت الفقرة الرابعة المذكورة في المادة فالفقهاء ما بين مبطلها قطعاً ولو أجازها الورثة وما بين من أجازها بشرط موافقة جميع الورثة ، لكني رأيت أن الشيعة الإمامية ينصون في كتبهم على جوازها للوارث فقد نص الحلي بقوله: وتصح الوصية للأجنبي وللوارث ، ويقول الطوسي: وتصح الوصية للأب والابن والأب ، وقال الشوكاني : وَحَكَى صَاحِبُ الْبَحْرِ عَنِ الْهَادِي وَالنَّاصِرِ وَأَبِي طَالِبٍ وَأَبِي الْعَبَّاسِ أَنَّهَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ وَاسْتَدَّ لَهَا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ) [البقرة: ١٨٠] ، قالوا : وَنَسَخَ الْوَجُوبَ لَا يَسْتَلْزِمُ نَسَخَ الْجَوَازِ^(٢) .

وقد رأيت الشيخ علي الخفيف وهو من كبار علماء الأزهر يقول : وإذا جاز أن يوصي لأجنبي فمن باب أولى أن يوصي لمورثه الذي أحسن إليه وأسدل له معرفا فتصبح الوصية صدقة وصلة^(٣) ، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي ولم يتم الاعتراض عليه من علماء الأزهر.

أما الفقرة الثالثة التي تنص على أن: (للمورث حال حياته توزيع ماله على الورثة ذكورا كانوا أو إناثا بالمساواة أو أن يوصي بذلك على أن لا يزيد على ثلث التركة وبإجازة البقية فيما زاد على الثلث) ، فهل هذه الفقرة هي إضافة حكم جديد للقانون أم كانت هذه الفقرة موجودة أصلاً؟

الجواب عن هذا السؤال يكون بعرض المادة السابقة لنرى هل تم إضافة شيء لها أم لا ، نجد أن النص القديم يحيل أحكام الوصية باعتبارها نوع من التبرعات أو تصرف الإنسان بماله إلى

(١) مجموعة من العلماء ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ٢٠٠٥ ، (٢٤٦/٤٣-٢٤٧) .

(٢) الشوكاني ، نيل الاوطار ، (٤٩/٦) .

(٣) الخفيف ، علي الخفيف ، أحكام الوصية بحوث مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٧ .

مواد القانون المدني المتعلقة بالهبة فقد نصت المادة الثالثة والسبعون على أن : (تراعى في الوصية أحكام المواد من ١١٠٨ الى ١١١٢ من القانون المدني)، إذن الفقرة الثالثة هي موجودة سابقا في القانون عن طريق الاحالة وإنما المشرع الكردستاني نص عليها، ففي رأيي إنها مفيدة لكنها لا تمس جوهر القانون من حيث الفائدة من التعديل ، لأن أي تعديل ينبغي ان يكون له فائدة لم تكن موجودة سابقا وهذه الفقرة تعتبر موجودة حكما ، ورب سائل يقول : إضافة هذه الفقرة فائدتها بيان أن الوصية ينبغي أن تكون حدود الثلث والنص القديم لم يشير الى ذلك ؟

أقول: إن النص القديم في المادة (٧٤) لم يشر الى أن الوصية ينبغي أن لا تتجاوز الثلث لكنه في المادة (٧٠) ينص : (لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة) فيتضح لي أن الفقرة تعتبر حشوا ، علماً أن المادة (٧٠) باقية وموجودة حتى بعد التعديل التي قامت به حكومة الاقليم ، وفي نفس المادة أي (٧٤) في الفقرة الاولى تنص على أن لا تتجاوز الوصية الثلث .

و الآن سنحلل الفقرة الاولى لكن قبل التحليل علينا ذكر المادة بصيغتها السابقة ثم الحالية لنرى الفرق .

المادة سابقا هي كالاتي : (١ - إذا مات الولد، ذكرا كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل إستحقاقه من الإرث الى أولاده ذكورا كانوا أم إناثا ، حسب الأحكام الشرعية، بإعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة) .

أما النص المعدل هو: (١- إذا إجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد أو أولاد أولاد الأولاد وإن نزلوا يطلون محل والدهم المتوفي أو والدتهم المتوفاة وينتقل اليهم 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 إستحقاقهم وإذا أعطاهم الأقل يكمل من الوصية الواجبة) .

إذن المشرع الكردستاني إضاف حالة وهي أن الجد أو الجدة إذا اعطوا لأحفادهم حصة أبيهم أو أمهم المتوفين ثم ماتوا لا يحق للأحفاد المطالبة ما دام الجد أو الجدة أعطاهم حصة أمهم أو أبيهم كانوا أحياء بعد موتهم .

أقول : أليس هذا الكلام غير عقلاني لأنه لو فرضنا أن الجد أو الجدة أوصى لهم بحصة أبيهم أو أمهم فهذه الوصية لا قيمة لها لأن الأحفاد سيأخذون حصة أبيه أو أمهم سواء أكانت هناك وصية أم لا .

أما إذا اعطوهم ذلك قبل موتهم فهذا من باب الهبة فلا علاقة له بالوصية أو الميراث ، والذي أفهمه أن المشرع قصد هذه الحالة فهنا ينبغي للقاضي أن يسأل الأحفاد عما اعطاهم جددهم أوجدتهم من العطية على أنها بدل حصة أبيهم أو أمهم من ميراثهم منهم فهنا المشرع الكردستاني افترض حالتين :

الأولى : أن تكون العطية هي بالضبط حصة أبيه أو أمهم من الميراث وهذا مستحيل من أين يعرف الجد أو الجدة مقدار تركتهم وبالضبط حصة كل وارث وحصة إبنهم أو إبنتهم المتوفاة ، وهل هم يعرفون متى سيموتون لكي يعرفوا مقدار تركتهم الباقية خلفهم .

ثانيا : أن تكون العطية أقل من حصة أبيهم أو أمهم فهنا سيكمل لهم من التركة الى أن تصبح حصتهم تساوى حصة أمهم أو أبيهم ، فهذا معقول .

ثالثا : لو أعطى الجد أو الجدة أحفادهم حصة إبنهم أو إبنتهم المتوفين ثم بعد موتهم تبين أنهم أخذوا أكثر من حصة أمهم أو أبيهم لو كانوا أحياء فهل يجب أن يرجعوا ذلك الى الورثة باعتبار أخذوا أكثر من حقهم أم ماذا؟ وهل يحق للورثة بمطالبتهم بهذه الزيادة التي أخذوها ؟

في رأيي لا يوجد جواب سيقف القاضي حائرا فيما إذا طالب الورثة الباقيين بإرجاع الزيادة التي أخذوها . أليس بعد كل هذا ألا يحق لنا أن نقول : هذه الفقرة ستفتح لنا إشكالات بدل أن تحل لنا إشكالا .

وأخيراً أضاف المشرع الكردستاني فقرة لم تكن موجودة سابقا وهي ما يلي :

(٢- تسري أحكام الوصية الواجبة على أولاد الاخوة والأخوات ذكورا كانوا أو إناثا وإن نزلوا وعلى الزوجين إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب) .

سأقسم الكلام عن هذه الفقرة الى قسمين :

الاولى : ما يتعلق بإضافة أبناء الاخوة على الوصية إذا كانوا محجوبين مع وجود الاخوة الوارثين .

الثانية : إضافة الزوجة الكتابية على الوصية الواجبة وسأتكلم عن هذه الفقرة في المبحث التالي عند الكلام عن ميراث الزوجة .

تحليل التعديل :

إن النص القديم أعطى الوصية الواجبة لإبن الإبن مع وجود الإبن وكذلك لبنت الإبن مع وجود الإبن ، وكذلك لأولاد البنت ذكورا أو إناثا مع وجود الإبن الحقيقي والسبب إنهم محجوبين بوجود أعمامهم أو أخوالهم أحياء .

النص المعدل أضاف أولاد الإخوة أو الأخوات الذين لو كان أبوهم أو أمهم أحياء لورثوا ، فهل هذا التعديل مفيد أم لا ؟

لتحليل المسألة ينبغي أن نبين ما هي حصة الأخوة في الميراث ، فهم مقسمين الى ثلاثة أنواع :

الأول : الإخوة والأخوات الأشقاء إذا ورثوا حالتهم مايلي :

- يوزع الباقي عليهم بالتساوي إذا كانوا ذكورا .
- يوزع عليهم الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين إذا كانوا ذكورا و إناثا .
- إذا كان للميت أخت واحدة فتأخذ النصف .
- إذا كان للميت أكثر من أخت فسيأخذون الثلثان ويوزع عليهم بالتساوي .

الثاني : أما الاخوة والأخوات لأب إذا ورثوا فسيأخذون مثل حالات الإخوة الأشقاء .

الثالث : أما الإخوة والأخوات لأم إذا ورثوا فستكون حصتهم كالاتي :

- يأخذ الواحد منهم السدس .
- يأخذون الثلث إذا كانوا أكثر من واحد .
- والذكر والأنثى متساوون في الميراث (1) .

(1) السهيلي ، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد السهيلي ، الفرائض وشرح آيات الوصية ، تحقيق محمد ابراهيم البنا ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة ، ١٩٨٠ ، (١ / ٦٣) .

تحليل التعديل : في رأيي إن هذا التعديل صحيح فإذا ورث الاخوة أو الأخوات فليس من العدالة أن يحرم أولاد أخ لهم أو أخت ماتت قبل أبيهم أو أمهم فإذا ورث أخ شقيق وكان لديه أخ أو أخت قد مات قبل مورثهم فمن العدالة أن يشمل أولاد الأخ أو الأخت بالوصية الواجبة .



٣. ٥ المبحث الخامس : أمثلة تطبيقية على الوصية الواجبة

قانون الوصية الواجبة عاماً في نصوصه كشأن كل القوانين فلم يبين طريقة إستخراج مقادير الوصية الواجبة بالطرق الحسابية، ولكنه بين القاعدة و الأصول التي تبنى عليها المسائل وترك للمطبقين له طريقة الاستخراج بالطرق الحسابية إلا أن القانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيود :

أولاً : ألا تزيد على الثلث لأن المقدار الذي حدده الله للوصية عامة هو الثلث لذا فإن الوصية الواجبة لا تتجاوزه .

ثانياً : أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث حيث إن الوصية تنفذ من كل التركة ومن رأسها وبذلك يدخل النقص على نصيب كل وارث من الورثة ولا يقتصر النقص على فريق دون فريق لأنها وصية وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثاً : أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى في حياة أحد أبويه فلا تتجاوزه ولما كان قانون الوصية الواجبة لم يحدد صراحة طريقة استخراج الوصية الواجبة من التركة بل ترك ذلك للقضاء وسأقوم بشرح العمل بها بشكل مبسط وكالاتي:

أ - قسمة التركة وإعتبار الإبن المتوفى حياً .

ب - إعطاء ما يستحقه الإبن المتوفى لأولاده .

مثال ١ /

توفي رجل عن زوجة ، ابن و ٣ بنات ، وبنت ابن توفي أبيها في حياة أبيه .

خطوات الحل :

أصل المسألة	السهم	الأنصبة	الورثة
٨	١	الثلث	زوجة
	٢ للإبن و ٣ لكل بنت سهم واحد ولبنت الإبن ٢ سهم حصة أبيها	الباقى يوزع عليهم فتأخذ بنت الإبن حصة أبيها المتوفي	١ ابن و ٣ بنات بنت ابن

المثال ٢ /

توفيت امرأة وتركت : زوج وأب و ٣ أبناء وبنت بنت توفيت قبل أمها.

خطوات الحل :

أصل المسألة	السهم	الأنصبة	الورثة
١٢	٣	الربع	زوج
	٢	السدس	أب
	٧ أسهم لكل ابن ٢ سهم ولبنت البنت سهم واحد	الباقى يوزع عليهم وتأخذ بنت البنت حصة أمها	٣ أبناء بنت البنت

المثال ٣ /

ماتت امرأة وتركت : زوج ، وأم ، وأب ، وإبن ، ٤ بنات ، إبن بنت توفيت البنت قبل أمها.

خطوات الحل :

أصل المسألة	السهام	الأنصبة	الورثة
١٢	٣	الربع	زوج
	٢	السدس	أم
	٢	السدس	أب
	٧	الباقي يوزع على الجميع فيأخذ إبن البنت حصة أمه المتوفاة	إبن و ٤ بنات إبن بنت
	يأخذ الإبن ٢ وكل بنت ١ سهم إبن البنت ١ سهم حصة أمه المتوفاة		

في الأمثلة الثلاثة السابقة نجد ما يلي :

أولاً : أن الحفيد أخذ بالوصية الواجبة حصة أبيه أو أمه ؛

ففي القسم الأول : أخذت بنت الإبن حصة أبيها المتوفي لأنها محجوبة حجب كلي بسبب وجود إبن فأخذت بنت الإبن حصة أبيها المتوفي كاملة ، فلو كان أبيها حيا لأخذ ٢ سهم فنجد أنها أخذت حصة أبيها كاملة .

أما القسام الثاني : فنجد أن بنت البنت أخذت حصة أمها لأن أمها لو كانت حية لكانت حصتها هي ٢ سهم وشملت بالوصية الواجبة لأنها محجوبة بالأبن وهي من ذوي الأرحام فأخذت بنت البنت حصة أمها .

أما القسام الثالث : فنجد أن ابن البنت محجوب من الميراث لوجود ابن للمتوفى حي يرزق ، وهو من ذوي الأرحام فيحجب أيضا بالبنت ، لكنه أخذ حصة أمه كاملة لأنها لو كانت حية لأخذت سهما واحدا فأخذ هذا السهم ابنتها .

ثانيا : أن حصة كل واحد من الذين ماتوا قبل مورثهم لم تتجاوز الثلث ، فلذلك أعطي أولاده نفس سهامه لو كان حيا ؛

ففي القسام الاول : أعطيت بنت الإبن ٢ سهم من مجموع ٨ أسهم وهذا أقل من الثلث .

وفي القسام الثاني : أخذت بنت البنت ١ سهم من ١٢ سهم وهو أيضا أقل من الثلث .

وفي القسام الثالث : أخذ ابن البنت ١ سهم من مجموع ١٢ سهم .

وفي القسامات الثلاث لم تصل حصة المتوفى قبل مورثه الثلث فهذا أخذ أولاده حصة أبيهم أو أمهم كاملة فالأحفاد لهم الحق في أخذ حصة آبائهم أو أمهاتهم المتوفين إذا كانت حصتهم كما نص القانون الثلث أو أقل .

أما إذا كانت حصة المتوفى أكثر من الثلث فعندئذ سنعطي الأحفاد الثلث فقط الثلث لأن حصة أبيه أو أمهم أكثر من الثلث ، وسأذكر بعض الأمثلة التوضيحية :

المثال /

توفي رجل عن زوجة وإبن وبنت إبن توفي أبوها قبل أبيه .

