

الباب الثالث

الموصى، والموصى له

وفيه فصلان:

الفصل الأول: شروط الموصى.

الفصل الثاني: شروط الموصى له.

الفصل الأول

شروط الموصي

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشرط الأول: أن يكون الموصي جائر
التصرف.

المبحث الثاني: الشرط الثاني: أن يكون الموصي مختاراً.

المبحث الثالث: الشرط الثالث: أن يكون الموصي قاصداً.

المبحث الرابع: الشرط الرابع: أن يكون الموصي جازاً.

المبحث الخامس: الشرط الخامس: أن يكون الموصي مالكا.

المبحث السادس: الشرط السادس: السلامة من الدين.
المبحث السابع: الشرط السابع: اشتراط الإسلام.
المبحث الثامن: الشرط الثامن: انتفاء قصد الإضرار بالوصية
من الموصي.
المبحث التاسع: الشرط التاسع: اشتراط ذكورة الموصي،
وصحته، وكونه وارثاً للموصي له.
المبحث العاشر: الشرط العاشر: استقرار حياة الموصي.

الفصل الأول

شروط الموصي

وفيه مباحث:

المبحث الأول

الشروط الأولى: أن يكون الموصي جازئ التصرف

الموصي: هو المتبرع، أو الأمر بالتصرف.

وذلك بأن يكون الموصي: بالغاً، عاقلًا، حرًا، رشيدًا.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: البلوغ، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: وصية المميز غير المميز^(١).

إذا وصى المميز غير المميز فوصيته غير معتبرة، لا يترتب عليها إلزام ولا التزام.

وهذا محل اتفاق بين الفقهاء^(٢).

وقد حكى الاتفاق على ذلك الباجي^(٣)، وخالف في ذلك إلياس بن معاوية،

(١) التمييز: مأخوذ من ميراثه من باب باع، وهو عزل الشيء وفصله عن غيره. فمن العلماء: من حده بالسن، وهو من بلغ سبع سنوات. ومن العلماء: من حده بالخلال، هو من فهم الخطاب، ورد الخواب. وقيل: من يعرف مضارده ومناقضه. وقيل هو: الذي لا يفهم البيع والشراء، يعني من لا يعرف أن البيع مالب للملكية، والشراء جالب لها. ينظر: مجلة الأحكام العدلية مادة (٩٤٣)، حاشية ابن عابدين ٤٢١/٥، جواهر الإكليل ٢٢/١، المصباح للشعر ٥٨٧/٢، وينظر: صيغ العقود (٥٠٤/١).

(٢) ينظر: بدائع الصنائع (١٧١/٧) فقد جاء فيه: "أما المجنون فلا تصح منه التصرفات القولية كلها، فلا يجوز إطلاقه وعناقه وكتابته وإقراره، ولا يتعقد بيعه وشراؤه حتى لا تلحقه الإجارة، ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية، وكذا الصبي الذي لا يعقل، وينظر -أيضاً-: المشاوي الهندية (٤٥/٥)، والجواهر الثمينة (٣٢٨/٢)، ومختصر خليل ص ١٨٨، ٣٤٤، ومواهب الجليل (٢٤١/٤)، وشروح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد (١٢٦/٢)، والخصاوي (٣٠١/١٠)، والمطور للزركشي (٣٠١/٢٩٥)، وكشاف القناع (٤٥٨/٣٠)، وقد جاء فيه: "والمجنون والمغفل دون التمييز لا يصح تصرفهما بأذن ولا غيره لعدم الاعتداد بقولهما".

(٣) المتنفي، مرجع سابق، ١٥٤/٦.

فأجازها إذا وافقت الحق^(١).

وبدل لهذا الأدلة الآتية:

١. قوله ﷺ: ﴿إِنْ طَبَعَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِمَّنْ تَصَافَكُوهُ هَيْئًا مَرِيئًا﴾^(٢).

وجه الدلالة: انتقال الملك بالوصية متوقف على الرضا المعتبر، وهو مفقود من الصبي غير المميز^(٣).

٢. قوله ﷺ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا الشُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٤).

قال الطبري ﷺ: "والصواب من القول في تأويل ذلك عندنا أن الله ﷻ عم بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا الشُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ فلم يخص سفيها دون سفيه، فغير جائز لأحد أن يولي ماله صبيًا صغيرًا كان أو رجلًا كبيرًا"^(٥).

٣. (١١٣) ما رواه الإمام أحمد من طريق حماد بن سلمة، عن حماد عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل"^(٦).

(١) نفسه.

(٢) من الآية ٤ من سورة النساء.

(٣) ينظر: جواهر الإكليل (٢/٢)، كشف القناع (١٤١/٣).

(٤) من الآية ٦ من سورة النساء.

(٥) جامع البيان، مرجع سابق، (٢٤٧/٣).

(٦) مسند أحمد (١٠١/٦)، والدارمي (٢٣٠/١) عن عفان، وأحمد (١٠١/٦) عن حسن بن موسى، وعفان، وروح، وأبو غرود، في المجنون، باب في المجنون يسرق (٣٩٨)، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق المعتوه (٢٠٤١) من طريق يزيد بن هارون، والنسائي في الطلاق، باب من لا يقع طلاقه (١٥٦/٦)، وابن ماجه (٢٠٤١)، وابن الجارود في المشقة (١٤٨) من طريق عبدالرحمن بن مهدي، وأبو يعلى (٣٦٦/٧)، ومن طريق ابن حبان (١٤٢)، من طريق شياب بن فروخ، وأحكام (٥٩/٢)، ومن طريق البيهقي (٨٤/٦) من طريق أبي الوليد الطيالسي وموسى بن إسحاق، ثمانيهم (حسن بن موسى، وعفان، وروح، وزيد بن هارون، وعبدالرحمن بن مهدي، وأبو الوليد الطيالسي، وموسى بن إسحاق) عن حماد بن سلمة، به.

٤. أن الصبي في أول أحواله عديم التمييز، فكان كالمجنون بل أدنى حال منه؛ لأنه قد يكون للمجنون تمييز وإن لم يكن له عقل، والصبي غير المميز عديم التمييز^(١).
٥. أن الصبي غير المميز لا تحصل المصلحة بتصرفه؛ لعدم تمييزه ومعرفة^(٢)، وتصحيح عقوده التي يصدرها وسيلة لضياع حقوقه وأمواله.

المسألة الثانية: وصية الصبي المميز، وفيها أمور:

الأمر الأول: حكم وصيته:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم وصية المميز على قولين:

القول الأول: صحة وصية الصبي المميز إذا وافقت وجد الصواب:

وهذا مذهب المالكية^(٣) وقول عند الشافعية^(٤) رجحه جمع منهم، وهو المذهب عند الحنابلة. وبه قال عمر بن عبدالعزيز، والزهري، وعطاء، وشريح، والشعبي، والنخعي^(٥).

القول الثاني: عدم صحة وصية الصبي المميز:

وهو مذهب الحنيفة^(٦)، وقول الشافعية^(٧).

الحكم على الحديث: الحديث صحيحه جمع من أهل العلم كإبي حنيفة، وابن حبان، والحاكم، والبيهقي، وابن دقيق العيد. وقال ترمذي: "سألت محمداً عن هذا الحديث؟ فقال: أرجو أن يكون محفوظاً، فسأله: روى هذا الحديث غير حماد؟ قال: لا أعلمه. الحديث حسراً لحال حماد بن أبي سليمان، فهو صدوق، وبقيته رجاله ثقات.

وله شواهد منها: حديث علي، وأبي قتادة، وأبي هريرة، وابن عباس، وشداد بن أوس، وثوبان رضي الله عنهم.

(١) ينظر: كشف الأستار ٤٤٨/٤.

(٢) ينظر: للمغني ١٣٤٧/٦، الشرح الكبير ٣٠٧/٢.

(٣) ينظر: التاج والإكليل ٣٦٤/٦، مواهب الجليل ٣٦٤/٦-٣٦٥، عقد الجواهر الفينة ٣٩٩/٢، شرح أبي الحسن مع حاشية العدوي ٢٥/٢، الفواكه الدواني ١٨٨/٢، المدونة ٢٩٥/٤.

(٤) ينظر: حلية العلماء ٦٩/٦، مغني المحتاج ٣٩/٣، نكاح المحتاج ٤٢/٦، إغاثة الطالبين ٢٠/٣.

(٥) ينظر: مسائل صاخب ١٤٨/٢، مسائل عبدالله ١١٧٠/٣، الشرح الكبير ٥١٥/٣، القروع ٦٥٨/٤، الإنصاف ١٨٦/٧، مصنف ابن أبي شيبة ٢٢١/٦، مصنف عبدالرزاق ٨١/٩، سنن سعيد بن منصور.

(٦) المبسوط ٩١/٢٨، الهداية ٢٣٤/٤، جامع أحكام الصغار ٨٦/٤، مختصر اختلاف العلماء ٢١/٥.

(٧) الخاوي ١٠/١٠، حلية العلماء ٦٩/٦، روضة الطالبين ٩٧/٦، اللبواب للمذهب ٩٣٩/٣، مغني المحتاج ٣٩/٣.

وهو الصحيح من مذهبهم، ورواية عند الحنابلة^(١).

وبه قال الظاهرية، ومجاهد، والحسن البصري^(٢).

الأدلة-

أدلة القول الأول: (الصحة):

استدل القائلون بصحة وصية الصبي المميز إذا وافقت وجه الحق بالأدلة الآتية:

١. عموم الأدلة الدالة على الحث على فعل الخير - والوصية من فعل الخير - كقوله

ﷺ: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾^(٣)، وقوله ﷺ: ﴿فَأَسْبَغُوا الْحَبْرَتِ﴾^(٤)، وقوله

ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِيهَا أَوْ دِينَ﴾^(٥).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن من لم يبلغ غير مخاطب بشيء من الشرائع لا يفرض

ولا بتحريم ولا يندب، ولا داخل في هذا الخطاب، لكن الله تعالى تفضل عليه بقبول

أعماله التي هي أعمال البر بيدته دون أن يلزمه ذلك^(٦).

وأجيب: بأن القول بعدم مخاطبة الصغير غير مسلم، فالصحيح عند الأصوليين أنه

مخاطب على جهة الندب في المأمورات والكراهة في المنهيات، والجواز في المباحات^(٧).

فقد خاطب الله ﷺ الصغار في آية الاستئذان بالمنسذوب والمباح، فقال ﷺ:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَلِيسَتْكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَنُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَلْعَنُوا الْحَلْمَ مَسْكْرَتًا مَرَّتَيْنِ قَبْلَ

نهاية المحتاج ٤١/٦، إحياء الطالبيين ٢١١/٣.

(١) الشرح الكبير ٥١٥/٣-٥١٦، الفروع ٦٥٨/٤، الإحصاء ١٨٦/٧.

(٢) المحلى، مصدر سابق، ٣٣٠/٩.

(٣) من الآية ٧٧ من سورة الحج.

(٤) من الآية ١٤٨ من سورة البقرة.

(٥) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٦) المحلى، مصدر سابق، لابن حزم ٣٣١/٩.

(٧) نفسه.

(٨) الفروع ١١٠/٣، مرقى السعدي ٢٤/١.

سَلَوَةُ النَّحْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ رِجْلَكُمْ مِنَ الظُّلُمَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ بِكَلِمَةٍ (١)، فهذا أمر للمدين لم يبلغوا الحلم بالاستئذان في الأوقات الثلاثة على جهة الندب، وإباحة تركه في غيرها.

كما أن الرسول ﷺ خاطب الصغار بأحكام الشريعة، فقد عاد يهوديًا صغيرًا كان يخدمه:

(١١٤) فروى البخاري من طريق ثابت، عن أنس رضي الله عنه قال: "كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ، فأتاه النبي ﷺ يعوده، فقعد عند رأسه، فقال له: (أسلم)، فنظر إلى أبيه وهو عنده فقال له: أطلع أبا القاسم ﷺ، فأسلم، فخرج النبي ﷺ وهو يقول: (الحمد لله الذي أنقذه من النار)" (٢).

(١١٥) وروى البخاري ومسلم من طريق وهب بن كيسان أنه سمع عمر ابن أبي سلمة رضي الله عنه يقول: كنت غلامًا في حجر رسول الله ﷺ، وكانت يدي تطيش في الصحيفة، فقال لي رسول الله ﷺ: (يا غلام، سم الله، وكل بيمينك، وكل مما يليك) فما زالت تلك طعمتي بعد (٣).

(١١٦) ٢. ما رواه مسلم من طريق كريب مولى ابن عباس، عن ابن عباس رضي الله عنهما، عن النبي ﷺ لقى ركبا بالروحاء، فقال: (من القوم؟) قالوا: المسلمون، فقالوا: من أنت؟ قال: (رسول الله)، فرفعت إليه امرأة حبشًا، فقالت: ألهذا حج؟ قال: (نعم، ولك أجر) (٤).

(١١٧) ٣. ما رواه أبو داود من طريق سوار أبي حمزة - قال أبو داود: وهو سوار بن

(١) من الآية ٥٨ من سورة النور.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الجنائز، باب إذا أسلم الصبي (١٣٥٦).

(٣) صحيح البخاري في الأطعمة، باب التسمية على الطعام والأكل باليمين (٥٣٧٦)، ومسلم في الأشربة، باب آداب الطعام والشراب وأحكامهما (٥٣٨٨).

(٤) صحيح مسلم في الحج، باب صحة حج الصبي وأجر من حج عنه (٣٣١٧).

داود أبو حمزة المزني الصيرفي - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال:
قال رسول الله ﷺ: (مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين، واضربوهم
عليها، وهم أبناء عشر، وفرقوا بينهم في المضاجع)^(١).

وجه الدلالة: دل هذان الحديثان على صحة الصلاة والحج من الصبي، وهي من
أركان الإسلام فكذلك الوصية؛ إذ الصحة تقتضي الخطاب؛ لأنها موافقة للإذن الشرعي
في الإقدام على الفعل كما يقول الأصوليون^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن قياس الوصية بالمال على الصدقة بالمال في الحياة من
الصغير أولى من قياس الوصية على الصلاة، والصيام، والحج.
ثم إن حث من لم يبلغ على الصلاة والصيام لا يعني إطلاقه على التقرب بالمال
والصدقة به، لا في حياته ولا في وصيته بعد وفاته^(٣).

(١) سنن أبي داود في الصلاة، باب متى يؤمر الصبي بالصلاة (٤٩٥)، ومن طريقه البيهقي (٥١١٠٥) من طريق
إسماعيل بن علية، وأحمد في المسند ١٨٠/٢ عن وكيع، وابن أبي شيبة ٣٤٧/١، وأبو داود (٤٩٦)، ومن طريقه البيهقي
(٥٠١٥٠)، والذيل في الكنى ١٥٩/١، وأبو نعيم في الحلية ٩٦/١ من طريق وكيع، وأخرجه البخاري في التاريخ
الكبير ١٦٨/٤ عن قرعة بن حبيب، والدارقطني ٢٣٠/١، ومن طريقه البيهقي في السنن ٢٢٩/٢ من طريق النظر بن
خميل، والدارقطني ٢٣٠/١، وأحكام ١٩٧/١، والبيهقي في السنن ٢٢٩/٢، والخطيب في تاريخ بغداد ٤٧٨/٢،
والعقيلي في الضعفاء ١٦٧/٢ من طريق عبد الله بن بكر السهمي، والعقيلي في الضعفاء ١٦٧/٢ من طريق المنهال بن
عمر أبي سلمة، كلهم (إسماعيل، وكيع، وقرعة، والنضر، وعبد الله، والمنهال) عن سوار بن داود، وأخرجه ابن عدي
٩٢٩/٣، ومن طريقه البيهقي في السنن ٢٢٩/٢ من طريق الخليل بن مرة عن الليث بن أبي سليم، عن عمرو بن
شعيب، به، وقد لين ابن عدي الخليل بن مرة.

الحكم على الحديث: الحديث صحيحه الأحكام في المستدرک، والسيوطي في الجامع الصغير، وإسناده حسن، وله
شعده من حديث سيرة بن معاذ الخبيث رضي الله عنه عند أحمد ٤٠٤/٣، وأبي داود، والترمذي، والدارمي، وابن حزيمة، والحاكم،
والدارقطني، والبيهقي.

ومن حديث أبي هريرة رضي الله عنه عند العقيلي في الضعفاء ٥٠١/٤، وفي إسناده محمد بن حسن بن عطية العوفي وهو
ضعيف.

ومن حديث أنس رضي الله عنه عند الدارقطني في السنن ٢٣١/١، وفي إسناده داود بن المغيرة، وهو متروك.

(٢) المحلى ٥٠/١، شرح التقيح للقراني ص ١٧٩.

(٣) المحلى لابن حزم، نفسه، ٣٣١/٩ - ٣٣٢.

(١١٨) ٤. ما رواه مالك عن عبدالله بن أبي بكر بن حزم، عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقني أنه أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن ها هنا غلاماً يفاعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم له. قال عمر بن الخطاب: فليوص لها. قال: فأوصي لها بمال يقال له: يمر جشم. قال عمرو بن سليم: فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم، وابنة عمه التي أوصي لها هي أم عمرو بن سليم^(١).

ونوقش الاستدلال بهذا الأثر من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أن الأثر منقطع؛ لأن عمرو بن سليم الزرقني لم يدرك عمر ابن الخطاب عليه السلام، قاله البيهقي^(٢).

وأجيب عن هذا الوجه من المناقشة بجوابين:

الجواب الأول: أنه أثبت سماعه من عمر الحافظ أبو جعفر الطحاوي كما في مشكل الآثار^(٣)، وابن الترمذي^(٤)، والبيهقي وإن نفي سماع عمرو لعمر إلا أنه في المعرفة والسنن قوى هذا الأثر، قال: "وهذا وإن كان مرسلاً من جهة أن عمرو بن سليم الزرقني لم يدرك أيام عمر فقيه قوة من حيث إنها كانت أم عمرو، والغالب أنه أخذه عن أمه التي وقعت الوصية لها".

(١) للوطأ ٧٦٢/٢، كتاب الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه، وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه ٧٧٧/٩، كتاب الوصايا، باب وصية الغلام. والدرامي في سننه ٥١٥/٢، كتاب الوصايا، باب الوصية للغلام. والبيهقي في سننه ٢٨٢/٦، كتاب الوصايا، باب ما جاز في وصية الصغير.

وقد احتج الإمام أحمد عليه السلام بهذا الأثر، كما قال الأثر، كما قال الأثر، قبل لأبي عبدالله: "الصغير يوصي ولم يحتلم قال: إذا أصاب الحلق وكان ابن ثلثي عشرة سنة فهو جائز، قلت: ابن التي عشرة سنة، قال: نعم، قلت على حديث عمرو بن سليم عن عمر قال: نعم". (مسائل الكوسج ٤٦٧٣/٨، والقواعد والقوائد الأصولية ص ٢٢).

(٢) السنن الكبرى، مرجع سابق، ٢٨٢/٦.

(٣) مشكل الآثار، مرجع سابق، ٢٨٣/١.

(٤) الخوهر النقي مع سنن البيهقي ٢٨٢/٦.

والظاهر:

والعلم عند الله تعالى صحة سماع عمرو لعمر عليه السلام وذلك كما يلي:

أ- ما قاله ابن حبان رحمته الله في ثقافته^(١): وقيل إنه رآه في الحلم يوم قتل عمر عليه السلام.

ب- أن هناك أخباراً تدل على سماعه من عمر عليه السلام منها ما رواه أبو داود في الزهد^(٢)، والطحاوي في مشكل الآثار^(٣) من طريق الليث وهو ابن سعد عن يحيى بن سعيد، عن النعمان بن مرة الزرقني: "أنه رأى عمر بن الخطاب بالهاجرة يريد أرضاً له في الحرة فتبعته فتماشينا، فلقي علي بن أبي طالب يحمل عيداناً من عنب..." وهذا إسناد صحيح.

الجواب الثاني: أن عمرو بن سليم هو الغساني، وليس الزرقني كما ظن البيهقي وقال: إنه لم يدرك عمر.

(١١٩) روى عبدالرزاق من طريق أبي بكر بن حزم، أن عمرو بن سليم الغساني "أوصى وهو ابن عشر، أو ثلثي عشرة بئر له، قومث بثلاثين ألفاً، فأجاز عمر وصيته"^(٤).

الوجه الثاني: أن العلام كان بالغاً، ولكنه كان قريب العهد بالبلوغ، ومثله يسمى يافعا بطريق المجاز^(٥).

وأجيب عنه بجوابين:

الأول: عدم التسليم ببلوغه، فقد جاء في رواية عبدالرزاق أنه "ابن اثنتي عشرة سنة"، وفي رواية مالك (لم يحتلم).

(١) الثقات لابن حبان ١٦٧/٥.

(٢) رقم ١٠١.

(٣) رقم ١٨٩/١.

(٤) مصنف عبدالرزاق، مرجع سابق، ٧٧/٩.

(٥) ينظر: الهداية مع فتح القدير ٤٣٠/١٠، العناية على الهداية ٤٣٠/١، لمبسوط ٤٩٢/٢٨، جامع أحكام الصغار

الثاني: أن البافع حقيقة في الغلام الذي لم يحتلم، قال ابن الأثير: "أُفِّعَ الغُلامُ فهو بافع إذا شازق الاختلام ولَمَّما يَحْتَلِمُ، وهو من نَوَادِرِ الأَثَرِ"^(١)، وإطلاقه على البالغ باعتبار ما كان عليه مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز، واللفظ يجب حمله على حقيقته.

الوجه الثالث: أن الوصية كانت بتجهيزه ودفنه، وذلك جائز^(٢).

وأجيب: بما جاء في رواية مالك "أن وصيته كانت بخديقة بيعت بثلاثين درهم" فهل هذا كان كله لتجهيزه؟^(٣)

(١٢٠) ٥. ما رواه ابن أبي شيبة من طريق الزهري أن عثمان رضي الله عنه: "أجاز وصية ابن إحدى عشرة سنة"^(٤).

(١٢١) ٦. وقال الإمام مالك: "وأخبرني رجال من أهل العلم عن عبدالله بن مسعود وعمر بن عبدالعزيز وابن شهاب وغيرهم من أهل العلم مثله.

وقال عبدالله بن مسعود: من أصاب وجه الحق أجزأه"^(٥).

٧. أن الوصية تصرفٌ تمحض نفعاً للصبي، فصَح منه كالإسلام والصلاة؛ وذلك لأن الوصية صدقة لا تزيل الملك في الحال، وتفيد الثواب بعد الموت، فلا يلحق الصبي بسببها ضرر في عاجل دنياه، ولا أجل أخره"^(٦).

ونوقش هذا الدليل بأمرين:

الأمر الأول: أن حصول الثواب بعد الموت لا يقتصر على الوصية فقط، بل يحرق الثواب بترك المال للموتى.

(١) النهاية لابن الأثير، مرجع سابق، ١٧٤/٥.

(٢) ينظر: للمراجع نفسه.

(٣) العناية على الفتاوى، مرجع سابق، ٤٣٠/١٠.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٢٢٠/٦ (ضعيف) الزهري لم يذكر عثمان.

(٥) المدونة ٣٣/٦، وهو (ضعيف)، لإمام رواه.

(٦) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٣٩/٣.

لما رواه البخاري من طريق شقيق، عن عمرو بن الحارث، عن زينب امرأة عبدالله رضي الله عنه، وفيه قول النبي ﷺ: (نعم لها أجران: أجر القرابة وأجر الصدقة)^(١).
وأجيب: بعدم تضمنه ما يمنع من صحة وصية الصبي، وإنما أفاد أفضلية ترك الوصية على إنشائها أو تساويهما في الثواب^(٢).

الأمر الثاني: لو سلمنا بأن الثواب يحصل بإنشاء الوصية، فالمعتبر في النفع والضرر أصل الوضع دون العوارض اللاحقة، ويتأمل حال الوصية نجد أنها في أصل الوضع منزلة للملك، وقد يقع النفع فيها في بعض الأحوال، وقد لا يكون فيها نفع كأن يوصي لقاسق بالمال في القسق.

فالمعتبر إذاً في النفع والضرر هو النظر إلى أصل الوضع، كالطلاق، فإن الصبي لا يملكه وإن أمكن أن يكون نافعا في بعض الأحوال، بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء، ويتزوج بأختها الموصرة الحسنة^(٣).

وأجيب: بأن الوصية نوع من التصرف مضبوط من حيث الضرر والنفع، لذا فلا يصح قياسها على الطلاق ونحوه؛ لعدم انضباطه في ذلك^(٤).
ثم إن وصف الوصية بأنها منزلة للملك لا يلحق الضرر بالصبي؛ لأن المال يبقى ملكاً له، ولا يخرج عنه إلا بالموت، وحينئذ فلا يلحقه ضرر بخروجه.

٨. إجماع أهل المدينة على صحة وصية الصبي^(٥).

ونوقش: أن إجماع أهل المدينة مختلف فيه.

(١) يخدم تحريجه برقم (٢٣).

(٢) العناية شرح الهداية ١٠ / ٤٣١، فتح القدر ١٠ / ٤٣١.

(٣) العناية على الهداية ١٠ / ٤٣١، البناية في شرح الهداية ١٦ / ٥٠٧.

(٤) حاشية سعدني حلي على العناية ١٠ / ٤٣١-٤٣٢.

(٥) المدونة ٦ / ٣٣، للوجاهة ٢ / ٧٦٣.

٩. أن الحجر عليه إنما كان لحظ نفسه، فلو منعاه الوصية كان الحجر عليه لحظ

غيره.

١٠. أن الوصية أحت الميراث، والصبي في الإرث عنه بعد موته كالبالغ، فكذا في الوصية^(١).

١١. أن الوصية شرعت لإحراز الأجر والثواب في الآخرة، وصلة الرحم، والصدقة

عليهم، ومكافأة من أسدى إلى الموصي معروفًا لم يتمكن من رده في الدنيا، وهذا

يكون في حق الصبي.

١٢. قياس الصبي على السفیه بجامع أن كلا منهما محجور عليه، فتصح الوصية من

الصبي كما تصح من السفیه^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة وصية الصبي المميز بالأدلة الآتية:

١. قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّغَمَاءَ آمَنَ لَكُمْ الْوَيْلُ بِكُمْ أَلَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَأَنْدَقُوهُمْ فِيهَا وَأَكْسُوهُمْ وَقُولُوا

مَقْرُولًا مَقْرُوفًا ۝﴾ وَأَنْتُمْ أَلَيْسَ تَعْلَمُونَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ

آمَنَ لَكُمْ ۝﴾^(٣).

وجه الاستدلال من الآيتين: دلت الآيتان صراحة على أن الصبي ممنوع من ماله حتى

يبلغ، فصح أنه لا يجوز له حكم في ماله أصلاً، وتخصيص الوصية في ذلك خطأ^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال من الآية: بأن الغرض من منع الصبي من التصرف في ماله

هو الخوف من ضياعه، ومن ثم يندم بعدما يبلغ، والوصية ليست مشتملة على هذا

المعنى؛ لأنها لا تنفذ إلا بعد الموت، وللصبي الحق في استدراكها والرجوع فيها بعد بلوغه.

(١) تبين الخطأ، مرجع سابق، ١/٨٦/٦.

(٢) المتن، مرجع سابق، ١/١٥١/٦.

(٣) آية ٦-٥ من سورة النساء.

(٤) المحلى، مصدر سابق، ١/٣٣٤/٨.

لذا فالحكم في الوصية مختلف عن سائر عقود المعاوضات والتبرعات.

٢. قول النبي ﷺ في حديث عائشة ؓ "رفع القلم عن ثلاثة...^(١)، فذكر فيهم الصبي حتى يبلغ.

قصح أنه غير مخاطب بما جاءت به النصوص من الترغيب بالوصية^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المراد بالقلم التكليف، وما نحن فيه ليس منه^(٣).

فالحديث من باب دلالة الاقتضاء لتوقف صحته على إضمار، والصحيح عند الأصوليين: أن المضمّر الإثم والمؤاخذه، وهما خاصان بالواجب والحرام دون المندوب.

(١٢٢) ٣. ما رواه عبد الرزاق من طريق الحجاج بن أرطاة، عن عطاء، عن ابن عباس ؓ قال: "لا يجوز وصية الغلام حتى يحتلم"^(٤).

٤. أن الصبي المميز لا يعتد بعبارته، لذا فلا تصح وصيته^(٥).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا تعميم لا يسلم به، فالصبي المميز تصح عبارته في أنواع من العقود بشروط، كقبول الهبة والبيع والإجارة ونحوها، ومن ذلك الوصية إذا وافقت وجه الحق.

٥. أن قوله غير ملزم في الطلاق والعنق كالطفل والمجنون، وفي تصحيح وصيته قول بإلزام إقراره وقوله.

٦. أن الوصية تبرع بالمال، فلا يصح من الصبي؛ لأنه ليس من أهله كالخبة والعنق^(٦).

(١) سبق تخريجه برقم (١١٣).

(٢) انظري ٣٢١/٩-٣٣٢، والهاوي ١٠/١٠.

(٣) للعناية على الهداية، مرجع سابق، ٤٣١/١٠.

(٤) مصنف عبد الرزاق (١٦٤٢١) (ضعيف) في إسناده إبراهيم بن أبي يحيى، والحجاج بن أرطاة.

(٥) حاشية سعد الدين حلي مع فتح القدير ٤٣١/١٠، مغني المحتاج ٣٩/٣.

(٦) الهداية ٢٣٤/٤، الشرح الكبير ١٦/٣.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: بأنه قياس مع الفارق؛ فإجابة والعنق يتفدان في الحياة فيلحق الضرر بماله، وكذا الطلاق، أما الوصية فلا تنفذ إلا بعد الموت، وحيث لا يلحقه الضرر، ثم إن له الحق في إلغائها أو تبديلها بعد البلوغ.

الثاني: أن هذه الأقيسة معارضة بمثلها كما في أدلة الجمهور.

٧. أن الحكمة من مشروعية الوصية تدارك ما عساه أن يكون قد فات المكلف في حياته، وهي منفعة في حق الصغير.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الحكمة غير محصورة فيما ذكر من استدراك ما فات الموصي، فإن حكماً أخرى كالزيادة في الأجر، والإحسان لمن يريد الإحسان إليه من قرابته.

الثاني: أنه لا يلزم من انتفاء الحكمة انتفاء الحكم كما يقول الأصوليون^(١).

الترجيح:

ترجح لي - والله أعلم - القول بصحة وصية الصبي المميز إذا وافقت وجه الصواب؛ وذلك لقوة ما استدل به أصحاب هذا القول، ولأن المعنى الذي لأجله منعت عقود الصبي غير موجود في إمضاء وصيته؛ لأن العقود لا يقدر على استدراكها إذا بلغ، أما الوصية فإن مات فله نواجا، وإن عاش وبلغ فقدر على استدراكها والرجوع فيها؛ لأن المال لا يخرج عن ملكه إلا بالموت، والله أعلم.

الأمر الثاني: شروط صحة وصيته عند القائلين بها:

الشرط الأول: السن الذي تصح فيه وصيته:

السن التي تصح فيها وصيته للعلماء أقوال:

فقيل: إذا بلغ سبع سنين صححت وصيته.

(١) المحلى، مصدر سابق، ١/٢٤٢.

وهو قول الخنابلة^(١).

وقيل: إذا بلغ عشر سنين.

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

قال إسحاق بن راهوية: إذا بلغ اثني عشرة سنة^(٤).

وقيل: متى عقل وميز وصحت وصيته من غير تحديد بسن معينة.

وبه قال مالک، وهو المعتمد عند المالكية، وبعض الخنابلة.

الأدلة:

دليل من حده بسبع سنوات:

١. حديث عبدالله بن عمرو رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: "أمروا أبناءكم..."^(٥).

والأمر بالشيء يستلزم صحة المأمور به كما يقول الأصوليون^(٦)، وإذا صحت صلاته

وهو ابن سبع صحت وصيته؛ لأن كلاً منهما قرية.

٢. ولأنه يخير بين أبويه إذا بلغ سبعا، ويصح إسلامه^(٧).

ودليل من رأى التحديد بعشر:

١. ألحاح السن التي تتأكد فيها الصلاة في حقها، ويضرب عليها.

٢. ما تقدم من أن الغلام الذي أجاز عمر وصيته كان ابن عشر أو اثني عشرة

سنة، فأخذ بأقل عدد.

(١) انظر: كتاب الروايتين ٢/٢٦، لمداية لاسن الخطاب ١/٢٣٠، للمقي ٨/٥١٠، الشرح الكبير مع الإيضاح ١٧/٢٠١.

(٢) للمدونة ٤/٢٩٥، للمقي ٨/٥١٠.

(٣) مسائل صالح ٢/١٤٨، مسائل عبدالله ٣/١١٧٠، كتاب الروايتين ٢/٢٦، المستوعب ٥/١٣٩٤.

(٤) للمقي: مصدر سابق ٨/٥١٠.

(٥) تقدم تحريجه برقم (١١٧).

(٦) المحلى ١/٢٠٣، البحر المحيط للمركزى ٩/٣٣٨.

(٧) كتاب الروايتين، مرجع سابق، ٢/٢٦.

ودليل من حددها باثني عشرة سنة:

ما تقدم من أثر عمرو بن سليم، ولأنه أخذ بالأعلى، ومظنة لحصول التمييز النام.

ودليل من حددها بالتمييز:

أنه أناط به الحكم، وهو يختلف باختلاف الأطفال، ولا يصح ضبطه بسن معينة، فمضى كان مميزاً صحت وصيته، كالبالغ، ومتى كان غير مميز ردت وصيته، كالمنجنون، من غير تحديد بعشرة أو سبع، أو تسع أو أكثر.

وهذا أقرب:

لأن علة الصحة التمييز، وعلة البطلان عدمه، والحكم يدور مع العلة وجوباً وعدماً.

الشرط الثاني: مقدار ما تصح فيه وصيته:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: أنها فيما قارب الثلث، ولا تجوز بالثلث^(١):

وبه قال عمر بن عبدالعزيز.

وقال الحنفية: تجوز وصيته بتجهيزه ودفنه، وعلى ذلك حملوا أثر عمر في إجازته وصية

الصغير الذي لم يحتلم^(٢).

وقالت المالكية، والحنابلة: صحة وصيته بالثلث كاملاً كغيره، ورواه مالك في المدونة

عن عمر بن عبدالعزيز^(٣)، قال: "وأخبرني ابن أبي الزناد عن أبيه أن عمر بن عبدالعزيز

أجاز وصية غلام في ثلثه ابن ثلاث عشرة سنة؛ لعموم الأدلة وتحديدتها في الثلث، فإنها

تشمل الصغير والكبير، وتفرقة الحنفية بين الوصية بالتجهيز والدفن والوصية بغيرهما لا

دليل عليها، وما ادعوه من حمل أثر عمر على ذلك سبق رده، بما جاء في رواية الموطأ

(١) إجملي، مصدر سابق، ٣٣٠/٩.

(٢) درر الحكام، مرجع سابق، ٤٩٥/٨.

(٣) للمدونة ٢٩٥/٤، القيار ٣٦٩، ٢٤٨/٩.

(من أنه أوصى بخديقة بيعت بثلاثين ألف درهم)، وهو مبلغ أكثر من نفقة التجهيز بكثير على أن الوصية كانت بالخديقة لابنة عمه ملكا ولم تكن بيعا لتجهيزه.

الشرط الثالث: ما تصح فيه وصيته:

اشتراط الخفية والمالكية: أن تكون وصيته في قرية.

وقول الخاتبة: أنه لا يشترط ذلك إذا لم تكن بمعصية^(١).

والخلاف مبني على خلاف آخر، هل تشترط القرية فيمن حيث هي، أو لا تشترط؟ سيأتي في شروط الموصى به.

الأمر الثالث: اختلاف الورثة والموصى له في التمييز وعدمه، وفيه فرعان:

الفرع الأول: ألا تكون بينة لواحد منهما، ففي هذه الحال القول قول الورثة:

وقيل: القول للموصى له.

حجة من قال القول قول الورثة: أن الأصل في الإنسان عدم التمييز، كما قال ﷺ:

﴿وَأَنَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ يُطُونِ أَنَّهُنَّكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا﴾^(٢)، والأصل بقاء ما كان على ما كان.

وحجة القول الثاني: أن الأصل في العقود الصحة، فمن راعى الأصل الثاني جعل

القول للموصى له^(٣).

والأقرب القول الثاني:

لأنه مثبت، ولأنه يتوسع في الوصية ما لا يتوسع في غيرها من العقود.

الفرع الثاني: عند تعارض البيئات تقدم بيئة الموصى له؛ لأنها مثبتة وناقلة^(٤).

(١) المصادر نفسها.

(٢) من الآية ٢٨ من سورة النحل.

(٣) للعيار، مرجع سابق، ٩/ ٢٤٧، ٣٦٩، ٣٧٠.

(٤) للعيار، مرجع سابق، ٩/ ٢٤٨، ٢٤٩.

المطلب الثاني: العقل، وفيه مسائل:المسألة الأولى: وصية المجنون^(١) حال اختلاله:

اتفق الفقهاء^(٢) على عدم صحة وصية المجنون، ولا غيره بإجازة الولي لو أجاز ما

(١) المجنون في اللغة: مصدر جن -بالبناء للمجهول- جنونا فهو مجنون، أي: زال عقله أو قسده. ينظر: المعجم الوسيط (١/٤١١).

وأصل الجن: السرا، يقال: جن الشيء بجنه جناً: سرقه. وكل شيء سرق منك فقد جن منك، وبه سمى الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمى الجنين لاستتارهم في بطن أمه. ينظر: لسان العرب (٩٢/١٣) مادة (جن).

والمجنون في الاصطلاح: عرق المجنون بعدة تعريفات منها:

التعريف الأول: اختلال العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على تحجه إلا نادراً. ينظر: تيسر التحرير (٢/٢٥٩).

التعريف الثاني: اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقيحة المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثارها، وتتعطّل أفعالها، إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما خروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفرح من غير ما يصلح سبباً لذلك. ينظر: التلويح على التوضيح (٢/١٦٧)، تيسر التحرير (٢/٢٥٩).

التعريف الثالث: داء يجل الدماغ باعثاً على الإقدام على ما يضر العقل من غير ضعف في الأعضاء. ينظر: شرح المجلة للأتاسي (٣/٥١٠).

أنواع المجنون: المجنون نوعان:

النوع الأول: المجنون الأصلي. وهو المتصل بزمان الصبا، بأن جن صغيراً قبل مجنونا.

النوع الثاني: المجنون الطارئ، ومعناه: أن يبلغ الإنسان عاقلًا ثم يطرأ عليه المجنون.

ثم إن كلا من المجنون الأصلي والطارئ ينقسم إلى قسمين: جنون مطلق، وجنون غير مطلق.

فالأول: يكون صاحبه مغلوباً فلا يفتق من جنونه. والثاني: يفتق منه صاحبه أحياناً. ينظر: تيسر التحرير

(٢/٢٥٩)، التلويح على التوضيح (٢/١٦٧)، كشف الأسمار (٤/٤٣٧)، صيغ العقود (١/٢٩٦).

(١) الهداية (٣/٢٨٠)، بدائع الصنائع (٥/١٣٥-١٧١)، تبيين الحقائق (٥/١٩١)، الاختصار لتعليل المختصر

(٢/٩٤)، عقد الجواهر الثمينة (٢/٣٢٨)، التلخيص (٢/٣٦١)، مواهب الجليل (٤/٢٤١)، (٥/٥٧)، الفواتن الفقهية

ص (٢٤٨)، روضة الطالبين (٣/٣٤١-٣٤٢)، نهاية الخناج (٣/٣٨٦)، حاشيتا قيلوبي وعميرة (٢/١٥٥)، المجموع

(٩/١٥٥)، شرح لمنهج مع حاشية الجمل (٣/١٦)، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (٢/٥)، كشف القناع

أصدره المجنون من وصية.

جاء في الفتاوى الهندية: "ولا تصح الوصية، إلا ممن يصح تبرعه، فلا تصح من المجنون" (١).

وقال مالك: "بلغني عن ربيعة أنه قال في المجنون يوصي عند موته لا يجوز عليه شيء من ذلك إلا في صحته" (٢).

وفي أسهل المدارك: "ومن صح تصرفه في المال صحت وصيته، فلا تصح لمجنون" (٣) وقال النووي: "وأما المجنون فلا تصح وصيته؛ لأنه غير مميز فوصيته باطلة" (٤). قال ابن قدامة: "ومن صح تصرفه في المال صحت وصيته؛ لأنها نوع تصرف، ومن لا تميز له كالطفل والمجنون والمبرس، ومن غاب الموت لا تصح وصيته" (٥).

وخالف في ذلك إياس بن معاوية رحمته الله، فقال: تصح وصيته إذا وافق الحق (٦).
فلا تصح وصيته للأدلة الآتية:

١. قوله رحمته الله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (٧)، والمجنون أولى بهذا من السفه.
٢. حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل" (٨).

(١/٣)، مطالب أولي النهى (١٠/٣)، الممنوع في شرح لقنec (١٢/٣).

(١) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١١١/٦.

(٢) للبلوت، مرجع سابق، ٤١/٦.

(٣) التهذيب، مرجع سابق، ٩٩/٥.

(٤) المجموع، مرجع سابق، ٢٨٢/١٦.

(٥) الكافي، مرجع سابق، ٤٧٨/٢.

(٦) المغني، مصدر سابق، ٩٢/٨.

(٧) من الآية ٥ من سورة النساء.

