

**الموصى له المستخلف بالمنفعة
دراسة مقارنة
بين الفقه الاسلامي والقانون**

Absteac

Means the Succession of another person's solutions in the rights and oblegations, and the transfer of rights and oblegations is determined by the benefits of various means and applications of these means and applications seem to us the will of benefit, as the commandment of benefit means to recommend one person to transfer ownership of the recommended after his death , It is known that the commandment means the transfer of rights from the predecessor, who is the testator to the successor, which is recommended for him without compensation, it is ownership after death.

The difference in this description can arise between living and deceased people, contrary to the known rule of the fact that differentiation can occur between the living only, and especially the benefit.

The succession of the deceased to the recommended benefit did not happen without the intervention of the will of the forefathers, but it is not one of the ways in which the will is pure, but the will, in addition to the death of the person, is the reason for the transfer of the benefit by the commandment. It was the subject of the commandment of the subjects to be discussed, and the recognition of its provisions and the discussion of those provisions and the resulting effects, the fact that the disobedience to the commandment of the ways in which the mixture is mixed with the involuntary disagreement, for the intentional separation, the origin of the commandment, Non-voluntary The originator is the death of the person. Therefore, our research on the subject of fragmentation because of the commandment of benefit requires us to shed light on the concept and effects and extension in the legal reality in terms of appearance and termination.

م.د. ملاك عبد اللطيف عبد
الحسين التميمي



نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية
الصفوة الجامعة

ملخص :

يعني الاستخلاف حلول شخص محل آخر في الحقوق والواجبات ، و يتحدد انتقال الحقوق والواجبات بالمنافع بعدة وسائل و تطبيقات من بين تلك الوسائل و التطبيقات تبدو لنا الوصية بالمنفعة . إذ إن الوصية بالمنفعة تعني ان يوصي شخص لأخر بان تنتقل له ملكية الموصى به بعد وفاته . فالمعروف إن الوصية تعني انتقال للحقوق من السلف الذي هو الموصى إلى الخلف الذي هو الموصى له بلا عوض. فهي تمليك بعد الوفاة . فالاستخلاف بهذا الوصف يمكن إن ينشأ بين شخصين حي ومتوفى على عكس القاعدة المعروفة من كون الاستخلاف يمكن ان يقع بين للإحياء فقط. وخصوصا الاستخلاف بالمنفعة .

فالاستخلاف بالمنفعة من الطرق الإرادية للانتقال أذ إن خلافة الحي للمتوفى في المنفعة الموصى بها . لم يحصل لولا تدخل إرادة السلف فيها . إلا أنها ليست من الطرق التي تكون الإرادة فيها خالصة. بل ان الإرادة إضافة الى موت الشخص هي أسباب انتقال المنفعة بالوصية . و لذلك فقد كان موضوع الاستخلاف بالوصية من المواضيع التي ينبغي الخوض فيها و التعرف على أحكامها و مناقشة تلك الأحكام وما ينتج عنها من آثار . كون الاستخلاف بالوصية من الطرق التي يختلط فيها الاستخلاف الإرادي مع الاستخلاف غير الإرادي . فبالنسبة للاستخلاف الإرادي فان منشؤه الوصية. إما السبب غير الإرادي فان منشؤه وفاة الشخص.

وعليه فان بحثنا لموضوع الاستخلاف بسبب الوصية بالمنفعة يتطلب منا إن نلقي الضوء على مفهومها وأثارها و امتدادها في الواقع القانوني من حيث ظهورها و انتهائها.

المقدمة :

الحمد لله رب العالمين في البدء و الختام و الصلاة و السلام على سيد الأنام سيدنا محمد و على آله و أصحابه ذوي المقام و من تبعه بإحسان إلى يوم البعث و المقام. وأما بعد ... فإنَّ الله تعالى استخلف جنس بني ادم في هذه الأرض فجعل لهم سلطانا و سخره لمنافعهم و مكنهم من الانتفاع بما أعطاه من قوى جسمانية و عقلية تمكنهم من الانتفاع ذاك ((وأنفقوا ما جعلكم مستخلفين فيه)).

وأما المنافع المستخلفة في الوصية يعني وجود من يعقب غيره في حقوقه و واجباته في منفعة العين . فالمنفعة تنتقل من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر بالعقد بين الأحياء كما تنتقل بين المتوفى والحي .

فالأعيان في العادة تقصد لمنفعتها وان كانت تقصد لماليتها أيضا. وان المنفعة الناجمة عن العين تمثل غاية فطرية يسعى إليها الفرد.

فالاستخلاف في المنافع يعني أن يتعلق حق شخص باستيفاء المنفعة الناجمة عن العين بموجب خلافته لمالك العين في منافعها دون رقبته. فيصبح حقه في المنفعة شخصيا لا عينيا لأنه انصب على العين. فالعين تبقى مملوكة لسلفه و بالتالي تكون الرابطة بين شخصين لا سلطة لشخص على شيء. و كما يمكن أن يكون مصدر الاستخلاف هو

العقد . فان الإرادة المنفردة يمكن أن تكون هي الأخرى مصدرا للاستخلاف و لا فرق في ذلك بين ان تكون تلك الإرادة قد نقلت الخلافة من السلف الى ذمة الخلف تبرعا أو معاوضة . و ما انتقلت فيه الحقوق بين ذميتين حيين او لمتوفٍ وحي .

فالوصية بالمنفعة هي من الإيرادات التي يكون مقتضاها التملك فيما بعد الوفاة بدون عوض . فالوصية من قبيل التبرعات . و الوصية بالمنافع من قبيل مصادر الاستخلافات بين الأحياء و الأموات التبرعية . إلا ان ذلك لا ينفي امكان ان يكون هنالك عوض بين الطرفين عملا بمبدأ سلطان الإرادة .

و يستوي في قيام الاستخلاف و نقله للحق بين طرفيه ان يكون قد نقل حقا في استيفاء المنفعة بين الأحياء او بين الحي والمتوفى . اذ يترتب على انتقال المنفعة احكام تتعلق بالمنفعة نفسها و يكون الضابط فيها إرادة السلف من دون ان تكون حياة السلف و استمرارها شرطا في ترتب الاستخلاف او انقضائه بصورة عامة إلا اذا كانت المنفعة مؤقتة بحياة السلف . الا انه قد يحصل ان تكون المنفعة مؤقتة بحياة الخلف . كما في الوصية بالمنفعة لشخص محدد .

المبحث الأول: مفهوم المنافع المستخلفة بالوصية

ان الخلف لا يحل محل سلفه في حقوقه والتزاماته المالية كافة ولا يسأل عن ديونه إلا إذا توافرت شروطه وانتفت موانعه . و ان نشوء مركز الخلف و قيام حقه بالاستخلاف قد ينشأ بسبب الوفاة او فيما بين الإحياء . وهنا تبرز صعوبة تكييف الوصية فهي خليط من قدرة إرادة الموصي على إنشائها ومن واقعة مادية هي وفاة الموصي^(١) . اذ أن الوصية اما ان تكون بعين محددة او بحق معلوم يتمحض منها خلف خاص . او ان تكون بكسر من التركة او كاملها فيتمحض عنها الخلف العام . ويعرف القانون الانكليزي الى جانب الوصية بخصّة شائعة والوصية بحق محدد الوصية المركبة (Composite will) . وهي وصية بخصّة شائعة لشخص و وصية بحق محدد لشخص آخر فيأخذ الموصى له الثاني الموصى به ومن ثم يأخذ الأول الباقي^(٢) . والحقيقية ان الوصية عمل مركب من إرادة وواقعة مادية . و من ذلك فإننا سنبحث في الوصية بالمنافع على أساس الرأي الذي يكيّفها بأنها إرادة . إذ لولا تلك الإرادة التي رتبت للخلف الموصى له المنفعة لم يكن للواقعة المادية لوحدها والمتمثلة بالوفاة من اثر منشئلاستخلاف وعلى أساس ذلك سوف نقسم المبحث الى مطلبين نبين في الأول تعريف المنافع المستخلفة بالوصية وبالثاني نحدد شروطه .

المطلب الأول: تعريف المنافع المستخلفة بالوصية

ان مفهوم الوصية عند الفقهاء المسلمين لا يخرج عن ثلاث مفاهيم . فقد يراد منها صفة التصرف الشرعي من حيث المطلوب الفصل او الترك او من التخريج وهو الحكم التكليفي . وقد يراد منها صفة التصرف الشرعي الذي يتصف بها نتيجة موافقته للمطلب او عدم موافقته وهو الحكم الوصفي . وقد يطلق عليها ويراد منها الأثر المترتب على التصرف باعتبار ما ثبت له من صفات كثبوت الملكية مثلاً وعدم ثبوتها . ومع ذلك عرف فقهاء المسلمين الوصية بتعاريف مختلفة في الصياغة ولكن متشابهة في

المعنى ، فمنهم من عرفها بأنها تملك مضاف ما بعد الموت بطريق التبرع سواء أكان الموصى به عيناً أم منفعة ، ومنهم من عرفها بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت .

أما عن مشروعية الوصية بالمنافع فقد اختلف الفقهاء في حكم مشروعية الوصية بالمنافع على قولين :

القول الأول^(٣)، وهو القول بصحة الوصية بالمنافع التي يجوز بها الانتفاع. وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء واستدلوا على ذلك بأن ملك المنفعة لا يتبع الرقبة إذا أفرد المنفعة بالوصية فقد جعله مقصوداً بالتمليك. و له هذه الولاية ذلك إن الموصى له لما ملك المنفعة حال حياته بعقد الإجارة والإعارة. فلأن يملكها بعقد الوصية أولى . كما ان المنافع يجوز تملكها بعوض وبغير عوض. كالإجارة والعارية لأن الوصايا بمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان؛ فلما صح عقد الإجارة عليها . فأولى أن تصح الوصية بها^(٤). أما القول الثاني فيذهب إلى أن الوصية بالمنافع لا تصح. واستدلوا بالقول أن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث؛ لأن الوصية نفاذها عند الموت. وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة؛ لأن الرقبة ملكهم. فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث. فلا تصح؛ ولأن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة. إذ الإعارة تملك المنفعة بغير عوض. والوصية بالمنفعة كذلك. والعارية تبطل بموت المعير. فالموت لما أثر في بطلان العقد على المنفعة بعد صحته؛ فلأن يمنع من الصحة أولى وقد رد على ذلك. بأن القول بكون الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع. وقوله: إن الوارث ملك الرقبة عند موت الموصي مسلم. لكن ملك المنفعة لا يتبع ملك الرقبة إذا أفرد المنفعة بالوصية. فقد جعله مقصوداً بالتمليك. وله هذه الولاية. فلا يبقى تبعاً لملك الذات. بل يصير مقصوداً بنفسه. بخلاف الإعارة؛ لأن المعير وإن جعل ملك المنفعة مقصوداً بالتمليك، لكن في الحال لا بعد الموت؛ لأنه إنما يعار الشيء للانتفاع به حال الحياة عادة لا بعد الموت. فينتفي العقد بالموت. وأما الوصية فتمليك بعد الموت. فكان قصده تملك المنفعة بعد الموت. فكانت المنافع مقصودة بالتمليك بعد الموت. وهذا هو الفرق^(٥).

وهناك عدة أنواع للوصية بالمنافع هي الوصية بالإقراض لشخص. والوصية بالحقوق دار حديث طويل في الفقه حول مشروعية كل نوع منها ما يهمنا منه هو إجازة كم كبير من فقهاء المسلمين لتلك الوصية وبالتالي يمكن أن يثبت للموصى له الخلف في هذه الحال خلافة في المنفعة وحدها دون العين على رأي القائلين بإمكان ذلك.

إما قانوناً فإن فقهاء القانون الوضعي لم يخرجوا في تعريفهم للوصية عن الإطار الذي رسمه فقهاء المسلمين. فهي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت . فيما أضاف آخرون إلى عبارة (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه التملك) عبارة (بلا عوض). و تلك لا تخرج من كون الوصية تصرف بإرادة منفردة لا يحتاج بالضرورة إلى قبول من الطرف الآخر. ولم يفرق فقهاء القانون الوضعي بين ان تقع على رقبة العين أم على منفعته فهم يحكمون بصحة ذلك من عدمه إلى رأي فقهاء المسلمين و ترجيحاتهم حول ذلك^(١). وبالتالي فإن الرأي القانوني في وصية المنافع يكون تكراراً للرأي الشرعي بها.

الأمر الذي يسعفنا فيه هو إمكان أن يصبح الموصى له خلفاً للموصى مال العين أو مالك منفعتها وذلك لصحة أن تكون المنافع محلاً للإيصاء شرط الأخالف الشروط العامة للموصى به أو المستخلف فيه بشكل أوسع، فلا بد أن تكون صالحة لأن تصبح مستخلفاً فيه - كما بينا في شروط المستخلف فيه سابقاً- و عليه فالاستخلاف يقوم بسبب الإرادة المنفردة للموصى السلف في هذه الحالة.