خطوات الحل :

فاذا أعطينا بنت الإبن حصة أبيه فستأخذ أكثر من الثلث كما فيما يلي :

الورثة	الأنصبة	السهم	أصل المسألة
زوجة	الثلث	١	٨

	٧	الباقى يوزع عليهم بالتساوي	ابن
			بنت ابن

فهنا بنت الابن أخذت ثلاثة أسهم ونصف وهو أكثر من ثلث أصل المسألة وهو ٨ إذن فما هو الحل ؟

ذهب المشرع العراقي الى إعطاء بنت الابن ثلث التركة كاملا كان حصتها هي الثلث ؛

أصل المسألة	السهم	الأنصبة	الورثة
٢٤	٣	الثلث	زوجة
	١٣	الباقى	ابن
	٨	الثلث	بنت الابن

بينما ذهب المشرع السوري والمغربي الى إعطاء الأحماد حصتهم من تركة أبيهم كانه حي فينظمون قسامين الأول كان الميت حي ثم بعد إعطاء حصته ينظمون قساما آخر للميت ويعطون أولاده حصتهم من تركته كانه مات بعد موت جدهم بشرط أن لا تتجاوز حصة الأحماد ثلث التركة كاملا ولتوضيح ذلك ففي القسام الأخير المر ذكره فإن المشرع السوري والمغربي يقومون بتنظيم قسامين وكالاتي :

أصل المسألة	السهم	الأنصبة	الورثة
٨	١	الثلث	زوجة
	٧	الباقى يوزع بالتساوي	ابن
			الابن المتوفي

فحصة الإبن المتوفى هي ثلاثة أسهم ونصف ، ثم نقوم بعمل قسام جديد بحصته التي ورثها من أبيه ويقسم على ورثته بقسام جديد وكالاتي :

الورثة	الانصبة	السهام	أصل المسألة
أم	السدس	١	٦
بنت	النصف	٣	
أخ شقيق	الباقى	٢	

إذن بنت الإبن أخذت نصف حصة أبيها المتوفى أي سهم وثلاثة أرباع السهم أي نصف الثلاثة أسهم والنصف حصة أبيها المتوفى ، فيتبين الفرق بين نظرة المشرع العراقي للوصية الواجبة والمشرع السوري والمغربي .

٦.٣ المبحث السادس : الزوجة الكتابية والوصية الواجبة

كما ذكرت إني سأفرد مبحثاً كاملاً لميراث الزوجة الكتابية لأنه أمر نظر إليه المشرع الكردستاني بنظرة إنصاف للزوجة الكتابية لكنه كما سأبين أنه اخطأ في ذلك، ولغرض التفصيل في المسألة قسمت هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وهي كالآتي :

المطلب الأول : ميراث المسلم من غير المسلم وبالعكس .

المطلب الثاني : موقف المشرع العراقي من مانع إختلاف الدين .

المطلب الثالث : ميراث الزوجة الكتابية وشمولها بالوصية الواجبة .

٣. ٦. ١. المطلب الأول : ميراث المسلم من غير المسلم وبالعكس

إن لكل إنسان بداية حياة ونهاية فإنها تبدأ عند ولادته حيا وتنتهي بموته ، وإن إهتمام الإسلام بهذا المخلوق لا تقتصر على حياته، بل يظل الإسلام مهتمًا بالإنسان حتى بعد وفاته، لذلك جعل تجهيزه وتكفينه والصلاة عليه ودفنه فرض كفاية على المسلمين، وبوفاة الإنسان يرفع عنه الأحكام التكليفية ، ويخرج من سجل الأحياء، وينتقل الى عالم آخر، ففي هذه الحالة تنتقل تركته الى مَنْ بعده من الذين يستحقونه وهم فروعه وأصوله، وحواشيه، وأقرباؤه ، ولذلك فإن نظام الميراث في الشريعة الإسلامية يفتت الثروة العامة ولا يجعلها مكدسة بين أيدي الناس دون الآخرين ، وتوزع عليهم بطريقة شرعية منتظمة، لكنه لا يُصار الى تقسيم التركة إلا بعد استيفاء حقوق الميت ، كمؤونة تجهيزه ونعني بها ما يحتاجه الميت من ثمن الكفن ومؤن الغسل والدفن ونحو ذلك، فيقدم هذا على جميع الحقوق ، وتسديد ديونه إن كانت عليه ديون، ثم إخراج وصية الميت وهي لازمة إن كانت لغير وارث وتخرج من ثلث المال، ، وبعد إخراج تلك الحقوق المتعلقة بذمته، يأتي دور الورثة إن بقيت هناك بقية من تركته فتوزع عليهم كل حسب الإجراءات الأخرى في نظام الميراث (١).

إلا أن الإرث لا يتحقق إلا باستيفاء الشروط كتحقق موت المورث و تحقق حياة الوارث حين موت المورث ، وأسباب الإرث كالقربة والنسب ، والأركان ، وإنتفاء الموانع كإختلاف الدين والقتل والرق (٢) ، وليس هذا موضع تفصيلها، بل محل ذلك كتب أصول الفقه، والذي يهمننا في هذا الصدد هو إختلاف الدّين والمعتقد بين المورث والوارث، وهل يعتبر ذلك من موانع الإرث وما أقوال فقهاء الإسلام .

أقول ؛ يقصد بغير المسلم هنا من ولد لأبوين غير مسلمين ولم يدخل الإسلام في حياته ولو لحظة ومات وهو على ذلك ، ويشمل تعبير غير المسلمين ؛ أهل الكتاب كاليهود والنصارى،

(١) الكبيسي ، اللاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، (٨٩/٢). المنجد ، محمد صالح المنجد ، حقوق الميت على ورثته، منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط : (https://almunajjid.com).

(٢) الفوزان ، صالح بن فوزان عبدالله الفوزان ، التحقيقات المرضية في المباحث الفرضية ، مكتبة المعارف ، الرياض ، ١٩٨٦م ، ص ٢٩.

ومن عندهم شبهة كتاب سماوي كالمجوس والصابئة ، ومن ليس لهم كتاب أصلاً كاليزيديين والملحدين والمشركين والوثنيين وغيرهم (١) .

وقد اختلفت آراء الفقهاء في حكم ميراث المسلم من الكافر الأصلي على مذهبين وسأذكر أدلة المذهبين، ثم أتعرض لموقف المشرع العراقي من اختلاف الدين باعتباره مانعا من موانع الميراث أم لا ؟

المذهب الاول : ذهب جمهور الفقهاء الى عدم توريث المسلم من غير المسلم وكذلك بالعكس وهو ما ذهب اليه مذهب الحنفية ، والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية وابن حزم الظاهري (٢)، والى هذا ذهب علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت و جمهور الصحابة والتابعين (٣) .

وقد إحتج أصحاب هذا المذهب بعدة أدلة من الكتاب والسنة وقول الصحابي .

أولاً / الأدلة من الكتاب :

١- عموم قوله تعالى : (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) [التوبة : ٧١] .

٢. عموم قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ ۚ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) [المائدة : ٥١] .

ووجه الدلالة في الآيتين : أن الميراث قائم على أساس الموالاتة إن كان المراد به الإرث ، فهي مقطوعة بين المسلم والكافر ، و إن كان المراد به مطلق الولاية ففي الإرث معنى الولاية ، لأنه يخلف المورث في ماله ملكا ويبدأ وتصرفا ، و مع إختلاف الدين لا تثبت الولاية لأحدهما على الآخر (٤) .

(١) القرضاوي ، يوسف القرضاوي ، غير المسلمين في الشريعة الإسلامية ، منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط : (http://www.aljazeera.net).

(٢) الطوري ، البحر الرائق ، (٥٧١/٨) . الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، (٤ / ٤٨٦) . الشربيني ، مغني المحتاج ، (٣ / ٢٤) . البهوتي ، كشف القناع ، (٤ / ٤٧٨) . ابن المرتضى ، أحمد بن يحيى المرتضى ، البحر الزخار ، تح . محمد بن يحيى بهران ، دار الحكمة ، صنعاء ، ١٩٨٦ ، (٣٦٩/٦) . ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، التمهيد ، تح . مجموعة من المحققين ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، ١٤١٢ هـ ، (١٦٤/٩) . ابن حزم ، المحلى ، (٣٣٧/٨) .

(٣) الرملي ، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ، (٢٧/٦) . الجرجاني ، شرح السراجية ، ص ٢١ .

(٤) ابن رشد ، بداية المجتهد ، (٢٨٧/٢) .

ثانياً / الأدلة من السنة النبوية :

١. عَنْ أُسَامَةَ بْنِ زَيْدٍ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: (لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا يَرِثُ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ) (١).

٢. عَنْ ابْنِ أَبِي لَيْلَى، عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ، عَنْ جَابِرٍ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ (٢).

الحديث نصاب في عدم توارث المسلم من غير المسلم .

ثالثاً / الدليل من قول الصحابي :

قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه في عمه الأشعث بن قيس عندما ماتت وكانت يهودية ، يرثها أهل دينه (٣).

المذهب الثاني : توريث المسلم من غير المسلم وعدم توريث غير المسلم من المسلم ، والى هذا ذهب عمر بن الخطاب ومعاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان من الصحابة والحسن البصري وذهب الى ذلك ايضا سعيد بن المسيب ومسروق بن الأجدع وعبد الله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر وإسحاق بن راهويه وعن محمد بن الحنفية وعن علي بن الحسين وأبنة محمد الباقر وفقهاء الشيعة الإمامية وبعض فقهاء الشيعة الزيدية الى أن المسلم يرث الكافر الأصلي، فإن مات الكافر عن قريب من دينه وآخر مسلم، قسمت تركته بينهما حسب أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا إن مات الكافر الأصلي عن غير قريب من دينه

(١) مسلم ، مسلم بن الحجاج القشيري ، المسند الصغير المختصر ، تح.محمد فؤاد عبدالباقي ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة ، (١٢٣٣/٣) ، كتاب الفرائض ، رقم الحديث (١٦١٤).

(٢) الترمذي ، محمد بن عيسى الترمذي ، الجامع الكبير- سنن الترمذي ، تح . بشار عواد معروف ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩٨ ، (٤٩٦/٣) ، أبواب الفرائض ، باب لا يتوارث أهل ملتين ، رقم الحديث (٢١٠٨) ، وقال هذا حديث غريب.

(٣) مالك ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني ، موطأ الإمام مالك ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص٥١٩. الدارمي ، عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل الدارمي ، المسند الجامع ، تحقيق نبيل بن هاشم بن عبدالله الغمري ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، ٢٠١٣ ، ص٧٠٧.

وله قريب مسلم فقط، ورث المسلم كل التركة^(١). واستدل القائلون بتوريث المسلم من الكافر الأصلي بالسنة والقياس وقول الصحابي:

أولاً / الأدلة من السنة الشريفة:

١ - عن حشر بن عبد الله بن حشر حدثني أبي عن جدي عنه أنه جاء يوم الفتح مع أبي سفيان بن حرب ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم حوله أصحابه ، فقالوا: هذا أبو سفيان وعائذ بن عمرو ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " هذا عائذ بن عمرو ، وأبو سفيان ، الإسلام أعز من ذلك ، الإسلام يعلو ، ولا يعلو " ^(٢).

٢ - عن عبد الله بن بريدة، أن أخوين، اختصما إلى يحيى بن يعمر، يهودي ومسلم، فورث المسلم منهما، وقال: حدثني أبو الأسود، أن رجلاً، حدثه أن معاذاً، حدثه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (الإسلام يزيد ولا ينقص، فورث المسلم)^(٣).

وحرمان المسلم من ميراث الكافر فيه نقصان للمسلمين ولثرواتهم.

ثانياً / الدليل من القياس:

إن المسلمين ينكحون نساء أهل الكتاب ولا ينكح أهل الكتاب نساء المسلمين ، ويجوز للمسلمين أن يغنم أموال الكافرين بسبب الحرب ، فكذا يرث المسلمون أهل الكتاب ولا يرث أهل الكتاب المسلمين^(٤).

(١) الجرجاني ، شرح السراجية ، ص ٢١ . الحلبي ، نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، المختصر النافع في الفقه الامامية ، دار الاضواء ، بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ٢٦٥ . ابن عبد البر ، التمهيد ، (٩ / ١٦٣) . ابن حزم ، المحلى ، (٣٣٧/٨) ، ابن المرتضى ، البحر الزخار ، (٣٦٩/٦) ، الحلبي ، نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي ، شرائع الإسلام ، دار القارئ ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، (٢ / ٢٦٤).

(٢) الألباني ، محمد ناصر الدين الألباني ، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٨٥ م ، (١٠٦/٥) ، رقم الحديث (١٢٦٨) ، وقال حديث حسن .

(٣) أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق ، سنن أبي داود ، تح. محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العصرية ، بيروت ، بدون سنة ، (١٢٦/٣) ، كتاب الفرائض ، باب هل يرث المسلم الكافر ، رقم الحديث (٢٩١٢) ، وقال الألباني حديث ضعيف.

(٤) ابن قدامة ، موفق الدين ابن قدامة المقدسي ، المغني ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي ، عبد الفتاح الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٩٩٧ ، (٩ / ١٥٥) .

ثالثاً / الدليل من قول الصحابي:

عن أبي الأسود الديلي أنه اختصم الى معاذ بن جبل رضي الله عنه أخوان مسلم ويهودي مات أبوهما يهوديا فحاز ابنه اليهودي ميراثه فنازعه المسلم فورث معاذ المسلم^(١) .

أخرج ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن معقل قال : ما رأيت قضاءً أحسن من قضاء معاوية نرث أهل الكتاب ولا يرثوننا كما يحل لنا النكاح منهم ولا يحل لهم منا^(٢) .

المناقشة والترجيح :

رد الجمهور على القائلين بارت المسلم من غير المسلم بما يلي :

أولاً : حديث (الإسلام يعلو ولا يعلى عليه) .

المقصود بالحديث هو : بأن نفس الإسلام هو الذي يعلو، على معنى أنه إن ثبت الإسلام على حده ولم يثبت على حده آخر فإنه يثبت ويعلو، أو أن المراد العلو بحسب الحجة أو بحسب القهر والغلبة، أي النصر في العاقبة للمسلمين، أو بحسب الداخلين فيه، فإن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلّة من يرتد وكثرة من يسلم^(٣) .

ثانياً : إن التوارث مبني على الموالاة والمناصرة ولا موالاة بين المسلم والكافر بحال وأما النكاح فمن نوع الاستخدام^(٤) .

ثالثاً : حديث (الإسلام يزيد ولا ينقص) مجمل وغير متفق على صحته وحديث (لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم) مفسر ومتفق عليه فتعين^(٥) .

الترجيح : كما هو واضح بأن الراجح ما ذهب اليه الجمهور لقوة أدلتهم .

(١) المغربي ، الحسين بن محمد سعيد المغربي ، البدر التمام شرح بلوغ المرام ، تح . علي بن عبدالله زين ، دار الهجرة ، ١٩٩٤ ، (٤٨٥/٦) .

(٢) بن أبي شيبة ، أبي بكر عبدالله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة العبسي ، المصنف لابن أبي شيبة ، تحقيق أسامة بن إبراهيم بن محمد ، الفاروق الحديثة ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، (٣٢٩/١٠) .

(٣) الشوكاني ، محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق ، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٧ هـ ، (٣٧٧/١١ - ٣٧٨) .

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، (٢٤/٣) .

(٥) ابن قدامة ، المغني ، (١٥٥/٩) .