(٨) سبق ترجمته برقم (١١٣).

٣. ما سبق من الأدلة على عدم صحة وصية الصبي، والمجنون من باب أولى^(١).
٤. أن انتقال الملك متوقف على الرضا، ومعرفة رضا المجنون متعذرة لعدم التمييز وانتفاء تعقل المعاني.
- فلا تصح حينئذ وصيته التي يصدرها^(٢).
- أن الإنسان يعرف بالعقل ما يتقنه من العقود فيقدم عليه، والمجنون فاقد للعقل فلا يصح ما يصدره من وصية لرجحان جانب الضرر نظرًا إلى سفاهة وقلة مبالاته وعدم قصده المصالح.
- وقد يستجر من يعامله - ماله باحتياله^(٣).
٥. أن الأهلية شرط لجواز التصرف والعقاده، ولا أهلية بدون عقل وتمييز، والمجنون فاقد لهما^(٤).
٦. أنه لا يصح إسلامه، ولا توبته ولا عباداته، فلا تصح وصيته^(٥).
٧. أن قوله ملغى لا يعتد به في عقد ولا يترتب عليه عقوبة، فلا تصح وصيته^(٦).
٨. قياس وصيته على هبته بجامع أن كلاً منهما يقتدر إلى إنجاب وقبول.
٩. ويستدل لعدم الاعتداد بإجازة الولي لما يصدره المجنون من وصية:
- بأن صدور الصيغة من المجنون تصرف باطل لا يعتد به، وإجازة الولي إنما تلحق التصرفات الموقوفة فتجعلها نافذة، ولا تلحق التصرفات الباطلة، فالباطل في حكم المعلوم.
- لما روى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما

(١) ينظر - لسألة الأول من هذا المطلب.

(٢) ينظر - جواهر الإكليل (٢/٢)، شرح التلويح على النوصح (١٦٨/٢).

(٣) الاختيار لتعليل المختار (٩٥/٩)، تبين المغالط (١٩١/٥).

(٤) بدائع الصنائع (١٧١/٧)، كشف الأضرار (٤٤٥/٤).

(٥) للمذهب، مرجع سابق ٤٦٢.

(٦) الكافي لابن قدامة ٤٧٨/٢.

لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى دنيا يُصيّبها أو إلى امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه^(١).
والجنون لا نية له.

المسألة الثانية: وصية المجنون حال إفاقته:

اختلف الفقهاء رحمهم الله فيما يصدره المجنون من وصية حال إفاقته إذا كان يحسن أحياناً، ويفيق أحياناً على قولين:

القول الأول: أن ما يصدره المجنون من وصية في حال إفاقته يعد صحيحاً نافذاً:
وبهذا قال جمهور الفقهاء.

فهو مذهب الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: أن ما يصدره المجنون من وصية حال إفاقته فيه تفصيل:
فإن كان لإفاقة المجنون وقت معلوم فأوصى في ذلك الوقت، فالحكم أنها صحيحة نافذة، وإن لم يكن لإفاقته وقت معلوم فأوصى في حال الإفاقة، فالحكم أنها موقوفة على إجازة الولي،

وإلى هذا القول ذهب بعض الحنفية^(٦).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل القائلون بصحة وصية المجنون حال إفاقته:

١. حديث عائشة رضي الله عنها، وفيه قوله ﷺ: "وعن المجنون حتى يفريق"، فمفهومه أنه إذا

(١) لتقديم ترجمته برقم (٩٧).

(٢) المجموع النور ٢/٤٦٠، الفتاوى الهندية (٥٤/٥)، تبين الحقائق (١٩١/٥).

(٣) للمدونة ٦/٣٣، مختصر خليل ص (٢٢٩)، مواهب الجليل (٥٧/٥-٥٨)، منح الجليل (٨٣/٦).

(٤) روضة الطالبين (٦٣-٦٢/٧)، معني المحتاج (١٦٦/٢)، إمامة الطالبين (٧١/٣).

(٥) شرح منتهى الإرادات (٥٣٩/٢)، غاية المنتهى (٤٠٢/٣)، (٤٤٤/٤)، لغني (٣٦٧/٩).

(٦) حاشية الشلبي على تبين الحقائق (١٩١/٥)، حاشية ابن عابدين (١٤٤/٦).

أفاق صحت تصرفاته، وكسب عليه القلم في أفعاله وأقواله.

الثاني: بطريق الإيماء، فإن قوله ﷺ: "رفع القلم ... وعن المجنون" يدل بطريق الإيماء على أن علة رفع القلم هي الجنون؛ للقاعدة الأصولية: أن ترتيب الحكم على المشتق يؤذن بعلة ما منه الاشتقاق، وإذا كانت علة رفع القلم عن المجنون هي جنونه فإنه يلزم من زواله وإفاقته ثبوت تصرفاته وصحتها؛ لقاعدة: الحكم يدور مع العلة وجودًا وعدماً.

الثالث: أنه في حال إفاقته لا يسمى مجنوناً حقيقة، فلا يشمل لفظ الحديث (وعن المجنون).
٢. الإجماع حكاه الإمام مالك.

قال يحيى: سمعت مالكا يقول: "الأمر المجتمع عليه عندنا: أن الضعيف في عقله، والسفيه، والمصاب الذي يفيق أحيانا تجوز وصاياه، إذا كان معهم ما يعرف من عقولهم، ما يعرفون ما يوصون به، فأما من ليس معه من عقله ما يعرف به ما يوصى به، وكان مغلوبا على عقله، فلا وصية له" (١).

٣. أن الأصل صحة الوصية إلا لتخلف شرط، أو وجود مانع، ولم يوجد.

٤. أن العلة من عدم صحة وصية المجنون زالت بإفاقته، والقاعدة الشرعية: أن كل علة أوجبت حكماً اقتضى أن يكون زوال تلك العلة موجبا لزوال ذلك الحكم (٢).

دليل القول الثاني:

استدل القائلون بصحة وصية المجنون ونفاذها إن كان لإفاقته وقت معلوم، وبوقفها على إجازة الولي إن لم يكن لها وقت معلوم: أن من كان لإفاقته وقت معلوم فإنه يتحقق من صحوه، ومن لم يكن لإفاقته وقت معلوم لا يتحقق صحوه (٣).

(١) للموطأ، مرجع سابق، ٧٦٣/٢.

(٢) الحاوي للملغوري (٣٢/٨)، غاية المنتهى (١/٢/٣).

(٣) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، (١٤٤/٦).

ويناقش هذا التعليل: بأن العلة من عدم صحة وصية المجنون هي زوال العقل، فإذا أفاق زالت العلة وتحقق شرط صحة الوصية، وارتفع بطلانها، وحيث فلا يلتفت إلى كون الإفاقة لها وقت معلوم أو لا.

الترجيح:

يظهر لي - والله أعلم بالصواب - رجحان القول بصحة وصية المجنون؛ لقوة دليل أصحاب هذا القول، وضعف تعليل القائلين بالتفصيل.

المسألة الثالثة: إذا اختلف الورثة والموصى له في وقوع الوصية في حال العقل، أو حال الجنون:

فالقول قول الموصى له إن الوصية وقعت في حال العقل؛ لما يلي:

أولاً: لأنه الأصل والغالب، والجنون خلاف الأصل وخلاف الغالب.

ثانياً: أن القول لمدعي الصحة.

وإن شهد عدلان أنه كان مجنوناً وقت الوصية، وشهد آخرون أنه كان تام العقل حين الوصية، قدمت بينة العقل؛ لأنه الأصل والغالب؛ لأنها مثبتة، والأخرى نافية؛ ولأنها علمت ما لم تعلمه الأخرى.

وقيل: تقدم بينة الجنون.

وقيل: يقضى بأعدل البيتين، وإن استوتا سقطتا معاً^(١).

المسألة الرابعة: وصية المغمى عليه، والنائم.

الإغماء: حالة مرضية تصيب القلب أو الدماغ، فينشأ عنها تعطل القوى المدركة أو الحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلولاً عليه^(٢).

اتفق الفقهاء على أن المغمى عليه، والنائم لا تصح وصيتهما حال الإغماء والنوم،

(١) الوصايا، مصادر سابق، ص ١٢١.

(٢) حاشية رد المحتار، مرجع سابق، ١/١٤٣.

كما اتفقوا على أن الإغماء الطارئ على الوصية لا يبطلها، ولو اتصل بالموت، فإن كان يقيق أحياناً من إغمائه فوصيته صحيحة في حال إفاقته، والدليل على ذلك:

حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول: "مرضت مرضاً فأتاني النبي ﷺ يعودني، وأبو بكر وهما ماشيان، فوجداني أعشى علي، فتوضأ النبي ﷺ، ثم صب وضوءه علي، فأفقت، فإذا النبي ﷺ، فقلت: يا رسول الله كيف أصنع في مالي كيف أقضي في مالي؟ فلم يجبي بشيء حتى نزلت آية الميراث" ^(١).

فدل هذا على صحة وصية المغمى عليه إذا أفاق من إغمائه.
وبدل لهذا:

١. حديث عائشة رضي الله عنها السابق، وفيه قوله ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة، وفيه: وعن النائم حتى يستيقظ".
٢. ولا تصح وصيتهما حال الجنون والإغماء، قياساً على المجنون؛ لعدم التمييز وعدم القصد.

المسألة الخامسة: وصية المعتوه، وفيها أمران:

الأمر الأول: تعريف المعتوه:

العتة في اللغة: يطلق على نقص العقل، ويطلق -أيضاً- على فقدته ^(١).
وفي اصطلاح الفقهاء:

انقسم الفقهاء رحمهم الله في تعريف المعتوه إلى طائفتين:

فطائفة جعلت العته نوعاً من الجنون، والطائفة الأخرى فرقته بينه وبين الجنون.
فقد جاء في "تبيين الحقائق" للحنفية ^(٢) أن المعتوه هو: "من كان قليل الفهم، محتالط

(١) سبق تخريجه برقم (٥٣).

(٢) ينظر: القاموس المحيط ص (١٦١٩)، مادة (عتة)، لمصنف اللغة (١٣٩/١)، مادة (عتة).

(٣) تبيين الحقائق (١٩١/٥)، وينظر -أيضاً- حاشية ابن عابدين (١٤٤/٦).

الكلام، فاسد التدبير، إلا أنه لا يضرب ولا يشتم، كما يفعل المجنون".
 وجاء في "الإكلیل" للمالكية^(١): "أن المعتوه هو: ضعيف العقل"^(٢).
 وقد ذكر صاحب "كشف اصطلاحات الفنون"^(٣): ما يؤيد هذا التفريق حيث قال:
 "والفرق بين السفه والعته ظاهر، فإن المعتوه يشابه المجنون في بعض أفعاله وأقوله، بخلاف
 السفه فإنه لا يشابه المجنون، لكن تعثره خفة فيتنازع مقتضاها في الأمور من غير روية
 وفكر في عواقبها".

وجاء في "تحرير التنبيه" للشافعية^(٤): "المعتوه نوع من المجانين".
 وجاء في "المغني" للحنابلة^(٥): "المعتوه هو: الزائل العقل يجنون مطبق"
 وفي الدر النقي^(٦): "المعتوه هو المجنون".

الأمر الثاني: وصية المعتوه:

اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم وصية المعتوه على قولين:
 القول الأول: أن المعتوه كالمجنون في الأحكام:
 لذا فما يصدره المعتوه من وصية لا يعتد به، ولا يجوز للولي أن يأذن له بإصدارها.
 وهذا ملحق بالمالكية^(٧)، والشافعية^(٨)، والحنابلة^(٩).

(١) الإكلیل، مرجع سابق، (٢٥٣/١).

(٢) وبقر: الخرشني على مختصر خليل ١١٢/٣.

(٣) الإكلیل (٤٥٢/٢).

(٤) تحرير التنبيه للنووي، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٥) للمغني لابن قدامة، مصدر سابق، (٤١٥/٩).

(٦) الدر النقي لابن عبدالحادي الخليلي (٧٠٣/٣).

(٧) الشرح الصغير (٧/٤)، حواشي الإكلیل (٢٨٦/١) مواهب الخليل (٤٣٨/٣)، الشايع والإكلیل (٤٣٨/٣).

(٨) الحاوي، مرجع سابق، (٣٢/٨).

(٩) للمغني، نفسه، (٤١٥/٩).

القول الثاني: أن المعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته:

لذا فما يصدره المعتوه من وصية تأخذ حكم وصية الصبي المميز، وقد تقدم حكمها^(١) وأما تصح في أمور تجهيزه ودفعه. وبهذا قال الحنفية^(٢).

جاء في حاشية رد المختار: "مطلب في أحكام المعتوه ... وفي عامة كتب الأصول أن حكمه كالصبي العاقل في كل الأحكام. واستثنى الديبوسي العبادات فتجب عليه احتياطاً".

الأدلة:

الذين يرون بطلان وصية المعتوه يلحقونه بالجنون، ويطبقون عليه أحكامه، وتقدمت الأدلة قريباً على عدم صحة وصية المجنون،

أما الذين يرون إلحاق المعتوه بالصبي المميز في التصرفات القولية وهم الحنفية، فإنهم لما رأوا المعتوه - حسب اصطلاحهم - عنده نوع تمييز الحقوق بالصبي المميز وقاسوه عليه. والذي يظهر لي في المسألة أن المعتوه ينقسم إلى قسمين:

الأول: معتوه ليس معه إدراك، فهذا في حكم المجنون، فلا تصح وصيته.

الثاني: معتوه معه إدراك، فيأخذ حكم الصبي المميز، وقد تقدم حكم وصيته^(٣).

المسألة السادسة: وصية الخرف:

الخرف: هو فساد العقل من الكبر والهرم، يقال خرف الرجل خرفاً - من باب تعب - فهو خرف^(٤).

(١) في الأمر الأول من هذه المسألة.

(٢) تبيين الحقائق (١٩١/٥)، المبسوط (٨٢/٢٥)، بدائع الصنائع (١٩٣/٧)، الدر المختار مع حاشية ابن عابدين (١٤٤/٦).

(٣) في المطلب الثاني.

(٤) المفصاح للزبيدي (٢٠٠/١).

فإذا رد الإنسان إلى أرذل العمر، وأصبح لا يعلم من بعد علم شيئاً، فلا تصح وصيته.
 قال يحيى: سمعت مالكا يقول: "الأمر المجتمع عليه عندنا: أن الضعيف في عقله،
 والسفيه، والمصاب الذي يفتق أحياناً تحوز وصاياه، إذا كان معهم ما يعرف من عقولهم،
 ما يعرفون ما يوصون به، فأما من ليس معه من عقله ما يعرف به ما يوصى به، وكان
 مغلوباً على عقله، فلا وصية له"^(١).

وبدل لذلك ما يأتي:

١. حديث عائشة رضي الله عنها السابق: "رفع القلم عن ثلاثة ..."، وفي رواية: "والخرف"^(٢).
 ٢. ما ورد عن علي رضي الله عنه: "في عدم وقوع طلاق المعتوه"^(٣).
 ٣. أن الهرم الخرف كالمجنون؛ لفقده العقل، فليس أهلاً للوصية وإبرام العقود^(٤).
- وبهذا يتبين أن الخرف كالمجنون في عدم صحته وصيته التي تفيد التزامه بعقد من العقود.

وقد جاء في بدل المجهود (٣٥٤/١٧): "أن الخرف غير المجنون، فالمجنون من الأمراض السوداوية، يقبل العلاج،
 والخرف بخلاف ذلك

لذا جاء في الحديث: "والمجنون حتى يعقل"^(٥) لأن زوال المجنون ممكن في العادة، لكن لما ذكر الخرف في الحديث لم
 يقل حتى يعقل؛ لأن الغالب عدم البرء منه إلى الموت".

(١) لموطأ ٢/٧٦٣.

(٢) من ابن ماجه، كتاب المفقود، باب في المفقود يسرق أو يهيب حقاً، وسند هذه الرواية: فيه القاسم بن يزيد،
 وهو مجهول، ولم يترك علياً رضي الله عنه.

ينظر: مصابح الرضا في رواة ابن ماجه (٣٥٢/١)، والحديث تقدم تحريجه برقم (١١٣).

(٣) لم أفت عليه.

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٦٣/٧):

"الصورة الثانية مما يسلب النظر: اختلال النظر لهرم، أو جيل جيلي، أو عارض يمنع الولاية -أي ولاية التكليف- وينقلها
 إلى الأبعد".

وقال ابن قدامة في المغني (٣٦٧/٩): "الذي قد ضعف لكبره، فلا يعرف موضع الخطأ، فلا ولاية له -أي في التكليف-".

المسألة السابعة: وصية السكران^(١):

السكران لا يخلو من حالتين:

الحال الأولى: أن يكون معذورًا بسكره، كمن شرب مسكرًا ظنه عصيرًا، أو كان مكرهًا على شربه، ونحو ذلك، فلا تصح وصيته باتفاق الفقهاء^(٢).
لما يأتي من الأدلة على عدم صحة وصيته إذا كان السكران غير معذور، فالمعذور من باب أولى.

الحالة الثانية: ألا يكون معذورًا بسكره بأن يشرب المسكر علما مختارًا.

إذا أوصى السكران غير المعذور بسكره، فهل تصح وصيته وتترتب عليها آثارها أو لا؟
خلاف بين الفقهاء على أقوال:

القول الأول: عدم صحة وصية السكران:

هو قول الخرشي، والطحطاوي من الحنفية^(٣)، وقول للشافعية^(٤)، ورواية عند الحنابلة،

(١) اختلفت عبارات الفقهاء في بيان حد السكران.

فقيل هو: الذي اختلط كلامه للنظام، والكشف سره المكتوم.

وقيل هو: الذي تغير عقله تغيرًا يجرى على معانٍ لا يجرى عليها صاحبها.

وقيل هو: الذي لا يفرق بين السماء والأرض، ولا بين أمه وامرأته.

وقيل غير هذا. ينظر: مواهب الجليل (٢٤٦/٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٤١)، روضة الطالبين

(٦٢/٨). قال ابن كثير رحمه الله في تفسيره (٥٤٨/١): "أحسن ما يقال في حد السكران: أنه الذي لا يدري ما يقول".

وقد استنبط ابن كثير هذا التعريف من قوله ﷺ: «فَوَيْلٌ لِلْمُصَلِّينَ إِذَا شُكِرُوا بِمَا أُنْشِرُوا مِنْ سَكْرٍ»

تَعَلَّمُوا مَا يُقُولُونَ» النساء آية ٤٣.

قال الحافظ ابن حجر رحمه الله في الفتح (٣٩٠/٩): "كان فيها -أي الآية- دلالة على أن من علم ما يقول لا يكون

سكرانًا". وينظر: لغتي لابن قدامة (٣٤٨/١٠).

(٢) تيسر التحرير (٢٨٨/٢)، حاشية ابن عابدين (٤٢٤/٢)، بداية المجتهد (٨٢/٢)، شرح الخرشي (٣٢٢/٢).

الحاوي الكبير (٢٣٥/١٠)، للغني (٣٤٨/١٠).

(٣) ينظر: فتح القدير (٤٩٠/٣)، البحر الرائق (٢٤٧/٣)، التبر لمختار مع حاشية ابن عابدين (٢٤١/٣)، مختصر

اختلاف العلماء (٤٣١/٢).

(٤) ينظر: المجموع شرح المهذب (١٥٥/٩)، روضة الطالبين (٦٢/٢).

صححها ابن قدامة، وصاحب الشرح الكبير.

وهو قول الطاهرية^(١)، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وابن القيم^(٢) بناء على عدم وقوع طلاقه.

قال ابن قدامة: "ولا تصح وصية السكران في أصح الوجهين، وفيه وجه آخر أنها تصح بناء على طلاقه، والأول أصح؛ لأنه غير عاقل أشبه المجنون، وطلاقه إنما أوقعه من أوقعه تغليظاً عليه؛ لارتكابه المعصية، فلا يتعدى هذا إلى وصيته، فإنه لا ضرر عليه فيها إنما الضرر على وارثه".

القول الثاني: صحة وصية السكران:

وهذا هو المشهور من مذهب الحنفية^(٣)، وهو قول شاذ عند المالكية^(٤).
وهو المذهب عند الشافعية^(٥)، ورواية عند الحنابلة، خرجها الأصحاب على وقوع طلاق السكران^(٦).

في تيسير التحرير: "وإن كان طريقه -أي السكر- محرماً... فلا يبطل التكليف قبلزم الأحكام، وتصح به عباراته من الطلاق، والعنق، والبيع، والإقرار، والتزويج، والإقراض...".

وجاء في نهاية المحتاج: "بخلاف السكران المتغذي فتصح وصيته"^(٧).

(١) اهلي (٤/٤٧١).

(٢) مجموع الفتاوى (١٠٢/٢٣)، الفتاوى الكبرى (٤/٥٦٧)، إعلام الموقعين (٤/٣٩).

(٣) ينظر: كشف الأسرار (٤/٥٧١-٥٧٦)، تيسير التحرير (٢/٢٨٧-٢٨٨)، فتح القدير (٣/٤٩١)، مختصر اختلاف العلماء (٢/٤٣٠).

(٤) هو قول ابن نافع من المالكية. ينظر: عقد الجواهر (٢/٣٢٨)، مواهب الجليل (٤/٢٤٢)، البيان والشصلي (٤/٢٥٨-٢٥٩).

(٥) ينظر: المجموع شرح المهذب (٩/١٥٥)، معني المحتاج (٢/٧)، وأحوال يحقه على الطلاق (٣/٢٧٩)، روضة الطالبين (٣/٣٤٢)، المهذب (٢/٩٩).

(٦) لميدج (٧/٢٥٣)، كشف القناع (٥/٢٤٣)، شرح الركني (٥/٢٨٧).

(٧) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٤/٦.

القول الثالث: أن وصية السكران صحيحة، إلا أن العقد غير لازم؛
وهذا قال الإمام مالك وعامة أصحابه^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول: (عدم صحة وصية السكران)

استدل من قال بعدم صحة وصية السكران بالأدلة الآتية:

١. قوله ﷺ: **يَتَأَيُّبُهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَغْرِبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَرَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ** ^(٢).

وجه الاستدلال من الآية: أن الله ﷻ جعل قول السكران غير معتبر؛ لأنه لا يعلم ما يقول^(٣)، وعليه فلا تصح وصيته.

و-أيضاً- فإن النهي عن قربان الصلاة مع السكر دليل على بطلان عبادته، فترتب على ذلك بطلان سائر عقود؛ لانعدام مناط التكليف^(٤).

(١٢٣) ٢. ما رواه مسلم من طريق سليمان بن بريدة، عن أبيه ﷺ قال: "جاء ماعز بن مالك للنبي ﷺ، فقال: يا رسول الله طهرني، ... قال: (مِمَّ أَطْهَرُكَ؟) قال: من الزنا. فسأل رسول الله ﷺ: (أيه جنون؟) فأخبر أنه ليس بمجنون، فقال: (أشربت خمرًا؟) فقال رجل فاستنكفاه فلم يجد منه ريح خمر، فقال النبي ﷺ: (أَزْنَيْتَ؟) قال: نعم. فأمر به فُرِجِمَ"^(٥).

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي ﷺ أمر بشتم ريح فم ماعز ليعلم هل هو

(١) عقد النواحر (٢/٣٢٨)، مواهب اللبيل (٤/٢٤٩-٢٤٤)، جواهر الإكليل (٢/٢)، البيان والتحصيل (٤/٢٥٩).

(٢) من الآية ٤٣ من سورة النساء.

(٣) ينظر: رد المحتار (٥/٢٠٩)، إعلام الموقعين (٣/١٠٦).

(٤) التفسير الكبير (١٠/١٠٩)، مجموع فتاوى الإسلام (٣٣/١٠٦).

(٥) صحيح مسلم في الحدود، باب حد الزنا (ح ١٦٩٥).

سكراناً أم لا؟ فإن كان سكراناً لم يصح إقراره، وإذا لم يصح إقراره عُلِمَ أن أقواله باطلة كأقوال المجانين^(١)، فلا تصح وصيته.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن درء الحد عن ماعز لوجود الشبهة في إقراره، والحدود تدرأ بالشبهات^(٢).

وأجيب: بأن استكراه ماعز خثية الشبهة في إقراره دليل على اعتبار العقل الذي هو مناط التكليف.

(١٢٤) ٣. ما رواه البخاري من طريق علي بن الحسين، أن حسين بن علي عليه السلام أخرجه أن علياً أخرجه قال: "كانت لي شارب من نصيبي من المغنم يوم يدرو ... فإذا شارب قد جئت أسنتهما، وبقرت خواصرهما^(٣)، فقلت: يا رسول الله ... عدا حمزة علي ناقتي ... وها هو في بيت معه شرب، فطَفِقَ النبي صلى الله عليه وآله وسلم يلوم حمزة، ثم قال حمزة: وهل أنتم إلا عبيد لأبي؟ فعرف النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قد ثُمِّلَ، فنكص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على عقبيه وخرجنا معه^(٤).

وجه الاستدلال من الحديث: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لم يواخذ حمزة بما قال، مع أن هذا القول لو قاله غير سكران لكان ردة وكفراً^(٥).

قال ابن حجر^(٦) رحمته الله: "وهو من أقوى أدلة من لم يواخذ السكران بما يقع منه في حال

(١) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٢/٣٣)، شرح الركني (٣٨٤، ٣٨٥/٥).

(٢) فتح الباري (١٣٠/١٢)، الأشباه والنظائر ص (١٢٢).

(٣) شارب: مثنى مضاف إلى ياء المتكلم، مفردة شارب وهي: الباقلة المسنة، والمعنى: أنه يقر شقبي الشاكين (انظر: النهاية في غريب الحديث ٤٦٩/٢).

(٤) صحيح البخاري، كتاب فروع المنس، باب فروع الخمس (٣٠٩١)، ومسلم، كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر (١٩٧٩).

(٥) ينظر: زاد المعاد (٢١٠/٥)، مجموع فتاوى الإسلام (١٠٨/٢٣).

(٦) فتح الباري (٣٩١/٩).

سكره من طلاق وغيره".

ونوقش هذا الاستدلال من الحديث: بأن الخمر حينئذ كانت مباحة، قبل ذلك سقط عن حمزة رحمته حكم ما نطق به في تلك الحال^(١).

وأجيب عنه: بأن الاحتجاج من هذا الحديث إنما هو بعدم مؤاخذه السكران بما يصدر منه، ولا يفرق الحال بين أن يكون الشرب مباحاً أو لا^(٢).

٤. حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل"^(٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن فاقد العقل غير مؤاخذ، فكذا السكران؛ لانعدام مناط التكليف^(٤).

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، حيث إن انعدام مناط التكليف في المنصوص عليهم قهراً، بخلاف السكران فإنه باختياره وإرادته، فيغلب عليه.

وأجيب: بأن العبرة انعدام مناط التكليف؛ لاشتراط قصد في العقود والأقوال المتحقق في العقل من غير تفریق بين مختار وغيره^(٥).

(١٢٥) ٥. ما رواه الترمذي من طريق عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله"^(٦).

(١) المصدر نفسه.

(٢) نفسه.

(٣) سبق تحريجه رقم (١١٣).

(٤) جواهر الإكليل ١/٣٣٩، الكافي ٣/٦٤.

(٥) نهاية السؤل شرح مناهج الأصول، مرجع سابق، ١/٢١٨.

(٦) الترمذي في الطلاق، باب ما جاء في طلاق المعتوه (ح ١١٩٩). (ضعيف جداً) قال الترمذي: "لا نعرف مرفوعاً إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ضعيف ذاهب الحديث".

والسكران داخل في المغلوب على عقله^(١).

ونوقش: بضعف الحديث.

(١٢٦) ٦. ما رواه أبو داود من طريق محمد بن عبيد، عن أبي صالح ... قال: خرجت

مع عدي بن عدي الكندي حتى قلعنا مكة فبعثني إلى صفية بنت شيبة ...

فالت: سمعت عائشة رضي الله عنها تقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا طلاق ولا عتاق

في إغلاق"^(٢).

وجه الدلالة: أن المغلق عليه لا يقع طلاقه، وكذا وصيته، والسكران داخل في ذلك؛

لزوال مناط التكليف^(٣).

(١٢٧) ٧. قال البخاري: وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه: "ليس لمجنون ولا مسكران

طلاق"^(٤).

وأخرجه ابن عدي في الكامل (٢٠١٣/٥) في ترجمة عطاء بن عجلان، وروى في ترجمته عن يحيى بن معاذ قوله:

"عطاء بن عجلان كوفي ليس بشيء، كذاب كان يوضع له الحديث فيحدث به". وقال ابن حبان في المجروحين (٢/

١٢٩) "يروي للموضوعات عن الثقات".

(١) قيل الأوطار ٢٣٦/٦.

(٢) أخرجه الإمام أحمد (٢٧/٦)، وأبو داود في الطلاق على غلط (ح ٣١٩٣)، وابن ماجه في الطلاق، باب طلاق

المكره والناسي (ح ٢٠٤٦)، وابن أبي شيبة (٤٩/٥)، والحاكم (١٩٨/٢)، والطحاوي في المشكل (٢٧٨/٢)، وأبو

يعلى (ح ٤٤٤٤)، والدارقطني (٣٦/٤)، والبيهقي (٣٥٧/٧) من طريق ابن إسحاق، عن ثور بن يزيد، عن محمد بن

عبيد، عن صفية بنت شيبة، عن عائشة رضي الله عنها.

الحكم على الحديث: (ضعف) ١ فيه محمد بن عبيد ضعيف، كما في "التهذيب" للسندري (ح ٢١٠٧)، وأخرجه

البيهقي عن زكريا بن إسحاق ومحمد بن عثمان، عن صفية رضي الله عنها، به. قال ابن أبي حاتم في العلل (ح ١٣٠، ١٢٩٢) بعد

أن ذكره من طريق ابن إسحاق: "ورواه محمد بن عبيد، عن عطاء، عن عائشة رضي الله عنها قال: أحدثت صفية أشبه. فعدة، قال

البخاري: ليس بذلك، وقال أحمد: قالع الحديث".

(٣) قيل الأوطار ٢٣٦/٦.

(٤) صحيح البخاري، معلقاً بصيغة الجزم في الطلاق. باب الطلاق في الإغلاق والمكره. ينظر: صحيح البخاري مع

فتح الباري (٣٨٨/٩)، ووصله ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٩/٥)، كتاب الطلاق، باب من كان لا يرى طلاق

السكران جازراً، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٥٩/٧)، كتاب الخلع والطلاق، باب من قال لا يجوز طلاق السكران

قال ابن المنذر: "هذا ثابت عن عثمان، ولا نعرف أحداً من الصحابة خالفه"^(١).
وقال شيخ الإسلام ابن تيمية^(٢): "وهذا ثابت عن أمير المؤمنين عثمان بن عفان، ولم يثبت عن الصحابة خلافه فيما أعلم".

(١٢٨) ٨. قال البخاري: وقال ابن عباس رضي الله عنه: "طلاق السكران والمستكره ليس بجائر"^(٣).

أي: ليس بواقع^(٤).

فهذه الفتوى من الصحابة رضي الله عنهم تدل على أن تلفظ السكران بصيغة الطلاق لغو لا يثرب عليها حكم، ويقاس على صيغة الطلاق سائر صيغ العقود كالوصية؛ إذ لا فرق مؤثر في الحكم بينهما.

٩. أن السكران زائل العقل مفقود الإرادة، وشرط التكليف العقل، وهو مفقود، فأشبه المجنون والنائم والمكره^(٥).

واعترض على هذا القياس من وجهين:

أحدهما: أن مع المكره والمجنون علماً ظاهراً يدل على فقد الإرادة هما قيه معلوران،

ولا علق.

(١) ينظر: شرح الزركشي، مرجع سابق، ٣٨٤/٥.

(٢) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، (١٠٢/٣).

(٣) علقه البخاري بصيغة الجزم (٣٨٨/٩) (فتح)، وقد وصله ابن أبي شيبة في مصنفه (٨٢/٤)، وقال: "نا هشيم، عن عبد الله بن طحانة الخزازي، عن أبي يزيد اللادي، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "ليس لمكره ولا مضطهد طلاق"، وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٨/١)، والبيهقي في سننه (٣٥٨/٧). وأبو يزيد ومزله في التفرقة (مقبول). وقد روى هذا الأثر عبد الرزاق في مصنفه (٤٠٧/٦) من وجه آخر عن ابن المبارك، عن الأوزاعي، عن يحيى بن أبي كثير، عن ابن عباس رضي الله عنه "لم ير طلاق المكره شيئاً". وأخرجه البيهقي (٣٥٨/٧) وعنده لمكره يدل المكره. وهذا الاستاذ فيه انقطاع، فيحيى لم يسمع من ابن عباس رضي الله عنه.

(٤) فتح الباري، مرجع سابق، (٣٩١/٩).

(٥) ينظر: لمعي لابن قدامة ٣٤٧/١٠، ٣٤٨/٥، شرح الزركشي ٣٨٥/٥.

بخلاف السكران^(١).

الثاني: أن المكره والمجنون والنائم غير مؤاخذين بالإكراه والجنون والنوم، فلم يؤاخذوا بما أحدثوا فيها، كما أن من قطع يد سارق قسرت إلى نفسه لا يؤاخذ بالسراية؛ لأنه غير مؤاخذ بالقطع، ولو كان متعدياً بالقطع لكان مؤاخذاً بالسراية كما كان مؤاخذاً بالقطع^(٢) بخلاف السكران، فإنه لما كان متعدياً بالسكر كان مؤاخذاً بما حدث فيه.

وأجيب: بما أجيب به عن المناقشة الواردة على الدليل الرابع.

١٠. أن عبادات السكران كالصلاة لا تصح بالنقص والإجماع؛ لأنه لا يعلم ما يقول كما دل على ذلك القرآن الكريم،

والقاعدة: أن كل من بطلت عبادته لعدم عقله فبطلان عقوده أولى وأحرى، كالنائم والمجنون ونحوهما، فإنه قد تصح عبادات من لا يصح تصرفه لنقص عقله كالصبي والمجنون عليه لسهقه^(٣).

١١. أن جميع الأقوال والعقود مشروطة بوجود التمييز والعقل، فمن لا تمييز له ولا عقل ليس لكلامه في الشرع اعتبار أصلاً؛

(١٢٩) لما روى البخاري ومسلم من طريق الشعبي قال: سمعت النعمان بن بشير رضي الله عنه يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إنَّ في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله، وإذا فسدت فسد الجسد كله إلا وهي القلب"^(١).

فإذا كان القلب قد زال عقله الذي به يتكلم ويتصرف، فكيف يجوز أن يجعل له أمر ونهي أو إثبات، وهذا معلوم بالعقل مع تقرير الشارع له^(٢).

(١) ينظر: الحاوي، مرجع سابق، ١٣/١٠٧.

(٢) للنظر السابق.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مرجع سابق، ٣٣/١١٦/١٠٧.

(٤) صحيح البخاري في كتاب الإيمان، باب فضل من استبأ لدينه (ج ٥٢)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب أخذ الحلال وترك الشبهات (ج ١٥٩٩).

(٥) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٧/٢٣).

١٢. أن العقود وغيرها من التصرفات مشروطة بالمقصود؛ لما رواه عمر بن الخطاب

رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إنما الأعمال بالنيات" (١).

وجه الاستدلال: أن اللفظ وغيره من التصرفات مشروط بالقصد، فكل لفظ من

المتكلم لسهو وسبق لسان وعدم عقل لا يترتب عليه حكم (٢).

فكل لفظ من المتكلم لسهو وسبق لسان، وعدم عقل فإنه لا يترتب عليه حكم (٣)

أدلة الرأي الثاني: (صحة وصية السكران)

استدلوا بالأدلة الآتية:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَقْرَءُوا الصَّلَاةَ وَآَسْتَرُكُمْ حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ﴾ (٤).

وجه الاستدلال من الآية: دلت الآية على أن السكران مكلف من وجهين:

أحدهما: تسميتهم بالمؤمنين وندائهم بالإيمان، ولا ينادى به إلا مكلف.

والوجه الثاني: نهيهم في حال السكر أن يقرأوا الصلاة، ولا ينهى إلا مكلف (٥).

ونوقش وجه الاستدلال من الآية من وجوه:

الوجه الأول: بعدم التسليم بأن الخطاب في الآية موجه للسكران حال سكره؛ لأن

من لا عقل له ولا يفهم الخطاب لا يدري عن الشرع ولا غيره فكيف يؤمر ونهى، بل أدلة

الشرع والعقل تنفي أن يخاطب مثل هذا (٦).

وأجيب: بأن الخطاب إذا لم يكن موجهاً للسكران حال سكره، فهو موجه له قبل

(١) تقدم تحريظه برقم (٩٧).

(٢) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٧/٣٣)، إعلام الموقعين (٤٩/٤).

(٣) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٧/٣٣)، إعلام الموقعين (٤٩/٤).

(٤) من الآية ٤٣ من سورة النساء.

(٥) ينظر الحاوي (١٠٦/١٣)، التلويح (١٧٦/٩).

(٦) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٥/٣٣)، رآه المعاد (٢١٢/٥).

السكر، وهذا يستلزم أن يكون مخاطباً في حال سكره؛ لأنه لا يقال إذا جنت فلا تفعل كذا^(١)، وهذا المعنى فاسد.

وبذلك تعين أن يكون الخطاب في الآية موجهاً للسكران حال سكرهم، فلا يكون السكر منافياً للخطاب.

ورد هذا الجواب: بأنه مبني على أن معنى الآية: إذا سكرتم فلا تقرّبوا الصلاة، وهذا المعنى غير صحيح، بل المعنى يكون: إذا أردتم الصلاة فلا تسكروا، فهو نهي لهم أن يسكروا سكرًا يفتنون به الصلاة، أو نهي لهم عن الشرب قريب الصلاة.

الوجه الثاني: أنه يحتمل أن الخطاب موجه إلى من يذب فيه أوائل النشوة، وأما حال السكر، فلا يخاطب بحال^(٢).

الوجه الثالث: أن تخصيصهم بالخطاب لانفرادهم بالصلاة عن غيرهم من اليهود ونحوهم، فإنهم لا يصلون سكارى ولا صفاة^(٣).

الوجه الرابع: أن الله وصفهم بالإيمان لكمال حكمته مع عباده، وليس من باب التوبيخ والمحاسبة^(٤).

٢. حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه، والمغلوب على عقله»^(٥). [ضعيف جداً].

وكذا الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: بضعف الحديث، ولو صح؛ فالمعنى في كليهما واحد، وهو تغطية العقل.

(١) فتح القدير ٤٩١/٣، والمبسوط ١٧٦/٦.

(٢) تفسير الطاودي ٤٨٩/١، تفسير البغوي ٤٣١/١، التفسير الكبير للرازي ١٠٧/١٠.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٤٣٢/١.

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٩٢/٥.

(٥) تخدم تحريجه برقم (١٢٥).

٣. أن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا على تكليف السكران؛

(١٣٠) روى الإمام مالك: عن ثور بن زيد الديلمي أن عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال له علي رضي الله عنه: "نرى أن تجلده ثمانين فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فأرى أن يُحدَّ حدُّ المفتري ثمانين" (١).

(١) موثقاً الإمام مالك (٨٤٢/٢)، ومن طريقه أخرجه الشافعي في المسند (٩٠/٢)، وعبد الرزاق (٣٧٨/٧)، وهو معضل؛ ثور الديلمي لم يَرِ عمر، وكذلك عكرمة كما عند عبد الرزاق لم يدرَك عمر -أيضاً-.

وقد أخرجه النسائي في الكبرى (٣٥٢/٣) موصولاً، قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن عبد الرحمن التوفي، لنا سعيد بن جعفر، ثنا يحيى بن قزح، عن ثور بن زيد، عن عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما - فذكره -.

وكذا أخرجه الطحاوي في أحكام القرآن (بواسطة الاستدكار) (٧/٨)، والبيهقي (٣٢١/٨)، والحاكم (٣٧٤/٤) من طريق عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما موصولاً.

وجاء من وجوه أخر أخرجه الدارقطني (١٥٧/٣): نا القاضي الحسين بن إسماعيل، نا يعقوب بن إبراهيم الدورقي، نا صفوان بن عيسى، نا أسامة بن زيد، عن الزهري، أخوتي عبد الرحمن بن أذهر، قال: رأيت رسول الله ﷺ

وكذا أخرجه الحاكم (٣٧٤/٤)، والبيهقي (٣٢١/٨) من طريق صفوان بن عيسى به، وكذلك أخرجه أبو داود (٤٤٨٩)، مختصراً من طريق أسامة بن زيد به.

وهذا الأثر معلول أعلاه أيحاج، وأبو زرعة، نا الزهري لم يسمعه من عبد الرحمن بن أذهر، ففي العلل (٤٤٦/١): "وسألت أبي، وأبا زرعة، عن حديث رواه أسامة بن زيد، عن الزهري، عن عبد الرحمن بن أذهر، قال: رأيت رسول الله ﷺ يسأل عن خالد بن الوليد، وأنا غلام شاب، فأني بشارب، وأمرهم، فضربوته، فمتهم من ضرب بعله، وذكرت لهذا الحديث.

فقالا: لم يسمع الزهري هذا الحديث من عبد الرحمن بن أذهر، يدخل بينهما عبدالله بن عبد الرحمن بن أذهر. قلت لهما: من أدخل بينهما ابن عبد الرحمن بن أذهر؟ قالا: عقيل بن خالد."