المطلب الثاني: شروط تحقق الاستخلاف

يمثل الاستخلاف نيابة الخلف عن سلفه ولا يتحقق بدون شروط، بل توجد جملة من الشروط والتي لا تمثل جزءاً منه بل وصفاً خارجاً عنه لا يتحقق بدونه، فلا تقوم فكرة الاستخلاف إلا بعد إن يستوفي كل ما من شأنه أن يدخل في الاستخلاف، فلا بد أن يقع الاستخلاف على محل مستوفٍ لشروط معينة، وكذلك الحال بالنسبة لكل من السلف والخلف، فلا يقع الاستخلاف من الجميع بدون نظر ولا بالنسبة للجميع بدون قيد، وعليه فإننا وبإتباع التقسيم الثنائي سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، الأول سيكون محلاً لشروط المستخلف فيه، بينما سيكون الفرع الثاني موطناً لمناقشة شروط أشخاص الاستخلاف، وكما في التالي.

الفرع الأول: شروط المستخلف فيه

يشترط في محل الاستخلاف أو موضوعه أو المستخلف فيه عدد من الشروط التي ينبغي القول بها، لكي يمكن إن يكون ذلك المال الذي حصلت فيه الخلفة محلاً للاستخلاف.

فالمنفعة محل الاستخلاف لا بد أن تتوافر فيها جملة من الشروط لكي تنتقل من السلف إلى الخلف، فهي في البداية تستلزم وجود طريق ناقل للمنفعة، كان يكون بطريق التعاقد في الخلفة بسبب خاص أو الواقعة في الخلفة بسبب عام، ومن ثم لا بد من ثبوت المنفعة في ذمة السلف للقول بانتقالها للخلف وهذا هو الشرط الأول من شروط المستخلف فيه وهو أن يكون ثابتاً بذمة السلف^(٧).

إذ يشترط لنقل المنفعة من ذمة إلى ذمة أخرى، أن يكون الحق ثابتاً في ذمة السلف (The benefit must be exist in the action of the testator) لا ينازعه فيه أحد.

وتطبيقاً لذلك لو باع المنتفع حق منفعته من غيره وباع مالك الرقبة حق ملكية الرقبة من الغير، فإن مشتري حق المنفعة خلفاً خاص لبائعها ومشتري حق الرقبة خلف خاص لمالك الرقبة وكلا الحقيين ثابتين في ذمة السلف قبل التعاقد^(٨).

أما الشرط الثاني للمستخلف فيه فهو قابلية المنفعة للانتقال، إذ انه يلاحظ في الواقع القانوني انه من الممكن أن يحول دون انتقال بعض الحقوق أو الالتزامات الشخصية مانع قد يكون قانونياً أو اتفاقياً أو إرادياً، وكل مانع يحول عن انتقال الحق أو الالتزام يجعل الحق أو الالتزام غير قابل للانتقال، وإذا انتفى المانع أو زال وجوده عاد الممنوع أي عادت للحق أو الالتزام قابليته للانتقال، وينطبق هذا الأمر على المنفعة، فكل منفعة يوجد مانع قانوني أو اتفاقي أو إرادي من انتقالها كان لا تكون مشروعة أو ممنوعة اتفاقاً فإن الحديث عن إمكان ورود الاستخلاف في منفعة ممنوعة غير وارد إذ لا يمكن إن تكون محلاً للاستخلاف.

ذلك أن المانع سواء كان قانونياً أو اتفاقياً أو إرادياً إنما يعطل إرادتي الإنشاء والاستخلاف إذ غالباً ما تختلط إرادة إنشاء التصرف القانوني مع إرادة نقله إلى الغير في العقود الناقلة للملكية أو التصرفات الناقلة للحقوق والالتزامات الشخصية في الخلافة الناقلة والتنازل عن الإيجار والوفاء مع الحلول في الخلافة المنشئة.

فإرادة الإنشاء تكون ذات نطاق داخلي فلا يتعدى أثرها المتعاقدين. أما الإرادة التي يحتاج بواسطتها المتصرف له قبل الاغيار فهي إرادة ذات نطاق خارجي يتولد منها ما يحتاج به هذا الخلف على غير المتعاقدين أو ما يحتاج به الغير حوه^(٩).

أما الشرط الثالث للمستخلف فيه فيتعلق بالطريق القانوني الناقل للمنفعة. إذ أن انتقال الحقوق والالتزامات الشخصية من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر ليس بالأمر الذي يسهل تصوره من الناحية القانونية^(١٠)؛ لأن انتقال الحقوق أو الالتزامات يجب أن يسبقه التراضي على الانتقال إما بعقد ناقل للملكية أو بالحوالة، وحيث أن إرادة إنشاء العقد هي غالباً ما تكون نفسها إرادة انتقاله.

والطريق الناقل لا يخرج عن كونه إما طريقاً إرادياً أو طريقاً قانونياً. فالطريق الإرادي إما أن يكون ناقلاً بدون حلول أو يكون طريق ناقل بحلول. فالطريق الإرادي الناقل للحق أو الالتزام بدون حلول شخص محل شخص آخر فإن الخلف يستخلف صفة مركز سلفه في المنفعة المستخلف فيها. ويحتاج به هذا الخلف تجاه الاغيار على وفق مقتضيات الحال بتاريخ ثابت. لأنه يرد على حق شخصي^(١١).

أما الطريق الإرادي الناقل للحق بالحلول الشخصي أو ما يمكن أن يسمى بالخلافة المنشئة فعلى وفق هذا الطريق يخلف الخلف الخاص سلفه دون أن يستحث التزام السلف بتسليم الحق المستخلف فيه إلى هذا الخلف ولعل من أهم أمثله الوفاء مع الحلول. (Payment with Subrogation) فيرجع الموفي على المدين لا بصفته دائناً له فحسب وإنما بصفته خلفاً خاصاً للدائن بدليل انتقال التأمينات إليه. فان كان للمدين منفعة قبل الدائن فإن هذه المنفعة تنتقل إلى الموفي و بالتالي يكون خلفاً بالمنفعة عن طريق إرادي^(١٢).

أما الطريق الثاني الذي من الممكن أن تنتقل به المنفعة إلى الخلف فتتمثل بالطريق القانوني. إذ تنتقل الحقوق والالتزامات في بعض الحالات التي لا تستطيع الإرادة نقلها إلى ذمة أخرى. بواسطة القانون. و تنتقل المنفعة المستخلف فيها من السلف إلى الخلف بالطريق القانوني بإحدى وسيلتين. كما هي الحال في الطريق الأول الإرادي. بدون حلول الأمر الذي يجعلنا إمام خلافة ناقلة^(١٣).

أما الطريق القانوني الناقل بالحلول الشخصي و الذي تكون بموجبه الخلافة منشئة لا ناقلة ويتم هذا بان يعطي المشرع على سبيل الاستثناء شخصاً معيناً حق إقامة دعوى مباشرة على مدين مدينه فمثل هذه الدعوى المباشرة هي المثال على الطريق القانوني الناقل بالحلول الشخصي.

فالدعوى المباشرة هنا أذن هي استثناء حقيقي من قاعدة نسبية العقد إذ ينتفع شخص أجنبي من عقد لم يكن طرفاً فيه. والدعوى المباشرة ليست الا منحة من

المشترع ويترتب على ذلك عدم جواز التوسع فيها ولا القياس عليها. ويمكن تصور الاستخلاف في المنفعة هنا فيما لو كان العقد المبرم بين الدائن ومدينه السلف علاقة تدخل المنفعة فيها^(١٤).

و من هنا يبدو لنا انه يشترط في المنفعة اضافة الى نشوئها من وعاء يصلح لان تنشأ منه المنفعة. و من ثم تنشأ المنفعة التي يجب ان تنتقل بصورة من صور انتقالها و طرقها من السلف الى الخلف.

الفرع الثاني: شروط أشخاص الاستخلاف

الاستخلاف في المنافع نيابة بين سلف و خلف على مال يكون محلا للاستخلاف أطلقنا عليه تسمية المستخلف فيه.

فهناك بعض الشروط التي ينبغي توافرها في كل من السلف و الخلف لكي يكون لأحدهما ان يخلف الأخر في منفعة العين التي يملكها الثاني وهذه هي شروط أشخاص الاستخلاف بالمنافع

فالسلف هو المالك للذات أو المنفعة التي استخلف خلفه فيها . و يشترط فيه عدة شروط :

أول تلك الشروط العقل : فلا يصح ذلك في الجنون .لنفي التكليف عنه. وعدم الأخذ بمقاصده وأقواله وأفعاله. كما إن الاستخلاف لا يصح من الساهي. أو الغافل. أو السكران^(١٥).

و بعد العقل ننتقل إلى شرط البلوغ : فلا يصح الاستخلاف من الصبي في المنافع لان المنفعة تطلق على الفوائد سواء كانت عينية ام عرضية. وان كل منافع الأعيان مستحقة لصاحبها من العين بعقد المالك . ولا يستطيع ان يبرم غير البالغ عقد المالك. ولو كان مبرراً. لان غير المميز فاقد لأهلية التصرف. والمميز غير البالغ ليس أهلاً للتبرعات . ولا فرق بين ان يكون الصبي مأذوناً له بالتجارة. او غير مأذون له. والى هذا ذهب العلماء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية والأمامية والزيدية^(١٦).

و من ثم يلي شرط العقل شرطاً آخر يتمثل بالاختيار: فلا يصح الاستخلاف من المكره لأنه ليس أهلاً للتبرع. ومن شروط السلف في الاستخلاف الذي يتم بدون مقابل كالوقف و الوصية بالمنافع ان تقع هذه التصرفات من أهل للتبرع . إما إذا كان الاستخلاف بمقابل فلا بد ان يحصل من مختار له كما في الإجارة و المساقاة و المزارعة^(١٧).

كما ان السلف في الاستخلاف بالمنافع على وجه الخصوص كما هو في الاستخلاف بشكل عام ينبغي الا يكون محجوراً عليه لسفه أو إفلاس.

إلا ان فقهاء المسمين ومنهم الحنفية. الشافعية. المالكية. والحنابلة. الأمامية حرصوا بأن وصية السفه بالمنافع تجوز في حدود الثلث إذ كانت كوصية الرشداء العققلين^(١٨).

الأمر الذي يجعل شرط إلا يكون السلف محجوراً شرطاً نسبياً لا ينطبق على جميع حالات الاستخلاف بالمنافع.

و لم يختلف فقهاء القانون الوضعي عن فقهاء المسلمين في شروط السلف الذي يخلفه غيره في منفعة عينه. فالسلف كل من يخل غيره محله في أمواله أو حقوقه القابلة

للاستخلاف، و يشترط فيه ان يكون مالكا للعين ذات المنفعة أو المنفعة . و ان يكون ذو أهلية تسمح له بإبرام العقد الذي ينشئ المنفعة او ينقلها إلى ذمة الخلف. فالمؤجر في عقد الإيجار لابد أن يملك أهلية القيام بإعمال الإدارة لان الإيجار يعتبر من جهة المؤجر من الأعمال الجاري و المتعلقة بإدارة الأموال^(١٨) . إلا انه ينبغي ملاحظة ان هنالك حالات لا تشترط فيها في المؤجر أهلية الإدارة و حسب بل تشترط ان تتوافر في المؤجر أهلية التصرف. و ذلك في الإيجارات التي يكون فيها المستأجر خلفا لمدة تزيد على عدد محدد من السنين . كأن يكون تسع سنين كما هي الحال لدى شراح القانون الفرنسي الأقدمين^(٢٠) .

فالوصية بالمنافع إنما يكون استخلافاً بتبرع و بدون مقابل كأصل. إما بالنسبة للخلف . الذي يخلف غيره في المنفعة فيكون كل من يخلف سلفه في حقوق المنفعة القابلة للاستخلاف. سواء كان سبب الخلفة تصرفاً بان يكون الخلف خاصاً. أو أن الخلف قد خلف سلفه في المنفعة لانتقالها إليه بالخلفة العامة. فإنه يشترط فقهاء المسلمين في ذلك الخلف أن يكون أهلاً لتملك المنفعة . بأن يكون أنساناً او سواه كالفقراء، والمدارس. لإمكان أن يكون هؤلاء من الخلف في المنافع كالوصية بالمنافع^(٢١) .

كما اشترطوا الا يكون محل الاستخلاف أي المستخلف فيه عاصياً أو جهة معصية . فيكون غير مشروع لانتفاء حلية محله. إضافة إلى أن الخلف يجب إن يكون أهلاً لتملك المنفعة. فلا تكون المنفعة غير مقدوره بالنسبة له. إلا أن جانباً آخر من الفقه و هو الرأي الراجح يذهب إلى أن المنفعة تقصد لحاجتها . فالحاجة هي مناط تلك المنفعة لذلك فان كل محتاج لها يكون أهلاً لان يملكها . ولا يشترط في ذلك أهلية معينة تتوافر لدى الخلف لكي يستطيع أن يصبح خلفاً لسلفه في المنفعة لان المنافع أصلاً لا يجوز تملكها منفصلة عن العين على رأي الحنفية. إلا أن الحاجة و الضرورة هنا هي ما دعت إلى القول بصحة تملك المنافع منفصلة عن عينها. فمثلاً في عقد الإيجار تملك المنفعة يعني الفقير عن شراء دار للسكنى و هو غير قادر على دفع ثمنها^(٢٢) .