٣. ٦. ٢. المطلب الثاني : موقف القانون العراقي من مانع إختلاف الدين

بعد سقوط النظام السابق في عام ٢٠٠٣م وصدور الدستور الدائم لدولة العراق في سنة ٢٠٠٥م الذي أعطى للعراقيين الحق في التعامل بحسب أحوالهم الشخصية ومن ضمنها الأقاليم على ألا تتعارض الدستور والقوانين الاتحادية النافذة وذلك إستناداً لأحكام المادة (١٢١) من الدستور العراقي الدائم، كانت المحاكم الشرعية منذ بداية تأسيس الدولة العراقية تراعي مسائل التوارث بين غير المسلمين بقوانين مختلفة وعلى مراحل؛ الأولى مرحلة ما قبل السقوط في سنة ٢٠٠٣م ، والثانية مرحلة ما بعد السقوط وصدور الدستور الدائم في سنة ٢٠٠٥م ، وسنفرد لكل مرحلة فرعاً مستقلاً .

أولاً: مرحلة ما قبل السقوط :

لم يشر قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل الى موانع الإرث، لكن المادة (٩٠) من هذا القانون نصت على :

مع مراعاة ما تقدم ، يجري توزيع الإستحقاق والأنصبة على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ ، كما تتبع فيما بقي من أحكام المواريث .

كما نصت المادة (١) فقرة ٢ من القانون على " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون " .

إذن يمكن القول في ضوء الجمع بين المادتين أعلاه، أن القانون العراقي أحال في مسألة إختلاف الدين كمانع من موانع الإرث أم لا عموماً على الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م لأنها تعتبر من أحكام المواريث .

وهاهنا مسألتان يجب معرفتهما: الأولى هي تحديد المقصود ب " الأحكام الشرعية " التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ ومعرفة ما جاء فيها بخصوص توارث غير المسلمين، والثانية هي مدى خضوع العراقي الغير المسلم لقانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ ومن ثم للأحكام الشرعية التي أحال عليها هذا القانون فيما يتعلق بالتوارث بين غير المسلمين، وسنخصص لكل مسألة قسماً مستقلاً .

القسم الأول : تحديد الأحكام الشرعية المرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية العراقي :

لا يوجد نص صريح يحدد بدقة وبوضوح ماهية الأحكام الشرعية المرعية قبل تشريع قانون الاحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩م ، إلا أن هناك بعض النصوص القانونية والوقائع التاريخية التي يمكن من خلالها الوصول الى نتيجة مفيدة وإن كانت ظنية وكما يلي :

١ - فقد نصت المادة (٧٥) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على ما يأتي :

تقسم المحاكم الدينية الى:

اولا : المحاكم الشرعية .

ثانيا : المجالس الروحانية الطائفية.

٢ - ونصت المادة (٧٦) من ذات القانون على " تنظر المحاكم الشرعية وحدها في دعاوى المتعلقة بأحوال المسلمين الشخصية والدعاوى المختصة بإدارة أوقافهم .

٣ - أما المادة (٧٧) فقد نصت على : " يجري القضاء في المحاكم الشرعية وفقاً للأحكام الخاصة بكل مذهب من المذاهب الإسلامية بموجب أحكام قانون خاص، ويكون القاضي من مذهب أكثرية السكان في المحل الذي يعين له، مع بقاء القاضيين السنيين والجعفرين في مدينتي بغداد والبصرة " .

٤ - نصت المادة (٦) من قانون المحاكم الشرعية لسنة ١٩٢٣ على ما يأتي :

" إذا أقيمت دعوى مما يجب الفصل فيها وفقاً للفقهاء الجعفري لدى قاض من السنة فعليه أن يحيل القضية الى عالم جعفري يبدي فتواه فيها ثم يصدر قراره وفقاً لتلك الفتوى "، ونصت المادة (٧) من القانون نفسه على " إذا أقيمت دعوى مما يجب الفصل فيها وفقاً للمذهب السني لدى قاض من الجعفرية فعليه أن يحيل القضية الى عالم سني ليبدي فتواه فيها ثم يصدر قراره وفقاً لتلك الفتوى " .

يمكن أن نستنتج من منطوق هذه النصوص ومن مفهومها أن الأحكام الشرعية المرعية قبل صدور قانون الاحوال الشخصية هي الأحكام الشرعية الخاصة بمذهب أكثرية السكان في العراق، ومن المعلوم أن المسلمين في العراق ينقسمون الى سنة وشيعة إمامية، وسنة العراق يتبعون المذهبين الحنفي والشافعي بشكل يكاد يكون متساوياً، إذ المسلمون الأكراد في كردستان

العراق يتبعون المذهب الشافعي وكذا بعض السنة في الموصل وغرب العراق وجزء من بغداد، لكن المذهب الحنفي أكثر شهرة لأنه كان المذهب الرسمي لدولة الخلافة العثمانية والتي كان العراق جزءاً منها لمئات السنين، أما المذهبين المالكي والحنبلي فلا أتباع لهما يذكران في العراق، أما الشيعة الإمامية في العراق فهم يتبعون المذهب الجعفري^(١).

يتبين لنا بأن قبل صدور قانون الأحوال الشخصية العراقي سنة ١٩٥٩م إن أكثرية السكان في العراق هم من أتباع المذهب الحنفي والجعفري والشافعي ، وعلى هذا الأساس فإن تطبيق الأحكام الشرعية لا يخرج من هذه المذاهب الثلاثة.

القسم الثاني : القانون الواجب التطبيق على العراقي غير المسلم فيما يتعلق بالميراث :

نحاول في هذا القسم أن نجيب عن سؤال مفاده ؛ هل يخضع العراقي غير المسلم لأحكام الميراث الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ أم لا ؟ ومن ثم يخضع بدوره للأحكام الشرعية الخاصة بالمذاهب المرعية قبل تشريع هذا القانون وهي المذهب الحنفي والجعفري والشافعي والتي أحال عليها القانون المذكور في المادة (٩٠) ؟

الجواب : نقول : نعم يخضع العراقي غير المسلم لأحكام الميراث الواردة في قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ وما أحالت عليه نصوص هذا القانون من أحكام المذاهب الثلاثة، والدليل على ذلك ما يأتي :

أولاً : نصت المادة (٧٩) من القانون الأساسي العراقي لسنة ١٩٢٥ على ما يأتي: تنظر المجالس الروحانية فيما يلي :

١- في المواد المتعلقة بالنكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية وتصديق الوصايات ما لم تكن مصدقة من كاتب العدل خلا الأمور الداخلة ضمن إختصاص المحاكم المدنية في ما يخص أفراد الطائفة عدا الأجانب منهم .

٢- في غير ذلك من مواد الأحوال الشخصية المتعلقة بأفراد الطوائف عند موافقة المتقاضيين .

(١) الخروفة، علاء الدين اسماعيل خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقية، المعارف، بغداد، ١٩٦٣م، ص ٢٣. الشاوي ، نعمان منذر الشاوي ، توارث مختلفي الدين ، جامعة النهريين ، بغداد ، ٢٠٠٦م ، ص ١٧.

ثانيا : أما المادة (٨٠) فقد نصت على ما يأتي : تعين أصول المحاكمات في المجالس الروحانية الطائفية والرسوم التي تؤخذ فيها بقانون خاص، وتعين أيضاً بقانون الوراثة وحرية الوصية وغير ذلك من مواد الاحوال الشخصية التي ليست من إختصاص المجالس الروحانية الطائفية .

ثالثاً: بين المشرع العراقي في المادة (١٢) من قانون تنظيم المحاكم الدينية للطوائف المسيحية والموسوية رقم (٣٢) لسنة ١٩٤٧ إختصاص المحاكم والمجالس الطائفية ، فقصرها على النكاح والصداق والطلاق والتفريق والنفقة الزوجية فقط .

رابعاً : قرر المشرع العراقي في المادة (٢٠) من نفس القانون بأنه؛ " فيما عدا الطوائف التي تنشأ لها محاكم ومجالس وفقاً لنصوص هذا القانون، تبقى المحاكم المدنية مختصة بالنظر في دعاوى الاحوال الشخصية الخاصة بالمنتسبين الى سائر الطوائف الإسلامية وفقاً للأحكام المقررة في بيان المحاكم "

خامساً : . إن المادة (١١) من بيان تأسيس المحاكم لسنة ١٩١٧ قضت بأنه؛ " تنظر المحاكم المدنية فضلاً عن المواد المدنية والتجارية، التي كانت تنظر فيها الى الآن، في الدعاوى المتعلقة بالنكاح والطلاق والوصية والمناسبات العائلية والحجر والإرث والهبة والوقف وما أشبه ذلك مما هو معبر عنه فيما يأتي بالمواد الشخصية، بإستثناء ما كان من ذلك عائداً الى المحاكم الشرعية، وتفصل في تلك الدعاوى "

سادساً : نصت المادة (٢) فقرة ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ على ما يأتي؛ "تسري أحكام هذا القانون على العراقيين، إلا من أستثنى منهم بقانون خاص" .

وعليه يمكن القول بأن الدعاوى الخاصة بكل ما يتعلق بإرث غير المسلمين من العراقيين عموماً، أهل الكتاب وغيرهم، تكون من إختصاص المحاكم المدنية (محكمة الأحوال الشخصية) بحسب الأحكام القانونية المعمول بها عندنا الآن، ذلك لعموم لفظ "العراقيين " الوارد في المادة ٢ فقرة ١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي، وحيث لم يوجد قانون خاص ينظم موارد غير المسلمين، فإنهم يخضعون لذات القانون الذي يخضع له العراقيون المسلمون^(١) .

(١) الخطيب ، أحمد علي الخطيب ، موجز أحكام الميراث ، دار البصري ، بغداد ، ١٩٦٦ ، ص ٥٥ - ٥٦ .

أقول : يقول القاضي النعمان منذر الشاوي : يتحصل لدينا من نصوص قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني أن حكم التوارث بين غير المسلمين العراقيين يجد مستقره في الأحكام الشرعية المرعية قبل صدور قانون الأحوال الشخصية، وهذه الأحكام كما أسلفنا ترجع في مجملها الى المذهب الحنفي والجعفري (الإمامي) والشافعي، وإذا إستذكرنا الحكم الشرعي الخاص بمسألة التوارث بين غير المسلمين في هذه المذاهب الثلاثة وجدناها متفقة على جواز التوارث بين غير المسلمين مطلقاً وعدم توارث غير المسلمين من المسلمين وهناك خلاف بين المذهب الجعفري والحنفي والشافعي في توريث المسلم من أقربائه الغير مسلمين فيرجع القاضي في ذلك الى مذهب المتقاضين^(١) ، وهذا ما ذهب اليه جمهور الفقهاء الى أن غير المسلمين يتوارثون فيما بينهم، لأنهم ملة واحدة ، وأستدلوا بعدة أدلة من الكتاب والسنة^(٢).

ثانياً: مرحلة ما بعد السقوط :

بعد السقوط و تشكيل حكومة إنتقالية كانت المهام الرئيسية لهذه الحكومة هي الأعداد لقيام الإنتخابات العراقية لاختيار برلمان وحكومة دائمية في العراق مدتها أربعة سنوات والتصديق على مسودة الدستور الذي كتب من قبل الجمعية الوطنية العراقية في الحكومة العراقية الانتقالية وقد تم التصديق على مسودة الدستور في ١٥ حزيران ٢٠٠٥م في إستفتاء شعبي وافق بالأغلبية، و من خلال هذا الدستور كانت موقف التشريع العراقي من مسألة التوارث بين غير المسلمين واضحة فقد نص في المادة (٤١) بأن:العراقيون أحرار في الإلتزام بأحوالهم الشخصية، حسب دياناتهم أو مذاهبهم أو معتقداتهم أو إختياراتهم، وينظم ذلك بقانون .

والملاحظ على هذه المادة أنها شملت بحكمها كل العراقيين – مسلمين وغير مسلمين، فأصبح بموجبها لغير المسلمين العراقيين أن يختاروا من الأحكام ما يشاؤون لأحوالهم الشخصية، على أن يتم تنظيم ذلك بقانون، وعلى أن لا يتعارض هذا القانون مع ثوابت أحكام الإسلام كما جاء في المادة (٢) / أولاً/ أ من الدستور العراقي الدائم لسنة ٢٠٠٥م: على أنه؛ لا يجوز سن قانون يتعارض مع ثوابت أحكام الاسلام .

(١) الشاوي ، نعمان منذر الشاوي ، توارث مختلفي الدين ، جامعة النهدين ، بغداد ، ٢٠٠٦م ، ص ١٩ .
(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (٥٧١/٨) . الشربيني ، مغني المحتاج ، (٢٥/٣) . النووي ، روضة الطالبين ، (٢٩/٦) . ابن قدامة ، المغني ، (٢٤٧/٦) . الحلي ، شرائع الإسلام ، (٧/٤) .

٣. ٦. ٣ المطلب الثالث: ميراث الزوجة الكتابية وشمولها بالوصية الواجبة

نص القرآن الكريم على ميراث الزوجين في قوله تعالى: (وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةٍ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ) [النساء: ١٢] فالآية تبين أن كلا من الزوجين لا يرث إلا بطريق الفرض وقد أجمع العلماء على ذلك^(١).

وللزوجين نصيبا في الميراث لا يخلو من حالتين إثنين سنستعرضهما فيما يلي بناء على كل واحد منهما:

أ - أحوال الزوج :

الحالة الأولى: يرث الزوج نصف ميراث زوجته بطريق الفرض ، إذا لم يكن لها فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب ، وهو الابن وابن الابن وإن نزل ، والبنت وبنت الابن وإن نزل ، سواء أكان هذا الفرع الوارث من الزوج أم من غيره .

الحالة الثانية: يرث الربع بطريق الفرض ، وذلك إذا كان للزوجة فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب ، سواء أكان هذا الفرع الوارث من هذا الزوج أم من غيره.

ب - حالات الزوجة :

لا ترث الزوجة إلا بطريق الفرض ، ولها حالتان :

الحالة الأولى: أن يكون فرضها الربع ، وذلك إذا لم يكن لزوجها فرع وارث بطريق الفرض أو التعصيب ، وهو الابن وابن الابن وإن نزل ، والبنت وبنت الابن وإن نزل ، سواء أكان هذا الفرع الوارث ولدا له من هذه الزوجة أم ولدا له من غيرها .

(١) سيد قطب ، سيد قطب ابراهيم حسين الشاربي ، في ظلال القرآن ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة ، ص ٢٦٠.

وتترث الزوجات فيه كنصيب الزوجة الواحدة، قال ابن قدامة: وإنما جعل للجماعة مثل ما للواحدة .

الحالة الثانية: أن يكون فرضها الثمن ، وذلك إذا كان للزوج فرع وارث منها أو من غيرها.

ج - شروط التوارث بين الزوجين :

نص الفقهاء على أنه يشترط للميراث بالزوجية شرطان :

١ - أن تكون الزوجية صحيحة :

إتفق الفقهاء على أن الزوجية الصحيحة توجب الحق في الميراث، واتفقوا على أنه لا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده ؛ لعموم الآية ، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى لبروع بنت واشق بالميراث ، وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ، ولم يفرض لها صداقا . ولأن النكاح صحيح ثابت ، فيورث به ، كما بعد الدخول^(١) .

٢- قيام الزوجية عند الوفاة :

وذلك بأن تكون الزوجية قائمة وقت الوفاة حقيقة ، أو أن تكون قائمة حكما ، وذلك بأن تكون الزوجة مطلقة طلاقا رجعيا ، وهي في العدة. أما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لا توارث بينهما، ولو كانت الوفاة في حال العدة ، إلا إذا كان من تولى سبب الفرقة قد اعتبر فارا من الميراث ، وذلك إذا كان مريضا مرض الموت.