وكذلك قال أبو داود نا الزهري لم يسمعه من عبد الرحمن بن أذهر. قال أبو داود: أدخل عقيل بن خالد بين الزهري وبين ابن الأذهر في هذا الحديث عبدالله بن عبد الرحمن بن الأذهر، عن أبيه. وعنده هذا رمز له في التزيين (مقبول).

وقد قال ابن القيم رحمه الله في إعلام الموقعين (٢١١/١): "هذه مراسيل ومسلطات من وجوه متعذدة لقوي بعضها بعضاً وشهرتها تعني عن إسنادها".

وقال ابن حجر كما في التلخيص: "وفي صحته نظر؛ لما ثبت في الصحيحين عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ (حلد في الخمر بالخير والنعال، وحلد أبو بكر أربعين، فلما كان عمر استشار الناس، فقال عبد الرحمن: أخلف الحدود لثمانين

وجه الاستدلال: أن الزيادة على الأربعين لافتراءه في سكره، ولو كان غير مكلف لما أوجبوا عليه حد المفترى، ولا كان مؤاخذاً بافتراءه، وفي مؤاخذته به دليل على تكليفه^(١)، فإذا ثبت أنه مكلف وجب الاعتداد بأقواله وتصحيحها.

واعترض على هذا الدليل من وجهين:

أحدهما: قال أبو محمد ابن حزم^(٢): "هذا خير مكذوب قد نزه الله علياً، وعبد الرحمن بن عوف عنه؛ لأنه لا يصح إسناده، ثم عظيم ما فيه من المناقضة؛ لأن فيه إيجاب الحد على من هذى، وإلغادي لا حد عليه".

الوجه الثاني: أن الزيادة على الأربعين ليست من أجل الافتراء، ولكن لما كان الإقدام على السكر - الذي هو مظنة الافتراء - يلحقه بالمقدم على الافتراء أعطي حكم المفترى؛ إقامة لمظنة الحكمة مقام الحقيقة؛ لأن الحكمة هنا خفية مستترة؛ لأنه قد لا يعلم افتراءه، ولا متى يفترى، ولا على من يفترى، كما أن المضطجع يحدث ولا يدري هل هو أحدث أو لا، فقام النوم مقام الحدث^(٣).

وإذا تبين أن الزيادة ليست لأجل الافتراء، فلا يكون السكران مكلفاً.

٤. أن في تصحيح وصية السكران وإنفاذ عقوده عقوبة له^(٤).

فأمر به عمر، ولا يقال يحتمل أن يكون عبد الرحمن وعلي أشارا بذلك جزمًا لما ثبت في صحيح مسلم عن علي بن جند الوليد بن عقبة: (أنه جلد رسول الله ﷺ أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سقة، وهذا أحسن إلل)، فلو كان هو المشو بالثمانين ما أضافها إلى عمر ولم يعمل هذا.

لكن يمكن أن يقال: إنه قال لعمر باجتهاد ثم تغير اجتهاده، فالخالفه هنا يشير إلى نكاحه، ولكنه لم يستبعد صحته، فهذا الأثر جاء من غير وجه، وكما قال ابن القيم: (يقوي بعضها بعضاً)، وقد جرت عادة أحدتين أقصم لا يتشددون في الآثار كما قال الإمام أحمد ﷺ في صدقة السنين: (ما كان من حديثه مرفوع منكر، وما كان من حديثه مرسل عن مكحول فهو أسهل) "العلل بزيادة عبد الله" (٣٠٠/١).

(١) ينظر: الحاوي (١٠٧/١٣)، شرح الزركشي (٣٨٦/٥).

(٢) المحلى، مصدر سابق، (٢١١/١٠).

(٣) ينظر: مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٤/٣٣-١٠٥-١٠٤/٣٣).

(٤) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٤/٣٣)، زاد للبعد (٢١١/٥)، قال ابن قدامة ﷺ في المغني (٣٤٨/١٠).

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: أن كون السكران معاقب أو غير معاقب ليس له تعلق بصحة عقود وفسادها؛ فإن العقود ليس من باب العبادات التي يثاب عليها، ولا الجنایات التي يعاقب عليها، بل هي من التصرفات التي يشترك فيها البر والفاجر، والمؤمن والكافر، وهي من لوازم وجود الخلق؛ فإن العهود والوفاء بها لا تتم مصلحة الأديين إلا بها؛ لاحتياج بعض الناس إلى بعض في جلب المنافع ودفع المضار، وإنما تصدر عن العقل، فمن لم يكن له عقل ولا تمييز لم يكن قد عاهد ولا حلف ولا باع ولا تكح ولا طلق ولا أعتق^(١).

والوجه الثاني: أن الحد الشرعي للسكران كاف لعقوبته، ولا يعهد عن الشريعة العقوبة بتصحيح العقود وإنفاذها^(٢).

ثم إن الأمر قد يعود بالنفع للسكران، كما لو اشترى سلعة أثناء سكره فزاد ثمنها أضعافاً مضاعفة بعد العقد.

٥. أنه لا يعلم زوال عقل السكران إلا بقوله، وهو قاسق مردود أخير بشره المسكر، وربما تساكروا تصنعاً، فلا يقبل قوله في عدم العقل والسكر، ويبقى الحكم على الأصل وهو صحة وصيته، ونفاذ العقد^(٣).

ونوقش هذا الدليل: بأنه يفيد بطلان صيغ السكران في الباطن وصحتها في الظاهر؛ لأن السكران لما كان قاسقاً سقطت دعواه بزوال عقله، فنفاذ العقد لصحة الصيغة. ثم إن من لازم هذا الدليل التفريق بين العقود التي يتفرد بها السكران، وبين العقود التي لا يتفرد بها؛ لأن من حضر صدور الصيغة من السكران قد يشهد بسكره وزوال عقله،

^(١) وألحكم في حقه (أي السكران) ولده وبعده وشربه ودينه... كألحكم في طلاقه لأن للمعني في الجميع واحد.

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٠٨/٣٣).

(٢) ينظر: زاد المعاد، مرجع سابق، ٢١٣/٥.

(٣) ينظر: الحاوي ١٠٧/١٣، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١٠٥/٣٣، الأشباه والنظائر للسوفاي ص ١٤٢.

وأصحاب هذا الدليل لا يقولون بالفرق^(١).

٦. أن نفاذ وصية السكران من قبيل ربط الأحكام بالأسباب الذي هو خطاب الوضع^(٢).

ونوقش: بأن من لازمه صحة وصية من سكر مكرها أو جاهلاً بأن ما شره خمر، وصحة وصية المجنون والنائم، والمستدل لا يقول بهذا.

ثم يقال: وهل ثبت أن صدور وصية من السكران سبب حتى يربط الحكم به؟ وهل النزاع إلا في هذا؟^(٣).

٧. أن السكران مؤاخذاً بسكره، فوجب أن يكون مؤاخذاً بما حدث عن سكره، ومن ذلك صيغته التي يصدرها في البيع والإجارة والطلاق والوصية ونحوها، وهذا مثل سرية الجنابة لما كان مؤاخذاً بها، كان مؤاخذاً سرية.

ونوقش هذا الدليل: بأن السكر ليس من فعل السكران، وإنما هو من فعل الله تعالى فيه، فكيف صار منسوباً إليه، ومؤاخذاً به؟^(٤).

وأجيب: بأن السكران هو المتسبب بالسكر؛ حيث إن الشرب من فعله، فصار ما حدث عنه - وإن كان من فعل الله تعالى - منسوباً إلى فعله، كما أن سرية الجنابة لما حدثت عن فعله نسبت إليه، وكان مؤاخذاً بها، وإن كان من فعل الله تعالى فيه^(٥).

٨. قياس وصية السكران على سائر جنائياته، كالقتل والقذف ونحوها، فكما يؤاخذاً السكران عليها يؤاخذاً على عقد الوصية^(٦).

(١) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ١٠٤/٣٣، الخوازي ١٠٨/١٣.

(٢) ينظر: زاد المعاد ٢١١/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤١-١٤٢، حاشية الجمل على شرح المنهاج ٣٢٢/٤.

(٣) زاد المعاد (٢١٣/٥)، حاشية الجمل على شرح المنهاج (٣٢٣/٤).

(٤) الخوازي، مرجع سابق، (١٠٧/١٣).

(٥) نفسه.

(٦) بدائع الصنائع (٩٩/٣)، بداية المجتهد (٨٢/٢)، الفوائد والعوائد الأصولية ص (٣٧).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن هذا قياس مع الفارق؛ لافتقار الأقوال للعقل بخلاف الجنائيات، فإثما مبنية على الفعل المنسب في إقامة الحد مخاطبته في صحوه بعدم السكر المؤدي إلى الجنابة التي لا يعذر بفعلها^(١).

الوجه الثاني: أن المقيس عليه موضع خلاف بين أهل العلم، فمن العلماء من قال بأن أقواله، كأفعاله لا يترتب عليها حكم العمد لفقد القصد^(٢).

٩. القياس على إلزامه الصلاة الواجبة حال سكره، فوجب صحة وصيته^(٣).

ونوقش من وجوه:

الوجه الأول: أن إلزام السكران بقضاء الصلاة الفائتة حال سكره موضع خلاف بين أهل العلم^(٤).

الوجه الثاني: أن إلزامه بالقضاء حال سكره دليل على عدم صحة صلاته حال سكره مما يدل على عدم تكليفه؛ لتعطية عقله^(٥).

الوجه الثالث: أن إلزامه بالقضاء حال سكره لا يلزم منه صحة وصيته بدليل النائم يجب عليه قضاء الصلاة، ولا تصح وصيته بالإجماع^(٦).

الترجيح:

الراجح من أقوال العلماء هي هذه المسألة هو القول الأول القاضي بعدم صحة وصية السكران؛ لقوة أدلته، وموافقته لقواعد الشريعة التي تشترط العقل والتمييز لصحة العقود وترتب آثارها عليها.

(١) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، (١٠٦/٣٣).

(٢) الفقه (١٠٣/٣٣).

(٣) الفتاوى الكبرى (٤٠٢/٤)، شرح الكوكب المنير (٥٠٧/١).

(٤) المغلي (٩/٢)، الفتاوى الكبرى (٤٠٢/٤)، بداية المجتهد (١٨٩/١).

(٥) الأحكام شرح أصول الأحكام (١١٢/٤)، شرح عمدة السؤل ص (١٨٨).

(٦) بداية المجتهد (١٨٢)، تكملة المجموع (٦٤/١٧).

شرح:

شروط صحة وصية السكران عند القائلين بصحتها:

يشترط لصحة وصية السكران -عند القائلين بصحتها- توفر الشروط الآتية:

الشرط الأول: أن يكون غير معذور في سكره:

كأن يشرب الخمر ونحوها طائفاً مختاراً غير مضطر ولا مكروه.

أما إن كان معذوراً بسكره كسكر المكروه بإكراه ملجئ، وسكر المضطر، وسكر من

شرب دواء فسكر به.

فالسكران في هذه الحالات معذور شرعاً لا يقام عليه الحد، ولأجل هذا تلغى جميع

أقواله التي نطق بها حال السكر، ولا يترتب عليها أي حكم شرعي فلا تنفذ هبته، وبعد.

السكران في هذه الحالة كالثائم والمغمى عليه في أحكام التصرفات؛ لقيام عذره وانتفاء

قصده باتفاق الأئمة الأربعة^(١).

الشرط الثاني: أن يكون السكران مميزاً:

أي: معه بقية عقل، أما إذا ذهب عقله جملة، فلا يصح منه نطق؛ لأنه والحالة هذه

كالجنون.

جاء في مواهب الجليل^(٢): "السكران قسمان: سكران لا يعرف الأرض من السماء،

ولا الرجل من المرأة، فلا خلاف أنه كالجنون في جميع أحواله وأقواله ..."، وتقدم في أول

هذه المسألة بيان ضابط السكران الذي يؤخذ بسكره.

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي^(٣): "الشارب له ثلاثة أحوال:

أولها: هزّة ونشاط يأخذه إذا دبت فيه ولم تستول عليه بعد، ولا يزال العقل في هذه

(١) ينظر: فتح القدير (٤٩١/٣)، مواهب الجليل ٢٤٤/٤، المهذب (٩٩/٢)، مغالب أولي النهى (٣٦٤/٥).

(٢) مواهب الجليل، مرجع سابق، (٢٤٢/٤).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق، ص (١٤٦).

الحالة، فهذا ينفذ طلاقه وتصرفاته؛ لبقاء عقله.

الثانية: نفاية السكر، وهو أن يصير طافحاً ويسقط كالمغشي عليه لا يكاد يتكلم ولا يتحرك، فلا ينفذ طلاقه ولا غيره؛ لأنه لا عقل له.

الثالثة: حالة متوسطة، وهو أن تختلط أحواله، ولا تنتظم أقواله وأفعاله، ويبقى تمييز وفهم وكلام، فهذه الثالثة سكر وفيها القولان ...^(١).

الشرط الثالث: أن يكون الشراب المسكر مطرباً:

وأما السكران بشرب دواء غير مطرب كشارب البتج وما في معناه^(٢)، فلا تصح جهته حتى ولو قصد تناوله السكر.

وهذا الشرط وجه عند الشافعية^(٣).

وعلموا بأن الشراب المطرب يدعو النفس إلى تناوله، فغلظ حكمه زجراً عنه بوقوع الطلاق ونحوه، كما غلظ بالحد.

أما غير الطرب فالتفلس منه نافرة، ولذلك لم يغلظ بالحد، فلم يغلظ بوقوع الطلاق ونفاذ العقود، كالوصية وغيرها^(٤).

(١) وينظر، روضة الطالبين، مرجع سابق، (٦٣/٨).

(٢) وهذا النوع يطلق عليه العراقي: للتفلس.

وله تفرق لطيف بين المسكر والمُرقد والتفلس. قال في التفرق (٧٢١/١): «تفرق الأربعون بين قاعدة لتسكرات والمُرقدات التفلسات: هذه القواعد الثلاث قواعد تنسب على كثير من الفقهاء والفرق بينها: أن للتناول من هذه إما أن تعيب معه الخواص أو لا، فإن غابت معه الخواص كالبحر والسمع والنس والشم والذوق، فهو المُرقد، وإن لم تعيب معه الخواص، فلا يخلو إما أن يحدث معه نشوة وسرور وقوة نفس عند غالب التناول له أو لا، فإن حدث ذلك فهو للمسكر وإلا فهو للتفلس، فالتسكر هو المعيب للعقل مع نشوة وسرور كالخمر، والمُرقد وهو المعمول من التسبح ... والتفلس هو المشوش للعقل مع عدم السرور الغالب كالبتج والسيكران ...» وينظر، صبح العقود (٥٠٣/١).

(٣) المحاوي، مرجع سابق، (١٠٨/١٣).

(٤) نفس.

المسألة الثامنة: وصية الغضبان:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن وصية من زال عقله لشدة غضبه لا يقع ^(١)، كما اتفقوا على وقوع وصية من لم يؤثر غضبه على قصده وشعوره ^(٢).

واختلفوا في وصية من اشتد غضبه ولم يملك نفسه، وتبم على فعله مع بقاء عقله، هل تصح وصيته أم لا؟ ^(٣) على قولين:

القول الأول: أنه لا تصح وصيته:

وهو قول ابن عابدين من الحنفية ^(٤)، ورواية عند الحنابلة ^(٥).

وهو اختيار شيخ الإسلام بن تيمية ^(٦)، وابن القيم ^(٧).

القول الثاني: أنه لا تصح وصيته:

وهو للمذهب عند الحنفية ^(٨)، وقول المالكية ^(٩)، والشافعية ^(١٠)، والمذهب عند الحنابلة ^(١١).

(١) إجماع الطالبين (٦/٤)، والمصنف في شرح المقنع (٢٥٢/٧)، وحاشية الدسوقي (٣٦٦/٢)، وحاشية ابن عابدين (٤٩٧/٢).

(٢) شرح منتهى الإرادات (١٢٠/٣)، حاشية الإمام الرهوني على شرح الررقاني (٧٧/٤)، حاشية ابن عابدين (٤٢٧/٢)، تكملة المجموع (٦٨/١٧).

(٣) تنبيه: كثير من العلماء يتكلم عن طلاق الغضبان، ثم يلحق ما يتعلق بظهور السكران والغضبان بطلاقه.

(٤) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، (٤٢٧/٢).

(٥) للمقنع (١٣٣/٣)، الإنصاف (٤٣٦/٨).

(٦) اختيارات ابن تيمية جمع برهان الدين الجوزية (ص ٣).

(٧) إعلام الموقعين عن رب العالمين (٤٥/٣)، اختيارات ابن عثيمين في التكميل ص ٢٤٥.

(٨) حاشية ابن عابدين، لفسد.

(٩) لغة الشاك لأقرب المسالك، مرجع سابق، (٧٩٣/٢).

(١٠) إجماع الطالبين (٦/٤)، تكملة المجموع (٦٨/١٧).

(١١) الفروع (٣٦٤/٥)، كشف المخدرات (ص ٣٨٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بأن وصية الغضبان لا تصح بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْثُكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ (١).
- وجه الدلالة: أَنَّ اللَّغْوَ فِي الْيَمِينِ هُوَ أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ وَهُوَ غَضْبَانٌ، فإذا كانت يمينُ الغضبان لا تتعقد، فكذلك وصيته (٢).

ونوقش من وجهين:

- الوجه الأول: أَنَّ القولَ بِأَنَّ اللَّغْوَ فِي الْيَمِينِ أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ وَهُوَ غَضْبَانٌ محل خلاف؛ فمنهم من يرى انعقاد يمين الغضبان وعلى أثره وصيته (٣).
- ويمكن أن يُجاب: بأنه مع التسليم بالخلاف إلا أَنَّ هذا في الغضب المتفق على نفاذه.
- الوجه الثاني: أَنَّ هذا قياسٌ مع الفارق؛ إذ إنه مع التسليم بِأَنَّ اللَّغْوَ فِي الْيَمِينِ هُوَ أَنْ يَحْلِفَ الرَّجُلُ وَهُوَ غَضْبَانٌ، إلا أَنَّهُ رَفَعَ الْمُواخِذَةَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ صَادِرَةٌ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، بخلاف وصية الغضبان، فإنه متعمد الوصية قاصدٌ لها (٤).
- وأجيب: بعدم التسليم بالفارق؛ إذ إن وصية الغضبان الذي يذهل عقله ويفقد به إرادته يترتب عليه عدم قصده؛ إذ لو كان قاصدًا لما تَدَبَّرَ على فعله (٥).

٢. قوله ﷺ: ﴿وَلَوْ يُعْجِلُ اللَّهُ لِلنَّاسِ الشَّرَّ اسْتَعْجَلَهُمْ بِالْحَبِيرِ لَقُضِيَ إِلَيْهِمْ

(١) من الآية ٢٦٥ من سورة البقرة.

(٢) تفسير الطبري (١/١٢٢)، الإقصاص (٢/٣٢٥)، تفسير القرآن الكريم لابن عثيمين (٣/٩٣)، اختصارات ابن عثيمين في التكاثر ٢٤٥.

(٣) ينظر الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٣/٩٨)، جامع العلوم والحكم (ص ١٢٩).

(٤) جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، (ص ١٣٠)، تصريف.

(٥) إغاثة اللفهات في حكم طلاق الغضبان، مرجع سابق، (ص ١٩).

أَجَلُهُمْ فَتَذَرُ الَّذِينَ لَا يَرْجُونَ لِقَاءَنَا فِي طُغْيَانِهِمْ ﴿١١﴾

وجه الدلالة: أَنَّ الشَّرَّ في هذه الآية هو قول الرجل لولده وماله إذا غَضِبَ عليه: "اللَّهُمَّ لَا تُبَارِكْ فِيهِ وَالْعَنَهُ" ^(١)، فتجاوزَ اللَّهُ ﷻ عن الغضبان في هذه الآية دليلٌ على عدم الاعتداد بأقواله، ومنها وصيته ^(٢).

ونوقش: بعدم التسليم بمعنى الآية، وهو أَنَّ المراد به دعاء الرجل على ولده في حالة الغضب ^(٣)، والدليل على ذلك: أَنَّهُ قد نُجِبَ الدعاء وهو في هذه الحالة؛

(١٣١) لما رَوَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ حَدِيثِ عِبَادَةَ بْنِ الْوَلِيدِ بْنِ عِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ قَالَ: خَرَجْتُ أَنَا وَأَبِي نَطْلُبُ الْعِلْمَ فِي هَذَا الْحَيِّ مِنَ الْأَنْصَارِ قَبْلَ أَنْ يَهْلِكُوا، فَكَانَ أَوَّلُ مَنْ لَقِينَا أَبَا الْيَسْرِ صَاحِبَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ... وَفِيهِ عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: "... لَا تَدْعُوا عَلَى أَوْلَادِكُمْ، وَلَا تَدْعُوا عَلَى أَمْوَالِكُمْ، وَلَا تَدْعُوا عَلَى خَدَمِكُمْ، لَا تَوَافِقُوا مِنَ اللَّهِ سَاعَةً لَا يُسَالُ فِيهَا شَيْئًا إِلَّا أَعْطَاهُ" ^(٤)، ومعلومُ أَنَّ الإنسانَ لَا يَدْعُو عَلَى خَوَاصِيهِ إِلَّا فِي حَالَةِ الْغَضَبِ، فَلَوْ كَانَ لَا يَقَعُ لَمَّا وَرَدَ التَّحْدِيدُ مِنْ ذَلِكَ ^(٥).

وأجيب: بأن هذا خاصٌّ في الغضب المتفق على نفاذه ^(٦).

٣. قوله ﷺ: ﴿وَلَمَّا سَكَتَ عَنْ مُوسَى الْغَضَبُ أَخَذَ الْأَلْوَابَ﴾ ^(٧).

(١) من الآية ١١ من سورة يونس.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: مرجع سابق، (٢٨٦/٨).

(٣) إغالة المفهم في حكم طلاق الغضبان، مرجع سابق، (ص ٨).

(٤) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي نفسه.

(٥) صحيح مسلم، كتاب الزهد والرفق، باب حديث جابر الطويل، وقصة أبي اليسر، رقم (٣٠٠٩).

(٦) جامع العلوم والحكم (ص ١٢٩)، ينصرف، اختيارات ابن عثيمين في النكاح ٢٤٦.

(٧) إغالة المفهم في حكم طلاق الغضبان، نفسه، (ص ٩).

(٨) من الآية ١٥٤ من سورة الأعراف.

وجه الدلالة: أنَّ التَّعْيِيرَ بِـ"مَكَّتْ" بدلاً من سَكَّنَ فيه دلالة على أنَّ الغضب سلطانٌ، فلا إرادة ولا اختيار للإنسان عند حضوره، فإذا كان هذا حال الغضب فلا يباحد الغضبان في هيئته! فالأمر خارج عن إرادته ورشاه^(١) ونوقش: بعدم التسليم بأن الغضب سلطان، لعدم معه الإرادة والاختيار؛ إذ لو كان الأمر كذلك لغدَّ أمرُ النبي ﷺ بترك الغضب ووصيته بعدمه من التكليف بما لا يطاق، وهذا مُنتَقَبٌ في شرع الله ﷻ.

وأجيب من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن تفسير الغضب بأنه سلطان يناقضُ حقي النبي ﷺ عن الغضب لما فيه من التكليف بما لا يطاق؛ إذ إنَّ حقي النبي ﷺ عن هذا الغضب دفعُ هذا الشيطان وما يُخَلِّفُهُ من حسرةٍ وندامةٍ، فنهى ﷺ قبل الغضب لا بعد تملكه على صاحبه.

الوجه الثاني: لو سلم جُزْئاً بأن القول بأنه سلطان يناقضُ حقي النبي ﷺ، فإنَّ هذا خاصٌّ بالغضب المتفق على نفاذه.

٤. قوله ﷺ: ﴿وَمَا يَزَعْنَكَ مِنَ الشَّيْطَانِ نَزَعٌ فَأَسْوَءَ بِاللهِ إِنَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٢)

وجه الدلالة: أنَّ الغضب من نزاع الشيطان، فإنه يلجته إلى ما لا يُؤدُّه ولا يعتازُه، والدليل على ذلك:

(١٣٢) ما رواه البخاري ومسلم من طريق علي بن ثابت، عن سليمان ابن صرد ﷺ قال: استت رجلان عند النبي ﷺ وأحدهما يشكُّ صاحبه مُعْضِياً قد احمرَّ وجهه، فقال النبي ﷺ: "إني لأعلم كلمة لو قالها لذهبت عنه ما تجد، لو قال: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم"^(٣).

(١) ينظر: إغاثة الملهفان في حكم طلاق الغضبان، نفسه (ص ١٠).

(٢) الآية ٢٠٠ من سورة الأعراف.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الأقرب، باب ما يجوز من الغضب والشدَّة لأمر الله تعالى (٦١١٥)، ومسلم في صحيحه

باب فضل من يترك نفسه عند الغضب (٢٦١).

فإذا كان الحال كذلك فيلزم عدم مؤاخذه العبد فيما يصدُر منه حال غَضبه؛ كالطلاق والظَّهار؛ لأنَّه في حكم المجبر على ذلك^(١).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنَّ القول بعدم وقوع الوصية بحجة أنه من الشيطان يقتضي إسقاط الحدود والأحكام عن أصحابها؛ لأنَّ إتيانها ينزع من الشيطان، وهذا لا يُقرُّه شرع ولا عقل^(٢).
ويمكن أن يُجاب: بأنَّه مع التسليم بهذا المقتضي إلا أنَّ تحقق هذا فيما لو أطلق القول بهذا في جميع الأحكام، فالقول به محصور في بعض المواضع.

الوجه الثاني: أنَّ نسبة العمل للشيطان من باب التنفير من هذا الأمر؛ لما سيُخلِّقه من آثار الحسرة والتَّدامة، لذلك أرشد الشارع إلى الوسائل المُحصنة من الشيطان، دون أن ينفي مؤاخذه العبد على ما تخيه جوارحه^(٣).

ونوقش: بما نوقش به الوجه الأول.

٥. حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إنَّما الأعمال بالنيَّات، وإنَّما لكلِّ امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله، فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يُصيّبها أو امرأة يترجَّعها، فهجرته إلى ما هاجر إليه"^(٤).

وجه الدلالة: في هذا الحديث بيان أنَّ مدار قبول الأعمال وعدمه على النيَّة بشروطها التي من بينها أن تكون صادرة من عاقل مختار، فبناءً على ذلك استنبط البخاري رحمه الله من هذا الحديث عدم وقوع طلاق الغضبان وكذا وصيته؛ لخروج الأمر عن

(١) إجماع الفقهاء في حكم طلاق الغضبان، مرجع سابق، (ص ١٠٠ - ١١٠).

(٢) فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، (٩/٣)، بتصرف.

(٣) جامع العلوم والحكم (ص ١٢٩)، بتصرف، اجابات ابن عثيمين في السكاح ص ٢٤٦.

(٤) تقدم ترجمته رقم (٩٧).

رضاه واختياره^(١)

ونوقش: بأن التّمة لابد أن تكون من عاقل مختاره، وكلا الشرطين في الغضبان، فإن اختياره وعقله باقيان في حالة غضبه، فيلزم إذانته بما يصدر عنه^(٢).

وأجيب: بأنه مع التسليم ببقاء عقله واختياره وقصده، إلا أنّ شدّة غضبه قد أغلق عليه، فيعذر في أقواله^(٣).

٦- عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا طلاق ولا عتاق في إغلاق"^(٤).

وجه الدلالة: نفي النص صراحة الطلاق والعتق في حال الغضب، وكذا الوصية^(٥).

أعترض عليه من وجوه:

الوجه الأول: أنه ضعيف.

الوجه الثاني: أنّ تفسير "الإغلاق" بمعنى الغضب محل خلاف بين العلماء، فقد فسّر

بمعنى الإكراه^(٦).

وأجيب: بأنه مع التسليم بالخلاف في معنى "الغلق" إلا أنّ هذا لا يمنع من إطلاقه

أيضاً على الغضب؛ لتساويهما في علّة القهر والضيق والغلبة^(٧).

(١) إغالة المتهافت في حكم طلاق الغضبان (ص ٤)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٣٠١/٩).

(٢) الفواكه العذبة في المسائل للقياد، مرجع سابق (٥٣/٢).

(٣) إغالة المتهافت في حكم طلاق الغضبان (ص ١٩)، إعلام الموقعين (٤٦ و ٤٥/٣).

(٤) سبق تحريجه برقم (١٢٦).

(٥) ينظر: زاد للعاد (٣١٥/٥)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٣٠١/٩).

(٦) النهاية في غريب الحديث (٣٧٩/٣ - ٣٨٠)، لسان العرب (١٠٥/١٠)، التلخيص المجيز (٢٥٠/٣)، فتح الباري بشرح صحيح البخاري (٣٠١/٩).

(٧) إغالة المتهافت في حكم طلاق الغضبان (ص ٥)، الفتح الرباني مع شرحه بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرباني، للساعاتي (١١/١٧)، أخبار ابن حجر في الكناخ ص ٢٤٧.

الوجه الثالث: مع التسليم بأن معناه "الغضب" إلا أن المقصود به الغضب المتفق على عدم نفوذ أحكامه؛ لزوال العقل وإغلاقه بإغماء ونحوه^(١).
وأجيب: بأنه لو سلم جذاً بأنه خاص بالغضب المتفق على عدم نفاذ أحكامه، فإن ذلك لا يمنع من إلحاق الغضب الأدنى منه مرتبة به؛ وذلك لتساويهما في علّة الضيق والغلق وذبول العقل، كالأكرام^(٢).

(١٣٣) ٧. ما رواه الإمام أحمد من طريق محمد بن الزبير، عن الحسن، عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "لا تندر في غضب، وكفارتك كفارة اليمين"^(٣).

-
- (١) الفوائد العديدة في المسائل الفقهية، نفسه، (٥٥/٢).
(٢) إلحانة النعمان في حكم طلاق العضال، نفسه، (ص ١٩).
(٣) رواه الإمام أحمد (٤٣٩/٤)، والنسائي (٢٩/٧)، والطبراني في الكبير (٣٦٣/١٨)، وابن عدي في الكامل (٢٢٠٩/٦) من طريق أبي بكر التميمي. عند النسائي، وابن عدي بدل قوله: (الغضب)، (معصية). وعند الطبراني (لا تدر في معصية ولا غضب).
وأخرجه أحمد (٤٤٣/٤)، والنسائي (٢٩/٧) من طريق إبراهيم بن طهمان، ثلاثتهم (أبو بكر، وسفيان، وإبراهيم) عن محمد بن الزبير. به.
وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٩/٣ - ١٣٠) وفي شرح مشكل الآثار (٢١٣٦)، والطبراني في الكبير (٤٨٦/١٨)، والحاكم (٣٠٥/٤) من طريق عبد الوهاب بن عطاء الخفاف.
والبرز في مسنده (٣٥٦١) من طريق حماد بن زيد، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٩/٣ - ١٣٠)، وفي شرح المشكل (٢١٦٤) من طريق خالد بن عبد الله الطخفان. (عبد الوهاب، وحماد، وخالد) عن محمد بن الزبير، عن أبيه، عن رجل، عن عمران.
وأخرجه النسائي (٢٨/٧)، والطبراني (٤٩٠/١٨)، وابن عدي في الكامل (٢٢٠٩/٦)، ومن طريقه البيهقي (٧٠/١٠) من طريق محمد بن إسحاق، عن أبيه، عن رجل من أهل البصرة قال: صحبت عمران، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "تفرّ نيران: فما كان من ناس في طاعة الله فملك الله، وفيه لوفاء، وما كان من ناس في معصية الله فملك للشيطان ولا وفاء فيه، ويكثر ما يكثر اليمين" لكن في رواية ابن عدي لم يذكر في إسناده ولد محمد بن الزبير.
وأخرجه النسائي (٢٨٠٢٧/٧)، والطحاوي في شرح المعاني (١٢٩/٣)، وفي المشكل (٣١٧٠) و(٣١٦١)

ونوقش من وجوه:

الوجه الأول: أنَّ الحديث ضعيف، فلا تقوم به حجة^(١).

الوجه الثاني: أنَّ عدم انعقاد نذر اللجاج والغضب محلَّ خلاف بين العلماء، فلا يُحتج به^(٢).

الوجه الثالث: أنَّ عدم إلزام الغضبان بنذره لعدم قصده النذر، فيكون حكمه حكم اليمين، والدليل على ذلك إلزامه بالكفارة، فلو لم يؤخذ على لفظه لما أُلزم بها^(٣).

وأجيب: بأن إيجاب الكفارة لا يقتضي ترثب موجب النذر، فالكفارة لا تستلزم التكليف، والدليل: وجوبها في مال من عقدا الشرايع عندهم كالصغير، والمجنون، والناسي، والمخطئ، فمن باب أولى إيجابها في النذر، وذلك لدفع الضرر الحاصل من عدم تنفيذ النذر.

(١٣٤) ٨. ما رواه البخاري من طريق سعيد بن المسيب، ومسلم من طريق سالم مولى

النسريين قال: سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "اللهم إني

و (٢١٦٣)، والطبراني (٤٨٨٠، ٤٨٨٧، ٤٨٨٥، ٤٨٨٦)، وابن عدي (٢٩٠٩/٦)، والبيهقي (٧٠/١٠)، والخطيب في تاريخ (٥٦/١٣) من طريق عن محمد بن أحمد بن الزبير، عن أبيه، عن عمران، ليس فيه ذكر الرجل منهم، قال البيهقي: "الزبير لم يسمع من عمران". وأستدل عن محمد بن الزبير أنَّه لم يسمع من عمران، وقال النسائي: قبل: "إن الزبير لم يسمع من عمران".

وأخرجه ابن عدي (٢٢١٠/٦)، ومن طريق البيهقي (٧٠/١٠) من طريق الأوزاعي، والحاكم (٣٠٥/٤) من طريق معمر، كلاهما (الأوزاعي، ومعمر) عن يحيى بن أبي كثير، عن رجل من بني حنظلة، عن عمران، رواية الأوزاعي عند ابن عدي والبيهقي عن رجل من بني حنظلة، عن أبيه، عن عمران، رواية معمر عند الحاكم، عن رجل من بني حنيفة، ولفظه: (لا نذر في معصية).

وأخرجه الطبراني في الكبير (ج ١٨) (٣٩٧) والخطيب في تاريخ بغداد (٢٩٢/٦) من طريق جبرادة بن العلاء عن شبيب بن شيبة، عن الحسن بن، باللفظ: (معصية) بدل (خطية) وهو ضعيف.

الحكم على الحديث: الحديث مندرج على محمد بن الزبير، وهو الخطيب متروك، انظر: التقيي (١٦١/٢)، وقد اختلف عليه فيه، وعلة أخرى: وهي أنَّ الحسن لم يسمع من عمران.

(١) ينظر: إغالة اللهبان في حكم طلاق الغضبان، مرجع سابق، (ص ١٠).

(٢) الإفصاح، مرجع سابق، (٢/٣٤٠).

(٣) الفباكة العديدة في المسائل المكيدة، مرجع سابق، (٢/٥٤).

محمد بشره يغضب كما يغضب البشر، وإن قد اتخذت عندك عهداً لن تخلفنيه، فأما
مؤمن أذنبه، أو مسينه، أو خلدته، فاجعلها له كفارة وقرية تُقرئها بها إليك يوم
القيامة^(١).

وجه الدلالة: أن تأثير الغضب على رسول الله ﷺ وهو المعصوم والمالك للفظه
وتصرفه في حالة الرضا والغضب يدل على أن الغضب سلطان، فإذا كان هذا حال
رسول الله ﷺ وطلبه من ربه أن لا يؤاخذه ويكون ما قاله كفارة لأثمته، فمن باب أولى
غير المعصوم من الغضب وذلك لأن غضبه قد يلجئه إلى أمور عظام كالطلاق،
والوصية، فمن الحكمة عدم مؤاخذته في هذه الحالة؛ لأثره في حكم المكروه^(٢).

ونوقش: بأن الرسول ﷺ أخذ من ربه العهد أن لا يؤاخذه، وأن يجعلها كفارة
لأثمته، ولعل الحكمة من دعاء الرسول ﷺ رحمة يأمته للتكفير عنها^(٣)، بخلاف الموصي
في حالة الغضب فإنه لم يعط وعداً بعدم المؤاخذة، بل الخلاف جارٍ في ذلك.

ويمكن أن يجاب: بأنه مع التسليم بالحكمة، إلا أن هذا لا يتعارض مع القول بعدم مؤاخذة
الغضبان، بل يؤيده، وذلك أن التكفير والتجاوز عيش مسيه وشتمه رسول الله ﷺ مع إغضابه
لرسول الله ﷺ وعظم فعله، ومع ذلك يُكفر عنه، فمن باب أولى التجاوز عن غيره، وخاصة أنه
غالباً لم يتجرأ على إغضاب رسول الله ﷺ إلا لغضبه في هذه الحالة.

(١٣٥) ٩. قال البخاري: قال ابن عباس رضي الله عنه: "الطلاق عن وطء"^(٤)، والعنى ما
يشغى به وجه الله^(٥).

(١) صحيح البخاري في الدعوات، باب قول النبي ﷺ من أذنبه (٦٣٦١)، صحيح مسلم، كتاب الزور والصدقة
والأدب، باب من لعن النبي ﷺ أو سبه أو دعا عليه وليس هو أهلاً لذلك كان له زكاة وأجر (٢٦٠١)، واللفظ له.

(٢) إنحالة الألفاظ في حكم طلاق الغضبان، مرجع سابق، (ص ١٤).

(٣) طرح الشيب في شرح التفرغ، مرجع سابق، (١٤/٨)، انصرف.

(٤) محرقة: هي الحادة أو حادة الإمدان عليها هم وعناية، وقد بلغها فقد قضى وطءه، (ينظر: لسان العرب

(٢٢٦/١٥)، القاموس المحيط (ص ٦٣٤).

(٥) علقه البخاري عن ابن عباس في كتاب الطلاق، باب الطلاق في الإغلاص والإكراه، والسكران والمجنون وأمرهما،

وجه الدلالة: في هذا الأثر دلالة على عدم وقوع طلاق الغضبان؛ لأنه اشترط أن يكون الطلاق عن قصد من المطلق وتصور لما يقصده، فإن تخلف أحدهما لم يقع طلاقه، فشدة الغضب فتنه من التثبت والتروي وتخرجه من حال اعتداله فتلحقه إلى ما لا يرغب ولا يرضاه فلا يقع طلاقه؛ لعدم خالص قصده وأمره، وكذا الوصية^(١).

١٠. قياس الغضبان على الشكران والمكره؛ لتساويهما في علة عدم القصد والإرادة^(٢)، من حيث إن الغضبان محمول على قصده وإرادته؛ وذلك لشدة غضبه التي تحول بينه وبين ترويه وتثبت في حاله، فيصير منه ما لا يريد ولا يقصده حقيقة^(٣)، فيسقط عنه حكمه للعلة ذاتها.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن القياس على المكره والشكران قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الشكران المختلف فيه هو من غطي عقله بالكفاية، فمن ذهب عقله فلا قصد ولا إرادة له، كالمكره الذي لولا الإكراه لما وصى^(٤)، بخلاف الغضبان الباقي عقله فإن وصيته عن قصد وإرادة، فافترقا.

وأجيب: بعدم التسليم بالفارق بينهما؛ إذ إن كليهما مكره، فالمكره مكره على فعله، والغضبان مكره على قصده وإرادته ليسريح من حرارة الغضب، يدل على ذلك لذمة وحسرة على فعله عند سكون غضبه^(٥).

والفقط، والبيان في الطلاق والشرك وغيره (٤١٥/٣).

(١) لفظ: زاد المعاد، مرجع سابق، (٢١٥/٥).

(٢) إجماع الأئمة في حكم طلاق الغضبان ص ١٦٩ و ١٦٠، إعلام الموقعين (٤١/٤).

(٣) زاد المعاد، مرجع سابق، (٢١٥/٥).

(٤) ينظر: إجماع الأئمة في حكم طلاق الغضبان (ص ١٩)، اختيارات ابن عثيمين في التكاثر ص ٢٤٧.

(٥) لفظ: إعلام الموقعين، مرجع سابق، (٤١/٤).

الوجه الثاني: أنَّ القول بعدم وقوع وصية الشكران والمكره محل خلاف بين العلماء رحمهم الله، فإذا كان هذا الحال طوّلا فمن باب أولى العضيان.

١١. أنَّ العبرة بالمقاصد وما تكسبه القلوب وتريده، فالواهب في الغضب الشديد الحامل له التشقي وقصر العيظ وليس ترصنا والفضد، بدليل ندمه بعد دهاب عضبه^(١).

١٢. أنَّ العوارض النفسية من الأمور المعتمدة في الشرع، لما لها من أثر على تصرفات صاحبها وأقواله، كعارض التسيان والخطأ، والخوف، والغضب، فيتكلم بما لا يقصد ولا يريد حقيقة أو حكما فيعذر دون غيره لعدم محض قصده وإرادته، بل إنَّ العضيان أولى من غيره في اعتباره هذه العوارض لعدم من أبرز الأسباب في تفكك الأسرة، وزوال وحدتها^(٢).

١٣. أنَّ ما ثبت بالإجماع لا يزول إلا بالإجماع، فالتكاح ثابت بالإجماع، فالأصل بقاؤه حتى يثبت ما يرفعه كليا أو جزئيا^(٣).