أما بالنسبة للفقه الوضعي و رجاله. فقد عرفوا الخلف Successor بوجه عام على انه كل من يخلف سلفه في مركزه القانوني فيما يتصل بحقوق والتزامات معينة بالذمة . أو هو بكلمات أخرى هو الشخص الذي يحتل مركز من سبقه قانوناً في الحقوق والالتزامات او من تنتقل اليه تلك الحقوق والالتزامات .

و هذا الخلف ينقسم الى الخلف العام Universal Successor أي الخلف في الذمة لا في العقد.

أما الخلف الخاص Particular Successor فهو من يتلقى من سلفه شيئاً معيناً او من ينتقل له الحق بالملكية في شئ معين فيخلفه في صفته السابقة. فيخلفه في المنفعة المترتبة على العين التي يملكها إذا كان السلف مالكا للعين التي ينتفع بها الخلف. أو أن يخلفه في المنفعة التي يملكها كحق شخصي. اذا كان السلف مالكا للمنفعة وحدها دون الرقبة .

و يشترط في الخلف لكي ينتقل له الحق في المنفعة بموجب الاستخلاف ان يكون الخلف موجوداً وأهلاً لذلك الاستخلاف.

فالوصية بالمنافع يشترط فيها ان يكون الخلف إضافة إلى وجوده من غير جهات المعصية . لان ذلك الاستخلاف إنما نشأ قرينة الى الله تعالى وان لا يكون العرف في المعصية مثل نسخ كتب الضلال ونشرها وشراء آلات الملاهي وحو ذلك .
وما تقدم يتبين لنا ان شروط السلف و الخلف تتحقق بان يصدر الاستخلاف من شخص يملك اهلية لنقل المنفعة أو إنشائها . و بمواجهة شخص له أهلية تمكنه من أن يكون خلفا لسلفه في تلك المنفعة . فان استوفيت تلك الشروط كان للخلف ان يخلف سلفه في المنفعة التي أنشئها الأخير أو نقلها له .

المبحث الثاني: آثار المنافع المستخلفة بالوصية
أن إيصال شخص بالمنفعة لشخص آخر بان تنتقل لذلك الأخير بعد وفاته منفعة عين ما يؤدي بالحصول الى استخلاف الموصى له و هو الشخص الثاني للموصى و هو الشخص الأول بحيث يصبح الموصى له خلفا للموصى - فان ملك المنفعة هو ما ينتقل للموصى له بعد وفاة الموصى لان الوصية بالمنافع تصرف في المنفعة مضاف إلى ما بعد الموت. و بعد أن عرفنا الوصية كسبب من أسباب تحقق الاستخلاف سنعهد في هذا الفصل إلى بيان أثرها عندما يتحقق الاستخلاف بسببها و ذلك من خلال مسألتين مهمتين تتعلق الأولى بأثرها من حيث ملكية الخلف الموصى له للموصى به المستخلف فيه . و الثانية هي مسألة تصرف الموصى له بتلك المنفعة . و سنتناول ذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: ثبوت ملكية الخلف (الموصى له بمنفعة العين) بالمنفعة
من المعروف ان الوصية تخرج من ثلث التركة بعد وفاة الموصى . وإن إخراج المنفعة الموصى بها من التركة تكون على رأيين . الأول بان تكون الأعيان المنتجة لتلك المنفعة تمثل ثلث التركة لان المنافع لا توجد استقلالاً بل ترتبط بأعيانها^(٢٣). فالمنفعة مستقلة لا قيمة لها حسب أنصار هذا الرأي. فإذا أوصى شخص بمنفعة داره لشخص آخر و كان الدار لا يخرج من ثلث التركة الا نصف الدار. كان للموصى له نصف منافع الدار.
و دليلهم في ذلك هو المعقول إذ يترتب على الوصية بالمنافع منع العين الموصى بمنفعتها عن الوارث . وتفويت المقصود منها و هو الانتفاع بها . والمعروف أن الأعيان إنما تقصد لمنفعتها. فان بقيت العين على ملك الوارث كانت بمنزلة العين التي لا نفع لها . و عليه فلا بد من خروج العين الممنوعة منفعتها من ثلث المال .

إما الرأي الثاني فيذهب الى ان تقدير المنفعة يكون بتقدير قيمتها فان كانت قيمتها في مدة المنفعة - ان كانت المنفعة مؤقتة بمدة- في حدود الثلث أخرجت من التركة لان الموصى به هو المنفعة لا العين^(٢٤).

إلا أن هنالك من ذهب إلى التفرقة بين الوصية بالمنفعة المقيدة بمدة معلومة و بين الوصية بالمنفعة مطلقة الزمان.

فإذا كانت الوصية مقيدة بمدة معلومة قدرت قيمة المنفعة نفسها في تلك المدة و انتقل الحق في استيفاء المنفعة التي هي في حدود الثلث من الذمة الورثة الى ذمة الموصى له .

أما إذا كانت الوصية بالمنفعة مطلقة بان لم تحدد لها مدة فقد اختلف الرأي في بيان تقديرها وانتقالها الى الخلف على رأيين. الأول يرى أن رقبة العين تقوم بمنفعتها وتخرج من الثلث، إذ أن أمل الورثة فيها معدوم و بعيد التحقق.
أما الرأي الثاني فيذهب الى ان الرقبة تقوم على الورثة والمنفعة على الموصى له . فمثلا إذا كانت قيمة الرقبة مائة ألف دينار و كانت قيمة الرقبة وحدها عشرة آلاف دينار فتكون قيمة المنفعة تسعون ألف دينار^(٢٥).

و بعد ان تخرج المنفعة من التركة تصبح من حق الموصى له و يكون هذا الأخير خلفا للموصى في تلك المنفعة . و عليه فان للموصى له بالمنفعة ان يستوفي تلك المنفعة . و قد ظهرت عدة آراء في تملك الموصى له بالمنفعة و ملكه استيفائها . فقد ذهب الرأي الأول إلى أن الموصى له الخلف يملك استيفاء المنافع الناجمة عن العين . ويستطيع استيفائها كيفما كان ذلك ملائما. فإذا كانت الوصية غير مقيدة بنوع خاص من أنواع الانتفاع كان للموصى له ان ينتفع بالمنفعة بطريقتين : الأول هو طريق الاستعمال الشخصي . ويكون ذلك بان يقوم باستيفاء المنافع بنفسه . و طريقة استيفاء الموصى له المنافع بنفسه يختلف حسب نص الوصية^(٢٦).

فان لم تكن الوصية محددة بنوع خاص من الانتفاع كان للموصى له أن ينتفع بالموصى به على الوجه الذي يختاره و ذلك الرأي هو موضع اتفاق فقهاء المسلمين، إذ يذهب فقهاء المسلمين إلى أن عدم التقييد و التخصيص للطريقة التي يتم بها استيفاء الموصى له بالمنفعة يجعل ذلك الأخير هو الذي يختار الطريقة التي يستوفي بها المنفعة التي استخلف فيها بموجب الوصية بالمنفعة^(٢٧).

أما إذا كانت الوصية مقيدة بنوع من أنواع الانتفاع فهناك في هذا الأمر رأيين . الأول أن الموصى له اذا تم تقييد طريقة استيفائه بالمنفعة عن طريق الاستعمال الشخصي بنوع محدد من أنواع الاستيفاء فان على الموصى له ان يتقي بذلك القيد . و ليس له ان ينصرف من هذا القيد الى التصرف بالموصى له . فهو ملزم بالقيد الذي وضعه الموصى لان الخلف كان قد ملك المنفعة بلا عوض . و بالتالي ليس له ان يملكها الى الغير بالتصرف بها بغير عوض.

اما الرأي الثاني في القيد الذي يضعه الموصي عندما يوصي للموصى له خلفه باستيفاء المنفعة بالطريقة الاولى و هي طريقة الاستعمال الشخصي للمنفعة. فيذهب الى القول ان الموصى له يملك الانتفاع على اي وجه شاء و ليس لقيد الموصي من اثر لان الموصي انما نقل ملك المنفعة الى الموصى له و من ملك شيئاً ساغ له الانتفاع به على اي نحو شاء دون تدخل احد^(٢٨).

هذا هو الطريق الاول في قيام الموصى له باستيفاء المنفعة بنفسه اما الطرق الثاني فيكون بان يستوفي المنفعة بالتصرف بها الى الغير و هو ما سنبحثه في الفرع التالي.
و ان استيفاء الموصى له بالمنفعة بنفسه قد يصطدم بعدة عقبات من ها ان المنفعة الموصى بها تكون مشتركة بين الموصى له الخلف بالمنفعة و بين ورثة الموصى . كمن يوصي بمنفعة دار و يتبين بعدئذ ان المنفعة المستحقة للموصى له هي منفعة نصف

الدار. ففي استيفاء المنفعة المشتركة عدة خيارات . الاول ان تقسم غلة المنفعة المشتركة بين المشتركين . كان تزرع الأرض و توزع الغلة الناجمة بعد حصادها بين المنتفعين المشتركين^(٢٩).

اما الخيار الثاني فهو بتقسيم العين نفسها بين المشتركين بمنفعتها فتقسم العين بشرط كونها من الاعيان القابلة للقسمة . إضافة الى ضرورة و الا يترتب على قسمتها ضرر يصيب الورثة و لو مع بقاء المنفعة الاصلية لها.

اما الخيار الثالث فيتمثل بالنهاية الزمانية او المكانية بين المنتفعين المشتركين . فالمهياة الزمانية تعطى بها العين الى احد الشركاء مدة محددة ثم تعطى الى الاخر و الاخر بقدرها . اما المكانية ففيها ياخذ كل شريك جزءا من العين محل الانتفاع في وقت واحد و ينتفع بها.

اما اذا كانت الوصية بحق لا يمكن قسمته و لا المهياة فيه او حدث في ذلك خلاف رد الامر الى القاضي المختص يحكم به كيفما حل النزاع^(٣٠).

ويثبت حق الموصى له في الموصى به حتى و ان تصرف الوارث بالعين التي الت له ملكية رقبته . فمن المعروف ان الوصية بالمنفعة تعني انتقال المنفعة الى الخلف الموصى له دون الرقبة . و ان الوارث يستطيع ان يتصرف بالعين الموصى بمنفعتها على بعض الآراء . الا انه على الرغم من ذلك نجد ان الخلف الموصى له يبقى مالكا للمنفعة و لا يسقط حقه فيها . و ان انتقلت العين الى يد غير من أئزم بالوصية . اذ ان جانب من فقهاء المسلمين قد ذهبوا اراؤهم الى امكان ان يتصرف الوارث بالعين الموصى بمنفعتها . و تنقل عنهم مؤلفات الفقه الاسلامي ثلاثة اقوال.

القول الاول: يذهب الى صحة بيع الوارث للعين الموصى بها مطلقاً . وسواء كان البيع للموصى له بالمنفعة أو لغيره . وإلى هذا القول ذهب أبو يوسف من الحنفية وبعض الحنابلة وبعض الشافعية . اذ ذهبوا الى أنّ الامتناع كان لحق الغير به . وحق الغير هاهنا متعلق بالثلث لا بالثلثين ؛ لأنّ الوصية تعلق بالثلث لاغير . فخلا الثلثان عن تعلق حق الغير بها . فكان لهم ولاية البيع^(٣١).

اما القول الثاني : فيعارض امكان البيع معارضة مطلقة . و يذهب القائلون به الى انه لا يصح البيع مطلقاً : لأنّ ما لانفع فيه لا يصح بيعه كالحشرات و الميتات . وإلى هذا القول ذهب أبو حنيفة و بعض الحنابلة و بعض الشافعية وذلك بحجة أنّ حق الموصى له بالمنفعة تعلق بمنافع كل الدار- إذا كانت الوصية بمنافع الدار- وذلك يمنع جواز البيع . كما في الإجارة . فإنّ رقبة المستأجر ملك للمؤجر . لكن لما تعلق بها حق المستأجر منع جواز البيع ونفاذه بدون إجازة المستأجر هنا.

و يفصل القول الثالث بين ما إذا كان المشتري هو الموصى له بالمنفعة أو غيره . فإذا كان المشتري هو الموصى له بالمنفعة صح البيع وإن كان غيره لا يصح . وإلى هذا القول ذهب بعض الشافعية . وقد استدلوا على ذلك بأنّ الموصى له بالمنفعة له الانتفاع بالعين دون غيره . فصح البيع له دون غيره^(٣٢).