أقول : كما ذكرنا في المطلب الاول ان الفقهاء مجمعون على عدم توريث غير المسلم من المسلم ، وما نحن فيه هو لو أن مسلما تزوج كتابية ثم مات مع وجود الشرطين الذين مر ذكرهما وهما : كون الزوجية صحيحة وقيامها عند وفاة الزوج ، فما حكم زوجته من ميراث زوجها ، أي هل لها ميراث مثل الزوجة المسلمة ام لا ؟

قبل الجواب عن ذلك أردت أن أقول :

إن أي حكم في الميراث وعمل القسامات الشرعية تقسم الى حالتين : حالة التراضي وحالة التقاضي .

أولاً: حالة التراضي :

(١) الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، (٥٤/٣).

وهي أن يتفق الورثة على تقاسم التركة بشكل يرضي الورثة جميعا فمهما كان تقسيمهم وعلى أي شكل يكون يصح هذا الأمر بشرط الأهلية الكاملة للورثة جميعا وهذا يدخل من باب الصلح يقول الله (الصلح خير) وكما هو معروف أن القاعدة القانونية تقول : (الصلح سيد الأحكام) ، فالناس يلجأون للقانون عندما يختلفون أما في حالة الإتفاق فلا يحق للمحكمة أن تتدخل في أي إتفاق يحصل بين الورثة إلا من باب توثيق الإتفاق وتقنيته^(١).

ثانيا : حالة التقاضي^(٢) :

ويقصد بها أن طرفي العلاقة الإرثية اتجهوا الى القضاء لتقاسم التركة فيما بينهم وإن لم يختلفوا لكنهم لم يتصالحوا فيما بينهم على صيغة معينة لتقاسم التركة عند ذلك فيجب على القاضي أن يحكم بينهم وفق قانون الأحوال الشخصية المستنبط من الشريعة الإسلامية لقوله تعالى (وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) [المائدة:٤٩]، وكذا إن ترفع طرف دون طرف، وجب على القاضي المسلم أيضاً الحكم بينهما وفق أحكام الشريعة الإسلامية لقوله تعالى (وَأَنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ) ، ولأن في ذلك فض للنزاع وحسم للخلاف والقاضي مأمور بذلك، ولأن القاضي يلزمه دفع من قصد واحدا منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما ، ودليله أيضاً قوله تعالى؛ (فَإِنْ جَاءوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ) [المائدة : ٤٢] .

إذن نستخلص من الكلام السابق انه في حالة اذا توفى شخص مسلم وكانت زوجته كتابية ففي حالة التراضي قد تؤول التركة كلها لها إذا تنازل لها الورثة ، لكن إذا تم رفع الأمر الى القضاء لاصدار قسام شرعي اي في حالة التقاضي فلن تأخذ الزوجة الكتابية اي شي حسب قانون الاحوال الشخصية العراقي لان من موانع الميراث اختلاف الدين ، هنا تدخل المشرع الكردستاني وشمل الزوجة الكتابية بالوصية الواجبة فعدل النص السابق المتعلق بالوصية الواجبة فقد قام في سنة ٢٠٠٨ بتعديل قانون الاحوال الشخصي ففي المادة (٧٤) المتعلقة بالوصية الواجبة قام بتعديل المادة كما ذكرت في المبحث الاول ، لكن الذي ساتكلم عليه في هذا المطلب هو انه اضافة الى الوصية الواجبة الزوجة الكتابية لانها محرومة من الميراث فقد نص على مايلي :

(١) مجموعة من العلماء ، الموسوعة الفقهية ، (٣٣/٢١٧).

(٢) الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلتة ، (٥/٦٨٣-٦٨٤).

(فيما يتعلق بتعديل المادة الـ ٧٤ من الباب الثامن في أصل القانون تمت المصادقة على هذه الصيغة التالية :

يوقف العمل بالمادة ٧٤ من القانون في اقليم كردستان - العراق ويحل محله ما يلي : -
(-إذا اجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد أو أولاد أولاد الأولاد مع أولاد الأولاد وإن نزلوا يحلون محل والدهم المتوفى أو والدتهم المتوفاة وينتقل اليهم ما يستحقه من الميراث لو كان على قيد الحياة على أن لايزيد عن ثلث التركة إذا لم يرثوا ولم يعطهم الجد أو الجدة ما يساوي إستحقاقهم وإذا أعطاهم الأقل يكمل من الوصية الواجبة.

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

ففي نظر المشرع الكردستاني أنه أنصف الزوجة الكتابية فلم يستطع أن يعطيها الميراث كاملاً باعتبار أن ذلك مخالف لنصوص شرعية كما ذكرنا سابقاً ، فقام بشملها بالوصية الواجبة، لكن لدي بعض الملاحظات على هذا الإنصاف الذي أراده المشرع الكردستاني فأقول :

وفي رأي إن هذه التعديلات ليس لها أي مبرر ، بالإضافة الى خطأها فالوصية الواجبة كانت لأولاد الأولاد مع وجود الأولاد _ أي أعمامهم أحياء عند موت جدهم ، أما شمول الزوجة الكتابية بالوصية الواجبة خطأ فضيع ، فالوصية الواجبة حددها القانون بالنسبة للأحفاد بأنها مثل حصة أمهم أو أبيهم ما لم تتجاوز الثلث ، بينما أطلقها بالنسبة للزوجة.

ولقد التقيت مع قضاة عملوا في محكمة الأحوال لسنيين طويلة فسألتهم الأسئلة التالية وطالبتهم بالجواب ؟

السؤال الأول : أن الوصية لها حد أعلى وهو ثلث التركة فلماذا لو كانت حصة الإبن المتوفى قبل المورث أكثر من الثلث فعند ذلك يعطى الأحفاد الثلث فقط فإذا قامت زوجة تتطالب بثلث التركة فهل يحق لها ذلك أم لا ؟

كان الجواب : لا .

لماذا ؟

لأنها لا يحق لها أن تطلب أكثر من حصة الزوجة المسلمة .

قلت : من أين لكم هذا التفسير ؟ لايوجد جواب لذلك السؤال .

السؤال الثاني : هل ستعامل مثل الزوجة المسلمة أم لا ؟

الجواب : نعم

السؤال : لماذا ؟ وما علاقتها بالزوجة المسلمة ؟

فالأحفاد سيأخذون حصة أبيهم أم أمهم لأنهم لو كانوا أحياء لورثوا من جدهم فهو أصلهم ويعتبرون أبناءه ، ولكن هذا الأمر غير موجود في الزوجة الكتابية إذا ساوت أو شبهت نفسها بالزوجة المسلمة .

نجد أن بعض القضاة يحتج بأن الزوجة لها فضل على زوجها فمن غير المعقول أن تحرم من أي شيء من ميراث زوجها لفضلها على زوجها .

أقول : لو كان بالفضل لكان الأولى للمشرع أن يشمل الأم والأب الكتابيين بالوصية الواجبة فهم أولى بابنهم من زوجته أو يشمل الأبناء الكتابيين إذا أسلم أبوهم لأنهم أولى الناس بماله، وفي رأيي المتواضع إن هذا التعديل خطأ والأولى إلغاء هذه الفقرة كليا والله أعلم .

٤. الفصل الثالث: تعديل إقليم كردستان على المادة (٩١) من القانون

إن المادة (٩١) تتعلق بميراث الزوجين ، وكم يأخذ كل زوج من تركة الآخر بعد موته وقد تكلمت بتلخيص عن شروط ميراث الزوجين وأنصبتهما في الفصل السابق ، أما في هذا الفصل سأسلط الضوء على الذمة المالية للزوجة والمادة (٩١) والتعديل الذي طرأ عليها ، ولهذا قسمت هذا الفصل الى أربعة مباحث :

المبحث الأول : أثاث البيت وملكيته .

المبحث الثاني : الذمة المالية للزوجة .

المبحث الثالث: تعديل المادة (٩١) دراسة وتعديل .

المبحث الرابع : مقارنة بعض القوانين و تعديل اقليم كردستان .

٤ . ١ . المبحث الأول : أثاث البيت وملكيته

يقصد بأثاث البيت : ما يستعمله الزوجان في حياتهما الزوجية من أثاث وفرش وغطاء وغيرها من الأمور التي ذكرها الفقهاء ، وفي زماننا لا تخلو غرفة معدة للزوجين أو بيت إلا فيها من الأمور التي كانت غير موجودة سابقاً كالثلاجة وجهاز التبريد والتدفئة وغير ذلك ، فهذه الأمور من يقوم بإعدادها وشرائها ؟ أن كل بلد أو منطقة لها أعرافها ففي مصر مثلاً يعد تأثيث البيت على الزوجة بغض النظر عما تستلمه من الزوج من مهر ، أما في إقليم كردستان العراق فالأمر مختلف فمثلاً نحن في محافظة دهوك تختلف العادات من منطقة إلى أخرى ، ففي مركز المحافظة وبعض أحيائها كعمادية وزاخو وسميل المرأة ليس لها علاقة بأثاث البيت وإنما على الزوج تجهيز كل الأثاث وإعداد بيت الزوجية كاملاً أو إعداد غرفة كاملة من كل ما يحتاجه الزوجان - بينما في نفس المحافظة وفي قضاء (بردرش) تختلف العادة فعندهم يكون تأثيث بيت الزوجية كله على المرأة من مهرها التي تستلمه من زوجها، فتأتي المرأة إلى بيت الزوجية ومعها أثاث كامل، ويطلق عليه أيضاً في كتب الفقه [الشورة]، وقد اختلف الفقهاء من يجب عليه هذا الجهاز، هل المرأة، يجب عليها أن تؤثث البيت ؟ أم وليها ؟ أم الزوج ؟ فإن لهذا الاختلاف علاقة بهذه الحالة، لأنه تصرف في مال الزوجة عن طريق إلزامها بشراء شيء، وإلزام الغير بشيء هو نوع من التصرف فيه، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين :

الرأي الأول: عدم إجبار المرأة على الجهاز، فلا تجبر هي ولا غيرها على التجهيز، وهو قول الشافعية والحنابلة، والظاهرية، قال ابن حزم: (ولا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه بشيء أصلاً ، لا من صداقها الذي أصدقها ، ولا من غيره من سائر مالها ، والصداق كله لها تفعل فيه كله ما شاءت ، لا إذن للزوج في ذلك ، ولا إعتراض)^(١) ، ومن الأدلة على ذلك :

قول الله تعالى: (وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا) [النساء: ٤] ، فافترض الله عز وجل على الرجال أن يعطوا النساء صدقاتهن نحلة ، ولم يبح للرجال منها شيئاً إلا بطيب أنفس النساء^(٢) .

(١) الشريبي ، مغني المحتاج ، (١٥١/٥) ، البهوتي ، كشاف القناع ، (٢٨١٣/٤) . ابن قدامة ، المغني ،

(٢٠١/١١) . ابن حزم ، المحلى ، (١٠٨/٩) .

(٣) القرطبي ، الجامع لأحكام القران ، (٢٢/٣) .

إن الله تعالى قد أوجب للمرأة حقوقاً في مال زوجها - أحب أم كره - وهي الصداق ، والنفقة، والكسوة ، والإسكان ، ما دامت في عصمته والمتعة إن طلقها، ولم يجعل للزوج في مالها حقاً أصلاً ، لا ما قل ولا ما كثر^(١) .

الراي الثاني: لزوم التجهيز، وهو قول المالكية والحنفية، وقد اختلفوا فيما يلزم بالتجهيز، وفي ذلك بعض التفاصيل، نلخصها فيما يلي:

مذهب المالكية : إذا قبضت الحال من صداقها قبل بناء الزوج بها، فإنه يلزمها أن تتجهز به على العادة من حضر أو بدو ، حتى لو كان العرف شراء دار لزمها ذلك ، ولا يلزمها أن تتجهز بأزيد منه. ومثل حال الصداق ما إذا عجل لها المؤجل وكان نقداً، وإن تأخر القبض عن البناء لم يلزمها التجهيز سواء أكان حالاً أم حل ، إلا لشرط أو عرف ، قال ابن عرفة: المشهور وجوب تجهيز الحرة بنقدها العين ، ويشترى من الجهاز عندهم الآكد ، فالآكد عرفاً من فرش ووسائد وثياب وطيب وخدام إن اتسع لها، وما أحله بعد البناء ، فلا حق للزوجة في التجهيز به^(٢) .

مذهب الحنفية: أنه لو زفت الزوجة الى الزوج بلا جهاز يليق به فله مطالبة الأب بالنقد، إلا إذا سكت طويلاً فلا خصومة له، ولا يرجع على الأب بشيء ، لأن المال في النكاح غير مقصود، وهذا يدل على أن الأب هو الذي يجيز ، لكن هذا إذا كان هو الذي قبض المهر ، فإن كانت الزوجة هي التي قبضته فهي التي تطالب به على القول بوجوب الجهاز ، وهو بحسب العرف والعادة^(٣) .

ومن الأدلة على ذلك :

• قول الله تعالى: (الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) [النساء : ٣٤] .

(١) ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، (٣/٣١٦) .

(٢) الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، (٣/١٧٤) . الدردير ، شرح الصغير ، (٢/٤٥٨) . الخرشي ، الخرشي على مختصر خليل ، (٣/٢٨٤) .

(٣) ابن عابدين ، رد المختار ، (٣/٦٤٢) .

• أن الشرع اعتبر الزواج لمالها ولم ينفه ، قال - صلى الله عليه وسلم - : تنكح المرأة لمالها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يمينك^(١) .

• أن رجلا خطب الى رجل ابنته من امرأة عربية فأنكحها إياه فبعث إليه بابنة له أخرى أمها أعجمية ، فلما دخل بها علم بعد ذلك فأتى معاوية فقص عليه ؟ فقال: معضلة ولا أبا حسن - وكان علي حربا لمعاوية - فقال الرجل لمعاوية فأذن لي أن أتيه ؟ فأذن له معاوية ، فأتى الرجل علي بن أبي طالب فقال: السلام عليك يا علي ، فرد عليه السلام ، فقص عليه القصة ؟ فقضى علي على أبي الجارية بأن يجهز ابنته التي أنكحها إياه بمثل الصداق الذي ساق منها لأختها بما أصاب من فرجها ، وأمره أن لا يمس امرأته حتى تنقضي عدة أختها^(٢) .

• عن إبراهيم النخعي أن رجلا تزوج جارية فأدخل عليه غيرها ؟ فقال إبراهيم: للتي دخل بها الصداق الذي ساق ، وعلى الذي غره أن يزف إليه امرأته بمثل صداقها^(٣) .

• عن أنس - رضي الله عنه - في خطبة علي - رضي الله عنه - لفاطمة، رضي الله عنها، أن عليا باع درعه بأربعمائة وثمانين قال: فأتيت بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فوضعتها في حجره فقبض منها قبضة فقال: يا بلال أبغنا بها طيبا، وأمرهم أن يجهزوها، قال: فجعل لنا سرير مشروط بالشرط ووسادة من آدم حشوها ليف وملء البيت كثيبا^(٤) .

الترجيح:

نرى أن الأرجح في المسألة هو العرف وأن يترك الأمر للعرف، لأن العرف شرعاً عند الخلاف لكن لاتحمل المرأة أكثر من طاقتها.

إذن أثاث البيت ملكيته تعود الى من ؟

الجواب واضح وهو :

(١) البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر ، (٧/٧).

(٢) ابن حزم ، المحلى ، (٩/ ١١١)،

(٣) ابن حزم ، المصدر السابق .

