

سلسلة إصدارات ساعي العلمية (١٣)



مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف
SAAE for AWQAF DEVELOPMENT

الجامع

لأحكام الوقف والهبات والوصايا

تأليف

أ. د. خالد بن علي بن محمد المشيقح
الأستاذ بكلية الشريعة وأصول الدين - جامعة القصيم

الجزء السابع

أحكام الوصايا

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٩ م

ح

خالد بن علي بن محمد المشيقح، ١٤٣٩هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

المشيّقح، خالد بن علي بن محمد

الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا. / خالد بن علي بن محمد

المشيّقح - ط٢ - الرياض، ١٤٣٩هـ

ج٧-٤٧٦ص، ١٧×٢٤ سم

ردمك: ٣-٥٩٧٩-٠٢-٦٠٣-٩٧٨

١- الوقف (فقه إسلامي) ٢- الهبات (فقه إسلامي) ٣- الوصايا

(فقه إسلامي) أ-العنوان

ديوي ٢٥٣,٩ ١٤٣٩/٢٤٤٧

رقم الايداع: ١٤٣٩/٢٤٤٧

ردمك: ٣-٥٩٧٩-٠٢-٦٠٣-٩٧٨

حقوق الطبع محفوظة للناسر

دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف للنشر - الرياض

الطبعة الثانية: ١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م

طبعة مصححة ومنقحة

لا تعبر الآراء والأفكار الواردة في هذه المادة بالضرورة عن وجهة نظر

مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف ولا تلزمها



الباب الرابع

الموصى به

وهو كما قال ابن عرفة:

«كل ما يملك من حيث الوصية به»^(١).

وفيه فصلان:

الفصل الأول: ما يدخل في لفظ الوصية، ووقت ملك الوصية.

الفصل الثاني: شروط الموصى به.

الفصل الأول

ما يدخل في لفظ الوصية ، ووقت ملك الوصية

وفيه مباحث :

المبحث الأول : كل مال مملوك للموصي وقت موته .

المبحث الثاني : الدية .

المبحث الثالث : ثناء الموصي به .

المبحث الرابع : وقت ملك الوصية .

الفصل الأول

ما يدخل في نطق الوصية، ووقت ملك الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول

كل مال مملوك للموصي وقت موته

اختلف الفقهاء فيما تدخل فيه الوصايا وتنفذ منه، وما لا تدخل فيه من تركة الميت على أقوال:

القول الأول: أنها تدخل في كل مال مملوك للموصي وقت موته علم به أو لم يعلم: وهو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

القول الثاني: أنها تدخل في الأموال المملوكة للموصي وقت الوصية: ولا تدخل فيما ملكه بعد الوصية، إلا أن ينص على ذلك في وصيته، كأن يقول: يخرج من تركتي أو كل ما أخلقه.

وهذا هو مذهب الظاهرية، وأحد قولي الشافعية^(٢).

القول الثالث: أنها لا تدخل إلا فيما علم به الموصي عند موته سواء ملكه قبل الوصية أو بعدها، ولا تدخل فيما لم يعلم به قبل موته من إرث ورثة أو وصية وصي له بها، ولم يعلم بها، أو ردها في حياة الموصي، وأجازها ورثته بعد موته المتأخر عن موت من أوصى له، ونحو ذلك.

وهو مذهب المالكية، واستثنى بعض المالكية الوصية بالزكاة، والكفارات والهدى إذا ضاق ثلثه^(٣)، فإنها تنفذ من الجهول لسببين:

(١) للسيوطي ١٦٤/٢٦، البحر الرائق ٣٥٤/٨، رد المحتار ٤٨٣/٥، إجماع الطالبيين ٢٥٣/٢، الأشياء للسيوطي

ص ٣٢١، حاشية الشوامسي على نهاية المحتاج ٢٩٨/٧، للفي ١٨٥/٩-١٨٦، للمبدع ٥٦/٦، الإنصاف ٢٦٢/٧.

(٢) المحلى ٣٢١/٩، والمصادر السابقة للشافعية.

(٣) حاشية الدسوقي ٢٦٤/٤، الفواكه الدواني ٢١٥/٢.



١. أن يقصد الموصي تنفيذ ذلك وإبراء ذمته منه.
٢. مراعاة لقول من يقول: إنما تخرج من رأس مال.
- وسبب هذا الخلاف أمور ثلاثة^(١):

الأول: اختلاف الأصوليين في دلالة الإضافة على العموم أو العهد في قول الموصي لقائل ثلث مالي ونحوه.

الثاني: اختلاف الأصوليين -أيضاً- في دخول الصورة غير المقصودة في عموم العام وتناول اللفظ لها، وعدم دخولها^(٢).

فمن رأى أن الإضافة إلى العهد ليست للعموم قال: المعهود هو المال الموجود وقت الوصية فتخص به ولا تدخل فيما ملكه بعدها إلا بنص صريح، وهم أصحاب القول الأول.

ومن رأى أن الإضافة إلى العموم، وأن العام يتناول بلفظه المقصود وغيره قال: بدخولها في كل مملوك علمه أو لم يعلمه، ملكه قبل الوصية أو بعدها لدخول الجميع في لفظ ماله، وهم أصحاب القول الثاني.

ومن رأى أن الإضافة إلى العموم وأن العام لا يتناول غير المقصود للمتكلم قال: لا تدخل الوصايا في المجهول؛ لأنه غير معلوم للموصي ولا مقصود له فلا يتناوله لفظه.

والثالث: اختلاف الأدلة وتعارضها.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: **﴿مَنْ بَعْدَ وَصَيْتِي يَوْسَىٰ بِمَا آوَدْتَنِي﴾**^(٣)، فالوصية ذكرت في القرآن مع الإرث والدين، والإرث والدين يدخلان في المعلوم والمجهول، فكل ذلك الوصية^(٤).

(١) للمدونة، مرجع سابق، ٣٢٨/٢.

(٢) اعلمي ١/٩١٣، ٢٢٠، البحر المحيط ٥/٧٥، الوصايا والتبديل ص ٢٨٧.

(٣) من آية ١١ من سورة النساء.

(٤) النظر: الفتح ٥/٣٦٩، المعنى ٦/١٣٤، البداية ٣٣٨/٢.



ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مبني على حجية دلالة الاقتران، والصحيح عند الأصوليين عدم حجتها.

٢. عموم أدلة الوصية.

٣. ما تقدم من الأدلة على صحة الوصية في المجهول، والمعلوم، ونحو ذلك.

٤. الإجماع على اعتقار الجهالة في الوصية، وأنه لا يشترط العلم بتفاصيل المال عند الوصية؛ بدليل صحة الوصية فيما يحدث بعدها، وصحة وصية الجاهل بتفاصيل ماله، ولو كان العلم بالمال شرطاً لما صحت الوصية فيما يحدث، وكذا وصية الجاهل.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يلزم من اعتقار الجهل بتفاصيل المعلوم أصله اغتفاره في المجهول المطلق؛ لوجود القصد في الأول دون الثاني^(١).

دليل القول الثاني: القائلين بقصرها على الأموال الموجودة وقت الوصية:

١. حديث عمرو بن يثري قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: "ألا ولا يحل لامرئٍ من مال أخيه شيء إلا بطيب نفس منه، فقلت يا رسول الله: أرايت إن لقيت غنم ابن عمي أجتزأ^(٢) منها شاة، فقال: إن لقيتها نعجة تحمل شفرة^(٣)، وأزناذاً^(٤) نجيت الجميش^(٥) فلا تمحها^(٦) قال: يعني نجيت الجميش أرضاً بين مكة والجار ليس بها أنيس^(٧)."

٢. حديث ابن عمر رضيهما الله أن رسول الله ﷺ قال: "لا يحلن أحدٌ ماشية أحدٍ

(١) الذريعة، مرجع سابق، ٩٦/٧.

(٢) أجتزأ: أذبح، ولا يقال إلا في الغنم خاصة. ينظر: النهاية (٢٦٧/١).

(٣) هي السكينة العريضة، ينظر: النهاية (٤٨٤/٢).

(٤) مفردها زند خششان يستقح هما: ينظر: لسان العرب مادة "زند" (١٨٧١/٣).

(٥) هي صحراء بين مكة والمدينة، ينظر: معجم البلدان (٣٤٣/٩)، النهاية (٤/٢)، أسد الغابة (٢٩٥/٤).

(٦) أي لا تمحها، ولا تنقرها، ينظر: النهاية (٢٨٩/٥).

(٧) تقدم تحريفه رقم (١٠٨).



إلا بإذنه^(١).

وجه الدلالة: أن التحديث يدلان على اشتراط الرضا وطيب النفس في انتقال الأملاك من شخص إلى شخص وهو عام في الوصايا وغيرها، والمجهول الذي لا علم للموصي بملكه لم تطب نفسه به؛ لأن طيب النفس يقتضي العلم به وقصد الوصية فيه كلاهما غير موجود، و-أيضاً- المجهول مملوك للموصي غير متيقن من الوصية به، والأصل الاستصحاب وبقاء ما كان على ما كان، والوصايا لا تثبت بالشك، والأملاك لا تنتقل إلا بيقين، وهذا كله يقتضي عدم دخول الوصية في المجهول الذي لا علم للموصي بملكه عند موته.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فإنه مما علم أن الموصي قد طابت نفسه بالوصية؛ إذ هي تبرع بالمال بعد الموت، وهذا تصرف نفعه متحصص.

٣. قياس الوصية على النذر، فإن من نذر ثلث ماله لم يلزمه إلا ثلث ما كان موجوداً ساعة النذر، ولا شيء عليه فيما ملكه بعده.

٤. أن المعنى في العقود وقت انعقادها^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال بهذين الدليلين: بأنه قياس مع وجود الفارق؛ لأن الوصية يصح الرجوع فيها، والنذر لازم لا يصح الرجوع فيه، والقول الآخر أن الوصية ليست عقداً من كل جهة، ولذلك لا تعتبر بها القويمة ولا القبول^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، ولأن الوصية تبرع بالمال بعد الموت، قدخلها التوسع بخلاف التبرع حال الحياة.

(١) تقدم لمخرجه برقم (١٠٩).

(٢) الفتح، مرجع سابق، ٥ / ٣٦٩.

(٣) نفسه.

المبحث الثاني

الدية

إذا قتل الموصي وأخذت الدية فهل تدخل الدية في الوصية؟

اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الدية تدخل في الوصية:

وهو قول الحنفية^(١)، والصحيح من مذهب المالكية^(٢)، والصحيح من مذهب

الشافعية^(٣)، والصحيح من مذهب الحنابلة، وبه قال الحسن^(٤).

لكن عند المالكية: تدخل الوصية في دية الخطأ دون العمد؛ لأن دية العمد لم يعلم بما

الموصي.

القول الثاني: أن الدية لا تدخل في الوصية:

وهو قول عند المالكية^(٥)، وقول عند الشافعية^(٦)، ورواية عند الإمام أحمد^(٧).

وهو قول عند الظاهرية^(٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

(١٩٥) ١. ما رواه أحمد: حدثنا عبد الرزاق، حدثنا معمر، عن الزهري، عن سعيد بن

(١) لمبسوط ١٦٤/٢٦، تكملة البحر الرائق ٣٥٤/٨، رد المحتار ٤٨٣/٥.

(٢) حاشية المسوقي ١٦٤/٤، الفواكه النوان ٢١٥/٢.

(٣) الأئمة للسيوطي ص ٣٢١، حاشية الشيرازي على نهاية المحتاج ٢٩٨/٧.

(٤) للغني ١٨٥/٩-١٨٦، للبدع ٥٦/٦، الإنصاف ٣٦٢/٧، الوصايا والتبريل ص ٢٧٨.

(٥) التفرع ٢٠٩/٢، مؤلفه الجليل ٢٥٥/٦.

(٦) الأئمة للسيوطي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٧) للغني ١٨٥/٩-١٨٦، ٥٤٨/٨، للبدع ٥٦/٦، الإنصاف ٣٦١/٧، إرث الحقوق ٢٣٤/٢.

(٨) المحلى، مصدر سابق، ٤٩٠/١٠.

المسيب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: ما أرى الدية إلا للعصبية؛ لأنهم يعقلون عنه، فهل سمع أحد منكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً؟ فقال الضحّاك بن سفيان الكلّابي - وكان استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على الأعراب - كتب إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أن أورت امرأة أشيم الضبائي من دية زوجها"، فأخذ بذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه (١).

وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بتوريث المرأة من دية زوجها، فدل على أن الدية تثبت للمقتول أولاً، ولذا أضافها إليه، فقال: دية زوجها، ثم تنتقل إلى ورثته، ولو كانت الدية تثبت للورثة ابتداء لما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالتوريث، بل يقول: أعطها حقها من الدية وما شابه ذلك.

قال البغوي رحمته الله: "فيه دليل على أن الدية تحب للمقتول، ثم تنقل منه إلى ورثته كسائر أملاكه، وهذا قول أكثر أهل العلم" (٢).

(١٩٩٦) ٢. ما رواه عبد الرزاق، عن عبد الله بن محرز قال: أخبرني الحكم بن عتيبة قال: إن رجلاً خرج مسافراً فأوصى لرجل بثلاث ماله، فقتل الرجل في سفره ذلك،

(١) مسند أحمد ٤٥٢/٣ (١٥٨٣٧)، وفي ٤٥٢/٣ (١٥٨٣٨) عن سفيان، وأبو داود (٢٩٢٧) من طريق مقمر، وأبو داود (٢٩٢٧)، وابن ماجه (٢٦٤٢)، والترمذي (١٤١٥)، والنسائي في الكبرى (٦٣٢٩) و (٦٣٣٥) من طريق سفيان بن عيينة، وفي (٦٣٣١) من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري، ثلاثتهم (مقمر، وسفيان بن عيينة، ويحيى بن سعيد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، فذكره.

وأخرجه مالك لموطأ (٢٥٣٥)، والنسائي في الكبرى (٦٣٣٢) قال: أخبرنا محمد بن معاذ بن عيسى بن معاذ، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: أخبرنا زهير، يعني ابن معاوية، قال: حدثنا يحيى بن سعيد الأنصاري، كلامهما (مالك، ويحيى بن سعيد) عن ابن شهاب، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بشد الناس بما أن كل من كان عليه علم من الدية أن يتبرأ؟ فقام الضحّاك بن سفيان، فقال: كتب إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم: أن أورت امرأة أشيم الضبائي من دية، فقال عمر بن الخطاب: ادخل الحياء حتى أتيتك، فلما نزل عمر أخوه الضحّاك، فقص بذلك عمر بن الخطاب. قال ابن شهاب: وكان قتل أشيم خطأ. ليس فيه (سعيد بن المسيب).

(٢) شرح السنة ٣٢٧/٨.



- فرغ أمره إلى علي بن أبي طالب، فأعطاه ثلث المال وثلث الدية^(١).
٣. أن الدية تجب للميت لأنها بدل نفسه ونفسه له، فكذلك بدله^(٢).
٤. أن دية أطرافه في حالة حياته له، فكذلك دية نفسه بعد موته^(٣).
٥. أن المقتول أسقط الدية عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحاً، وليس له إسقاط حق الورثة^(٤)، فدل أنها تحدث على ملكه.
٦. أن الدية مال موروث عن المقتول بالإجماع فأشبهت سائر أمواله^(٥)، وحيث ثبت ذلك فإنها تنفذ منها وصاياه.

أدلة الرأي الثاني:

١. أن الدية سببها الموت، فلا يجوز وجوبها قبله؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه^(٦) ونوقش هذا الاستدلال: بأن سبب الوجوب ينزل منزلة مسببه وهو الوجوب، ولا شك أن السبب وجد في حياته^(٧)، وهو الجنابة عليه.
٢. أن الدية إنما تستحق بعد الموت، وبالموت تزول أملك لميت الثابتة له، فكيف يتجدد له ملك^(٨)؟

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

- الوجه الأول: بأنه إنما يزول من أملكه ما استغنى عنه، فأما ما تعلقت به حاجته فلا^(٩).

(١) مصنف عبد الرزاق (١٦٤٨٩)، في المعرفة والتاريخ ١٤١/٣: "عبد الله بن عمر العامري جري، مبروك ضعيف".

(٢) للمعني ٥٤٩/٨، كشف القناع ٣٧٢/٤.

(٣) للمعني ٥٤٩/٨، وكشف القناع ٣٧٢/٤.

(٤) للمعني، نفسه، ١٨٦/٩.

(٥) نفسه.

(٦) نفسه، ٥٤٨/٨.

(٧) شرح الزركشي ٤٠٨/٤، إرث الحقوق ٣٦٧/١.

(٨) للمعني، مصدر سابق، ١٨٦/٩ و ٥٤٩/٨.

(٩) للمعني، نفسه، ٥٤٩/٨.

يحق ذلك أن تجهيزه منها بلا نزاع^(١).

الوجه الثاني: أنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت، كمن نصب شبكة فسقط فيها

صيد بعد موته، فإنه يملكه بحيث تقضى ديونه منه، ويجهز، فكذلك دينه^(٢).

٣. أن الدية مال للأهل حدث لهم بعد موت مورثهم، ولم يرثوه قط عنه؛ إذ لم يجب

له شيء منه في حياته، فمن الباطل أن ينقل منه وصيته^(٣).

ونناقش هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول: أنه لا يصح أن يقال: إنهم لم يرثوا الدية عن مورثهم؛ بدليل أن النبي ﷺ

أمر بتوريث امرأة أشيم من دية زوجها^(٤)، فالدية مورثة عنه.

الوجه الثاني: أن الدية بدل نفسه فهو أحق أن تقضى منها حوائجه من ورثته؛ بدليل

أنه يجهز منه بلا خلاف^(٥).

الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم - رجحان القول الأول؛ لقوة أدلته، ولضعف أدلة القول الثاني بما

ورد عليها من المناقشة.

(١) شرح الزركشي، مرجع سابق، ٤٠٨/٤.

(٢) للمعني، نفسه، ٥٤٩/٨.

(٣) المحلى، مصدر سابق، ٤٩٠/١٠.

(٤) سبق ترجمته (١٩٥).

(٥) للمعني، نفسه، ١٨٦/٩.

المبحث الثالث

نماء الموصى به

لنماء الموصى به بعد الوصية أحوال:

الأولى: أن يحصل بعد الوصية وقبل الموت، فهو باقٍ على ملك الموصي بغير خلاف؛ لأن الوصية لا تملك إلا بالموت أو القبول أو هما معاً، وأما قبل الموت فلا عبثة بالقبول أو الرد؛ لأن أوّل وجوب الوصية ما بعد موته^(١).

وثانيها: ما كان بعد القبول والقسمة فهو للموصى له اتفاقاً؛ إذ إنه نماء ملكه فهو له.

الثالثة: أن يكون وجوده بعد موت الموصي وقبل القبول، أو بعده وقبل القسمة. اختلفت العلماء في حكم نماء الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول، أو بعده وقبل القسمة على أقوال:

القول الأول: إن نماء الموصى به بعد الموت وقبل القبول للورثة إن كان النماء منفصلاً كولد الشاة ونحوه. وإن كان متصلاً كالصوف على ظهرها ونحوه فهو للموصى له؛ لأنه تابع للعين الموصى بها.

وهو قول الحنابلة^(٢).

وعلى ابن قدامة: "إنه تملك عين معين يفتقر إلى القبول، فلم يسبق المالك القبول، كما في العقود؛ ولأن القبول من تمام السبب، والحكم لا يتقدم سبب؛ ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه؛ ولأن المالك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل"^(٣).

القول الثاني: أن نماء الموصى به له حكم أصله، بمعنى أنه محكوم بالثلث، فإن

(١) السوط ٤٤٧/٢٨، الإيضاح ٢/٧، ٤.

(٢) نظري، المعنى ٤٤٩/٨، القروع ٤٤٣/٧، الإيضاح ١٥٥/٧، ١٥٩، شرح منتهى الإرادات ٤/٤١٥.

(٣) للمعنى، نفسه، ٤٤٩/٨.



خرج مع أصله من الثلث فهو للموصى له، وإلا فله ما خرج:

وهو منذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

فالحنفية هنا وإن قالوا: إن الوصية تمثلك بالقبول من حين الموت لكن هذه الملكية لا تتأكد إلا بعد القسمة^(٣)، وعلى هذا فالتركة بعد الموت وقيل القسمة مبقاة على ملك الميت^(٤)، والنماء تابع لأصله، وأصله محكوم بالثلث؛ ولأن الملك في النماء بواسطة ملك الأصل مضاف إلى كلام سابق، فكأنه كان موجوداً في ذلك الوقت فكان له حكمه^(٥).

وأما المالكية فيقولون: الملك للموصى له بمجرد الموت وقبوله كاشف له، فيقوم الموصى به بنمائه الذي حصل بعد الموت، فإن حمله الثلث فله جميعه، وإلا فله ما حمل الثلث؛ وذلك أنه وإن كان الملك بالموت لكن العبرة بيوم التنفيذ^(٦)، ولا يعد في التنفيذ الموت فقط ولا القبول فقط، بل يراعي الأمران، أما الموت فلأن الملك للموصى له يكون بالموت، وأما القبول فلأنه شرط بعد الموت^(٧)، وأمر آخر وهو أنهم جعلوا النماء جزءاً من الأصول، فكأنه ثناء حصل في ذات الأصول كطولها وعظم ذاتها لا أمر زائد عليها، فكان حكم النماء كحكم الأصل^(٨).

وحجته: أن الوصية بالأصل تستتبع الوصية بالغلة، فإذا كان الموصى به وغلته يخرجان من الثلث أحدهما، وإذا كان الثلث يحمل للموصى به دون غلته، فإنه يعطى للموصى به

(١) ينظر: المسوط ٤٨/٢٨، ٥٠، بدائع الصنائع ٣٣٢/٧، ٣٣٥، نيل الخفايا ١٩٥/٦، البحر الرائق ٤٦٩/٨.

(٢) ينظر: حاشية العادوي ٢٢٦/٢، حاشية الدسوقي ٤/ ٤٢٤، مع الخليل ٥٠٧/٩، ٥٠٨.

(٣) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٨٥/٧.

(٤) المسوط، مرجع سابق، ١٣/٢٩.

(٥) البدائع، مصدر سابق، ٣٨٥/٧.

(٦) شرح الرزائي على مختصر خليل ١٧٧/٨.

(٧) المصدر نفسه ١٧٧/٨، حاشية الدسوقي ٤٢٤/٤.

(٨) المصدر نفسه ١٧٧/٨.

كله لحمل الثلث له، كما يعطى ثلث غلته باعتبار أن الغلة موصى بها لا يحملها الثلث فيعطى ثلثها فقط.

وإن القاسم عليه السلام يفرق بين النماء بالولادة والنماء بالكسب والثمرة... إلخ، فيقول في الأول كقول أكثر المالكية، وهو أنه يقوم بأصله، فإن حمله الثلث كله جميعه وإلا كله ما حمل الثلث، وأما النماء بالثمرة والكسب... إلخ، فيقوم الأصل وحده عنده، فإن خرج من الثلث فتماؤه جميعاً للموصى له، ولا يدخل هذا النوع من النماء تحت التقويم^(١).

القول الثالث: إن قبل الموصى له بأن أنه ملك بالموت، وألا بأن للوارث:

وهو الأظهر عند الشافعية^(٢).

قال في معني المحتاج^(٣): "وهل يملك الموصى له بموت الموصي أم بقوله أم موقوف، فإن قبل بأن أنه ملك بالموت، وإلا بأن للوارث أقوال أظهرها الثالث، وعليها تنى الثمرة، وكسب عبد حصلاً بين الموت والقبول".

وقال في شرحه: "فعلى الأول والثالث للموصى له الفوائد وعليه المونة، وعلى الثاني لا ولا، ولو رد فعلى الأول له وعليه ما ذكر، وعلى الثاني والثالث لا ولا".

والأقرب:

هو القول الأول؛ إذ الوصايا معتبرة بالموت كما تقدم في وقت اعتبار الموصى له وارثاً، أو غير وارث؛ ولأنها تبرع بالمال بعد الموت، لكن يظهر أنه لا فرق بين النماء المتصل والمنفصل، وأن الجميع للموصى له.

(١) الفتاوى، مرجع سابق، ٦٥/٢، ٦٦.

(٢) بظاير أدنى المطالب ٤٤/٣، حاشية قلاوي وصدره ١٦٧/٣، معني المحتاج ٨٨/٤، حاشية الحدادي ٤٩/٤، حاشية الجرمي على الخطيب ٢٧٣/٣، حاشية البحراني على المنهاج ٣٤٨/٣، ٣٤٩.

(٣) معني المحتاج، مرجع سابق، ٨٨/٤.



المبحث الرابع

وقت ملك الوصية

القول الأول: أن الوصية لا تدخل في ملك الموصى له إلا بالقبول:

وهو قول الخنقية، وأحد أقوال المالكية، والشافعية، ومذهب الحنابلة^(١).

القول الأول: ملك الموصى به للموصى له بمجرد وفاة الموصي:

وهو قول المالكية، وقول للشافعية^(٢).

القول الثالث: أن الملك بعد موت الموصي موقوف، غير محكوم به لأحد:

فإن قبل الموصى له بأن أنه ملكه بالموت، وإن رد بأن أنه ملك للوارث من حيث الموت.

وهو أظهر الأقوال عند الشافعية^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿وَأَنْ لِّئْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾^(٤).

ظاهره: أن الإنسان لا يملك شيئاً بغير سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له بدون قبول

لثبت له بدون سعيه، وهو منفي بنص الآية وعمومها.

٢. أن دخوله في ملكه بغير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من جهتين: لحوق المنة له،

ولزوم الإنفاق على الموصى به الذي لا نفع فيه، كالعبد المقعد والزمن^(٥).

(١) بدائع الصانع ٣٣١/٧ - ٣٣٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٧٧/٨، بحاشية المحتاج ٦٦/٦، المعنى مع الشرح ٤٧١/٦.

(٢) المصادر السابقة للمالكية والشافعية.

(٣) معني المحتاج، مرجع سابق، ٨٨/٤.

(٤) من آية ٣٩ من سورة النجم.

(٥) بدائع الصانع، مصدر سابق، ٣٣٢/٧.

٣. أن الوصية تخليك مال من هو من أهل الملك متعين، فاعتبر قبوله كالتحبة والبيع بجماع أن كلا يقتصر إلى القبول، فلا يتقدم عليه.

قال الإمام أحمد: المبة والوصية واحد^(١).

٤. أن القبول من تمام السبب والحكم لا يتقدم سببه^(٢)، فكلام الموصي إيجاب مضاف إلى الموت وهو مع قبول الموصي له سبب الملك للموصي له، فلا يتقدم الملك بعض سببه وهو القبول.

ونوقش: بأن الملك بعد القبول ثبت وقت الموت؛ لأن كلام الموصي السابق بالوصية سبب للموت الملك في الأصل وقت الموت لكونه مضافاً إلى وقت الموت، فصار سبباً عند الموت، فإذا حصل القبول ثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت أي وقت الموت كالتجارية لمبيعة بشرط الخيار للمشترى إذا ولدت في مدة الخيار، ثم أجاز المشتري البيع، فإنه يملك الولد كذا هنا^(٣).

٥. أن القبول لا يخلو من أن يكون شرطاً أو جزءاً من السبب والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه^(٤).

وهذا قريب مما قبله مع أنه لم يحكم بالملك من الموت إلا بعد وجود القبول فكانه حصل بأثر رجعي.

٦. أن الملك في الماضي أي عموم الملك لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل^(٥). ونوقش: بأن هذا منقوض؛ لأن الرجل لو قال لامرأته: أنت طالق قبل موتي بشهر، ثم مات تبين وقوع الطلاق قبل موته بشهر^(٦).

(١) المغني مع الشرح ٤٧١/٦.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) بدائع الصنائع، مصدر سابق ٣٨٥/٧.

(٤) المغني ٤٧١/٦، الوصايا والشرائط ص ٢٧٩.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) نفسه.



وأجيب: بأن هذا ليس شرطاً في وقوع الطلاق، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق، ولذلك إذا قال: إذا مت فأنت طالق قبله شهر لم يصح^(١).

أدلة القول الثاني:

١. القياس على الإرث، فإنه يدخل في ملك الوارث بالموت، فكذلك الوصية، لجامع أن كلا منهما ملك مرتب على الموت.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع وجود الفارق فلا يصح، فإن الوصية ترد بالرد والإرث لا يرد بالرد، والميراث قهري، والزام ممن له ولاية الإنعام، وهو الله تعالى بخلاف الوصية.

٢. القياس على الوصية للفقراء، فإنها تدخل في ملكهم بمجرد الموت، ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح أيضاً لوجود الفرق؛ لأن غير المعين يتعذر منه القبول، بخلاف المعين، فإذا سقط القبول في غير المعين لعذر، فلا يسقط في المعين لعدم العذر، وقبول المحل لصدور القبول منه.

٣. أنه لا يصح بقاء الوصية على ملك الموصي لموته، والميت لا يملك. كما لا يصح انتقالها للوارث؛ لقوله ﷺ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٢)، فالإرث بعد الوصية، وإذا لم يصح بقاؤها على ملك الموصي، أو الورثة ثمة كون المالك للموصي له بالموت.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح بقاؤها ملكاً للميت، ولا انتقالها للوارث فيعين كونها ملكاً للموصي له وهو تقسيم غير حاصر، واستقراء غير تام، ولا يشتم به الاحتجاج؛ لأن هناك احتمالاً آخر، وهو وقفه حتى يرد أو يقبل.

(١) المصدر نفسه ٤٧١/٦.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

- وقوله **﴿مَنْ يَعِدْ وَصِيَّةً يُوصِي بِهَا﴾** فمعناه من بعد وصية مقبولة^(١) وأما الدين، فإنه غير معين في مال الميت بخلاف الوصية، فإنها معينة أو مقدرة منه فافتراق.
٤. أنه قصد في وصيته تملك الموصى له بعد موته، فإنك لو سألت أي واحد من الموصين لقال: إنه يريد أن تسلم الوصية للموصى له بمجرد موته.
٥. أن ما وجب انتقاله من جهة الموجب وجب عند الإيجاب، كالحبة والبيع، ونوقش: بأن انتقال الملك من جهة الموجب في سائر العقود لا ينتقل إلا بعد القبول، كما في هذه المسألة أيضًا، غير أن ما بين الإيجاب والقبول ثم يسير لا يظهر له أثر خلافه في هذه المسألة^(٢).
- وأجيب: بأن ما بين الإيجاب وبين القبول في سائر العقود ليس يسيرًا دائمًا بل غالبًا، فإن من صور العقود ما يكون ما بين الإيجاب وبين القبول طويل كالعقد بالمراسلة مثلاً.
٦. أن الإرث بعد الوصية كما سبق، فلا يملك الوارث الموصى به في هذه الفترة ولا يبقى للملك للميت؛ لأنه صار غير قابل لأن يملك شيئًا، فلم يبق إلا أن تكون للموصى له^(٣).
- ونوقش: بأنه على التسليم تدرجًا بأنه لا يكون للوارث، فإنه يبقى ملكًا للميت^(٤)، أو يبقى على حكم ملكه^(٥)، وقولهم: لا يبقى له ملك ممتنع، فإنه يبقى له ملكه فيما يحتاج إليه من مؤونة التجهيز والدفن وقضاء ديونه، ويجوز أن يتحدد له ملك في ديونه إذا قبل، وفيما إذا نصب شبكة لوقع فيها صيد بعد موته بحيث تقضى ديونه وتنفق وصاياه ويجهز

(١) المصدر السابق.

(٢) المغني ومعه الشرح ٥٧٢/٦.

(٣) المصدر نفسه، ٥٧١/٦.

(٤) نفسه.

(٥) الإشراف على مسائل الخلاف للفتاوى عبد الوهاب ٣٢٢/٩.

إن كان قبل تجهيزه، فهذا -أي الموصى به- يبقى على ملكه؛ لتعذر انتقاله إلى الوارث من أجل الوصية وامتناع انتقاله إلى الوصي قبل تمام السبب، فإن رد الموصى له أو قبل انتقال حينئذ^(١).

وأجيب: بأنه لا يجوز أن يقال: إن الموصى به باق على ملك الميت؛ لأن ملكه قد زال إلى الموصى له بالوصية والوفاء، ولا يجوز أن يقال على حكم ملكه؛ لأن ذلك فيما يخصه كالكفن، فأما ما لا حق له فيه فلا يجب، فلم يبق إلا أن يكون للموصى له^(٢).

دليل القول الثالث: أنه لا يصح بقاؤه على ملك الميت؛ لموته ولانتقاله إلى الوارث؛ لقوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعَثَ وَصِيَّةً يُوَصِّي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾^(٣) كما لا يصح جعله للموصى له لعدم قبوله، وهو شرط أو ركن يلزم من عدمهما عدم فتعين وقفه، وعدم الحكم به لأحد حتى يتبين الأمر بالقبول أو الرد.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة دليله، وإحاطة الوصية بسائر التبرعات.

(١) ملغى مع الشرح لقمه.

(٢) الإشراف على مسائل الخلاف، مرجع سابق، ٢/٣٢٣.

(٣) من الآية ١١ من سورة النساء.

الفصل الثاني

شروط الوصى به

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشرط الأول: أن يكون الموصى به موجوداً،

معلوماً، مقدوراً على تسليمه.

المبحث الثاني: الشرط الثاني: أن يكون الموصى به مالاً شرعياً.

المبحث الثالث: الشرط الثالث: اشتراط القرينة لصحة الوصية.

المبحث الرابع: الشرط الرابع: أن يكون الموصى به متحقق الحياة

المبحث الخامس: الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث

المبحث السادس: الشرط السادس: اشتراط عدم الشيوع في

الموصى به.

المبحث السابع: كون الموصى به عيناً (الوصية بالمنافع).

الفصل الثاني

شروط الوصية به

وفيه مباحث:

المبحث الأول

الشرط الأول: أن يكون الموصى به موجوداً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه

وفيه مطالب:

المطلب الأول: أن يكون موجوداً:

(الوصية بالمعدوم):

كالوصية بما تحمله هذه الناقة ونحوها، أو بما تحمله هذه الأشجار، ونحو ذلك.

اختلف العلماء في حكم الوصية بالمعدوم على أقوال:

القول الأول: أنه تصح الوصية بالمعدوم:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

قال في تحفة الفقهاء^(٢): "ما الوصية بأعيان الأموال: فإنه يجوز، سواء أكان الموصى به

موجوداً معيناً، أو بربع المال أو ثلثه أو خمسة وله مال، أو أوصى بالمعدوم بأن يوصي بما يشعر

تخله أو ما يخرج من بستانه، أو بثلث ماله ولا مال له: فإن الوصية جائزة من الثلث^(٣).

وحجته:

١. عموم أدلة الوصية.

٢. ولأن الوصية إنما جُوزت رفقا بالناس، فاحتمل فيها وجوه من الغرر، فكما تصح

بالجهول تصح بالمعدوم^(٤).

(١) مدائع الصنائع ٢٥٦/٨، الدر المختار مع رد المختار ٤١٦/٥، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٩/١، تكملة فتح

القدير ٥٢٣/١٠، التاج والإكليل ٤٧١/٢، حاشية الجمل ١٢٩/٦، عقد الجواهر المنيعة ٤٠٣/٣، مغني المغني المحتاج

٦٠/٣، أسنى المطالب ٣٥/٣، العدة ٥٨/٢، كشف القناع ٤٤٦/٤.

(٢) تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ٢٠٩/٣.

(٣) أسنى المطالب، مرجع سابق، ٣٥/٣.

٣. ولأن المعلوم يصح تملكه بعقد السلم، والمساقاة والإجارة، فكذا بالوصية^(١).
٤. أن المعلوم يجوز أن يملك بالمساقاة والإجارة مع أضما عقدًا معاوضةً بالوصية أولى؛ لأن باب الوصية أوسع من غيره^(٢).
٥. ولأنه ليس في مقابلتها عوض يتضرر الموصى له بفواته كالبيع، وقيل: لا تصح مطلقًا، وقيل: تصح بالثمرة دون الولد، وفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد، وإذا صححت الوصية بالحمل الذي سيحدث فتصح بالحمل الموجود أولى، وشرط استحقاقه تحقق وجوده حال الوصية.

القول الثاني: لا تصح الوصية بالمعدوم:

- وبه قال بعض الشافعية، وبعض الحنابلة^(٣).
- وحجته: لأن التصرف يستدعي متصرفًا فيه ولم يوجد^(٤).
- ونوقش هذا الاستدلال: بأنه استدلال في محل النزاع.
- القول الثالث: تصح الوصية بالثمرة المعدومة دون الولد:**
- وبه قال الحنفية استحسانًا^(٥).

- وحجته: الفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد.
- ونوقش هذا الاستدلال: بأنه فرق غير مؤثر.

الترجيح:

السراج - والله أعلم - صحة الوصية بالمعدوم؛ لما تقدم أن الوصية فعل خير

(١) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٦٠/٣.

(٢) الفقه.

(٣) مغني المحتاج ٦٠/٣، الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٤٦/١٧.

(٤) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٦٠/٣.

(٥) الدر المختار مع ردة المختار، مرجع سابق، ٤١٦/٥.

فيكثر منه؛ ولأن الأصل الصحة.

المطلب الثاني: أن يكون الموصى به معلوماً:

(الوصية بالمجهول):

كما لو أوصى بسيارة من سياراته، أو ثوب من ثيابه.

اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الوصية بالمجهول^(١).

دليل ذلك:

١. أدلة الوصية.

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد أعطى عبده ثلث ماله في آخر عمره، وقد لا يعرف حينئذ ثلث ماله، إما لكثيرته، أو لغيبته، أو غيرهما، فدعت الحاجة إلى تحويل الوصية بالمجهول^(٢).

٢. أن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث في الميت هذه الأشياء، جاز أن يخلفه الموصى له^(٣).

٣. أن المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به، كالمعلوم.

٤. ولأنها رخصة شرعت لتدارك ما فات، فناسب التساهل في شروطها.

المطلب الثالث: أن يكون مقدوراً على تسليمه:

(الوصية بما لا يقدر على تسليمه).

اتفق الفقهاء على جواز الوصية بما لا يقدر على تسليمه كطيره الطائر، أو بعيره الشارد، أو سيارته المسروقة، أو أرضه المغصوبة، ونحو ذلك، وللموصى له السعي في

(١) حاشية ابن عابدين ٤١٦/٥، عقد الجواهر الثمينة ٤٠٣/٣، حاشية الجمل ٤٨١/٣، مطالب أولي النهى ٤٩٠/٤.

(٢) أمضى المطالب شرح روض الطالب، مرجع سابق، ٣٥/٣.

(٣) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٤٤/٣.

تحصيله، فإن قدر عليه أخذه إن خرج من الثلث؛ لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له^(١).

ولأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فما لا يقدر على تسليمه أولى.

(١) المصادر السابقة.

المبحث الثاني

الشرط الثاني: أن يكون الموص به مالاً شرعاً^(١)

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الوصية بالمال المحرم:

المال المحرم: كل ما حرم الشارع كسبه، أو الانتفاع به.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون محرماً لغيره:

وهو ما حرم الشارع الانتفاع به لخاصية في ذاته من ضرر، أو عيب، أو قذارة، كالخمر، والخنزير، والكلب العقور، والسباع التي لا تصلح للصيد، والميتة، والدم.

فاكثر الفقهاء على تحريم الوصية به؛ لأنه ليس مالاً شرعاً لقوله ﷺ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أَهَلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾^(٢).

(١٩٧) ولما رواه مسلم من طريق علقمة بن وائل، عن أبيه وائل الحضرمي ﷺ أن

(١) واختلف العلماء في ضابط المال الشرعي:

فعدد الحنفية في بدائع الصنائع (١/٥١١): "ما جمع أمرين: إباحة الانتفاع شرعاً، وأن يكون قابلاً للاختار لوقت الحاجة". وقال ابن نجيم في البحر الرائق (٥/٢٧٧): "المان اسم لغير آدمي خلق لمصالح آدمي وأمكن إحرازه والتصرف فيه على وجه الاختيار"، وعلى هذا للمال عند الحنفية ما جمع أمرين:

١. أن يكون مادياً له وجود في الخارج.

٢. يمكن إحرازه وحيازته.

وعند الجمهور: "المان ما له قيمة مادية بين الناس، وحاز شرطاً للانتفاع به في حال السعة والاختيار".
وعند المالكية: في أحكام القرآن لابن العربي (٢/٦٠٧): "ما تنفذ إليه الأكلعاب ويصلح عادة وشرعاً للانتفاع به".
وعند الشافعية: في الأشياء والنقد (٥٣٣): "ما له قيمة شاع بها وتلزم مثله، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفس، وما أشبه ذلك".

وعند الحنابلة: في منتهى الإرادات (١/٣٣٩): "ما يباح تلعه مطلقاً واقتناؤه بلا حاجة".

(٢) من آية ٣ من سورة المائدة.

طارق بن سويد الجعفي رضي الله عنه سأل النبي ﷺ عن الخمر، فنهاه -أو كره- أن يصنعها، فقال: إنما أصنعها للدواء، فقال: «إنه ليس بدواء، ولكنه داء»^(١).
 وذهب الشافعية: إلى أنه يجوز الوصية بما ينتفع به من النجاسات كجلد الميتة القابل للدبغ، وميتة تصلح طعمًا للجوارح، وزبل ينتفع به، كسماد^(٢).
 وذهب الحنابلة: إلى أنه تصح الوصية بما فيه نفع مباح من غير المال، ككلب الصيد ونحوه، وكزيت متجنس لغير مسجد^(٣).

في كشف القناع: "واختار جمع وكتب) أي: تصح هبته جزم به في المغني والكافي (ونجاسة مباح نفعهما) أي: الكلب والنجاسة جزم به الحارثي والشارح؛ لأنه نزع شبه الوصية به، قال في القاعدة السابعة والثمانين: وليس بين القاضي وصاحب المغني خلاف في الحقيقة؛ لأن نقل اليد في هذه الأعيان جائز كالوصية، وقد صرح به القاضي في خلافة^(٤).

وعند شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله^(٥) يجوز الانتفاع بالنجاسات، كما جاء في الاختيارات: "ويجوز الانتفاع بالنجاسات، وسواء في ذلك شحم الميتة وغيره، وهو قول الشافعي، وأما إليه أحمد في رواية ابن منصور" ففيه جواز الوصية به، ويدل لهذا:

(١٩٨) ما رواه البخاري ومسلم من طريق عطاء بن أبي رباح، عن جابر ابن عبد الله رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول عام الفتح -وهو بمكة-: "إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة ؟ فإنه

(١) صحيح مسلم، كتاب الأشربة، باب التدابي بالخمر (١٩٨٤).

(٢) مغني المحتاج ٤٣/٣، حاشية الجمل ٤٨١/٣.

(٣) كشف القناع: مصدر سابق، ٣٦٨/٣.

(٤) كشف القناع: نفسه ٣٢١/٤.

(٥) الاختيارات العقوبة، مصدر سابق، (٢٦/١).

يطلق بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال: لا، هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: قاتل الله اليهود إن الله ﷻ لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه^(١).

في الحديث جواز الانتفاع بالتجاسات، وإذا ثبت هذا جاز الوصية بها.

والخلاصة: أن الوصية بالحرم لعينه لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: الوصية به لما يتضمنه من منافع مباحة، فجائزة.

الحالة الثانية: الوصية به لما يتضمنه من منافع محرمة، فلا يجوز.

المسألة الثانية: الوصية بما يستعان به على الباطل:

باتفاق الفقهاء^(٢) لا تجوز هذه الوصية، مثل: الوصية في آلات اللهو، وشرب الخمر، وكتب البدع، وكتب التوراة والإنجيل.

قال ابن حزم: "واتفقوا أن الوصية بالمعاصي لا تجوز، وأن الوصية بالبر، وبما ليس براء، ولا معصية، ولا تضيقا للمال جائزة"^(٣).

وفي مطالب أولي النهى: "ولا تحل وصية في معصية - لا من مسلم ولا من كافر - كمن

أوصى ببيان كيسة أو نحو ذلك؛ لقول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَعَاوُزُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٤).

وقوله ﷻ: ﴿وَأَن تَحْكُمَ بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾^(٥) فمن تركهم يُنْقِضُونَ خلاف حكم

(١) صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام (٢١٢٩)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخبز والميتة والأصنام (١٥٨١).

(٢) فتح القدير ١/٦، ٢٠، الإصناف ص ١٥، الشرح الكبير للدردير ٧٨/٢، روضة الطالبين ٣١٦/٥، مغني المحتاج ١/٢، الشرح الكبير مع الإصناف ٣٨٠/١٦.

(٣) مراتب الإجماع ص ١١٣.

(٤) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٥) من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

الإسلام وهو قادر على منعهم فقد أعانهم على الإثم والعدوان.

ولا تصح الوصية بمحرم (كطيل طو وطنبور ومزمار) وعود طو، وكذا آلات اللهو كلها كبراب وقانون ونحوه، ولو لم يكن فيها أوتار؛ لأنها مهيئة لفعل المعصية، أشبه ما لو كانت بأوتارها.

(وينتجه) بد (احتمال) قوي (الصحة)؛ أي: صحة الوصية بجميع ما ذكر من آلات اللهو المحرمة إن كانت من جوهر نفيس ينتفع بكسره كالذهب والفضة، نظرا إلى الانتفاع بجوهرهما، أو كانت مكفنة بالذهب أو الفضة (قياسا على أواني نقد)؛ لأنها تكسر وتباع، فينتفع بتمنيتها من غير نظر إلى جهة التحريم، وهو اتجاه حسن، وقياس مستحسن^(١).

ودليلهم:

١. لأن الوصية بمحرم إعانة عليها، ولا يجوز التعاون على المعصية إجماعا؛ لقوله

ﷺ: ﴿وَلَا تَعَاوُزُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢).

٢. ولأن الوصية شرعت للتقرب إلى الله تعالى، وهو لا يقرب إليه بمعصية، كما قال ﷺ:

﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنِفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَلَا تَتَعَصُوا الْحَبِيبَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ وَلَسْتُمْ بِفَاعِلِينَ إِلَّا أَنْ تُعْصُوا فِيهِ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾^(٣).

(١٩٩) ولما روى مسلم من طريق أبي حازم، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "إن الله

طيب لا يقبل إلا طيبا"^(٤).

(٢٠٠) ولما رواه البخاري من طريق أبي صالح، ومسلم من طريق شعيب ابن يسار، عن

(١) مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ٤/٨١.

(٢) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الآية ٢٦٧ من سورة البقرة.

(٤) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب قول الصلوة من الكسب الطيب وتربتها ٧٠٣/٢ (١٠١٥).

أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "ما تصدق أحد بصدقة من طيب، ولا يقبل الله إلا الطيب، إلا أخذها الرحمن بيمينه، وإن كانت تمرة، فقبه في كف الرحمن حتى تكون أعظم من الجبل"^(١).

(٢٠١) وما رواه مسلم من طريق مصعب بن سعد، عن ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "لا تقبل صلاة من غير طهور، ولا صدقة من غلول"^(٢).

المسألة الثالثة: أن يكون محرماً لكسبه:

وتحتة حالتان:

الحالة الأولى: المأخوذ بغير رضا مالكيه ولا إذن الشارع، كالمنسروق والمغصوب والمتنهب، فهذا يجب ردُّه على صاحبه إن غلبه أو علم ورثته بالإجماع^(٣).

قال ابن هبيرة: "واتفقوا على أنه يجب على الغاصب رد المغصوب إن كالت عينه قائمة، ولم يخف من نزاعها إتلاف نفس"^(٤).

قال الشوكاني رحمته الله: "وجمع على وجوب رد المغصوب إذا كان باقياً"^(٥).

وما ذكروه في الغصب جار فيما عداه من المكاسب المحرمة؛ لأنها في حكمه.

فإن جهله تصدَّق به على الفقراء والمساكين.

وبه قال جمهور أهل العلم^(٦): أبو حنيفة، ومالك، وأحمد.

(١) صحيح البخاري في الزكاة، باب الصدقة من كسب طيب (١٤١٠)، ومسلم في الزكاة، باب قبول الصدقة من الكسب الطيب (٢٣٤٢).

(٢) صحيح مسلم في الطهارة، باب وجوب الطهارة للصلاة (٥٣٥).

(٣) ينظر: رد المحتار ٢/٢٦٠، الفتاوى الهندية ٥/٣٤٩، أحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٦٦، القوانين الفقهية ص ٣٦٨، روضة الصالحين ١١/٢٤٦، نهاية المحتاج ٥/١٨٧، الشرح الكمي لابن قدامة ٣/٢٢٠، زاد المعاد ٥/٧٧٨، مغلي ٣٣٩/١١.

(٤) اختلاف الأئمة لابن هبيرة ٢/١٢.

(٥) الدراري لمطبعة ص ٣٣٥، وينظر: بدائع الصنائع ٧/١٤٨، نهاية المحتاج ٥/١٥٠، السيل الخرار ٣/٣٤٩.

(٦) فتاوى ابن رشد ١/٦٣٢، أحكام القرآن للقرطبي ٣/٢٣٧.

ووجبتهم:

١. قوله ﷺ: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾^(١)، وهذا لم يستطع أن يردّه إلى صاحبه.

٢. ورود ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم.

قال ابن القيم: "وأما في حقوق العباد فيتصور في مسائل: إحداها من غصب أموالاً ثم تاب وتعذر عليه ردها إلى أصحابها، أو إلى ورثتهم لجهله بهم أو لانقراضهم أو لغير ذلك، فاختلف في توبة مثل هذا:

فقال طائفة: لا توبة له إلا بأداء هذه المظالم إلى أربابها، فإذا كان ذلك قد تعذر عليه، فقد تعدرت عليه التوبة، والقصاص أمامه يوم القيامة بالحسنات والسيئات ليس إلا فقالوا: فإن هذا حق للأدمي لم يصل إليه والله ﷻ لا يترك من حقوق عباده شيئاً، بل يستوفيها لبعضهم من بعض ولا يجاوز ظلم ظالم، فلا بد أن يأخذ للمظلوم حقه من ظلمه ولو لظمة ولو كلمة... وأقرب ما لهذا في تدارك القارط منه أن يكثر من الحسنات ليتمكن من الوفاء منها يوم لا يكون الوفاء بدينار ولا بدرهم فيتجر تجارة يمكنه الوفاء منها... ثم اختلف هؤلاء في حكم ما بيده من الأموال:

فقال طائفة: يوقف أمرها ولا يتصرف فيها البتة.

وقالت طائفة: يدفعها إلى الإمام أو نائبه؛ لأنه وكل أربابها، فيحفظها لهم، ويكون

حكمها حكم الأموال الضائعة.

وقالت طائفة أخرى: بل باب التوبة مفتوح لهذا ولم يغلقه الله عنه ولا عن مذنب،

وتوبته أن يتصدق بتلك الأموال عن أربابها، فإذا كان يوم استيفاء الحقوق كان لهم الخيار بين أن يجبروا ما فعل، وتكون أجورها لهم، وبين أن لا يجبروا ويأخذوا من حسناته بقدر أموالهم، ويكون ثواب تلك الصدقة له؛ إذ لا يطل الله ﷻ ثوابها، ولا يجمع لأربابها بين

(١) من آية ٩٦ من سورة الشعاب.

العوض والمعوض، فيعمره إياها ويجعل أجرها لهم، وقد غرم من حسنته بقدرها، وهذا مذهب جماعة من الصحابة، كما هو مروي عن ابن مسعود، ومعاوية وحجاج بن الشاعر، فقد روى أن ابن مسعود: اشترى من رجل جارية ودخل يزن له الثمن، فذهب رب الجارية، فانتظره حتى يئس من عوده، فتصدق بالثمن، وقال: اللهم هذا عن رب الجارية، فإن رضي، فالأجر له، وإن أبي فالأجر لي وله من حسنتي بقدره، وغل رجل من الغنمة ثم تاب فجاء بما غله إلى أمير الجيش فأبى أن يقبله منه، وقال: كيف لي بإيصاله إلى الجيش وقد تفرقوا، فأبى حجاج بن الشاعر فقال: يا هذا إن الله يعلم الجيش وأسماءهم وأنسابهم، فادفع خمسة إلى صاحب الخمس، وتصدق بالباقي عنهم، فإن الله يوصل ذلك إليهم، أو كما قال، ففعل، فلما أخير معاوية قال: لأن أكون أفيستك بذلك أحب إلي من نصف ملكي^(١).

وقال: "من قبض ما ليس له قبضه شرعاً، ثم أراد التخلص منه، فإن كان المقبوض قد أخذ بغير رضا صاحبه، ولا استوفى عوضه رده عليه، فإن تعذر رده عليه، قضى به ديناً يعلمه عليه، فإن تعذر ذلك رده إلى ورثته، فإن تعذر ذلك تصدق به عنه، فإن اختار صاحب الحق ثوابه يوم القيامة، كان له، وإن أبي إلا أن يأخذ من حسنت القابض، استوفى منه نظير ماله، وكان ثواب الصدقة للمتصدق بها، كما ثبت عن الصحابة رضي الله عنهم"^(٢).

٣. القياس على اللقطة إذا لم يجد رها بعد تعريقها، ولم يرد أن يملكها تصدق بها عنه، فإن ظهر مالها خيره بين الأجر والضمان.

قالوا: ولأن الجهول في الشرع كالمعدوم.

وعند الشافعية: يسلمه إلى الحاكم لينفقه في مصالح المسلمين العامة.

وحجتهم: بأن ولي الأمر ونوابه أعلم بأوجه المصالح، فكانوا أولى بالتصرف، والأقرب

(١) مدارج السالكين ٤١٦/١ - ٤١٦.

(٢) زاد المعاد ٧٧٨/٥ - ٧٧٩.

هو القول الأول؛ لقوة دليله.

وقد حكى ابن عبد البر وابن المنذر^(١) الإجماع على أن الغال يجب عليه أن يرة ما غل إلى صاحب المقاسم ما وجد إلى ذلك سبيلاً، والدليل على ذلك:

١. قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٢).

(٢٠٢) ٢. ولما رواه البخاري من طريق مالك، عن سعيد المقبري، عن أبي هريرة ﷺ

أن رسول الله ﷺ قال: "من كانت عنده مظلمة لأخيه فليتحللها منها؛ فإنه ليس ثم دينار ولا درهم من قبل أن يؤخذ لأخيه من حسنته، فإن لم يكن له حسنة أخذ من سيئات أخيه فطرحته عليه"^(٣).

وهل له الأكل منه إذا تاب وكان فقيراً؟ المتخصص عليه عند الحنابلة؛ أنه لا يجوز له الأكل منه، ويجب عليه أن يتصدق به^(٤).

واختار شيخ الإسلام ابن تيمية ﷺ أن للغاصب ونحوه الأكل من المال للغصوب ونحوه، إذا تاب وكان فقيراً إن لم يعرف صاحبه^(٥).

فرع:

أرباح هذا النوع من المكاسب:

اختلف العلماء في أرباح المكاسب المحرمة الحاصلة من غير تراض على أقوال:

القول الأول: أن هذه الأرباح التي حصلت بعمل من الكاسب يكون الكاسب

فيها شريكاً للمالك:

وهو رواية عن أحمد.

(١) التمهيد ٢/٢٣، الإجماع (٤٢).

(٢) من الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(٣) صحيح البخاري: كتاب الرقي، باب القصاص يوم القيامة (٦١٦٩).

(٤) ينظر: القواعد في الفقه الإسلامي ص ١٣٤.

(٥) ينظر: الاختيارات الفقهية، مرجع سابق، ص ١٦٥.

واختيار شيخ الإسلام ابن القيم^(١).

وحجته:

(٢٠٣) ما رواه الإمام مالك عن زيد بن أسلم، عن أبيه أنه قال: خرج عبدالله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري، وهو أمير البصرة، فرحب بهما وسهل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى هاهنا مال من مال الله، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكما فنبعثان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتوديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما، فقالا: ودنا ذلك، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال، فلما قدما باعاً فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: «أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟» قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: «ابنا أمير المؤمنين، فأسلفكما، أديا المال ورجعه»، فأما عبدالله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين، هذا لو نقص هذا المال أو هلك لضمنناه؟ فقال عمر: أدياه، فسكت عبدالله، وراجع عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً؟ فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبدالله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال^(٢).

القول الثاني: أنها لأصحاب هذه المكاسب، والكاسب ليس له شيء:

وهو قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) مجموع الفتاوى، ٣٢٣/٣، مدارج السالكين ٤٢٣/١، الإنصاف ٢٠٨/٦.

(٢) للوطاء، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض ٥٢٩/٢، والدارقطني في السنن، كتاب البيوع ٦٣/٣ رقم ٢٤١.

وصحح إسناده ابن حزم في الملخص الكبير ٦٦/٣.

(٣) المهذب ٤٨٦/١، الحاوي الكبير ٣٢٦/٧.

(٤) مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ٢٦/١.

القول الثالث: ما نتج من غير عمل الكاسب كتسل الحيوان ولبنه، فهو للمالك، وما كان من عمل الكاسب فهو للكاسب، لكن لا تطيب للكاسب الأرباح، إلا إذا رد رأس المال لصاحبه.

وهو قول المالكية^(١).

القول الرابع: أنه يجب التصديق بها:

وهو قول الحنفية^(٢)، ورواية عن أحمد^(٣).

وعلى القول بأنه يتصدق بها وجب أن يخرجها فوراً، فإن لم يتمكن أوصى بها في جهات البر.

الحالة الثانية: المأخوذ بغير إذن الشارع ولكن برضا المالك، كالمال المكتسب بطريق الميسر والقمار، أو الربا، أو الغناء ونحو ذلك من المكاسب المحرمة، فلا يخلو من فرعين: الفرع الأول: أن يكون في ذمم الناس لم يقبض بعد، فهذا ليس له إلا رأس ماله، وما زاد من محرم فليس له أخذه، وعليه ليس له الوصية به.

والدليل على ذلك: قول الله ﷻ: ﴿إِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنْ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتِغُوا فَتَكُفُّوا عَنْ أَمْوَالِكُمْ لَا تَغْلِبُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٤).

(٢٠٤) ولما رواه مسلم من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه قال: دخلنا على جابر بن

عبدالله ﷺ، وفيه قول النبي ﷺ: "وربا الجاهلية موضوع، وأوّل رباً أضع رباناً: ربا

عباس بن عبدالمطلب، فرباه موضوع ككُله"^(٥).

(١) الامتياز ٢٤٩/٧، المتقى ٢٢/٤، حاشية العبدى ٣٧٢/٣.

(٢) المبسوط ١٦٣/١٣ = النباة ١٠/٢٣٢.

(٣) فوائد ابن رجب ص ٦٩٢.

(٤) الآية ٢٧٩ من سورة البقرة.

(٥) صحيح مسلم، كتاب الفج، باب حجة النبي ﷺ (١٩١٨).

الفرع الثاني: أن يكون هذا الكسب قد قبض.

أما بالنسبة للمقايض لهذا المال إذا تاب وأتاب:

فإن كان هذا القابض يعتقد صحة هذا العقد الربوي كالكاfer الذي كان يتعامل بالربا قبل إسلامه، أو تحاكمه إليه، والمسلم إذا عقد عقدًا مختلفًا فيه بين العلماء، وهو يرى صحة هذا النوع بالاجتهاد أو التقليد، أو المسلم الذي يعامل، ولكنه تجهل ولا يعلم، وقد قبض بهذه المعاملة مالا، قلنا تبين له أن هذه المعاملة من الربا تاب منها^(١).

إذا كان الأمر - كما ذكر - فإنه يكون ملكًا لما قبضه؛ لقوله ﷺ: ﴿مَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ﴾^(٢)، وعليه فله الوصية به.

قال الشنقيطي رحمه الله: قوله ﷺ: ﴿مَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾، معنى هذه الآية الكريمة أن من جاءه موعظة من ربه يزجره بها عن أكل الربا فانتهى أي: ترك المعاملة بالربا؛ خوفًا من الله تعالى وامتنالًا لأمره ﴿فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾ أي: ما مضى قبل نزول التحريم من أموال الربا، ويؤخذ من هذه الآية الكريمة أن الله لا يأخذ الإنسان بفعل أمر إلا بعد أن يحرمه عليه، وقد أوضح هذا المعنى في آيات كثيرة، فقد قال في الدين كانوا يشربون الخمر، وبأكلون مال الميسر قبل نزول التحريم: ﴿لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ كَانُوا يَشْرَبُونَ مِنْكُمْ حَتَّىٰ يَتَّبِعُوا مَوْعِظَتَنَا﴾^(٣) الآية.

وقال في الدين كانوا يتزوجون أزواج آبائهم قبل التحريم: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٤)، أي: لكن ما سلف قبل التحريم فلا جناح عليكم فيه، ونظيره قوله ﷺ: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٥).

(١) ينظر: اقتضاء الصراط المستقيم، مرجع سابق، ٢٤٨/١.

(٢) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٩٣ من سورة المائدة.

(٤) من الآية ٢٢ من سورة النساء.

(٥) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

وقال ﷺ في الصيد قبل التحريم: ﴿عَفَا اللَّهُ عَنْكَ﴾ (١) الآية.

وقال ﷺ في الصلاة إلى بيت المقدس قبل نسخ استقباله: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضَيِّعَ إِيمَانَكُمْ﴾ (٢)، أي: صلاتكم إلى بيت المقدس قبل النسخ.

ومن أصرح الأدلة في هذا المعنى:

أن النبي ﷺ والمسلمين لما استغفروا لقربانهم الموتى من المشركين، وأنزل الله ﷻ: ﴿مَا كَانِ لِلنَّبِيِّ وَالَّذِينَ آمَنُوا أَنْ يَسْتَغْفِرُوا لِلْمُشْرِكِينَ وَلَوْ كَانُوا أُولَىٰ قُرْبَىٰ مِنْكُمْ بِمَا تَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُمْ أَصْحَابُ الْجَحِيمِ﴾ (٣).

وندموا على استغفارهم للمشركين أنزل الله في ذلك: ﴿وَمَا كَانَ اللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَاهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُمْ مَا يَتَّقُونَ﴾ (٤)، فصرح بأنه لا يضلهم بفعل أمر إلا بعد بيان التفاته (٥).

أما إذا كان القايض مسلماً متعمداً تلك المعاملة علماً بأنه محرم، ثم تاب بعدما جمعت لديه الأموال المحرمة.

فاختلف العلماء رحمهم الله في طريق التوبة من المكاسب المحرمة الحاصلة بعقود فاسدة، وقد استوفى الطرفان العوض، والمعوض على قولين:

القول الأول: أنه يجب على الكاسب التصديق به:

وبه قال شيخ الإسلام (٦).

(١) من الآية ٩٥ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ١١٥ من سورة البقرة.

(٣) الآية ١١٣ من سورة التوبة.

(٤) من الآية ١١٥ من سورة التوبة.

(٥) أضواء البيان ١/١٨٨.

(٦) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٢٩/٢٩٩.

قال ابن تيمية: "أصحهما ألا تردّها على الفساق الذين بذلوها في المنفعة المحرمة، ولا يباح الأخذ بل يتصدق بها وتصرف في مصالح المسلمين، كما نص عليه أحمد في أجرة حمل الخمر"^(١).

وحجته:

١. أنه لا يجمع لمن استوفى المنفعة المحرمة بين العوض، وبين المعوض.
- ونوقش: بأن هذه المكاسب المحرمة على ملك أصحابها؛ لأنها انتقلت بعقد فاسد.
٢. أن هذه المكاسب حصلت بسبب خبيث، وما هذا حاله فسيببه التصديق به.
- (٢٠٥) ٣. ما رواه مسلم من طريق السائب بن يزيد، حدثني رافع بن خديج رضي الله عنه، عن رسول الله ﷺ قال: «لئن الكلب خبيث، ومهر النغي خبيث، وكسب الحجام خبيث»^(٢).

فإن النبي ﷺ حكم بحيث كسب الحجام، ولا يجب رده على دافعه.

القول الثاني: يجب أن يرد إلى مالكه:

وحجته: أنه عين ماله ولم يقبضه الكاسب قبض شرعياً، ولا حصل لربه في مقابلته نفع مباح^(٣).

ونوقش:

قال ابن القيم: "وهب أن هذا المال لم يملكه الأخذ، فملك صاحبه قد زال عنه بإعطائه لمن أخذه، وقد سلم له ما في قبائله من النفع، فكيف يقال ملكه باق عليه ويجب رده إليه، وهذا بخلاف أمره بالصدقة به، فإنه قد أخذه من وجه خبيث برضا صاحبه وبذله له بذلك، وصاحبه قد رضي بإخراجه عن ملكه بذلك، وألا يعود إليه،

(١) اقتضاء الصراط المستقيم، مرجع سابق، ٢/٥٢٩-٥٥٠.

(٢) صحيح مسلم في المساقاة، باب تحريم لمن الكلب (٢٠٩٥).

(٣) مدارج السالكين، مرجع سابق، ١/٤٢٢.

فكان أحق الوجوه به صرفه في المصلحة التي ينتفع بها من قبضه، ويخفف عنه الإثم، ولا يقوى الفاجر به ويعان ويجمع له بين الأمرين.
وهكذا توبة من اختلط ماله الحلال بالحرام، وتعذر عليه تمييزه أن يتصدق بقدر الحرام ويطيب باقي ماله، والله أعلم^(١).

قال ابن القيم: "المقبوض بالعقد الفاسد يجب فيه التراد من الجانبين، فيرد كل منهما على الآخر ما قبضه منه، كما في عقود الربا، وهذا عند من يقول: المقبوض بالعقد الفاسد لا يملك، فأما إذا تلف المعوض عند القابض وتعذر رده، فلا يقضى له بالعوض الذي بذله، ويجمع له بين العوض وبين المعوض، فإن الزاني واللائط ومستمتع الغناء والنوح قد بدلوا هذا المال عن طيب نفوسهم واستوفوا عوضه المحرم، وليس التحريم الذي فيه لحقهم، وإنما هو لحق الله، وقد فانت هذه المنفعة بالقبض، والأصول تقتضي أنه إذا رد أحد العوضين يرد الآخر، فإذا تعذر على المستأجر رد المنفعة لم يرد عليه المال الذي بذله في استيفائها.

و- أيضًا- فإن هذا الذي استوفيت منفعته عليه ضرر في أخذ منفعته وعوضها جميعًا، بخلاف ما لو كان العوض خنزيرًا أو ميتة، فإن ذلك لا ضرر عليه في فواته، فإنه لو كان باقيا ألتفناه عليه، ومنفعة الغناء والنوح لو لم تقت لتوفرت عليه بحيث يتمكن من صرفها في أمر آخر أعني القوة التي عمل بها"^(٢).

قال ابن القيم: "وإن كان المقبوض برضا الدافع وقد استوفى عوضه المحرم، كمن عاوض على خمر، أو خنزير، أو على زنى، أو فاحشة، فهذا لا يجب رد العوض على الدافع، لأنه أخرجه باختباره، واستوفى عوضه المحرم، فلا يجوز أن يجمع له بين العوض والمعوض، فإن في ذلك إغانة له على الإثم والعدوان، وتيسير أصحاب المعاصي عليه، وماذا يريد الزاني

(١) نفسه.

(٢) أحكام أهل السنة ١/ ٢٥٥.

وقاعل الفاحشة إذا علم أنه يتال عرضه ويسترد ماله، فهذا مما تصان الشريعة عن الإتيان به، ولا يسوغ القول به، وهو يتضمن الجمع بين الظلم والفاحشة والغدر، ومن أقبح القبيح أن يستوفي عوضه من المزني بها، ثم يرجع فيما أعطاهها قهراً، وقبح هذا مستقر في فطر جميع العقلاء، فلا تأتي به شريعة، ولكن لا يطيب للمقايض أكله، بل هو خبيث، كما حكم عليه رسول الله ﷺ، ولكن حيثه حيث مكسبه لا لظلم من أخذ منه، فطريق التخلص منه وقام التوبة بالصدقة به^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أنه يتصدق به؛ لقوة دليله. وعلى القول بأنه يتصدق بما حاز أن تجعل وصية على جهات البر إذا لم يمكن إخراجها فوراً.

فإن كان الكاسب فقيراً جاز أن يأخذ قدر حاجته من هذا المال. قال النووي: "وله أن يتصدق به على نفسه وعياله إذا كان فقيراً؛ لأن عياله إذا كانوا فقراء فالوصف موجود فيهم، بل هم أولى من يتصدق عليه، وله هو أن يأخذ منه قدر حاجته؛ لأنه - أيضاً - فقير"^(٢).

وقال شيخ الإسلام: "فإن تابت هذه البغي وهذا الخمار وكانوا فقراء جاز أن يصرف إليهم من هذا المال مقدار حاجتهم؛ فإن كان بقدر يتجر أو يعمل صنعة كالنسيج والغزل أعطى ما يكون له رأس مال، وإن اقترضوا منه شيئاً ليكتسبوا به ولم يردوا عوض القرض كان أحسن"^(٣).

فإن لم يتب من كسبه محرماً، فلا يخلو من فرعين:
الفرع الأول: أن يكون جميع مال الموصي محرماً فلا تصح وصيته؛ لما تقدم من أنه

(١) زاد للعاد، مرجع سابق، ٧٧٩/٥.

(٢) المجموع شرح للهدب، ٤٢٨/٩.

(٣) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٣٩/٣٠٩.

يشترط أن تكون الهبة مالا شرعيا.

الفرع الثاني: أن يكون ماله مختلطا من الحلال والحرام:

فاختلف العلماء في قبول تبرعه، وعلى هذا صحة وصيته على أقوال أربعة:

القول الأول: أنه يكره قبول تبرعه قل الحرام أو أكثر:

وبه قال بعض المالكية.

وهو قول الشافعية، وهو مذهب الحنابلة^(١).

القول الثاني: أنه يجوز قبول تبرعه إذا غلب الحلال على الحرام، إذا لم يتيقن أن ما

قدم له من عين الحرام:

وبه قال ابن القاسم من المالكية^(٢).

وقول عند الحنابلة^(٣).

القول الثالث: يجوز قبول تبرعه، قل الحرام أو أكثر:

وبه قال الشوكاني^(٤).

القول الرابع: يحرم قبول تبرعه مطلقا، قل الحرام أو أكثر:

وبه قال بعض المالكية.

وقول عند الحنابلة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. ما رواه البخاري ومسلم من طريق عامر قال: سمعت النعمان بن بشير

(١) غنوي ابن رشد ١/٢٤٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٧، الإيضاف مع الشرح الكبير ١٢/٢٢٨.

(٢) الدعوى، مرجع سابق، ٣١٧/٢٢.

(٣) الإيضاف مع الشرح الكبير ٢١/٣٢٨.

(٤) السبل المبررة، مرجع سابق، ١٨/٣.

(٥) انصاف السائلة للمالكية والحنابلة.

يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "الحلال بين، والحرام بين، وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس، فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه، ومن وقع في المشبهات: كراع يرعى حول الحمى، يوشك أن يواقعه، ألا وإن لكل ملك حمى، ألا إن حمى الله في أرضه محارمه، ألا وإن في الجسد مطبعة: إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله، ألا وهي القلب" (١)

وجه الدلالة: أنه إذا وقع الاشتباه في هذا المتبرع به، فالأولى للمسلم أن يستبرئ لدينه وعرضه ويتركه مخافة أن يكون حراماً، فيما أن الحديث يطلب الاستبراء دون النهي الدال على التحريم كان القول بالكراهة أقرب.

٢. أن الأصل في هذا الشيء المتبرع به الإباحة، والحرام محتمل، ولا يثبت التحريم بمجرد الاحتمال.

٣. أن الحرام لما اختلط بماله صار شائعاً فيه، فإذا قبل تبرعه كان ذلك من المشابهة للممنوع منه على وجه التوقي كان مكروهاً.

دليل القول الثاني:

استدل المصنف بقول الله ﷻ: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْتَفِعٌ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ (٢).

وجه الدلالة: أن الخمر والميسر حرقاً مع أن فيهما منافع للناس، وسبب التحريم أن إثمهما أكبر من نفعهما، كذلك هنا لما غلب الحرام خرم قبول التبرع، أما إذا غلب الحلال حل قبول التبرع اعتباراً بالغالب (٣).

(١) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب فضل من استبرأ لدينه (٥٢)، ومسلم، كتاب المساقاة، باب أحله الحلال (١٥٩٩).

(٢) من آية ٩٩ من سورة البقرة.

(٣) أحكام المال الحرام ص ٢٤٨.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يعسر ضبط القليل والكثير.

دليل القول الثالث:

(٢٠٦) ١. ما رواه البخاري ومسلم من طريق شعبة، عن هشام بن زيد، عن أنس

بن مالك رضي الله عنه: "أن يهودية أتت النبي ﷺ بشاة مسمومة فأكل منها، فحجى بها،

فقتل: ألا تقتلها، قال: لا فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله ﷺ" (١).

٢. أن الصحابة رضي الله عنهم بعد الخلافة الراشدة يأخذون العطايا ممن جاءت بعد الخلفاء،

رضي الله عنهم ممن تولى أمر المسلمين مع تلبسهم بشيء مما لا يبيحه الشرع (٢).

دليل القول الرابع:

أن الحرام لما اختلط بماله صار شائعاً فيه، فإذا عامله في شيء منه فقد دخل في حرم

من الحرام (٣).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه مخالف لما تقدم عن النبي ﷺ من قبول هدايا الكفار.

الوجه الثاني: عدم التسليم، فإنه لا يتيقن أنما أخذه من المال الحرام، و-أيضاً- هو

يوقع في الحرج والمشقة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - جواز قبول تبرع من اختلط ماله بالمال الحرام، وفي الكراهة تردد،

والله أعلم، وعلى هذا يصح وصيته.

المطلب الثاني: الوصية بالمختص، كالكلب ونحوه:

المختص: كل ما جوز الشارع الانتفاع به، ولم يرخص في بيعه.

(١) صحيح البخاري، كتاب الهبة وفضلها، باب قبول الهدية من المشركين (٢٤٧٤)، ومسلم، كتاب السلام، باب السلم (٢١٩٠).

(٢) تنظر: السبيل، مرجع سابق، الجواز ١٩/٣.

(٣) فتاوى ابن رشد ٦٣٤/١.

اتفق الأئمة الأربعة على صحة الوصية بالكلب المأذون في اقتنائه، ككلب الصيد ونحوه^(١).

ويدل لذلك:

(٢٠٧) ما رواه البخاري من طريق يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أمسك كلبًا، فإنه ينقص كل يوم من عمله قيراط، إلا كلب حرث أو ماشية»، قال ابن سيرين، وأبو صالح، عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «إلا كلب غنم أو حرث أو صيد»، وقال أبو حازم: عن أبي هريرة، عن النبي ﷺ: «كلب صيد أو ماشية»^(٢).

وعبر عنه الحنفية كونه متقومًا:

والمقصود بالمتقوم: ما يحل الانتفاع به شرعًا.

وعبر عنه المالكية بما يصح تملكه^(٣)، فيدخل في ذلك الكلاب المأذون في اتخاذها للصيد أو الحراسة، والزيت المثنجس؛ لجواز الانتفاع به في غير المسجد، وما شابه ذلك، ولا يجوز الوصية بما لا يجوز الانتفاع به شرعًا، كالخمر والخنزير والكلاب غير المأذون في اتخاذها؛ لأن الوصية تملك، وهذه لا يصح تملكها شرعًا.

فروع:

ذكر الحنفية: أنه يشترط أن يكون الموصى به قابلاً للتمليك، وفسروه بأن يكون الموصى به مما يصح تملكه بعقد من العقود أو بالإرث؛ لأن الوصية تملك، وما لا يقبل التملك لا يصح الإيضاء به.

(١) بدائع الصنائع ٣٥٢/٧، والشرح الصغير ٥٨١/٤، وحاشية الجمل ٤٨١/٣، كشف القناع ٣٦٨/٤.

(٢) صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب القضاء للكلب للحرث (٢٣٢٢)، وأخرجه مسلم بنحوه عن (ابن عمر)، كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب ويمن نسخة (٤١٠٦).

(٣) النظر: البهجة ٢٨٥/٢.

وفرعوا عليه صحة الوصية بالثمار الموجودة والمعدومة، والحمل الموجود في البطن؛ لأنها أشياء يصح تملكها بالعقد أو بالإرث.

كما فرعوا عليه منع الوصية بالحمل غير الموجود؛ لأنه لا يقبل التملك بعقد من العقود، وخالفهم الجمهور فأجازوا الوصية به^(١).

وجعل المالكية، والشافعية؛ مكان هذا الشرط أن يقبل النقل من شخص إلى شخص آخر بوجه من وجوه النقل، كلحم الأضحية وجلدها والمجهول والمعجوز عن تسليمه، وما فيه غرر؛ لأنها تقبل النقل بالإرث والتبرع.

فإن كان لا يقبل النقل فلا تصح الوصية به، مثل الحبس، وحق الاختصاص بسكنى المدارس، والجلوس في الأسواق، والمساجد والشقعة، فإن هذه الأشياء لا تصح الوصية بها؛ لأنها لا يصح نقلها من مستحقها إلى غيره.

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ٤/٤٦٦، الوصايا والتنزيل ص ٣٢٩

المبحث الثالث

الشرط الثالث: اشتراط القرية لصحة الوصية

الأصل في الوصية أن يقصد بها التقرب إلى الله تعالى بذلك.
كالوصية ببر ذوي الأرحام وصلتهم من غير الوارثين، والوصية ببناء مسجد أو مدرسة
علم، ونحو ذلك.
وقد اختلف العلماء رحمهم الله في صحة الوصية في ما ليس قرية من المباحات على
قولين:

القول الأول: عدم اشتراط القرية لصحة الوصية:

وإلى هذا ذهب الجمهور:

فهو مذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: اشتراط القرية لصحة الوصية:

وعن قول شيخ الإسلام.

قال رحمهم الله: "فأما الأعمال التي ليست طاعة لله ورسوله فلا ينتفع بها الميت بحال، فإذا
اشتراط الموصي أو الواقف عملاً أو صفة لا ثواب فيها كان السعي في تحصيلها سعيًا فيما
لا ينتفع به في دنياه ولا في آخرته، ومثل هذا لا يجوز"^(٥).

الأدلة:

دليل القول الأول: (عدم اشتراط القرية)

أن الوصية من باب العطايا لا من باب الصدقات، والهبة تصح بغير قصد القرية.

(١) حاشية بن عابد، مرجع سابق، ٦/٦٩٢، ٧٣٨.

(٢) الفحوة ١٥٦/٧، شرح الخرش ١٦٨/٨.

(٣) مغني المحتاج ٤٠/٣، شرح المغني مع حاشية القلوبي ١٥٧/٣.

(٤) الفروع ٥٨٧/٤، الإصناف ٢٣٧/٧.

(٥) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٤٦/٣٩.

ويناقش: بعدم التسليم بأن إلا بعد الموت، فإذا لم يهد أن تكون قرية تنفعه في الآخرة.
ونوقشت هذه الأدلة من وجهين:

الوجه الأول: أن كون الوصية قرية أكمل، وكونها في مباح لا محذور منه؛ إذ الأصل الحل.

الوجه الثاني: أن كون الميت لا ينتفع بها غير مسلم، بل الموصى له ينتفع بها، وإذا

حصل نفع الموصى له تبع ذلك نفع الموصي.

سبب الخلاف: تردد الوصية بين الهبة، والوقف.

الترجيح:

الأرجح في هذه المسألة أن الوصية تصح فيما ليس قرية؛ إذ إلحاقها بالهبة أولى من

إلحاقها بالوقف - والله أعلم -.

المبحث الرابع

الشرط الرابع : أن يكون الموصى به متحقق الحياة

وذلك كالوصية بالحمل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الوصية بالحمل:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية بالحمل على قولين:

القول الأول: صحة الوصية بالحمل بشرطه كما سيأتي:

وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية^(١).

وحجته:

١. عموم أدلة الوصية^(٢).

٢. لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية، فجرى مجرى اعتناق الحمل^(٣).

القول الثاني: عدم صحة الوصية بحمل الأم:

وبه قال بعض الحنابلة^(٤).

ولعل حجته: ما يترتب على الوصية من التفريق بين الأم وبين ولدها.

ويأتي في شروط صحة الوصية بالحمل.

المطلب الثاني: شروط الوصية بالحمل:

اشتراط العلماء رحمهم الله للوصية للحمل شروطاً:

الشرط الأول: أن يكون موجوداً حال الوصية؛ لأنه إذا لم يكن موجوداً حال الوصية

(١) ينظر: تبين الحقائق وتكملة فتح القدير ٤٣٢/١٠، جاهر الإكليل ٣٢٠/٢، مولد الجليل ٣٧٤/٦، روضة

الطالبين ١١٢/٥، قلوبى وعمدة ٢٤٤/٣، للعللى ٤٥٨/٨، شرح الزركشي ٣٨٢/٤.

(٢) ينظر: التمهيد.

(٣) الشرح الكبير مع الإيضاف، مرجع سابق، ٣٤٢/١٢.

(٤) نفسه.

لم تتعلق الوصية به.

وهذا قول جمهور أهل العلم^(١).

وذهب بعض الحنفية كأبي الليث أنه للمعتبر وجوده وقت موت الوصي^(٢).

وحجته: أنه تمليك بعد الموت، فلا بد من وجوده إذا ذاك.

وذهب آخرون من الحنفية: إلى أن المعتبر وجوده حال الوصية وحال الموت^(٣).

الشرط الثاني: أن يتفصل حيًا، فإن انفصل ميتًا لم تصح الوصية.

ونص الشافعية: على أنه إن انفصل بجنابة عليه، فتنفذ الوصية في بدله^(٤).

الشرط الثالث: ألا يترتب على الوصية تفريق بين الأم، وولدها.

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية إذا ترتب عليها تفريق بين الأم وولدها على

قولين:

القول الأول: إحقاق الوصية بالبيع في منع التفريق:

وعليه فلا تصح الوصية بالحمل منفردًا عن أمه.

وبهذا قال الحنفية^(٥)، وهو قول عند الشافعية^(٦).

وهو قول شيخ الإسلام.

القول الثاني: جواز الوصية بالحمل دون أمه:

وهو مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٧).

(١) لمصادر السابقة.

(٢) مبائع الصنائع ١٢٨/٨، المسوط ٨٦/٢٧، بكلمة فتح القدير ٤٣٠/١٠، حاشية الدبسوقي ٤/٣٨٦، روضة

الطالبين ١١٢/٥، حاشية الجمل ١٢٩/٦، ملبدع ٥/٢٦٧.

(٣) لمصادر السابقة للحنفية.

(٤) السراج الوهاج ص ٣٧٧.

(٥) فتح القدير ٤٧٩/٦، البحر الرائق ٦/١٠٩.

(٦) المجموع، مرجع سابق، ٣٠/٩.

(٧) المدونة ٢٨٤/١٠، الفواكه الدواني ٨٧/٤، شرح المهلى ١١٨٥/٢، مغلي ٣٧٠/٦.

لكن عند الإمام مالك يحجر الموصى له أن يجمع بينهما.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

(٢٠٨) ١. ما رواه الترمذي من طريق حيي بن عبد الله، عن أبي عبد الرحمن الحبلي،

عن أبي أيوب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة»^(١).

(٢٠٩) ٢. ما رواه ابن ماجه من طريق إبراهيم بن إسماعيل، عن طليق ابن عمران، عن

أبي بردة، عن أبي موسى رضي الله عنه قال: «لعن رسول الله ﷺ من فرق بين الوالدة وولدها، وبين الأخ وبين أخيه»^(٢).

(٢١٠) ٣. ما رواه أبو داود: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا إسحاق بن

منصور، حدثنا عبد السلام بن حرب، عن يزيد بن عبد الرحمن، عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي أنه فرق بين جارية وولدها «فنهأه النبي ﷺ عن ذلك ورد البيع»^(٣).

(١) سنن الترمذي، مرجع سابق، (١٥٦٦، ١٢٨٣). وأخرجه أحمد ٤١٢/٥ (٢٣٨٩٥) و٤١٤/٥ (٢٣٩١٠) من طريق يحيى بن عبد الله المعافري، والدارمي (٢٤٧٩) من طريق عبد الله بن خنادة، كلاهما (يحيى، وعبد الله بن خنادة) عن أبي عبد الرحمن الحبلي، فذكره...

قال الترمذي: وفي الباب عن علي وهذا حديث حسن غريب، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم كرهوا التفريق بين السي بين الوالدة وولدها، وبين الولد والوالدة وبين الإخوة. قال أبو عيسى: قد سمعت البخاري يقول سمع أبو عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الأنصاري أ. هـ. والحديث لا بأس بإسناده لاسيما طريق الدارمي.

(٢) سنن ابن ماجه (٣٢٥٠). قال البوصيري (٣٦/٣): «هذا إسناد ضعيف؛ للضعف طليق بن عمران، وإبراهيم بن إسماعيل».

(٣) سنن أبي داود (٢٦٩٦). وهذا الخبر اختلف فيه على الحكم: فرواه عنه يزيد بن خالد الدلائي كما عند أبي داود، ومن طريق البيهقي في معرفة السنن والآثار ٧٩/٧، والسنن الكبرى ٩/١٢٦، والدارقطني في سننه ٣/٦٦، والحاكم في المستدرک ٥٥/٢، وأبو مريم عبد الغفار بن القاسم كما عند البيهقي في سننه ٩/١٢٦، والخراج بن أرطاة كما عند



الترمذي في جامعه ١٢/٨٤، وابن ماجة في سننه ٢٢٤٩، والإمام أحمد في مسنده ١٠٦/١، والبيهقي في سننه الكبرى ١٢٧/٩، وأبو داود الطيالسي في مسنده ١٥٣/١، والدارقطني في سننه ٦٦/٣، ثلاثهم عن الحكم عن ميمون، به. وعندهم غلامين آخرين "وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

ورواه محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن الحكم، عن علي، أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥٢٦/٤، وزواه زيد بن أبي أنيسة، كما عند ابن الحارود في المتقى ١٦٣/٢، والصباء في المختارة ٢٧٣/٢، وشعبة في المحاجج - كما عند الدارقطني في سننه ٦٥/٣، والحاكم في المستدرک ٥٣/٦، والبيهقي في سننه الكبرى ١٢٧/٩، والصباء في المختارة ٢٧٢/٢، كلاهما (زيد بن أبي أنيسة، وشعبة) عن الحكم بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي ... به.

وقال (الحاكم): "هذا حديث غريب صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه". وأشار البيهقي في سننه إلى شذوذه هذا الإسناد عن شعبة، وسيأتي كلامه إن شاء الله.

ورواه سعيد بن أبي عروبة، واختلف عليه فيه، فرواه عنه محمد بن جعفر خنجر، كما عند الإمام أحمد في مسنده ٩٧/١، ومن طريقه أخرجه الضياء في المختارة ٢٧١/٢، وعبد الوهاب بن عطاء الخفاف، كما عند البزار في مسنده ٢٢٧/٢، والبيهقي في سننه الكبرى ٢٢٧/٩، كلاهما (محمد بن جعفر، وعبد الوهاب بن عطاء) عن سعيد بن أبي عروبة، عن الحكم بن عتيبة، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي ... به.

وقال البزار عتيبة: "وهذا الحديث لا تعلم رواه عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى إلا ... عبيد الله (وهو العزمي، وهو متروك) وسعيد بن أبي عروبة لم يسمع من الحكم شيئاً، وروي هذا الحديث عن الحسن بن محمد عن عبد الوهاب، عن سعيد بن أبي عروبة، عن رجل، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى.

ورواه أبو خالد الدالائي، والمحاجج بن أرفط، عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي ... زواه عنه محمد بن سوار، كما عند إسحاق بن راهوية بواسطة نصب الرأية ٢٦١/٤، والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٧/٩، وعبد الوهاب بن عطاء الخفاف، كما عند الإمام أحمد في مسنده ١٢١/٨، ومن طريقه البيهقي في سننه ١٢٧/٩، كلاهما (محمد بن سوار، وعبد الوهاب بن عطاء) عن سعيد، عن رجل، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي ... به.

ولعل هذا هو الصحيح عن سعيد بن أبي عروبة فأئمة الخفاف يكتفون بتفقون على أن سعيد لم يسمع من الحكم حقاً أعظم أحداً منهم أثبت صحاحه، ومن نص على ذلك الإمام أحمد، والقلاس، وأبو حاتم، والنسائي، والدارقطني، والبزار (لمراسيل لابن أبي حاتم (٦٩)، الكامل لابن عدي ٣٩٩/٣، الضعفاء ٢٦٣، البحر الزخار ٢٢٧/٩، تعقل ٢٧٣/٣).

وأعل هذا الطريق هو الذي أشار البزار إلى صحته حيث يقول "وروي هذا الحديث عن الحسن بن محمد عن عبد الوهاب عن سعيد بن أبي عروبة عن رجل عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى - على أنه قد اختلف على عطاء على ثلاثة أوجه:

رواه عنه إسماعيل بن أبي الخارث كما عند الدارقطني في سننه ٦٥/٣، ويحيى بن أبي طالب كما عند الحاكم في المستدرک ٥١/٢، والصباء في المختارة ٢٧٢/٢، ومحمد بن الجهم كما عند البيهقي ١٢٧/٩، ثلاثهم (إسماعيل بن الخارث، ويحيى بن أبي طالب، ومحمد بن الجهم) عن عبد الوهاب بن عطاء، عن شعبة، عن الحكم، عن عبد الرحمن، عن علي ... به.

رواه عنه الحسن بن محمد الزعفراني كما عند البزار في مسنده ٢٢٧/٢، والبيهقي في سننه ١٢٧/٩، عن

عبد الوهاب عن سعيد عن الحكم عن عبد الرحمن عن علي عليه السلام...

ورواه الإمام أحمد كما في مسنده ١٢٦/١، ومن طريقه أخرجه البيهقي ١٢٧/٩ عن عبد الوهاب عن سعيد عن رجل عن الحكم عن عبد الرحمن عن علي عليه السلام... به. وهذا الطريق هو الصحيح والله أعلم. وذلك لقوة الإمام أحمد وإتقانه وحفظه، وإن كان الطريق الأول أكثر عدداً إلا أنهم مع كثرة عددهم لا يبلغون درجة الإمام أحمد في الحفظ والإتقان.

وأمر آخر وهو أن الأئمة رجحوا رواية من روى عن عبد الوهاب عن سعيد، والطريق الأول فإنه فيما يظهر أنه شاذ. وذلك أنه لم يروه أحد من أصحاب شعبة الكبار عنه، وهذا عند وهو من أخص الناس لشعبة، ومع ذلك لم يرو هذا الخبر عنه، وإنما رواه عن سعيد بن أبي عروبة، ولذلك رجح الوجه الثالث الإمام أبو الحسن الدارقطني، وقال في العلل ٢٧٥/٣: "وغيرها يرويه عن عبد الوهاب عن سعيد وهو الموقوف".

وقال عبد الله بن إسحاق الخراساني عن الطريق الثالث: وهو الصواب، (سنن البيهقي الكبرى ١٢٧/٩)، وقال البيهقي عن الطريق الثالث أيضاً: "وهذا أشبه، وسائر أصحاب شعبة لم يذكروه عن شعبة، وسائر أصحاب سعيد قد ذكروه عن سعيد هكذا". المصدر السابق.

وقال البيهقي -أيضاً- في معرفة السنن والآثار ٧٩/٧: "وقيل عن شعبة عن الحكم وهو وهم". وأما قول ابن القطان عليه السلام في بيان الوهم والإيهام ٣٩٦/٥: "رواية شعبة صحيحة لا عيب فيها، وأما أقوى ما اعتد في هذا الباب ففي هذا القول نظراً لما تقدم في الكلام على رواية شعبة، وأنه انقرض هذا عبد الوهاب الخفاف، وأبو الحسن ابن القطان على جلاله قدره وعظم منزلته، ليس له كبير اهتمام في الأعم الغالب بمسألة العلل والشذوذ والنيابة، فكثير ما يبحو في ذلك ما لم يبح ابن حزم عليه السلام، ولذلك عابه على هذه المنهج جمع من العلماء كاللهي، حيث يقول كما في نقد بيان الوهم والإيهام ص ٧١: "وقاعدة ابن القطان كان حرم وأهل الأصول، يقبل ما روى الثقة سواء خولف أو رفع لموقوف أو وصل للمرسل أ هـ".

ومن تصفح كتابه الوهم والإيهام اتضح له ذلك جلياً، فهو يقول في معرض رده على عبد الحق ورأيه في كتابه الكبير لم يرد فيما علله به على أن قال خولف زيد في هذا، والصواب: أنه من قول أبي الدرداء ذكر ذلك الدارقطني في سننه، ثم قال ابن القطان بعد ذكره طرق التحديث للشار إليه: (وهو ما أرى الإمام إذا أم القوم إلا قد كفاهم) فإذا ليس فيه أكثر من أن ابن وهب وقفه، وزيد بن أجياب رفعه وهو أحد الثقات، ولو خالفه في رفعه جماعة ثقات فوقه ما ينبغي أن يحكم عليه في رفعه إياه الخطأ، فكيف ولم يخالفه واحد أهـ. بيان الوهم والإيهام ٣٧٠/٣.

فهذا النموذج واحد من تصرف ابن القطان ومخالفته للأئمة المحدثين أرباب العلل. وبعد هذه الدراسة السريعة تلخص والله أعلم: أن أصح الطرق طريق زيد بن أبي أنيسة عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي عليه السلام.

ولذلك صحح هذا الطريق الشيباني في المختار، وفواه ابن الجارود وقال ابن عبد الحادي في تنقيح التحقيق ٩٧/٤: وقد رواه أبو بكر بن أبي غصن، عن محمد بن علي بن حمون عن سليمان بن عبد الله، عن عبد الله بن عمرو، عن زيد بن أبي أنيسة، عن الحكم وهذا الإسناد لا بأس به، وسليمان: صدقه أبو حاتم.

(٢١١) ٤. ما رواه زوى أحمد: حدثنا وكيع، حدثنا سفيان، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن عبد الله رضي الله عنه قال: "كان رسول الله ﷺ يؤتى بالسبي فيعطي أهل البيت جميعاً، كراهية أن يفرق بينهم" (١).

وقال ابن الملقن في البدر المشرق ٥٢٣/٦: "ورواه ابن أبي عمير، عن محمد بن علي بن ميمون، عن سليمان بن عبيد الله، عن عبيد الله بن عمرو، عن زيد بن أبي أنيسة، عن الحكم، وهذا إسناد جيد وسليمان صدقة أبو حاتم".
وأما رواية ميمون بن أبي شبيب عن علي فإنها منقطعة. قال أبو داود عقب روايته هذا الخبر: ميمون لم يدرك علياً. وكذلك قال: قال أبو حاتم: فإن رواية ميمون عن علي مرسل. تحقيق التحصيل (٥٣١). وهذه العلة أصله المخطئ في معالم السنن ٢/٢٥٤.

ولذلك ابن الملقن رد علي رضي الله عنه قوله: هذا حديث حسن غريب، قال: وفيه نظر، فإن مداره على الجماع هذا وهو ضعيف... ولأنه مرسل، فإن ميموناً لم يدرك علياً. وأما متابعة عبد الغفار بن القاسم له، فإنه لا يعتد بها، فقد قال ابن الملقن عنه: كان يضع الحديث لمعي ٣/٢ فقلته لا يعول عليه.

وأما رواية يزيد بن عبد الرحمن فهي أحسن شيء، لأنه صدوق، ولذلك قال البيهقي كما في السنن الكبرى ١٢٧/٩: وحديث أبي خالد الدالاني عن الحكم أولى أن يكون محفوظاً لكثرة شواهد والله أعلم. وقال الحكم: هذا من آخر إسناده صحيح. ولكن يبقى الانقطاع بين ميمون وعلي.

وأما رواية الإمام أحمد عن عبد الوهاب، عن سعيد، عن رجل، عن الحكم، فإن فيها رجل منهم فلا يخرج هذه الرواية، ولذلك قال البيهقي في معرفة السنن ٩٧/٧: ... من الرجل الذي رواه عنه.

وأما رواية محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، فإن محمداً سيء الحفظ، وقد خالف الثقات فلا يلتفت إلى روايته. وأما الاختلاف فيه على الحكم هل هو عنه عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه أم هو عنه عن ميمون عن علي رضي الله عنه، فهذا اختلفت وجهة نظر الحفاظ فيتمسح بالدارقطني في علله كلا الطرفين رجح الإمام أبو حاتم طريق الحكم عن ميمون.

قال الدارقطني في علله ١٢٧١/٣ ولا يمتنع أن يكون الحكم سمعه منهما جميعاً، فرواه مرة عن هذا، ومرة عن هذا، والله أعلم. وقال أبي أبي حاتم في علله ٣٨٦/١: سألت أبي عن حديث رواه سليمان بن عبيد الرقي، عن عبد الله بن عمرو، عن زيد بن أبي أنيسة، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي فذكر الحكم. قال أبي: إنما هم الحكم عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي، عن النبي ﷺ.

(١) مسند أحمد (٣٦٩٠) وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٧١٩٢)، وابن ماجه (٢٢٤٨) من طريق وكيع، به.

وأخرجه عبد الرزاق (١٥٣١٥) عن سليمان الثوري، به. وأخرجه الطيالسي (٢٩٨)، ومن طريقه البيهقي في السنن

(٩١٢٨) عن أبي عوانة، وشيبان، وقيس، وعبد الرزاق (١٥٣١٥) عن معمر، أربعهم عن جابر، به.

وأخرجه الطيالسي (٢٨٨) ومن طريقه البيهقي في السنن (٩١٢٨) عن شيكان، عن جابر، عن عبد الرحمن بن

الأمود، عن أبيه، عن عبد الله.

بل قد جاء ما يمنع التفريق في البهائم:

(٢١٢) روى أبو داود من طريق أبي إسحاق الشيباني عن الحسن بن سعد، عن عبد الرحمن بن عبد الله، عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: كنا مع رسول الله ﷺ في سفر، فانطلق لحاجته، فرأينا حمرة معها فرخان، فأخذنا فرخيها، فجاءت الحمرة فجعلت تفرش، فجاء النبي ﷺ فقال: "من فجع هذه بولدها؟" ردوا ولدها إليها ورأى قرية غل قد حرقناها فقال: «من حرق هذه؟» قلنا: نحن، قال: "إله لا ينبغي أن يعذب بالنار إلا رب النار" (١).

(٢١٣) وما رواه أبو داود من طريق محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق قال: حدثني رجل من أهل الشام، يقال له: أبو منظور، عن عمه قال: حدثني عمي، عن عامر الرام أخى الخضر - قال أبو داود: قال النخيلي: هو الخضر، ولكن كذا قال -: ... فبينما نحن عنده إذ أقبل رجل عليه كساء، وفي يده شيء قد التفت عليه، فقال: يا رسول الله، إني لما رأيتك أقبلت إليك فمررت بغضة شجر، فسمعت فيها أصوات فرائح طائر، فأخذت فوضعتن في كسائي، فجاءت أمهت فاستدارت على رأسي، فكشفت لها عنهن فوقعت عليهن معهن فلففتن بكسائي، فهن أولاء

الحكم على الحديث: إسناده ضعيف (لطيف جابر الجمعي، وعبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود لم يسمع من أبيه إلا اليسير، وله شاهد من حديث علي بن رقم (٢١٠))

(١) سنن أبي داود (٢٦٧٥، ٥٢٦٨)، وأخرجه الطبراني في الكبير (١٠٣٧٦)، والحاكم (٢٢٣٩) من طريق أبي إسحاق الشيباني، والطبراني في الكبير (١٠٣٧٥) من طريق أبي خالد الداراني، كلاهما (أبو إسحاق، وأبو خالد) عن الحسن بن سعد، عن عبد الرحمن بن عبد الله، عن أبيه عبد الله. الحديث صحيح الحاكم ووافقه الشيخ، وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه إلا شيئا يسيرا. وأخرجه أحمد (٣٨٣٥) من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، به، وهو ضعيف لإرساله.

وأخرجه موصولاً في البخاري في الأدب المفرد (٣٨٢) من طريق طلق بن الغنم، والبيهقي في الدلائل ٣٢/٦ من طريق أبي داود، طلق وأبو داود كلاهما عن المسعودي عن الحسن بن سعد، عن الرحمن، عن ابن مسعود.

معي، قال: «ضعهن عنك» فوضعتهن، وأبنت أمهن إلا لزومهن، فقال رسول الله ﷺ لأصحابه: «أتعجبون لرحم أم الأفرخ فرائخها؟» قالوا: نعم، يا رسول الله ﷺ قال: «فوالذي بعثني بالحق، لله أرحم بعباده من أم الأفرخ بفرائخها، أرجع بمن حتى تضعهن من حيث أخذن وأمن معهن» فرجع هن^(١).

ويمكن الاستدلال على المنع في البهائم -أيضاً- بعموم لفظ: «بين والدة وولدها». وجه الدلالة: أن الأدلة عَالِيهَا عام، فيشمل جميع صور التفريق، ومن ذلك الوصية أدلة القول الثاني: (عدم الإلحاق)

أن الوصية تكون بعد الموت، فلعل السبب يزول قبل الموت وذلك ببلوغ الصغير^(٢). ونوقش: بأن هذا أمر محتمل موهوم، فلا يترك الأصل في التحريم من أجله^(٣).
الترجيح:

الراجح - والله أعلم - عدم جواز الوصية إذا كان يترتب عليها تفريق بين الأم وبين ولدها؛ لقوة دليل هذا القول، وضعف دليل القول الثاني بمناقشته.

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٨٩)، ولكنه ضعيف فيه مجهول.

(٢) شرح العلي مع حاشية القليوبي ١٨٥/٢، معني الاحتاج ٣٨/٢.

(٣) فتح القدير، مرجع سابق، ٤٧٩/٦.



المبحث الخامس

الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث

وفيه مطالب:

المطلب الأول: حكم الوصية بأزيد من الثلث:

اتفق العلماء على عدم جواز الوصية بأزيد من الثلث.

قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الوصايا مقصورة على ثلث مال العبد"^(١).

وقال ابن حزم: "واتفقوا أن من لم يكن له قريب غير وارث، ولا أبوان لا يرثان، أنه يوصي لمن أحب بالثلث، أو بما يجوز له من الثلث، أنه يصح من ذلك ما يجوز من الثلث، ويبطل الزائد"^(٢).

وقال ابن هبيرة: "وأجمعوا على أن الوصية بالثلث لغير الثلث جائزة، وأنها لا تقتصر إلى إجازة الورثة.

وأجمعوا على أن ما زاد على الثلث إذا أوصى به من ترك بنين، أو عصبه أنه لا ينفذ إلا الثلث، وأن الباقي موقوف على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ وإن أبطلوه لم ينفذ"^(٣).

والأدلة على هذا:

حديث سعد، وحديث عمران، وحديث أبي الدرداء رضي الله عنه^(٤).

المطلب الثاني: حكم الوصية بأزيد من الثلث بعد وقوعها:

للعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال^(٥):

القول الأول: أنها صحيحة:

موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، وإن ردوها ردت، وإن اختلفوا قردوها

(١) الإجماع، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) مراتب الإجماع، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٣) الإقصاص، مرجع سابق، ٧٠/٢.

(٤) سبق تحريرها.

(٥) راجع الزهوي ٢٤١/٨ وما بعدها.

بعض وأجازها بعض آخر، فإن من أجازها تلزمه الزيادة بقدر نصيبه، ومن ردها لا يلزمه من الزيادة شيء.

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

القول الثاني: أنها وصية باطلة ولا تجوز بإجازة الورثة، إلا أن يعطوه من مالهم.

وهو رأي المذنب من الشافعية.

وابن الماجشون من المالكية.

وقول الظاهرية^(٢).