و يبدو لنا ان القول الذي يجيز البيع للموصى له بالمنفعة دون غيره هو الراي الأرجح . وذلك لأن الموصى له بالمنفعة له حق الانتفاع بالعين دون غيره، فيكون البيع له دون غيره، الأقرب إلى المعقول و الواقع . اذ ان ذلك يحول دون وقوع إشكاليات عملية تتمثل بصعوبة تسليم البيع الى المشتري.

اما عن موقف الفقه الوضعي من ملك الموصى له لمنفعة الموصى فقد ذهب الى ان ملكية الموصى به تنتقل الى الموصى له بمجرد وفاة الموصي . اذ ان تصرف الاخير هو تصرف مضاف الى ما بعد الموت . الا انه يلاحظ ان تلك الوصية لا تنفذ الا بعد ان يثبت كونها تمثل ثلث التركة او اقل من الثلث و بخلاف ذلك لا تنفذ الوصية الا بثلث التركة . اذ تنتقل ملكية المنفعة الموصى بها الى الخلف الموصى له بعد الوفاة بخود ثلث التركة . ولم يبين الفقه الوضعي كيفية تقدير تلك المنفعة بل احوالها الى الفقه الاسلامي بمذاهبه . و سبق و اشرنا الى اراء فقهاء المسلمين التي قيلت في هذه المسألة.

و لم يكن موقف المشرع العراقي مغايراً لراي الفقه الوضعي فيما يخص هذه المسألة . اذ ذهبت المادة (٦٩) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لعام ١٩٥٩ الى ان من شروط الموصى به ان يكون قابليته للتمليك فنصت على ((يشترط في الموصى به ان يكون قابلاً للتمليك)) . و هذا الشرط يعني ان ملكية الموصى به تنتقل الى الموصى له بوفاة الموصي عن وصية صحيحة، و الاستخلاف يتحقق بعد وفاة الموصي لان الوصية و حسب نص المادة (٦٤) من القانون نفسه هي ((تصرف مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض)) و من الجمع بين نصي المادتين سألتي الذكر يتبين لنا ان مقتضى الوصية هو التملك بع وفاة السلف الموصي و لا فرق في ذلك بين ملكية المنفعة و ملكية العين في انتقالها الى الخلف ما دامت قابلة للتمليك . فالموصى به و حسب نص الفقرة الاولى من المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي و التي جاءت بالقول ((يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به)) . يكتسبه الموصى له بمقتضى الوصية . و نلاحظ ان ثمة فرق بين التعبير الذي جاء به قانون الاحوال الشخصية و التعبير الذي جاء به القانون المدني . اذ ان قانون الاحوال الشخصية يطلق لفظ التملك على الموصى به اما القانون المدني فيطلق لفظ الكسب على الموصى به، و الكسب هو طريق من طرق تحقق الملك^(٣٣) . فتعبير القانون المدني ادق من تعبير قانون الاحوال الشخصية . لان الاخير قد عبر عن الاثر تاركاً السبب و المدني عندما تناول موضوع انتقال الموصى به الى الموصى له تناول من جانب طريق تحققه و هو الكسب . لذلك كان من الأجدر بالمشرع ان يوحد بين المصطلحات و نحن نرجح تعبير الكسب على تعبير التملك . و ذلك ان الوصية بالمنفعة ليست دائماً بما يعطي الموصى له ملكية الموصى به على الدوام فقد تكون المنفعة المكتسبة بموجب الوصية مؤقتة . فكسب الموصى له للمنفعة ليس على وجه الدوام في جميع الاحوال . لذا كان تعبير الكسب اقرب.

و ما تقدم يتبين لنا ان الفقهاء قد ذهبوا الى ان المنفعة الموصى بها تصبح من حق الموصى له و له استيفائها بنفسه باتفاق الفقهاء بلا معارض و ذلك يعني ان انتقال خلافتها له يعني تحقق ملكه فيها فالموصى له مالك لمنفعة العين الموصى بها و له

استيفاء تلك المنفعة كيف شَاء. و عليه فاننا و من اجل استكمال ما بدأناه من اثر
لوصية بالمنافع في انتقال ملك المنفعة الى الموصى له و هو تصرف الموصى له بالموصى
له .

المطلب الثاني: تصرف الخلف (الموصى له بمنفعة العين) بالمنفعة
ان انتقال ملكية المنفعة من السلف الموصى الى الخلف الموصى له تعطيه حق
استعمال و استغلال ملكه . فهل ان ملكية الموصى له للموصى به تعني ان للخلف ان
يتصرف بالمنفعة الموصى بها أم ان ليس له ذلك بحجة ان تلك المنفعة أعطيت له
ليستوفيا بنفسه؟ وللإجابة على هذا التساؤل لابد ان نتناول ذلك من خلال موقف كل
من الفقه الإسلامي و من ثم فقه القانون الوضعي و تشريعاته.

فيذهب فقهاء المسلمين الى ان تصرف الموصى له بالمنفعة الموصى بها له تختلف بين ما
اذا كانت الوصية التي نشأ بموجبها حقه باستخلاف الموصى وصية مطلقة او وصية
مقيدة . فالوصية بالمنفعة للخلف الموصى له إما أن تكون وصية مطلقة بدون قيد وإما
أن تكون وصية قد وضعت فيها طريقة محددة للاستيفاء . و يختلف حق الموصى له
بالتصرف وفق الصيغة التي جاءت بها الوصية منشئة حق الاستخلاف.

ففي الوصية المطلقة و التي تحصل فيما إذا أطلق الموصى الانتفاع بعين من أعيان ماله
لآخر دون أن يحدد اي نوع من انواع الانتفاع هو الانتفاع الذي على الموصى له ان ينتهجه
من اجل استيفاء المنفعة . هل هو انتفاع بالاستعمال او انتفاع بالاستغلال . و كذلك
من دون ان يكون هنالك تقييداً للانتفاع بقيد . كأن يوصى له بسكنى داره . أو بركوب
سيارته . و كقوله : إن مت فثلث مالي للمساكين . ففي هذه الحالة نجد ان فقهاء
المسلمين قد اختلفوا في منح الموصى له حق التصرف الى الجاهين.

الاتجاه الأول يذهب الى أن الموصى إذا أطلق حق الانتفاع للخلف الموصى له دون نص على
الاستعمال والاستغلال فان الإطلاق ينصرف إلى التصرف فالموصى له ان يستغل الدار
بان يتصرف بها بالإجارة لغيره وينتفع بالأجرة الحاصلة له . و هذا هو رأي فقهاء المذهب
الحنفي^(٣٤) .

و أدلتهم في القول بانه في حالة اطلاق الموصى حق استيفاء المنفعة للخلف الموصى له
دون نص على احد نوعي الانتفاع الاستعمال أو الاستغلال فان الإطلاق ينصرف إلى
التصرف بالموصى به بالمعقول.

اذ ان من المعقول عندهم ان اطلاق اللفظ ينصرف إلى الفرد الكامل و كانه ذكره ففي هذه
الحالة قد ذكر الانتفاع مطلقاً من غير نص على احد فردي الانتفاع هما الاستعمال
والاستغلال ولاشك ان الاستغلال اكمل من الاستعمال . إي إن المقصود هنا هو التصرف
وليس استيفاء الموصى له المنفعة بنفسه. لان التصرف بالموصى به أوسع نطاقاً كما
إن الاستغلال هنا ينصرف الى تصرف الموصى له بالمنفعة المستخلف فيها فينصرف
إطلاق الانتفاع اليه .

اما الاتجاه الثاني فيرى أنصاره أن قيام الموصى باطلاق حق الانتفاع للخلف الموصى له
دون قيد أو نص على نوع منفعة بعينه يجعل الوصية جائزة إذا تحملها الثلث وكان

للموصى له وجوه الانتفاع بالاستعمال و التصرف مع مراعاة العرف في ذلك فله أن يسكن الدار ، ويركب السيارة بنفسه ، كما له أن يؤجر الدار للسكنى والسيارة للركوب بأجرة وتكون ملكا له ، وهذا هو موقف فقهاء الجمهور من فقهاء المذهب المالكي ، والشافعي والحنبلي والظاهري والزيدي والأمامي والإباضي^(٣٥) .

و استدل جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ومن وافقهم القائلون بان للموصى له حق استيفاء منفعة العين في حالة الإطلاق بالاستعمال و التصرف بالقياس .

إذ أنهم قاسوا الوصية بالمنفعة على الوصية بالعين بجام حصول الملك فيهما وجواز المعاوضة حيث انه لما جاز للخلف الموصى له بالعين المعاوضة عليها للملكه لها بالوصية . فكذلك الخلف الموصى له بالمنفعة له المعاوضة عليها أيضا ، لأنه قد ملكها بالوصية^(٣٦) .

و نستطيع القول بعد بيان موقف فقهاء المذاهب الإسلامية من مسألة قيام الموصى بإطلاق لفظ الموصى للخلف الموصى له بالمنفعة دون ان يكون قد حدد اي من نوعي الانتفاع هو المقصود في وصيته عندما اوصى بالمنفعة للموصى له ، فهو عندما لم يحدد اي نوع الانتفاع كان يقصد من وراء ذلك، فهو يعني ان استيفاء الخلف للمنفعة يكون بطريق اخر غير طريق استيفاء المنفعة بنفسه اي انه كان يقصد ان الخلف له حق التصرف بالمنفعة التي يملك بموجب الوصية .

اما عن رأي الفقه الوضعي و التشريعات من تصرف الخلف الموصى له بالمنفعة الموصى له بها فنجد ان من يبحث في هذه المواضيع يستشهد برأي الفقه الإسلامي ومذاهبه و الآراء المتعددة التي قيلت بشأن ذلك . إما التشريعات فلم نجد فيها ما يخص إحكام تصرف الموصى به بالمنفعة التي اكتسبها بموجب الوصية . و لذلك فإننا نتمنى على المشرع لو يعالج هذه المسألة إذ أن القواعد العامة في الوصية و التصرف بالمنافع قد لا تُسعفنا في كل الأحوال والإحكام التي تخص هذه المسألة . خصوصا فيما يتعلق بتصرف الموصى له بالمنفعة بمعزل عن موافقة مالك رقبة العين ما سيؤدي الى حدوث إشكالات كان من الممكن تجنبها لو نُظمت احكام تصرف الموصى له بالوصية لتلافيها . و نقتراح ان تكون هذه المعالجة ضمن قانون الاحوال الشخصية كونه الخاص و الذي تقيد احكامه العام . و تكون على الشكل الذي يمنح الموصى له الحق في التصرف بالمنفعة التي اكتسبها بموجب الوصية . بعقود المعاوضة كالإجارة و بعقود التبرع كالإعارة شرط أن تنتقل المنفعة إلى خلف الموصى له لمدة لا تزيد عن المدة التي يكتسب بها الأخير منفعة العين محل الاستخلاف.

المبحث الثالث: انتهاء المنافع المستخلفة بالوصية

ان الاستخلاف كنظام قانوني ينتهي إما بأسباب تعود الى السلف بان يقوم بتصرف معين يوقف فيه تلك الخلافة و ينهيها . فلا يعود الخلف قائما مقام سلفه في المنفعة بل تعود المنفعة و الحق في استيفائها الى السلف . يستوفيه بنفسه او يحل الغير محله و يستخلفه . و هنا تنتهي المنفعة بصورة أصلية.

و في حالة اخرى يمكن ان تفوت المنفعة بصورة تبعية، فقد ينتهي الاستخلاف ف بأسباب تعود للخلف نفسه مالك المنفعة . فموت الخلف مالك المنفعة يمكن ان يكون سببا من أسباب انتهاء الاستخلاف.

المطلب الأول:الانتهاء بصورة أصلية

يعتبر الرجوع سببا من أسباب انتهاء المنافع بالوصية أذ ان اثر الاستخلاف يتمثل بثبوت ملك الخلف للمنفعة التي استخلف فيها الناجحة عن العين محل الاستخلاف . اضافة الى حق الخلف في التصرف بالمنفعة المستخلف فيها و بالصورة التي انتقلت عليها تلك المنفعة إليه . و يترتب على ملك الخلف الموصى له بالمنفعة ان الاخير يتأثر برجوع الموصى عن وصيته، فالموصى قد يرجع عن وصيته ما دام حيا و هذا هو الاصل في الرجوع عن الوصية كسبب من أسباب انتهاء الاستخلاف . و قد يرد الرجوع بصورة تختلف عن الرجوع في الصورة الأولى وذلك بان يتصرف الموصى بالمنفعة الموصى بها او يتصرف بمحل الاستخلاف تصرفا يترتب عليه زوال صفته او اسمه دون ان يكون قد رجع عن وصيته .

و ذهب فقهاء المسلمين الى ان رجوع الموصى عن وصيته مما ينهي الاستخلاف . فما دام الموصى حيا فان له ان يرجع عن وصيته كلها او بعضها . و كانت هذه المسألة محل اتفاق فقهاء المسلمين^(٣٧) . و استدلووا على ذلك بما روي من القياس و المعقول .