ونوقش: بأنه مع التسليم بأن ما ثبت بالإجماع لا يزول إلا بالإجماع، إلا أنَّ القول بالوقوع، قال به جمهور العلماء رحمهم الله^(٤)، فإجماع الجمهور بعد إجماعا، ولا يضرب مخالفة الأقل من المجتهدين، والدليل على ذلك أنَّ الصحابة رحمهم الله لما استخلفوا أيا بكر انعقدت خلافتهم بإجماع الحاضرين، مع غياب عدد من الصحابة رحمهم الله في بعض الأمصار^(٥).

وأجيب: بعدم التسليم بأن إجماع الجمهور بعد إجماعا، فإذا خالف الجمهور واحد

(١) إجماع الأئمة في حكم طلاق الغصباء، مرجع سابق (ص ٢١).

(٢) ينظر: إجماع الأئمة في حكم طلاق العضان (ص ٢٨).

(٣) ينظر: المصدر نفسه.

(٤) ينظر: الفروع (٣٦٤/٥)، بلغة السالك لأقرب المسالك (٢٩٣/٢)، حاشية ابن عاردين (٤٢٧/٣)، تكملة المنوع (٦٨/١٧).

(٥) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم (٥٩١/٤)، الفوائد العديدة في المسائل للمبدية (٥٥/٢).

من المجتهدين لم يتعقد الإجماع؛ إذ إن المعتبر في الإجماع قول جميع الفقهاء، فإذا تحقق وإلا انعدم الإجماع^(١).

وؤدّ عليه: بعدم التسليم بأن الإجماع قول جميع الفقهاء؛ إذ إن مخالفة الأقل أو الواحد شذوذاً، والشاذ لا حكم له عند وجود من هو أقوى منه^(٢).

أدلة القول الثاني:

استدلّ القائلون بوقوع وصية الغضبان بما يلي:

(١٣٦) ١. ما رواه مسلم من طريق أبي بردة، عن أبي موسى رضي الله عنه قال: أرسلني أصحابي إلى رسول الله ﷺ أسأله لهم الحملان إذ هم معه في جيش العسرة (وهي غزوة تبوك)، فقلت: يا نبي الله إن أصحابي أرسلوني إليك لتحملهم، فقال: (والله لا أجعلكم على شيء) ووافقته وهو غضبان ولا أشعر، فرجعت حزينا من منع رسول الله ﷺ، ومن مخافة أن يكون رسول الله ﷺ قد وجد في نفسه عليّ، فرجعت إلى أصحابي، فأخبرتهم الذي قال رسول الله ﷺ فلم ألبث إلا سبعة أيام إذ سمعت يابلاً يُنادي: أي عبد الله بن قيس! فأجبت، فقال: أحب رسول الله ﷺ يدعوك، فلما أتيت رسول الله ﷺ قال: "خذ هذين القريتين"^(٣)، وهذين القريتين، وهذين القريتين، لست أبعده ابتاعهنّ حبشاً من سعد فأنطلق بهنّ إلى أصحابك، فقل: إن الله^(٤) أو قال: إن رسول الله ﷺ "يحملكم على هؤلاء فاركنوهن"^(٥).

(١٣٧) ٢. ما رواه البخاري ومسلم من طريق يزيد مولى المنعث، عن زيد بن خالد

(١) إرشاد الفحول، مرجع سابق، (١/٣٦٠-٣٦١).

(٢) روضة الناظر وجنة المناظر، مرجع سابق، (١/٣٥٨).

(٣) آية العزيرين المشدودين أحدهما بالآخر.

النهاية في غريب الحديث (٤/٥٢).

(٤) صحيح مسلم، كتاب الإمامة، باب ندب من خلف بمئة، قرأى غيره حياً منه، أن يأتي الذي هو خير، ويكره عن نجته (١٦٤٩).

الجهني رضي الله عنه أن رجلاً سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة؟ فقال: "عرّفها منّة" (١). ثم اعرف وكافها (٢) وعفاحتها (٣). ثم استنفق بها (٤). فإن جاء رثماً فأدّها إليه" فقال: يا رسول الله قضاة الغنم؟ قال: "خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب" قال: يا رسول الله قضاة الإبل؟ قال: فعضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه أو احمرّ وجهه، ثم قال: "مالك ولها؟! متعها حذاؤها، وسقاؤها، حتى يلقاها رثماً" (٥).

(١٣٨) ٣. ما رواه قال البخاري، ومسلم من طريق ابن شهاب، عن عروة بن الزبير أنه حدثه أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير في شراح من الحرّة (٦) يسقي بها النخل، فقال رسول الله ﷺ: "اسق يا زبير فأمره بالمعروف ثم أرسل إلى جارك"، فقال الأنصاري: أن كان ابن عثتك؟! فتلوّن وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: "اسق ثم احبس، حتى يرجع الماء إلى الجذرة، واستوعى له حقّه" (٧). فقال الزبير: والله إن هذه الآية أنزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ (٨).

(١) أي: يشدها في الموضع الذي وجدها فيه ويذكرها، ويطلب من يعرفها في الأسواق، وأبواب المسجدين، ومواقع اجتماع الناس ويكرر ذلك حسب العادة. ينظر: النهاية في غريب الحديث (٢١٧/٣).

(٢) أي: الخيط الذي به تربط الصخرة والكيس وغيرها لسان العرب (٣٨٩/٥).

(٣) أي: الوعاء الذي تكون فيه التلقة من جلد أو خرقة وغيرها. النهاية في غريب الحديث (٢٦٣/٣).

(٤) أي: ملكتها ثم أنفقها على نفسه. لسان العرب (٣٥٨/١). وشرح النووي على صحيح مسلم (٢٣/١٢). وعيون المعيد (٨٥/٥).

(٥) صحيح البخاري في الأسماء، باب ما يجوز من الغضب (٦١١٢)، ومسلم في كتاب القطة، حديث رقم (١٧٣٢).

(٦) الشراح: هو مسيل الماء من الحرّة إلى الشهل، والحرّة أرض يظاهر للحدبة المنقوعة بها حجارة سود كثيرة.

ينظر: النهاية في غريب الحديث والأثر (٣٦٥/١)، (٤٥٦/٢).

(٧) صحيح البخاري في كتاب الحرث والمراعى، باب تروى الأعلى إلى الكعبين، برقم (٢٣٦٢)، ومسلم في الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ (٢٣٥٧).

(٨) من الآية ٦٥ من سورة النساء.

٤. عن عروة بن الزبير قال: قالت عائشة رضي الله عنها: تبارك الذي وُبيح سمعُه كُلُّ شيء، إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة، ويخفي عليَّ بعضُه، وهي تشتكي زوجها ^(١) إلى رسول الله ﷺ وهي تقول: يا رسول الله أكل شياي، ونثرت له بطني، حتى إذا كبرت سني، وانقطع ولدي، فظاهر مني، اللهم إني أشكو إليك، فما بُرِحت حتى نزل جبرائيل ^(٢) بمسؤول الآيات: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجْعَلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْكِي إِلَيْكَ اللَّهُ﴾ ^(٣).

وجه الدلالة من هذه الأدلة: أنَّ وجود الغضب في هذه الحوادث لم يمنع من اعتبار الأحكام بها، فدلَّ على موازنة الغضبان، فإذا نُقِذَتْ أحكامه نُقِذَتْ سائر أقواله، ومنها الوصية ^(٤). ونوقش: بأن الغضب المتحقق في هذه الحوادث هو المتفق عليه بين الفقهاء رحمهم الله على نفاذه واعتبار أحكامه ^(٥).

(١٣٩) ٥. ما رواه البخاري، ومسلم من طريق عبد الرحمن بن أبي بكرة رضي الله عنه قال: كتب أبي وكتبته له إلى عبيد الله بن أبي بكرة وهو قاضي بسجستان ^(٦) أن لا تحكم بين اثنين وأنت غضبان، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: "لا يحكم أحدٌ بين اثنين وهو غضبان" ^(٧).

(١) زوجها: هو أوس بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر بن ثعلبة الخزرج الأنصاري، الخزرجي، أخو عذابة بن الصامت، شهيد بدر والمجاهد كلها مع رسول الله، وهو أول من طاع في الإسلام، ت ٣٤ هـ (تظهر: أسد الغاية (١٧٢/١)).

(٢) حيث ظاهر منها وهو نضبان، وقد خرجته في كتابي أحكام الفقهاء.

(٣) من الآية ١ من سورة المجادلة.

(٤) جامع العلوم والحكم، مرجع سابق، (ص ١٢٩).

(٥) الفوائد العديدة في المسائل المفيدة، مرجع سابق، (٥٢/٢)، يتصرف.

(٦) بكسر أوله ثانية، إحدى بلدان الشرق، بينها وبين هرة عشرة أيام ومائتان فرسخاً، وهي في حراسان (تظهر: معجم البلدان (١٩٠/٣-١٦٩)).

(٧) صحيح البخاري في الأحكام، باب هل يقضي القاضي أو يعق وهو غضبان؟ (٧١٥٨)، ومسلم في كتاب

وجه الدلالة: أنَّ نهي النبي ﷺ للقاضي عن الحكم بين الخصمين وهو غضبان دليل على نفاذ حكمه، لذلك ورد النهي بحسبة أن يخرج غضبه عن سداد النظر وعدالة القضاء فيقضي بغير الحق، فيهلك ويهلك غيره^(١).

ونوقش: بأن النهي يقتضي فساد القضاء، فإذا لم يصح قضاؤه في الغضب، فلا اعتبار لحكمه^(٢).

والجيب: بأن النهي لا يقتضي الفساد مطلقاً، فقد ورد النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة، والبيع بعد البناء الثاني من يوم الجمعة، مع صحة الصلاة والبيع، فالنهي إما للتحريم أو للكراهة، لتفويت فضيلة أو دفع مضرة، أو للاحتياط؛ كالنهي عن القضاء حال الغضب، وإلا فالقضاء صحيح، فقد قضى ﷺ في شراج الحرّة مع غضبه في تلك الحالة^(٣)، قدل على نفوذ الأحكام في الغضب^(٤).

ورّد عليه: بعدم التسليم بأن النهي لا يقتضي الفساد إلا ما قام الدليل على عدم اقتضائه لذلك؛ لوجود قرينة تصرفه عن معناه الحقيقي، ففي هذه الحالة يُخصّص النهي حسب ما اقتضاه الدليل^(٥).

(١٤٠) ٦. ما رواه البخاري من طريق أبي حصين، عن أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلاً قال للنبي ﷺ: أوصني، قال: (لا تغضب) فردّه مراراً قال: (لا تغضب)^(٦).

الأفضية، باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، برقم (١٧١٧).

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مرجع سابق، (١٤٧/١٣).

(٢) إغالة ألفهاف في حكم طلاق العضان (ص ٣٧)، اختيارات ابن عيمين في النكاح ص ١٤٨.

(٣) سبق تقريره برقم (١٣٨).

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مرجع سابق، (٢٠٦/١).

(٥) إرشاد الفحول، مرجع سابق، (٣٧١/٢).

(٦) صحيح البخاري في صحيحه في كتاب الأدب، باب العلم من الغضب (٦١٩٦).

وجه الدلالة: أنَّ وصية النبي ﷺ للرجل بعدم الغضب، وتأكيده ذلك، دليل على مواخلة الإنسان على نتائج غضبه، وإلا لما أوجز الرسول ﷺ سؤال المثالي بهذه الكلمة دون غيرها^(١).

يُمكن أن يُناقش من وجهين:

الوجه الأول: عدم التسليم بأنَّ التهي عن الغضب دليل على مواخلة صاحبه، وإنما لاعتبار الغضب جماع الشر؛ إذ أنه للأخلاق بمنزلة القلب للجسد، فاستحب التحرز منه.

الوجه الثاني: لو سلّم جدلاً مواخلة العبد على غضبه، فإنَّ هذا خاصٌّ بالغضب المتفق على مواخلة صاحبه عليه.

٧. ما رواه مسلم من حديث عباد بن الوليد بن عباد بن الصامت قال: خرجت أنا وأبي نطلب العلم في هذا الحي من الأنصار قبل أن يهلكوا، فكان أول من لقينا أبا اليسر صاحب رسول الله ﷺ... وفيه عن جابر رضي الله عنه، عن النبي ﷺ أنه قال: "... لا تدعوا على أولادكم، ولا تدعوا على أموالكم، ولا تدعوا على خدعكم، لا توافقوا من الله ساعة لا يسأل فيها شيئاً إلا أعطاه"^(٢).

٨. (١٤١) ما رواه مسلم من طريق أبي المهلب، عن عمران بن حصين رضي الله عنه قال: بينما رسول الله ﷺ في بعض أسفاره وامرأة من الأنصار على ناقة فضجرت فلعنتها، فسمع ذلك رسول الله ﷺ فقال: "خذوا ما عليها ودعوها فإنها ملعونة". قال عمران: فكأنني أراها الآن تمشي في الناس ما يعرض لها أحد^(٣).

وجه الدلالة من الدليلين: أنَّ نهي النبي ﷺ عن الدعاء في الحديث الأول، وهجره للناقاة الملعونة دليل على إصاية الدعاء وقت الغضب؛ إذ إنَّ الدعاء لا يصدر في الغالب إلا في حالة الغضب، فإذا أخذ الغضبان على دعائه نحويس على أقواله^(٤).

(١) يُنظر: جامع العلوم والحكم (ص ١٢٤، ١٢٥).

(٢) تقدم لمخرجه برقم (١٣١).

(٣) صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، باب النهي عن لعن الدواب وغيرها (٢٥٩٥).

(٤) يُنظر: الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢٨٦/٨)، الفواكه العذبة في المسائل المفيدة (٥٢/٢).

ونوقش: بعدم التسليم بأن الدعاء لا يصدر إلا في حالة الغضب، وأن هجر النبي ﷺ دليل إجابة الدعاء، إذ إن الدعاء يصدر في حالة الغضب وعدمه، ولذلك هجر النبي ﷺ الثقة الملعونة من باب التأديب والتربية لصحابته ﷺ بالترفع عن ما حرم من الأقوال، وخاصة ما عظم منها كاللعن^(١).

(١٤٢) ٩. ما رواه الدارقطني: حدثنا دعلج، نا الحسن بن سفيان، نا حبان، نا ابن المبارك، نا سيف، عن مجاهد، قال: جاء رجل من قريش إلى ابن عباس فقال: يا ابن عباس إني طلق امرأتي ثلاثاً وأنا غضبان، فقال ابن عباس ﷺ: "لا أستطيع أن أجعل لك ما حرم الله عليك، عصيت ربك وخزنت عليك امرأتك"^(٢).

(١) بغلة المهقن في حكم طلاق الغضبان، مرجع سابق، (ص ٩).

(٢) هذا اللفظ أخرجه الدارقطني، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء ونحوه (١٣/٤) (٣٨)، وهذا الأثر عزاه ابن رجب في جامع العلوم والحكم (١٣٠) إلى الجوزقاني -أبعد- وقال: "إسناده على شرط مسلم"، وهذا إسناده صحيح ورجاله ثقات.

دعلج: هو ابن أحمد، وحبان: هو ابن موسى الموزني، وسيف: هو ابن أبي سليمان المكي.

وروى هذا الأثر أبو داود في سننه في أول كتاب الطلاق، باب بقية ما نسخ للمراجعة بعد ثلاث الطلقات (٧٢/٣) برقم (٢١٩٠)، فقال: حدثنا حميد بن مسعدة، حدثنا إسحاق بن إبراهيم، أخبرنا أبو، عن عبدالله بن كثير، عن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس ﷺ، فجاءه رجل فقال: إني طلق امرأتي ثلاثاً. قال: فسكت حتى طقت أنه واقعاً إليه، ثم قال: يطلق أحدكم فتركب المحمقة لم يقل: يا ابن عباس، يا ابن عباس! وإن فلا قال: (ومن ثقل الله جعل له عرجاً) ... وهذا إسناده حسن.

إسحاق بن: هو ابن عتبة، وأبو: هو السخيتي، وعبدالله بن كثير: هو الناري المكي. وقال الحافظ في الفتح (٤٥٣/٨) إسناده صحيح.

وأخرجه ابن جرير في تفسيره (٨٤/٢٨)، وعبد الرزاق في مصنفه في كتاب الطلاق، باب المطلق ثلاثاً (٣٩٧/٦) برقم (١١٣٥٢)، والدارقطني في سننه في كتاب الطلاق والخلع والإيلاء ونحوه (٦٠/٤) برقم (١٤٣)، والطيبراني في معجمه الكبير (٧٣/١١) كلاهما من طريق عبدالله بن كثير، عن مجاهد ... به.

وأخرجه ابن جرير في تفسيره (٨٣/٢٨) قال: حدثنا ابن لثبي، ثنا محمد بن جعفر، ثنا شعبة، عن عبدالله بن أبي نعيم، عن حميد الأعمش، عن مجاهد أن رجلاً سأل ابن عباس فقال: إني طلق امرأتي مائة، فقال: عصيت ربك، وبانت منك امرأتك، ولم ثقل الله لي جعل لك عرجاً.

وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٨/٣)، والطيبراني في معجمه الكبير (٧٨/١١)، والبيهقي في السنن

وجه الدلالة: أنَّ إمضاء ابن عباس رضي الله عنه لطلاق الرجل بالغرم من صدوره في حالة الغضب دليل على صحة طلاق الغضبان^(١)، فدل على اعتبار قول الغضبان ونوقش: بأنه مع التسليم بصحة الأثر بلقطه، فإن المراد به الغضب المتفق على وقوعه.

١٠. الإجماع على أنه لم يثقل أحد بالتصريح بعدم الوقوع، فالقول بخلافه يُعدُّ خرقاً للإجماع^(٢).

ونوقش: بأن القول بالإجماع مردود، فالمسألة محل خلاف بين العلماء.
الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول القائل بعدم وقوع الوصية في حالة الغضب الشديد الذي يفقد الإنسان سيطرته على نفسه ولا يستطيع إمساكها مع بقاء عقله؛ وذلك لقوة دليلهم، ومناقشة دليل القول الثاني.

المطلب الثالث: وصية الرقيق، وتحت مسائل:

المسألة الأولى: وصية المبعوض:

تصح وصية من بعضه حر وبعضه رقيق في حالتيه.

الأولى: في قدر ما يملكه؛ إذ يملك بقدر حرته.

الكبرى في كتاب الخلع والطلاق، باب من جعل الثلاث واحدة وما ورد في خلاف ذلك (٥٥٢/٧) برقم (١٤٩٧٦)، والدارقطني في سننه في كتاب الطلاق والخلع والإيلاء ونحوه (١٣/٤) برقم (٣٨).

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب الطلاق، من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في مقعده ويحد وأجاز ذلك عليه (٦١/٤) برقم (١٧٧٨٣)، وسعيد بن منصور في سننه، كتاب الطلاق، باب التعدي في الطلاق (٢٦٢/١) برقم (١٠٦٤)، والضحوي في شرح معاني الآثار (٥٧/٣)، والبيهقي في سننه (٣٣٧/٧).

كلهم من طريق الأعمش، عن مالك بن الحارث، عن ابن عباس رضي الله عنه أنه أتاه رجل فقال: إن عمي طلق امرأته ثلاثاً وجاء من طريق كثيرة عن ابن عباس رضي الله عنه. وقد جمع كثرة من طريقه أبو داود في "سننه". قال الحافظ ابن رجب:

إسناده على شرط مسلم، قال الحافظ ابن حجر: إسناده صحيح (انظر: جامع العلوم والحكم، ص ١٣٠).

(١) انظر: معالم السنن (٢٠٥/٣).

(٢) انظر: القواكه العديدة في المسائل للقيدة (٥٥-٥٤/٢).

الثانية: إذا أضاف وصيته إلى ما بعد العتق، بالنسبة لما لا يملكه لرقه كما سيأتي في الرقيق القن^(١).

قال ابن حزم: "أما من بَعْضَهُ حُرٌّ وبعضه عبيد فوصيته كوصية الحر؛ لأنه يُورث، فهو داخل في عموم المأمورين بالوصية"^(٢).

المسألة الثانية: الرقيق القن أي الخالص في الرق، وأم الولد، والمدير:

اختلف العلماء في حكم وصيتهم على قولين:

القول الأول: عدم صحة وصيتهم.

وهو قول جمهور أهل العلم^(٣) إلا إذا أضافها إلى العتق،

وحجتهم:

١. أن الوصية تبرع وهو ليس من أهل التبرع^(٤).

٢. لأن الله تعالى جعل الوصية حيث التوارث، والعبد لا يُورث فلم يدخل في الأمر بالوصية^(٥).

٣. أنها تصح إذا أضافها إلى ما بعد العتق؛ لأنه وقت يصح تبرعه فيه، والوصية

تقبل التعليق.

القول الثاني: عدم صحة وصيته مطلقاً:

وبه قال ابن حزم^(٦).

وحجته: أن الله إنما جعل الوصية حيث الموارث، والعبد لا يورث، فهو غير داخل

فيمن أقر بالوصية في القرآن، وقال رسول الله ﷺ في وصية: "من له شيء يوصي فيه"^(٧)،

(١) الاختيار ٦٤/٥، الشرح المصنوع ٥٨٠/٤، معني المحتاج ٣/٣٩، مطالب أولي النهى ٤/٤٤٣ و٤٤٤.

(٢) المهمل لابن حزم، مرجع سابق، ٣٣٢/٩.

(٣) للمصنف السابقة.

(٤) كشف القناع، مصدر سابق، ٣٣٦/٤.

(٥) أسنى المطالب، مرجع سابق، ٣٠/٣.

(٦) المهمل لابن حزم، مرجع سابق، ٣٣٢/٩.

(٧) سبق تحريجه برقم (٢).

وليس لأحد شيء يوصي فيه إلا من أباح له النص ذلك، وليس للعبد شيء يوصي فيه، إنما له شيء إذا مات صار لسيدته لا يورث عنه.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم لقوة دليله، وعلى القول بأنه يملك، فإنه بعد الموت يكون ماله لسيدة.

المسألة الثالثة: وصية المكاتب:

ذكر الزيلعي رحمته الله (١): أن وصية المكاتب ثلاثة أقسام:

القسم الأول: باطل بالإجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله؛ لأنه لا ملك له حقيقة فلا تصح، كمن أوصى يعتق عبده ثم ملكه، ولو أجازها بعد العتق جازت على أن الإجازة إنشاء للوصية؛ لأن الوصية تصح بلفظة الإجازة:

ونص الشافعية: على أنه تصح وصية المكاتب إذا أذن له سيده (٢).

وعند المالكية، والحنابلة: تصح وصيته إذا أضافها إلى العتق كما تقدم في الفن.

والأقرب:

ما ذكره المالكية، والشافعية، والحنابلة.

القسم الثاني: يجوز بالإجماع، وهو ما إذا أضاف الوصية إلى ما يملكه بعد العتق بأن قال: إذا أعتقت فثلث مالي وصية لفلان، أو أوصيت بثلث مالي له، حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره، ثم مات كان للموصى له ثلث ماله، وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية.

لأن الملك له حقيقة لم يوجد إذ لم تثبت الحرية له في حال حياته مطلقاً، وإنما تثبت بطريق الضرورة، فلا يظهر في حق نفاذ الوصية.

(١) تبين المحقق، مرجع سابق، ١٨٧/٦.

(٢) أسنى المطالب نفسه.

القسم الثالث: يختلف فيه، وهو ما إذا قال أوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبي حنيفة رحمته الله وعندهما جائزة، وهذا بناء على أن للمكاتب نوعي ملك: حقيقي وهو ما بعد العتق، ومجازي وهو ما قبل العتق فعند أبي حنيفة رحمته الله ينصرف إلى المجازي؛ لأنه هو الظاهر؛ لأن الظاهر بقاء ما كان على ما كان، والآخر ليس بموجود والظاهر بقاءه على العدم، فلا ينصرف إليه اللفظ، وعندهما ينصرف إلى الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة؛ لأنه القابل لهذا الحكم وهو الوصية تصحيحاً لتصرفه أو يتناول النوعين، فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل.

ونصت الشافعية: على أنه تصح وصية المكاتب إذا أذن له سيده ^(١) وعند المالكية، والحنابلة: تصح وصيته إذا أضافها إلى العتق كما تقدم في الفن.

المطلب الرابع: وصية السفية:

اختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أن وصية السفية صحيحة إذا وافقت الحق:

وهذا مذهب الحنفية ^(٢) استحساناً ^(٣)، وبه قال المالكية ^(٤).

وهو المذهب عند الشافعية ^(٥)، والحنابلة، وعليه جماهير الأصحاب ^(٦).

وخصت الحنفية صحة الوصية في القرب، فلا تصح لغير قاصق.

قال الشريفي: "تصح وصيته على المذهب"؛ لصحة عبارته، ونقل فيه ابن عبد البر.

(١) المصدر السابق للشافعية.

(٢) تبين الخفايا ١٩٨/٥، مختصر اختلاف العلماء ٢١/٥.

(٣) القياس عند الحنفية أن وصيته لا يجوز كما في ترجمته حال حياته. ينظر: تبين الخفايا ١٩٨/٥.

(٤) المدونة ٢٩٤/٤-٢٩٥، أحكام القرآن للقرطبي ٢/٢٦٦، الخروشي ١٢٩٤/٥ الشرح الكبير مع حاشية المسولي.

٢٩٦/٣، الدرر ٢٠٧/٤.

(٥) الحاوي ١١/١٠، روضة الطالبين ٦/٦١٤، مغني المحتاج ٣/٣٩.

(٦) المغني لابن قدامة ٦/٦١٤، الإنصاف ٥/٣٣٦، ٧/١٨٥.

والأستاذ أبو منصور وغيرهما الإجماع.

وإنما أفرده المصنف مع دخوله في المكلف الحر بالذكر للخلاف فيه^(١).

القول الثاني: أن وصية السفية غير صحيحة:

وهو وجه القياس عند الحنفية، وقول عند الشافعية إن كان السفية محجورًا عليه؛ أما إذا لم يحجر عليه فوصيته صحيحة^(٢).
وهو وجه عند الحنابلة^(٣).

الأدلة

أدلة الرأي الأول:

١. غنوم أدلة مشروعية الوصية.
٢. ما تقدم من الأدلة على صحة وصية الضبي المميز، فصحة وصية السفية من باب أولى؛ لأنه عاقل.
٣. ما سيأتي من الأدلة على مشروعية الحجر على السفية.
- وجه الدلالة: أن الحكمة من الحجر حفظ ماله وهذا متحقق بالوصية.
٤. إجماع أهل المدينة، وقد حكاه الإمام مالك في الموطأ^(٤)؛ قال يحيى: سمعت مالكا يقول: "الأمر المجتمع عليه عندنا: أن الضعيف في عقله، والسفيه، والمصاب الذي يقيق أحيانًا تحوز وصاياه؛ إذا كان معهم ما يعرف من عقولهم، ما يعرفون ما يوصون به، فأما من ليس معه من عقله ما يعرف به ما يوصى به، وكان مغلوبًا على عقله، فلا وصية له"^(٥).

(١) معني المحتاج، مرجع سابق، ٣٠/٣.

(٢) تبين الخلافات ١٩٨/٥ الحاوي - ١١/١، روضة الطالبين ٦١٩/٦، معني المحتاج ٣٩/٣.

(٣) الإنصاف ٣٣٦/٥، ١٨٥/٧، الفروع ٦٥٨/٤.

(٤) للموطأ مع المنتقى ١٥٥/٦، للبدونة ٦٩٥/٤.

(٥) للموطأ، مرجع سابق، ٧٦٣/٢.

٥. أن السفه إنما منع من إخراج ماله على غير عوض خوفاً للفقر عليه، والوصية تنفذ بعد موته، والفقر مأمون عليه في تلك الحال فلا يبقى مانع منها^(١).
٦. أن الحجر عليه لحظ نفسه، ولو منعاه من الوصية كان الحجر عليه لحظ الورثة.
٧. أنه إنما منع من التصرف في ماله خوفاً من ضياعه، والوصية ليس فيها إضاعة مال؛ لأنه إن عاش فلموصى به باق في ملكه، وإن مات فهو إلى الثواب أحوج، وقد حصل بالوصية.
٨. أن السفه كامل الأهلية، فتجنب عليه العباداة، وتلزمه العقوبة، وإنما حجر عليه لمصلحة نفسه، محافظة على ماله.
٩. أن الوصية في وجوه الخير عباداة، وهو من أهلها^(٢).
١٠. قياس وصيته على عباداته بجماع أن كلا منهما قربة لله تعالى، فإذا صحت عبادته صحت وصيته.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بعدم صحة وصية السفيه:

١. قول الله ﷻ: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّبِعُونَ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن الله علق دفع أموال البتامي إليهم على شرطين - هما البلوغ والرشد - والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونهما^(٤)، فدللت على أن البالغ السفيه لا يدفع إليه ماله، بل يتمتع من التصرف فيه حتى يرشد ومن ذلك الوصية^(٥).

(١) المعونة ١٦٢٨/٣ مختصر اختلاف العلماء، ٢١/٥، تبين الحقائق ١٩٨/٥.

(٢) للمصادر السابقة.

(٣) من الآية ٦ من سورة النساء.

(٤) انظر: معرفة السنن والآثار عن الإمام الشافعي للبيهقي (٤/٤٦٥)، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري

(٤/٦٠٣)، المغني لابن قدامة (٦/٥٩٦).

(٥) يؤيد هذا المعنى ما أخرجه مسلم في صحيحه (٣/١٤٤٤)، ح (١٨١٢) عن ابن عباس رضي الله عنه أنه سئل عن

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الآية تدل على منع المال من اليتيم إلى أن يونس منه الرشد بعد البلوغ، وليس في الآية ما يدل على الحجر عليه عن التصرف^(١).
وأجيب عن هذه المناقشة: بأن منع المال منه لا يفيد شيئاً إذا كان تصرفه نافذاً؛ لأنه يتلف ماله بتنفيذ تصرفه وإقراره، ثم لو كان تصرفه نافذاً لسلم إليه ماله كالرشد، فإنه إنما يمنع ماله حفظاً له، فإذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل^(٢).
ورد هذا: بأن نفوذ التصرف في الوصية لا يلزم منه تلف المال ففارقت الوصية غيرها من التصرفات، كما في أدلة القول الأول.

٢. قول الله ﷻ: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضِعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَفِيعُ أَنْ يُبَيِّلَ هُوَ فَلْيَسْبِلْ وَلْيَتْلُ وَأَلْعَدِلْ﴾^(٣).
وجه الدلالة: أن الله جل وعلى أثبت الولاية على السفيه، وجعله مسلوب العبارة في الإقرار، وذلك لا يتصور إلا بالحجر عليه^(٤).

٣. قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾^(٥).
وجه الدلالة: أن المراد بقوله: ﴿أَمْوَالَكُمُ﴾ أي: أموالهم فأضاف الأموال إلى الأولياء مع كونها للسفهاء؛ لأنهم القوامون عليها والمتصرفون فيها، فكانت الآية نصاً في إثبات الحجر على السفيه والنظر له، فإن الولي هو الذي يباشر التصرف في مال السفيه على وجه النظر له^(٦).

انقضاء يتم اليتيم فقال: «فلنعمر» إن الرجل لبست حية، وإنه أضعف الأخذ لنفسه، «ضعف العطاء منها» فإذا أخذ لنفسه من صالح ما يأخذ الناس فقد ذهب عنه اليتيم.

(١) المسبوط (١٦٠/٢٤)، الشافعية بشرح الهداية (١٠/٩١٠-١١٠).

(٢) للمعني لابن قدامة، مصدر ساقط، (٥٩٦/٦).

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٤) المسبوط (١٧٥/٢٤)، الذخيرة للقرافي (٣٤٥/٨)، معرقة السنن والآثار عن الإمام الشافعي للبهقي (٤٦١/١).

المعني لابن قدامة (٥، ٢/٢).

(٥) من الآية ٥ من سورة النساء.

(٦) المسبوط (١٥٧/٢٤)، كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري (٧٠٢-٧٠٣)، الذخيرة (٢٤٥/٨)، للمعني لابن

والدليل على أنه خطاب للأولياء في أموال اليتامى: قوله ﷺ بعد ذلك: ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾^(١).

(١٤٣) ٤. ما رواه البيهقي من طريق أحمد بن عبيد، حدثنا إسماعيل بن الفضل البلخي، حدثنا سهل بن عثمان، حدثنا حفص، عن الأعمش، عن الشعبي، عن النعمان بن بشير ﷺ أن النبي ﷺ قال: "خذوا على أيدي سفهائكم"^(٢). ونوقشت هذه الأدلة: بأنها دليل على مشروعية الحجر على السفه في تصرفاته في ماله في الحياة لضررها، وهذا غير موجود في تصرفاته فيما بعد الموت، بل تبرعه بعد الموت مصلحة عاقبه له، كما في أدلة الرأي الأول^(٣).

٥. لا تصح وصية السفه قياساً على هبته.

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تنتقل بها الملكية في الحياة، فيحصل بها ضرر للواهب في حياته بما يفوت من ماله، بخلاف الوصية.

الترجيح:

ترجح لي - والله أعلم بالصواب - القول بصحة وصية السفه لقوة دليل من قال به، ولأن المعنى الموجود في الحجر على السفه غير موجود في إمضاء وصيته وتصحيحها؛ لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت.

قائمة (٥٩٦/١).

(١) الكشف للزعشري، مرجع سابق، (١/٢٠٥: ٢٠٣).

(٢) شعب الإيمان للبيهقي ٢٦٢/١٣، وأخرجه البيهقي في شرح السنة (٤١٥٢) طريق الأجلع عن الشعبي، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير، كما في الجامع الصغير للسيوطي، مع فيض القدير المداوي ٤٣٥/٣ ح (٢٨٩٤) واللفظ له، وقال المناوي: (وأخرجه أبو الشيخ (ابن حبان) والديلمي)، وأخرجه الديلمي في مسند الفردوس ١٦٧/٢، وضعفه الألباني في السلسلة الضعيفة ٣٠٩/٥ ح (٢٢٨٤)، وفي إسناده (أحمد بن حنبل بن داود) قال الخلفاء ابن حجر وغيره: (ابن الحديث) تقرب التهذيب ص ١٩٥، رقم (٧٨).

(٣) معنى المحتاج، مرجع سابق، ١٧٠/٢.

المبحث الثاني

الشرط الثاني: أن يكون الموحي مختاراً

(وصية المكروه)

يشترط لصحة الوصية الاختيار؛ لما يأتي من الأدلة، فإن أكرهه على الوصية بإتلاف نفسه، أو طرف، أو منفعة، أو ضرب، أو أخذ مال يشق عليه، ونحو ذلك.

اختلف العلماء في حكم وصية المكروه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: بطلان وصية المكروه:

وهو قول المالكية^(١)، وهو مذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣)، والظاهرية^(٤). وقد نقل صاحب الإنصاف عن صاحب الفائق قوله: "ويحتمل الصحة، وثبوت الخيار عند زوال الإكراه".

القول الثاني: أن وصية المكروه فاسدة:

أي أن العقد انعقد بصورة، ولكنه فاسد لعدم الرضاء ويمكن أن يصح العقد إذا أجازته المكروه ورضي به، ولكل من المكروه والمكروه حق الفسخ. وبه قالت الحنفية^(٥).

قال السرخسي: "وخلع المكروه وطلاقه وعناقه جائز عندنا، وهو باطل عند الشافعي رحمه الله، فتأثير الإكراه عنده في إلغاء عبارة المكروه كتأثير النسيء والجنون.

وعندنا تأثير الإكراه في انعدام الرضاء لا في إهدار القول حتى تتعقد تصرفات المكروه، ولكن ما يعتمد لزومه تمام الرضاء كالبيع لا يلزم منه -أي لا يهد من الإجازة-، وما لا

(١) أحكام القرآن لابن العربي ١/٢١١؛ القوتين الفقهية ص ٢٤٨.

(٢) المذهب مع شرحه المجموع ٦/١٢٨-١٢٩، روضة الطالبين ٣/٣٤٦، مغني المحتاج ٢/٧.

(٣) الإنصاف ١/٢٦٥، المبدع ٤/٧، كشف القناع ٣/١٥٠.

(٤) المحلى مرجع سابق، ٢١/٩.

(٥) بدائع الصنائع (١٨٦/٧)، تبين الحقائق (١٨٢/٥).

يعتمد تمام الرضا كالنكاح والطلاق، والعناق يلزم منه^(١).

قال الكاساني: "والإنشاء نوعان: نوع لا يحصل الفسخ ... كالطلاق، والعناق، والرجعة، والنكاح ... فهذه التصرفات جائزة مع الإكراه ...، وأما النوع الذي يحصل الفسخ فالببيع والشراء والهبة، والإجارة ونحوها، فالإكراه يوجب فساد هذه التصرفات عند أصحابنا الثلاثة، وعند زفر يوجب توقفها على الإجارة كبيع الفضولي، وعند الشافعي: يوجب بطلانها أصلاً".

القول الثالث: أن عقد المكره صحيح غير لازم بالنسبة للمكره إن أجازته نفذ، وإلا فلا:

وبه قال زفر، وهو قول للمالكية.

وهو احتمال لأصحاب الفائق من الحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون ببطلان وصية المكره بالأدلة الآتية:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا

أَنْ تَكُونَتْ بِحُكْمٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الآية دللت على أن البيع إذا لم يكن عن تراض فالباطل لا يحل أكل به، ومثله الوصية.

٢. قول الله ﷻ: ﴿إِلَّا مَنْ أَضْرَمَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾^(٤).

(١) المسوط مرجع سابق، ٧٨/٨.

(٢) الإحصاف ٢٦٥/٤، مواهب الجليل ٩٤٨/٤.

(٣) من آية ٢٩ من سورة النساء.

(٤) من آية ٦-١ من سورة النحل.

قال الإمام الشافعي رحمه الله ^(١): "وللکفر أحكام، كفراق الزوجة، وأن يقتل الکافر ويقتل ماله، فلما وضع الله عنه سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله؛ لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه، وما يكون حكمه بثبوته عليه".

٣. قول الله ﷻ: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا قَبَائِلَكُمْ عَلَى الْبَغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ حَسَنًا لِّتَنْتَهُنَّ أَرْضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ ^(٢).

وبوجه الاستدلال من الآية بأمرين:

أحدهما: أن الآية نعت عن الإكراه فيما لا يحل - وهو الزنا - فيكون النهي عن الإكراه فيما يحل - كالوصية - من باب أولى ^(٣).

الأمر الثاني: في الآية دلالة على رفع الإثم عن للمكرهة على الزنا؛ فيلزم حينئذ عدم ترتب الحد عليها ^(٤)، وإذا كان الإكراه يؤثر في الزنا فلا يلزم في الوصية ونحوها من باب أولى.

٤. قول الله ﷻ: ﴿لَا يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَّا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرْفُتُوا النِّسَاءَ كَرِهًا﴾ ^(٥).

يوجه الاستدلال من هذه الآية:

(١٤٤) بما روى البخاري من طريق عكرمة، عن ابن عباس رضي الله عنهما في سبب نزول هذه الآية قال: "كانوا إذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته، إن شاء بعضهم تزوجها، وإن شاءوا زوجوها، وإن شاءوا لم يزوجوها، فهم أحق بها من أهلها" ^(٦). فإذا كان النكاح كرها لا يحل كما صرح بذلك الآية، فمعنى ذلك بطلان العقد؛ وذلك استنادا على القاعدة الأصولية: "أن النهي يقتضي الفساد" ^(٧).

(١) الأم، مرجع سابق، (٢٣٦/٣).

(٢) من آية ٣٣ من سورة النور.

(٣) فتح الباري، مرجع سابق، (٣١٩/١).

(٤) للرجوع السابق لنفسه.

(٥) من آية ١٩ من سورة النساء.

(٦) صحيح البخاري، كتاب النفوس، باب لا يحل لكم أن ترفوتوا النساء كرها (٤٥٧٩).

(٧) مفتاح الوصول للفتاوى من (٤٦٨)، ص ١٠٦/١.

٥. أن النبي ﷺ نهي عن إجبار المرأة على النكاح بكرًا كانت أو ثيبًا، وألزم وليها أن

يستأذنها، فإن زوجها مكرهة فنكاحها مردود، فمن هذه الأحاديث:

(١٤٥) أ- ما رواه البخاري من طريق يزيد بن جارية، عن خنساء بنت حذاف الأنصارية^(١)

"أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك، فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحها"^(٢).

(١٤٦) ب- ما رواه البخاري ومسلم من طريق أبي سلمة، وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال:

قال رسول الله ﷺ: "لا تنكح الأم حتى تستأمر، ولا البكر حتى تستأذن" قالوا:

يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: "أن تسكت"^(٣).

(١٤٧) ج- ما رواه ابن ماجه من طريق الوليد بن مسلم: حدثنا الأوزاعي، عن عطاء،

عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ قال: "إن الله وضع عن أمي الخطأ والنسيان

وما استكرهوا عليه"^(٤).

(١) هي خنساء بنت حذاف الأنصارية الأوسية، من بني عمرو بن عوق، زوجها هو أبو ليابة بن عبدالمطلب، صحابية لا يعرف لها إلا هذا الحديث، لم تذكر كتب الزواج من خبرها إلا النكاح أبها لها وهي كارهة. تنظر ترجمتها في تهذيب التهذيب (٢١٣/١٢)، والإصابة (٦٥/٨).

(٢) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود (٥١٣٨).

(٣) صحيح البخاري، كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها (٥١٣٦)، ومسلم في النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح (١٤١٩).