القول الثالث: أنها باطلة، إلا أن يجيزها الورثة، فتصح وتلزم:

وبه قال المالكية^(٣).

وسبب الخلاف أمران:

السبب الأول: اختلاف الأصوليين في دلالة النهي على الفساد وعدمه.

فمن رآه يدل على الفساد مطلقاً قال: يبطلها؛ لأنه يُنْهَى نهي عنها، والنهي للفساد.

ومن رآه لا يدل على الفساد مطلقاً، أو لا يدل عليه إذا كان لأمر خارجي قال:

بصحتها، ووقفها على إجازة الورثة؛ لأن النهي هنا لحق الورثة.

السبب الثاني: وهو اختلافهم في حكمة منع الوصية بأكثر من الثلث؛ فمن قال:

المنع تعبدى قال: لا تصح، ومن رآه معقول للمعنى وهو حق الورثة قال: بصحتها، ووقفها

على إجازة الورثة^(٤).

(١) بكلمة فتح القدير ٥٢٢/١، القوانين الفقهية ص ٤٠٦، فتح العليل مالك ٣٢٢/١، للمذهب ٥٨٩/١، كفاية

الأخير ٦٠/٢، مطالب أولي النهى ٤٤٨/٤، نيل المآرب ٢٤٦/٣.

(٢) الكافي لابن عبد الوهاب ١٠٢٤/٢، مواهب الحليل ٤٩٦/٦، معي المحتاج ٤٧/٤.

(٣) مصادر السابقة للمالكية.

(٤) ينظر: الوصايا والتبذيل، مصدر سابق، ص ٣٤٢.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: "إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس" ^(١) الحديث.

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة على الثلث من أجل الورثة لقوله ﷺ: "إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس".
و-أيضاً:- فإن كلمة "إن" نص ظاهر في التعليل.

كما أنه ظاهر في أن المقصود بالورثة الورثة الخاصة غير بيت المال، ألا ترى إلى قول سعد رضي الله عنه: "لا يرثني إلا ابنة لي"، وإلى قوله ﷺ: "ورثتك" بالإضافة للمخاطب، وإلى قوله: "يتكففون الناس"، فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث؛ لأن بيت المال لا يتكفف.

٢. قول ابن مسعود رضي الله عنه لبعض أهل الكوفة: "إنكم من أخرى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عسيّة ولا رحماً، فلا يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين" ^(٢).

وجه الدلالة: أن ابن مسعود رضي الله عنه يرى المنع لحق الوارث، فإذا لم يكن له وارث كان له الحق في أن يوصي ولو بماله كله في وجوه البر والخير.

٣. أن حق الورثة تعلق بماله؛ لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال، إلا أن الشرع لم يظهر في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك قصيره ^(٣).

٤. ما تقدم من الأدلة على منع الوصية لو ارث.

(١) سبق تخريجه برقم ٣

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٨٧).

(٣) البحر الرائق، مرجع سابق، ٤/٤٠٤.

أدلة القول الثاني:

امتدل هذا الرأي بما يلي:

١. حديث عمران ابن حصين رضي الله عنه «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً»^(١).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يجز تبرعه بما زاد على الثلث، ولم ينقل أنه راجع الورثة، فدل على منعه مطلقاً^(٢)، والوصية تبرع فتقاس على العتق، ويمكن مناقشته: بأنه يحتمل أنه لم يكن له وارث، فردّه النبي ﷺ نظراً لبيت مال المسلمين، أو أن الوارث لا يميز ذلك ولا يرضاه، وهذا في الغالب.

٢. حديث سعد رضي الله عنه، وقول النبي ﷺ: «الثلث، والثلث كثير»^(٣).

ونوقش: بأن حديث سعد رضي الله عنه لا يقتضي بطلان الوصية؛ لأنه ﷺ بين علة النهي، وهو أن المنع لحق الورثة حتى يستعينوا بما يتركه من مال عن سؤال الناس، وهذا استدعي عدم جواز التصرف في هذا الحق ما دام صاحبه متمسكاً به، أما إذا تنازل عنه وطابت به نفسه، فلا مانع من إنفاذه؛ لأنه أسقط حقه بنفسه.

٣. ما رواه أبو الدرداء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم»^(٤).

وجه الدلالة: قوله ﷺ: «بثلاث أموالكم» يدل على أنه لا حق لنا في الزائد عليه.

ونوقش: بعدم ثبوت الحديث،

(١) تقدم تخريجه برقم (١٢).

(٢) فتح الباري، مرجع سابق، ٣٧٣/٥.

(٣) سبق تخريجه برقم (٣).

(٤) سبق تخريجه برقم (٤).

٤. ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "لو أن الناس غصوا من الثلث إلى الربع، فإن الرسول ﷺ قال: الثلث، والثلث كثير" ^(١)، فكيف بالزيادة ونوقش: بما نوقش به حديث سعد السابق ﷺ.

٥. أن المنع من الوصية للوارث أمر تعبدنا الله به على لسان رسوله ﷺ، وليس للورثة أن يجزوا ما أبطله الله ورسوله ﷺ.

ونوقش: بأنه غير مسلم؛ فلا يسلم من أن المنع من الوصية للوارث أمر تعبدية؛ إذ إن أحكام المعاملات شرعها الله لمصالح ومقاصد تعود بالخير والنفع على العباد. وأن النبي ﷺ لم يأذن له في التبرع بأكثر من الثلث لأجل الورثة. الترجيح:

والراجع في نظري هو القول الأول؛ وذلك لأن المنع من الزيادة عن الثلث لأجنبي إنما هو لأجل حق الورثة، فإذا رضي الورثة بذلك فقد رضوا بإسقاط حقهم؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن هذا هو فهم السلف، كما تقدم عن ابن مسعود رضي الله عنه، ولما روى ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: "إذا مات الشخص وليس عليه عقد ولا حد ولا عصبية يرثونه، فإنه يوصي بماله كله حيث شاء"، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: الوصية بجميع المال لمن لا وارث له:

اختلف العلماء رضي الله عنهم في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: تصح وصية من لا وارث له بزيادة على الثلث، بل بجميع ماله؛ وهو قول الحنفية، وقول للإمام مالك ^(١).
وقول للشافعية، ومذهب الحنابلة، والحسن البصري، وابن سيرين.
وبه قال أبو عبيدة، ومسروق ^(٢)، وإسحاق ^(٣).

(١) سبق تخريجه برقم (٣).

(٢) البحر الرائق ٤٠٣/٨، الفتاوى الهندية ٩٠/٦، الجامع الأحكام القرآن للقرطبي ٢٦١/٢.

(٣) المغني، مصدر سابق، ٥١٦/٨.

(٤) انظر النفع مع حاشيته، مرجع سابق، ٣٥٨/٢.

القول الثاني: لا تصح وصيته فيما زاد على الثلث:

وهو قول ثان للإمام مالك^(١) وهو المذهب.

وقول الشافعي^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد.

وقال به الظاهرية.

وهو قول الأوزاعي، وابن شبرمة، والعنبري^(٣).

وليس للإمام أن يميزه؛ لأنه مال للمسلمين، وهو قول زيد بن ثابت، وقيد بعض

المالكية الخلاف بما إذا كان للمسلمين بيت مال، وكانت الوصية بما زاد على الثلث لأغنياء، أو جهة لا يصرفه الإمام فيها.

أما إذا كانت الوصية للمفقراء، أو جهة من الجهات التي يصرفه فيها الإمام، فإن الوصية بجميع المال تنفذ، ولا تعترض، كما أنه إذا لم يكن بيت مال منتظم فإن الوصية تنفذ للموصى له، وقيل: يعطى للموصى له الثلث والباقي للمفقراء^(٤).

كما أجاز المالكية لمن لا وارث له أن يحتال على بيت المال لإخراج ماله في طاعة الله بأن يشهد في صحته بحقوق في ذمته من زكوات وكفارات تستغرق ماله، فإذا مات وجب تنفيذها ولو أتت على جميع التركة^(٥).

القول الثالث: أنها صحيحة في الجميع:

وموقوفة على إجازة الإمام إن أحازها جازت، وإن ردها لزم في الثلث بناء على أن

للإمام حق الإجازة.

(١) انظر: الملتقى ١/١٥٦، الجامع لأحكام القرآن ٢/٢٦١، حاشية الدمشقي ٤/٣٨٠، النجاشي والإكليل مع مواهب الجليل ٦/٤١٤.

(٢) المذهب، مرجع سابق، ١/٤٥٧.

(٣) الملتقى مع حاشيته لنفسه.

(٤) الذخيرة، مرجع سابق، ٧/٣٢-٣٥.

(٥) الدمشقي، مرجع سابق، ٤/٤٨٨.

وهو قول يروى عن أشهب من المالكية، وأنكره أصحابه^(١).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

استدل هذا الرأي بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيِّي تَوْصِيَّتِي لَا يَمُوتُ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٢).

وجه الدلالة: أن الله ﷻ ذكر الوصية هنا مطلقة، فجاءت السنة فقيدها بالثالث لمن له وارث، فيبقى من لا وارث له على الإطلاق.

ونوقش: بأن التقيد بالثالث مطلقاً لمن له وارث، ومن لا وارث له.

٢. حديث سعد رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: "إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ"^(٣).

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة على الثالث من أجل الورثة؛ لقوله ﷺ: "إِنَّكَ إِنْ تَذَرِ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ".

و-أيضاً:- فإن كلمة "إِنْ" نص ظاهر في التعليل، كما أنه ظاهر في أن المقصود بالورثة الورثة الخاصة غير بيت المال ألا ترى إلى قول سعد: "لَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَةُ لِي"، وإلى قوله ﷺ: "وَرِثَتَكَ" بالإضافة للمخاطب وإلى قوله: "يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ"، فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث؛ لأن بيت المال لا يتكفف.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن قوله: "إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ..." جملة مبتدأ قائمة بنفسها لا تعلق

لها بما قبلها، وأنه ينبغي للشخص أن يراعي حال ورثته عند الوصية.

(١) المعيار: مصدر سابق ٥/ ٥٣٣.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) سبق ترجمته رقم (٣).

الموجه الثاني: أنه لو سلم أن العلة ما ذكر لجار أن يوصي بأكثر من الثلث عند غنى الورثة، وأنهم لا يقولون بذلك.

٣. أنه وارد عن علي عليه السلام^(١).

٤. قول ابن مسعود عليه السلام أنه قال لبعض أهل الكوفة: "إنكم من أخرى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبة ولا رحماً، فلا يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين"^(٢).

وجه الدلالة: أن ابن مسعود عليه السلام يرى المنع لحق الوارث، فإذا لم يكن له وارث وكان له الحق في أن يوصي ولو بماله كله في وجوه البر والخير.

٥. أنه وارد عن ابن عباس عليه السلام^(٣).

٦. أنه لا حق لأحد فيه فلصاحبه أن يضعه حيث شاء، وإذا كان للإمام أن يضعه بعد موته حيث شاء، فكذلك لصاحبه من باب أولى.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق بأن الإمام قد أذن له في التصرف، وأما الميت فلم يأذن الله له إلا في الثلث فأقل.

٧. ولأن بيت المال لا يسمى وارثاً لغةً، ولا اصطلاحاً.

دليل القول الثاني:

١. حديث عمران ابن حصين عليه السلام «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيره، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم أثلاثاً، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً»^(٤).

(١) لم ألق عليه في كتب الآثار.

(٢) سبق ترجمته رقم (١٨٧).

(٣) لم ألق عليه في كتب الآثار.

(٤) تقدم ترجمته رقم (١٢).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يجر تبرعه بما زاد على الثلث ولم ينقل أنه راجع الورثة، فدل على منعه مطلقاً^(١)، والوصية تبرع فتفاس على العتق.

ويمكن مناقشته: بأنه يحتمل أنه لم يكن له وارت فردة النبي ﷺ نظراً لبيت مال المسلمين، أو أن الوارث لا يجر ذلك ولا يرصاه، وهذا في الغالب.

٢. حديث سعد رضي الله عنه، وفيه قول النبي ﷺ: "الثلث، والثلث كثير"^(٢).

ونوقش: بأن حديث سعد رضي الله عنه لا يقتضي بطلان الوصية؛ لأنه ﷺ بين علة النهي، وهو أن المنع لحق الورثة حتى يستعينوا بما يتركه من مال عن سؤال الناس، وهذا يستدعي عدم جواز التصرف في هذا الحق ما دام صاحبه متمسكاً به، أما إذا تنازل عنه وطابت به نفسه، فلا مانع من إنفاذه؛ لأنه أسقط حقه بنفسه.

٣. حديث أبي الدرداء رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم"^(٣).

وجه الدلالة: قوله ﷺ "بثلاث أموالكم" يدل على أنه لا حق لنا في الزائد عليه، ونوقش: بأنه لا يثبت.

٤. ما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لو أن الناس غصوا من الثلث إلى الربع، فإن الرسول ﷺ قال: "الثلث، والثلث كثير"^(٤) فكيف بالزيادة.

ونوقش: بما نوقش به حديث سعد السابق.

(٢١٤) ٥. ما رواه أبو داود من طريق إسماعيل بن عباس، عن يزيد بن حجر، عن صالح بن يحيى بن المقدم، عن أبيه، عن جده قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول:

(١) فتح الباري، مرجع سابق، ٥/٣٧٣.

(٢) سبق تخريجه برقم (٣).

(٣) سبق تخريجه برقم (٤).

(٤) سبق تخريجه برقم (٣).

«أنا وارث من لا وارث له، أفك عانيه، وأرث ماله، وأختال وارث من لا وارث له، بفك عانيه ويرث ماله»^(١).

٦. أن الأصل في الوصية المنع؛ لأنها تصرف بعد الموت، خولف ذلك في الثلث بدليل دل على الجواز، فيبقى الزائد على الثلث ممنوعاً على الأصل، حتى يدل الدليل على الجواز، عملاً بقاعدة الاستصحاب وبقاء ما كان على ما كان^(٢).

٧. أن له من يعقل عنه، وهو بيت مال المسلمين، فلم تنفذ وصيته بأكثر من الثلث كمن له وارث^(٣).

والقائم على بيت المال لا يملك الإجازة؛ لأن نظره لبيت المال نظراً مصلحة، وإجازة هذه الوصية إضرار ببيت المال.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القول بكون بيت المال وارث غير مسلم، فإنه حافظ لأموال المسلمين لتكون تحت تصرف الإمام يضعها حيث شاء في مصالحهم.

(١) سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب في أرزاق الذرية (٢٨٩٩)، وأخرجه سعيد بن منصور (١٧٢)، وابن أبي شيبة (٢٦٤/١١)، وأحمد (١٣١/٤)، والنسائي في الكبرى كما في التحفة (٥١٠/٨)، وابن ماجه (٢٧٣٨) في الفرائض / باب ذوي الأرحام، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١٥/٤)، والبيهقي (٢١٤/٦) من طرق عن شعبة، به.

وأخرجه أحمد (١٣٣/٤)، وأبو داود (٢٩٠٠)، وابن ماجه (٢٦٣٤) في الديات، باب الدية عن العاقلة، فإن لم يكن عاقلة، ففي بيت المال، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٨/٤)، وفي شرح مشكل الآثار (١٥/٤)، والدارقطني (٨٥/٤ - ٨٦ و ٨٦)، وابن الخوارزمي (٩٦٥)، والحاكم (٣٤٤/٤)، والبيهقي (٢١٤/٦)، واليعقوبي (٢٢٢٩) من طرق عن حماد ابن زيد، عن بديل بن مبرقة، به. وصححه الحاكم على شرط الشيخين، فتعقبه الذهبي بقوله: قلت؛ علي (يعني ابن أبي خنثة) قال أحمد: له أشياء منكوت.

وأخرجه الطحاوي في شرح المعاني (٣٩٧/٤ - ٣٩٨) عن طريق أبي ولید الطيالسي، عن شعبة، عن زيد العقيلي، عن راشد بن سعد، به.

وأخرجه أبو داود (٢٨٠٩)، ومن طريقه البيهقي (١٩١٤/٦) حدثنا عبد السلام بن عتيق الدمشقي، حدثنا محمد بن المبارك، حدثنا إسماعيل بن عباس، عن يزيد بن جعفر، عن صالح بن يحيى بن المقدم، عن أبيه، عن جده، قلندر. وفي التلخيص (١٣٤٥): "وحكى ابن أبي حاتم عن أبي روعة أنه حديث حسن، وأغلّه البيهقي بالاضطراب، ونقل عن يحيى بن معين أنه كان يقول: ليس فيه حديث قوي".

(٢) الدرر، مرجع سابق، ٣٢/٧ - ٣٣.

(٣) المرجع نفسه، وحاشية السنوني (٣٨٠/٤)، المهلب (٤٥٧/١).

سبب الخلاف:

وسبب الخلاف أمور ثلاثة:

الأول: هل النهي عن الوصية بأكثر من الثلث تعبد محض، أو معقول المعنى؟.

الثاني: هل بيت المال وارث، أو مجرد حائز غير وارث؟.

الثالث: تعارض الأدلة.

الترجيح:

والأول هو الراجح في نظري؛ لأن المنع من الوصية بأكثر من الثلث نظرًا للورثة كما تقدم تقريره، وكما هو فهم السلف، وهذا لا وارث له، فله أن يخص بماله من شاء، والله أعلم.

المطلب الرابع: وقت اعتبار الثلث:

اتفق العلماء على أن المعتبر هو ثلث المال الباقي بعد مؤون التجهيز، وقضاء الديون التي على الميت؛ للإجماع على تقديمها على الوصية، ولأنهما من رأس المال، كما ذلك على ذلك السنة النبوية في قضائه ﷺ بالدين قبل الوصية^(١).

قال ابن حزم: "أول ما يخرج من رأس المال دين الغرماء، فإن فضل منه شيء كفن منه الميت، وإن لم يفضل منه شيء كان كفنه على من حضر من الغرماء أو غيرهم، فإن فضلت فضلة من المال كانت الوصية في الثلث فما دونه لا يتجاوز بها الثلث"^(٢).

اختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المعتبر وقت الموت:

وهو قول الشافعية، وبه قالت الحنابلة.

وقال ابن قدامة: "لا أعلم فيه خلافاً"^(٣).

(١) سبق تخريجه برقم (١٨).

(٢) الظلي، مصدر سابق، ٢٥٢/٩، ٣١٧/٩.

(٣) المغني ١٥٥/٦، نقابة المحتاج ٥٩/٦-٥٤، الفتح ٣٦٩/٥، بدائع الصنائع ٣٦٩/٧.

فيعطى ثلث التركة يوم الموت، أو ربعها إذا كانت الوصية بالثلث أو الربع، وهكذا، ولا ينظر إلى ما كان يملكه يوم الوصية.

وإذا كانت الوصية بمعين كدار، أو أرض، أو سيارة اعتبرت قيمته يوم الموت، فإذا كانت تخرج من الثلث يوم الموت لغدت الوصية، واستحق الموصى له وصيته، ولو صارت قيمته أكثر من الثلث بعد ذلك، كما أنه إذا هلك المال كله بعد الموت، وبقي الموصى به فقط، فإنه يعطى للموصى له، ولا شيء للورثة فيه، فإذا أوصى بدار تساوي يوم الموت ألفاً، وباقي التركة يساوي ألفين، فإن الدار كلها للموصى له؛ لخروجها من الثلث، فإذا ارتفعت قيمتها قصارت تساوي ألفين قبل القسمة، أو هلك بعض التركة، أو هبطت قيمتها، فإن الدار للموصى له؛ لأن المعتر يوم الموت وكانت تساوي الثلث يومه.

كما أنه إذا كانت يوم الموت تساوي ألفين وباقي التركة يساوي ألفاً، فإنه يعطى نصف الدار فقط، فإذا هبطت قيمتها، أو ارتفعت قيمة باقي التركة، قصارت تساوي الثلث لم يكن له إلا تصفها، اعتباراً بوقت الموت^(١).

وحجة هذا القول: أن الوصية تلزم بالموت، فكان للمعتر في الثلث هو وقت الوجوب.

القول الثاني: المعتر يوم الوصية:

فإذا أوصى له بثلث ماله لم يعط إلا ثلث ما كان موجوداً يوم الوصية، ولا شيء له مما تجدد بعدها، كما أنه إذا نقص ماله عما كان له يوم الوصية فإنه لا يكون له إلا ثلث ما بقي بعد النقص، ولو عاد ماله إلى ما كان عليه يوم الوصية.

وهو مذهب الظاهرية، وأحد قولي الشافعية^(٢).

وحجتهم: القياس على من نذر ثلث ماله، فإنه يلزمه ثلث ماله يوم النذر، فكذلك الوصية يلزمه ثلثه يوم الوصية.

(١) المعنى نفسه، ١٥٥/٦.

(٢) غاية المحتاج ١٥٤/٦، الفتح ٣٦٩/٥، المحلى ٢٥٢/٩.

ونوقش الاستدلال: بأن النذر يلزم بالقول، والوصية تلزم بالموت، ولا تلزم بالقول فلا يصح قياسها عليه^(١).

القول الثالث: أن المعتبر يوم التنفيذ لا يوم الوصية ولا يوم الموت:

وهو قول الخنفة، والمعتمد في مذهب مالك^(٢).

فإذا كانت الوصية بجزء شائع، كثلث أو ربع أعطي ثلث المال أو ربعه حسب وصيته يوم تنفيذ الوصية ويوم القسمة زاد المال أو نقص.

وأما إذا كانت الوصية بعدد معين اعتبر خروجها من الثلث يوم التنفيذ -أيضاً-، فإذا كانت الوصية بمائة ألف، والتركة كلها ثلاثمائة ألف يوم الموت، فأصابتها آفة أو هبطت قيمتها فصارت تساوي مائة وخمسين فقط لم يكن للموصى له إلا خمسون فقط؛ لأنه ثلث التركة يوم التنفيذ ولا عبرة بما كانت عليه يوم الموت.

وكذلك إذا أوصى بمعين قيمته يوم الموت خمسون والتركة كلها مائة، ثم حصل فيها غو، فصارت تساوي مائة وخمسين يوم التنفيذ، فإنه يعطى الموصى به بكامله لمن وصى له به؛ لأنه ثلث التركة يوم التنفيذ، وإن كان أكثر من الثلث يوم الموت؛ لأن العبرة بيوم التنفيذ.

وحجته: أنه شريك في التركة بجزء شائع، يجري عليه ما يجري على الورثة، فالزيادة لهم جميعاً، والنقص عليهم جميعاً.

الترجيح:

الراجح -والله أعلم- أن الوقت المعتبر بالثلث هو الموت؛ إذ بالموت تلزم الوصية، وتدخل التركة في ملك الورثة، ولأن الوصية تبرع بالمال بعد الموت، فيكون الموت هو المعتبر.

(١) نهاية المحتاج ٥٤/٦، الفتح ٣٦٩/٥، المحلى ٢٥٢/٩.

(٢) الفتاوى المعاصرة ٤٥٣/٦، المعيار ٤٠٨/٩-٤٠٩، شرح الزرقاني ١٣٩/٨، الشرح الكبير للدردير ٤٢٧/٤.

المبحث السادس

الشروط السادس: اشتراط عدم انشيوخ في الموص به

صورته:

أن يوصي شخص بجزء مشاع من ماله كتنصف أرضه، أو يوصي بتصيبه من مشاع بينه وبين غيره، كتنصف أرضه بينه وبين زيد.

لا خلاف في صحة الوصية بالمشاع إذا خرج من الثلث، فإن لم يخرج من الثلث فلا يخلو من أن يجزئه الورثة فينبغذ في جميعه أو لا يجزئوه فينبغذ فيما خرج من الثلث دون ما لم يخرج منه^(١).

قال في الهداية شرح بداية المبتدي^(٢): "قال من أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث، ولم تجز الورثة فالثلث بينهما".

وقال في الكافي في فقه أهل المدينة^(٣): "ومن أوصى بثلثه كله جاز ونفذ ذلك، ومن أوصى بأكثر من ثلثه لم يجز ما زاد على الثلث إلا أن يجزئه الورثة".

وقال في المهذب^(٤): "وتحوز الوصية بالمشاع والمقسوم؛ لأنه تمليك جزء من ماله، فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع".

وقال في المنهاج^(٥): "ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله، فإن زاد ورد الوارث بطلت في الزائد".

(١) المبسوط ٩٧/٢٨، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٩٣/٥، لمتقى اللباني ١٥٦/٦-١٥٧، الفواكه الدواني

١٩١/٣، المنهاج مع معني المحتاج عليه ٤٦/٣-٤٧، شرح روض الطالب ٣٣/٣-٣٤، الفروع ٦٣٩/٤-١٠٧.

كشف الفتن ٣٨٧/١-٣٨٨، المحلى ٣١٧/٩-٣٢١.

(٢) بداية المبتدي ٣١٦/٤.

(٣) ٣١٩/٢.

(٤) المهذب، مرجع سابق، ٥٩٠/٢.

(٥) مع معني المحتاج، مرجع سابق، ٤٦/٣-٤٧.

وقال في المقنع^(١): "وإن وصى له بجزء من معلوم كثلث أو ربع أخذه من مخرجه قد دفعته إليه وقسمت الباقي على مسألة الورثة، إلا أن يريد على الثلث ولا يجيزوا له فتفرض له الثلث".

ودليل ذلك:

١. عمومات أدلة مشروعية الوصية^(٢).

وهذه تشمل المعين والمشاع..

٢. أنه تمليك جزء من ماله، فجاز في المشاع والمقسوم قياساً على البيع^(٣).

وعلل الماتعون - لعدم صحة الهبة والوقف في المشاع - بصحته هنا: بأن الشيوع لا يمنع صحة الوصية؛ لأن القسمة تنمة القبض، وأصل القبض ليس بشرط في معنى الوصية، فكلها القسمة^(٤).

(١) مع الطبع، مرجع سابق، ٨١/٦.

(٢) ينظر: الباب الأول.

(٣) للمزيد ٨٠/١، الكافي لأن فائدة ٨١/٤.

(٤) الميسوط، مرجع سابق، ٩٧/٢٨.

المبحث السابع

اشتراط كون الموصى به عيماً

(الوصية بالمنافع)

وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف المنفعة:

المنفعة:

خلاف الضرر، قال ابن فارس: "النون، والفاء، والعين: كلمة تدل على خلاف الضرر"^(١).

وفي الاصطلاح:

أعراض مستفادة من الأعيان يمكن استيفائها من تلك الأعيان^(٢) والمنفعة مال عند جمهور أهل العلم خلافاً للحنفية^(٣).

والدليل على مالية المنافع:

قال الله ﷻ: ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ عَلَيْكَ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ ﴾^(٤)، والمهر لا يكون إلا مالاً.

ولأن وقوع عقد الإجارة على المنافع دليل على اعتبارها مالاً متقومًا.

ولأن الغرض الأظهر من جميع الأموال هي المنافع، فمالاً تشتمل على المنفعة لا يسمى مالاً^(٥).

(١) معجم مقاييس اللغة، مرجع سابق، (٤/٤٦٣).

(٢) أحكام التصرف في المنافع (ص ٤١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٨)، شرح الخريشي (٦/١٣٧)، روضة الطالبين (٥/١٣)، كشف القناع (٣/١٥٢).

(٤) من آية ٢٧ من سورة القصص.

(٥) أحكام التصرف في المنافع للحنفية.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية بالمنافع:

اختلف الفقهاء رحمهم الله في جواز الوصية بالمنافع على قولين:

القول الأول: جواز الوصية بالمنافع ومشروعيتها:

وقال بذلك جمهور الفقهاء: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤). واستثنى أبو حنيفة: الوصية يسكنى الدار، وركوب الدابة، وخدمة العبد غير معين كالفقراء والمساكين، فلا تجوز، وأجاز الوصية لهم بغلاتها بناء على الفرق بين الغلة وبين المنفعة. قال الكاساني: "ولا تجوز الوصية بسكنى داره، أو خدمة عبده أو ظهر فرسه للمساكين في قول أبي حنيفة رحمهم الله، ولا بد من أن يكون ذلك لإنسان معلوم. وعندهما رحمهم الله تجوز الوصية بذلك كله للمساكين".

القول الثاني: لا تجوز الوصية بالمنافع:

وقال بذلك الظاهرية.

وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿كَتَبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٦).

(١) انظر: السبوط ١٨١/٢٧، بدائع الصنائع ٣٥٥/٧، الاختيار لتعليل المختار ٧٠/٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤٣١/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٤٥/٤، الحاشي على مختصر حبيب ١٠٨٦/٨، حاشية العدوي بمباحث الحاشي ١٨٦/٨، المنتقى للمياشي ١٦٠/٦.

(٣) انظر: المهذب ٥٩٠/١، مغني المحتاج ٦٤/٣، تحفة المحتاج ٨٣/٦، روضة الطالبين ١١٧/٦.

(٤) انظر: كشف القناع ٣٧٣/٤، المغني ١٨٢/٦.

(٥) انظر: المحلى ٤٤٢/١٠، بداية المجتهد ٤٣١/٢، حيث نقل رأى في عدم جواز الوصية بالمنافع، السبوط ٢٧.

(٦) ١٨١/ بدائع الصنائع ٣٥٥/٧.

(٦) من الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

٢. قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بَهَا﴾^(١).
 ٣. قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهْدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَتَيْنَاكَ دَوَّاعِدَلٍ وَمِنْكُمْ﴾^(٢).
 ٤. عن سعد بن أبي وقاص ﷺ قال: "جاء النبي ﷺ يعودني، وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عقرء، قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: "لا"، قلت: فالشطر؟ قال: "لا"، قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم..."^(٣).
 ٥. عن ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"^(٤).
 ٦. عن أبي أمامة الباهلي ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"^(٥).
- فهذه الأدلة بعمومها تدل على صحة الوصية بالمنافع.
٧. الإجماع؛ قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بغلة يستأنه أو بسكنى داره أو خدمة عبده تكون من الثلث".
 ٨. إنه لما جاز تملك المنافع في عقد الإجارة والإعارة ونحوهما حال الحياة جاز تملكها في عقد الوصية بعد الممات من باب أولى؛ لأنه أوسع العقود ويحتمل ما

(١) من الآية (١١) من سورة النساء.

(٢) من الآية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٣) سبق تخريجه رقم (٣).

(٤) سبق تخريجه رقم (٢).

(٥) سبق تخريجه رقم (١٤).

لا يحتمله سائر العقود من الجهالة والعدم في الموصي به، مما يفسد معه عقد الإجارة والبيع وتحولها من عقود المعاوضات، فإذا صح عقد الوصية في هذا مع ما فيه من الغرر والخطر، كان القول بصحته بالمنافع أولى^(١).

٩. قياس المنافع على الأعيان بجماع صحة تمليك كل بالمعاوضة والإرث، فإذا جاز للموصي أن يوصي بعين من أعيان التركة، فإنه يجوز له أن يوصي بمنفعتها فقط من باب أولى وأحرى؛ لأن الوصية برقبة الدار مثلاً إعطاء للعين والمنفعة، والوصية بالمنفعة إعطاء للمنفعة فقط، فجواز الأولى يستلزم جواز الثانية.

دليل القول الثاني:

استدل القائلون: بعدم جواز الوصية بالمنافع بما يلي:

١. قالوا: إن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث؛ لأن نفاذ الوصية عند الموت، وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة؛ لأن المرقب ملكهم، وملك المنافع تابع لملك الرقبة، فكانت المنافع حادثة على ملكهم، وعلى هذا تكون الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأعيان الموصى بمنفعتها تنتقل إلى الورثة مشغولة بالوصية، كما تنتقل العين المأجرة مشغولة بالإجارة.

أما قولهم: إن الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع؛ لأننا إن سلمنا ملكية الورثة للرقبة بالموت، إلا أن تبعية المنافع للرقبة في الملكية إنما تتم فيها إذا لم يفرّد المالك المنافع بالتصديق لشخص معين، وهنا أفرّد المنافع بالتصديق للموصي له، فتنفك التبعية بذلك^(٣).

٢. إن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة، والإعارة تمليك المنافع بغير عوض، والوصية

(١) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٥٣/٧.

(٢) نفسه.

(٣) المصدر السابق.

بالمنافع كذلك، والعارية تبطل بموت المعير.

فالمتى له أثر بطلان العقد على المنافع بعد صحته، فلأن يمنع من الصحة أولى؛ لأن المنع أسهل من الرفع^(١).

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن قياس الوصية بالمنافع على العارية مردود؛ لأنه قياس مع الفارق؛ لأن العارية وإن شابهت الوصية بالمنافع في كونها تمليكاً^(٢) للمنافع بغير عوض، إلا أن تمليك المنافع في العارية إنما كان مقصوداً للمعير في حال الحياة، مع أن التمليك للمنافع بالوصية مقصود للموصي بعد الممات؛ إذ إن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت كما هو معروف، وبهذا يحصل الفرق بينها^(٣).

٣. إن المنافع معدومة، ولا تصح الوصية بما هو معدوم^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المنافع مما يصح تمليكها بعقد المعاوضة كالإجارة، فمن باب أولى تصح الوصية بما كالأعيان^(٥).

الترجيح:

الراجح هو قول جمهور العلماء القائلين بجواز الوصية بالمنافع؛ لما ذكره من الأدلة الدالة على مشروعية الوصية بالمنافع؛ ولأن المنافع لما جازت المعاوضة عليها بعقد الإجارة، فائتبع بها في عقد الوصية أولى بالجواز، والله تعالى أعلم.

المطلب الثالث: شرط الوصية بالمنافع:

يشترط في المنافع الموصى بها خروجها من ثلث المال، فإن لم تخرج من الثلث أجزئ منها بقدر الثلث إذا لم تجز الورثة.

(١) نسخة، ٣٥٣/٧.

(٢) هذا على القول بأن العارية تمليك للمنافع بعوض، وهو قول الحنفية، ومالكية، وإلا فالراجح أنها إباحة.

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٤) (معنى) مصدر سابق، ١٨٢/٦.

(٥) نسخة.

وذلك لأنها وصية صحيحة، فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث، أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كمنازل الوصايا بالأعيان.

لكن اختلف العلماء في المعتبر خروجه من الثلث:

هل هو العين الموصى بمنفعتها، أو المنفعة فقط؟ على قولين:

القول الأول: أن المعتبر في ذلك قيمة العين الموصى بمنفعتها مطلقاً:

فإذا كانت الوصية بسكنى الدار اعتبرت قيمة الدار،

وهذا قول الحنفية، والمالكية.

وبه قال الحنابلة على الصحيح^(١).

وحجته:

١. أن تملك المنافع دون العين يجعل العين لا قيمة لها في نظر الناس غالباً.

٢. أن تقدير المنافع وحدها متعذر.

القول الثاني: الفرق بين الوصية بمنفعة مؤبدة، أو مجهولة المدة:

فتعتبر قيمة العين الموصى بمنفعتها، وبين الوصية لمدة معلومة، فتعتبر قيمة المنفعة،

وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم بدول منفعتها مدة الوصية، والفرق بين القيمتين هو الموصى به.

فإذا كانت الوصية بسكنى الدار مدة عشر سنين، قومت الدار بمنفعتها غير مشغولة،

ثم تقوم وهي مشغولة بالوصية مدة عشر سنين، فإذا كانت قيمتها بمنفعتها مائة وقيمتها

بدول منفعة مدة الوصية تسعين تكون الوصية بعشرة إذا حملها الثلث، وإن حل نصفها

لزم الوصية بنصف المنفعة.

وحجته: أن الموصى به المنفعة.

وبه قال الشافعية، وبعض الحنابلة^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٣/٣٥٣، العناية ٩/٤١١، الشاح والإكلیل ٦/٣٨٦، منح الخلیل ٩/٥٦٧، روضة الطالبين.

٦/٢٨٧، الأبناء والنظام للسيوطي ٣٢٧، الكافي لابن قدامة ٢/٤٨٣.

(٢) حاشية المحتاج ٦/٨٩، كشاف القناع ٤/٣٧٣.

والأقرب:

القول الأول؛ لقوة دليله.

أما إذا زادت الوصية على الثلث لم تلزم بالاتفاق.

واختلف العلماء في الواجب في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصية تلزم فيما حمله الثلث ويخير المورثة بالزائد:

فإذا أوصى بسكنى داره فلم يحمل الثلث إلا تصفها، كان للموصى له تصف المنفعة،

وإن حمل ثلثها كان له ثلث المنفعة وهكذا.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

وحجته: ما تقدم من الأدلة على اعتبار الثلث.

القول الثاني: أن الوصية إن كانت لمعين كزيد فإن المورثة يخبرون:

إما أن يعطوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له من كل نوع من التركة ثلثه،

وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء، فإن المورثة يخبرون إما أن يعجزوا الوصية، أو يعطوا

الموصى لهم ثلث الميت في العين الموصى بمنفعتها، فإذا كانت الوصية للفقراء يسكنى الدار

فالمورثة بالخيار، إما أن يعطوهم السكنى، وإما أن يعطوهم من الدار ما يساوي ثلث

الميت.

وهذا هو المعتمد عند المالكية^(٢).

وحجته: أنه إن كانت الوصية بالمنفعة لمعين، فإنه يرجى رجوع العين للمورثة إذا هلك

الموصى له بخلاف الوصية لغير معين، فإنه لا يرجى رجوع العين للمورثة، فالوصية بها بمنزلة

الوصية بالعين بنفسها.

(١) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والحنابلة.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

المطلب الرابع: إرث الوصية بالمنفعة:

إذا أوصى شخص لآخر بمنفعة فمات الموصى له:

فتحت ذلك ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بحياة الموصى له:

كسكنى هذه الدار مدة حياة الموصى له، فباتفاق الأئمة الأربعة على أن الموصى له إذا مات فإنها لا تورث عنه^(١).

وحجته: اتباع شرط الموصي حيث قيدها بحياة الموصى له، وقد مات:

المسألة الثانية: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بزمان، أو مؤبدة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة مقيدة بزمان معين، أو مؤبدة، فمات الموصى له قبل نهاية المدة.

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن المنفعة الموصى بها تورث عن الموصى له فيما بقي من المدة.

وهو قول المالكية.

والصحيح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن المنفعة الموصى بها لا تورث فيما بقي من المدة، وتعود العين إلى

ورثة الموصي.

وبه قال الحنفية، وحكي وجها عند الشافعية^(٣).

(١) المسوط ١٨١/٢٧، بدائع الصنائع ٣٥٣/٧، العناية ٤١١/٩، الناج والإكليل ٣٨٦/٦، منح الجليل ٥٦٧/٩، روضة الطالبين ١٨٧/٦، الأشياء والنظائر للسيوطي ٣٢٧، الكافي لابن قدامة ٤٨٣/٢، قواعد ابن رجب ص ٣٠٩، إرث الحقوق ٣٦٧/٢.

(٢) لمصادر السابقة، وشرح الحرشي ١٨٨/٨، الحاوي الكبير ٢١٢/٨، كشف القناع ٣٧٦/٤.

(٣) لمصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والاختيار ٧٠/٥، تكملة البحر الرائق ٥٦٦/٨.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. أن المنفعة الموصى بها حق مالي، ومن مات عن حق مالي فتورثته^(١).
٢. أن الموصى له يملك المنفعة الموصى بها، فتورث عنه كسائر أملاكه^(٢).

أدلة القول الثاني:

١. أن الحق للموصى له بالمنفعة لا يحتمل التورث؛ لأنها لا تبقى وقتين، فلا يتصور أن تكون مملوكة للمورث ثم للمورث فتبطل الوصية بموته^(٣).
ونوقش هذا الاستدلال: بأن المنافع مقدرة الوجود، فتأخذ حكم العين؛ لأنها جعلت موردا للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود، والدليل على ذلك صحة الاستئجار بأجرة مؤجلة، وما ليس بعين فهو دين، والدين بالدين حرام^(٤).
٢. أن الوصية تمليك للمنفعة بغير عوض كالإعارة، فتبطل بموت الموصى له؛ كما تبطل العارية بموت المستعير^(٥).
ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ إذ المستعير ليس مالكا، بل مباح له الانتفاع بخلاف الموصى له فهو مالك.
٣. أن المنفعة بانفرادها لا تحتمل الإرث، وإن كان تملكها بعوض كالإجارة فلائ لا تحتمل الإرث فيما هو تمليك بغير عوض أولى^(٦).
ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، بل للمنفعة في الإجارة تورث؛ إذ هي مال من الأموال.

(١) كشف القناع، مصدر سابق، ٣٧٦/٤.

(٢) أسنى المطالب، ٥٦/٣، للفي، ٤٦٠/٨، قواعد ابن رشد، ص ٣٠٩.

(٣) المسوط، مرجع سابق، ١٨٤/٢٨.

(٤) ترميز الفروع على الأصول، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٥) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٥٣/٧.

(٦) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٥٣/٧.

٤. أن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث للموصى له استحقها ابتداءً من ملك للموصي من غير مرضاته، وذلك لا يجوز^(١).

ونناقش هذا الاستدلال: بأن ملك للموصي قد زال بموته، وانتقل للملك إلى الوارث، وملك للموصى له المنفعة بالقبول فتورث عنه؛ كمنفعة العين للمستأجرة إذا مات المستأجر، ثم إن قصد للموصي بالوصية الأجر، والثواب، وذلك لا يحصل إلا بالانتفاع بما أوصى به مدة الانتفاع.

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القول الثاني، وما ورد عليها من المناقشة.

المسألة الثالثة: أن تكون الوصية بالمنفعة مطلقة غير مؤقتة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مؤقتة، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء القائلون بأن المنفعة المؤبدة تورث هل يحمل الإطلاق على التأيد فتورث تلك المنفعة، أو يحمل على التقييد بحياة الموصى له، فإذا مات لا تورث عنه تلك المنفعة؟

على قولين:

القول الأول: أن الإطلاق في الوصية بالمنفعة يحمل على التأيد:

فتورث للمنفعة عن الموصى له.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية^(٢).

وهو مذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) المطالبة للمعرياني ٦٠٥/٤.

(٢) الفتح والإكلیل بمحمد موهب الجليل ٣٨٥/٦، مغرني ١١٨٨/٨، الشرح الكبير وحاشية للسيوطي ٤٤٤٨/٤، منح الجليل ٥٦٧/٩-٥٦٨، إرث الحقوق ٣٦٧/٢.

(٣) روضة الطالبين ١١٧/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٧، مغني المحتاج ٤٥/٣.

(٤) كشف القناع، مصدر سابق، ٣٧٣، ٣٧٦/٤.

وحجته: أن الأصل في الوصية أن تكون مؤبدة؛ إذ المقصود بها الأجر، والثواب، والشأن فيمن كان هذا قصده أن تستمر وصيته.

ولقاعدة: أن تعقيب الوصية يلحقها بالحس.

القول الثاني: أن الإطلاق في الوصية بالمنفعة يحمل على التقييد بحياة الموصي له: فلا تورث عنه المنفعة.

ذهب إلى ذلك المالكية^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن حمل الإطلاق على التأيد هو الأول؛ لقوة ما علموا به.

المطلب الخامس: أقسام الوصية بالمنافع:

تنقسم الوصية إلى أقسام:

الأول: مؤقتة بوقت محدد كسنة.

الثاني: مؤقتة بحياة الموصي له أو بحياة شخص آخر.

الثالث: مؤبدة، كالوصية بسكنى داره للمسجد أو الفقراء أبداً، وتقدمت قريباً.

الرابع: مطلقاً، وقد اختلف فيها:

فعند الشافعية، والحنابلة: تحمل على التأيد حملاً للفظ على فردة الكامل.

وعند الحنفية، وبعض المالكية: محمولة على حياة الموصي له.

وعند المالكية إن كان الموصي بمنفعته غير عبد، فهي محمولة على حياة الموصي له.

وإن كانت بمنفعة الرقيق فقولان:

ابن القاسم يحملها على حياة الموصي له، وأشهب يحملها على حياة الموصي به^(٢).

(١) حاشية ابن تيمية على شرح الزرقاني، مرجع سابق، ١٩٧/٨.

(٢) المصادر السابقة.

المطلب السادس: ملكية الموصى له بالمنافع:

إذا نص الموصي على أن الموصى له ينتفع فقط، فحيث تكون الوصية بالمنافع قائمة على الإباحة فقط، فله أن ينتفع بنفسه أو بوكيله، وليس له أن يتصرف في هذه المنافع. لكن إذا وردت الوصية مطلقة غير مقيدة من قبل الموصي.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في ملكية الموصى له لهذه المنافع الموصى بها:

هل هو مالك لهذه المنافع، أم هي مباحة له فقط؟

على قولين:

القول الأول: أن هذه المنافع الموصى بها مملوكة للموصى له:

وهو قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: أن هذه المنافع الموصى بها مباحة فقط، وليست مملوكة للموصى له: وبه قال الحنفية^(٤).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١. أن الوصية تلزم بالقبول بخلاف العارية، فدل ذلك على أن المنفعة في باب الوصية تمليك، وليست إباحة.

٢. أن المنافع الموصى بها تقبل التوارث وتنتقل بعد موت الموصى له إلى ورثته، فدل ذلك على أنه مالك لتلك المنافع^(٥).

(١) انظر: المتقى للماجي ١٦٠/٦.

(٢) انظر: معني المحتاج ٦٤٤/٣، غاية المحتاج ٨٣/٦.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١٨٣/٦، القواعد لابن رجب ص ٢١٠.

(٤) بدائع الصنائع ٤٩٦١/١٠، الاختيار لتعليق المختار ٧٠/٥.

(٥) معني المحتاج ٦٤٤/٣، غاية المحتاج ٨٣/٦.

دليل القول الثاني:

استدل لهذا القول بما يلي:

أن الموصى له مملك المنافع بغير عوض، فكانت قائمة على الإباحة فقط^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن المنافع المستحقة للموصى له مملوكة وليست قائمة على الإباحة؛ لما ذكره من الدليل الدال على أن هذه المنافع مملوكة للموصى له؛ ولأن الفقهاء متفقون على أنه لو أوصى شخص لآخر بعين من الأعيان أن الموصى له يملك هذه الأعيان، فكذلك إذا أوصى له بالمنافع، فإنه يملكها كما يملك هذه الأعيان.

المطلب السابع: حكم تصرف الموصى له بمنافع الوصية:

التصرف في منافع الوصية من قبل الموصى له بتلك المنافع يرجع إلى ما قيده به

الموصى، وعلى هذا لا يخلو الأمر من أحوال:

المسألة الأولى: إذا أوصى بالاستعمال والاستغلال:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره مثلاً، وجعل للموصى له الاستعمال

والاستغلال على حد سواء.

ففي هذه الحالة يملك الموصى له التصرف في هذه المنافع بجميع وجوه التصرف الممكنة

في المنافع، فينتفع بها كيف يشاء، وعلى أي وجه أراد.

فقي الدار مثلاً الموصى له بمنافعها على ذلك الوجه له أن يسكنها بنفسه ويؤجرها

لغيره، ويأخذ أجرها، وله أن يعيها، ويوصي بمنافعها ولا يتقيد بهذا التصرف بالمنافع إلا

بشرط واحد، وهو أن لا يترتب على هذا التصرف ضرر بالعين الموصى بمنافعها^(٢).

(١) الاجتياز لتعليل المختار، مرجع سابق، ٢٠/٥.

(٢) انظر: أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ٤٠.

وذلك لأنه ملك هذا الحق في التصرف من قبل الموصي الذي أعطاه هذا الحق في التصرف؛ لأن الحق له، فما دام أنه نص على نقل هذا الحق لغيره كان له ذلك، والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا أوصى بالاستغلال فقط:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر باستغلال منافع داره مثلاً: أي أوصى له بالغلة. ففي هذه الحالة ذهب أكثر الحنفية إلى منع الموصى له من السكنى، وقالوا لأنه لم يملك بذلك إلا الغلة، وهذا هو الصحيح عندهم.

وعند أكثر أهل العلم: أنه يملك في هذه الحال الأمرين، فإن شاء استغل وإن شاء سكن^(١). وهذا هو الراجح.

والدليل على ذلك ما يلي:

١. أن الموصى له إذا ملك أن يملك غيره هذه المنافع بواسطة الإجارة وجب أن يكون مالكاً لها.

٢. أنه إذا جاز أن ينتفع غيره لأجله فالأولى أن ينتفع بنفسه^(٢)، وبالتالي يجوز له في هذه الحالة الاستعمال والاستغلال.

المسألة الثالثة: إذا أوصى بالاستعمال فقط:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره أو خدمة عبده، ونحو ذلك، ففي هذه الحالة هل يجوز له أن يتصرف بالمنافع بالاستغلال، وذلك بأن يجر مثلاً، أم لا يجوز له ذلك؟

اختلف الفقهاء رحمهم الله في هذا التصرف من الموصى له على قولين:

القول الأول: يجوز للموصى له بسكنى الدار، مثلاً أن يتصرف في هذه المنافع بالاستغلال:

وقال بذلك المالكية، والشافعية، والحنابلة:

(١) انظر: بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣/٢٧٢.

(٢) انظر: أحكام المعاملات على الخفيف ص ٤٩-٥٢.

قال الباجي من المالكية ما نصه: "... فمن أوصى بخدمة عبد، أو سكنى دار جاز له أن يكرى ذلك، إلا أن يعلم أن الموصي أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لأبي حنيفة. والدليل على ما نقوله: "إن هذه منافع فصح بدؤها، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر..."^(١).

وجاء في نهاية المحتاج ما نصه: "ويملك الموصي له بالمنفعة ...، إن قامت قرينة على أن المراد بها مطلق المنفعة أو اطراد العرف بذلك ...، فليست إباحة، ولا عارية للزومها بالقبول، ومن ثم جاز له أن يؤجر ويعير ويوصي بها..."^(٢). وقال ابن قدامة: "وإن أراد الموصي له إجارة العبد، أو الدار في المدة التي أوصى بها بنفسها جاز..."^(٣).

ثم قال بعد أن ذكر المخالف في ذلك، وهو أبو حنيفة: "ولنا؛ أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان، كما لو ملكها بالإجارة..."^(٤). وظاهر كلامهم: أنه يجوز له الاستغلال سواء كانت الوصية مقيدة بمدة معينة، أو مؤبدة.

القول الثاني: لا يجوز للموصي له سكنى الدار، أو خدمة العبد أن يستغل تلك المنافع، بل ينتفع بنفسه فقط: وقال بذلك الحنفية.

قال الكاساني: "وليس للموصي له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد، أو الدار من غيره عندنا، وعند الشافعي له ذلك..."^(٥). ثم ذكر الدليل على ذلك بقوله: "ولنا أن الثابت للموصي له بالسكنى والخدمة ملك

(١) للفتي، مصدر سابق، ١٦٠/٦.

(٢) نهاية المحتاج ١٨٣/٦، وانظر: روضة الطالبين ١٨٦/٦، معني المحتاج ٦٥/٣.

(٣) المغني لابن قدامة ١٨٣/٦، القواعد لابن رجب ص ٢١٠.

المصلحة بغير عوض، فلا يحتمل التملك بعوض، كالمملك الثابت للمستعير بالإعارة، حتى لا يملك الإجارة كذا هنا...^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن العارية إباحة انتفاع، والوصية تملك منفعة فافترقا.

وقالوا -أيضاً-: ولأن التملك بعوض أقوى وألزم، والأضعف لا يتناول الأقوى^(٢).

الترجيح:

ما ذهب إليه المالكية، والشافعية، والحنابلة القائلون بجواز تصرف الموصى له بهذه المنافع بالاستقلال؛ وذلك لما يلي:

لأن الحنفية إنما منعوا الموصى له من الاستقلال؛ لكونه ملك هذه المنافع بغير عوض، فيقال: إن الملك لا يختلف سواء نتج عن عوض أو غير عوض، فالأثار المترتبة على ذلك واحدة، فما دام أنه ملك هذه المنافع جاز له أن يتصرف فيها بناء على هذا الملك بغض النظر عن ثبوته بعوض أو غير عوض، والله أعلم.

و-أيضاً-: قد لا يتهيأ للموصى له السكن لكونها في بلد بعيد، أو غير بلده، أو مكان ناء، أو لضيقه، إلى غير ذلك من الأسباب، وفي هذا تضييع للوصية وحرمان للموصى له.

المسألة الرابعة: إذا كانت الوصية مطلقة:

وذلك إذا أطلق الموصي، فلم ينص على استقلال، أو استعمال، بأن قال: أوصيت بمنافع داري.

ففي هذه الحالة ترجع إلى العرف والعادة، فإذا كان العرف والعادة في هذا البلد أنهم يستعملون الاطلاق ويقصدون به الاستعمال فقط أو الأمرين جميعاً عمل بذلك؛ لأن

(١) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧، وانظر: الفتاوى الهندية ١٢٢/٦.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، مرجع سابق، ٧٤٠/٥.

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وإذا لم يكن ثم عرف، ولم يمكن الرجوع إلى الموصي في البيان حملت العبارة على الاستغلال، لأنه أتم منفعة^(١).

والذي يظهر:

أنه إذا أطلق، ولم ينص على استعمال أو استغلال أنه يملك الأمرين جميعاً، ويجوز له التصرف في هذه المنافع بالانتفاع بها والمعاوضة عليها بالإجارة، والله أعلم.

المطلب الثامن: المنفعة المشتركة:

بالنسبة للمنفعة المشتركة بين الموصي لهم في حال تعددهم، أو بينهم وبين الورثة في حالة الوصية ببعض المنفعة، أو منفعة بعض العين، فإن هناك لاستيفائها طرقاً:

الأول: الانتفاع المشترك، أو الاستغلال المشترك بأن يسكنوا الدار جميعاً، أو يحرثوا الأرض كذلك أو يكرهها ويتقاسموا الكراء مثلاً، فإذا كانت الوصية بشمار الأشجار، يقسمون الشمار بعد قطعها أو يبيعونها بعد بدو صلاحها ويتقسمون الثمن وهكذا.

الثاني: اقتسام المنافع على طريق المهايأة المكانية: بأن تقسم العين الموصى بمنفعتها إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر، كأرض يحرث أحدها جزءاً، ويحرث الآخر الجزء الآخر، أو دار يسكن أحدها بيتاً والآخر بيتاً، أو أحدهما الأسفل، والآخر الأعلى.

سواء تساوت الحصص، أو اختلفت، وسواء اتفقا على أن يتبادلا ما بيد كل واحد منهما بعد مدة أم لا، بشرط تحديد مدة الانتفاع، طالبت أو قصرت، فإن لم تحدد مدة الانتفاع لم تجز، للجهل بالمدة.

وقال ابن الحاجب: تصح ولا تلزم، ولكل منهما الرجوع متى شاء، بخلاف ما لو حددت المدة، فإنها تلزم ولا رجوع لأحدها قبل تمام المدة، كالإجارة^(٢).

(١) أحكام المعاملات لعلي الحقيقت، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٢) التوازل الصغرى ٢٧/٤، حاشية النعماني ٣/٤٧٧.

الثالث: المهايأة الزمانية بأن ينتفع أحد الشركاء بالعين مدة، ثم يسلمها للآخر ينتفع بها مدة أخرى، مثل الأولى، أو أقل، أو أكثر ولا يشترط قسمتها بقدر الحصص؛ لأنها معاوضة يجوز فيها التفاضل، وإنما يشترط في ذلك أربعة شروط:

أ- رضاها بالقسمة، فإن أي أحدهما لم يجبر عليها؛ لعموم قوله ﷺ: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَحْكَمَةً عَنِ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١)، والقسمة بيع يشترط فيه من الرضا وغيره.

ب- أن تكون المدة معلومة المقدار، كسنة، أو شهر، وإلا منعت للجهل والغرر.

ج- ألا تزيد المدة في حيوان على شهر، نص عليه المالكية، وإلا منعت لما يلزم في ذلك من كراء معين يتأخر قبضه أكثر من شهر، وهو لا يجوز في الحيوان لسرعة تغيره، بخلاف الدور والأرض المأمونة الري، فإنه يجوز فيهما أن تكون المدة سنين، بحيث يسكن أحدهما الدار سنة، أو عشر سنوات، ثم يسكنها الآخر مثل ذلك أو أقل أو أكثر، ومثل ذلك في الأرض مأمونة الري.

والفرق: أن العقار مأمون بخلاف الحيوان، فإنه يخشى عليه التلف في المدة الطويلة، فيدخله الغرر، ولذلك لا يجوز المهايأة الزمانية في الأرض غير المأمونة الري؛ لاحتمال أن تسقى في مدة أحدهما دون الآخر.

د- أن تكون المنفعة المقسومة متافع محضة، مثل السكنى والركوب، والخدمة، والليس، والاستعمال.

وأما الغلة ففيها تفصيل: فإن كانت ثمار أشجار وبستان، أو كراء غير منضبط، فإنه لا يجوز قسمتها مهايأة مطلقاً، فلا يجوز أن يأخذ الآخر ثمار السنة التي بعدها، أو يأخذ

(١) من آية ٢٩ من سورة النساء.

(٢) النوارل الصغرى ٢٧/٤، حاشية الدمشقي ٣/٤٧٧، الوصايا والفتاوى ص ٤٣٢.

أحدهما مداخليل هذا الشهر، ويأخذ الآخر مداخليل وأكرية الشهر القادم؛ لما في ذلك من الجهل والغرر.

فإذا كانت منضبطة جاز اقتسام الأكرية، بأن يأخذ أحدهما كراء شهر، ويأخذ الآخر كراء الشهر الموالي له، إلا أنه يلاحظ في الأكرية المنضبطة أنه يجب أن يأخذ أحدهما قدر نصيبه، فإن اقتسما على أن يأخذ أحدهما أكثر من نصيبه، كأن يأخذ أحدهما كراء شهر ليأخذ الآخر كراء شهرين بعده لم يجز ذلك؛ لما يلزم على ذلك من سلف جر نفعاً^(١).

المطلب التاسع: بدء الاستفادة من المنفعة الموصى بها:

لا يخلو هذا من أحوال:

الحال الأول: أن تكون الوصية مطلقة، فيبدأ الاستفادة من المنفعة الموصى بها من حين وفاة الموصي؛ لأنه وقت لزوم الوصية إلا أن يعين للموصي وقتاً لبدء الاستفادة.

الحال الثانية: أن تكون الوصية مقيدة بزمن:

فتحت ذلك أمران:

الأمر الأول: أن يكون الزمن معلوماً معين فتختص الوصية بهذا الزمن، فإن مات الموصي بعد انصرام ذلك الزمن بطلت الوصية؛ لتعذر تنفيذها بقوات وقتها، وإن مات بعد مضي وقتها بطلت فيما مضى، وإن مات قبل مجيء ذلك الزمن انتظر حتى يجيء؛ لأنها بمنزلة الواجب الموقت بوقت، فلا يتقدم عليه.

الأمر الثاني: أن يكون الزمن غير معين، كالوصية بمنفعة دأره سنة.

فللعلماء في ذلك ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الوصية تحمل على السنة الأولى، بعد موت الموصي؛ وبه قال المالكية^(٢).

(١) لمصادر السابقة.

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ٨٨/٧.

وحجته: أنه وقت لزوم الوصية، والظاهر من لفظ الموصي وقصده، ولقاعدة تقديم الوصية على الإرث، وللقول بفورية التنفيذ، ودلالة الأمر على الفور.

القول الثاني: إن كانت الوصية بالمنفعة فتحمل على السنة الأولى:

وإن كانت الوصية بالخدمة أو الثمار، فالخيار إلى الوارث في تعيينها.

وبه قال الشافعية^(١).

وحجته:

١. إن كانت الوصية بالمنفعة فتحمل على السنة الأولى؛ لما ذكره المالكية.

٢. ولم أقف على دليل بالنسبة لما ذكره من منفعة الخدمة والثمار..

القول الثالث: أنها تبدأ من وقت القسمة:

وبه قال الحنفية^(٢).

ولعل حجته: أن ملك الموصى به يبدأ من حين القسمة.

وتقدم أن بيان هذه المسألة في مبحث ملكية الموصى به.

والأقرب:

ما ذهب إليه المالكية؛ لما ذكره من التعليل.

المطلب العاشر: بيع المنفعة الموصى بها:

اختلف الفقهاء في حق الموصى له في بيع ماله من المنفعة، وإسقاط حقه مقابل

عوض يأخذه على أقوال:

القول الأول: يجوز بيع المنفعة للوارث وغيره:

وهو قول للشافعية^(٣).

(١) حاشية المحتاج، مرجع سابق، ٨٧/٦.

(٢) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٢٢/٦.

(٣) المصادر السابقة للشافعية.

وحجته: أن المنفعة مال، فجازت المعاوضة عليه.

القول الثاني: يجوز بيع ذلك للورثة دون الأجنبي، سواء كانت الوصية بالسكنى، أو الخدمة، أو الغلة، أو الثمار:

وأجازوا للوارث شراء قدر حصته من الوصية، واختلفوا في شرائه الجميع، فأجازوه بعضهم قياساً على شراء الورثة.

ومنع آخرون؛ لأنه أجنبي في حق شركائه.

وبه قال المالكية.

وقال ابن القاسم^(١): لا يجوز للورثة شراء الثمرة قبل طيها إن كانت الوصية مؤقتة كسنة مثلاً.

وحجته:

١. القياس على العمري، وعلى العرية يجوز بيعها للمعمر، والمعري، وورثتهما، خلافاً لسحنون في منعه ذلك، إلا لضرورة^(٢).

٢. أن شراء الورثة منافع الموصى بمنفعته مقصود به تخليص العين الموصى بمنفعتها، وتحريرها من الوصية، فهو بمنزلة قضاء العبد الحاني، بخلاف شراء الأجنبي، فإن المقصود منه أصالة هو المنفعة، ولا غرض له بالعين، ولذلك يشترط فيه ما يشترط في البيع والشراء، فلا يجوز هنا لما يلزم على ذلك من شراء المعلوم وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، أو قبل وجودها، إذا كانت الوصية بغلة الأشجار، وبيع نتاج الحيوان، ولما في ذلك من الضرر والجهل.

٣. وحجة ابن القاسم: النهي عن شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، ولأنه لا عذر لهم لتمكثهم من بيع الأصول، فلا يرخص لهم في شراء ما لم يبدو صلاحه.

(١) التوازي الصغير ٣٤/٤.

(٢) المصادر السالفة للمالكية، والوضايا والتزليل ص ٤٢٣.

القول الثالث: يجوز بيعها للورثة دون غيرهم، سواء كانت الوصية بالمنفعة، أو الغلة، أو السكنى، أو الخدمة؛
وبه قال الحنفية^(١).

قال الكاساني: "فإن اشترى الموصى له اليستان من الورثة بعد موته حاز الشراء، وبطلت الوصية؛ لأنه ملك العين بالشراء، فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيئاً ثم اشتراه أنه تبطل الإعارة.

وكمن تزوج أمة إنسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا، كذا هذا.
وكذلك لو أعطوه شيئاً على أن يبرأ من الغلة.
وكذلك سكنى الدار، وخدمة العبد إذا صالحوه منه على شيء جاز، وتبطل الوصية؛ لأن له حقاً، وقد أسقط حقه يعوضه فجاز كالخلع، والطلاق على مال"^(٢).
وحجته: القياس على الخلع والطلاق على مال يجامع أن كلا إسقاط حق مقابل مال
فاغتفر فيه العذر.

القول الرابع: أنه لا يجوز بيعها مطلقاً:

وبه قال أبو يوسف.

وهو قول للشافعية^(٣).

وحجته: أنه حق لا يورث، ولأنه حق غير مالي، والبيع من شرطه وروده على مال.
والأقرب:

جواز بيع المنفعة الموصى بها مطلقاً؛ إذ الأصل الحل، إلا إذا ترتب على ذلك محدود شرعي كبيع معدوم تضمن غرراً، كبيع الشمرة قبل بدو صلاحها، والحمل المعدوم.

(١) المصادر السابقة المحفية.

(٢) دائع الصنائع، مصر سابق، ٣٩٣/٧.

(٣) المصادر السابقة المحفية، والشافعية.

المطلب الحادي عشر: نفقة العين الموصى بمنفعتها، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: سقي الشجرة الموصى بثمرتها:

إذا أوصى له بثمره شجرة مدة معينة، أو بما تثمر أبداً، فعلى من يكون سقي الشجرة المثمرة؟

خلاف على قولين:

القول الأول: إذا أوصى له بثمره شجرة مدة معينة، أو بما تثمر أبداً صح ذلك، ولم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها:

فإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه من السقي، فإن تضرر منع؛ وإذا بيعت الشجرة الموصى بثمرتها، كان حطبها للوارث؛ إذ لا حق له في رقيتها.

وبهذا قال: الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

وحجته:

١. حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار"^(٣).
 ٢. أنه لا يجبر على سقي ملكه، ولا سقي ملك غيره^(٤)؛ لأن السقي تنتفع به الثمرة والشجرة، فلا يلزم أحدهما سقي ملك صاحبه^(٥).
- القول الثاني: إذا أثمرت النخلة، أو الشجرة:

فالسقي على صاحب الغلة -الموصى له-؛ لأن منفعة ذلك ترجع إليه^(٦).

(١) المهذب ٤/٦١، التهذيب ٥/٨٤، البيان ٨/٢٠٧، حاشية المحتاج ٦/٥١٦، ٨٧، تكملة المجموع ١٥/٢٩٨.

(٢) المغني ٨/٤٦٠، الشرح الكبير ٦/٥١٧، الإيضاح ٧/٢١٨، ٢٥٢، الروض المربع ١/٢٤٧، كشف القناع ٤/٣٦٨، ٣٧٣، بيل القارب ٢/٤٦.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٩).

(٤) انظر: المغني ٨/٤٦٠، الشرح الكبير ٦/٥١٧.

(٥) انظر: البيان في ملعب الإمام الشافعي ٨/٢٠٧.

(٦) انظر: المبسوط، مرجع سابق، ٣/٢٨.

وإن لم تدرك، أو لم تحمل فالنفقة في سقيها على صاحب الرقبة؛ لأنه يمدد النفقة يعمو ملكه، ولا يتنفع صاحب الغلة بذلك، فليس عليه شيء من هذه النفقة^(١).
فإن حملت عامًا ثم حالت فلم تحمل شيئًا، فالنفقة على الموصى له بالغلة استحسانًا؛
"لأن انعدام حملها عامًا لا تعد منقطعة المنفعة؛ لأن من الأشجار ما لا يحمل كل عام،
ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفقًا ونماء، وكذا الأشجار لا تخرج إلا في بعض فصول
السنة، ولا يعد ذلك انقطاع النفع، بل يعد نفقًا ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له
بالغلة، فكذا هذا"^(٢).

فإن لم ينفق الموصى له بالغلة، وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت، فإنه يستوفي
نفقته من ذلك الحبل، وما يبقى من الحبل، فهو لصاحب الغلة؛ "لأنه فعل ذلك
مضطّرًا لإصلاح ملك نفسه، ودفع الفساد عن ماله، فلم يكن متبرعًا، فله أن يرجع فيما
حملت؛ لأنه إنما حصل هذه الفائدة بسبب نفقته"^(٣).

والقياس: لا يكون على الموصى له نفقتها في العام الذي حالت فيه؛ لأنه لا يتنفع
بها فيه^(٤).

وهذا التفصيل قال: الحنفية^(٥).

الترجيح:

يترجح مما تقدم من القولين السابقين هو: عدم لزوم الموصى له أو الوارث سقي
التخيل، والشجر المثمر.

(١) نفسه.

(٢) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٨٦/٧.

(٣) نفسه.

(٤) نفسه.

(٥) المبسوط ٢٨٠-٢٨١، بدائع الصنائع ٣٨٦/٧.

ووجه الترجيح ما يلي:

أولاً: إنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الإنفاق عليه، فإذا اشتركا لم يجب^(١).

ثانياً: إن الوارث لم يضمن تسليم هذه الثمرة الموصى بها إلى الموصى له، فلا يلزمه سقيه، بخلاف البيع^(٢)، والله أعلم.

المسألة الثانية: نفقة غير الشجر:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وجوب النفقة على الموصى له مطلقاً:

ما دامت العين صالحة للانتفاع، فإن أهمل النفقة، فأنفق الورثة، أو الموصى له بالرقبة خوفاً من ضياع العين، فإنه يرجع بما أنفق في غلة العين الموصى بمنفعتها، فإن كانت العين الموصى بمنفعتها، لا منفعة فيها، فالنفقة تجب على المالك، كما لو أوصى بغلة أشجار صغيرة.

وهو قول الحنفية^(٣).

القول الثاني: أن نفقة الحيوان على مالك العين:

وهو قول للمالكية، وقول الشافعية، وقول للحنابلة^(٤).

وفي قول للمالكية، والحنابلة لزوم النفقة للموصى له.

الأدلة:

دليل من قال بوجوبها على المالك:

(٢١٥) ١. ما رواه مسلم من طريق العجلان مولى فاطمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي

(١) انظر: المذهب ٤/١، التهذيب ٨٤/٥ بتصرف.

(٢) انظر: الإيضاح ٢١٨/٧ بتصرف.

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٥/٧، الفتاوى الهندية ١٣٦/٦.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٦، نهاية المحتاج ٨٦/٦.

ﷺ قال: "للمملوك طعامه، وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق"^(١). فتعليق الحكم بالمشق يؤذن بعلمية ما منه الاشتقاق، إذا كانت النفقة هي الملك، فالملك للموارث أو الموصى له بالرقبة، فتكون النفقة عليهما.

٢. أن جعل النفقة على الموصى له بالنفقة يخرج الوصية من التبرع إلى المعاوضة المجهولة؛ لأن المنفعة تكون في مقابل النفقة وكلاهما مجهول فتكون إجارة مجهول.

٣. القياس على نفقة العبد المستأجر، فإن نفقته عليه، وإن كانت منفعة لغيره.

٤. القاعدة العامة أنه لا يجب على أحد أن ينفق على ملك غيره.

وحجة القول بوجودها على الموصى له:

١. حديث عائشة ؓ أن النبي ﷺ قال: "الخراج بالضمان"^(٢).

والقاعدة أن من له الغنم عليه الغرم.

٢. حديث ابن عباس ؓ: "لا ضرر ولا ضرار"^(٣).

إلا أن هذا مردود بأن المالك قادر على دفع هذا الضرر بإخراج الموصى بمنفعته عن ملكه، كما أن القياس على الزوج قياس معارضة بالقياس على العبد المستأجر، ومخالف لقاعدة أنه لا يجب على أحد أن ينفق مال غيره.

أما الاحتجاج بحديث الخراج بالضمان فغير واضح ولا مسلم؛ لأن معنى الحديث أن العلة لمن عليه الضمان، وأن من يجب عليه ضمان الشيء تكون له غلته وليس معناه أن النفقة تابعة للمنفعة، فلا يصح الاحتجاج به في الموضوع.

٣. القياس على نفقة الزوجة، فإنها على الزوج؛ لانتفاعه بها على الزوجة، وكذا الموصى له ينتفع بالعين الموصى بها.

(١) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب إطعام المملوك (١٦٦٢).

(٢) سبق تخريجه رقم (١٧٣).

(٣) سبق تخريجه رقم ٩.

والأقرب:

في هذه المسألة ما ذكره الحنفية من التفصيل،

فرع:

إذا انتهت المدّة والأشجار مثمرة، فإن الثمار تكون للموصى له، إذا كانت مزهية، وإن كانت لم تؤبر فهي لورثة الموصى.

واختلف في المبرة التي لم تزه، فقبل: للموصى له، وقبل: لورثة الموصى.

والأقرب:

أن الحكم منوط بالتأبير، كما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما:

(٢١٦) فقد روى البخاري ومسلم من طريق نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول

الله ﷺ قال: "من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع"^(١).

أما إذا كانت الوصية بما يلدّه الحيوان، فإن النتاج المولود بعد انتهاء المدّة يكون لورثة الموصى، ولا حق فيه للموصى له؛ لعدم دخوله في الوصية.

المطلب الثاني عشر: في بيع العين الموصى بمنفعتها:

اختلف الفقهاء في بيع العين الموصى بمنفعتها للموصى له أو غيره.

القول الأول: أنه لا يجوز بيعها لغير الموصى له:

لما يلزم على ذلك من بيع معين يتأخر قبضه، إذا كانت الوصية مؤقتة، أو بيع ما لا منفعة فيه إذا كانت مؤبدة وكلاهما لا يجوز.

وهو مذهب مالك^(٢).

واختلفوا في بيعها للموصى له، فقال مالك بالجواز مرة، وبالنهي مرة.

وقال سحنون: لا يجوز ذلك إلا لضرورة.

(١) صحيح البخاري في البيوع، باب من باع نخلاً قد أبرت (٩٠٩)، ومسلم في البيوع، باب من باع نخلاً

(١٥٤٣)

(٢) الدخوة ٧/١٣٠، ١٨٧، الوصايا والتزويل ص ٣٤٦.

القول الثاني: يجوز بيعها للموصى له ولغيره، كانت المدة معلومة أو مجهولة:

واختلفوا إذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لحملها على التأييد عندهم، فقيل: لا يجوز بيعها مطلقاً للموصى له ولغيره، وقيل: يجوز مطلقاً.

والأصح عندهم: جواز بيعها للموصى له دون غيره في هذه الحالة، كما أجازوا بيعها إذا اتفق الموصى له والورثة، أو الموصى له بالرقبة على بيع الرقبة والمنفعة في صفقة واحدة، ويوزع الثمن بينهما بنسبة قيمة الرقبة وقيمة المنفعة. وهو قول الشافعية^(١).

واختلف الحنابلة: على قولين بالجواز مطلقاً، والجواز من المالك دون غيره:

القول الثالث: يجوز بيعها للموصى له وتبطل الوصية:

كما تبطل إذا وافق الموصى له على البيع، ولا شيء له من الثمن ومنعوا بيعها لأجنبي، وبه قال الحنفية^(٢).

وأجاز أبو ثور بيعه، واشترط المنفعة للموصى له. الأدلة:

حجة من منع البيع مطلقاً:

أنه يلزم عليه بيع معين يتأخر قبضه إذا كانت الوصية مؤقتة، ويبيع ما لا منفعة فيه إذا كانت الوصية مؤبدة، وتعلق حق الموصى له بالمنفعة المبيع -أيضاً-

وحجة من أجاز ذلك مطلقاً:

ثبوت ملكية العين للوارث، فيجوز له بيعه كسائر الأملاك.

وحجة الفرق بين بيعه للموصى له وبيعه لغيره:

أن بيعه للموصى له فيه منفعة للموصى له بتملك العين بعد ملكه المنفعة بخلاف بيعه

(١) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ١٨٧/٦.

(٢) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٢٣/٦.

لغيره، فلا منفعة فيه للمشتري، فلا يجوز.

وأما من فرق بين الوصية المؤبدة وبين غيرها فحجته:

أن الوصية المؤقتة تنتهي بانتهاء الوقت، فتعود العين إلى مشتريها بتفريطه، فالمنفعة فيها موجودة، وإن كانت مؤجلة فكان كسواء صغير لا نفع فيه وقت الشراء، ولكنه يؤول إلى النفع.

والأقرب:

أنه يجوز بيع العين الموصى بمنفعتها إذا كانت الوصية مؤقتة، أو كان البيع للموصى له، أو كانت مؤبدة، والبيع لغير الموصى له، وترتب على ذلك غرض صحيح.

المطلب الثالث عشر: هلاك العين الموصى بمنفعتها:

هذا لا يخلو من أحوال:

الحال الأولى:

هلاك العين الموصى بها على وجه لا يمكن استرجاعها.

إذا هلكت العين الموصى بمنفعتها على وجه لا يمكن معه استرجاعها كسيارة احترقت بلا جناية أحد بطلت الوصية.

الحال الثانية:

هلاك العين الموصى بمنفعتها على وجه يمكن استرجاعها كاليوت التي أهدمت،

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: تبطل الوصية:

فإذا أعيد بناؤها بأنقاضها عادت، وإن أعيدت بغير أنقاضها، فاحتمالان:

الأول: بطلانها.

الثاني: عودها بنسبة أنقاضها، فتقسم غلتها بين الموصى له والورثة.

وبه قال الشافعية^(١).

القول الثاني: أنه يقال للموصى له ابن واستغل:

وبه قال الحنفية^(١).

وإن كان المالك باعتداء على العين.

فللعلماء قولان:

القول الأول: يشتري بالقيمة مثل العين وينتفع بها الموصى له كالأولى:

وبه قال جمهور أهل العلم^(٢).

قاله القرافي: "وإن هدمها -أي الأرض الموصى بمنفعتها- أحد غرم ذلك ونبت له،

والوصية على حالها، وكذلك لو قطع نخل الحائط".

وحجته:

١. أن البدل له حكم المبدل.

فكل حق تعلق بعين تعلق ببدلها إذا لم يظل سببه.

٢. أن الأصل بقاء حقه.

القول الثاني: بطلان الوصية، واستحقاق الورثة القيمة:

وهو المعتمد عند المالكية، وقول للحنابلة^(٣).

وحجته:

١. أن القيمة الواجبة في هلاك العين هي بدل عن رقبة العين المعتدى عليها فتكون

للورثة؛ إذ هي ملكهم.

ونوقش: بالتسليم، لكنها بدل، والبدل له حكم المبدل.

٢. القياس على الإجارة، فإنها تبطل بملاك العين المستأجرة.

(١) المصادر السابقة المخرجة.

(٢) المصادر السابقة، الذخيرة ١٢٩/٧، شرح الزركلي ١٩٧/٨، المعنى ٦٢٣/٦ الوصايا والتمثيل من ٣٥٦.

(٣) المصادر السابقة للمالكية، والحنابلة.



ونوقش: بوجود الفرق بين العين الموصى بمنفعتها، والعين المؤجرة، كما تقدم قريباً.

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

الحال الثالثة:

إذا لم تملك العين، وإنما تعطلت، كسيارة خربت، فإن الموصى له يغير بين إصلاحها، والانتفاع بها، أو ردها على الورثة وسقوط حقه في الوصية، قياساً على العبد الجاني يغير سيده في قتاله، أو تسليمه إلى ولي الجنابة.

المطلب الرابع عشر: انتهاء الوصية بالمنفعة:

تنتهي الوصية بالمنفعة بأمور:

الأول: استحقاق العين الموصى بمنفعتها، أو استحقاق المنفعة، كما لو أوصى بسكنى دار تبين أنها ملك لغيره، أو محبسة، أو مؤجرة مدة الوصية، ونحو ذلك؛ لأنها وصية بما لا يملك.

الثاني: هلاك العين الموصى بمنفعتها.

الثالث: وفاة الموصى له، وتقدم هل تورث المنفعة الموصى بها في المطلب الرابع.

الخامس: هلاك الموصى له في الوصية لجهة بر معينة، مثل الوصية بغلة أرضه للمسجد القلائي، أو المدرسة الفلانية، فإذا انهدم المسجد أو المدرسة وأيس من إعادتهما، أو لم يوجد فإن الوصية تبطل، وتعود المنفعة لورثة الموصى، بخلاف الحبس فإنه إذا تعطل مصرفه لا يبطل بذلك ويصرف في مثله.

السادس: تنازل الموصى له عن حقه في المنفعة للورثة، أو بعضهم إذا قبل ذلك منه.

السابع: شراء الموصى له العين الموصى بمنفعتها.

المطلب الخامس عشر: الوصية ببعض منفعة العين، أو منفعة بعض العين:

الوصية بمنفعة بعض العين فقط، أو بعض منفعة العين، كالوصية بمنفعة جميع العين،

موضع خلاف:

القول الأول: بالنسبة للوصية ببعض غلتها يجب وقفها كلها، فإذا أوصى بثلاث غلة أرضه، أو داره، أو بستانه أو نصف ذلك، أو ربعه: لم يكن للورثة حق في قسمة الأرض أو الدار أو البستان، وتوقف هذه الأعيان كلها مدة الوصية؛ لتعلق حق الموصى له بغلة العين كلها، فيجب وقفها، وقسم غلتها، سواء كانت العين تقبل القسمة كالأرض، أو لا تقبلها كالحيوان، والسفن.

وبالنسبة للموصى له بغلة بعضها هناك فرق بين ما يقبل القسمة، وما لا يقبلها. فإن كان لا يقبل القسمة أصلاً كالحيوان، أو لا يقبلها إلا بفساد كالسفينة، فإن العين الموصى بمنفعة بعضها يجب وقفها كلها، وقسم غلتها، فإذا أوصى بغلة ثلث سيارته، أو دابته وقفت هذه الأعيان مدة الوصية ويعطى للموصى له نصيبه في الغلة، ولا يعطونه جزء العين يستغله؛ لتعذر قسمتها بلا ضرر.

واختلف إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر، مثل الوصية بغلة ثلث أرضه أو غلة نصف بستانه، فللورثة أن يقاسموا الموصى له، فيعزلوا له نصف البستان، أو ثلث الأرض بحسب وصيته، تكون له غلته مدة الوصية، سواء أغل أو لم يغل ويتصرف الورثة في الباقي، قياساً على الوصية بثلاثة ملكا، وقيل: ليس لهم مقاسمته وتوقف العين كلها، كالوصية بجزء الغل. وهو قول المالكية^(١).

القول الثاني: أن من أوصى بثلاث غلة بستانه أبداً، ولا مال له غيره، أنه يجوز للورثة أن يقاسموا الموصى له، ثم إذا أغل نصيب الورثة دون نصيب الموصى له، أو العكس فإنه يشاركهم ويشاركونه في الغلة الحاصلة في نصيب بعضهم دون بعض. واختلفوا إذا كانت الوصية بثلاث غلة الدار.

قال أبو حنيفة: "ليس لهم أن يقاسموا خشية تعطل غلتها بالقسم".

(١) المصادر السالفة للمالكية، الوصايا والتبديل ص ٣٤٦

وقال أبو يوسف: "لهم أن يقاسموا، ويعزلوا له الثلث، فإن أغل فهو ماله، وإن لم يغل فليس له شيء" (١).

المطلب السادس عشر: فوات المنفعة الموصى بها، وتحت هذا مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون المانع راجعاً إلى الموصى:

كما لو أجر العين الموصى بمنفعتها في حياته، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: إن كانت الإجارة نسبية، فالأجرة للموصى له بالمنفعة:

وإن كانت بنقد قبضه الموصى في حياته فلا حق للموصى له في الأجرة.

وهو قول المالكية (٢).

وحجته: إن كان نسبية فإن الموصى لم يقبض الإجارة، فتبقى للموصى له.

القول الثاني: أن الوصية تبطل في مدة الإجارة:

وهو قول الشافعية.

وحجته: تعلق حق الموصى بالمنفعة مدة إجارته، فكان ذلك بمنزلة الرجوع.

والأقرب: القول الأول؛ لما فيه من التفصيل.

المسألة الثانية: أن يكون المانع من الورثة كلهم:

منعوه من تسلم العين الموصى بمنفعتها، أو استغلوها لحسابهم، فيلزمهم غرم ما فوتوه

على الموصى له من المنفعة، يغرمون له قيمتها؛ لأنها من المقومات التي تضمن بالقيمة، لا

بالمثل (٣).

المسألة الثالثة: أن يكون المانع راجعاً إلى بعض الورثة فقط:

والواجب فيها ضمان قيمة المنفعة، والزام الوارث الذي فوتها بغرم قيمة المنفعة.

المسألة الرابعة: أن يكون المانع راجعاً إلى عذر منع الموصى له من الاستيفاء حتى

(١) المصادر السابقة المحفية.

(٢) مصادر السابقة للمالكية.

(٣) الوصايا والتنزيل، مصدر سابق، ص ٣٤٦.

مست المدقة، أو بعضها، بسبب مرض الموصى له، أو غيبته، أو حبه.^(١)
وقد نص الشافعية والحنفية: على بطلان الوصية، وسقوط حق الموصى له في حال
عذره^(٢).

المطلب السابع عشر: اجتماع الوصية بالمنفعة، والوصية بالرقبة في عين واحدة:

يصح اجتماع الوصية بمنفعة شيء والوصية برقبته في وصية واحدة، أو في وصيتين
منفصلتين؛ لأن كل واحد من الوصفين مشروع في انفراد، فلا يمنع اجتماعهما في عين
واحدة^(٣)، وهي مستثناة من قاعدة: منع استثناء منفعة العين عند التصرف فيها^(٤).
وتحت هذا حالتان:

الحال الأولي: أن يكون الموصى له بالرقبة هو الموصى له بالمنفعة، وقد ذكر لها المالكية
صورتين:

١. الوصية لمن يولد لفلان، فهي وصية بالمنافع ابتداء وبالرقبة انتهاء عند انحصار
الأولاد.

٢. أن يوصي لشخص بعينه بمنفعة ملك من أملاكه مدة معينة يصير بعدها ملكا
له، مثل: الوصية بسكنى داره أو غلة أرضه لحفيده مدة عشر سنين أو عشرين
سنة أو حتى يرشد ثم يصير ملكا له بعد بذلك يتصرف فيه كيف شاء.

فيجب العمل فيها بشرط الموصي، فيمنع الموصى له من تفويتها قبل الأجل المحدد إلا
أن تقل غلة ما أوصى له بغلته، وتعجز عن كفايته، فيجوز له البيع بقدر حاجته ويمنع من
بيع الجميع؛ لأن البيع رخصة للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها^(٥).

(١) لمصادر السابقة للحنفية والشافعية.

(٢) للمعنى مع الشرح الكبير ٦/٦٢، نهاية المحتاج ٦/٥٠، الفتاوى الهندية ٦/١٢٥.

(٣) الأشياء والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٤) للغير ٧/١٨٢، التوازل الصغرى ٤/٥١٣، الوصايا والتنزيل ص ٣٤٦.

الحال الثانية: أن يوصى بالمنفعة لشخص، وبالرقبة لآخر، وهي مثل الأولى في المشروعية، والحديث عنها ينحصر في أربع مسائل:

المسألة الأولى: وهي ما يستحقه كل واحد منهما:

فإن هناك خلافا بين الفقهاء:

فمذهب المالكية، والشافعية: أن لكل واحد منهما ما وصي له، فالموصى له بالمنفعة يستحق المنفعة، والموصى له بالرقبة يستحق الرقبة؛ لأنه لا تناقض بين الوصيتين فتتقدان معاً، إلا أنه يبدأ بالمنفعة، فإذا استوفى الموصى له بالمنفعة منفعته وانتهت هذه الوصية بوفاة أو انتهاء مدتها، فإن الرقبة تعود ملكاً للموصى له به بالرقبة عملاً بقاعدة: تقديم الخاص على العام؛ لأن الوصية بالرقبة تستلزم الوصية بالمنفعة ما دامت العين الموصى بها، والوصية بالمنفعة وصية بالمنفعة مدة محددة بحياة الموصى له أو وقت معلوم، فهي وصية خاصة في الزمان والوصية بالرقبة عامة فيه، والخاص مقدم على العام تقدم عنه أو تأخر، وقال ابن القاسم: إذا أوصى بخدمة العبد لشخص وورقته لآخر، ولم يوقت: أحما يتحصان في الخدمة يضرب الموصى له بالرقبة بقيمة الرقبة ويضرب الآخر بقيمة المنفعة. وفرق الحنفية بين تقدم الوصية بالرقبة على الوصية بالمنفعة وتأخرها عنها:

أ- فقالوا: إذا أوصى بالرقبة أولاً والمنفعة ثانياً كان لكل واحد منهما ما وصي له به سواء كانت الوصيتان متصلتين أو منفصلتين،

ووجهه بوجهين^(١):

الأول: أن الوصية بالمنفعة لغیر الأول الموصى له بالرقبة يعتبر رجوعاً عن الوصية بالمنفعة.

الثاني: أن لفظ العين واسمها لا يتناول منفعتها لا بطريق العموم ولا بطريق التضمين، قاسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجر لا يتناول الثمر لا بطريق العموم ولا بطريق

التضمن، فالوصية بالعين لا يتناول الوصية بما ذكر إلا بالتبع، فإذا جاءت الوصية بالمنفعة لشخص آخر غير الموصى له بالعين تبين أنها غير تابعة للوصية بالعين.

ب- وإن بدأ بالوصية بالمنفعة قبل الوصية بالعين، فإن كان ذلك متصلاً فلكل واحد منهما وصيته، وإن ذكر مفصلاً فالرقبة للموصى له بالرقبة وحده والمنفعة بينهما نصفان؛ لأن الوصية بالرقبة تشمل الوصية بالمنفعة، وبذلك تكون المنفعة موصى بها لكل منهما، للموصى له بالمنفعة أصالة والموصى له بالرقبة تبعاً فيشتركان فيها، وتبقى الرقبة سالمة للموصى له بالرقبة لا يزاحمه فيها أحد فتكون له ويختص بها^(١).

المسألة الثانية: إذا رد الموصى له بالمنفعة وصيته:

فإن هناك اتفاقاً بين المذاهب الأربعة على أن المنفعة ترجع لورثة الميت، ولا تكون للموصى له بالرقبة لبطلان الوصية بالمنفعة، والقاعدة: أن الوصية الباطلة ترجع لورثة الموصى^(٢).

فإن وهبها للموصى له بالرقبة أو باعها له، فإن المنفعة تكون للموصى له بالرقبة؛ لأن بيع الوصية أو هبتها يعتبر قبولاً للوصية، كما قال مالك^(٣).

المسألة الثالثة: إذا كانت العين الموصى بربقتها ومنفعتيها لا يحملها الثلث:

فإن الورثة يخبرون إما أن يميزوا الوصيتين أو يعطوا للموصى لهما ما حمله الثلث في العين الموصى بها، وينتفع به الموصى له بالمنفعة أولاً حتى تنتهي وصيته بوفاله أو يلوغ الأجل المحدد، ثم تنتقل رقة ما حمله الثلث إلى الموصى له بالرقبة^(٤).

(١) المرجع السابق، وانظر: الفتاوى الهندية ١/٦: ١٢٥.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ١/٦: ١٢٥، المدونة ٢/٤: ٢٩٤، نهاية المحتاج ٨٩/٦.

(٣) المدونة، مرجع سابق، ٢/٤: ٢٩٤.

(٤) المدونة ٣/٤: ٣٠٢، الذخيرة ١/٧: ١٠٨، التوضيح والتنزيل ص ٣٤٧.

فإذا كانت الوصية بسكنى دار لشخص وبرقتها للآخر، وقيمتها مائة، والتركبة كلها مائتان وأربعون، فإن الموصى لهما يستحقان أربعة أخماس الدار إذا أوى الورثة إجازة الجميع؛ لأن ثلث الميت ثمانون تجمع للموصى لهما في الدار، وذلك أربعة أخماسها يتقعر بها الموصى له بالسكنى حتى تنتهي مدة وصيته، ثم تعود الأخماس الأربعة للموصى له برقتها زادت قيمتها أو نقصت؛ لأن المعتبر في القيمة يوم القسم لا يوم مرجع الوصية للموصى له بالرقبة^(١).

وفي حالة وجود وصية أخرى معها، فإن الموصى لهما بالرقبة والمنفعة إنما يحاصضان بقيمة الرقبة فقط؛ لأن وصيتهما وصية واحدة كما لو أوصى بثلاثمائة لشخص، وأوصى لآخر بسكنى داره، ولثالث برقتها، وضاق الثلث، فعند الخاصة يضرب صاحب الثلاثمائة بثلاثمائة، ويضرب الموصى لهما بالرقبة والمنفعة بقيمة الدار فقط^(٢).

المسألة الرابعة: إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع بها حتى تنتهي مدة الوصية بها:

فإن العين الموصى بها تسلم للموصى له برقتها عاجلاً ولا ينتظر انتهاء مدة الوصية بالمنفعة؛ لأنه لا فائدة من الانتظار^(٣).

المطلب الثامن عشر: الوصية بالثمرة، والغلة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧) على جواز الوصية بما تحمل به الأشجار من الثمار، وما ينتجه البستان من الغلة؛ وذلك:

١. لعموم أدلة الوصية.

(١) المصادر السابقة.

(٢) نفسها.

(٣) الذخيرة، مرجع سابق، ٨٩/٧.

(٤) للبسوط ٢/٢٨، البحر الرائق ٨/٤٥١-٤٥٣، حاشية رد المحتار ٦/٦٥٠.

(٥) الخرشبي ٨/١٦٩، جواهر الإكليل ٢/٣١٧، منيع الجليل ٤/٦٤٥.

(٦) الخاوي ٨/٢٢٧، حلية العلماء ٦/٩٣، فقيوي وعميرة ٣/١٦٠.

(٧) كشاف الفتاوى ٤/٣٧٣، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٤/٤٦٧.

٢. ولثبوت الاختصاص في مثل هذه الأشياء كالوصية بالمبن في الضرع، والصوف على الظهر.

٣. ولأنها مما يورث ويوهب^(١).

٤. ولأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمرارعة والمعاملة؛ فلأن تستحق بالوصية أولى؛ لأنها أوسع باباً من غيرها^(٢).

واختلفوا: هل هناك فرق في الوصية بالغلة والثمرة، أم اتحما في الوصية شيء واحد؟ على قولين:

القول الأول: التفرقة في الوصية بين الغلة، والثمرة:

فقالوا: إذا أوصى بشمرة بستانه فإن أطلق في وصيته، ولم ينص على التأيد لم يستحق الموصي له من الثمر إلا ما كان موجوداً وقت وفاة الموصي دون غيره مما يحدث بعد وفاته، فإن نص على التأيد بأن قال له: ثمرة بستاني أبداً، فإن الموصي له يستحق الثمرة الموجودة وقت وفاة الموصي، وما يحدث بعد وفاته ما دام حياً.

ومثل ذلك: ما لو أوصى له بشمرة بستانه، ولم يكن فيه ثمرة حين وفاته، فإنه يتناول الثمرة المعدومة مدة حياة الموصي له؛ لأن في ذلك قرينة على أنه يريد ما سيحدث بعد وفاته، وقد كان القياس بطلان مثل هذه الوصية؛ لأن الثمرة في الموجود حقيقة، وليست بموجودة فبطل^(٣).

وفي الاستحسان: لا تبطل الوصية، ويقع على الحادث، ويصير كما لو ذكر الأبد^(٤).

ووجه الاستحسان: حمله على إختار عند انتفاء الحقيقة صوناً لكلام الموصي عن

(١) حاشية عمرة على شرح حلال الدين الحلبي ١٦٠/٣.

(٢) تبين الخلافات، مرجع سابق ٢٠٤/٦.

(٣) نتائج الأفكار ١٠/٢٩٠، ٤٩١، حاشية الشلبي بتمام تبين الخلافات ٢٠٤/٦.

(٤) البحر الرائق ٨/٤٥١، نتائج الأفكار ١٠/٩٩١، حاشية الشلبي ٢٠٤/٦.

الإلغاء^(١)، وبه قال الحنفية^(٢).

قال الزيلعي: "فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً، وبالثمره لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً، فحينئذ يصير كالعلة، فيستحقه دائماً، وهو المراد بقوله: (وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي إذا زاد في الثمرة لفظاً أبداً صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود، وما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة مثل: التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعلوم، والمعلوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتنتظم الموجود، وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعلوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا يتناول المعلوم إلا بدليل زائد عليه، وإنما قيده بقوله: (وقيه ثمره)؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمره، والمسألة بحاها فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، وإنما كان كذلك^(٣).

وحجته: أن الثمرة اسم لموجود عرفاً، فلا يتناول المعلوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعلوم، والمعلوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعلوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا تتناول المعلوم إلا بدليل زائد عليه^(٤).

(١) نتائج الأفكار، مرجع سابق، ٤٩١/١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٣٥٤/٧، تبين الحقائق ٢٠٣/٦، ٢٠٤، البحر الرائق ٤٥١/٨-٤٥٢، أحكام الشرح ص ٤٣٢.

(٣) تبين الحقائق، مرجع سابق، ٢٠٣/٦، ٢٠٤.

(٤) انظر الهبة ٩٥٥/٤، تبين الحقائق ٢٠٤/٦.

والله أعلم.

القول الثاني: أنه ليس هناك فرق في الوصية بين الثمرة والغلة لا من حيث المعنى، ولا من حيث الدلالة، فإذا أوصى بثمره بستانه أو غلته، فإن الموصى له يستحق ما كان موجوداً بعد وفاة الموصي، وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم نص على التأييد، ما لم توجد قرينة تدل على إرادة غير ذلك، كأن يوصي له بثمره بستانه سنة بعينها، فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصى له^(١).
وبه قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

الترجيح:

والأقرب أن يقال: إن كان في الوصية تحديد مدة رجع إليها، فإن لم يكن رجع إلى الأعراف وقرائن الأحوال.

المطلب التاسع عشر: الوصية بثمره شجرة سنة معينة لم تحمل فيها:

إن وصى له بثمرها سنة معينة، فلم تحمل في تلك السنة، فلا شيء للموصى له؛ لقوات محل الوصية^(٥).
نص عليه: الشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

المطلب العشرون: الوصية بثمره شجرة معينة أول عام تثمر:

إن قال الموصي لزيد: لك ثمرها أول عام تثمر صبح، وله ثمرها في ذلك العام؛ تنفيذاً للوصية^(٨).

(١) المعنى، مصدر سابق، ٤٦٠/٨.

(٢) الخريزي ١٦٩/٨، جواهر الإكليل ٣١٧/٢، منقح الجليل ٦٤٥/٤.

(٣) مغني المحتاج ٦٤/٣، قليوبي وعميرة ١٦٠/٣.

(٤) الإنصاف ٢٥٢/٧، كشاف القناع ٣٦٨/٤، ٣٧٣.

(٥) كشاف القناع، مصدر سابق، ٣٧٣/٤.

(٦) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٦٤/٣.

(٧) كشاف القناع نفسه.

(٨) انظر: كشاف القناع، نفسه، ٣٧٣/٤.

الباب الخامس

مصرف الوصية، وقسمتها

وفيه فصول:

الفصل الأول: مكان صرف الوصية، وزمانه، والمحتوي لذلك.

الفصل الثاني: الوصية بالأنصبة، والأجزاء، والأعيان،

والمرتبات.

الفصل الثالث: مصرف الوصية لغير معين.

الفصل الرابع: تعدد الوصايا، والمحاصة بينها.

الفصل الأول

مكان صرف الوصية، وزمانه، والمتولي لذلك

وفيه مباحث:

المبحث الأول: مكان صرف الوصية، وزمانه، والمتولي
لذلك.

المبحث الثاني: زمان صرفها.

المبحث الثالث: المتولي لصرفها.

الفصل الأول

مكان صرف الوصية، وزمانه، والمتولي لذلك

وفيه مباحث:

المبحث الأول

مكان صرف الوصية

يختلف مكان تنفيذ الوصية باختلاف الموصى به والموصى له، فبالنسبة للموصى به المعين المنقول يتم تنفيذ الوصية به في مكان الوصية إذا كان الموصى به حاضراً وإن كان غائبا فعلى الموصى له نقله وإحضاره؛ لأنه ملكه وماله، ولا يجب على الورثة إحضاره أو الإنفاق عليه لإحضاره؛ لأن الوصية وقعت بعينه فقط^(١).

وبالنسبة للموصى به غير المعين كدراهم، أو طعام، أو ثياب، فإنها تسلم للموصى له المعين في مكانها.

واختلف إذا كانت الوصية لغير معينين، كالفقراء والمساكين والمرضى:

فقال المالكية:

يجوز نقلها من بلد الوصية إلى غيره لمسافة قصر كالزكاة إلا أنه ينبغي البدء في القسم بالجيران، ثم الذين يلونهم ممن يستحقونها ويشملهم لفظها، ولا يتعين توزيعها ببلد الوصية في حالة الإطلاق، وفي حالة نقلها، فإن نفقة الحمل وأجرته تكون من الوصية ولا تكون من التركة.

وقال الشافعية:

يجوز نقلها إلى بلد غير بلد الوصية، إلا أن يخص الموصى أهل بلد فيتعين صرفها إليهم^(٢)، مثل الوصية لفقراء مكة ومساكين المدينة.

(١) الذخيرة ١٤٢/٧، لمعار ٥٣١/٩، ٥٣٢.

(٢) الأم ٩٢/٤، لمائة المحتاج ٧٨/٦، ١٠٦.

ووجه ذلك ظاهر؛ لأنه إذا أطلق يكون اللفظ عائداً، والعام في الأشخاص يستلزم العموم في الأمكنة، وفي حالة التقييد يكون عين المكان مشروطاً، والمسلمون على شروطهم^(١)، -و- أيضاً- يكون الكلام خاصاً ومقيداً بأهل ذلك المكان، والخاص يجب إبقاؤه على خصوصه، كما يجب إبقاء المقيد على قيده^(٢) والعمل بهما كذلك.

وقال بعض الحنفية:

المعتبر مكان المال كالتركة، ويكره نقلها من بلد لبلد، وإذا عين الموصي أهل بلد جاز دفعها لغيرهم، فإذا أوصى لفقراء مكة جاز دفعها لفقراء المدينة، وإذا أوصى لفقراء العراق جاز دفعها لفقراء مصر وهكذا^(٣).

ولعل هذا مبني على أصلهم في عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة خاصة وأن هذا مفهوم القلب، فإذا قال: فقراء مكة، لم يكن اللفظ مكة مفهوم مخالف عندهم^(٤).

(١) سبق تخريجه برقم (١٦٨).

(٢) البحر المحيط للتركشي، مرجع سابق، ٨/٥.

(٣) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٩٠/٦، ١٣٤.

(٤) الوضايا والتنزيل، مصادر سابق، ص ٣٤٥.

المبحث الثاني

زمان صرفها

الوصية تبرع بعد الموت لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي، ولا تنفذ في حياته وحال مرضه؛ لاحتمال رجوعه عنها، أو حدوث نقصان في المال أو طرؤ آفة عليه، ولأنها لا يمتتحقها الموصى له إلا بعد موت الموصي إجماعاً^(١).

فإن تسرع الوصي ونفذها قبل وفاة الموصي ضمن ما فرقه في حياة الموصي، ويفرقها بعد وفاته بأمر الحاكم، ولا يستقل بتفريقها^(٢).

وإذا نفذها الوصي بنفسه قبل وفاته بطلت الوصية، ولا تنفذ ثانية بعد موته^(٣).
إذا عين الموصي وقتاً لتنفيذ وصيته لزم الوقوف عند وصيته، كما لو أوصى أن يحج عنه بعد عام أو أوصى بسكنى داره بعد عام من موته، ولحق ذلك.

واختلف إذا لم يعين وقتاً هل يجب تنفيذها فوراً أو لا؟
فقال القرافي، والشافعي، والحنابلة: يجب تنفيذها فوراً ولا يجوز التراخي، بناء على أن الأمر للفور.

قال البيهقي: "(فهى) أي: الدية (ميراث تحدث على ملك الميت)؛ لأنها بدل نفسه ونفسه له، فكذلك بدلها، ولأن دية أطرافه في حال حياته له، فكذلك دية نفسه بعد موته (فيقضى منها) أي: الدية (دينه، ويجهز منها إن كان) أخذها (قبل تجهيزه)"^(٤).

وسئل ابن زرب فيمن جعل له تنفيذ الوصية هل عليه أن يعجل بتنفيذها أم لا؟
فأجاب: لا يعجل الوصي بتنفيذ عهد الموصي حتى يتبين ويكشف إن كان عليه

(١) البداية، مرجع سابق، ٢/٣٣٠.

(٢) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٣٨/٦.

(٣) لمعارف، مرجع سابق، ٩/٣٧٨، ٣٨٩.

(٤) كشف القناع، مختصر سابق، ٤/٣٣٤.

دين، أو تباعة، أو له شريك في مال، وحتى يعتذر إلى الورثة في العهد أو يقرؤا على أنفسهم به، وإن نفذ العهد قبل الإعتذار أو قبل التزام الورثة له وقبل فحص الوصي عن تباعات الموصي فهو ضامن إذا عجل التنفيذ جداً، وإذا كان معروفاً بالدين فنقد الوصي الوصية ثم تلف باقي ماله بعد أن أبرز الدين لغرمائه ضمن الوصي للغرماء وضمن للورثة ما نفذ زائداً على ثلث مال الموصي بعد أداء دينه، إلا أن يكون الدين قد أبرز للمغرم بحكم فلا ضمان على الوصي ولا يرجع الغرماء فيما في أيدي الورثة.