فمن القياس نجد أنهم قاسوا الوصية بالمنفعة على الهبة قبل القبض بجامع ان كلا من الوصية بالمنفعة - خصوصا- عقد تبرع . فجاز للموصى الرجوع عن وصيته قبل ان تصبح ناجزة اي قبل وفاته . فالرجوع عن الوصية قبل الوفاة يجتمع مع الهبة التي تحتاج الى القبض لتمامها . فان لم يجر القبض و انتقل الحيازة من يد الواهب او خلفه الى يد الموهوب له او من يمثله و تراجع الواهب عن هبته فيصح ذلك الرجوع . اما الهبة بعد القبض فلا يجوز التراجع عنها . و نحن هنا بصدد تراجع عن الوصية قبل لزومها بوفاة الموصى و هذا مما لا جدال فيه .

أما المعقول فقد اتفقت الآراء في هذا الجانب على ان مقتضى الوصية ومناطها ان المال يخرج من ملك الموصى الى ملك الموصى له بطيب نفس منه اما إذا لم تطب نفسه بنفوذ الوصية حال حياته كان ذلك اختيارا منه لإعادة ملكه من استخلفه فيه فكان رجوعه جائزا^(٣٨) .

كما استدلووا بان الوصية من العقود غير اللازمة و بالتالي فيجوز للموصى الرجوع في وصيته بالمنفعة على الخلف الموصى له اذا هو شاء ذلك و لا مانع من ذلك . وان انعقاد اتفاق فقهاء المسلمين على صحة رجوع الموصى عن الوصية لحقه انعقاد الاتفاق على الكيفية التي يتحقق بها ذلك الرجوع. فقد اتفق الفقهاء على ان رجوع الموصى عن الايحاء للموصى له يدل على الإعراض عن الوصية بالمنفعة^(٣٩) . و يحصل بإحدى حالتين هما اما التصرف الصريح أو التصرف الضمني . و يتحقق التصرف الصريح باللفظ المباشر كمن يقول رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غن ما أوصيت به لشريكي في التجارة فهو لخادمي أو فهو لزوجتي وأولادي اي لورثته .

أما التصرف الضمني فيكون بالتصرفات التي تزيل أثر الوصية أو تزيل الملك عن الموصى به بالفعل ، و تكون على نوعين تصرفات اعتبارية و تصرفات مادية .
فالتصرفات الاعتبارية عبارة عن تصرفات ناجزة لازمة في حياة الموصي تقع على الموصى به و تزيل امكان تصرف الموصي بالموصى به لان حق التصرف فيه انتقل الى الغير . كمن يوصي بشيء الى فلان من الناس ثم يبيعه الى الغير او يقوم بهبته أو التصديق به الى جهة اخرى . و يعود سبب كون ذلك التصرف من التصرفات الناجزة اللازمة في حياة الموصي الى ان التصرف اذا كان من التصرفات المضافة الى ما بعد موت الموصي كان من قبيل التصرفات التي يشملها الرجوع الصريح و ليس الرجوع ضمناً .
اما النوع الثاني من التصرفات الضمنية التي تفيد الرجوع عن الوصية فهي تلك التصرفات المادية التي تؤثر في عين الموصى به كما لو اوصى بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه . وان هذه التصرفات اذا تحققت فإنها تنفذ و تؤدي الى انتهاء الوصية و تزيل امكان ان يقع الاستخلاف بين الخلف الموصى له للسلف الموصي اذا ما توفي السلف . ولا تعود الوصية اذا ما عادت ملكية الموصي بالمنفعة التي تراجع عن الايضاء بها^(٤٠) .
و على الرغم من انعقاد اتفاق الفقهاء على ان رجوع الموصي عن الوصية يكون باي نوعي التصرفات الصريحة او الضمنية مادية كانت ام اعتبارية و ان اثر ذلك الرجوع يكون في جانب انهاء الاستخلاف الذي تحققت جميع عناصره من حيث النشوء عدا عنصر واحد يتمثل بمسألة وفاة الموصي و حياة الموصى له بالمنفعة بعده . و عدم امكان العودة عن ذلك الرجوع حتى لو رجع عن تصرفاته التي أدت الى الرجوع . اذ يجب ان تنعقد وصية جديدة لكي يثبت حقا للموصى له بالمنفعة .
الا ان ذلك الاتفاق لم يمنع ان يقوم خلاف بين اراء الفقهاء بشأن مسألة الايضاء بمنفعة عين ما ثم قيام الموصي بالتصرف بالموصى به تصرفا يترتب عليه زوال اسم الموصى به أو صفته كما لو اوصى بدار فهدمها و جعلها محال تجارية . او اوصى ببستان فقطع أشجاره و جعله عرضات فهل يترتب على ذلك اعتبار ان إقدام الموصي على مثل هذا التصرف يعتبر رجوعا منه ام لا ؟ وما اثر ذلك على حق الموصى له ؟
و في ذلك نجد ان فقهاء المسلمين قد انقسموا في رأيهم الى اتجاهين :
الاتجاه الأول : يذهب أنصار الاتجاه الاول من فقهاء المسلمين الى ان التصرفات التي يوقعها الموصي على الموصى به تنقسم الى نوعين من التصرفات . فهي اما تصرفات تزيل ملك الموصي عن الموصى به او تزيل عينه . و تصرفات تزيل اسم الموصى به و صفته^(٤١) .
الاتجاه الثاني: يرى أصحابه ان هذه التصرفات وحوها على اختلاف ما تزيله من الموصى . فلا يوجد ثمة فرق بين ان تكون تلك التصرفات من المزيلات للملك الموصى به وعينه . او من التصرفات المزيلات لاسمه و صفته . فكل تلك التصرفات تعتبر من قبيل التصرفات التي تغير من الموصى بحيث لا يبقى على حاله و قت الوصية به فلا يكون المحل الذي قامت عليه الوصية موجودا . وبالتالي تعتبر جميع تلك التصرفات رجوعا من الموصي وفسخا للوصية فلا يثبت للموصى له الحق في استيفاء المنفعة وبهذا قال جمهور الفقهاء^(٤٢) .

و مما سبق من استعراض رأي الفقه الإسلامي من مسألة الرجوع عن الوصية نجد ان الفقه الإسلامي قد اتفق على صحة رجوع الموصي عن الوصية بالمنفعة في حال حياته اما بعد وفاته فلم يناقش الفقه ذلك . لعدم إمكان تصورها . و يكون ذلك الرجوع بعدة صور اتفقوا على قسم منها و تتمثل بالرجوع بالتصرفات الصريحة و الرجوع بالتصرفات الضمنية. اما الصورة التي لم يحصل اتفاق عليها فتمثلت بحالة تحقق الرجوع عند قيام الموصي على تغيير اسم و صفة الموصى به .

اما عن موقف الفقه الوضعي من مسألة رجوع الموصي عن وصيته و اثر ذلك على انقضاء حق الموصى له بان يخلف سلفه في منفعة العين الموصى بمنفعتها له . فلا نلاحظ ثمة فرق كبير بينه و بين رأي فقهاء المسلمين . ذلك ان احكام الوصية في القانون الوضعي مستقاة من الفقه الإسلامي و اراء فقهاءه .

فقد ذهب الفقه الوضعي الى ان الوصية تنقضي اذا رجع الموصى عنها . و ان الرجوع في الوصية لا يمكن ان يُعتد به الا اذا كان ذلك الرجوع قد تم عن طريق كتابي يعدل قوة ما تثبت به الوصية . و يمكن ان تثبت الوصية بعدة طرق . فقد يتم إثبات الوصية بالسند العادي . كما يمكن ان يتخذ طريق الإثبات بالسندات الرسمية سبيلا في اثبات الوصايا . و قد يقوم الموصي بإنشاء الوصية من دون ان يثبتها بأي سند رسمي كان او عادي ففي هذه الحالة يمكن ان يكون الإثبات بالشهادة هو وسيلة الإثبات التي يمكن الاعتماد عليها لإثبات الوصية وإنشاؤها من قبل الموصي.

فبالنسبة للسندات العادية يكون الإثبات من خلال كتابة نص الوصية بذكر المنفعة الموصى بها و مدتها او غرضها ان وجدت و توقع من الموصي أو تبصم بإبهامه و ترسل الى الموصى له . من دون وجوب ان تستوفي شكلية معينة . فالوصية ليست من التصرفات الشكلية و لا يجب لإنشائها ان تتخذ شكلاً محدداً لكتابتها.

اما السندات الرسمية . فتكون فيه الوصية قد كُتبت مستوفية العناصر الضرورية لها من بيان الموصى به و الموصى له و نحوها بدليل ي كتابي يتخذ صفة الرسمية من خلال تصديقه من قبل المحكمة المختصة نوعيا و مكانيا .

اما الطريق الثالث من طرق الاثبات و المتمثل بالشهادة فيتم اللجوء اليه عند عدم امكان اللجوء الى الطريقين السابقين لعدم وجود متسع من الوقت او لعدم وجود من يقرأ ويكتب أو لأي سبب منع من تدوين تلك الوصية . فيقول الموصي امام شاهدين على الاقل انه يوصي لصاحبه او لشريكه بكذا من امواله المنقولة . اما بالنسبة للاموال غير المنقولة فلا ينفذ عليها اي تصرف لم يستوفى الشكل المطلوب^(٤٣).

و بعد بيان طرق اثبات الوصية نعود لنستكمل موقف الفقه من الرجوع عن الوصية اذ لا ينتج الرجوع عن الوصية اثره اذا ما انشأ الموصي وصيته و وثقها بالسند الرسمي ثم تراجع عنها بالشهادة او بسند عادي فان ذلك الرجوع لا يعتد به و لا يعد صحيحا و تبقى الوصية بالمنفعة قائمة بين الموصي و الموصى له حتى يتم الرجوع عنها و يوثق ذلك بسند رسمي.

و نفس الموقف يحسب للمشرع العراقي. فقد ذهب المشرع العراقي الى ان الوصية تبطل في عدة حالات اولها الرجوع عن الوصية. و ان تكون بنفس الطريقة التي تثبت بها . خصوصا ان كانت تزيد على خمسمائة الف دينار. اذ ان المشرع العراقي كان قد اشترط ان تتبع شكلية معينة لإثبات الوصية. بان تكون الوصية موقعة او مختومة او مبصومة إذا كانت قيمتها تقل على خمسمائة الف دينار و ان تكون مصدقة لدى كاتب العدل اذا كانت قيمتها تزيد على ذلك . وعليه فان اراد الموصي الرجوع عن الوصية اتبع نفس الطريق الذي وثق به الوصية و هذا هو ما قصده المشرع من المادة (٦٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي و المادة (٧٢) من نفس القانون . اذ تنص المادة الثانية و السبعون على ان ((تبطل الوصية في لأحوال الآتية :

١- برجوع الموصي عما أوصى به، و لا يعتبر الرجوع الا بدليل يعدل قوة ما تثبت به الوصية....)). اما المادة الخامسة و الستون فقد نصت على انه ((١- لا تعتبر الوصية الا بدليل كتابي موقع من الموصي او مبصوم بختمه او طبعة إبهامه فاذا كان الموصى به عقارا او مالا منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار و يجب تصديقه من الكاتب العدل.
٢- يجوز اثبات الوصية بالشهادة اذا وجد مانع ادبي يحول دون الحصول على دليل كتابي)).

كما يلاحظ ان المشرع العراقي قد وقف موقفا وسطا بين رأي فقهاء المالكي و بين موقف جمهور فقهاء المسلمين في اعتباره مسألة تصرف الموصي بالموصى به بمثابة الرجوع . اذ انه اعتبره من الاسباب التي تبطل بها الوصية . فتصرف الموصي بالموصى به بتصرف يغير من اسمه او صفاته ما يبطل الوصية الا انه ليس رجوعا بل هو سبب اخر يعرض الرجوع . كما انه اكد على ان الوصية تبطل اذا كان التصرف الذي اقدم عليه الموصي ما يزيل اسم الموصى به - و لا خلاف في هذا بينه و بين موقف الفقه الاسلامي - او كان التصرف ما يزيل معظم صفات الموصى به . و هنا يبدو لنا الموقف الوسطي للقانون بين الرأيين الفقهيين . فليست العبرة بتغيير الصفة للقول ببطان الوصية و بالتالي استبعاد قيام الاستخلاف. بل العبرة في كم هو مقدار تغير صفات الموصى به . فان زالت معظم تصرفات بطلت الوصية و متبعها الاستخلاف. وان كان بالجزء القليل من صفات الموصى به لم تبطل الوصية و كان بالامكان تحقق الاستخلاف بناءا على تلك الوصية بعد وفاة الموصي و استمرار حياة الموصى له . كل ذلك يمكن استنتاجه من نص الفقرة الثالثة من المادة (٧٢) ((٣- بتصرف الموصي بالموصى به تصرفا يزيل اسم الموصى به او معظم صفاته)).