(٤) سنن ابن ماجه، الطلاق، باب طلاق المكره والناسي (٢٠٤٣)، وأخرجه البيهقي ٣٥٦/٧ من طريق محمد بن المفضل به، وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٩٥/٣، والطبراني في الصغير ٢٢٠/١، وابن حبان في صحيحه (٧٢١٩)، والبارقضي ١٧٠/٤، والبيهقي ٣٥٦/٧، وابن عدي في الكامل (٣٤٦/٢)، والعباد للنفسي في المختارة (١٨٢/١١)، وابن حزم في المحكمات ١٤٩/٥ من طريق الربيع بن سليمان الترمذي، ثنا بشر بن بكر، عن الأوزاعي عن عطاء، عن عبيد بن عمير، عن ابن عباس رضي الله عنهما به.

وأخرجه المحاكم ١٩٨/٢ من طريق عمر بن نصر، عن بشر بن بكر، ومن طريق الربيع بن سليمان، عن أيوب بن سويد، كلاهما عن الأوزاعي به.

وأخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (١٣٧/٦) رقم (٨٢٧٥) من طريق ابن مسلم، عن ابن جريح، عن عطاء بن أبي رباح، عن ابن عباس رضي الله عنهما، وابن جريح ثقة ثلثين وثلثين، كما في التقريب (٤١٩٣)، وقد عتق، وفيه الوليد بن

مسلم ثقة كثير التذليل والتسوية، كما في التقریب (٧٤٥٦) وقد عتق

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٢٠/٥) من طريق يحيى بن سليم، عن ابن جريج، عن عطية بن أبي رباح

قال: بلغني أن رسول الله ﷺ قال، وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٣٦٢/٢): "وهذا المرسل أشبه"

وأخرجه النظري في المعجم الأوسط (٥٨١/١) برقم (٢١٣٧)، وابن عدي في الكامل (١٩٢٠/٥) من طريق محمد

بن موسى الحرشي، قال: نا عبد الرحيم بن زيد العمري، عن أبيه، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس ﷺ، قال ابن

عدي في الكامل: "مكرر"، وقال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٣٦٣/٢): "وعبد الرحيم هذا ضعيف".

وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١٣٣/١١) برقم (١١٢٧٤) من طريق مسلم بن خالد الزنجي، حدثني سعيد

بن العلاف، عن ابن عباس ﷺ، قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٣٦٢/٢): "وسعيد العلاف هو سعيد بن

أبي صالح، قال أحمد: هو مكّي، قيل له: كيف حاله؟ قال: لا أدري! وما علمت أحدًا روى عنه غير مسلم بن خالد،

قال أحمد: وليس هذا مرفوعًا، إنما هو عن ابن عباس ﷺ قوله، نقل ذلك عنه مهنا، ومسلم بن خالد ضعفوه".

وأخرجه ابن عدي في الكامل (٥٠٨/٢) من طريق بقة، ثنا عبد -رجل من همدان-، عن قتادة، عن أبي حمزة،

عن ابن عباس ﷺ.

قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٣٦٣/٢): "وروي من رواية بقة بن الوليد، عن علي القمطاني، عن أبي

حمزة، عن ابن عباس ﷺ مرفوعًا خرجه حرب، ورواية بقة عن مشايخه المهاجرين لا تساوي شيئًا".

وللحديث شواهد: منها: حديث أبي ذر، وعقبة بن عامر، وابن عمر، وثوبان، وأبي العرقاء، وأبو الدرداء، وهي

الله عنهم، وهي ضعيفة.

الحكم علي الحديث: الحديث صحيح طائفة من أهل العلم، منهم ابن حبان، حيث أخرجه في صحيحه،

والحاكم، وحسنه الترمذي في الأربعين رقم (٣٩)، قال ابن عدي بعدما ساق طرقه عن الأوزاعي: "والحديث هو هذا ما

رويته من حديث الوليد بن مسلم، ويشر بن بكر، لا ما رواه أبو الإنسان -وهو لقب للحسن بن علي-، عن عبد الله

بن يزيد، عن الأوزاعي، وعبد الله بن يزيد هذا أرجو أنه لا بأس به، وقد حدث عنه جماعة من الثقات، مثل: أبي حاتم

الزاري، ولويد بن عبد الصمد الدمشقي، واللاء من أبي الإنسان لا منه".

قال ابن حزم: "وقد صح عن رسول الله ﷺ ... ثم ذكره ...، قال ابن رجب في جامع العلوم والحكم

(٣٦١/٢): "وهذا إسناد صحيح في ظاهر الأمر، ورواه كلهم محتج بهم في الصحيحين، وقد خرجه الحاكم وقال:

"صحيح على شرطهما"، كما قال، ولكن له علة، وقد أنكره الإمام أحمد جدًا، وقال: "ليس يروى فيه إلا عن الحسن

عن النبي ﷺ مرسلاً ...، وقال أبو حاتم: "هذه أحاديث منكورة، كأنها موضوعة"، وقال: لم يسمع الأوزاعي هذا الحديث

من عطية، وإنما سمعه من رجلي لم يستيد، أثبت أنه عبد الله بن عامر، أو إسحاق بن مسلم، قال: ولا يصح هذا

الحديث، ولا يثبت إسناده".

وقد أكرر الحديث: الإمامان أحمد وأبو حاتم، وقد نقل ابن رجب في جامع العلوم والحكم (٣٦٥/٢)، وابن

وجه الاستدلال من الحديث: الحديث يقتضي أن يكون حكم كل ما استكره عليه مرفوعاً^(١)؛ لأنه لما استحال رفع الخطأ نفسه - ومثله النسيان والإكراه - وجب أن يضر في الجملة ما يصح أن يتعلق به الرفع، وتقدير "الحكم" أولى؛ لأنه يفيد العموم^(٢)، ونوقش وجه الاستدلال من الحديث بأمور:

أحدهما: أن الاستكره لم يرفع؛ لأنه قد يوجد، فيكون المقصود رفع الإثم^(٣).
 وأجيب عنه: بأن المراد به حكم الاستكره، لا الاستكره، كما أن المراد برفع الخطأ رفع حكمه لا رفع الخطأ عينه.

الأمر الثاني: أن المراد بالإكراه في الحديث الإكراه على الكفر؛ لأن القوم كانوا حديثي العهد بالإسلام، وكان الإكراه على الكفر ظاهراً يومئذ، وكان يجري على ألسنتهم كلمات الكفر خطأ وسهواً، فعفا الله ﷺ عن ذلك على لسان رسوله^(٤).
 وبجواب عن هذا: بأنه على فرض التسليم به، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

فقوله ﷺ: "وما استكرهوا عليه" لفظ عام يشمل كل نوع من أنواع الإكراه، سواء أكان إكراهها على كفر أو عقد نكاح أو طلاق، أو غير ذلك، والقول بأنه خاص

حجر في التلخيص (٢٨٢/١) عن محمد بن نصر المروزي رحمه الله قوله: "ليس هذا الحديث إسناداً يفتح بمثله"، لكن يغني عنه ما جاء في صحيح مسلم بمعنى هذا الحديث عن أبي هريرة وابن عباس رضي الله عنهما.

قال البوصيري في مضياع الزحاجة ١١٣٠/٢ "هذا إسناد صحيح إن سلم من الانقطاع، والظاهر أنه مقطوع"، قال المزي في الأطراف ٨٨/٥: "رواه بشر بن بكر التميمي عن الأوزاعي، عن عطاء عن عبيد بن عمير، عن ابن عباس رضي الله عنهما". قال البوصيري: "وليس يبعد أن يكون المنقط من صناعة الوليد بن مسلم فإنه كان يلدس بتلخيص التسمية".

(١) ليسوط ٢٤/٢٧، بدائع الصنائع ١٨٢/٧، الخواص ٩٧/١٣.

(٢) مفتاح الوصول للشمساني ص ٤٦٣.

(٣) ليسوط ٢٤/٢٩، الخواص ٩٧/١٣.

(٤) بدائع الصنائع، مرجع سابق، (١٨٢/٧).

بالإكراه على الكفر تخصيص لا دليل عليه.

الأمر الثالث: عدم التسليم بأن الوصية والعناق وكل تصرف قولي مستكره عليه يقع؛ لأن الإكراه لا يعمل على الأقوال كما لا يعمل على الاعتقادات؛ لأن أحدا لا يقدر على استعمال لسان غيره بالكلام على تغيير ما يعتقد بقلبه جبراً، فكان كل مشكك محتاراً فيما يتكلم به فلا يكون مستكرهاً عليه حقيقة، فلا يتناوله الحديث^(١).

وبجواب عن هذا: بعدم التسليم به، فالإكراه يشمل التصرفات القولية والفعلية، بدليل أن الإكراه بالتهديد بالقتل أو إتلاف عضو إن كان يؤدي بالمكره إلى فعل ما لا يرضاه فإنه -أيضاً- يؤدي به إلى قول ما لا يرضاه.

وبجواب عن هذه المناقشة: بما سبق ذكره من الفرق بين طلاق المازل وطلاق المكره.

٦. ما رواه البخاري ومسلم من طريق نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن الرسول ﷺ قال: "لا يحلّين أحد ما شية أحد إلا بإذنه"^(٢).

دل الحديث على أنه لا بد لحل مال المسلم من الرضا، وهذا متناف مع الإكراه فلا يصح العقد.

٧. ما رواه البخاري ومسلم من طريق علقمة بن وقاص، عن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"^(٣).

وقد وجه ابن حزم^(٤) الاستدلال من هذا الحديث قائلاً: "فصح أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به".

ووصية المكره عمل بلا نية فهو باطل؛ لأن المكره إنما هو حاك لما أمر أن يقوله فقط^(٥).

(١) المصدر السابق، صبح العقود (٤٠٧/١).

(٢) تقدم ترجمته برقم (٢٠٩).

(٣) تقدم ترجمته برقم (٩٧).

(٤) المحلى، مرجع سابق، (٢٠/٢٠٥).

(٥) المصدر نفسه.

٨. قياس بطلان عقود المكره على إسقاط حكم الكفر على من تلفظ به مكرها

يجمع أهما من التصرفات القولية.

جاء في المذهب^(١) في معرض الاستدلال لبطلان عقد المكره على البيع ما نصه: "ولأنه قول أكره عليه يغير حق فلم يصح ككلمة الكفر إذا أكره عليها المسلم".

٩. أن القصد إلى ما وضع له الشيء شرط لجوازه، ولهذا لا يصح تصرف الضمي

والمجنون، وهذا الشرط يغوت بالإكراه؛ لأن المكره لا يقصد بالتصرف ما وضع

له، وإنما يقصد دفع مضرة الإكراه عن نفسه.

ونوقش: بأن هذا باطل بطلاق المازل، ثم إن كان شرطاً فهو موجود ههنا؛ لأنه

قاصد دفع الهلاك عن نفسه، ولا يندفع عنه إلا بالقصد إلى ما وضع له فكان قاصداً إليه ضرورة^(٢).

دليل القول الثاني (فساد العقد)

استدل القائلون بفساد وصية المكره:

أن ركن العقد -وهو الإيجاب والقبول- قائم لا خلل فيه؛ لأنه صدر من أهله مضافاً

إلى محله، وإنما كان فاسداً لفقدان شرطه -وهو الرضا- وفوات الشرط إنما يؤثر في فساد العقد لا بطلانه.

بيان ذلك: أن الرضا أمر يتعلق بالعقد المكره، فإذا وجد الرضا بعد زوال الإكراه

فحينئذ يزول سبب النهي ويصير العقد صحيحاً^(٣).

وناقش هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: عدم التسليم بأن الرضا شرط الصحة، بل هو ركن كالإيجاب والقبول،

وما دام أنه ركن فيبطل العقد عند فقد.

(١) للمذهب، مرجع سابق، (١/٣٤٤).

(٢) بدائع الصنائع، مرجع سابق، (١٨٦/٧).

(٣) بدائع الصنائع (١٨٦/٧)، تنبيه الخفايا (١٨٢/٥-١٨٣).

الوجه الثاني: عدم التسليم بأن الإيجاب والقبول قائم في عقد المكره بدون خلل، فالإكراه خلل يؤثر في الإيجاب والقبول.

الوجه الثالث: أن العقد مع الإكراه لو كان فاسدًا ما ارتفع الفساد بالإجازة؛ لأن الفاسد لا يجعله الإجازة صحيحًا^(١).

وأجاب الكاساني^(٢) عنه بقوله: "الياعات الفاسدة لا تلحقها الإجازة؛ لأن فسادها لحق الشرع من حرمة الربا ونحو ذلك، فلا يزول برضا العبد، أي في عقد المكره الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول بإجازته ورضاه".

دليل القول الثالث: (صحيح غير لازم)

استدل القائلون بوقف عقد المكره بالقياس على عقد الفضولي، بحامع أنهما عقدان تلحقهما الإجازة، وعقد الفضولي موقوف على إجازة المالك، فيكون عقد المكره موقوفًا على رضا المكره وإجازته^(٣).

ويناقش هذا الدليل: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن رضا المالك في عقد الفضولي مجهول، فيحتمل أن يرضى بالعقد بعد علمه به، ويحتمل ألا يرضى، لذا كان العقد موقوفًا على رضا بعد علمه.

أما في عقد المكره فعدم الرضا متحقق لا شك فيه وإلا سمي العقد بعقد المكره.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - بطلان وصية المكره؛ وذلك لقوة أدلة هذا القول، وضعف أدلة الأقوال الأخرى؛ حيث لم تسلم من المناقشة.

لكن تتوجه صحة وصية المكره بالإجازة إذا زال الإكراه؛ لما يأتي من صحة وصية الفضولي بالإجازة^(٤).

(١) المصدران السابقان، صبيح العقود (١/١٠٤).

(٢) بدائع الصنائع، مرجع سابق، (١٨٦/٧).

(٣) نفسه.

(٤) ينظر: بحث وصية الفضولي.

المبحث الثالث

الشرط الثالث: أن يكون الموصي قاصدا

(وصية المخطئ)

المخطئ هو: من سبق لسانه إلى اللفظ بما لا يريد التلفظ به. يشترط أن يكون الموصي قاصدا الوصية، مريدا لها، غير مخطئ، باتفاق الأئمة. قال الكسائي: "ومنها رضا الموصي؛ لأنها إيجاب ملك، أو ما يتعلق بالملك، فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بساتر الأشياء، فلا تصح وصية الهازل، والمكره، والمخاطئ؛ لأن هذه العوارض تقوت الرضا"^(١).

١. لقوله ﷺ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾^(٢). وهي عامة في كل خطأ؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.
٢. وقال ﷺ - أيضا -: ﴿إِلَّا أَنْتُمْ كُنْتُمْ بِمَكْرَةٍ عَنْ رَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٣). والمخطئ غير راض بوصيته.
٣. ما رواه ابن عباس رضيهما الله عن النبي ﷺ قال: "إن الله تعالى وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما أشكرهوا عليه"^(٤).
٤. حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إنما الأعمال بالنيات"^(٥).
- والمخطئ لم يقصد الوصية ظاهرا، وباطنا.
٥. ولأنها إيجاب ملك، أو ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا كإيجاب الملك بساتر الأشياء^(٦).

(١) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٢/٧.

(٢) من الآية ٥ من سورة الأحراب.

(٣) من الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٤) سبق تخريجه برقم (١٢٧).

(٥) سبق تخريجه برقم (٩٧).

(٦) بدائع الصنائع نفسه.

المبحث الرابع

الشرط الرابع: أن يكون جامدا

أوصية الهازل

يشترط أن يكون الموصي جامداً في وصيته، غير هازل ولا لاعب، أو مجازح الموصى له. وقد اختلف العلماء رحمهم الله في اعتبار هذا الشرط على قولين:

القول الأول: عدم صحة وصية الهازل؛

وهو قول الحنفية، وقول عند الشافعية، وملعب الخبالة بناءً على عدم صحة هبة الهازل^(١).

القول الثاني: صحة وصية الهازل؛

وهو قول الشافعية على الأصح^(٢).

قال النووي: "الطلاق والعنق يتفقدان من الهازل ظاهراً وباطناً فلا تدين فيهما، وينفذ -أيضاً- النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهازل على الأصح"

الأدلة

أدلة القول الأول:

١. قوله رحمهم الله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونُ بِحِكْمَةٍ عَنْ رَاضٍ وَسَكَمٍ﴾^(٣).

٢. ما تقدم من الأدلة على اشتراط الرضا.

وجه الدلالة: أن الهازل غير راض بفعله، ولم ينو بكلامه حقيقة الوصية، ولم يقصد إنشاءها، فلا تصح منه، فهو وإن رضي في الظاهر فإنه لو يرضى في الباطن.

٣. قوله رحمهم الله: ﴿وَلَنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾^(٤).

وجه الدلالة: أن الآية دللت على اعتبار العزم، والهازل لا عزم له فلا يقع طلاقه، ومن

(١) بدائع الصنائع ١٠ / ٤٧٨، روضة الطالبين ١/٦، كشاف القناع ٤/٢٤٣.

(٢) روضة الطالبين، مرجع سابق، ١/٦.

(٣) من آية ١٩ من سورة النساء.

(٤) من الآية ٢٢٧ من سورة الفرق.

لم يقع طلاقه لم تصح وصيته.

ونوقش الاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الوجه الأول: أن الآية وردت في حق المولي، وأن مدة الإيلاء إذا مضت لا يقع بها طلاق كما هو قول الحنفية، بل لا بد من مشقة الزوج وعزمه بعد تحاية المدة^(١).

الوجه الثاني: أن العزم يعتبر في غير الصريح، واللفظ الصريح لا يعتبر فيه العزم^(٢).

٤. ما رواه عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى"^(٣)، والمأزول لا نية له في الباطن.

أدلة القول الثاني:

١. قوله ﷺ: **وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَتِ آبَاؤُكُمْ**^(٤).

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهي عن اتخاذ أحكامه على طريق الهزء، فإنها جد كلها، فمن هزل فيها لزمته^(٥).

ونوقش: أنه لا يلزم من الإثم الوقوع في حكم الوصية.

(١٤٨/٢). ولما رواه سعيد بن منصور في سننه من طريق عبد الرحمن بن حبيب، عن

عطاء، عن ابن ماهك، عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "ثلاث جدهن جد، وهزهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة"^(٦).

(١) أحكام القرآن للقرطبي (١١١/٧).

(٢) نيل الأوطار، مرجع سابق، (٢٣٥/٦).

(٣) تقدم تخريجه برقم (٩٧).

(٤) من الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٥) أحكام القرآن للقرطبي، مرجع سابق، (١٥٦/٧).

(٦) سنن سعيد بن منصور (٣٦٩/١) رقم (١٦٠٣). وأخرجه أبو داود ح (٢١٩٤)، والنسحاوي إل، شرح لمعاذ

(٩٨/٣)، والدرقطني (٢٥٧/٣) كلهم من طريق عبد العزيز الدراوردي، ع، بثله.

وأخرجه الترمذي ح (١١٨٤)، وابن ماجه ح (٢٠٣٩) من طريق حاتم بن إسماعيل وابن الجارود (٤٤/٣) رقم

فمفهومة: أن ما عدا هذه الثلاثة لا يكون هزلاً جذاً، بل هزلن هزل، وعليه فلا تصح وصية الهازل.

(١٤٩) ٣. ما رواه عبدالرزاق من طريق عبدالكريم أبي أمية، عن جعدة ابن هبيرة أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "ثلاث لا لعب فيهنّ والجأء سواء: الطلاق، والصدقة، والعاقبة"^(١). [ضعيف].

(٧١٢)، والطحاوي في شرح المعاني (٩٨/٣) والدارقطني (٢٥٦/٣-٢٥٧)، وأحكام (١٥٧/٢-١٩٨)، - ومن طريقه البيهقي (٣٤١/٧)، كلهم من طريق سليمان بن بلال، والطحاوي في شرح المعاني (٩٨/٣)، والدارقطني (٢٥٧/٣)، والبخاري في شرح السنة (٢١٩/٩) كلهم من طريق إسماعيل بن جعفر، ثلاثهم (حاتم، وسليمان، وإسماعيل) عن عبدالرحمن بن حبيب، به، مثله.

وأخرجه ابن عدي في الكامل (٢٠٣٣/٦) من طريق الحسن، عن أبي هريرة به نحوه، إلا أن فيه إنقال (الرجعة) = (الحاق).

الحكم على الحديث: إسناده ضعيف؛ فقيه عبدالرحمن بن حبيب، لين الحديث، وقد ضعف الحديث ابن حزم في المحلى (١٦٦/٩)، و (٥٢٨/١١)، وابن القطان في معاني السوم (٥١٠/٣)، وابن العربي في عارضة الأحوزي (١٥٦/٥)، والذهبي في التلخيص (١٩٨/٢) حيث تغلب الحكم في تصحيحه.

وقد صحح الحديث الحاكم في المستدرک، وأقره ابن دقيق العيد كما ذكر ابن حجر في التلخيص (٢١٠/٣)، وحسنه الترمذي، والشنقي في مختصر سنن أبي داود (١١٩/٣)، ورمز لحسنه السيوطي كما في فيض القدير (٣٠٠/٣). وأما طريق الحسن، عن أبي هريرة، فتضعفه، فالراوي فيها عن الحسن هو غالب بن عبد الله الجزري، ضعفه ابن المنيني، وابن سعد، والعميلي، والنسائي، وقال ابن معين: ليس بثقة، كما في لسان الميزان (٤١٤/٤).

وللحديث شواهد منها: عبادة بن الصامت، وفصالة بن عبدة، وأبو ذر، وابن عباس، وأبو الدرداء رضي الله عنه، وكلها ضعيفة.

(١) مصنف عبدالرزاق، مرجع سابق، (١٣٣/٦). وهذا الإسناد ضعيف جداً، وله علل: (إبراهيم بن عمر: هو الضعاعي، روى له في التلخيص، (مستور)، وعبدالكريم أبي أمية: هو ابن أبي المخارق، ضعيف، ولكن هذا الآخر له طريق آخر: فرواه البخاري في التاريخ الكبير (٥٠٢/٦)، ومن طريقه البيهقي في سننه (٣٤١/٧) من طريق عبد الله بن صالح، حدثني الليث، حدثني يزيد بن أبي حبيب، عن محمد بن إسحاق، عن عمارة بن عبد الله، سمع سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أربع مقفلات: التذر، والطلاق، والعق، والنكاح".

وهذا إسناد لا بأس به، لكن سعيد بن المسيب لم يسمع من عمر إلا تبعية النعمان بن مقرن عن أنس، وميقاتي

(١٥٠) ٤. ما رواه عبد الرزاق من طريق جابر، عن عبد الله بن نجي، عن علي بن أبي طالب قال:

"ثلاث لا لعب فيهن: النكاح، والطلاق، والعنقة، والصدقة..."^(١).

(١٥١) ٥. ما رواه عبد الرزاق من طريق الحسن، عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: "ثلاث

اللاعب فيهن كالجماد: النكاح، والطلاق، والعنقة"^(٢).

(١٥٢) ٦. ما رواه عبد الرزاق من طريق عبد الكريم، أن ابن مسعود رضي الله عنه قال: "من

طلق لاعتبا، أو نكح لاعتبا فقد جاز"^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - عدم صحة وصية الهازل؛ لأنه وإن رضي ظاهراً لم يرض باطناً،

والأصل عدم التبرع، وبراءة الذمة.

الكلام إن شاء الله تعالى على صحة عبد الله بن صالح، وعمارة بن عبد الله، ومروان بن أبي شبيب، (مقبول).

وأخرجه سعيد بن منصور (٣٧١/١)، وابن أبي شيبة (١١٤/٤) عن أبي معاوية، عن حجاج، عن سليمان بن جهم، عن سعيد بن المسيب، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "أربع مقفلات: العنق، والطلاق، والنكاح، والنداء". وحجاج هذا هو ابن أوطاة، وهو ضعيف الحديث.

(١) مصنف عبد الرزاق (١٣٣/٦). (ضعيف جداً) جابر: هو الجعفي. وعبد الله بن نجي لم يسمع من علي كذلك قاله علي بن الحسين، ولذلك أشار ابن عبد البر إلى انقطاعه. وبالتالي: هذا الأمر لا يصح عن علي رضي الله عنه.

وله طريق آخر أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (١٣٥/٦) عن ابن عينة، عن مسلم بن أبي مريم قال: سمعت سعيد بن المسيب يقول: "أمر لا مرجوع فيهن إلا بالنكاح، والطلاق، والعنقة، والنداء". قال ابن عينة: وبلغني أن مروان أخذهن من علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٢) مصنف عبد الرزاق (١٣٣/٦). وأخرجه ابن أبي شيبة (١١٤/٤)، وسعيد بن منصور (٣٧٠/١) من طريق الحسن البصري، عن أبي الدرداء رضي الله عنه... به، ورواه عن الحسن قتادة، ويونس. (منقطع) الحسن لم يسمع أبا الدرداء قال أبو زرعة: الحسن لم يسمع من أبي الدرداء رضي الله عنه وأعله بالانقطاع ابن عبد البر في الاستدكار (٥٤٣/٥).

(٣) مصنف عبد الرزاق (١٣٣/٦). ومن طريق عبد الرزاق أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٣٤٣/٩). وهذا (منقطع ضعيف) أثر مفضل. وقال ابن عبد البر في الاستدكار (٥٤٣/٥): "وحدث ابن مسعود وأبي الدرداء منقطعان".

المبحث الخامس

الشروط الخامس : أن يكون الموصي مالكاً

وفيه مطالب :

المطلب الأول : الوصية بمعين لم يملكه :

مثال ذلك :

أن يقول أوصية بهذه الدار أو هذه السيارة، ونحو ذلك وهو لم يملكها، فللعلماء

في ذلك رأيان :

القول الأول : صحة الوصية إذا ملكها قبل موته.

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

القول الثاني : عدم الصحة.

وهو قول الحنفية، وبعض الشافعية^(٢).

الأدلة :

أدلة القول الأول : (الصحة)

١. عمومات أدلة الوصية^(٣).

إذ الوصية تبرع بعد الموت فلا يضره عدم الملك قبل الموت.

٢. أن الوصية إنما تلزم بالموت، فاعتبر الملك وقته.

٣. قياساً على الوصية بشائع وقت الوصية^(٤).

(١) شرح المحرشي ١٦٠/٨، شرح الزرقاني ١٧٥/٨، روضة الطالبين ١١٩/٦، كشف الغطاء ٣٦٧/٤. مقابل أولي النهى ٤٨٩/٤.

(٢) البحر الرائق ١٦٤/٦، حاشية ابن عابدين ١٥٤/٤، روضة الطالبين ١١٩/٦.

(٣) ينظر : الباب التمهيدي.

(٤) أسنى لمطالب ٣٤/٣، معني المحتاج ٤٠/٣، كشف الغطاء ٣٧١/٤.

دليل القول الثاني: (عدم الصحة)

١. قوله ﷺ: «إِنْ تَرَكَ حَيًّا»^(١) فإنه يدل على أن الوصية إنما تكون فيما ملكه وتركه وراءه.

٢. حديث ابن عمر ﷺ: "له شيء يوصي به"، فإنه يدل على أن الوصية إنما تكون فيما يملكه الموصي.

٣. أنها وصية بغير مملوك فلم تصح كالحبة^(٢).

نوقش هذا الاستدلال: بالفرق؛ إذ الوصية تبرع بالمال بعد الموت، وقد ملكها حين الموت بخلاف الحبة، فهي تبرع في حال حياة، فاعتبر ملكها حينئذ.
الترجيح:

الراجح - والله أعلم -، هو القول الأول؛ إذ الأصل صحة الوصية؛ ولأنها فعل خير، وقرينة فيكثر منه.

المطلب الثاني: الوصية بمشاع من ماله لم يملكه:

مثاله:

أن يوصي بثلث ماله، وهو لا يملك شيئاً حال الوصية، فللعلماء في ذلك رأيان:

القول الأول: صحة الوصية إذا ملك شيئاً عند موته:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٣).

وحجته: ما تقدم من أدلة القول الأول في المسألة السابقة.

القول الثاني: عدم صحة الوصية:

وبه قال ابن حزم.

(١) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٢) فتح القدير، مرجع سابق، ٤٣٥/٨.

(٣) المصادر السابقة.

قال: "ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله، ثم حدث له مال لم يجز من وصيته إلا مقدار ثلث ما كان له حين الوصية؛ لأن ما زاد على ذلك عقده عقداً حراماً لا يحل كما ذكرنا وما كان باطلاً فلا يجوز أن يصح في ثانياً؛ إذ لم يعقد ولا محال أكثر من عقد لم يصح حكمه إذ عقده، ثم يصح حكمه إذ لم يعقد.

فلو أوصى بثلثه فأقل، ثم نقص ماله حتى لم يحتل وصيته، ثم زاد لم ينقذ من وصيته إلا مقدار ثلث ما رجع إليه من ماله؛ لأن وصيته بما زاد على ثلث ما رجع إليه ماله قد بطلت، وما بطل فلا سبيل إلى عودته دون أن تبدل إعادته بعقد آخر، إذ قد بطل العقد الأول.

فلو أوصى بأكثر من ثلث ماله عامداً وله مال لم يعلم به لم ينقذ إلا في مقدار ثلث ما علم فقط؛ لأنه عقد ما زاد على ذلك عقد معصية، فهو باطل.

فلو قال في كل ما ذكرنا: إن رزقي الله مالا فإني أوصي منه بكذا، أو قال: أوصي إذا مات أن يخرج عنه ثلث ما يتخلف، أو جزءاً من ثلثه - أقل من الثلث - أو قال: فيخرج مما يتخلف كذا وكذا: فهذا جائز وتنفذ وصيته من كل ما كسبه قبل موته وبعد تلك الوصية، بأي وجه كسبه، أو بأي وجه صحيح ملكه، بميراث أو غيره، علم به أو لم يعلم؛ لأنه عقد عقداً صحيحاً فيما يتخلفه، ولم يخص بوصيته ما يملك حين الوصية، وقد عقد وصيته عقداً صحيحاً لم يتعد فيه ما أمر الله ﷻ، فهي وصية صحيحة كما ذكرنا^(١).

ونوفقش كلام ابن حزم: بعدم تسليم ما ذكره من أن من أوصى بشيء لا يملكه لا يجوز، ولا ينقذ من الوصية إلا ما يملكه حال الوصية؛ لأن اعتبار الثلث إنما هو حال الموت كما سيأتي تحريره في بيان وقت اعتبار الثلث في باب الموصى به. وعلى هذا فالأقرب قول جمهور أهل العلم.

(١) إجماع، مرجع سابق، ٣٢١/٩

المطلب الثالث: الوصية بمال الغير عن الغير . (وصية الفضولي):

إذا أوصى بمال للغير عن الغير، فهل يتغذ بالإجازة؟

للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه شرط صحة، وأن وصية الإنسان بمال غيره وصية باطلة:

وهو قول جمهور العلماء.

والقول الثاني: أنها وصية صحيحة موقوفة على إجازة المال:

وهو قول الحنفية، وبعض المالكية مع اختلاف بينهم إذا أجازها المالك ثم رجع،

فالحنفية يرون أنه لا تلزمه الإجازة مطلقاً، سواء أجازها في حياة الموصي أو بعد موته

إلا أن يقبضها للموصى له ويسلمها له، فلا رجوع له بعد ذلك، بينما يقول بعض

المالكية يلزم الإجازة إذا أجازها بعد موت الموصي ولا رجوع للمالك بعد إجازتها.

ومتنشأ الخلاف سببان:

الأول: الخلاف في تصرفات الفضولي في مال غيره، فمن رآها باطلة قال ببطلان

وصية الإنسان في مال غيره، ومن رآها صحيحة موقوفة على إجازة المالك قال بصحة

الوصية بمال الغير ووقفها على إجازته.

وفرق جمهور المالكية بين معاوضاته وتبرعاته، فقالوا بصحة معاوضاته، وبطلان

تبرعاته؛ لأن تبرعاته محض ضرر بالمالك، لا نفع له فيها، بخلاف معاوضاته فلم يتمحض

فيها الضرر، أعطي المالك الخيار.

السبب الثاني: الخلاف -أيضاً- في الهبة، هل تلزم بالعقد أو لا تلزم إلا بالقبض؟

الأول: هو المشهور في مذهب مالك في الجملة،

والثاني: هو مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة.

فمن رأى أن الهبة لا تلزم بالقول قال هنا: يجوز للمالك الرجوع بعد الإجازة؛ لأن

وصية الفضولي بمال الغير بمنزلة هبته وتصدقته به، فلا تلزم بالقول، ولا يحجر أحد على

تسليم ماله لغيره وهو قول الحنفية^(١).

ومن رأي أن الهبة تلزم بالقول، ويجوز الواهب على تسليمها للموهوب له قال: إذا أجاز المالك وصية الفضولي بماله لم يجز له الرجوع، ويجوز على تسليم الوصية له، وهو قول البعض من المالكية^(٢).

القول الأول: صحة وصية الفضولي بالإجازة:

وهو مذهب الحنفية، وبه قال بعض المالكية، والشافعي في القديم، ورواية عند الحنابلة^(٣).

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿وَمَا وَثُوا عَلَى الْيَتْرِ وَالْفَقْوَى﴾^(٤).

وجه الدلالة: أن في وصية الفضولي إعانة لأخيه المسلم؛ لأنه يكفيه عنت هذا التصرف إذا كان محتاراً له^(٥).

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ بل من الإثم والعدوان؛ لأنه تصرف في ملك الغير بلا إذن^(٦).

وأجيب: بعدم التسليم؛ إذ لا ضرر على المالك؛ إذ هو موقوف على إجازته.

٢. (١٥٣) ما رواه البخاري من طريق شبيب بن عرقدة، عن عروة البارقي ﷺ، أن النبي ﷺ "أعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشتري له به شاتين، فباع إحداها

(١) انظر الفتاوى الهندية ١٠٧/٦. وانظر كتاب أحكام الهبة.

(٢) انظر حاشية العدوي على الرسالة، مرجع سابق، ١٩٩/٢.

(٣) الباب شرح الكتاب (١١١/٣)، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح (٥٨٨/٣)، البحر الرائق (١٦٤/٦).

مرعي المحتاج (١٥/٢)، حاشية الدسوقي (٦٩/٤)، القروع (٦٨٨/٤).

(٤) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٥) بدائع الصنائع، مرجع سابق، (١٤٩/٥).

(٦) المجموع، مرجع سابق، (٣١٧/٩).

بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه^(١).

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أنَّ النبي ﷺ وكلَّ عروة وكالةً مطلقة، وإذا كان كذلك فقد حصل البيع والشراء بإذن^(٢).

وأجيب: بأن سياق الحديث يأبى ذلك؛ فإنَّ النبي ﷺ أمره بشراء شاة ولم يؤكِّله ببيعها^(٣).

الوجه الثاني: أنَّ عروة اشترى لنفسه ووفَّى بدينار النبي ﷺ مستقرضاً له، فصار الدينار في ذمته، ثم باع شاته بدينار، فصرفه إلى النبي ﷺ، كما لزمه وأهدى إليه الشاة الأخرى^(٤).

وأجيب عنه بجوابين:

الأول: أنَّه لا دليل على ذلك، بل الدليل دلٌّ على خلافه؛ فإنَّ النبي ﷺ فرح بفعل عروة، ودعا له، ولو كان الشراء لعروة لما استحقَّ ذلك.

الثاني: أنَّه لو سلَّم ذلك، وأنه استقرض دينار النبي ﷺ فقد ثبت جوازُ تصرف الفضولي؛ لأنَّ النبي ﷺ لم يأذن لعروة باقتراض الدينار أولاً، وأقرَّه على ذلك.

(١٥٤) ٣. ما رواه أبو داود من طريق أبي حصين، عن شيخ من أهل المدينة، عن حكيم بن حزام رضي الله عنه أنَّ رسولَ الله ﷺ بعثَ معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار وجاء بدينار

(١) صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب منوال المشركين أنَّ يربهم النبي ﷺ آية طارهم انشقاق القمر (٣: ٤٤٣).

(٢) الحاوي الكبير (٥/ ٣٩٩)، المغني (٦/ ٢٩٦).

(٣) إعلال السنن، مرجع سابق، (١٤/ ١٦٠).

(٤) المغني، مرجع سابق، (٧/ ٣٥٥).

إلى النبي ﷺ، فنصدّق به النبي ﷺ، ودعا له أن يبارك له في تجارتِهِ^(١).

ونوقش: بأنه ضعيف.

(١٥٥) ٤. ما رواه البخاري ومسلم من طريق الزهري، حدثني سالم ابن عبد الله، أنَّ

عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "انطلق ثلاثة رهط ممن كان قبلكم حتى أووا المبيت إلى غار فدخلوه... قال النبي ﷺ: وقال الثالث: اللهم إني استأجرت أجراً فأعطيتهم أجراً غير رجل واحد ترك الذي له وذهب، فمئرت أجره حتى كثرت منه الأموال، فجاءني بعد حين، فقال: يا عبد الله أد إليّ أجري، فقلت له: كل ما ترى من أجرك من الإبل، والبقر، والغنم، والرقى، فقال: يا عبد الله لا تستهزئ بي، فقلت: إني لا أستهزئ بك، فأخذه كله فاستاقه، فلم يترك منه شيئاً، اللهم فإن كنت فعلت ذلك ابتغاء وجهك فافرج عنا ما نحن فيه، فانفرجت الصخرة فخرجوا بمشون"^(٢).

وجه الاستدلال: أنَّ النبي ﷺ ساق الحديث مساق المدح للمستأجر الذي تصرف في

مال الأجير بغير إذنه فشره له.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أنه في شرع من قبلنا، وشرع من قبلنا ليس بشرع لنا^(٣).

وأجيب: بأن شرع من قبلنا شرع لنا إذا لم يخالفه شرعنا، كيف وقد ساقه النبي ﷺ

مساق المدح لفاعله، مما يدل على إقراره، فيكون شرعاً لنا.

الوجه الثاني: أنه استأجره بشيء في الذمة، وما كان في الذمة لا يتعين إلا بالقبض،

(١) سنن أبي داود (٢٥٦/٣) (الحديث ضعيف).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب من استأجر أجراً فترك أجره فعمل فيه للمستأجر قبله أو من عمل في ماله غيره فاستغسل (٢١٨٢)، ومسلم، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب قصة أصحاب الغار الثلاثة والنوم، بصلاح الأعمال (٢٧٤٣).

(٣) المهني (٣٥٤/٧)، فتح الباري (٤٧٨/٤).

ثم إن المالك تصرف فيه وهو في ملكه، فصح تصرفه، سواء اعتقله لنفسه أو لأجيره^(١).
وأجيب عنه بجوابين:

الأول: عدم التسليم بأنه لم يُعَيَّن الأجر، بل الظاهر أنه عيَّنه ولم يقبضه إياه، وهذا ظاهر الحديث، وحيث لم يكن قد عمل في مال الغير.

الثاني: أنه ورد ما يدل على أنه قبض الأجر.

(١٥٦) فقد روى الإمام أحمد من طريق عبد الصمد - يعني ابن معقل - قال: سمعت

وهبا يقول: حدثني النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يذكر الرقيم ..

فقال: "قلت: يا عبد الله لم أخلص شيئا من شرطك، وإنما هو مالي أحكم فيه

ما شئت، قال: فغضب وذهب وترك أجره، قال: فوضعت حقه في جانب من

البيت ما شاء الله، ثم مرت بي بعد ذلك بقر فاشتريت به فضيلة من البقر،

فبلغت ما شاء الله"^(٢).

الوجه الثالث: أن المستأجر أعطاه أكثر من حقه، وأبرأه الأجير من عين حقه،

وكلاهما متبرع بذلك من غير شرط، وهذا جائز.

وأجيب: بأن سياق الحديث يدل على أنه أعطاه حقه بعدما ثمره له لا أنه تبرع له.

(١٥٧) ٥. ما رواه البخاري من طريق عوف، عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة رضي الله عنه

قال: "وكلني رسول الله ﷺ بحفظ زكاة رمضان، فأتاني آت فجعل يحشو من

الطعام فأخذته وقلت: والله لأرفعنك إلى رسول الله ﷺ، قال: إني محتاج وعلي

عيال ولي حاجة شديدة"^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أمر تصرف أبي هريرة في تركه للشيطان بعد أخذه من أخذه

من الطعام، وقد وكل به.

(١) المصدر السابق.

(٢) مستند أحمد بن حنبل (٢٧٤/٤)، وحسنه الحفاظ ابن حجر في الفتح (٥٦٠/٦).

(٣) صحيح البخاري، مرجع سابق، (٨١٢/٢).

٦. أنَّ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة.
٧. أنه تصرف صدر من أهله لكون ممن يصح تصرفه في محلة ولا ضرر في انعقاده موقوفًا، فينعتد كما لو أذن المالك^(١).
٨. أن الملتقط لو تصدق باللقطة صار تصرفه موقوفًا على الإجازة، فكذا غيره^(٢).
- القول الثاني: عدم صحة وصية الفضولي مطلقًا:
- وهو قول عند المالكية، وبه قال الشافعي في الجديد.
- وهو مذهب الحنابلة^(٣).
- واستدلوا:

١. بما تقدم من الأدلة على اشتراط رضا الموصي.
٢. قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(٤).
- ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مسلم مع عدم الإجازة، أما مع الإجازة فقد تحصل الرضا.
٣. (١٥٨) ما رواه الإمام أحمد من طريق أيوب، حدثني عمرو بن شعيب، حدثني أبي، عن أبيه قال: ذكر عبدالله بن عمرو ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يحل سلفًا وبيعًا، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك"^(٥). [حسن].

(١) فتح القدير: مرجع سابق، (٥٢/٧).