ويدل له ما روي عن ابن الزبير رضي الله عنه أنه أوقف وصية أبيه أربع سنوات وهو يتقصى ما عليه من الديون قبل تنفيذها^(١).

فإن عجل بتنفيذ الوصية قبل الإعتذار للورثة، وقبل التقصي عن الديون ضمن ما يترتب على تعجيله من ضياع حق الورثة أو أرباب الديون^(٢).

كما أنه إذا ماطل وسوف في تنفيذها أكثر مما يجب، ومن غير عذر فإنه يأثم بذلك، ولما فيه من ظلم الموصي له بتأخير حقه، وحبسه عنه بغير عذر، وقد قال النبي ﷺ:
 "لي^(٣) الواجد^(٤)، يجل عرضه وعقوبته^(٥)".

ولا يقبل منه دعوى تنفيذها بعد ذلك إلا بينة على الدفع، أو براءة من القاضي لتعلقها بدمته^(٦).

(١) القسطلاني ٢١٣/٥، البخاري شرح الفتح ٦/٢٢٨.

(٢) للغيار، مصدر سابق، ٩/٣٨٥.

(٣) لي "التي بالفتح" المطل.

ينظر: فتح الباري (٥/٧٦)، النهاية في غريب الحديث (٤/٢٨٠).

(٤) "الواجد" الغني، أي القادر على قضاء دينه. النهاية في غريب الحديث (٥/١٥٥).

(٥) يجل عقوبته وعرضه "قال ابن المبارك" "يجل عرضه: يعطيه له، وعقوبته: يحبس له" سنن أبي داود (١٤/٣١-٣٢).

ح (٣٦٢٨)، وتقديم تقريره برقم (٢١).

(٦) المرجع نفسه ٩/٥٠٨.

إذا ما توثب على تأخير ضياع الموصى به لزمه غرمه؛ لما يلي:

١. لتعديه لحيمه عن أهله بعد إمكان تنفيذه.
 ٢. وقياساً على ضياع الزكاة بعد التمكن من أدائها.
 ٣. وعلى منع الشريك من نصيبه بعد طلبه حتى ضاع.
 ٤. وعلى امتناع المودع من رد الوديعة بعد طلبها حتى ضاعت.
 ٥. وعلى حبس الوصي مال اليتيم بعد رشده حتى هلك المال.
- وفي حالة غيبة الموصى له المستحق للوصية، فإن الموصى به يبقى تحت يد المكلّف بتنفيذ الوصية، وكذلك قبل قبولها.

وللشافعية قولان فيمن توضع الوصية عنده قبل قبول الموصى له:

القول الأول: أنها توضع تحت يد الوصي، حتى يحضر الموصى له من غيبته، فإن قبلها سلمت له، وإن ردها دفعت للورثة:

القول الثاني: أن للورثة الامتناع من وضعها تحت يد الوصي، وتوضع تحت يد الحاكم إلى أن يستقر أمرها^(١):

فإن حضر بعض الموصى لهم وأثبت الوصية وطلب حصته، فإنها تعطى له ولا يمتنع من حقه حتى يحضر الغائب، فإن سلم المال فذاك، وإلا شارك الذي لم يأخذ الذي أخذ بقدر حقه ولا يكون أخذه السابق قسمة^(٢).

وقال المالكية: لا يصح للحاضر أخذ نصيبه في الوصية المشتركة قبل قدوم شريكه الغائب، ولا يجوز للوصي تسليمه ذلك، لأن القسمة على الغائب من اختصاص الحاكم، ويجوز لغيره أن يقسم عليه^(٣).

(١) لقاية المحتاج، مرجع سابق، ٩٨/٦.

(٢) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٣١/٦.

(٣) راجع الهبة، مرجع سابق، ١٢٥/٢.

واختلف إذا كان في الورثة حمل ينتظر زيادته:

فقال أشهب: تنفذ الوصايا؛ لأن الأصل عدم الهلاك.

وقال مالك: تؤخر الوصايا حتى يتبين الأمر؛ ويوقف الثلثان فرمما هلك فيرجع الورثة

على الموصى له بثلثي ما أخذه، وقد يفوت ما في يده أو يعدم.

وتعجل الوصية على الراجح لصاحبها إذا كانت بدراهم أو دنائير مرسلة؛ لأن الوصية

بالعدد واجبة الإخراج كالدين، كما قال القرافي^(١).

قال: "ولو كانت الوصية بعدد دنائير عجل، ووقف الباقي اتفاقاً؛ لأن الوصية بالعدد

واجبة الإخراج كالدين".

وأما الدين -أيضاً- فقليل: يعجل قبل وضع الحمل وهو المشهور.

وقيل: يؤخر حتى يوضع الحمل، ويعين له وصي، ويعذر إلى الوصي في ثبوت

الدين^(٢).

(١) الذخيرة، مرجع سابق، ٧/ ١٤٣.

(٢) المغني، ١٠/ ٤٤٢، الوصايا، ص ٣٤٥.

المبحث الثالث

المقتولي تصرفها

الحق في تنفيذ الوصية للموصي المعين من قبل الميت، وإلا فالحاكم، أو الوارث.
قال شيخ الإسلام: "ومن أوصى بإخراج حجة، فولاية الدفع والتعيين للموصي الخاص
إجماعاً، وإنما للمولي العام الاعتراض عليه لعدم أهليته أو فعله محرماً، وما أنفقه وصي متبرع
بالمعروف في شؤون الوصية فمن مال اليتيم"^(١).

وأجاز الشافعية: للموصى له أخذ وصيته بنفسه من التركة إذا كانت معينة.
كما أجازوا للأجنبي أخذها لتسليمها لربها المعين من غير إذن الورثة أو الوصي^(٢).
قال الرملي: "وإن كان لمستحقها الاستقلال بأخذها من التركة، بل لو أخذها أجنبي
من التركة ودفعها إليه لم يضمنها كما صرح به الماوردي؛ وذلك لأن الوارث قد يخفيها أو
يتلفها، ويطالب الوصي الوارث بنحو ردها ليبرأ الميت وتبقى تحت يد الوصي لا الحاكم
لو غاب مستحقاً، وكذا لو تعذر قول الموصى له بها".

وللموصى الحق في تعيين من شاء لتنفيذ وصيته وتوزيعها على مستحقيها، وإبصارها
لهم؛ لأنه نائب عن الميت، وهو قد رضي به واتممه على ما هو عليه^(٣)، ولا اعتراض
لأحد من الورثة أو الموصى لهم ولا للحاكم على تعيينه، ولا حق لهم في عزله، كما أنه لا
حق لهم في إشراك غيره معه في عمله^(٤).

قال القرافي: "والوصية لغير العدل تجوز بما يخص الميت كالوكالة نحو الوصية بالثلث أو
العق، أو بشيء في السبيل".

(١) الاختيارات، مرجع سابق، ص ٤٤٦.

(٢) لحاية المحتاج، مرجع سابق، ٩٨/٦.

(٣) الفخورة، مرجع سابق، ١٦١/٧.

(٤) المعيار، مرجع سابق، ٣٨٥/٩، ٣٨٧/٦.

ويجوز عند المالكية للميت أن يشترط على الوصي مشاورة شخص آخر من وارث أو غيره يعينه الميت، كما يجوز له اشتراط استقلاله بتنفيذ الوصية دون مشاورة قاض أو تعقب حاكم^(١).

وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي مراقبة أمره أو النظر فيه.

واختلف في الورثة:

فقيل: لهم الحق في مرافقته؛ لئلا يأخذها لنفسه إذا كان وارثاً فتكون وصية لوارث.

وقال أشهب: ليس لهم ذلك إلا في الوصية بالعنق خاصة لحقهم في الولاء^(٢).

وقال الشافعية: للمحاكم التدخل بمحاسنته ومنعه من إعطاء من لا يستحق^(٣)، وفي

حالة اشتراط المشاورة يجب عليه مشاورة من عينه الموصي لمشاورته، إلا أنه إذا لم يشاوره

فإن ذلك لا يضر إذا تمت تنفيذ الوصية على الصواب^(٤)؛ لأن المشرف أو المشاور غير

وصي ولا حق له في رد تصرفات الموصي.

وفي جميع الحالات يجب على الوصي المحافظة على حقوق الموصي لهم، ولا يحل له

التساهل فيها مع الورثة، وإذا اتهمه القاضي بالتقصير في ذلك أشرك معه غيره في تحصيل

الوصية وتخصيتها فقط، ثم بكل إليه الأمر في توزيعها دون تدخل من حاكم أو وارث^(٥).

واختلف المالكية في تصديقه في صرفها وتفريقها في وجوهها على أقوال^(٦):

القول الأول: أنه مصدق في ذلك ولا يحاسب، ولا يكلف إقامة بينة على ذلك:

وحجته: أنه أمين ولا ضمان على مؤثني.

(١) التنصير ١/٢٦٨، التاج الإكليل ٦/٣٨٧.

(٢) الذخيرة ٧/١٦٠، المعيار ٩/٤٥٩، الوصايا ص ٣٤٥.

(٣) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٦/٩٨.

(٤) المعيار، نفسه ٩/٤٠٧.

(٥) نفسه.

(٦) المعيار، مرجع سابق، ٩/٢٤٦، ٢٥١، ٣٨٥.

القول الثاني: أنه لا يصدق ويلزمه إقامة بينة على صرفها في مصارفها:

وحجته: ما غلب على الناس من الخيانة فلا يصدق؛ لأنّفاء الأمانة عن غالب الناس.

القول الثالث: الفرق بين المأمون فيصدق بيمين، وبين غيره فلا يصدق إلا ببينة.

وحجته: ما تقدم من الدليلين السابقين.

القول الرابع: أنه يصدق فيما طال زمنه، ولا يصدق فيما قرب إلا ببينة:

والمعقول به القول الثاني أنه لا يصدق إلا ببينة.

واتفق الجميع على أنه إذا كانت الوصية لمعين، فإنه لا يصدق في دفعها له إلا ببينة.

واختلف في المحجور إذا أوصى وعين من ينفذ وصيته غير حاجره^(١):

قيل: الأحق بتنفيذ وصيته هو وصي أبيه الذي يحجره دون وصيه؛ لأنه محجور عليه

ممنوع من التصرف في حياته.

وهو قول بعض المالكية.

وقيل: الأحق بتنفيذ وصيته هو وصيه الذي عينه دون وصي أبيه؛ لأنّزله بموت المحجور.

وهو قول الشافعية، وبعض المالكية.

وإذا أوصى المحجور ولم يعين من ينفذ وصيته، فإن وصي أبيه هو الذي ينفذها لا

ورثته^(٢).

(١) الذخيرة ١١/٧، المنهاج ١٥٤/٦، المعيار ٣٨٦/٩، نهاية المحتاج ٢٠٣/٦.

(٢) المعيار ٣٨٦/٩، الوصايا ٣٤٦.

الفصل الثاني

مصرف الوصية بالأنصباء، والأجزاء، والمرتببات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الوصية بالأنصباء، والأجزاء.

المبحث الثاني: الوصية بالأعيان، والمرتببات.

الفصل الثاني

مصرف الوصية بالأنصباء، والأجزاء، والأهيان، والمرتهات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

الوصية بالأنصباء، والأجزاء

الأنصباء:

جمع نصيب، ونصيب الإنسان حفظه المقدر، والمراد هنا: ما قدره الله ﷻ للموارثين.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: أن يكون الورثة متساوين في الميراث:

صورة ذلك: أن يقول: أوصيت لزيد بمثل نصيب أحد أبنائي.

اختلف العلماء رحمهم الله في قدر نصيب الموصى له على قولين:

القول الأول: أنه يعطى الموصى له مثل نصيب أحدهم:

وكانه واحد منهم زائدًا على القريضة.

وهذا هو قول أبي حنيفة، والشافعي، وأحمد^(١).

وحجته: أن الموصى جعل وراثه أصلًا وقاعدة، فيحمل عليه نصيب الموصى له ويجعل

مثلًا له، وهذا يقتضي ألا يزداد أحدهما على صاحبه.

القول الثاني: أنه يعطى مثل نصيب أحدهم من أصل المال:

وبه قال الإمام مالك، وابن أبي ليلى، وداود^(٢).

(١) الدر المختار ٤/٢٩٩، روضة القضاة ٢/٦٨٦، تكملة البحر الرائق ٨/٤٧٠، حاشية الدسوقي ٤/٤٤٦، أمسي

المطالب ٣/٦٢، مطالب أولي النهى ٤/٦٣.

(٢) المصادر نفسها.

وحجته: أن الإرث يستحق نصيبه قبل الوصية من أصل المال لذا وجب أن يعطى الموصى له من الأصل.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه استدلال في محل النزاع.

وعلى هذا الأقرب القول الأول.

المسألة الثانية: أن يكون الورثة متفاضلين في الميراث:

إذا كان الورثة متفاضلين في الميراث، فللعلماء في ذلك أقوال:

القول الأول: أن للموصى له مثل نصيب أقلهم ميراثاً زائداً على الفريضة: وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

وحجته: أن عبارة الموصى تقتضي التسوية بينهما، وعند تفاضل الورثة في الميراث جعلنا له الأقل؛ لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه، فلا يثبت بالشك.

القول الثاني: أنه يقسم المال سهاماً متساوية على عدد رؤوس الورثة، ثم يعطى الموصى له سهماً منها، والباقي يقسم بين الورثة جميعاً على حسب موارثهم: وهو المعتمد عند مالك، وزفر، وابن أبي ليلى^(٢).

وحجته: أن الورثة عند التفاضل في الميراث، لا يمكن اعتبار أنصبتهم لتفاضلهم، فلما تعذر العمل بقول الموصى اعتبرنا عدد رؤوسهم.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم، فإنه لم يتعذر العمل بقول الموصى إذا أعطينا الموصى له مثل ما الأقل الورثة.

الوجه الثاني: أننا لو أعطيناه سهماً من عدد رؤوسهم عند التفاضل لخالفنا ما تقتضيه

(١) المصادر السابقة.

(٢) رد المحتار ٤٢٩/٥، تبين الخلفاء ١١٨٨/٦، مختار ١٩٩/١١، روضة الطالبين ٢٠٨/٦، الإنصاف ١٢٧٥/٧.

كشف القناع ٣٨١/٤.

عبارة الموصى؛ لأن ما أعطيه ليس بنصيب لأحد ورثته، وعبارته إنما اقتضت أن يعطى مثل نصيب أحدهم، وتفاضل الورثة في الميراث لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم، فيأخذ مثله للموصى له، عملاً بما تقيده عبارة الموصى، وذلك أولى من إعطائه شيئاً لا تدل عليه عبارة الموصى، ولا تقتضيه ظاهراً.

القول الثالث: أنه يعطى نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى.
وبه قال بعض المالكية^(١).

وحجته: الاحتياط للموصى له والورثة.

القول الرابع: أنه يعطى نصيب ذكر.
وبه قال بعض المالكية^(٢).

وحجته: الاحتياط للموصى له.

الترجيح:

الذي يترجح عندي هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

واليك مثالين على القولين السابقين:

المثال الأول: إذا كان الورثة متساوين في الميراث:

رجل أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لشخص، وتوفي عن أربعة أبناء، فعلى قول

الجمهور المسألة من خمسة لكل ابن سهم، وللموصى له سهم، وهو خمس التركة.

وعلى قول مالك ومن وافقه، المسألة من أربعة: للموصى له ربعها وهو ربع التركة،

وبالباقي ثلاثة للأبناء.

المثال الثاني: إذا كان الورثة متفاضلين في الميراث:

رجل أوصى بمثل نصيب أحد ورثته لشخص، وتوفي عن أربع زوجات وابن، فعلى قول

(١) الذخيرة ٦٧/٧، مفتي ١٧٣/٦، حاشية الزيلعي ١٩٦/٨.

(٢) المصادر نفسها.

الجمهور المسألة من ثمانية، وتصح من اثنين وثلاثين، للزوجات الثمن، أربعة لكل واحدة سهم، والباقي للابن، ويضاف على سهام المسألة مثل حظ إحدى نسائه الأربع؛ لأنه الأقل، فتكون المسألة من ثلاثة وثلاثين؛ للموصى له سهم، ولكل زوجة سهم، والباقي للابن، وعلى قول مالك تقسم التركة على عدد رؤوس الورثة، وعددها خمسة، فيكون للموصى له الخمس، والباقي يقسمه الورثة على حسب فروضهم.

١/٤	١	٤ زوجات
٢٨	٧	ابن
١		موصى له

صورتها على رأي الجمهور ..

وصورتها على رأي الإمام مالك واضحة.

المطلب الثاني: أن يوصى بمثل نصيب وارث معين

إذا كان الوارث الذي أوصى بمثل نصيبه معيناً - كالوصية بمثل نصيب ابنه، فإن الموصى له يعطى مثل نصيب المعين مضافاً إلى الفريضة على قول الجمهور، وعلى قول مالك ومن وافقه للموصى له مثل نصيب المعين من أصل المال غير مزيد على الفريضة، والكلام على هذا كالكلام على غير المعين^(١)، والاستدلال هو الاستدلال.

مثال ذلك:

أن يوصى بمثل نصيب ابنه لشخص ويموت عن ثلاثة أبناء، فعلى قول الجمهور المسألة من ثلاثة ويضاف إليها مثل نصيب أحد الأبناء، فتكون من أربعة، للموصى له سهم - وهو ربع التركة - ولكل ابن سهم.

وعلى قول الإمام مالك: المسألة من ثلاثة: يعطى الموصى له مثل نصيب أحد الأبناء - وهو ثلث التركة -، والباقي يقسمه الأبناء فيما بينهم وهو اثنان لا ينقسم عليهم، وعدد رؤوسهم ثلاثة، نضربها في أصل المسألة ثلاثة، فتصح من تسعة، للموصى له الثلث ثلاثة، ولكل ابن اثنان.

المطلب الثالث: الوصية بنصيب وارث معين كائنه زيد:

والفرق بين هذه المسألة، وبين التي قبلها:

أن التي قبلها هناك وصى له بمثل نصيب وارث، وهنا وصى له بنصيب وارث معين. وقد كره بعض العلماء مثل هذه الوصية،

(٢١٧) روى سعيد بن منصور قال: حدثنا خالد، قال: أنا داود، عن عامر، في رجل

له ثلاثة بنين فأوصى لرجل بمثل نصيب أحد ولده قال: «يجعل رابعاً»^(١).

(٢١٨) وروى سعيد بن منصور: نا هشيم، وخالد بن عبدالله، قالوا جميعاً: أنا مغيرة،

عن إبراهيم: "أنه كان يكره أن يوصى الرجل بمثل نصيب بعض الورثة، وإن كان

أقل من الثلث"^(٢).

(٢١٩) وعن أنس رضي الله عنه "أنه أوصى بمثل نصيب أحد ولده"^(٣).

وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن الوصية صحيحة:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٤).

(١) سنن سعيد بن منصور (٣٤٩).

(٢) سنن سعيد بن منصور، نفسه (٣٤٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف ٢٩٢/٧، والبيهقي في السنن الكبرى ٦٧٢/٦.

وفيه عبارة الصيدلاني: قال ابن حجر في تقريب التهذيب ٤١٩/٢: "صديق كثير الخطأ".

(٤) المصادر السابقة.

وحجتهم في ذلك:

١. عموم أدلة الوصية^(١).
٢. أن المعنى المراد منها هو الوصية بمثل نصيب هذا الوارث المعين لا بنصيبه نفسه، ولكن الوصي حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه، وحذف المضاف مع قيام قرينة تدل عليه سائغ في لغة العرب، فمعنى أوصيت بنصيب ابني، أوصيت بمثل نصيب ابني.
٣. القياس على الوصية بجميع المال، فإنها تنطس الوصية بنصيب جميع الورثة، ومع ذلك تصح كوقفه على إجازة الورثة، وكذلك الوصية بنصيب وارث..

القول الثاني: أن الوصية باطلة:

وهو قول الحنفية، وقول للشافعية، وبه قال القاضي من الحنابلة^(٢). وحجته: أن هذه وصية بما فرضه الله سبحانه وتعالى للابن أو لغيره من الورثة، وما فرضه الله عز وجل لإنسان لا يملك أحد سواه أن يجعله لآخر، فكان هذا بمنزلة ما لو وصى له بمال ابنه من غير الميراث.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم بالصواب - القول الأول؛ لأن تصحيح وصيته بتأويل يسوغ مثله، وإذا كان ذلك ممكنًا فهو أولى من إبطالها، ولأنه يعد كل البعد أن يريد الموصي الوصية بنصيب وارثه؛ لأنه يعلم أنه ممنوع من مجاوزة الثلث بالوصية، فبالأولى بنصيب وارثه.

مثال ذلك:

هلكت امرأة عن زوجها، وابنتها، وابنتها، وأوصت لأخيها بنصيب زوجها، فالوصي

(١) ينظر: الباب الأول.

(٢) شيعن الحقائق ١٨٨/٦، حاشية ابن عاتق ٢٢٩/٥، الحواشي الكبير ٢٠/١، روضة الطالبين ٣٠٨/٦، أسنى

المطالب ١٦٦/٣، الإنصاف ٢٧٥/٧

له يعطى الربع ويقسم الباقي بين الورثة.

فأصل مسائلهم: من أربعة، والباقي بعد الوصية ثلاثة، وهو منكسر مباح.

فتصح مسائلهم: من ستة عشر، للموصى له أربعة، وللزوج ثلاثة، وللبنات ثلاثة، وللبن ستة.

وإذا أوصت بنصيب ابنها لأخيها، أعطي الأخ النصف إذا أجازته الورثة، وإن لم يحز الورثة ردت إلى الثلث، وقسم الباقي بين الورثة.

وعلى قول الجمهور: إذا كانت الوصية بنصيب ابن وله ابنان، فللموصى له الثلث. وإن كان له ثلاثة فللموصى له الربع.

وإذا أوصى بنصيب ذي فرض أعطي الموصى له فرض الموصى بنصيبه على أصل المسألة كالعول، فإذا أوصى بنصيب الجدة أعطي السلس، وزيد على الفريضة سدسها، وهكذا.

فرع:

اختلف العلماء لوقت اعتبار عدد الأولاد إذا كانت الوصية بنصيب الابن على

أقوال:

القول الأول: أن المعتبر وقت الوصية، زاد الأولاد بعد ذلك أو نقصوا:

وهو ظاهر قول جمهور أهل العلم^(١).

وحجته: أن وقت الوصية وقت التبرع.

القول الثاني: أن العبرة بيوم الموت:

وهو قول بعض المالكية^(٢).

وحجته: أن العبرة بالوصايا هو وقت الموت.

(١) المصادر نفسها.

(٢) الذخيرة ٣٨/٧، حاشية الرعيني ٢٧٦/٨.

القول الثالث: الفرق بين علم الموصي بتغير عددهم، وبين عدم علمه، فإن علم بزيادتهم، أو نقصهم، ولم يغير وصيته، فالمعتبر وقت الموت، وإن لم يعلم بذلك، فالمعتبر وقت الوصية:

وهو قول بعض المالكية^(١).

وحجته: ما تقدم من تعليل القولين.

والأقرب:

هو القول الأول؛ إذ هذه الوصية بمنزلة ما عينه من مال، فينفذ إذا خرج من الثلث دون زيادة أو نقص.

المطلب الرابع: الوصية بنصيب شخص لو كان موجوداً لكان وارثاً:

الوصية صحيحة، وطريق العمل بهذه الوصية أننا تقدر ذلك الشخص موجوداً، ثم ننظر ماذا يكون له مع وجوده، فنعطيه الموصى له.

مثال ذلك: لو توفي المورث عن أخوين، وأوصى بمثل نصيب أخ ثالث، فإنا نعطى الموصى له الربع، ولو كانوا ثلاثة نعطيه الخمس، وهكذا.

المطلب الخامس: الوصية بضعف نصيب وارث:

القول الأول: إذا أوصى بضعف نصيب ابنه، فإن الموصى له يعطى مثلي نصيب الابن:

وهو مذهب الحنفية، والأظهر عند المالكية، ومذهب الشافعية، والحنابلة^(٢).
في مواهب الجليل: "قال ابن القصار: حكى عن أبي حنيفة والشافعي أنهما يقولان: ضعف النصف مثله مرتين، وهو أقوى من جهة اللغة انتهى"^(٣).

(١) الدرر ٦٨/٧، حاشية الرهوني ٢٧٦/٨، الوصايا ص ٣٤٨.

(٢) ينظر: المصادر السابقة.

(٣) مواهب الجليل، مرجع سابق، ٣٦٨/٦.

القول الثاني: أن الضعف هو المثل:

وهو قول بعض المالكية^(١).

وبه قال أبو عبيد القاسم بن سلام: الضعف المثل.

الأدلة:

أدلة الجمهور:

١. قوله ﷺ: ﴿يُضْعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ﴾^(٢) أي مثلين.

وإذا كان الضعفان مثلين، فالواحد مثل.

٢. أن الضعف عبارة عن الشيء ومثله.

(٢٢٠) ما رواه ابن أبي شيبة من طريق الشيباني، عن السفاح، عن مطر، عن داود بن

كردوس، عن عمر بن الخطاب ت «أنه صالح نصارى بني تغلب على أن تضعف

عليهم الزكاة مرتين، وعلى أن لا ينصروا صغيراً، وعلى أن لا يكرهوا على دين

غيرهم»^(٣).

(١) المصدر نفسه.

(٢) من الآية ٣٠ من سورة الأحزاب.

(٣) للمصنف (١٩٨/٣)، كما في نصب الراية (٣٦٣/٢)، عن علي بن مسهر، ونجاشي بن آدم في كتاب الخراج

(٢٠٦)، ومن طريق البيهقي في الكبرى (٢١٦/٩)، حدثنا أبو بكر بن عياش، وعبد الرزاق (٩٩٧٤) عن ابن جريج،

جميعهم عن أبي إسحاق الشيباني، عن السفاح، عن داود بن كردوس، قال: صالح عمر رضي الله عنه بني تغلب...

وأخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج (ص ١٩) قال: حدثني بعض المشايخ، عن السفاح، عن داود بن كردوس،

عن عبادة بن النعمان الثقفي، أنه قال لعمر بن الخطاب: فذكر نحوه.

وأخرجه البيهقي (٢١٦/٩) من طريق أبي إسحاق الشيباني، عن السفاح، به.

وأخرجه أبو عبيد في الأموال (رقم ٧٠)، وعن ابن رجب في الأموال (رقم ١١١)، وأبو داود في فتح البلدان (ص

١٨٦) عن أبي معاوية، عن أبي إسحاق الشيباني، به. وداود بن كردوس مجهول. الطبري: التاريخ الكبير (٢٢٩/٣):

الجرح والتعديل (٤٢٣/٣)، ثقات ابن خبان (٢١٦/٤)، المحلى (٣١٤/٧)، ضعفاء ابن الجوزي (٢٦٧/١)، المغني في

فعمر عليه السلام من أهل اللغة سليقة، وقد فهم ولاته من قوله، مثل ما فهم الجمهور من كلمة الضعف وعملوا به ووافقهم عمر على ذلك.

٣. أنه قول أهل اللغة والتفسير، قال ابن منظور: "لأن الضَعْفَ في كلام العرب على ضربين: أحدهما المثل، والآخر أن يكون في معنى تضعيف الشيء، قال عليه السلام: ﴿لِكُلِّ ضَعْفٍ﴾^(١) أي للتابع والمتبوع؛ لأنهم قد دخلوا في الكفر جميعاً، أي لكل عذاب مُضاعف، وقوله عليه السلام: ﴿فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعْفِ بِمَا عَمِلُوا﴾^(٢) قال الزجاج: جزاء الضعف هنا عشر حسنات تأويله، فأولئك لهم جزاء الضعف الذي قد أعلمناكم مقداره، وهو قوله عليه السلام: ﴿مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَثَرِهَا﴾^(٣) قال: ويجوز فأولئك لهم جزاء الضعف أي أن نجازيهم الضعف"^(٤).

٤. قال الألوسي: "قال بعض المحققين: الضعف اسم ما يضعف الشيء كالشيء اسم ما يشبه، من ضعفت الشيء بالتخفيف، فهو مضعوف على ما نقله الراغب بمعنى ضعفته، وهو اسم يقع على العدد بشرط أن يكون معه عدد آخر فأكثر، والنظر فيه إلى فوق بخلاف الزوج، فإن النظر فيه إلى ما دونه، فإذا قيل: ضعف العشرة لزم أن تجعلها عشرين بلا خلاف؛ لأنه أول مراتب تضعيفها، ولو قال: له عندي ضعف

الضعفاء (٢٢٠/١)، ديوان الضعفاء والمروكين (١٢٨)، الميزان (١٩/٢)، إكمال تقليب الكمالي (٣٧٩/٤)، تقليب التهذيب (٩٤/٤)، اللسان (٤١١/٣).

وقال ابن حزم (٣١٤/٧): "والضعف، وداود بن كرزوس مجهولان". وقال ابن حزم (١١١/٦) في مسألة أحد الزكاة من تصاري بني تغلب (١١٢/٦): "واحتجوا بحم وإو مضطرب في غاية الاضطراب".

(١) من الآية ٣٨ من سورة الأعراف.

(٢) من الآية ٣٧ من سورة مآ.

(٣) من الآية ١٦٠ من سورة الأنعام.

(٤) لسان العرب، مرجع سابق، ٢٠٣/٩.

درهم لزمه درهمان ضرورة الشرط المذكور، كما إذا قيل: هو أخو زيد اقتضى أن يكون زيد أخاه، وإذا لزم للزوجة دخل في الإقرار، وعلى هذا له ضعف درهم منزل على ثلاثة دراهم، وليس ذلك بناء على ما يتوهم أن ضعف الشيء موضوعه مثلاً وضعفه ثلاثة أمثاله، بل ذلك لأن موضوعه المثل بالشرط المذكور، وهذا مغزى الفقهاء في الأقاير والوصايا^(١).

دليل القول الثاني:

أنه قول أهل اللغة، قاله أبو حنيد، والرجاج^(٢).

قال الأزهري: "الضعف في كلام العرب: المثل، هذا هو الأصل، ثم استعمل الضعف في المثل وما زاد، وليس للزيادة حد، يقال: هذا ضعف هذا أي مثله، وهذا ضعفه أي مثله، قال: وجاز في كلام العرب أن يقال: هذا ضعفه أي مثله وثلاثة أمثاله؛ لأن الضعف زيادة غير محصورة، فلو قال في الوصية: أعطوه ضعف نصيب ولدي أعطي مثليه، ولو قال: ضعفه أعطي ثلاثة أمثاله، حتى لو حصل للابن مائة أعطي مائتين في الضعف ولثلاثمائة في الضعفين، وعلى هذا جرى عرف الناس واصطلاحهم، والوصية تحمل على العرف لا على دقائق اللغة^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مردود بأن العرب تنطق بالضعف مفرداً ومثنى، فنقول: إن أعطيتني درهما فلك ضعفه أو لك ضعفه، إلا أن التثنية أحسن.

الترجيح:

هو ما ذهب إليه الجمهور؛ إذ هو قول أكثر أهل اللغة والتفسير.

(١) تفسير الألوسي ١/٣١١، روح المعاني ١/٥٥٠، تفسير الرازي ٣/٤٩٧.

(٢) المحكم ١/١٤٦، العباب الزاهر ١/٤٥٩، غريب اللغة ٣/٣٧٩.

(٣) لتفصيل للنزاع، مرجع سابق، ٣/٣٦٢.

المطلب السادس: الوصية بمثل نصيب من لا يرث لو كان وارثاً:

إذا أوصى لشخص بمثل نصيب ابنه الكافر، أو بمثل نصيب أخيه المحجوب أو غيرهم ممن لا يرث لمانع، فلا شيء للموصى له؛ لأن الموصى أوصى بمثل نصيب من لا نصيب له، ومثله لا شيء له، فلا شيء للموصى له.

وقال الحنفية: تصح الوصية بنصيب الابن إذا لم يكن له ابن^(١).

المطلب السابع: الوصية بجزء أو حظ:

إذا أوصى الميت لشخص بجزء أو حظ من ماله، فإن الورثة يعطون الموصى له ما شاءوا؛ لأن الجزء والحظ، وكذا الشيء والرزق يصدق على القليل والكثير، ولا حد لذلك في اللغة، ولا في الشرع فكان على إطلاقه.

قال في الشرح الكبير: "إذا وصى له بجزء وحظ أو نصيب أو شيء، فللورثة أن يعطوه ما شاءوا لا نعلم فيه خلافاً، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة، وابن المنذر وغيرهم؛ لأن كل ما يعطونه جزء وشيء وحظ ونصيب، وكذلك إن قال: أعطوا فلاناً من مالي أو أرزقوه؛ لأن ذلك لا حد له في الشرع ولا في اللغة، فكان على إطلاقه"^(٢).

قال ابن منظور: "الحظُّ: التَّصْيِب، زاد الأزهري عن الليث من الفضل والخير، وفلان ذو حظٍّ وقِسْم من الفضل، قال: ولم أسمع من الحظِّ فعلاً، قال ابن سيده: ويقال هو ذو حظٍّ في كذا، وقال الجوهري وغيره: الحظُّ التَّصْيِب والجُذُّ والجمع الحُظُّ في القِلَّة وحُظوظ وحِفظ في الكثرة"^(٣).

وقال ابن منظور: "والجُزء في كلام العرب: التَّصْيِب وجمعه أجزاء"^(٤).

(١) حاشية الزرقاني ١٩٦/٨، للفتي ٣٥/٦.

(٢) ٤٠٩/١٧.

(٣) لسان العرب، مرجع سابق، ٤٤٠/٧.

(٤) ٤٥/١، تهذيب اللغة، مرجع سابق، ٣٢/٤.

وقال النووي^(١): "فإن ادعى الموصي له أن الموصي أراد أكثر من ذلك: قال الأكثرون: منهم أبو منصور، والحناطي، والمسعودي: يخلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة.

وحكى البيهقي: أنه لا يتعرض للإرادة، بل يخلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات، وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث حلف الوارث على نفي إرادة المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار والوصية إنشاء أمر على الجهالة. ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر، فقال: الوارث هنا يخلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة، ولا يخلف أنه أراد هذا القدر، وفي الإقرار يخلف أنه لا يعلم الزيادة وأنه أراد هذا القدر.

أوصى بثلاث ماله إلا شيئاً قبل التفسير وتنزيله على أقل ما وحمله الشيء المستثنى على مال كثير، وقال الأستاذ أبو منصور: يعطى زيادة على السدس، قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً، ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيراً جاز أن يعطيه أقل من السدس، والصحيح المعروف هو الأول.

فرع:

قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما فوق النصف، ولو قال: أكثر مالي ومثله، فالوصية بجميع ماله، ولو قال: أعطوه زهاء ألف درهم أو معظم الألف أو عامته، فالوصية بما فوق النصف، قلت: هذا في زهاء مشكل؛ لأن زهاء ألف معناه في اللغة قدر ألف، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم، والله أعلم.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دناتير فأقل ما يعطى ثلاثة، ولفظ الدراهم والدنانير عند الإطلاق يحمل على نقد البلد العالي، وليس للوارث التفسير بغيره، فإن لم يكن غالباً رجع إلى الوارث.

(١) روضة الطالبين، مرجع سابق، ٢١٣/٦.

المطلب الثامن: الوصية بالسهم:

السرير والماء والميم - أصلاً - أحدهما يدل على تغير في اللون، والآخر يدل على حظ ونصيب وشيء من أشياء^(١).

ويطلق السهم هنا على السدس، وعلى أقل سهم من سهام الورثة، وعلى ما تصح منه الفريضة من السهام.

وقد اختلفت كلمة العلماء في الوصية بالسهم على خمسة أقوال:

القول الأول: أن ذلك إلى الورثة يعطونه ما شاؤوا:

وهو قول الشافعية^(٢).

وحجته:

١. أن السهم يقع على القليل والكثير، فأشبه ما لو أوصى بجزء، أو حظ.

ونوقش: بأنه يلزم منه أن عطية الوارث أي شيء، ولو كان شيئاً حقيراً، وهذا يناقض مقصود الموصي.

٢. أنه قول أهل اللغة:

قال ابن منظور: والشهم: النصيب المحكم، الشهم: الحظ، والجمع شهمان وشهمة الأخيرة كأخوة، وفي هذا الأمر شهمة أي نصيب وحظ من أثر^(٣).

القول الثاني: أن الموصى له يعطى السدس:

وهو قول لأبي حنيفة، ومذهب الحنابلة.

وهو مروي عن الحسن، وإياس بن معاوية، والثوري^(٤).

(١) معجم مقاييس اللغة ج ٣ باب السرير والماء وما يثلثهما.

(٢) للذهبي ٤٤٤/١، لغوي الكثر ٢٠٦/٨، أسنى لمطالب ٦٣/٣، شرح النهج ٣٤/٣.

(٣) لسان العرب ٣١٤/١٢، لمصباح المنير ٢٨٩/١.

(٤) مجمع الأثر ٦٩٨/٢، تنبيه الأمل ٤٤٢/١٠، المغني ٤٢٣/٨، كشف القناع ٣٨٤/٤.

وحجته:

(٢٢١) ١. ما رواه البزار من طريق محمد بن عبيد الله، عن أبي قيس، عن الهذيل، عن

عبد الله أن «رجلاً أوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي ﷺ السلس»^(١).

(٢٢٢) ٢. ما رواه ابن أبي شيبة من طريق محمد بن أبي قيس، عن الهذيل أن رجلاً

جعل لرجل سهماً من ماله ولم يسم، فقال عبد الله: "له السلس"^(٢).

٣. أن السهم في كلام العرب السلس.

قال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السلس، فتصرف الوصية إليه كما لو تلفظ به الموصي^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن السهم في لغة العرب كما يطلق على السلس يطلق على الحظ والنصيب.

٤. أن السلس أقل سهم مفروض يرثه ذو قرابة من النسب، فتصرف الوصية إليه.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ فأقل نصيب مفروض هو الثمن، والتفريق بين سهام الورثة من النسب، وغيرهم لا معنى له.

(١) مسند البزار ٩/٣، وقال: "وهذا الحديث لا تعلم بروى كلامه عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد، وأبو قيس قيس بالقوي، وقد روى عنه شعبة والنوري، والأعشى وغيرهم". وهو ضعيف جداً، به محمد بن عبيد الله العزمي وهو ضعيف.

وأخرجه الطبراني في الأوسط من طريق أبي بكر الخنفي به، وقال: "لم يرو هذا الحديث عن أبي قيس إلا العزمي، تفرد به، أبو بكر الخنفي، ولا يروى متصلاً عن رسول الله ﷺ إلا بهذا الإسناد".

(٢) مصنف أبي شيبة ٢١٢/٦. وقد تصحف اسم وكيع إلى محمد بن أبي قيس، كما تصحف الهذيل إلى الهذيل، وهذا الأثر ضعيف جداً، معلول بعلتين:

١. محمد، وهو ابن عبيد الله العزمي.

٢. أبو قيس هو: عبد الرحمن بن روان، قال عنه في التقریب ٦٦٦/٢: "صدوق ربما خالف".

(٣) الحاوي الكبير ٢٠٦/٨، للمصنف ٤٢٤/٨.

القول الثالث: أنه يعطى أقل سهم من سهام الورثة زائداً على الفريضة، إلا أن يكون السهم أكثر من السدس فلا يزداد عليه؛ وهو قول أبي حنيفة.

والرواية الثانية عن الإمام أحمد^(١).

وحجته: أن سهام الورثة هي أنصباؤهم فيعطى الموصى له أقلها؛ لأنه اليقين فإذا زاد السهم على السدس دفع له السدس؛ لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة من النسب.

القول الرابع: أنه يعطى سهمًا مما تصح منه الفريضة زائداً على أصلها؛ وهو قول شريح القاضي.

والرواية الثالثة عن الإمام أحمد^(٢).

وحجته: أن الموصى إذا قال: أوصيت له بسهم، إنما قصد سهام الفريضة فينبغي أن يتصرف إليها؛ لأن وصيته منها، أشبه ما لو قال: فريضي كذا وكذا سهمًا لك منها سهم.

القول الخامس: أنه يعطى سهمًا من أصل الفريضة ولو عائلة؛ وهذا قول المالكية^(٣).

وحجته: أنه لما قال سهم من مالي كان ذلك راجعاً إلى أجزاء ماله وسهامه، فوجب أن تكون القسمة عليه دون اعتبار الفروض^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ إذ يحتاج إلى دليل.

مثال ذلك:

إذا أوصى رجل بسهم لشخص، ومات عن أم وثلاث أخوات متفرقات، فالمسألة من

(١) بدائع الصنائع، ٥٢٨/١، صبح الأفر، ٦٩٨، المغني، ٤٦٣/٨، المشع، ٧٩/٦.

(٢) المغني، مقابر سابق، ٤٩٤/٨.

(٣) شرح مختصر خليل، ١٨٧/٨، بلغة السالك، ٥٩٩/٤، حاشية الدسوقي، ٤٤٧/٤.

(٤) المعونة، ١٦٢٧/٣، وحاشية الدسوقي، ٤٤٧/٤.

سنة: للأم المسنس واحد، وللأخت الشقيقة النصف ثلاثة، وللأخت لأب المسنس واحد تكملة الثلثين، وللأخت لأم المسنس واحد، يضاف عليها سهم للموصى له فيكون له السبع.

هذا على الأقوال الثلاثة المتقدمة، وعلى قول المالكية له سهم من أصل الفريضة، والباقي يقسم بين الورثة على حسب فروضهم.

٧/٦

١	٦/١ أم
٣	٢/١ أخت ش
١	٦/١ أخت لأم
١	٦/١ أخت لأب
١	٦/١ موصى له

صورتها على رأي الثاني، والثالث، والرابع، وعلى رأي المالكية له سهم من ستة، ويبقى خمسة تقسم على الورثة على قدر أنصبتهم.

الترجيح:

الراجح الذي يظهر لي - والله أعلم - هو أن الورثة يعطونه ما شاءوا؛ لأن السهم يقع على الكثير والقليل، وهو معنى الحظ والنصيب، والعرب كما تطلق السهم على المسنس فهي تطلقه - أيضاً - على غيره.

المطلب التاسع: الوصية بحزة شائع معلوم في جميع المال:

مثل الوصية بثلث ماله، أو ربه.

فالوصية صحيحة إجماعاً؛ لحديث سعد رضي الله عنه: "الثلث، والثلث كثير" ^(١).

ولا يشترط أن يكون للموصي مال يوم الوصية، ولا بقاؤه بعينه إذا كان موجوداً عند جمهور العلماء، فإذا لم يكن له مال وقت الوصية أو كان وهلك واستفاد مالا قبل موته، فإن الوصية تنفذ في جميع التركة حاضرها وغائبتها، ودينها وتقديها، ويعتبر الموصي له شريكا للورثة بنسبة الجزء الموصى له به.

وعند الظاهرية: تختص الوصية بالموجود يوم الوصية، فإن لم يكن له مال واستفاده، أو كان وهلك ثم استفاد غيره لم يكن للموصي له شيء، إلا أن يقول الموصي يخرج من متخلي كذا، فتنفذ في الجميع حيث^(١).

المطلب العاشر: الوصية بحصة مشاع في نوع من المال.

كثلث غنمه مثلاً، فإن هنا خلافاً:

القول الأول: أن المعتبر ما وجد يوم التنفيذ زاد المال على يوم الوصية أو نقص، فإذا كانت غنمه مائة وصارت ألفاً، فإنه يعطى لثلثها بالقيمة، كما أنها إذا هلكت ولم تبق إلا واحدة، فإنه لا يعطى إلا ثلث ما بقي؛ لأن الموصي له شريك للورثة، فالزيادة له ولهم والنقص عليه وعليهم.
وبه قال مالك^(٢).

القول الثاني: باختصاص الوصية بالموجود يوم الوصية:

فإذا هلك واستفاد غيره لم يكن للموصي له حق في المستفاد؛ لبطان وصيته بهلاك الموصي في الموجود يوم الوصية^(٣).
وإذا لم يبق إلا ثلث للموصي بثلثه أخذه الموصي له كله، كمن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه، فهلك الثلثان وبقي الثلث، فإنه يعطى للموصي له ما بقي ولا شيء للورثة فيه.

(١) المحلى، مصدر سابق، ٣٩١/٩.

(٢) للدولة ٤٤١٣/٤، الذخيرة ٥٩/٧، الزرقاني ١٩١١/٨، الوصايا ص ٣٤٩.

(٣) البدائع، مرجع سابق، ١٥٥/٧.

وهو قول الحنفية^(١).

واختلفوا إذا كان مال الموصى بجزئه مختلف الأجناس كالثياب والدور والرقيق.

فقال أبو حنيفة: للموصى له ثلث الباقي.

وقال أصحابه: الباقي كله للموصى له إذا كان قدر وصيته، كمن أوصى بثلث ثلاثة

أعبد أو ثلاث دور، فهلك اثنان أو استحق وبقي واحد، فإن العبد الباقي أو الدار الباقي

للموصى له عند محمد بن الحسن وأبي يوسف، وعلى قول أبي حنيفة ليس له إلا ثلث

الباقي^(٢).

وكذلك اختلفوا إذا لم يكن للموصى ما وصى به وقت الوصية ثم استفاد على

قولين:

الصحيح عندهم أن الوصية صحيحة، وقيل: باطلّة، فإذا أوصى له بثلث أراضيه ولا

أرض له، ثم ملك ذلك صحت الوصية على الأول، وبطلت على الثاني^(٣).

وسبب الخلاف: اختلافهم في اشتراط وجود الموصى به وقت الوصية وتقديم.

المطلب الحادي عشر: الوصية بجزء شائع في معين:

كثلث هذه الدار وهذه الأرض، فإن الوصية صحيحة اتفاقاً إذا كان المعين في ملك

الموصى وقت الوصية.

فإذا لم يكن في ملكه، فمذهب المالكية صحتها، ومذهب الحنفية والخنابلة بطلانها،

وللشافعية قولان بالصحة والبطالان^(٤).

(١) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٠١/٦.

(٢) نكحة.

(٣) البدائع، نفسه ٣٥٥/٧.

(٤) راجع ما سبق في شروط الموصى.

المطلب الثاني عشر: هلاك الموصى بجزئه:

اتفق الفقهاء على بطلان الوصية إذا هلك الموصى بجزئه أو استحق كله.

واختلفوا إذا لم يبق منه إلا قدر الموصى به أو أقل.

القول الأول: ليس للموصى له إلا ثلث الباقي أو ربعه حسب الوصية قل أو

كثر، ولا ينظر إلى ما هلك أو استحق.

وهو قول المالكية^(١).

القول الثاني: يعطى الباقي كله للموصى له؛

فإذا أوصى له بثلث هذه الدار فاستحق الثلثين، فإن الثلث الباقي للموصى له، وإن

استحق النصف أعطي الموصى له ثلث الدار والباقي للورثة.

وهو قول الأئمة الثلاثة^(٢).

(١) المدونة ٣١٤/٤، الذخيرة ٦٣/٧.

(٢) المصادر السابقة، وبأن في مغلطات الوصية.

المبحث الثاني

الوصية بالأعيان، والمراتب

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوصية بالمعين:

تصح الوصية بشائع، كما جاء في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه "الثلث، والثلث كثير"^(١)، وحديث أبي الدرداء رضي الله عنه: "إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم"^(٢).
و- أيضًا-: تصح بمعين باتفاق الأئمة^(٣).

وبدل لهذا:

١. عموم أدلة الوصية فإنها شاملة للوصية بالأعيان المعينة وغيرها^(٤).
٢. إجماع الصحابة، فقد أوصى عبدالرحمن بن عوف بخديقة لأمهات المؤمنين رضي الله عنهن^(٥).

وأوصى غلام لابنة عمه بخديقة بإشارة من عمر رضي الله عنه، ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة^(٦).
وتحته مسالتان:

المسألة الأولى: المراد بالمعين، ووسائل تعيينه:

المراد بالمعين: ما تعلقت الوصية بعينه وذاته، ويحصل ذلك بالإشارة إليه مع حضوره مثل هذه الدار، وهذه الأرض، أو هذه السيارة، أو تعيينه باسمه، ووصفه الخاص الذي يميزه عن غيره، مثل دار صفتها كذا وكذا، ونحو ذلك..

(١) سبق تخريجه برقم (٢).

(٢) سبق تخريجه برقم (٤).

(٣) المصادر الأئمة.

(٤) ينظر: الباب التمهيدي.

(٥) الخليلي، مرجع سابق، ٣١٦/٩.

(٦) سبق تخريجه برقم (١١٩).

واختلف في التعيين بالواقع -أي- الإضافة لياء المتكلم للموصي هل تفيد التعيين أم لا؟^(١) مثل أعطوه سيارتي أو داري إذا لم تكن له سيارة غيرها ولا دار غيرها، فقيل: تفيد التعيين^(٢). لاحتمال أن تكون الإضافة للعهد الخارجي؛ لأن المعهود معين في الخارج، وهو سيارته أو داره المعهودة للموصي.

وقيل: لا تفيد التعيين؛ لاحتمال الإضافة أن تكون للعهد الخارجي
فروع:

اختلف في التعيين بالاسم والصفة، مثل أعطوه ثيابي الحريرية، أو سيارتي البيضاء. قال ابن القاسم: يتم بها التعيين ورجحه الرهوني. وحجته: الوقوف مع لفظ الموصي به. وقال أشهب: لا يفيد ذلك التعيين.

وحجته: أن المقصود بذكر هذه الأوصاف الإشارة إلى النوع دون الشخص^(٣). ومما يبنى على هذا ما لو هلك الموصى به، فأخلف الموصي مثله أو باعه واشترى مثله، فمن قال بالتعيين قال تبطل الوصية، ولا حق للموصى له في الخلف لتعلق الوصية بمعين وقد هلك، أو خرج من ملك الموصي، ومن رأى عدم التعيين قال لا تبطل الوصية الأولى؛ لأنها لم تتعلق بعين الموصى به، وإنما تعلقت بنوعه وصفته فتتعلق ببذله. فإذا أوصى بداره أو سيارته البيضاء فباعهما واشترى داراً أخرى، فإن الوصية تتعلق بالدار والسيارة الجديدتين على القول بعدم التعيين، ولا تتعلق بهما على قول ابن القاسم القائل بالتعيين بالإضافة والوصف^(٤).

(١) انظر: حاشية بناني ١٩٥/٨، الرهوني ٢٦١/٨.

(٢) حاشية الرهوني ٢٦١/٨، الذخيرة ٤٤٥/٧.

(٣) حاشية الرهوني ٢٥٩/٨، الوصايا والتفريق من ٢ = ٥.

المسألة الثانية: كيفية تنفيذ الوصية بالمعين:

وتحتها أقسام:

القسم الأول: إذا كان المعين يحمله الثلث والوصية به لمعين، فيالاتفاق على استحقاق الموصى له عين الموصى به يأخذه بعينه، ولا حق للورثة في الاحتفاظ به ودفع قيمته أو بدله للموصى له أو إعطائه الثلث في الشيع^(١).

فإذا أوصى بهذه الدار لعتمه وجب تسليمها لها، ولا يسمع من الورثة دعوى ألحها أفضل أموال الميت ما دام الثلث يحملها.

القسم الثاني: إذا كان يحمله الثلث والوصية به لغير معين كالفقراء والمساكين.

فاختلف في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يجب تنفيذ الوصية وإعطاء الموصى به للموصى لهم، ويجبر الورثة على تسليمه لهم:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).

قال النونشريسي: "وسئل أبو عبدالله السطحي عليه السلام ... عنمن أوصى بمعين مما يحمله الثلث أن يصرف على المساكين فأبى الورثة ..." إجبار الورثة على تنفيذ الشيء الموصى به لازم، وقد أجمعت الأمة: أن الوصية إذا كانت بالثلث أو أقل لغير الوارث إذا لم يقصد المورث مضارة الورثة تنفذ، فإذا لم يقض عليهم بالتنفيذ، بل كان موقوفاً على اختيارهم ورضاهم كان ذلك تمكيناً لهم من رد الوصية، والإجماع على خلافهم."

وحجته:

١. عموم الأدلة الدالة على وجوب العمل بشرط الموصي^(٣).

(١) الفتاوى الهندية ٤٤٦/٦ المدونة ٤/٣٢٧، المختصر ١٦٣/٦، الذخيرة ١١٣/٧.

(٢) لمعارف مرجع سابق، ٣٧٠/٩.

(٣) ينظر: مسحت شروط الموصى.

٢. الأدلة الدالة على ملكية الموصى له للوصية سواء أكان معيناً، أو غير معين^(١).

ولذلك لا يتصرف بماله إلا برضاه.

القول الثاني: الخيار للورثة في إخراج الموصى به بعينه، أو بيعه والتصدق بثمنه، أو الاحتفاظ به وإخراج قيمته:

وبه قال الحنفية.

وقال بعض الحنفية: لم الخيار في إخراج بعينه أو بيعه والتصدق بثمنه، وليس لهم إمساكه وإخراج قيمته^(٢).

وحجته:

١. أن الوصية لمعين تحتاج إلى القبول، وبمجرد حصوله يصير ملكاً للموصى له المعين لا يمكن منعه منه بخلاف الوصية لغير معين، فإنها لا تحتاج إلى قبول فيجوز للموارث تبديلها.

٢. أن هذا مبني على أصل الحنفية في إجزاء القيمة في باب الكفارات والزكاة حين أجازوا إخراج القيمة.

٣. أن المقصود بالوصية للمفقراء هو إيصال النفع لهم، وذلك يتحقق بتسليمهم الموصى به بعينه، أو ثمنه أو قيمته.

ونوقش هذا الاستدلال بأنه يخالف عموم قوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا أَثْمُمُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٣).

وإمساك الموصى به والتصدق بقيمته أو بيعه والتصدق بثمنه تبديل للوصية، كما يخالف القاعدة الأصولية: أن الواجب المعين يجب تنفيذه بعينه ولا يقبل البذل، والقاعدة

(١) ينظر: مبحث ملكية الموصى به.

(٢) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ٥٠٦/٣، ٥٠٧.

(٣) من الآية ١٨١ من سورة الشقرة.

الفقهاء: أنه ليس من حق أحد أن يبيع غيره على بيع ماله له والفقراء يملكون الوصية بمجرد موث الموصي من غير حاجة إلى قبول اتفاقاً فلا يجوز أخذ ماله واستبداله بغيره.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لموافقته القواعد وظاهر النصوص.

القسم الثالث: المعين الذي لا يعمل به الثلث، فبالإتفاق على أنه لا حق للورثة في الاحتفاظ به وإعطاء الموصي له المعين الثلث، كما أنه لا حق للموصي له في أن يقول أنا آخذة كله وأعطي الورثة الزائد على الثلث؛ لأنه مشترك بين الورثة وبين الموصي له، ولا حق لأحد من الشركاء في جبر شريكه على بيع حظه له؛ لقوله ﷺ: **﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ** **بِحَكْمَةٍ عَنْ قَرَابَةٍ مِنْكُمْ﴾** ^(١).

ولكن هناك خلاف فيما يستحقه الموصي له من المعين:

القول الأول: يعطى الموصي له ثلث المعين ويكون شريكاً بباقيده، في بقية التركة حتى يستوفي تمام الثلث، أو يعطى ما يعمل به الثلث؛
وبه قال أبو حنيفة، والشافعي ^(٢).

القول الثاني: إذا شاء الورثة أمضوا الوصية كما هي، وإن شأوا أعطوا الموصي له ثلث الميت في المعين:

فإذا كان لشخص دار وأرض تساوي كل واحدة منهما ثلاثة آلاف، فأوصى بداره وترك الأرض لورثته، فإن الورثة يخبرون في إجازة الوصية ويعطوا الموصي له الدار كلها، وإما أن يعطوه ثلث الميت ويأخذوه في الدار فيعطى ثلثها، وهو الراجح عند المالكية.

وعند الحنابلة: يعطى الموصي له ثلث الميت يأخذوه في المعين ولا يخبر الورثة.

(١) من الآية ٢٩ من سورة النساء، النظر: السجدة ١٢٤/٧، الفتاوى ١٦٣/٢.

(٢) البدائع ٣١٧/٧، المدخول ١٥١/٧.

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. أن الوصية تلزم بالموت والقبول إجماعاً، وبذلك يستحق الموصى له وصيته.
 ٢. أن تخيير الورثة يلزم منه إجبار الموصى له على المعاوضة بغير رضاه.
 ٣. أنه يلزم منه المعاوضة بمجهول؛ لأن الانتقال من المعين الموصى به إلى الثلث الشائع معاوضة عن المعين بشائع مجهول^(١).
 ٤. و-أيضاً- تغيير الوصية وتبديلها من الوصية بمعين إلى الوصية بثلاث شائع^(٢).
 ٥. ظلم الموصى له بإعطائه غير ما وصى له به من المعين.
 ٦. الوقوع في الربا في بعض الحالات، كما لو أوصى له بمائة دينار معبئة، فإنه يستحق ثلثها فإذا أخذ وأخذ معه أكثر منها صار رباً.
 ٧. ظلم الورثة بتخيرهم بين إمضاء الوصية والتنازل عن جميع الثلث^(٣).
- ونوقش هذا الاستدلال: بأن ما ألزموه لازم لهم؛ لأنهم لا يقولون بإعطاء الموصى له جميع الثلث في المعين، بل يعطونه ثلث المعين ويجعلونه شريكاً بقية الثلث في جميع باقي التركة^(٤).
- فجعلوا بعض حقه في غير المعين الموصى له به، وفي ذلك إجبار للموصى له على المعاوضة بغير رضاه والمعاوضة بالمجهول، وتغيير الوصية، وظلم الموصى له بإعطائه غير ما وصى له به، والوقوع في الربا.

ودليل المالكية على التخير:

١. أن الأصل في الوصية أن تكون في الشيعاء، وليس للموصي التعيين إلا بإذن

(١) المحرقة، مرجع سابق، ١٥٢/٧.

(٢) المعنى، مصدر سابق، ١٥٥/١٥٤/٦.

(٣) البداية، نقس، ٣٣٧/٢.

(٤) البداية، ٣٣٧/٢، المحرقة، ١٥٢/٧، المنتقى، ١٣٦/٦.

الورثة فعدوله من الشيع إلى التعيين اعتداء على حقوقهم في أعيان التركة، فبغير الورثة في قبول ذلك أو رده، بمنزلة جناية العبد على مال الغير، فإن السيد يجبر في إسلامه أو فدائه بأرض الجناية.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ فالوصية كما تصح في المشاع تصح في المعين، ولا دليل على التفريق.

٢. حججهم على جعل الثلث بكامله في المعين أمران:

أ- أن الاعتداء وقع في مجاوزة الثلث فيبطل الزائد عليه خاصة.

ب- أن المعين إذا هلك كان ضمانه من الموصى له إجماعاً، فدل ذلك على تعلق حق الموصى له بالمعين واختصاصه به، فيعطى وصيته كلها فيه وهو ما يحمله الثلث منه^(١).

٣. وحججهم على أنه يجمع له ثلثه في المعين:

أن الموصى به إذا هلك كان هلاكه من ضمان الموصى له، فدل على اختصاص وصيته به، فإذا زاد على الثلث؛ فإنه يبطل الزائد على الثلث.

الترجيح:

والقول الأول: أقرب؛ لقوة دليله.

القسم الرابع: المعين الذي لا يحمله ثلث المال الحاضر، ويحمله مجموع التركة الحاضر منها والغائب، وهذا القسم يتصور فيمن له مال حاضر وغائب، أو ديون ويوصي بمعين لا يحمله المال الحاضر في البلد، ولكن مجموع الأموال الحاضرة والغائبة والديون يحمله ثلثها.

فللعلماء في ذلك أقوال:

القول الأول: تحيير الورثة بين إجازة الوصية كما هي وبين إعطاء الموصى له ثلث

(١) المصدر السابق. وانظر: الدخوة ١٥١/٤، المنتقى ١٢٦/٢.

جميع التركة في الحاضر منها والغالب والدين إذا كان:

وبه قال المالكية^(١)

وتقدم دليلهم

القول الثاني: يعطى الموصى له من المعين ما يحمله ثلث المال الحاضر، ويوقف الباقي خوفاً من ضياع المال الغالب، فإذا حضر شيء من الغالب أو اقتضى شيء من الدين أعطى الموصى له من المعين بقدر ثلث المقبوض والحاضر، وهكذا كلما حضر مال، أو قبض دين حتى يأخذ جميع للموصى به المعين، وفي حالة تلف المال أو هلاك الدين، فإن الباقي من المعين يبقى ملكاً للورثة. وبه قال الحنفية، وبعض الحنابلة^(٢).

القول الثالث: التفريق بين الغيبة المانعة من التصرف لتعذر الوصول إليه، وبين الغيبة التي لا تمنع من التصرف، ففي الغيبة التي لا تمنع من التصرف يعتبر للمال الغالب في حكم الحاضر وتنفذ الوصية في المعين بتسليمه كله للموصى له يتصرف فيه كيف شاء لحمل الثلث له.

وفي الغيبة التي تمنع من التصرف في المال الغالب، فإن الموصى به يوقف كله ويمنع الموصى له من التصرف فيه،

وهذا هو الأصح عند الشافعية، وهو قول عند الحنابلة^(٣).

وفي قول للشافعية: له حق التصرف في ثلثه؛ لأن استحقاقه له ثابت على كل حال حضر للمال الغالب أو ضاع ويمنع من التصرف فيما زاد عليه^(٤).

(١) انظر: المتقى - مرجع سابق، ١٦٤/٥.

(٢) أحكام الوقف والوصايا في الشريعة الإسلامية فراح ص ٢٨٠.

(٣) المتقى، مصدر سابق، ١١٤/٦، ١١٥.

(٤) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٥٨١٤٧/٦.

(٥) المتقى، مرجع سابق، ١٦٤/٦.

القسم الخامس: الوصية بالثلث وتعيينه في عين بذاتها، كأن يوصي لحفيذه بالثلث يأخذه في دار، فتصح الوصية، فيعطى الموصى له الدار، ويكمل له الثلث من باقي التركة أخذًا بأول كلام الموصي الذي هو الثلث وتعيين الدار بعد ذلك يعتبر كذكر الخاص بعد العام، فلا يخصصه.

وقال بعض المالكية: بأنه ليس للموصى له إلا ما عينه الموصي، والزائد عليه الباقي من الثلث يعود لورثة الميت اعتبارًا بآخر الكلام، وكأن هذا رأي من قال: إن الخاص يخصص العام مطلقًا، وإن لم يتافه، وهو قول ضعيف عند الأصوليين^(١).

المطلب الثاني: الوصية بغير معين، وتحت مسائل:

المسألة الأولى: الوصية بعين مبهمه غير شائعة في جنسها ولا في مال الموصي:

مثل الوصية بشاة أو نخلة أو سيارة أو دار هكذا مبهمه.

وقد اختلف الفقهاء في صحتها وبطلانها على قولين:

القول الأول: صحتها:

وهو قول جمهور أهل العلم؛ لعموم أدلة الوصية.

القول الثاني: ببطلانها إذا مات ولا غنم له:

وبه قال بعض الحنفية.

الترجيح:

والراجح: قول جمهور أهل العلم؛ لاتفاقهم على صحة الوصية بالجهول، وهذا منه^(٢).

وقد اختلف العلماء فيما يجب فيها على أقوال^(٣):

القول الأول: أن الواجب فيها قيمة الوسط من الموصى له:

فإذا كانت الوصية بشاة لزمهم قيمة شاة وسط، وإذا كانت بدار لزمهم قيمة دار

(١) التوازي الصفري ٩/٣، ٤/٤٢٥ + ٤٤٣، الوصايا من ٥٠٣ وما بعدها.

(٢) البدائع ٣٥٥/٧، الفتاوى الهندية ١٠٦/٦.

(٣) الفتاوى الهندية ١٠٦/٦، شرح الررقي ١٩١/٨، التاج والإكلیل ٣٧٧/٦، عمدة المحتاج ٧٠/٦، المغني ١٤٩/٦.

وسط، ولا يلزم الورثة شراؤها إذا لم تكن في التركة كما لا يلزم إعطاؤها إذا كانت في التركة.

وهو قول المالكية^(١).

وحجته: حمل اللفظ على أوسط مدلولاته.

وفي قول للمالكية: أن الواجب فيها العين الموصى بها يعطونها له من التركة، أو يشترونها له إذا لم تكن في التركة.

وحجته: وقوفاً مع لفظ الموصى؛ لأنه أوصى بالعين ولم يوص بالقيمة.

القول الثاني: أن الورثة بالخيار في إعطاء العين الموصى لها، أو قيمتها الوسط:

وهو قول الحنفية^(٢).

وحجته: ما تقدم من حجة القول الأول.

القول الثالث: أنه يجب فيها أقل ما يصدق عليه الاسم:

فإذا كانت بشاة لزمهم أقل ما يسمى شاة صغيرة، أو كبيرة سليمة، أو معيبة، وهكذا إذا كانت الوصية بدار أو سيارة أو فرس، ففي الجميع يلزمهم ما يسمى بذلك الاسم لغة، ولا يلزمهم أن يعطوه مما في التركة ولا يجوز إعطاء القيمة.

وهو قول الشافعية، والحنابلة^(٣).

وحجتهم: حمل اللفظ على أقل مدلولاته، فيلزم عليه أقل ما يسمى بذلك الاسم.

ولعل سبب هذا الخلاف: راجع إلى الخلاف في حمل اللفظ على أقل مدلولاته، أو أعلاها، أو وسطها، فمن قال يحمل على الوسط قال هنا يلزم الوسط ومن رأى حمله على أقل مدلولاته قال هنا يلزمهم أقل ما يسمى بذلك الاسم.

(١) شرح الزرقاني، مرجع سابق، ١٩١/٨.

(٢) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٧٠/٦.

(٣) المغني مع الشرح الكبير، مرجع سابق، ١٤٩/٦.

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - أن يقال إن الواجب الوسط من جنس ما أوصى به الميت؛ إذ هو العدل إلا إن رضي الموصى له بالقيمة، فيعطى قيمة الوسط لما تقدم.
ولم يقل أحد هنا بلزوم الأعلى؛ لأن الأصل براءة الذمة مما زاد على الأقل فلا يلزم إلا بيقين، ولأن الزائد مشكوك فيه والأموال لا تنتقل بالشك، ولأن الشك في السبب يؤدي إلى بطلان المسبب.

المسألة الثانية: الوصية بعين شائعة في نوعها:

مثل: الوصية بشاة من غنمه، أو نخلة من نخيله، أو شقة من شققه، أو دار من دوره، أو بعير من إبله، أو سيارة من سياراته، أو سفينة من سفنه.
لا خلاف في صحة الوصية إذا كان الموصى به موجوداً وقت الوصية والموت، كما اتفقوا على بطلانها إذا لم يكن موجوداً وقت الموت وإن كانت موجودة وقت الوصية.
وقد اختلف العلماء في اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية وعدمه على قولين:

القول الأول: أنه يشترط وجوده وقت الوصية^(١)

وهو مذهب المالكية، وقول الحنفية.

وأحد وجهين للمخاتلة.

القول الثاني: أنه لا يشترط وجوده:

وهو قول للحنفية، ومذهب الشافعية.

والوجه الثاني للمخاتلة^(٢).

وتظهر ثمره الخلاف: فبمس ملك ذلك بعد الوصية ومات والموصى به في ملكه، فعلى

(١) الفتاوى الهندية ١٠٦/٦، حاشية الدسوقي ٢٤٠/٤، حاشية العلوي ١٤٦/٥.

(٢) البدائع ٣٥٥/٧، نهاية المحتاج ٦٩/٩، المغني ١٤٦/٦.

القول الأول تبطل الوصية ولا شيء للموصى له، وعلى الثاني تصح ويعطى للموصى له وصيته.

أدلة القول الأول: (عدم اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية)

١. القياس على الوصية بالدراهم المرسلة كآلف درهم؛ فإنه لا يشترط تملكها وقت الوصية.

٢. القياس على الوصية بجزء شائع كثلث ماله، أو ربعة؛ فإنه لا يشترط وجود مال له وقت الوصية، فكذلك هنا^(١).

وحجة من قال باشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية:

استدلوا على اشتراط وجود الموصى فيه وقت الوصية وبطلانها إذا لم يكن موجودا ولو وجد عند الموت:

١. أنه أوصى بما لا يملك ولا وصية فيما لا يملك.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ إذ لم يوص بمعين.

وإنما أوصى بفرد منهم.

٢. أن تقييد الوصية بقوله من غنمي مثلاً جعل كلامه كالحديث؛ لأنه لا غنم له،

ومن شروط الوصية الجدية في إنشائها وعدم الهزل فيها كما سبق^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ إذ قوله: "من غنمي" مثلاً، باعتبار ما

سيكون، وهذا صحيح لغة.

٣. القياس على من قال: أوصيت له بداري، ولا دار له، فإن الوصية تكون باطله،

فكذلك هنا^(٣).

(١) المصدر السابق.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤/٤٤٠، شرح الخنزي ٦/٤٤٦، شرح الرزقاني ٨/١٩١.

(٣) المغني مع الشرح الكبير، مصدر سابق، ٦/١٤٩.

ونوقش هذا الاستدلال: بالفرق؛ إذ قوله بذاري وصية بمعنى غير موجود، أما هنا فوصية بمبهم، و-أيضاً- عدم الجواز غير مسلم.

وسبب الخلاف: هو هل المعتبر في الملك وقت الوصية أو وقت الموت، فمن اعتبر الأول قال ببطلانها، ومن اعتبر الثاني قال بصحتها.

الراجع:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ إذ المعتبر في الوصايا وقت الموت، والأصل إعمال كلام الموصي لا إعماله، ما لم توجد قرينة.

وأما قدر ما يجب فيها فعلى أقوال^(١):

القول الأول: أن الموصي له شريك بالجزء في نوع المال الموصى فيه بنسبة العدد الموصى به وقت الوصية للعدد الموجود يوم تنفيذ الوصية زاد للمال أو نقص، وإذا لم يبق إلا العدد الموصى به، فإنه يأخذه الموصي له وحده إذا حمله الثلث، أو قدر ما يحمله منه إذا كان أكثر من الثلث.

فإذا كانت الوصية بعشر شياه من غنمه وهي خمسون يوم الوصية، فكأنه أوصى له بخمس الغنم؛ لأنها نسبة عشرة إلى خمسين فإذا بقيت الغنم كذلك فذلك، وإذا زادت أو نقصت اعتبرت تلك النسبة، فإذا تمت فأصبحت مائة فإنه يكون شريكاً بالعشر لا بالخمس؛ لأن المعتبر يوم التنفيذ، وإذا نقصت فصارت عشرين كان شريكاً بالنصف، فتحجز الغنم إلى عشرة أجزاء في المثال الأول، وإلى جزأين في الآخر معتبراً في ذلك القيمة، ثم يقرع بينهما، فمن نابه شيء أخذه.

وباعتبار القيمة في القسمة دون العدد يمكن أن يتونه في سهمه عشرة أو عشرون أو أكثر لاختلاف الغنم كبرا وصغرا، وجودة ورداءة، وسننا وهزالاً.

(١) للبدونة ٤/٢٨٠، المحررة ٧/٥٧، شرح الرقائي ٨/١٩١، مواهب الجليل ٦/٣٧٧، التاج والإكمل ٦/٣٧٧، ٣٧٨ الوصايا ص ٤٣٦.

فإذا ماتت الغنم ولم يبق إلا العدد الموصى به أو أقل، فإن الموصى له يأخذ ذلك وحده ولا ينقص له عن العدد المسمى:

وإذا وصى بعشرة وهي خمسون، فمات عشرون أعطي ثلث الباقي، وإن هلك ثلاثون أعطي نصف الباقي، وإن بقي خمسة عشر فله الثلثان، وهو المشهور عند المالكية^(١).

القول الثاني: أنه شريك بالجزء مطلقا زاد المال أو نقص، ولو لم يبق إلا واحدة: وبه قال بعض المالكية^(٢).

فإذا أوصى له بشاة من غنمه وهي خمسة، فقد أوصى بخمسين غنمه، فإذا هلكت ولم يبق إلا واحدة أعطي خمسا، وهكذا.

وحجه هذا القول: مراعاة لفظ الموصي والنسبة بين العدد الموصى به والموصى فيه زاد المال أو نقص بخلاف القول الأول، فإنه راعى النسبة إذا بقي المال على حاله أو زاد، أما إذا نقص فإنه يعتبر عنده العدد حيث وجد.

القول الثالث: أنه يعطى للموصى له بعدد ما وصى له به:

فإن كانت الوصية بواحدة أعطي واحدة، وإن كانت بعشرة أعطي عشرة، وهكذا يقطع النظر عن القيمة وبلا قرعة؛ وقولا مع لفظ الوصية.

وللورثة أن يعطوه أقل ما يصدق عليه الاسم، ولا يلزمهم الوسط ولا الأعلى؛ لقاعدة المطلق يخرج من العهدة منه بأقل ما يصدق عليه اللفظ، وقاعدة حمل اللفظ على أقل مدلولاته. ولا يجوز للورثة إمساك ما في التركة وإعطائه من غيرها، ولو تراصبا على ذلك إلا إذا لم يكن في التركة إلا العدد الموصى به فإنه يتعين دفعه بعينه ولو كان أعلى وأجود.

فإذا أوصى بسيارة من سياراته أو دار من دوره ومات وليس له إلا سيارة فاخرة أو دار

(١) المصادر السابقة للمالكية.

(٢) غيرها.

فخصة، فإنه يتعين إعطاؤها للموصى له إلا أن يصالحوه على غيرها، فيجوز عندهم؛ لأنه صلح على معين بخلاف ما إذا كان في التركة أكثر من العدد الموصى به، فإنه لا يجوز الصلح وإعطاؤه من غير التركة؛ لأنه صلح على مجهول، وذلك أنه إذا أوصى له بسيارة من سيارته فمات عن خمس سيارات مثلاً، فإن الواجب واحدة غير معينة، فيجوز إعطاؤه أي واحدة منها، فإذا صالحوه بإعطاء غيرها فقد صالحوه على غير معين، فلا يجوز.

وهو مذهب الشافعية^(١).

والمذهب عند الحنابلة: أنه يعطى الموصى له ما يقع عليه الاسم^(٢) وحجته: أنه يعطى الموصى له ما يقع عليه الاسم؛ لأنه اليقين كالإقرار.

القول الرابع: أن للورثة الخيار في إعطائه العين الموصى بها أو قيمتها، ويلزمهم الوسط في الحالتين^(٣):

وهو مذهب الحنفية.

وحجته: أن الوسط فيه مراعاة لحق الورثة وحق الموصى له.

القول الخامس: أن الموصى له شريك بالعدد الموصى به يأخذه بالقرعة:

فإذا أوصى له بشاة من غنمه أو سيارة من سيارته، فإنه يعطى واحدة بالقرعة.

وبه قال بعض المالكية، وأحد قولي الحنابلة^(٤).

وحجته: أن القرعة طريق لإخراج المهر من بين أمثاله.

والأقرب أن يقال:

إن كان هناك عرف أو قرائن رجح لها، وإن لا كما ذكر الشافعية والحنابلة: أنه يعطى

(١) لعامة الاختصاص ٦/٦٤، للمغني ٦/١٤٩.

(٢) الإتصاف، مرجع سابق، ٧/١٩٣.

(٣) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ٦/١٠٦.

(٤) المصادر السابقة للمالكية والحنابلة.

أقل ما يقع عليه الاسم لوجود الدلالة القوية.

المسألة الثالثة: الوصية بعين شائعة في جميع المال:

مثل: الوصية بسيارة من ماله، أو دار، أو شاة من ماله، ولا يشترط وجود الموصى به يوم الوصية بالاتفاق، فإذا أوصى له بشيء من ذلك ولا سيارة له ولا دار ولا شاة يوم الوصية، ثم ملك ذلك ومات وهي في ملكه فإن الوصية تصح؛ لوجود الموصى به وقت الموت وهو وقت وجوب الوصية.

والفرق بين هذه وبين التي قبلها - شاة من غنمي - أنه هنا أضاف الموصى به إلى ماله، فدل ذلك على قصده إعطاء ذلك وإن لم يكن موجوداً، وفي التي قبلها شاة من غنمي أضاف الموصى به إلى نوعه، فافتضى ذلك إعطاءه إذا كان ذلك النوع موجوداً في التركة، فتبطل الوصية إذا لم يوجد في التركة.

أما النسبة لما يستحقه الموصى له فيها، فإن هناك أقوالاً:

القول الأول: أن الخيار للورثة في إعطاء العين الموصى بها، أو قيمتها على نحو ما سبق في الوصية بعين مطلقة:
وهو مذهب الحنفية.

لكن عند الحنفية: يشترط وجود الموصى به عند الموت.

القول الثاني: أن الورثة يعطونه أقل ما يصدق عليه الاسم ولا يلزمهم الأفضل، ولا الوسط، كما لا يلزمهم إعطاؤه مما هو موجود في التركة، فلهم أن يشتروا له، ولا يعطونه القيمة ولا يعطونه غير المسمى.

والفرق بين هذه وبين التي قبلها حيث لزمهم إعطاؤه مما في التركة وتعيينه إذا لم يوجد إلا العدد الموصى به: أنه في الأولى قيد الموصى به بكونه من غنمه أو سيارته أو دوره، فكانت وصية مقيدة بما في التركة، والمقيد محمول على قيده، وإعطاؤه من غيرها لا يبدل للوصية لا يجوز، وفي هذه الصورة الموصى به مطلق غير مقيد، فلذلك يجوز إعطاؤه مما في

التركة ومن غيرها والخيار لهم لا له.

وبه قال الشافعية^(١).

وحجته: أن الموصى به مطلق غير مقيد.

القول الثالث: أنه إذا لم يكن له الموصى به يوم الوصية، فإنهم يعطونه قيمة

الوسط:

وهو الراجح عند المالكية.

المسألة الرابعة: الوصية بنوع من ماله، مثل: الوصية بغممه، أو سيارته، أو خيله:

تصح الوصية بنوع من ماله، كالوصية بغممه ونحو ذلك باتفاق العلماء، وفي ذلك

أمران:

الأمر الأول: اشتراط وجود الموصى به عند الموت.

يشترط وجود الموصى به يوم الموت بالاتفاق، وإن هلك أو مات قبله فإن الوصية

تبطل فيه؛ لفوات عينه وتعدّر تنفيذ الوصية فيه، ولا تنفذ في غيره من المال الذي لم يوص

فيه؛ وقولاً مع لفظ الموصى^(٢).

سواء أكان الهلاك قبل الموت أو بعده؛ لأنه إذا كان الهلاك قبله فالوصية لا تستحق إلا

بالموت ولا موصى به عنده، وإن كان بعد الموت فلا لأن التركة في يد الورثة أمانة غير مضمونة؛

لأنه حصل التلف بغير تعد ولا تضرط، والأمين لا ضمان عليه إلا أن يتعدوا بعد الموت

فيلزمهم الضمان، كما أنه إذا كان الهلاك بتعد من أجنبي بعد الموت فإن الوصية تنتقل إلى

بدل الموصى به من قيمته أو مثله؛ لأن الوصية تملك بعد الموت فمن أ تلفها فعليه غرمها^(٣)؛

لقوله ﷺ: ﴿مَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾^(٤).

(١) الأم ٩٥/٤، نهاية المحتاج ٩٦/٦.

(٢) المدونة، مرجع سابق، ٩٨٠/٤.

(٣) المغني ٧٣/٦، الذخيرة ٤٧/٧، نهاية المحتاج ٧٣/٦، حاشية الرهوي ٢٥٨/٨، الوصايا ص ٢٠٥.

(٤) من الآية ٩٩٤ من سورة البقرة.

الأمر الثاني: اشتراط وجود الموصى به عند الوصية.

اختلف العلماء على أقوال:

القول الأول: أنه لا يشترط وجوده في ملك الموصي يوم الوصية، الوصية صحيحة

إذا ملك ذلك بعد الوصية قبل الموت:

وبه قال الشافعية، والحنابلة^(١).

وحجته: أن العبرة بيوم الموت^(٢).

القول الثاني: اشتراط وجوده يوم الوصية، ولا يكفي وجوده بعدها قبل الموت،

فإذا أوصى بغنمه ولا غنم له، ثم ملك ذلك ومات وهي في ملكه فإن الموصى له لا

حق فيها:

وهو مذهب الحنفية، وهو مقتضى قول للمالكية^(٣)، وقول الظاهرية^(٤).

وحجته: بطلان الوصية حين إنشائها، وما وقع باطلا لا يمكن تصحيحه.

وأما بالنسبة لاستخلاف مثله في حال هلاكه أو بيعه، فإن هناك قولين^(٥):

فقليل: إن الوصية تتعلق بنوع الموصى به لا بشخصه، فإذا هلك ما كان موجودا أو

باعه وأمتلك مثله، فإن الوصية تتعلق به ويقضى به للموصى له.

وقليل: تختص بعين الموجود يوم الوصية، فإذا استبدله بمثله فلا حق للموصى له في

البديل^(٦).

(١) لمصادر السابقة للشافعية والحنابلة.

(٢) نهاية المحتاج ٩٩/٦، حاشية الشرفاوي ٧٥/٢.

(٣) الشرح الكبير ٤٤٠/٤، شرح المحرشي ١٤٦/٥، شرح الزرقاني ١٩٩/٨.

(٤) المحلى، مرجع سابق، ٣٢١/٩.

(٥) حاشية الرهوي ٣٢١/٨، وما بعدها.

(٦) الوضايح والتنزيل، مصدر سابق، ص ٥٠٥.

المطلب الثالث: الوصية بالنقود، وفيه مسائل:المسألة الأولى: أن تكون التركة كلها عروضاً لا نقود فيها:

كما لو أوصى بعين ليست في التركة كآلف درهم، ولا دارهم له، ففيه خلاف:
القول الأول: أن الورثة يخبرون إما أن يخرجوا الوصية، أو يعطوا للموصى له ثلث التركة كلها، ولا يبيع الحاكم شيئاً من التركة لتنفيذ الوصية:
وبه قال مالك.

وحجته: أن الموصى لاحق له في الوصية بأكثر من ثلثه؛ فإن عدل عنه إلى الوصية بما ليس في التركة، لم يلزم ما عينه.

القول الثاني: لا يخير الورثة، بل تباع العروض ويعطى الموصى له وصيته:

وهو قول الحنفية، وأشهب، وابن القاسم.

وحجته: مراعاة لفظ الموصى.

إلا أن أشهب قال: بتعجيل البيع لتنفيذ الوصية، إلا أن يكون في ذلك ضرر على الورثة فيؤخر اليوم واليومين؛ لأن دلالة الأمر على الفور:
وابن القاسم قال: بالانتظار حتى تباع العروض ولا يعجل البيع^(١)؛ لأن دلالة الأمر ليست على الفور.

ونوقش: بعدم التسليم؛ بل الأمر يقتضي الفورية.

والأقرب:

هو القول الأول؛ لقوة ما عللوا به، وينادر بالوصية؛ لدلالة الأمر على الفور.

المسألة الثانية: أن تكون التركة كلها نقوداً:

فالوصية تجوز في حدود الثلث إذا كانت التركة كلها حاضرة، فإن كان فيها عين حاضرة وعين غائبة، فليس له الوصية إلا بما يحمله ثلث الحاضرة، فإن زاد عليه كان للورثة

(١) الفتاوى الحامية ٤/٢٣٤، المدخلة ١٥١/٧، المقتضى ١٦٣/٦، مواهب الجليل ٦/٢٨٤.

الخيار في إمضاء الوصية، أو إعطاء الموصى له ثلث الميت في الحاضرة والغائبة، نص عليه المالكية^(١).

المسألة الثالثة: أن تكون التركة مختلفة؛ بعضها عروض وبعضها نقود؛ فإذا أوصى بالعين وترك العروض للورثة كمن له أرض ودار وماشية، ونقده، وأوصى بالنقد.

ففيه خلاف:

القول الأول: يجوز له ذلك أحب الورثة أم كرهوا إذا كانت في الثلث فأقل^(٢)؛ وبه قالت الحنفية. وأشهب من المالكية. وحجته: عموم أدلة الوصية، وهذا يقتضي أن له أن يوصي بما شاء إذا كان في حدود الثلث لغير وارث.

القول الثاني: لا يجوز له أن يوصي بالنقد كله أو بأكثر من ثلثه، ويترك للورثة العروض ولو كانت قيمتها أكثر من ثلثي التركة؛ وهو قول مالك، وابن القاسم^(٣).

وحجته: تضرر الورثة؛ إذ النقد ليس كالعرض. **القول الثالث:** إن كان يبيع العقار والعروض يتأخر؛ فالخيار للورثة في إمضاء الوصية أو إعطاء الموصى له ثلث التركة في العين وغيرها. وهو قول للمالكية^(٤).

وحجته: دفع الضرر عن الورثة.

(١) للشافعي ١٦٤/٦، لمعار ٣٨٥/٩.

(٢) للمصدر نفسه.

(٣) الفتاوى الحامية ٤٣٤/٦؛ للشافعي ١٦٤/٦.

(٤) للشافعي ١٦٤/٦، لمعار ٣٨٥/٩.

(٥) الذخيرة ١٢٠/٧، للشافعي ١٦٤/٦.

والأقرب:

هو القول الأول؛ لقوة دليله.

المسألة الرابعة: أن تكون التركة بعضها نقود وبعضها دين:

ففيه خلاف -أيضاً-:

القول الأول: لا يجوز أن يوصي بالعين الحاضرة ويترك للورثة الدين، ولو كانت

العين الموصى بها الثلث بأقل^(١):

فإن فعل فللورثة الخيار في إمضاء الوصية أو إعطاء الموصى له ثلث التركة.

وبه قال مالك.

وحجته: دفع الضرر عن الورثة.

القول الثاني: يجوز ذلك بشروط:

أن يكون المدين حاضراً موسراً غير ملدء، وأن يكون الدين حالاً أو مؤجلاً لا يتعذر

بيعه، وقيمته الثلثان فأكثر^(٢).

وحجته: دفع الضرر عن الورثة.

القول الثالث: إن خرجت الوصية من ثلث العين فذلك، وإن لم تخرج دفع إلى

الموصى له ثلث العين، وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي وصيته:

وهو قول الحنفية.

المسألة الخامسة: حين تكون التركة كلها مالا غائباً، أو ديناً ولا تكون مالا

حاضراً:

فإن الوصية بالعين المرسله صحيحة، فإن طالب الموصى له بتعجيل وصيته فإنه يغير

الورثة في تعجيل الوصية، أو إعطائه ثلث التركة يتقاضى لنفسه وينتظر ما غاب^(٣).

(١) للدولة ٣٠٥/٤، الذخيرة ١١٩/٧.

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ١١٩/٧.

(٣) الفتاوى ١٦٩/٦، الوصايا ص ٥٠٦.

المطلب الرابع: الوصية بالدين^(١)، وفيه مسائل:المسألة الأولى:

الدين مال من الأموال تصح الوصية به كله أو بعضه إذا حملته الثلث كغيره من الأموال، سواء أوصى به لمن هو عليه أو لغيره؛ لعموم أدلة الوصية وإطلاقها، فتشمل الدين وغيره، وليس في هذا خلاف بين الفقهاء.

والمعتبر في كونه الثلث أو أكثر هو قيمته إذا كان غير نقد بأن كان عروضاً، أو طعاماً، أو حيواناً مثلاً، فإذا كان للشخص على غيره مائة ثوب أو عشرون شاة مثلاً، فأوصى بذلك لشخص آخر، فإن هذه الديون تقوم كم تساوي الآن نقداً؟ فإذا كانت قيمتها الثلث فأقل صحت الوصية ولزمت.

وإذا كان الدين عيناً دراهم أو دنائير أو غيرهما من العملات، فإن هناك ثلاثة أقوال^(٢):

القول الأول: أن المعتبر عدده سواء أوصى به لمن هو عليه أو لغيره: وهو قول مالك، وابن القاسم.

القول الثاني: أن المعتبر قيمته ولا يعتبر عدده مطلقاً: وهو قول ابن حبيب.

القول الثالث: التفصيل: وهو اعتبار عدده بشرط:

١. أن تكون الوصية لمن هو عليه.
٢. أن يكون مؤسراً غير معسر.
٣. أن يكون الدين حالاً.
٤. ألا تكون معه وصية أخرى.

(١) المدونة ٣٠٥/٤، الذخيرة ١١٥/٧.

(٢) الذخيرة ١١٥/٧، المعيار ٤٠٩/٩، الوصايا ص ٥٦.

وهو قول عند المالكية -أيضاً-.

وحجته: أنه في هذه الحالة يعتبر بمنزلة العين الحاضرة؛ لأن الموصى له يقبض من نفسه لنفسه، فلذلك اعتبر عدده بخلاف الوصية به لغير من هو عليه، أو للمدين المعسر، أو الوصية بالدين الموجل مطلقاً، وما إذا كانت معه وصية أخرى، فإنه لا بد من تقويمه في هذه الحالات الأربع، ولا ينظر لعدده لانقضاء العلة السابقة.

المسألة الثانية: إذا كان الموصى به لا يحمله الثلث:

فقص المالكية: أن الورثة يغيرون إما أن يجيزوا الوصية كلها، وإما أن يعطوا الموصى له ثلث الميث من كل ما تركه من عين ودين وعقار وغير ذلك.

المسألة الثالثة: إذا كانت الوصية بالدين لشخص، وبالعين لشخص آخر:

فإن هنا حالتين^(١):

الحالة الأولى: أن يوصي لأحدهما بالدين أو قدر منه، وللآخر بالعين أو بقدر منها، وفي هذه الحالة يغير الورثة، إما أن يجيزوا لكل واحد وصيته، وإما أن يعطوهما الثلث بتحصان فيه، يضرب الموصى له بالعين بعدد ما وصى له به، ويضرب الموصى له بالدين بقيمة الدين.

مثال على ذلك: إذا ترك شخص مائة درهم عينا حاضرة ومائة دينار، وأوصى لرجل بخمسين من العين الحاضرة وللآخر بأربعين من الدين، ولم يجز الورثة ذلك، فإذا قومت الأربعون الموصى بها من الدين بعشرين مثلاً، فإن الثلث يقسم بينهما على سبعة أسهم: لصاحب الخمسين نقداً خمسة أسهم، ولصاحب الدين سهمان بحسب نسبة نصيب كل واحد منهما.

الحالة الثانية: أن يوصي لأحدهما بجزء شائع من العين، وللآخر بجزء شائع من الدين مثل: أن يوصي لأحدهما بثلث دينه وللآخر بثلث عينه، وفي هذه يعطى لكل واحد منهما

(١) انظر: المدونة، مرجع سابق، ٣٠٥/٤.

ما وصى له به من العين أو الدين ولا محاصة بينهما إذا حمل الثلث الوصية، فيأخذ الموصى له بثلاث العين ثلث العين، والموصى له بثلاث الدين ثلثه^(١).

المطلب الخامس: الوصية بالمرتبات، وتحت مسائل:

المسألة الأولى: المراد بالمرتب:

مبلغ من المال يصرف كل يوم، أو كل سنة في جهة من جهات البر، أو يعطى لشخص من الأشخاص بصفة دائمة، أو مؤقتة.

مثل: الوصية بإطعام الفقراء كل يوم مائة خبزة، أو الإنفاق على أبناء أخيه ألف درهم كل شهر لمدة سنة، أو إعطاء خالته ألف درهم كل شهر مدة حياتها، أو ينفق على خاله حتى يموت، ونحو ذلك.

المسألة الثانية: حكمها:

جمهور الفقهاء على صحة هذه الوصية؛ لعدم أدلة الوصية؛ ولانفاق الفقهاء على اعتقار الجهل والغرر في الوصية.

وخالف الظاهرية فمنعوها.

وحجتهم:

١. ما رواه مسلم من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه قال: دخلنا على جابر بن عبد الله رضي الله عنه ... وقبه: قوله ﷺ: "إنّ دعاءكم وأموالكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا"^(٢).

قال ابن حزم: "ولا شك بنص القرآن في أن ما يخلفه الميت مما لم يوص به قطعاً فهو ملك للورثة، وإذ هو ملكهم فلا يحل للموصى حكم في مال الورثة".

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فما استثناء الموصى بالوصية ليس ملكاً للورثة؛ إذ الشارع قد جعل له الثلث.

(١) الوصايا والنفقات، مصدر سابق، ص ٣٩٦.

(٢) تقدم تخريجه رقم (٢٠٤).

٢. ولأنه قد لا يعيش إلا يوماً أو أقل وقد يعيش عشرات أعوام، فهذا مجهول، فهو باطل لا يعرف بماذا أوصى له^(١).

ونوقش هذه الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الجهالة مغتفرة في الوصية، كما حرر في مباحث الموصى به.

الوجه الثاني: أن هذه الجهالة مألها إلى العلم.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أهل العلم؛ إذ الأصل في الوصية الحل.

المسألة الثالثة: الوصية بموتب مؤقت من رأس مال التركة:

وتحتها أمور:

الأمر الأول: أن تكون مدة الوصية محددة بالنص عليها من قبل الموصي، كالوصية

بألف درهم شهرياً لأخيه مدة عشرين شهراً، أو ثلاثين، فيرجع إلى اعتبار نص الموصي؛ لا اعتبار شرط الموصي.

الأمر الثاني: أن تكون مطلقة، فتحمل على مدى الحياة عند المالكية، والحنفية^(٢)،

وقد تكون محددة بمدى حياة الموصي له أو غيره، فتحدد مدة الحياة بمدة العمر.

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال:

القول الأول: أنه سبعون سنة؛

وهو قول مالك.

(٢٢٣) لما رواه الترمذي: حدثنا الحسن بن عرفة، حدثني عبد الرحمن بن محمد البخاري،

عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ:

(١) المحلى، مرجع سابق، ٣٢٢/٩.

(٢) الفتاوى الهندية ١٢٢/٦، الدخيرة ٣٦/٧-٣٧.

"أعمار أمتي ما بين ستين إلى سبعين، وأقلهم من يجوز ذلك" (١).

ووجه البأحي القول بالمسعين بأنها نهاية العمر المعتاد غالباً، والزيادة عليها نادرة،
والنادر لا حكم له.

القول الثاني: أنه ثمانون:

وهو قول لمالك؛ كما وجه التحديد بالثمانين؛ بأنه عصر قد يبلغه الإنسان مع الصحة
والتصرف، والزيادة عليها شاذة، وصاحبها في حكم المريض؛ فكان التقدير بالثمانين أولى.

القول الثالث: أنه مائة:

وبه قال مالك.

وأما التحديد بمائة فوجهه: بأن الأصل الحياة، فلا يقضى بالموت إلا باليقين، أو ما
يقوم مقامه من العمر الذي لا يبلغه أحد في زمانه وهو المائة (٢).

القول الرابع: يعمر أعمار أهل زمانه:

وهو ظاهر قول أبي يوسف من الحنفية.

وهو قول لمالك - أيضاً - (٣).

ومنبأ الخلاف: كما قال القرابي قوله ﷺ: "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين".

(١) سنن الترمذي في الدعوات، باب في دعاء النبي ﷺ (٢٥٥٠)، وقد تحرف فيه عبد الرحمن بن محمد بن عمرو، إلى
عبد الرحمن بن محمد بن عمرو.

وأخرجه ابن ماجه في الزهد، باب الأمل والأجل (٤٢٣٦)، والحاكم (٢٤٢٧)، والبيهقي ٣/٣٧٠، والخطيب في تاريخه
٦/٣٩٠، وابن حبان في صحيحه (٢٩٨٠)، والقضاي في مسند الشهاب (٢٥٢) كلهم من طريق عن الحسن به.

الحكم على الحديث: قال الترمذي: "حسن غريب"، ومصححه الحاكم على شرط مسلم، وحسنه الحفاظ في الفتح
١١/٣٤٠. وأخرجه الترمذي في الزهد، باب ما جاء في فتاة أعمر هذه الأمة (٢٣٣١) من طريق محمد بن ربيعة،
عن كامل أبي العلاء، عن أبي صالح، عن أبي هريرة ؓ.

(٢) للتفتي، مرجع سابق، ٦/١٦٦.

(٣) المبسوط، ٣٠/٤٨٤، والمصادر السابقة للمالك.

والنظر إلى أقصى العوائد^(١)، فمن تمسك بلفظ الحديث حدها بسبعين، ومن نظر إلى الواقع المعتاد حدها بما رآه أقصى مدة الحياة.

والأقرب:

القول الأول، والآخر: لدلالة الأدلة.

الأمر الثالث: تحديد مقدار المرتب الموصى به.

قد يكون محددًا بالنقود، كألف درهم كل شهر، أو عشرة دراهم كل يوم، والأمر في هذا واضح، حيث يضرب المرتب المسمى في مدة الوصية المعلومة بالنص في الوصية المؤقتة بوقت معلوم، أو المعلومة بالحكم في المؤقتة بمدى الحياة، ليعرف المبلغ الموصى به بالتام.

واختلف إذا كانت الوصية بالنفقة في ذلك على أقوال:

القول الأول: تدخل النفقة، والكسوة، والسكنى:

وبه قال الباجي^(٢).

القول الثاني: يدخل فيها القوت، والكسوة:

وبه قال مالك^(٣).

وحجة هذين القولين: أن هذا مما يدخل في معنى النفقة.

القول الثالث: لا تدخل فيها الكسوة:

وبه قال بعض المالكية^(٤).

وحجته: أن لفظ النفقة لا يتناولها عرفًا، واللفظ معمول على عرف المخاطب.

والأقرب:

الرجوع إلى العرف، وقرائن الأحوال، إن دلت على شيء، وإلا لم يجب.

(١) الذخيرة، مرجع سابق، ٣٦/٧.

(٢) المتقى، ١٦٦٦/١، الذخيرة ٣٧/٧.

(٣) المصادر لمسهة.

(٤) المصادر السابقة للمالكية.

وتخصص النفقة بتفقه الموصى له على نفسه، ولا يدخل في ذلك نفقته على أهله وعياله، ووفقاً مع لفظ الموصى^(١).

الأمر الرابع: مقدار ما يوقف من التركة لتنفيذ الوصية.
فإن هنا خلافاً:

القول الأول: أنه يوقف له مقدار المرتب ما لم يزد على الثلث:
وهو قول المالكية^(٢).

وحجته: لأنه القدر الموصى به، فلا يوقف أكثر من الثلث إذا كان مجموع المرتبات يفوق الثلث إلا يرضى الورثة، فإذا كانت الوصية بمائة درهم كل شهر، أو كانت بالنفقة جملة، وقدرت بمائة درهم في الشهر، وكان الباقي له من العمر عشر سنين على مقتضى التعمير وقف له اثنا عشر ألف درهم، ولو كانت التركة مائة ألف درهم على هذا القول^(٣).

القول الثاني: أنه يوقف لثلث التركة إذا لم يحز الورثة ذلك، وإذا كانت هناك وصية أخرى، فإن الموصى له بمرتب يحاصص بالثلث:
وهو مذهب الحنفية.

وبه قال الليث، ومعمّر^(٤).
قال السرخسي: "وكذا لو أوصى بأن ينفق عليه خمسة دراهم كل شهر من ماله، فإنه يحبس جميع الثلث لينفق عليه منه كل شهر خمسة كما أوجب الموصي".

وحجته: أنه يتوهم أن تطول حياته إلى أن ينفق عليه جميع الثلث أو يهلك بعض الثلث قبل أن ينفق، فيحتاج إلى ما بقي منه للإتفاق عليه؛ فلهذا يحبس جميع الثلث^(٥).

(١) المصادر السابقة، الوصايا ص ٤٥٥.

(٢) انظر: المنتقى، مرجع سابق، ١٦٦/٦.

(٣) الوصايا، مصادر سابق، ص ٤٥٤.

(٤) للتيسير، مرجع سابق، ٤٨١/٣٠.

(٥) نفسه.

القول الثالث: بحس مقدار ما ينفق عليه في مدة يتوهم أن يعيش إليها في العادة، فأما ما زاد على ذلك فلا يشتغل بحسبه:
وبه قال أبو يوسف^(١).

وحجته: أن الظاهر أنه يموت قبل ذلك، وشرط استحقاقه بقاؤه حياً فإنما يثبت هذا الشرط بطريق الظاهر لما تعذر الوقوف على حقيقته^(٢).

وعند الحنفية: في حالة الإجازة يقسم المال بين الموصى له بالثلث، والموصى له بالنفقة مدى الحياة على أربعة عند أبي يوسف ومحمد، للموصى له بالثلث: الربع والباقي للموصى له بالنفقة يوقف له.

وقال أبو حنيفة: يقسم على ستة للموصى له بالثلث السادس، والباقي للموصى له بالنفقة يوقف له.

وفي حالة رد الورثة الزائد على الثلث، فإن الثلث يقسم بينهما تصقين عند أبي حنيفة.
وقال أبو يوسف ومحمد: يقسم أرباعاً: للموصى له بالثلث: الربع، والباقي يوقف لصاحب النفقة^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لما فيه من مراعاة حق الموصى له والورثة.
شرع:

تسليم الوصية لمن أوصى له بمرتب.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وقف ما ينوب الموصى له بالمرتب على يد عدل، وصرفه له شيئاً

(١) المصدر السابق.

(٢) المسوط (٣)، مرجع سابق: ٤٨٤.

(٣) الفتاوى الهندية، مرجع سابق: ١٢٨/٦.

فشيئاً، كما أوصى بذلك الموصي:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

قال الميرخسي: "يتوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة إن لم يكن له وصي، ويتفق على كل واحد منهما من نصيبه ما سمي له في كل شهر"^(٢).

وحجته: أن الموصي له يستحق ذلك ما دام حياً، فإذا سلم إليه فقد يموت قبل الأجل، ويكون أئلف ذلك، فيضيع حق الورثة، أو أرباب الوصايا الأخرى^(٣).

القول الثاني: أنه يسلم له ما ينويه ينقله على نفسه ولا يوقف:

وبه قال أصبغ من المالكية^(٤).

وحجته: أنه تسلم له الوصية؛ لاستحقاقه لها.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه قد يموت قبل الأجل، ويكون أئلف ذلك، فيضيع حق الورثة والأقرب:

القول الأول؛ لقوة دليله، ويمكن أن يقال بتسليم الوصية للموصي له مع الرهن المحرز أو الكفيل المملوء.

الأمر الخامس: التخفيض من المرتب..

إذا لم يكن مع الوصية بالمرتب وصية أخرى يجب تنفيذ المرتب المسمى دون زيادة أو نقص، ما دام الموقوف من الثروة يفي بذلك.

فإذا لم يَفِ بذلك لقلة الثلث، أو لمراحة الوصايا له في الثلث، فهل يحتفظ بالمرتب كما هو، ولو أدى ذلك إلى نفاذ المال قبل انتهاء مدة الوصية، أو يخفض منه بمقدار النقص الطارئ ليستمر المرتب طيلة المدة المحددة.

(١) للسيوط ١٨٤/٣، للفتاوى ١٦٦/٦.

(٢) للسيوط، مرجع سابق، ١٨٤/٣٠.

(٣) للفتاوى، مرجع سابق، ١٦٦/٦.

(٤) المقدم السابق، الوصايا والتزويل ص ٥٠٧.

أقوال عند المالكية:

القول الأول: وجوب المحافظة على مبلغ المرتب كما أوصى به الموصي، ولو أدى ذلك لنفاد المال الموقوف قبل انتهاء مدة الوصية: وهذا قول مالك.

وحجته:

١. أن الموصي قصد التوسعة على الموصى له، فلا يضيق عليه بضيق المال.

٢. أنه نص الموصي ونقظه، فلا يجوز تغييره وتبديله^(١).