المطلب الثاني: الانتهاء بصورة تبعية

قد ينتهي الاستخلاف بأسباب ارادية تعود الى استخدام السلف لإرادته في الرجوع عن إرادته السابقة . الا ان تلك الحالة ليست الحالة الوحيدة لانتهاء الاستخلاف . فقد ينتهي الاستخلاف لأسباب غير ارادية لا دخل لإرادة السلف او الخلف فيها . وهي موت مالك المنفعة. لذا فاننا في هذا المطلب سنحاول ان نبين أثر الموت في انتهاء

الاستخلاف ومدى كون ذلك الموت سببا في امتداد الاستخلاف الذي كان قائما بين الخلف مالك المنفعة الذي مات وبين السلف الى ورثة الخلف بعد موته .

وان موت الموصى له يعني عدم وجود الموصى له . وهنا لا بد من ملاحظة الاثر المترتب على ذلك . فهل ان شرط وجود الموصى له شرط ابتداء فقط . ام انه من الشروط التي لا بد ان تتوافر عند الابتداء و اثناء سريان الوصية ؟ هذا من جانب . ومن جانب اخر هنالك فرق بين ما اذا مات الموصى له عن وصية مؤقتة أو مؤبدة أو مطلقة (لم ينص الموصى على تأقيتها ولا تأييدها) . و عليه فاننا سنناقش فرضية موت الموصى له في كل من هذه الوصايا ونفرد لكل نوع من الوصية موضعا خاصا به مع مراعاة مناقشة ما تشابه منها في موضع واحد.

و عليه فقد بحث فقهاء المسلمين اثر موتالموصى له في الوصية المؤبدة و المؤقتة في موضع و اثر موت الموصى له في الوصية المطلقة عن التأقيت أو التأبيد في موضع ثان . و هذا سيكون سياق بحثنا نحن ايضا لما اورده .

الفرع الأول: أثر موت الموصى له في الوصية المؤقتة والمؤبدة
لم يتفق فقهاء المسلمين على الحكم المترتب عن موت الخلف الموصى له بالمنفعة المؤقتة والمؤبدة على الورثة بل اختلفوا فيه الى رأيين :-

الرأي الأول : يرى أصحابه من فقهاء الحنفية ان موت الموصى له في الوصية بالمنفعة المؤقتة بزمان كعام أو عشرة اعوام و كان موته قبل ان تنتهي تلك المدة فان استخلافه للمنفعة ينتهي بموته و لا يخلفه فيها ورثته فيما بقى من المدة ويعود ملك المنفعة إلى ورثة الموصى بحكم الملك^(٤٤) .

أما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة كأن كانت لمعين كأوصيت بمنافع داري لمحمد ابدا . أو لموصوف محصور كأن يوصى لمساكين وفقراء أولاده ابدا فان الوصية تنتهي بموت الموصى له و ينتهي بذلك الاستخلاف و لا يقوم استخلاف لورثة الموصى ايضا لانتهاء الوصية بموت الموصى له و تبقى الوصية قائمة حتى اخر موصى له و تنتهي بموته ويعود الموصى به إلى مالك عينه^(٤٥) .

و قد استدل هؤلاء الفقهاء فيما ذهبوا اليه من انه إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤقتة بزمان ومات الموصى له قبل انتهاء المدة فتنتهي بموته ولا خلافة لورثته فيها فيما بقى من المدة . واذا كانت مؤبدة ومات الموصى له المعين أو المحصور فان استخلافه ايضا ينتهي بموته بأدلة من المعقول من وجهين . اولهما الصيغة التي اتت بها الوصية . فالوصية حينما نشأت حددت الموصى له اما بتعيينه او بوصفه . فكان الموصى له محصورا . و بذلك فان سبب استخلاف الموصى له في المنفعة هو الوصية التي حصرته و عليه فان موته يعني زوال صفة من الصفات التي اوردها الوصية . فتنتهي بموته و لا يخلفه ورثته في المدة المتبقية ويعود ملك المنفعة إلى ورثة الموصى^(٤٦) .

اما ثاني الوجهين فهو ان المنفعة ليست من الاموال لذلك فانها عندما يوصى بها للموصى له فهو ياخذها من ملك الموصى . واذا مات و انتقلت الى ورثته فهي لا تنتقل باعتبارها مالا من ذمة الموصى له الى ذمة ورثته بل تنتقل الى الورثة من ملك الموصى

لانها منفعة و تبقى في ملكه. و بذلك سيكون استحقاق الورثة للمنفعة من المالك بغير رضاه و هذا لا يجوز^(٤٧).

الرأي الثاني : و هو رأي الجمهور من فقهاء المالكية^(٤٨) . والشافعية . والحنابلة . والظاهرية . والزيدية . والأمامية. والأباضية : و يذهب أصحاب هذا الرأي الى انه اذا كانت الوصية بالمنفعة مؤقتة بزمن ومات الموصى له قبل نهاية المدة فان ورثته يستخلفونه فيما بقي من المدة . لان تلك الوصية تبقى قائمة و لا تنتهي بوفاته. و بالتالي تنتقل إلى ورثته^(٤٩).

اما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة لشخص معين أو لموصوف محصور فلا تنتهي بموت الموصى له بل يستخلفه ورثته فيها ثم يخلف كل من مات منهم وارثه بعد موته في ملك المنفعة و لا تنتهي الوصية . .

و قد استدل جمهور الفقهاء القائلون باستخلاف ورثة الموصى له لمورثهم بالمنفعة إذا مات الأخير قبل انتهاء المدة سواء اكانت مؤقتة أو مؤبدة لمعين أو موصوف محصور بدليلين هما بالقياس والمعقول . فقد قاسوا الوصية على الايجار . بجامع ان الموصى له كالمستأجر في ملك المنفعة في تلك المدة وجواز اجارته فيها لغيره . وانتقالها استخلاف وارثه له فيها ان مات قبل ان تنتهي تلك المدة^(٥٠).

أما المعقول . فقد ذهبوا الى انه من المعقول كون الموصى له يملك المنفعة لا الانتفاع . و بالتالي فان هنالك ثمة فرق بين المنفعة و الانتفاع. فللموصى له ان ينتفع بالموصى به بنفسه وبغيره بالاجارة والاعارة والوصية بها فيستخلفه ورثته فيها إذا مات قبل انتهائه فيما بقي له من المدة . لان من مات عن حق فهو لورثته^(٥١).

اما إذا كانت الوصية لغير محصور لا يظن انقطاعه كأن يوصى للفقراء والمساكين أو لجهة عامة كالجوامع والمساجد فانها تكون مؤبدة عند الفقهاء. فتبقى الوصية بالمنفعة وقفا على الموصى له ما بقي . فينتفع بها الورثة دون انتهاء و يكون استخلافهم فيها استخلاف للموصى و ليس استخلاف للموصى له لانهم يستحقون الوصية بصفتهم او بذاتهم . ذلك ان الموصى لم يكن يقصد بهذه الوصية أشخاصا معينين ولم يقيد هذه الجهات بمدة محددة ولا بحياة فلا يجوز حد لانتهائها^(٥٢).

الفرع الثاني: اثر موت الموصى له إذا كانت الوصية مقيدة بانتفاعه وحياته لم يختلف فقهاء المسلمين حول مسألة ما اذا مات الموصى له عن وصية المنفعة التي قيد فيها انتفاعه بحياته او كانت الوصية قد قيدت بانتفاعه وحده فقط . و ان كانت الوصية مطلقة في الزمان. اذ نجد ان جمهور الفقهاء ذهبوا الى ان الوصية اذا ما كانت قد قيدت بحياة الموصى له فان استخلافه ينتهي بموته و لا يكون لورثته ان يستخلفوه فيها . فقد جاء عنهم في تبرير ما ذهبوا اليه ان المنفعة الموصى بها مقيدة بحياة الخلف الموصى له و الصيغة واضحة و واضحة و صحيحة في ذلك و لو كان الموصى يريد ان يستخلف فيها غير الموصى له الذي حصره لكان قد اطلق ذلك في صيغته . لذلك فان استخلافه ينتهي بموته لا تورث عنه تلك المنفعة^(٥٣).

كما ان لمنفعة بهذا التقييد تعتبر تملك من منفعة خاصة تنتهي بموت الموصى له أو خراب الدار الموصى له بسكنائها . لان المنفعة مقيدة بحياة الموصى له وقد انتهت بوفاته فلا استخلاف لورثته .

و نظر هؤلاء الفقهاء الى الوصية بالمنفعة لشخص قيدت بحياته او قيدت بانتفاعه ليست من باب التمليكات بل من باب الاباحات . و الاباحة لا يملكها الا من اباحت له . و عليه فالموصى له يملك الانتفاع دون تملكها لغيره^(٥٤) .

و عليه و لكل ما تقدم من رأي الفقه الإسلامي نجد ان ما ذهب اليه الفقهاء القائلين بان اثر موت الخلف الموصى له بالمنفعة إذا كانت الوصية مؤقتة بزمن أو مؤبدة أو مطلقة ينتقل الى ورثة الموصى له هو الاولي بالقبول . فاستخلاف الموصى له ينتهي بموته و يكون موجبا لقيام استخلاف بين ورثته و بين الموصى في المنفعة طيلة المدة المتبقية إذا كانت مؤقتة . كما يستخلفونه كذلك بعد وفاته إذا كانت مؤبدة . بخلاف المطلقة إذا قيدت بحياته أو بانتفاعه فقط فلا يستخلفونه فيها . و يعود السبب في ذلك الى ان صياغة الموصى لوصيته بإطلاقها من دون ان يحددها يعني ان الموصى كان قد أذن بتوارث المنفعة دون انتهاء . فمن يقول أوصيت بسكنى داري يكون قد إذن أن تنتقل منفعة داره الى الغير و بصيغة تحمل معنى التأبيد لأنها أضيفت الى عام و لم تضاف الى مخصوص . كما ان المنفعة من الحقوق المالية و ليس من الحقوق التي لا تفكك بالمال كما يذهب الحنفية دون الجمهور . و عليه فان المنفعة تمثل حقا ماليا كسائر حقوقه المالية فيكون لورثته ان يستخلفونه فيه^(٥٥) .

ثم ان الموصى له لما اعطى حق الانتفاع بالمنفعة الموصى بها فقد اعطى حق المعارضة عليها لتملكه اياها فصار حقا له لم يستوفيه بوفاته فيكون لورثته ان يستوفونه فيما بقي من المدة.

اما عن موقف الفقه الوضعي و القانون من اثر موت الموصى له بالمنفعة على استخلافه فو الذي كان قد استمده من الفقه الاسلامي بالدرجة الاساس . فلم يبحث هذه المسألة بالخصوص الا انه اشار اليها عندما ناقش الفرق بين الوصية بالرقبة و الوصية بالمنفعة . فقد ذهب رأي الى ان الوصية بالمنفعة لمعين او محصورين تختلف عن الوصية بالرقبة كون الاخيرة تنتقل بالوراثة اي ان الورثة فيها يخلفون مورثهم فيما ترك من ملكية رقبة . اما اذا كانت الوصية بالمنفعة فانه متى ما انتهى الامد المحدود للوصية بالمنفعة تنتقل المنفعة تابعة للرقبة لملك الرقبة^(٥٦) .

فالوصية بالمنفعة ترد بعدة موارد . فقد تكون على وجه التأبيد . و على جهة لا يظن انقطاعها . او تنتهي في مالها الى جهة لا يظن انقطاعها . فهي بعد موت الموصى له تكون بحكم الوقف . أو على التعيين وقفاً لأنها بعد ذلك تأخذ خواصه و إحكامه . و على ذلك تكون العين موقوفة و تكون ملكيتها كملكية الوقف على مقتضى الإحكام المعمول بها اليوم .

إي إن لا استخلاف بين الموصى له و ورثته بل إن الموصى به ينتقل إلى جهات البر التي أرادها الموصى في وصيته.