(٢) الإشراف: مرجع سابق، (٥٦١/٢).

(٣) شرح الحرشي على مختصر خليل (١٦٨/٨)، بلغة السالك (٢٧٤/٢)، روضة الطالبين (٣٥٥/٢)، المجموع

(٤) (٢٤٨/٩)، كشف القناع (٣٦٧/٤).

(٥) من الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(٦) مسند الإمام أحمد (١٧٤/٢). وأخرجه أبو داود (٣٥٠/٤)، والنسائي (٢٨٨/٧)، والترمذي (١٢٣٤)، وابن

ماجه (٢١٨٨)، والدارقطني (٧٥/٣)، وابن الجارود (١٨٢/٢)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٦/٤)، وأبو داود

الطيالسي (١٦/٤)، وابن عدي في الكامل (١١٥/٥)، والحاكم في المستدرک (١٧/٢) كلهم من طريق أيوب، حدثني

عمرو بن شعيب، حدثني أبي، عن أبيه ذكر عبدالله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: "لا يحل سلفًا وبيعًا..." إلخ.

١. ورواه عن أيوب جمع من الحفاظ: منهم ابن علقمة، كما عند الإمام أحمد (١٧٨/١)، وأبو داود، والنسائي، وابن الجارود، والترمذي، وغيرهم.
 ٢. حماد بن زيد، كما عند ابن ماجه، وأبي داود الطيالسي، والدارقطني، والطحاوي، وغيرهم.
 ٣. يزيد بن ربيع، كما عند النسائي، والحاكم، وغيرهما.
 ٤. معمر، كما عند النسائي، وغيره.
 ٥. عبد الوارث بن سعيد، كما عند الحاكم.
- خمسهم (ابن علقمة، وحماد بن زيد، يزيد بن ربيع، ومعمر، وعبد الوارث بن سعيد) عن أيوب به.
- وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٦/٤) من طريق داود بن أبي هند، عن عمرو بن شعيب ... به.
- وأخرجه الدارمي (٢٥٣/٢)، والنسائي (٢٩٥/٧)، وفي الكوفي (٤٣/٤) من طريق عن حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب ... به.
- وأخرجه الإمام أحمد (٢٠٥/٢) من طريق ابن عجلان، عن عمرو بن شعيب ... به. وأخرجه النسائي في الكوفي (٤٣/٤) من طريق مطر الورق، عن عمرو بن شعيب ... به. وأخرجه البيهقي في سننه (٣٤٣/٥) عن داود بن قيس، عن عمرو بن شعيب ... به. وكذلك أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٧/٤).
- وكذلك أخرجه الدارقطني في سننه (٧٥/٣)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٦/٤) من طريق عامر الأحول، عن عمرو بن شعيب ... به.
- وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤٦/٤) من طريق عبد الملك بن أبي سليمان، عن عمرو بن شعيب ... به. وأخرجه الطبراني في الأوسط (١٥٤/٢) من طريق ابن جريج، عن عمرو بن شعيب ... به.
- عشرهم (الضحاك بن عثمان، وأيوب، وداود بن أبي هند، وحسين المعلم، وعبد ابن عجلان، ومطر الورق، وداود بن قيس، وعامر بن عبد الواحد الأحول، وعبد الملك بن أبي سليمان، وابن جريج) كلهم عن عمرو بن شعيب ... به. وقال الترمذي: "هذا حديث حسن صحيح". وقال الحاكم: "هذا حديث على شرط جماعة من أئمة المسلمين، صحيح". وقال ابن عدي: يقال: "ليس يصح من حديث عمرو بن شعيب إلا هذا أو هذا أصحها".
- وقوله ابن الجارود، حيث ذكره في "منتقاء"، وقال الذهبي في "المجيب": "صحيح"، وكذا رواه طائفة. وقال ابن عدي في التمهيد (٣٨٤/٢٤): "وهذا الحديث محفوظ من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ، وهو حديث صحيح، رواه الثقات عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن شعيب ثقة إذا حدث عنه ثقة، وإنما دخلت أجادته الداخلة من أجل رواية الضعفاء عنه ...".
- وقال في الاستبصار (٤٣٢/٦): "روي عن النبي ﷺ أنه صلى الله عليه وسلم من وجوه حسنة". وقال ابن حزم في المحلى (٤٧٥/٧): "صحيح ... ولا تعلم لعمرو بن شعيب حديثاً مستقلاً إلا هذا وحده، وآخر في الحديث ...". وفيما قاله ﷺ نظر ليس هذا موضع بحثه.

وجه الدلالة: أن تصرف الفضولي تصرف فيما لا يملك، وتصرف الإنسان فيما لا يملك منهى عنه شرعاً، والنهي يقتضي عدم مشروعية المنهي عنه.

نوقش الاستدلال بالحديث من وجوه:

الوجه الأول: أن معنى الحديث: لا تبع ما ليس عندك مما لا تملكه لا أصالة ولا يداً، وليس معناه لا تبع ما لا تملكه أصالة وإن كان بيدك وكالة؛ وإلا لما صح بيع الوكيل، مع أن بيع الوكيل يصح بالإجماع.

ولا فرق بين الوكيل وبين الفضولي في نفس البيع؛ لأن كل واحد منهما بائع ملك غيره، والفرق إنما هو في الإذن وعدمه وهو غير مؤثر^(١).

وقال النووي في المجموع (٢٦٣/٩): "حديث حسن أو صحيح، رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه وغيرهم من طرق كثيرة بأسانيد حسنة، ومجموعها يرتفع عن كونه حسناً، ويقتضي أنه صحيح".

وله طريق آخر أخرجه النسائي في سننه الكبرى (١٩٧/٣) من طريق الوليد، وهو ابن مسلم، عن ابن جريج، قال: أخبرني عطاء، عن عبد الله بن عمر قال: يا رسول الله إنا نسمع منك أحاديثاً فتأذن لنا أن نكتبها؟ قال: "أعم"، فكان أول ما كتب كتاب النبي ﷺ إلى أهل مكة: "لا يجوز شرطان في بيع واحد، ولا بيع وسلف جرماء، ولا بيع ما لم يضمن، ..." إلخ.

وأخرجه ابن حبان في صحيحه (١٦٦/١٠)، وعبد الرزاق في مصنفه (٤١/٨)، وقال النسائي عقب هذا الخبر فيما نقله عنه الخزرجي في التحفة (١١٩/٦): "هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ، والله أعلم". وسقط هذا الخبر من المطبوع من السنن الكبرى... وأيضاً - فإن فيه انقطاعاً، فعطاء هو الخراساني كما جاء مصرحاً به عند عبد الرزاق.

وقد رواه البيهقي في سننه (٣٦٤/١٠) من طريق هشام بن سليمان الخرومي، ثنا ابن جريج، عن عبد الله بن عمرو بن العاص ... به.

وهذا طريق باطل، وقد خالف هشام الحفاظ من أصحاب ابن جريج، ولذلك قال البيهقي: كذا وجدته ولا أراه محفوظاً.

وله طريق آخر: أخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث (١٢٨)، وخطابي في معالم السنن (١٣٤/٣)، وابن حزم في المغني (٣٩٤/٧) بتجويد وفيه قطعه، وهو طريق ضعيف جداً^(٢)، ونقل ابن القيم في البدر المنير (٤٩٩/٦) عن ابن أبي العوارس قوله: "هذا حديث غريب ...".

(١) إغلاء السنن (١٥٨/١٤).

وأجيب: بأن الإذن للوكيل يجعل المعقود عليه مقدور التسليم، فلا يكون الفضولي مثله؛ لأنه لا يقدر على التسليم^(١).
ورد على هذا الجواب بأمرين^(٢):

الأول: أنا لا نسلم بأن الفضولي لا يقدر على التسليم، بل يقدر عليه، وإنما لا يقدر على تنفيذ العقد وتصحيحه، وليس في الحديث ما يدل على المنع من ذلك.
الثاني: أن القدرة على التسليم ثابتة بعد الإجازة، والقدرة على التسليم تحب بحسب البيع، فإذا كان البيع بائناً فيجب أن تكون القدرة باتة، وإذا كان موقوفاً فالقدرة موقوفة، والقدرة الموقوفة موجودة فلم يصح الفرق.
الوجه الثاني: أن الحديث محمول على البيع المطلق، وهو البيع البات النافذ، وحينئذ فلا يدخل في محل النزاع^(٣).

الوجه الثالث: أن الحديث محمول على بيع الشخص لنفسه لا لغيره؛ بدليل قصة الحديث، فإن حكيمًا عليه السلام كان يبيع شيئاً لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه^(٤).
(١٥٩) ٤. ما رواه الإمام من طريق مطهر، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ: "ليس على رجل طلاق إلا فيما يملك، ولا غتاق إلا فيما يملك، ولا بيع إلا فيما يملك"^(٥).

(١) ينظر: شرح العناية (٥٤/٧)، إعلال السنن ١٥٨/١٤.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) فتح القدير (٥١/٧)، شرح العناية (٥٤/٧).

(٤) فتح القدير (٥١/٧)، بداية المجتهد (١٧٢/٢).

(٥) مستند الإمام أحمد (٦٧٦٩)، وأخرجه الدارقطني (١٤/٤) من طريق سعيد بن أبي عروبة، وأخرجه أبو داود (٢١٩٠) ومن طريق البيهقي (٣١٨/٧) من طريق هشام الدستوائي، والنسائي (٢٨٢/٧) من طريق محمد بن سيف الخزاز، واللفظ: "ليس على رجل بيع فيما لا يملك". للاثني عشر (سعيد، وهشام، ومحمد) عن مطر الوراق به.

وأخرجه عبد الرزاق (١١٤٥٦)، وأحمد (٦٧٨٠)، وسعيد بن منصور (١٠٣٠)، والترمذي (١١٨١)، وفي غلله (٤٦٥/١)، وابن ماجه (٢٠٤٧)، والدارقطني ١٥/٤، والحاكم (٢٠٤/٢) من طريق عامر الأحول، واللفظ: لا يبر

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: أنه ضعيف.

الثاني: أنه محمول على ما إذا لم يجز المالك.

٥. أن المقصود بالأسباب الشرعية أحكامها لا بمجرد السبب، فإذا لم تقدر الحكم لا

لأن آدم فيما لا يملك، ولا علق فيما لا يملك، ولا طلاق فيما لا يملك.

وأخرجه مطبوعاً الدارقطني (١٥/٤)، وابن ماجه (٢٠٤٧) من طريق عبد الرحمن بن الحارث، ولفظه ابن ماجه (لا طلاق فيما لا يملك). وأخرجه الطيالسي (٢٢٦٥) ومن طريقه البيهقي (٣١٨/٧) من طريق حبيب المعلم، ولفظه (لا طلاق إلا بعد نكاح ولا علق إلا بعد ملك).

وأخرجه الحاكم (٢٠٤/٢)، ومن طريقه البيهقي (٣١٧/٧) من طريق حسين المعلم ولفظه (لا طلاق إلا بعد نكاح). وأخرجه أحمد (٦٩٣٢) من طريق محمد بن إسحاق، ولفظه (لا طلاق فيما لا يملك، ولا علق فيما لا يملك، ولا نكح فيما لا يملك، ولا نكح فيما لا يملك، ولا نكح فيما لا يملك). وأخرجه أحمد - أيضاً - (٦٧٨١) من طريق مطر الورق ولفظه: (لا يجوز طلاق ولا بيع ولا علق ولا وفاة نكح فيما لا يملك). جميعهم (أما الأصيل، وعبد الرحمن بن الحارث، وحبيب المعلم، وحسين المعلم، ومطر الورق) جميعهم عن عمرو بن شعيب به.

الحكم على الحديث: الحديث صحيح الحاكم، وواقعه اللعني، ويظهر أنه ضعيف، وعلة الاختلاف فيه: فقد أخرجه سعيد بن منصور (١٠٢١) عن عمرو بن شعيب أنه سئل فقال: كان أبي عرض علي امرأة يزوجه، فأبى أن أتزوجها، وقلت: هي طالق البتة يوم أتزوجها، ثم لدمت، فقدمت المدينة، فسألت سعيد بن المسيب، وعروة بن الزبير، فقالا: قال رسول الله ﷺ: (لا طلاق إلا بعد نكاح)، وهذا يشعر بأن من قال فيه: عن أبيه، عن جده، سلك الخادة، وإلا فلو كان عنده: عن أبيه، عن جده، لما احتاج أن يرجع فيه إلى المدينة، ويكتفي فيه بحديث مرسل، واختلاف آخر.

فقد أخرجه الحاكم والبيهقي من طريق ابن جريج عن عمرو بن شعيب، عن طاووس، عن معاذ بن جبل ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: (لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا علق إلا بعد ملك) ورجاله ثقات، إلا أنه منقطع بين طاووس ومعاذ. ونقل الترمذي: عن البخاري أن حديث عبدالله بن عمرو أصبح شيء في الباب.

ويشهد له: حديث المسور بن عزمة ﷺ: عند ابن ماجه (٢٠٤٨)، وحديث علي ﷺ: عند ابن ماجه (٢٠٤٩)، وحديث عائشة ﷺ: في الطحاوي (٢٨١/١) وعند الدارقطني. وحديث ابن عباس ﷺ: عند الحاكم (٤١٩/٢)، والبيهقي (٣٢١/٧)، وحديث جابر ﷺ: عند الحاكم (٢٠٤/٢)، والبيهقي (١٩/٧)، وحديث ابن عمر ﷺ: عند الحاكم (٤١٩/٢).

تعتبر، وحكمها وهو التملك لا يتصور من غير مالك قبله^(١).

ونوقش: أنه غير مسلم، بل تصرف الفضولي يفيد ملكا موقوفا؛ لأنه اللائق بالسبب

الموقوف، كما يفيد السبب البات الملك البات؛ لأنه اللائق به^(٢).

٦. أن وصية الفضولي قد خرجت من المالك بدون عوض بخلاف البيع.

ونوقش: بأنه غير مسلم، بل وصية الفضولي لم تخرج من مالها إلا بإذنه.

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - صحة وصية الفضولي بالإجازة؛ لقوة دليله ومناقشة القول

الأخر.

(١) تبين المحقق، مرجع سابق، (١٠٤/٤).

(٢) المصدر السابق.

المبحث السادس

الشرط السادس : السلامة من الدين

(وصية المدين)

يشترط سلامة الموصي من الدين المحيط، والمعتبر في ذلك هو وقت الموت، لا وقت الوصية.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: أن يكون الدين محيطاً:

إذا كان الموصي وقت الوصية مغلساً أحاط الدين بماله، إلا أنه قضاه قبل الموت، أو سقط عنه بوجه من الوجوه،

فإن وصيته تصح وتنفذ.

وأما إذا كان وقت الوصية لا دين عليه، ثم أحاط الدين بماله بعد ذلك، ومات وهو كذلك، فإن وصيته تكون موقوفة على إجازة الغرماء، كسائر تبرعائه، فإن أجازوها مضت، وإن ردوها بطلت، إلا أن يقضى دينه، أو يسقط عنه، تقديماً لقضاء الدين على الوصية. وهذا قول جمهور الفقهاء^(١).

القول الثاني: بطلان وصية من أحاط الدين بماله:

وهو قول الحنفية، وابن حزم^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: **﴿إِنْ تَرَكَ حَيًّا﴾**^(٣)، وهذا لم يترك شيئاً؛ لأن ماله للغرماء.

(١) ينظر: تبين الحقائق مع حاشية الشلبي ١/١٨٦، تكملة فتح القدير ٨/٤٣٨، لمعيار المغرب ٦/٤٧-١٣٧.

و٩/٧٥-٢٥٥، مواهب الجليل ٦/٣٦٩، معني المحتاج ٣/٧١، أمسي للطالبي ٣/٦٤، كشف القناع ٤/٣٤٨.

(٢) البدائع ٧/٣٣٥، المحلى ٩/٣٤٧.

(٣) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

٢. حديث علي عليه السلام أنه قال: إنكم تقرءون هذه الآية ﴿مَنْ يَعْدِلْ وَصِيَّتَهُ نُوصِيَتْ بِهَا أَوْ دَرَبَهَا﴾ وإن رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالدين قبل الوصية^(١).
- (١٦٠) ٣. ما رواه البخاري من طريق سعيد بن المنبج أنه سمع أبا هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وآله قال: "خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وإبدأ بمن تقول"^(٢).
- والوصية نوع من الصدقة، أو ملحقة بها، والمدين الذي أحاط الدين بماله فقير، فلا وصية له.
٤. ولأن أداء الدين واجب، والوصية تطوع، والواجب مقدم على المندوب.
٥. ولأن ما في يد المدين المفلس هو في الحقيقة مال الغرماء وهم أحق به من الموصي له.
٦. أنه لما كان الحق يتعلق بالغرماء كانت الوصية صحيحة موقوفة على إجازتهم ولم تكن باطلة رغم النهي عنها؛ لأن النهي عنها لأمر خارجي يتعلق بحق آدمي، فلا يدل على فساد المنهي عنه كما يقول الأصوليين^(٣).

دليل القول الثاني:

- أما وصية بمال الغير، فلا تصح.
- ونوقش هذا الاستدلال: بأن حال الموصي لا يخلو من أمرين:
- الأول: أن يملك ما يتمكن به من قضاء دينه قبل موته فتصح وصيته؛ إذ الاعتبار في حال الموت.

الثاني: ألا يملك ما يتمكن به من قضاء دينه، فتتخذ وصيته بالإجازة، ومنشأ الخلاف: هل السلامة من الدين: شرط نفاذ أو شرط صحة؟

(١) سبق تحريجه برقم (١٨).

(٢) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى (١٤٢٦)، وأخرجه مسلم من حديث حكيم بن حزام في الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى (٢٤٣٣).

(٣) راجع المجلد ١/ ٢١٠.

الترجيح:

الأرجح - والله أعلم - قول جمهور أهل العلم: إذا الأصل صحة الوصية.

المطلب الثاني: أن يكون الدين غير مستغرق!

إن كان الدين غير مستغرق، فإن الوصية تنفذ في الباقي بعد أداء الدين، فإذا كان الدين ألفاً والفرقة أربعة آلاف، فإن الوصية تنفذ في ثلاثة آلاف الباقية بعد قضاء الدين في حدود ثلث الباقي.

فرع:

واختلفت الحنفية في وصية عامل السلطان، فقال بعضهم: إذا علم أنه من مال غيره لا يحل أخذه، وإن علم أنه مختلط بماله: فلا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله؛ لأنه على ملك صاحبه، فلا وجه إلا الرد على صاحبه، وفي قول أبي حنيفة رحمهما الله مملوكه بالخلط، فيجوز أخذه إذا كان في بقية مال الميت وقاء بمقدار ما يرضى خصمائه^(١).

(١) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١٣٥/٦.

المبحث السابع

الشروط السابعة: اشتراط الإسلام

وصية المسلم صحيحة بالإجماع كما تقدمت الأدلة على ذلك، وأما غير المسلم؛ فتحت مطالب:

المطلب الأول: وصية المرتد:

الردة: كفر المسلم.

والمرتد: المسلم الذي خرج من دين الإسلام إلى غيره^(١).

وقد اختلف الفقهاء في صحة وصيته على أقوال أربعة:

القول الأول: أن وصيته صحيحة موقوفة على مصيره:

فإن عاد إلى الإسلام نفذت، وإن مات على الردة بطلت.

وهو قول أشهب من المالكية، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن وصيته تبطل بالردة:

ولا تصح حال الردة، ولو عاد إلى الإسلام.

وهو مشهور مذهب المالكية^(٣).

القول الثالث: أن وصيته صحيحة نافذة مطلقاً:

عاد إلى الإسلام أو قتل، أو مات على كفره، رجلاً كان أو امرأة.

وهو قول أبي يوسف، ومحمد من الحنفية^(٤).

(١) الأم، مرجع سابق، ٢٢٧/٤.

(٢) شرح الخرشي ١٧١/٨، حاشية الرملي ٢٤٠/٨، الأم ٢٩١/٤، نهاية المحتاج ٤٠/٦، فتح الوهاب ٤٢١/٢، المغني مع الشرح الكبير ٥٣١/٦.

(٣) جامع الأمهات ٥٤٠/١، بداية المجتهد ١١٦٠/١، حاشية الرملي ٢٤٠/٨، حاشية العلوي ٤٣٤/٥.

(٤) بدائع الصنائع ٣٣٥/٧، الفتاوى الهندية ١٢٢/٦.

القول الرابع: الفرق بين المرتد وبين المرتدة:

فالمرتدة وصيتها صحيحة نافذة، والمرتد وصيته موقوفة على ما يؤول إليه حاله، فإن أسلم صحت، وإن قتل كافراً، أو لحق بدار الحرب بطلت. وهو قول أبي حنيفة^(١).

جاء في الدر المختار: "اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام، فينفذ منه اتفاقاً ما لا يعتمد تمام ولاية، وهي خمس: (الاستيلاء، والطلاق، وقبول الهبة، وتسليم الشفعة، وإلحجر على عبده) للأذون.

(ويبطل منه) اتفاقاً ما يعتمد الملة، وهي خمس: (النكاح، والذبيحة، والصيعة، والشهادة، والإرث) ويتوقف منه اتفاقاً ما يعتمد المساواة، وهو (المفاوضة) أو ولاية متعدية (و) هو (التصرف على ولده الصغير)، ويتوقف منه عند الإمام وينفذ عندهما كل ما كان مبادلة مال بمال، أو عقد تبرع (المباغة) والصرف والسلم (والعتق والتدبير والكتابة والهبة والرهن والإجارة) والصلح عن إقرار وقبض الدين؛ لأنه مبادلة حكمية (والوصية) وبقي أمانته وعقله ولا شك في بطلانها.

وأما إيداعه واستيداعه والتقاطه ولقطته فينبغي عدم جوازها^(٢).

سبب الخلاف: هو زوال ملكه بالردة أو بقاؤه أو وقفه^(٣)، وحكى ابن المنذر الإجماع على بقاء ملكه عند من يحفظ عنه من أهل العلم قال: "وأجمع كل من نحفظ عنه على أنه المرتد بازتراده لا يزول ملكه من ماله، وأجمعوا أنه يرجوعه إلى الإسلام ماله مردود إليه ما لم يلحق بدار الحرب"^(٤).

(١) المصدر السابق.

(٢) الدر المختار، مرجع سابق، ٩٤/٥.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٢، أحكام المرتد ص ٢٥٦.

(٤) الإجماع، مرجع سابق، ص ١٦٣.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول: (صحيحة موقوفة):

١. قوله ﷺ: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ، فَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَلُهُمْ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ فَمُمْ فِيهَا حَتِلْدُونَ﴾^(١) وجه الدلالة: أن الله عاهد إلى الإسلام لم يبطل عمله، والوصية عمل من عمله فلا تبطل إذا عاهد إلى الإسلام، هذا يدل على أنها موقوفة قبل موته.
٢. أن الصحابة رضي الله عنهم لم يبطلوا عقود المرتد.
٣. أن المرتد حرى مقهور تحت أيدينا، فصار كالخربي يدخل دارنا بغير أمان فنأسره فتوقف تصرفاته لتوقف حاله، وفي الأهلية خلل لاستحقاق القتل لبطلان سبب العصمة^(٢).

أدلة القول الثاني: (باطلة)

١. قوله ﷺ: ﴿لَيْنَ أَشْرَكَتَ لِيَحِطَّنَ عَلَيْكَ وَلِتَكُونَ مِنَ الْخَاسِرِينَ﴾^(٣) ففيه حيوط العمل بالردة.
- ونوقش هذا الاستدلال: أن هذه الآية مطلقة، وآية ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ﴾ مقيدة، والمطلق محمول على المقيّد إذا اتحد حكمهما وسببهما اتفاقاً^(٤).
- ورد: بأن حمل المطلق على المقيّد، وتقييد آية ﴿لَيْنَ أَشْرَكَتَ﴾ بآية: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ﴾ لا يصح؛ لأن شرط حمل المطلق على المقيّد أن لا يتضمن المقيّد حكماً زائداً

(١) من الآية ٢١٧ من سورة البقرة.

(٢) فتح القدير، مرجع سابق، ٨٤ / ٦.

(٣) من الآية ٦٥ من سورة الزم.

(٤) المحيط للركشي ١٠ / ٥ (إرشاد الفحول ص ٦٤).

على حكم المطلق، وإلا وجب إبقاء المطلق على إطلاقه^(١).

فأية البقرة تضمنت حكماً زائداً على حكم المطلق في آية ﴿لَيْنَ أَشْرَكْتَ﴾ وهو الخلود في النار ﴿وَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾^(٢)، وهذا الحكم غير موجود في آية ﴿لَيْنَ أَشْرَكْتَ﴾ لذلك جاء التقييد في آية البقرة بالموت على الكفر للتنبيه على أن حيوط العمل يقع بمجرد الردة، أما الخلود في النار فهو مشروط بالموت على الكفر.

٢. أن ملكه قد زال برده، فلا تصح تصرفاته؛ لتصرفه في ملك غيره.

ونوقش: بأنه مسلم إذا مات على رده؛ قال تاب صحت تصرفاته؛ لما تقدم من دليل القول الأول.

دليل القول الثالث:

(صحة وصية المرتد والمتردة ونفاذها ولو ماتا على الكفر، أو قتلا عليه):

١. أن شرط صحة الوصية ونفاذها هو أهلية الموصي للوصية وملكه للموصى به، والمرتد قبل رده يتمتع بهذه الأهلية، والأصل الاستصحاب، وبقاء ما كان على ما كان.

٢. أن محاطيته بالإيمان وقتله عليه دليل على بقاء أهليته، وعدم زوالها برده، وميراث ماله عنه بعد قتله دليل على بقاء ملكه لماله، وأنه لم تزل ملكيته له، وإذا ثبتت أهليته وملكه صحت وصيته^(٣).

دليل القول الرابع: (تفريقه بين المتردة وبين المرتد):

أن المرتد يصير بارتداده مستحقاً للقتل؛ فتوقف أمواله حتى يبين أمره، وإذا وقف ماله وقفت تصرفاته فيه بما في ذلك الوصية، فإن عاد إلى الإسلام عاد إليه ماله، ونفذت

(١) المحيط ٣٠/٥، إرشاد الفحول ص ١٦٧.

(٢) من الآية ٢١٧ من سورة البقرة.

(٣) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٣٥/٧.

تصرفاته ووصيته، وإن قتل كافراً، أو مات، أو لحق بدار الحرب، تبين استقرار كفره وزوال ملكه عن ماله زوالاً نهائياً، وبطلت وصيته.

وأما المرتدة فإنها لا تقتل عنده بردها، ولم تنأثر أهليتها ولا ملكها لما لها مما صدر من الردة وبقيت ملكيتها لما لها ملكية تامة، وصحة تصرفاتها فيها، ووصيتها^(١).

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: قوله: إن المرتدة لا تقتل وإن أصبرت على ردّها مخالف للسنة؛

(١٦١) لما رواه البخاري من طريق عكرمة، أن عليّاً عليه السلام حرق قومًا، فبلغ ابن عباس رضي الله عنه فقال: لو كنت أنا لم أحرقهم لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (لا تعذبوا بعداب الله)، ولقتلتهم كما قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (من بدل دينه فاقتلوه)^(٢).

وهو عام في الرجل والمرأة، بناء على الصحيح عند الأصوليين، أن "من" تشمل الإناث خلافاً للمحنفية في قولهم: إنها خاصة بالرجال، ولا تشمل الإناث، ولذلك قالوا لا تقتل المرتدة^(٣).

الثاني: أن المرتد يورث، وهو -أيضاً- مخالف للسنة.

(١٦٢) لما روى البخاري ومسلم من طريق عمرو بن عثمان، عن أسامة ابن زيد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: (لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم)^(٤)، وهو عام في الكافر الأصلي والمرتد؛ لقاعدة المفرد المحلى بال تأكيد العموم على الصحيح عند الأصوليين.

الثالث: القول بأن المرتد يتمتع بأهلية كاملة، وملكه تامة هو خلاف الصحيح عند

(١) انظر السابق.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الجهاد، باب لا يعذب بعداب الله (٣٠١٧).

(٣) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٣٥/٧.

(٤) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر (٦٧٦٤)، ومسلم في الفرائض، باب حدثنا يحيى بن يحيى (١٢٢٥).

الأصوليين من أن الردة تعتبر من عوارض الأهلية التي تؤثر فيها، ومخالف لمذهب الجمهور من وقف مال المرتد زمان استتابته.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صحة وصية المرتد، لكنها موقوفة على إسلامه؛ فإن أسلم صحت وإلا فلا؛ للإجماع على بقاء ملكه.

المطلب الثاني: وصية الذمي، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: حكم وصية الذمي:

وصية الذمي لذمي، أو مسلم صحيحة بالاتفاق في الجملة^(١). قال ابن حجر رحمته الله: "قوله: (ما حق إثمى مسلم) كذا في أكثر الروايات، وسقط لفظ (مسلم) من رواية أحمد عن إسحاق بن عيسى عن مالك، والوصف بالمسلم خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له، أو ذكر للتهيين؛ لتقع المبادرة لامتناله لما يشعر به من نفى الإسلام عن تارك ذلك، ووصية الكافر جائزة في الجملة، وحكى ابن المنذر فيه الإجماع، وقد بحث فيه السبكي من جهة أن الوصية شرعت زيادة في العمل الصالح، والكافر لا عمل له بعد الموت، وأجاب: بأنهم نظروا إلى أن الوصية كالإعتاق، وهو يصح من الذمي والحر، والله أعلم^(٢)."

ولما يأتي من حديث عمر رضي الله عنه في نذره الاعتكاف قريباً. ولأنها عطية وتبرع بعد الحياة فصحت كما في حال الحياة. قال في المبسوط: "وعن إبراهيم قال: لا بأس بأن يوصي المسلم للنصراني، أو النصراني للمسلم فيما بينه وبين الثلث، وهكذا عن شريح وبه يأخذ^(٣)."

(١) الفتاوى الهندية ١٣١/٦، الحارثي ١٦٨/٨، معني المحتاج ٣٩/٣، كشف القناع ٣٥٢/٤-٣٥٣، معونة أولى النهي ١٨٥/٦.

(٢) فتح الباري، مرجع سابق، ٣٥٧/٥.

(٣) المبسوط، مرجع سابق، ١٤٦/٢٧-١٤٧.

جاء في المدونة: "قلت: أرأيت إن أوصى ذمي إلى مسلم؟ قال: قال مالك: إن لم يكن في تركته الخمر أو الخنازير أو خاف أن يلزم بالجزية، فلا بأس بذلك"^(١).

وقال في المغني: "نصح وصية المسلم للذمي، والذمي للمسلم، والذمي للذمي، روي إجازة وصية المسلم للذمي عن شريح، والثعبي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم"^(٢).

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم صحة وصية الذمي،

وحجتهم: أنهم كالعبيد المأذون لهم في التجارة فهم لا يملكون^(٣).

ونوقش: بأنها دعوى تحتاج إلى دليل.

المسألة الثانية: شروط وصية الذمي

يشترط لصحة وصية الذمي ما يلي:

١. ألا تكون محرم، فلو أوصى الذمي لمسلم بخمر أو خنزير لم يجز؛ لأنهم مثل المسلمين بمقتضى عقد الذمة.

٢. ألا يوصي بأكثر من الثلث، أو لوارث، فإن ذلك لا ينفذ إلا بالإجازة.

قال ابن بطال: "أراد البخاري بهذا الرد على من قال - كالحنفية -: يجوز الوصية

بالزيادة على الثلث لمن لا وارث له، قال: ولذلك احتج بقوله ﷺ: ﴿وَأَنْ أَحْكُمَ بَيْنَهُمْ بِمَا

أَنْزَلَ اللَّهُ﴾^(١) والذي حكم به النبي ﷺ من الثلث هو الحكم بما أنزل الله، فمن تجاوز ما

حدده فقد أتى ما نهي عنه".

وقال ابن المنير: "لم يُرد البخاري هذا، وإنما أراد الاستشهاد بالآية على أن الذمي إذا

(١) للمدونة، مرجع سابق، ٣٣٤/٤.

(٢) المغني، مصدر سابق، ٥١٠/٨.

(٣) المدونة، مرجع سابق، ١٢/٧.

(١) من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

تُحاكم إلينا ورثته لا ينفذ من وصيته إلا الثلث؛ لأننا لا نَحْكُم فيهم إلا بحكم الإسلام؛ لقوله ﷺ: ﴿وَأَنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ يَمَّا أَرْزَلَهُ اللَّهُ﴾ الآية^(١).

٣. ألا يوصي بما هو قرية عندهم خاصة.

إذا أوصى بوصايا، وكانت تدخل في باب القربات، فهي تنقسم إلى أربعة أقسام:
الأول: أن يوصي بما هو قرية في حقنا وحقهم، كما إذا أوصى أن يسرج في بيت المقدس، أو أوصى بثلث ماله أن يتصدق به على فقراء المسلمين، أو على فقراء أهل الدمة، ونحو ذلك، جاز بالاتفاق سواء كانت الوصية لقوم معينين أو لا؛ لأنه وصية بما هو قرية حقيقة، وفي معتقدهم أيضاً^(٢).

الثاني: أن يوصي بما لا يكون قرية لا في حقنا ولا في حقهم، كما إذا أوصى للنالحات والمغنيات، فإن هذا غير جائز اتفاقاً؛ لأن هذا معصية في حقنا وحقهم^(٣).
الثالث: أن يوصي بما هو قرية عند المسلمين، وليس بقرية عندهم، كما لو أوصى بالحبش، أو بأن يبني مسجد للمسلمين.

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: صحة الوصية:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٤).

وحجتهم: أن الموصى به قرية عند المسلمين، فتشمله أدلة مشروعية الوصية.

القول الثاني: بطلان هذه الوصية:

إلا أن تكون لقوم بأعيانهم، فتصح، وما ذكر من الجهة خرج على طريق المشورة حتى

(١) فتح الباري، مرجع سابق، ٣٥٧/٥.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨٧/١٠، المدونة ١٩/٦، التلخيص ٤٩/٢، المغني ١٥١٢/٨.

(٣) غصبها.

(٤) غصبها.

لا يلزم أن يصرف فيها.

وهو قول الخنفية^(١).

وحجتهم:

١. أنه معصية عندهم؛ فبطلت اعتباراً باعتقادهم.

٢. أنها تصح إذا كانت لأقوام بأعيانهم؛ لأنه على سبيل التملك لهم، ولأنهم

معلومون بحصى عددهم.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليلهم.

الرابع: أن يوصى بما هو قرية عندهم وليس قرية عند المسلمين، كما لو أوصى بكتب

التوراة والإنجيل وغيرها من الكتب السماوية المحرفة، أو بعمارة كنيسة، ولغو ذلك.

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن هذه الوصية لا تجوز.

وهو قول الجمهور^(٢).

وفي شرح الخرشي: "كذلك يبيع التوراة والإنجيل من أهل الكتاب؛ لأنهما مسوخان

مع أنهم بدلوهما وبغيرهما (قوله: يحرم على المالك) أي مسلماً أو كافراً؛ لأن الصحيح أن

الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، وعوقب إن لم يعذر بجهل، ومثل البيع الهبة والصدقة".

القول الثاني: صحة هذه الوصية:

وبه قال أبو حنيفة، وهو رواية عن الإمام مالك - في التوراة والإنجيل - وبه قال ابن

القاسم وأشهب من المالكية، ورواية عند الحنابلة^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٤٨٧/١٠، تبين لفظائ ٢٠٥/٦، حاشية ابن عابدين ٦٩٦/٦.

(٢) البحر الرائق ٥١٩/٨، روضة الطالبين ٩٨/٦، أسنى لمطالب ٣٠/٣، المغني ٥١٤/٨، كشف القناع ٣٦٤/٤.

المحلى ٣٧١/٨، أحكام الكتب ص ٣٣٠.

(٣) مواهب الجليل ٣٤٤/٤، حاشية الدسوقي ١٧/٣، البدع ٤٥/٦، الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٣٠/١٧.

وفي مواهب الجليل: "وروى ابن وهب عن مالك في المجموعة جواز وصية الكافر بها، وبه قال ابن القاسم وأشباه، فإن قلنا بأنها مال وجوزنا بيعها على أحد القولين، فالجواز وإلا فلا".
الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿قَوْلٌ لِلَّذِينَ يَكْتُمُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ ثُمَّ يَقُولُونَ هَذَا مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لِيَشْتَرُوا بِهِمْ قَسًا قَلِيلًا﴾^(١).

وجه الدلالة: أن الله تعالى ذكر تبديلهم وتغييرهم هذه الكتب، وعليه فلا يجوز الاستغال بها لما فيها من التحريف، والكذب^(٢).

٢. قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن في الوصية لهذه الأشياء إغانة على المعصية؛ إذ هو إغانة على الكفر بالله^(٤).

٣. أن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه والوصية له فلا يصح من الذمي^(٥).

٤. أنهم مخاطبون بفروع الشريعة.

أدلة القول الثاني:

استدل لهذا القول أن الذمي أوصى بما هو جائز له فعله في شرعه؛ لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون^(٦).

(١) من الآية ٧٩ من سورة البقرة.

(٢) ينظر: للفتي ٥١٤/٨، للبدع ٤٥/٦.

(٣) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٤) ينظر: البحر الرائق ١٥١٩/٨، أحكام أهل الذمة ٦٠٣/١.

(٥) أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ٦٠٥/١.

(٦) البداية شرح الهداية ٤٩٥/١٣، الإصناف ٣٣٠/١٧، أحكام الكتب ص ٣٣١.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنهم يقرون على ما يعتقدون وتغضي أحكامهم على ما يدعون إذا لم يتحاكموا إلى شرعنا، فإن تحاكموا إلى شرعنا وجب الحكم بما في شرعنا لقوله ﷺ: ﴿وَأَن آخِذَكُمْ بَيْنَهُم مِّمَّا أَوَّلَ اللَّهُ﴾^(١).

الترجيح:

ترجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، وضعف دليل القول الثاني بمناقشته.

المطلب الثالث: وصية الحرّي، والمستأمن، والمعاهد:

تصح وصية هؤلاء باتفاق الأئمة في الجملة؛

(١٦٣) لما روى البخاري ومسلم من طريق نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام، قال: (فأوف بندرك)^(٢).

فإذا صح منه إيجاب الاعتكاف، فكذا الوصية.

لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك، ولأنه يصح بيعه وهبته، فكذا وصيته.

فتصح لحرّي مثله، سواء أكان مستأمنًا أو غير مستأمن.

والحرّي: هو الذي بين المسلمين وبين قومه حرب، لا عهد بين المسلمين وبينهم.

والمعاهد: من بينه وبين المسلمين عهد.

والمستأمن: من دخل بلاد الإسلام بأمان.

قال ابن رشد: "وكذلك وصية الكافر تصح عندهم إذا لم يوص بمحرم"^(٣).

وقال الحنفية: إذا أوصى وهو في دار الحرب ثم أسلم أهلها، أو صاروا أهل ذمة صحت

وصيته، وتنفذ إذا كانت قائمة العين لم تستهلك، وإن استهلك لا يقضى بها^(٤).

(١) من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

(٢) حاشية العبادي، مرجع سابق، ٨١/٨.

(٣) صحيح البخاري في الاعتكاف، باب الاعتكاف ليلة (١٩٢٢)، ومسلم في الإيمان، باب نذر الكافر (١٦٥٦).

(٤) بداية المجتهد، مرجع سابق، ٢٧٢/٢.

(٥) انظر: البدائع، ٣٣٥/٧، الفواوي المحمدية، ١٣٢/٦.

جاء في الأصل: "فإذا أسلموا أو صاروا ذمة قدرنا على التنفيذ فننقلها ما دام الموصى به قائما، فأما إذا صار مستهلكا أبطلنا الوصية، وألحقناها بالعدم؛ لأن أهل الحرب إذا أسلموا، أو صاروا ذمة لا يؤاخذون بما استهلك بعضهم على بعض^(١)." وأطلق المالكية: القول بجواز وصية الكافر، ولم يفرقوا بين الحربي والذمي والمستأمن^(٢). وقال الشافعية: تصح وصيته إذا كان ماله في بلد الإسلام بأمان، ولا تصح إذا كان ماله في بلد الحرب، وبقي فيها^(٣)، لأنه يتعذر تنفيذها. وعند أبي حنيفة: تصح وصيته لغير مسلم، ولو بمحرم، خلافاً لجمهور أهل العلم، فلا تصح وصيته بمحرم.

وتصح لمسلم ما لم يوص بما يحرم الانتفاع به كالحمر.

وحجته: أن المحرم لا يجوز للمسلم^(٤).

وإذا أوصى حال وجوده في بلاد الإسلام، فإن وصيته يتبع بها ما هو معلوم به عندهم.

فرع

(١٦٤) ما رواه أبو داود من طريق حسان بن عطية، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن العاص بن وائل أوصى أن يعتق عنه مائة رقبة، فأعتق ابنه هشام خمسين رقبة، فأراد ابنه عمرو أن يعتق عنه الخمسين الباقية، فقال: حتى أسأل رسول الله ﷺ، فأتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله إن أبي أوصى يعتق مائة رقبة، وإن هشاماً أعتق عنه خمسين وبقيت عليه خمسون رقبة، أفأعتق عنه؟ فقال رسول الله ﷺ: (إنه لو كان مسلماً فأعتقتم عنه، أو تصدقتم عنه، أو حججتم

(١) بدائع الصنائع، مجلد سابق، ٣٣٧/٧.