القول الثاني: وجوب تخفيض المرتب بقدر التخفيض الذي طرأ على الوصايا:

فإذا انتقص النصف خفض المرتب بمقدار النصف، وإذا انتقص الثلث انتقص المرتب إلى الثلثين وهكذا.

وهذا قول ابن كنانة^(٢).

وحجته: تعلق حق الورثة أو أرباب الوصايا الأخرى؛ لاحتمال وفاته قبل تمام المدة؛ فيعود الباقي إليهم بخلاف ما لو بقي المرتب كاملاً، فقد يستهلك المال الموقوف قبل تمام المدة، وقبل وفاته، فيتضررون بالنقص من حقهم دونه.

ونوقش: أنه يرد عليه أنه تبديل للوصية، وتغيير لها، وإضرار بالموصى له بالنقص من راتبه المسمى له.

القول الثالث: التفصيل:

فإن كان الحامل له على التقسيط خوف تبديره إذا سلم له، فإنه يقسط له كاملاً غير منقوص؛ لأن الموصي قصد التوسعة عليه، ولم يمنعه من إعطائه المال دفعة واحدة إلا خوف تبديره، وإن كان قصد الرفق بالورثة ليخرجوا المرتب من غلة الرقاب، ولا يبيعوها

(١) انظر: الذخيرة ١٢٧/٧، ١٢٦.

(٢) المصنف السابق.

عجل له الجميع، وإن أشكل لم يعجل وحمل على الظاهر.
وبه قال بعض المالكية.

القول الرابع: أنه يعجل له الجميع:

فإذا أوصى بعشرين درهما لشخص، وبعشرة لآخر، ولأخيه بدرهم كل شهر، وكان جميع ما يحتاجه مدة التعمير ثلاثين، والتركة كلها مائة وعشرون، فإن التلت هنا أربعون، وهو لا يسع جميع الوصايا، فيقسم على الوصايا الثلاث بحسب الحصة، للموصى له بالنفقة عشرون، وللموصى له بالعشرة ستة وثلاثون، وللموصى له بالعشرين ثلاثة عشر وثلاث، فقد انتقص لكل واحد ثلث وصيته.
وبه قال أصبغ^(١).

فعلى قول مالك: يتفق على الموصى له بالنفقة درهم كل يوم مراعاة للفظ الموصى وقصده، أما لفظه فقد أوصى له بدرهم كل يوم، وأما قصده: فإن قصد الموصى التوسعة على الموصى له، ولذلك أوصى له بدرهم كل يوم؛ لأنه كان يظن كفايته، فلا ينقص له منه.
وعلى القول الثاني: يتفق عليه ثلثا درهم فقط مراعاة للنقص الذي طرأ على نصيبه في الثلث.

وعلى قول أصبغ تعجل له العشرون التي نأته في المحاصة على أنها مال من ماله يتصرف فيها كيف يشاء.

وعلى القول الثالث: ينظر لقصد الموصى، فإن كان قصده الرفق بالورثة، فإنما تعجل للموصى له، وإن كان قصده الرفق بالموصى له، والمحافظة على ماله بتقسيم الوصية له لئلا يديرها إذا تسلمها جملة، فإنما تقسط له، ولا ينقص له من المرتب المسمى له حتى ينفذ المال الموقوف.

فرع

إذا وصى له بالثلث مقسطاً:

إذا كانت الوصية بالثلث مثلاً لينفق على الموصى له منه كل شهر مبلغاً معيناً كمائة، فنقص

الحقنية؛ على أن الموصى له يعطى الثلث عاجلاً يفعل به ما يشاء، ولا يوقف ليتفق عليه مقسطاً. جاء في الفتاوى الهندية: "أنه إذا كانت معه وصايا أخرى، فإنه يعطى ما ينويه في الخاصة يفعل به ما يشاء -أيضاً-، ومن مات فنصيبه ميراث لورثته في الحالين؛ لأن الوصية هنا من قبيل الوصية بالثلث، يملكه الموصى له بموت الموصي، اعتباراً بأول الكلام"^(١). ومذهب المالكية: أن الباقي لورثة الموصي، فقد قال ابن القاسم فيمن أوصى بمائة يتفق منها على رجل كل عام كذا، وعليه دين؛ فقال غرماؤه: عمروه لتأخذ الفضل لم يجابوا لذلك؛ لأن الفضل لورثة الموصي اعتباراً بآخر الكلام"^(٢).

الأمر السادس: موت الموصى له بالمرتب.

نص الحقنية، والمالكية على بطلان الوصية بالمرتب إذا مات الموصى له، سواء كان المرتب لمدة معلومة، أو مدى الحياة، أو مطلقاً. قال السرخسي: "ولو أوصى أن يتفق عليه كل شهر أربعة من ماله، وعلى آخر كل شهر خمسة من غلة البستان، ولا مال له غير البستان فثلث البستان بينهما نصيبان لاستواء حقهما فيه، ألا ترى أن كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع الثلث بوصيته، ثم يباع سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيتوقف ثمنه على يد الموصي أو على يد ثقة إن لم يكن له وصي ويتفق على كل واحد منهما من نصيبه ما سمي له في كل شهر، فإن ماتا جميعاً، وقد بقي من ذلك شيء رد على ورثة الموصي لبطلان وصيته بالموت"^(٣). ووجهه: أن الموصي لم يرد تملك الموصى له جميع المال المرصود للمرتب، بل أراد إيقافه عليه شيئاً فشيئاً فإذا مات انقطع ولا يورث عنه"^(٤).

(١) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٢٩/٦.

(٢) الفتاوى الهندية، ١٢٩/٦، الدخوة ١٢٧/٧.

(٣) المنسوخ، مرجع سابق، ٤٨٥/٣٠.

(٤) الفتاوى الهندية، ١٢٨/٦، الدخوة ١٢٩/٧.

فإن مات أثناء مدة المرتب، فإن ورثته يستحقون من المرتب بقدر ما مضى من المدة^(١).

وأما بالنسبة للباقي فإنه يعطى لأرباب الوصايا الذين حاصصهم صاحب المرتب لتكملة النقص الذي لحق وصاياهم بسبب المحاصة.

فإن استكملوا وصاياهم وبقي شيء فهو للورثة، كما أنه إذا لم تكن معه وصايا، أو كانت ولم يلحقها نقص، فإن الباقي يرد للورثة -أيضاً-، وقبل لا يرجع للورثة^(٢).

ويستثنى من قاعدة رجوع الباقي للورثة، أو أرباب الوصايا: ما إذا كان المرتب الموصى به وصى به لاثنتين فأكثر في وصية واحدة، فإنه إذا مات أحد الموصى لهم فإن نصيبه يعود لشريكه في المرتب لا لورثة الموصى، ولا لورثة الموصى له، ولا لأرباب الوصايا الأخرى إن كانت؛ كما لو أوصى لبنات أخيه بألف درهم كل شهر وعن ثلاث بنات، فإنه إذا ماتت واحدة فإن نصيبها يعود للبنتين الباقيتين، وإذا ماتت الثانية كان نصيبها للبنت الباقية تأخذ الألف وحدها، فإذا ماتت عماد الباقي لأرباب الوصايا، أو لورثة الموصى على التفصيل السابق.

واختلف إذا سمى لكل واحد من الموصى لهم مسبقاً، مثل وصيته لخاتمه بألفين كل شهر، لكل واحدة ألف.

فقال المالكية: من مات فنصيبه لورثة الميت.

وحججه: أنه سمى لكل واحدة مبلغاً، والتسمية لا يزداد عليها؛ وقوفاً مع لفظ الموصى^(٣).

وقال الحنفية: من مات فنصيبه للباقي؛ لا اشتراكهما في الوصية.

(١) الذخيرة، مرجع سابق، ١٢٥/٧.

(٢) الذخيرة ٣٧/٧. الفتاوى الهندية ١٢٨/٦-١٢٩.

(٣) الفتاوى الهندية ١٢٨/٦-١٢٩. الذخيرة ٣٧/٧. الوصايا ص ٤٤٧.

الأمر السابع: نفاد المال الموقوف^(١).

يوقف ما يتوب الموصي له بالمرتب على يد عدل يتفق منه عليه شيئا فشيئا، بحسب الوصية، ولا يسلم له، فإن نفد المال قبل وفاته وعاش بعد مدة التعمير المقدرة له.

فاختلف أهل العلم في رجوعه على الورثة أو أصحاب الوصايا على قولين:

القول الأول: يستأنف التعمير:

وبه قال أشهب^(٢).

وحجته:

١. أنه حكم تبين خطؤه، فيجب نقضه وتمكين الموصي له من حقه في المرتب المحدد الباقية من حياته، ولأن لفظ الوصية يقتضي تمتعه بمرتبته طول حياته، فحرمانه منه في آخر عمره إضرار وظلم، ومخالفة للفظ الوصية، وتبديل لها، وكل ذلك لا يجوز.

٢. أنه الموافق للقياس على موته قبل نفاد وصيته، فإن الباقي يرد إلى الورثة، أو أرباب الوصايا، وينقض الحكم بوقفها له وتخصيصه بها، فإذا كان الورثة أو أرباب الوصايا يرجعون عليه إذا فضل شيء عن حياته، فإنه يجب أن يرجع عليهم إذا لم يكفه ما نابه لحياته.

القول الثاني: أنه لا يرجع بشيء على الورثة، ولا أصحاب الوصايا، ولا يفرض له

في العمر الباقي:

وبه قال ابن القاسم^(٣).

وحجته: أن ذلك بمنزلة حكم صدر، فلا سبيل لنقضه.

(١) المنطوق ١٦٧/٦.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المصدر السابق.

ونوقش: بأن الحكم إذا تبين خطؤه، يجب نقضه.

والأقرب:

القول الأول؛ دفعا للضرر عن الموصى له.

المسألة الرابعة: الوصية بمرتب دائم من عين التركة:

كالوصية بألف ريال كل سنة للمسجد أو الفقراء:

وفيها أمور:

الأمر الأول: مشروعيتهما:

اختلف العلماء في مشروعيتهما على ثلاثة أقوال:

القول الأول: صحتها ولزومها:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١)؛ لعموم الأدلة.

القول الثاني: بطلانها:

وهو مذهب الظاهرية كما سبق قريباً.

القول الثالث: صحتها بأول مرتب، وبطلانها فيما بعده، فإذا أوصى بمائة كل سنة

وجبت مائة في أول سنة إذا حملها الثلث، وبطلت في السنوات القادمة، فلا يستحق

الموصى له إلا المائة الأولى.

وهو قول للمالكية.

وحجته: أنها تبطل فيما بعد المرتب الأول للجهل بالقدر الموصى به في المستقبل، فلا

يعلم هل يخرج من الثلث أم لا؟

والأقرب:

هو القول الأول؛ إذ الأصل صحة الوصية.

(١) الفتاوى الهندية ١٢٨/٦، المدونة ٣٠٤/٤، حواشي نهاية المحتاج ٦٠٦/٦، انقني ٤٠٧/٨.

الأمر الثاني: تكييفها:

فإن هنا قولين^(١):

القول الأول: وهو المشهور في مذهب مالك: أنها وصية بالثلث فقط ابتداء:

القول الثاني: أنها وصية بجميع المال ابتداء، فإن أجازها الورثة فذاك، وإلا ردت الثلث:

وهو مذهب الحنفية، وأحد قولين في المذهب المالكي.

ووجه القول الأول: أن الموصي ممنوع شرعاً من الوصية بأكثر من الثلث، فإذا لم ينص على

مقدار الوصية فإنها تحصل على الثلث؛ لأنه الجائز شرعاً، فيحمل قوله على ما وافق الشرع.

ودليل القول الثاني: أن تنفيذ الوصية على الوجه الذي ذكره الموصي يستغرق جميع التركة؛

لأن التركة محدودة، والوصية غير متناهية، فتكون وصيته بجميع المال، إلا أن يمنع الورثة.

وتظهر ثمرة الخلاف: في اجتماع الوصية بمرتب دائم، والوصية بقدر معلوم، مثل الوصية

لمعين بألف ريال، والوصية للفقراء كل شهر بمائة ريال، والتركة ثلاثة آلاف ريال، فإذا لم تجز

الورثة أكثر من الثلث تحاصص المعين وأصحاب المرتب في الثلث، يضرب الموصي له بألف

بالثلاث؛ لأنه ثلث التركة، ويضرب الموصي لهم بالثلث ويقسم بينهم أنصافاً لكل خمسمائة.

وعلى القول الثاني: يضرب أصحاب المرتب بجميع المال، وأما الموصي له بألف فإنه

يضرب بالمسمى وهو الألف، ويقسم الثلث بينهما أرباعاً بنسبة وصية كل واحد من

الفرقتين إلى مجموع الوصيتين، فيعطى الموصي له بألف ربع الثلث، وهو مئتان وخمسون؛

ويوقف لأصحاب المرتب ثلاثة أرباع الثلث، سبعمائة وخمسون.

وفي حالة إجازة الورثة الوصيتين معاً على القول الثاني يقسم المال بينهما أرباعاً، وعلى

القول الأول يأخذ الموصي له بألف ألفه، ويأخذ أصحاب المرتب ألفاً أخرى؛ لأن الوصية

بالمرتب، وصية بالثلث، والثلث الباقي للورثة^(٢).

(١) الفتاوى الهندية ١/٢٩، ١٢٨، المدونة ٧/٣٢، النجاشي ٦/٣٧٥، الزركلي ٨/١٨٦.

(٢) الوصايا والتزويل ص ٢٠.

الأمر الثالث: كيفية توزيع الوصية عند تعدد الوصايا بمرتب دائم:

للعلماء قولان:

القول الأول: أنها توزع على عدد الجهات الموصى لها بقطع النظر عن مقدار ما

خصصه الموصي لكل جهة:

وهو قول عند المالكية.

القول الثاني: أنها توزع على الحصص يعطى لكل جهة ما ينوبها في الخاصة:

وبه قال بعض المالكية^(١).

وهذا هو الأقرب؛ لأن الموصي فاضل بينهما في الوصية، وسمى لبعضها أكثر من بعض.

مثال ذلك: إذا أوصى بعشرة دراهم للفقراء، وبعشرين درهما كل يوم للمسجد،

وثلاثين كل يوم للمرضى، ولم يجز الورثة، فإن الثلث يقسم بين هذه الجهات أثلاثا على

القول الأول، لكل جهة ثلث الثلث.

وعلى القول الثاني: يقسم أساسا: السدس للفقراء، والسدس للمسجد، وثلاثة

أسداس للمرضى، وإذا أجاز الورثة الوصايا كلها قسمت التركة كلها أثلاثا على القول

الأول، أو على الحصص على القول الثاني.

وفي حالة اجتماع وصايا بمرتب دائم، ووصايا معلوم، فإنه يضرب للوصايا بمرتب

بالثلث الواحد بناء على أنها وصية بالثلث ابتداء، وقيل: يضرب لكل جهة بثلث، وقيل:

يضرب بالجميع.

مثال ذلك: أوصى لزيد بخمسة وسبعين، ولعمرو بثلثها، وبمائة كل شهر للفقراء،

وبمائتين كل شهر للمرضى، والتركة تسعمائة، فإنه يضرب للمرتبين بالثلث ثلاثمائة،

ولعمرو بخمسة وسبعين، ولزيد بخمسة وسبعين، ويقسم ثلث التركة الذي هو ثلاثمائة على

(١) المقاصد السابقة للمالكية.

سنة؛ لأن نسبة وصية عمرو تساوي سلس مجموع الوصايا، لزيد سدسها خمسون، ولعمرو سدسها خمسون، وللمرثيين أربعة أسداس، فمتان تقسم بينهما بالتساوي، أو بنسبة الحصص على الخلاف السابق.

وعلى القول بأنه يضرب لكل مرتب بثلاثة، فإن الثلث يقسم على عشرة فكانه أوصى لكل جهة بثلاثمائة، ولزيد خمسة وسبعين، ولعمرو بمثلها، فمجموع الوصايا سبعمائة وخمسون، نسبة خمس وسبعين إليها تساوي العشر، فيقسم الثلث على عشرة لزيد العشر، ولعمرو العشر، والباقي ثمانية أعشار للمرثيين تقسم بينهما بالتساوي أو الحصص على الخلاف السابق^(١).

الأمر الرابع: ما يوقف لتنفيذ هذه الوصية.

لا توقف جميع التركة؛ لما في ذلك من الإضرار بالورثة إذا لم يميزوا، ولا تسلم التركة كلها للورثة مقابل التزامهم بدفع المرتبات الموصى بها؛ لأن المرتبات غير متناهية، والورثة متناهون، ولأن المرتبات مجهولة المبلغ النهائي فيتعذر التزامه.

فاختلف العلماء رحمهم الله فيما يوقف:

القول الأول: أنه يوقف ثلث التركة إذا لم تكن معها وصايا أخرى، أو ما يتوب المرتب في الخاصة إذا كانت معه وصية أو وصايا، وينفق المال الموقوف في المرتب الموصى به إلى نفاده:

وهو قول المالكية^(٢).

القول الثاني: يوقف ثلث التركة ينفق منه على الموصى له:

وبه قال الحنفية^(٣).

(١) الوصايا والتبذير ص ٤٤٥.

(٢) للفتى ١٢٧٩/٦، الذخيرة ٣٥/٧، شرح الرافعي ١٨٧/٨.

(٣) الفتاوى الهندية ١٢٦/٦.

وحجة القولين: أن الوصية إلى الثلث.

القول الثالث: توقف عين من أعيان التركة تفي غلتها بالمرتب، وتصير وفقاً على الجهة الموصى لها بالمرتب تختص بغلتها، فإذا زادت على المرتب فالزيادة للموصى له، وإذا نقصت فلا يتبع الورثة بالنقص، وإذا كانت العين التي وقع عليها الاختيار أكثر من الثلث، فإنه يوقف منها الثلث فقط، وتنفذ الوصية من غلتها. وهو قول للمالكية^(١).

المسألة الخامسة: في الوصية بمرتب من غلة التركة، وفيها أمور.

الأمر الأول: حكمها.

الوصية بمرتب من الغلة نوع من الوصية بالمنافع، ومذهب الأئمة الأربعة جوازها. قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بغلة بستانه أو بسكنى داره أو خدمة عبده تكون من الثلث"^(٢).

الأمر الثاني: كيفية تنفيذها.

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: يوقف ما يغل المرتب ولا توقف التركة كلها:

وللورثة أن يفتسموا جميع التركة إذا التزموا في ذمتهم المرتب للموصى به إذا كانوا ثقة مأمومين.

وبه قال المالكية^(٣).

قال الوشرسي: "لا يلزم الورثة إيقاف التركة لأجل الوصية الممتدة إلى سنوات ..."

وحجته: أن ما يغل المرتب هو الواجب.

(١) المصادر السابقة للمالكية.

(٢) الإجماع ١٦٣.

(٣) الدخوة ١٢٥/٧، المعيار للعرب ٥٠٨/٩، الوصايا ص ٤٤٦.

القول الثاني: يوقف ثلث التركة ليؤخذ منه، ومن غلاته ما يؤدي منه المرتب الموصى به: وبه قال أكثر الحنفية^(١).

وحجته: لأن الوصية بالمرتب وصية بجميع المال عندهم.

القول الثالث: يوقف من الثلث ما بقي غلته بالمرتب المسعى في المدة المعلومة، ولا يوقف ما زاد على ذلك لعدم الحاجة إليه: وبه قال أبو يوسف.

وحجته: أن المطلوب ضمان تنفيذ الوصية، وذلك حاصل بوقف ما يغل المرتب^(٢). والأقرب:

هو القول الأول؛ لقوة دليله، ودفع الضرر عن الورثة لكن لا بد من رهن محرز، أو كفيل مليء، حفظا لحق الموصى له.

المسألة السادسة: الوصية بمرتب من غلة عين معينة من التركة:

مثل الوصية بألف درهم كل شهر من كراء عمارته الفلانية، أو سيارته الفلانية، ونحو ذلك:

وفيه أمران:

الأمر الأول: الوصية بمرتب من عين يحملها الثلث:

وفيه فرعان:

الفرع الأول: وقف العين الموصى بالمرتب من غلتها.

اختلف في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إذا كان المرتب دراهم أو دنائير، فإن الورثة لا يلزمهم إيقاف العين

(١) انظر: المتابع ٣٩٠/٧.

(٢) المصدر السابق.

إذا التزموا بالمرتب، وكانوا ثقات مياسير، وإن لم يرض الموصى له بذلك:

أما إذا كانت الوصية بمرتب من ثمار الأشجار، فإنه يلزمهم إيقاف العين، وإن التزموا بدفع المرتب إلا أن يرضى الموصى له.
وهو قول المالكية^(١).

وحجته:

١. الفرق بين المرتب التقدي والمرتب من الثمر: أن الدراهم والدنانير لا تتعلق الأغراض بعينها، فإن التزم الورثة دفعها وهم أمناء لزم الموصى له القبول؛ لأنه لا فرق بين الدراهم والدنانير من غلة العين الموصى بمرتب من غلتها، وبين الدراهم والدنانير التي يعطيها الورثة من غير غلتها.

وهذا بخلاف الثمار والزرع، فإن الأغراض تختلف فيها، وتتعلق بعينها.

٢. الموصى له بتصيب من الثمار شريك في الغلة، فلا يجوز للورثة تحويل حقه إلى غيرها إلا برضاه؛ لأنها معاوضة فلا يجبر عليها.

وإذا علم أن مقصود الموصى من الوصية بالمرتب هو المحافظة على حق الموصى له مقسطاً خشية تضيقه لم تجز مصالحته على غيرها ولو رضي بذلك.

القول الثاني: أنه يتعين وقف العين بكاملها، ولو كانت تغل أكثر من المرتب:

وقيل: يوقف منها بقدر ما تفي غلته بالمرتب؛ لأن في وقفها كلها ضرراً على الورثة. وهو مذهب الشافعية، والحنابلة^(٢).

وحجته: تعلق حق الموصى له بغلتها، ولاحتمال نقصان الغلة في المستقبل، فلا يبقى ما يفي بالمرتب.

(١) الذخيرة ١٢٥/٧.

(٢) نهاية المحتاج ٨٨٨/٦، المغني ٤٠٧/٨، أحكام الوصايا والأوقاف من ٢١٨، الوصايا والتبريل ص ٤٢٧.

والأقرب:

أنه لا يلزم وقف العين إذا كان هناك رهن محرر، أو كفيل مليء.

الفرع الثاني: نقصان الغلة في بعض الأعوام، أو انعدامها.

فإن هنا تفصيلاً بحسب صيغة الوصية^(١):

أولاً: قد تكون يلفظ يفيد الدفع من الغلة كل سنة أو كل شهر، مثل: أعطوه ألف درهم

كل شهر من غلة أرضي الفلانية، فإن هذه الصيغة تفيد إخراج الوصية من جميع الغلة.

ثانياً: قد تكون الوصية بصيغة تقتضي الدفع من غلة كل سنة أو شهر، مثل: أعطوه

مائة من غلة كل عام، أو أوصيت له عشرة من كراء كل شهر.

ففي الصيغة الأولى: يأخذ الموصى له مرتبه من الغلة الحالية، فإذا لم تغل في السنوات

اللاحقة، أو أغلت أقل من مرتبه، فإنه يرجع على الورثة فيما أخذوه من الغلة السابقة،

فإن لم يبق بذلك فإنه يرجع في الغلة القادمة، فإذا أوصى له بألف كل شهر من كراء

عمارته فأكرمت بعشرة آلاف ثم لم تكرر في الشهور اللاحقة، فإنه يرجع على الورثة بما

أخذوه؛ لأن الوصية مقدمة على الميراث.

وإذا كانت الوصية بعشرة أوسق كل سنة من ثمار نخيلة، فلم يعمل النخل خمس سنوات

ثم أغل بعد ذلك، فإن الموصى له يأخذ وصيته ومرتبه للسنوات الخمس الماضية، وللسنة

الحالية، فإن فضل شيء كان للورثة، وإن لم يبق محصول هذه السنة بالمرتبات الماضية،

فإنه يأخذ كله ويرجع بالباقي في الغلة اللاحقة، إذا لم تنف الغلة الحاضرة بمرتبه، أو لم تغل

في بعض السنوات^(٢).

وبالنسبة لإيقاف الغلة الزائدة على المرتب، فإنه لا وجه لوقفها في الصورة الثانية؛ لأن

الموصى له لا رجوع له في الغلة الماضية.

(١) انظر المدونة ٣٠٩/٢ - ٣١٠، المدونة ١٩٥/٧.

(٢) المدونة ٣١٠/٢.

بخلاف الصورة الأولى، فإنه لما كان له الحق في الرجوع في الغلة الماضية ويقدم على الورثة فيها، فهل له الحق في المطالبة بوقف الغلة، أو تعجيلها كلها له، خشية أن يستهلك الورثة ما يأخذونه، ولا يجد ما يرجع به عليهم إذا أفلسوا، أو تنقطع الغلة، أو تقل في المستقبل.

ومذهب الحنفية: أن الغلة توقف وبصرف على الموصى له مرتبه حتى تنتهي الوصية، فإن فضل شيء من الغلة أعطي للورثة، أو للموصى له بالرقبة، فقد قالوا فيمن أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم، وللآخر بثلاث ماله، ولا مال له غير العبد: فإن ثلث العبد بينهما نصفان عند أبي حنيفة، وعلى أربعة عند صاحبيه، إلا أنهم يتفقون على أن نصيب الموصى له بالثلث يسلم إليه، ونصيب الموصى له بالمرتب يحبس، وينفق منه على الموصى له كل شهر درهما، وقوفا مع لفظ الوصية، فإن مات الموصى له بالمرتب وبقي شيء من الغلة رد ذلك إلى صاحب الرقبة^(١).

وفرق المالكية بين العين المأمونة غلتها، والعين التي يخشى بوارها، أو نقصان غلتها، كما فرقوا بين الوارث المأمون، وغير المأمون.

فقالوا: إذا كانت العين الموصى بغلتها مأمونة لا يخشى بوارها، ولا نقصان غلتها عن المرتب، فإن الزائد على المرتب يأخذه الورثة، ولا يوقف؛ لأنه لا فائدة في وقفه، وفي ذلك ضرر على الورثة يحبس حقهم عنهم.

وإن كانت العين الموصى بغلتها يخشى أن لا تغل في المستقبل ما بقي بالمرتب، فإنه يوقف من الغلة بقدر ما يخاف نقصه عن المرتب، إلا أن يكون الوارث مأمونا، غير ملد ولا ممتنع، ورضي أن يأخذ الزائد في ذمته، فيكون أحق به؛ لأن له فيه شبه الملك، ولا فائدة للموصى له في وقفه^(٢).

(١) البدائع ٣٩١/٧ - ٣٩٢، الفتاوى الهندية ١٢٦/٦ - ١٢٩.

(٢) انظر: الدعوة ١٢٥/٧ - ١٢٨، مواهب الجليل ١٠/٦، الوصايا والتبذير ص ٢٦٩.

وقال عبدالحق: إذا أراد تعجيل مرتبه وشاحه الورثة، فإنه ينبغي أن يكون له بحساب ما مضى من السنة قياساً على كراء الدور والدواب^(١).

وبالنسبة لهلاك العين الموصى بمرتب من غلتها، فإنها إذا هلكت أو بارت يرجع الموصى له بالمرتب في الغلة لماضية يستوفي منها مرتبه حتى تنتهي الوصية، فإذا أوصى له بألف درهم كل سنة من غلة عمارته أو سفينته، فغلت الدار أو السفينة عشرة ملايين في سنة الأولى ثم اتحدعت الدار أو غرقت السفينة، فإن الموصى له يأخذ مرتبه كاملاً مقطوعاً سنة بعد سنة من الملايين العشرة حتى تنهى ويرجع على الورثة، ولا يطل حقه بهلاك الموصى بمرتب من غلته، إلا إذا هلك ولا غلة له.

كما أنه إذا هلكت الغلة كلها ولم يبق منها إلا قدر المرتب الموصى به فإن الموصى له يأخذه، عملاً بقاعدة تقديم الوصية على الإرث.

وإن مات أثناء المدة فله من المرتب بحسب ما مضى من المدة^(٢).

الأمر الثاني: في الوصية بمرتب من غلة عين لا يحملها الثلث.

اختلف فيها الفقهاء:

القول الأول: أن الورثة يخبرون إما أن يجيزوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له الثلث شائعاً في كل ما تركه الميت إذا كانت الوصية لمعين:

فإن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين، فإنهم يخبرون في إجازتها، أو قطع الثلث بتألف في العين الموصى بمرتب من غلتها.

وهو مذهب المالكية^(٣).

(١) الدخوة ١٢٥/٧.

(٢) للدخوة ٣١٠/٤، الدخوة ١٢٥/٧.

(٣) الدخوة ١٢٥/٧ - ١٣٠.

القول الثاني: أنه يوقف ما يحمله الثلث، وللورثة بيع ما زاد عليه:

فإن أغل الثلث الموقوف قدر المرتب، أو أقل فهو للموصى له، وإن أغل أكثر فالزائد للورثة؛ لأن الوصية بمرتب محدد فلا يزداد عليه. وهو مذهب الحنابلة^(١).

وقال شيخ الإسلام: "ليس للموصى له إلا الأقل من الراتب المسمى أو ثلث غلة العين الموصى بمرتب من غلتها، كمن أوصى بدرهم كل يوم من غلة داره، فإن كانت غلتها ثلاثة دراهم أعطى درهماً، وإن كانت أقل من ذلك لم يعط إلا ثلث الغلة، وأما إذا كانت أكثر من ذلك فليس له إلا الدرهم المسمى؛ لأنه الأقل"^(٢).
وقال الحنفية: يوقف ثلث غلته، وينفق منها على الموصى له بمرتب، فإذا مات دفع ما بقي من الغلة لورثة الميت^(٣).

(١) المغني ٦/٦٤٤.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/٣١٤.

(٣) نظار: الفتاوى الهندية ٦/١٢٨.

الفصل الثالث

مصرف الوصية لغير معين

وفيه مباحث:

المبحث الأول: مصرف الوصية إذا كانت لمن لا يخصى

المبحث الثاني: الوصية لأصناف من لا يخصى.

المبحث الثالث: الوصية لجماعة محصورة، وأخرى غير

محصورة.

المبحث الرابع: الوصية لمعين، وجماعة محصورة.

المبحث الخامس: الوصية لمعين، وجماعة غير محصورة.

المبحث السادس: الوصية لمعين، وجهة البر.

المبحث السابع: الوصية لجماعتين محصورتين.
المبحث الثامن: الوصية للجهة، والجماعة المحصورة.
المبحث التاسع: الوصية للجهة، والجماعة غير المحصورة.
المبحث العاشر: الوصية للأقارب
المبحث الحادي عشر: الوصية للذرية، والعقب، والنسل.
المبحث الثاني عشر: إذا أوصى لآله، أو لقومه، أو لنسبائه،
أو لأهله، أو لرحمه، أو للعزب، أو للشيوخ، أو للأرامل، أو
للأيتام، أو للشباب، أو للصغار، أو للذري، أو للفلمان،
أو للمفيدة، أو للسبط، أو لليتامى، أو للعلماء، أو للأيكار،
أو للثيب، أو لأهل الزكاة.

- المبحث الثالث عشر: مصرف الوصية للجار.
- المبحث الرابع عشر: الوصية لله تعالى.
- المبحث الخامس عشر: الوصية في وجوه البر.
- المبحث السادس عشر: الوصية في سبيل الله.
- المبحث السابع عشر: الوصية التي فوض مصرفها.
- المبحث الثامن عشر: إذا أوصى بكتب العلم لأهل العلم، فهل يدخل فيهم أهل الكلام؟

الفصل الثالث

مصرف الوصية لغير معين

وفيه مباحث:

المبحث الأول

مصرف الوصية إذا كانت لمن لا يحصى

إذا كانت الوصية لمُحْصَرِينَ وحب استيعابهم والتسوية بينهم إذا لم يوجد نص من الموصي، فإن وجد قسمت الوصية عليهم بحسبه، وهذا باتفاق الفقهاء^(١).

وإن كانت لغير محصورين:

فاختلف العلماء في مصرف الوصية إذا كانت لمن لا يحصى على أقوال:

القول الأول: أنها تقسم على من حضر القسم بالاجتهاد ممن يشمل لفظها يوم القسم:

وبه قال المالكية^(٢)، وظاهر قول الحنابلة^(٣).

وحجتهم: أن العبرة بيوم القسم لا يوم الوفاة.

القول الثاني: أنها لمن يشمل لفظها يوم الوفاة لا يوم الوصية:

إلا إن كان هناك ما يشعر بالحاجة، كالوصية لليتامى أو العريان أو أهل المسجون فتصرف للمحتاجين.

وهو قول الشافعية^(٤).

(١) حلقه الفقهاء ٢١٥/٣، الاختيار لتعليل الخيارات ٧٩/٥، للذونة ٣٧٧/٤، مواهب الجليل ٣٤٧/٦، حاشية

العدوي ١٧٧/٨، الشرح الكبير ٤٣٤/٤، الحاوي ٣٠١/٨، الهداية لأبي الخطاب ص ٣٤٨، المستوعب ٢٩٩/٢.

(٢) للذونة ٢٩٩/٤، الذخيرة ٧١/٧، المتقى ١٧٤/٦.

(٣) للغي ٤٠٧/٨.

(٤) نهاية المحتاج ٧٦/٦.

وحجته:

١. أن يوم الوفاة هو وقت انتقال المالك، واعتبار الثالث، وتشمل الجميع لعموم اللفظ.

٢. أنه إذا وجد ما يشعر بالحاجة اختصت بالمحتاجين للقرينة.

القول الثالث: أنها تصرف للمحتاجين ممن يشملهم لفظها:

وهو قول الحنفية^(١).

وحجته: إحقاق الوصية بالوقف.

ونوقش هذا الاستدلال: بالفرق، كما تقدم في أول الباب الأول.

والأقرب:

القول الأول؛ لما يأتي في المسألة الآتية.

واختلفوا في أقل عدد يدفع لهم:

باتفاق الفقهاء أنه لا يجب تعميمهم ولا التسوية بينهم، قال الخطاب: "وإن كان

الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين، والغزاة وبني تميم وبني زهرة وأخوهم

نما لا يمكن الإحاطة بهم، فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم، ولا التسوية بينهم"^(٢).

قال ابن قدامة: "وجاز التفضيل والتسوية؛ لأن وقفه عليهم، مع علمه بتعدد

استيعابهم، دليل على أنه لم يرده، ومن جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه"^(٣).

واختلفوا في أقل عدد يجب توزيعها عليهم على أقوال:

القول الأول: أنه يجوز دفعها لواحد:

وبه قال الحنفية^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٢٤٣/٧، القنطري الهندية ٨٠/٦.

(٢) مواهب الجليل ٤٠/٦.

(٣) للكني ٤٠٧/٨.

(٤) بدائع الصنائع ٢٠٣/١٠، الحطاب ٥٢٦/٤؛ الاختيار للعليل المختار ١٧٦/٥، الشرح المختار ٣٩٦-٣٩٧/١٠.

وهو مقتضى قول المالكية^(١) حيث جعلوا الأمر موكولاً إلى اجتهد الموصي إليه، وبه قال الحنابلة^(٢).

وحجته:

(٢٢٤) ١. ما رواه مسلم من طريق حماد بن زيد، عن هارون بن رباب، حدثني كنانة بن نعيم العدوي، عن قبيصة بن مخارق الهلالي قال: تحملت حمالة فأنيت رسول الله ﷺ أمياله فيها، فقال: "أقم حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها"^(٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز الاقتصار على واحد؛ لأن النبي ﷺ دفع الصدقة إلى نفس واحدة، والوصية ملحقه بالصدقة.

٢. أن مقصود الموصي عدم مجاوزة الحس، وذلك حاصل بالدفع إلى واحد^(٤).

٣. أن امتثال الفعل يصدق بأدائه.

٤. أن التعريف في الفقراء للجنس، فإذا دفعها لواحد فقد دفعها للجنس الفقراء.

٥. ما تقدم من عدم إيجاب استيعابهم.

القول الثاني: أنه لا بد في الدفع من اثنين فصاعداً:

وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية^(٥).

وحجته: أن الفقراء اسم جمع، وأقل الجمع ثلاثة، ومراعاة معنى الجمع واجبة ما أمكن

إلا أن الاثنين في باب الوصية يقومان مقام الثلاثة كالميراث، والجمع في باب الميراث يتناول اثنين فصاعداً، فكذا في الوصية^(٦).

(١) عقد الجواهر الثمينة ١/٣٢٧، مواهب الجليل ٦/٣٧٥، الشرح الكبير ٤/٤٣٤.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب من حل له تسألة (ج ١: ١٠٤٩).

(٤) ينظر: للمنع في شرح المقنع ٤/١٤٨، المنع ٥/٣٥١، كشف القناع ١/٢٩٠.

(٥) بدائع الصنائع ١٠/٥٠٣، تبين الخفايا ٦/١٩١.

(٦) بدائع الصنائع ١٠/٥٠٣، فتح القدير ٦/٢٤٣.

ونوقش هذا الاستدلال:

قال الكاساني: "وقد خرج الجواب عما ذكره محمد ﷺ على أن مراعاة معنى الجمع إنما تحب عند الإمكان، فأما عند التعذر، فلا يلزم يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله: والله لا أنزوج النساء، وقوله: إن كلمت بني آدم، أو إن اشتريت العبيد إنه يحمل على الجنس، ولا يرأى فيه معنى الجمع حتى يبحث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس، وهنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع؛ لأن ذلك مما لا غاية له، ولا نهاية، فيحمل على الجنس" (١).

ونص الخاتبة: إلى أن الأفضل التعميم ما أمكن، ويدفع إليهم بقدر الحاجة، ويبدأ بأقارب الموصي (٢).

في كشف القناع: "(ويكفي من كل صنف) شخص (واحد)" لتعذر الاستيعاب بخلاف الوصية لثلاثة عينوا حيث تحب التسوية لإضافة الاستحقاق إلى أعيانهم (ويستحب إعطاء من أمكن منهم) والدفع على قدر الحاجة (وتقديم أقارب الموصي)؛ لما فيه من الصلة (٣).

القول الثالث: أن أقل ما يجزي ثلاثة، فإن دفعها لأقل دفعها ضمن ما نقص؛ وإن أعطاهما لواحد ضمن حق الثين ويضمن أقل ما يصدق عليه أنه مال؛ لأنه أقل ما يجزي دفعه لكل واحد، ويستحب التعميم ما أمكن ويتأكد تفضيل الأشد حاجة وعيالا، والأولى: تقديم أرحام الموصي، ومحارمه، ثم محارمه رضاعا، ثم جيرانه ثم معارفه. وبه قال الشافعية (٤).

(١) بدائع الصنائع ١٠/٥٠٣.

(٢) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والخاتبة.

(٣) كشف القناع ٤/٣٧٦، مطالب أولي النهى ٤/٤١٩.

(٤) المهذب ١/٥٩٥، البيان ٨/٢٣٣، القنوي الكبير ٨/٣٠٦.

وحجته:

١. أن أقل الجمع ثلاثة.

٢. أن التعريف في الفقهاء للعموم.

ونوقش: بما نوقش به دليل القول الثاني.

والأقرب:

ما ذهب إليه أهل القول الأول؛ لما استدلووا به، ومناقشة دليل القولين الآخرين.

شرح:

انفراد الذكور بالوصية في قول الموصي: أوصيت لبي فلان.

صورة المسألة: إذا قال الموصي: أوصيت لبي فلان، فهل ينفرد الذكور بالوصية دون

الإناث مطلقاً، أو يفرق بين ما إذا كان الموصى إليهم قبيلة كبيرة أو أسرة صغيرة؟

إذا قال الموصي: أوصيت لبي فلان، فله حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون لبي فلان الموصى إليهم قبيلة.

وقد اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أن الذكور لا ينفردون بالوصية، بل تشمل الذكور والإناث:

وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية.

وهو أصح الوجهين للشافعية، وبه قال الحنابلة^(١).

وحجته:

١. أنه إذا أوصى لبي هاشم -مثلاً- دخل فيه الذكر والأنثى؛ لأن ذلك اسم لقبيلة

ذكرها وأنتأها، قال عليه السلام: ﴿يَتَّبِعُ إِسْرَهُ بِلَ﴾^(٢)، وقال عليه السلام: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيَّ

(١) المغني ٨/٤٥٠، شرح الزركشي ٢٨١/٥.

(٢) من الآية ٤٠ من سورة النقرة.

- مَدَمَ ﴿١١﴾، وقال ﷺ: ﴿يَبْنِي مَدَمَ﴾^(١) يريد الجميع سواء كانوا ذكورا أو إناثا.
٢. أن للمرأة أن تقول أنا من بني فلان، ويقهم من قولها ما يفهم من قول الرجل: أنا من بني فلان، فدل ذلك على عدم انفراط الذكور بها.
٣. قال الكاساني: "ويدخل فيه الذكور والإناث؛ لأن الإضافة إلى أب القبيلة إضافة النسبة، كالإضافة إلى القبيلة ألا يرى أنه يصح أن يقال: هذه المرأة من بني تميم، كما يصح أن يقال: هذا الرجل من بني تميم، فيدخل فيه كل من ينتسب إلى فلان ذكرا كان أو أنثى غنيا كان أو فقيرا؛ لأنه ليس في اللفظ ما يبيى عن الحاجة، وصار كما لو أوصى لقبيلة فلان"^(٢).

القول الثاني: أن الذكور ينفردون بالوصية، فلا تشمل الإناث:

وهو وجه آخر للشافعية.

وحجته: أن قول الموصي: أوصيت لبني فلان، إذا نظرنا في لفظ "بنين" لاحظنا أنه من المجموع الملحقة بجمع المذكر السالم، ومفرده "ابن" فلا تدخل في جمعه الإناث وفق لسان العرب^(١).

ونوقش: بأن عدم دخول الإناث في لفظ البنين إن أريد به عدم دخولهن مطلقا، فلا يسلم به، وإن أريد عدم دخولهن في أصل الوضع اللغوي يسلم به، لكنهن داخلات بالنتبع والتغلب^(٢).

الترجيح:

المراجع - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة القول الثاني

(١) من الآية ٢٠ من سورة الإسراء.

(٢) من الآية ٢٦ من سورة الأعراف.

(٣) بدائع الصنائع ٤٤٢/٦.

(٤) أوضح المسالك ٤٨/١، لسان العرب ١٤/٨٩، لمصباح المنير ص ٣٨.

(٥) المصباح المنير ٣٨.

المبحث الثاني

الوصية لأصناف من لا يحصى

كالوصية للفقراء، والمساكين، والمجاهدين، واليتامى.

وقد اختلف فيها على قولين:

القول الأول: توزع بحسب الاجتهاد بين الأصناف الموصى لهم وأفرادهم، ولا يلزم

تعميم ولا تسوية، ولا تقسم على عدد الأصناف والأنواع الموصى لها^(١).

وهو قول المالكية^(٢).

وحجته: ما تقدم من الدليل على أن الوصية لغير المحصورين لا يجب تعميمهم، ولا

التسوية بينهم.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا في غير أصناف من لا يحصى.

القول الثاني: تقسم على عدد الأصناف أولاً:

فإذا كانت الوصية للفقراء والمساكين قسمت نصفين، وإذا كانت لليتامى والمرضى

والمجاهدين مثلاً قسمت أثلاثاً، وهكذا، ثم يقسم سهم كل صنف على أهله على الطريقة

السابقة قى الوصية لمجهول غير محصور.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(٣).

وحجته: اختلاف أجناس الموصى لهم.

والأقرب:

ما ذهب إليه الجمهور؛ لقوة دليله، إلا إن كان هناك شرط، أو مصلحة، فيتجه إليه

ما ذهب إليه المالكية، وبهذا تجتمع الأقوال.

(١) المدونة ٤/٢٩٩، الذخيرة ٧/٧١، المغني ٦/١٧٤.

(٢) المدونة ٤/٢٩٩، الذخيرة ٧/٧١، المغني ٦/١٧٤، الوصايا ص ٤٥٦.

(٣) البدائع ٣/٣٧٣، الفتاوى القندية ٦/١٠٦، نهاية المحتاج ٦/١٧٤، المغني ٦/١٢٥.

المبحث الثالث

الوصية لجماعة محصورة، وأخرى غير محصورة

كالوصية لبني فلان وللمساكين، والوصية لقرابته وللمساكين.

وقد اختلف فيها العلماء على أقوال:

القول الأول: الوصية بينهما نصفان، نصف للجماعة المحصورة يقسمونه بالتساوي على عدد الرؤوس، أو بالاجتهاد على الخلاف السابق، ونصف للجماعة الجوهولة غير المحصورة يقسم بالاجتهاد، ولا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم. وهو قول المالكية^(١).

وحجته: أنه يقسم بينهما نصفان لاختلاف أجناس الموصى لهم.

القول الثاني: لكل فرد من أفراد الجماعة المحصورة سهم، وللجماعة غير المحصورة سهم.

فإذا كان بنو فلان في المثال المذكور ثلاثة، فلهم ثلاثة أسهم، وللمساكين سهم، وإذا كانت الوصية لبني فلان وهم أربعة، وللفقراء والمساكين قسمت على ستة لكل ابن سهم، وللفقراء سهم، وللمساكين. وهو قول الحنفية.

وحجته: تسوية أفراد المحصورين بحسب الجهة لتسوية اللفظ بينهما.

القول الثالث: تقسم على عدد الجماعات، لكل جماعة سهم كانت محصورة أو غير محصورة:

ولذا قالوا فيمن أوصى لأمهات أولاده وهن ثلاث والفقراء والمساكين: أن الوصية تقسم أثلاثاً، ثلث لأمهات الأولاد، وثلث للفقراء، وثلث للمساكين.

(١) انظر: المنتقى ١٧٢/٦، المدخلة ٧٠/٧.

وهو مذهب الشافعية.

وظاهر قول الخنابلة^(١).

وحجته: اعتبار كل جهة جنس مستقل.

والأقرب في هذه المسألة:

أن كل جهة سواء كانت محصورة، أو غير محصورة جنس مستقل؛ إذ هذا مقتضى

اللفظ لجعله كل جهة مقابلة للأخرى.

(١) نهاية المحتاج ٨١/٦، ونظر: المغني ٤٠٧/٨.

المبحث الرابع

الوصية للمعين، وجماعة محصورة

مثل الوصية لعمه وأخواله، أو الوصية لعمرو وأبناء عمه.

اختلف في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: أن النصف للمعين وحده، والنصف الآخر للجماعة المذكورة معه:

وهو قول للحنابلة، قال الحارثي: "أظهر الوجهين أن لها النصف"^(١).

وحجته: قياماً على الوصية لزيد والفقراء، فإن لزيد النصف، وللفقراء النصف،

فكذلك هنا^(٢)؛ لأنه وصى لجهتين فنقسم بينهما بالتساوي،

القول الثاني: أن المعين هنا يعتبر كواحد من الجماعة تقسم الوصية بينهم

بالتساوي على عدد الرؤوس:

وهو قول الحنفية، والمالكية^(٣).

وقول للحنابلة قدمه في الرعاية الكبرى^(٤).

وحجته: أن الموصي شرك بينه وبينهم في الوصية، والشركة تقتضي المساواة عند

الإطلاق.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - إن كان هناك قرينة تدل لأحد القولين عمل بها، وإلا فالأقرب

القول الأول؛ لكونه أضاف الوصية إليهما جميعاً، فافتضى ذلك التسوية.

(١) الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٤٠/١٧.

(٢) المغني ١٢٦/٦.

(٣) الفتاوى الهندية ١٠٥/٦ - ١٢١، الفتاوى ٧٦/٦.

(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٤٠/١٧.

المبحث الخاص

الوصية للمعين، وجماعة غير محصورة

مثل: الوصية لزيد والفقراء.

هذه المسألة لا تخلو من أحوال:

الحال الأول: إذا وصف الموصي المعين بصفة الجماعة الموصى لها معه، فتبين خلاف ذلك، فإنه لا يستحق شيئاً، كما لو قال في وصيته: لزيد الفقير والفقراء، فإنه إذا تبين أنه غني لم يكن له شيء؛ لأنه أوصى له بشرط الفقر فلم يوجد.

الحال الثانية: إذا وصفه بوصف مميز فإنه يستحق نصف الوصية، كما لو أوصى لزيد الإمام أو الكاتب أو العالم، أو المدرس، والفقراء أو الطلبة، فإن زيدا يعطى نصف الوصية، والنصف الآخر للجماعة المجهولة.

الحال الثالثة: إذا لم يوصف هذا المعين بوصف الجماعة، ولا بوصف مميزة.

فاختلف العلماء فيها على أقوال:

القول الأول: أن للمعين النصف، وللفقراء النصف:

فإذا كان المعين اثنين فالوصية بينهم على ثلاثة، كما لو أوصى لزيد وعمرو والفقراء^(١).

وهو قول الحنفية، وبعض الشافعية.

وهو مذهب الحنابلة.

وعند الحنفية: إذا كان من لا يحصى لا تصح الوصية له، فإن المعين بأخذ الوصية كلها، كمن أوصى لقلان وبني تميم، أو أوصى لزيد والمسلمين، أو الفقهاء وبني تميم، بناء على أصل الحنفية من بطلان الوصية لمن لا يحصى إذا لم يكن في لفظ الموصى له ما يشعر بالحاجة^(٢).

(١) الفتاوى الهندية ١/٦، ١٠٦، نهاية المحتاج ١/٦، المغني ٨/٤٠٧.

(٢) المصدر السابق ١/٦٢١.



القول الثاني: أن المعين يعطى حكم المجهول، وهو واحد منهم، ويعطى من الوصية باجتهاد المكلف بتوزيعها في تقديمه وتأخيرها، وفي مقدار ما يعطيه، ولا شيء لو ارثه إذا مات قبل القسمة؛ لأن هذه الوصية لا تستحق إلا بالقسم^(١).
وهو قول المالكية.

وقول للشافعية: إلا أنه يعطى أقل مضمول.

القول الثالث: أن له الربع:

وهو قول للشافعية^(٢).

القول الرابع: أنه كأحدهم في القسمة، فإذا كان الفقراء ثلاثة أعطى الربع، أو أربعة أعطى الخمس، وهكذا:
وهو قول للشافعية^(٣).

الدلة:

دليل القول الأول: (يعطى النصف)

١. أن النصف يقتضي التشريك بين المتعاطفين، والأصل في الشركة المساواة، فيحمل عليها عند الإطلاق.
ونوقش هذا الاستدلال: بأن العطف يقتضي التشريك في أصل الحكم دون تقاضيله، ومقدار النصيب.

٢. القياس على الوصية لزيد وعمر؛ لأن كلا منهما وصية بحقين ولمصرفين^(٤).

(١) المدونة ٢/٢٩٩، للفتي ١١٧٤/٦، النسخة ٩٣/٧، حاشية الزرقاني ١٨٦/٨.

(٢) غاية المحتاج ٦/٨٦.

(٣) غاية المحتاج ٦/٨٦.

(٤) المعنى ٦/١٢٥.

دليل القول الثاني: (حكم المجهول)

أن الموصي لما ضمه إليهم دل ذلك على قصد إعطائه حكمهم، واعتباره كواحد منهم، فيعمل بقصده لقيام القرينة الدالة عليه، ولعل هذا مبني على دلالة الاقتران، وهي ضعيفة عند الأصوليين.

دليل القول الثالث، والرابع:

القول بإعطائه الثلث، والقول بإعطائه الربع مبيان على الخلاف في أقل الجمع، فمن قال: اثنان أعطاه الثلث، ومن قال: ثلاثة أعطاه الربع^(١).

الترجيح:

في هذه المسألة كالترجيح في المسألة السابقة.

المبحث السادس

الوصية لمعين، وجهة البر

مثل الوصية لخالد، والمسجد، يعطى للمعين النصف والنصف للجهة.

نص عليه: الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

قال في المبسوط: "لو قال: ثلث مالي لفلان وللحج كان نصفه لفلان ونصفه للحج؛

لأن الوصية للحج وصية لله تعالى، قصار كآته أوصى لاثنتين"^(٢).

وقال المرادوي: "لو وصى له وللرسول ﷺ بثلث ماله: قُسم بينهما نصفان على

الصحيح من المذهب نص عليه.

وقيل: الكل له.

فعلى المذهب: يُصرف ما للرسول في المصالح.

وقال -أيضاً-: "لو وصى له ولله: قُسم نصفان على الصحيح من المذهب، وقيل:

كُلُّهُ لهُ"^(٣).

وفي حالة تعدد الجهات يعطى لكل جهة سهم، ولكل معين سهم، كما لو قال ثلثي

في الحج، والزكاة، والكفارات، ولفلان فإنه يقسم على أربعة^(٤).

(١) المبسوط ١٦٠/٢٣. وانظر: البدائع ٣٧٣/٧، حاشية أختار ٨١/٦، الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٣٤/١٧.

(٢) المبسوط ١٦٠/٢٣. انظر: البدائع ٣٧٣/٧.

(٣) الشرح الكبير مع الإنصاف ٣٣٤/١٧.

(٤) الفتاوى الهندية ١١٥/٦.

المبحث السابع

الوصية لجماعتين محصورتين

كما لو أوصى بثلاثة لأخواله وأعمامه، أو لأولاد أخيه وأولاد أخته.

القول الأول: أنها توزع بينهم على عدد الرؤوس بالتساوي، أو بالاجتهاد على الخلاف

السابق^(١)، إلا أن يبين الموصي شيئاً فيعمل به، كما لو أوصى لأولاد ابنه وأولاد ابنته على أن

يكون لأولاد الابن النصف أو الثلثان، ولأولاد البنت ما بقي، فإنه يعمل بشرطه.

وعبر قول المالكية^(٢).

وحجته: ما تقدم من الدليل على الوصية لمعين وجماعة غير محصورة عند المالكية.

القول الثاني: أنه يجب استيعابهم، والتسوية بينهم:

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة^(٣).

وحججتهم: أنهم محصورون، وكل صنف محصور يجب تعميمهم، والتسوية بينهم وإن

اختلفت حاجتهم^(٤).

والأقرب:

ما ذهب إليه الشافعية، والحنابلة، إلا إن كان هناك شرط، أو مصلحة رآها الموصي

إليه، فيشج ما ذهب إليه للمالكية، وبهذا تجتمع الأقوال.

(١) الفتاوى ١١٧٤/٦، الرزقاني ١٨٦/٨، الإتصاف مع الشرح الكبير ٢٣٤/١٧.

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والوصايا ص ٤٥٠.

(٣) المصادر السابقة للشافعية، والحنابلة.

(٤) غاية المحتاج ٧٩/٦.

المبحث الثامن

الوصية للجهة، والجماعة المحصورة

مثل: الوصية لبني أخيه وللمسجد، أو لأخواله والجماعة.

فتقسم الوصية بين الجهة وأفراد الجماعة المحصورة، لكل واحد سهم، فإذا كان بنو

أخيه خمسة قسمت الوصية على ستة كما أنه إذا كان أخواله في المثال الثاني ثلاثة، فإنها تقسم على أربعة^(١).

المبحث التاسع

الوصية للجهة، والجماعة غير المحصورة

مثل الوصية للمسجد، والفقراء، أو الوصية للسبيل، واليتامى والمساكين.

القول الأول: أن الوصية تقسم بالاجتهاد، ولا يتعين قسمها على عدد أصناف الموصى لهم، فلا يجب قسمها أنصافاً في المثال الأول، أو أثلاثاً في المثال الثاني: وهو قول المالكية^(١).

القول الثاني: تقسم بين الجهة والجماعة غير المحصورة حسب العدد، ففي المثال الأول تقسم أنصافاً، النصف للمسجد والنصف للفقراء: وفي المثال الثاني تقسم أثلاثاً، وإذا كانت الوصية للجماعة والمستشفى والمرضى قسمت أرباعاً.

وهو قول الحنفية.

وظاهر قول الشافعية، والحنابلة^(٢).

وحجته: أن كلا منهما جهة مستقلة.

والأقرب:

قول جمهور أهل العلم؛ لدلالة اللفظ على ذلك.

(١) الذخيرة ٧/٧٦، أحكام الوفق والوصايا في الشريعة الإسلامية ص ١٢٨.

(٢) البدائع ٧/٣٧٣، نهاية المحتاج ٦/٨١، المغني ٨/٤٠٧.

المبحث العاشر

الوصية للأقارب

وتحت مطالب:

المطلب الأول: مصرف الوصية للأقارب:

إذا قال: هذه وصية لقرايبي.

فاختلف الفقهاء رحمهم الله في المراد بالقرابة على أقوال:

القول الأول: أنه يدخل في ذلك كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه من غير

تقييد:

وهو احتمال ذكره في الكافي، وصححه الحارثي من الخاتمة^(١).

وعند المالكية^(٢) أنهم قرابته من جهة أبيه ومن جهة أمه.

فيشمل كل من يقرب لأبيه، وأمه.

قال الحرشي والدسوقي: "إذا قال: هذا حبس على أقاربي، فإنه يدخل أقاربه من

الجهتين، فيدخل كل من يقرب لأبيه من جهة أبيه، أو من أمه من الذكور والإناث،

ويدخل كل من يقرب لأمه من جهة أمها، أو من جهة أبيها من الذكور والإناث،

فتدخل العصات والخالات وأولادهن، والأخوة، وبنات الأخ، وبنات الأخت، والحال

وابنه، ولا فرق بين المسلم والذمي"^(٣).

ورواية عن أحمد، وفي قول للمالكية: كل قرابته من قبل الأب الذين يتسمون إلى الأب

الأدنى دون قرابته من قبل الأم.

(١) الكافي ٥٨٨/٣، الإنصاف مع الشرح الكبير ٤٨٩/١٦.

(٢) غدد الجواهر الثمينة (٤٦/٣)، شرح الباطن الواقفين (ص ١٢٠)، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٩٤/٤)، منح

الجليل (١٦٣/٨).

(٣) شرح الحرشي ٩٧/٧، حاشية الدسوقي ٩٤/٤.

القول الثاني: أحم قرابته من جهة أبيه، وجهة أمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى، ما خلا الأب والأم وولد الصلب إن كانت الوصية على غير قرابة الموصي، وورثته إن كان الوقف على قرابته.

وهو الصحيح من مذهب الشافعية^(١).

وفي وجه لهم أن المراد بالقرابة قرابته من قبل الأبء الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى دون قرابته من قبل الأم في الوصية على العربي دون الأعجمي:

القول الثالث: كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبويه، سوى أبويه وولده لصلبه:

وهو المذهب عند الحنفية، وزاد أبو يوسف: الجد، وابن الابن.

وقال أبو حنيفة: كل ذي رحم محرم من قبل الأب والأم، ما خلا أبويه وجده وولده دون الكافر، ويسوي بينهم^(٢).

القول الرابع: قرابة الرجل: أولاده، وأبوه، وجده، وجد أبيه، وأولادهم: وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

وفي رواية عن أحمد: يختص بثلاثة آباء.

وعن الإمام أحمد: يختص بولده وقرابة أبيه وإن علا.

وعن أحمد: أنه يختص بمن يصله منهم^(٤).

قال ابن قدامة: "وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان، فهو للذكر والأنثى من أولاده، وأولاد أبيه وجده، وجد أبيه، ويستوي الذكر والأنثى"^(٥).

(١) روضة الطالبين (١٧٢/٦-١٧٣)، منهاج الطالبين (٨٠/٣)، تيسير الوقوف (١٦٤/١).

(٢) ينظر: أحكام الأوقاف للخصاص (ص ١٤٤)، الإسهاف (ص ١٠٨، ١١٠)، الدر المختار ورد المختار (٥٥٩/٦).

(٣) المغني (٥٢٩/٨)، كشاف القناع (٢٨٧/٤)، مطالب أولي النهى (٣٥٩/٤).

(٤) ملقح مع الشرح الكبير ٤٨٩/١٦.

(٥) ملقح مع الشرح الكبير ٤٨٩/١٦.

الأدلة:

أدلة القول الأول: (أنهم كل من عرف بقرابته من جهة أبيه أو أمه)

(٢٢٥) ١. ما رواه البخاري ومسلم من طريق عمرو بن مرة، عن سعيد بن جبيرة، عن

ابن عباس رضي الله عنه قال: لما أنزل الله ﷻ: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ (١) أتى النبي ﷺ الصفا فصعد عليه، ثم نادى: "يا صباحاه"، فاجتمع الناس إليه بين رجل يحمي إليه، وبين رجل يبعث رسوله، فقال رسول الله ﷺ: "يا بني عبد المطلب، يا بني فهر، يا بني لؤي، أرايتم لو أخبرتكم أن خيلاً يسفح هذا الجبل تريد أن تغير عليكم صدقتموني؟" قالوا: نعم، قال: "فلاني نذير لكم بين يدي عذاب شديد" (٢).

(٢٢٦) ولما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ (٣) دعا رسول الله ﷺ قريشاً، فعمّ وخصّ، فقال: "يا معشر قريش أنقذوا أنفسكم من النار، يا معشر بني عبد مناف أنقلوا أنفسكم من النار، يا فاطمة بنت محمد أنقذي نفسك من النار، فلاني -والله- لا أملك لكم من الله شيئاً، إلا أن لكم رجلاً سألها بيلالها" (٤).

وجه الدلالة: قال ابن حجر: "موضع الشاهد منه قوله فيه: "ويا صفية، ويا فاطمة" فإنه سوى ﷺ في ذلك بين عشيرته فعمهم أولاً، ثم خص بعض البطون، ثم ذكر عمه

(١) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

(٢) صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب: وأنذر عشيرتك الأقربين (٤٧٧)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب في قوله ﷻ: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ (٢٠٨) (١/١٩٣).

(٣) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب: هل يدخل على النساء والولد في الأقارب (٢٧٥٣)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب في قوله ﷻ: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ (٢٠٤) (١/١٩٢).

العباس، وعمته صفية، وابنته، قُتل على دخول النساء في الأقارب وعلى دخول الفروع -أيضاً-، وعلى عدم التخصيص بمن يرث ولا بمن كان مسلماً^(١).

ونوقش: قال ابن حجر: "يحتمل أن يكون لفظ الأقربين صفة لازمة للعشيرة، والمراد بعشيرته قومه، وهم قريش...، وعلى هذا فيكون قد أُمر بإنذار قومه، فلا يختص ذلك بالأقرب منهم دون الأبعد، فلا حجة فيه في مسألة الوقف؛ لأن صورتهما ما إذا وقف على قرابته، أو على أقرب الناس إليه -مثلاً-، والآية تتعلق بإنذار العشيرة، فافتراقاً^(٢).

٢. ما رواه أنس رضي الله عنه قال: لما نزلت هذه الآية: ﴿وَلَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبَبْتُمْ﴾^(٣) قال أبو طلحة: أرى ربنا يسألنا من أموالنا، فأشهدك يا رسول الله أني قد جعلت أرضي بريحها لله، فقال رسول الله ﷺ: "اجعلها في قرابتك"، فجعلها في حسان بن ثابت، وأبي بن كعب^(٤).

ويجتمع أبو طلحة مع حسان في الأب الثالث، ومع أبي في الأب السادس^(٥).

٣. صدق اسم القرابة على كل من عرف بقرابته، فيشمل الصغير والكبير، والذكر والأنثى، والغني والفقير، والمحرم وغير المحرم^(٦).

ودليل المالكية:

أن المراد بالقرابة كل قريب من جهة الأب أو الأم: ما تقدم من دليل القول الأول.

ودليل من قال القرابة من ينسب إلى الأدنى:

أن العرب لا تفهم من مطلق اسم القرابة إلا قرابة الأب؛ لأن العرب تفتخر بأبائهم.

(١) فتح الباري (٥/٤٥).

(٢) فتح الباري (٥/٤٥).

(٣) من الآية (٩٢) من سورة آل عمران.

(٤) تقدم ترجمته برقم (٨).

(٥) ينظر: صحيح البخاري مع فتح الباري (٥/٤٦).

(٦) الكافي لابن قدامة (٣/٥٨٨)، المبدع (٥/٣٤٤).

بخلاف قرابة الأم.

دليل القول الثاني:

(قرايته من جهة أبيه وأمه ... ما خلا الأب والأم، وولد الصلب ...)

١. الدليل على أن المراد بالقرابة كل قريب من جهة الأب والأم: ما تقدم من دليل القول الأول.

٢. واستدلوا لإخراج الأب والأم وولد الصلب: بأنهم لا يسمون أقارب عرقاً، بل القريب من ينتمي بواسطة^(١).

٣. واستدلوا لإخراج الورثة إن كان الوصية على قرابته: يعرف الشرع؛ لأن الوارث لا يوصى له، فيختص بالباقي^(٢).

ونوقش هذا: بأنه مردود شرعاً ولغةً:

الوجه الأول: أنه مردود شرعاً، فإن النبي ﷺ دعا ابنته فاطمة رضي الله عنها لما نزل قوله ﷺ:

﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾^(٣).

الوجه الثاني: أن أصل الرجل وفروعه يدخلون في أقرب الأقارب، فكيف لا يكونون من الأقارب^(٤).

الوجه الثالث: دخول الأب والأم والولد خصوصاً والورثة عمومًا في اسم القرابة وصدقه عليهم، قال ابن منظور: "وأقارب الرجل عشيرته الأدنون"^(٥).

دليل القول الثالث: (كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام)

١. استدلل القائلون بأن القرابة ما كان من قبل الأب وحده: بأن العرب لا تفهم من

(١) ينظر: روضة الطالبين (١٧٣/٦)، أسنى لمطالب (٥٢/٣)، معني المحتاج (٨٠/٣).

(٢) ينظر: روضة الطالبين (١٧٤/٦)، عمالة المحتاج (١١٠٠/٣)، أسنى لمطالب (٥٢/٣)، معني المحتاج (٨٢/٣).

(٣) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

(٤) ينظر: معني المحتاج (٨٠/٣).

(٥) لسان العرب ٦٦٥/١.

مطلق اسم القرابة إلا قرابة الأب؛ لأن العرب تفتخر بأبائهم، بخلاف قرابة الأم، فإنهم لا يفتخرون بها، ولا يعدونها قرابة^(١).

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: "أن عرف الناس في اسم القرابة يطلق على ما كان من الجهتين"^(٢).

الوجه الثاني: صدق اسم القرابة على ما كان من قبل الأم، وتناوله لهم، قيدخلون في عمومها.

الوجه الثالث:

(٢٢٧) أن النبي ﷺ فاحر بسعد بن أبي وقاص ﷺ فقال: "هذا حالي فليرى امرؤ خاله"^(٣).

قال الترمذي رحمه الله: "وكان سعد بن أبي وقاص من بني زهرة، وكانت أم النبي ﷺ من بني زهرة، فلذلك قال النبي ﷺ: هذا خالي"^(٤).

(١) ينظر: التهذيب (٥٢٢/٤)، أسنى المطالب (٥٣/٣)، معني المحتاج (٨٠/٣).

(٢) الخواص الكبير (٣٠٣/٨).

(٣) سنن الترمذي في الشافعي، باب مناقب سعد بن أبي وقاص (٦٠٧/٥) (٣٧٥٢)، والطبراني في الكبير (١٤٤/١) من طريق أبي أسامة، وابن سعد في الطبقات ١٣٧/٣ من طريق سعيد بن القطان، وأبو يعلى في المسند (٤٢/٤) من طريق علي بن مسهر، ثلاثتهم (أبو أسامة، وسعيد، وعلي) عن حماد، عن الشعبي به. وأخرجهم الحاكم في المستدرک من طريق إسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي عن جابر.

قال الترمذي: "هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث حماد"، وتابعه إسماعيل بن أبي خالد، وموافقه (تهذيب من ١٣٨) عند الحاكم في المستدرک في ذكر مناقب أبي إسحاق سعد بن أبي وقاص، من كتاب معرفة الصحابة رضي الله عنهم (٥٦٩/٣)، وقال: "هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه" ووافقه الذهبي.

قال ابن الملقن في الدر المنير (٢٧٩/٧): "هذا الحديث صحيح ... قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث حماد ... وأما الحاكم فأبدل «حماد» بـ«إسماعيل بن أبي خالد» ثم قال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين. زاد أبو نعيم في معرفة الصحابة له في روايته: قال أبو أسامة يعني بإسحاق به.

قائدة: وقع مثل هذا الحديث في حق أبي طلحة زيد بن (سهل) الأنصاري، فأخرج الحاكم في مستدرکه في ترجمة عن أنس: «أنه ﷺ قال: هذا خالي، فمن شاء منكم فليخرج خاله - يعني: أبا طلحة زوج أم سليم». قال في الكريم: قال: هذا.

(٤) الجامع الصحيح (٦٠٧/٥).

٢. واستدل القائلون بتناول القرابة لكل من يناسب الموصي إلى أقصى أب له في الإسلام: بأن الاسم يتناول كل قريب، إلا أنه لا يمكن العمل بعمومه؛ لتعذر إدخال جميع أولاد آدم عليه السلام، فتعتبر النسبة إلى أقصى أب في الإسلام؛ لأنه لما ورد الإسلام صارت المعرفة بالإسلام، والشرف به، فصار الخلد المسلم هو النسب، فلا يعتبر من كان قبله^(١).

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن تناول القرابة لكل من يناسب الموصي إلى أقصى أب في الإسلام كان يستقيم في زمان صاحبي أبي حنيفة رحمهما الله؛ لأن أقصى أب كان قريباً، يصل إليه بثلاثة آباء أو أربعة آباء، فأما في زماننا فلا يستقيم؛ لأن عهد الإسلام قد بعد^(٢)، قال الكاساني: "أن الوالد والولد لا يسميان قرابتين عرفاً وحقيقة؛ لأن الأب أصل والولد فرعه وجزؤه، والقريب من غيره لا من نفسه"^(٣).

الوجه الثاني: مخالفته الظاهرة للعرف، فإن الواقف لا يريد أن يشمل بوقفه قرابته الذين ينتسبون إلى أقصى أب في الإسلام، مع تعددهم وانتشارهم إلى حد يتعذر معه إدراكه لهم ومعرفة بهم، فضلاً عن الرغبة في برهم وصلتهم.

٣. قوله ﷺ: **﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾**^(٤).

وجه الدلالة:

قال الكاساني: "عطف الأقربين على الوالد، والعطف يقتضي المغايرة في الأصل"^(٥).

(١) ينظر: المبسوط (١٥٦/٢٣)، بدائع الصانع (٣٤٩/٧).

(٢) ينظر: المبسوط (١٥٦/٢٧)، بدائع الصانع (٣٤٩/٧)، تنقيح الحقائق (٢٠١/٦).

(٣) المبسوط ١٥٦/٢٧.

(٤) من الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

(٥) المبسوط ١٥٦/٢٧.

وإذا أخرج الأب من أن يكون قريبًا للابن خرج الابن من أن يكون قريبًا للأب، ونوقش: بأن إفراد الوالدين بالذكر لمزيد العناية بهما، والتأكيد على حقهما، لا لأحدهما من غير القرابة.

ونوقش: بما نوقش به دليل الشافعية المتقدم^(١)

٤. واستدل لأبي حنيفة رحمته؛ قوله رحمته: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَايَ ذِي الْقُرْبَىٰ﴾^(٢)، وقوله رحمته: ﴿وَقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾^(٣).

قال السرخسي: "فلما كان مأمورًا بصلة القرابة، وإنما تحب الصلة ممن كان ذا رحم منه، فانصرفت الوصية إليه دون غيره؛ لأن القرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم؛ لا اختصاصها بأحكام مخصوصة، من عدم جواز المناكحة، والعنق عند الملك، وعدم الرجوع في الهبة ووجوب النفقة عند العشرة، فانصرفت الوصية إليه"^(٤).

٥. قال الكاساني: "القرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم المحرم، ولأن معنى الاسم يتكامل بها، وأما غيرها من الرحم غير المحرم فناقصة، فكان الاسم للرحم المحرم لا لغيره؛ لأنه لو كان حقيقة لغيره فإما أن يعتبر الاسم مشتركًا أو عامًا، ولا سبيل إلى الاشتراك لأن المعنى متجانس، ولا إلى العموم لأن المعنى متفاوت، فتعين أن يكون الاسم حقيقة لما قلنا، ولغيره مجازًا"^(٥).

ونوقش هذا الدليل من وجوه:

الوجه الأول: "أن القريب اسم مشتق من معنى، وهو: القرب، وقد وجد القرب، فيتناول الرحم المحرم وغيره"^(٦).

(١) ينظر: الدليل الثاني من أدلة أصحاب القول الثاني.

(٢) من آية (٩٠) من سورة النحل.

(٣) من آية (٢٤) من سورة محمد.

(٤) للوسط ١٥٦/٢٧.

(٥) بدائع الصنائع (٣/٣٤٩).

(٦) بدائع الصنائع (٣/٣٤٩)، وينظر: المعالجة المعرفية (١٠/٤٧٧)، تبين الخلفاء (١/١٠٤).

الوجه الثاني: فعل النبي ﷺ لما نزل قوله ﷻ: ﴿وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ﴾^(١)، فإنه جمع قريباً، فعم وخص، وألزمهم، وفيهم ذو الرحم المحرم وغيره.

(٢٢٨) وروى البخاري لما نزل قوله ﷻ: ﴿مَا آفَأَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾^(٢) أعطى أولاده، وأولاد عبد المطلب، وأولاد هاشم، ذكرهم وأنشاهم، فشمل يعطاه ذا الرحم المحرم وغيره^(٣).

الوجه الثالث: "أك اسم القرابة يقع على غيرهم عرفاً وشرعاً، وقد نحر على الرجل ربيته، وأمّهات نسائه، وحلائل آياله وأبنائه، ولا قرابة لهم، ونحل له ابنة عمه وعمته، وابنة خاله وخالته، ومن من أقاربه"^(٤).

أدلة القول الرابع: (أولاده، وأولاد أبيه، وجده، وجد أبيه)

١. استدلال القائلون بأن المراد بالقرابة: أولاد الموصي وأبوه وجده وجد أبيه وأولادهم:

بأن الله ﷻ لما قال: ﴿مَا آفَأَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى﴾^(٥).

قال في الشرح الكبير: "يعني قرى النبي ﷺ، أعطى النبي ﷺ أولاده، وأولاد عبد المطلب، وأولاد هاشم، ذكرهم وأنشاهم، ولم يعط من هو أبعد منهم كعبد شمس وبني نوفل شيئا، ولم يعط قرابة أمه وهو بنو زهرة شيئا... ولم يعط منهم إلا مسلماً، فحمل مطلق كلام الواقف على ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى، وقُيِّر بما فسر به"^(٦).

(١) الآية (٢١٤) من سورة الشعراء.

(٢) من الآية (٧) من سورة الحشر.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه حديث رقم (٣١٤٠).

(٤) المغني (٨/٥٣١).

(٥) من الآية (٧) من سورة الحشر.

(٦) الشرح الكبير لابن قدامة مع الإنصاف (١٦/٤٩٠).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن إعطاء النبي ﷺ بعض قرابته سهم ذوي القربى لا يلزم منه حصر لفظ ذوي القربى فيهم، بل هو أوسع كما في أدلة الرأي الأول.

٢. قوله ﷺ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِي فِيكُمْ مِنَ الذَّكَرِ نِصْفٌ وَلِلَّذِي فِيكُمْ مِنَ الْأُنثَىٰ نِصْفٌ﴾ (١) فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً، وإذا لم يدخلوا في لفظ القرآن مع عمومته لم يدخلوا في لفظ الواقف.

٣. أن الظاهر من حال الموصي أنه لا يريد الكفار؛ لما بينه وبينهم من عداوة الدين، وعدم الوصلة المانعة من الميراث ووجوب التفقة، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والإخوة، والأزواج، وسائر الألفاظ العامة في الميراث، فكذلك هنا (٢).

٤. أنه يسوي بين قريبهم وبغيدهم وذكرهم وإناثهم؛ لأن اللفظ يشملهم.

٥. ودليل اختصاص الوقف بمن يصله من أقاربه: بأن صلته إياهم في حال حياته قرينة دالة على إرادتهم بصلته هذه، فوجب حمل عموم لفظه على خصوص فعله (٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن المراد بالقرابة كل من عرف بقرابته من جهة أبيه وأمه من المسلمين؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول لمخالف.

قال مالك: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد.

لكن يستثنى من ذلك من يرث من قرابته؛ إذ لا وصية لوارث.

المطلب الثاني: تقدم الأقوى قرابة:

نص الشافعية والحنابلة: أنه لا ترجح بذكورة، بل يستوي الأب والأم والابن والبنت،

(١) من الآية ٢٦ من سورة النساء.

(٢) لمعني (٥٣٠/٨)، الشرح الكبير مع الإتيان لابن لدامة (٥٠٥/١٦)، كشف القناع (٢٩٠/٤).

(٣) ينظر: لمعني (٥٣٠/٨)، الشرح الكبير مع الإتيان (٤٩١/١٦).

والأخ والأخت، والعم والعمة، ثم أولادهم.

ويستوي أولاد البنين وأولاد البنات.

والأخ من الأب، والأخ من الأم سواء.

قال المرداوي: "وهذا مبني على القول بأن الأخ من الأم يدخل في القرابة، ... قاله في الفروع، وغيره، وكذا الحكم في أبنائهما".

ويقدم الأب على الجد، والابن على ابن الابن.

ويقدم ولد الأبوين من الإخوة والأخوات، والأعمام والعَمَّات، وأولادهم على ولد أحدهما، ويُقدَّم أخ لأب على ابن أخ لأبوين.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: تقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب أو لأم.

إذا أوصي شخص لأقرب قرابته، فهل يقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب أو من الأم؟

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: أن الأخ من الأبوين أقرب من الأخ من جهة واحدة:

وهذا قال الجمهور: الحنفية^(١)، والشافعية في المذهب عندهم^(٢).

وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني: استواء الإخوة في الاستحقاق:

وهو قول للشافعية^(٤).

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٦٠٦.

(٢) روضة الطالبين ١٦٢/٥.

(٣) الإنصاف ٢٤٤/٧، كشف القناع ٤/٣٦٣.

(٤) روضة الطالبين ١٦٢/٥.

ورواية عند الحنابلة^(١) اختارها شيخ الإسلام،

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن الأخ الشقيق أقرب وأحق)

١. أن من أدلى بجهتين فهو أولى ممن أدلى بجهة واحدة كالميراث^(٢)
٢. القاعدة: أن الاستحقاق المعلق على وصف يقوى بقوة ذلك الوصف، والاستحقاق هنا معلق على القرابة، والأخ الشقيق أقرب من الأخ لأب.
٣. اللغة والعرف، فالأخ الشقيق مقدم على الأخ لأب لغة وعرفاً.

دليل القول الثاني: (استواء الأخوة في الاستحقاق)

أن جهة الأمومة ساقطة كالنكاح^(٣).

ويناقش: بأن القياس على ولاية النكاح قياس مع الفارق؛ إذ التقديم هناك لمطلق الولاية والعصوية بخلاف الوصية هنا فهي للأقرب، فينصرف إلى ما كان أقرب من حيث النسب والقرابة، فيصبح الأخ الشقيق أقرب من الأخ غير الشقيق.

الترجيح:

أولى القولين بالصواب - فيما يظهر - هو قول الجمهور أن الشقيق يقدم على غير الشقيق فيمن أوصى لأقرب قرينه؛ لقوة دليله، وضعف دليل القول الثاني بمناقشته.

المسألة الثانية: الترتيب بين الأب والابن:

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: إن وصى لأقرب قرابته وله أب وابن فهما سواء:

هذا المذهب عند الحنابلة.

لاستوائيهما في الدرجة.

(١) الإصناف ٧/٢٤٤

(٢) كشف القناع ٢/٣٦٣

(٣) المصدر السابق.

القول الثاني: تقديم الابن على الأب:

وهو قول الشافعية، واحتمال عند الحنابلة.

المسألة الثالثة: الترتيب بين الأخ والجد:

اختلف العلماء رحمهم الله على أقوال:

القول الأول: الأخ والجد سواء:

وهذا هو المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: يُقدّم الأخ على الجد:

وهو قول الشافعية، واحتمال عند الحنابلة

وقيل: يُقدّم الجد على الأخ.

وهو قول للحنابلة.

المسألة الرابعة: الترتيب بين الأب وابن الابن:

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: الأب أولى من ابن الابن:

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة.

القول الثاني: أنّ ابن الابن أولى:

وهو قول الشافعية، وقول للحنابلة.

المسألة الخامسة: الترتيب بين الجد والعم:

اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: يستوي جدّه وعمّه كأبويه:

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة، وقدّمه في الفروع.

القول الثاني: يُقدّم جدّه وعمّه لأبيه^(١).

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/٣٠١، كشاف الفناح ١/٣٦٣.

قرع:

قال ابن الرِّفعة - من الشافعية -: "ويقدم العم والعمة على أبي الجد، والخال والخالة على جد الأم وجدتها... ثم هكذا يقدم الأقرب فالأقرب درجة في الجهة كيف كان عند اتحاد الجهة، وإلا فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة كإبن ابن الأخ وإن سفل يقدم على العم، (ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن)؛ لأنه أقرب منه في الدرجة، وتقدم الجدة من الجهتين على الجدة من جهة، كما جزم به البيهقي والخوارزمي في الوقف وإن استويا في الإرث؛ لأن المأخذ ثم اسم الجدة وهنا معنى الأقرب، ومقتضى كلام أصل الروضة التسوية بين الجانبين" (١).

المطلب الثالث: إذا قال: هذا وصية لأقرب قرابتي، وفيه صائنان:

المسألة الأولى: الأقرب، أو أحق الأقارب:

في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المراد به أقرب عصبية الموصي:

والله ذهب المالكية، والحنابلة في رواية (٢).

وحجته: أن العصبية هم المقدمون في ولاية المال، فكذا استحقاقه.

القول الثاني: أن المقصود بالقرابة قرابة الرحم، فيقدم ابن البنت على ابن العم:

وهذا أصح الوجهين عند الشافعية (٣).

وحجته: قوله ﷺ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ (٤) ولأن المقصود

صلة الرحم (٥).

ونوقش: أن العصبية مقدمون على ذوي الأرحام، وصرف الوقف لهم من صلة الرحم.

(١) مغني المحتاج ٥/٣٠٠.

(٢) مواهب الجليل ٢٩/٦، جواهر الإكليل ٢/٢٠٧، الإصناف ٧/٣٠، المفتح ٥/٣٢٦.

(٣) روضة الطالبين ٥/٣٢٦.

(٤) من آية ٧٥ من سورة الأنفال.

(٥) روضة الطالبين ٥/٣٢٦.

القول الثالث: أن المقصود بالقرابة من يستحق الإرث؛

وهذا هو الوجه الآخر عند الشافعية.

ورواية عن أحمد هي المذهب^(١).

لكن الحنابلة قالوا: يصرف للورثة نسباً، فقيدهم بالنسب، وبذلك يخرج من عداهم كالزوج، والزوجة، والمعتق والمعتقة.

وحجته: أن الورثة هم المقدمون في استحقاق المال بالميراث، فكذا الوصية.

والأقرب:

هو القول الأول؛ لقوة دليله.

المسألة الثانية: هل يختص به فقراء الأقارب أم يشاركهم الأغنياء؟

في ذلك قولان:

القول الأول: يختص به الفقراء.

وإليه ذهب المالكية.

وهو أظهر القولين عند الشافعية، ووجه عند الحنابلة^(٢).

وحجته: أن الوقف مصرفه عادة الفقراء.

القول الثاني: أنهم يشتركون.

وهو القول الآخر عند الشافعية، والوجه الآخر عند الحنابلة^(٣).

وحجته: عموم لفظه.

والأقرب:

الرجوع إلى العرف والقرائن، فإن لم يكن فالقول الأول أقرب؛ إذ الوقف صدقة،

والصدقة مصرفها الفقراء.

(١) روضة الطالبين ٣/٣٢٦، الإنصاف ٧/٢٩-٣٠.

(٢) مواهب الجليل ٦/٢٩٩، حاشية الدسوقي ٤/٨٨، المهذب ١/٤٤٩، روضة الطالبين ٥/٣٢٦، الإنصاف ٧/٣١-٣٢.

(٣) المراجع السابقة.

المبحث الحادي عشر

الوصية للزوجة، والعقب، والنسل

سبق بحث هذه المسائل في كتاب أحكام الوقف؛ ومن يدخل ومن لا يدخل تحت هذه الألفاظ.

المبحث الثاني عشر

إذا أوصى لآله ، أو لقومه ، أو لنسبائه ، أو لأهله ، أو لرحمه ، أو لعرابه ، أو لثيوخ ، أو للأرامل ،
 أو للأيتام ، أو للشباب ، أو للمفقار ، أو للذراري ، أو للفلان ، أو للعقيد ، أو للسبط ، أو لليتامي .
 أو للعلماء ، أو للأبكار ، أو للثيب ، أو لأهل الزكاة

سبق بحث هذه المسائل في كتاب أحكام الوقف ؛ إذ إن العلماء يجعلون
 حكم الوصية حكم الوقف في هذه المسائل ونحوها .

المبحث الثالث عشر

مصرف الوصية للجار

اختلف العلماء في حد الجار الذي تصرف له الوصية على أقوال

القول الأول: أن حد الجوار أربعون داراً من كل جانب:

وهو الصحيح عند الشافعية^(١).

والمتنصوص عليه في مذهب الحنابلة وعليه أكثر الأصحاب^(٢).

وقال به الحسن^(٣)، والزهرى، والأوزاعي^(٤).

القول الثاني: الجار الملاصق فقط:

قال به أبو حنيفة، وزفر^(٥).

وبه قال المالكية، إلا أنهم زادوا في حد الجوار فقالوا: ما واجه الدار فهو جار أيضاً^(٦).

وهو قول الشافعية كما قال النووي^(٧).

القول الثالث: الجار:

هو الملاصق وغيره ممن يجمعهم المسجد إذا كانوا أهل محلة واحدة.

وبه قال القاضي أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٨).

وهو قول عند المالكية^(٩).

(١) المذهب للشافعي ١/٤٥٥، حلية العلماء ٦/٩٥، روضة الطالبين ٦/١٦٨، مغني المحتاج ٣/٥٨-٥٩.

(٢) المغني ٨/٥٣٦-٥٣٧، المهر ١/٣٨٢، الإنصاف ٧/٢٤٢، كشف القناع ٤/٣٦٣.

(٣) انظر: الأدب المفرد للبخاري ص ٥٣.

(٤) انظر: المغني لابن حزم ١/١٠١، الختم لأحكام القرآن ٥/١٨٥، السير فتح القدير ١/٤٦٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٥١، الهداية شرح بداية المبتدي، مع تكملة فتح القدير والمسماة (نتائج الأفكار) في

كشف الرموز والأسرار ١٠/٤٧٥، ١١/٤٧٤، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٨/٤٤٣، حاشية الدر المختار ٦/٦٨٢.

(٦) انظر: التاج والإكليل ٦/٣٧٤.

(٧) انظر: روضة الطالبين ٦/١٦٨.

(٨) انظر: بدائع الصنائع ٧/٣٥١، الهداية ١٠/٤٧٤، ١١/٤٧٥، شرح الهداية على الهداية ١٠/٤٧٥.

(٩) انظر: تعديرات المغرب للنويسي ٩/٣٩٤.

وقد فصل في هذا القول:

ف قيل بأنه من يسمع النداء^(١).

وقيل^(٢): إن من يسمع الإقامة فهو جار لذلك المسجد^(٣).

وقيل: من صلى معك صلاة الصبح فهو جار^(٤).

القول الرابع: أن من ساكن غيره في محلة أو مدينة فهو جار^(٥).

القول الخامس: أن جيران الإنسان قبيله، وقيل الأفخاذ^(٦).

القول السادس: أن الجار هو من ليس بينك وبينه درب^(٧) يغلق:

وقيل: الجيران هم أهل الزقاق^(٨) غير النافذ^(٩).

القول السابع: الجار: الدار والداران^(١٠)، وهو مروي عن قتادة:

ولم أر لأقوال الثلاثة الأخيرة دليلاً فيما اطلعت عليه.

القول الثامن: الجار هو من قاربت داره دار جاره، ويرجع في ذلك إلى العرف:

وهو اختيار ابن قدامة من الخاتمة، وصونه في (الإنصاف)^(١١).

(١) انظر: المصنف لعبد الرزاق ٤٩٨/١، الجامع لأحكام القرآن ١٨٥/٥، المغني ٥٣٧/٨، فتح الباري ١٠/٤٤٧.

(٢) ذكره ابن قدامة عن سعيد بن عمرو بن جعدة، انظر: المغني ٥٣٧/٨.

(٣) انظر: لأخبار للعرب ٣٩٤/٩، المغني ٥٣٧/٨، الجامع لأحكام القرآن ١٨٥/٥، تفسير فتح القدير ١/٦٦٤.

(٤) انظر: فتح الباري ١٠/٤٤٧.

(٥) انظر: أحكام القرآن ١٨٥/٥، انظر: لابن حزم ١٠٠/٩-١٠١/١، مغني المحتاج ٥٩/٣، شرح منة الخليل ٤/٦٥٩.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٥٩/٣، المغني ٥٣٧/٨، والأفخاذ جمع فخذ، انظر: القاموس المحرر ٣/٤٥٥.

(٧) هو الطريق.

(٨) الزقاق: المسكة، انظر: لسان العرب مادة (زق) ١٤٣/١-١٤٤/١.

(٩) انظر: مغني المحتاج ٥٩/٣.

(١٠) انظر: حلية العلماء ١٩٦/٦، المغني ٥٣٧/٨.

(١١) انظر: المغني ٥٣٧/٨، الإنصاف ١٤٣/٧، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني ٥/٢٩.

الأدلة:

أدلة القول الأول: (أربعون دارًا)

(٢٢٩) ١. ما رواه أبو يعلى من طريق عبد السلام بن أبي الجنوب، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "حق الجوار أربعون دارًا هكذا وهكذا وهكذا، ميمًا وشمالًا وقدائمًا وخلفًا"^(١).

وجه الاستدلال: أنه هذا الحديث نص على أن حد الجوار أربعون دارًا من كل جانب، والنص لا يجوز العدول عنه^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث لو صح لكان قبضًا في المسألة، ولما دام كذلك فيسقط به الاستدلال.

(٢٣٠) ٢. ما رواه الطبراني في الكبير من طريق يوسف بن السفر، عن الأوزاعي، عن يونس بن يزيد، عن الزهري، عن عبد الرحمن بن كعب ابن مالك، عن أبيه قال: "أتى النبي ﷺ رجل فقال: يا رسول الله إني نزلت في محلة بني فلان، وإن أشد هم لي أذى أقدمهم لي حوارًا، فبعث رسول الله ﷺ أبا بكر وعمر وعليًا يأتون

(١) مسند أبي يعلى (٥٩٨٢)، وابن حبان في الضعفاء، قال المحشي (١٦٨/٨) "فيه محمد بن جامع الطبراني وهو ضعيف". وفي المقاصد الحسنة ٢٧٧/١: "وهو عند الديلمي في مسنده من الوجه الذي أخرجه، لكن يلفظ: (الجوار ستون دارًا) عن يمينه، وستون عن يساره، وستون خلفه، وستون قدائمه" وسنده ضعيف^٢. وأخرجه أبو داود في المراسيل (٢٥٧/١) رقم (٣٥٠). قال المناوي (٤٧٣/١): "قال الزركشي: سنده صحيح، وقال ابن حجر: رجاله ثقات".

وأخرجه البيهقي في السنن ٢٧٦/٦ من طريق عمر بن الخطاب العنبري، حدثنا عمر بن الخطاب العنبري، ثنا عبد الله بن مقبل بن خازمة، ثنا محمد بن أبي بكر المقدمي قال: حدثنا دلال بنت أبي لبلد قالت: حدثنا العنبري، عن عائشة رضي الله عنها قالت: يا رسول الله، ما أحق، أو قالت: ما حد الجوار؟ قال: "أربعون دارًا". قال البيهقي: "وكلاهما ضعيف، والمعروف المرسل الذي أخرجه أبو داود".

(٢) المعنى لابن قدامة ٥٣٨/٨.

المسجد فيقومون على بابه، فيصيحون ألا إن أربعين دارًا جارًا، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه»^(٢٧١).

وجه الاستدلال: أن الحديث نص على أن الجيرة أربعون دارًا، ونوقش الاستدلال بهذا الحديث: هذا الحديث كالحديث السابق لا تنهض به حجة لضعفه.

واستدلوا على القول الثاني بما يلي:

(٢٣١) ٩. ما رواه البخاري من طريق عمرو بن الشريد، عن أبي رافع رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "الجار أحق بسقبة"^(٢).

وجه الاستدلال بهذا الحديث: أنه قد جاء لبيان حق الشفعة، وهي لا تثبت لأحد من الجيران إلا للملاصق، فدل على أنه هو المقصود بالجار وأجيب عن هذا الاستدلال: بأنه قد ورد تفسير (الجار) هنا بالشريك^(٣)، وبالتالي فلا يختص الجار في هذا الحديث بالملاصق.

٢. أن انصراف الجار إلى الملاصق فقط هو مقتضى القياس، فتحمل عليه النصوص الواردة في الموضوع، فإن الجار من الجيرة وهي الملاصقة حقيقة، والاتصال بين المالكين بلا حائل بينهما، فأما مع الحائل فلا يكون مجاورًا حقيقة، ولهذا ثبت

(١) النظر: غريب الحديث لأبي عبد القاسم بن سلام ٣٤٨/١.

(٢) للمصنف الكبير (٧٣/١٩)، رقم (٦٤٣).

وفي ميزان الاعتدال (٩٨٧١): "يوسف بن السمر، أبو الفيص الدمشقي، كاتب الأوزاعي، عن الأوزاعي، ومالك وعنه بقية مع تقدمه، وهشام بن عمار، ومحمد بن مصلح، وجماعة قال النسائي، ليس بثقة، وقال الدارقطني: متروك بالكذب، وقال ابن عدي: روى بإسناد، وقال البيهقي: هو في عداد من تضع الحديث، وقال أبو زرعة، وغيره: متروك".

(٣) السقب: القرب وقيل: الملاصقة. النظر: لسان العرب. مادة سقب ٢٥٥/١.

(٤) النظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٨٣/٣٠، إعلام الموقعين ١٤٩/٢ - (الاصناف ٢٥٥/٦، الغلى ٩١/٩).

الشفعة للجار الملاصق دون غيره؛ لأنه ليس بجار حقيقة^(١).

وأجيب: بأن استعمال الجار لغير الملاصق ثابت في النصوص الشرعية^(٢)، وبالتالي فلا يختص معنى الجار بالملاصقة.

وأما قولهم عن الشفعة تثبت للجار الملاصق دون غيره، فهذه مسألة خلافية.

٣. أنه يترتب على الجوار حقوق يلزم أداؤها^(٣) للجار، ولما كان متعذرًا صرفها لكل من يطلق عليه اسم الجار لغة، فإن مسمى الجار الشرعي يصرف إلى أحسن الخصوص وهو الملاصق^(٤).

وقد أجيب عن هذا الدليل: بأنه لا يلزم من تعذر صرفه إلى الجميع^(٥) تعذر صرفه إلى بعض الجيران غير الملاصقين كأهل مسجد المحلة الواحدة^(٦)، فيأثم جيران للمسجد وإن لم يكونوا ملاصقين له.

دليل القول الثالث:

(٢٣٢) ١. ما رواه الدراقطني من طريق سليمان بن داود اليمامي، عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد"^(٧).

(١) انظر: بذائع الصنائع ٣٥١/٧، البداية شرح البداية ٤٧٤/١، ٤٧٥.

(٢) انظر: ص ٢٠-٢٣ من بحث أحكام الجوار في الفقه الإسلامي.

(٣) مثل الوصية والشفعة وغيرها.

(٤) انظر: بذائع الصنائع ٣٥١/٧، البداية شرح البداية ٤٧٤/١، ٤٧٥.

(٥) أي جميع من يطلق عليه اسم الجار في اللغة.

(٦) انظر: نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (تكملة فتح القدير) ٤٧٥/١٠.

(٧) سنن الدارقطني (١/٤٢٠)، وأخرجه الحاكم (١/٢٤٦)، وصحّته (٣/٥٧) من طريق سليمان بن داود اليمامي،

عن يحيى بن أبي كثير، عن أبي سلمة، عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعاً، سكنت عنه أحكام! وقال البيهقي: "وهو ضعيف".

وعنه سليمان هذا فإنه ضعيف جداً، قال ابن معين: "ليس بشيء"، وقال البخاري: "منكر الحديث"، قال الذهبي:

وأجيب: بأنه دلالة فيه على اختصاص حار المسجد بلفظ الجار؛ لأن الحديث إنما ورد في حكم الصلاة^(١)، ثم إنه لو سلم بذلك فالحديث ضعيف لا يقوم به الاستدلال.

٢. أن المقصود من الجوار البر بالجيران والإحسان إليهم، وهذا ينتظم الجار الملاصق وغيره، ولا يتحقق معنى المجاورة إلا باختلاط الجيران، وذلك لا يتم إلا إذا جمعهم مسجد واحد^(٢).

وأجيب: بأننا نسلم لكم أن ير الجيران فيما بينهم من مقاصد الجوار، ولكن المقصود بالجيران الملاصقين لا غيره؛ لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة، فكيف ينتظم الملاصق وغيره^(٣).

ويمكن أن يؤخذ على هذا القول؛ أنه أخرج الدمي من مسمى الجار؛ لأن المسجد لا يضمه مع أن النصوص الواردة في الجار جاءت عامة، إلا إذا أريد باتحاد المسجد سماح الأذان^(٤).

واستدل القول الرابع: بقوله ﷺ: **عَلَّيْنِ لَّزَيْنَتَوِ الْمُتَنَفِّثُونَ وَالَّذِينَ فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ**

قال البخاري: من قلت فيه منكر الحديث، فلا تحمل رواية حديثه.

ثم أخرجه الدارقطني من طريق محمد بن مسكين الشقري الموفن، أنبأنا عبد الله بن بكر الغنوي، عن محمد بن سوقة، عن محمد بن المنكدر، عن جابر رضي الله عنه مرفوقاً به.

وهذا سند ضعيف من أجل محمد بن مسكين، أورده ابن أبي حاتم في الجرح والاعتدال (٢٨٣/٢/٣) وساق له هذا الحديث باللفظ الثاني، ثم قال: سمعت أبي يقول: "هو مجهول، والحديث منك"، وقال الدمي في الميزان: "لا يعرف وحده منكر"، ثم ساق له هذا الحديث باللفظ الأول، ثم قال: قال الدارقطني: "هو ضعيف".

وأخرجه ابن حبان في الضعفاء ٩٤/٢ من طريق صالح بن كاتب الليث: حدثنا عمر بن راشد، عن ابن أبي ذئب، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها مرفوقاً به. وقال: قال ابن حبان: "عمر لا يحمل ذكره إلا بالفتح"، وتعقبه السيوطي في اللآلئ (١٦/٢) بقوله: "قلت: قد وثقه العجلي وغيره، وروى له الزهري وابن ماجه".

(١) حاشية سليمان الجمل على شرح المنهاج لتركها الأنصاري ٥٧/٤.

(٢) انظر: الهداية ٤٧٥/١.

(٣) شرح الهداية على الهداية ٤٧٥/١.

(٤) شرح الهداية على الهداية ٤٧٥/١.

وَالْمُرْجُفُونَ فِي الْمَدِينَةِ لَنُغْرِيَنَّكَ بِهِمْ ثُمَّ لَا يُحَاوِرُونَكَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا ﴿١١﴾

وجه الاستدلال بهذه الآية: أن الله جعل اجتماعهم في المدينة جواراً^(١).

وأجيب عن هذا الاستدلال: أن الجوار يترتب عليه بعض الحقوق والآداب الواجبة والمستحبة، وبالتالي فلا ينضبط هذا الأمر إذا قلنا بهذا القول، وليس أمكن ذلك فيما مضى فلا يمكن الآن وبخاصة مع اتساع العمران..

ويمكن أن يستدل للقول الثامن بهذا القول: بأن الاستدلالات المذكورة في هذه المسألة لا تخلو من ضعف، وبالتالي فلا تنهض للاحتياج، فلم يبق إلا العرف، وقد عهد من أحوال الشريعة الأخذ به في أمثال هذه المسائل.

واعترض الشوكاني رحمته الله على هذا القول فقال: "وأما الأعراف في معنى الجوار فهي تختلف باختلاف أهلها، ولا يصح حمل القرآن على أعراف متعارفة، واصطلاحات متواضعة"^(٢).

ويمكن أن يجاب عن هذا الاعتراض: بأن محله فيما ورد فيه نص، فأما ما لا نص فيه، فإن العرف حجة كما قرر ذلك في علم الأصول^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن معنى الجار يرجع فيه إلى العرف؛ إذ ما ورد مطلقاً على لسان الشارع فإنه يرجع إلى العرف في تحديده وضبطه.

(١) آية (٦٠) من سورة الأحزاب.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١/٨٥.

(٣) فتح القديم ١/٤٦٥.

(٤) المؤلفات للشافعي ٢/٢٨٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٩.

المبحث الرابع عشر

الوصية لله تعالى

جمهور العلماء^(١): أنها صحيحة.

وحجتهم: قول الله ﷻ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَآبِئِ السَّيْلِ﴾^(٢).
فدللت الآية على جواز صرف المال لله ﷻ.
وتصرف في وجوه البر، ولا تختص بالفقراء والمساكين؛ لأن ما كان لله فمصرفه طرق البر كالغنيمة.

وذهب أبو حنيفة: إلى أنها باطلة.

ولعل حجته: اشتراط الملكية للموصى له.

وذهب محمد بن الحسن: إلى أنها صحيحة، ويقول يغني عند الحنفية ويصرف إلى الفقراء^(٣).
والأقرب في هذه المسألة:

هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لأن الأصل صحة الوصية.

(١) ينظر: لمعيار للعرب ٣٧٩/٦، التلويح الصغرى ٤٣٤/٤، روضة الطالبين ١٧٦/٦، نهاية المحتاج ٤٢/٦، كشف

الغطاء ٣٥٩/٤، الإنصاف ٢٣٦/٧.

(٢) من الآية ٤١ من سورة الأنفال.

(٣) المسبوط ١٨٩/٢٧، روضة القضاة ٦٨٠/٢، الفتاوى الهندية ٩٧/٦.

المبحث الخامس عشر

الوصية في وجود البر

إذا جعل الوصية في جهة البر كأن يقول: أوصيت بثلاث مالي في أبواب البر أو نحو ذلك، فقد اختلف العلماء في صرف هذه الوصية على أقوال:

القول الأول: أنها تصرف في القرب كلها، يبدأ من ذلك بالغزو وهذا قول الحنفية، والمذهب عند الخنابلة (١٧١).

وعن الإمام أحمد: أنه يصرف في أربع جهات الأقارب، والمساكين، والحج والجهاد، ويبدأ بالغزو.

ولو أوصى بالثلث في وجوه الخير، قال الحنفية: يصح ويصرف إلى القنطرة، أو بناء مسجد أو طلبة العلم.

ونص الحنفية في فتاوى أبي الليث: أن كل ما ليس فيه تمليك فهو من أعمال البر، حتى يجوز صرفه إلى عمارة المسجد وسراجه، ولا يجوز الصرف إلى بناء السجون.

القول الثاني: أنها تصرف في أقارب الواقف، فإن لم يوجدوا أعطي أهل الزكاة وهذا مذهب الشافعية (١٧٢).

قال في التهذيب: "يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر وسد الثغور، ودفن الموتى وغيرها".

وعند بعض الشافعية: يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر، وسد الثغور، ودفن الموتى.

(١) الخرج الكبير ٥٤٣/٣، الإقناع ١٦٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٤٦٧/٢، المبدع ٣٩/٦، الإصناف ٢٣٦/٧.

(٢) للنهي ٥٤٠/٨، المبدع ٣٩/٦، الإصناف ٢٣٧/٧.