وهناك الوصية لجهة يظن انقطاعها.^(٥٧) محصورة او غير محصورة . فهي كالوصية بالمنافع لعين . يكون فيها الاستخلاف لمن تم تعيينهم في الوصية فان انقطعوا و لم تكن مدة الوصية قد انتهت صرفت الغلة قبل انتهائها لجهات البر التي يعم نفعها . و كذلك اذا وجدوا ثم انقطعوا و حصل اليأس من وجودهم قبل انتهاء المدة المقررة لهم فانه يصرف لجهة بر عامة حتى تنتهي المدة فتصرف الغلات بعدها لجهة البر المنصوص عليها أخيرا التي لا يظن انقطاعها. و الغلات ما يجوز الايحاء بها كونها قابلة للتملك^(٥٨) . وإذا كان ذلك هو حكم الانقطاع في الأول و الوسط فهو كذلك حكم انقطاعه في الآخر . فإذا أتت الجهة التي لا يظن انقطاعها فانه في هذه الحال تصرف الغلات إلى جهات بر اعم نفعاً . لان الوقف مآله دائماً للفقراء و ان لم ينص على ذلك . و قد سبق و سلمنا انه وقف فيلزم الأخذ بحكمه . وعليه فلا يكون الورثة خلفاً لمورثهم إلا إذا شملهم شرط الوصية فيكون لهم الاستخلاف في منفعة الوصية باعتبارهم من الجهات التي تنصرف إليها الوصية و ليس باعتبارهم خلفاً لمورثهم الموصى له بالمنفعة الذي مات^(٥٩) و بما تقدم يتبين لنا ان فقه القانون اجه نحو انتهاء الاستخلاف بالنسبة للموصى له كأثر لموته . و لا يكون لورثته ان يستخلفوه فيما كان له من منافع . الموقف الذي لم يجد ما يقابله في الأحكام التي جاءت بها مواد قانون الأحوال الشخصية العراقي اذ ان المشرع العراقي كان قد عالج جميع المواضيع المتعلقة بالوصية في قانون الأحوال الشخصية . إلا انه لم يورد في طياته حكماً لهذه الحالة و لا كثير من الحالات التي تخص الوصية بالمنافع . فقد اورد الفصل الاول في الباب الثامن من القانون المذكور احد عشر مادة في الوصية . لا يقترب من موضوع بحثنا منها الا المادة (١٩) من القانون المذكور و التي تنص على ان ((يشترط في الموصى به ان يكون قابلاً للتملك بعد موت الموصي)) . و كذلك الفقرة (١) من المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي التي تحيلنا عليها المادة (٧٣) من قانون الاحوال الشخصية . و التي جاء فيها انه ((يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به)) . و هاتين المادتين لا تسعفاننا بشيء في مسألة اثر الموت على استخلاف الموصى له . لذا كان من الأجدر بالمشرع ان يراعي شمول هكذا حكم في معالجته للوصية او على الأقل ان يحيل العمل لحل النزاع الدائر بشأن احكام كهذه بقانون اخر يعالج فيه الوصية على سبيل التفصيل أسوة بنظيره المشرع المصري الذي شرع قانوناً للوصية منذ العام ١٩٤٦ و هو قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ . و نجد ان قانون الوصية المصري كان قد عالج في المادة (٢٧) منه الفرض الذي نحن بصدد البحث فيه في هذا الفرع . فقد بين حكم حالة موت الموصى له في الوصية بالمنفعة . فقد نصت هذه المادة انه ((إذا كانت الوصية ... بالمنافع وحدها ولم يوجد من الموصى لهم احد عند وفاة الموصي كانت لورثة الموصي . وان وجد بعده من المستحقين إلي حين انقراضهم فتكون المنفعة لورثة الموصي وعند اليأس من وجود غيرهم من الموصى لهم ردت العين لورثة الموصي)) .

كما بينت المادة (٢٨) منه انه ((إذا لم يوجد من الموصى لهم غير واحد انفرد بالغلة أو العين الموصى بها إلا إذا دلت عبارة الموصي أو قامت قرينة علي انه قصد التعدد ففي

هذه الحالة يصرف للموصى له نصيبه من الغلة ويعطي الباقي لورثة الموصي وتقسيم العين بين الموصي له وبين ورثة الموصي عند اليأس من وجود مستحق آخر)).
و بعد ذلك العرض نكون قد أتمنا بحثنا في اثر موت الموصى له على الاستخلاف ، محاولين تسليط الضوء على نقطة مهمة اغفل المشرع العراقي معالجتها تتعلق باستخلاف ورثة الموصى له بالمنفعة من عدمه بعد موته. نتمنى من المشرع العراقي ان يلتفت لها خصوصا و انها مسألة ذات أهمية عملية كثيرة التحقق على وجه الخصوص في الايصاء بغلة البساتين او منافع الدور التي يعيش أصحابها في أماكن بعيدة عنها . يضاف الى ذلك ان الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي و القوانين المقارنة كانت قد تناولت هذه المسألة و وضحت الأحكام الكفيلة بحلها.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على الرسول المصطفى محمد سيد الأولين والآخرين وعلى آله الطيبين الطاهرين .

وأما بعد ...

بعد أن انتهينا من دراسة المنافع المستخلفة بالوصية . واقتضت هذه الدراسة، البحث في بيان ماهية هذه المنافع بتعريفها و بيان سندها الشرعي و القانوني من خلال ما جاءت به كتب الفقه الإسلامي والفقه المدني والقانون في ذلك إضافة إلى بيان شروط الاستخلاف و ملاكها . ومنتهاين إلى الآثار المترتبة بسبب المنافع المستخلفة و من ثم الحالات التي ينتهي بها . بعد ذلك نوجز أهم الثمار . والتوصيات التي توصلنا إليها فيما يأتي :

أولاً- النتائج:

- ١- ان الاستخلاف بالمنفعة فهو حلول شخص محل آخر في استيفاء حق شخصي للأول مع كل ما يترتب على ذلك الحق من آثار تنصرف الى الخلف . فالاستخلاف يحمل معنى حلول الشخص محل آخر في العلاقة القانونية التي تبقى عناصرها القانونية كما كانت قبل الانتقال.
- ٢- ان الإرادة المنفردة مصدرا للمنافع المستخلفة للوصية . اذ يمكن للسلف ان يرتب بموجبها حقاً للخلف بإرادته المنفردة دون ان يحتاج الى إرادة الطرف الاخر.
- ٣- إن قيام الشخص بالايصاء بمنفعة عين يملكها او بالايصاء بمنفعة يملكها لشخص يخلفه فيها بعد موته، فان موته و تنفيذ وصيته سيؤدي الى قيام استخلاف بين الخلف الموصى له و بين السلف الموصي . ما كان ذلك الاستخلاف ليتحقق لولا إرادة الموصي التي أنشئت تلك الوصية بالمنفعة.
- ٤- يتمثل اثر الاستخلاف في المنافع بانتقال الحق في استيفاء المنفعة من السلف الى الخلف. فيكون للخلف بموجب خلافته ان يستوفي المنفعة المستخلف فيها على مدة خلافته . فثبوت ملكية الخلف (الموصى له بمنفعة العين) بالمنفعة يمثل الأثر الأول والثاني هو تصرف الموصى له بالمنفعة
- ٥- قد ينتهي استخلاف المنفعة بين السلف و الخلف بإرادة السلف. كما في الرجوع . وقد يكون غير إرادي فموت مالكها . خصوصا وإنها من الحقوق الشخصية . فيكون بقاء الاستخلاف في هذه الحالة من عدمه محل نظر و تمحيص لان إباحة الانتفاع حقا شخصيا زال شخصه من الوجود.

ثانياً- التوصيات:

- ١- نقترح على المشرع العراقي ان يقوم بإصدار قانون خاص بالوصية أسوة بالمشرع المصري او ان يعدل في قانون الأحوال الشخصية بشكل يشمل فيه جميع احكام الوصية و بغير الصورة

المقتضبة التي يتناول فيها المشرع احكام الوصية و التي لا تجد فيها ما يخص الوصية بالمنافع و هي مدارجنا الا التزير اليسير. اما فيما يخص المنفعة المستخلفة بالوصية فإننا نرى ما يلي :

- نتمنى على المشرع ان يوحد بين المصطلحات الخاصة بالموصى به بين ما جاء به القانون المدني و قانون الأحوال الشخصية العراقيين ، فقد ذهبت المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية إلى ان من شروط الموصى به ان يكون قابليته للتملك فنصت على ((يشترط في الموصى به ان يكون قابلاً للتملك)). و عرفت المادة (١٤) من القانون نفسه الوصية ((تصرف مضاف الى ما بعد الموت مقتضاه التملك بلا عوض)). اما الفقرة الأولى من المادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي و التي جاءت بالقول ((يكسب الموصى له بطريق الوصية المال الموصى به)). و نلاحظ ان ثمة فرق بين التعبير الذي جاء به قانون الأحوال الشخصية و التعبير الذي جاء به القانون المدني . اذ ان قانون الأحوال الشخصية يطلق لفظ التملك على الموصى به اما القانون المدني فيطلق لفظ الكسب على الموصى به، و الكسب هو طريق من طرق تحقق الملك، فتعبير القانون المدني أدق من تعبير قانون الأحوال الشخصية . لان الاخير قد عبر عن الاثر تاركا السبب . اما القانون المدني عندما تناول موضوع انتقال الموصى به الى الموصى له تناوله من جانب طريق تحققه و هو الكسب . لذا فإننا نأمل ان يستبدل تعبير التملك بالكسب.

- كما نتمنى على المشرع ان يعالج مسألة التصرف بالمنافع الناتجة عن الوصية اذ ان القواعد العامة في الوصية لا تسعفنا في بيان الاحكام الخاصة بذلك، خصوصاً فيما يتعلق بتصرف الموصى له بالمنفعة معزلاً عن موافقة مالك رقبه العين ما سيؤدي الى حدوث اشكالات كان من الممكن تجنبها لو نظمت احكام تصرف الموصى له بالوصية لتلافيها . و نقترح ان تكون هذه المعالجة ضمن قانون الأحوال الشخصية كونه الخاص و الذي تقيد احكامه العام . و تكون على الشكل الذي يمنح الموصى له الحق في التصرف بالمنفعة التي اكتسبها بموجب الوصية . بعقود المعاوضة كالإجارة و بعقود التبرع كالإعارة شرط ان تنتقل المنفعة الى خلف الموصى له لمدة لا تزيد عن المدة التي يكتسب بها الاخير منفعة العين محل الاستخلاف.

- و نلاحظ ان المشرع العراقي لم يورد في قانون الأحوال الشخصية ما يسعفنا في مسألة اثر الموت على استخلاف الموصى له و قد كان من الاجدر به ان يراعي شمول هكذا حكم في معالجته للوصية او على الاقل ان يجيل العمل لحل النزاع الدائر بشأن احكام كهذه بقانون اخر يعالج فيه الوصية على سبيل التفصيل أسوة بنظيره المشرع المصري الذي شرع قانوناً للوصية منذ العام ١٩٤٦ و هو قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

الهوامش

- (١) د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه الإسلامي في نسيجه الجديد، ط ٥ ، شركة الحنساء للطباعة المحدودة، بغداد، ١٩٩٩، ص ٢٤٦ .
- (٢) أنظر في ذلك :
- (٣) Janet Finch, and Others , Wills inheritance and families, Clarendon press, Oxford, 1996,p. 186
- (٤) البدائع ، المصدر السابق، ج ٧، ص ٣٥٤-٣٥٥. معني المحتاج المصدر السابق، ج ٣، ص ٤٥ . و روضة الطالبين المصدر السابق، ج ٦، ص ٤١٧-٣٥٤ الكافي المصدر السابق، ج ٤، ص ٤٨١ .
- (٤) حاشية الدسوقي ، المصدر السابق، ج ٤، ص ٤٨٤ . و اللباب ، المصدر السابق، ج ٤، ص ١٨٣ .
- (٥) البدائع ، المصدر السابق، ج ٧، ص ١٣٩ .
- (٦) د. مصطفى الزلمي: احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن و القانون ، ط ١٠، شركة الحنساء ، بغداد، بدون سنة طبع، ص ١١ .
- (٧) دياسين محمد الجبوري ، المصدر السابق، ص ٣١٣ .
- (٨) محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص ٤٢٦ .
- (٩) شامل رشيد ياسين الشخلي ، عوارض الاهلية بين الشريعة و القانون ، ط ١ ، مطبعة العاني ، بغداد، ١٣٩٤ هـ، ١٩٧٤ م، ص ٦ .
- (١٠) ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١ ، مجلد ١ ، القسم الثالث ، ص ٥ .