(٢) انظر الزرقاني، ١٧٥/٦، مواهب الحليل على خليل، ٣٦٥/٦.

(٣) نهاية المحتاج وحواشيه، مرجع سابق، ٤٠/٦.

(٤) انظر: المصادر السابقة.

عنه يلغه ذلك^(١).

وهذا ظاهر في عدم صحة وصية الحر في دار الحرب؛ لأنها لو كانت صحيحة لأمره بتنفيذها حين استأذنه في ذلك، كما أذن لسعد بن عبادة رضي الله عنه في الصدقة عن أمه والعنق عنها، ولما أشار عليه ضمنا بعدم تنفيذها حين قال له: لو كان مسلماً فأعتقتم عنه، أو تصدقتم عنه، أو حججتم عنه ببلغه ذلك.

ويؤيد هذا: أن الحكمة من مشروعية الوصية الزيادة في العمل، والكفار لا عمل لهم، ولا يقبل منهم ما عملوه.

لكن قال الشوكاني: ليس في هذا الحديث دليل على عدم صحة وصية الكافر؛ إذ لا ملازمة بين عدم قبول ما أوصى به من القرب، وبين عدم صحة الوصية مطلقاً، ولكن فيه دليل على عدم وجوب تنفيذها^(٢)، فالإسلام على هذا شرط نفاذ لا شرط صحة.

(١) سنن أبي داود (٢٨٨٥)، والبيهقي ٦/٢٧٩، ورواه تخرجه برقم (٢٩٠).

(٢) نيل الأوطار، مرجع سابق، ٤٣/٦.

المبحث الثامن

الشروط الثامن: انتفاء قصد الإضرار بالوصية من الموصي

اختلف العلماء رحمهم الله في اعتبار انتفاء قصد الإضرار من الموصي على قولين:

القول الأول: أنه يشترط انتفاء قصد الإضرار:

فإن قصد الموصي الإضرار بالورثة، وصرف المال عنهم بعضاً لم لم تنفذ وصيته.

وبه قال بعض المالكية، ونصره الشوكاني^(١).

قال: "وفيه وعبد شديد وزجر بليغ وتهديد؛ لأن مجرد المضارة في الوصية إذا كانت من موجبات النار بعد العيادة الطويلة في السنين المتعددة، فلا شك أنها من أشد الذنوب التي لا يقع في مضيقها إلا من سبق له الشقاوة، وقراءة أبي هريرة للآية لتأييد معنى الحديث وتقويته؛ لأن الله ﷻ قد قيد ما شرعه من الوصية بعدم الضرر، فتكون الوصية المشتملة على الضرر مخالفة لما شرعه الله تعالى، وما كان كذلك فهو معصية.

وقد تقدم قريباً عن ابن عباس مرفوعاً وموقوفاً بإسناد صحيح أن وصية الضرر من الكبائر^(٢)، وذلك مما يؤيد معنى الحديث، فما أحق وصية الضرر بالإبطال من غير فرق بين الثلث وبين ما دونه وما فوقه، وقد جمعت في ذلك رسالة مشتملة على فوائد لا يستغنى عنها".

القول الثاني: أنه لا يشترط قصد الإضرار بالورثة متى كانت الوصية بالثلث فأقل:

وهو ظاهر قول أكثر الفقهاء^(٣).

وفي المعيار المعرب: "ووجه للمضارة كثيرة لا تنحصر، وكلها ممنوعة، يقر بحق وليس عليه حق، ويوصي بأكثر من ثلثه، أو لوارثه، أو بالثلث قرأاً عن وارث محتاج، وغير ذلك.

(١) المعيار المعرب ٣٦٨/٩، الذخيرة ٣٨٨/٦، نيل الأوطار ٣٧/٦.

(٢) تقدم تخرجه برقم (١٠).

(٣) المحرر الوجيز ٤٤/٤، الجامع لأحكام القرآن ٥٤/٥، المعيار ٣٦٧/٩، الوصايا والتنزيل ص ٣٤٦.

ومشهور مذهب مالك، وابن القاسم: أن الموصي لا يعد فعله مضارة ما دام في الثلث.

وفي المذهب قول: أن المضارة ترد، وإن كانت في الثلث إذا علمت بإقرار أو قرينة.

الأدلة:

أدلة القول الأول: (شرط انتفاء قصد الإضرار).

١. ما تقدم من الأدلة تحريم الإضرار بالوصية^(١).

٢. قال ابن عبد البر: "وذكر حماد بن سلمة أيضًا عن حميد الطويل أن لحامة

بن عبد الله كتب إلى جابر يسأله عن رجل أوصى بثلثه في غير قرابته، فكتب

جابر "أن أمضه كما قال، وإن أمر بثلثه أن يلقى في البحر"، قال حميد وقال

محمد بن سيرين: أما في البحر فلا ولكن بمضى"^(٢).

٣. أن الحكمة من مشروعية الوصية التقرب إلى الله ﷻ، ونحو ذلك^(٣)، كما تقدم

بيانه في الباب التمهيدي، وقصد الإضرار يتأني هذه الحكمة.

دليل القول الثاني: (أنه ليس شرطًا):

استدل لهذا الرأي:

بأن الإضرار الممنوع في الوصية هو ما منعه الشارع، مثل الوصية للمواريث والوصية

بأكثر من الثلث، والإقرار بالدين كذلك، ونحو ذلك، وأما الوصية بالثلث فهي حق

للموصي وإن قصد بذلك مضارة الورثة وصرف المال إلى غيرهم بغضا فيهم.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يمنع انحصار الإضرار بالوصية لمواريث أو بأكثر من

الثلث، كما لو أوصى بأن يحرق الثوب، أو تحطم الدار أو يلقى في البحر^(٤).

(١) ينظر: الباب الأول.

(٢) التمهيد، مرجع سابق، ٣٠٢/٤.

(٣) دليل الأوطار، مرجع سابق، ٣٧/٦.

(٤) التمهيد ٣٠٩/١٤، الدخوة ٣٨/٧.

فرع:

قال المحمدي: إذا أوصى بما يضر من غير منفعة له كثوب أن يحرق، أو دار تخدم، أو تخلى بغير سكنى بطلت؛ لقوله ﷺ: ﴿غَيْرُ مُضْكَارٍ﴾^(١)، ولنهيه ﷺ عن إضاعة المال. (١٦٦) فقد روى البخاري ومسلم من طريق الشعبي حدثني كاتب المغيرة ابن شعبة، قال: كتب معاوية إلى المغيرة بن شعبة: أن اكتب إلي بشيء سمعته من النبي ﷺ، فكتب إليه: سمعت النبي ﷺ يقول: "إن الله كره لكم ثلاثاً: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال"^(٢).

(١) من الآية ١٤ من سورة النساء.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الزكاة، باب (لا يسألون الناس إعطائاً) (١٤٧٧)، ومسلم، كتاب الأضحية، باب (النهى عن كثرة المسائل) (٤٥٨٠).

المبحث التاسع

الشرط التاسع : اشتراط ذكورة الموصي ، وصحته ، وكونه وارثاً للموصى له

لا يشترط في الموصي أن يكون ذكراً، أو أنثى، ولا أن يكون صحيحاً، ولا غير وارث للموصى له.

فتصح الوصية من المرأة في مالها بما تصح به وصية الرجل سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، متزوجة أم لا، ولا كلام لولي المرأة ولا لزوجها، كما تصح وصية المسافر، والأسير، والمريض بإجماع الفقهاء.

قال ابن حزم: "ووصية المرأة البكر ذات الأب وذات الزوج البالغة، والتيب ذات الزوج جائزة، كوصية الرجل أحب الأب أو الزوج أو كرهاً، ولا معنى لإدخما في ذلك؛ لأن أمر الله تعالى بالوصية جاء عامًا للمؤمنين، وهو لفظ يعم الرجال والنساء، ولم يخص ﷺ فيه أحداً من أحد، وما كان ربك نسياً، وما تعلم في ذلك خلافاً من أحد، وبالله تعالى التوفيق".

وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والأثر:

١. قال ﷺ: ﴿وإن كانت رجل يورث كَلَنَةً أو امرأة وَلَهُ أَخٌ أو أُخْتُ فَلِكُلِّهِمْ جِزٍ مِنْهُمَا أَلَدُسٌ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصَّى بِهَا أَوْ ذَيْنِ﴾^(١)، فهذا نص صريح في صحة وصية المرأة ونفاذها، وهو عام في الزوجة وغيرها، وقال ﷺ في وصية الزوجات: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ وَمَا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِي يُوَصَّى بِهَا أَوْ ذَيْنِ﴾^(٢).

٢. أن أمر الله تعالى بالوصية جاء عامًا للمؤمنين، وهو لفظ يعم الرجال والنساء، ولم

(١) من الآية ١٢ من سورة النساء .

(٢) من الآية ١٣ من سورة النساء .

- يخص فيه أحدًا من أحد ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾^(١).
٣. أن أدلة الوصية جاء الخطاب فيها بصيغة التذكير: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ﴾^(٢)، ﴿شَهِدُوا بَيْنَكُمْ﴾^(٣)، وفي شمولها للإناث بطريق القياس أو النص خلاف بين الأصوليين.
٤. وقال ﷺ في وصية الكافر: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ حَضَرْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾^(٤).
٥. حديث ابن عمر ﷺ: "ما حق امرئ مسلم"^(٥) بصيغة التذكير -أيضًا-، وتدخل الإناث في خطاب التذكير.
٦. قال البخاري: وقال عمر بن عبدالعزيز: (أجز وصية الأسير، وعناقه، وما صنع في ماله، ما لم يتغير عن تربيته، فإنما هو ماله يصنع فيه ما يشاء)^(٦).

(١) من الآية ٦٤ من سورة مريم.

(٢) من الآية ٢٨٠ من سورة الشورى.

(٣) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٤) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٥) تقدم ترجمته برقم (٩).

(٦) رواه البخاري معلقًا، مع الفتح ٤٩/١٢.

المبحث العاشر

الشرط العاشر: استقرار حياة الموصي

تحرير محل النزاع:

أولاً: إذا قاربت روح الإنسان بلوغ الحلقوم لم تصح وصيته بالاتفاق.
قال النووي: "ومعنى (بلغت الحلقوم): بلغت الروح، والمراد قاربت بلوغ الحلقوم؛ إذ لو بلغت حقيقة لم تصح وصيته ولا صدقته ولا شيء من تصرفاته باتفاق الفقهاء"^(١).
ثانياً: المبروح الذي لم تنفذ مقاتله، والمرضى الميؤوس من حياته، فلا خلاف بين العلماء في صحة وصاياهم ما دام أن الموصي تام التمييز والإدراك عند الوصية؛ ودليل ذلك قوله ﷺ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا أَحْصَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ أَنْ تَرَكَ خَيْرَ الْوَصِيَّةِ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢).

لكن إذا كان الموصي منغود المقاتل كلها أو بعضها.

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه شرط صحة:

وأن وصية منغود المقاتل صحيحة إذا كان تام الوعي والإدراك.

وحجته:

(١٩٧) ١. ما رواه البخاري من طريق عمرو بن ميمون، قال: رأيت عمر بن الخطاب رضي الله عنه قبل أن يضرب بأهام بالمدينة، وقف على حذيفة بن اليمان، وعثمان بن حنيف ... قال: إني لقائم ما بيني وبينه، إلا عبد الله بن عباس غداة أصيب، وكان إذا مر بين الصفيين، قال: استويوا ... فما هو إلا أن كبر قسمته يقول: قتلي - أو أكلني - الكلب، حين طعنه، فطار العليج بسكين ذات طرفين، لا يمر

(١) شرح النووي على مسلم، مرجع سابق، ١٢٣/٧

(٢) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

على أحد يمينًا ولا شمالًا إلا طعنه، حتى طعن ثلاثة عشر رجلًا... وكان الناس لم
تصيبهم مضية قبل يومئذ، فقال يقول: لا بأس، وقال يقول: أخاف عليه، فاني
بنييد فشره، فخرج من جوفه، ثم أتي بلبن فشره فخرج من جرحه، فعلموا أنه
ميت، فدخلنا عليه... وجاءت أم المؤمنين حفصة والنساء تسير معها، فلما رأيناها
قمناء فوجئت عليه، فيكت عنده ساعة، واستأذن الرجال، فوجئت فدخلنا لهم،
فسمعنا بكاءها من الداخل، فقالوا: أوص يا أمير المؤمنين استخلف، قال: ما أحد
أحدًا أحق بهذا الأمر من هؤلاء النفر، أو الرهط، الذين توفي رسول الله ﷺ وهو
عندهم راض، فسمى عليًا، وعثمان، والزبير، وطلحة، وسعدًا، وعبد الرحمن، وقال:
يشهدكم عبدالله بن عمر، وليس له من الأمر شيء - كهيئة التعزية له - فإن
أصابته الإمرة سعدا فهو ذاك، وإلا فليستعن به أيكم ما أمر، فباني لم أعزله عن
عجرا، ولا حيانة، وقال: أوصي الخليفة من بعدي، بالمهاجرين الأولين، أن يعرف
لهم حقهم، ويحفظ لهم حرمتهم، وأوصيه بالأنصار خيرًا ﷺ وَالَّذِينَ تَبَوَّءُوا الدَّارَ
وَالْإِيمَانَ مِنْ قَبْلِهِمْ ﷺ أن يقبل من محسنهم، وأن يعفى عن مسيئتهم، وأوصيه بأهل
الأنصار خيرًا، فأنهم ردة الإسلام، وجباة المال، وغيظ العدو، وأن لا يؤخذ منهم إلا
فضلهم عن رضاهم. وأوصيه بالأعراب خيرًا، فأنهم أصل العرب، ومادة الإسلام، أن
يؤخذ من حواشي أموالهم، ويرد على فقرائهم، وأوصيه بلذمة الله، وذمة رسوله ﷺ أن
يؤتى لهم بعهدهم، وأن يقاتل من ورائهم، ولا يكلفوا إلا طاعتهم، فلما قبض خرجنا
به (١).

فاجماع الصحابة على صحة وصية عمر ﷺ بعد ما طعنه أبو لؤلؤة، وأنقل مقاتله،
٢. وضرب الخارجي عليًا على رأسه، وأيس من حياته، وأوصى (١).

(١) صحيح البخاري في فضائل الصحابة، باب قصة البيعة (٣٧٠٠).

(٢) تقدم ترجمته برقم (١٠١).

٣. أنه من الأحياء، تجري عليه أحكام الحياة: يرث ويورث، ويوصى له ويوصي، ويقتض ممن أجهز عليه، إلى غير ذلك.

القول الثاني: أنه لا تصح وصيته:

وحجته: أنه من الأموات، لا يرث، ولا يوصي، ولا يوصى له، ولا يقتض ممن أجهز عليه^(١)

والمقاتل المتفق عليها هي:

١. انتشار الدماغ وانتشاره.
 ٢. قطع الودجين، وهما عرقان في صفحة العنق.
 ٣. انتشار الحشوة.
 ٤. انقطاع النخاع، وهو للمخ الذي في عظام الرقبة والصلب.
 ٥. خرق أعلى المصراع في مجرى الطعام والشراب.
- واختلف في اندقاق العنق من غير أن يقطع النخاع، وفي انشقاق الأوداج من غير قطع^(٢)

والأقرب:

أنه يرجع إلى مثل هذه المسائل إلى اختلاف الزمان والمكان؛ لترقي الطب في وقتنا الحاضر.

(١) أوضح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ٢٣٧، الزرقاني ٨/٨.

(٢) القوانين الفقهية ص ١٥٩، والوصايا والتزليل ١٥٦/١.

الفصل الثاني

شروط الموصى له

المراد به : المستفيد من التبوع سواء كان إنساناً ، أو

حيواناً ، أو جهة

وفيه مباحث :

المبحث الأول: الشرط الأول: أن يكون الموصى له موجوداً.

المبحث الثاني: الشرط الثاني: أن يكون الموصى له معيناً.

المبحث الثالث: الشرط الثالث: أن يكون الموصى له ممن يحصى.

المبحث الرابع: الشرط الرابع: أن يكون الموصى له حراً.

المبحث الخامس: الشرط الخامس: أن يكون الموصى له

متحقق الحياة.

المبحث السادس: الشرط السادس: أن يكون الموصى له

أهلاً للملك.

المبحث السابع: الشرط السابع: أن يكون الموصى له مسلماً.
المبحث الثامن: الشرط الثامن: أن يكون الموصى له غير
قاتل للموصي.
المبحث التاسع: الشرط التاسع: أن يكون الموصى له غير
وارث للموصي.
المبحث العاشر: الشرط العاشر: أن يكون الموصى له قريباً
للموصي.
المبحث الحادي عشر: الشرط الحادي عشر: أن يكون
الموصى له محتاجاً غير غني.
المبحث الثاني عشر: الشرط الثاني عشر: أن يكون الموصى
له غير صديق ملاطف.
المبحث الثالث عشر: الشرط الثالث عشر: أن يكون
الموصى له غير والٍ ولا حاكم على الموصي.

الفصل الثاني

شروط الوصية له

المراد به : المستفيد من التبرع سواء كان إنساناً، أو حيواناً، أو جهة

وفيه مباحث:

المبحث الأول

الشرط الأول: أن يكون موجوداً

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوصية للمعدوم استقلالاً:

مثل أن يوصي لمن يولد لفلان، أو لأحفاده.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في حكم الوصية للمعدوم على رأيين:

الرأي الأول: صحة الوصية للمعدوم:

وهذا مذهب المالكية^(١).

وهو قول عند الشافعية^(٢)، وقول عند الحنابلة^(٣)، أخذ به شيخ الإسلام.

الرأي الثاني: عدم صحة الوصية للمعدوم:

وبهذا قال الحنفية^(٤).

وهو الأصح عند الشافعية^(٥)، وهو للمذهب عند الحنابلة^(٦).

(١) الدعوى ١٣/٧ - ٢٦، شرح الخرشي ١٦٨/٨.

(٢) روضة الطالبين ٩٦/٥، مغني المحتاج ٤٠/٣.

(٣) المبدع ٤١٥/٦، الإنصاف ٢٣١/٧، الإقناع ٥٦/٣.

(٤) بدائع الصنائع، مرجع سابق ٣٣٥/٧.

(٥) روضة الطالبين ٩٦/٥، مغني المحتاج ٤٠/٣.

(٦) تلخيص ٤٥٨/٨، الإنصاف ٢٣٠/٧.

الأدلة:

أدلة القول الأول: (الصحة):

١. عموم أدلة الوصية^(١) وهي تشمل الوصية للمعدوم.
 ٢. أن الوصية كالوقف، والوقف يصح للمعدوم، كالوقف على من سيولد من آل فلان^(٢).
 - ونوقش: بأن الوقف يراد للدوام فمن ضرورته إثباته للمعدوم.
 - وبجواب: بأن الوصية لا يمنع أن يقصد منها الدوام -أيضاً-، وإلحاقها بالوقف أول من إلحاقها بالميراث بجامع التبرع في كلي.
 ٣. أن الوصية تصح بالمعدوم، وبالمجهول، فصحت للمعدوم.
 - ونوقش: بأن الوصية صحت بالمعدوم والمجهول؛ لأن الغرر في الموصى به لا يظلمها لكونه يتسامح فيه.
 ٤. قد تكون رغبة الموصي في المعدوم أكبر كما لو كان يخشى من سفه ابنه أن يضع، فيوصي لأولاد ابنه وإن لم يوجدوا.
 ٥. قد يكون المعدوم أكثر حاجة من الموجود، وأولى أن يدخر له المال.
 ٦. أنه ليس فيه إضرار بالورثة؛ إذ حقهم في ثلثي التركة^(٣).
 ٧. أن الوصية عمل معروف، والأصل في المعروف أن يكثر منه.
- أدلة القول الثاني: (عدم الصحة):
١. أن الوصية تمليك فلا تصح للمعدوم^(٤).

(١) تقدمت في التمهيد.

(٢) المغني، مرجع سابق، ٤٥٨/٨.

(٣) الفحوة ١٣/٧، شرح الخرشي ١٦٨/٨.

(٤) المغني ٤٥٨/٨، روضة الطالبين ٩٦/٥.

ويناقش من وجهين:

الأول: بأنه استدلال بمحل النزاع.

الثاني: أن التملك في الوصية متراخ وليس في الحال، بدليل صحتها للحمل مع أن حياته غير متحققة.

الثالث: أن الموصى له وإن كان معدوما وقت الوصية إلا أن تملكه الموصى به معلق على وجوده فصحت الوصية له، كما صح تعليق الموصى التبرع بالموت.

٢. أن الوصية أجريت مجرى الميراث، والميراث لا يثبت إلا لمن كان موجوداً حال موت المورث، فكذلك الوصية^(١).

ويناقش بالفرق بين الميراث وبين الوصية من وجوه:

الوجه الأول: أن الميراث جبري، والوصية ملك اختياري.

الوجه الثاني: أن الميراث حق للورثة ليس لأحد إسقاطه، فليس هو من باب التبرعات، بخلاف الوصية فهي من باب التبرعات، والتبرعات يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها.

الوجه الثالث: أن الميراث لو دخل فيه من سيحدث من الورثة لم يكن لذلك غاية ونهاية، بخلاف الوصية فإن الموصي يعين من سيحدث ممن سيوصي له.

٣. أنه لا متعلق للعقد في الحال، فأشبه الوقف على من سيولد له.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأصل المقيس عليه موضع خلاف بين أهل العلم.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صحة وصية المعدوم؛ لعدم الغرر؛ إذ إن الموصى له إما غائم أو غارم، ولا يترتب على ذلك ما يترتب على الغرر في عقود المعاوضات من العداوة والتشاحن؛ إذ المراد منها الكسب والربح.

(١) المعنى، مصدر سابق، ٤٥٨/٨.

المطلب الثاني: الوصية للمعدوم تبعًا:

تصح الوصية للمعدوم تبعًا باتفاق الأئمة.

مثل: أن يوصي لزيد ومن يولد له، أو يوصي لأولاده وأولادهم.

لقاعدة: يثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالاً^(١).

المطلب الثالث: من تشمله الوصية إذا كانت لمعدوم.

هذا يختلف باختلاف لفظ الموصي، وصيغة الوصية.

وتحت هذا أقسام:

القسم الأول: أن تكون بلفظ مشعر بقصرها على الأول، كأن يوصي لأول ولد

يكون لزيد، فإن الوصية تختص بالأول ولا يشاركه فيه غيره مما يولد بعد عملاً بشرط الموصي^(٢).

فإن ولدت توأمين فهي لأولهما خروجًا عملاً بلفظ الوصية، وإن جهل السابق منهما، فهي بينهما قياسًا على من أعتق أول مولود تلده جاريته فولدت توأمين.

ويحتمل أن يقرع بينهما.

وإذا ولد الأول ميتًا، فاختلف العلماء على ثلاثة أقوال للمالكية.

القول الأول: أنه ينتظر إلى القرائن:

فإن كان هناك قرينة على إرادة الموصي للأول فلا شيء للثاني، وإن كانت هناك قرينة

بانتظار الثاني استحق الوصية.

القول الثاني: أن الوصية تبطل قياسًا على من أوصى لحمل معين:

فإن الوصية تبطل بموته ولا تكون لمن بعده.

(١) حاشية الدسوقي ٤/٩٠، فتح المعين ٣/٢٣٩، منار السبيل ٢/٩.

(٢) سيأتي ما يتعلق بالوصية لأولاده إذا لم يكن له وارث غيره.

القول الثالث: أنها صحيحة:

وتكون للثاني إن ولد حيًا اعتبارًا بقصد الموصي^(١).

الأقرب:

هو القول الأول؛ لما فيه من الجمع بين الأقوال، ومراعاة مقصود الموصي.

سبب الخلاف: هل العبرة بالقصد، أو باللفظ في الوصايا؟.

القسم الثاني: أن يكون لفظ الموصي مشعرًا بإرادة الثاني، وهكذا، كأن يقول: لمن

يولد لفلان، فإنه يدخل في ذلك الحمل الثابت حين الوصية ومن يولد في المستقبل؛

بدليل: الوقوف مع لفظ الموصي فإن "من" الموصولة للعموم؛ ولأن عموم الأشخاص

يستلزم عموم الأزمان.

ولا يدخل في الوصية من كان مولودًا قبلها، عملاً بمفهوم المخالفة، فإنه يقتضي عدم

دخولهم.

القسم الثالث: أن تكون بلفظ من سيوجد، فتشمل كل مولود مستقبل، ولا يدخل

الحمل الموجود، وقولًا مع لفظ "سيوجد" فإنه مضارع مقرون بحرف التنقيص وهو

للمستقبل دون الحال، إلا أن تكون هناك قرينة أو قصد الموصي دخوله فإنه يدخل^(٢).

القسم الرابع: أن تكون بلفظ "ولد فلان" فله أحوال:

الحال الأول: أن يكون لفلان وقت الوصية ولد، أو حمل^(٣)

فللعلماء أقوال:

القول الأول: أنه يختص بالموجود:

وحجته: أنه الإضافة في قوله ولد فلان للعهد، والمعهود هو الحمل الثابت والولد

الموجود.

(١) ينظر: النوازل الصغرى ٤٠٧/٤، الذخيرة ٢٤/٧، حاشية الرهوني ٢٣٣/٨، شرح الزرقاني ١٧٦/٨، الوصايا

والتنزيل ١٨٥/١.

(٢) شرح البهجة، مرجع سابق، ٢٨٥/٢.

(٣) إن كانت الوصية بوقف، فقد بحثت هذه المسألة في كتابي أحكام الوقف، إذا وقف على أولاده.

القول الثاني: أنه تشمل الموجود ومن يوجد^(١):

وحجته: أن الإضافة في قوله "ولد فلان" للعموم، تشمل الموجود والمتنظر.

القول الثالث: أن الوصية تكون لمن كان موجوداً يوم وفاة الموصي ولو ولد بعد الوصية:

وحجته: أنه يشترط وجود الموصى له غير المعين يوم وفاة الموصي لا يوم الوصية.

والراجع:

أن يقال: إنه يشمل الموجود، ومن سيوجد، ولأن المفرد المضاف للمعرفة للعموم حتى يتحقق عهد، ولأن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأزمان^(٢).

الحال الثانية: ألا يكون له ولد ولا حمل حين الوصية، فلا يخلو من أمور:

الأمر الأول: أن يكون الموصي عالماً بعدم الولد والحمل، كما لو أوصى لولد بنته وهي حبيبة، فهذا ينبغي على حكم الوصية للمعدوم استقلالاً، وقد تقدم الخلاف فيه، وأنها صحيحة، ويدخل في ذلك كل من يولد مستقبلاً للموصي لولده؛ لعموم لفظ الولد؛ ولأنه لما علم عدم الولد كان ذلك قرينة على قصد تقع الذرية جميعاً.

الأمر الثاني: أن يظن وجود الموصى له: كأن يوصي لابن بنته ويظن أن لها ولداً، فلا تصح الوصية، كما لو أوصى لشخص يظنه حياً فإذا هو ميت ما لم تكن قرينة على خلاف ذلك.

الأمر الثالث: أن يجهل الحال ولم يعلم هل كان الموصي يعلم عدم الموصى له أو يظن وجوده، ففي مثل هذه الحال يرجع للقرائن، فإن دلت القرينة أنه يعلم عدم الولد فتصح، وإن دلت على أنه يظن وجوده ولم يوجد فتبطل.

الحال الثالثة: أن يوصى لأولاد فلان بأسمائهم، أو بالإشارة إليهم فيختصون بها^(٣).

(١) المصنف السابقة.

(٢) سيأتي ما يتعلق بالوصية لأولاده إذا لم يكن له وارث غيره.

(٣) حاشية الرهوي ٢٣٣/٥، مواهب الجليل ٣٦٦/٦.

المطلب الرابع: الغلة قبل وجود الموصى له:

بالنسبة للغلة قبل وجود أي واحد من الموصى لهم في الوصايا التي تعم الموجود فللورثة الأمر الأول: بالنسبة للغلة بعد وجود أول موصى له من الموصى لهم، فإن فيها للمالكية قولين^(١):

القول الأول: أنها توقف كلها حتى يحضر الموصى لهم، فتقسم عليهم؛
القول الثاني: أنها لا توقف:

وتسلم لأول مستحق لها، يأخذها وحده، فإذا ولد آخر شاركه في الغلة المستقبلية، وهكذا كلما ولد ولد جديد يدخل في الغلة المستقبلية إلى أن يحصل اليأس من ولادة غيره فتقسم الرقبة بينهم، وهذا هو الراجح في المذهب المالكي.
وفي حالة احتياج الموصى به إلى الإصلاح فيصلح من غلته، ويقدم الإصلاح على الموصى لهم^(٢):

وقد اختلف متأخرو المالكية في مسائل ذات صلة بغلة الموصى به الموجود، وهي:

١. إذا وجد أحد الموصى لهم عند موت الموصى أو بعده، ثم مات ولم يولد غيره، فذهب جماعة بعودة الغلة إلى ورثة الموصي، كما كانت لهم قبل وجود أي واحد من الموصى لهم بناء على الراجح والمعمول به من أن الغلة للورثة قبل وجود الموصى له، لا فرق بين الغد السابقي والغد اللاحق.
٢. وذهب آخرون: إلى أن الغلة تكون لورثة الموصى له الميت، وتورث عنه، ولا تعود لورثة الموصي؛ لكون الوصية صارت نهائية بعد وجود بعض الموصى لهم^(٣).

(١) التوازل الصغرى، مرجع سابق، ٤/٢٤٤-٤٨٩.

(٢) غسه.

(٣) ينظر: التوازل الصغرى، ٤/٤٨٨، أحكام الوصايا للدكتور فراج ص ١١٣، الوصايا والتنزيل، ١/١٩٢.

حجة القول الأول:

١. أن هذه الوصية لها حكم الحبس قبل انحصار الموصى لهم، والخمس عليه ينقطع حقه في الحبس بموته، ولا يورث عنه.

٢. أن الملك للورثة قبل الانحصار، فتكون الغلة لهم إذا لم يوجد مصرف.

وحجة القول الثاني: أن الغلة للموصى له بعد وجوده حيًا بعد موت الموصي، ومن مات عن حق انتقل لورثته^(١).

الأمر الثاني: إذا مات بعض الموصى لهم، وبقي بعضهم حيًا؛ فللعلماء قولان:

القول الأول: أن الغلة تكون للحي.

وهو المشهور عن المالكية؛ لانقطاع حق الميت بموته.

القول الثاني: أن الغلة تكون لورثة الميت؛ لأنها حق يورث عنه.

الأمر الثالث: إذا شرط الموصي وقف الغلة حتى ينحصر للموصى لهم فللعلماء قولان في صحة الشرط:

القول الأول: صحة الشرط، ووقف الغلة إلى وقت اليأس؛ وحجته:

١. قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١).

(١٦٨/٢). وقال البخاري: وقال النبي ﷺ: (المسلمون عند شروطهم)^(٢).

٣. أن ألفاظ الموصي، كألفاظ الشارع في وجوب التقيد بها.

(١) المعيار للعرب ٣٦٣/٤، التوازل الصغرى ٤٤٥/٤؛ الوصايا والتزويل ١٦٢/١.

(٢) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجرة التمسير.

القول الثاني: بطلان الشرط، وتقسيم وتعطى الغلة للموجود من الموصى لهم:

فإن لم يوجد أحد فتعطى لورثة الموصى.

وبه قال بعض المالكية^(١).

والراجع:

عبر القول الأول؛ لقوة دليله.

الأمر الرابع: وقت استحقاق الموصى له الغلة إذا كانت غرة.

للعلماء ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه يستحقها بالتلقيح.

القول الثاني: أنه يستحقها يبدو الصلاح وطيب الأكل.

القول الثالث: أنه لا يستحقها إلا بالقسم^(٢).

وسياتي بيان حكم هذه المسألة مع أدلتها في مبحث نماء الموصى به.

المطلب الخامس: التصرف في الموصى به قبل اليأس

ذهب القائلون بصحة الوصية للمعدوم المنتظر وجوده، وحده أو مع غيره أنه يجب وقف العقار للموصى به، ومنع التصرف فيه من طرف الموصى لهم بأي وجه من وجوه التصرفات الناقلة له حتى يحصل اليأس من وجود غيرهم؛ لأن هذه الوصية بمنزلة الحبس لتعلق حق الغائب بها؛ ولأنه لا يدري لمن تكون في نهاية الأمر، فقد يموت للموجود، ويولد للمعدوم إلا أن يتخرب، فيجوز بيعه، كما يباع الحبس إذا لم يوجد ما يصلح به، ويستبدل بثمنه ما هو أحسن منه^(٣).
واختلف إذا كان للموصى به ثقلًا، فقيل: يشتري به أصل لتبقى عينه ويتفع للموصى لهم بقلته.
وقيل: يتجر به للموصى لهم ليستفيدوا من ربحه.

(١) للمصادر السابقة.

(٢) ينظر: باب الموصى به، نماء الموصى به.

(٣) النوازل الصغرى، مرجع سابق، ٤/١٧٨-٤٨٥، ٥٦٥.

وقيل: يوقف بيد الناظر، ولا يشتري به؛ لأن الغائب لا يشتري له.
وقيل: إن كان كثيرًا يكفي لشراء أصل أو بعضه اشتري به، وإن كان قليلًا لا يكفي
لذلك اتجر به، ولا يوقف.

كما أنه إذا بيع العقار الموصى به لتصفيق الشريك عليه، فإنه يجري في ثمنه الخلاف
المذكور^(١)، وكذلك اختلف في العرض الموصى به.

ف قيل: يباع ويشترى به أصل.

وقيل: يتجر به -أيضًا-^(٢).

وفي حالة الاتجار به، فإنه يتجر به لأول مولود، فإذا وجد غيره شاركه في ذلك على
نحو ما مر في الغلة، ومن بلغ من الموصى لم يتجر لنفسه.

المطلب السادس: قسمة الموصى به، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: وقت القسمة:

بالاتفاق على أنه لا قسمة قبل انحصار الموصى لهم وحصول اليأس من وجود غيرهم،
ويتحقق ذلك:

أ- إما بموت الموصى لولده رجلًا كان أو امرأة، فالوصية تقسم بين الموصى لهم
لحصول اليأس من ولادة غيرهم بموت الموصى لولده.

ب- وإما بحصول اليأس من إنجاب الموصى لولده رجلًا أو امرأة بسبب من الأسباب،
مثل استئصال رحم الموصى لولدها، أو بلوغها لسن اليأس، أو حب -قطع
ذكره- الموصى لولده حبًا لا يولد مثله معه، ويكفي في ثبوت ذلك شهادة عدل،
أو امرأتين من أهل الخبرة والمعرفة بذلك^(٣).

(١) انظر: المعيار ٣٦١/٩، التوازل الصغرى ١٨٦/٤، ٤٨٨، الوصايا ١٩٥/١.

(٢) البهجة ٢٨٨/٢، التوازل الصغرى ١٨٦/٤، ٤٨٥.

(٣) انظر: التوازل الصغرى ٤٨٨/٤.

المسألة الثانية: من تقسم عليهم؟

بالنسبة لمن تقسم عليهم اختلف العلماء على قولين:

القول الأول: أنه إذا لم يوجد إلا واحد من الموصي لهم وعاش إلى حين اليأس من وجود غيره فإنه يأخذ الوصية وحده، سواء كانت الوصية بصيغة الإفراد كولد فلان، أو بصيغة الجمع كأولاد فلان، أو بصيغة محتملة كمن يولد لفلان. وهو قول المالكية^(١)

وحجته: انفراده، وعدم من يرآه.

القول الثاني: اختصاص الواحد بالوصية إذا كانت بصيغة المفرد، أو صيغة محتملة، وأما إذا كانت بصيغة الجمع، فليس للموصي له إذا كان واحداً إلا نصف الوصية. وهو قول الحنفية.

وحجته: وقفاً مع لفظ الموصي، ولأنه أوصى لجمع ولم يوص لواحد، وبناءً على أن أقل الجمع اثنان، والنصف الآخر للورثة عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد: "النصف الآخر لابن الابن، حملاً للفظ الولد على حقيقته ومجازاً". وسبب الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه: هو الخلاف الأصولي في جواز الجمع بين الحقيقة وبين المجاز، فمن منعه وهو أبو حنيفة حمل لفظ الأولاد على معناه الحقيقي، وهم أولاد الصلب فأعطاه النصف ورد النصف على ورثة الميت، ومن حوز الجمع بين الحقيقة والمجاز حمل الأولاد على الولد للصلب وولد الولد، فأعطى لابن الصلب النصف ولابن الابن النصف، وهما صاحبا^(٢)

وأما إن كان الموصي لهم أكثر من واحد حين اليأس فإن هناك خلافاً:

القول الأول: أنها تقسم على الموجودين قيد الحياة حين انحصارهم وحصول اليأس

(١) المصادر السابقة للمالكية.

(٢) بدائع الصالح، مصدر سابق، ٣٣٤/٧.

من وجود غيرهم:

ومن مات بعد ذلك فنصيبه لورثته لموته بعد استحقاقه، ومن مات قبل انحصارهم فلا شيء له، ولا يحى بالذكر لوفاة قبل الاستحقاق.
وهو المذهب عند المالكية.

القول الثاني: هو أنها تقسم على جميع الأولاد الأحياء والأموات، فمن كان حيًا أخذ نصيبه، ومن كان ميتًا فنصيبه لورثته ويحى بالذكر:
وبه قال بعض المالكية^(١).

القول الثالث: تقسم على الموجودين يوم وفاة الموصي ولا شيء لمن مات قبله ولو كان موجودًا حين الوصية، كما لا شيء لمن يولد بعد ذلك بناء على أصلهم في اشتراط وجود الموصى له غير المعين وقت وفاة الموصي.
وهو قول الحنفية.

وعند الشافعية: يختص بها من كان موجودًا يوم الوصية^(٢).
واتفق الفقهاء على بطلان الوصية، ورجوعها ميراثًا بين ورثة الموصي إذا لم يوجد أحد من الموصى لهم حتى حصل اليأس من وجودهم بموت الموصي لولده، أو استحالة الإنجاب منه بحسب العادة.

فروع:

واختلفت المالكية في حالة ما إذا وجد الموصى لهم، ثم ماتوا قبل حصول اليأس على قولين:

القول الأول: بطلان الوصية ورجوعها ميراثًا لورثة الميت:
لأن المعتر وقت اليأس.

(١) حاشية نثاي ١٧٦/٨، النوارل الصغرى ١٨٧/٤.

(٢) الفتاوى الهندية ١٠٥/٦، نهاية المحتاج ٦٢/٦.

القول الثاني: الوصية صحيحة وتعطى لورثة الموصى له الميت:

لأحيائه بالذكر.

وسبب الخلاف: هو الخلاف السابق في تكييف هذه الوصية، هل هي وصية تمليك ابتداء وانتهاء، أو هي وصية بالغلة ابتداء، وتمليك انتهاء.

فمن رأى الأول قال: بإحياء الميت بالذكر وإعطاء نصيبه لورثته.

ومن رأى الثاني قال: لا يجبي بالذكر، وتعود الوصية في هذه الحالة إلى ورثة الميت؛ لعدم وجود مستحق لها حين اليأس.

الترجيح:

والقول الأول أولى؛ لأن في إبطالها تبديلاً للوصية، وإضراراً بالموصى لهم وورثتهم بإبطال حقهم، وإضراراً بالموصى بحرمانه من أجره ومخالفة إرادته^(١).

ومن فروع هذه الحال: ما لو كان الموصى لولده أكثر من واحد، فولد لأحدهم ولد ومات قبل الانحصار، وولد للآخر أولاد عاشوا إلى حين اليأس، فالمشهور عند المالكية أن نصيب من مات لأبناء عمه الأحياء وقت الانحصار، ومقابلته أن نصيبه لورثته^(٢).

المسألة الثالثة: كيفية القسمة:

تقسم على الرؤوس قسمة ملك لا فضل لذكر على أنثى، ولا لفقر على غني، إلا أن ينص الموصي على تفضيل بعض على بعض، فيعمل بشرطه^(٣)، سواء أكان الموصى لولده واحداً أو متعدداً، فالأول: مثل الوصية لأولاد ولده أو بنته، والثاني مثل الوصية لأولاد أخيه وأولاد أخته، ففي جميع ذلك يقسم على عدد الموصى هم الموجودين يوم الإناس على المعمول به، أو على عدد من ولد منهم حياء، فإذا ولد لولده ثلاثة أبناء كان لكل

(١) انظر المصادر السابقة للمالكية.

(٢) التوارث الصغير: مرجع سابق، ٤/١٨٨، ٤٨٩.

(٣) انظر: المدونة ٤/٣١٥، الرزقاني ٨/١٧٦، الوصايا ١/١٩٧.

ثلث الوصية، كما أنه إذا ولد لأخيه أربعة ولأخته ستة في المثال الثاني، فإنها تقسم بينهم على عشرة عدد رؤوسهم يقطع النظر عن أصلهم، إذا كانت الوصية مجملة^(١)، وإذا ولد لأخيه ولم يولد لأخته، أو العكس، فإن الوصية تكون لمن ولد، ولا شيء لمن لم يولد له، ولا يكون نصيبه لورثة الميت، كما أنه لو ولد لأحدهما ولد، ومات قبل الإياس، فإن نصيبه لورثته، أو للموصى لهم على الخلاف السابق في إحيائه بالذكر وعدمه.