(٤) ابن حزم ، المصدر السابق ، (٩/ ١١٢)، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، (٣٢٢/٢) ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، (٤/ ١٩٣) ، الهيثمي ، احمد بن محمد بن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، بدون طبعة ، ١٩٨٣ ، (٣١٩/٨).

إذا تم شراؤه من مهر قبل الزوج والمرأة استلمت مهرها كاملا ولم تشتري شيئا من الأثاث فهو له بلا خلاف .

أما إذا كان الأثاث قد اشترته المرأة من مهرها فهو لها بلا خلاف ولا يحق للزوج إستعمال شيء منه إلا بإذنها .



٤ . ٢ المبحث الثاني : الذمة المالية للزوجة

أصبحت الذمة المالية للمرأة قضية تتناولها صفحات الصحف ، رغم أن شريعة الإسلام بينت هذه القضية بياناً واضحاً، وفصلت بين ذمة المرأة المالية وذمة أموال زوجها، لكن مع انعدام الثقة بين الزوجين أحياناً، وطمع كل منهما في مال صاحبه أحدث مثل هذه الإشكالية، فتحولت العلاقات الزوجية من المودة والرحمة الى السب والشتم، وقد تنتهي الى قاعات المحاكم .

أولاً: تعريف الذمة المالية :

هي مجموعة من الحقوق والالتزامات ذات قيمة مالية تعود لشخص سواء كان ذكراً أو أنثى، أما الحقوق والالتزامات غير المالية كحق الانتخاب أو واجب الابن في طاعة أبيه فهي لا تعد من عناصر الذمة المالية^(١) .

ثانياً: تتألف الذمة المالية من عنصرين^(٢) :

- ١ - عنصر إيجابي : يتضمن الحقوق المالية التي تكون للشخص، سواء أكانت هذه الحقوق حقوقاً عينية كملكية شيء معين، أو حقوقاً شخصية كالديون التي تترتب لصاحبها تجاه الغير .
- ٢ - عنصر سلبي : يتضمن الالتزامات المالية التي تترتب على الشخص كالتزامه بمبلغ من المال أو القيام بعمل لمصلحة شخص آخر .

والذمة المالية ليست حاصل الفرق بين عنصرَي الحقوق والالتزامات وإنما هي عبارة عن مجموعهما معاً. فكان هذه الحقوق والالتزامات جميعاً تؤلف وحدة قائمة بذاتها أو مجموعة قانونية يطلق عليها الذمة المالية^(٣) .

وقد أكدت الشريعة الإسلامية على انفصال الذمة المالية بين الزوجين، فلا سلطان للزوج على تصرفات الزوجة المالية، وراتبها حق لها، ولا يجوز للرجل أن ينظر الى مالها أو يأخذ

(١) الزحيلي ، اصول الفقه الاسلامي ، (١/١٦٣) . الفتلاوي، منصور حاتم محسن الفتلاوي ، نظرية الذمة المالية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان، ١٩٩٩م، ص١٧ .

(٢) مدكور ، محمد سامي مدكور ، نظرية الحق ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٣م، ص١١٣ .

(٣) الزحيلي ، اصول الفقه الاسلامي ، (١/١٦٤) .

منه، ولها أن تتصرف بهذه الذمة المالية تمام التصرف دون أن يسألها الرجل، وهي ليست ملزمة بالإنفاق من مالها على البيت أو الأولاد بل على الزوج أن ينفق عليها وعلى أولادها^(١).

وهذا ما أكدت عليه المجمع والمجالس الفقهية التي ناقشت هذه القضايا، فقد أصدر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي قرارًا وفتوى عن اختلافات الزوج والزوجة الموظفة، وعن انفصال الذمة المالية بين الزوجين، جاء فيه: - للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار أحكام الشرع مما تكسبه من عملها، ولها ثروتها الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف بما تملك، ولا سلطان للزوج على مالها، ولا تحتاج لإذن الزوج في التملك والتصرف بمالها^(٢).

ومن أعظم أسباب النزاع بين الزوجين المال، وكثير من حالات الطلاق سببها النزاع المالي، لا سيما إذا كانت الزوجة موظفة، أو كان هناك عقار مشترك بينهما فيحصل بذلك النزاع والشقاق الذي غالبًا ما يكون نهايته الفرقة بين الزوجين.

ولابد قبل بيان الحكم الشرعي في هذه النازلة أن نوضح بعض الأمور وهي:

أولاً: تصرف المرأة الرشيدة المتزوجة في مالها لا يخلو من حالين:

الأولى: أن يكون بعوض؛ كان تشتري أو تبيع أو تؤجر، وغير ذلك من عقود المعاوضات، فتصرفها بعوض جائز بإجماع أهل العلم، وليس لزوحها الاعتراض عليها، ولا يجب عليها استئذانه أو إخباره بذلك^(٣).

الثانية: أن تتصرف بغير عوض؛ كان تُهدي، أو تتصدق، أو تُعطي أقاربها أو غيرهم، فأصح الأقوال جواز ذلك، ولو لم يرض زوحها، أو يعلم؛ لدلالة الكتاب والسنة؛ فدلالة الكتاب قوله تعالى: {وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ} [النساء: ٦]، وجه الدلالة من الآية أن الله تعالى جعل الحجر على اليتيم -سواء كان ذكرًا أو

(١) زيدان، المفصل في أحكام المرأة، (١٤٥/٧).

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم: ١٤٤ (١٦/٢).

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (٣٠٣/٤). الشريبي، مغني المحتاج، (١٧١/٥). المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (٣٦٠/٨). ابن الهمام، شرح فتح القدير، (٣٨٣/٤).

أنثى- ويزول هذا الحجر ببلوغهما ورُشدهما، ولا يعود عليهما الحجر مرّة أخرى إلا بدليل صحيح صريح، وهذا لم يوجد في حقّ المرأة المتزوجة ، وجاء في كتاب الأم إذا جمعوا البلوغ والرشد لم يكن لأحد أن يلي عليهم أموالهم، وكانوا أولى بولاية أموالهم من غيرهم، وجاز لهم في أموالهم ما يجوز لمن خرج من الولاية ممن وليّ فخرج منها أو لم يُول، وإن الذكر والأنثى فيهما على سواء (١).

وعن ميمونة بنت الحارث -رضي الله عنها- أنها أعتقت وليدة، ولم تستأذن النبيّ - صلى الله عليه وسلم - فلما كان يومها الذي يدور عليها فيه، قالت: أشعرت يا رسول الله، أني أعتقت وليدتي؟ قال: "أَوْ فَعَلْتِ" قالت: نَعَمْ، قال: أَمَا إِنَّكَ لَوْ أُعْطَيْتَهَا أَخْوَالَكَ كَانَ أَعْظَمَ لَأَجْرِكَ (٢). قال الحافظ ابن حجر -رحمه الله-: "ميمونة كانت رشيدةً، وأعتقت قبل أن تستأمر النبيّ - صلى الله عليه وسلم - فلم يستدرك ذلك عليها، بل أرشدها الى ما هو الأولى، فلو كان لا ينفذ لها تصرف في مالها لأبطله (٣).

ثانياً: النزاع بين الزوجة الموظفة أو العاملة وزوجها:

حاجة الزوج لمالها، فربما طلب منها مالا، أو طلب قرضاً من البنك باسمها، فاعتذرت، وهذا من حقها؛ فليس للزوج حق في مالها، فإن فعلت فهذا إحسانٌ منها، وإذا رفضت لم ترتكب خطأ تستحق عليه العتب والتعير والهجر.

ثالثاً: وفي بعض الأحيان يشترك الرجل مع زوجته الموظفة في شراء عقار، أو بناء بيت، وهذا الأمر مباح شرعاً، ويكون للزوجة الربح من العقار إن حصل له ربح، وكذلك عليها من الخسارة ما على الزوج ما دام اشتركا في هذا العقار .

رابعاً: اشتراك الزوجة في التملك:

(١) الشافعي ، الأم ، (٢٤٧/٣) .

(٢) البخاري ، صحيح بخاري ، (١٥٨/٣) . مسلم ، صحيح مسلم ، (٦٩٤/٢) .

(٣) الشوكاني ، فتح الباري ، (٢١٩ /٥) .

إذا أسهمت الزوجة فعلياً من مالها أو كسب عملها في تملك مسكن أو عقار أو مشروع تجاري، فإن لها الحق في الاشتراك في ملكية ذلك المسكن أو المشروع بنسبة المال الذي أسهمت به (١).

إذن المرأة حيث تتمتع بموجب ذلك بالحقوق المالية كالرجل، فلها أن تكتسب المال بأسباب كسبه شرعاً كالإرث قال تعالى: (لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا) [النساء: ٧].

وللمرأة أن تباشر المعاملات المختلفة لكسب المال كالإجارة، قال تعالى في استئجار الظئر لإرضاع الطفل: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) [البقرة: ٢٣٣]، قال الإمام علاء الدين الكاساني في هذه الآية: نَفَى سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى الْجُنَاحَ عَمَّنْ يَسْتَرْضِعُ وَوَدَّهِ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْإِسْتِرْضَاعُ بِالْأُجْرَةِ، دَلِيلُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى {إِذَا سَأَلْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ} قِيلَ أَيِ الْأُجْرَةِ الَّذِي قَبِلْتُمْ، وَقَوْلُهُ {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦] (٢).

مما تقدم يتضح أن الإسلام أعطى المرأة أهلية كاملة مما يؤهلها للتمتع بالذمة المالية المستقلة والتي تتمكن من خلالها التصرف بأموالها وفقاً لأوجه المعاملات المشروعة دون اضطرارها لوصاية من أحد أي الرجل (أباً كان أو أخاً أو زوجاً).

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي. قرار رقم: ١٤٤ (٢/ ١٦)، الطيار، المطلق، موسى، عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، محمد بن إبراهيم موسى، التفصيل في الذمة المالية للزوجة في الفقه الميسر، مدار الوطن، الرياض، ٢٠١٢م، (١٣٥/٧).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٣٩٥/٧).

٤ . ٣ المبحث الثالث : تعديل المادة (٩١) دراسة وتحليل

في بداية المطلب علينا ان نعرف ماهي نص المادة (٩١) وماهي الصيغة المعدلة لكي نقوم بتحليل التعديل وبيان ايجابياته و سلبياته ، فنص المادة في قانون الاحوال الشخصية العراقي لسنة ١٩٥٩ المعدل هي :

المادة (٩١) :

(يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه، أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث، والربع عند عدمه).

تعذلت هذه المادة بموجب قانون التعديل الثاني لقانون الاحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩، رقمه ٢١ صادر بتاريخ ١٩٧٨، واستبدلت بالنص الاتي:

١ - يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه . أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث . والربع عند عدمه.

٢- تستحق البنت او البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد اخذ الابوين والزوج الآخر فرضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم) .

اذن التعديل جعل المادة المرقم (٩١) من فقرتين ، فابقى على المادة نفسها بصيغتها الاصلية وجعلها الفقرة الاولى ، ثم اضاف اليها فقرة ثانية ، فعدل بموجبها حصة البنات من ميراث أبيهم أو أمهم .

أما المشرع الكردستاني فقام بتعديل المادة وجعلها بالصيغة الاتية :

(١ - يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه بعد إخراج حصتها مما ساهمت به في تكوينه من التركة.

٢ - تستحق البنت أو البنات في حالة عدم وجود ابن للمتوفي ما تبقى من التركة بعد أخذ الأبوين والزوج الآخر فرضهم منها وتستحق جميع التركة في حالة عدم وجود أي منهم) .

أقول : إن المشرع الكردي أقر إضافة الفقرة الثانية وأبقاها على ما هي عليه وحسنا فعل فقد كان قبل التعديل الذي يحمل الرقم ٢١ صادر بتاريخ ١٩٧٨ تعطى إذا كانت واحدة فقط النصف فقط ، أما من مات وترك أكثر من بنت فلهم الثلثان فقط وهذا كما هو معروف إذا لم يكن معهم أخ يعصبهم ، وإذا بقي شيء من التركة سيذهب الى باقي الورثة .

مثال توضيحي :

مات رجل وترك :

زوجة لها الثمن

بنت لها النصف

إخوة أشقاء لهم الباقي

فالمسألة تصح من ٢٤ سهما ويوزع كالاتي :

للزوجة = ٣ أسهم

للبنات = ١٢ سهما

للإخوة الأشقاء = ٩ أسهم

أما بعد التعديل الأول لسنة ١٩٧٨ فيصبح القسام كالاتي :

للزوجة = ٣ أسهم

للبنات = ١٢ سهما

وللأخوة الشقاء لاشيء لأنهم محجوبون بالبنات ،

والباقى من الأسهم وهو (٩) سيرد على البنات فيصبح مجموع سهامها ٢١ سهما .

مثال آخر :

مات رجل وترك :

أب السدس

زوجة الثمن

بنتان الثلثان

فالمسألة تصح من ٢٤ سهما

للأب ٤ أسهم

للزوجة ٣ أسهم

للبنتين ١٦ سهما

سابقى سهم واحد فهو يرد الى الأب فيصبح مجموع سهامه ٥ أسهم .

أما بعد التعديل الأول لسنة ١٩٧٨ فيصبح القسام كالاتي :

للأب ٤ أسهم

للزوجة ٣ أسهم

للبنتين ١٦ سهما

سابقى سهم واحد فهو يرد الى البنات فيصبح مجموع سهامهم ١٧ سهما

فالمشرع الكردستاني أبقى على هذه الفقرة كما هي ، لكنه عدل الفقرة الاولى فقط ،
ولتوضيح ذلك كانت الفقرة الاولى بعد تعديل ١٩٧٨ هي :

(١ - يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه . أما
الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث . والربع عند عدمه).

تم تعديل هذه الفقرة سنة ٢٠٠٨ وأصبحت بالصيغة الاتية :

(١ - يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه أما
الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه بعد إخراج حصتها مما
ساهمت به في تكوينه من التركة) .

إذن تعديل الاقليم هو بإضافة عدة كلمات على الفقرة الاولى من المادة (٩١) وهذه
الكلمات هي (بعد إخراج حصتها مما ساهمت به في تكوينه من التركة) .

أقول : وقد سألت بعض القضاة ممن يمارسون حاليا القضاء في محكمة الاحوال هل هي لتذكير القاضي المرأة أن لها الحق المطالبة بحقها اضافة الى حصتها من الميراث ؟

أم هي إعطاء الزوجة الحق بالمطالبة ببعض التركة لكونها كانت مقتصدة واشتركت معه ؟
وفي رأيي اذا كان المقصود بالتعديل تذكير المرأة فحسن .

أما إذا كان المقصود المطالبة ببعض التركة لكونها كانت مقتصدة واشتركت معه في تكوينها ، فسيفتح بابا لكل امرأة تقول : أنا كنت السبب في تكوين هذه التركة وتطالب ببعض المال أو أكثره إن لم يكن كله .