- (١١) محمد نصر الدين زغلول : شرح القانون المدني (الارادة في العمل القانوني وغيوم) ، بدون ذكر المطبعة ومكان وسنة الطبع ، ص ٧٩ .
- (١٢) الدكتور ياسين محمد الجبوري ، المبسوط ، ج ١ ، مجلد ١ ، قسم ٣ ، المرجع السابق ، بند (٣٧) ، ص ٥٢ .
- (١٣) د. علي كاظم الرفيعي ، المسؤولية القانونية لمؤسسي الشركة المساهمة (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة كلية الادارة والاقتصاد ، الجامعة المستنصرية ، العدد (٢٥) ، تموز ، ١٩٩٨ ، ص ١١٣ .
- (١٤) د. مصطفى الجمال ، النظرية العامة للدلتزمات ، الدار الجامعية ، ١٩٨٧ ، ص ٣١٨ .
- (١٥) ابو جعفر منصور الحسن بن يوسف بن مظهر الاسدي العلامة الحلي ، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية ، ج ٣ ، تحقيق ابراهيم الهادي ، اعتماد للطباعة ، قم ، ١٩٩٩ ، ص ٢٩٥ .
- (١٦) احمد فرج حسين و اخر ، نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الاسلامي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ص ١٩٧ .
- (١٧) وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، ج ٦ ، مؤسسة النشر الاسلامي ، قم ، بدون تاريخ ، ص ٣٨ .
- (١٨) محمد عبيد عبد الله الكبسي ، احكام الوقف في الشريعة الاسلامية ، المصدر السابق ، ص ٣٢٥ .
- (١٩) د. محمد كامل مرسي باشا ، عقد الايجار ، المصدر السابق ، ص ٣٦ . أحمد شرف الدين ، المصدر السابق ، ص ٤٧ . ود. عبد الرزاق السنهوري ، شرح القانون المدني ، عقد الايجار ، المجمع العلمي العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع ، ص ١١٥ .
- (٢٠) أنظر في ذلك : Trasbot, Lacte de administratoin en driot private francais, 1931, no 123.
- (٢١) الحاجب المالكي ، جامع الامهات ، ط ١ ، تحقيق الاخضر الاخضري ، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص ٤٤٨ .
- (٢٢) أنظر في ذلك : Joseph Svchacht, An Introduction to Islamic Law, First published, Oxford, At the Clarendon Press, 1964, P. 152.
- (٢٣) وهو راي الحنفية والمالكية ، انظر : البدائع ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ . وتبين الحقائق ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ١٠٥ .
- (٢٤) المذهب ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٧٤٦ . و روضة الطالبين ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ١٨٩ . والمغني ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٣٨١ . والإنصاف ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٢٦٦ .
- (٢٥) المذهب ، ج ١ ، المصدر السابق ، ص ٤٥٢ . والمغني ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٩٢ .
- (٢٦) البدائع ، ج ٥ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ .
- (٢٧) الحاوي الكبير ، ج ٨ ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ . والمغني ، ج ٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢١ . و شرائع الاسلام ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٩٦ . و شرح كتاب النبل ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٣١٠ و ما بعدها .
- (٢٨) البدائع ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ .
- (٢٩) اللباب ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ١٨٤ . والبدائع ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٣ . وفتح القدير ، ج ٩ ، المصدر السابق ، ص ٤١١ . روضة الطالبين ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ١٩١-١٩٣ . و المدونة ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٤٧ . و د. وهبة الزحيلي ، الوصايا والوقف ، المصدر السابق ، ص ٧٨ ، ٧٩ . و مغني المحتاج ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص 448 .
- (٣٠) فتح القدير ، ج ٩ ، المصدر السابق ، ص ٤٠٩ . . والإنصاف ، المصدر السابق ، ص ١٤٥ .
- (٣١) البدائع ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٥٢ . اللباب ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ١٨٣-١٨٤ . و حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٤٤٨ . و كشف القناع ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ . و مغني المحتاج ، ج ٣ ، المصدر السابق ، ص ٤٥ .
- (٣٢) الشرح الكبير ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٣ .
- (٣٣) لسان العرب ، ج ١١ ، المصدر السابق ، ص ٦٣٦ .
- (٣٤) البحر الرائق ، ج ٨ ، المصدر السابق ، ص ٤٧٣ ؛ بدائع الصنائع ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ .
- (٣٥) انظر في المذهب المالكي : حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٤٢٩-٤٣٠ . و في المذهب الشافعي : الحاوي الكبير ، ج ٨ ، المصدر السابق ، ص ٢٢٠ . و في المذهب الحنبلي : المغني ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٩٢ ؛ شرح منتهى الإرادات ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ٤٥٣-٤٧٧ . و في المذهب الظاهري : المغني ، ج ٩ ، المصدر السابق ، ص ٣٢١ . و في المذهب الزيدي : السيل الجرار ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٤٧٩-٤٨٦ . و في المذهب الامامي : شرائع الاسلام ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٩٦ . و في المذهب الاباضي : شرح كتاب النبل وشفاه العليل ، ج ١٢ أول ، المصدر السابق ، ص ٣١٠ .
- (٣٦) حاشية الدسوقي ، ج ٤ ، ص ٤٢٩-٤٣٠ ؛ الحاوي الكبير ، ج ٨ ، ص ٢٢٠ ؛ حاشيتا قليوبي وعميرة ، ج ٣ ، ص ١٧٢ ؛ المغني لابن قدامة ، ج ٦ ، ص ٩٢ ؛ شرح منتهى الإرادات ، ج ٢ ، ص ٤٥٣-٤٧٧ .
- (٣٧) علي الصعدي العدو المالكي . حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني ، ج ٢ ، دار الفكر ، بدون سنة طبع ، ص ٢٩٣ . و شرائع الاسلام ، ج ٢ ، المصدر السابق ، ص ١٩٠ . و بدائع الصنائع ، ج ٧ ، المصدر السابق ، ص ٣٧٨ .
- (٣٨) المغني ، ج ٦ ، المصدر السابق ، ص ٩٧ . و السيل الجرار ، ج ٤ ، المصدر السابق ، ص ٤٧٥ .

- (٣٩) بدائع الصنائع، ج٧، المصدر السابق، ص٣٧٩. ومواهب الجليل، ج٦، المصدر السابق، ص٣٦٩. والتاج والإكليل، ج٦، المصدر السابق، ص٣٦٩. والمجموع، ج١٥، المصدر السابق، ص٥٠٣. والمغني، ج٦، المصدر السابق، ص٩٧. والمغلي، ج٩، المصدر السابق، ص٣٤١. والبحر الزخار، ج٦، المصدر السابق، ص٣٢٠. شرائع الإسلام، ج٢، المصدر السابق، ص٤٦٩.
- (٤٠) مغني المحتاج، ج٣، المصدر السابق، ص٧١. فيذهب احد الفقهاء الى القول انه: "أجمع كل من نحض عنه من اهل العلم انه إذا اوصى لرجل بطعام فاكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه ان ذلك كله رجوع". أنظر في ذلك: الإجماع لابن منذر، المصدر السابق، ص٣٨.
- (٤١) حاشية الدسوقي ومعه الشرح الكبير، ج٤، ص٤٣٠.
- (٤٢) وهو رأي الحنفية: بدائع الصنائع، ج٧، المصدر السابق، ص٣٧٩. والشافعية: مغني المحتاجين، ج٣، المصدر السابق، ص٧٢. والمغني، ج٦، المصدر السابق، ص٩٧ وما بعدها. والزيدية: البحر الزخار، ج٦، المصدر السابق، ص٣٢٠-٣٢١. والامامية: شرائع الإسلام، ج٢، المصدر السابق، ص٤٦٩. والاباضية: شرح كتاب النيل وشفاء العليل، ج١٢، المصدر السابق، ص٣٧٧.
- (٤٣) مصطفى محمد جميل التلعفري، احكام وسكوك الوصية والايضاء في الشريعة الاسلامية والقوانين العراقية، مديرية دار الكتب، الموصل، ١٩٨٦، ص٧.
- (٤٤) بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٦: الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٥٣: حاشية رد المحتار، ج٦، ص٦٩٣-٦٩٤.
- (٤٥) بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٤٣-٣٤٥.
- (٤٦) بدائع الصنائع، ج٧، ص٣٨٦.
- (٤٧) بدائع الصنائع، ج٧، ص٢٨٦: الهداية شرح البداية، ج٤، ص٢٥٣: حاشية رد المحتار، ج٦، ص٦٩٣-٦٩٤.
- (٤٨) التاج والإكليل، ج٦، ص٣٧٤: المدونة الكبرى للإمام مالك، ج١٥، ص٣٥.
- (٤٩) الشرح الكبير للدردير، ج٤، ص٤٤٨.
- (٥٠) منح الجليل للشيخ عليش، ج٩، ص٥٦٨.
- (٥١) المصدر نفسه، كشاف القناع، ج٤، ص٣٧٥: شرح منتهى الإرادات، ج٢، ص٤٧٧.
- (٥٢) بتصرف. المدونة الكبرى، ج١٥، ص٧٢: المغني لابن قدامة، ج٦، ص٩٠.
- (٥٣) منح الجليل، ج٩، ص٥٦٧.
- (٥٤) حاشية قليوبي، ج٣، ص١٧١-١٧٢.
- (٥٥) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج١٠، الطبعة ٤، دار الفكر، دمشق، ٢٠١١، ص٧٥٢٢.
- (٥٦) محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الانجلو مصرية، القاهرة، ١٩٥٠، ص١٦٢.
- (٥٧) ويقصد بالانتقاع اليأس من وجود الموصى له بالمنفعة المحصورون.
- (٥٨) محمد ميري جبار، الوجيز في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، الطبعة ١، مطبعة الزوراء، بغداد، ص٣٨.
- (٥٩) محمد أبو زهرة، المصدر السابق، ص١٦١.

المصادر

- (١) احمد فرج حسين وآخر. نظام الإرث والوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي. منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
- (٢) أبو جعفر منصور الحسن بن يوسف بن مظهر الأسدي العلامة الحلبي، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الامامية، ج٣، تحقيق إبراهيم البهادري، اعتماد للطباعة، قم، ١٩٩٩.
- (٣) بدائع الصنائع، ج٧.
- (٤) بدائع الصنائع، ج٧.
- (٥) بدائع الصنائع، ج٧.
- (٦) بدائع الصنائع، ج٧.
- (٧) التاج والإكليل، ج٦.
- (٨) الحاجب المالكي، جامع الامهات، ط١، تحقيق الاخضر الاخضري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٩٨.
- حاشية الدسوقي، ج٤.
- (٩) الحاوي الكبير، ج٨.

- (١٠) حاشيتا قليوبي وعميرة . ج ٣ .
- (١١) حاشية الدسوقي ومعه الشرح الكبير . ج ٤ .
- (١٢) حاشية رد المحتار . ج ١ .
- (١٣) حاشية رد المحتار . ج ٦ .
- (١٤) حاشية قليوبي . ج ٣ .
- (١٥) الشرح الكبير للدردير . ج ٤ .
- (١٦) شامل رشيد ياسين الشخلي . عوارض الأهلية بين الشريعة والقانون . ط ١ . مطبعة العاني . بغداد . ١٣٩٤ هـ . ١٩٧٤ م .
- (١٧) شرح منتهى الإرادات . ج ٢ .
- (١٨) شرح منتهى الإرادات . ج ٢ .
- (١٩) د. علي كاظم الرفيعي . المسؤولية القانونية لمؤسسي الشركة المساهمة (دراسة مقارنة) . بحث منشور في مجلة كلية الإدارة والاقتصاد . الجامعة المستنصرية . العدد (٢٥) . تموز . ١٩٩٨ .
- (٢٠) د. عبد الرزاق السنهوري . شرح القانون المدني . عقد الايجار . المجمع العلمي العربي . بيروت . بدون سنة طبع .
- علي الصعيدي العدو المالكي . حاشية العدوى على شرح كفاية الطالب الرباني . ج ٢ . دار الفكر . بدون سنة طبع .
- (٢١) د. مصطفى إبراهيم الزلي . أصول الفقه الإسلامي في نسجه الجديد . ط ٥ . شركة الخنساء للطباعة المحدودة . بغداد . ١٩٩٩ .
- (٢٢) د. مصطفى الزلي : أحكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي المقارن و القانون . ط ١٠ . شركة الخنساء . بغداد . بدون سنة طبع .
- (٢٣) محمد نصر الدين زغول . شرح القانون المدني (الإرادة في العمل القانوني وعيوبها) . بدون ذكر المطبعة ومكان وسنة الطبع .
- (٢٤) د. مصطفى الجمال . النظرية العامة للتزامات . الدار الجامعية . ١٩٨٧ .
- (٢٥) المغني لابن قدامة . ج ١ .
- (٢٦) مصطفى محمد جميل التلعفري . أحكام و صكوك الوصية و الايصاء في الشريعة الاسلامية و القوانين العراقية . مديرية دار الكتب . الموصل . ١٩٨٦ .
- (٢٧) المدونة الكبرى للإمام مالك . ج ١٥ .
- (٢٨) منح الجليل للشيخ عليش . ج ٩ .
- (٢٩) المدونة الكبرى . ج ١٥ .
- (٣٠) المغني لابن قدامه . ج ١ .
- (٣١) منح الجليل . ج ٩ .
- (٣٢) محمد ابو زهرة . شرح قانون الوصية . مكتبة الاجلو مصرية . القاهرة . ١٩٥٠ .
- (٣٣) محمد ميري جبار . الوجيز في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل . الطبعة ١ . مطبعة الزوراء . بغداد .
- (٣٤) الهداية شرح البداية . ج ٤ .
- (٣٥) الهداية شرح البداية . ج ٤ .
- (٣٦) وجداني فخر . الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية . ج ١ . مؤسسة النشر الاسلامي . قم . بدون تاريخ .
- (٣٧) د. وهبة الزحيلي . الفقه الإسلامي وأدلته . ج ١٠ . الطبعة ٤ . دار الفكر . دمشق . ٢٠١١ .

- (٣٨) ياسين محمد الجبوري . المبسوط في شرح القانون المدني . ج ١ . مجلد ١ . القسم الثالث .
(٣٩) الدكتور ياسين محمد الجبوري . المبسوط . ج ١ . مجلد ١ . قسم ٣ . المرجع السابق . بند (٣٧).
(40) Janet Finch, and Others , Wills inheritance and families, Clarendon press, Oxford, 1996.
(41) Trasbot, Lacte de adminstratoin en driot private francais, 1931.
(42) Joseph Svchacht, An Introduction to Islamic Law, First published, Oxford, At the Clarendon Press,1964.