(٣) الأم ٩٨/٤، الخاوي ٢٧٣/٨، روضة الطالبين ٣٢٠/٥، ١١٧٢/٦، أسنى لمطالب ٤٦١/٢، ٥٢/٣، معني المحتاج ٣٨١/٢.

(٤) روضة الطالبين ٣٢٠/٥، العزيز ٢٧٠/٦.

وعند بعض الشافعية: أنه إذا أوصى إلى جهة الخير، تصرف على مصارف الزكاة ولا يبني بها مسجد ولا رباط، وإن أوصى إلى جهة الثواب صرف إلى أقاربه.

القول الثالث: أنه يصرف في ذوي الحاجة في سبيل الله ﷻ:

وهذا قول المالكية^(١).

وعن مالك جعله في الفقراء.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول بما يلي:

١. قوله ﷻ: ﴿لَنْ نَّأْتِلَا إِلَيْكُمْ حَتَّىٰ تُفِقُوا مِمَّا رَحِمْنَاكُمْ﴾^(٢).

قال السعدي: "هذا حث من الله لعباده على الإنفاق في طرق الخيرات، فقال ﷻ: ﴿لَنْ نَّأْتِلَا﴾ أي: تدركوا وتبلغوا إليه الذي هو كل خير من أنواع الطاعات وأنواع المشروبات الموصلة لصاحبه إلى الجنة، ﴿حَتَّىٰ تُفِقُوا مِمَّا رَحِمْنَاكُمْ﴾ أي: من أموالكم النفيسة التي تحبها نفوسكم"^(٣).

وقوله ﷻ: ﴿وَلَكِنَّ الْإِلَهَ مِنْ ءَامِنٍ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾^(٤):

قال ابن كثير: ﴿وَلَكِنَّ الْإِلَهَ مِنْ ءَامِنٍ بِاللَّهِ﴾ أي الشأن كله في امتثال أوامر الله، فحيثما وجهنا توجهنها، فالطاعة في امتثال أمره، ولو وجهنا في كل يوم مرات إلى جهات متعددة، وهذا شامل لكل طرق الخير^(٥).

(١) للذوية ٤١/٦، الذخيرة ٩٧/٧.

(٢) للذوية ٤١/٦.

(٣) من الآية ٩٢ من سورة الأنفال.

(٤) تفسير السعدي ١٣٨/١.

(٥) من الآية ١٧٧ من سورة البقرة.

(٦) تفسير ابن كثير ٢٣٧/١.

(٢٣٣) ٢. ما رواه سعيد بن منصور قال: حدثنا حماد بن معاوية عن أبي إسحاق عن أبي حبيشة قال: كنت عند أبي الدرداء وأنا أريد الغزو فجاءه رجل، فقال: إن أخي مات وأوصى بطائفة من ماله يتصدق به، وقال: لا تقضي شيئاً حتى تأتي أبا الدرداء، ففي أي شيء ترى أن نجعله؟ قال: ما من شيء يجعل فيه خير من سبيل الله، قال: فلم أقم من لمة إلا بصرة قال: وسمعت رسول الله ﷺ يقول: "مثل الذي يعتق عند الموت كمثل الذي يهدي بعد الشيع" (١). لكنه ضعيف.

٣. أن الغزو أفضل القرب؛ وذلك لما جاء فيه من الأدلة الكثيرة الدالة على عظم أجره وكبير فضله (٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الغزو أفضل القرب لا يعني أن يصرف إليه دون غيره؛ إذ قد يكون قصد الموصي شمول أبواب كثيرة من النفقات والتبرعات، ولو صرف الكل للأفضل لتعطل المفضل.

دليل القول الثاني:

١. أن النبي ﷺ أشار على أبي طلحة ؓ أن يجعلها في الأقربين (٣)، فدل ذلك على عظم حقهم، وأنهم أولى من غيرهم، ولذا جاء عن بعض التابعين نحو من ذلك، فعن الحسن أنه قال: "من أوصى بثلثه وله ذو قرابة محتاجون أعطوا ثلث الثلث" (٤)، بل جاء عن طاووس أنه لو أوصى لغيرهم وهم محتاجون الترع لهم (٥).

(١) سنن سعيد بن منصور (٢٣٣٠).

(٢) كشف القناع ٣٥٩/١.

(٣) تقدم تحريجه برقم (٨).

(٤) مصنف عبد الرزاق ٨٢/٩.

(٥) مصنف عبد الرزاق ٨٢/٩.

يمكن مناقشة استدلالهم بالحديث: بأن جعلها في الأقربين بناء على إذن أبي طلحة، فقيه موافقة الموصي على جعلها فيهم.

وأما ما ورد عن التابعين، فلا تعدو أن تكون آراء لم لا يستدل بها بل يستدل لها، وقول أصحاب رسول الله ﷺ أولى بالأخذ منها.

٢. أن جعلها بعد القرابة في أهل الزكاة من وجوه:

الأول: أن باب الوصية والزكاة فيه تقارب من جهة صلة الموصي له، ومن تصرف له الزكاة.

الثاني: أنه أوصى بوصية لم يحددها في جهة معينة، فكان التعيين للشارع، وقد جعل مثلها في الأصناف الثمانية في باب الزكاة.

الثالث: أن أهل الزكاة جهات متعددة ومتنوعة، يمكن القول بأنها تعني بمقصود الموصي، كما أنها أصول أبواب البر العامة.

ويمكن أن يناقش استدلالهم بجعلها في أهل الزكاة: بأن الزكاة تفارق الوصية في أشياء كثيرة، فالوصية تصرف للأغنياء بخلاف الزكاة، كما أن الوصية تصلح بها الطرق، وتبنى بها المساجد، والمدارس بخلاف الزكاة، فلم يصلح القياس.

كما أنه لا يمكن القول بأن أهل الزكاة تشمل أبواب البر أو جماعها؛ إذ أن أبواباً كثيرة من البر تدخل في عموم الصدقة والوصية والوقف، ولا تصرف فيها الزكاة كإصلاح القناطر وسد الثغور وغيرها.

دليل القول الثالث:

أنه أوصى بوصية مطلقة تعم أبواباً كثيرة، فكان البدء بالأهم، وليس ثم أبدى وأولى من ذوي الحاجة، ومن هم في سبيل الله

الراجع:

يترجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة لدليله.

وجاء في الدرر السنية: وسئل الشيخ عبدالرحمن بن حسن: عمن أوصى بثلاث ماله على أعمال ير وذرية ضعفاء؟

فأجاب: إن كانت الوصية على أعمال البر، جاز أن يدفع إليهم من الوصية ما يستعينون به في حاجاتهم، وإن كانت الوصية لأناس معينين أعطوا ما وصى به، فإن كانت على حجج غير حجة الإسلام، فتصرف على المحتاج من ذريته، وكذلك ما كان على الأضحية صرف على فقراء ذريته؛ لأن الصدقة عليهم أفضل إذا احتاجوا لها، فلا بد من تنفيذ الوصية ابتداء، ثم يكون النظر للمتولى عليها^(١).

(١) الدرر السنية في الأجوبة الجيدة (٧/١١٨):

المبحث السادس عشر

الوصية في سبيل الله ﷻ

إذا قال: هذه الوصية تصرف في سبيل الله ﷻ:

اتفق الفقهاء: على أن الغزاة ممن يشملهم مصرف سبيل الله.

واختلفوا فيما عدا ذلك على أقوال عدة:

القول الأول: المراد بالمصرف في سبيل الله هو الغزو:

وهو قول أبي يوسف من الحنفية^(١)، ومذهب المالكية^(٢)، والشافعية^(٣).

ورواية عند الحنابلة^(٤)، رجحها ابن قدامة^(٥).

القول الثاني: المراد بمصرف سبيل الله هو الغزو والحج والعمرة:

وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية^(٦).

ومذهب الحنابلة^(٧).

القول الثالث: المراد بمصرف سبيل الله جميع القرب والطاعات:

وهو منسوب لبعض الفقهاء، وقال به بعض المعاصرين^(٨).

القول الرابع: المراد بذلك المصالح العامة:

وهو قول بعض المعاصرين^(٩).

(١) بدائع الصنائع ٧٣/٢، رد المحتار ٢٦٠/٣ وحسنه بالفقهاء من الغزاة.

(٢) الإشراف ٤٢٢/١، المطبوعة ٤٤٨/٣.

(٣) التيسار ٤٢٦/٣، روضة الطالبين ٣٢١/٢.

(٤) الدروع ٦١٢/٢، كشف القناع ١٠٧/٢.

(٥) المغني ٣٢٦/٩.

(٦) للمصادر السابقة للحنفية.

(٧) للمصادر السابقة.

(٨) قرارات مجمع الفقه الإسلامي ٢١١/٣.

(٩) تفسير المنار ٥٤٠/١٠.

القول الخامس: المراد بذلك الجهاد بمعناه العام (جهاد اليد والخال واللسان):

فيشمل ذلك القتال في سبيل الله، والدعوة إلى الله، وهو ما صدر به قرار مجمع الفقهي الإسلامي، والندوة الأولى لقضايا الزكاة المعاصرة^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾^(٢)

أن المراد من سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو، وأكثر ما جاء في القرآن هو من ذلك^(٣). ونوقش: بعدم التسليم؛ فالواجب عند عدم النقل الشرعي الأخذ بالمعنى اللغوي، وهو يدل على العموم.

(٢٣٤) ٢. ما رواه أبو داود: حدثنا الحسن بن علي، حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا معمر، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة: لعامل عليها، أو رجل اشتراها بماله، أو غارم، أو غار في سبيل الله، أو مسكين تصدق عليه بما فاعدى منها لغني"^(٤).

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي ٣/ ٢١٠، فتاوى وتوصيات ندوة قضايا الزكاة المعاصرة ٢٥.

(٢) من آية ٦٠ من سورة التوبة.

(٣) المجموع ٦/ ٢.

(٤) سنن أبي داود في الزكاة باب من يجوز له أخذ الصدقة (١٦٣٦). وهو في مصنف عبد الرزاق (٧١٥١).

وأخرجه الإمام أحمد (٥٦٣/٣)، وابن ماجه في الزكاة باب من سأل عن ظهر غني (١٨٤١) عن محمد بن يحيى، وابن خزيمة (٢٣٤٧)، والدارقطني في السنن (١٢١/٢)، وفي العلل (٢٣٤/٣) (٢٣٧٤) من طريق محمد بن سهل بن عسكر، والبيهقي في السنن (١٥/٧) من طريق أبي الأزهر، خستهم (أحمد، وابن يحيى، وابن سهل، وأبو الأزهر) حدثنا عبد الرزاق به، ابن عسكر عند الدارقطني، وأبو الأزهر قرأ الثوري مع معمر عن زيد به.

وذكر الدارقطني في العلل الاختلاف عن عبد الرزاق في ذلك، وقال عن عبد الرزاق عن معمر وعبد الله بن الصريح. وأخرجه عبد الرزاق (٧١٥٢) عن الثوري، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن رجل من أصحاب النبي ﷺ مثله. وأخرجه الإمام مالك في الموطأ (٢٦٨/٢) ومن طريقه أبو داود (١٦٣٥)، والحاكم (٤١٨/١)، والبيهقي في السنن (١٥/٧)، واليعقوبي في شرح السنة (١٦٠٤).

[الصواب مرسل، قاله الدارقطني وغيره].

وجه الدلالة: أنه ذكر متهم الغازي، وليس في الأصناف الثمانية من يعطى باسم الغزاة إلا الذين نعطيهم من سهم سبيل الله تعالى^(١).

ونوقش: بأن غاية ما يدل عليه أن المجاهد يعطى من سهم سبيل الله ولو كان غنياً، وسبل الله كثيرة لا تحصر في الجهاد في سبيل الله.

أدلة القول الثاني:

(٢٣٥) ١. ما رواه الإمام أحمد من طريق إبراهيم بن مهاجرة عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام قال: أخبرني رسول مروان الذي أرسل إلى أم معقل قال: قالت: جاء أبو معقل مع النبي ﷺ حاجباً، فلما قدم أبو معقل قال: قالت أم معقل: إنك قد علمت أن علي حجة وأن عندك يكرراً فأعطني فلا حج عليه، قال: فقال لها: إنك قد علمت أني قد جعلته في سبيل الله، قالت: فأعطني صرام لخلك، قال: قد علمت أنه قوت أهلي، قالت: فإني مكلمة النبي

وأخرجه ابن عبد البر في التمهيد (٩٦/٥) من طريق ابن عينة، وابن أبي شبة (٢١٠/٣) من طريق سفيان الثوري، ثلاثتهم (مالك، وابن عينة، والثوري) عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار مرسلًا. رواية سفيان الثوري "ابن السبيل" بدل "الغارم". وقد روى الثوري عن زيد عن الثبت دون أن يسمى عطاء، وعلق أبو داود عقب حديث (١٦٣٦). رواية الثوري عن زيد، قال: حدثني الثبت عن النبي ﷺ.

وقد وصله الدارقطني في العلل من طريق عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان قال: حدثني الثبت أن رسول ﷺ قال، فذكر الحديث، وقال الدارقطني: "وهو الصحيح" يعني أنه لم يسم رجلاً.

وقد أهل ابن أبي حاتم في العلل (٦٤٢) رواية عبد الرزاق الموصولة، وقال عن أبيه وأبي زرعة: يرواه الثوري عن زيد بن أسلم، قال: حدثني الثبت قال النبي ﷺ: وهو الأصعب، ونقل -أيضاً- عن أبي زرعة مثله.

الحكم على الحديث: الحديث اختلف في وصله وإرساله وصححه للوصول ابن خزيمة، وأحكامه، والبيهقي، وابن عبد البر، والذهبي، ورجح المرسل الدارقطني وأبو حاتم، وفي العلل لابن أبي حاتم (٦٤٢): "وقد رواه ابن عينة، عن زيد، عن عطاء، عن النبي ﷺ مرسل، قال أبي: والثوري أحفظ".

(١) الشرح الكبير ٦/٢٤٠.

ﷺ وذكرته له، قال: فانطلقا بمشيان حتى دخلا عليه، قال: فقالت له: يا رسول الله، إن علي حجة وإن لأبي معقل بكرا، قال أبو معقل: صدقت، جعلته في سبيل الله، قال: "أعطها فلتنحج عليه، فإنه في سبيل الله"، قال: فلما أعطها البكر قالت: يا رسول الله، إني امرأة قد كبرت وسقمت، فهل من عمل يجزئ عني عن حجتي؟ قال: فقال: "عمرة في رمضان تجزئ لحجتك" (١).

ونوقش:

أولاً: يضعف الحديث.

ثانياً: أن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين، محتاج إليها كالفقراء والمساكين، وفي

(١) سند أحمد (٧، ٢٧١). وإسناده ضعيف، لضعف إبراهيم بن المهاجر، وقد اضطرب فيه، وإلهام رسول مروي عن الرازي عن أم معقل، ثم إن أصل الحديث أي بكر بن عبد الرحمن قد روي عن وجه آخر، وفيه اضطراب، وليس في عامة طرقه لفظ الشاهد (فلتنحج عليه فإنه في سبيل الله ﷺ).

وأخرجه أبو الدارمي (١٨٦٠)، وأبو داود (١٩٨٩)، وابن خزيمة (٢٣٧٦)، وابن عبد البر في التمهيد ٨/٢٢ من طريق محمد بن إسحاق، عيسى بن معقل عن أبي معقل الأسدي، عن يوسف بن عبد الله بن سلام، عن خذته أم معقل قالت: فذكره، وفيه: "فإن الحج في سبيل الله"، وهو ضعيف، عند ابن إسحاق لم يصرح بسناده من عيسى ابن معقل، وعيسى مجهول الحال روى عنه الثاقب فقط ولم يوثقه غير ابن حبان (الثقات) ٢١٤/٥. وله شاهد من حديث ابن عباس، وفيه: "أما إنك لو أحججتها عليه كان في سبيل الله".

أخرجه أبو داود (١٩٩٠)، والطبراني في الكبير (١٢٩١١)، والحاكم ٤٨٠/١ من طريق عامر الأحول، عن بكر بن عبد الله المزني، عن ابن عباس ﷺ به. قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي، وهو ضعيف، لثبوت عامر الأحول وهو صدوق يخطئ.

ومن حديث أبي طليح أخرجه البزار (١١٥١)، والبيهقي في الكبرى ٤١/١، والطبراني في الكبير ٨١٦/٢٢ من طريق المختار ابن خلف، عن طلق بن حبيب، عن أبي طليح أن أمراًة... فذكر الحديث، وهو نحوه حديث أم معقل، وذكره الحفاظ في الإصابة في ترجمة أبي طليح، وقال: "سند جيد"، وذكر ابن عبد البر في الاستيعاب أن أم معقل هي أم طليح، فتعقبه الحفاظ في الفتح ٤/٣، بقوله: فيه نظر، لأن أبا معقل مات في عهد النبي ﷺ، وأبا طليح عاش حتى جمع منه طلق بن حبيب وهو من صفار التابعين.

وروى البخاري (٩٠٧) من طريق يزيد بن أبي مريم الأنصاري قال: حدثنا عباد بن رفاع قال: أذكرني أبو عباس، وأنا أقصيه إلى الجمعة فقال: سمعت النبي ﷺ يقول: "من اغترب قديماً في سبيل الله حرمه الله على النار".

الرقاب والغارمين لقضاء ديونهم، أو من يحتاج إليه، كالعامل والغازي والمؤلف والغارم لإصلاح ذات البين، والحج من الفقير لا نفع للمسلمين فيه^(١).

ولا حاجة به إلى الزكاة؛ لأن الفقير لا قرض عليه فيسقطه، وتكليفه مشقة قد رفعها الله عنه، وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الأصناف، أو دفعه في سائر المسلمين أولى^(٢).

(٢٣٦) ٢. ما رواه علي بن الجعد: ثنا شعبة، عن أنس بن مبرزة قال: أوصى إلى رجل بماله أن يجعله في سبيل الله، فسألت ابن عمر فقال: إن الحج من سبيل الله فاجعله فيه^(٣).

٣. ورود بعض الآثار الدالة على أن الحج من سبيل الله، كما ورد عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما.

ونوقش: بأن أثر ابن عباس لا يصح، وأما آثار ابن عمر، فإن سبيل الله الوارد في الآية يقصر بالجهاد؛ لأنه الغالب عند الإطلاق.

دليل القول الثالث:

أن اللفظ عام، فلا يجوز قصره على بعض أفرادها إلا بدليل.

ونوقش: بأن هذا غير مسلم؛ فهذا العموم مقيد بظاهر الاستعمال، كما أنه يلزم منه أن يكون كل مصل وصائم، ومتصدق مستحقاً للزكاة، ولم يقل بهذا أحد.

أدلة القول الرابع:

(٢٣٧) ١. ما رواه البخاري من طريق أبي ليلى بن عبد الله بن عبد الرحمن ابن سهل،

عن سهل بن أبي حنمة أنه أخبره هو ورجال من كبراء قومه: أن عبد الله بن

سهل ومعيضة خرجا إلى خيبر، من جهد أصابهم، فأخبر معيضة أن عبد الله قتل

(١) المعنى ٣٢٩/٩

(٢) المعنى ٣٢٩/٩

(٣) مسند ابن الجعد (١١٥٩)، ومن طريقه البيهقي في السنن الكبرى ٢٧٥/٦.

وطرح في فقير أو عين، قاتى يهود فقال: أنتم والله قتلتموه، قالوا: ما قتلناه والله ... فقال رسول الله ﷺ: «إما أن يدوا صاحبكم، وإما أن يؤذوا بحرب»، فكتب رسول الله ﷺ إليهم به، فكتب ما قتلناه، فقال رسول الله ﷺ لحويصة وعبيدة وعبد الرحمن: «أتحلفون، وتستحقون دم صاحبكم؟»، قالوا: لا، قال: «أتحلف لكم يهود؟»، قالوا: ليسوا بمسلمين، فوداه رسول الله ﷺ من عنده مائة ناقة حتى أدخلت الدار، قال سهل: فركضتني منها ناقة "، وفي لفظ مسلم: "فكره رسول الله ﷺ أن يطل دمه فوداه مائة من إبل الصدقة"^(١).

وجه الدلالة: أنه إذا جاز دفع الزكاة في دية قتيل دفعا للنزاع أي من أجل المحافظة على الأمن، فمن باب أولى جواز صرفها للمحافظة على أمن الناس وحياتهم في الدولة الإسلامية، ورعاية مصالحهم العامة.

ونوقش من وجوه:

الوجه الأول: بأن الحديث جاء بلفظ آخر عند البخاري: وفيه: "أنه وداه من عنده"، وقد جمع بين الروایتين بأن الرسول ﷺ اشترى تلك الإبل من أهل الصدقة بعد أن ملكوها، ثم دفعها لأهل القتل.

الوجه الثاني: على التسليم بأنه وداه من أموال الزكاة، فليس ذلك من المصالح العامة. **الوجه الثالث:** أن المقصود من إعطاء الدية ليس دفع النزاع فقط، بل هو جزء من العلة، فإصلاح ذات البين، وتطبيب نفوس أولياء المقتول من المقاصد الشرعية لإعطاء الدية، ثم إن علة المحافظة على أمن الناس لا يتحقق في كل المصالح العامة^(٢).

٢. أنه لا يعرف لكلمة سبيل الله في القرآن معنى غير البر العام.

(١) صحيح البخاري في الجزية، باب للمواذعة ... (٣١٠٢)، ومسلم في القسامة، باب في القسامة (٤٤٣٥).

(٢) أبحاث فقهية في قضايا الزكاة المعاصرة ٧٩١/٢.

ونوقش: بأن هذا غير مسلم، فقد جاءت لمعان متعددة، وقد كان الجهاد هو أكثر ما وردت فيه.

أدلة القول الخامس:

١. أن إرادة المعنى الخاص، وهو الجهاد وما في معناه هو الظاهر من أسلوب الحصر، فالتعميم يشمل جهات كثيرة، وهذا يتنافى أسلوب الحصر.
٢. (٢٣٨) ما رواه أحمد من طريق حماد، عن حميد، عن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "جاهدوا المشركين بأموالكم وأنفسكم واستنكم"^(١).
- وهذا يدل على أن الجهاد لا ينحصر بالسيف والسنان، بل يشمل العلم والبيان.
٣. أن الدعوة إلى الله يراد بها نصرته دين الله وإعلاء كلمته.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن يقال إن مصارف الوصية أوسع من مصارف الزكاة؛ إذ الحصر إنما ورد في مصارف الزكاة، وعلى هذا فيشمل قوله في سبيل الله كل ما يقرب إلى الله ﷻ من أعمال البر، ويدخل في ذلك دخول أولي الجهاد في سبيل الله بالسيف والسنان والعلم والبيان.

فرع:

مقدار الغنى المانع من أخذ الزكاة.

اختلف العلماء رضي الله عنهم في مقدار الغنى المانع من أخذ الزكاة:

القول الأول: أن الغنى المانع من أخذ الزكاة هو ما تحصل به الكفاية، فإن لم يجد

(١) مستند أحمد (١٢٢٤٦)، وأخرجه الهبء في المختارة (١٩٠٥) من طريق عبد الله بن أحمد عن أبيه، به.

وأخرجه النسائي ٧/٦، والصباء (١٩٠٢) من طريق يزيد بن هارون، به.

وأخرجه الدارمي (٢٤٣١) من طريق عمرو بن عاصم، وأبو داود (٢٥٠٤)، وأبو حاتم (٥١/٢)، والبيهقي ٣٠/٩.

من طريق موسى بن إسماعيل، وأبو يعلى، وعنه ابن حبان (٤٧٠٨) من طريق عفان، وابن عدي ٩١٦/٣ من طريق

أبي عمر الضرير، كلهم "يزيد، عمرو بن عاصم، وموسى بن إسماعيل، وعفان، وأبو عمر الضرير" عن حماد، به.

الحكم على الحديث: إسناده صحيح، صحيحه الحاكم على شرط مسلم، واللقه الذهبي.

ذلك جاز أخذ الزكاة ولو ملك نصيباً:

وهو مذهب المالكية، والشافعية.

وهو رواية عند الحنابلة.

القول الثاني: أن من ملك نصيباً زكواً حرم عليه أخذ الزكاة:

وبه قال الحنفية.

وهو قول للمالكية.

القول الثالث: أنه من ملك خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب:

وهو المذهب عند الحنابلة^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. حديث قبيصة بن مخارق رضي الله عنه: "وقد جاء النبي ﷺ في حمالة تحملها: "أقم عندنا يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها"^(٢).

وجه الدلالة أن النبي ﷺ أباح المسألة إلى وجود السداد، ومعناه الكفاية، فمن وجد كفايته لم تحل له الزكاة.

ونوقش: بأن الحديث لم يتعرض للحد المانع من أخذ الزكاة، وإنما ذكر حد تحريم المسألة، وقد تحرم مسألة ولا يحرم أخذ الصدقة إذا جاءته من غير المسألة.

وأجيب: بأن تحريم المسألة إنما يكون لوجود الغنى من السائل.

٢. أن الحاجة هي الفقر، والغنى ضدها، فمن كان محتاجاً فهو فقير، ملك نصيباً أو لا.

دليل القول الثاني:

(٢٣٩) ما رواه البخاري ومسلم من طريق أبي معبد، عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ

بعث معاذاً رضي الله عنه إلى اليمن فقال: "ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول

(١) لمصادر السابقة.

(٢) سبق ترجمته برقم (٢٢٤).

الله، فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله قد افترض عليهم خمس صلوات في كل يوم وليلة، فإن هم أطاعوا لذلك، فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم^(١).

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ قسم الناس إلى قسمين الأغنياء والفقراء، فجعل الأغنياء يأخذ منهم والفقراء يرد عليهم، وكل من لم يؤخذ منه يكون مردودًا عليه، فيعطى من الزكاة.

دليل القول الثالث:

(٣٤٥) ما رواه أحمد: حدثنا وكيع، حدثنا سفيان، عن حكيم بن جبير، عن محمد بن عبد الرحمن بن يزيد، عن أبيه، عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: "من سأل وله ما يغنيه، جاءت يوم القيامة خدوشًا، أو كدوشًا في وجهه"، قالوا: يا رسول الله، وما غناه؟ قال: "خمسون درهماً أو حسابها من الذهب"^(٢).

(١) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب وسعوا الزكاة (١٣٩٥)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام (١٣٠).

(٢) مسند أحمد (٣٨٨/١) (٣٦٧٥) (٤٤١/١) (٤٢٠٧)، والدارمي (١٦٤٨) عن أبي غاصم، ومحمد بن يوسف وأبو داود (١٦٢٦)، وابن ماجه (١٨٤٠)، والترمذي (٦٥١)، والنسائي (٩٧/٥) من طريق يحيى بن آدم، أروغتهم (وكيع، وأبو غاصم، ومحمد بن يوسف، ويحيى بن آدم) عن سفيان الثوري، به.

وأخرجه الدارمي (١٦٤٧) عن يزيد بن هارون، والترمذي (٦٥٠) عن قتيبة وعلمي بن حجر، ثلاثتهم (يزيد، وقتيبة، وعلمي) عن شريك، كلاهما سليمان، وشريك عن حكيم بن جبير، عن محمد بن عبد الرحمن بن يزيد، عن أبيه، فذكره. في رواية يحيى بن آدم قال: فقال عبد الله بن عثمان لسليمان: حفظي أن شعبة لا يروي عن حكيم بن جبير، فقال سليمان: فقد حدثنا يزيد، عن محمد بن عبد الرحمن بن يزيد.

قال الترمذي: حديث حسن، وقد تكلم شعبة في حكيم بن جبير من أجل هذا الحديث.

وقال النسائي: لا أعلم أحداً قال هذا الحديث: -عن يزيد- غير يحيى بن آدم. ولا تعرف هذا الحديث إلا من حديث حكيم بن جبير، وحكيم ضعيف، وسئل شعبة عن حكيم بن جبير فقال: "أخلاف النار" وقد كان يروي عنه قديماً "تحفة الأشراف" (٩٣٨٧/٧).

قال عباس الدوري (١٦٧١): "سمعت يحيى وسأله عن حديث حكيم بن جبير، حديث ابن مسعود (لا تحمل الصدقة لمن كان عنه خمسون درهماً): يرويه أحمد غير حكيم؟ فقال يحيى بن معين: نعم يرويه يحيى بن آدم عن سفيان

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أنه ضعيف.

الوجه الثاني: أنه محمول على أن النبي ﷺ قاله في وقت كانت الكفاية فيه خمسين

درهما.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

عن زيد، ولا نعلم أحداً يرويه إلا يحيى بن آدم، وهذا وهم! لو كان هذا هكذا لحُدِّثَ به الناس جميعاً عن سفيان، ولكنه حديث منكر - هذا الكلام قاله يحيى أو نحوه.

قال الذهبي في الميزان في ترجمة حكيم بن حزن: "قال أحمد: ضعيف منكر الحديث".

قال البخاري: كان شعبة يتكلم فيه. وقال النسائي: ليس بالقوي.

وقال الدارقطني: موقوف. وقال معاذ: قلت لشعبة: حدثني حديث حكيم بن جبر. قال: أخاف الناس إن أحدث عنه. قلت: لهذا يدل على أن شعبة ترك الرواية عنه بعد.

وقال علي: سألت يحيى بن سعيد عنه فقال: ولم يروى! إنما يروى بسوء.

روى عنه زائدة، وتركه شعبة من أجل حديث الصدقة.

وروى عيسى، عن يحيى في حديث حكيم ابن جبر حديث ابن مسعود، لا تحل الصدقة لمن عنده خمسون درهماً، فقال: يرويه سفيان عن زيد، ولا أعلم أحداً يرويه غير يحيى بن آدم.

وهذا وهم! لو كان كذا لحُدِّثَ به الناس عن سفيان، ولكنه حديث منكر - يعني وإنما المعروف بروايته حكيم.

وقال الفلاس: كان يحيى يحدث عن حكيم، وكان عبد الرحمن لا يتحدث عنه. وعن ابن مهدي قال: إنما يروى أحاديث بسوء، وفيها منكرات. وقال الحلي: حكيم بن جبر كذاب.

المبحث السابع عشر

الوصية التي فوض مصرفها

مثال ذلك:

لو قال: أوصيت بثلاثي يصرفه فلان حيث شاء، ونحو ذلك:
اتفق الفقهاء على صحة هذه الوصية؛ لأنه لما فوض للوصية الصرف، والوصي لا يدفعها إلا لمعين كان ذلك بمنزلة تعيين الموصى له.
وأما كيفية صرف هذه الوصية، فكما يلي:
أولاً: ليس له أن يخصص بعض ورثة الموصي؛ لأنه نائب عن الموصي، والموصي لو جعلها لورثه لبطلت.

ثانياً: له أن يصرفها حيث شاء.

قال الشافعية: لو قال: ضع ثلاثي حيث رأيت أو فيما أراك الله، فالأولى صرفه إلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه، ثم إلى محارمه من الرضاغ، ثم إلى جيرانه، وليس له وضعه في نفسه.

وعند الحنابلة: يصح، ويصرف في أي جهة من جهات القرب، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه.

ثالثاً: اختلف العلماء في حكم أخذ الموصى إليه وقرابته من هذه الوصية على أقوال:

القول الأول: أنه ينظر إلى القران:

فإن دلت على أنه يأذن في أن يأخذ منها وقرابته جاز، وإلا فلا.
وبه قال بعض الحنابلة^(١).

وحجته: عدم النص في ذلك، فيرجع إلى ظاهر كلامه.

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/١، ٣٠١.

القول الثاني: أنه إذا قال: ضعتها حيث شئت يجوز له إعطاؤها لقربته، وإذا قال: ضعتها حيث أراك الله لم يجوز له أن يأخذ منها لنفسه ولا لولده، ولا لقربته: وإن أراد أن يفرقه على المساكين، أو في جهة من الوجوه وهو منهم، فله الأخذ بتلك الصفة.

وهو قول المالكية^(١).

وحجته: تنزيل هذه الأحوال على قرآن كلامه.

القول الثالث: أنه لا يجوز أن يأخذ لنفسه ولو أذن لك، ولا يجوز أن يعطي من لا تجوز شهادته له من قربته إلا أن ينص له على شيء بعينه يعطيه لهم: وبه قال الشافعية^(٢).

وحجته:

١. أنه لا يجوز أن يأخذ لنفسه؛ لأن إنيته في الدفع تقتضي عدم دخوله.

٢. ليس له أن يعطي من لا تقبل شهادته له؛ للتهمة.

٣. أنه إذا عين شيئاً لم جاز؛ لانقضاء التهمة.

القول الرابع: الجواز مطلقاً:

وبه قال بعض الختابلة^(٣).

وقيده بعضهم بأخذ أقاربه خاصة إذا كانوا محتاجين.

وحججتهم: دخوله وأقاربه في العموم.

القول الخامس: أنه إن أوصى له أن يضعها حيث أحب جاز له الأخذ لنفسه:

وإن قال: أعطتها من شئت، فإنه لا يأخذ لنفسه، وإن قال: تصدق بثلثه لم يجوز له أن يأخذ.

(١) التاج والاكمل ٤٣٨٧/٦ حاشية الزهوي ٢٣٨/٨-٢٣٩.

(٢) الأم ١١١/٤ نهاية المحتاج ١٠٠/٦.

(٣) الشرح الكبير مع الإيضاح ٣٠١/٢٧.

لنفسه ولا لولده الذي لا يعقل، بخلاف زوجته وابنه الكبير والصغير الذي يعقل فله أن يدفع لهم.

وبه قال الحنفية (١).

وحجتهم:

١. أنه إذا فوض له أن يضعها حيث أحب فله أن يأخذ؛ لدخول نفسه فيمن أحب.
٢. أنه إذا قال: أعطها من شئت ليس له أن يأخذ؛ لأن التوكيل في الدفع يقتضي عدم الأخذ.
٣. أنه إذا قال تصدق بثلثه لم يأخذ ولا ولده الذي يعقل؛ لأن التوكيل بالصدقة يقتضي عدم أخذه، ومن لا يعقل من ولده ملحق به في النفقة، ونحو ذلك.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ إذ هو ظاهر لفظ الموصي، فإن لم يكن قرائن حاز له ولقربته الأخذ كغيرهم لدخولهم في عموم اللفظ، ولعدم منعهم من ذلك.

المبحث الثامن عشر

(إذا أوصى يكتب العلم لأهل العلم، فهل يدخل فيهم أهل الكلام؟)

علم الكلام هو:

علم يُبحث فيه عن ذات الله تعالى وصفاته، وأحوال الممكنات من المبدأ والمعاد على

قانون العلم الفلسفي^(١).

والكلام ليس من العلم، قال أحمد رحمه الله: "الكلام رديء لا يدعو إلى خير، لا يفلح

صاحب كلام، تجتنبوا أصحاب الجدل والكلام، وعليكم بالسنتن، وما كان عليه أهل

العلم، فإنهم كانوا يكرهون الكلام"^(٢).

والمتكلمون ليسوا من أهل العلم بإجماع أهل العلم، ولذلك لا يدخلون في هذه

الوصية.

قال ابن عبد البر رحمه الله: "أجمع الفقهاء أهل الآثار من جميع الأمصار أن أهل الكلام لا

يعدون في طبقات العلماء، وإنما العلماء أهل الفقه والأثر..."^(٣).

وعلى هذا فلا يدخل المتكلمون في هذه الوصية؛ لأنهم لا يدخلون في أهل العلم ولا

طلبت^(٤).

ونظير هذا لو أوصى لأصحاب الحديث، فلا يدخل فيه المتفقهون إذا كانوا لا يقرءون

الأحاديث أو يسمعونها؛ لأنهم لا يتناولهم اسم أصحاب الحديث^(٥).

(١) انظر: التعريفات للخرجاني ص ٢٣٧.

(٢) كشف القناع ٣٦٧/٤، الآداب الشرعية لابن مفلح ٢٠١/١، شرح العقيدة الطحاوية ٢٣٦/١، أحكام الكتب ص ٣٣٤.

(٣) كشف القناع ٣٦٧/٤، وانظر: فتح الباري ٢٥٣/١٣.

(٤) البحر الرائق ٥١٨/٨، الفتاوى الهندية ١٢١/٦، مقابل أولي النهى ٤٨٣/٤، القروع ٦٩٢/٤-٦٩٣.

(٥) البحر الرائق ٥١٨/٨، أحكام الكتب ص ٣٢٥.

وكتب الكلام عند الفقهاء ليست من كتب أهل العلم في العرف، ولا يسبق إلى الفهم ذلك، فلا تدخل تحت مطلق الكتب:

جاء عند الحنفية:

"لو أن رجلاً أوصى بأن تباع كتبه ما كان خارجاً من العلم، وثُوقف كتب العلم، فكان فيها كتب كلام، فإنها تباع؛ لأنها خارجة من العلم"^(١).

وجاء عند الحنابلة:

"لو أوصى إنسان لرجل آخر بكتب العلم، فكان فيها كتب الكلام فلا تدخل في الوصية؛ لأنه ليس من العلم"^(٢).

(١) البحر الرائق ١٨/٨، الفتاوى الهندية ١٢١/٦، كشف القناع ٤/٣٦٧.

(٢) البحر الرائق ١٨/٨.

الفصل الرابع

تعدد الوصايا، والمحاصة بينها

وفيه مباحث:

- المبحث الأول: صحة تعدد الوصايا.
- المبحث الثاني: تعدد الوصايا واتحاد الموصى له.
- المبحث الثالث: تعدد الوصية والموصى له.
- المبحث الرابع: المحاصة.

المبحث الأول

صحة تعدد الوصايا

يصح تعدد الوصايا باتفاق الأئمة^(١).

والدليل على ذلك:

١. قوله ﷺ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَإِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢).

وهو نص في صحة الوصايا المتعددة، وهو شامل للإيصاء لهم بوصية واحدة يشتركان فيها جميعاً، والإيصاء لكل واحد منهم بوصية تخصه، فالألف واللام في قوله (الوصية) للجنس الشامل لجميع أنواع الوصايا.

٢. ما رواه ابن إسحاق من وصيته ﷺ للأشعرين، والداريين والرهاويين بمائة وسق من خيبر^(٣).

٣. الإجماع.

فقد أوصى أصحاب رسول ﷺ بوصايا متعددة، فأوصى عمر ﷺ لأمهات أولاده بأربعة ألف درهم لكل واحدة^(٤).

وأوصى عبدالرحمن بن عوف لأمهات المؤمنين بخديقة بيعت بأربعة آلاف درهم، ولأهل بدر، لكل واحد منهم مائة دينار^(٥).

ولا يعرف لهم مخالف من الصحابة، فكان ذلك إجماعاً منهم على صحة الوصية،

(١) عمدة الفقهاء ٣/٢١٥، الاختيار لتعيل الأخبار ٥/٧٩، المدونة ٤/٣٧٧، مواهب الجليل ٦/٣٧٤، حاشية العنودي ١٧٧/٨: الشرح الكبير ٤/٤٣٤، الحاوي ٨/٣١٠، الهداية لأبي الخطاب ص ٣٤٨، المستوعب ٦/٢٢٩.

(٢) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٣) سبق تخريجه برقم (٣٨).

(٤) سبق تخريجه برقم (١٦٩).

(٥) سبق تخريجه برقم (١٧٠).

بأكثر من وصية، وبه يعلم أن المراد من قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعَثَ وَصِيَّةً يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنًا﴾^(١) حس الوصية الشامل للوصية الواحدة والمتعددة.

قال الشافعي رحمه الله: "ولو أوصى رجل بوصية مطلقة ثم أوصى بعدها بوصية أخرى أنفذت الوصيتان معاً"^(٢).

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) الأم ١٢٤/٤.

المبحث الثاني

تعدد الوصايا، واتحاد الوصى له

إذا كان الفقهاء متفقين على جواز تعدد الوصية لموصى له واحد، فإنهم لم يتفقوا هل تعطى له وصيتان، أو الوصايا جميعاً، أو يعطى بعضها، ويلغى البعض الآخر.
وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوصيتان المتناقضتان اللتان لا يمكن الجمع بينهما:

اتفق الفقهاء على أن الوصيتين المتناقضتين اللتين لا يمكن الجمع بينهما أهما لا يعطيان للموصى له؛ لاستحالة الجمع بينهما، كما أهما لا يلغيان معاً؛ لما يلزم من إلغاء الوصية، ولكن يعمل بالوصية الأخيرة باعتبارها ناسخة للأولى^(١)، ولا يعمل بالأولى؛ لأن المتقدم لا ينسخ المتأخر، فمن أوصى بإعطاء داره لفلان، ثم أوصى بعدم إعطائها له أو العكس، فإن العمل

فإذا قال: لا تعطوها، ثم قال أعطوها له، فإنها تعطى له، وإذا قال: أعطوها ثم قال: لا تعطوها له، فإنها لا تعطى له، ويعتبر ذلك رجوعاً^(٢)، وكذلك إذا أوصى بالتصدق بقرته حية ثم أوصى بذبحها والتصدق بلحمها، فإن العمل بالوصيتين مستحيل، فتلغى الأولى ويعمل بالثانية، إلا أن تكون إحدى الوصيتين ممنوعة شرعاً، فتبطل الممنوعة، وتصح المشروعة تقدمت أو تأخرت، كمن أوصى باتخاذ داره مسجداً، ثم أوصى باتخاذها كنيسة أو العكس، فتبطل الوصية بجعلها كنيسة، وتصح الوصية بجعلها مسجداً.

المطلب الثاني: الوصيتان المتحدتان:

كان يوصى له بمعين، ثم يوصى له بنفس ذلك المعين.

(١) المدونة ٦٣/٧.

(٢) بدائع الفتن ١٠/٥٧٤، التفرع ١/٣٣٦، المغنونة ٢/٥٣٦، نلتقى ٨/٨٦، أسنى لمطالب ٣/٦٧، معني المحتاج

١١٥/٤، المستوعب ٢/٥٤٠.

مثاله: أوصى له بداره، أو سيارته، ثم أوصى له بنفس ذلك المعين، والثانية هنا محمولة على تأكيد الأولى، فلا يعطى إلا ذلك المعين الموصى به؛ لأن الأمر هنا لا يقبل التكرار والتعدي.

المطلب الثالث: الوصيتان بأمرين مختلفين جنسًا، أو نوعًا، أو صفةً:

مثل: الوصية له بأرض، ثم الوصية له بدار، أو الوصية بقمح جيد، والوصية بقمح رديء، ونحو ذلك من كل أمرين مختلفين جنسًا أو صفةً، أو نوعًا. وقد اختلف العلماء رحمهم الله في هذا:

القول الأول: أنه يعطى الوصيتين معًا، إذا حملهما الثلث، أو أجازهما الورثة، وإلا فما حملة الثلث:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

القول الثاني: أنه يعطى أعلى الوصيتين:

وهو قول بعض المالكية^(٢).

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. عموم أدلة الوصية^(٣)، وهذه تشمل الوصية الواحد والوصيتين.
٢. أن الأصل في الكلام التأسيس، واختلاف الوصيتين يمنع من جعل الثانية تأكيدًا للأولى، كما أن إمكان الجمع بينهما يمنع من احتمال نسخ الأولى بالثانية؛ لأنه لا يصار إلى النسخ إلا إذا تعذر الجمع، فلم يبق إلا إعطاؤه الوصيتين معًا.

(١) بدائع الصنائع ٥٧٤/١٠، التفرع ٣٣٢/٢، لمعونة ٥٢٦/٢، ملتنقى ٨٦/٨، أسنى لمطالب ٦٧/٣، معني الفتح ٥١٥/٤، المستوعب ٥٤٠/٢، الوصايا والتبديل ص ١٠.

(٢) لمصادر السابقة.

(٣) ينظر: الباب الأول.

٣. التعيين يمنع أن يراد بالوصية الثانية الوصية الأولى، فوجب أن يجعلا له.

ودليل القول الثاني:

تداخل الوصيتين.

ونوقش: بعدم التسلیم؛ لاختلافهما جنسا ونوعا.

والأقرب:

القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الآخر.

المطلب الرابع: الوصية بشئین متحدی الجنس، والصفة، والقدر.

مثل: الوصية له بألف درهم، ثم الوصية بألف درهم، ونحو ذلك، وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين^(١).

تحرير محل النزاع:

إن كانت الوصيتان متماثلتين في الجنس والقدر، وكانت معینتين، كما لو أوصى شخص لآخر بعشرة دراهم معينة، ثم أوصى له بعشرة دراهم أخرى معينة، فإن الموصى له يستحق الوصيتين جميعا؛ لتمييز كل منهما عن الأخرى^(٢).

القول الأول: أنه يعطى الوصيتين معا ويجمع له بينهما:

وهو مذهب المالكية^(٣).

القول الثاني: أنه يعطى إحدى الوصيتين ولا يجمع له بينهما:

وهو قول الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

(١) للفتى ١٥١/٦.

(٢) للفتى ٨٦/٨، شرح الخريفي ١٨٤/٨.

(٣) شرح الخريفي على خليل ١٧٤/٨، حاشية العدوي ١٧٤/٨، الوصايا والتبريل ص ٥١٠.

(٤) مختصر الطحاوي ص ١٦٦، بدائع الصنائع ٥٧٤/١٠.

(٥) أسنى لمطالب ٦٧/٣، مفتي المحتاج ١١٥/٤.

الأدلة:

دليل القول الأول: (أنه يعطى الجميع)

١. عموم أدلة الوصية.

٢. أن تكرار الأمر يقتضي تكرار المأمور به.

دليل القول الثاني: (يعطى إحدى الوصيتين)

١. لاحتمال أن تكون الثانية تكراراً، أو تأكيداً^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: أن التأكيد خلاف الأصل، فلا يحمل عليه الكلام إلا بدليل، بمنزلة الظاهر لا يترك إلا بدليل.

٢. أن الأصل بقاء الأملاك على ملك أصحابها، وعدم انتقالها إلا بدليل لا احتمال معه.

ونوقش: بأنه مستمد من قاعدة الاستصحاب، وهو من أضعف الأدلة، وقد عارضه هنا ظاهر الكلام فيقدم عليه.

والأقرب:

القول الأول: لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الآخر.

المطلب الخامس: الوصيتان بأمرين متحدي الجنس، والصفة مختلفي القدر من غير

تعيين الموصى به بعينه:

مثل: أن يوصي له في إحدى الوصيتين بدار من دوره، وفي الثانية بدارين من دوره.

فقد اختلف الفقهاء:

القول الأول: يستحق الوصيتين جميعاً:

وهو رواية عن الإمام مالك، وهو قول الحنابلة^(٢).

(١) المغونة ٢/٢٦٦، للفتى شرح لموطأ ٨/٨٦.

(٢) غلق الجوهر الشئبة ٣/١٢٣٣، المستوعب ٢/٥١٠.

وحجته: أنه لا تناقض بين الوصيتين، واللفظ يقتضيهما^(١).

القول الثاني: أنه يعطى أكثر الوصيتين تقدمت أو تأخرت، ولا يجمع له بينهما:

وهو قول الحنفية، ورواية عن مالك، وهي مذهب المالكية^(٢).

جاء في تقليد المدونة: «ومن أوصى بوصية بعد أخرى، فإن لم تناقضا أنفذتا جميعاً، وإن كانتا من صنف واحد فزادت إحداهما، أنفذت الزائدة فقط، وإذا تناقضتا أخذ بالآخره وبطلت الأولى، كمن أوصى لرجل بشيء بعينه من صنف، ذكر منه كيلاً، أو وزناً، أو عدداً من طعام، أو عرض، أو عين، أو غيره، أو بعدد بغير عينه من رقيق عنده، أو غنم، ثم أوصى له من ذلك الصنف بأكثر من تلك التسمية أو أقل، فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة، وإن كان أوصى له آخرًا بصنف آخر، فله الوصيتان جميعاً»^(٣).

وحجته:

١. أنه إن تأخر القليل فهو تأكيد لبعض ما تضمنه الأكثر، وإن تأخر الأكثر فالزيادة على الأولى تأسيس.

٢. أن ذكر الخاص يحكم العام لا يخصه، فإذا أوصى له بمائة ثم أوصى بخمسين، فالخمسون الموصى بها بمنزلة ذكر الخاص بعد العام، فلا يخصه ويبقى العام على عمومته.

٣. أنه إذا كانت الآخرة هي الأقل فهو لم يصح بالرجوع عن الأكثر ولا بزيادة الأقل على الأكثر، فيعطى الأكثر لاندراج الأقل فيه، وإن كانت الآخرة هي الأكثر فالعادة الزيادة وبطلت الأولى^(٤)، فالأكثر متيقنة فيعطى إياها.

(١) عقد الجواهر الشئفة ١٢٣٣/٣.

(٢) الجامع الصغير محمد بن الحسن ص ١٢٩ بدائع الصنائع - ١/٥٧١، الملونة ١/٣٧١، الملونة ٢/٥٢٦.

(٣) تقليد المدونة ٣٩٧/٢.

(٤) الملونة ٢/٥٢٦، الفتاوى ٨/٨٩، عقد الجواهر الشئفة ١٢٣٣/٣.

القول الثالث: أنه إذا تقدم الأكثر فله الوصيتان معاً، وإذا تقدم الأقل فله الأكثر فقط:

وهو قول للمالكية^(١).

وحجته:

١. أن الأقل إذا تأخر لا يصلح لنسخ الأكثر ولا لتخصيصه؛ لعدم معارضته، فيعطى الوصيتان بخلاف الأكثر المتأخر، فإنه شبهه بالعام المتأخر عن الخاص.

٢. قال البيهقي: "أنه إذا بدأ بالأقل، ثم أوصى له بأكثر منها كان الظاهر أنه أراد الزيادة في وصيته وقد أعمل الوصيتين، وإذا بدأ بالأكثر ثم أوصى بأقل من ذلك فالظاهر جمعه؛ لأنه بمعنى الزيادة، وفيه إعمال الوصيتين، ولو أعطاه أولاهما؛ لأنها أكثر، لكننا قد ألفنا الأخيرة وهي أحق بالإثبات، والله أعلم وأحكم"^(٢).

القول الرابع: إن كانت الوصيتان مكتوبتين في كتابين، فله الأكثر منهما، وإلا فله الوصيتان معاً ولو تأخر الأكثر:

وهو قول للمالكية^(٣).

وعند بعضهم: إن كانتا في كتاب واحد فله الوصيتان معاً، وإن تقدم الأقل فله الأكثر فقط.

ولعل حجته: أنهما إذا كانتا في كتابين نسي إحداهما، وإن كانتا في كتاب واحد فهوذاكرهما.

القول الخامس: في العروض يعطى الوصيتين معاً تفاضل ذلك، أو تساوى كانت الوصيتان في كتاب أو كتابين، وفي الموزون والمكيل يعطى أكثر الوصيتين عندهما: وبه قال مطرف، وابن الماجشون^(٤).

(١) عقد الجواهر الثمينة ١٢٣٣/٣، إرشاد السالك ص ١١٢، حاشية العنوي ١٢٥/٨.

(٢) المتقى ٨٥/٨.

(٣) لمصادر السابقة للمالكية.

(٤) المتقى ١٠١/٦.

ولعل حجته: عدم التداخل في العروض، وتداخله في المقدرات.

القول السادس: أنه يستحق المتأخر من الوصيتين:

وهو قول للمشافعية^(١).

وحجته: أن المتأخر من الوصيتين هو المتيقن قبوخله به^(٢).

والأقرب:

القول الأول: لقوة ما عللوا به؛ ولأن الأصل إعمال الوصيتين؛ ولأن كونهما مختلفتين

قدرًا يدل على أن الموصي أراد أن يجمع الوصيتين للموصى له؛ إذ لو أراد الاختصار على إحداهما لنص على إبطال الأخرى.

المطلب السادس: الوصيتان يجزأين شالعين:

بأن يوصى له في إحداهما بجزء، ثم يوصى له بجزء، وتشمل صورتين:

الصورة الأولى: أن يوصى له في الثانية بمثل الجزء الموصى به في الأولى:

كأن يوصى له بثلث ثم يوصى له بثلث، أو يوصى له بربع ثم يوصى له بربع، أو

بثلث ثم بثلث، فيعطى الوصيتين معًا إذا حملها الثلث، أو أحازهما الورثة، وإلا فما

حمله الثلث قياسًا على الوصيتين بعددين متساويين كمائة ومائة.

وهو قول جمهور أهل العلم^(٣).

القول الثاني: أنه يعطى إحدى الوصيتين كان ذلك في مجلس أو مجلسين:

وبه قال بعض الحنفية، وأشهب^(٤).

(١) روى المصنف ٦٧/٣، أسنى المصنف ٦٧/٣.

(٢) أسنى المصنف ٦٧/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٥٧٤/١٠، الفتاوى الهندية ١٣٥/٦، الفتاوى البرزلية ٤٣٥/٦، التفرع ٣٣٢/٢، المعونة

٥٢٦/٢، للفتى ١٨٦/٨، أسنى المصنف ٦٧/٣، مغني المحتاج ١١٥/٤، المستوعب ٥٤٠/٢، الشرح الكبير لابن أبي

عمر ٥٣٥/٦.

(٤) المصادر السابقة للحنفية والمالكية.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. عمومات أدلة الوصية^(١).

٢. أن التأسيس هو الأصل أولى من التأكيد ومقدم عليه عند التعارض..

دليل القول الثاني:

١. الأصل الاستصحاب، وعدم انتقال الأملاك عن أصحابها، إلا بدليل لا يقبل الاحتمال..

٢. القاعدة اللغوية: أن المعرفة إذا أعيدت معرفة كانت عين الأولى، والوصيتان هنا معرفتان بالإضافة، فإذا قال: أوصيت له بثلاثي أو سدسي، ثم قال في الوصية الثانية: أوصيت له بثلاثي أو سدسي كانت الثانية عين الأولى، مؤكدة لها؛ لأنها معرفة أعيدت معرفة.

ونوقش هذان الدليлан بأن القاعدة غير مطردة، كما أن الاستصحاب من أضعف الأدلة، ولا يصار إليه إلا عند عدم ما سواه، وقد عارضه هنا ظاهر الكلام من التأسيس، فيقدم عليه.

وعلى هذا فالأقرب ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة ما استدلو به.

المصورة الثانية: أن يكون أحد الجزأين أكثر من الآخر:

مثل: الوصية له بثلاث ثم الوصية بسدس، والعكس، أو الوصية له بربع، ثم الوصية له بنصف.

الخلاف في هذه المسألة كالخلاف في مسألة ما إذا أوصى بأمرين متحدي الجنس والصفة مختلفي القدر.

المطلب السابع: الوصيتان بعين وشائع:

مثل: أن يوصي له في إحدى الوصيتين بسيارته، ويوصي له في الأخرى بثلاثة أو

(١) ينظر: الباب الأول.

سدسه، ونحو ذلك، كانت العين الموصى بها معينة، مثل هذه الأرض أو هذه الدار، أو غير معينة، مثل دار من دوري، وهما وصيتان مختلفتان، لا تحصل أن تكون إحداهما تأكيداً للأخرى، ولا نسخاً لها، فيعطى الوصيتان معاً، يأخذ الجزء المشاع أولاً من رأس مال التركة، ثم يأخذ العين الموصى بها إذا حمل الثلث الوصيتين أو أجازها الورثة^(١).

المطلب الثامن: الوصيتان بجزء شائع وعدد:

مثل: الوصية له في إحدى الوصيتين بثلثه، وفي الوصية الأخرى بألف درهم مثلاً. وقد اختلف فيها على أقوال:

القول الأول: أنه يعطى الوصيتين معاً وهو ظاهر قول جمهور أهل العلم^(٢).

وحجته: القياس على الوصيتين بعدد وعين، بجامع أن كل منهما وصيتان مختلفتان، فيجب الجمع بينهما إذا حملهما الثلث.

القول الثاني: أنه يعطى الأكثر من الوصيتين:

فإن كان الجزء الشائع أعطيه وألغى العدد، وإن كان العدد أكثر أعطيه، وألغى الشائع.

وهو قول للمالكية^(٣).

وحجته: القياس على الوصيتين بعددين مختلفين في المقدار، لأنهما في الحقيقة راجعتان إلى ذلك.

القول الثالث: أنه يعطى الوصيتين معاً:

يعطى الجزء المشاع من رأس المال، ثم يعطى العدد الموصى به مما بقي إذا حمل الثلث

(١) المدونة ٦/٧، الوصايا ص ٤٦٠.

(٢) ينظر: مسألة الوصية بأمرين متحدتي الجنس والصفة، مختلفي العدد.

(٣) المصادر الأثرية.

ذلك، أو أجازة الورثة.

وهو قول للمالكية^(١).

وحجته: أن كلا منهما وصيتان مختلفتان، فيجب الجمع بينهما إذا حملهما الثلث.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ إذ الأصل العمل بالوصيتين.

المطلب التاسع: الوصية بعين وعدد مسمى:

مثل: الوصية له في إحدى الوصيتين بداره، والوصية له في الأخرى بمبلغ مالي، كآلف درهم أو مائة درهم.

فيعطى الوصيتين؛ لأنهما وصيتان مختلفتان لا يصح أن تكون إحداها مؤكدة لأخرى، ولا ناسخة لها، فيجمع له بينهما.

وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).

وحجته: وقوفاً مع لفظ الموصي، وقياساً على الوصية له بدار وأرض.

وفي قول للمالكية: يعطى أكثرهما قيمة.

والأقرب:

القول الأول؛ إذ الأصل العمل بالوصايا جميعاً.

المطلب العاشر: الوصيتان بمعين ومبهم من جنس ذلك المعين:

مثل: الوصية له في إحدى الوصيتين بداره أو بسيارته المعينة، والوصية له في الأخرى بدار من دوره، أو سيارة من سياراته.

(١) ينظر: المنتقى ١/١٥٢، الذخيرة ٧/٦٤، حاشية اليعقوبي ٨/٢٦٤.

(٢) مدائع الصلح ١٠/٥٥٤، الفتاوى الهندية ٦/١٠٤، ١٣٥، المنتقى ٦/١٥١، الذخيرة ٧/٦٣، شرح الزرقاني

١٧٥/٨، شرح الخرشي وحاشية العدوي ٥/٤٣٨، الأم ٤/١٢٤.

القول الأول: يعطى الوصيتين معاً:

وبه قال أشهب من المالكية^(١).

وحجته: أنهما مختلفتان بالتعيين والإمام.

ونوقش: بأنه مخالف لقاعدة حمل المطلق على المقيد، فإن ذلك يقتضي إعطاء

الموصى به المعين^(٢).

القول الثاني: أنه إذا كانتا في كتاب واحد أو نسق واحد بغير كتاب أعطي

الوصيتين، وأما إن كانتا بغير كتاب وذكرهما في يومين ففيه نظر.

وبه قال اللخمي^(٣).

وحجته: احتمال الإخبار عما مضى، وإن قدم النكرة فهو أشكل؛ لاحتمال أن

يكون المعين بياناً للمبهم^(٤).

والأقرب:

ما ذكره اللخمي لتوجه ما علل.

فرع:

إذا نص في إحدى الوصيتين على إلغاء الأخرى، أو على الجمع بين الوصية الأولى

والثانية، فإنه يعمل بمقتضى ما نص عليه في جميع ما سبق.

(١) المقتضى ١٦٥/٦، المعيار المغرب ١٣٩٩/٩، حاشية الرموي ١/٦٣٢.

(٢) الوصايا والتزويل ص ٤٩.

(٣) المصايف السابقة.

(٤) الدخوة ٦٣/٧.

المبحث الثالث

تعدد الوصية والموصى له

وفيه مطالب:

المطلب الأول: أن يكون الموصى به في حدود الثلث، فأقل:

مثال ذلك: أن يوصي شخص لشخص بسدس ماله، وآخر بسبعة.

فهنا تنفذ كل الوصايا، ويعطى كل واحد من الموصى لهم حقه الذي أوصى به باتفاق المذاهب الأربعة^(١)؛ "لأن الوصية تعلقت بالكل، وأمكن تنفيذها في الكل"^(٢).

المطلب الثاني: أن يكون الموصى به أكثر من الثلث، وفيه مسألتان:المسألة الأولى: أن يميز الورثة الوصايا:

إذا كان الموصى به أكثر من الثلث، وأجاز الورثة الوصايا.

فإن ذلك لا يخلو من أمرين:

الأمر الأول: أن يكون الموصى به أكثر من الثلث ولم يزد على التركة:

وذلك: كالوصية لشخص بنصف المال وآخر بالربع، فهنا تنفذ كل الوصايا، ويعطى كل واحد من الموصى لهم حقه الذي أوصى له به باتفاق المذاهب الأربعة^(٣).

الأمر الثاني: أن يكون الموصى به أكثر من التركة:

وذلك: كالوصية لشخص بنصف المال، وآخر بالثلث، والثالث بالربع، وكالوصية

(١) بدائع الصنائع ٥٥٤/١٠، الكافي لابن عبد الله ١٠٢٩/٢-١٠٣٠، الدعوى ٧١/٧-٧٢، القوانين الفقهية ص ٣٠١، المهذب ٥٩٦/١، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٢٤١/٨، المقنع مع الشرح الكبير ٤٢٤/١٧، لمبدع ١٨١/٦، شرح المشتهى ٥٦٨/٢، أحكام التعدد ص ٣٣٧.

(٢) بدائع الصنائع ٥٥٤/١٠.

(٣) مختصر الطحاوي ص ١٥٨، بدائع الصنائع ٥٥٨/١٠، رد المختار على الدر المختار ٣٨٢/١٠، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ١٠٠٩/٢، الكافي لابن عبد الله ١٠٢٩/٢، الدعوى ص ٧١-٧٢، المهذب ٥٩٦/١، روضة الطالبين ٢١٦/٦-٢١٧، المغني ٤٤٤/٨، الشرح الكبير ٤٢٤/١٧-٤٢٥، مطالب أولي النهى ٢٥٣/٦.

لشخص بجميع المال، والآخر بالثلث.

وقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في كيفية قسمة المال بينهم على قولين:

القول الأول: أن المال يقسم بين الموصي لهم على قدر وصاياهم كالعول^(١).

وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الخفية^(٢).

وقول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥)، وقول النخعي^(٦).

فإذا كانت الوصية بالنصف والثلث والرابع، قسم المال بين الموصي لهم على ثلاثة عشر سهماً للموصي له بالنصف ستة أسهم، وللموصي له بالثلث أربعة أسهم، وللموصي له بالرابع ثلاثة أسهم، فالمسألة اثنا عشر، وتعمل إلى ثلاثة عشر.

القول الثاني: أن المال يقسم بين الموصي لهم بطريق المنازعة:

وهو قول الإمام أبو حنيفة^(٧).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

دليل القول بقسمة المال بين الموصي لهم على قدر وصاياهم كالعول:

القياس على الأزدحام في الميراث؛ لأن "السهم في الوصايا كالسهم في الميراث، ثم السهم

(١) العول: زيادة السهم على الغرض، فتعمل المسألة إلى سهم الغرض، فيدخل النقص عليهم بقدر حصصهم التوقف على مهمات التعريف ت. ٥٣، والظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢١٨، المطبع ص ٣٠٢.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٥٦١-٥٦٢، رد المحتار على الدر المختار ١٠/٣٨٣، الباب في شرح الكتاب ١٧٤/٤.

(٣) الكافي لأبي عبد الله ٢/٣٩، النخبة ٧١/٢، القوانين الفقهية ص ٣٠٩.

(٤) الحاوي الكبير ٨/٢٠٧، للذهب ١/٥٩٦، بيان في مذاهب الإمام الشافعي ٨/٢٤٢، روضة الطالبين ٦/٣١٨.

(٥) روائس المسائل الخلاصية للعسكري ١١٠٩-١١١١، للفي ٨/٤٤٦، المدع ٦/٨٤، الإقناع للحجاوي ٣/١٦٨، مطالب أولي النهى ٦/٢٥٦.

(٦) للفي ٨/٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/٤٣١.

(٧) بدائع الصنائع ١٠/٥٦١-٥٦٢، حاشية الشلي على تبين اختلاف ٦/١٨٧-١٨٨، رد المحتار على الدر المختار ١٠/٣٨٣، أحكام التعداد ص ٤٣٢.

في الموارث إذا زادت على قدر المال أعيئت الفريضة بالسهم الزائد، فكذلك في الوصية^(١).

دليل القول الثاني:

دليل القول يقسمه المال بين الموصى لهم بطريق المنازعة:

أن ما زاد على الثلث يعطى كله للموصى له بجميع المال؛ لأنه لا ينازعه فيه أحد، وأما قدر الثلث فينازعه فيه الموصى له بالثلث، فاستوت منازعتهما فيه؛ إذ لا ترجيح لأحدهما على الآخر، فيقسم بينهما نصفين^(٢).

فإذا كانت الوصية بالنصف والثلث والربع، فيكون للموصى له بالنصف خمسة أسهم ونصف، وللموصى له بالثلث ثلاثة أسهم ونصف، وللموصى له بالربع ثلاثة أسهم؛ لأن المسألة تفرض من اثني عشر لكل واحد من الثلاثة ربعها - وهو ثلاثة - فيكون الجميع تسعة، ويبقى ثلاثة أسهم لصاحب النصف؛ منها اثنان سدس الاثني عشر، والسهم المتبقى يكون نصفين بين صاحبي النصف والثلث.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن ما ذكرناه لا نظير له، وما ذهب إليه الجمهور نظيره مسائل العول في الفرائض، والديون على المفلس، مع أن فرض الله تعالى للموارث أكد من فرض الموصى ووصيته، ثم إن صاحب الفضل في الفرض المفروض لا ينفرد بفضله، فكذا في التوسايا^(٣).

الوجه الثاني: أن ما ذهب إليه المخالف يؤدي إلى الظلم والحيف؛ لأنه يدخل النقص على البعض دون البعض؛ لأنه يدفع إلى صاحب الربع ثلاثة، وهو جميع حقه، ويدفع إلى

(١) للمفصل ١/٥٩٦، وانظر: إنباي الكبير ٨/٢٠٧، البيان في ملعب الإمام الشافعي ٨/٢٤٩، المنع في شرح المنع ٤/٢٧١.

(٢) بدائع الصنائع ١٠/١٥٦٢، وانظر: حاشية الشافعي على تبيين العقائد ٦/١٨٨، رد المحتار على الدر المنثور ١٠/٣٨٣.

(٣) انظر: المعنى ٨/٤٤٧، الشرح الكبير ١٧/٤٣٢، المنع ٦/٨٤.

صاحب الثلث ثلاثة أسهم ونصف، وحقه أربعة، ويدفع إلى صاحب النصف خمسة أسهم ونصف، وحقه ستة أسهم^(١).

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - القول الأول، وهو أن المال يقسم بين الموصى لهم على قدر وصاياهم كالقول؛ لقوة الدليل الذي استدلوأ به، وسلامته من الاعتراض مع ضعف دليل المخالف لمناقشته.

المسألة الثانية: ألا يجيز الورثة الوصايا:

إذا كان الموصى به أكثر من الثلث - سواء كان أكثر من التركة أو أقل - ولم يجز الورثة الوصايا لم يخل حال الموصى لهم من أمرين:

الأمر الأول: ألا يكون في الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث.

وذلك: كالوصية بثلث وربع وسدس، أو الوصية بثلث وثلث وربع وسدس. وهنا ترد الوصايا إلى الثلث، وتبطل فيما زاد على ذلك، ويقسم الثلث بين الموصى لهم على قدر سهامهم، وذلك باتفاق الأئمة الأربعة^(٢)؛ لأن الثلث يضيق عن حقوقهم، فيقسم بينهم على قدرها، كما في أصحاب النديون^(٣).

لكن عند الحنفية: إن مع الوصايا أحد الأشياء الثلاثة: وهي الإعتاق المنجز في الممرض، أو المعلق بالموت، أو البيع بالمحاياة بما لا يتغايين به الناس في الممرض، فيقدم صاحبه على غيره، كوجود المراجع.

(١) رؤوس مسائل الخلافية للمكوي ١١٠/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥٥٧/١٠، الهداية ٥١٨/٤، تبيين الحقائق ١٨٧/٦، الترمذ ٣٢٧/٢، المغنونة ٥١١/٤، الفخيرة ٧١-٧٢، الحاروي الكبير ٩٠٧/٨، روضة الطالبين ٢١٦/٦-٢١٨، المغني ٤٤٤/٨، ٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/٤٢٤، مطالب أولي النهى ٢٥٣/٦، ٢٥٦، أحكام التعدد من ٤٥٣.

(٣) انظر: الباب في شرح الكتاب ١٧٣/٤.

فالإعتاق المنجز والملحق بالموت لا يحتمل القسح، والمحابة تستحق بعقد الضمان، وهو البيع؛ إذ هو عقد معاوضة، فكان البيع مضموناً بالثمن، والوصية تبرع، فكانت المحابة أولى بالتقديم.

الأمر الثاني: أن يكون في الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث.

وذلك كالوصية بالنصف والرابع، أو الوصية بجميع المال وبالثلث، وهنا ترد الوصايا إلى الثلث، وتبطل فيما زاد على ذلك باتفاق المذاهب الأربعة^(١).

ثم اختلف الفقهاء رحمهم الله في كيفية تقسيم الثلث بين الموصى لهم على قولين:

القول الأول: أن الثلث يقسم بين الموصى لهم على قدر أنصبتهم:

وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(٢).

وقول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وهو قول الحسن، والنخعي، والثوري، وإسحاق^(٦).

القول الثاني: أن الثلث يقسم بين الموصى لهم بالتسوية^(٧):

وهو قول الإمام أبي حنيفة^(٨).

(١) مختصر الطحاوي ص ١٥٨، المبسوط ١٤٧/٢٧ - ١٤٨، بدائع الصنائع ٥٥٩/١٠ - ٥٦٢، التفرع ٣٢٧/٦،

لمعونة ٥١١/٢، بداية المجتهد ٢٥٣/٢، الحاوي الكبير ٢٠٧/٨، روضة الطالبين ٢١٦/٦ - ٢١٧، المغني ٤٤٤/٨،

٤٤٦، الشرح الكبير ١٧/١٢٤، ٤٣١، المبدع ٨٤/٦، أحكام التعلد ص ٤٣٤.

(٢) بدائع الصنائع ٥٥٩/١٠ - ٥٦٢، تبين الخلفاء ١٨٧/٦، ١٨٨.

(٣) الكافي لابن عبد الله ٢٩/٢، بداية المجتهد ٢٥٣/٢، اللبيرة ٧١/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٢٠٧/٨، للهدب ٥٩٦/١، روضة الطالبين ٢١٦/٦ - ٢١٧.

(٥) رؤوس المسائل الخلافية للعسكري ١٠٨/٣، ١١٩، للمغني ٤٤٤/٨، ٤٤٦، المبدع ٨٤/٦، التوضيح ٨٧١/٩.

(٦) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٢٤٩/٨، المغني ٤٤٤/٨، الشرح الكبير ١٧/٤٢٨.

(٧) إن كانوا اثنين فمتعاقبة.

(٨) انظر: مختصر الطحاوي ص ١٥٨، المبسوط ١٤٧/٢٧، بدائع الصنائع ٥٥٩/١٠ - ٥٦٢، القدر للبحر

٣٨٣/١٠.

واستثنى أبو حنيفة خمس صور:

الصورة الأولى، والثانية: العتق في المرض، وفي الوصية بالعتق في المرض.

صورة ذلك: إذا كان له عبدان لا مال له غيرهما أوصى بعتقهما، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولم تحز الورثة العتق بأكثر من الثلث، وثلاث ماله ألف درهم، فالألف بينهما على قدر وصيتهما، ثلثا الألف للذي قيمته ألفان، والثلث للذي قيمته ألف، فيُعتق منهما الثلث ويسعى بما بقي للورثة^(١).

الصورة الثالثة، والرابعة: الخباة في المرض، وفي الوصية.

كأن يوصي شخص بأن تباع سيازته التي تساوي قيمتها ثلاثة آلاف بألف، والسيارة التي تساوي قيمتها ستة آلاف بألفين، علمًا بأنه لا مال له سواهما، فهو يريد الوصية بفرق السعيرين فتقسم الثلث وهو الثلاثة آلاف بينهما أثلاثًا، ثلثه للأول وثلثاه للثاني^(٢).

الصورة الخامسة: في الوصية بالدراهم المرسلة^(٣).

كأن يوصي لشخص بألف ريال وآخر بألفي ريال، وتركته كلها ثلاثة آلاف ريال، ولم يجز ذلك الورثة، فحيثما يقسم الثلث بينهم بحسب أسهمهم، للأول ثلث الثلث، وللآخر ثلثا الثلث^(٤).

وفي هذه الصور الخمس يتوافق رأي أبي حنيفة مع رأي الصحاحين.

الأدلة-

أدلة القول الأول:

أدلة القول بقسمة الثلث بين الموصي لهم على قدر أنصبتهم ما يأتي:

١. أن الموصي فاضل بينهم في الوصية، فوجبت المقاضلة بينهم في حال الرد^(٥).

(١) النظر: بدائع الصنائع ٤٨٨/٦.

(٢) النظر: أحكام الوصايا والوقف لوهبة الزحيلي ص ١٠٣-١٠٤.

(٣) المقصود بها المطلقة غير عقيدة بثلث أو ربع أو خمس.

(٤) بدائع الصنائع ٤٨٩/٦، أحكام الوصايا والوقف لوهبة الزحيلي ص ١٠٤.

(٥) أي في حال عدم إجازة الورثة.

- قياساً على ما إذا لم يكن فيهم من تجاوز وصيته الثلث^(١).
٢. أن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال، قسم على التفاضل عند ضيق المال كالمواريث^(٢)، والمال بين الغرماء^(٣).
٣. أن هذه الوصايا " لو كانت بالثلث فما دون وقسمت لقسمت على التفضيل، فإذا كانت أكثر من الثلث قسمت على التفضيل"^(٤) كذلك.
٤. القياس على الوصايا المرسلة، فإنها تقسم عند عدم إجازة الورثة على التفضيل، فكذلك إذا كانت الوصايا مقيدة بنسبة^(٥).
٥. أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق والتفضيل، وامتنع الاستحقاق لحق الورثة؛ لما فيه من الإضرار بهم، ولا مانع من التفضيل؛ إذ لا ضرر فيه على الورثة، فيثبت^(٦).
٦. أن الميت ما أراد قط إلا المفاضلة بينهما، وإلا فما فائدة إيصائه لهذا بالنصف، ولهذا بالثلث؟^(٧).

دليل القول الثاني:

دليل القول بقسمة الثلث بين الموصي لهم بالسوية:

أن الموصي قصد شيئين: الاستحقاق على الورثة فيما إذا زاد على الثلث، وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض، والثاني ثبت في ضمن الأول، ولما يطل الأول لحق الورثة وعدم إجازتهم، يطل ما في ضمنه وهو التفضيل، فصار كأنه أوصى لكل منهما بالثلث،

(١) انظر الخاوي الكبير ٢٠٧/٨، للعيني ١٤٤٤/٨، الشرح الكبير ٢٩٩/١٧.

(٢) أي كسهم الورثة في العول.

(٣) للمذهب ٥٩٦/١، وانظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ١٠٠/٢، الخاوي الكبير ٢١٧/٨.

(٤) البيان ٢٤١/٨، وانظر: الإشراف على نكت مسائل الخلاف ١٠٠/٩، المغوعة ٥١٦/٢.

(٥) انظر: الإشراف ١٠٠/٩، المغوعة ٥١٦/٢، الخاوي الكبير ٢٠٨/٨، البيان ٢٤١/٨.

(٦) بدائع الصالح ٥٦٠/١٠، تبين الخفايا ١٨٨/٦، الباب في شرح الكتاب ١٧٣/٤.

(٧) قديم المسالك في تصرة مذهب مالك ٤٨١/٥.

فينصف الثلث بينهما، كما لو أوصى لكل منهما به حقيقة^(١).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن بطلان أحدهما ليس موجباً لبطلان الآخر، ألا ترى أن كل النصف بعد الثلث زيادة على الثلث، ولو لزم ما قالوا لبطلت وصية صاحب النصف بأسرها، قلما لم تبطل بالرد إلى الثلث لم يبطل حكم التفضيل بالرد إلى الثلث^(٢).

الوجه الثاني: أن الوارث "إذا رد الوصية فيما زاد على الثلث لم تبطل الوصية في ثلث المال بالإجماع، وإنما تبطل فيما زاد على الثلث لحق الورثة، فبقيت الوصية بالثلث صحيحة، وإذا صحت صحت المفاضلة فيه فيما بين الموصي لهما كعول القرأض كما تقدم"^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول، وهو قسمة الثلث بين الموصي لهم على قدر سهامهم؛ لقوة الأدلة التي استدلو بها، وسلامتها من الاعتراض، مع ضعف دليل المخالف؛ لما ورد عليه من المناقشة.

المطلب الثالث: الوصية لمتعدد يشركهما فيها:

مثل: الوصية لخالته، وعمته، بدار أو أرض، وهي وصية لا خلاف في اشتراكهما في الموصى به، واقتسامه بينهما بالتساوي، إلا ينص من الموصي على تفضيل أحدهما على الآخر، وسواء أشركهما في الوصية ابتداءً، أو أوصى لأحدهما ثم أشرك الثاني معه في الموصى به؛ لأن الوصية عقد غير لازم، يجوز للموصي الرجوع فيه وتغييره بإشراك طرف

(١) رد مختار على الدر المختار ٣٨٤/١٠، وأنظر: النهاية ١٨/٤، تبين المحقق ١٨٨/٦، أحكام التعدد ص ٤٣٢.

(٢) الحاوي الكبير ١٠٨/٨.

(٣) فتاوى المالک في نصرة منعت مالک ١٨٩/٥.

آخر مع الموصى له في الوصية، وقد سبق الحديث عن التثريب في الوصية^(١).

المطلب الرابع: الوصية لكل واحد منهما بغير ما أوصى به للآخر:

مثل: أن يوصي لأحدهما بداره وللآخر بأرضه، أو يوصي لأحدهما بألف درهم كل سنة، وللآخر بشمار أشجاره، ونحو ذلك.

وهي وصايا لا خلاف بين الفقهاء أن لكل واحد وصيته إذا حملها الثلث، أو أجاز الورثة ذلك؛ لأنها وصايا مختلفة لا يمكن أن تكون إحداها ناسخة للأخرى، وليس في الثانية تصريح بالرجوع عن الأولى^(٢).

المطلب الخامس: الوصية لشخص معين، ثم الوصية به لآخر:

وسباني بحث هذه المسألة في مبطلات الوصية: جعل الموصى به بعينه لآخر.

المطلب السادس: الوصية بمثل نصيب أحد الورثة لشخص، مع الوصية بجزء

مقدر لشخص آخر:

مثال ذلك: أن يوصي لشخص بثلث ماله، وللآخر بمثل نصيب أحد أبنائه ويموت عن ابنين.

ففي هذه الوصية قولان:

القول الأول: أن يعطى الجزء المقدر لصاحبه، ثم يقسم الباقي بين الورثة والموصى له بمثل نصيب أحدهم.

القول الثاني: أن يعطى صاحب النصيب مثل نصيب الوارث، كأن لا وصية سواها، ويعطى صاحب الجزء المقدر ما قدر له.

(١) المصادر السابقة.

(٢) يدائع الصنائع ٥٧٤/١٠، التفرع ٣٣٦/٢، للنعونة ٥٢٦/٢، للنفلى ٨٦/٨، أسى للطالب ٦٧/٣، مغني المحتاج ١١٥/٤، المستوعب ٥٤٠/٢.

فعلى القول الأول:

نعطي الثلث لصاحبه، ونقسم الباقي بين الابنين والموصى له بمثل نصيب أحدهما، فتصح المسألة من تسعة للموصى له بالثلث ثلاثة، ولكل واحد من الابنين والموصى له بمثل نصيب أحدهما: اثنان، في حال إجازة الورثة للموصية، وعند رد الوصية تقسم الثلث بين الوصيين على خمسة.

وزيادة في التوضيح إليك حلها في جدول.

حلها عند الإجازة:

$$9 = 3 \times 3$$

موصى له ٣/١	١	٣
ابن	٢	٢
ابن		٢
موصى له بمثل نصيب أحدهما		٢

حلها عند الرد:

يقسم الثلث بين الموصى لهما على خمسة حيث إن مجموع سهامها في مسألة الإجازة خمسة سهام، فنعطي صاحب الثلث ثلاثة أسهم، والآخر اثنين.

موصى له بالثلث	٣
موصى له بمثل نصيب أحد الابنين	٢

وعلى القول الثاني:

في حال الإجازة: نعطي الموصى له بمثل نصيب أحد الابنين الثلث من رأس المال؛ لأنه بانضمامه إلى الابنين تكون المسألة من ثلاثة، ونعطي الموصى له بالثلث الثلث -أيضاً- من

رأس المال، فيكون للموصى لهما الثلثان وللابنين الثلث، وتصح المسألة من ستة،

وعند عدم الإجازة، يقسم الثلث بينهما نصفان.

وحلها عند عدم الإجازة:

نقسم الثلث اثنين عليهما هكذا:

موصى له بالثلث: ١

موصى له بمثل نصيب أحدهما: ١

المطلب السابع: الوصية لأحدهما بشيء معين، وللآخر بجزء شائع من ذلك المعين

نفسه:

مثل: الوصية لأحدهما بذره وللآخر بنصفها، أو الوصية لأحدهما بأرضه أو سيارته

المعيتين والوصية للآخر بثلثها، أو ربعها، ونحو ذلك.

وقد اختلف فيها على أقوال:

القول الأول: أنه يقسم بينهما بالخصص:

فإذا كانت الوصية لأحدهما بالكل، وللآخر بثلثه قسم بينهما أرباعاً، الموصى له

بالكل ثلاثة أرباع، وللموصى له بالثلث ربع؛ لأن مقام الثلث ثلاثة، فصاحب الكل له

ثلاثة، وصاحب الثلث له واحد، المجموع أربعة، وإذا كانت الوصية لأحدهما بالكل

وللآخر بالنصف قسم بينهما أثلاثاً، وهكذا.

وهذا قول الجمهور^(١).

القول الثاني: أن للموصى له الثاني وصيته كاملة، والباقي للأول:

فإذا كانت الوصية للثاني بالثلث أعطي الثلث، وللأول الثلثان، وإذا كانت الوصية

للثاني بالنصف أعطي الثاني النصف، والأول النصف.

وهو قول الحنفية، وطاوس^(٢).

(١) للتفتي ١٦٩/٦، نهاية المحتاج ٩٧/٦، للفتي ٦٥/٦.

(٢) للفتي ٦٥/٦.

القول الثالث: أن الموصى لهما يشتركان في الجزء الموصى به ثانيًا:

والباقي يختص به الموصى له الأول، فإذا كانت الوصية الثانية بالثلث أعطيتا الموصى له بالكل الثلثين أولاً، والثلث الباقي يقسم بينهما أنصافاً، فيأخذ الأول خمسة أسداس الموصى به، ويأخذ الموصى له بالثلث السدس، وإذا كانت الوصية الثانية بالنصف أعطي الموصى له بالكل النصف أولاً، والنصف الآخر يقسم بينهما نصفين، وهكذا. وهو قول أبي حنيفة، وبعض الشافعية^(١)

الأدلة:

دليل القول الأول: (يقسم بينهما بالخصص)

أن الوصية تقسم بينهما بالخصص على طريق العول؛ إذ هو العادل.

دليل القول الثاني: (أن الوصية الثانية بالجزء ناسخة للوصية الأولى بالكل)

أنه يعطى الموصى له الثاني جميع الجزء الموصى له به، والباقي يأخذه الموصى له بالكل، بمنزلة الخاص مع العام؛ لأن الوصية بالكل كالوصية بالعام، والوصية بالجزء كالوصية بالخاص، والخاص مقدم على العام وناسخ له، أو محض فيما تعارض فيه. ونوقش: بعدم التسليم لاختلاف محل الموصى له.

دليل القول الثالث:

أن الوصية الثانية تشريك، فيعطى للموصى له بالكل أولاً ما زاد على الجزء الموصى به للثاني؛ لأن الثاني لا ينازعه فيه، ثم يقتسمان الجزء الموصى به للثاني؛ لاشتراكهما في الوصية لهما به، الأول بطريق دلالة التضمن لاندراجيه في الوصية بالكل، والثاني موصى له بدلالة المطابقة.

والأقرب:

القول الأول؛ لقوة دليله.

(١) انظر: غايه المحتاج ٩٧/٦، الفتاوى الهندية ١٣٠/٦.

وإذا قال: ما أوصيت به لفلان، فنصفه أو ثلثه لفلان كان للموصى له ثانيا ما سجد له والباقي للأول بناء على أن الثانية رجوع عن الأولى^(١).

المطلب الثامن: الوصية لأحدهما بمعين، والوصية للآخر ببعض معين من ذلك

الكل:

مثل: الوصية لأحدهما بعمارة معينة، والوصية للآخر بشقة معينة منها، أو بالطابق الأسفل منها، فللعلماء قولان^(٢):

القول الأول: أن الموصى له بالكل يختص بما عدا البعض الموصى به للثاني، ثم يشارك الثاني في ذلك البعض الموصى به للثاني:

وحجته: اشتراكهما في الوصية لما به أحدهما بالمطابقة، والآخر بالتضمن، فيقسم بينهما نصفين، فتقسم الشقة أو الطابق الأسفل بين الموصى له بالعمارة وبين الموصى له بالشقة أو الطابق الأسفل، وسائر العمارة يبقى للموصى له بالعمارة.

وكذلك إذا أوصى لشخص بألف درهم بعينها، ثم أوصى للآخر بمائة منها، فإن الموصى له بالألف يأخذ تسعمائة، ثم يقاسم الموصى له بالمائة، فيأخذ خمسين والآخر خمسين. وهو قول جمهور أهل العلم^(٣).

القول الثاني: أن الوصية الثانية رجوع عن بعض الوصية الأولى، فيعطى الشقة والطابق الأسفل للموصى له الثاني، ويأخذ الموصى له بالكل ما عدا ذلك: وهو قول للمالكية^(٤).

وحجته: أن وصيته ببعض الوصية الأولى رجوع عن هذا الجزء؛ إذ هو المتبادر من صنيع الموصي.

(١) لفتح ٦/٦٦، الفتاوى الهندية ٩٣/٦، الوصايا والتنزيل ص ٤٧٦.

(٢) الوصايا والتنزيل ص ٤٧٦.

(٣) فتاوى الهندية ١٢٥/٦، للفتى ١٦٠/٦، بالخيرة ٧١/٧، نهاية النجاش ٩٧/٦، لفتح مع الشرح الكبير ٦/٦٦٦.

(٤) انظر: للفتى ٦٢/٦.

والأقرب:

هو القول الأول، إلا إن كان هناك قرينة أو عرف تؤكد القول الثاني.

المطلب التاسع: الوصية لكل واحد منهما بجزء شائع من ماله:

وتحت أقسام:

القسم الأول: إذا أوصى لكل واحد بأقل من الثلث، أو أوصى لأحدهما بالثلث والآخر بأقل منه: فإنه لا خلاف بين الفقهاء في إعطاء كل واحد وصيته إذا حملهما الثلث كسلس لكل واحد منهما أو أجاز ذلك الورثة، فإن زادت على الثلث كربع لأحدهما وخمس لآخر تحاصفا في الثلث، ويضرب كل واحد بوصيته، فله الموصى له بالربع خمسة أضعاف الثلث، وللموصى له بالخمسة أربعة أضعاف الثلث^(١).

القسم الثاني: إذا أوصى لكل واحد منهما بالثلث، فهنا خلاف:

القول الأول: أن الثلث بينهما نصفين لاشتراكهما في الوصية:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).

القول الثاني: الوصية الثانية ناسخة للأولى:

وقد تقدم الخلاف في الوصية لكل واحد منهما بعين ما أوصى به للآخر^(٣).

القسم الثالث: إذا أوصى لأحدهما بأكثر من الثلث، والآخر بالثلث أو بأقل، أو

أوصى لكل واحد منهما بأكثر من الثلث، أو بجميع المال، فإن هنا تفصيلاً بين إجازة الورثة وردهم.

فإن أجازوا: فالجمهور على أن كل واحد يضرب بوصيته، ويقتسمون على طريق

العول، فإذا أوصى لواحد بالثلث، والآخر بالنصف، ضرب صاحب النصف بنصفه

وصاحب الثلث بثلاثة، ويقسم المال على ستة، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللموصى له

(١) الفتاوى الهندية ٩٨/٦، الذخيرة ٧١/٧، للفتى ١٦٠/٦.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٨/٦، للعبار ٣٩٥/٦، الذخيرة ٦٥/٧، الأم ١٣٦/٤.

(٣) ينظر مسألة ما إذا أوصى لكل واحد منهما بعين ما أوصى به للآخر.

بالثالث اثنان والباقي للموثة.

وإذا أوصى لأحدهما بجميع ماله، وللآخر بنصفه، فإن الموصى له بالجميع يضرب بالجميع: اثنان، وصاحب النصف بواحد، فيعطى لصاحب النصف واحد من ثلاثة، وللآخر اثنان من ثلاثة وهكذا.

وقال أبو حنيفة: يقسم المال بينهما على طريق المنازعة، فللموصى له بالجميع النصف أولاً؛ لأن الموصى له بالنصف لا ينازعه فيه، ثم يقتسمان النصف المتنازع فيه نصفين؛ لا شراكهما فيه، فيأخذ الموصى له بالجميع ثلاثة أرباع المال، والموصى له بالنصف الربع الباقي^(١).

وفي حالة الرد يرى جمهور الفقهاء: أن كل واحد يضرب بجميع وصيته في الثالث. ويرى أبو حنيفة: أن الموصى له بأكثر من الثالث لا يضرب إلا بالثالث، فإذا أوصى لأحدهما بالنصف، وللآخر بالثالث، أو أوصى لأحدهما بجميع المال وللآخر بالنصف، فإن الثالث يقسم نصفين؛ لأن الزائد على الثالث باطل برد الورثة، والباطل لا يعتد به، فلا يخص به عند أبي حنيفة.

وعند الجمهور: يضرب الموصى له بالجميع بثلاثة؛ لأنها جميع المال ويضرب الموصى بالثالث بواحد، فيقسم الثالث بينهما على أربعة بنسبة الحصص، للموصى له بالجميع ثلاثة أرباع الثالث، وللموصى له بالثالث ربع الثالث، ومثل ذلك يجري في الوصية لأحدهما بالنصف، وللآخر بالثالث.

فإذا لم يجر الورثة فإن الثالث يقسم بينهما على خمسة للموصى له بالنصف ثلاثة أخماس الثالث، وللموصى له بالثالث خمسة الثلث^(٢).

وحجة الجمهور:

١. أن الموصى فضل بينهما في الوصية حين أوصى لأحدهما بأكثر من الآخر؛

(١) راجع للمدونة ٣١٤/٤، الذخيرة ٧١/٧، الفتاوى الهندية ٩٨/٦، المغني ٤٧/٦.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٨/٦، الأم ٤/١٣٦، المغني ٤٧/٦، الوصايا ص ١٠٩.

فيجب تنفيذ وصيته في أصل التفضيل، وتجمع التسوية بينهما لعموم قوله ﷺ:

﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (١)

٢. وعموم حديث: "المسلمون على شروطهم" (٢).

وحجة أبي حنيفة: أن ما رده الورثة باطل.

وما ذهب إليه الجمهور أقوى؛ لقوة دليله.

القسم الرابع: إذا أوصى لأحدهما بشائع كثلث، ونزل الآخر منزلة ولده، كمن أنزل أولاد ولده منزلة أبيهم، وترك ثلاثة أبناء، وأوصى بثلث ماله لرجل، فإن مسألة الورثة أربعة، وتصح من اثني عشر؛ لانكسار سهم للمنزّل عليهم، فلكل ابن ثلاثة، وللمنزّلين ثلاثة لكل واحد سهم، ومخرج الوصية من ثلاثة للموصى له واحد، والاثنان الباقيان موافقان لما صحت منه مسألة الورثة في النصف، يضرب نصف المسألة في مخرج الوصية بثمانية عشر، للموصى له ثلثها ستة، وللمنزّلين ثلاثة، تبقى تسعة لكل ابن ثلاثة.

فإن رد الورثة الزيادة على الثلث ردت الوصيتان؛ الوصية بالثلث، والتنزيل إلى الثلث، يتحصان فيه، للموصى له بالثلث ثلثا الثلث، وللمنزّلين ثلث الثلث اثنان وهما منكسران عليهما، مباينان لهما، فتضرب عدد رؤوسهم في ثمانية عشر بأربعة وخمسين، للموصى له أربعة في ثلاثة باثني عشر، وللمنزّلين اثنان في ثلاثة بستة، لكل واحد اثنان، ولكل ابن أربعة في ثلاثة باثني عشر (٣).

المطلب العاشر: الوصية لأحدهما بجزء شائع، والآخر بعدد مسمى:

مثل: الوصية لأحدهما بثلث أو ربع، والآخر بمائة.

وقد اتفق الفقهاء على إعطاء كل واحد وصيته إذا حملهما الثلث؛ لأنهما وصيتان مختلفتان، لا يصح أن تكون إحداها ناسخة للأخرى، فإن ضاق الثلث عنهما.

(١) من الآية ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٢) سبق ترجمته رقم (١٦٨).

(٣) الأبحاث والتحصيل ص ٢٨١، الوصايا ص ١٠١.

فهناك أقوال ثلاثة:

القول الأول: تقدم الوصية بالجزء على الوصية بالعدد.

القول الثاني: تقدم الوصية بالعدد على الوصية بالجزء.

القول الثالث: أنهما يتحصان.

وهو قول الجمهور.

قال الوشرسي: "حكى ابن رشد في المقدمات خلافاً في الوصية بالجزء والتسمية هل للمقدم الأول، أو الثاني، أو هما على حد سواء؟ وهو مذهب المدونة فانظره".

يضرب صاحب الثلث مثلاً بثلثه، وصاحب العدد ينسبته من التركة.

فإذا كانت التركة ثلاثمائة، وأوصى لشخص بثلثه، ولآخر بخمسين، فإن للث التركة الذي هو مائة يقسم بينهما، يضرب صاحب الثلث بالثلث، وصاحب الخمسين بالسدس؛ لأنها سدس التركة، فتقسم المائة بينهما أثلاثاً، لصاحب الخمسين ثلثها، ولصاحب الثلث ثلثها.

واتفق للملكية كما قال ابن رشد على أنه إذا قال للموصي في وصيته: لفلان الثلث ولفلان مائة من الثلث مثلاً، على البدء بالعدد، وما بقي من الثلث يعطى لصاحب الثلث^(١). كما أنه إذا قال: لفلان الثلث لا ينقص من الثلث شيء، فإنه يقدم صاحب الثلث ولا شيء لصاحب العدد.

وإذا قال: لا ينقص صاحب العدد من عدده شيء لم يكن لصاحب الثلث شيء، إذا استغرق العدد جميع الثلث، كمن أوصى بألف لشخص وبثلثه لآخر، والتركة كلها ثلاثة آلاف، فإذا قال: لا ينقص صاحب الثلث شيئاً من ثلثه أعطى ولا شيء للموصى له بالألف.

وإذا قال: لا ينقص صاحب الألف من ألفه شيئاً أعطى الألف ولا شيء لصاحب الثلث^(٢).

(١) للعار ٣٥٩/٩، حاشية بيان ٩٩٣/٨.

(٢) الذخيرة ٦٧/٧.

المطلب الحادي عشر: الوصية لأحدهما بجزء شائع، والآخر بعدد مسمى:

مثل: الوصية لأحدهما بداره أو أرضه، ولآخر بثلثه أو ربعه، والحكم فيها يختلف باختلاف حال الوصيتين، فقد يحملهما الثلث، وقد لا يحملهما الثلث ويحيز ذلك الورثة، وقد يمنع الورثة ما زاد على الثلث، فهنا أحوال:

الحال الأول: إذا كان الثلث يحملهما معاً، كالوصية بدار تساوي السدس، ولشخص بالسدس، هنا قولان:

القول الأول: أن الموصى له بالمعين يأخذ جميع المعين الموصى له به، لحمل الثلث له، والموصى له بالسدس يأخذ سدسه في بقية المال، فيشارك الورثة بالخمس: وهو مذهب مالك^(١).

القول الثاني: أن الموصى له بجزء يأخذ وصيته في غير المعين، ثم يشارك الموصى له بالمعين في ذلك المعين، يقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه؛ لاشتراكهما في الوصية به:

وبه قال الخنابلة^(٢).

وحجته: أن الموصى له بالمعين أوصى له به مطابقة، والموصى له بالجزء أوصى له بجزء تضمننا، فالموصى له بالسدس يأخذ السدس في التركة ويشارك الموصى له بالدار. قال ابن قدامة: "فإن لم تزد الوصيتان على الثلث كرجل خلف خمسمائة وعيداً قيمته مائة، ووصى لرجل بسدس ماله ولآخر بالعبد، فلا أثر للمرد ههنا، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال، وسبع العبد، والآخر ستة أسباعه".

الحال الثانية: إذا كان الثلث لا يحملهما معاً، وأجاز الورثة ذلك، كما لو أوصى لأحدهما بدار تساوي ثلث ماله، ولآخر بثلث ماله وأجاز الورثة ذلك فإن هنا قولين - أيضاً-^(٣):

(١) للذوينة ٣٠٧/٤

(٢) للفي ١١٣/٦

(٣) الذخيرة ٧٢/٧، للفي ١١٥/٦

القول الأول: أن للموصى له بالثلث جميع الثلث، وللموصى له بالدار جميع الدار؛ لصحة إنفاذ الوصيتين؛

القول الثاني: أن للموصى له بالثلث ثلثي الثلث، وللموصى له بالدار ثلثي الدار، وثلث الدار الباقي يقسم بينهما نصفين؛ لاشتراكهما في الوصية به؛

الحال الثالثة: إذا جاوزت الوصيتان الثلث ورد الورثة الزائد على الثلث^(١)، فقولان:

الأول: أن الثلث بينهما نصفين لاستوائهما فيه؛

القول الثاني: أنه يبدأ بالموصى له بالثلث، ولا شيء للموصى له بالدار؛ لأن الميت إنما أوصى له من ثلثي الورثة؛

المطلب الثاني عشر: تعدد الوصايا لله، أو للأدمي:

وسأني بحثها في أحكام المحاصة في المبحث التالي.

المبحث الرابع

المحاصة

وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف المحاصة:

هي: اقتسام الموصى لهم ما وجب لهم من مال الموصي بقدر وصاياهم عند ضيق الثلث عنها إذا لم يجرها الورثة، أو عند ضيق التركة عنها في حالة إجازتها.

المطلب الثاني: مشروعيتها، وشروطها:

اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أنها مشروعة عند ضيق الثلث، أو التركة عن الوفاء بجميع الوصايا، باتفاق الأئمة الأربعة:

القول الثاني: لا محاصة في الوصايا، ويجب البدء بالأول فالأول حتى يتم الثلث، فإذا تم بطل باقي الوصايا:

إلا في حالة الإجمال فتجرى المحاصة (١)

فيبدأ بالأول فالأول بحسب صدورها من الموصي، فإذا تم الثلث يطل ما زاد عليه، ولا يحل ولا ينظر في ذلك إلى أهم ولا مهم.

وهو مذهب الظاهرية، بناء على أصلهم من منع الوصية بأكثر من الثلث. فإذا أوصى شخص بثلث ماله أو ما يساويه من الأعيان، ثم أوصى لآخر بربع ماله، أو ما يساويه، أخذ الموصى له بالثلث الثلث، ولا شيء للموصى له بالربع؛ لاستغراق الوصية الأولى الثلث، وبطلان ما زاد على الثلث عندهم. وإذا أوصى أولاً لصاحب الربع، فإن صاحب الربع يأخذ ربه كاملاً، ويعطى للموصى له بالثلث بقية الثلث.

الأدلة

دليل الجمهور:

١. عموم أدلة الوصايا.
٢. القياس على الديون إذا كانت أكثر من مال المدين.
٣. القياس على الموارث إذا زادت الفروض على المسألة، فإنه يدخله العول بالإجماع.
٤. أن الوصايا تبرع بعد موت، والموت يأتي دفعة واحدة، فلا يقدم بعضه على بعض، فتدخلها المحاصة.

ودليل الظاهرية: فظاهر حديث سعد رضي الله عنه: "الثلث، والثلث كثير" ^(١)

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المراد بالحديث مجموع الوصايا لا يتجاوز الثلث؛ لأدلة القول الأول.

الترجيح:

السراج - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ إذ الشريعة لا تفرق بين المتماثلات، ولأنها مبنية على العدل.

وبالنسبة لشروطها، فإن هناك شروطاً أربعة:

الشرط الأول: تجاوز الوصايا الثلث، وضيقه عن استيعابها، فإن حملها الثلث، فلكل واحد وصيته ولا حاجة للمحاصة حيثئذ.

الشرط الثاني: ألا يجهزها الورثة، فإن أجازها الورثة فلا محاصة -أيضاً-، إذا لم تتجاوز المال.

مثل: الوصية لواحد بالنصف، وآخر بالربع، وثالث بالثلث، فإن المال يقسم على ثمانية

(١) سبق ترجمته رقم (٣).

لصاحب النصف أربعة، ولصاحب الربع اثنان، ولصاحب الثمن واحد، يبقى واحد للموثة.
 مثال ثان: إذا أوصى بنصف لشخص، وآخر بثلث، وثالث بسدس، فإن المال
 يقسم على ستة لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث اثنان، ولصاحب السدس
 واحد، ولا محاصة لحمل المال لجميع الوصايا.

واختلف الفقهاء إذا جاوزت الوصايا المال وزادت عليه رغم إجازة الورثة
 لجمعها:

القول الأول: العمل بالخاصة وقسمة المال بين الموصى لهم، ودخول العول
 كالفراتض^(١).
 وهو قول الجمهور.

كمن أوصى لواحد بنصف ماله وآخر بربعه، وثالث بثلثيه، فإن المسألة من اثني
 عشر لوجود الربع والثلث، وتعول لسبعة عشر، للموصى له بالنصف ستة، وللموصى له
 بالربع ثلاثة، وللموصى له بالثلثين ثمانية.

القول الثاني: يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على من دونه، ثم يقتسمون الباقي
 في حالة الإجازة، وفي حالة الرد يطل ما زاد على الثلث ولا يحاصص به، فإذا كانت
 الوصية لشخص بجميع المال وآخر بالثلثين، ولثالث بالثلث، وأجاز الورثة ذلك، فإن
 الموصى له بالجميع يأخذ الثلث أولاً؛ لانفراده به وعدم مشاركة أحد له فيه، ثم يقتسم هو
 والموصى له بالثلثين الثلث الثاني؛ لاشتراكهما فيه يأخذ كل واحد نصفه، والثلث الثالث
 يقتسمه الموصى له بالجميع، والموصى له بالثلثين، والموصى له بالثلث لكل واحد ثلثه،
 تسع المال، فيجتمع للموصى له بالجميع خمسة أثمان المال، وللموصى له بالثلثين ثلاثة
 أثمان، والتسع الباقي للموصى له بالثلث.

(١) انظر المغني ٤٩/٦، المدونة ٣٠٦/٤.

وإذا رد الوثقة الزيادة على الثلث نحاصوا في الثلث لكل واحد منهم ثلث الثلث؛ لتساويهم في الوصية، وبطلان ما زاد عليه^(١).
وبه قال الحنفية.

الشرط الثالث: أن تكون الوصايا في مرتبة واحدة، ليس بعضها أكد من بعض، وإلا قدم الأكيد فالأكيد، وتقدم أو تأخر^(٢).

الشرط الرابع: أن لا يشترط الموصي تقديم بعض الوصايا على بعض، فإن شرط ذلك عمل بشرطه وامتنعت مخالفته؛ لعموم قوله ﷺ: ﴿قَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَمَّا إِنْهُ عَلَى الَّذِينَ يَبُولُونَهُ﴾، ولعموم حديث: "المسلمون على شروطهم"^(٣).