إذن المشكلة تكمن في امرأة اشتركت في تكوين مال وكان هذا المال مثل عقار او معمل باسم زوجها فلما مات الزوج كان حصة الزوجة ثمنا او ربعا وذهبت جميع ما ساهمت به في تكوين التركة للورثة وهي من ضمنهم حالها حال أي امرأة مات زوجها ولم تساهم اي شيء في تركة زوجها ، ولنضرب مثلا بسيطا :

المعمول به عندنا في العراق و إقليم كردستان إن الموظف له قطعة أرض سكنية وله الحق بأخذ سلفة لبنائها ، لكن إستلام القطعة له شروط ومن ضمنها أن المستفيد يجب أن يكون له عدد من النقاط فيضطر أكثر الأزواج إذا كان الإثنين موظفين أن يضم نقاط أحدهما على الآخر ليستحقوا هذه القطعة ، فتعطي الحكومة الأرض للزوج في غالب الأحيان وهذا الأمر متعارف عليه بين الناس في إقليم كردستان ، فإذا ما طلق الزوج زوجته أو مات عنها فليس لها الحق المطالبة بحصتها من القطعة علما أن حقها يسقط إذا اضافت نقاطها الى نقاط زوجها ، فهل من المعقول أن نقول للمرأة : أنه ليس لك حق في قطعة الأرض التي إستلمها زوجك .

إذن المشرع أراد معالجة مثل هذه الأمور لكنه لم يكن موقفا في ذلك فحيث جاء التعديل هزيلا ولا يحقق المراد منه ⁽¹⁾ .

(1) الزلمي ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مطبعة بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٣٨ . الخطيب ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ص ٣٤ .

٢ - إذا وهب شخص لزوجها مالا أو عقارا .

٣ - إذا أوصى شخص لزوجها بمال أو عقارا وثبتت الوصية وتملكها الزوج بالوصية.

في هذه الحالات الثلاث نص المشرع التونسي أن المرأة لها الحق في الميراث فقط ولا تشترك مع الزوج في تملكه لهذه الأمور لأنها لم تشترك في جمعها أو تكوينها ، أما ملكه أو جمعه غير هذه الثلاث نقاط التي مرت فالزوجة شريكة في نص ما تركه الزوج ولها الميراث في النصف الثاني كما ذكرت .

٤ . ٤ . ٢ . ٢ . ٤ . ٢ : القانون الفرنسي :

نظر القانون الفرنسي الى حق الزوجة في ميراثه من زوجها من وجهة ليس مثل وجهة المشرع العراقي والكرديستاني ، ففي نظر المشرع العراقي والكرديستاني أن المرأة لها الحق في ميراث زوجها لحكمتين :

١- قد يكون للزوجة جهد في جمع مال الزوج أما بتدبير الانفاق وتنظيم المعيشة ، وأما من عمل المرأة داخل البيت أو خارجه فتدر أموالا تشارك فيه الزوجة بالإنفاق على الأسرة ، كعمل المرأة في الحقول والمزارع كما هو الحال في البادية أو العمل موظفة كما هو الحال في المدن المتحضرة .

٢- إن الزوجة مكلفة بالبقاء في منزل الزوجية إثناء مدة العدة بعد وفاة زوجها وهي تحتاج أثناء هذه المدة الى نفقة ، ولا بد ان تكون من مال زوجها المتوفى ، وبما أن تعين مقدار النفقة أمر متعذر لعدم حصر التركة وبيانها فوجب أن يكون ذلك جزءاً شائعاً في التركة وهي حصتها من الميراث.

اما القانون الفرنسي فيرى أن المرأة لها الحق في الميراث لسببين :

١- إن كلا الزوجين ملزمين بالإنفاق على أسرته، ومن ثم يكون لكل واحد منهما جهد في جمع مال الزوج الآخر.

٢- إن كل زوج ملزم بالإنفاق على الزوج الآخر عند العوز المادي وبناء على ذلك؛ فإن من العدل والإنصاف توريث الزوج الباقي على قيد الحياة من تركة زوجه المتوفى مراعاة لتوازي الحقوق مع الالتزامات .

أما شروط ميراث الزوجة عند المشرع العراقي والكرديستاني فهي :

الأول: وجود عقد زواج صحيح :

فإن المشرع ذكر هذا الشرط صراحة في المادة (٨٦/ب) فجاء فيها ما يأتي: (أسباب الإرث إثنان هما القرابة والنكاح الصحيح).

أي أن يكون عقد الزواج صحيحاً باستيفائه الشروط الشرعية، فلا توارث بعقد زواج غير صحيح سواء أكان عقداً باطلاً أم فاسداً ويستوي الأمر بالدخول من عدمه وإن جهل العاقدان ببطلان أو فساد العقد حتى وأن لم يفترقا إلى حين وفاة أحدهما .

وقد أخذ المشرع العراقي هذا من الشريعة الإسلامية ومن هذه الأدلة ما يلي :

قول الله عزو جل : ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾ فالآية الكريمة لم تخصص أو تشترط التوارث بالدخول.

الشرط الثاني : قيام الحياة الزوجية:

إن المشرع العراقي لم ينص على شرط قيام الحياة الزوجية لثبوت التوارث ما بين الزوجين، إلا أنه يمكن الأخذ به ضمناً بدلالة المادة (٩٠) منه إذ جاء فيها ما يأتي: (مع مراعاة ما تقدم يجري توزيع الإستحقاق والأنصبه على الوارثين بالقرابة وفق الأحكام الشرعية التي كانت مرعية قبل تشريع قانون الأحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) كما تتبع فيما بقي من أحكام المواريث) .

أما القانون الفرنسي :

فإن المشرع الفرنسي أخذ بالشرط الأول بنص المادة (٧٥٦) إذ جاء فيها ما يأتي: (عندما لا يترك المتوفى أقارب من درجة قابلة للميراث تؤول التركة إلى الزوج غير المطلق الباقي على قيد الحياة).

وكذلك الشرط الثاني وهو قيام الزوجية فنجد أن القانون الفرنسي أخذ بشرط قيام الزوجية صراحة بنص المادة (٧٦٥) من القانون المدني الفرنسي إذ جاء فيها ما يأتي :

(عندما لا يترك المتوفى أقارب من درجة قابلة للميراث فالميراث يؤول الى الزوج غير المطلق الباقي على قيد الحياة بشرط عدم صدور قرار ضده يقضي بالتفريق الجسماني حاز درجة البنات).

لكن القانون الفرنسي اختلف عن العراقي والكرديستاني في مقدار الأنصبة لكل من الزوج أو الزوجة فنجد أن القانون العراقي كما ذكرت ، أخذ بالشريعة الإسلامية في تعيين نصيب الزوجين وهذا ما نصت عليه المادة (٩١) صراحة؛ إذ جاء فيها ما يأتي : (يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه ، أما الزوجة ؛ فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه) .

أما المشرع الفرنسي فقد جعل نصيب الزوج والزوجة دون تمييز، ومن ثم لا نجد مسوغاً لبحث نصيب الزوج لمطابقته بنصيب الزوجة المذكور آنفاً .

أقول : إن المشرع العراقي جعل حصة الزوج في تركة زوجته بضعف نصيبها من تركته عند وفاته ، بينما ساوى القانون الفرنسي في نصيب الزوجين ، وهذا ينسجم في واقع الأمر مع الالتزامات الملقاة عليهما في الشريعة الإسلامية والقوانين المقارنة وهذا يتضح مما يأتي :

١- إن الزوج في الشريعة الإسلامية ملزم بالإنفاق على زوجته ، بخلاف الزوجة فهي ليست ملزمة بالإنفاق على زوجها حتى لو كان الزوج فقيراً والزوجة غنية ، فكان من العدل والإنصاف أن يرث ضعف نصيبها للموازنة بين الحقوق والالتزامات، بخلاف القانون الفرنسي ، إذ لزم الزوجين بالإسهام في تكاليف الحياة الزوجية ؛ فكان من العدل والمنطق مساواتهما في ميراث بعضهم .

٢ - إن الإعباء المالية الملقاة على الرجل في الشريعة الإسلامية أكثر بكثير من الإعباء المالية الملقاة على المرأة، وهذا يستلزم أن يكون نصيبه أكثر من نصيبها ، بخلاف القانون الفرنسي؛ إذ أقر مبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات .

٣- إن حكومة الأقليم في تعديل المادة (٩١) أعطت المرأة حقها بالمطالبة بما أنفقت من مالها الخاص في تكوين تركة زوجها إضافة الى حصتها من الميراث في محكمة الأحوال بخلاف القانون السابق حيث لها الحق بالمطالبة في محكمة البداة .

إن الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة أحكامها منها؛ كانت أدق في تفضيل الزوج على زوجته في ميراث أحدهما من الآخر للأسباب الآتية :

١ - إن الشريعة الإسلامية راعت الفطرة الإنسانية بالزام الرجل بتحمل إعباء المعيشة بما ينسجم مع قدراته، بخلاف المرأة الملزمة بالواجبات المنزلية، ومن ثم كان من العدل والإنصاف تفضيله عليها في الميراث.

٢ - إن مبدأ المساواة في الحقوق والالتزامات لا يعد قاعدة مطردة حتى في البلاد الغربية فالأغلب إن الرجل هو الملزم بالإنفاق على المرأة والأحكام تقام على الغالب الشائع لا النادر، ومن جهة أخرى فإن مبدأ المساواة هذا ما زال في مرحلة التجربة وأن الحياة لم تصدر قرارها النهائي فيه ^(١).

(١) شرع القانون الفرنسي الحديث في عام ١٨٠٤ وعدلت نصوص هذا القانون عدة مرات كان آخرها القانون المرقم (٢٠٠١/١١٣٥) والنافذ المفعول في ٢٠٠٢/٧/١ ، عاشور ، مصطفى عاشور ، علم الميراث، مكتبة القران ، القاهرة ، بدون سنة ، ص ١٨-٢٠ . العقاد ، عباس محمود العقاد ، الموسوعة الإسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١ ، (٤/٨٩-٩٢) .

الخاتمة

بعد هذه الجولة في المادتين المختارتين في قانون الأحوال الشخصية العراقي تبين لي ما يلي:

- ١ - إن مصدر قانون الأحوال الشخصية العراقي هو الشريعة الإسلامية .
- ٢ - لم يخرج القانون عن الشريعة الإسلامية ، لكنه أختار من أقوال الفقهاء ما يصلح لحياة المجتمع العراقي .
- ٣ - بما أن العراقيين هم أتباع مذهبين رئيسيين وهو المذهب السني و الشيعي (الجعفري) فلذلك نستطيع أن نقسم مواد القانون الى قسمين:
القسم الأول : ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية العراقي من المذهبين يقدر ب ٩٥% تقريبا .
القسم الثاني : ما أخذ به من قوانين البلدان الاسلامية يقدر ب ٥% تقريبا .
- ٤ - إجتهد بعض الأحيان المشرع و أخذ في مادة واحدة بالمذهبين معا .
- ٥ - أجرى المشرع العراقي عدة تعديلات على قانون الأحوال الشخصية العراقي وبعد عام ١٩٩١م وإستقلال إقليم كردستان إداريا عن العراق وتشكلت حكومة لأقليم كردستان وبرلمان لتشريع القوانين قام برلمان كردستان بعدة تعديلات على القوانين العراقية ومن ضمنها قانون الأحوال الشخصية العراقي .
- ٦ - برلمان كردستان أجرى أكبر تعديل على القانون سنة ٢٠٠٨م ، فعدل (٢٥) مادة ، اخترت مادتين من هذه التعديلات الخمس وعشرين ، وهاتان المادتان متعلقتان بالميراث والوصية وهما المادتان (٧٤ _ ٩١) .
- ٨ - المادة (٧٤) نستطيع تلخيصها بما يلي : أولا : نص المادة الأصلي هو :

المادة الرابعة والسبعون: ١- إذا مات الولد، ذكراً كان أم أنثى، قبل وفاة أبيه أو أمه، فإنه يعتبر بحكم الحي عند وفاة أي منهما، وينتقل إستحقاقه من الإرث الى أولاده ذكوراً كانوا أم إناثاً، حسب الأحكام الشرعية، بإعتباره وصية واجبة، على أن لا تتجاوز ثلث التركة .

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

أما النص المعدل فهو : (١- إذا إجتمع أولاد الأولاد مع الأولاد أو أولاد أولاد الأولاد وإن نزلوا يحلون محل والدهم المتوفي 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 إستحقاقهم وإذا أعطاهم الأقل يكمل من الوصية الواجبة.

٢- تسري أحكام الوصية الواجبة على أولاد الإخوة والأخوات ذكوراً كانوا أو إناثاً وإن نزلوا وعلى الزوجين إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب) ، إن النص القديم أعطى الوصية الواجبة لإبن الإبن مع وجود الإبن وكذلك لبنت الإبن مع وجود الإبن ، وكذلك لأولاد البنت ذكوراً أو إناثاً مع وجود الإبن الحقيقي والسبب إنهم محجوبين بوجود أعمامهم أو أخوالهم أحياء ، النص المعدل أضاف أولاد الإخوة أو الأخوات الذين لو كان أبوهم أو أمهم أحياء لورثوا ، فهل هذا التعديل مفيد أم لا ؟ من خلال الرسالة وصلت الى قناعة بأن هذا التعديل بعيدة عن الشرع .

٩ - اما المادة (٩١) فنصها هو : (يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه ، أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه) والنص المعدل هو: (١- يستحق الزوج مع الفرع الوارث لزوجته الربع ويستحق النصف عند عدمه ، أما الزوجة فتستحق الثمن عند وجود الفرع الوارث والربع عند عدمه بعد إخراج حصتها مما ساهمت به في تكوينه من التركة) ، زمان حال الرسالة وصلت الى قناعة أن هذا التعديل لا يمكن تطبيقها واقعياً .

التوصيات

أما التوصيات التي أوصي بها فهي كالآتي :

أولاً: ضرورة مراجعة جميع فقرات القانون وتعديل بعضها بما يلائم وحياة الشعب العراقي وخصوصا الكردي في كردستان .

ثانياً : إن أي تعديل يجب أن يكون عن طريق لجان من أهل الإختصاص وهم علماء الدين والقضاة المتمرسين خصوصاً في محاكم الأحوال الشخصية .

ثالثاً : تشكيل لجنة عليا دائمية للنظر في مدى فائدة التعديل إذا أجري على مادة ما أو عدم فائدته لكي لا نفع مثل الذي حصل في المادة (٩١) التي تم تعديلها لكن حتى القضاة المختصين لا يعرفون ماهي فائدة هذا التعديل .

وختاماً أرجو أن أكون قد وفقت في إعطاء صورة حقيقية عن تعديل المادتين (٧٤_٩١) ، وكما أرجو أن أكون قد أسهمت في خدمة القانون والشرع ، وذلك بجمع المسائل من بطون الكتب، وترتيبها ومقارنتها ببعض القوانين للدول المجاورة لنا لتكون في متناول الباحثين ، وخدمة للمكتبة القانونية ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر

- ١- إبراهيم بك ، أحمد إبراهيم بك، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته الى غيره بعد موته، مطابع إبراهيم روز، القاهرة ، ١٩٨٨م.
- ٢- ابن الأثير، مجد الدين المبارك بن محمد الجزري بن الأثير ، النهاية في غريب الحديث والأثر ، تح . علي بن حسن بن عبد الحميد الحلبي ، دار ابن الجوزي ، الرياض ، ١٤٢١ هـ .
- ٣- الأشقر ، د. عمر سليمان الأشقر ، المدخل إلى الشريعة والفقهاء الاسلامي ، دار النفائس ، عمان ، ٢٠٠٥م.
- ٤- الأشقر ، د. عمر سليمان الأشقر ، تاريخ الفقه الاسلامي ، دار النفائس ، الأردن ، ١٩٩١م.
- ٥- الأشقر ، عمر سليمان الأشقر ، الأحوال الشخصية الأردني ، دار النفائس ، الأردن ، ١٩٩٧م.
- ٦- الأظرم ، صالح بن عبدالرحمن الأظرم ، الوصية بيانها و أبرز أحكامها ، بدون نشر ، ١٤٠٨ هـ .
- ٧- الإمام ، محمد كمال الدين الإمام، الوصية و الوقف في الإسلام مقاصد و قواعد، منشأة المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٩م.
- ٨- البابرتي، محمد بن محمد بن محمود البابرتي ، العناية شرح الهداية ، بدون طبعة و تاريخ .
- ٩- البخاري ، محمد بن اسماعيل البخاري ، الجامع المسند الصحيح المختصر ، تح . محمد زهير بن ناصر ، طوق النجاة ، دمشق ، ١٤٢٢ هـ .
- ١٠- أبو البصل ، عبد الناصر موسى أبو البصل ، أحكام التركات في الفقه والقانون ، مؤسسة حمادة ، الاردن ، ١٩٦٤م.
- ١١- البكري ، عبد الباقي البكري ، المدخل لدراسة القانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٨٩ .
- ١٢- البكري ، محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء في الاحوال الشخصية ، دار محمود ، القاهرة ، ١٩٨٩ .
- ١٣- البهوتي ، منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، كشاف القناع على متن الاقناع ، عالم الكتب ، بيروت ، ١٩٨٣ ، (٤ / ٣٣٥).
- ١٤- التأويل ، محمد التأويل، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، المغرب ، ٢٠٠٤م.

- ١٥- الترمذي ، محمد بن عيسى الترمذي ، سنن الترمذي ، تح . مجموعة من المحققين ، شركة مصطفى البابي ، مصر ، ١٩٧٥م.
- ١٦- التوزري ، عثمان بن المكي التوزري ، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، المطبعة التونسية، ١٩٢١.
- ١٧- الجُرْجَانِي ، علي بن محمد الجُرْجَانِي، شرح السراجية ، تح . محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة الاعتماد ، مصر ، ١٩٤٤م.
- ١٨- الجزيري ، عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الأربعة ، دار الكتب ، بيروت ، ٢٠٠٣م.
- ١٩- الحجاوي ، شرف الدين موسى الحجاوي ، الإقناع ، تح: عبداللطيف محمد موسى السبكي ، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة .
- ٢٠- الحلي ، نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، المختصر النافع في الفقه الامامية ، دار الاضواء ، بيروت ، ١٩٦٥م.
- ٢١- الحلي ، نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي ، شرائع الإسلام ، دار القارئ ، بيروت ، ٢٠٠٤م.
- ٢٢- الحياوي ، نبيل عبد الرحمن الحياوي ، مجموعة القوانين العراقية ، المكتبة المركزية ، بغداد ، ٢٠٠٩.
- ٢٣- الخرشي، محمد بن عبد الله الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة.
- ٢٤- الخضري ، محمد الخضري بك ، تاريخ الامم الاسلامية ، تحقيق محمد العثماني ، دار القلم ، بيروت ، ١٩٨٦م .
- ٢٥- الخطيب ، أحمد علي الخطيب ، موجز أحكام الميراث ، دار البصري ، بغداد ، ١٩٦٦م.
- ٢٦- الخطيب، د.أحمد علي الخطيب ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الكتب ، الموصل ، بدون سنة .
- ٢٧- الخفيف ، علي الخفيف ، أحكام الوصية بحوث مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠١٠م.
- ٢٨- الدارقطني ، علي بن عمر الدارقطني ، سنن الدارقطني ، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٦م.

- ٢٩- الدارمي ، عبدالله بن عبدالرحمن بن الفضل الدارمي ، المسند الجامع ، تحقيق نبيل بن هاشم بن عبدالله الغمري ، دار البشائر الاسلامية ، بيروت ، ٢٠١٣ م .
- ٣٠- الدسوقي ، شمس الدين محمد عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، أحياء الكتب العربية ، مصر ، بدون سنة .
- ٣١- الدعاش ، عزت عبيد الدعاس ، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز ، دار الترمذي، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٩ م.
- ٣٢- الدمشقي ، محمد بن عبدالرحمن الدمشقي ، رحمة الامة في اختلاف الأئمة ، تحقيق ابراهيم امين محمد ، المكتبة التوفيقية ، بدون نشر وسنة .
- ٣٣- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، تح . محمود خاطر، مكتبة لبنان ، بيروت ، ١٩٨٦ م.
- ٣٤- الرسموكي ، أحمد بن سليمان الرسموكي ، مختصر حيلة الجواهر المكنونة في صدق الفرائض المسنونة ، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م.
- ٣٥- الرملي ، محمد بن أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م.
- ٣٦- الروياني ، عبدالواحد بن اسماعيل الروياني ، البحر المذهب ، تح . طارق فتحي السيد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٩ م.
- ٣٧- الزبيدي ، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر العروس ، تحقيق عبدالفتاح الحلو ، التراث العربي ، الكويت ، ١٩٩٧ م..
- ٣٨- الزحيلي ، د. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٨٥ م .
- ٣٩- الزحيلي، د. وهبة الزحيلي ، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، دمشق ، ١٩٩٦ م.
- ٤٠- الزرقا ، مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، مطابع الاديب ، دمشق ، ١٩٦٨ .
- ٤١- الزرقا ، أحمد بن محمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٨٩ .
- ٤٢- الزلمي ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، مطبعة بغداد ، ٢٠٠٠ م.
- ٤٣- الزلمي ، د. مصطفى ابراهيم الزلمي ، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي المقارن ، نشر احسان ، أربيل ، ٢٠١٤ م.

- ٤٤- الزلمي ، مصطفى ابراهيم الزلمي ، أحكام الميراث و الوصية في الفقه الاسلامي المقارن والقانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة .
- ٤٥- الزهراني ، محمد بن مطر الزهراني ، تدوين السنة النبوية نشأته وتطوره ، دار الهجرة ، الرياض ، ١٩٩٦م .
- ٤٦- السباعي ، مصطفى السباعي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، دار الوراق ، الأردن ، ٢٠٠١ .
- ٤٧- السرخسي ، محمد بن أحمد شمس الدين السرخسي ، المبسوط للسرخسي، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣م .
- ٤٨- السرطاوي ، فؤاد عبداللطيف السرطاوي ، الوجيز في الوصايا والمواريث ، دار البيارق ، الاردن ، ٢٠٠٠م .
- ٤٩- السريتي ، عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، بدون سنة .
- ٥٠- السمعاني ، منصور بن محمد المروزي السمعاني ، قواطع الأدلة في الأصول ، تح . محمد حسن إسماعيل الشافعي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٩م .
- ٥١- السهيلي ، عبد الرحمن بن عبد الله بن أحمد السهيلي ، الفرائض وشرح آيات الوصية ، تحقيق محمد ابراهيم البنا ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة ، ١٩٨٠م .
- ٥٢- السويطي ، جلال الدين بن عبدالرحمن السويطي ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعي ، دار الكتب العلمية، بيروت ، ١٩٨٣م .
- ٥٣- الشافعي ، محمد بن إدريس الشافعي ، الأم ، تحقيق محمود مطرجي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٣م .
- ٥٤- الشافعي ، محمد بن ادريس الشافعي ، مسند الامام الشافعي ، تر . محمد زاهد الكوكبي ، دار الكتب العلمية ، بدون سنة .
- ٥٥- الشاوي ، نعمان منذر الشاوي ، توارث مختلفي الدين ، جامعة النهدين ، بغداد ، ٢٠٠٦م .
- ٥٦- الشربيني ، شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، الاقناع في حل الفاظ ابن شجاع ، تح. عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٥م .
- ٥٧- الشربيني ، شمس الدين محمد بن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج ، تح . محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٧ .

- ٥٨- الشنقيطي ، محمد بن محمد مختار الشنقيطي ، شرح زاد المستنقع ، المكتبة الشاملة .
- ٥٩- الشوكاني ، محمد بن علي الشوكاني ، نيل الأوطار ، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق ، دار ابن الجوزي ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٧ هـ .
- ٦٠- الشوكاني ، محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني ، فتح القدير ، دار ابن كثير ، دمشق ، ١٤١٤ هـ .
- ٦١- الشيرازي، ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، التنبيه في الفقه الشافعي، تح . مركز الخدمات والابحاث الثقافية ، عالم الكتب ، ١٩٨٣ م.
- ٦٢- الصابوني ، عبد الرحمان الصابوني ، الاحوال الشخصية والأهلية والوصية والميراث، دار الفكر الاسلامي ، دمشق ، ١٩٦٥ .
- ٦٣- الصاوي ، أحمد بن محمد الصاوي المالكي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، تح . مصطفى كمال وصفي ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٦ م.
- ٦٤- الطبري ، محمد بن جرير الطبري أبو جعفر ، تفسير الطبري جامع البيان عن تأويل آي القرآن ، تحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي ، دار هجر ، القاهرة ، ٢٠٠١ م.
- ٦٥- الطوري ، محمد بن حسين بن علي الطوري القادري الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧ م .
- ٦٦- الطيار ، المطلق ، موسى ، عبد الله بن محمد الطيار، عبد الله بن محمد المطلق، محمد بن إبراهيم الموسى ، التفصيل في الذمة المالية للزوجة في الفقه الميسر ، مدار الوطن ، الرياض ، ٢٠١٢ م .
- ٦٧- العاني ، محمد شفيق العاني ، أحكام الاحوال الشخصية في العراق ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٧٠ .
- ٦٨- العجوز ، أحمد محي الدين العجوز ، الميراث العادل في الاسلام ، مؤسسة العرف ، بيروت ، ١٩٨٦ م.
- ٦٩- ابن العربي ، محمد بن عبدالله ابوبكر بن العربي الأندلسي ، أحكام القرآن، تح . محمد عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٣ م.
- ٧٠- العقاد ، عباس محمود العقاد ، الموسوعة الاسلامية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١ م.
- ٧١- الغرياني ، د.الصادق عبدالرحمان الغرياني ، مدونة الفقه المالكي وأدلته ، مؤسسة الريان ، بيروت ، ٢٠٠٢ م.

- ٧٢- الغزالي ، محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، الوسيط في المذهب ، تح . احمد محمود ابراهيم و محمد محمد تامر ، دار السلام ، القاهرة ، ١٤١٧ هـ .
- ٧٣- الغندور زكي الدين شعبان أحمد الغندور ، احكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الاسلامية ، مكتبة الفلاح ، كويت ، ١٩٨٤ م.
- ٧٤- الفاسي ، محمد بن الحسن الفاسي ، الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٥ م .
- ٧٥- الفتلاوي، منصور حاتم محسن الفتلاوي ، نظرية الذمة المالية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٩ م.
- ٧٦- الفيروزأبادي، مجدالدين محمد بن يعقوب الفيروز ابادي ، القاموس المحيط ، تح . مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة الناشر ، مؤسسة الرسالة ، لبنان ، ٢٠٠٥ م.
- ٧٧- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي ، المصباح المنير، تح . مكتبة لبنان التراث، مكتبة لبنان، بيروت ، ١٩٨٧ م.
- ٧٨- القاسم ، محمد هاشم القاسم ، أثر الاجتهاد القضائي في تطور القانون ، بحث منشور مجلة القانون السورية ، العدد السابع ، ١٩٦٨ م .
- ٧٩- القرافي ، شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة ، تح . محمد بوخبزة ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤ م.
- ٨٠- القرضاوي ، يوسف القرضاوي ، غير المسلمين في الشريعة الاسلامية ، منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط : (<http://www.aljazeera.net>).
- ٨١- القرطبي ، الجامع لأحكام القران، تحقيق عبد الله بن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٦ م.
- ٨٢- القرطبي، شمس الدين القرطبي ، تفسير آيات الاحكام ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٤ م.
- ٨٣- القطان ، مناع بن خليل القطان ، تاريخ التشريع الاسلامي ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، ٢٠٠١ م.
- ٨٤- القنوجي ، محمد صيق حسن خان القنوجي ، الروضة الندية شرح الدرر البهية، تحقيق محمد صبحي حسن حلاق ، مكتبة الكوثر ، الرياض ، ١٩٩٣ م .
- ٨٥- القونوي ، قاسم القونوي ، أنيس الفقهاء ، تح . أحمد بن عبدالرزاق الكبيسي ، دار الوفاء ، السعودية ، ١٩٨٦ م.

- ٨٦- الكاساني ، أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، تح . علي محمد معوض و عادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م .
- ٨٧- الكافي، محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، على منظومة القاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي الغرناطي فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٣م .
- ٨٨- الكبيسي ، د.أحمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون سنة .
- ٨٩- الكبيسي ، د.أحمد الكبيسي ، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية و تعديلاته ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ١٩٩٠م .
- ٩٠- الكشكي ، محمد عبدالرحيم الكشكي ، التركة و ما يتعلق بها من الحقوق ، دار النذير ، بغداد ، بدون سنة .
- ٩١- الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح . علي معوض و علي عبدالموجود ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م .
- ٩٢- المحاميد ، شويش هزاع علي المحاميد ، مسيرة الفقه الإسلامي المعاصر و ملامحه ، دار عمار ، الأردن ، ٢٠٠١م .
- ٩٣- المحمصاني ، صبحي المحمصاني ، الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ماضيها وحاضرها ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٨١م .
- ٩٤- ابن المرتضى ، أحمد بن يحيى المرتضى ، البحر الزخار ، تح . محمد بن يحيى بهران ، دار الحكمة ، صنعاء ، ١٩٨٦ م .
- ٩٥- المرادوي ، علي بن سليمان المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تح . محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، السعودية ، ١٩٥٦م .
- ٩٦- المرسومي ، غازي دحام فهد المرسومي ، البلاط الملكي في العراق ودوره في الحياة السياسية ، الدار العربية للموسوعات ، بيروت ، ٢٠٠٢ .
- ٩٧- المرغيناني ، برهان الدين علي بن ابي بكر المرغيناني ، الهداية ، تح . نعيم اشرف نور ، ادارة القران والعلوم الاسلامية ، باكستان ، ١٤١٧ هـ .
- ٩٨- المعجم الوسيط ، مجمع اللغة العربية ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر ، ٢٠٠٤م .
- ٩٩- المغربي ، الحسين بن محمد سعيد المغربي ، البدر التمام شرح بلوغ المرام ، تح . علي بن عبدالله زين ، دار الهجر ، ١٩٩٤م .