المطلب الثالث: الوصايا الخاصة بها، والتي لا يخص بها:

وهي ثلاثة أقسام:

القسم الأول: الوصايا الخاصة بها اتفاقاً بين الفائلين بالخاصة.

وهي الوصايا الصحيحة اللازمة سواء كان مستحقها موجوداً، أو منتظر الوجود، مثل الوصية بربع ماله لحمل ابنته، أو لمن سيولد لها، وبثلثه للفقراء، فإن الخاصة تجري بين الوصيتين للزومهما، وما ناب الفقراء يفرق عليهم، وما ناب الحمل أو المولود المنتظر يوقف له حتى يوجد بشرطه.

القسم الثاني: الوصايا المختلف في الخاصة بها: الوصايا الباطلة، والمردودة، والموقوفة.

١. فالأولى كالوصية التي يموت فيها الموصي له قبل موت الموصي، قد اختلف فيها

العلماء كما سبق:

فقليل: يخص بها مطلقاً.

(١) البداية ٣٣٨/٢، الفتاوى الهندية ٩٨/٦، الوصايا والتنزيل ص ٥١٤.

(٢) المدونة ٣٠١/٤.

(٣) سبل تخريجها برقم (١٦٨).

وقيل: لا يحاصص بها مطلقاً.

وقيل: لا يحاصص بها إن علم الموصي بموت الموصى له قبله، وإن لم يعلم حوصص بها.

مثال ذلك: من أوصى بعشرة لشخص، وعشرة لآخر، والثالث كله عشرة، مات أحد الموصى لهما قبل موت الموصي، فإن العشرة تكون كلها للحي على القول بعدم المحاصة، وعلى القول بالمحاصة يقسم بينهما، والخمسة التي تنوب الميت ترجع للورثة، وعلى القول الثالث إن علم بموته فالمحاصة، وإن لم يعلم فلا محاصة.

٢. الوصية المردودة في حياة الموصي، فإن فيها نفس الخلاف في الوصية التي يموت الموصى له قبل موت الموصي: المحاصة مطلقاً، وعدمها مطلقاً، والتفصيل بين علم الموصي برده وعدم علمه بذلك، والخلاف في هذه الصورة مخرج على الخلاف في التي قبلها.

بخلاف ردها بعد وفاة الموصي فإنه يحاصص بها، ويرجع منابها ميراثاً بين الورثة.

٣. الوصية لوارث وأجنبي، فإن الوارث يحاصص الأجنبي بوصيته، فما ناب الأجنبي أخذه، وما تنوب الوارث يرجع ميراثاً^(١) إذا لم يجزه الورثة، وقيل: يبطل نصيب الوارث إذا لم يجزه الورثة ولا يحاصص به الأجنبي، فإن كانت الوصية لهما بالثلث، فإن الثلث كله للأجنبي لبطان وصية الوارث، وسيأتي يبحث هذه المسألة قريباً^(٢).

القسم الثالث: الوصايا التي لا يحاصص بها أربابها اتفاقاً وهي الوصية بمعين إذا هلك. كمن أوصى لشخص بثلاث ماله، وأوصى لآخر بسيارته هذه، فاحتترقت السيارة بعد موت الموصي، فإن الموصى له بالثلث يأخذ ثلثه كاملاً ولا يحاصصه الموصى له بمعين؛

(١) المدونة ٣٠٧/٤-٣٣٨.

(٢) ليسوط ١٧٩/٢٧، المدونة ٣٦٥/٤، مدافع الصنائع ٤٣٤/٦، الكافي لامين عسلخ ص ٥٤٣، الأم

٢٣٥/٥، لغني ٤٠١/٨، الوصايا ص ٤٩٠.

لإطلاق وصيته، ولأنه لا يقوم ميت، ولا يقوم على ميت، كما قال مالك^(١).
وإذا اوصى بأشياء معينة لشخص، وبباقى الثلث لشخص آخر، ثم نفذ
الأشياء المعينة للموصى له بما في حياته:

فأفقى بعضهم: بإعطاء الموصى له ببقية الثلث جميع الثلث؛ لأنه لم يبق له مزاحم.
وذهب آخرون: بتقويم المعينات المنجزة، وإسقاط قيمتها من الثلث ويرجع ميراثاً،
وبالباقي يعطى للموصى له ببقية الثلث^(٢).

المطلب الرابع: كيفية الخاصة:

المهدف من الخاصة هو تحقيق العدل بين الموصى لهم بإدخال النقص على حقوقهم
بنسب متساوية، وللوصول إلى ذلك هناك طرق منها:

١. أن تجمع الوصايا كلها، وينسب ثلث التركة إليها مجتمعة، ثم يعطى لكل واحد
من وصيته بحسب تلك النسبة.

مثال ذلك: أوصى لشخص بألف، وآخر بشيء يساوي ألفين، ولثالث بـ ١٠٠٠
تساوي ألفاً وخمسمائة، وبملايس للفقراء تساوي خمسمائة، والتركة كلها ثلاثة آلاف.
مجموع الوصايا خمسة آلاف، وثلث التركة ألف، فإذا نسب إلى خمسة آلاف كان
خمسها، فيعطى كل واحد خمس وصيته.

لأول: ٢٠٠، وللثاني ٤٠٠، وللثالث ٣٠٠، وللرابع ١٠٠، المجموع ألف وهو مبلغ
الثلث.

٢. أن تجمع الوصايا كلها، ثم تنسب كل وصية إلى مجموع الوصايا، وتلك النسبة
يأخذ كل واحد حصته من الثلث، ففي المثال المذكور إذا نسبت الأولى إلى
مجموع الوصايا تجدها خمساً، فيعطى خمس الثلث وهو ٢٠٠، وإذا نسبت الثانية

(١) المدونة ٣٠٦/٤، الوصايا ص ١٩٠.

(٢) القيار ١٧/٩.

إلى المجموع تجدها خمسين، فيعطي صاحبها خمسي الثلث وهو ٤٠٠، وإذا نسبت الثالثة إلى المجموع ساوت ثلاثة أعشار الثلث فيعطي الموصى له بها ٣٠٠، والرابعة تساوي العشر، فيعطي صاحبها العشر ١٠٠، وهكذا.

وفي حالة ما إذا كانت الوصايا بأعيان معينة، فإن الخاصة تقع بقيمتها بعد تقويمها. وتقوم التركة لتعرف نسبتها إليها، فإذا أوصى لشخص بدار قيمتها ألف، وآخر مزرعة قيمتها ألفان، ولثالث سيارة قيمتها ثلاثة آلاف والتركة قيمتها ستة آلاف، فإن الموصى له بالدار موصى له بالسدس، والموصى له بالمزرعة موصى له بالثلث، وصاحب السيارة موصى له بالنصف.

وهذه النسب تقع الخاصة بينهم فيقسم الثلث على ستة مجموع الحصص، وبأخذ الموصى له بالدار سدس الثلث، والموصى له بالضيعة ثلث الثلث، والموصى له بالسيارة نصف الثلث.

كما أنه إذا كانت الوصية بمبالغ نقدية، فإنه لا بد من تقويم التركة لتعرف نسبة كل وصية إليها، ثم تقع الخاصة بذلك النسب، فإذا كانت الوصية لشخص بألف، وآخر بثلاثة آلاف، ولثالث بخمسمائة، وقومت التركة بأربعة آلاف، فإن صاحب الألف موصى له بالربع، وصاحب الثلاثة آلاف موصى له بثلاثة أرباع، وصاحب الخمسمائة موصى له الثمن.

وهذه النسب يقتسمون الثلث بينهم على تسعة، مجموع الحصص، الربع، وثلاثة أرباع، والثمن، للموصى له بألف تسعا الثلث، وللموصى له بثلاثة آلاف ستة أثمان الثلث، وللموصى له بخمسمائة تسع السدس.

وهكذا إذا كانت الوصايا متنوعة بعضها أعيان وبعضها أعداد، وبعضها أجزاء شائعة، فإنه تقوم المعينات، وتقوم التركة، ثم تقوم الخاصة بعد ذلك.

ويجب التنبيه إلى أنه بعد الخاصة يعطى الموصى لهم بالمعينات ما ينوهم في الخاصة في

العين الموصى لهم بها^(١).

فإذا كانت الوصية بدار وثلاث، فإن صاحب الدار يأخذ حصته في الدار، وصاحب الثلث يأخذ حصته شائعة في التركة.

المطلب الخامس: الخاصة بين حقوق الله تعالى:

إذا كانت الوصايا كلها من حقوق الله ﷻ، فتحته مسائل^(٢):

المسألة الأولى: أن تكون الوصايا من الواجبات:

فلا يخلو من أمرين:

الأمر الأول: أن يوصى بإخراجها من رأس المال.

إذا أوصى بإخراج الواجبات من ثلث المال فإنها تخرج من ثلث المال بالاتفاق.

الأمر الثاني: إذا أوصى بإخراج الوصايا من رأس المال.

فقد اختلف العلماء على قولين:

القول الأول: أن الوصية تخرج من رأس المال^(٣):

وهو قول الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: تخرج من الثلث:

وهو قول الحنفية^(٦)، والمالكية^(٧).

(١) المدونة ٣٠٧/٤، الوصايا ص ٤٩٢.

(٢) التعدد في الوقف والوصية والمبة ص ١٠٣، ونظر: أحكام الخاصة ص ٩٨.

(٣) واختلف القائلون باعتبارها من رأس المال في طريقة توزيع رأس المال إذا ضاق عن الواجبات على قولين: أحدهما: اخصى بين الواجبات، وأنه لا يقدم بعضها على بعض، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة. والثاني: تقدم بعض الواجبات على بعض، وهو قول عند الحنابلة.

للغني ٥٤٣/٨، الإصناف ٢٧٤/١٧، الإقناع ١٤٠/٣.

(٤) البيان ١٨٤/٨، معني المحتاج ١٠٧/٤، النجم الوهاج ٣٠٤/٦.

(٥) للغني ٥٤٣/٨، مختصر الفتاوى المصرية ص ٤١٧، الفروع ٥٠٩/٤، الإصناف ٢٧٤/١٧.

(٦) روضة القضاة ٦٧٢/٢، رد المحتار على الدر المختار ٣٧٥/١٠، تقريرات الرافعي على رد المحتار ٣٧٥/١١.

(٧) المعونة ٥٢٩/٢، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ١٠١٩/٢، بداية المجتهد ٢٥٣/٢.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيِّي بِنَا أَوْ دِينَ﴾^(١).

وجه الدلالة: أن هذه الآية عامة في تقديم جميع الديون سواء كانت لله تعالى، أو للمخلوقين، على حق الورثة، ومن ثم تخرج من رأس المال تقديمها لها على الميراث^(٢).

٢. حديث ابن عباس ؓ أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي ﷺ، فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت، أفأحج عنها؟ قال: «نعم حجي عنها» أرايت لو كان على أمك دين أكتت قاضية؟ أفضوا الله، فأنه أحق بالوفاء»^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ شبه قضاء الحج بقضاء دين آدمي، ودين آدمي يكون بالإجماع، فكذلك ما شبه به في القضاء^(٤).

دليل القول الثاني:

أن من آخر الواجبات أو الديون لله ﷻ، ثم أوصى بها قبل وفاته متهم بالنسبة للورثة تستغرق هذه الواجبات جميع المال فكان قصداً باطلاً، فتعامل هذه الواجبات معاملة الوصايا، فإن أوصى بها أدت من الثلث، وإلا فلا^(٥).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه نظر بمقابلة الأثر، فلا يحتاج به.

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) أحكام القرآن لابن العربي، ٤٤٦/١، الشرح الكبير ٢٧٤/١٧، المحلى ٢/٣٠٤.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٢١).

(٤) انظر: أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ٢٣٠/٢-٢٣١، فتح الباري ٧٩/٤.

قال ابن حجر: "ويحقق بالحج كل حق ثبت في دمه من كفارة أو لغيره أو زكاة أو غير ذلك".

(٥) أحكام القرآن لابن العربي، ٤٤٦/١، بداية المجتهد ٢٥٣/٢.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الثاني..

المسألة الثانية: ألا يضيق الثلث على الواجبات:

فإذا لم يضيق الثلث عن الواجبات فهنا تنفذ جميع الوصايا بالاتفاق^(١).

المسألة الثالثة: أن يضيق الثلث عن الواجبات، وقد أوصى بإخراجها منه:

فإن أجاز الورثة ما زاد على الثلث، فتنفذ جميع الوصايا بالاتفاق^(٢).

فإن لم يجز الورثة عن الثلث، فتحتة قسمان:

القسم الأول: أن ينص الموصي في وصيته على تقديم بعض الواجبات على بعض.

فيقدم على ما نص على تقديمه اتباعاً لوصيته بالاتفاق^(٣).

القسم الثاني: ألا ينص في تقديم بعض الواجبات على بعض.

إذا لم ينص وضاق الثلث، للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه إذا ضاق الثلث عن الوصايا قم من رأس المال:

وهو قول الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

(١) غيوك للسائل ص ١٥٧، روضة القضاة ٢/٦٧٢، بدائع الصلتع ١٠/٥٥٤، الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٣، لمقدمات ٣/١٢١، بداية الجهد ٢/٢٥٣، عقد الخواطر الثمينة ٣/١٢٢١، مواهب الجليل ٦/٣٧٨، المهذب ١/٥٩١، البيان ٨/١٨٤، النجم الوهاج ٦/٣٠٤، المغني ٨/٥٤٣، الشرح الكبير ١٧/٢٧٦، المبدع ٦/٢٩، التبعيد في الوقف والوصية والمبة ص ٥٠٣، ويظر: أحكام الخاصة ص ٩٨.

(٢) مختصر الطحاوي ص ١٥٨، روضة القضاة ٢/٦٧٤، بدائع الصلتع ١٠/٥٥٤، لمقدمات ٣/١١٧، القوانين الفقهية ص ٣٠٠، المهذب ١/٥٨٨، فتح الوهاب ٢/١٥، الإنصاف ١٧/١٢٢، المبدع ٦/١٠.

(٣) تبين الخفائي ٦/١٩٨، تكملة البحر الرائق ٨/٥٠٣، رد المحتار على الدر المختار ١٠/٣٧٥، الكافي لآل عبد البر ٢/١٠٣٦، المغني ٨/١١٥، لمقدمات ٣/١٢١، عقد الخواطر الثمينة ٣/١٢٢١، مواهب الجليل ٦/٣٧٨، الحاوي الكبير ٨/٢١١، روضة الطالبين ٦/١٣٦، النجم الوهاج ٦/٢٤٤، التوضيح ٢/٨٢٥، الإقناع ٣/٧٢، ٩٦.

(٤) المهذب ١/٥٩٣، البيان ٨/١٨٤.

(٥) المغني ٨/٥٤٣، الشرح الكبير ١٧/٢٧٦، المبدع ٦/٢٩-٣٠.

القول الثاني: إذا ضاق الثلث عن الوصايا لم يتمم من رأس المال:
وهو قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

فعند الحنفية فلا يخلو الأمر عندهم: إما أن تكون متحدة في رتبة واحدة، كأن تكون كلها فرائض، أو كلها واجبات، أو كلها مندوبات، فيُقدَّم منها ما بدأ به الميت في كلامه؛ لأن البداية دليل اهتمامه.

فإن كان بعضها أقوى من بعض بدئ بالأقوى والأهم، كأن يكون أوصى بوصايا بعضها فرائض وبعضها واجبات، كصدقة الفطر - عندهم - أو مندوبات، فتقدم الفريضة، ثم بعد ذلك الواجب، ثم المندوب؛ لأن الفرض أهم من النفل في الشرع، حتى وإن كان الموصي قد أحر الفرض في كلامه.

وقيل: تقدم الزكاة على الحج، وقيل: العكس، وهما على الكفارات.

وقيل: تقدم كفارة القتل، ثم اليمين لانتهاك حرمة الاسم، ثم الظهار، ثم زكاة الفطر، ثم النذر، ثم الأضحية.

وقيل: يقدم العشر على الخراج.

وقيل: يقدم من النوافل الصدقة، ثم حج النفل، ثم العنق.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أدلة القول الأول بإتمام النقص من رأس المال:

هي الأدلة الدالة على وجوب إخراج الواجبات من رأس المال^(٣).

(١) نتائج الصنائع ١٠/١٥٥٤: المادة ٥٢٨/٤، تحت اختلاف ١٩٨/٦، لسلك المحاكم ص ٤١٩، رد المقدم على العم المختار ٣٧٤/١٠.

(٢) المقدمات ٣/١٢١: بداية المجهود ٢/٢٥٣، مؤلف التحليل ٦/٣٧٨، الفتح الرباني ٨٣/٢.

(٣) كشف القناع ٤/٣٥٢.

دليل القول الثاني:

يمكن أن يستدل للمقول بعدم إتمام التقص من رأس المال: بأن فيه اتباعاً لوصية الموصي ووفقاً عند شرطه.

ويمكن أن يناقش: بأن هذا الاستدلال بالمعقول في مقابلة النصوص السابقة، فلا يصح.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل قول الآخر.

المسألة الرابعة: أن يوصي بالواجبات ويطلق.

إذا أطلق الموصي الوصية بالواجبات، فلم يقل: من رأس المال، ولا من الثلث.

فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله فيما تعتبر منه الوصية على قولين:

القول الأول: أن هذه الوصية تعتبر من رأس المال:

وهو أصح الوجهين عند الشافعية^(١)، وقول الخنابلة^(٢).

القول الثاني: أن هذه الوصية تعتبر من الثلث:

وهو قول الخنفة^(٣)، والمالكية^(٤)، ووجه عند الشافعية^(٥).

الأدلة:

الأدلة هنا هي الأدلة على الجانب الأول نفسها.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة دليله، وضعف دليل القول الثاني.

(١) المهذب ٥٩١/١، الوسيط في المذهب ٤٢٣/٤، البيان ١٨٤/٨، روضة الطالبين ١٣١/٦، التعداد في الوقف

والوصية والمبة ص ٥٠٣، وينظر: أحكام المرافعة ص ٩٨.

(٢) المقادير لأبي الخطاب ص ٣٤٤، المغني ٥٣٣/٨، المحرر ٣٨١/١، التبليغ ١٢٩/٦، غاية الملتقى ٢٠٠/٦.

(٣) عيون المسائل ص ١٥٢، بدائع الصنائع ٢٥٤/١٠.

(٤) المقدمات ١٦١/٣، عقد الجواهر الثمينة ١٢٢٢/٣.

(٥) المهذب ٥٩١/١، البيان ١٨٤/٨.

ومناقشته.

المسألة الخامسة: أن تكون الوصايا كلها تبرعات.

كحج التطوع، وصدقة التطوع، وغيرها، فإنها تعتبر من الثلث باتفاق الأئمة، إذا لم يضق الثلث عنها، فإن ضاق الثلث عنها، وزادت عليه، فإن أجازها الورثة نفذت بالاتفاق^(١).

وإن لم يجزها الورثة فتنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: أن ينص الموصي على تقديم بعض التبرعات على بعض.

فإن نص على تقديم بعض الوصايا فيقبل ما نص عليه اتباعاً لنصه، وهذا باتفاق الأئمة^(٢).

القسم الثاني: ألا ينص الموصي على تقديم بعض التبرعات على بعض.

فإن ضاقت عن الثلث، ولم يجز الورثة ما زاد عنه.

فقد اختلف العلماء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: المحاصة بين الوصايا في الثلث، وأنه لا يقدم بعضها على بعض.

وهو قول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: البدء بما به الموصي في النطق حتى ينقضي الثلث، ويكون النقص على

المتأخر:

وهو المعتمد عند الحنفية^(٦).

(١) تحفة الفقهاء ٢١١/٣، بدائع الصنائع ٥٥٤/١٠، بداية المجتهد ٢٥٣/٩، عقد الجواهر المصنعة ١٢٩١/٣.

الحاوي الكبير ٢١١/٨، للذهب ٥٩٣/١، الإنصاف ١٣٧/١٧، مطالب أولي النهى ١٦٣/٦.

(٢) الأحبار للعليل للختار ٧٣/٥، تبيين الحقائق ١٩٨/٦، للأنفسي ١١٥/٨، عقد الجواهر المصنعة ١٢٩١/٣.

الحاوي الكبير ٢١١/٨، روضة الطالبين ١٣٦/٦، الإقناع للححاوي ١٧٢/٣، ٩٦.

(٣) للتقدمات ١٢١/٣، مواهب الجليل ٣٧٨/٦.

(٤) الحاوي الكبير ٢١١/٨، روضة الطالبين ١٣٥/٦.

(٥) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣٦/١٧-١٣٧، القروع ٥٠٨/٤، مطالب أولي النهى ١٦٣/٦، التعداد في الوفاء

والوصية والدية ص ٥٠٣، ونظر: أحكام الخاصة ص ٩٨.

(٦) تحفة الفقهاء ٢١١/٣، تبيين الحقائق ١٩٨/٦.

القول الثالث: تقديم الأفضل فالأفضل من الوصايا^(١).وهو قول عند الحنفية^(٢).

الأدلة

أدلة القول الأول:

أدل القول بالخاصة بين الوصايا في الثلث، وأنه لا يقدم بعضها على بعض ما يأتي:
الدليل الأول: أن هذه الوصايا متحدة الرتبة -وهي التبرع- فتقدم بعضها على بعض ترجيح بلا مرجح^(٣).

الدليل الثاني: القيلس على قسمة التركة بين أزواج الديون بالخاصة إذا ضاقت عن الوفاء^(٤).
دليل القول الثاني:

دليل القول بالبدء بما بدأ به الموصي في النطق:
أنه هذه الوصايا عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات، فيرجح بالبدائية؛ لأن البدائية دليل اهتمامه بما بدأ به؛ لأن الإنسان يبدأ بالأهم فالأهم عادة^(٥).
ونوقش: بأن قولكم: لا يمكن الترجيح بالذات مسلم.
وأما القول: بأنه يرجح بالبدائية، فغير مسلم؛ إذ لو أراد الموصي تقديم ما بدأ به في النطق لبيته، فلما أطلق الوصية دل على أنه إنما أراد التسوية بين هذه الوصايا، وطريق ذلك الخاصة.

دليل القول الثالث:

دليل القول بتقديم الأفضل فالأفضل من الوصايا:
أن بعض هذه الوصايا أفضل من بعض، فتكون أولى بالتقديم^(٦).

(١) على خلاف بينهم في ذلك.

(٢) تحفة الفقهاء ٢/٢١١، بدائع الصنائع ١٠/٥٥٥، تبين الحقائق ٦/١٩٨.

(٣) أسهل المدارك ٢/٣٣٠، مسالك الدلالة ص ٢٥٩.

(٤) النجم الوهاج ٦/٢٤٥، شرح التبيين ٢/٥٤٨.

(٥) بدائع الصنائع ١٠/٥٥٤، تحفة الفقهاء ٣/٢١١، تبين الحقائق ٦/١٩٩.

(٦) شرح العناية على الهداية ١٠/٤٧٢، رد المحتار على الدر المختار ١٠/٣٧٦.

ونوقش: بأنه لا يسلم أن الأفضل أولى بالتقديم؛ إذ لو أراد الموصي لبيته، فدل على أنه أراد التسوية بين هذه الوصايا - كما سبق - فتقديم الأفضل ترجيح بلا مرجح.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدلووا بها وسلامتها من الاعتراض مع ضعف أدلة المخالفين؛ لما ورد عليها من مناقشة، وأن هذا القول أقرب إلى تحقيق غرض الموصي الذي لو قصد تقديمًا أو تفضيلًا لبيته.

المسألة السادسة: إذا كانت الوصايا من حقوق الله تعالى متفاوتة:

فتحتها أمران:

الأمر الأول: أن يوصى بأداء الواجبات من الثلث، ويوصى معها بالتبرعات. إذا أوصى شخص بأداء الواجبات من الثلث، وأوصى معها بالتبرعات، وضاق عنها الثلث، ولم يجرِ الورثة الزائدة، ولم يكن للموصي قد رتب بينها - كما لو أوصى بركة وحج تطوع وصلقة -.

فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في طريقة توزيع الثلث على الوصايا على قولين:

القول الأول: تقديم الواجبات، فإن فضل عنها من الثلث شيء فهو لوصايا التبرعات، وإلا بطلت الوصايا بالتبرعات.

ومع قول الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

وبوجه عند الشافعية^(٣)، والمذهب عند الحنابلة^(٤).

القول الثاني: أن الثلث يقسم بين الوصايا كلها - الواجب والتبرع - بالخصص.

(١) بدائع الصالحات ٥٥٦/١٠، تبين الحقائق ١٩٨/٦، رد المحتار على الدر المختار ٣٧٤/١٠.

(٢) التلخيص ١٧٢ من ١٧٢، للتقدميات ١٢١/٣، ١٢٣، النجاشي والإكمال ٣٧٦/٦.

(٣) الحاوي الكبير ٢١١/٨، للمذهب ٩٣/١.

(٤) المغني ٥٤٣/٨، الإيضاح ٢٧٦/١٧، غاية المنتهى ٢١٠/٦.

وما بقي من الواجب تتم من رأس المال:

ومر وجه عند الشافعية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢):

الأدلة:

أدلة القول الأول:

أولاً: الأدلة على تقدم الواجبات على التبرعات ما يأتي:

الدليل الأول: أن الواجبات أكد من التبرعات فتقدم عليها؛ لأن التأكيد له أثر^(٣).

الدليل الثاني: أن الواجبات تخرج صاحبها عن العهدة، والتوافل تحصل له زيادة الثواب، والأول أولى فيقدم^(٤).

الدليل الثالث: أن الدين يجب البداءة به قبل الميراث والتبرع، فإذا عينه في الثلث وجب البداءة به، وما فضل للتبرع^(٥).

ثانياً: الدليل على كون الفاضل من الثلث لوصايا التبرعات:

أن صاحب التبرع كان يستحق جميع ما أوصى له به لولا مزاحمة الواجب، فإذا زالت المزاحمة استحق الفضلة؛ عملاً بالوصية السالمة عن المزاحمة^(٦).

ثالثاً: الدليل على بطلان الوصايا بالتبرعات إذا لم يفضل من الثلث شيء:

أنها لم تصادف محلاً، أشبه من وصي له بشيء، فلم يخلف الميت شيئاً^(٧).

(١) المهذب ٥٩٣/١، البيان ١٩٩/٨.

(٢) المستوعب ٥١٦/٢، للمعنى ٥٤٣/٨، الفروع ٥١٠/٤، قال ابن مفلح: "وقيل: يزاحمان فيه، وباتى الواجب من ثلثه"، الإنصاف ٢٧٧/١٧.

(٣) للمتع في شرح المقنع ٩١٧/٤، وانظر: تبين الحقائق ١٩٨/٩، البيان ٢٩٩/٨.

(٤) الاختيار لتعليل المختار ٧٢/٥-٧٣.

(٥) الشرح الكبير ٢٧٦/١٧، كشف القناع ٣٥٦/٤، مطالب أولي النهى ٢٠١/٦.

(٦) للمتع في شرح المقنع ٩١٧/٤.

(٧) للمتع في شرح المقنع ٢١٧/٤.

دليل القول الثاني:

دليل القول بقسمة الثلث بين الوصايا كلها بالخصص:

القياس على قسمة الثلث بين الموصى لهم من العباد على قدر سهامهم إذا ضاق عنها الثلث، ولم يجز الورثة ما زاد عنه؛ وذلك لاستواء الواجبات والتبرعات في الوصية بها^(١).

ويتم الواجب من رأس المال؛ لأنه لا بد من وفائه، ولم يبق من الثلث ما هو محل له^(٢) وتوقفش: بأن هذا يدخله الدور^(٣)؛ لأنه لا يعلم قدر الثلث حتى يعلم ما تنتمي الواجب، ولا يعلم تنمة الواجب حتى يعلم ما يستحقه بالمزاحمة، ولا يعلم ما يستحقه بالمزاحمة حتى يعلم الثلث^(٤)، وإذا دخله الدور، فإنه لا يصح.

الترجيح:

الأرجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدلو بها وسلامتها من الاعتراض، مع ضعف دليل القول الآخر لما ورد عليه من المناقشة، وأن هذا القول فيه انضباط يؤدي إلى سهولة التطبيق بخلاف القول الآخر.

الأمر الثاني: أن يوصى بأداء الواجبات، ويوصى معها بتبرعات، ولا ينص على إخراج الواجبات من الثلث.

ينبغي الكلام في هذه الحالة على ما تعتبر منه الوصايا إذا كانت كلها واجبات وأطلق الموصي الوصية.

فقيها خلاف بين الفقهاء ﷺ على قولين:

القول الأول: اعتبار الواجبات من رأس المال، قال بإخراجها قبل التبرعات،

(١) الممتع في شرح المقنع، المذبح ٣٠/٩.

(٢) الممتع في شرح المقنع ٢٢٧/٤، البيان ٢٠٠/٨، التعداد في الوقف والوصية والمدة ص ٥٠٣، وينظر: أحكام المخاصة ص ٩٨.

(٣) الدور: هو توقف الشيء على ما يتوقف عليه، التبرعات ص ٤٧.

(٤) الممتع في شرح المقنع ٢٢٧/٤، الشرح المكثر ٢٧٧/١٧، المذبح ٣٠/٦.

ويكون للتبرعات ثلث الباقي^(١):

وهو الصحيح عند الشافعية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣).

القول الثاني: اعتبار الواجبات من الثلث قال بإخراجها قبل التبرعات، فإن فضل عنها من الثلث شيء فهو لوصايا التبرعات^(٤)، وإن لم يفضل شيء سقطت الوصايا بالتبرعات: وهو قول الحنفية^(٥)، والمالكية^(٦)، ووجه عند الشافعية^(٧).

الأدلة:

دليل القول الأول:

دليل القول بإخراج الواجبات قبل التبرعات، وأن للتبرعات ثلث الباقي: أن الواجبات يجب إخراجها من رأس المال؛ لما تقدم، فيكون جميع ماله الذي يملك التصرف في ثلثه الباقي بعد أداء الواجبات، وإذا كان الباقي بعد أداء الواجبات هو جميع ماله وجب اعتبار الثلث منه^(٨).

دليل القول الثاني:

أولاً: الدليل على اعتبار الواجبات من الثلث:

ما تقدم من اتهام الموصي على الورثة.

(١) مثال ذلك كما في الإقناع ٣/١٤٠: "من تكون تركته أربعين، لموصي بثلث ماله، وعليه دين عشرة، فخرج العشرة أولاً، وبذبح إلى الموصي له عشرة، وهي ثلث الباقي بعد الدين".

(٢) للمهذب ١/٥٩١، البيان ٨/١٨٤، روضة الطالبين ٦/١٣١.

(٣) للمعني ٨/٥٤٤-٥٤٥، المبذع ٦/٢٩، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٧٢.

(٤) وفي طريقة توزيع الغاضل من الثلث إذا حاق عن التبرعات خلاف على ثلاثة أقوال كما تقدمت.

(٥) بدائع الصنائع ١٠/٥٥٦، الطباعة ٤/٢٩٨، تبين الخفايا ٦/١٩٨.

(٦) التلخيص ١٧٢، عقد الجواهر الثمينة ٣/١٠٢١، التاج والإكلیل ٦/٣٧٦.

(٧) للمهذب ١/٥٩١، منهاج الطالبين ٤/٦٠٨.

(٨) المتنع في شرح المنقح ٤/٢١٦ وينظر: أحكام الخاصة ص ١١٨.

ونوقش: بما ذكر سابقاً من أن هذا استدلال بالمعقول في مقابلة النصوص السابقة، فلا تقوم به حجة.

ثانياً: الدليل على إخراج الواجبات قبل التبرعات، فإن فضل عنها من الثلث شيء فهو لوصايا التبرعات، وإن لم يفضل شيء سقطت الوصايا بالتبرعات، ما تقدم في الحالة الأولى.

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة الأدلة التي استدلوها بها وسلامتها من الاعتراض، مع ضعف دليل المخالف لما ورد عليه من المناقشة.

المطلب السادس: الخاصة عند تراحم دين الله، ودين آدمي في تركه الميت:

ديون العباد، وديون الله إذا تعلقت بالتركة، فإن كانت تكفي للمدينين وقَّيت الديون جميعاً.

جاء في مواهب الجليل نقلاً عن ابن رشد قوله: "أما الحقوق التي ليست بمعينات - الديون المرسلة - فإن كان في التركة وفاء بما أخرجت كلها، وإن لم يكن فيها بدئ بالأكوكة فالأكوكة منها، وما كان بمنزلة واحدة تخصوا في ذلك" (١).

قال البيهقي: "فإن كان معها - أي التركة ونحوها - من ديون الله تعالى دين آدمي بلا رهن، وضاق ماله - أي الميت - اقتسموا التركة بالخصص كديون الأدميين إذا ضاق عليها المال إلا إذا كان به - أي دين آدمي - رهن، فيقدم الأدمي بدينه من الرهن" (٢).

وقال - أيضاً - "ويبدأ منها - أي الديون - بالمتعلق بعين المال كدين برهن، وأرض جناية برقة الجاني ونحوه، ثم الديون المرسلة في الذمة سواء كانت الديون لله تعالى كتركة

(١) مواهب الجليل ٥٨٢/٨.

(٢) انظر: كشف القناع ٢٤٨/٢.

المال ... أو كانت لأدمي كالدُّيون من قرض ... فإن ضايق المال تحاصروا^(١).

أما إذا ضاقت التركة عن الدينين، فننظر في ديون العباد: فإن كانت متعلقة بالعين، أو أخذ عليها رهن ونحوه قُدمت على ديون الله، وأما إذا كانت ديون العباد مرسلة غير متعلقة بالذمة.

فقد اختلف العلماء في ذلك:

القول الأول: تقدم ديون العباد على ديون الله، فتؤدى ديون العباد، ثم بعد ذلك

ديون الله:

وهو مذهب المالكية^(٢).

(١) انظر: المرجع السابق ٣٩٢/٤.

(٢) المدونة ٣٦٣/٤، للفتى شرح الموطأ ١١٠٨/٨، ١١٥، حاشية الخرشي ٤٨٧/٨-٤٩٢، حاشية العسوي ٢٩٤/٢-٣٠١، شرح منج الخليل ٦٧٤/٤-٦٨٦، الفواكه الدواني ٢٢٠/٣-٢٢١، مواهب الخليل ٥٨٢/٨.

فبعد المالكية: يبدأ بما نصى للوصي على التركة به فيما يجوز له فيه الرجوع، فإن لم ينص على تركة بعض على بعض، فإنه يبدأ بالأهم فالأهم، والأكد فالأكدر، تقدم أو تأخر، يبدأ بحقوق العبد، ثم بحقوق الله، ثم بالموصايا بالمال تبرعاً، وحقوق العباد المبدأة على حقوق الله عندهم أربعة:

الديون، والتبرعات في المرض، ومك الأسير، وصداق المريض، وهي مرتبة على هذا الترتيب يبدأ أولاً بديون العبد الشاملة بيبته، أو بقرار في الصحة أو المرض من لا يتهم عليه ويخرج من رأس المال، أوصى لها أم لا لقوله ﷺ: **«لَا مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ أَوْ قَبْلِهَا»** وتقدم ديون العبد على ديون الله لحاجة العبد إلى دينه واستغاثته تعالى عن ذلك، ثم التبرعات في المرض من عبة، وصلة، وحبس، ونحو ذلك، وهي بعد ديون الأدمي، ومقدمة على مك الأسير وما بعده من الوصايا على المشهور في مذهب مالك، ولو وصى بتقديم غيرها عليها فإنه لا يعمل بوصيته لأنها لازمة بالعقد ولا رجوع فيها، ولو عمل بقوله قدموا عليها كذا، أو أيدوا بكلها لأدى ذلك إلى إلغائها عند ضيق الثلث عنها، فيتوصل بذلك إلى الرجوع عنها.

ثم مك الأسير أوصى به في صحته أو مرضه، إذا لم يكن وجب عليه في حياته، فإن كان وجب عليه بدئاً به من رأس المال، أوصى به أو لم يوص: لأنه واجب.

ثم صداق مريض تزوج في مرضه، ودخل بالزوجة في مرضه، ومات من مرضه، أوصى به أو لم يوص: فإنه يخرج من ثلثه مقدماً على حقوق الله، وبعد مك الأسير، لأنه حق للمرأة تحرير لها بالوقف، وإلغاؤها عن مك الأسير لما في مك

الأسير من تلبية من الأذى الذي لا يوجد في غيره

وبعد هذه الحقوق الأدمية تأتي حقوق الله من زكاة، وكفارات، ونذور، وهي مرتبة فيما بينها عند المالكية حسب أهميتها، وأكدها زكاة المال، ثم زكاة الفطر، ثم كفارة الظهار، والقتل، ثم كفارة اليمين، فكفارة الفطر، فكفارة الناحر، والنذر على التسبيل التالي:

يبدأ أولاً بعد الأربعة السابقة بالزكوات التي فرط فيها للأعوام الماضية إذا أوصى بها، سواء في ذلك زكاة العين، والخمر، والمماشية؛ فإن اعترف بها ولم يوص بها أمر ورثته بإخراجها، ولم يجبروا على ذلك، إلا أنه يشهدوا في صحتها بيقائنها في ذمته، فإنها تخرج من رأس المال، كسائر الديون لا تشاء التهمة.

كما أن زكاة الخمر والمماشية لحالة تخرج من رأس المال، أوصى بها أو لم يوص بخلاف زكاة العين الحالية، فإنها لا تخرج من رأس المال إلا إذا اعترف بها، وأوصى بإخراجها في صحتها أو مرضه فإن لم يوص بها ولم يعترف بخلوها لم تخرج، ويعمل على أنه أخرجها، كما أنه إذا اعترف بخلوها ولم يوص بإخراجها لم يجز الورثة على إخراجها.

وتأتي بعد زكاة المال زكاة الفطر المفترط فيها إذا أوصى بإخراجها، وأما الحاضرة فتخرج من رأس المال إذا أوصى بها، وإن لم يوص بها لم يجز الورثة على إخراجها وإنما أخرت زكاة الفطر عن زكاة المال؛ لأن الأولى واجبة بالكتاب، وهذه واجبة بالسنة، وللقطوع به أقوى من لظنون قبله عليه.

وفي المرتبة الثالثة: كفارة الظهار وكفارة قتل الخطأ وهما في درجة واحدة لثبوتهما معا بالكتاب، فإن لم يعمل الثلث إلا أحدهما أقرع بينهما، وقبل: يتحصن أنساويهما، وقبل: تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار ثم بعد ذلك كفارة اليمين، وأخرت عن كفارتها القتل والظهار وإن كانت الثلاثة واجبة بالكتاب؛ لأنها واجبة على التخيير وهما واجبتان على الترتيب.

وبعد كفارة اليمين: كفارة الفطر في رمضان أخرت عن كفارة اليمين؛ لأنها واجبة بالكتاب، وكفارة الفطر واجبة بالسنة، كما قيل في تقدم زكاة المال على زكاة الفطر، إلا أن هذا التوجيه يقتضي تقديم كفارات الظهار، والقتل، واليمين على زكاة الفطر لوجوبها بالكتاب ووجوب زكاة الفطر بالسنة.

وبعد كفارة الفطر كفارة التطريط في قضاء رمضان حتى دخل رمضان آخر وأخرت عن كفارة الفطر؛ لأن كفارة الفطر ثلاثة بالسنة، ومجمع عليها، ولغير الحلل الواقع في ذات الصوم بإفساده، وكفارة التطريط ثلاثة بالأجتهاد، ويختلف فيها بين الفقهاء، ولغير الحلل في تأخير القضاء فقط.

وبعد كفارة التطريط النذر الملازم في الصحة أو المرض على المشهور إذا أوصى به، كما قال ابن أبي زيد، وقيل: نذر المرض مؤخر عن نذر الصحة؛ لأنه بمنزلة التبرع بالمال في المرض فيعطى حكم الوصية بالمال، أوصى به أم لا، بخلاف نذر الصحة فلا بد من الإبقاء به، ووجه تأخير النذر عن كفارة التطريط - بأن النذر أدخله لموصي على نفسه، والإطعام في كفارة التطريط واجب بنص الكتاب والسنة، فكان أقوى من النذر، والنذر أضعف منه.

ثم يلي النذر الوصية بالمال: الوصية بالخمر المشاع، أو الوصية بمعين، أو الوصية بعدد من النقود، ويختلف في الوصية بالعدد والوصية بالخمر، على أقوال ثلاثة كما سبق كما يختلف في اجتماع الوصية بالمال

وقول عند الخنابلة^(١) في حالة إذا لم يتعلق دين الله بالذمة.

القول الثاني: أن ديون الله تسقط بالموت، وحينئذ تقدم ديون العباد، إلا إذا

أوصى الميت بهذه الديون، فتخرج حينئذ من ثلث ماله:

وهو مذهب الحنفية^(٢).

القول الثالث: تقدم ديون الله على ديون العباد:

وهو مذهب الشافعية^(٣).

والوصية بالخج الواجب، قيل: تقدم الوصية بالمال لأن الوصية بالخج مكروهة عند المالكية، والوصية بالمال مستحبة، والمستحبة أولى من المكروه.

وقيل: يتحصن إذا كان الخج فريضة، والمفقوا على أن الوصية بالمال كغيرها كان مقدمة على حج التطوع، كما تقدم الوصية بمنفعة معين على الوصية بقرينة.

(١) الإنصاف ٦/٤٨٥.

(٢) المبسوط ٢/٢٤٨، تبيين الحقائق ٧/٤٧٢.

فصل الحنفية: إن أوصى لقوم بأعيانهم وأوصى مع ذلك بوصايا لله، فما كان لعباده يتحصن فيه فيما بينهم في الثلث، وما كان لله يقدم بحسب الأقوى، الفرائض ثم الواجبات ثم النوافل، فإن كانتا سواء يقدم على بدأ به الموصي.

والطريقة في ذلك: بأن يقدم ثلث ماله بصلتين: نصف لعباده يتحصن فيه، والنصف الآخر وهو ما كان لله يقدم الأقوى فالأقوى. فإن كان مع الوصايا لله قد أوصى لواحد معين، كأن قال: ثلث مالي تُصرف في الخج والزكاة والكفارات وتزبد، فإن الثلث يُقسم على أربعة أسهم لكل واحد سهم.

(٣) أسنى المطالب ٢/٤٩.

فصل الشافعية: أن الموصي إذا أوصى بوصايا تزيد عن الثلث، ولم يخر الورثة، فلا تخلو هذه الوصايا إما أن تكون متعلقة بالموت، أو منجزة:

فإن كانت متعلقة بالموت، فلا تخلو: إما أن تكون عتقاً، أو غيره: فإن كانت الوصايا عتقاً فعتق، كان أوصى بعق خالد، وعهد، وسلم أقرح بينهم، ولا يعق من كل بعضه، ولا يقدم العنق للعق بالموت على الموصي بعقته، لأن وقت استحقاقهما واحد، وقال بعضهم: تقع مرتبة.

فإن كانت الوصايا غير العنق، يتحصن في الثلث بأعيان القيمة، أو المقدار، كقسمة التركة بين أرباب الديون، وكالعول في الفرائض.

فإذا اجتمع العنق وغيره، كان أوصى لسلم بماله، وعق زيد، فُشط الثلث عليهما بالقيمة، وفي قول: يُقدم العنق

وهو قول الظاهرية^(١)، وقول عند الحنابلة^(٢).

القول الرابع: أنه إذا كانت هناك ديون لله وديون للعباد وضافت عنها التركة،

فتقسم التركة بين الدينين بالمخاصة:

وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

(١٤١٩) ١- ما رواه البخاري من طريق يزيد بن أبي عبيد، عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه

أن النبي ﷺ أتى بجنابة ليصلي عليها فقال: "هل عليه من دين؟" قالوا: نعم، قال:

صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله^(٤).

لتعلق حق الله، وحق الأدمي به.

أما إذا كانت الوصايا متحرة، فلا تخلو الوصايا إما أن تكون دفعة واحدة أو لا، فإن لم تكن دفعة واحدة قدم الأول منها فالأول، وخرجت من الثلث لقولها وعدم حاجتها إلى إحالة الورثة، سواء كان فيها عتق أم لا، فقد جئناهم أم لا.

أما إذا كانت هذه الوصايا قد وقعت دفعة واحدة، فلا تخلو: إما أن تكون متحدة الجنس، كعتق عبيد، أو إيراد جمع، فإعتراف في العتق خاصة، كحديث عمران بن حصين رضي الله عنه: "أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً، ثم فرغ بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً"، والأصل عند الشافعي: أن تقسط عليهم القيمة، ولكن ترك هذا الأصل في العتق للحديث.

وإن كانت قد اختلفت جنس الوصايا، فإن كان فيها عتق فقدم العتق، وقال البعض: يقسط الثلث على الوصايا مجامعة، وإن لم يكن فيها عتق لمخاصة في الوصايا.

ويروى الشافعية أن المخاصة تقع في الموصى به حتى وإن كان فيها واجب كالحج الواجب، وإن كان في الحقيقة يعتبر الحج الواجب من قبل الدين.

(١) المهمل ٤/٨، ٣٠.

(٢) انظر: (الاصناف ٦/٣٨٥).

(٣) كشف القناع ٤٨/٢، الفروع ١/٢٧٠.

(٤) صحيح البخاري، كتاب بدء الوحي، باب إن أحوال دين الميت على رجل حال (٢٢٨٩).

ففي حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: دليل على أن ديون الخلق تُقدَّم على ديون الله؛ لأن النبي ﷺ لما سأل عن الميت هل عليه دين؟ أجاب أبو قتادة فقال: نعم عليه ديناران، ولم يقل النبي ﷺ: هل عليه دين لله من زكاة ونحوها.

٢. أن نفوس الأديمين أشح، والله تعالى يحقِّقه أسمع، ولذلك جعل لها أبداً، وأسقطها بالشبهات، فتقدم حقوق العباد على حقوق الله، وأشار إلى هذا المعنى ابن رجب رحمه الله ^(١).

٣. أن مستحقها متعشرون، وحقوق الله تعالى لا يتعين مستحقها، وما تعين مستحقه أكد ^(٢).

أدلة القول الثاني:

(٢٤٢) ١. ما رواه مسلم من طريق مُصَرِّف، عن أبيه قال: أتيت النبي ﷺ وهو يقرأ

﴿الْهَنَكُمُ أَشْكَارُ﴾ قال: «يقول ابن آدم: مالي مالي - قال - وهل لك يا ابن آدم من مالك إلا ما أكلت فأفنيته، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأَمْضيت»، وفي رواية: «وما سوى ذلك فهو ذاهب، وتاركه للناس» ^(٣).

قال السرخسي: «وهذا يقتضي أن ما لم يحضه من الصدقة يكون مال الوارث بعد موته، وبه علل في الكتاب، قال: لأنها خرجت من ملكه الذي كان له يعني أن المال صار ملك الوارث، ولم يجب على الوارث شيء ليؤخذ ملكه به؛ وهذا لأن حقوق الله تعالى مع حقوق العباد إذا اجتمعا في محل تقدم حقوق العباد على حقوق الله» ^(٤).

٢. أن الركن في العبادات ثمة المكلف، وقوله قد فات بموته، فلا يتصور بقاء

(١) انظر: القواعد ص ٢٨٦.

(٢) الحاوي الكبير ٣٣٤-٣٣٥/١٥.

(٣) صحيح مسلم، كتاب الزهد والرفاق ٧٤/٩ (٣٩٥٨)، (٢٩٢٩).

(٤) المبسوط ٢/٢٤٩.

الواجب؛ لأن الآخرة ليست يدار ابتلاء حتى يلزمه الفعل أو تركه، أما دين العباد قبل زومه؛ لأن الفعل ليس بمقصود فيه ولا نية غير أنه إذا أوصى بالدين الذي لله قام مقام فعل الوارث؛ لوجود اختياره بالإيصاء، فيخرج من الثلث^(١).

أدلة القول الثالث:

١. قول الله ﷻ: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يُوسَىٰ بِمَا آوَدْتَنِي﴾^(٢).

(٢٤٣) ٢- وما رواه البخاري ومسلم من طريق مسلم الطين، عن سعيد ابن جبيرة

عن ابن عباس رضيه الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله إن أُمِّي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ قال: "نعم، قال: قد بين الله أحق أن يقضى"^(٣).

قال ابن حزم: "وإذا قال رسول الله ﷺ فإله أحق بالوفاء، ودين الله أحق أن يقضى،

فلا يحل أن يقضى دين آدمي حتى تتم ديون الله ﷻ"^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: يُحمل الحديث على حالة إذا لم يكن هناك دين لأدمي، وتأكيذاً

حتى لا يتساهل الناس في ديون الله، كما أن ديون الخلق متفجرة لديهم أنه لا بد من الوفاء بها.

٣. ولأن دين الله واجب، والتمعات والوصايا مستحبة، والواجب مقدم على المستحب.

٤. ولأن مصرف حقوق الله للأدمي^(٥).

٥. ولأن حقوق الله لا تسقط بالإبراء بخلاف حقوق الأدميين فهي تسقط بالإبراء^(٦).

(١) انظر: إبيين الحقائق ٢/٤٧٢.

(٢) من آية ١١ من سورة النساء.

(٣) صحيح البخاري في الصوم، باب من مات وعليه صوم (١٩٥٣)، ومسلم، باب قضاء الصيام عن كذا (١١٤٨).

(٤) انظر: ٢/٢٧٧.

(٥) انظر: أمسي غلط ٢/٤١٠.

(٦) انظر: الحاوي الكبير ١٥/٣٣٤.

ونوقش: بأن حقوق الله وإن كانت لا تسقط بالإبراء في الدنيا فقد تسقط بالإبراء في الآخرة؛ لسعة رحمة الله، والله أسمح بحقوقه، وهو غني عن عباده.

٦. قال العز بن عبد السلام: "إن الزكوات فيها حق الله وحق الفقراء والمساكين، فكانوا أحق بالتقديم -أي من ديون الأدميين- فلا يجوز تقديم واحد على حقين..."^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: أن يقال: في حقوق الله حقان، فكذا في حقوق الأدميين حقان، حق لله من حيث أنه ﷻ أمر بأدائها، وحق لأدمي من حيث الاستيفاء.

استدل أصحاب القول الرابع:

بعموم قول الله ﷻ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصَيْتِهِ يُؤْصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(٢)، حيث سوى الله ﷻ بين ديون الأدمي ودين الله، ولم يقدم أحدهما على الآخر؛ لدخول الجميع في قوله ﷻ: ﴿أَوْ دَيْنٍ﴾^(٣).

الترجيح:

ينرجح -والله أعلم- قول المالكية؛ لقوة الأصل الذي بنوا عليه قولهم؛ ولما جاء في حديث سلمة بن الأكوع أنف الذكر

(١) فوائد الأحكام ١/٢٧٧.

(٢) من آية ١١ من سورة النساء.

(٣) النظر: كشف القناع ١/٣٢٢.

الباب السادس

إثبات الوصية، وشروط الموصين، ومبطلاتها

وفيه فصول:

الفصل الأول: إثبات الوصية.

الفصل الثاني: شروط الموصين، وأدلتها، وحكمها.

الفصل الثالث: مبطلات الوصية.

الفصل الأول

إثبات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشهادة بالوصية.

المبحث الثاني: في الإقرار بالوصية.

المبحث الثالث: ثبوت الوصية بالخط والكتابة.

الفصل الأول

إثبات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول

الشهادة بالوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: شهادة العدلين أو ما يقوم مقامهما^(١):

اتفق الفقهاء على أنه إذا شهد بالوصية عدلان، فإن شهادتهما تثبت بها الوصية، ولا يمين على الموصى له.

والأصل في ذلك:

قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهْدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ^(٢)﴾.

وقوله ﷺ: ﴿وَأَمْسُقُهُمْ وَأَشْهَدُ مِنْ رِّجَالِكُمْ^(٣)﴾.

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قبول شهادة العدلين.

المطلب الثاني: شهادة عدل وامرأتين عدلين:

تثبت الوصية بشهادة عدل واحد وامرأتين عدلين^(٤).

(١) مختصر خليل يشرح الزرقاني ١٤٧/٧.

(٢) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٤) انظر: شرح البهجة ١/١٢٢، للفتي ١٥١/٩.

والأصل في ذلك:

قوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(١)، وقوله ﷺ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٢).

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قبول شهادة العدلين، والعدل والمرأتين.

وهي عامة في الأموال، فتشمل الوصية وغيرها من الحقوق المالية، سواء كانت الوصية مكتوبة أم لا، أدت الشهادة عقب تحملها، أو تأخر ذلك إلى وقت الحاجة إليها؛ لعموم أدلة القضاء بالشهادة^(٣).

المطلب الثالث: شهادة العدل الواحد بالوصية:

اختلف الفقهاء في ثبوت الوصية بشهادة العدل الواحد على قولين:

القول الأول: ثبوتها مع يمين الموصى له:

وهو قول الجمهور - مالك، والشافعي، وأحمد^(٤).

القول الثاني: عدم ثبوتها:

وهو مذهب الحنفية^(٥)، وبعض المالكية^(٦)، والأوزاعي^(٧).

(١) من الآية ٦-١٠ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ٢٨٤ من سورة البقرة.

(٣) التوالد الصغرى ٣٠٤/٤.

(٤) المدونة ١٧٤/٥، تبصرة أحكام ٢٣٨/٢، الأم ٢٥٤/٦، أدب القاضي للساوري ١٦٣/٢، المغني ١٥١/٩.

(٥) إعلام الموقعين ٩٩/١، الطرق الحكيمة ص ١٣٢، المغني ٢٩١/٩، أحكام الشهادات ص ٤٧٦.

(٦) روضة القضاء ٢١٤/١، شرح معاني الآثار ١٤٧/٤، أحكام القرآن للجصاص ٥١٤/١.

(٧) بداية المجتهد ٤٦٧/٢، أحكام القرآن للقرطبي ٣٩٦/٣.

(٨) انظر: المغني ١٥٠/٦، ١٥١، الأم ٢٧٦/٤.

الأدلة:

دليل الجمهور:

(٢٤٤) ١. ما رواه مسلم من طريق عمرو بن دينار، عن ابن عباس رضي الله عنه "أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد" (١).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: بأنه زيادة على النص وهو نسخ، والقرآن لا ينسخ بخبر الواحد؛ لأنه قطعي، وخبر الأحاد ظني، والظني لا ينسخ القطعي (٢).

وأجيب: بأنه مردود من وجوه:

الأول: أن الزيادة عن النص ليست نسخاً له؛ لأن النسخ رفع الحكم الشرعي بحكم شرعي، أو بيان لانتهاؤه مدة العمل بالحكم الأول على الخلاف بين الأصوليين (٣)، و الزيادة على النص لا تتضمن رفعه ولا انتهاء العمل به.

الثاني: على تسليم كونها نسخاً، فإنه لا مانع من نسخ القرآن بخبر الأحاد على الصحيح عند الأصوليين (٤)؛ لأن الكل من عند الله، ولأن المنسوخ هو الحكم دون اللفظ، وهو ظني، والظني يجوز نسخه بالظني لتساويهما في القوة.

الثالث: وعلى تسليم منع نسخ القرآن بخبر الأحاد، فإن حديث القضاء بالشاهد واليمين حديث متواتر أو مستفيض، ويجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة، أو المستفيضة عند الحنفية، فيلزمهم القول بمقتضى هذا الحديث.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث قد أعل، فقد طعن فيه يحيى بن معين، وقال

(١) صحيح مسلم في الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد (٤٥٦٩).

(٢) راجع أحكام القرآن للمصالح ١/٥١٤ وما بعدها.

(٣) انظر: المغلي ١٩٢/٢، المغلي ١٥٢/٩.

(٤) المصدر السابق ٢/٧٩.

الطحاوي: منكر^(١).

وأجيب: بأن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين رواها جمع من الصحابة منهم: علي، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وجابر، وأبو هريرة، وسعد بن عباد، وعبدالله بن عمرو، والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم.

وقال ابن عبد البر عن هذا الحديث: لا مطعن لأحد في إسناده، وقال: لا خلاف بين أهل المعرفة في صحته.

وقال الشافعي: ثابت لا يردده أحد.

وقال النسائي: إسناده جيد.

وقال البزار: في الباب أحاديث حسنة أصحها حديث ابن عباس رضي الله عنه.

وأما قول الطحاوي: "لا يعلم أن قيس يحدث عن عمرو بن دينار"، فلا يقدح في صحة الحديث، وقد سمع قيس من هو أقدم من عمرو^(٢).

الوجه الثالث: أن معنى الحديث قضى تارة بشاهد، وتارة يمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما.

وأجيب: بأن هذا التأويل لا دليل عليه، بل في بعض ألفاظ الحديث قضى باليمين مع الشاهد، والمعنى تقتضي المصاحبة.

الوجه الرابع: أن المراد يمين المدعى عليه^(٣).

وأجيب: أنه غير مسلم؛ لأن قوله: "قضى بالشاهد واليمين" يدل على أن اليمين مع الشاهد طريق من طرق القضاء.

٢. أن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه، وقوي جانيه، ولذا شرعت في حق

(١) شرح معاني الآثار ٤/٤٥، المحوّر النفي ١٠/١٦٧، نصب الرأية ٤/٦٧.

(٢) نصب الرأية ٤/٩٧، التلخيص الحبير ٤/١٠٥، فتح الباري ٥/٢٨٦، تهذيب السنن لابن القيم ٣/٢١٧.

(٣) تبين الحقائق ٤/٢٩٤، تكملة فتح القدير ٨/١٧٣.

صاحب اليد لقوة جنبته بها، وفي حق المنكر لقوة جنبته؛ لأن الأصل براءة ذمته، فوجب أن تشرع في حق المدعي هنا لتقوي جانبه بالشاهد^(١).

٣. أن اليمين وإن كان حاصلة تأكيد الدعوى لكنها إسهاد الله ﷻ من قبل الخالف، فلما كان اليمين هذا الشأن صلحت للحكم بها^(٢).

٤. أنا وحدنا اليمين أقوى من المرأتين لدخولها في اللعان دون المرأتين، وقد حكم بالمرأتين مع الشاهد فيحكم باليمين مع الشاهد^(٣).

٥. أن اليمين لو انفردت حلت محل البينة في الأداء والإبراء، فكذلك حلت هنا محل المرأتين في الاستحقاق^(٤).

دليل القول الثاني:

١. قوله ﷻ في الشهادة على الوصية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ائْتَيْنِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٥).

فإنه يدل بمفهومه على عدم قبول شهادة العدل الواحد.

ونوقش: أن الاستدلال بهذه الآية لا يتم للحنفية؛ لأنها تدل على ذلك بطريق المفهوم، وهم لا يقولون بمفاهيم المخالفة.

وأيضاً- هو معارض بمنطوق الحديث السابق، والمنطوق مقدم على المفهوم.

٢. قوله ﷻ: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَدَاءِ﴾^(٦).

(١) المغني ١٥٢/٩، الطرق الحكمية ص (١٤)، إعلام الموقعين ١٠١/٢.

(٢) سيل السلام ١٧٣/٤.

(٣) أحكام القرآن للقرطبي ٣٧٤/٣، الفرق للقرافي ٨٨/٤.

(٤) فتح الباري ٥٨١/٥، الطرق الحكمية ص ١٣٦، أحكام الشهادات ص ٤٧٦.

(٥) من الآية ١٠٦ من سورة النائدة.

(٦) المغني ١٥٢/٩.

فالأية حصر لأنواع الحجة في الشهادة.

ونوقش الاستدلال بهذه الآية: أنها واردة في التحمل، فلا دلالة فيها على عدم قبول الواحد في الأداء^(١)، وعلى تسليم عمومها لخالفني الأداء والتحمل، فإنها لا تدل على عدم قبول شهادة الواحد إلا بطريق المفهوم، والمنطوق مقدم عليه.

٣. حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "لو يعطى ناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل جنس الأيمان على المكبرين؛ لأن الألف واللام لاستغراق الجنس.

ونوقش هذا الاستدلال: بما تقدم من أن اليمين في الشرع تشريع في حق من ظهر صدقه وقوي جانيه.

٤. حديث الأشعث بن قيس، وفيه قوله ﷺ: "شاهدك أو يحينه"^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ خير المدعي بين أمرين لا ثالث لهما.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أنه لا يلزم من التنصيص على الشيء نفي ما عداه.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث يبين لأهم أنواع البيعة، وليست نفي لما عداها من البيعات، والا لكانت مخالفة لنص القرآن في قبول شهادة الرجل والمرأتين.

الوجه الثالث: أنه استدلال بالمفهوم يعارضه منطوق حديث الشاهد واليمين.

٥. أن الله تعالى أجاز شهادة المرأتين مع الرجل وجعلهما اثنتين لشكر إحداها الأخرى، فلو كان يكتفى بشهادة شاهد ويمين المدعي لما كان هناك حاجة إلى

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) سبق تخريجه برقم (١٩١).

(٣) تخريجه برقم (٢٤٨).

أن تذكر إحداهما الأخرى.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحاجة إلى أن تذكر إحداهما الأخرى فيما إذا شهدتا،

أما إذا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب.

٦. أن شهادة من يجر إلى نفسه مغشاً، أو يدفع عنها مغشاً غير مقبولة، والحكم

للمدعي بيمينه من هذا الوجه^(١).

ونوقش: بعدم التسليم، بل الحكم بالشاهد.

٧. أن البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه؛ لأن المدعي يدعي أمراً

خفياً، فيحتاج إلى إظهاره، ولا تصلح اليمين مظهرة للحق؛ لأنها كلام الخصم.

ونوقش: بعدم التسليم، و-أيضاً- هو استدلال في محل النزاع.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول جمهور أهل العلم؛ لقوة أدلتهم، حيث روى الحكم بالشاهد

واليمين نيف وعشرون صحابياً، ولأن الخلفاء الراشدين قضوا بها.

قال ابن القيم: "قال أبو عبيد: وهو الذي نختاره اقتداء برسول الله ﷺ واقتصاصاً

لأثره، وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه، ولا بين حكم الله وحكم رسوله

اختلاف إنما هو غلط في التأويل حين لم يجدوا ذكر اليمين في الكتاب ظاهراً فظنوه

خلافاً، وإنما الخلاف لو كان الله حظر اليمين في ذلك، ونهى عنها، والله تعالى لم يمنع من

اليمين إنما أثبتنا في الكتاب إلى أن قال ﷺ: ﴿فَرَحِلْ وَأَمَّا تَكُنْ﴾ وأمسك، ثم فسرت

السنة ما رواء ذلك، وسنة رسول الله ﷺ مفسرة للقرآن ومترجمة عنه، وعلى هذا أكثر

الأحكام".

(١) انظر: شرح معاني الآثار ١/٤٧، أحكام القرآن للخصص ١/٥١٥، روضة القضاة ١/١١٥، تبين الخلفاء

المطلب الرابع: شهادة العدل بوصية للصغير:**اختلف العلماء فيها على أقوال^(١):**

القول الأول: أن الورثة يخلفون لرد شهادة الشاهد، ويوقف الموصى به تحت أيديهم يستغلونه حتى يبلغ الصغير، فإذا بلغ حلف، وأخذ وصيته، وإن نكل رجعت ميراثا بين الورثة، ولا يخلفون ثانية؛ إذ لا يخلف على شيء واحد مرتين.

وإن مات الصغير قبل بلوغه حلف وارثه واستحق وصيته؛ لقوله ﷺ: ﴿وَلَكُمْ مِمَّا فِصَفْتُمْ مَا كَانَ لَكُمْ أَرْوَاهُكُمْ﴾^(٢) فيدخل في التركة كل ما تركه الميت من حق مالي، وقاعدة من مات عن حق انتقل لوارثه، وإذا نكل ورثة الموصى عن الحلف لرد شهادة الشاهد بالوصية قضى للصغير بوصيته، ولا ينتظر بلوغه ولا يمئن عليه إذا بلغ.

القول الثاني: تحليف الورثة وإيقاف الموصى به على يد أمين حتى يبلغ، والغلة لمن قضى له به، وضمانه منه؛ لحديث "الخراج بالضمان"^(٣)، وقاعدة الغنم بالغرم، فإذا بلغ الصغير وحلف أخذ الموصى به وعقلته، وإن هلك الموصى به فضمانه منه، وإن نكل الصغير قضى به للورثة، وإن هلك فضمانه منهم.

القول الثالث: تحليف ولي الصغير وتسليم الوصية له:

قال ابن كنانة: يخلف أبوه إذا كانت نفقة الأهن واجبة على الأب؛ لأنه يستفيد بيمينه سقوط النفقة عنه.

والقول بتحليف الولي ضعيف يرد لأميرين:**الأول:** أنه لا يخلف أحد ليستحق غيره.**الثاني:** أن النيابة لا تدخل في الحقوق البدنية، واليمين من العبادات البدنية، فلا

(١) المعيار ٣٦٠/٩، ٥١٤، التبصرة ٢٢٢/١، الرقائي ١٩٧/٧، البهجة ١٦٤/١، الوصايا والتزويل ص ٥١٩.

(٢) من الآية ١٦ من سورة النساء.

(٣) تقدم تحريجه برقم (١٧٣).

ينوب فيها أحد عن أحد.

القول الرابع: تحليف الصغير، وأخذ وصيته:

لعموم حديث ابن عباس رضي الله عنه "قضى بالشاهد واليمين"^(١).

والقول بتحليف الصغير ضعيف؛ لأن مناط الإيمان التكليف، فمن لبس مكلّفًا لا

يمين له، وبذلك يخصص عموم "قضى بالشاهد واليمين".

الترجيح:

وأرجح هذه الأقوال القول بوقف الموصى به تحت يد أمين.

ومثل الصغير المجنون إذا قام له شاهد بالوصية، فإنه ينتظر إذا كانت ترجى إفاقة، وإن

كانت لا ترجى إفاقة، فإنه يحلف الورثة لرد شهادة الشاهد، وبوقف الموصى به تحت

أيديهم أو تحت يد أمين على الخلاف السابق، حتى يفريق المجنون فيحلف، أو يموت

فيحلف ورثته^(٢).

المطلب الخامس: شهادة العدل الواحد للسفيه بالوصية:

السفيه له شبه بالرشيد من حيث التكليف، وله شبه بالصغير من حيث الحجر عليه،

ومنه من التصرف في ماله، ولذلك اختلف الفقهاء في حكمه إذا قام له شاهد بالوصية:

فقال ابن القاسم: هو في ذلك كالرشيد، يحلف مع شاهده، ويقضى له بحقه، وإذا

نكل حلف خصمه ويطل حقه.

وقال ابن كنانة: يحلف مع شاهده ويستحق حقه، وإن نكل لم يطل حقه، ويحلف

المدعى عليه، ويبقى السفيه على حقه حتى يرشد، فإذا رشد حلف وأخذ حقه، وإن نكل

يطل حقه ولا تعاد اليمين على المدعى عليه، وإن مات قبل رشده حل ورثته بحله،

فيحلفون ويستحقون.

(١) لدونة ٨٦/٤، الهجة ١٦٦٤/١، ١٦٦٥.

(٢) سبق ترجمه برقم (٢٤٤).

وروي عن مالك: أن السفه كالصغير، لا يخلف مع شاهده ويتنظر حتى يرشد، كما ينتظر الصغير حتى يبلغ.

والأصح:

قول ابن كنانة القائل بتحليفه الآن، وعدم سقوط حقه بنكوله، وأما تحليفه الآن في حال سفهه فلا أنه مكلف، ومناط اليمين التكليف. وأما عدم بطلان حقه بنكوله؛ فلا أنه محجور عليه في ماله، فلو أبطلنا حقه بنكوله لأدى ذلك إلى نفوذ تصرفه، والفرض أنه محجور، ولذلك يخلف لتكليفه، ولا يبطل حقه بالنكول لسفهه.

والقول بجعله كالرشيد في اليمين والنكول ضعيف، كما أن القول بجعله كالصغير في تأخير اليمين ضعيف -أيضاً-.

المطلب السادس: شهادة العدل بالوصية لغير معين ولا محصور، كالفقراء

والمساكين واليتامى:

وقد اختلف فيها على قولين^(١):

القول الأول: يخلف المدعى عليهم ويبرؤون، وتبطل الوصية، فإن نكلوا حكم عليهم:

القول الثاني: يخلف المنكر ويبرأ، إلا أنه إذا نكل بحس، فإن طال حبسه دين ولا يلزمه ما أنكره:

واتفق القولان على أنه لا يقضى للمشهود لهم مع يمينهم؛ لعدم تعين المستحق.

المطلب السابع: الشهادة بالوصية لمن يحصون كأبناء عمه، وفقراء قرابته:

وقد اختلف فيها على أقوال^(٢):

القول الأول: أنه يخلف الجميع ويستحقون، ومن نكل سقط حقه.

(١) النشرة ٢٢٧/١، حاشية الدسوقي ٢٠٣/٤، الوصايا والتنزيل ص ٥١٩.

(٢) النشرة ٢٢٧/١، ٢١٦، الوصايا ص ٥٥٧.

قياساً على الورثة يقوم فيهم شاهد يحق لأبيهم مثلاً.

القول الثاني: أنه يكفي يمين واحد منهم، ويقضى للجميع بحقهم.

القول الثالث: وهو مروى عن مالك أنه يحلف الجل، وهو ما زاد على النصف،

ويقضى لهم جميعاً:

القول الرابع: أنه لا يمين فيها مع الشاهد:

فإن كانت الشهادة لمعين وغيره كفلان وعقبه، فإن يحلف المعين ويثبت الحق له يمينه

ولمن معه بلا يمين^(١).

المطلب الثامن: شهادة النساء بالوصية:

اتفق الفقهاء على رد شهادة المرأة الواحدة بالوصية؛ لقوله ﷺ: ﴿إِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ

فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ﴾^(٢).

فاعتبر التعدد في قبول شهادة النساء مع الرجل في الأموال، فيدل ذلك على اشتراطه

في شهادتين وخدمين من باب أولى وأحرى، والوصية مال من الأموال، فلا تقبل فيها

شهادة المرأة الواحدة.

واختلف في شهادة المرأتين فأكثر على قولين^(٣):

القول الأول: قبول شهادة المرأتين فأكثر في الوصية؛

وهو المشهور من مذهب المالكية، وبه قال ابن حزم^(٤).

واختاره شيخ الإسلام، وابن القيم^(٥).

ونص المالكية: أنه يحلف معهما المشهود له ويستحق.

(١) للصادر السابقة.

(٢) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٣) انظر المدونة ١٨٦/٤، المغني ١٥٣/٩، نهاية المحتاج ٢٩٤/٣.

(٤) للمدونة ١٦٥/٥، الفروع ٩٥/٤، حاشية الدسوقي ١٨٧/٤، التاج والإكليل ١٨١/٤، المغني ١٠٦٩/١٠.

(٥) الطرق الحكمية ص ١٥٩، إعلام الموقعين ١٥/١.

وأدلتهم:

١. قوله ﷺ: «إِنْ قَامَ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ»^(١)
وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل شهادة المرأتين بدل شهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه، فكما أن للمدعي أن يحلف مع الشاهد فله أن يحلف مع شهادة المرأتين^(٢).
٢. حديث أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟"، قلنا: بلى، فقال: ذلك من نقصان عقلها^(٣).
فالرسول ﷺ نص على أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل من غير تفريق بين موضع وآخر، ومفهومه أن شهادتهما مع مثله كشهادة الرجل^(٤).
٣. قال ابن حزم: "وبضرورة العقل يدري كل أحد أنه لا فرق بين امرأة ورجل، وبين رجلين وبين امرأتين، وبين أربعة رجال وأربع نسوة في جواز تعمد الكذب والعقلة، والنفس تطيب بشهادة ثمان نساء أكثر من شهادة أربعة رجال"^(٥).
٤. القياس على شهادة العدل الواحد، فإن الله ﷻ جعل شهادة المرأتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد في ثبوت الحق بما في الأموال مع اليمين، والمرأتان مثله؛ لتساويهما في العدالة، وقبول الشهادة عند اجتماعهما مع الرجل، فيقبل عند انفرادهما، كما تقبل شهادة الرجل عند انفراده عنهما.
- قال ابن القيم في الطرق الحكيمة: "فإن قيل: البيئة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل، كما لو شهد أربع نسوة، وما ذكرتموه ينتقض بهذه الصورة، فإن المرأتين لو أقيمتا مقام رجل من

(١) من الآية ٣٨٢ من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٩٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الحيف، باب ترك الخالق الصوم (٢٩٨)، ومسلم من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر نحوه، كتاب الإيمان، باب نقصان الإيمان بنقصان الطاعات (١٣٢).

(٤) الطرق الحكيمة ص ١٠٩.

(٥) أضلي ١١/٥٨٣.

كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين، وتقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين،
و- أيضًا: - فشهادة المرأتين ضعيفة، فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة فينضم ضعيف
إلى ضعيف، فلا يقبل.

و- أيضًا: - فإن الله ﷻ قال: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ
فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ فلو حكم بامرأتين ويمين لكان هذا قسما ثالثا.

والجواب: أما قولكم: إن البيعة إذا خلعت عن الرجل لم تقبل، فهذا هو المدعي وهو
محل النزاع، فكيف يحتج به وقولكم كما لو شهد أربع نسوة. فهذا فيه نزاع وإن غلب
طائفة إجماعا كالقاضي وغيره.

قال الإمام أحمد: في الرجل يوصي ولا يحضره إلا النساء قال: أجزبر شهادة النساء.
فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال.
وذكر الخلال عن أحمد أنه سئل عن الرجل يوصي بأشياء لأقاربه ويحقق ولا يحضره إلا
النساء هل يجوز شهادتهم؟ قال: نعم يجوز شهادتهم في الحقوق.

وقد تقدم ذكر المواضع التي قبلت فيها البيئات من النساء، وأن البيعة اسم لما يمين
الحق، وهو أعلم من أن يكون برجال أو نساء أو نكول أو يمين أو أمارات ظاهرة، والنبي
ﷺ قد قبل شهادة المرأة في الرضاع، وقبلها الصحابة في مواضع ذكرناها، وقبلها التابعون،
وقولكم: ويقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين:

قلنا: نعم، وذلك موجود في عدة مواضع كالنكاح والرجعة والطلاق والنسب والولاء
والإيصال والوكالة في النكاح وغيره على إحدى الروايتين.

وقولكم: شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة، فينضم ضعيف إلى
ضعيف، فلا يقبل.

جوابه: أنا لا نسلم ضعف شهادة المرأتين إذا اجتمعتا، ولهذا يحكم بشهادتهما إذا
اجتمعتا مع الرجل، وإن أمكن أن يؤتى برجلين، فالرجل والمرأتان أصل لا بدل، والمرأة

العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، إلا أنها لما خيف عليها السهو والنسيان قويت بمثلها، وذلك قد يجعلها أقوى من الرجل الواحد أو مثله، ولا ريب أن الظن المستفاد من شهادة مثل أم الدرداء وأم عطية أقوى من الظن المستفاد من رجل واحد دونهما ودون أمثالهما.

وأما قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ ولم يذكر المرأتين والرجل.

فيقال: ولم يذكر الشاهد واليمين، ولا النكول، ولا الرد، ولا شهادة المرأة الواحدة، ولا المرأتين، ولا الأربع نسوة، وهو سبحانه لم يذكر ما يحكم به الحاكم وإنما أرشدنا إلى ما يحفظ به الحق، وطرق الحكم أوسع من الطرق التي تحفظ بها حقوق^(١).

القول الثاني: أنها مردودة لا يثبت بها وصية:

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة^(٢).

وحجته:

١. قوله ﷺ: ﴿إِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٣).

فاشترط شهادة الرجل مع النساء، وهو يدل بمفهومه على عدم قبول شهادة من وحدهن في الأموال، والوصية مال، فلا تقبل فيها شهادتهن.

ونوقش: بأنه استدلال بالمفهوم، وبعارضه منطوق الآية من اعتبار شهادة النساء مع العدد مقابل شهادة الرجل.

٢. أن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بشهادة الرجل، واليمين ضعيفة فلا يضم

ضعيف إلى ضعيف.

(١) الطرق الحكيمة ص ١٦١.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٩٩، تنبيه الحكام ٢١٣/١، مطالب أولي النهى ٦٣٢/٦.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

ونوقش: بما تقدم من كلام ابن القيم رحمه الله.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول المالكية؛ لقوة دليله، ولما في ذلك من حفظ أموال الناس.

فرع:

واختلف المالكية إذا شهد النساء بوصية فيها المال وغيره مما لا تقبل فيه شهادة النساء، كالإيصاء بالنكاح:

فقال أكثر المالكية: تصح شهادتهن بالوصية في المال وتبطل بغيره.

وقال مالك في المدونة: تبطل الشهادة كلها، ولا يصح منها شيء، لا ما يتعلق

بالمال، ولا ما يتعلق بغيره، ولا يصح بعض الشهادة دون بعض ^(١).

ومنشأ الخلاف: اختلاف المالكية في الشهادة إذا أجازت السنة بعضها دون بعض،

فالمشهور: أنه يصح ما أجازته السنة، ويرد ما ردته السنة؛ لأنها بمنزلة شهادتين، لا يلزم

من بطلان إحداها بطلان الأخرى ^(٢).

المطلب التاسع: شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر:

تحرير محل النزاع:

أولاً: جمهور الفقهاء رحمهم الله أن شهادة الكافر من غير أهل الكتاب على المسلم لا

تصح مطلقاً ^(٣).

ثانياً: جمهور الفقهاء كذلك على أن شهادة أهل الكتاب على المسلمين لا تصح في

غير الوصية في السفر ^(٤).

(١) للمدونة ٨٥/٤، النصرية ٢٩٧/١، الوصايا والقبيل من ٥٢٠.

(٢) النصرية ٢٩٧/١، الرعوي ٣٩٥/٧.

(٣) بداية المجتهد لاين رشد ٣٤٦/٢.

(٤) المغني ١٨١/١.

ثالثاً: اختلف الفقهاء في شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر على قولين:
القول الأول: جواز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيرهم:

وهذا الصحيح من مذهب الحنابلة، نقله الجماعة عن الإمام أحمد^(١)

وقال بهذا شريح، والنخعي، والأوزاعي، ويعني بن حمزة^(٢)

ويستحلف الشاهدان بعد العصر أهما ما خانا، ولا بدلاً ولا كتماً، ولا اشترياً به ثمناً ولو كان ذا قرى ولا نكتم شهادة الله إننا إذا لم نؤمن.

قال شيخ الإسلام: "وتقبل شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر إذا لم يوجد غيره، وهو مذهب أحمد، ولا تعتبر عدالتهم، وإن شاء لم يحلفهم بسبب حق الله، ولو حكم حاكم بخلاف آية الوصية ينقض حكمه؛ فإنه إنما خالف نص الكتاب بتأويلات سمجة.

وقول أحمد: أقبل شهادة أهل الذمة إذا كانوا في سفر ليس فيه غيرهم هذه ضرورة يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة، حضراً، وسقراً، وصية وغيرها، وهو متجه. كما تقبل شهادة النساء في الحدود إذا اجتمعن في العرس، أو الحمام، ونص عليه أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه.

ونقل ابن صدقة في الرجل يوصي بأشياء لأقاربه ويعتق بعض عبيده ولا يحضره إلا النساء، هل تحوز شهادتهن؟ قال: نعم، تحوز شهادتهن في الحقوق.

وعن أحمد في شهادة الكفار في كل موضع ضرورة غير المنصوص عليه روايتان، لكن التحليف هنا لم يتعرضوا له فيمكن أن يقال: لا تحليف؛ لأنهم إنما يحلفون حيث تكون شهادتهم بدلاً في التحمل، بخلاف ما إذا كانوا أصولاً قد علموا من غير تحمل.

(١) الكافي لابن قدامة ٥٢١/٤، المطبع ١٠/١٥٠، (إتصاف ٣٩/١٢).

(٢) للقي ١٨٠/١٠.

وقال أبو العباس في موضع آخر: ولو قيل: تقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان وجهًا، وتكون شهادتهم بدلا مطلقًا.
وإذا قبلنا شهادة الكفارة في الوصية في السفر فلا يعتبر كونهم من أهل الكتاب وهو ظاهر القرآن^(١).

القول الثاني: عدم جواز شهادة الكافر على المسلم مطلقًا:
وهذا قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤).
ورواية عند الحنابلة^(٥).

سبب الخلاف في هذه المسألة:

سبب اختلاف العلماء في هذه المسألة هو اختلافهم في تأويل الآية الواردة في هذا الخصوص، وهي قوله ﷺ: **﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ أَحْرَانُ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْنَبْتُمْ تَصْبِيئَةَ الْمَوْتِ﴾**^(٦).
فمنهم من قال: معنى الشهادة هنا هي الشهادة في الوصية في السفر، ومنهم من قال: معنى الشهادة الحضور، أي حضور الوصي على الورثة من قولك شهدته إذا حضرته، وقيل: الشهادة في الآية اليمين، أي أيمان الوصية بالله إذا ارتاب الورثة بهما، كذلك اختلفوا في معنى (من غيركم) في الآية، فقيل: من غير ملتكم، وقيل: من غير قبيلتكم، وكذلك اختلفوا في الآية هل ثابتة أو منسوخة ... واختلاف الحكم مبني على الاختلاف على هذه الأمور السابقة في الآية^(٧).

(١) الاختيارات ص ٤٢٠.

(٢) المسوط ١٦/١٣٤، بحر الرائق ٧/٩٤.

(٣) الإشراف للقاضي عيلالوياب ٢/٩٧٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢/٤٤٧.

(٤) الأم للشافعي ٦/١٤٢، معني المحتاج ٥/٤٢٧.

(٥) ينظر: الإصناف ١٢/٥٠.

(٦) من آية ٦-١٠ من سورة المائدة.

(٧) ينظر: أحكام القرآن ٤/١٥٩، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٣٤٧، التقي ١٠/١٨٠.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلون بجواز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم بما يلي:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَتَابِعُهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ إِنْسَانٍ ذُو عَدْلٍ قِسْكُمْ أَوْ مَلَاحِرَ أَوْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةً الْمَوْتُ﴾^(١).

وجه الدلالة: دلت الآية على جواز قبول شهادة الكفار على الوصية في السفر.

قال ابن قدامة: "وهذا نص الكتاب"^(٢).

نوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن معنى قوله ﷻ في الآية: ﴿مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ أي: من غير عشيرتكم، وليس المقصود به من غير ملتكم، ومن قسرها بذلك سعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعبيدة، وسعيد بن جبير، والشعبي، وسليمان التيمي وغيرهم. وهذا لا تدل على جواز شهادة الكافر^(٣).

وأجيب عن هذه المناقشة بأمور:

الأمر الأول: أن حمل الآية على هذا المعنى لا يصلح مطلقاً؛ لأن الآية نزلت في قصة عدي وقعيم - كما سيأتي - بلا خلاف بين المفسرين، ودلت على ذلك الأحاديث الموردة في هذا الخصوص^(٤).

(١) من آية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٢) المعنى ١٨٠/١٠.

(٣) أحكام القرآن للخصاص ١٥٩/٤.

(٤) المعنى لابن قدامة ١٨١/١٠.

الأمر الثاني: أن حمل الآية على ذلك يحتاج إلى تقدير مضاف أي من غير قبيلتكم، والحذف نوع من المجاز، ويحتاج إلى قرينة ولا وجود لها.

الأمر الثالث: لو سلمنا لهم أن معنى الآية: (من غير عشيرتكم) لما وجبت الأيمان؛ لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم^(١)، فدل على أن المقصود من غير المسلمين من أهل الكتاب^(٢).

الأمر الرابع: أنه مخالف لفعل الرسول ﷺ وصحابته .

الأمر الخامس: أن الخطاب في الآية للمؤمنين ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا...﴾، فكذلك الخطاب في قوله ﷺ: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ يعني غير المؤمنين، وغير المؤمنين هم الكفار، وليس في الآية ما يشير إلى كون الخطاب للقبيلة.

الأمر السادس: لو كان المراد آخرين من غير قبيلتهم لما قال ﷺ: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ﴾؛ لأن الشاهدين المسلمين لا يمين عليهما، فلما قال ﷺ: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ﴾ دل ذلك على أنهما غير المسلمين.

الوجه الثاني: أن الشهادة الواردة في الآية يقصد بها التحمل وليس الأداء^(٣)، وأجيب: بأنها لا تصح؛ لأنه أمر بإحلافهم، والتحمل ليس فيه أيمان كما هو معلوم^(٤).

الوجه الثالث: أن المقصود بالشهادة هنا - في الآية - أيمان الوصي على الورثة^(٥)، وقد أجيب: بأن حمل الشهادة على اليمين غير صحيح؛ لأمور:

(١) المصدر السابق.

(٢) اهـلى لابن حزم ٤/٢٠٧.

(٣) المغني ١٠/١٨١.

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) المغني ١٠/١٨١، أحكام الشهادات ص ٥٨.

الأول: أن الشهادة حقيقة في الشهادة بالحق عند الحاكم، كما في قوله ﷺ: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(١)، وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْثُرُوا الشَّهَادَةَ﴾^(٢)، وقوله ﷺ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٣).
واللفظ محمول على حقيقته عند الإطلاق، ويؤيد إرادة الحقيقة هنا عدة أمور في نص الآية.

قوله ﷺ: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ﴾^(٤) فإنه يبعد أن يكون المراد أماناً يسكنكم إذا حضر أحدكم الموت؛ لأن وقت حضور الموت ليس وقت أمان، وقوله ﷺ: ﴿وَأَعَدِّي مَعَكُمْ أَوْ أَخْرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾^(٥) فإنه لو كان المراد بالشهادة اليمين، لم يقل أو أخران من غيركم؛ لأن حكم اليمين لا يختلف، وجد العدلان من المسلمين أو عدما.
وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْثُرُوا شَهَادَةَ اللَّهِ﴾^(٦) فإن الذي يمكن كتمانها هي الشهادة العرفية، وهي التي نهي الله عن كتمانها في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْثُرُوا الشَّهَادَةَ﴾^(٧)، وقوله ﷺ: ﴿ذَلِكَ أَذَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهَيْهَا﴾^(٨) أما اليمين فهي أمر ظاهر موجود، لا يقال فيها لا تكتم اليمين.

وقوله ﷺ: ﴿ذَلِكَ أَذَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهَيْهَا﴾^(٩) فإن الشهادة الحقيقة هي التي

(١) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٢) من الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٤) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٥) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٦) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٧) من الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٨) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٩) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

يؤتى بها على وجهها تارة، ومحرقة أو مزورة تارة أخرى، بخلاف اليمين لا يقال فيها أو يأتوا باليمين على وجهها.

وقوله ﷺ: ﴿أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ آيَتِنَاهُمْ﴾^(١) فإنه يدل على أن المراد بالشهادة في قوله ﷺ: ﴿شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ﴾ هي الشهادة العرفية الحقيقية لا اليمين؛ لأنه لما أراد الله تعالى الحديث عن اليمين ذكرها بلفظها واسمها فقال ﷺ: ﴿أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ آيَتِنَاهُمْ﴾^(٢) فدل ذلك على أن المراد بالشهادة هي الشهادة الحقيقية؛ لأن الله تعالى تص على الشهادة، ثم أعقبها بالعدالة -دوا عدل- واليمين لا يشترط فيها ذلك، ثم تص على أفعما الثان، واليمين ليس كذلك^(٣)، ثم إن الشاهد المسلم لا يخلف.

الوجه الرابع: أن الآية منسوخة بقوله ﷺ: ﴿وَأَمْسِكْهُمْ وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾^(٤)، وليست محكمة^(٥)، وأجيب بأمور:

الأول: بأن الآية في سورة المائدة، وهذه السورة من آخر ما نزل من القرآن.

بدليل:

(٢٤٥) ما رواه الإمام أحمد من طريق أبي الزاهرية، عن جبير بن نفير قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقالت: هل تقرأ سورة المائدة؟ قال: قلت: نعم. قالت: "فإنها آخر سورة نزلت، فما وجدتم فيها من حلال فاستحلوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه".

(١) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٣) ينظر المصدر السابق.

(٤) من الآية ٢٨٩ من سورة البقرة.

(٥) ينظر: أحكام القرآن للحصص ١/١٦١.

ومأثنتها عن خلق رسول الله ﷺ؟ فقالت: "القرآن"^(١).

وقال أبو ميسرة: "في المائدة ثمان عشرة فريضة، وليس فيها منسوخ"، وقال الحسن: "لم ينسخ من المائدة شيء"^(٢).

قال ابن حزم: عقب إيراده لقول عائشة السابق "فبطل أنها منسوخة -أي الآية- وصح أنها محكمة"^(٣).

الثاني: ما قاله غير واحد من أن المائدة لم ينسخ منها شيء^(٤).

الثالث: أن دلالة آية المائدة على قبول شهادة الكفار بالوصية في حالة السعر دلالة بالمنطوق، وآية الدين في البقرة تدل على عدم القبول بالمفهوم، والمنطوق مقدم إذا تعارضاً، كما أن النسخ بمفهوم المخالفة لا يجوز عند جماعة من الأصوليين^(٥).

الرابع: أن آية المائدة خاصة في الوصية، وآية الدين عامة، وإذا تعارض الخاص والعام قدم الخاص على العام.

الخامس: أن آية الدين متأخرة، والعام المتأخر لا ينسخ المتقدم خلافاً للمحتنية^(٦).

السادس: أن النسخ لا يضار إليه إلا إذا تعدل الجمع بين الدليلين، وهو هنا ممكن

(١) المسند ١٨٨/٨. وأخرجه إسحاق بن راهوية في مسنده ١٩٥٦/٣، والسنائي في الكبرى ٣/٦، وأبو عبيدة في فضائل القرآن ٢٣٩، وفي الناسخ والمنسوخ ١٦٦، وابن النحاس في الناسخ والمنسوخ ٢٣٢/٢، والطبراني في مسند الشاميين ١٤٤/٣، والحاكم في مستدركه ٣١١/٢ ومن طريقه البيهقي في سننه الكبرى ١٧٢/٧، كلهم من طريق أبي الزاهرية حذير بن كريب؛ عن حمزة بن نضر... به. قال الحاكم: هذا الحديث صحيح على شروط الصحيحين ولم يخرجاه.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) المهمل ٤١٧/٩.

(٤) أحكام القرآن للخصاص ٤٩١/٢.

(٥) تقدم قريباً.

(٦) المهمل ٢٧٧/٢-٢١٤.

(٧) المرجع السابق ٢٧/٢.

يحمل العام على الخاص.

٢. ما رواه البخاري من طريق عبد الملك بن سعيد بن جبير، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري، وعدي بن بداء، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته، فقدوا جاماً من فضة عروساً من ذهب، «فأحلفهما رسول الله ﷺ»، ثم وجد الجام بمكة، فقالوا: ابتعنا من تميم وعدي، فقام رجلان من أوليائه، فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجام لصاحبهم، قال: وفيهم لزلت هذه الآية: ﴿يَكْفُرُ الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةً بَيْنَهُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾ (٢١).^(١)

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ قبل شهادة أهل الكتاب على وصية المسلم في السفر، وقد كان تميم وعدي حينئذ على دين أهل الكتاب، كما دل ذلك رواية الترمذي، وفيها: (وكانا نصرانيين يختلفان إلى الشام قبل الإسلام)^(٢).

(٢٤٩) ٣. ما رواه أبو داود من طريق زكريا، عن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاء هذه^(٣)، ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدموا الكوفة، فأتيا أبا موسى الأشعري، فأخبراه وقدما بتركته ووصيته، فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ، فأحلفهما بعد العصر بالله ما خانا ولا كذبا ولا بدلاً، ولا كتماً، ولا غيراً، وإنما لوصية الرجل وتركته، فأمضى شهادتهما^(٤).

(١) سورة المائدة الآية ١٠٦.

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢١).

(٣) سنن الترمذي ٢٥٨/٥، باب: ومن سورة المائدة (٣٠-٥٩).

(٤) دقوقاء: هي مدينة بين إربل وبعقلاء لها ذكر في الأخبار والفتوح.

(٥) سنن أبي داود (٣٦٠، ٥). وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٦٠/٨ عن ابن جبير، وسعيد بن منصور في التفسير من

وجه الدلالة: دل هذا الدليل على أن شهادة الكافر على الوصية في السفر جائزة، وقد كان هذا هو المقرر لدى صحابة النبي ﷺ، فقد طبق ذلك أبو موسى الأشعري في هذا الدليل هذا الحكم، وأمضى شهادة الكافر على هذه الوصية، وذكر أنه متبع النبي ﷺ في ذلك، وأن هذه الواقعة كالتى وقعت في عهد النبي ﷺ؛ ولذلك قضى فيها بما قضى به رسول الله ﷺ.

(٢٤٧) ٤. ما رواه أبو عبيد من طريق ابن خزيمة، عن يزيد بن أبي حبيب، عن سلمة بن أبي سلمة، عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: "أخرج رجل من المسلمين فمر

سنه ١٦٦٧/٤ عن هشيم، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٩٣/٤ عن وكيع، وأبو عبيد في النسخ والتسويح ١٥٨، وابن جرير في تفسيره ٦٨/٧ وفي ٧١/٧ قال: حدثنا عمرو بن علي، ثنا يحيى القطان، ووكيع في أخبار القضاة ١٨٢ من طريق إسماعيل بن أبي خالد، و١٨٣ من طريق قيس بن الربيع، وعبدالله بن الإمام أحمد في مسائل أبيه ٤٣٦، والخلال في أحكام أهل الملل ١٣٨، والدارقطني في سننه ١٦٦/٤، والقسوي في المعرفة والتاريخ ٣٨٨/٣ ومن طريقه الحاكم في مستدركه ٣١٤/٢، والبيهقي في سننه الكبرى ١٦٥/١٠ من طريق عبد الله بن عمرو، وابن حزم في المحلى ٤٩٣/٨.

استتهم (هشيم بن بشير، وسليمان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، ويحيى القطان، وقيس بن الربيع، وعبد الله بن عمرو) عن زكريا بن أبي زائدة عن الشعبي ... به. وليس عند عبد الرزاق، وابن أبي شيبة وعبدالله بن الإمام أحمد قول أبي موسى: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ.

وأخرجه يعقوب بن سفيان القسوي، ووكيع في أخبار القضاة، والخلال، والدارقطني، والحاكم والبرزوقي بواسطة الطرق المحكمة من ١٨٣ كلهم من طريق يحيى بن يعلى عن أبيه عن غيلان بن جامع عن إسماعيل ... به
نحو رواية السنة. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. وقال ابن كثير في التفسير ١١٧/٢: "إسناده صحيح إلى الشعبي". وقال الحافظ ابن حجر في الفتح ٥٧٧/٥: "وضح عن أبي موسى الأشعري ... فروى أبو داود بإسناد رجاله ثقات عن الشعبي ...".

واحتج الإمام أحمد بهذا الأثر قال: وقد أجاز أبو موسى الأشعري شهادة قهما في السفر على الوصية، فلا يجوز شهادتهما إلا في هذا الموضع -تفلي ذلك إسحاق بن منصور الكوسج ٤١٢٩/٨ وعبدالله بن الإمام أحمد في مسأله ٤٣٥، وابن حبان ٣٧/٢، والخلال في أحكام أهل الملل ١٣٩، ومسائل صالح بن الإمام أحمد ٢١٨/٢، وقذيف الأوبة ٨٥٣/٢ لابن حامد، واحتج به -أبشأ- إسحاق بن رابعة كما في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج ٤١٣١/٨.

بقريّة، فمعرض ومعه رجلان من المسلمين، فدفع إليهما ماله، ثم قال: ادعوا لي من أشهده على ما قبضتما، فلم يجدوا أحداً من المسلمين في تلك القرية، قال: فدعوا ناساً من اليهود، فأشهدهم على ما دفع إليهما، ثم إن المسلمين قدما بالمال إلى أهله، فقالوا: قد كان معه من المال أكثر مما آتيتونا به قال: فاستحلفوهما بالله ما دفع إليهما غير هذا، ثم قدم ناس من اليهود والنصارى فسألهم أهل المتوفى، فأخبروهم أنه هلك بقريتهم وترك كذا وكذا من المال، فعلم أهل المتوفى أن قد عثروا على أن المسلمين قد استحقوا إثماً، فانطلقوا إلى ابن مسعود، فأخبروه بالذي كان من أمرهم، فقال ابن مسعود: ما من كتاب الله ﷻ من شيء إلا قد جاء على إدلاله، إلا هذه الآية، قالوا: حين جاء تأويلها، «فأمر المسلمين أن يحلفوا بالله لا تشتري به لنا ولو كان ذا قربي، ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الأثمين، ثم أمر اليهود والنصارى أن يحلفوا بالله لقد ترك من المال كذا وكذا، ولشهادتنا أحق من شهادة هذين المسلمين، وما اعتدنا إنا إذا لمن الظالمين، ثم أمر أهل المتوفى أن يحلفوا بالله: أن ما شهدت به اليهود والنصارى حق فحلفوا، فأمرهم ابن مسعود أن يأخذوا من المسلمين ما شهدت به اليهود والنصارى، قال: وكان ذلك في خلافة عثمان بن عفان ﷻ»^(١).

وجه الدلالة: كدلالة الدليل السابق، وفيهما دلالة على أنه لم يعلم هذين الصحابين الجليلين مخالف.

قال ابن قدامة: «فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله، وقضاء رسول الله، وقضاء الصحابة به، وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة»^(٢).

(١) أخرجه أبو عبد الله في التامع والمنسوخ ص ١٥٦ رقم: ٢٨٩. وإسناده ضعيف، فيه ابن أبي عمير احتلط في حقه، وسلمة لم يسمع من ابن مسعود.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/١٨١.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القائلين بعدم جواز شهادة الكافر على المسلم مطلقاً بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾^(١).

وجه الدلالة من وجهين:

الأول: قوله ﷺ: ﴿مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ والخطاب فيه للمسلمين قطعاً؛ لقوله ﷺ أول الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَسْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ﴾ يدل بمفهومه أن غير المسلمين لا تقبل شهادتهم إذا أشهدوا.

والثاني: قوله: ﴿رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾ فإنه يدل بمفهومه - أيضاً - على عدم قبول شهادة الكفار؛ لأنهم ممن لا يرضون في الشهادة. والآية عامة في الشهادة بالوصية وغيرها.

٢. قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢) وهو مثل الآية الأولى، يدل على عدم قبول الكفار في الشهادة بمفهوم الخطاب في قوله ﷺ: ﴿مِّنْكُمْ﴾؛ لأن الكفار ليسوا من المسلمين.

٣. قوله ﷺ: ﴿إِنْ جَاءَكَ فَاسِقٌ مِّنْ أَهْلِكَ فَصَبْرٌ غَيْرُ لَئِيمٍ﴾^(٣) وهو عام في كل نساء من وصية وغيرها؛ لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم، كما أنه عام في كل فاسق؛ لأنه نكرة في سياق الشرط، فتعم الكافر وغيره.

ونوقش هذا العموم: بأنه مخصوص بأدلة القول الأول.

(١) من الآية ٢٨٩ من سورة البقرة.

(٢) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٣) من الآية ٦ من سورة الحجرات.

٤. أن الكافر لا تقبل شهادته على غير الوصية بالإجماع، فكذلك الوصية لا تقبل شهادته فيها؛ إذ لا فرق^(١).

٥. أن الفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر من باب أول^(٢).

ونوقش هذان الدليлан: بأن المخالفين يوافقون على ما فيهما، وأن الكافر لا تقبل شهادته على المسلم، وهذا هو الأصل الذي تنفق فيه معكم، إلا أن هذا الأصل يستثنى منه حالة واحدة وهي مسألتنا هذه، فنقبل شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر إذا لم يوجد غيره^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صحة شهادة الكافر على وصية المسلم حال الضرورة في السفر والحضر؛ لقوة دليله.

المطلب العاشر: شهادة الموصى له بالوصية له ولغيره، وشهادة الشهود بعضهم

لبعض بالوصية، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: الوصية المكتوبة:

ويقصد بها أن للموصى كتب وصيته في وثيقة ذكر فيها ما أوصى به لكل واحد من الموصى لهم، أو أشركهم فيها، وأشهد على وصيته أحد الموصى لهم أو اثنين من الموصى لهم، فالشاهد على الوصية، أو الشاهدان من جملة الموصى لهم.

وقد اختلف الفقهاء في قبول هذه الشهادة وردّها:

أولاً: إذا كان تصيب الشاهد لا يتجاوز ثلث الوصية.

(١) المعنى لابن قدامة ١٠/١٨١.

(٢) المعنى لابن قدامة ١٠/١٨١.

(٣) ينظر: المعنى لابن حزم ٤٠٦/٩.

فهناك أربعة أقوال^(١):

القول الأول: أنها شهادة مردودة، ولا تثبت بها وصية:

وهو رواية عن مالك.

وحجته: اتهم الشاهد بجر النفع لنفسه، وشهادة المتهم لا تجوز، وإذا بطلت في حق نفسه بطلت في حق غيره؛ لأن الشهادة إذا رد بعضها للثمة رد باقيها، وبطلت كلها.

القول الثاني: أن الشهادة جائزة للشاهد وغيره:

ثم إن كان الشاهد وحده يشهد بالوصية خلف معه الموصى لهم، واستحقوا الوصية ويأخذ الشاهد حقه في الوصية بشهادته، ويمين شركائه ولا يمين عليه.

أما إذا كان مع هذا الشاهد شاهد آخر يشهد معه بالوصية، فإن كان هذا الثاني لا حق له في الوصية، فإن الموصى لهم يستحقون الوصية بدون يمين؛ لقيام شاهدين بالوصية، ويدخل معهم الشاهد الموصى له، فيأخذ حقه بدون يمين، وإن كان الشاهد الثاني له نصيب تافه -أيضاً-، فإن الوصية تثبت بشهادتهما معاً، ويستحق الموصى لهم وصاياهم، ويأخذ الشاهدان نصيبهما في الوصية بلا يمين -أيضاً- تبعاً لغيرهم من الموصى لهم.

وهو رواية مطرف عن مالك، وقول لابن القاسم^(٢).

وحجته: بأن الشاهد في حيز التبع لحملة الوصية لتفاعة نصيبه في الوصية.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه قد يكون نصيبه في وصية ثلثاء وقد تكون الوصية بالثلث، فيكون له ثلث الثلث وهو كثير.

الوجه الثاني: استحقاقه نصيبه بشهادته، والمرء لا يشهد لنفسه، وأخذ له بدون يمين.

(١) ملدونة ٨٧/٤، حاشية الزهوي ١٩٤/٧، ١٩٥، النصرة ٢٧٣/١، ٢٧٢، الوصايا والتزويل ص ٥٠٩.

(٢) المصادر السابقة.

بل بمجرد الدعوى دون شاهد يشهد له، ودون يمين منه.

القول الثالث: أن شهادته لنفسه باطلة لا تجوز، وشهادته لغيره جائزة:

فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، واستحقوا وصاياهم وحدهم، ولا شيء للشاهد الموصى له مما سماه له الموصى.

وإن كان مع هذا الشاهد شاهد آخر له نصيب يسير في الوصية تثبت الوصية بشهادتهما معًا، ويستحق الموصى لهم وصاياهم بدون يمين وحلف الشاهدان، واستحقا وصيتهما؛ لأن كل واحد منهما يشهد لآخر، فيحلف مع شاهده ويستحق بناء على قبول شهادة الشهود بعضهم لبعض، وهو أحد قولين كما يأتي، وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية المشهود بها، فإن الموصى لهم يأخذون وصاياهم بدون يمين؛ لقيام شاهدين لهم بالوصية، ويحلف الشاهد الموصى له مع شهادة صاحبه ويستحق وصيته. وهو قول ابن الماجشون.

القول الرابع: أن الشهادة جائزة له ولغيره إذا كان معه شاهد آخر:

فتثبت الوصية بشهادتهما، وتأخذ حقه بدون يمين، وكذلك صاحبه إذا كان له فيها نصيب يأخذه بدون يمين - أيضًا -.