- ١٠٠- ابن المنذر ، محمد بن ابراهيم بن منذر النيسابوري ، الاجماع ، تح . صغير أحمد بن محمد ، مكتبة الفرقان ، عجمان ، ١٩٩٩م.
- ١٠١- المواق ، محمد بن يوسف المواق ، التاج والأكليل لمختصر خليل ، تح . زكريا عميرات ، دار عالم الكتب، الرياض ، ٢٠٠٣م.
- ١٠٢- الميداني ، عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني ، اللباب في شرح الكتاب ، تح . محمد محي الدين عبد الحميد ، المكتبة العلمية ، بيروت، بدون سنة.
- ١٠٣- النجدي ، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستفنع ، تح: عبدالله بن عبدالرحمن بن جبرين ، بدون نشر ، ١٣٩٧هـ .
- ١٠٤- النملة ، عبد الكريم بن علي بن محمد النملة ، المهذب في علم أصول الفقه المقارن ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ١٩٩٩م.
- ١٠٥- النووي ، محي الدين بن شرف النووي ، المجموع شرح المهذب ، تح : محمد نجيب المطيعي ، مكتبة الإرشاد ، جدة ، ٢٠٠٨م .
- ١٠٦- النووي ، يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا ، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج ، مؤسسة قرطبة ، ١٩٩٤م.
- ١٠٧- النووي، محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، روضة الطالبين ، تح . زهير الشاويش ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٩١م.
- ١٠٨- النيسابوري ، ابن المنذر النيسابوري ، الإجماع ، تح . صغير أحمد بن محمد حنيف ، مكتبة الفرقان ، عجمان ، ١٩٩٩م.
- ١٠٩- ابن الهمام ، كمال الدين بن عبدالواحد السيواسي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت، بدون سنة.
- ١١٠- الهيثمي ، احمد بن محمد بن حجر الهيثمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ، بدون طبعة ، ١٩٨٣م.
- ١١١- اليسوعي ، لويس يسوع المعلوفي ، المنجد الأبجدي، المكتبة الشرقية ، بيروت ، ١٩٨٦م.
- ١١٢- باباخان ، فائزة باباخان ، روائع البرلمان الكردستاني في قانون الاحوال الشخصية العراقية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط: (<http://www.hekar.net>) .
- ١١٣- بدران ، بدران أبو العينين ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة ، بيروت ، ١٩٩٨م .

- ١١٤- بدران ، بدران أبو العينين ، الميراث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية والقانون ، مؤسسة شباب الجامعة، القاهرة ، ١٩٧٠ م .
- ١١٥- بيان من الاتحاد الديمقراطي العراقي حول قانون الاحوال الشخصية الجعفري ، منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ١١/٦ /٢٠١٣ ، الرابط: (www.idu.net) .
- ١١٦- ابن تيمية ، تقي الدين ابن تيمية ، الفتاوى الكبرى، تح . محمد عبدالقادر عطا و مصطفى عبدالقادر عطى ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧ م.
- ١١٧- جابر الجزائري ، أبوبكر جابر الجزائري ، منهاج المسلم ، دار السلام ، القاهرة ، بدون سنة.
- ١١٨- جريدة لالش التي تصدر في أربيل في عديها (١٣ و ١٤) لعام ٢٠٠١ نص مشروع قانون الاحوال الشخصية للإيزديين، أعده إختصاصيون قانونيون.
- ١١٩- بن جزي ، أحمد بن جزي الغرناطي ، القوانين الفقهية ، بدون طبع و نشر .
- ١٢٠- ابن حجر ، علي بن أحمد بن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي ، المكتبة السلفية ، الرياض ، بدون سنة.
- ١٢١- ابن حجر ، شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني ، تلخيص الحبير، تحقيق حسن بن عباس بن قطب ، مؤسسة قرطبة ، مكة المكرمة ، ١٩٩٥ م.
- ١٢٢- ابن حزم ، علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الاندلسي ، المحلى بالاثار ، تح . عبدالغفار سليمان البنداري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٣ م.
- ١٢٣- حيدر ، صادق حيدر ، شرح قانون المرافعات المدنية دراسة مقارنة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ م.
- ١٢٤- بن حيدر ، محمد أشرف بن أمير بن حيدر، عون المعبود على سنن أبي داود ، تحقيق رائد بن صبري ابن أبي علفة ، بيت الافكار الدولية، الرياض ، بدون سنة .
- ١٢٥- خروفة ، علاء الدين خروفة ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٣ م .
- ١٢٦- خلاف ، عبدالوهاب خلاف ، أصول الفقه ، دار العلم ، القاهرة ، ١٩٧٨ م.
- ١٢٧- خليفة ، محمد طه خليفة ، أحكام المواريث ، دار السلام ، القاهرة ، ٢٠١١ م .
- ١٢٨- خورى ، يوسف قزما خوري ، مختارات من القوانين العثمانية ، دار الحمراء ، بيروت ، ١٩٩٠ م .
- ١٢٩- داود ، أحمد محمد علي داود، الحقوق المتعلقة بالتركة ، دار الثقافة ، الاردن ، ٢٠٠٦ .

- ١٣٠- رجب ، حمدي رجب عبدالغني ، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ، دار التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة.
- ١٣١- ابن رشد ، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تح . على محمد معوض و عادل أحمد عبد الجواد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٦م.
- ١٣٢- ابن رشد، محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي ، المقدمات الممهدة، تح . محمد حجي ، دار الغرب الاسلامي ، بيروت ، ١٩٨٨ م.
- ١٣٣- روحانا ، هدى روحانا ، النظام القانوني المتوازي في مسائل الاحوال الشخصية ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت في شهر حزيران ٢٠٠٥م ، الرابط:(www.wlum1.org)
- ١٣٤- رياض ، محمد رياض ، أحكام المواريث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي ، دار البيضاء ، المغرب ، ٢٠٠٩م.
- ١٣٥- زغلول ، أمين عبدالمعبود زغلول ، أحكام الميراث والوصية في الشريعة الإسلامية ، دار الأمانة ، القاهرة ، ١٩٩٣م .
- ١٣٦- زنكنة ، هيفاء زنكنة ، قانون الاحوال الشخصية العراقي بيد فقهاء النجف والوقف السني ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط: (<http://yaqein.net>) .
- ١٣٧- أبو زهرة ، محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧١م .
- ١٣٨- زيدان ، د. عبدالكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٩٣م.
- ١٣٩- زيدان ، د.عبدالكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية ، مؤسسة الرسالة ناشرون ، دمشق ، ٢٠١٣م.
- ١٤٠- زيدان ، د.عبدالكريم زيدان ، الوجيز في اصول الفقه ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ٢٠٠٠م.
- ١٤١- سابق ، السيد سابق ، فقه السنة ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٧١م.
- ١٤٢- سعيد ، قادر سعيد ، قانون الاحوال الشخصية من منظور كردي ، مقالة منشورة على شبكة الانترنت ، الرابط:(www.niqash.org) .
- ١٤٣- شلبي ، أحمد الشلبي ، تاريخ التشريع الاسلامي وتاريخ النظم القضائية في الاسلام ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، بدون سنة.

- ١٤٤- شلبي ، محمد مصطفى شلبي ، أحكام الأسرة في الاسلام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٧٧م.
- ١٤٥- شلبي ، محمد مصطفى شلبي ، احكام الوصايا والاقواف ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٨٢م.
- ١٤٦- شمس الدين ، محمد جعفر شمس الدين ، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي ، دار التراث الإسلامي ، بيروت ، ١٩٧٤م.
- ١٤٧- بن أبي شيبة ، أبي بكر عبدالله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة العبسي ، المصنف لابن أبي شيبة ، تحقيق أسامة بن إبراهيم بن محمد ، الفاروق الحديثة ، القاهرة ، ٢٠٠٨م.
- ١٤٨- صفوت ، أحمد زكي صفوت ، جمهرة رسائل العرب ، المكتبة العلمية ، بيروت ، بدون سنة.
- ١٤٩- أبو طالب ، صوفي حسن ابو طالب ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٨م.
- ١٥٠- ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر عابدين ، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ٢٠٠٣.
- ١٥١- عاشور ، مصطفى عاشور ، علم الميراث، مكتبة القران ، القاهرة ، بدون سنة .
- ١٥٢- ابن عبد البر ، يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر ، التمهيد ، تح . مجموعة من المحققين ، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ، ١٤١٢هـ.
- ١٥٣- ابن عبد البر ، يوسف بن عبدالله بن عبد البر، الاجماع ، تح . فؤاد عبد العزيز الشلهوب و عبد الوهّاب بن ظافر الشّهري، دار القاسم، الرياض، بدون سنة.
- ١٥٤- عبد التواب ، معوض عبد التواب ، موسوعة الاحوال الشخصية ، دار الوفاء ، المنصورة ، ١٩٨٨م .
- ١٥٥- عبدالرحمن، ابراهيم عبدالرحمن، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة سليمانية ، ٢٠٠٠م.
- ١٥٦- عبدالله ، عمر عبد الله ، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٦٠م .
- ١٥٧- عبدالله ، عمر عبدالله ، احكام الشريعة الاسلامية في الاحوال الشخصية ، دار النفائس ، الاردن ، ١٩٦٨م.

- ١٥٨- عثمان ، محمد رأفت عثمان ، النظام القضائي في الفقه الاسلامي ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨٩م.
- ١٥٩- عرفة ، الهادي سعيد عرفة ، أحكام التركات والمواريث في الفقه الإسلامي والقانون وقضاء النقض المصري ، الدار الاسلامية ، المنصورة ، ١٩٨٦م.
- ١٦٠- أبو عيد ، عارف خليل أبو عيد ، الوجيز في الميراث ، دار النفائس ، الاردن ، ٢٠٠٠م.
- ١٦١- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، أحمد بن فارس بن زكريا ، تح . عبدالسلام محمد هارون، دار الفكر، القاهرة ، ١٩٧٢م.
- ١٦٢- فراح ، أحمد فراح حسين ، أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية . ١٩٩٧م.
- ١٦٣- فراح ، محمد كمال أحمد فراح ، نظام الارث والوصايا ، دار الكتب القانونية ، الاسكندرية ، ١٩٩٩م .
- ١٦٤- قاسم ، يوسف قاسم ، الوجيز في الميراث والوصية ، دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٨٨م.
- ١٦٥- قانون أحوال الشخصية الأردني رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٠م.
- ١٦٦- قانون أحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣م .
- ١٦٧- قانون أحوال الشخصية العراقية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م المعدل .
- ١٦٨- قانون أحوال المدنية العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٢م المعدل .
- ١٦٩- قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني لسنة ١٩٧٦م
- ١٧٠- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ .
- ١٧١- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل .
- ١٧٢- قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل .
- ١٧٣- قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩م .
- ١٧٤- قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م .
- ١٧٥- قانون الوصية الواجبة الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٧١م.
- ١٧٦- قانون رعاية الإجتماعية العراقية رقم ١٢٦ لسنة ١٩٨٠م المعدل.
- ١٧٧- قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٨ ، قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩م المعدل في اقليم كردستان العراق .
- ١٧٨- قبلان ، هاشم قبلان ، الوصية الواجبة ، منشورات بحر المتوسط ، الكويت ، ١٩٨٥م.

- ١٧٩- ابن قدامة ، شمس الدين عبدالرحمن بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني مع الشرح الكبير ، تح: محمد شرف الدين خطاب و السيد محمد السيد و سيد ابراهيم صادق ، دار الحديث ، القاهرة ، ١٩٩٦ م .
- ١٨٠- ابن قدامة ، موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المقنع ، تح . محمود أرناؤوط و ياسين محمود الخطيب ، مكتبة السوادي ، جدة ، ٢٠٠٠ م .
- ١٨١- ابن قدامة ، موفق الدين بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، المغني ، ٦٢٠ هـ ، تحقيق عبدالله بن محسن التركي و عبدالفتاح محمد الحلو ، دار عالم الكتب ، الرياض ، ١٩٨٦ م .
- ١٨٢- ابن قدامة المقدسي ، شمس الدين عبدالرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي ، الشرح الكبير ، تحقيق دار المنار ، دار الكتاب العربي ، بدون سنة .
- ١٨٣- قدرى ، قدرى محمد قدرى باشا ، الأحكام الشرعية في الاحوال الشخصية و شرحه لمحمد زيد الأبياري ، تحقيق محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد ، دار السلام ، ٢٠٠٦ م .
- ١٨٤- قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي .
- ١٨٥- قلعجي ، محمد رواس قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس ، بيروت ، ١٩٨٨ م .
- ١٨٦- كرد ، محمد كرد علي ، الاسلام و الحضارة العربية ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٦ م .
- ١٨٧- كريم ، فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقية ، جامعة السليمانية ، السليمانية ، ٢٠٠٤ .
- ١٨٨- ابن ماجة ، محمد بن يزيد القزويني ، سنن ابن ماجة ، تح . محمد فؤاد عبدالباقى ، دار الفكر ، بيروت ، بدون سنة .
- ١٨٩- مالك ، مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني ، موطأ الإمام مالك ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨ م .
- ١٩٠- مبارك ، سعيد عبدالكريم مبارك ، اصول القانون ، دار الكتب ، موصل ، ١٩٨٢ .
- ١٩١- مجموعة من العلماء ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية ، الكويت ، ٢٠٠٥ م .
- ١٩٢- مجموعة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية ، مجلة الأحكام العدلية ، نور محمد ، كراتشي ، بدون سنة .

- ١٩٣- محمود شافعي ، أحمد محمود شافعي، الوصية والوقف في الفقه الإسلامي ، دار الهدى، الاسكندرية ، ١٩٩٤م.
- ١٩٤- مدكور ، محمد سامي مدكور ، نظرية الحق ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٥٣م.
- ١٩٥- مدكور ، محمد سلام مدكور ، القضاء في الاسلام ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٦٤م.
- ١٩٦- مسلم ، مسلم بن حجاج النيسابوري ، صحيح مسلم ، تح . محمد فؤاد عبدالباقي ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة.
- ١٩٧- موقع الجزيرة الاعلامية ، مقالة باسم إلغاء قانون الاحوال الشخصية في العراق، منشورة على شبكة الانترنت في ٢٠٠٤/٣/١ ، الرابط : (www.aljazeera.net) .
- ١٩٨- ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن نجيم ، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، تح . زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٩ .
- ١٩٩- ابن نجيم ، زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق ، دار الكتاب الإسلامي ، بدون.
- ٢٠٠- نظام الفتاوى الهندية ، تح . عبد اللطيف حسن عبد الرحمن ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٥م.
- ٢٠١- نوار ، عبدالعزيز سليمان نوار ، تاريخ الشعوب الاسلامية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، بدون سنة .
- ٢٠٢- واصل ، د.نصر فريد محمد واصل ، فقه المواريث والوصية في الشريعة الاسلامية ، المكتبة التوفيقية ، الاسكندرية ، ١٩٩٥م.
- ٢٠٣- وكيع ، محمد بن خلف بن حيان وكيع ، أخبار القضاة ، عالم الكتب ، بيروت ، بدون سنة.
- ٢٠٤- ويح ، أشرف عبد الرزاق ويح ، الرائد في علم الفرائض ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩م.

ÖZGEÇMİŞ
KİŞİSEL BİLGİLER

AdıSoyadı	Neamat Mohammed Salih Mohammed
DoğumYeri	DUHOK \ IRAQ
Doğumtarihi	01.01.1981

LİSANS EĞTİM BİLGİLERİ

Üniversite	NEWROZ ÜNİVERSİTESİ-DOHUK
Fakülte	HUKUKU FAKÜLTESİ
Bölüm	HUKUKU BÖLÜMÜ

YABANCI DİL BİGİSİ

Dil	Arabça
-----	--------

İŞ DENEYİMİ

Çalıştığıkurum	FOREKS ŞİRKETİ-DOHUK
Görevi\ pozisyonu	MUHASEBECİ
Tecrübesüresi	4 YIL

KATILDIĞI

Çalıştığıkurum	DOHUK YATIRIM GENEL MÜDÜRLÜĞÜ
Görevi\ pozisyonu	HUKUK MÜŞAVİRİ
Tecrübesüresi	2011' DEN BERİ

Kurslar	
Projeler	

İLETİŞİM

Adres	DUHOK \ IRAQ
E-mail	nehmat.spindari82@yahoo.com