وإن لم يكن معه شاهد آخر جازت شهادته لغيره، فيحلف ويستحق وصيته، ولا شيء للمشاهد؛ لرد شهادته في حق نصيبه.

بناء على أن الشهادة إذا رد بعضها للثمة جاز ما لا ثمة فيه.

وهو قول يحيى بن سعيد^(١).

المسألة الثانية: الوصية اللفظية:

وهي التي يشهد الموصى على وصيته لفظًا بغير كتاب يكتبه، كأن يقول أوصيت لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وهو الشاهد على الوصية، أو أحد الشهود الذين أشهدهم

عليها، وإن كتبوها بعد ذلك.

وتتنوع إلى نوعين: فقد يكون نصيب الشاهد فيها قليلاً، وقد يكون كثيراً^(١).

فإن كان كثيراً فلا تجوز شهادته لنفسه، وتجوز لغيره، فإن كان وحده حلف الموصي لهم واستحقوا وصيتهم دونه، وإن كان معه غيره ممن يشهد لنفسه بيسير ثبتت الوصية لغيرهم، واستحقوها بدون يمين لقيام الشاهدين بالوصية لهم، ويحلف كل واحد من الشاهدين ويستحق وصيته، وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية استحق الموصي لهم وصاياهم بدون يمين، وحلف الشاهد مع الشاهد الآخر واستحق وصيته وخرج ابن رشد: قولاً بعدم قبول شهادته لنفسه ولا لغيره^(٢).

وإن كان نصيب الشاهد في الوصية قليلاً قبلت شهادته لغيره، وردت شهادته لنفسه^(٣).

كما أنه إذا كانت الوصية مكتوبة بخط الشاهد، أو كانت وصية الشاهد في كتاب ووصية غيره في كتاب آخر، وشهد الشاهد بالوصيتين له ولغيره، فإنها لا تقبل شهادة لنفسه، وتقبل لغيره مطلقاً^(٤).

كان ما شهد به لنفسه قليلاً أو كثيراً؛ لاستقلال كل وصية بنفسها، بخلاف ما كتب في كتاب واحد فيه الوصية للشاهد وغيره، فإنها وصية واحدة تثبت بشاهد واحد نظراً للموصي لهم غير الشاهد، فإذا حلقوا واستحقوا الوصية دخل معهم الشاهد بالبيع على القول بقبول شهادته لنفسه وغيره؛ لضعف التهمة.

والفرق بين الوصية وغيرها حيث لا تقبل شهادته لنفسه وغيره بغير الوصية هو الضرورة، فإن

(١) انظر: النصرية ١/٢٧٣.

(٢) الرموي ١٩٥/٧.

(٣) انظر: الرقائي ١٦٩/٧.

(٤) المصدر السابق.

لميت الموصي قد يخشى معالجة الموت، ولا يجد غير الموصي له فيوصي له ولغيره ويشهد على الوصية، بخلاف غير الموصي، فلا ضرورة تدعوه لإشهاد صاحب الحق على حقه مع غيره.

المسألة الثالثة: شهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية:

مثل أن يشهد عمرو أن الميت أوصى لخالد بمال، ويشهد خالد أن نفس الميت أوصى لعمر بمال -أيضاً-، أو يشهد الثنا لاثنين ويشهد المشهود هما للشاهدين أو لأحدهما على نفس الميت بوصية لمال بمال، إذا كانت الوصيتان بغير كتاب، أو كانت وصية كل واحد في كتاب.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة^(١):

الأول: قبول الشهادتين وثبوت الوصية بما بدون يمين في حالة شهادة الشاهدين لمثلهما، والعكس، وإذا شهد كل شاهد لمثله، فإن كل واحد من الشاهدين بخلف مع شاهده، ويستحق وصيته، سواء كانت شهادة كل منهما للآخر في مجلس أو مجلسين.

القول الثاني: لا تجوز شهادتهما مطلقاً، ولو كانت في مجالس متفرقة:

وهو أحد قولي سحنون، واختاره اللخمي.

القول الثالث: الفرق بين أن تكون الشهادتان في مجلس واحد فترد، أو في مجلس

بعد آخر فتقبلان:

وحجة القول بالجواز مطلقاً: عسوم أدلة القضاء بشهادة العدل والعدلين في حديث

البيته على المدعي،

(٢٤٨) لما روى البخاري ومسلم من طريق منصور، عن أبي وائل، قال: قال عبدالله

رضي الله عنه: من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها لجاجر، لقي الله وهو عليه

غضبان، فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْرُونَ بَعْدَ اللَّهِ وَأَلْسِنَهُمْ

(١) انظر: الرهوي ٣٩٣/٧، النصار ٢٧٢/١، الوصايا والتمثيل ص ٥٥٣.

ثَمَنًا قَلِيلًا ﴿١﴾ فَقَرَأَ إِلَى ﴿٢﴾ وَلَكُهُ عَذَابُ أَلِيمٍ ﴿٣﴾، ثُمَّ إِنَّ الْأَشْعَثَ بْنَ قَبِيصٍ خَرَجَ إِلَيْنَا، فَقَالَ مَا يَجِدُكُمْ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ؟ قَالَ: فَحَدَّثْنَاهُ، قَالَ: فَقَالَ: صَدَقَ، لَفِي وَاللهِ أَنْزَلْتُ، كَانَتْ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي بَيْتِي، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»^(١).

وَحَدِيثُ الْقَضَاءِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ^(٢)، وَغَيْرَ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا تُشْمَلُ شَهَادَةُ الشَّاهِدِ لغير من شهد له، وَلَمَنْ شَهِدَ لَهُ.

وحجة من قال بردها مطلقاً: تحمة تواطؤ الشاهدين على أن يشهد كل واحد منهما للآخر للوصول إلى مبتغاه من الحصول على الوصية، فيكون من باب اشهد لي وأشهد لك. وأما من فرق بين الشهادة في مجلس أو مجلسين: فرأى أن التهمة قوية إذا كانت الشهادتان في مجلس واحد، بخلاف ما لو شهد أحدهما بوصية لشخص في مجلس، ثم قام الشاهد يدعي وصية فشهد له الموصى له الأول المشهود له من طرف الشاهد، فإن تحمة التواطؤ ضعيفة فلا ترد بها الشهادة.

وهذا قول ابن القاسم ومن معه، وهو الأرجح عند المالكية.

المطلب الحادي عشر: ثبوت الوصية عن طريق شهادة السامع.

تمهيد:

الأصل في الشهادة لإثبات الحق أنه يشترط فيها لصحة تحملها مشاهدة الشاهد للأمر المشهود به، ويشترط لصحة الأداء سبق دعوى، غير أن الشهادة لإثبات الوصية استثنيت من هذين الشرطين فقبل الفقهاء شهادة السامع استثناء من شروط التحمل،

(١) من الآية ٧٧ من سورة آل عمران.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الزهني، باب إذا اختلف الزاهن والمقرن (٢٣٨٠)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من انقطع مال حق مسلم يمين فاجرة (٣٧٣).

(٣) تقدم تحريره برقم (٢٤٤).

وقبلوا فيه شهادة الحسبة استثناء من شروط الأداء^(١):

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: معنى شهادة السماع:

قال ابن عروة المالكي: "شهادة السماع" لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع غير معين.

ويقول عنها بعض الحنفية: الشهرة الشرعية، فشر ابن عبدالحكم الاستفاضة بأنها خير جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة وإن كان فيهم عبيد ونساء^(٢).

فقوله: بإسناد شهادة لسماع: تخرج شهادة البت، وهي شهادة الشاهد الأصيل الذي سمع المشهود به، أو رآه بنفسه.

ويقوله: من غير معين: تخرج شهادة النقل، وهي: الشهادة على الشهادة؛ لأن المنقول عنه في الشهادة على الشهادة معين^(٣).

المسألة الثانية: مشروعيتها:

الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع بنفسه^(٤)؛ لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا شَهَادَةً عَلَيْكُمْ إِلَّا بِمَا عَرَفْتُمْ وَلَا تُخْفُوا عَنْهُ مَا كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾^(٥).

ولقوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٩)، الخطيب (٦/١٦٥)، النهاية للزملي (٨/٣٠٦)، البحوي على العزدي.

(٢) (٢/٣٦٣)، أحكام الشهادات ص ٥٦٤.

(٣) مواهب الجليل ٦/٣٩٦.

(٤) شرح العزدي على مختصر خليل ٧/٩١٠، شرح ميارة على تحفة الحكام ١/١٨٥، مواهب الجليل ٦/١٩٢.

(٥) طرق الإثبات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ١١٥.

(٦) آية ٣٦ من سورة الأنعام.

(٧) من آية ٨٦ من سورة الزخرف.

ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ولا يتحقق العلم إلا بالمشاهدة والعيان، فلا يحصل العلم إلا بمعينة السبب، أو بالخبر المتواتر، ولذا فإنها لا تجوز الشهادة بالتسامع، إلا أن هناك أمورًا تختص بمعينة أسبابها خواص الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، وانقراض الأعصار لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مدفوع شرعاً.

المسألة الثالثة: مراتبها:

قال ابن رشد: شهادة السماع لها ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم.

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة، وهي تفيد ظناً قوياً يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، مثل: أن يشهد أن نافعا مولى ابن عمر رضي الله عنهم، وأن عبدالرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك، فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا روي الحلال رؤية مستفيضة ورآه الجم الغفير من أهل البلد، وشاع أمره فيهم لزم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل، قاله الطرطوسي.

المرتبة الثالثة: شهادة السماع، وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها، وصفتها: أن يقولوا سمعنا سماعاً قاشياً من أهل العدل وغيرهم، وقال محمد: "يقولون: إنا لم نزل نسمع من الثقات"، وقال مطرف وابن الماجشون: "يقولون: سمعنا قاشياً من أهل العدل"، وهذه الشهادة تفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة، وأجازها الفقهاء -رحمهم الله- للضرورة.

المسألة الرابعة: العدد المعتبر في شهادة السماع:

القول الأول: أنه لا بد من عدد يستحيل تواطؤهم على الكذب:

وبهذا قال جمهور الفقهاء^(١).

(١) غاية المحتاج ٣١٩/٨، مغني المحتاج ٤/٤٩٩، تبصرة الحكام ١/٣٤٧، فتح القادر ٣٨٩/٧ و٣٩٠، المغني

القول الثاني: أن المراد بالتسامع حصول الشهرة ولو بخبر عدلين، أو رجل وامرأتين بحيث يحصل للمشاهد من خبرهم نوع علم:

وفي هذه الحالة يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة؛ لأنها توجب زيادة علم لا يوجبها لفظ الخبر؛ ولأن الحقوق تثبت بقول اثنين.

وبهذا قال: أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية.

وللتأخرون من أصحاب الشافعي^(١).

المسألة الخامسة: الشهادة في التسامع على الوصية:

واختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت الوصية بالتسامع على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الوصية بالتسامع:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).

القول الثاني: ثبوت الوصية بالتسامع:

وبه قال القرافي وابن العربي ومن معهما، فحمل ابن غاري ذلك على الإيصاء بالنظر وتبعه جماعة، فأفتوا بعدم ثبوت الوصية المالية بشهادة السماع^(٣).

شرح

إذا لم يكن لمدعي الوصية بينة، فإنه لا يخلف الورثة إلا أن يكون الموصى به في يد مدعي الوصية^(٤).

١/٢٠١، ١٦٢، الإحصاف ١٢/١٣، المحرر في الفقه ومعه التكملة والفوائد السنية ٢/٢٤٥.

(١) فتح القدير ٧/٣٨٨، ٣٩٠، تبيين الحقائق ٤/٣١٥، طرق الإثبات في الشريعة لأحمد إبراهيم ص ١١٩، المغني

٩/١٦٢، معنى الاحتجاج ٤/٤٤٩، أدب القضاة لابن أبي الدم ص ٣٣٥ و ٣٣٦.

(٢) لمبسوط ١٩/١٥٠، تبيين الحقائق ٤/٢١٦، البحر الرائق ٧/٧٢، فتح القدير ٧/٣٩٢ و ٣٩٣، الأصول القضائية

ص ١٦٠، مجمع الأنهر ٢/١٦٢، نزهة الحكام ٤/٣٢٣، معنى الاحتجاج ٤/٤٤٨، شرح المغني مع فلولي وعمدة

٤/٣٢٨، أدب القضاء ٦/٤٠٣، المغني ٩/١٦١، كشف القناع ٦/٤٠٣، الإحصاف ١١/١١.

(٣) انظر: مواهب الخلاف ٤/٣٠٦، البهجة ٤/١٣١.

(٤) انظر: تحفة من قاسم بشرح البهجة ١/١٥٧، ١٥٨، للغيار ٩/١٥٧ و ١٥٨.

المبحث الثاني

في الإقرار بالوصية

الإقرار في اللغة:

الاعتراف^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء:

قول يوجب حقاً على قائله^(٢).

والمقصود هنا إقرار الورثة أو بعضهم بأن مورثهم أوصى في حياته قبل موته بشيء ما.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: إقرار الوارث بموصى له واحد:

وهو يختلف بحسب المقر، فإن كان محجوراً عليه لفسه أو لأصغر، كان إقراره باطلاً لا أثر له، لا يلزمه به شيء، ولا يلزم باقي الورثة شيء -أيضاً-، أما عدم لزوم الإقرار له؛ فلائنه محجور ومن شروط المقر التكليف وعدم الحجر، وأما عدم لزوم شيء للورثة فلائن شهادته باطلة؛ لأن من شروط الشهادة الرشد على المشهور المعمول به.

وإن كان رشيداً لا حجب عليه لزمه إقراره مطلقاً، ذكرًا كان أو أنثى، واحدًا أو أكثر، فإذا لم يكن مع المقر وارث، فإن الموصى له يأخذ جميع الوصية بدون محن لعدم المنازع.

وإن كان معه وارث منكر لزم المقر من الوصية بقدر ما يتوبه فيها من الميراث، فإذا كانت الوصية بالثلث، لزمه ثلث ما يتوبه، وإن كانت بالربع لزمه ربع نصيبه، وهكذا، ولا يلزم غيره من الورثة المتكرين إذا كان المقر غير عدل لإنكارهم وبطلان شهادة المقر عليهم عدم عدائته.

فإن كان المقر عدلاً واحدًا رجلًا، فهناك قولان:

الأول: مذهب المالكية، وقياس قول الشافعية، والحنابلة: أن الموصى له يخلف،

(١) الكليات ١/١٤١ و ٢/٦٥، مفردات الرانبيه ص ٢٩٧ و ٦٠٠.

(٢) معجم لغة الفقهاء، ١/٤٨.

ويستحق وصيته.

الثاني: للحنفية رد شهادة الوارث وعدم القضاء بها.

ومعنى الخلاف هنا: الخلاف السابق في القضاء بالشاهد واليمين، فمن رأى القضاء به قال: بثبوتها بإقرار العدل الواحد؛ لأنه مقرر على نفسه، وشاهد على غيره، ومن منع القضاء بالشاهد واليمين قال: بعدم ثبوتها بإقرار العدل الواحد من الورثة، ويلزمه نصيبه فقط^(١).

بخلاف ما لو كان المقر اثنين من الورثة رجلين عدلين، فإن الوصية تثبت بإقرارهما على أنفسهما، وشهادتهما^(٢).

وإن كان المقر امرأة واحدة فيلزمها الإقرار في نصيبها، ولا تثبت بها الوصية، ولو كانت وصية كما سبق، بخلاف إقرار امرأتين عدلين فيجري فيهما الخلاف السابق في شهادة النساء بالوصية^(٣).

المطلب الثاني: إقرار الوارث بالوصية، ثم الإقرار بها لآخر بدل الأول.

وصورتها: أن يشهد اثنان من الورثة أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، ثم يرجعا عنه ويشهدا أنه أوصى به لشخص آخر، وأنهما أخطأ في الأول، وقد اختلف فيها:

فقال المالكية: إن كان رجوعهما قبل دفعها للأول قضى بها للثاني وبطل إقرارهما للأول، وإن كان بعد دفعها للأول فإنها لا تنزع منه ويعرمان للثاني مثلها؛ لاعتمدهما بأن الوصية له، ولا يصدقان على الأول؛ لاتهامهما بدفع الضمان على أنفسهما^(٤).

(١) المدونة ٤/٢٨٩، ٢٩١، المستقى ٦/٦٥.

(٢) الدخوة ٧/١٠٥.

(٣) المدونة ٤/٢٨٩.

(٤) الدخوة ٧/٤٦.

وقال الحنفية: إذا كان الإقرار الثاني متصلاً بالأول قسم بينهما نصفين، وإن أقر لفلان ثم قال بعد ذلك لفلان، أو قال لفلان، بل فلان فهي للأول في الوجهين لثبوتها له بالإقرار الأول.

وإن كان إقراره للثاني بعد دفعها للأول فهي للأول، ويضمن مثلها للثاني، إلا يكون دفعها للأول بحكم قاض فلا ضمان عليه للثاني^(١).

وقال ابن قدامة: "وإن أقر به لواحد، ثم أقر به لآخر في مجلس آخر، لم يقبل إقراره؛ لأنه ثبت للأول بإقراره، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول، إلا أن يكون عدلاً، فيشهد بذلك، ويخلف معه المقر له، فيشاركه، كما لو ثبت للأول ببينة وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل، ففيه وجهان:

الوجه الأول: لا يقبل؛ لأن حق الأول ثبت في الجميع، فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر.

الوجه الثاني: يقبل؛ لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة"^(٢) والأقرب:

الرجوع إلى القرائن.

المطلب الثالث: إقرار بعض الورثة لغير من أقر له الآخر:

ومثاله: ما لو أقر أحد الابنين أن أباه أوصى بالثلث أو بداره لفلان، ويقر الابن الآخر بأن أباه أوصى بذلك لشخص آخر غير الذي سماه أخوه.

والحكم فيها: أن يخلف كل واحد من الموصي لهما ويشارك في الوصية إذا كان الوارثان المقران عدلين، فإن حلف أحدهما وتكل الآخر أخذ الوصية الحالف وحده، ولا رجوع للمساكن بشيء على من أقر له بالثلث؛ لأن الوصية في الثلث لم يبق منه شيء.

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٠٧.

(٢) المغني ٦/٦٥.

فإن نكل المقر لهما عن اليمين، أو كان الوالدان المقران غير عدلين أعطى كل واحد من الولدين ثلث ما بيده لمن أقر له بالوصية بالثلث مواخذة له بإقراره.
فإن رجعا بعد الحكم وأقرا أن الذي أقر به أخوه حق، فإن المقر لهما يرجع كل واحد منهما على من أنكر وصيته بثلث ما في يده؛ لاعترافه باتلاف ذلك عليه بإنكاره حقه في الوصية^(١).

المطلب الرابع: تعارض الشهادة والإقرار:

والحكم فيها مختلف باختلاف الوارث المقر. فإن كان المقر اثنين عدلين وشهدا أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، وشهدت البيعة لشخص آخر أنه أوصى له بالثلث، فإنه يعمل بالحجتين معاً، ويقسم بينهما إذا كان ذلك في موطنين مختلفين؛ لإمكان كونه وصى به مرتين.

وإن كان في موطن واحد، فهو تكاذب يحكم بأعدل البيتين، وإن كان المردود شهادتهما الوارثين الولدين لم يكن للمقر له الرجوع عليهما بشيء.

واختلف إذا كانت البيتان متكافئتين:

فقال ابن القاسم: يسقطان ويصدق الورثة لمن أقروا له.

وقيل: يحلفان ويقسم بينهما.

ومنشأ الخلاف بينهما هنا: هو الخلاف المشهور فيمن ادعى شيئاً بيد رجل ثالث وتكافأت البيتان، لمن يقضى به؟ فمن قال: يقضى به لمن هو في يده، أو لمن يقر له به، قال: يقضى به هنا لمن أقر به الورثة؛ لأنه في أيديهم، وقد أقروا به لمن شهدوا له به.
ومن قال: لا يكون لمن هو في يده لاتفاق البيتين على أنه ليس له، وأنهما يحلفان ويقسم بينهما، قال هنا: يحلفان ويقسم بينهما لاتفاق البيتين على إخراجهم من مال الميت.

وكذلك اختلف إذا شهد الوارثان بالوصية لشخص بتعين يساوي الثلث، وشهد أحبتان بوصيته بالثلث لشخص آخر، والوارثان غير عدلين، أو يتهمان. فقال ابن القاسم: يخرج الثلث بشهادة الأحنبيين، ويلزم الوارثين دفع المعين للموصى له به، بإقرارهما أنه له.

وقال أشهب: يلزمهما ثلثه فقط مؤاخذه لهم بإقرارهما في الباقي، واعتبار الثلث المقضي به بشهادة البيعة، كأنه جالحة أصابت المال.

وقال الحنفية: ولو أقر الوارث أن أياه أوصى بالثلث لفلان وشهدت الشهود أنه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمعهود له ولا يكون للذي أقر له الوارث.

وقال الحنابلة: إن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن شهدت له البيعة؛ لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية من أقر له الوارث^(١).

وإن كان الوارث المقر رجلاً عاقلاً عدلاً وشهد بالوصية بالثلث لفلان، وأقام غيره شاهدين أنه أوصى له به، فإن المقر له يحلف مع شهادة الوارث العدل، ويشترك مع من شهدت له البيعة بالثلث، بناء على ثبوت الوصية بالشاهد واليمين أخذاً بحديث أنه ﷺ: "قضى بالشاهد واليمين"^(٢).

واختلف: إذا شهد عدلان لشخص بثلث، وشهد عدل آخر لشخص ثان بثلث. فقيل: يتعارضان، فيحلف الثاني مع شاهدهم، ويقسم الثلث بينهما؛ لأن الشاهد واليمين حجة في الأموال.

وقيل: تقدم شهادة العدلين على شهادة العدل، ويقضى بالثلث لمن شهدا له، والله أعلم^(٣).

(١) المعنى مع الشرح الكبير ٦/٦٥، الوصايا والتبريل ص ٥٥٦.

(٢) تقدم ترجمته برقم (٢٤٤).

(٣) المصادر السابقة.

المبحث الثالث

ثبوت الوصية بالخط والكتابة

تقدم بحث هذه المسألة في الحديث عن صيغة الوصية.

الفصل الثاني

شروط الوصين، وأدلتها، وحكمها

وفيه مباحث:

المبحث الأول: المراد بشروط الوصين.

المبحث الثاني: أدلتها، وحكمها.

المبحث الثالث: قواعد في شروط الوصين.

المبحث الرابع: حكم تغيير شرط الوصي، وأقسامه.

الفصل الثاني

شروط الموصين، وأدلتها، وحكمها

وفيه مباحث:

المبحث الأول

المراد بشروط الموصين

الشرط في اللغة:

هو إلزام شيء والتزامه في البيع ونحوه كالشرطة، والجمع شروط، وفي المثل: الشرط أملك، عليك أم لك.

والشرط بفتح الشين المشددة وفتح الراء: العلامة، يجمع على أشرط، ومنه أشرط

الساعة أي علاماتها، قال عليه السلام: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾^(١).

وفي الاصطلاح:

ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته^(٢).

والمراد بشروط الموصين اصطلاحاً:

ما يشترطه الموصي في وصيته، مما فيه مصلحة.

(١) القاموس المحيط ٣٨١/٢، الصحاح ١١٣٦/٣.

(٢) الفروق ٦٠/١، شرح تنقيح الفصول ص ٢٦٢.

المبحث الثاني

أدلتها، وحكمها

يتفق الأئمة الأربعة على أن الأصل في شروط الموصي الحل والصحة، وأن العمل بها واجب في الجملة على الوصي، ما لم تكن هذه الشروط مخالفة للشرع، وما لم تقتض الضرورة أو المصلحة مخالفتها - كما سيأتي - (١).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

١. قوله ﷺ في شأن الوصية: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (٢)، فبين أن التبديل في الوصية إثم.

قال ابن كثير: "وقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ يقول ﷺ: فمن بدل الوصية وحرفها، فغير حكمها وزاد فيها أو نقص - ويدخل في ذلك الكتمان لها بطريق الأولى - ﴿فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ قال ابن عباس وغير واحد: وقد وقع أجر الميت على الله، وتعلق الإثم بالذين بدلوا ذلك ﴿إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ أي: قد اطلع على ما أوصى به الميت، وهو عليم بذلك، وبما بدله الموصي إليهم" (٣).

٢. قوله ﷺ: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَزْوَاجًا وَعُقُورًا﴾ (٤)، والأمر بإبقاء العقد يتضمن إبقاء أصله، ووصفه، ومن وصفه: الشرط فيه.

(٢٤٩) ٣. ما رواه البخاري ومسلم من طريق الليث قال: حدثني يزيد ابن أبي حبيب، عن أبي الخير، عن عقبة بن عامر ﷺ أن النبي ﷺ قال: "إن أحق الشروط أن

(١) رد المحتار (٣٦٦/٤)، عقد الجواهر الثمينة (٤١/٣)، المعز شرح الوجيز (٢٦١/٦)، الشرح الكبير (٤٤٠/١٦).

(٢) من آية (١٨١) من سورة البقرة.

(٣) تفسير ابن كثير ٤/١ - ٤٩٢.

(٤) من آية ١ من سورة المائدة.

توفوا به ما استحللتم به الفروج" (١).

٤. قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم" (٢)، والموصي قد أوصى بماله على هذا الشرط، ولم يأذن في صرفه إلا على هذا الوجه، فوجب الالتزام به؛ لأن الأصل في الأموال العصة.

٥. فعل الصحابة رضي الله عنهم، فقد شرطوا في وصاياهم شروطاً، ولو لم يكن اتباع تلك الشروط واجباً على من يلي وصاياهم لكان اشتراطها خالياً من الفائدة وعبثاً (٣).

٦. ما رواه مالك في الموطأ عن القاسم بن محمد أنه قال: "ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أعطوا"، قال مالك: "وعلى ذلك الأمر عندنا"، وقال الباجي: "أي عند علماء المدينة" (٤).

٧. أن الناظر بمنزلة الوكيل عن الموصي، والوكيل يجب عليه اتباع شرط موكله، كما لو قال له موكله: تصدق بهذا المال على فقراء البلد الفلاني، فإنه لا خلاف في وجوب التقيد به، وعدم جواز تفريقه على غيرهم (٥)، فكذلك يجب على من يلي النظر في الوصية التقيد بشروط الموصي.

(١) صحيح البخاري في الشروط، باب الشروط في النكاح، ومسلم في النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح (١٤١٨).

(٢) تقدم لمخرجه برقم (١٦٨).

(٣) الدعوة (٣٢٦/٦)، الشرح الكبير مع الإيضاح (٤٤٠/١٦)، المذبح (٣٣٣/٥).

(٤) للموطأ مع المتطفي للباجي (١٣٣/٦).

(٥) فتاوى المسكي (٤٩١/١).

المبحث الثالث

قواعد في شروط الموصين

ذكر العلماء رحمهم الله قواعد في شروط الموصين مع ما سبق من القاعدة الكبيرة: أن الأصل في شروط الموصين الحل والصحة:

الأولى: قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمهم الله: "مع أن التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والتأذر والخالف وكل عاقد يحمل على مذهبه وعاداته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافق لغة العرب أو لغة الشارع أو لا، والعادة المستمرة والعرف المستقر في الواقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظه لاستفادته"^(١).

الثانية: أن ألفاظ الموصين تبنى على عرفهم، وقد تقدم عن شيخ الإسلام ما يدل على ذلك^(٢).

الثالثة: إذا شرط الموصي شرطين متعارضين ولم يمكن العمل بهما، يعمل بالمتأخر منهما^(٣)؛ لأن الشرط الأخير يسفر عن المراد وعن غرض الواقف، وقد قال الفقهاء بوجوب مراعاة غرض الواقف وأنه يصلح تخصيصاً^(٤)، ويظهر فائدة هذا - أيضاً - فيما إذا كان للفظ احتمالان، فإنه يجب تعيين أحدهما بالغرض^(٥).

وقالوا - أيضاً -: إذا تعارضت عبارتان في كلام الواقف، إحداهما تقتضي حرمان بعض الموقوف عليهم، والأخرى تقتضي عدمه، فالأقرب إلى مقاصد الواقفين أنهم لا يقصدون حرمان أحد من ذريتهم، فيترجح جانب العطاء؛ لأن الحرمان ليس من مقاصد الواقفين غالباً^(٦).

(١) الاختيارات (ص ١٢٦).

(٢) تنقيح الخامدية لابن عابد (١/ ١٣٠)، الاختيارات (ص ١٢٦).

(٣) تنقيح الخامدية (١/ ١٣٦).

(٤) المرجع السابق (١/ ١٢٧).

(٥) المرجع السابق (١/ ١٣٧).

(٦) المرجع السابق (١/ ١٣٠).

الرابعة: قال الشيخ عبدالرحمن السعدي: "القاعدة التاسعة: العرف والعادة يرجع إليه في كل حكم حكم به الشارع ولم يجده ... ومن فروعها: أن الأوقاف يرجع في مصارفها إلى شروط الواقفين التي لا تخالف الشرع، فإن جهل شرط الموقوف رجع في ذلك إلى العادة والعرف الخاص، ثم إلى العرف العام في صرفها في طرقها"^(١).

وكذا في شرط الموصي؛ إذ إن العلماء يلحقون الوصية بالوقف في كثير من المسائل. الخامسة: قال الشيخ السعدي: "ومن الفروق الصحيحة التفريق بين شروط الواقفين والموصين ونحوهم: أن ما وافق منها الشرع اعتبر وما خالفه ألغي، فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا القول مطرد في كل الشروط، كما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله"^(٢).

(١) القواعد والأصول الجامعة ص ٥٩-٥٤.

(٢) الاختيارات ص ١٢٥، القواعد والأصول الجامعة ص ١٢٢.

المبحث الرابع

حكم تغيير شرط الموصي، وأقسامه

الأصل:

وجوب العمل بشرط الموصي، وعدم جواز تغييره وتبديله - كما سبق قريباً -؛ لقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١)؛ لقول الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والإيفاء بالعقد يتضمن الإيفاء بأصله ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه، وما رواه أبو هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: "المسلمون على شروطهم"^(٣)؛ ولأن الصحابة ﷺ أوصوا واشتروا في وصاياهم^(٤)، فلو لم يجب اتباع شرطهم لم يكن في اشتراطهم فائدة.

تغيير شرط الموصي ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تغييره من أعلى إلى أدنى:

فهذا محرم ولا يجوز بالاتفاق^(٥)؛ لما تقدم من الدليل على وجوب العمل بشرط الموصي. مثل: أن يوصي لفقراء أقاربه، فيصرف إلى فقراء الأجانب، ونحو ذلك.

القسم الثاني: تغييره من مساوٍ إلى مساوٍ:

وهذا - أيضاً - محرم ولا يجوز بالاتفاق^(٦)؛ إذ الأصل: وجوب العمل بشرط الموصي، لما تقدم من الدليل على ذلك.

(١) من آية (١٨١) من سورة البقرة.

(٢) من آية (١) من سورة المائدة.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١٦٨).

(٤) تقدم تخريجه برقم (١٥).

(٥) لمصادر السابقة في المطلب الثالث من المبحث الأول.

(٦) لمصادر السابقة في المطلب الثالث من المبحث الأول.

مثل: أن يوصي لفقراء بلد، فيصرف إلى فقراء بلد آخر، ونحو ذلك.

القسم الثالث: تغييره من أدنى إلى أعلى: وله أحوال:

الحال الأول: أن تكون الوصية بوقف من الأوقاف، فتقدم في كتابي أحكام الوقف حكم تغيير شرط الواقف وأنه مشروع عند المصلحة الغالبة، وقد ذكرت أقوال أهل العلم في هذه المسألة، وأدلتهم في كتابي أحكام الوقف.

الحال الثانية: أن تكون لجهة خاصة:

كما لو وصى لزيد من الناس ونحو ذلك، فلا يجوز تغيير الوصية؛ لما تقدم من وجوب العمل بشرط الموصي، ولأن العين مقصودة هنا.

الحال الثالثة: أن تكون لجهة عامة:

مثل أن يوصي للعبادة، فيصرفه إلى العلماء؛ إذ العلم عبادة منعدية، بخلاف مجرد التعبد بالصلاة أو الاعتكاف ونحو ذلك، قال شيخ الإسلام: "حتى لو وقف على الفقهاء والصوفاة، واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند"^(١).

فيظهر مشروعية ذلك عند المصلحة الغالبة، وقد نص العلماء على مواضع من تغيير شرط الموصي عند المصلحة كما ستذكره، ويدل لذلك الأدلة الكثيرة الدالة على تغيير شرط الواقف مع شدة لزوم الوقف، وقد سبق أن بينتها في كتاب أحكام الوقف، وسأشير إلى شيء منها.

من المواضع التي أجاز فيها العلماء تغيير شرط الموصي إذا كان على جهة عامة:

القول الأول: الحنفية في فروع أجازوا للموصي مخالفة نص الوصية من ذلك^(٢):

١. أجازوا له في الوصية على فقراء بلد بعينه أن يصرفها لفقراء بلد غير الذي سماه الموصي على خلاف بينهم، كالوصية لفقراء مكة أو للفقراء الحجاج.

(١) الاختيارات من ١١٧٦، الإنصاف ٨/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ١٣٤/٦، الفتاوى الخالية ٤٤٢/٦.

٢. وفي الوصية بالصدقة بمعين على الفقراء أجازوا الصدقة بمعين المعين، أو ببيعها والصدقة بثمنه، أو إمساكه والتصدق بقيمته على خلاف بينهم -أيضاً-، مثل: تصدقوا بهذه البقرة أو هذا الثوب.

٣. وفي الوصية بالتصدق في عشرة أيام أجازوا التصديق بالجميع في يوم واحد. وإذا أوصى بالتصدق على عشرة مساكين، فتصدق بالمبلغ كله على مسكين والعكس.

٤. وفي الوصية بالصدقة بألف درهم أجازوا التصديق بالحنطة، وإذا كانت بالحنطة أجازوا التصديق بالدراهم بدلها.

وقد خالف المالكية هذه القاعدة فيما يعرف عندهم بمسائل خلع الثلث حين خيروا الورثة بين تنفيذ الوصية كما هي أو إعطاء الموصى له ثلث مال الميت، وقد سبق الحديث عنها في مطلب الموصى به.

القول الثاني: عدم جواز تغيير شرط الموصى:

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة.

وحجة من قال بالجواز:

(٢٥٠) ١. ما رواه البخاري ومسلم من طريق زيد بن رومان، عن عروة، عن عائشة

رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "يا عائشة لولا أن قومك حديثو عهد بشرك

لهدمت الكعبة، فآلقتها بالأرض، وجعلت لها بابين باباً شرقياً وباباً غربياً، وزدت

فيها ستة أذرع من الحجر، فإن قريشاً اقتصرتها حيث بنت الكعبة" (١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض،

ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجباً لم يتركه، فعلم أنه كان جائزاً، وأنه كان أصح

(١) صحيح البخاري في الصحيح، باب فضل مكة وبنائها (ج ١٥٨٦)، ومسلم في الصحيح، باب لم يمس الكعبة وبناها

(ج ١٣٣٣)، واللفظ لمسلم.

لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر، فعلم أنه جائز في الجملة، وتبديل التأليف بتأليف آخر هو أحد أنواع الإبدال^(١).

وقال ابن قاضي الجبل: "هذا الحديث دل على مساغ مطلق الإبدال في الأعيان الموقوفة للمصالح الراجحات"^(٢).

وإذا كان هذا في أصل الوقف، ففي وصفه، وهو الشرط فيه من باب أولى، فيجوز تغيير الشرط من أدنى إلى أعلى، وإذا جاز هذا في الوقف وهو أشد نفوذ، فهو في الوصية من باب أولى.

(٢٥٩) ٢. ما رواه أبو داود قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، قال:

أخبرنا حبيب المعلم، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: "أن رجلاً قام يوم الفتح فقال: يا رسول الله، إني نذرت لله إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، قال: "صلّ هاهنا" ثم أعاد عليه، فقال: "صلّ هاهنا" ثم أعاد عليه، فقال: "شأنك إذن"^(٣).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤٤/٣١.

(٢) المناظرة بالأوقاف ص ١٠٠.

(٣) سنن أبي داود (٣٣٠٥). ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن ٣٦٠/١٥. وأخرجه أحمد ٣٦٣/٢ عن عثمان، وعبد بن حميد (١٠٠٩) عن محمد بن الفضل، والدارمي (٢٣٣٩) عن حجاج بن المنهال، وابن الجارود (٩٤٥) عن طريق يزيد بن عارون، وأبو يعلى (٢١١٦) و(٢٢٢٤) عن طريق إبراهيم، والحاكم ٣٠٥-٣٠٤/٤ من طريق مسلم بن إبراهيم وحجاج بن المنهال، سننهم (عثمان، وحجاج، يزيد، وإبراهيم، ومسلم) عن حماد بن سلمة، به. وأخرجه البيهقي ٨٢/١٠-٨٣ من طريق يكار بن الحبيب، عن حبيب المعلم، به.

وأخرجه عبدالرزاق (١٥٨٩١) عن طريق إبراهيم بن يزيد عن عطاء مرسلًا. وأخرجه الطبراني في الكبير ٢٩٠/٧ من طريق إبراهيم بن عمر المكي، قال: سمعت عطاء مرسلًا.

الحكم على الحديث: قال الحاكم: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه". وسكت عنه الذهبي في التلخيص، وقال ابن الملقن ٥٦٦/٢: "وكذا جزم هذا الشيخ تقي الدين في آخر الاقتراح"، وقال ابن عبد الهادي في المهر: "ووجهه رجال الصحيح".

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إبدال النذر مع لزومة بخير منه، فكذلك الوصية.

(٢٥٢) ٣. ما رواه أبو داود: حدثنا محمد بن منصور، حدثنا يعقوب بن إبراهيم، حدثنا أبي، عن ابن إسحاق قال: حدثني عبد الله بن أبي بكر، عن يحيى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سعد بن زوارة، عن عمارة بن عمر بن حزم، عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال: "بعتني النبي ﷺ مصلقاً، فمررت برجل، فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا ابنة مخاض، فقلت له: أذا ابنة مخاض، فلما صدقتك، فقال: ذاك ما لا لبن فيه ولا ظهر، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخلها، فقلت له: ما أنا بأخذ ما لم أؤمر، وهذا رسول الله ﷺ منك قريب، فإن أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ما عرضت علي فافعل، فإن قبله منك قبلته، وإن رذّه عليك رددته، قال: فإني فاعل، فخرج معي وخرج بالناقة التي عرض علي حتى قمعنا على رسول الله ﷺ، فقال له: يا نبي الله، أثنائي رسولك ليأخذ مني صدقة مالي، وأيم الله ما قام في مالي رسول الله ﷺ ولا رسوله قط قبله، فجمعت له مالي فزعم أن علي فيه ابنة مخاض، وذلك ما لا لبن فيه ولا ظهر، وقد عرضت عليه ناقة فتية عظيمة ليأخذها فأبى علي، وها هي ذة قد جئتك بها يا رسول الله خلها، فقال له رسول الله ﷺ: "ذاك الذي عليك، فإن تطوعت بخير أجرك الله فيه وقبلنا منك"، قال: فها هي ذة يا رسول الله قد جئتك بها فخلها، قال: فأمر رسول الله ﷺ بقبضها ودعا له في ماله بالبركة^(١).

وسلمه صحيح. وفي الباب عن عمر بن عبد الرحمن بن عوف، عن رجال من الأنصار من أصحاب النبي ﷺ عند الزكاة (١٥٨٩، ١) وأبي داود (٣٣٠٦).

(١) سنن أبي داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة (ح ١٥٨٣). وأخرجه أحمد في المسند ١/١٤٢، ومن طريق الحاكم في المستدرک ١/٥٥٦، وعنه البيهقي في السنن ١/١٦٢، عن محمد بن منصور، وأخرجه ابن خزيمة (٢٢٧٧) عن إسحاق ابن منصور، كلاهما: محمد، وإسحاق عن يعقوب بن إبراهيم بن نحوه.

وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٢٦٩) بنحوه من طريق يونس بن بكير، وعبد الله بن أحمد في زوائد ١/٤٢ من طريق جرير، كلاهما: يونس، وجرير عن محمد بن إسحاق، به بنحوه.

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إبدال جنس الواجب في الزكاة، بخير منه من نوعه، فإذا وجبت بنت مخاض فأدى بنت لبون، أو وجبت بنت لبون فأدى حقة جاز، وإذا ثبت هذا في الزكاة مع وجوبها فالوصية من باب أولى.

(٢٥٣) ٤. ما رواه البخاري ومسلم من طريق مالك بن أنس، عن زيد بن أسلم، عن أبيه سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: حملت على قمر في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بآلعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ، فقال: «لا تشتريه وإن أعطاكه يدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»^(١).

قوله: "فأضاعه" يقتضي أن الذي كان عنده قصر في حقه حتى ضعف قيمه، لضياعه وضعفه، ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك، وإنما نحى عمر رضي الله عنه عن شرائه، لكونه تصدق به. فجاز الإبدال في أصل الصدقة، فكذا في الوصية.

(٢٥٤) ٥. ما أورده شيخ الإسلام نقلًا عن الشافعي: حدثنا الخلال، حدثنا صالح ابن أحمد، حدثنا أبي، حدثنا يزيد بن هارون، ثنا المسعودي عن القاسم قال: "لما قدم عبدالله بن مسعود رضي الله عنه على بيت المال كان سعد بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجدًا عند أصحاب النمر، قال: فتقب بيت المال فأخذ الرجل الذي نقيه، فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر أن لا تقطع الرجل وأن انقل

وآخروه ابن خزيمة في صحيحه (٢٢٨٠) من طريق محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن عبدالله بن أبي ليلى، عن عبد الرحمن بن أبي عميرة، عن عمارة، به، ومن التخرج يتضح أنه اختلف فيه على ابن إسحاق وعلى وجهين.

الحكم على الحديث: الحديث صحيح ابن خزيمة، وابن حبان، وأحكام على شرط مسلم، وأبو يعقوب، وحسنه الشيخان في المختار (١٢٥٥)، وفي إسناده محمد بن إسحاق، وهو صدوق يندلس وقد صرح بالتحديث، بإسناده حسن.

(١) صحيح البخاري في السنة، باب لا يحمل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (ج ٢٦٢٣)، ومسلم في الحيات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به (ج ١٦٢١).

المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصل^(١) وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه، فكان كالإجماع^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إذا كان يجوز في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه، وعينه محترمة شرعاً أن يبدل به غيره للمصلحة، فلأن يجوز الإبدال بالأصلح والأنفع فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى"^(٣).

قال ابن قاضي الجبل: "هذا الأثر كما أنه يدل على مساعٍ بيع الوقف عند تعطل نفعه، فهو دليل -أيضاً- على جواز الاستبدال عند رجحان المبادلة؛ لأن هذا المسجد لم يكن نفعه متعطلاً، وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني"^(٤).

وإذا جاز في أصل الوقف، ففي الوصية أولى.

٦. أن الصحابة رضي الله عنهم وغيروا كثيراً من بناء مسجد النبي صلى الله عليه وسلم بأمكن منه للمصلحة الراجحة في ذلك^(٥)، فقد ثبت أن عمر وعثمان غيرا بناءه؛ أما عمر فبنائه بنظير بنائه الأول باللبن والجذوع؛ وأما عثمان فبنائه بمادة أعلى من تلك كالساج^(٦)، وبكل حال فاللبن والجذوع التي كانت وفقاً لأبدان الخلفاء الراشدين بغيرها، وهذا من أعظم ما يشتهر من القضايا ولم ينكره منكر، ولا فرق بين إبدال البناء ببناء،

(١) هذا الأثر اشتهر في كتب الفقهاء كمللي ٢١٢/٨، والمبدع ٣٥٣/٥، وقد أورده شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى ٣١/٢١٥ نقلاً عن الشافعي لأبي عبد العزيز قال: حدثنا الحلال به، وهو إسناد حسن، إلا أنه منقطع؛ القاب لم يسمع من جده ابن مسعود كما تقدم.

(٢) شرح الزركشي ٢٨٨/٤.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٢٩/٣١.

(٤) للمناقلة بالأوقاف ص ٩٣.

(٥) للمناقلة بالأوقاف ص ١٠١.

(٦) أخرجه البخاري في الصلاة، باب بيان المسجد (ج ١٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وإبدال العرصة بعرصة إذا اقتضت المصلحة ذلك^(١).

وإذا جاز في أصل الوقف ففي الوصية أولى.

٧. أن بعض الصحابة رضي الله عنه سوغ نقل الملك في أعيان موقوفة تارة بالتصدق بها، وتارة ببيعها عند المصلحة وإبدالها بجنسها.

(٢٥٥) فقد ورد عن عمر رضي الله عنه "أنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة فيقسمها على الحاج"^(٢).

(٢٥٦) ما رواه البيهقي: أخبرنا أبو الحسن محمد بن أبي المعروف الفقيه، ألباً بشر بن أحمد الأسقراني، أنبأ أبو جعفر أحمد بن الحسين بن نصر الحذاء، ثنا علي بن عبد الله المديني، حدثني أبي، أخبرني علقمة بن أبي علقمة، عن أمه قالت: "دخل شيبه بن عثمان الحنظلي على عائشة رضي الله تعالى عنها فقال: يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تجتمع علينا فتكثر، فتعمد إلى آبار فنحتقرها فتعمقها ثم ندفن ثياب الكعبة فيها كيلاً يلبسها الجنب والحائض، فقالت له عائشة رضي الله عنها: ما أحسنت، ولبئس ما صنعت إن ثياب الكعبة إذا ترععت منها لم يضرها أن يلبسها الجنب والحائض، ولكن بعها واجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله، قالت: فكان شيبه بعد ذلك يرسل بها إلى اليمن فتباع هناك، ثم يجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله وابن السبيل"^(٣).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤٤/٣١.

(٢) الأثر أخرجه إصطاكهاني في أخبار مكة ٢٣١/٥، وانظر: فتح الباري ٤٥٨/٣.

(٣) سنن البيهقي ١٥٩/٥، وأخرجه إصطاكهاني في أخبار مكة ٢٣١/٥ عن علقمة بن أبي علقمة، عن أمه، عن عائشة رضي الله عنها، وهو معلول بضعف عبد الله بن علي بن المديني.

قال طبري في تهذيب الكمال (٣٧٩/١٤): "قال عبد الله بن أحمد بن حنبل، عن أبيه: كان يبيع إذا أتى على حديث عبد الله بن جعفر المديني، قال: اجر عليه".

قال ابن قاضي الجبل: وهذا ظاهر في مطلق نقل الملك عند رجحان المصلحة^(١)، وكذا الوصية.

وحجة من قال بعدم الجواز:

١. ما تقدم من الأدلة الدالة على وجوب العمل بشرط الموصي.
- (٢٥٧) ٢. ما رواه الإمام أحمد من طريق الجهم، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه رضي الله عنه قال: "أهدي عمر بن الخطاب نجيباً^(٢)، فأعطني بها ثلاثمائة دينار، فأثنى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني أهديت نجيباً، فأعطيت بها ثلاثمائة دينار، أفأبيعها وأشتري بثمنها بدنأ؟ قال: "لا، تحررها إياها"^(٣).
- وجه الدلالة: أن النبي ﷺ منع عمر بن الخطاب من تغيير الهدى، فيقاس عليه تغيير الوصية.

وقال أبو حامد: متكرر الحديث جنداً، يحدث عن الثقات بالملوك، يكتب حديثه، ولا يحتج به، وكان على لا يحدث عن أبيه، وكان قوم يقولون: على يعق أبيه، لا يحدث عنه، فلما كان بأخوه، حدث عنه.

وقال النسائي: (متروك الحديث)، النظر: تاريخ البخاري الكبير ٥/الدرجة ١٤٨، والجرح والتعديل: ٥/الدرجة ١٠٠٢، والمجروحين لابن حبان ١/١٤١.

(١) المناظرة بالأوقاف ص ١١٣.

(٢) النجيب: الفاضل من كل حيوان. النظر: النهاية في غريب الحديث، مادة (نجب) ١٧/٥.

(٣) مستد أحمد ٢/١٤٥.

وأبو داود (١٧٥٦) عن الثَّقَلَيْنِ، وابن خزيمة ٢٩٩١ عن أحمد بن أبي الحرب البغدادي، وأبيه في كتاب الحج، باب لا يبدل ما أوجبه من الهدايا بكلامه غير ولا أثر منه ٢٤١/٥-٢٤٢ من طريق علي بن عيسى الأتلع الطبري، أرعهم (أحمد بن حنبل، وعبد الله بن محمد الثَّقَلَيْنِ، وأحمد بن أبي الحرب، وعلي بن عيسى) عن محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحمن، عن الجهم بن الحارود، عن سالم بن عبد الله، فذكره.

في رواية ابن خزيمة عن شهم بن الحارود. قال أبو بكر بن خزيمة: هذا الشيخ اختلف أصحاب محمد بن سلمة في اسمه، فقال بعضهم: جهم بن الحارود. وقال بعضهم: شهم.

قال البخاري في التاريخ الكبير ٢/٢٣٠: لا يعرف لهم سماع من سالم. قال الذهبي في ميزان الاعتدال ١/٤٢٦: فيه جهالة.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث ضعيف لا يحتج به لأمرين:

أحدهما: أن فيه الجهم بن الجارود، قال الذهبي: فيه جهالة^(١).

الثاني: أن الحديث فيه انقطاع، فقد ذكر البخاري في تاريخه: أنه لا يعرف لجهم سماع من ساءم^(٢).

الوجه الثاني: لو فرض صحة الحديث، فإنه يقال: إن فرض المسألة كون العين التي وقع الاستبدال بها أرجح من الوقف وأولى، والعين التي أراد عمر الاستبدال بها ليست أرجح من النجبة بالنسبة على القرب إلى الله تعالى، بل النجبة كانت راحة على ثمنها، وعلى البدن المشتراة به؛ وذلك لأن خير الرقاب أغلاها ثمنًا وأنفسها عند أهلها، والمطلوب أعلى ما يؤخذ فيما يتقرب به إلى الله تعالى ويحبب الدون^(٣).

الوجه الثالث: لو فرض صحة الحديث، ولو سلمنا كون الاستبدال بالهدي والأضحية ممنوعًا منه لم يلتزم عدم جواز الاستبدال في الوصايا عند رجحان المصالح؛ وذلك أن الوقف مراد لاستمرار ريعه ودوام غلته بخلاف الهدي والأضحية^(٤).

٣. أن للواقف غرضًا وقصدًا في تعيين الجهة التي تصرف إليها الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن مخالفة شرط الموصي إلى أعلى فيه تحقيق لغرض الموصي وزيادة.

٤. أن ذرة المفاسد مقدم على جلب المصالح، فيمنع من تغيير شرط الموصي منعًا لئلا يتلاعب بالوصية.

(١) ميزان الاعتدال ١/٤٦٦.

(٢) التاريخ الكبير ٢/٢٣٠.

(٣) انظر: المناظرة بالآواقف ص ١١٩.

(٤) انظر: المصدر السابق.

ولوقش هذا الاستدلال: بأنه مسلم حال التلاعب، وتبقى المشروعية حال السلامة.
الترجيح:

- من خلال هذا العرض تظهر قوة أدلة القول الأول القائل بمجواز تغيير الوصية إذا لم تكن لمعين عند رجحان المصلحة؛ لقوة دليله، لكن سدًا لذريعة التلاعب بالوصايا، وخشية مخالفة غرض الموصي وقصده يقيد بما يلي:
١. أن يكون التغيير بإذن القاضي، أو فتاوى العلماء.
 ٢. ظهور المصلحة التي يراد تغيير الشرط إليها.

الفصل الثالث

مبطلات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول: المبطل الأول: الرجوع عن الوصية.

المبحث الثاني: المبطل الثاني: التصرف في الوصية.

المبحث الثالث: المبطل الثالث: أن يتصل بالموصى به زيادة

تمنع تسليم العين الموصى بها.

المبحث الرابع: المبطل الرابع: تغير الموصى به.

المبحث الخامس: المبطل الخامس: جحد الوصية.

المبحث السادس: المبطل السادس: تأخير الوصية.

المبحث السابع: المبطل السابع: غلط الموصى في تحديد

مقدار الوصية.

المبحث الثامن: المبطل الثامن: وصف الوصية بالحرمة.

المبحث التاسع: المبطّل التاسع: جعل الموصى به بعينه لآخر.
المبحث العاشر: المبطّل العاشر: خلط الوصية بغيرها.
المبحث الحادي عشر: المبطّل الحادي عشر: استرجاع وثيقة
الوصية من يد الموصى له، أو من يد من وضعت عنده في
الوصية المطلقة، أو المقيدة.
المبحث الثاني عشر: المبطّل الثاني عشر: تقطيع الوثيقة.
المبحث الثالث عشر: المبطّل الثالث عشر: الجنون إذا طرأ بعد
صدور الوصية.
المبحث الرابع عشر: المبطّل الرابع عشر: ردة الموصى.
المبحث الخامس عشر: المبطّل الخامس عشر: تخلف شرط
الموصى.

المبحث السادس عشر: المبطل السادس عشر: استغراق
ذمة الموصى بالتبعات والديون.
المبحث السابع عشر: المبطل السابع عشر: كون الموصى له
وارثاً.
المبحث الثامن عشر: المبطل الثامن عشر: ردة الموصى له.
المبحث التاسع عشر: المبطل التاسع عشر: هلاك العين
الموصى بها، واستحقاق الموصى به المعين لغير الموصى.
المبحث العشرون: المبطل العشرون: رد الوصية.
المبحث الحادي والعشرون: المبطل الحادي والعشرون: وفاة
الموصى له.
المبحث الثاني والعشرون: المبطل الثاني والعشرون: قتل
الموصى له للموصى.

الفصل الثالث

مبطلات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول

المبطل الأول: الرجوع عن الوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: جواز الرجوع عن الوصية:

أجمع الفقهاء^(١) على أن الوصية عقد غير لازم، وأن الموصي يحق له أن يرجع عن وصيته، متى ما أراد ذلك، وأن ذلك لا يفوت عليه إلا بالموت، فإذا مات قبل أن يرجع عن وصيته، فإن وصيته تنفذ، ولا يحق للورثة أن يفسخوها ما دامت لا تخالف نصاً شرعياً، ولا حيف فيها ولا جور^(٢)، وأنه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها، سواء وقع الإيصاء منه في حال صحته أو مرضه.

قال ابن المنذر في كتاب الإجماع^(٣): "وأجمعوا على أن للرجل أن يرجع في كل ما يوصي به، إلا العتق".

قال ابن عبد البر في التمهيد^(٤): "قال أبو عمر: لا يختلف العلماء أن للإنسان أن يغير

(١) للسيوط ١٥٧/٢٧، بدائع الصنائع ١٣٧٨/٧، تبين الخلفاء ١٨٦/٦، العناية شرح الهداية ٤٣٦/١٠، الجواهر النيرة ٢٩٦/٢، والمستقى شرح لموطأ ١٤٨/٦، النواذر والزيادات ٣٣٠/١١، الشاح والإكليل ٥٢١/٨-٥٢٢، شرح مباركة ٢١٨/٢، والألم ٥٣/٤، البيان ٢٩٦/٨، أسنى لمطالب ٦٤/٣، شرح البهجة النورية ٤٣/٤، تحفة المحتاج ٧٦/٧، وبلغني ٩٧/٦، القروع ٦٦٢/٤، الإنصاف ٢١٢/٧، شرح للشهي ٤٦١/٢، كشف القناع ٣٤٨/٤، وانظر أيضاً: الإجماع ص ٩٠، التمهيد ٣٠٩/١٤.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨٩/٧، الفتاوى الهندية ٩٠/٦، المعونة ٥٢٧/٢، لتقديمات ١٢٠/٣، للهداية ٤٥٢/١، روضة الطالبين ١٤١/٦، لمقتع ٧٩٤/٢، بلغني ٤١٨/٨.

(٣) الإجماع ص ٩٠.

(٤) انظر: التمهيد ٣٠٩/١٤.

وصيته ويرجع فيها فيما شاء منها ...".

قال الكاساني في بدائع الصنائع عن عقد الوصية^(١): "وأما صيغة هذا العقد فله صفتان: إحداهما قبل الوجود، والأخرى بعد الوجود، أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالفرائض والواجبات واجبة، وبما وراءها جائز، ومندوب وإليها مستحبة في بعض الأحوال ... وأما التي هي بعد الوجود فهي أن هذا عقد غير لازم في حق الموصي حتى يمكن الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى، كما في الهبة، والصدقة".

جاء في المدونة: "قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، فإنه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع في ذلك ما شاء حتى يموت، وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدل غيرها فعل"^(٢).

قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ^(٣): "قال (يحيى): قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته، أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، أو غير ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدا له، ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت ... (ش): وهذا على ما قال أن الموصي في صحته، أو مرضه يعتق بعض رقيقه، أو يتصدق بصدقه، أو غير ذلك من أعمال البر، فإنه غير لازم له؛ لأن عقد الوصية عقد جائز غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويطلق منه ما شاء من غير عوض، أو يعوض منه غيره في صحته، أو مرضه ما لم يموت، فإذا مات لزمّت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك ولا يطله ولا يبدله بغيره".

قال العمري^(٤): "يجوز للموصي أن يرجع فيما أوصى به؛ لأن الوصية لا تلزم إلا بعد

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٧٨/٧.

(٢) ينظر: المدونة ٣٢٨/٤.

(٣) ينظر: الباجي في المنتقى ١٤٨/٦.

(٤) ينظر: البيان ٢٩٦/٨.

موته، فجاز له الرجوع فيها، كما لو وهب لغيره شيئاً، ثم رجع الواهب قبل قبول الموهوب له^(١).

قال ابن قدامة^(٢): "وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به، وفي بعضه، إلا الوصية بالإعتاق، والأكثر على جواز الرجوع في الوصية به -أيضاً-".
روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته.
وبه قال عطاء، وجابر بن زيد، والزهري، وقضادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور^(٣).

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

أما كونه يملك الرجوع عنها ما دام حيّاً:

(٢٥٨) ١. ما رواه ابن أبي شيبة من طريق عبدالله بن الحارث بن أبي ربيعة أو الحارث بن عبدالله بن أبي ربيعة، قال: قلت لعمر: شيء يصنعه أهل اليمن، يوصي الرجل، ثم يغير وصيته، قال: ليغير ما شاء من وصيته^(٤).

(٢٥٩) وقال سعيد بن منصور: حدثنا هشيم قال: أخبرنا يونس قال: حدثنا الوليد بن أبي هشام مولى قريش قال: "قرأت وصية حفصة أم المؤمنين، فإذا هي قد أوصت بأشياء، وإذا في آخر وصيتها إن أتني على ذواتي ما لم أغيرها"^(٥).

(٢٦٠) ولما رواه ابن وهب قال يحيى بن أيوب: وأخبرني نافع مولى ابن عمر أن ابن عمر كان يشترط في وصيته إن حدث بي حدث قبل أن أغير كتابي^(٦).

(١) ينظر: للقي ٩٧/٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٩٣/٧، والدارمي، كتاب الوصايا، باب الرجوع عن الوصية بلفظ: يحدث الرجل في وصيته ما شاء، ومالك الوصية آخرها ٢٩٣/٢، (٣٢١٤)، (٣٢١٦).

(٣) سنن سعيد بن منصور ٣٧٢.

(٤) المدونة ٣٢٨/٤، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣٠٨١٩ عن أبي أسامة، عن أبي عمرو الحارث بن عمرو عن أيوب به.

ولا يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعاً.

٢. ما رواه الدارقطني من طريق أبي إسحاق، عن ابن عون، عن القاسم ابن محمد، عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ليكتب الرجل في وصيته: إن حدث بي حدث موت قبل أن أغير وصيتي هذه" ^(١). [إسناده صحيح].

وجه الاستدلال: قول عائشة رضي الله عنها -أيضاً- صريح في أن للرجل أن يغير في وصيته، وأن وصيته جائزة ما لم يغير فيها شيئاً.

٣. أن الوصية تبرع لا يلزم إلا بموت الموصي، فجاز له الرجوع عنها قبل لزومها، كهيبة ما يقتدر إلى القبض قبل قبضه ^(٢).

٤. أن الأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط القبول بالإيجاب، والذي وجد من الموصي حال حياته إنما هو الإيجاب فقط، لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فجاز الرجوع عنها قبل القبول، كما يجوز الرجوع عن الإيجاب سائر العقود، كالبيع وغيره، بل التبرع أولى بالإبطال قبل القبول ^(٣).

كما يستأنس بما ثبت من آثار عن جمع من فقهاء التابعين منهم: عطاء، والشعبي، والحسن، والزهرري، وطاووس، وجابر بن زيد، وغيرهم أنهم يقولون يجوز تغيير الرجل في وصيته ما شاء ^(٤).

٥. ولأن عقد الإيصاء لا يقتزن فيه الإيجاب والقبول إلا بعد موت الموصي، ولكل عقد لم يقتزن فيه الإيجاب والقبول يصح الرجوع عنه ^(٥).

(١) سنن الدارقطني (٤٢٩٤)، وأخرجه من طريق ابن عون ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٤٦٠)، وسعيد بن منصور في سننه (٣٧٢)، والبيهقي في سنن الكبرى ٢٨١/٦.

(٢) ينظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦، شرح المحرشي على مختصر خليل ١٦٩/٨، البيان ٢٩٦/٨، شرح للفتاوى ١٦١/٢.

(٣) ينظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦، شرح المحرشي على مختصر خليل ١٦٩/٨.

(٤) مصنف عبد الرزاق في مصنفه ٧١/٩-٧٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ٧٢٣/٧.

(٥) بدائع الصنائع ٥٥٧/٧، شرح روض الطالب ٦٣/٣.

٦. ولأن الوصية عطية تنجز بالموت، فجاز الرجوع عنها قبل تنجزها، كهبه ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه^(١)

وأما كون الوصية إذا توفرت فيها شروطها لا يصح قسحها بعد موت الميت؛ فلأن العقد صادر من أهله في محله، فلم يصح لغير من أبرمه قسحه كسائر تصرفات الميت النافذة قبل موته من بيع وشراء وتكاح ونحو ذلك.

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الرجوع عن الوصية:

الحكمة من مشروعية الرجوع في الوصية حث المسلم على الوصية بماله في حياته، والإكثار من ذلك؛ ليستفيد ثواب ذلك، ويتنفع الموصى له بالوصية، فالمسلم إذا علم أن له الرجوع في وصيته متى شاء لم يتردد في الوصية؛ لعلمه أن اختيار له في يده، بخلاف ما لو علم أنه لا رجوع له فإنه قد يشخوف من افتقاره لماله واحتياجه له، وذلك مما يحجمه عن الوصية، فتبين أن في شرعية الرجوع مصلحة للموصى، ومصلحة للموصى إليه^(٢).

المطلب الثالث: حكم الرجوع عن الوصية:

الرجوع عن الوصية تعريضها الأحكام الخمسة:

فيجب إذا كانت ممنوعة شرعاً، أو طراً عليها ما يجعلها ممنوعة، كالوصية بالخمر وآلات اللهو؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده، وضد الحرام الوجوب، فيجب الرجوع عنها، ولأنها منكرة، والمنكر يجب تغييره، والإفلاع عنه.

ويحرم الرجوع إذا كانت بواجب، كالوصية بدين لا يئتم عليه، ونحو ذلك؛ لأنه ترك للواجب وترك الواجب حرام.

ويندب الرجوع إذا كانت بمكروه؛ لأن المكروه منهي عنه، والنهي عن الشيء أمر بضده، وضد المكروه المندوب.

(١) كشف القناع ٤/٢٤٨.

(٢) انظر: الدخوة ٧/١٤٦، الوصايا ص ٥٩.

ويكره الرجوع إذا كانت ممتدوب شرعاً؛ لما تقدم من الدليل السابق.
 وبإباح الرجوع إذا كانت بمباح، كالوصية ببيع شيء أو شرائه؛ لاستواء الطرفين في هذه الوصية.

المطلب الرابع: إذا شرط الموصي عدم الرجوع:

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه لا يملك الرجوع:

وبه قال المالكية^(١)، وقد ذكر بعض المالكية: أن عليه الفتوى والقضاء.
 وحجته:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).
 ٢. حديث أبي هريرة ﷺ: "المسلمين على شروطهم"^(٣).
 ٣. حديث عقبة بن الحارث ﷺ أن النبي ﷺ قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"^(٤).
 ٤. أن من التزم معروفًا لزمه.
- القول الثاني: أن له الرجوع:**
 وهو قول أكثر أهل العلم.
 وذكر بعض المالكية: أنه المشهور عندهم.
 وحجتهم:

١. أن الأصل في الوصية الرجوع، واشتراط عدمه شرط مخالف لمقتضى العقد.

(١) لمعيار للعرب ٢٦٨/٩ - ٣٥٥، حاشية الرغوي ٢٤٩/٨، البهجة ٢٨٧/٢، حاشية الدسوقي ٤٢٨/٤.

(٢) من الآية (١) من سورة المائدة.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١٦٨).

(٤) تقدم تخريجه برقم (٢٤٩).

٢. أن الإجماع منعقد على مشروعية الرجوع، فيستصحب هذا الإجماع.
٣. القياس على من قال لزوجته: أنت طالق طلبة لا رجعة لي عليك، فإن له الرجعة؛ إذ لا دليل لمنع ذلك.
٤. أنه لا تعلق به لأحد، فجاز الرجوع.

الأقرب:

ولعل الأقرب القول الأول إذا كان الموصى له معيناً لما فيه من الالتزام للغير، وإلا جاز لأدلة القول الثاني.

المطلب الخامس: ما يحصل به الرجوع:

اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الرجوع في الوصية بما دل على الرجوع صراحة، أو دلالة.

بأي لفظ يدل على الرجوع دلالة واضحة من غير احتمال لشيء آخر، أو بعبارة أخرى: الصريح كل لفظ دل على الرجوع وضماً، مثل أن يقول الموصي: رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو نقضتها، أو غيرهما، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، أو فهو لورثتي، أو هو في ميراثي، فهذه الألفاظ نص في رجوع الموصي عن وصيته، وإبطالها لها. وقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الرجوع عن الوصية باللفظ الدال على الرجوع دلالة صريحة^(١).

قال ابن قدامة في المغني^(٢): "ويحصل الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي. أو أبطلتها، أو غيرهما، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، أو فهو لورثتي، أو في ميراثي". وجاء في مجمع الأنهر: "ثم الرجوع قد يثبت صريحاً، وقد يثبت دلالة، فلهذا قال قولاً، كأن يقول رجعت عن وصيتي أو فعلاً، وهو ما فسره بقوله يقطع صفة فعلاً حق المالك

(١) انظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦، العناية شرح الهداية ٢٣٦/١، المغني ٩٦/٦.

(٢) انظر: المغني ٩٦/٦.

في الغصب أي في المغصوب كقطع الثوب أو خياطته أو يزيل ملكه كالتبعية والهبة، فإنه إذا باع الموصى له أو وهبه كان رجوعاً دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح، فقام الفعل للفعل المذكور مقام القول^(١).

جاء في الفواكه النبوية: "وصفة الرجوع أن يقول: رجعت عن وصيتي أو نسختها"^(٢). قال النووي: "وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو ليكر كان ذلك رجوعاً في الوصية لبشر. وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، وهو -أيضاً- مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا تعلم فيه مخالفاً؛ لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبهه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بما ليكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر، فإنه يعمل أنه قصد التشريك بينهما، وقد ثبت وصية الأول يقينا فلا تزول بالشك، وإن قال: ما أوصيت به لفلان، فنصفه أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول. وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعناق، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به -أيضاً-"^(٣).

جاء في كشف القناع: "فإذا قال الموصي (قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرهما) أو فسختها بطلت؛ لأنه صريح في الرجوع (أو قال) الموصي (في الموصى به هو لورثتي أو) هو (في ميراثي فهو رجوع) عن الوصية؛ لأن ذلك يناهض كونه وصية (وإن قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو وكان لعمرو ولا شيء) منه (لزيد) لرجوعه عنه وحصره إلى عمرو وأشبه ما لو صرح بالرجوع"^(٤).

(١) جمع الأمر في شرح منتهى الأثر (٤/٤٢٦).

(٢) الفواكه النبوية (٦/٢٤٩).

(٣) المجموع (١٥/٥٠٦).

(٤) كشف القناع (٤/٣٤٨).

المبحث الثاني

المبطل الثاني: التصرف في الوصية

وهو كل ما دل على العدول عن الوصية بواسطة العرف أو القرينة. وقد أجمع الفقهاء رحمهم الله على أن الموصي إذا تصرف في الموصى به بما يزيل اسمه، أو يخرج من ملكه أن ذلك رجوع عن الوصية^(١). قال ابن المنذر في الإجماع^(٢): "وأجمعوا أن الرجل إذا أوصى لرجل بجماعة لمباعها، أو بشيء ما فأثلفه أو وهبه أو تصدق به أن ذلك كله رجوع".

التصرف في الوصية ينقسم إلى أقسام:

القسم الأول: التصرف الذي لا يعتبر رجوعاً باتفاق الفقهاء.

وهو عبارة عن التصرف في الموصى به بما لا يغير حقيقة، ولا يخرج من ملك الموصي، كالانتفاع بذاته، أو بغلته، أو بما يعود نفعه عليه، أو على الموصى له. فإن انتفع الموصي بذات الموصى به مع بقاء عينه، كالركوب، واللبس، أو انتفع بغلته كالإجارة، أو جعل غيره ينتفع به كالإعارة مع بقاء العين الموصى بها، أو تصرف بما فيه يرجع نفعه للموصى به، كإصلاحه، وتعليم الحيوان أو العبد، أو تخصيص الدار، أو غسل الثوب، فهذا النوع من التصرف لا يعتبر رجوعاً في الوصية باتفاق الفقهاء؛ لأن هذه الأفعال تعلقت بأمر خارج عن عين الموصى به، فلا تدل على الرجوع، ولا منافاة بينها وبين الوصية؛ ولأن للموصي حق الانتفاع بالعين الموصى بها أو بغلته قبل موته، كما له حق التصرف بما يرجع

(١) الإجماع ص ٩٠، يعني ٩٦/٦. ينظر: بدائع الصالحات ٣٢٩/٧، كنز الدقائق مع شرحه تبين الحقائق للمريعي ١٨٦/٦. رد المحتار ٦٥٨/٦، ملتقى شرح الموطأ للناجي ١٢٣/٦، شرح الخروشي على مختصر خليل ١٧٢/٨، البيان في مذاهب الإمام الشافعي ٣٠٠/٨، أسنى المطالب ٦٦/٣، مغني المحتاج ١١٣/٤، حلية العلماء ١٣٧/٦-١٣٨، المغني ٩٦/٦، الفروع ٦٦٢/٤، الإنصاف ١١٣/٧، الرجوع عن التبعات المحضة ص ٤٥٩.

(٢) الإجماع ص ٩٠.

نقعه للموصى به أو الموصى له، وليس في شيء من ذلك ما يناقض الوصية، ولا يخرج هذا التصرف للموصى به من ملك الموصي، فلم تبطل الوصية^(١).

قال السرخسي^(٢): "وأما إذا زاد شيئاً يتوصل به إليه بغير بدل كما إذا أوصى بدار، ثم حصصها أو طينها، فذلك لا يكون رجوعاً؛ لأن ذلك تحسين وتزيين ويتوصل إليه بغير بدل، فلم يكن رجوعاً، وكان ذلك دليل البقاء على الوصية".
وكذلك لو أوصى له بثوب، ثم غسله لم يكن رجوعاً؛ لأنه ليس بزيادة، وإنما ذلك لإزالة الدرن والوسخ".

قال الكاساني: "ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم حصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعاً؛ لأن الغسل إزالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفاً في الموصى به، وتخصيص الدار ليس تصرفاً في الدار بل في البناء؛ لأن الدار اسم للمعصرة والبناء بمنزلة الصفة، فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الأصل وتقض البناء تصرف في البناء، والبناء صفة وإنما تابعة"^(٣).

قال الخرشي^(٤): "وكذلك لا تبطل الوصية إذا أوصى له بأمة ثم زوجها أو بعدها ثم زوجها؛ لأن الملك لم ينتقل، وكذلك لا تبطل الوصية إذا أوصى بعبد ثم علمه للموصي صنعة... وكذلك لا تبطل وصية من أوصى لشخص بدار، أو ثوب أو سوق ثم إن الموصي حصص الدار بالجير ونحوه، أو صبغ ذلك الثوب أو لث ذلك السوق بالسمن وأخذ الموصي له ما ذكر بزيادته؛ لأن ما أوصى به يطلق على ما حصل فيه الزيادة فلم يتغير الاسم".

(١) انظر: المبسوط ١٦١/٢٧، بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، ملتقى شرح الموطأ ١٥٢/٦، شرح مختصر خليل ١٧٣/٨-١٧٤. البيان في ملهيب الإمام الشافعي ٢٩٨/٨، أمسى للطلاب ٦٦/٣، مغني المحتاج ١١٣/٤، لمغني ٩٨/٦، الفروع ٦٦٣/٤، الإنصاف ٢١٢/٧، المرجع عن التبرعات، المحضة ص ٤٥٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٦١/٢٧.

(٣) بدائع الصنائع (٣٧٩/٧).

(٤) انظر: شرح مختصر خليل ١٧٣/٨-١٧٤.

وفي حاشية الصاوي على الشرح الصغير: "(و) لا تبطل (بتزويج رقيق)؛ أي أوصى به لشخص ثم زوجه، (و) لا تبطل بـ (تعليمه) صنعة: فإذا أوصى برقيق لزيد ثم علمه صنعة فلا تبطل، وشاركه الوارث بقيمة التعليم، (و) لا تبطل (بوطء) من الموصي لجارته التي أوصى بها لزيد وتتوقف لينظر هل حملت فتبطل أو لا فيأخذها الموصى له"^(١).

قال زكريا الأنصاري: "(وليس التزويج والختان والتعليم) والاستخدام الإعارة والإجارة للموصى به (والركوب) للمركوب (واللبس) للثوب (والإذن) للرقيق (في التجارة رجوعاً) إذ لا إشعار لها به بل هي إما انتفاع وله المنفعة والرقبة قبل موته، وإما استصلاح محض، وربما قصد به إفادة الموصى له"^(٢).

وفي تحفة المحتاج: "وليس التزويج والختان والتعليم: أي لصنعة، والإعارة والإجارة والركوب واللبس والإذن: أي للرقيق في التجارة رجوعاً"^(٣).

قال ابن قدامة في المغني: "وإن غسل الثوب، أو لبسه، أو حصص الدار، أو سكنها، أو أجر الأمة، أو زوجها، أو علمها، أو وطئها، لم يكن رجوعاً؛ لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم، ولا يدل على الرجوع"^(٤).

وفي شرح منتهى الإرادات: "أو بنى، أو غرس، أو وطئ أمة موصى بها ولم تحمل من وطئه، أو لبس ثوباً موصى به، أو سكن موصى به من دار هستان، أو بيت شعر ونحوه فليس رجوعاً؛ لأنه لا يزيل الملك ولا الاسم ولم يمنع التسليم، كغسل ثوب موصى به، أو كنس دار موصى بها، أو علم رقيقاً موصى به صنعة"^(٥).

(١) انظر: أسن لطائف ٦٦/٣.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٣/٤).

(٣) تحفة المحتاج (١٦٥/٣).

(٤) انظر: المغني ٩٢/٦.

(٥) شرح منتهى الإرادات (٤٦٢/٢).

القسم الثاني: التصرف في الموصى به بالإهلاك والإتلاف:

كما إذا كان الموصى به طعاماً فأكله، أو عيشاً من الأعيان فأتلفها بنوع من أنواع الإتلاف، فهذا يعتبر رجوعاً في الوصية^(١).

القسم الثالث: التصرف بتغيير الموصى به بما يزيل اسمه:

إذا تصرف الموصي بتغيير الموصى به بما يزيل اسمه، فهذا يعتبر رجوعاً؛ لدلالة ذلك على إرادة الموصي بظلال الوصية، ولأنه لا يقع على العين المذكورة الاسم الذي أوصى به^(٢). فالموصي مثلاً: إذا أوصى بنخشب فجعله باباً، فإنه لم يبق بعد هذا التصرف ما يطلق عليه خشباً، وكذلك الثوب الموصى به إذا جعله قميصاً، لم يبق بعد هذا التصرف الثوب الذي أوصى به.

إذا كان الموصى به ثوباً فقطعه الموصي قميصاً، أو صبيغ، أو قصره، أو كان خشباً فجعله باباً، أو عرصة فبناها داراً، أو شاة فذبحها، أو خبزاً فجعله فتيماً، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فعجنه، أو عجينة فخبزه، أو شاة فذبحها، أو بيضاً فأحضنه نحو دجاج ليفترخ، أو غزلأ فنسجه، أو لفة قصاعها خاتماً، أو حديدأ فصاغه سيقاً^(٣). لأن الموصى به تغير شكله واسمه، فلا يتناول لفظ الوصية^(٤).

في تحفة الفقهاء: "فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ما يدل على إبقاء الملك فيه لنفسه، فيكون رجوعاً، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه ونظائره كثيرة"^(٥).

(١) شرح البيهقي ٤/٤٦٦، غاية المحتاج ٦/٩٧، المغني ٦/٩٧، كشاف القناع ٤/٣٥٠.

(٢) بدائع الصالحات ٧/٣٢٨، كثر الدقائق للنسفي مع شرحه تبين الحقائق ٦/١٨٦، رد المحتار ٦/٦٥٨، المغني شرح الموطأ ٦/١٥٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/١٧٠، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/٣٠٠، أسنى المطالب

٦/٦٦٣، معنى المحتاج ٤/١١٣، حلية العلاء ٦/١٣٧-١٣٨، المغني ٦/٩٦، القروع ٤/٦٦٦، الإنصاف ٧/٦١٣.

(٣) للنسوي ٢٧/١٦١، المغني شرح الموطأ ٦/١٥٣، مغني المحتاج ٤/١١٤، المغني ٦/٩٧.

(٤) الرجوع عن التبعات المحضة ص ٣٥٥.

(٥) تحفة الفقهاء (٣/٢٢٣).

قال الكاساني^(١): "ولو أوصى بقميص ثم تقضه فجعله قباء فهو رجوع؛ لأن الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى".

قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ: "مسألة: ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوب، فقد روى ابن الموار عن ابن القاسم: هو رجوع عن الوصية، قال أشهب: لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه فتبطل الوصية"^(٢).

وفي التاج والإكليل لمختصر خليل: "لو أوصى بغزل فحاكه ثوباً أو برداء فقطعه قميصاً فهو رجوع".

وقاله أشهب وزاد: أو بفضة فصاعها خاتماً أو بشاة ثم ذبحها، فهو كله رجوع؛ لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى به.

قال: وكذا قطن ثم حشي به أو غزله.

(وصوغ فضة) تقدم قول أشهب: وبفضة فصاعها (وحشو قطن) تقدم قول أشهب: وكذا بقطن ثم حشي به.

(وذبح شاة) تقدم قول أشهب: أو بشاة ثم ذبحها (وتفصيل شقة) تقدم قول ابن القاسم: أو برداء فقطعه قميصاً"^(٣).

وقال النووي: "فرع: أوصى بخنطة فطحنها، أو جعلها سويقاً، أو يذرءاً، أو بدقيق فجعله، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعاً لمعنيين. أحدهما: زوال الاسم، والثاني: إشعاره بإغراضه عن الوصية.

ونسب الشيخ أبو حامد للمعنى الأول إلى الشافعي رحمته الله، والثاني إلى أبي إسحاق، فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي، فقياس للمعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني

(١) بدائع الصنائع ٣٢٩/٧.

(٢) انظر المنتقى شرح الموطأ ١٥٣/٦.

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل (٩/٥).

بقاؤها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاة قدسها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجين الدقيق، فإن العجين يسمى لو ترك، فلعلة قدم إصلاحه وحفظه على الموصى له، وألحق العبادي في الرقم بما إذا أوصى بجلد فدبغه، أو بيض فأحضنه دجاجة، ولك أن تقول: قياس للمعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعاً لبقاء الاسم، وكذا الأحضان إلى أن ينفرخ.

ولو أوصى بخبز فجعله قتيلاً، فرجوع على الأصح كما لو لرده، ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قده، ولو طبخه أو شواه، فرجوع قطعاً، ولو أوصى برطب قتمره فوجهان: الأشبه أنه ليس برجوع، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد، ولو أوصى بقطن فغزله فرجوع، أو بغزل فنسجه، فرجوع على الصحيح، ولو حشا بالقطن فراشاً أو جبة فرجوع على الأصح^(١).

قال ابن قدامة في المعنى^(٢): "وإن وصى بحب ثم طحنه، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، أو بخبز ففتته، أو جعله قتيلاً كان رجوعاً؛ لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال، فدل على رجوعه".

وفي شرح منتهى الإرادات: "أو أزال اسمه فطحن الخنطة، أو خبز الدقيق الموصى به، أو جعل الخبز قتيلاً، أو نسج الغزل، أو عمل الثوب قميصاً، أو ضرب النقرة دراهم، أو ذبح الشاة، أو بنى الحجر أو الآجر الموصى به، أو غرس نوى موصى به فصار شجرة، أو نحر الحشبة بائاً أو كرسياً أو دولاباً ونحوه، أو أعاد داراً تهدمت، أو جعلها حماماً أو نحوه فرجوع؛ لأنه دليل لاختيار الرجوع، وكذا لو كسر السفينة وصار اسمها خشباً"^(٣).

القسم الرابع: التصرف في الموصى به بما يخرج عن ملكه:

اتفق الفقهاء على أن الوصية بجزء شائع لا تبطل بالبيع، ونحوه من التصرفات الناقلة

(١) روضة الطالبين (٥/٢٦٩).

(٢) انظر: المعنى ٩٢/٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/٤٦٢).

للملك، فإذا أوصى بثلاثة قبايع جميع مائه، أو استهلكه، أو اتلفه، ثم استعاد مالا آخر فإن الوصية تتعلق بالمال المستعاد، لتعلق الوصية بعين معين^(١).

إذا تصرف الموصي في الموصى به بما يخرج عن ملكه، أو تصرف بما ينشأ عن إغراضه عن الوصية فإن ذلك يعد رجوعاً؛ لأن خروج الموصى به من ملك الموصي انعدم محل الوصية^(٢).

مثال: أن يبيع الموصي به، أو يهبه، أو يوكل فيه بالبيع، أو الهبة أو الرهن، أو يعرضه للبيع أو الهبة، أو الرهن، أو يهلكه، أو يتصرف فيه بأي تصرف آخر يخرج عن ملكه^(٣).

وفي مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر^(٤): "وللموصي أن يرجع في وصيته ... قولاً ... أو فعلاً وهو ما فسره بقوله: (يقطع ... حق المالك في الغصب) أي في المغصوب، كقطع الثوب أو خياطته، (أو يزيل ملكه، كالبيع، والهبة".

في الجوهرة النيرة: "وأما الفعل الذي يدل على الرجوع، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه، أو يقرض فسجه، أو يدار فيسقي فيها، أو يشاة فلدنجا، أو بأمة ثم باعها، أو أعتقها، أو كاتبها، أو دبرها، فهذا كله يكون رجوعاً وإبطالاً للوصية"^(٥).

وجاء في مختصر خليل في بيان ما يحصل به الرجوع في الوصية: "ورجوع فيها، وإن تمرض، بقول، أو بيع، وعشق، وكتابة، وإيلاد، وحصد زرع، ونسج غزل، وصوغ فضة، وحشر قطن، وذبح شاة، وتفصيل شقة"^(٦).

(١) للمصادر الآتية.

(٢) بدائع الصانع ٣٧٩/٧، درر الأحكام شرح غرر الأحكام ٤٣٠/٦، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر ١٦٦٤/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل ٥٢٩/٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٧٢/٨، أسنى للطلاب ٣/٦٤، معنى المحتاج ١١٣/٤، للفتي ٩٧/٦، الفروع ٦٦٢/٤، الإحصاف ٢١٢/٧.

(٣) بدائع الصانع ٣٧٩/٧، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر ١٦٩٤/٩، المجموع شرح المهذب ٥٧٢/١٧، معنى المحتاج ١١٣/٤.

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر ٦٩٤/٢.

(٥) الجوهرة النيرة (٩١٨/٦).

(٦) مع شرحه للخرشي ١٧٢/٨.

قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب: "والتصرف في الموصى به بمعاوضة) كبيع وإن حصل بعده قسح ولو بخيار المجلس (أو هبة أو رهن) ولو بلا قبض فيهما (أو كتابة أو تدبير) أو تعليق عتق بصفة أو نحوها (رجوع) لظهور قصد الصرف عن الموصى له" (١).

وقال النووي: "وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكتب فهو رجوع؛ لأنه صرفه عن الموصى له، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع؛ لأن تعريضه لروال الملك صرفه عن الموصى له.

ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوع؛ لأنه لم يزل الملك، وليس بشي" (٢).

قال ابن قدامة في المغني (٣): "وبحصول الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي ... وإن أكله، أو أطعمه، أو أنلفه، أو وهبه، أو تصدق به، أو باعه، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه، أو جارية فأحبلها، أو ما أشبه هذا، فهو رجوع".

وفي شرح منتهى الإرادات: "وإن باعه: أي باع موصى موصى به، أو وهبه، أو رهنه، أو أوجه في بيع، أو هبة بأن قال للإنسان: يعتكك أو وهبتك ولم يقبل مقول له ذلك فيهما أي في إيجاب البيع وإيجاب الهبة فرجوع، أو عرضه لهما أي البيع والهبة فرجوع، أو وصي يبيعه أو عتقه أي ما وصى به لإنسان من رقيقه بأن قال: أعطوه لزيد، ثم قال: اعتقوه، أو وصي بمجته، أو حرره عليه أي على الموصى له به كما وصى لزيد بشيء، ثم قال: هو حرام عليه فرجوع أو كاتبه أي الموصى به" (٤).

واختلف إذا عاد الموصى به إلى ملك الموصى قبل موته:

فقال جمهور المالكية: الفرق بين الموصى به المعين وغيره، فقالوا في المعين تعود الوصية

(١) انظر: أسنى المطالب ٦٤/٣.

(٢) المجموع (١٥/٢٩٩).

(٣) انظر: المغني ٦/٩٢.

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/٤٦١).

برجوعه لملك الموصى؛ لتعلق الوصية بعينه، ولا تعود إذا أخلفه بمثله.

بخلاف غير المعين إذا أخلفه بمثله، فإن الوصية تعود إلى خلفه^(١).

وقال الشافعية والحنفية وبعض المالكية: لا تعود الوصية برجوعه لملكه إلا بإيصاء جديد؛ لبطلان الإيصاء الأول بخروجه عن ملكه.

القسم الخامس: التصرفات التي اختلف الفقهاء في اعتبارها رجوعاً:
وهذه التصرفات هي:

١. هدم الموصى للدار الموصى بها، أو اتخدامها بنفسها إذا غير الاسم.
٢. بناء الموصى العرصة الموصى بها داراً، وغرس الأرض الموصى بها.
٣. زهن الموصى للموصى به.

وفيما يأتي بيان حكم كل تصرف من التصرفات المذكورة:

الأول: هدم الدار الموصى بها، أو اتخدامها إذا غير الاسم:

إذا أوصى بدار ثم هدمها الموصى، أو اتخدمت بنفسها، فتغير بذلك اسم الموصى به،

فهذا قد اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً عن الوصية على قولين:

القول الأول: أن هدم الدار أو اتخدامها لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به الحنفية^(٢)، وهو المعتمد عند المالكية^(٣)، ووجهه عند الحنابلة^(٤).

قال الكسائي في بدائع الصنائع^(٥): "ولو أوصى بثوب ثم غسله، أو بدار ثم جصصها،

أو هدمها، لم يكن شيء من ذلك رجوعاً".

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٧٩/٧ تبين الخلفاء ١٨٧/١، الفتاوى الهندية ٩٢/٦، رد المحتار ٦٥٨/٦.

(٣) انظر: المختصر شرح للوطا ١٥٣/٦، التاج والإكلیل ٥٢٧/٨، الشرح الكبير ٤٣٠/٤، منح الجليل شرح مختصر خليل ٥٢٣/٩.

(٤) انظر: الإيضاح ٢٩٣/٧-٦١٤.

(٥) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.

وقال الباجي في المنتقى شرح الموطأ^(١): "ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس يرجوع؛ لأنه أوصى له بعرصة وبناء، فأزال البناء وأبقى العرصة".
وقال المرداوي في الإنصاف^(٢): "قوله: (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه، فطحن الخنطة، أو خبز الدقيق، أو جعل الخبز فتيتا، أو تسج الغزل، أو نجر الخشب بابا ونحوه، أو اتخدمت الدار وزال اسمها. فقال القاضي: هو رجوع. وذكر أبو الخطاب فيه وجهين)".

القول الثاني: أن هدم الدار أو اتخادها تعتبر رجوعاً في الوصية:

وأما اتخادها من غير فعل الموصي فيعتبر رجوعاً في الجزء المنهدم دون العرصة، ودون الباقي من الدار.

وهو قول غير معتمد عند المالكية^(٣)، وقال به الشافعية^(٤)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٥).
قال الدردير في الشرح الكبير^(٦): "(وفي) بطلان الوصية بسبب (نقض) يفتح التوّن وسكون القاف وبالقضاد المعجمة أي هدم بناء (العرصة) الموصى بها مع بنائها، ولو قال: الدار ونحوها كان أوضح، وعدم بطلانها به (قولان) المعتمد الثاني، فليس الهدم يرجوع".
قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب^(٧): "(فرع) هدم الدار المبطل لاسمها رجوع عن الوصية (في النقض) أي المنقوض من طوب وخشب (وكذا في العرصة) لظهور ذلك في الصرف عن جهة الوصية (واتخادها) ولو بهدم غيره (يطلها في النقض)".

(١) المنتقى شرح الموطأ ١٥٤/٦.

(٢) الإنصاف ٢١٣/٧.

(٣) الشرح الكبير ٤٣٠/٤.

(٤) أسنى المطالب ١٦٦/٣، شرح البهجة له ٤٣/٤، تحفة المحتاج ١٨١/٧، حلية العلماء ١٣٨/٦-١٣٩.

(٥) الإنصاف ٢١٣/٧-٢١٤، شرح المنتهى ٤٦٦/٢، مطالب أولي النهى ٤٦٣/٤.

(٦) انظر: الشرح الكبير ٤٣٠/٤.

(٧) انظر: أسنى المطالب ٦٦/٣.

قال المرداوي في الإنصاف^(١): "أعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه، فطحن الحنطة، وخبر الدقيق ونحوه، وكذلك لو زال اسمه بنفسه، كاتخاذ الدار أو بعضها، فقال القاضي: هو رجوع، وهو المذهب".

الأدلة

دليل القول الأول:

أن الدار تشمل العرصة، والبناء، فلو وصى أزال البناء بالهدم، وأبقى العرصة؛ لأن الدار بعد هدمها صارت عرصة، فالعرصة للموصي له^(٢).

دليل القول الثاني:

أن الهدم دليل على إغراض الموصي عن الوصية، ولأنه لا يطلق على المنهدم اسم الدار^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لدلالة فعل الموصي بهدم الدار على إغراضه عن الوصية، ولعدم إطلاق اسم الدار على المنهدم.

الثاني: بناء العرصة داراً، وغرس الأرض:

إذا أوصى بعرصة ثم بناها الموصي داراً، أو أوصى بأرض ثم غرسها، فقد اختلف الفقهاء في كون هذا التصرف رجوعاً في الوصية على قولين: القول الأول: أن ذلك يعتبر رجوعاً في الوصية: قال به الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

(١) انظر: الإنصاف ٢١٣/٧ - ٢١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، المنتقى شرح الموطأ ١٥٣/٦.

(٣) أسنى المطالب ٦٦/٣، شرح المنتهى ٤٦٢/٢.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٦٦/٨، الفتاوى الهندية ٩٣/٦.

(٥) البيان ٣٠١/٨ - ٣٠٢، أسنى المطالب ٦٥/٣، شرح بهجة له ٤٥/٤، تحفة المحتاج ٩١/٧.

ووجه عند الخنابلة، صححه المرادوي في الإنصاف، والبهوتي في كشف القناع، واختاره القاضي^(١).

جاء في الفتاوى الهندية^(٢): "ولو أوصى بأرض، ثم زرع فيها رطبة لا يكون رجوعاً، وإن غرس الكرم أو الشجرة كان رجوعاً، كذا في فتاوى قاضي خان".

وفي الوسيط: "لو بنى أو غرس في العرصة الموصى بها، فثلاثة أوجه: أحدها: أنه رجوع؛ لأن البناء غير داخل في الوصية وهو للتخليد، والثاني: لا فإنه انتفاع مجرد، والثالث: أنه رجوع عن المغرس وأمس الجدار حتى لو تجنى لم يرجع -أيضاً- إلى الموصى له وليس رجوعاً عما عداه"^(٣).

وقال زكريا الأنصاري في شرح البهجة^(٤): "ويعصل الرجوع -أيضاً- ببناء العرصة الموصى بها أو بغرسها؛ لأن ذلك للدوام، فيشعر بأنه قصد بقاءها لنفسه".

وفي شرح منتهى الإرادات: "فإن غرسها أو بناها فرجوع في أصح الوجهين؛ لأنه يراد للدوام فيشعر بالصرف عن الأول ذكره الحارثي، ويمكن إدخالها في قول المتن: أو بنى أو غرس أو وطئ أمة موصى بها ولم تحمل من وطئه"^(٥).

القول الثاني: أن ذلك لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به المالكية في المشهور من مذهبهم^(٦).

وهو وجه عند الخنابلة اختاره أبو الخطاب^(٧).

(١) الفروع ٦٦٤/٤، الإنصاف ٢١٤/٧، كشف القناع ٣٥٠/٤.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٣/٦.

(٣) الوسيط ٤٨١/٤.

(٤) شرح البهجة ٤٥/٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٤٦٢/٢.

(٦) للتنقي شرح الموطأ ١٥٤/٦، حاشية الدسوقي ٤٣٠/٤، شرح مختصر حنبل ١٧٣/٨، منع الجليل ٥٢٠/٤.

(٧) الإنصاف ٢١٤/٧، كشف القناع ٣٥٠/٤.

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن مثل هذا التصرف يكون للدوام، فهو إشعار بأن الوصي أراد إبقاءها لنفسه،
ولأن الغرس يؤدي إلى تغيير اسم الموصى به، فإن الأرض بعد الغرس يسمى بمستاناً^(١).

دليل القول الثاني:

١. أن الوصية بالبناء تتناول الأرض، فإذا بطلت في البناء بقيت في الأرض، فتكون
الانقضاء للورثة والأرض للموصى له^(٢).

٢. قياس الغرس على الزراعة، فإنها لا تعتبر رجوعاً بالاتفاق، فكذلك الغرس.

٣. ولأن هذه الأفعال لم تعدم الموصى به، بل هو باق بعدها، وإن كان متصلاً بغيره^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن مثل هذه التصرفات تكون للدوام،

فهو دليل على إعراض الموصى عن وصيته، بالإضافة إلى أن فيه تغييراً لاسم الموصى به.

الثالث: رهن الموصى به:

إذا أوصى بشيء ثم رهنه.

فقد اختلف العلماء في كون ذلك رجوعاً في الوصية على قولين:

القول الأول: أن رهن الموصى به يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٦٦/٨، شرح البهجة ٤٥/٤، كشف القناع ٣٥٠/٤

(٢) المصدر السابق.

(٣) شرح مختصر خليل ١٧٣/٨، البيان ٣٠١/٨-٣٠٩، كشف القناع ٣٥٠/٤.

(٤) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٦٦/٨، شرح البهجة ٤٥/٤، كشف القناع ٣٥٠/٤.

(٥) انظر: البيان ٣٩٧/٨، مغني المحتاج ١١٣/٤، شرح الجلال اهتلي على منهاج الطالبين المطبوع مع حاشيتي قبلوي.

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(١).

جاء في الفتاوى الهندية^(٢): "ولو أوصى بعده ثم رهنه، يكون رجوعاً".

وقال الجلال المحلي في شرحه على منهاج الطالبين^(٣): "له الرجوع عن الوصية وعن

بعضها بقوله تقضت الوصية أو أبطلتها أو رجعت فيها، وكذا هبة أو رهن له مع قبض،

وكذا دونه في الأصح؛ لظهور صرفه بذلك عن جهة الوصية".

وقال المرادوي في الإنصاف^(٤): "قوله وإن باعه أو وهبه، أو رهنه كان رجوعاً... على

الصحيح من المذهب".

القول الثاني: أن رهن الموصى به لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال المالكية^(٥)، وهو وجه عند الشافعية^(٦).

ووجه عند الحنابلة^(٧).

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن في رهن الموصى به تعريضاً له للبيع، بل إن للموصى علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من

عرضه للبيع، ولظهور صرف الموصى بذلك عن جهة الوصية^(٨).

وعنود ١٧٧/٣، شرح البهجة ٤٣/٤.

(١) لمغني ٦/٩٧، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/٩٣.

(٣) شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين المطبوع مع حاشيتي فيلوبي وعنود ١٧٧/٣.

(٤) الإنصاف ٧/٢١٢.

(٥) المنتهى شرح الموطأ ٦/١٥٩، التاج والإكلیل لمختصر خليل ٨/٥٦٦، شرح مختصر خليل للبرقاني ٨/١٧٣.

(٦) مغني المحتاج ٤/١١٣.

(٧) لمغني ٦/٩٧، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١.

(٨) لمغني ٦/٩٧، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ٣/١٣٣.

دليل القول الثاني:

أن اسم الموصى به باق، وصورته باقية مع بقاءه على ملك الموصي^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن تصرف الموصي في الوصية بالرهن

يدل على إغراضه عنها.

المبحث الثالث

المبطل الثالث: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين الموصى بها

اختلف العلماء فيما إذا اتصل بالعين الموصى بها ما يمنع تسليمها على أقوال:

القول الأول: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين الموصى بها:

وبه قال الحنفية، والشافعية.

قال الكاساني: "أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها، كما إذا أوصى بسويق ثم ثلثه بالسمن ... وكذا إذا وصى بدار ثم بنى فيها، أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه، أو أوصى ببطانة، ثم بطن بها أو بظهارة، ثم ظهر بها".

ودليل كونه رجوعاً ضرورة:

قال الكاساني: "لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به، ولا يمكن تسليمه إلا بالنقض، ولا سبيل إلى التكليف بالنقض؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، فجعل رجوعاً من طريق الضرورة، ويمكن إثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة - أيضاً - لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصي، فكان تعدد التسليم مضافاً إلى فعله، وكان رجوعاً منه دلالة"^(١).

القول الثاني: أنه ليس برجوع:

وهو المعتمد في المذهب المالكي، واختلف أصحاب هذا القول لمن تكون الزيادة؟

فقال: للموصى له، ولا شيء للورثة فيها، وهو قول بن القاسم وأشهب.

وقال أصبغ: الزيادة للورثة، هم شركاء للموصى له بقيمة الزيادة قائمة، والموصى له

شريك في الورثة في قيمة الموصى به بدون تلك الزيادة.

حجة أصبغ: أن الزيادة غير موصى بها، فتكون باقية على ملك الموصي يورثها ورثته عنه.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٨٧/٧

وحجة قول ابن القاسم وأشهب: أن الزيادة لما كانت غير مستقلة عن الموصي به كان الظاهر أن الموصي قصد إلحاقها بالأصل الموصي به، فكان الجميع وصية، وهو مخالف؛ لقاعدة أن الأموال لا تنقل بالشك، وقاعدة أن الشك في السب يوجب بطلان المصيب؛ لأن إلحاق الزيادة بالوصية مشكوك فيه.

واختار خليل: قول أصبغ في البناء، وقول أشهب وابن القاسم في تخصيص الدار ولت السويق، وتعليم الحيوان وغير ذلك، وكأنه رأى أن البناء زيادة كبيرة والشأن التساهل والتسامح في الأشياء الخفيفة، فتحمل على أن الموصي قصد إضافتها للوصية، بخلاف الأشياء الكبيرة فالأصل عدم التسامح فيها فتبقى على ملك الموصي^(١).

والأقرب:

الرجوع في مثل هذه المسائل إلى قرائن الأحوال؛ إذ قد يقصد الموصي زيادة الموصي

به.

(١) شرح مختصر خليل للبرقاني ١٧٣/٨.

المبحث الرابع

المبطل الرابع: تغيير الموصى به

الحق الحنفية، والحنابلة، والشافعية في المعتمد عندهم التغييرات الموجبة لزوال الاسم، والتي لم تصدر عن الموصي.

في بدائع الصنائع: "والثاني: أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه، واسمه سواء كان التغيير إلى الزيادة أو إلى النقصان، كما إذا أوصى لإنسان بشعر هذا النخل ثم لم تمت الموصي حتى صار يسرا أو أوصى له بهذا اليسر ثم صار رطباً أو أوصى بهذا العنب، فصار زيتاً، أو بهذا السبيل، فصار حنطة، أو بهذا القصيل، فصار شعيراً أو بالحنطة المبذورة في الأرض، فنبتت وصارت بقلًا أو بالبيضة، فصارت فرخاً أو نحو ذلك ثم مات الموصي بطلت الوصية فيما أوصى به، فثبت الرجوع ضرورة هذا إذا تغير الموصى به قبل موت الموصي؛ لأنه صار شيئاً آخر لزوال معناه، واسمه، فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به"^(١).

وخالف الحنفية هذه في الوصية بالحمل إذا صار كيتاً، فاستحسنوا أنه ليس يرجوع، وإن كان القياس يقتضي البطلان فقدموا الاستحسان على القياس^(٢).
وعلى غرارها إذا أوصى بعجل فصار ثوراً، أو بمهر فصار حصاناً، أو بقصيل فصار جملاً، فإن ذلك لا يعد رجوعاً استحساناً، ويعد رجوعاً قياساً.

والأقرب:

بأن تغير الاسم يقضي الرجوع ما لم يكن نص أو قرينة؛ لأن الأصل بقاء الوصية.
فإن كان الفعل لا يتغير معه الاسم فإنه لا يعد رجوعاً، كما لو أوصى له بشعر فجده، أو بصوف فجزه، أو زرع فحصده ولم يدرسه، أو درسه ولم يصفه، أو أوصى له بثوب

(١) بدائع الصنائع ٣٨٤/٧، رد المحتار ٦٥٨/٦، وانظر: ملعي ٦٨/٦.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

فخاطه، أو فصله؛ لأن الموصى به بعد هذه الأفعال لم ينزل عنه اسمه، فالثمر بعد حذو يسمى ثمرًا، والصوف بعد جزه يسمى صوفًا، والزرع بعد حصده ما دام لم يصف يسمى زرعًا، والثوب بعد خياطته وتفصيله يسمى ثوبًا، بخلاف ما لو صلي الزرع فإنه يكون رجوعًا؛ لأنه بعد التصفية يسمى قمحًا أو شعيرًا، والصوف إذا غزل، والغزل إذا نسجه، فإن ذلك رجوع لزوال الاسم؛ لأن الصوف بعد الغزل لا يسمى صوفًا، والغزل بعد نسجه لا يسمى غزلًا، وهكذا.

المبحث الخامس

المبطل الخامس: جحد الوصية

إذا قال الموصي: لم أوص، أو لم تصدر مني وصية، أو يقول أمام شهود: اشهدوا أنني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير، أي أن الموصي ينفي الوصية في الماضي.

فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في كون جحد الوصية رجوعاً على قولين:

القول الأول: أن جحد الوصية يعتبر رجوعاً:

قال به أبو يوسف صاحب أبي حنيفة^(١).

والشافعية فيما إذا لم يكن الجحد لغرض^(٢)، وقال به الخنابلة في قول^(٣).

قال الكاساني^(٤): "ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً، ولم

يذكر خلافاً.

قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمهم الله: في رجل أوصى بوصية ثم

عرضت عليه من القدر فقال: لا أعرف هذه الوصية، قال: هذا رجوع منه.

وكذلك لو قال: لم أوص بهذه الوصية.

وقال الخطيب الشربيني^(٥): "ولو سئل عن الوصية فأنكرها. قال الرافعي: فهو على ما

مر في جحد الوكالة - أي فيفرق فيه بين أن يكون لغرض فلا يكون رجوعاً، أو لا لغرض

فيكون رجوعاً - وهذا هو المعتمد."

وقال ابن قدامة^(٦): "وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين، وهو قول

أبي حنيفة في إحدى الروايتين، ولأنه عقد، فلا يبطل بالجحد، كسائر العقود. والثاني،

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، بدائع الصنائع ٣٨١/٧، العناية شرح الهداية ٤٣٩/١٠.

(٢) معنى المحتاج ١١٣/٤، أسنى للطلاب ٦٤/٣.

(٣) للمعنى ٩٨/٦، تصحيح الفروع ٦٦٣/٤، الإتيان ٢١٣/٧.

(٤) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

(٥) معنى المحتاج ١١٣/٤.

(٦) النظر للمعنى ٩٨/٦.

يكون رجوعاً؛ لأنه يدل على أنه لا يريد إبعاله إلى الموصى له^(١).

القول الثاني: أن جحد الوصية ليس برجوع:

قال به محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وهو المختار المقتضى به عند الحنفية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

قال الكاساني^(٤): "وسألت محمداً عن ذلك فقال: لا يكون الجحد رجوعاً، وذكر في الجامع إذا أوصى بثلاث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك: أشهدوا أنني لم أوص فلان بقليل، ولا كثير - لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصية فلان، ولم يذكر خلافاً".

وقال المرداوي^(٥): "وأطلق فيما إذا جحد الوصية الوجهين وأطلقهما في المعنى، والشرح، والرعايتين، والحاوي الصغير، والفروع، وشرح الحارثي:

أحدهما: ليس برجوع، وهو المذهب صححه في التصحيح، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم، وقدمه في الكافي".

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. الأدلة الدالة على اشتراط الرضا:

وهذا لم يتطلب نفسه، فلا تصح وصيته:

٢. أن الإنكار دليل على عدم رغبته في الوصية، وعدم طيب نفسه بالانتقال للموصى به للموصى له.

(١) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧، الهداية مع شرحه العاية ٤٣٩/١٠، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، درر

الحكام شرح الأحكام ٤٣٩/٢.

(٢) المعنى ٩٨/٦، الإصناف ٢١٣/٧، شرح المنهاج ٤٦٩/٢، مطالب أولي النهى ٤٦٢/٤.

(٣) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

(٤) الإصناف ٢١٣/٧.

٣. أن الجحود من الموصي يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له، فكان رجوعاً عن الوصية^(١).

٤. أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها، وفسخ العقد كالام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق وبشروط حكمه، والجحود في معنى عدم الرضا؛ لأن الواحد لتصرف من التصرفات غير راض به، وبشروط حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فيحصل معنى الرجوع؛ لأن الفسخ رجوع^(٢).

٥. أن الرجوع نفي في الحال فقط، والجحود نفي في الماضي والحال فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً؛ فإن دلالة على رفض الوصية أقوى من الرجوع الصريح؛ لأن الرجوع الصريح نفي لوجود الوصية في الحال فقط^(٣).

أدلة القول الثاني:

١. أن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، وبعبارة أخرى أن الرجوع مركب من النفي والإثبات، والجحود مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة، ولا العكس -أيضاً-^(٤).

٢. أن الوصية عقد، فلا يبطل بالجحود، كسائر العقود، فإنها لا تبطل بالجحود والإنكار، كالبيع والهبة، والإجارة، فكذلك الوصية^(٥).

٣. أن حقيقة الجحود بغاير حقيقة الرجوع، فلا ينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ الرجوع معناه اعتراف بحصول الوصية في الماضي وإبطالها في الحاضر والمستقبل،

(١) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، المعني ٩٨/٦.

(٢) انظر: بدائع الصانع ٣٨١/٧.

(٣) انظر: العناية شرح البداية ٤٣٩/١٠.

(٤) العناية شرح الهداية ٤٣٩/١٠.

(٥) المعني ٩٨/٦.

والجحود إنكار لوجودها في الماضي والحاضر والمستقبل، فلو جعل الجحود رجوعاً لدل على وجود الوصية وعدمها في الماضي، وهو تناقض^(١).

ونوقش: بأن من جعل الجحود رجوعاً لم يجعل حقيقة الجحود والرجوع واحدة حتى يقال لهم: إن حقيقتها متغايرة، وإنما يريدون بذلك أن هذا اللفظ يستعمل مجازاً في الرجوع لما بينهما من العلاقة وهي دلالة كل منهما على النفي والإنكار، وإن كان هذا في الماضي والحال وذاك في الحال فقط.

واللفظ المجازي مستعمل في غير ما وضع له، ولا يراد منه عند هذا الاستعمال معناه الحقيقي حتى يقال: إنه لو دل على الرجوع لكان تناقضاً لدلالته على الحصول الوصية في الماضي وعدم حصولها فيه^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو كون الجحود عن الوصية رجوعاً؛ وذلك لظهور معنى إرادة إبطال الوصية فيه؛ لأن جحود الموصي للوصية المقصود منه الإعلان عن رغبته في عدم بقائها، والجحود يدل على هذه الرغبة دلالة قوية لا تقل عن دلالة الرجوع الصريح فتبطل الوصية به، كما يبطل بالرجوع الصريح، فيكون الجحود من باب الرجوع دلالة.

(١) بدائع الصنائع ٧/٣٨١.

(٢) الرجوع في التزعات المحقة ص ٣٥٦.

المبحث السادس

المبطل السادس : تأخير الوصية

إذا قال الموصي:

أخبرت وصيتي، فنص الحنفية إلى أن ذلك لا يعتبر رجوعاً ما لم يكن على سبيل الترك^(١).

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٢): "وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله: لو أن رجلاً أوصى بوصايا إلى رجل فقيل له: إنك ستبرأ فأخر الوصية، فقال: أخرتها، فهذا ليس برجوع، ولو قيل له: أتركها، فقال: قد تركتها، فهذا الرجوع".

والدليل على ذلك:

أن الرجوع عن الوصية هو إبطال الوصية، والتأخير لا يدل على الإبطال، كتأخير الدين، بخلاف الترك، فإنه يدل على الإبطال، كما في الدين، فإنه لو قال: أخرت الدين كان تأجيلاً له لا إبطاً، ولو قال: تركته كان إبراء^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٨١/٧، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، قرر الحكماء شرح غرر الأحكام ٤٣١/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨١/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٨١/٧، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦.

المبحث السابع

المبطل السابع : غلط الموصي في تحديد مقدار الوصية

إذا غلط الموصي في وصيته، بأن أوصى بثلث ماله لآخر، وظن أن ثلثه خمسة آلاف ريال مثلاً، إلا أنه بعد إحصاء ماله تبين أن ثلثه يزيد عن ذلك، فكان ستة آلاف ريال مثلاً، فهل هذه يعتبر رجوعاً، وتكون الوصية بذلك باطلة، أم لا؟ ذهب الحنفية^(١) إلى أن ذلك لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٢): "روى بشر عن أبي يوسف رحمته الله في رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى، وأخبر الموصي أن ثلث ماله ألف، أو قال: هو هذا، فإذا ثلث ماله أكثر من ألف، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: إن له الثلث من جميع ماله، والتسمية التي سمى باطلة، لا ينقض الوصية خطؤه في ماله، إنما غلط في الحساب، ولا يكون رجوعاً في الوصية، (وهذا) قول أبي يوسف رحمته الله."

والأدلة على ذلك:

١. أن الموصي لما أوصى بمقدار معين - كالثلث مثلاً - فقد أتى بوصية صحيحة؛ لأن صحة الوصية لا تقف على بيان مقدراً الموصى به، فوقعت الوصية صحيحة بدونه، ثم بين المقدار وغلط فيه، والغلط في قدر الموصى به لا يقدح في أصل الوصية، فيثبت الوصية متعلقة بثلث جميع المال^(٣).
٢. أن هذا الكلام الأخير من الموصي يحتمل أن يكون رجوعاً عن الزيادة على القدر المذكور، ويحتمل أن يكون غلطاً، فوقع الشك في بطلان الوصية، فلا تبطل مع الشك؛ لأن القاعدة المقررة: أن التامث يقيّن لا يزول بالشك^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٣٨١/٧، الفتاوى الهندية ١١١٩/٦، رد المحتار ٦٦٦/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨١/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٨١/٧.

(٤) انظر: المرجع السابق نفسه، والرجوع عن التزعات المفضة ص ٥٩.

المبحث الثامن

المبطل الثامن: وصف الوصية بالحرمة

اختلف الفقهاء إذا وصف الموصي الوصية بالحرمة، هل هو رجوع عنها؟ على قولين:

القول الأول: أن وصف الوصية بالحرمة رجوع عنها:

قال به الشافعي^(١)، والحنابلة^(٢).

قال الهيتمي في تحفة المحتاج^(٣): "له الرجوع عن الوصية إجماعاً، وكالحبة قبل القبض، بل أولى ... وبحصل الرجوع (بقوله: تقضت الوصية، أو أبطلتها، أو رجعت فيها، أو فسختها)، أو رددتها أو أزلتها، أو رفعها، وكلها صرائح، كهو حرام على الموصي له". وقال الرحيباني في مطالب أولى النهى^(٤): "(وإن) فعل موص ما يقتضي عدوله عن الوصية، بأن (باع ما أوصى به أو وهبه)، فرجوع ... (أو حرمة عليه) أي: الموصي له به، كما لو وصى لزيد بشيء، ثم قال: هو حرام عليه، فرجوع".

القول الثاني: أن وصف الوصية بالحرمة ليس رجوعاً عنها:

قال به الخنفة^(٥).

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٦): "ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام، أو هي رثا، لا يكون رجوعاً؛ لأن الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع".

(١) أسى لمطالب ٦٤/٣، شرح البهجة له ٤٣/٤، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ٧٦/٧-٧٧، معنى المحتاج ١١٢/٤.

(٢) الإيضاح ٢١٢/٧، شرح المنهاج ٤٦٢/٢، مطالب أولى النهى ٤٦٢/٤-٤٦٣.

(٣) تحفة المحتاج ٧٦/٧-٧٧.

(٤) مطالب أولى النهى ٤٦٢/٤-٤٦٣.

(٥) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧، كنز الدقائق للسبكي مع شرحه تبين الخلاف للزيلعي ١٨٧/٦، درر الأحكام شرح غرر

الأحكام ٤٣١/٢، الفتاوى الهندية ١٩٣/٦، رد المحتار ٦٥٩/٦.

(٦) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. أن الوصية عقد جائز، ومن حق الوصي الرجوع عنها، وفي تحريمها على الموصى له دليل على رجوعه عنها، كتحريمه طعامه على غيره بعد إباحته له^(١).
٢. أنه لا يجوز أن يكون الموصى به الذي وصفه بالحرمة وصية له، وهو محرم عليه^(٢).

دليل القول الثاني:

- أن الحرمة لا تنافي الوصية، بل هو يستدعي بقاء الأصل، فلم يكن دليل الرجوع^(٣).
- الترجيح:
- الراجح - والله أعلم - أن وصف الوصية بالحرمة ليس رجوعاً عنها؛ وذلك لجريان العرف بأن من قال ذلك أنه يريد إبطال الوصية، وعدم إمضاها.

(١) أمسي لمطالب ٦٤/٣.

(٢) المجموع شرح المهذب ٥٦٩/١٧.

(٣) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧، كنز الدقائق للتنقيح مع شرحه تبين الحقائق ١٨٧/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤٣١/٢.

المبحث التاسع

المطلب التاسع : جعل الموصى به بعينه لآخر

وتحت مطالب:

المطلب الأول: أن يكون مع عدم إلغاء الوصية الأولى:

مثل: الوصية لأحدهما بهذه الأرض أو بدينه الذي له على فلان، ثم يوصى للثاني بنفس الأرض، أو الدار، أو السيارة، أو الدين الذي أوصى به للأول، دون إلغاء الوصية الأولى.

وقد اختلف فيها الفقهاء على قولين:

القول الأول: أنهما يشتركان في الموصى به المعين:

ويقسم بينهما نصفين إذا حمله الثلث، أو أجازها الورثة، وإلا فما حمله الثلث، وهو قول جمهور أهل العلم: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).
وبه قال الثوري، وإسحاق، وابن المنذر.

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٥): "إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ثم قال: أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية، فالثلث بينهما نصفان".
وقال الباجي في المنتقى^(٦): "ومن أوصى بعبده ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، فإنه يكون بينهما بنصفين، رواه ابن عبدوس عن مالك، وابن القاسم، وأشهب، وكذلك لو كانت داراً لكانت بينهما، أو ما حمله الثلث منها".

(١) مختصر الفجلوي ص ١٥٩، لموطأ ١٤٦/٢٧، بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، البداية ١٢/١٢، المجتررة الثيرة ٢٧٩/٢٧.

(٢) للثقي شرح للموطأ ٦٦١/٦، لمعونة ٥٢٦/٢، الإشراف ١١٠١/٢، حاشية البسوقي على الشرح الكبير ٤٢٩/٤.

(٣) الأم ١٢٤/٤، الحاوي ٣٠٩/٨، تحفة المحتاج ٧٦/٧-٧٧، حاشية الجمل المنهج ٦٨/٤.

(٤) مسائل أحمد للكوسج ٤٦٨/٢، لتعلي ٤٦٥/٨، شرح الزركشي ٤٨٣/٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣٧٩/٧.

(٦) للثقي شرح للموطأ للباجي ١٦١/٦.

وقال الشريفي في معني المحتاج^(١): "ولو أوصى لزيد بماله، ولعمرو بمائة، ثم قال لآخر: أشركك معهما، أعطيت نصف ما بيدهما، ولو أوصى بعين لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، لم يكن رجوعاً عن وصيته؛ لاحتمال إرادة التشريك، فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت بما لكما، لكن لو رد أحدهما الوصية في الأولى، كان الكل للأخذ، بخلافه في الثانية، فإنه يكون له النصف فقط؛ لأنه الذي أوجبه له الموصي صريحاً بخلافه في الأولى".

وقال ابن قدامة في المعني^(٢): "قال: (وإذا أوصى بجارية لبشر، ثم أوصى بها لبكر، فهي بينهما) وخملة ذلك: أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله، ثم وصى به لآخر، أو وصى له بثلاثة، أو وصى بجميع ماله لرجل، ثم وصى به لآخر، فهو بينهما، ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى".

وصورة ذلك: أن يوصي شخص لآخر بمعين من ماله، ثم يوصي به لآخر.

القول الثاني: أن ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى:

فتكون الوصية للموصى له الثاني:

وهو وجه عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.

وقال به جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود^(٣).

قال ابن قدامة في المعني بعد ذكر القول الأول^(٤): "... وقال جابر بن زيد، والحسن،

وعطاء، وطاوس، وداود: وصيته للآخر منهما؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعاً".

(١) معني المحتاج ١١٤/٤.

(٢) المعني ٦٥/٦.

(٣) المنتقى شرح الموطأ للبيهقي ١٦٦/٦، العزيز شرح الوجيز ٢٠٦/٧، حلية العلماء في معرفة مذاهبة الفقهاء،

١٣٣/٦، البيان ٢٢٦/٨، القروع ٥٠٠/٤.

(٤) المعني ٤٦٥/٨.

الأدلة:

أدلة القول الأول: (الاشتراك)

١. أن الأصل في الوصية بشيء لإنسان ثم الوصية به لآخر هو الإشتراك؛ لأن فيه عملاً بالوصيتين بقدر الإمكان، والأصل في تصرف العاقل صيافته عن الإبطال ما أمكن، وفي الحمل على الإشتراك عمل بكل واحد منهما من وجه، فيحمل عليه ما أمكن^(١).
٢. أن الموصي وصى لهما بهذه الوصية فاستويا فيها، كما لو قال لهما: وصيت لكما بالداية^(٢).
٣. أنه يحتمل أن الموصي لم يرد بطلان الوصية الأولى، بدليل أنه لم يذكرها في الثانية؛ إذ يحتمل أنه تسبها، فاستصحابها يقدر الإمكان صوتاً لها من الإلغاء^(٣).
٤. القياس على ما إذا قال شخص لشخصين في وقت واحد: أوصيت لكما بثلث مالي، أو قال: أوصيت بعدي هذا لزيد، وأوصيت به لعمر، فإنه يكون بينهما إجماعاً فكذلك هنا؛ إذ لا فرق بين اقتراح الوصيتين، وبين افتراقهما^(٤).
٥. أنه يمكن أن تكون الوصية الثانية رجوعاً، ويمكن أن تكون بنسيان الأولى يحتمل أن يقصد بها التشريك بين الأول والثاني، فوجب حملها مع هذا الاحتمال على التشريك بينهما؛ لاستوائهما في الوصية لهما، لانسبهما وأن المحل يحتمل الشراكة، واللفظ صالح لهما^(٥).
٦. أن الموصي إذا لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى لم يجز أن يكون جميع الموصي به

(١) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.

(٢) انظر: المغني ٤٦٥/٨.

(٣) أسنى لطالبه ٦٥/٣، شرح البهجة له ٤٥/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٣٠٩/٨.

(٥) انظر: تبين الخلفات ١٨٧/٦، النهاية ١١٦/١٢.

لكل واحد منهما، وليس أحدهما أولى به من الآخر، فلم يبق إلا أن يكون بينهما لتساويهما في سب الاستحقاق، وهو الوصية به^(١).

وحجة القول الثاني:

١. القياس على النصين المتعارضين، فإن الثاني المتأخر ينسخ المتقدم ونوقش: بأن النسخ لا يصر إليه إلا مع تعدد الجمع، وهنا أمكن بقسمة الوصية بين الموصي لم.

٢. أن الموصي وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعاً، كما لو قال: ما وصيت به لزيد فهو ليكر^(٢). ونوقش: بأن الصورة التي قاسوا عليها، ورد فيها تصريح بالرجوع عن وصيته لزيد، فكان بينهما فرق^(٣).

٣. أن الوصية الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي، حيث يكون ذلك رجوعاً^(٤).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الوصية الثانية لا تنافي الأولى، حيث يمكن الجمع بينهما، وتصحيح كلام الموصي، والأصل تصحيح كلام العاقل ما أمكن، وكلام الموصي يحتمل التشريك، فلم تبطل وصية الآخر بالشك^(٥).

الوجه الثاني: أنه يحتمل أن يكون قصد الجمع والتشريك دون الرجوع، حيث ملك كل واحد منهما جميع العين عند الموت، ولا يمكن أن تكون جميعها لكل واحد منهما

(١) الإشراف ١٠١١/٢، شرح الزركشي ٢٨٣/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٦٨/١٠.

(٣) المغني ٤٦٥/٨، شرح الزركشي ٣٨٤/٤.

(٤) المرجع السابق لنفسه.

(٥) المرجع السابق لنفسه.

فتنزل الوصية منزلة ما لو قال دفعة واحدة: أوصيت لكما بهذه العين.

٤. القياس على ما لو وهب مالا لزيد، ثم وهبه لعمرو قبل القبض، فإن ذلك يكون رجوعاً، فكذا هنا.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فالهبة تلزم بالعقد، وعلى التسليم فإنه قياس مع الفارق؛ لأن لزوم الهبة بالقبض، فإذا وهبها قبل القبض علم رجوعه، بينما لزوم الوصية بعد الموت، فإذا أوصى لزيد ثم لعمرو فيصار إلى التشريك؛ إذ المحل قابل للشركة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن ذلك لا يعد رجوعاً وذلك لقوة دليبه، وورود المناقشة على أدلة القول الثاني، ولأن إعمال كلام المكلف أولى من إهماله.

المطلب الثاني: أن يجعل الموصي الموصى به بعينه لشخص آخر، مع إلغاء الوصية

الأولى:

مثل أن يقول: البيت الذي أوصيت به لزيد، فهو لبركر.

وقد اتفق فقهاء الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) على أن ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى، فتبطل الوصية للأول، وتكون للثاني.

وعن الإمام مالك^(٥): أنه لا يعتبر رجوعاً إلا ما كان صريحاً في الرجوع.

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٦): "ولو أوصى بشيء لإنسان، ثم أوصى به لآخر،

(١) المبسوط ١٥٧/٢٧، بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، كنز الدقائق للتسفي مع شرحه تبين الخفايا ١٨٧/٦.

(٢) للتقي شرح لموطأ ٦٦١/٦، شرح مختصر خليل ١٧٣/٨.

(٣) الأمل ١٢٤/٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٢٩٧/٨، أسنى المطالبين ٦٥/٣، تحفة المحتاج ٧٦٦-٧٧٧، حلية العلل ١٣٢/٦.

(٤) للعيني ٩٦/٦، القروع ٦٦٢/٤، الإصناف ٢١١/٧.

(٥) لغيره ٢٨٧/٩، ٤٤٧، ٢٦٥، ٣٨٩.

(٦) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.

قجملة الكلام فيه أنه إذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الأولى، والموصى له الثاني محل قابل للوصية، كان رجوعاً ...

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان، أو بعدي هذا لفلان، ثم قال: الذي أوصيت به لفلان، أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان، كان رجوعاً عن الأولى، وإمضاء للثانية^(١).

وقال الباجي في المنتقى بعد ذكر حكم الصورة الثانية: أن من أوصى بعبد ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، أنه يكون بينهما بتصفين^(٢): "إذا ثبت ذلك فقد حكى ابن الموار أنه بينهما حتى يبين أن القول الآخر رجوع عن الأول، مثل أن يقول: عدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمرو، فهذا رجوع، فإن لم يقبله الثاني فلا شيء فيه للأول".

وقال العمراني^(٣): "وإن وصى لرجل بشيء، ثم قال: ما أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان ... فهو رجوع عن وصيته الأولى؛ لأنه قد نقل الوصية من الأولى إلى الثانية، وصرح بذلك، وحكى الشيخ أبو إسحاق وجهاً آخر، أنه يكون بينهما، والأول أصح".

قال ابن قدامة^(٤): "(وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر، كانت لبكر)، هذا قوطم جميعاً، وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وهو -أيضاً- على مذهب الحسن وعطاء، وطاوس، ولا تعلم فيه مخالفاً".

الأدلة على ذلك:

١. أن الموصي صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لزيد، وأوصيت بها لبكر^(١).

(١) المنتقى شرح الموطأ ٦/٦٦١.

(٢) البيان ٨/٩٩٧.

(٣) المغني ٦/٩٦.

(٤) المغني ٦/٩٦.

٢. أن كون الموصى له الثاني محلاً للوصية، مع إعادة الوصية، لا يمكن حمل ذلك على الإشتراك؛ لأنه لما أعاد الوصية علم أنه أراد نقل تلك الوصية من الأول إلى الثاني، ولا ينتقل إلا بالرجوع، فكان ذلك منه رجوعاً^(١).

٣. أن تعريف المسند إليه والإتيان بضمير الفصل يفيدان القصر، والقصر يفيد إثبات الحكم للمذكور ونفيه عما عداه.

فقوله: الدار التي أوصيت بها لعمرو هي لزيد، معناه: هي له وحده.

فرع:

واختلف إذا كان الموصى له الأخير وارثاً:

فقال الحنفية، والشافعية^(٢): ذلك رجوع، ولا شيء للموصى به الأول، والخيار للورثة في إرضائه للوارث ورده؛ لما تقدم.

وقال ابن القاسم، وأشهب من المالكية^(٣): هو بينهما، وللوارث الخيار في رد نصيب الوارث.

ووجهه: أنه أوصى به في وجهين فاقتضى الشريك بينهما.

والأقرب:

القول الأول؛ لما تقدم من الدليل.

المطلب الثالث: الوصية لشخص بشيء، والوصية ببيع لشخص آخر:

مثل: الوصية لأحدهما بداره أو سيارته، ثم الوصية للآخر ببيع تلك الدار أو السيارة له.

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال^(٤):

القول الأول: أن الوصية بالبيع رجوع عن الوصية الأولى:

(١) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٣/٦، نهاية المحتاج ٩٧/٦، الرجوع عن التبرعات المحقة ص ٤٥٣.

(٣) لفتاوى ١٦١/٦.

(٤) انظر: المدونة ٦٥/٧.

القول الثاني: أنه ليس برجوع، ويبيع الموصى به للموصى له بالبيع بنقص ثلث

ثمنه:

وحجته: أنه أوصى له بثلاثة ضمنا، ويعطى الثمن للموصى له بالرقبة، جمعا بين الوصيتين ما أمكن، وهو أولى من إلغاء إحداها.

القول الثالث: أنه إذا لم يكن له مال، فالثلث بينهما على أربعة أجزاء:

للموصى له بالرقبة ثلاثة أرباع الثلث، وللموصى له بالبيع ربع الثلث.

وحجته: قياسا على من أوصى بجميع ماله لشخص، وبثلثه لآخر؛ لأن الموصى له بالبيع موصى له بالثلث، والموصى له بالرقبة موصى له بالجميع فيقسم الثلث بينهما أرباعا، وإن قال هو لفلان ويبيعه لفلان في كلام متصل بيع من الموصى له بثلثي ثمنه، وأعطى هذان الثلثان للموصى له بالرقبة.

وإن امتنع الموصى له ببيعه من شرائه أعطى ثلث ثمنه للورثة، على قاعدة الوصية المردودة فإنها ترجع ميراثا بين الورثة.

المبحث العاشر

المبطل العاشر: خلط الوصية بغيرها

المراد بالمسألة:

المراد بخلط الوصية بغيرها:

إذا أوصى بشيء معين معلوم^(١)، ثم خلطه الموصي بغيره، مثل أن يوصي لزيد بمائة صاع من البر، فإذا خلطه بغيره، فهل هذا رجوع عن الوصية، أم لا؟

تحرير محل النزاع:

خلط الموصى به بغيره له ثلاث صور:

المصورة الأولى:

أن يخلط الموصى به بغيره، وأمكن تمييزه منه، كخلط البر بباقلاء، فهذا اتفق الفقهاء عليه على أنه لا يعتبر رجوعاً؛ لإمكان التمييز بينهما^(٢).

المصورة الثانية:

أن يخلط الموصى به بغيره، ولا يمكن تمييزه منه، مثل: خلط صاع من صبرة معينة بأجود منها، أو يارداً منها^(٣)، ومثل: خلط رطل من زيت معين بزيت آخر، وخلط طعام بطعام، ودقيق معين بدقيق من نوع آخر، وحنطة معينة بحنطة من نوع آخر.

فهذا الخلط قد اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً على قولين:

القول الأول: أن خلط الوصية بغيرها بأي حال كان لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به المالكية^(٤).

(١) معنى المحتاج للتشريع ١١٤/٤، لمعني لأن قدامة ٩٨/٦.

(٢) انظر: الدر المختار مع شرحه رد المحتار ٦/٦٥٨، البيهقي العمري ٨/٢٩٩، معنى المحتاج ٤/١١٤، لمعني ٦/٩٨.

(٣) انظر: معنى المحتاج للتشريع ٤/١١٤.

(٤) انظر: الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد د. محمد كمال الدين إسماعيل ص ١٣١، والوصايا والوقف في الفقه

القول الثاني: أن ذلك يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

قال ابن عابد بن في الدر المختار^(٤): "وله: أي للموصي (الرجوع عنها بقول صريح) ...

(أو) فعل (يزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه إلا به ... وتصوف ... يزيل ملكه)؛ فإنه

رجوع، عاد الملكة ثانياً أم لا، (كالبيع والهبة)، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه".

وقال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب^(٥): "لو (أوصى بصاع جنطة معين ثم خلطه) بما

يتعذر تمييزه منه (فهو رجوع) وإن خلط بارداً منها؛ لأنه أخرجه عن إمكان التسليم".

وقال ابن قدامة في المغني^(٦): "وإن وصى بشيء معين، ثم خلطه بغيره على وجه لا

يتميز منه كان رجوعاً؛ لأنه يتعذر بذلك تسليمه، فيبدل على رجوعه، فإن خلطه بما

يتميز منه، لم يكن رجوعاً؛ لأنه يمكن تسليمه".

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. أن الأصل بقاء الوصية.

٢. أن الخلط لا يعدم الموصى به، بل هو باق بعده، وإن كان مختلطاً بغيره^(٧).

الإسلامي د. وفيه الرجولي ص ٥٠.

(١) كثر الدقائق للسفي ١٨٦/٦، الدر المختار للمصنفين مع شرحه رد المختار ٦٥٨/٦.

(٢) الأم للشافعي ١٢٤/٤، البيان في ملخص الإمام الشافعي للعمري ٢٩٩/٨، أسنى المطالب للأنصاري ٦٦/٣.

معنى الاحتاج للتشريع ١١٤/٤.

(٣) المغني ٩٨/٦، القواعد ص ١٣٠، الإتصاف ٧/٢١٣-٢١٤.

(٤) ٦٥٨/٦.

(٥) أسنى المطالب للأنصاري ٦٦/٣.

(٦) المغني لابن قدامة ٩٧/٦.

(٧) انظر: الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد د. محمد كمال الدين إمام ص ١٣٩.

ونوقش: بأن الموصى به يعد خلطه بما لا يمكن تمييزه في حكم المعدوم؛ لتعذر تسليمه إلى الموصى له.

دليل القول الثاني:

أن الموصى عندما خلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، أخرجته عن إمكان التسليم، فلا يمكن تسليمه إلى الموصى له، فكان دليلاً على رجوعه في الوصية^(١). ونوقش: بعدم التسليم، فالتسليم ممكن.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن خلط الموصى به بغيره بحيث لا يعتبر رجوعاً؛ لقوة دليله.

الصورة الثالثة:

خلط الموصى به بغير المعين، كما لو أوصى بقطار قمح من صبره، ثم خلطها بغيرها، وقد اختلف فيه فقيل: ليس برجوع مطلقاً، خلطها بمثلها أو بغير منها أو دونها؛ لأنه كان مشاعاً وبقي مشاعاً.

وقيل: إن خلطه بغيره كان رجوعاً؛ لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم ما هو خير منه فصار متعذر التسليم، فتبطل الوصية؛ لتعذر تسليمها، بخلاف ما لو خلطها بمثلها أو دونها فإنه لا يعد رجوعاً؛ لإمكان تسليمه بتسليم مثله أو ما دونه^(٢).

(١) انظر: أسنى المطالب للإحصاري ١٦٦/٣، مغني لابن قدامة ٩٧/٦.

(٢) المصادر السابقة.

المبحث الحادي عشر

المبطل الحادي عشر: استرجاع وثيقة الوصية من يد الموصى له ، أو من يد من وضعت عنده في

الوصية المطلقة ، أو المقيدة

إذا أوصى لشخص بثلته إن مات من مرضه، أو من مرضه هذا، وكتب وصيته،
وأشهد عليها، ووضعها عند الموصى له، أو عند أمين ثم استرجعها قبل برئه أو بعده، فإن
الوصية تبطل ذهب إليه بعض المالكية.

والأظهر:

الرجوع للقرائن.

المبحث الثاني عشر

المبطل الثاني عشر: تقطيع الوثيقة

وهو أقوى في الدلالة على الرجوع، كما أفق بذلك ابن الحاج.
ودليل ذلك:

(٢٦١) ما رواه مالك أنه بلغه: "أن رجلاً أتى عبدالله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن إني أسلفت رجلاً سلفاً، واشترطت عليه أفضل مما أسلفته، فقال عبدالله بن عمر: فذلك الربا، قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ فقال عبدالله: السلف على ثلاثة وجوه ... قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ فقال: أرى أن تشق الصحيفة"^(١).

فجعل شق الصحيفة إبطالاً للمحق^(٢)

(١) الموطأ (٦٨١/٢) بلاغاً.

ومن طريق الإمام مالك أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١١٦/٨، والبيهقي في سننه الكبرى ٣٥١/٥.

(٢) الوصايا والتنزيل ص ٥٤٣.

المبحث الثالث عشر

المبطل الثالث عشر: الجنون إذا طرأ بعد صدور الوصية

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية إذا طرأ على الموصي جنون على قولين:

القول الأول: عدم بطلان الوصية بجنون الموصي:

وهو مذهب المالكية والشافعية، والحنابلة^(١)

القول الثاني: بطلان الوصية بالجنون المطبق:

وهو مذهب الحنفية.

وفي قول لهم: الأمر موقوف على نظر القاضي: إن أجازها نفذت وإلا فلا.

واختلفوا في ضابط الجنون المطبق:

فقال أبو يوسف: ما امتد شهراً فأكثر.

وقال محمد بن الحسن: ما امتد ستة فأكثر. وفي قول لهم: ما امتد ستة أشهر^(٢)

الأدلة:

أدلة الرأي الأول: (عدم البطلان)

١. حديث: "رفع القلم عن ثلاثة: ... وعن المجنون حتى يفيق"^(٣)، فإنه يدل على

اعتبار الجنون وقت التصرف، وعدم الاعتداد بالجنون الطارئ، وذلك من

وجهين:

الأول: التعبير بلفظ المجنون بصيغة اسم المفعول، والقاعدة الأصولية: أن اسم الفاعل

وللمفعول حقيقة في الحال، أي حال التلبس بالوصف، فالجنون المرفوع عنه القلم هو من كان

في حال جنونه ساعة التصرف لا من جرّ مستقبل، فإن هذا لا يسمى مجنوناً، فلا يشمل

(١) المصادر السابقة.

(٢) ردايع الصنائع ٣٩٤/٧.

(٣) تقدم تحريجه برقم (١١٣).

الحديث، وبالتالي لا يرفع عنه القلم، ولا يبطل تصرفه الواقع في حال إفاقته بطرو جنونه.

الثاني: قوله: "حتى يفيق" يدل بمفهومه على الاعتداد بتصرفاته حال إفاقته، وهو عام فيمن بقي على إفاقته، وفيمن طرأ عليه الجنون بعد إفاقته، عملاً بقاعدة عموم المخالفة.

٢. أن الوصية صدرت من أهل فلا تبطل بزوال الأهلية بعد ذلك، كالبيع والإجارة، ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه عقد البيع والإجارة يقع لازماً لذا لم يؤثر فيه ما يطرأ عليه من زوال أهلية العاقد وتنتقل به الملكية بمجرد العقد، وانتهاء خيار المجلس، أما الوصية فعقد جائز، لا تنتقل به الملكية إلا بعد الموت.

أدلة القول الثاني: (البطلان)

١. قياس الوصية على الوكالة؛ إذ الوكالة تبطل بزوال أهلية الموكل بالجنون.. ونوقش هذا الاستدلال: أن قياس الوصية على الوكالة غير مسلم؛ لأن الوكيل يستمد ولايته من ولاية موكله، فإذا زالت أهلية موكله، فقد زالت ولاية الوكيل، أما الموصي فإنه يستمد ولايته من نفسه لا من غيره.

٢. أن من حق الموصي أن يبدل في وصيته، أو يرجع عنها ما دام حياً، وهذا الجنون العارض قد فوت عليه حقاً من حقوقه، فبطل وصيته.

ونوقش: أن هذا التفويت لا يؤثر في الوصية؛ لأنه فعلها وهو أهل للتبرع.

٣. أن الوصية عقد جائز، وغير لازم فكان دوامه كابتدائه، ولما كان الجنون غير أهل لإنشاء الوصية ابتداءً؛ لعدم التمييز كان الجنون الطارئ كالجنون وقت العقد لا تصح الوصية معه؛ لاحتمال أنه لو أفاق من جنونه لرجع عن وصيته.

٤. وفرقوا بين الجنون المطبق الذي أبطلوا به الوصية والجنون غير المطبق: بأن الجنون غير المطبق لا يزيل العقل بالإغماء والنوم وهما لا يبطلان العقد إذا طرأ عليه^(١).

ونوقش: أن تسوية الحنفية بين الجنون الطارئ والجنون المقارن للعقد لا تصح، ومخالفة لعدة قواعد:

الأولى: قاعدة الشك في المانع لا يؤثر لأن رجوعه إذا أفاق مجرد احتمال مشكوك فيه.
 الثانية: قاعدة الحكم بدور مع غلته وجوداً وعدمًا، فإنها تقتضي صحة وصية العاقل، لوجود العقل ساعة العقد.

الثالثة: قاعدة المعتبر في العقود وقت إنشائها، لا تبطل مما يطرأ عليها.

الرابعة: قاعدة أن الدوام ليس كالاتناء.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور لقوة دليله، وما فيه من الجمع بين الأدلة.



المبحث الرابع عشر

المبطل الرابع عشر: ردة الموصي

تقدم بحث هذه المسألة في حكم وصية المرتد.

المبحث الخامس عشر

المبطل الخامس عشر: تخلف شرط الوصي

كقوله: إن مت من مرضي هذا فسيارقي للفقراء أو لطلاب العلم، فإذا برئ من مرضه، فإن الوصية تبطل.

والدليل على ذلك:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وهذا يتضمن الإيفاء

بأصل العقد ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه.

٢. حديث أبي هريرة ﷺ: "المسلمون على شروطهم"^(٢).

قال ابن قدامة: "وتصح الوصية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: إن مت فتلني للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فتلني للمساكين، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة، ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة"^(٣).

وفرق المالكية بين الوصية المكتوبة وغير المكتوبة كما يلي:

١. إذا كانت الوصية غير مكتوبة فإنها تبطل.

٢. إن كانت مكتوبة ووضع الكتاب تحت يد غيره، ولم يسترده بعد تخلف شرطه كبره من مرضه فالوصية لا تبطل؛ لأن بقاء الكتاب تحت يد من هو في يده قرينة على استدامته لوصيته وإقراره لها.

٣. أن يسترجعه بعد تخلف الشرط من هو في يده فتبطل الوصية؛ لأن استرداد الكتاب قرينة دالة على رجوعه.

(١) من الآية ١ من سورة المائدة.

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٦٨).

(٣) المعنى ٦/٢٧٥.

فرع:

واختلف إذا ترك الكتاب بيده بعد الإشهاد على أقوال ثلاثة للمالكية:
القول الأول: إن مات في مرض آخر أو سفر آخر صحت، وإلا بطلت:
وهو المشهور عن مالك^(١).

وحجته: القياس على إذا ما أبقاه عند غيره.

القول الثاني: البطلان:

وحجته: القياس على ما إذا وضع الكتاب عند غيره واسترجعه؛ لأن الكتاب موجود
عنده في الحالتين.

ونوقش: بأن علة البطلان في المقيس عليه هي استرجاع الكتاب، فإنه يدل على
رجوعه لا مجرد وجود الكتاب عنده، وهذه العلة غير موجودة في المقيس.

القول الثالث: الصحة:

وحجته: أنها الأصل^(٢).

(١) لمصادر السابقة.

(٢) ينظر: المدونة ٢/٤، المنتقى ٦/١٤٤، الدخول ٧/٥٩، حاشية الزرقاني ٨/٢٨١، الوصايا والتأويل ص ٥٦٥.

المبحث السادس عشر

المبطل السادس عشر : استغراق ذمة الموصي بالتبعات والديون

إذ الوصية بعد الدين؛ لقوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنِي﴾^(١)،
وقد تقدم بحث هذا في شروط الموصي.

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

المبحث السابع عشر

المبطل السابع عشر: كون الموصى له وارثاً

تقدم بحث هذه المسألة في شروط الموصى له.

المبحث الثامن عشر

المبطل السادس عشر : ردة الموصي له

وقد اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك على أقوال:

القول الأول: صحة الوصية:

وحجته: أن الأصل الصحة؛ ولأن الوصية لا من فعل الموصي له ولا من عمله، فلا يشملها دليل البطلان.

القول الثاني: بطلان الوصية:

وحجته: القياس على ردة الموصي.

القول الثالث: إن علم الموصي برده ولم يرجع فلا تبطل، وإن لم يعلم الموصي

حتى مات بطلت:

وحجته:

١. أنه إن علم ولم يرجع فلاقراره لها بعد علمه.

٢. أنه إذا لم يعلم برده حتى مات بطلت؛ لأنه لم تطب نفسه بالوصية إلا بوصفه مسلمًا^(١).

(١) حاشية الزرقاني ١٧٩/٨، الوصايا والتزويل ص ٥٦٧.

المبحث التاسع عشر

المبطل التاسع عشر: هلاك العين الموصى بها، واستحقاق الموصى به المعين لغير الموصي

اتفق الفقهاء على أن الموصى به المعين إذا هلك أو تلف أو استحق جميعه، فإن الوصية تبطل لتعلقها بمعين، واستحالة تنفيذها عقلاً بذهاب عينه، أو شرعاً باستحقاقه سواء كان التلف والاستحقاق في حياة الموصي أو بعد موته؛ لأنه إذا كان الهلاك أو الاستحقاق قبل الموت فالوصية لم تصادف محلاً، وإن كان بعد الموت فإن التركة بيد الورثة أمانة ولا ضمان على أمين^(١).

وهذا بخلاف غصبه فإن الوصية لا تبطل به؛ لبقاء ملك الموصي عليه^(٢)، وتنفيذ إذا قدر عليه، والسرقة كالغصب.

فإن هلك البعض فقط أو استحق البعض فقط بطلت الوصية في القدر المستحق وإحاله وتنفذت في الباقي إذا حمله الثلث^(٣).

وفي حالة الهلاك الكلي أو الجزئي يتعد من الوارث أو غيره، فإن الوصية لا تبطل بذلك، ويتعلق ببطله الذي يغرمه المتعدي من مثل أو قيمة إذا كان التعدي بعد موت الموصي؛ لأن الوصية تمثل بالموت فعلى من تعدى عليها غرمها للموصى له؛ لأنها مال من أمواله^(٤)، بخلاف هلاكه بعد قبل الموت فإن الوصية تبطل والبدل الذي يغرمه المتعدي يأخذه الورثة بمنزلة ما لو باعه الموصي في حياته، فإن الوصية تبطل والنمن للورثة^(٥).

وفي رواية عن أحمد: أن الوصية لازمة في هذه الحالة وتعلق بكل التركة، فيشتري منها

(١) للغي ١٥٤/٦، ١٥٥، للفتي ١٦٣/٦، المدونة ٢٧٩/٤، ٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) الزرقاني ١٦١/٨.

(٣) المدونة ٢٨٠/٤، للغي ١٥٥/٦.

(٤) الذخيرة ٥٧/٧، الزرقاني ١٨٢/٨.

(٥) راجع المحتاج وفروعه وحواشيه ٩٣/٦، نهاية المحتاج ٩٥/٦، الرموني ٢٥٩/٨.

الموصى به إذا لم يكن موجودًا ويعطى للموصى له مراعاة لقصد الموصي ولفظه، فإن مقصوده إعطاء الموصى له ما سماه، فإذا لم توجد عينه في التركة اشترى منها ولا تبطل الوصية^(١).

(١) راجع للمعنى ١٤٩/٦، ٢٥٠.

المبحث العشرون

المعطل العشرون: رد الوصية

وتحت مطالب:

المطلب الأول: وقت الرد:

وتحت أقسام:

القسم الأول: أن يكون الرد قبل موت الموصي:

إذا أوصى شخص لآخر فلا اعتبار لقبوله ولا رده إلا بعد موت الموصي باتفاق المذاهب الأربعة، وعلى هذا لو قيل في حياة الموصي لم يعتبر قبوله، وكذا لو ردها^(١). قال الكسائي: "وقت القبول ما بعد موت الموصي، ولا حكم للقبول والرد قبل موت حتى لو رد قبل الموت، ثم قبل بعده صح قبوله"^(٢).

وقال ابن رشد: "وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له إلا بعد موت الموصي"^(٣). وقال الشافعي: "ولا يكون قبول ولا رد في وصية حياة الموصي، فلو قبل الموصي له قبل موت الموصي كان له الرد إذا مات، ولو رد في حياة الموصي كان له أن يقبل إذا مات ويحبر الورثة على ذلك؛ لأن تلك الوصية لم تحب إلا بعد موت الموصي"^(٤). قال المقدسي: "الثاني أن العطية يعتبر قبولها وردها حين وجودها كعطية الصحيح والوصية لا يعتبر قبولها وردها إلا بعد موت الموصي"^(٥).

ودليل ذلك:

١. أن الوصية إيجاب الملئ بعد الموت، والقبول أو الرد يعتبر، كذا الإيجاب؛ لأنه

(١) ينظر: المسوط ٤٧/٧، حاشية الديموي ٤٢٤/٤، الأم ٢٧١/٨، المغني ٤١٥/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣١/٧.

(٣) بداية الجتهاد ٢٧٤/٢.

(٤) الأم ١٠٢/٤.

(٥) العدة شرح العدة ٥١/٢.

جواب، والجواب لا يكون إلا بعد تقدم السؤال.

ونظيره:

إذا قال لامرأته: إذا جاء غد فأنت طالق على ألف درهم أنه إنما يعتبر القبول أو الرد إذا جاء غد كذا هذا، فإذا كان التصرف يقع إيجاباً بعد الموت يعتبر القبول بعده^(١).

٢. لأن الوصية لم تقع بعد، فأشبهه رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنه ليس بمحل للقبول، فلا يكون محلاً للمرد^(٢).

وعن زفر: لا تبطل بردها بعد الموت، كالإرث، بناء على أن القبول ليس ركناً ولا شرطاً؛ كما أن القبول بعد ردها بعد الموت لا أثر له^(٣).

وقال بعض المالكية: تبطل بردها قبل الموت.

ومشأ الخلاف: اختلافهم في إسقاط الشيء قبل وجوبه، كإسقاط الشفعة قبل البيع، فمن رآه لازماً قال تبطل الوصية بردها قبل الموت، ومن رآه غير لازم قال: لا تبطل بردها قبل الموت؛ لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه، وفي الحالتين معا إذا بطلت تعود لورثة الموصي^(٤).

القسم الثاني: أن يردّها بعد الموت، وقبل القبول، فيصح الرد، وتبطل الوصية^(٥).

قال ابن قدامة: "لا نعلم فيه خلافاً"^(٦)؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه، فأشبهه عفو الشفع عن الشفعة بعد البيع.

(١) بدائع الصنائع ٣٣١/٧.

(٢) للحن ٤١٥/٨.

(٣) الفتاوى الهندية ٩٠/٦، أحكام الوقف والوصايا للفراج ص ٥٩، حاشية الدسوقي ١-٢/٤.

(٤) الذخيرة ٥٦/٧، حماية الخزانة ٦٦/٦، المعيار ٢٤٤/٦.

(٥) ينظر: المبسوط ٤٨/٧، بدائع الصنائع ٣٣٩/٧، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، تحفة افتتاح ٣٧/٣، أسنى للطلاب

٤٣/٣، حاشية البحريني على الخطب ٣٤٨/٣، الفروع ٤٦١/٧، كشف القناع ٢١٣-٧، مطالب أولي النهي

٤٥٨/٤، شرح منتهى الإرادات ٤٥٣/٤-٤٥٤.

(٦) المصدر السابق.

القسم الثالث: أن يرد بعد القبول والقبض، فلا يصح الرد:

قال المرخسي^(١): "والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية"^(٢)؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فأشبهه رده لسائر ملكه، إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة^(٣).

القسم الرابع: أن يرد بعد القبول وقبل القبض:

اختلف العلماء على أقوال:

القول الأول: لا يصح الرد:

وهو المذهب عند الحنابلة، ووجهه عند الشافعية.

وحجته: لأنه قد ملك الموصى به إما بالقبول أو بالموت، فلم يصح رده؛ كما لو وهبه عينا وقبلها وقبضها بإذنه، ثم ردها.

وفي مطالب أولي النهى^(٤): "لم يصح الرد مطلقاً أي سواء قبضها أو لا، وسواء كانت مكيلًا أو موزونًا أو غيرها"^(٥).

القول الثاني: التفصيل بين المكيل والموزون وغيرها:

إن كان الموصى به مكيلًا أو موزونًا، صح الرد^(٦)؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، فأشبهه رده قبل القبول، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فهو كالمقبوض.

(١) المبسوط ٤٩/٢٨.

(٢) ينظر: المبسوط ٤٩/٢٨، تحفة المحتاج ٣٧/٣، أسنى لمطالب ٤٣/٣، حاشية الجرمي على الخطيب ١٣٤٨/٣، البيان ١١٧٣/٨، شرح منتهى الإرادات ٤٥٣/٤، كشف القناع ٢١٣٠/٧-٢١٣١.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٩/٢٨، وهو ابتداء فليك منهم له، أسنى لمطالب ٤٣/٣، تكملة المجموع ٣٠٠/١٦.

(٤) مطالب أولي النهى ٤٥٨/٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٤٥٣/٤، كشف القناع ٢١٣٠/٧-٢١٣١.

(٦) ينظر: الفروع ٤٦٢/٧.

القول الثالث: يصح الرد:

وهو وجه عند الشافعية، وهو المنصوص عليه.

وحجته: لأن ملكه لم يستقر عليها بالقبض، فصح الرد^(١).

والراجع:

عدم صحة الرد إلا برضا الورثة؛ لما تقدم أن الموصى له يملك الوصية بالقبول^(٢).

المطلب الثاني:

فإن صح رد الوصية، فإنها تعود إلى تركة الميت ومن ثم إلى ورثته؛ إذ إن الأصل في مال الميت أن يكون تركة لورثته إلا ما استثناه الميت لمن أوصى له، فإنه إن رده عاد إلى أصله وهو كونه تركة، وتبطل الوصية كأن لم تكن^(٣).

قال في المغني: "كل موضع صح الرد فيه، فإن الوصية تبطل بالرد، وترجع إلى التركة، فتكون للوارث جميعهم؛ لأن الأصل ثبوت الحكم لهم، وإنما خرج بالوصية، فإذا بطلت الوصية، رجع إلى ما كان عليه، كأن الوصية لم توجد"^(٤).

المطلب الثالث:

إذا رد الوصية وخص بردها بعض الورثة لم يتخصص، وكانت لجميع الورثة^(٥).
قال ابن مفلح^(٦): "ومتى رد أو قال: لا أقبله فتزكه وليس له تخصيص أحد وتصيب

(١) البيان ١٧٣/٨، وينظر: تكملة المجموع ٣٠١/١٦، أسنى المطالب ٤٣/٣، حاشية البجزمي على الخطيب ٣٤٨/٣، مغني المحتاج ٦٨/٣، وكذا ذكره ابن قدامة في المغني ٤١٥/٨.

(٢) ينظر: محبت ملكية الوصية.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٨/٢٨، بدائع الصلتع ٣٣٢/٧، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، الأم ٢٧١/٨-٢٧٢، المغني ٤١٦/٨، الفروع ٤٦٢/٧، كشف القناع ١١٣١/٧، مطالب أولي النهى ٤٥٨/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٤/٤.

(٤) المغني ٤١٦/٨.

(٥) ينظر: المبسوط ٤٩/٧، المغني ٤١٦/٨، الفروع ٤٦٢/٧، كشف القناع ٣٤٥/٤، مطالب أولي النهى ٤٥٩/٤، شرح منتهى الإرادات ٤٥٤/٤.

(٦) الفروع ٥٦٧/٤.

من لم يقبل ممن يمكن تعميمهم للورثة "

فرع:

قال في شرح المنتهى: "وإن امتنع موصي له بعد موت موصي من قبول ورد للوصية حكم عليه بالرد ومنقط حقه من الوصية لعدم قبوله"^(١).

وقال في المبسوط^(٢): "إذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته، ثم ردها على الورثة فرد جائر إذا قبلوا ذلك؛ لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحاً إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه؛ وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد، فإذا كان أصل هذا العقد يتم بالإيجاب والقبول كذلك يجوز فسخه بالتراضي".

(١) شرح منتهى الإرادات ٤/٤٥٤، ونظر: النياك ١٧٤/٦، حاشية الجمل ٤/٤٨-٤٩، تكملة المجموع ١٦/٢٩٨-

٣٠٠، البيان ١٧٤/٨، كشف القناع ٤/٣٤٥.

(٢) المبسوط ٢٨/٤٩.

المبحث الحادي والعشرون

المبطل العادي والعشرون: وفاة الموصي له

وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: وفاة الموصي له قبل الموصي أو معه:

إذا توفي الموصي له قبل الموصي أو معه، فهنا ثلاثة أقوال:

القول الأول: بطلان الوصية مطلقاً، علم الموصي بموته أم لا:

وهو مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم.

وبه قال الزهري، وحامد بن أبي سليمان^(١).

وذهب بعض المالكية: أنه إذا كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم فنصيبه لشركائه.

وحجته:

١. ما تقدم من الأدلة على أن الوصية تقبل وتملك بعد موت الموصي ولم يوجد^(٢).
٢. أن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فإذا مات الموصي له قبل موت الموصي لم يصح الإيجاب، كما لا يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته^(٣).
٣. ولأنها عطية صادفت المعطي ميتاً، فلم تصح كما لو وهب ميتاً^(٤).
٤. القياس على الإرث.
٥. أن الوصية إنما تجب بالموت، فإذا مات قبله لم يبق لها محل ومستحق.

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٢٨٥/٧، المسبوط ١٦٠/٢٧، العناية شرح الهداية ٤٨٨/١٠، البحر الرائق ٤٦٧/٨، المدونة ٣٧٨/٤، مواهب الجليل ٨٦٨/٦، الحقة المحتاج ٣٩/٧، حاشية القليوبي وعميرة ١٩٨/٣، للفتي ٦٨/٦، مطالب أولي النهى ٤٥٩/٤، اهمل ٣٦٤/٨، الوصايا والتنزيل ص ٥٥٩.

(٢) ينظر: مبحث ملكية الموصي به.

(٣) درر الحكام ٤٤٥/٢، مفتي المحتاج ٨٨/٤.

(٤) شرح للمصنف ٤٦١/٢، كشاف القناع ٣٤٥/٤.

القول الثاني: صحتها مطلقاً، ويستحقها ورثة الموصى له:

وبه قال الحسن البصري، والنخعي^(١).

وحجته: أنه أي الموصى به للموصى له بعد عقد الوصية، فيقوم الوارث مقامه، كما

لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول^(٢).

القول الثالث: التفصيل بين علمه بوفاته وعدمه:

فإن علم بوفاته ولم يغير وصيته فهي لورثة الموصى له، وإن لم يعلم بوفاته بطلت،

وعادت لورثة الموصي.

وهو قول عطاء^(٣).

وحجة هذا القول:

١. أن الموصي لما أعلم ب وفاة الموصى له ولم يغير وصيته كان ذلك دليلاً على أنه

قصد جعله لورثته، وإبقاء لهم، فتعطى لهم.

٢. ولأن استمراره على وصيته بمنزلة إنشاء وصية جديدة لورثة الموصى له، بخلاف ما

إذا لم يعلم، فإن الوصية تبطل؛ لاحتمال أنه لو علم بوفاته لرجع عن وصيته.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه لم يغير وصيته بعد علمه بوفاته لمعرفته ببطالان الوصية

بموته، والأموال لا تنتقل بالشك.

الترجيح:

الراجح: - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

المطلب الثاني: وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي:

فإن كان بعد قبوله، فبالاتفاق على أن الوصية تورث عنه؛ لاستحقاقه لها بالقبول،

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٢٨٥/٧، سنن سعيد بن منصور ١٤٤/١، لمعي ٦٨/٦.

(٢) لمعي ٦٨/٦.

(٣) النظر: لمعي ٦٨/٦.

ومن مات عن حق قلوته.

وأما من مات قبل القبول، فاختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن حق القبول ينتقل للوارث، فإن شاء قبل، أو رد، ولا يبطل

بموت الموصى له:

ذهب إلى ذلك المالكية على الراجح عندهم^(١)، والشافعية^(٢).

وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين وهي المذهب^(٣).

إلا أن المالكية استثنوا حالة واحدة: إذا كان الموصي يريد توصيته عين الموصى له

وشخصه، فإن الوصية تبطل بوفاته، وليس لوارثه القبول حينئذ^(٤).

القول الثاني: أن حق القبول يبطل بموت الموصى له، فلا ينتقل للوارث، فتبطل

الوصية، وتكون لورثة الموصي:

ذهب إلى ذلك أبو بكر الأهمري من المالكية^(٥).

وهو وجه عند الشافعية^(٦)، والرواية الثانية عند الحنابلة^(٧).

القول الثالث: أن حق القبول والرد يبطل بموت الموصى له، وتدخل الوصية في

ملك الوارث، وليس له أن يرد:

ذهب إلى ذلك الحنفية^(٨).

(١) المدونة ٣٥٠/٦، المغونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٤٤/٣، للمقدمات ١٢٠/٣، الفخوة ٥٥٠/٧.

(٢) الخازني الكبير ٢٥٧/٨، حلية العلماء ٧٦/٦، روضة الطالبين ١٤٣/٩.

(٣) للنفسي ٤١٦/٨، شرح الزركشي ٣٧١/٤، قواعد ابن رجب ص ٣٤٣، إرش الحقوق ٢/٢٣٤.

(٤) الرزقاني ٢٩٦/٤، نهاية المحتاج ٦٦/٦، للنفسي ٢٤/٦.

(٥) المدونة ١٦٤٤/٣، مواهب الجليل ٣٦٧/٦.

(٦) حلية العلماء ٧٦/٦.

(٧) للنفسي ٤١٧/٨، الإتصاف ٢٠٦/٧.

(٨) الكتاب ١٧٠/٤، المغنية ٥٨٥/٤.

وهو قول عند المالكية^(١)، ووجه عند الحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. أن القبول حق ثبت للمورث فثبت للوارث بعد موته؛ لقوله ﷺ: "من ترك مالا فلمورثه"^(٣)، وكخيار الرد بالغيب^(٤).
٢. أن كل سبب استحق به المرء تملك عين غير اختيار مالكة لم يطل بموته قبل تملكها، كالرد بالغيب^(٥).
٣. أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين، فلم يطل بموت من له الخيار، كعقد الرهن، والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما^(٦).
٤. أن الوصية عقد لا يطل بموت الموجب، فلا يطل بموت الآخر، كالرهن والبيع^(٧).
٥. وحجة المالكية على ما ذكره من الاستثناء: القياس على الهبة إذا قصد بها عين الموهوب له، فإنها تطل بموته قبل القبول.

أدلة القول الثاني:

١. أن الوصية عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد، كالهبة^(٨).

(١) للمقدمات ١٢٠/٣.

(٢) قواعد ابن رجب ج ١ ص ٤٣.

(٣) سبق نظريته برقم (٦٤).

(٤) للمعني ٤١٧/٨، شرح منتهى الإرادات ٥٤٥/٢.

(٥) الحاوي الكبير ٢٥٨/٨.

(٦) للمعني ٤١٧/٨.

(٧) للمعني ٤١٧/٨.

(٨) للمعني ٨٤١٧، شرح البركشي ٣٧٢/٤.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القياس على الهبة قياس مع الفارق؛ ذلك أن الهبة عقد جائز من الطرفين ويطل بموت الموصي له، بخلاف الوصية^(١).

٢. أن خيار القبول لا يتعارض عنه، فبطل بالموت كخيار المجلس، والشرط، وخيار الأخذ بالشفعة^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح القياس على الخيارات؛ لأن موت الموصي له لم يبطل الخيار، ويجعل العقد لازماً، بخلاف الخيارات فإنها إذا بطلت بالموت صار العقد لازماً، لا باطلاً.

٣. أن الوارث إنما ينتقل إليه ما تحقق سببه، وهذا السبب معدوم لعدم القبول^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن سبب استحقاق القبول هو الإيجاب، وقد تحقق، ويمكن أن يقال -أيضاً-: إن الموروث هنا إنما هو حق التملك، وقد تحقق سببه وهو الإيجاب، وليس حق الملك حتى يشترط تحقق سببه وهو القبول، فبين المسألتين فرق -والله أعلم-.

أدلة القول الثالث:

١. أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً، لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصي له، فإذا مات دخلت في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الوصية عقد يقتصر إلى قبول الممتلك، فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة^(٥).

(١) للمعني ٤١٧/٨؛ إرث الحقوق ٢/٢٣١.

(٢) للمعني ٤١٧/٨؛ شرح الزكشي ٤/٣٧٢.

(٣) المحررة ٥٢/٧.

(٤) المسألة ٤/٥٨٥، رد المحتار ٥/٤٢١.

(٥) للمعني ٤١٧/٨؛ إرث الحقوق ٢/٢٣٣.

٢. أن أحد الركنين من جانب الموصى له وهو القبول لا يشترط لعينه، بل لوقوع اليأس عن الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له^(١).
ونوقش هذا الاستدلال: بأن الموصى له إذا لم يملك إلا بالقبول، وهو أصل، فوارثه أولى أن لا يملك بغير قبول وهو فرع^(٢).

٣. أن القبول لما تعذر ممن له حق القبول سقط اعتباره لمكان العذر، كما لو كانت الوصية للمساكين^(٣).

ونناقش هذا الاستدلال: بأنه لا يسلم سقوط اعتبار القبول لمكان العذر كالبيع، وسائر العقود، ولا يصح القياس على الوصية للمساكين؛ لأنه لا يشترط القبول لصحة الوصية لغير معين بخلاف الوصية للمعين، فإن القبول شرط فيها.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من المناقشة، ولكونه وسطاً بين القولين الآخرين.

فروع:

وإن شك في موت الموصى له هل كان قبل موت الموصى أو بعده أو جهل ذلك بطلت الوصية، ولا شيء لورثة الموصى له قياساً على الإرث^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٣٣٢/٧.

(٢) أسنى المطالب ٤٣/٣.

(٣) شرح الزركشي ٣٧٦/٤.

(٤) الدخوة ١٤/٧.

المبحث الثاني والعشرون

المبطل الثاني والعشرون: قتل الموصى له للموصي

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء:

١. في صحة الوصية إذا كان القتل بحق، كقصاص وحد.
٢. ولا خلاف في صحتها إذا كان القتل لعذر الدفاع عن النفس، أو المال، أو العرض، أو الدين في حدود الدفاع المشروع.
- وقد اختلف الفقهاء في الوصية للقاتل فيما عدا ذلك.
- وسبب الخلاف: عدم وجود نص صحيح صريح في الموضوع، فلم يوجد إلا عمومات متعارضة، وأقيسة متباينة.

القول الأول: التفصيل بين أنواع القتل، وأحوال القاتل، فأجازوه مطلقاً فيما يلي:

١. إذا كان القاتل غير مكلف تقدمت الوصية، أو تأخرت^(١).
٢. إذا كان القتل خطأ تقدم أو تأخر كذلك.
- وفيما عدا هذه الحالات، وهي إذا كان القاتل مكلفاً، والقتل عمداً عدواناً بغير حق ولا عذر، فإن هنا تفصيلاً بين القتل المتأخر عن الوصية والقتل المتقدم عليها:

ففي الحال الأولى:

إذا أوصى له فقتله، فإنها تبطل اتفاقاً، إذا مات المقتول مكانه، أو عاش بعض الوقت ولم يعلم بقاتله.

وأما إن علم بقاتله، وأنه هو فلان الموصى له، ولم يعر وصيته، فإن الوصية تصح في هذه الحالة على المعتد.

وقيل: تبطل^(٢).

(١) الذخيرة ٩٣/٧، الرهوي ٢٣٩/٨.

(٢) المدونة ٢٣٩/٤، الرهوي ٢٣٩/٨.

وفي الحال الثانية:

إذا ضربه أو جرحه، ثم أوصى له، فإن الوصية تصح اتفاقاً إذا علم أن الذي حاول قتله هو فلان، ومع ذلك أوصى له، فإن لم يعلم بأنه حاول قتله، وأوصى لشخص يظنه بريئاً من دمه فإذا هو قاتله في الواقع، فإن الوصية لا تصح له على الأظهر، وقيل: بصحتها.

وهذا قول المالكية^(١).

وعند الحنابلة: الفرق بين أن يوصى له بعد الجرح: فيصح، وقيله: لا يصح. ونص بعض الحنابلة: كل قتل مضمون بقصاص أو دية، أو كفارة: يمنع القاتل ميراث المقتول، سواء كان عمداً أو خطأ، مباشرة أو سبب، وسواء انفرّد بقتله أو شارك بمنعه الوصية^(٢). القول الثاني: بطلان الوصية للقاتل مطلقاً، سواء كان القتل عمداً أو خطأ، قبل الوصية أو طرأ عليها انفرّد القاتل بالقتل، أو شاركه غيره، ولو كثروا، بشرط أن يكون القتل مباشرة، والقاتل مكلفاً.

وأجازوها إذا كان القاتل صبيّاً، أو مجنوناً، أو كان القتل تسبباً، أو كان بحقي، أو في حالة الدفاع المشروع. وهو مذهب الحنفية.

القول الثالث: صحة الوصية للقاتل مطلقاً، تقدم القتل، أو تأخر عن الوصية، وسواء كان القتل عمداً عدواناً أم لا، وسواء كان القتل مباشرة أم تسبباً، وسواء كان القاتل مطلقاً أم لا.

وهو الأظهر عند الشافعية.

ووجه عند الحنابلة: اختاره ابن حامداً

(١) انظر: الذخيرة ٢٨/٧.

(٢) الإيضاح ٢٣٢/٧.

القول الرابع: بطلان الوصية بقتل الموصي من طرف الموصى له مطلقاً ولو كان القاتل صغيراً، أو مكرهاً، وسواء كان القتل عمداً أو خطأ، أو مشروعاً لقصاص ونحوه، أو كان لعذر لدفاع عن النفس، أو المال أو العرض، وسواء كان مباشرة أو تسبياً، ولو كان حاكماً حكم على شخص بقتل، أو شاهداً شهد عليه بما يوجب القتل أو زكياً من شهد بوجوبه^(١) وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة.

دليل القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾^(٢) فالآية نص في عدم مواخذة المخطئ بخطئه، ولو أبطلت الوصية للمقاتل خطأ لكان مواخذة له بخطئه.

٢. حديث: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"^(٣) وهو يقتضي عدم تكليفهما بما يصدر عنهما في حال الصغر والجنون، فلا تبطل الوصية بقتلهما؛ لما في ذلك من مواخذتهما بفعلهما.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القتل مانع، والمانع يستوي فيه للكلف وغيره؛ لأنه من خطاب الوضع الذي لا يشترط في التكليف^(٤).

٣. أدلة الإذن في القتل الحق؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات، والإذن في الشيء يدل على مشروعيته، وصحته عند وقوعه، وعدم المعاينة على فعله، فلو حرم

(١) لغاية اختلاج وحواشيه ٢٧٤/٤، حاشية الشرفاوي ٧٦/٢.

(٢) من الآية ٥ من سورة الأحزاب.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٢١٣).

(٤) الفروق للقرافي ١/١٦١.

القاتل بحق من الوصي لكان ذلك معاقبة له عليه، والعقوبة على الشيء تقتضي تحريمه فيلزم اجتماع الضدين: الإذن في القتل، والنهي عنه وهو محال.

(٢٦٢) ٤. وما رواه البخاري من طريق عكرمة، ومسلم من طريق ثابت مولى عمر بن عبد الرحمن، عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: "من قُتل دون ماله فهو شهيد"^(١).

قلو حرم الدافع عن وصيته بسبب قتله الموصي أثناء دفاعه لكان ذلك عقاباً يقتضي تحريمه، فيجتمع الأمر بالقتل والنهي عنه، وهو لا يجوز.

٥. عموم أدلة الوصية، فإنها تعم القاتل وغيره.

خرج منها قاتل العمد العدوان إذا كان مكلفاً؛ لأتمامه بقصد استعجال الوصية قبل وجوبها، فعوقب بحرمانه منها؛ فيبقى من عداة داخلاً في النص مشمولاً له؛ لانتفاء هذه العلة، والعام المخصوص حجة في الباقي، كما أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً، وهذه الحالات التهمة فيها متتمة.

٦. ووجه القول ببطلانها إذا لم يعلم الموصي بقاتله هو قاعدة: أن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.

وأما سبب الخلاف إذا علم ولم يغير وصيته فهو الخلاف في السكوت هل يدل على الرضا أم لا؟

فمن اعتبره دالا على الرضا قال: سكوته بعد علمه بقاتله دليل على رضاه ببقاء وصيته له، وعدم رجوعه، أو هو بمنزلة الوصية له بعد الحرج.

ومن اعتبره لا يدل على الرضا قال ببطلانها، إلا أن ينشئ وصية جديدة لبطلان الأولى بالقتل العمد العدوان، ورأى السكوت غير كاف في الدلالة على الرضا ببقاء

(١) صحيح البخاري في المظالم، باب من قتل دون ماله (٢٣٤٨)، ومسلم في الإيمان، باب القليل على أن من قصد مال غيره ... (٣٧٨).

وصيته الأولى له.

٧. وحجة القول بصحتها في حالة العلم بقاتله: هو عموم أدلة الوصية، وعموم قوله

ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (١) وإبطال الوصية

بتدليل لها، فلا يجوز إلا بدليل خاص يصلح أن يكون مخصوصاً لهذه العمومات.

٨. أن تأخر الوصية عن الجرح ينفي عن الجرح فحمة استعجال الشيء قبل أوائله،

فلا تشمل القاعدة السابقة (٢).

٩. أن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها،

بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها؛ لأنه يبطل ما هو أكد

منها، بحقيقته أن القتل إنما منع الميراث، لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي

انعقد سببه فعورض بتقيض قصده، وهو منع الميراث، دفعاً لمفسدة قتل

الموروثين، ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارئ عليه - أيضاً -، وهذا المعنى متحقق

في القتل الطارئ على الوصية، فإنه ربما استعجلها بقتله، وفارق القتل قبل

الوصية، فإنه لم يقصد به استعجال مال، لعدم انعقاد سببه، والموصي راض

بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه.

١٠. أنه إذا كان الجرح بعد الوصية، فالظاهر ندم الموصي على وصيته ورجوعه عنها،

فحمل على ذلك، وإن لم يصرح بالرجوع، بخلاف الجرح قبل الوصية، فالظاهر

أله أوصى له بقصد مقابلة البيئة بالحسنة.

دليل القول الثاني:

(٢٦٣) ١. ما رواه أبو داود من طريق شيبان، حدثنا محمد - يعني ابن راشد -، عن

(١) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣٩/٧، الفتاوى الهندية ١١/٦.

سليمان - يعني ابن موسى - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال:
قال رسول الله ﷺ: «ليس للقاتل شيء»^(١).

(١) سنن أبي داود كتاب النكاح، باب ذوات الأعضاء (٤٥٦٦). وأخرجه البيهقي ٢٢١/٦ من طريق محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، ٩.

وأخرجه النسائي في الفرائض، باب توريث القاتل ٧٩/٤، والدارقطني في الفرائض ٩٧/٤، وابن عدي في الكامل ٢٩٧/١، والبيهقي ١٨٦/٨ من طريق إسماعيل ابن عياش، عن يحيى بن سعيد، وابن جريح، وأبى بن الصباح، عن عمر بن شعيب، وهذا ضعيف لما يلي:

١- أن ابن جريح لم يسمع من ابن شعيب.

٢- أن إسماعيل بن عياش روى عن غير بلد، وحالف الثقات في ابن سعيد كمالك، وأبي خالد الأحمر، ويزيد بن هارون، وهشيم، والثوري، يروونه عن يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب قال عمر ﷺ سمعت رسول الله ﷺ يذكر الحديث، فجعله من مسند عمر، أما حديث مالك، فأخرجه في اللوط ٢/٢٦٠، ومن طريقه الشافعي في الرسالة ص ١١٧١ وعبد الرزاق ٤٠٢/٩، والنسائي في الكبرى ٧٩/٩، وأما حديث أبي خالد فأخرجه ابن ماجه ٨٨٤/٢.

وأما حديث يزيد وهشيم وأخرجه أحمد ١٤٩/١ والبيهقي ١٣٤/٨، وأما حديث سفيان الثوري، فأخرجه عبد الرزاق ٤٠٣/٩.

وأخذت من جميع هذه الأوجه منقطعة مداره على عمرو بن شعيب، ولم يسمع من عمر ﷺ كما قال أبو زرعة (المراسيل لابن أبي حاتم ١٤٨). وقال البيهقي في المعرفة ١٠٣/٩: هذا مرسل.

وأخرجه الدارقطني ٩٥/٤ من طريق عبد الله بن جعفر، وسفيان بن عيينة، كلاهما عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن النسيب، عن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس للقاتل ميراث»، وهذا رجاله ثقات، وفي صحيح سعيد من عمر خلاف.

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة ﷺ: أخرجه الترمذي في الفرائض ٤٢٥/٤، وابن ماجه في النكاح ٨٨٣/٢، والدارقطني في الفرائض ٩٦/٣، وابن عدي في الكامل ٣٢٨/١، والبيهقي في الفرائض ٢٢٠/٦، من طرق عن الليث بن سعد عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ﷺ. وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح، ولا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل.

وقد جاء من حديث ابن عباس ﷺ قال: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غنمه، وإن كان والده أو ولده فإن الرسول ﷺ قضى أن ليس للقاتل ميراث». أخرجه عبد الرزاق ٤٠٤/٩، ومن طريقه البيهقي، في الفرائض ٢٢٠/٦.

فالقائل تكرة في سياق النفي فتعم، وفي الرواية الثانية مقردة محلى "بأل" فيعم، كما أن لفظ "شيء" في الحديث تكرة في سياق النفي، فتعم كل شيء، فيشمل العمد، وشبه العمد، والخطأ.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: الضعف.

الوجه الثاني: أن المراد بالوصية فيها الإرث، فإنه وصية في الشرع، كما جاء في قوله

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِي فِي الْأُلْفَةِ﴾^(١)، ﴿وَصِيَّةٌ مِنَ اللَّهِ﴾^(٢) فسمى الإرث وصية.

الوجه الثالث: أنها محمولة على من أوصى لمن قتله أو يقتل غيره؛ كأن يقول أعطوا

لمن يقتلني، أو لمن يقتل فلانا كذا، وإنما لم تصح الوصية في هذه الحال؛ لأنها وصية لغير معين، فصارت وصية لجهة معصية وهي باطلة كما سبق^(٣).

الوجه الرابع: أنه على تسليم صحتها، وإرادة ظاهرها، فإنها معارضة بعموم أدلة

الوصية، وإطلاقها، المقتضية جوازها للقاتل، فتعين الجمع بينها بحمل أدلة الجواز على حال، وأدلة المنع على حال آخر، وهو ما فعله المالكية كما سيأتي.

(٢٦٤) ٢. ما رواه الدارقطني من طريق أبي بكر بن عيَّاش، عن مُطَرِّف، عن الشعبي.

عن معمر بن رجل قال عبد الله بن عمرو بركة عن عكرمة، عن ابن عباس، وهذا إسناد ضعيف لحال عمرو بركة، وأصح عمرو بن عبد الله بن الأسوار البجلي.

قال أحمد: له مناصره، وقال الأزدي: موقوف الحديث، وقال ابن حجر: صدوق فيه لين، ينظر: الكامل ٥٤٤، للميزان ٢٧١/٣، التقریب ٥٠٦٠.

وأخرجه الدارقطني في الفرائض ٩٥/٤ من طريق سفيان، عن ليث، عن طاووس، عن ابن عباس، وهذا إسناد ضعيف لحال ليث ابن أبي سليم (الترخيص ٨٥/٣).

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٣) نهاية المحتاج ٤٨/٦، تحفة الطلاب ٧٦/٢.

قال: قال عمر رضي الله عنه: "لا يرث القاتل خطأ ولا عمداً" (١)

وإذا كان القتل مانعاً من الإرث، فإنه يكون مانعاً من الوصية من باب أولى وأحرى؛ لأن الميراث أقوى من الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: الضعف.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الإرث جبري والوصية اختيارية، فلا يصح هذا القياس لوجود الفارق بينهما.

٣. القياس على الإرث، وقد تقدم الجواب على هذا.

أدلة القول الثالث: (الصحة مطلقاً)

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. أدلة الوصية: فإنها جاءت عامة تارة، ومطلقة تارة، مثل قوله ﷺ: «أَوْصِيَةٌ لِلَّذِينَ يَدِينُونَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ» (٢)، «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بَهَا أَوْ دِينَ» (٣) غيرها، والعام محمول على عموم، والمطلق محمول على إطلاقه حتى يرد المخصص أو المقيد، وبذلك تشمل هذه الأدلة الوصية للقاتل في جميع الأحوال والظروف؛ لقاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال.

ونوقش الاستدلال بهذه الأدلة من وجهين:

الوجه الأول: تخصيصها وتقييدها بأدلة القول الأول.

وأما القول بصحتها مطلقاً، فإنه يعارض القاعدة الأصولية والفقهية: أن من استعجل

(١) سنن الدارقطني ١/٤٠١، ومن طريقه البيهقي في المشن الكبرى ٦/٦٦٠، وهو متفق.

(٢) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٩١ من سورة النساء.

شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد^(١).
فإنهما تقضيان بحرمان القاتل من الوصية، إذا قتل الموصي له عمداً عدواناً بغير حق،
ولا عذر بعدما أوصى له.

وأجيب: بأن هذا الحكم استثناء من القاعدة المذكورة^(٢).

ورد: أن الحكمة من وراء هاتين القاعدتين هي زجر الناس من ارتكاب ما لا يجوز فعله؛
لتحقيق أغراضهم بوسائل محرمة، وهذه الحكمة موجودة في القتل العدوان، وهي زجر الموصي
لمن قتل الموصي لاستعجال وصاياهم، فالواجب تطبيق القاعدة وعدم الاستثناء.
الوجه الثاني: أن حرمان القاتل بحق، وفي حالة الدفاع المشروع يتناقض مع الإذن لهم في
القتل.

٢. قياس الوصية على الهبة والبيع يجمع أن كلا منهما تصرف ينقل الملك، فكما أن
الهبة والبيع لا يبطلان بقتل الواهب والبائع بعد وقوعهما، فإن الوصية كذلك لا
تبطل بقتل الوصي له الموصي.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ لأن الهبة عقد بات لا يتوقف على موت
الواهب، فلا يتأتى فيها اتحام الموهوب له بقصد استعجال هبته بقتل الواهب له، عكس
الوصية فإنها متوقفة على موت الموصي، فالتهمة فيها قوية، ومع وجود هذا الفارق بين
الوصية والهبة والبيع يمتنع قياس الوصية على الهبة.

دليل القول الرابع:

١. حديث: "ليس لقاتل وصية" وفي رواية: "لا وصية للقاتل"^(٣).

(١) انصاف المسالك ص ٣١٥.

(٢) حاشية الشراوي ٧٦/٢.

(٣) أورده في الدعوى ٢٨/٧، الكاساني في البدائع ٣٤٠/٧.

٢. وحديث: "ليس لقاتل شيء"^(١)، فالقاتل نكرة في سياق النفي فتعم.

وفي الرواية الثانية مفردة على "بأل" فيعم كما أن لفظ "شيء" في الحديث نكرة في سياق النفي فتعم كل شيء، فتدخل في ذلك الوصية بطريق العموم الظاهر، كما تدخل في الحديث الأول والثاني بطريق النص، وعموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال، وبذلك تدل هذه الأحاديث على بطلان الوصية للقاتل مطلقاً، في جميع الظروف والأحوال.

ونوقش القول ببطلانها مطلقاً ولو كان القتل خطأ، والقاتل غير مكلف، أو كان القتل بحق أو عذر، بأنه يعارض نصوص الكتاب والسنة، التي تقتضي عدم مؤاخاة الصغير والمجنون بفعلهما، وعدم معاقبة المخطئ على خطئه، والإذن في الدفاع المشروع، وتنفيذ القتل بحق، ولا شك أن حرمان الصغير والمجنون والمخطئ من وصاياهم فيه نوع معاقبة على فعلهم، وهي مرتفعة شرعاً كما تقدم.

على الوجه المذكور نص قوله عليه السلام: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢).
الترجيح:

الأرجح - والله أعلم - ما ذهب إليه المالكية؛ إذ فيه الجمع بين أقوال المسألة وأدلتها.
شرح:

اختلف العلماء إذا أجاز الورثة الوصية للقاتل عمداً:

فقال أبو حنيفة، ومحمد، بصحتها.

وقال أبو يوسف: ببطلانها.

واتفقوا على إجازتها بإحالة الورثة إذا كان القتل خطأ.

ومتشأ الخلاف في القتل العمد هو اختلافهم لمن الحق في ذلك؟.

(١) تقدم غريبه برقم (٢٦٣).

(٢) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

فمن رأى الحق في ذلك لله قال: لا يجوز وإن أجازوها؛ لأنه لا حق لهم فيسقطوه.
ومن رأى أن الحق للورثة قال: إذا أجازوها جازت^(١)، كما أجازها أبو حنيفة إذا
أوصى لقاتله وليس له وارث سوى القاتل^(٢).

فروع أخرى:

أن القتل المانع من الوصية عند القاتلين به: هو قتل الموصى له الموصى، وأما إذا قتله
ولد الموصى له، أو والده، أو زوجته، فإن الوصية لا تبطل بذلك؛ لأن علة بطلان الوصية
بالقتل هي اتهام القاتل باستعجال وصيته وهي غير موجودة، إذا كان القاتل غير الموصى
له؛ لأنه ليس له ما يستعجل؛ لأن الموصى له لم يفعل شيئاً، فلا تبطل وصيته بخيانة غيره؛
لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^{(٣)(٤)}.

(١) للمنازع ٣٤٠/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٣١/٦.

(٣) من الآية ١٦٤ من سورة الأنعام.

(٤) الوضائيا والتفريغ ص ٥٦٦.

المدرس الموضوعات
الجزء السابع
احكام الوصايا

فهرس الموضوعات

الجزء السابع .. أحكام الوصايا

الصفحة	الموضوع
١	الباب الرابع: الموصى به
٢	الفصل الأول: ما يدخل في لفظ الوصية، ووقت ملك الوصية
٣	المبحث الأول: كمال مال مملوك للموصي وقت موته
٧	المبحث الثاني: الذمة
١١	المبحث الثالث: تمام الموصى به
١٤	المبحث الرابع: وقت ملك الموصى به
١٩	الفصل الثاني: شروط الموصى به
٢١	المبحث الأول: الشرط الأول: أن يكون الموصى به موجوداً معلوماً مقدوراً على تسليمه
٢١	المطلب الأول: أن يكون الموصى به موجوداً
٢٣	المطلب الثاني: أن يكون الموصى به معلوماً
٢٣	المطلب الثالث: أن يكون الموصى به مقدوراً على تسليمه
٢٥	المبحث الثاني: الشرط الثاني: أن يكون الموصى به مالاً شرعاً
٢٥	المطلب الأول: الوصية بالمال الحرام
٢٥	المسألة الأولى: أن يكون محرماً عليه
٢٧	المسألة الثانية: الوصية بما يستعان به على الباطل
٢٩	المسألة الثالثة: أن يكون محرماً لكسبه
٤٢	المطلب الثاني: الوصية بالمختص، كالكلب ونحوه
٤٤	المبحث الثالث: الشرط الثالث: اشتراط الحرية لصحة الوصية
٤٧	المبحث الرابع: الشرط الرابع: أن يكون الموصى به متحقق الحياة
٤٧	المطلب الأول: حكم الوصية بالحمل
٤٧	المطلب الثاني: شروط الوصية بالحمل
٥٥	المبحث الخامس: الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث
٥٥	المطلب الأول: حكم الوصية بأزيد من الثلث
٥٥	المطلب الثاني: حكم الوصية بأزيد من الثلث بعد وقوعها

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث: الوصية بجميع المال من لا وارث له	٥٩
المطلب الرابع: وقت اعتبار الثلث	٦٥
المبحث السادس: الشرط السادس: اشتراط عدم الشيوع في الموصى به	٦٨
المبحث السابع: اشتراط كون الموصى به حياً	٧٢
المطلب الأول: تعريف المنفعة	٧٠
المطلب الثاني: مشروعية الوصية بالمنافع	٧١
المطلب الثالث: شرط الوصية بالمنافع	٧٤
المطلب الرابع: إرث الوصية بالمنفعة	٧٧
المسألة الأولى: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بحياة الموصى له	٧٧
المسألة الثانية: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بزمان أو مؤبدة	٧٧
المسألة الثالثة: أن تكون الوصية بالمنفعة مطلقة غير مؤقتة	٧٩
المطلب الخامس: أقسام الوصية بالمنافع	٨٠
المطلب السادس: ملكية الموصى له بالمنافع	٨١
المطلب السابع: حكم تصرف الموصى له بمنافع الوصية	٨٢
المسألة الأولى: إذا أوصى بالاستعمال والاستغلال	٨٢
المسألة الثانية: إذا أوصى بالاستغلال فقط	٨٣
المسألة الثالثة: إذا أوصى بالاستعمال فقط	٨٣
المسألة الرابعة: إذا كانت الوصية مطلقة	٨٥
المطلب الثامن: المنفعة المشتركة	٨٦
المطلب التاسع: بدء الاستفادة من المنفعة الموصى بها	٨٨
المطلب العاشر: بيع المنفعة الموصى بها	٨٩
المطلب الحادي عشر: نفقة العين الموصى بمنفعتها	٩٢
المسألة الأولى: سقي الشجرة لموصى بشرقها	٩٢
المسألة الثانية: نفقة غير الشجر	٩٤
المطلب الثاني عشر: إتي بيع العين الموصى بمنفعتها	٩٦
المطلب الثالث عشر: هلاك العين الموصى بمنفعتها	٩٨
المطلب الرابع عشر: انتهاء الوصية بالمنفعة	١٠٢

الموضوع	الصفحة
المطلب الخامس عشر: الوصية ببعض منفعة العين، أو منفعة بعض العين	١٠٠
المطلب السادس عشر: قوات المنفعة الموصى بها	١٠٢
المسألة الأولى: أن يكون المانع راجعاً إلى الموصي	١٠٢
المسألة الثانية: أن يكون المانع من الورثة كلهم	١٠٢
المسألة الثالثة: أن يكون المانع راجعاً إلى بعض الورثة فقط	١٠٢
المسألة الرابعة: أن يكون المانع راجعاً لعدم منع الموصى له من الاستيفاء	١٠٢
المطلب السابع عشر: اجتماع الوصية بالمنفعة، والوصية بالرقبة في عين واحدة	١٠٣
المسألة الأولى: وهي ما يستحقه كل واحد منهما	١٠٤
المسألة الثانية: إذا رد الموصى له بالمنفعة وصيته	١٠٥
المسألة الثالثة: إذا كانت العين للموصى برفقتها ومنفعتها لا يحملها الثلث	١٠٥
المسألة الرابعة: إذا كانت العين للموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع بها	١٠٦
المطلب الثامن عشر: الوصية بالثمرة، والغلة	١٠٦
المطلب التاسع عشر: الوصية بشجرة مثمرة سنة معينة لم تحمل فيها	١٠٩
المطلب العشرون: الوصية بشجرة مثمرة سنة أولى عام تثمر	١٠٩
الباب الخامس: مصرف الوصية، وقسمتها	١١١
الفصل الأول: مكان صرف الوصية، وزمانه، والمقتضى لذلك	١١٢
المبحث الأول: مكان صرف الوصية	١١٣
المبحث الثاني: زمان صرفها	١١٤
المبحث الثالث: المقتضى لصرفها	١١٩
الفصل الثاني: مصرف الوصية بالأعضاء، والأجزاء، والأعيان، والمزروعات	١٢٣
المبحث الأول: الوصية بالأعضاء، والأجزاء	١٢٥
المطلب الأول: إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة	١٢٥
المسألة الأولى: أن يكون الورثة متساويين في الميراث	١٢٥
المسألة الثانية: أن يكون الورثة متفاضلين في الميراث	١٢٦
المطلب الثاني: أن يوصى بمثل نصيب وارث معين	١٢٨
المطلب الثالث: الوصية بنصيب وارث معين كاتنه زينة	١٢٩
المطلب الرابع: الوصية بنصيب شخص لو كان موجوداً لكان وارثاً	١٣٢

الموضوع	الصفحة
المطلب الخامس: الوصية بضعف نصيب وارث	١٣٢
المطلب السادس: الوصية بمثل نصيب من لا يرث لو كان وارثاً	١٣٦
المطلب السابع: إذا أوصى بجزء أو حظ	١٣٦
المطلب الثامن: الوصية بالسهم	١٣٨
المطلب التاسع: الوصية بجزء شائع معلوم في جميع المال	١٤١
المطلب العاشر: الوصية بجزء متنازع في نوع من المال	١٤٢
المطلب الحادي عشر: الوصية بجزء شائع في معين	١٤٣
المطلب الثاني عشر: هلاك الموصى بجزءه	١٤٣
المبحث الثاني: الوصية بالأعيان والمزروعات	١٤٥
المطلب الأول: الوصية بالمعين	١٤٥
للمسألة الأولى: المراد بالمعين، ووسائل تعيينه	١٤٥
للمسألة الثانية: كيفية تنفيذ الوصية بالمعين	١٤٧
المطلب الثاني: الوصية بغير معين	١٥٣
للمسألة الأولى: الوصية بعين مبهمه غير شائعة في جنسها ولا في مال للموصي	١٥٣
للمسألة الثانية: الوصية بعين شائعة في نوعها	١٥٥
للمسألة الثالثة: الوصية بعين شائعة في جميع المال	١٦٠
للمسألة الرابعة: الوصية بنوع من ماله، مثل: الوصية بفضله، أو سيارته، أو لحبله	١٦١
المطلب الثالث: الوصية بالنقود	١٦٦
للمسألة الأولى: أن تكون التركة كلها عروضاً لا نقود فيها	١٦٦
للمسألة الثانية: أن تكون التركة كلها نقوداً	١٦٦
للمسألة الثالثة: أن تكون التركة مختلفة بعضها عروض وبعضها نقود	١٦٨
للمسألة الرابعة: أن تكون التركة بعضها نقود وبعضها عين	١٦٥
للمسألة الخامسة: حين تكون التركة كلها مالا غائبا، أو ديناً ولا تكون مالا حاضراً	١٦٥
المطلب الرابع: الوصية بالدين	١٦٦
للمسألة الأولى: الدين مال من الأموال تصح الوصية به كله أو بعضه إذا حملته الثلث كغيره من الأموال	١٦٦
للمسألة الثانية: إذا كان للموصي به لا يحمله الثلث	١٦٧

الموضوع	الصفحة
المسألة الثالثة: إذا كانت الوصية بالدين لشخص، وبالعين لشخص آخر	١٦٧
المطلب الخامس: الوصية بالمرتبات	١٦٨
المسألة الأولى: المراد بالمرتبة	١٦٨
المسألة الثانية: حكمها	١٦٨
المسألة الثالثة: الوصية بمرتبة مؤقتة من رأس مال التركة	١٦٩
المسألة الرابعة: الوصية بمرتبة دائم من عين التركة	١٨٠
المسألة الخامسة: في الوصية بمرتبة من حصة التركة	١٨٤
المسألة السادسة: الوصية بمرتبة من حصة عين معينة من التركة	١٨٥
الفصل الثالث: مصرف الوصية لغير معين	١٩١
المبحث الأول: مصرف الوصية إذا كانت لمن لا يخص	١٩٥
المبحث الثاني: الوصية لأصناف من لا يخص	٢٠١
المبحث الثالث: الوصية لجماعة محصورة، وأخرى غير محصورة	٢٠٢
المبحث الرابع: الوصية لمعين، وجماعة محصورة	٢٠٤
المبحث الخامس: الوصية لمعين، وجماعة غير محصورة	٢٠٥
المبحث السادس: الوصية لمعين، وجهة الو	٢٠٨
المبحث السابع: الوصية لجماعتين محصورتين	٢٠٩
المبحث الثامن: الوصية للجهة، والجماعة المحصورة	٢١٠
المبحث التاسع: الوصية للجهة، والجماعة غير المحصورة	٢١١
المبحث العاشر: الوصية للأقارب	٢١٢
المطلب الأول: مصرف الوصية للأقارب	٢١٢
المطلب الثاني: تقديم الأقوى قرابة	٢٢١
المسألة الأولى: تقديم الأخ الشقيق على الأخ لأب أو لأم	٢٢٢
المسألة الثانية: الترتيب بين الأب والأبن	٢٢٣
المسألة الثالثة: الترتيب بين الأخ والجد	٢٢٤
المسألة الرابعة: الترتيب بين الأب وابن الأبن	٢٢٤
المسألة الخامسة: الترتيب بين الجد والعم	٢٢٤
المطلب الثالث: إذا قال: هذا وصية لأقرب قرابي	٢٢٥

الصفحة	الموضوع
٢٢٥	المسألة الأولى: الأقرب، أو أحق الأقارب
٢٢٦	المسألة الثانية: هل يختص به فقراء الأقارب أم يشاركهم الأغنياء؟
٢٢٧	البحث الحادي عشر: الوصية للزوجة، والعقب، والتسل
٢٢٨	البحث الثاني عشر: إذا أوصى لآله، أو لقومه، أو لسياته
٢٢٩	البحث الثالث عشر: مصرف الوصية للتجار
٢٣٠	البحث الرابع عشر: الوصية لله تعالى
٢٣٧	البحث الخامس عشر: الوصية في وجود الموصي
٢٤٢	البحث السادس عشر: الوصية في سبيل الله
٢٥٢	البحث السابع عشر: الوصية التي فوض مصرفها
٢٥٥	البحث الثامن عشر: إذا أوصى بكتب العلم لأهل العلم، فهل يدخل فيهم أهل الكلام
٢٥٧	الفصل الرابع: تعدد الوصايا، والخاصة بينها
٢٥٩	البحث الأول: صحة تعدد الوصايا
٢٦١	البحث الثاني: تعدد الوصايا، واتحاد الموصي له
٢٦١	المطلب الأول: الوصيتان المتناقضتان اللتان لا يمكن الجمع بينهما
٢٦١	المطلب الثاني: الوصيتان المتحدتان
٢٦٢	المطلب الثالث: الوصيتان بأمرين مختلفين جنساً، أو نوعاً، أو صفة
٢٦٣	المطلب الرابع: في الوصية بشئين متحدتي الجنس، والصفة، والقدر
٢٦٤	المطلب الخامس: الوصيتان بأمرين متحدتي الجنس، والصفة، مختلفي القدر من غير تعيين الموصى به بعينه
٢٦٧	المطلب السادس: الوصيتان بجزأين شائعين
٢٦٨	المطلب السابع: الوصيتان بعين وشائع
٢٦٩	المطلب الثامن: الوصيتان بجزء شائع وعدد
٢٧٠	المطلب التاسع: الوصية بعين وعدد مسمى
٢٧٠	المطلب العاشر: الوصيتان بمعين ومهم من جنس ذلك المعين
٢٧١	البحث الثالث: تعدد الوصية والموصي له
٢٧٢	المطلب الأول: أن يكون الموصى به في حدود الثلث، فأقل
٢٧٢	المطلب الثاني: أن يكون الموصى به أكثر من الثلث

الموضوع	الصفحة
المسألة الأولى: أن يجز الوثة الوصايا	٢٧٢
المسألة الثانية: ألا يجز الوثة الوصايا	٢٧٥
المطلب الثالث: الوصية لم تعدد يشركهما فيها	٢٧٩
المطلب الرابع: الوصية لكل واحد منهما بغير ما أوصى به للآخر	٢٨٠
المطلب الخامس: الوصية لشخص معين، ثم الوصية به لآخر	٢٨٠
المطلب السادس: الوصية بمثل نصيب أحد الوثة لشخص، مع الوصية بجزء مقرر لشخص آخر	٢٨٠
المطلب السابع: الوصية لأحدهما بشيء معين، وللآخر بجزء شائع من ذلك المعين نفسه	٢٨٢
المطلب الثامن: الوصية لأحدهما بمعين، والوصية للآخر ببعض معين من ذلك الكل	٢٨٤
المطلب التاسع: الوصية لكل واحد منهما بجزء شائع من ماله	٢٨٥
المطلب العاشر: الوصية لأحدهما بجزء شائع، وللآخر بعدد مسمى	٢٨٧
المطلب الحادي عشر: الوصية لأحدهما بجزء شائع، وللآخر بعدد مسمى	٢٨٩
المطلب الثاني عشر: تعدد الوصايا لله، أو للأدمي	٢٩٠
المبحث الرابع: الخاصة	٢٩١
المطلب الأول: تعريف الخاصة	٢٩١
المطلب الثاني: مشروعيها، وشروطها	٢٩١
المطلب الثالث: الوصايا الخاصة بما، والتي لا تخصص بما	٢٩٤
المطلب الرابع: كيفية الخاصة	٢٩٦
المطلب الخامس: إحصاء بين حقوق الله تعالى	٢٩٨
المسألة الأولى: أن تكون الوصايا من الواجبات	٢٩٨
المسألة الثانية: ألا يضيق الثلث على الواجبات	٣٠٠
المسألة الثالثة: أن يضيق الثلث عن الواجبات، وقد أوصى بإخراجها منه	٣٠٠
المسألة الرابعة: أن يوصى بالواجبات ويطلق	٣٠٢
المسألة الخامسة: أن تكون الوصايا كلها لوجبات	٣٠٣
المسألة السادسة: إذا كانت الوصايا من حقوق الله تعالى متفاوتة	٣٠٥
المطلب السادس: الخاصة عند تزاحم دين الله، ودين الأدمي بتركة الميت	٣٠٩
الباب السادس: إيجاب الوصية، وشروط الموصين، ومبطلاتها	٣١٧

الصفحة	الموضوع
٣١٨	الفصل الأول: إثبات الوصية
٣١٩	المبحث الأول: الشهادة بالوصية
٣١٩	المطلب الأول: شهادة العدلين أو ما يقوم مقامهما
٣١٩	المطلب الثاني: شهادة عدل وامرأتين عدلين
٣٢٠	المطلب الثالث: شهادة العدل الواحد بالوصية
٣٢٦	المطلب الرابع: شهادة العدل بوصية لصغير
٣٢٧	المطلب الخامس: شهادة العدل الواحد للسفيه بالوصية
٣٢٨	المطلب السادس: شهادة العدل بالوصية لغير معين ولا محصور
٣٢٨	المطلب السابع: الشهادة بالوصية لمن يحضون كتاباء عمه، وفقراء قرابته
٣٢٩	المطلب الثامن: شهادة النساء بالوصية
٣٣٣	المطلب التاسع: شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر
٣٤٥	المطلب العاشر: شهادة الموصى له بالوصية له ولغيره، وشهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية
٣٤٥	للمسألة الأولى: الوصية المكتوبة
٣٤٧	للمسألة الثانية: الوصية اللفظية
٣٤٩	للمسألة الثالثة: شهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية
٣٥٠	المطلب الحادي عشر: ثبوت الوصية عن طريق شهادة التسامع
٣٥١	للمسألة الأولى: معنى شهادة التسامع
٣٥١	للمسألة الثانية: مشروعيتهما
٣٥٢	للمسألة الثالثة: مراتبها
٣٥٢	للمسألة الرابعة: العدد المعتبر في شهادة السماع
٣٥٣	للمسألة الخامسة: الشهادة في التسامع على الوصية
٣٥٤	المبحث الثاني: في الإقرار بالوصية
٣٥٤	المطلب الأول: إقرار الوارث بموصى له واحد
٣٥٥	المطلب الثاني: إقرار الوارث بالوصية، ثم الإقرار بما لآخر بدل الأول
٣٥٦	المطلب الثالث: إقرار بعض الورثة لغير من أقر له الآخر
٣٥٧	المطلب الرابع: تعارض الشهادة والإقرار

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث: ثبوت الوصية بالخط والكتابة	٣٥٩
الفصل الثاني: شروط الموصي، وحكمها، وأدلتها	٣٦١
المبحث الأول: المراد بشروط الموصي	٣٦٣
المبحث الثاني: حكمها، وأدلتها	٣٦٤
المبحث الثالث: قواعد في شروط الموصي	٣٦٦
المبحث الرابع: حكم تغير شرط الموصي، وإتسامه	٣٦٨
الفصل الثالث: مطلات الوصية	٣٧٩
المبحث الأول: لمطل الأول: الرجوع عن الوصية	٣٨٣
المطلب الأول: جواز رجوع الموصي عن الوصية	٣٨٣
المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الرجوع عن الوصية	٣٨٧
المطلب الثالث: حكم الرجوع عن الوصية	٣٨٧
المطلب الرابع: إذا شرط الموصي عدم الرجوع	٣٨٨
المطلب الخامس: ما يحصل به الرجوع	٣٨٩
المبحث الثاني: لمطل الثاني: التصرف في الوصية	٣٩١
المبحث الثالث: لمطل الثالث: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين للموصى بها	٤٠٦
المبحث الرابع: لمطل الرابع: تغير الموصى به	٤٠٨
المبحث الخامس: لمطل الخامس: جحد الوصية	٤١٠
المبحث السادس: لمطل السادس: تأخير الوصية	٤١٤
المبحث السابع: لمطل السابع: غلط الموصي في تحديد مقدار الوصية	٤١٥
المبحث الثامن: لمطل الثامن: وصف الوصية بالحرمة	٤١٦
المبحث التاسع: لمطل التاسع: جعل الموصى به بعينه لآخر	٤١٨
المطلب الأول: أن يكون مع عدم إلغاء الوصية الأولى	٤١٨
المطلب الثاني: أن يجعل الموصي الموصى به بعينه لشخص آخر، مع إلغاء الوصية الأولى	٤٢٢
المطلب الثالث: الوصية لشخص بشيء والوصية ببيعه لشخص آخر	٤٢٤
المبحث العاشر: لمطل العاشر: غلط الوصية بغيرها	٤٢٦
المبحث الحادي عشر: لمطل الحادي عشر: استرجاع وثيقة الوصية من يد الموصى له	٤٢٩
المبحث الثاني عشر: لمطل الثاني عشر: تقطيع الوثيقة	٤٣٠

الموضوع	الصفحة
البحث الثالث عشر: لم يطل الثالث عشر: الجنون إذا طرأ بعد صدور الوصية	٤٣١
البحث الرابع عشر: لم يطل الرابع عشر: ردة الموصي	٤٣٤
البحث الخامس عشر: لم يطل الخامس عشر: تخلف شرط الموصي	٤٣٥
البحث السادس عشر: لم يطل السادس عشر: استغراق ذمة الموصي بالثبوت والديون	٤٣٧
البحث السابع عشر: لم يطل السابع عشر: كون الموصي له وارثاً	٤٣٨
البحث الثامن عشر: لم يطل الثامن عشر: ردة الموصي له	٤٣٩
البحث التاسع عشر: لم يطل التاسع عشر: خلاص العين للموصي بما واستحقاق الموصي به للعين لغو الموصي	٤٤٠
البحث العشرون: لم يطل العشرون: رد الوصية	٤٤١
المطلب الأول: وقت الرد	٤٤٢
المطلب الثاني: إن صح رد الوصية، فإنها تعود إلى تركة الميت ومن ثم إلى ورثته	٤٤٥
المطلب الثالث: إذا رد الوصية وخص بردها بعض الورثة لم يتخصص	٤٤٥
البحث الحادي والعشرون: لم يطل الحادي والعشرون: وفاة الموصي له	٤٤٧
المطلب الأول: وقت الرد	٤٤٧
المطلب الثاني: وفاة الموصي له بعد وفاة الموصي	٤٤٨
البحث الثاني والعشرون: لم يطل الثاني والعشرون: قتل الموصي له للموصي	٤٥٣
الفهرس	٤٦٥
فهرس الموضوعات	٤٦٧