وأما إذا كانت الوصية منفصلة بجزء منصوص فيها على كل فريق منهم، فإن أبناء كل واحد يختصون بحصتهم في حال وجودهم، وتبطل إذا لم يوجد أحد منهم، كما لو أوصى لأولاد بنته وأولاد عمه وأولاد خاله بداره أو ثلثه على أن يكون لأبناء بنته نصف الوصية، ولأبناء عمه ربعها، والربع الآخر لأبناء خاله، فإن أبناء بنته يقتسمون نصف الوصية بينهم قلو أو كثروا، كما أن أولاد عمه وأولاد خاله يقتسم كل واحد منهم ربعه على عدد رؤوسهم قلو أو كثروا.

وإذا لم يولد لبنته أحد بطلت الوصية في النصيب المخصص لهم ويعود إلى الورثة، ولا تكون لشركائهم في الوصية أبناء العم وأبناء الخال، تنزيلاً لهذه الوصية منزلة وصايا متعددة، وتعطى كل واحدة حكمها.

ومثل هذا يجري في قسم الغلة، فإنها تقسم قبل اليأس وبعده بين المستحقين على عدد الرؤوس، ولا فرق بين الذكر وبين الأنثى، كان الموصى لولده واحداً أو متعدداً، إذا كانت الوصية مجملة، فإن كانت متصلة فإن لكل فريق ما عين له، مثل الوصية لأبناء زيد، وأبناء بكر وأبناء عمر بثلثه، على أن يكون لأبناء كل واحد ثلث كما سبق^(٢).

(١) الهجة، مرجع سابق، ٢/٢٨٨.

(٢) الهجة ٢/٢٨٨، الوصايا والتبريل ١/١٩٤.

المبحث الثاني

الشرط الثاني: أن يكون الموصى له معيناً

المراد بالمعين: ما عينه الموصي، بالاسم، أو بالإشارة، أو بالوصف كالفقراء والمساكين، ونحو ذلك.

فإذا كان معيناً فتصح الوصية له بالاتفاق، كما أنه لا يشاركه أحد في هذه الوصية بالاتفاق، وإن كان الموصى له أكثر من واحد فتقسم الوصية على رؤوسهم من غير تفضيل للمذكر على الأنثى، ولا للفقير على الغني، ولا القريب على الأجنبي إلا بنص من الموصي.

ومن مات منهم قبل وفاة الموصي رجع حقه لورثة الموصي.
وتحته مطالب:

المطلب الأول: إذا سمي لمعين وغير معين:

اختلف فيما إذا أوصى بثلاثة لمعينين سماهم بأسمائهم، سمي لبعضهم مبلغاً معيناً، وترك غيرهم.

القول الأول: أن المسمى لهم يعطون ما سمي لهم؛
والباقي يعطى من لم يسم لهم، كأنه أوصى لهم ببقية الثلث قل أو أكثر
وهو قول للمالكية.

القول الثاني: أن المسكوت عنه يعطى ثلث الثلث؛
والمسمى لهم يعطون ما سمي لهم. والباقي يقسم بينهم بحسب الحصة.
وبه قال مالك.

مثال ذلك:

أوصى بثلاث ماله لزيد وعمر ومحمد، ثم قال: لزيد عشرون، ولعمر عشرة، وسكت عن محمد، فإذا كان الثلث ستمين يعطى زيد عشرون، وعمر عشرة، ويبقى ثلاثون: فمحمد

ثلثها، وتقسم العشرون الباقية بنسبة ما لكل من الوصية عشرون على أربعين، فلزيد عشرة وكل من عمر ومحمد خمسة.

وعلى القول الأول يأخذ زيد عشرين وعمر عشرة، والباقي لمحمد^(١).

المطلب الثاني: الوصية للمجهول المطلق:

كما لو أوصى لرجل من الناس، أو امرأة من النساء، أو لمحمد، ونحو ذلك. نص الفقهاء على بطلان هذه الوصية^(٢). وحجة ذلك: تعذر التسليم إليه.

ونصت الشافعية: أنه إذا كانت لشخص لا تصح، وإن كانت لجهة تصح.

المطلب الثالث: الوصية للمبهم:

مثل لو قال: أوصيت لأحد هذين الرجلين أو لإحدى خالاتي، أو فلان، أو فلانة: وفيها مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الوصية للمبهم:

أولاً: تحرير محل النزاع:

قال في الإنصاف: "قال ابن رجب: محل الخلاف فيما إذا قال "لجاري فلان" باسم مشترك: إذا لم يكن قرينة. فإن كان ثم قرينة، أو غيرها: أنه أراد معيّنًا منهما، وأشكل علينا معرفته: فهنا تصح الوصية بغير تردد، ويخرج المستحق منهما بالقرعة في قياس المذهب"^(٣).

قال ابن رجب: "الوصية لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فله حائتان: إحداهما: أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحدًا منهما معيّنًا، وأشكل علينا معرفته،

(١) المعيار للعرب ٣٧٢/٩.

(٢) بدائع الصنائع ٣٤٦/٧، حاشية الشريطي ٧٣/٢، الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٠٠/١٧.

(٣) الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٠٠/١٧.

فهذه بصح الوصية غير تردد، ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة، والسلعة المبيعة وغيرهما.

والحالة الثانية: أن يطلق وقد يذلل عن تعيين أحدهما بعينه، فهو كالوصية لأحدهما مبهماً، وكذلك حكى الأصحاب في الصحة روايتين، ولكن المنصوص عن أحمد الصحة^(١).

ثانياً: عند جمهور العلماء:

أنه إذا قال: أعطوها لأحدهما صحت؛ لأن التفويض للموترة في الإعطاء وهم يعطون معينا فلا إهمام.

ولأنه إذن في التملك وليس تملكاً منه.

وكما لو قال لوكيله بعه لأحد هذين^(٢).

وفي وجه للحنبلة: أنه لا يصح، وهو ضعيف لعدم ما يعضده^(٣).

وإن لم يقل، فلهللعلماء ثلاثة آراء:

القول الأول: أنها صحيحة:

وبه قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن^(٤).

وهو مذهب المالكية^(٥)، ورواية عن أحمد^(٦).

قال ابن رشد: "وأما صفة العوض - أي في الخلع - فإن الشافعي وأبا حنيفة يشترطان

فيه أن يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجوب، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر

(١) قواعد ابن رجب: القاعدة (١٠٥).

(٢) الإقناع، مرجع سابق، ١٣٣/٢.

(٣) الدر المختار ٢/٢٥٩، حاشية قتيبي وشمس، ١٠/٢٩٦، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/١٣٣، للمذهب.

(٤) ٢/٣٣٩، الإقناع للحجاوي ٢/٦٠.

(٥) درر الحكام، مرجع سابق، ٧٠/٩.

(٦) بداية المجتهد، مرجع سابق، ١/٧٨٠.

(٦) الإقناع مع الشرح الكبير، مرجع سابق، ١٧/٣٠٠.

والمعدوم، مثل الأبق والشارد والتمرة التي لم يبد صلاحها، والعبد غير الموصوف، وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم.

وسبب الخلاف: تردد العوض ههنا بين العوض في البيوع، وبين الأشياء الموهوبة والموصى بها، فمن شبهها بالبيع اشترط ما يشترط في البيع وفي أعواض البيوع، ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك^(١).

وقال القرابي: "وقد فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة، وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة.

وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام:

طرفان وواسطة، فالطرفان:

أحدهما: معاوضة صرقة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة. وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة، فإن هذه التصرفات إن قامت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه؛ لأنه لم يبدل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا قامت بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقترضت حكمة الشرع وحله على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليده، فإذا وهب له بغيره الشارد جاز أن يجده، فيحصل له ما ينتفع به ولا ضرر عليه إن لم يجده؛ لأنه لم يبدل شيئاً"^(٢).

وحجته:

١. عمومات أدلة الوصية^(٣).

(١) بداية المجتهد تنص.

(٢) الفروق، مرجع سابق، ١/١٠٠.

(٣) ينظر: التمهيد.

٢. القياس على من أعتق أحد عبديه ثم مات قبل التعيين، فإن العتق يشملُه ويعتق من كل نصفه، وكذا الوصية^(١).

القول الثاني: أنها باطلة:

وبه قال أبو حنيفة، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة^(٢).
وحجته: عدم تعيين الموصى له صحيحة، فلا يتصور الملك له ما دام على جهالة قياسًا على من أوصى لواحد من الناس.
ونوقش هذا الاستدلال: بوجود الفرق؛ فالوصية لواحد من الناس جهالته مطلقة كثيرة، والوصية لأحد هذين جهالته مقيدة يسيرة مألها إلى العلم.
الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صحة هذه الوصية؛ إذ الوصية من عقود التبرعات التي يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها، ولأنها فعل خير، وقرية فيكثر منها.

المسألة الثانية: التمييز بين الموصى له حال الإهمام:

اختلف العلماء رحمهم الله على أقوال:

القول الأول: أن الوصية تقسم بينهما.

وبه قال أبو يوسف^(٣).

وحجته: لشمول اللفظ لهما جميعًا.

القول الثاني: أنه يعين بقرعة:

وبه قال بعض الحنابلة، وصوبه المرداوي^(٤).

(١) الإقناع، مرجع سابق، ١٣٣/٢.

(٢) درر الحكام ٧٠/٩، بدائع الصنائع ٣٤٦/٧، إعانة الطالبين ٢٣٦/٣، فتح الوهاب ١١/٢، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٧/٣٠١.

(٣) الإقناع، مرجع سابق، ١٣٣/٢.

(٤) نفسه.

وحجته: أن القرعة طريق للتمييز بين المبهمات.

القول الثالث: يعطيه الورثة من شاءوا:

وبه قال محمد بن الحسن.

وبعض الخنابلة^(١).

وحجته: أن الموصي له حق التعيين قبل موته، فإذا مات انتقل هذا الحق لورثته.

ونوقش هذا الاستدلال: أن هذه دعوى تحتاج إلى دليل.

الترجيح:

المراجع - والله أعلم - القول الأول؛ إذ هو أقرب إلى العدل.

المبحث الثالث

الشرط الثالث: أن يكون الموصى له ممن يحصى

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوصية لمن يحصى، وفيه مسائل:المسألة الأولى: حكم الوصية لمن يحصى:

اتفق الفقهاء على صحة الوصية للمحصورين سواء كان ذلك بالاسم كمحمد، وعبدالله، وعبدالرحمن، أو بالإشارة، أو بالوصف، ونحو ذلك^(١).

ودليل ذلك: عمومات أدلة مشروعية الوصية^(٢).المسألة الثانية: وقت استحقاق الموصى به:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: أن وقت استحقاق الموصى به للموصى له وقت الوصية:

وهو قول للمالكية^(٣).وبه قال الشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

وحجته: أن وقت الوصية هو وقت التبرع.

القول الثاني: أن من حضر القسم استحق، ومن لا فلا:

وبه قال مالك^(٦).

وحجته: عدم تعيين الموصى لهم.

(١) تحفة الفقهاء، ٢/٣١٥، الاختيار لتعليل المختار ٥/٧٩، المدونة ٤/٣٧٧، مواهب الجليل ٦/٣٧٤، الحاوي الكبير

٨/٣١٠، الهداية لأبي الخطاب ٣٤٨، المستوعب ١/٥٢٩، الوصايا والتنزيل ١/٩٥.

(٢) ينظر: التمهيد.

(٣) مواهب الجليل ٦/٣٧٥، شرح الخرش ٨/١٧٧.

(٤) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٦/٤٢.

(٥) منتهى الإرادات ٢/٤٦، كشاف القناع ٦/٣٦٣.

(٦) مواهب الجليل، مرجع سابق، ٦/٣٧٥.

القول الثالث: أنه إذا كان غير معين استحق الموصى به وقت موت الموصي:

وإن كان معيناً استحقه وقت الإيصاء.

وبه قالت الحنفية^(١).

وحجته: أن الموصى له معين فاعتبر وقت الوصية، كالحية وإن لم يكن معيناً فوقت

الموت؛ إذ هو وقت انتقال المال وقبول الوصية.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن المعتبر وقت الوصية؛ لقوة دليله، إلا إن دلت القرينة على

دخول غيرهم معهم فيعمل بذلك.

المسألة الثالثة: ضابط من يحصى ومن لا يحصى:

اختلف العلماء في ذلك على أقوال:

القول الأول: أن الفرق موكول لاجتهاد القاضي وتقديره من غير تحديد بعدد:

وهو المعتمد عند الحنفية^(٢).

وقال أبو يوسف: إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب أو حساب، فهم لا يحصون.

وقال محمد: إن كانوا أكثر من مائة، فهم لا يحصون.

وقيل: إن كانوا بحيث لا يحصيتهم محصى حتى يولد منهم مولود ويموت منهم ميت، فهم

لا يحصون.

القول الثاني: أن غير المحصور هو من لا يمكن الإحاطة به:

كالفقراء والمساكين والغزاة ونحو ذلك، والمحصور من يمكن الإحاطة به إلا أن الموصي

لم يعينهم، مثل الوصية لأولاد فلان وأولادهم أو لأخواله وأولادهم ونحو ذلك.

(١) حاشية ابن عابدين، مرجع سابق، ٦/٦٤٩.

(٢) بدائع الصنائع، ٣٤٢/٧، الفتاوى الهندية، ٦/١١٩.

وبه قال المالكية^(١)، وهو ظاهر قول الحنابلة^(٢)،
القول الثالث: أن من يحصون من يسهل عددهم عادة، وغيرهم هم الذين يشق
استيعابهم عادة:

وبه قال الشافعية^(٣)،
وهذه اجتهادات من العلماء ليس لها أثر.
والأقرب:

في ذلك الرجوع إلى العرف؛ إذ ما ورد مطلقاً على لسان الشارع يرجع في تحديده إلى
العرف.

المطلب الثاني: حكم الوصية لمن لا يحصى:

إذا اقترن بلفظ الوصية لغير المحصورين ما يشعر بالحاجة، كالوصية للفقراء والمساكين
ولغو ذلك، صحت الوصية بالاتفاق^(٤).

لأن الوصية إذا أشعرت بالحاجة أصبحت بمنزلة الصدقة^(٥)،
واختلف العلماء ﷺ في حكم الوصية لمن لا يحصى، إذا لم يكن هناك ما يشعر
بالحاجة على أقوال:

القول الأول: أنها صحيحة:
وهو قول المالكية.

وأصح القولين عند الشافعية، وقول الحنابلة^(٦).

(١) شرح الزرقاني، مرجع سابق، ١٨٦/٨.

(٢) للفتي مع الشرح الكبير ٤٧٣/٦.

(٣) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٥٦/٦.

(٤) عيون المسائل حر ١٥٨، بدائع الصنائع ٣٤٢/٧، مواهب الجليل ٣٧٥/٦، الشرح الكبير للدردير ٤٣٤/٤، البيان

٢٣٠/٨، شرح التتبع ٥٥٠/٢، المستوعب ٥٢٩/٢، للفتي ٤٥٥/٨.

(٥) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٤٢/٧.

(٦) التاج والإكليل ٣٧٤/٦، مواهب الجليل ٣٧٥/٦، البيان ٢٣٠/٨، المستوعب ٥٢٩/٢، للفتي ٤٥٥/٨.

القول الثاني: أنها لا تصح:

ويمتنى من ذلك ما إذا كان بلفظ الموصي لهم ما يشعر بالحاجة كالوصية للفقراء المسلمين.

وهو قول الحنفية، وقول عند الشافعية^(١).

الأدلة:

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بما يلي:

١. عموم أدلة الوصية السابقة.
٢. القياس على الوصية للفقراء والمساكين، فإنها جائزة بالاتفاق^(٢).
٣. القياس على صحة الوقف على غير المحصورين.

دليل الحنفية:

١. أن الوصية لغير المحصور وصية لمجهول، وتعليك المجهول غير صحيح^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الوصية لمجهول صحيحة كما سيأتي تحريره.

الوجه الثاني: أن إلحاق الوصية لغير محصور بالوصية للفقراء والمساكين أولى.

٢. أن الوصية لمن لا يحصى يدخل فيها الأغنياء والفقراء، وتكون حق من حقوق الأدميين، وحقوق الأدميين إذا دخلتها الجهالة لا تصح^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الوصية يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها، فتصح بالمجهول كما سيأتي.

(١) بدائع الصنائع ٥٠٣/٦، المقداد للفرعاني ٥٣١/٤، الحاوي الكبير ٣٠٦/٨، للذهبي ٥٩٥/١.

(٢) للمعيار للعرب ٣٧٨/٩، للمغني ٤٥٥/٨.

(٣) بدائع الصنائع، نفسه.

(٤) للمغني، مصدر سابق، ٤٥٥/٨.

الوجه الثاني: أن الجهالة مآلها إلى العلم.

٣. أن هذه الوصية لا يمكن تنفيذها للجميع؛ لأنهم لا يحصون، ولا يمكن تنفيذها

للبعض؛ لأنه ليس بأول من البعض الآخر، قبضت.

ونوقش: أنه يسلم أنه لا يلزم تعميم الموصي لهم؛ لعدم إمكانية ذلك لكن يمكن

صرف الموصي به لبعض الموصي لهم بالاجتهاد حسب المصلحة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من صحة الوصية لمن لا يحصى

لقوة دليله.

المبحث الرابع

الشرط الرابع: أن يكون الموصى له حراً

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: وصية السيد لرفيقه، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: الوصية له بمعين:

وصورة ذلك:

أن يوصي له بسيارة، أو بيت، ونحو ذلك:

اختلف العلماء رحمهم الله على أقوال:

القول الأول: أنها وصية صحيحة:

وبه قال الإمام مالك، ورواية عن الإمام أحمد.

وبه قال الظاهرية، وأبو ثور^(١).

وعند المالكية: إذا أوصى له بعدد كمالة، فإنه يُعْتَق من ذلك العدد وباقيه له كماله،

فإن لم يحمله ذلك العدد عتق منه تحمله وكُمِّل باقيه من ماله.

القول الثاني: أن الوصية موقوفة على إجازة الورثة:

وبه قال الحسن البصري، وابن سيرين^(٢).

القول الثالث: أنها وصية باطلة:

وبه قال الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والثوري، وإسحاق^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول: (الصحة):

١. ما تقدم من الأدلة على أن الرقيق يملك.

(١) حاشية الدسوقي ٣٣٣/٤، الإتحاف ٢٢٥/٧، المغلي ٤٤٤/١٠.

(٢) للمغلي، مصدر سابق، ٥١٨/٨.

(٣) بدائع الصنائع ٣٤٢/٧، والأم ٤٧/٤، والمغلي ٥١٨/٨.

٢. قول الله ﷻ: ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) وجه الدلالة: أن الله ﷻ أمر بإنكاح الإماء، وإتالهن مهورهن، فدل ذلك على أن الأمة تملك، وإذا كانت تملك جازت الوصية لها.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم تسليم هذا التفسير، وإنما المراد أحد أمرين: الأمر الأول: أن المراد إعطاؤهن المهر بشرط إذن السيد، كما كان إذنه مشروطاً في التزويج، فيكون التقدير: (فأنكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن بإذنهم)، فهو كقوله ﷻ: ﴿وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَلَقِ قَلْبَيْ﴾^(٢)، أي والحافظات فروجهن.

الأمر الثاني: أن يكون أضاف الإعطاء إليهن والمراد المولى، كما لو تزوج صبية صغيرة أو أمة صغيرة بإذن الأب والمولى جاز أن يقال أعطهما مهرتهما، ويكون المراد إعطاء الأب أو المولى، ألا ترى أنه يصح أن يقال لمن عليه دين ليتيم قد مطلق به: إنه مانع لليتيم حقه وإن كان اليتيم لا يستحق قبضه ويقال أعط اليتيم حقه؟ وقال ﷻ: ﴿وَأَتَى ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ وَالْيَتِيمَ وَالْإِسْهَابَ﴾^(٣) وقد انتظم ذلك الصغار والكبار من أهل هذه الأصناف؛ وإعطاء الصغار إنما يكون بإعطاء أوليائهم، فكذلك جاز للمورثة أن ينزعوا ما أوصى به الموصي للعبد لكانت وصية الميت غير نافذة.

٣. أن الأهل هو تنفيذ ما يوصى به الموصي، ولو جاز للمورثة أن ينزعوا ما أوصى به الموصي للعبد لكانت وصية الميت غير نافذة.

ونوقش هذا الاستدلال: إن الوصية إذا لم تكن لها فائدة، أو كانت مخالفة للشرع فإنها لا تنفذ، وهنا الوصية لا تنفذ لعدم الفائدة منها، ولما سبق أن ذكرنا من أن الموصي أوصى لورثته بما يرثونه.

(١) من الآية ٢٥ من سورة النساء.

(٢) من الآية ٣٥ من سورة الأحزاب.

(٣) من الآية ٢٦ من سورة الإسراء.

٤. أنه تصح له الصدقة، فكذا الوصية.

دليل القول الثاني:

وأما القائلون بأن الوصية موقوفة على إجازة الورثة فلم أجد لهم دليلًا

دليل القول الثالث: (البطلان)

استدل هذا الرأي: أن العبد يصير ملكًا للورثة، فما أوصى به فهو لهم، فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه، فلا فائدة فيه.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة دليله بملكية الرقيق؛ ولأن الوصية يتوسع فيها ما لا يتوسع في غيرها.

المسألة الثانية: الوصية لعبد بمشاع:

كأن يوصي له بثلاثة:

ويتدرج تحته أمران:

الأمر الأول: أن يخرج العبد من الوصية، فإنه يعتق والباقي له.

نص على ذلك الحنفية، والمالكية، والحنابلة^(١).

الأمر الثاني: ألا يخرج العبد من الوصية.

فاختلف العلماء في ذلك على قولين:

القول الأول: أنه يعتق منه بقدر الوصية، والباقي يكون رقيقًا:

وبه قال أبو حنيفة، والمالكية.

وهو مذهب الحنابلة، وبه قال الحسن وابن سيرين^(٢).

(١) مختصر اختلاف العلماء ٢/ ٤٩٠، المسوط ٢٢/ ٤٦٠، العناية ٨/ ٥١، المدونة ١/ ٣٤١، جامع الأمهات

١/ ٣٩١، الاستذكار ٧/ ٤٠٤، شرح الزرقاني ٨/ ٨٣، روضة الطالبين ٦/ ١٠١ - ١٠٣، المغني ٨/ ٥١٩، مطالب أولي

النهي ٢/ ٤٤٨.

(٢) للمصادر السابقة.

وقالت المالكية: "إن لم يخرج من الثلث سعي في قيمة باقيه (وإلا) يحمله الثلث كما إذا لم يكن للسيد مال سوى العبد ولا مال للعبد عتق ثلثه فلو كان للعبد مال (قوم في ماله) أي جعل ماله من جملة مال السيد، فلو كان العبد له مائتان وقيمته مائة عتق جميعه عند ابن القاسم، ولا شيء له من ماله؛ لأن عتق جميعه أهم من عتق بعضه وإبقاء ماله بيده، وكذا لو ترك السيد مائة وقيمة العبد مائة وماله الذي بيده مائة، كذا قرر.

واعترض: بأن مقتضى نص ابن القاسم أنه لا يجعل ماله من جملة مال السيد، بل يعتق منه ابتداء ما حله مال السيد ثم يعتق باقيه من ماله هو وما بقي يكون للعبد لا للوراث، ففي المثال الأول يعتق منه ابتداء ثلثه؛ إذ لا مال للسيد إلا هو وهو بمائة ثم ثلثاه من المائتين ماله في نظير ستة وستين وثلثين، وبأخذها منه الوارث وما بقي للعبد، وفي المثال الثاني يعتق ابتداء ثلثاه النظر لمال السيد، وهو مائتان ثم يعتق ثلثه الباقي من ماله، وهو مائة في نظير ثلاثة وثلثين وثلث بأخذها منه الوارث وما بقي للعبد^(١).

وحجته: أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها؛ لأنه من جملة الثلث الشائع والوصية له بنفسه تصح ويعتق، وما فضل استحقه؛ لأنه يصير حراً في ملك الوصية، فيصير كأنه قال: أعتقوا عبيدي من ثلثي وأعطوه ما فضل منه.

القول الثاني: إذا أوصى له برقبته صح:

وإن أوصى له بثلث ماله نفذت الوصية في ثلث رقبته؛ لأنه من ماله وعتق ذلك الثلث.

وبه قال الشافعية^(٢).

وحجته:

١. أنه أوصى لمال يصير للورثة، فلم يصح مطلقاً كما لو وصى له بمعين.

(١) الترخ الكبير وحاشيته، مرجع سابق، ٤/٤٣١.

(٢) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٣/٤٢٢.

ونوقش: بالفرق إذا وصى له معين؛ لأنه لا يتناول شيئاً منه على أن لنا في الأصل المقيس عليه منعاً^(١).

٢. أنه إذا أوصى له بثلث ماله نفذت الوصية في ثلث رقبته؛ لأنه من ماله.

والأقرب:

القول الأول؛ لقوة دليله، ومناقشة دليل القول الثاني.

المسألة الثالثة: الوصية للمكاتب:

تصح الوصية للمكاتب سواء أكان مكاتبه، أو مكاتب وارثه، أو مكاتب أجنبي، سواء وصى له بجزء شائع أو معين؛ لأن ورثته لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله، ولأنه يملك المال بالعقود فصحت الوصية له كالحرة، فإن قال: ضعوا عن مكاتب بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ما شاءوا، وإن قال: ضعوا عنه نجوماً فلهم أن يضعوا أي نجم شاءوا، وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة؛ لتناول اللفظ له، فإن قال: ضعوا عنه أي نجم شاء رجع إلى مشيئته؛ لأن سيده جعل المشيئة إليه، وإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثرها مآلاً؛ لأنه أكبرها قدرًا، وإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثر من نصفها؛ لأن أكثر الشيء يزيد على نصفه، فإن كانت نجومه خمسة وضعوا ثلاثة، وإن كانت ستة وضعوا أربعة، ويحتمل أن يصرف إلى واحد منها أكثرها مآلاً، فإن كانت نجومه سواء تعين القول الأول، فإن قال: ضعوا عنه أوسط نجومه ولم يكن فيها إلا وسط واحد تعين، مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل وعددها مفرد فيتعين الأوسط في العدد، فإن كانت خمسة تعين الثالث، وإن كانت سبعة فالرابع، فإن كان عددها مزدوجاً وهي مختلفة المقدار فبعضها مائة وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فيتعين، وإن كانت متساوية القدر مختلفة الأجل مثل أن يكون اثنان إلى شهر شهر وواحد إلى شهرين وواحد إلى ثلاثة أشهر تعينت الوصية في الذي إلى شهرين، وإن اتفقت هذه المعاني في واحد تعين، وإن كان لها أوسط في القدر وأوسط في الأجل وأوسط في العدد يخالف بعضها بعضاً رجع إلى قول الورثة، وإن

(١) المعنى: مصدر سابق، ١٩/٨.

اختلفت الورثة والمكاتب في إرادة الموصي منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لا يعلمون ما أراد، ومتى كان العدد وثراً فأوسطه واحد، وإن كانت شغراً كأربعة فأوسطه اثنان، وهكذا القول فيما إذا أوصى بأوسط نجومه، وإن قال: ضعوا عنه ما يخف أو ما يتقل أو ما يكثر رجع إلى تقدير الورثة؛ لأن كل شيء يخف إلى حيث ما هو أثقل منه، ويتقل إلى حيث ما هو أخف منه، كما قال أصحابنا فيما إذا أقر بمال عظيم أو كثير أو ثقل أو خفيف، وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدى زيادة، وإن قال: ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصغه فذلك ثلاثة أرباع وأدى زيادة، وإن قال: ضعوا أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها فيصح في الكتابة ويطل في الزيادة؛ لعدم محلها، وإن قال: ضعوا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع؛ لتناوله اللفظ، فإن قال: ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يضعوا عنه الكل؛ لأن من للتبعض، ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا في هذا الفصل^(١).

المسألة الرابعة: الوصية للمدير.

تصح الوصية لمديره؛ لأنه يصير حراً حين لزوم الوصية، فصحت الوصية له كام الولد، فإن لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعاً قدم عتقه على الوصية؛ لأنه أنفع له، ولأنه وصى لعبده وصية صحيحة، فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله.

وقال القاطني من الحنابلة: يعتق بعضه ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه.

المسألة الخامسة: الوصية لأم الولد.

تصح الوصية لأم ولده؛ لأنها حرة حين لزوم الوصية، وبه قال مبين بن مهران، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومالك، والشافعي، وإسحاق^(٢).

(١٦٩) لما رواه الدارمي من طريق الحسن: "أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى لأمهات

(١) الشرح الكبير: مرجع سابق: ٤٧٠/٦.

(٢) المصدر السابق.

- أولاده بأربعة آلاف لكل امرأة منهن^(١). [منقطع] الحسن لم يسمع من عمر].
- (١٧٠) وما رواه الترمذي من طريق قريش بن أنس، عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة: "أن عبد الرحمن بن عوف أوصى بحديقة لأمهات أولاده بيعت بأربعمائة ألف"^(٢).
- (١٧١) وما رواه ابن جرير في تفسيره: حدثنا محمد بن أبي حميد، عن حميدة ابنة أبي يونس مولدة عائشة قالت: أوصت عائشة لنا بمتاعها، فوجدت في مصحف عائشة: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ وهي العصر ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾^(٣).
- (١٧٢) وما رواه ابن أبي شيبة من طريق الحسن أن عمران بن حصين "أوصى لأمهات أولاده"^(٤).

(١) سنن الدارمي (٣٢١٨). وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣١٣/٧، وعبد الرزاق في مصنفه ٨٩/٩، وسعيد بن منصور في منته ٤٣٨، كلهم من طرق عن الحسن به.

(٢) سنن الترمذي في المتابع، باب مناقب عبد الرحمن بن عوف (٣٧٤٠)، وقال: "هذا حديث حسن غريب" وإسنادهم في المستدرک ٣٠٣/٣.

وقال: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، وله شاهد صحيح على شرط الشيخين".

(٣) جامع البيان (٣٤٣/٢). وأخرجه ابن أبي داود في المصاحف (٩٤) ومن طريقه ابن الجوزي في ناسخ القرآن ومنسوخه (١٤٤). وهذا الأثر معلول بعلتين:

١- محمد بن أبي حميد قال عنه في التقریب: الضعيف.

٢- أنه اضطرب فيه، فمرة يقول الآية: حافظوا على الصلوات ... ومرة يقول ﴿إِنَّ لَكُمْ لَعْنَةً وَمَنْ لَعْنَتْكُمْ فَطُغِيَ﴾ على النبي ﷺ.

وأخرجه ابن أبي داود في المصاحف (٩٤). حدثنا عبدالله، ثنا محمد بن معمر، ثنا أبو عاصم، عن ابن جريح قال: أخبرني ابن أبي حميد قال: أخبرني حميدة قالت: "أوصت لنا عائشة ﷺ بمتاعها فكان في مصحفها ﴿إِنَّ لَكُمْ لَعْنَةً وَمَنْ لَعْنَتْكُمْ فَطُغِيَ﴾".

وجاء في صحيح مسلم (٦٢٩)، والموطا ١٣٨/١، وسنن أبي داود (٤١٠)، وجامع الترمذي (٢٩٨٢) من طريق زيد بن أسلم، عن القعقاع بن حكيم، عن أبي يونس مولى عائشة ﷺ، أنه قال: أمرني عائشة أن أكتب لها مصحفًا، وقالت: إذا بلغت هذه الآية قارئي ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ فامسكت عليّ ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ وصلاته العصر ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾ وليس فيه ذكر لئاع.

(٤) مصنف ابن أبي شيبة ٣١٣/٧. وأخرجه ابن سعد في الطبقات ١١/٧ عن إسماعيل بن إبراهيم الأسدي، عن

المسألة السادسة: الوصية للمبعض:

تصح وصية السيد لرفيقه المبعض بقدر ما فيه من الحرية، وأما ما فيه من الرق فحكمه كما سبق من الوصية للرفيق القن.

المطلب الثاني: أن تكون الوصية من غير السيد، وتحت مسائل:

المسألة الأولى: الوصية للمكاتب:

تصح الوصية للمكاتب من غير سيده؛ لأنه يملك، وقبوله للوصية فيه مصلحة له وليسده لما يترتب على ذلك من تحريره، وأداء نجوم الكتابة.

المسألة الثانية: الوصية، للقن، والمدبر، وأم الولد:

تصح لعبد غيره، وتكون الوصية لسيدة والقبول من العبد؛ لأن العقد مضاف إليه أشبه ما لو وهبه شيئاً، فإذا قبل: ثبتت لسيدة؛ لأنه من كسب عبده وكسب العبد للسيد، ولا يفتقر في القبول إلى إذن السيد؛ لأنه كسب من غير إذن سيده كالاختطاب، وهذا قول جمهور أهل العلم.

وحجته: أنه تحصيل مال بغير عوض فلم يفتقر إلى إذنه، كقبول الهبة وتحصيل المباح. وللشافعية وجه آخر: أنه يفتقر إلى إذن السيد؛ لأنه تصرف للعبد فهو كبيعته وشراؤه^(١).

المسألة الثالثة: الوصية للمبعض^(٢):

تصح الوصية له بقدر ما فيه من الحرية؛ إذ يملك بهذا القدر. وأما ما فيه من قدر الرفيق فينبني على الخلاف السابق في الوصية للقن، والمدبر، وأم الولد.

سليمة بن علقمة، يذ: الحسن لم يسمع من عمران.

(١) المصدر السابق.

(٢) ينظر: نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٤٦/٦.

المبحث الخامس

الشرط الخامس: أن يكون الموصى له متحقق الحياة

(الوصية للحمل)

وفيه مطالب:

المطلب الأول: حكم الوصية للحمل:

تصح الوصية للحمل اتفاقاً، قال في ابن قدامة: "وأما الوصية للحمل، فصحيحة أبقياً، لا تعلم فيه خلافاً، وبذلك قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي"^(١).

ودليل ذلك:

١. عموميات أدلة الوصية.
٢. أنه الوصية جرت مجرى الميراث، من حيث كونها انتقال المالك من الإنسان بعد موته إلى الموصى له، بغير عوض، كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية، بقوله ﷻ: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِي وَثَرَ الْمَالُ مِنَ الْوَالِدِ وَالْأُخْتِ لِلْمَوْلَىٰ ذُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْأَسْفَلِ مِنَ السَّعْيِ وَالْغَضِيَّةَ وَالْغَضِيَّةَ وَالْغَضِيَّةَ﴾ وقال ﷻ: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يَوْصِي بِهَا أَوْ ذَيْنَ غَيْرِ مُضَكَرٍ وَصِيَّتُهُ مِنَ اللَّهِ﴾^(٢)، والحمل يرث، فتصح الوصية له.
٣. ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد، بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل، فالوصية له أولى.
٤. ولأنها تعليق على خروجه حياً، والوصية قابله للتعليق^(٣).

(١) للقي، مصدر سابق، ٤٥٦/٨.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٤) شرح منتهى الإرادات، مرجع سابق، ٤/ ٤٦٤.

المطلب الثاني: شروط صحة الوصية للحمل:

يشترط لصحة الوصية للحمل ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الحمل موجودًا حال الوصية.

وبه قال جمهور أهل العلم: الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

وحجته: أن الوصية لغير الموجود وصية لمعدوم، وقد تقدمت الأدلة على عدم صحة الوصية للمعدوم.

وثوقش هذا الاستدلال: بما تقدم من المناقشة الواردة على هذه الأدلة.

القول الثاني: عدم اشتراط هذا الشرط فتصح لغير الموجود:

وهذا قول المالكية.

وحجته: ما تقدم من الأدلة على صحة الوصية للمعدوم.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهبت إليه المالكية؛ لما تقدم من الأدلة على صحة الوصية للمعدوم.

فرع:

تقدم أن جمهور أهل العلم يشترطون وجود الحمل.

وقد اختلفوا بما يتحقق به وجود الحمل على أقوال:

فعند الحنفية^(٢):

يكون وجود الحمل إما بأن يعلم الموصي بحمل المرأة فيوصي لحملها، أو يُعلم بحالتين:
الأولى: إن كانت ذات زوج حقيقة أو حكمًا، كما إذا كانت مطلقة طلاقًا رجعيًا،

(١) ينظر: مبحث الوصية للمعدوم.

(٢) ينظر: المبسوط ١٨٦/٢٨، بدائع الصنائع ٣٣٥/٧-٣٣٧، تبیین الحقائق ١٨٦/٦، حاشية ابن عابدين.

٣٤٤-٣٤٢/١٠.

يُعلم به ما إذا أنت به لستة أشهر من الوصية أو أقل من حين موت الموصي في ظاهر الرواية عندهم؛ لأن وقت نفوذ الوصية في حق الحمل وقت الموت، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت.

وعند الطحاوي: أن تلده لستة أشهر من حين الوصية؛ لأن سبب الاستحقاق هو الوصية، فيعتبر وجودها عند الوصية.

والثالثة: إن لم تكن ذات زوج كالطلاق البائن، أو المشوى عنها زوجها بأن تأتي به لستين أو أقل مع ثبوت نسبه لزوجها؛ لأننا بهذه الحال تيقنا وجود الحمل حين الوصية. وأما الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)؛ فاشتروا لصحة الوصية للحمل أن يفصل حيًا حياة مستقرة، ولو انفصل ميتا لا تصح له الوصية، ولو كان موته بجنابة.

وأن يكون موجودًا حال الوصية، ومعرفة ذلك بأمرين:

الأول: إن لم تكن المرأة قراشا بأن تأتي به لأقل من أربع سنين.

الثاني: إن كانت المرأة قراشا؛ وذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر، وذلك أقل وقت الحمل، فإن أنت به لأكثر فلا؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية. ومهلين الأمرين يتمكن من التيقن بوجود الحمل حال الوصية فتصح الوصية، وإلا فلا تصح له الوصية.

قال الشافعي: "وتحوز الوصية بما في البطن ولما في البطن إذا كان مخلوقًا يوم وقعت الوصية ثم يخرج حيًا"^(٣).

(١) ينظر: الأم ٣١٧/٨، تكملة المجموع ٢٩١/١٦، أسنى المطالبات ٣٠/٣-٣١، البيان ١٦٤/٨-١٦٧، مغني المحتاج ٥٢٠-٥١/٣.

(٢) ينظر: مغني ٤٥٥/٨-٤٥٧، شرح منتهى الإرادات ٤٦٣/٤-٤٦٤، الإنصاف ١٧٠/٧-١٧٣، الإحصاف ٧/٤٥٧-٤٥٦.

(٣) الأم، مرجع سابق، ٣١٧/٨.

وقال: "وإن كان الحمل الذي أوصى له غلامًا أو جارية فأكثر كانت الوصية بينهم سواء على العدد".

وقال -أيضًا-: "وإن مات الموصي قبل أن تلد التي أوصى لحملها، وققت الوصية حتى تلد، فإذا ولدت لستة أشهر كانت الوصية له".

وقال في المغني^(١): "متى أتمت به لوقت يغلب على الظن أنه كان موجودًا حال الوصية، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل، أو تكون أمارات الحمل ظاهرة، أو أتمت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجودًا بأمارات الحمل، بحيث يحكم لها بكونها حاملًا، صحت الوصية له".

الشرط الثاني: أن يفصل حيًا، فإن انفصل ميتًا، بطلت الوصية؛ لأنه يحصل أن لا يكون حيًا حين الوصية، فلا تثبت له الوصية بالشك^(٢).

ويشترط: انفصاله كله حيًا على خلاف بين أهل العلم.

القول الأول: أنه يشترط أن يخرج كله حيًا:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٣).

القول الثاني: أنه يشترط خروج أكثره حيًا:

وهو قول الحنفية^(٤).

القول الثالث: أنه يكفي خروج بعضه حيًا:

وهو قول الظاهرية^(٥).

(١) للمغني، مصدر سابق، ٤٥٢/٨.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع، ٣٣٥/٧، الاختيار للعليل المختار، ٦٤١/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤/٤٢٢.

(٣) ٤٢٣، معني المحتاج، ٤١/٣، للمغني، ٥٦/٦، كشف القناع، ٤/٣٥٦.

(٤) للمصادر نفسها.

(٥) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٣٥/٧.

(٥) المحلى، مرجع سابق، ٣٧٢/٩.

الأدلة:

استدل الجمهور:

١. إذا استهل المولود ورث، فظاھر أنه لا ید من استھلاله جمیعاً، وحمله علی البعض خلاف الظاهر، والأصل الحقيقة.
٢. ثبتت حیاته، فجمهور العلماء أنها تثبت یكل ما یدل علیها من صراخ، وعطاس، وكثرة رضاع، وغیر ذلك، كشهادة الطیب.
- وفي قول الإمام مالك: إنه الصراخ وحده؛ لأن الاستھلال هو الصياح، والمفهوم إذا استهل لا یرث، والوصية أخت الميراث.
- ونوقش هذا الاستدلال: بأن الاستھلال لغة هو الظهور، من قولهم إذا استهل الحلال أي ظهر^(١)، واللفظ یجب حمله علی حقیقته.
- وأجیب: بأن هذا التفسیر مخالف لقول أهل اللغة: استهل المولود إذا بكى عند ولادته^(٢)، ولما یلزم علیه من توريثه بمجرد ظهوره، ولو ميتاً، وهو خلاف الإجماع.
- الشرط الثالث: إن أوصى لحمل امرأة من رجل بعینه، كان یوصی لحمل فلانة من فلان، فیشرط أن یثبت نسب الحمل لأیه المعین، فإن نقاه بلعان، أو انتفی عنه بدونه بطلت الوصية.
- وحجة ذلك: أنها وصية مشروطة بشیوت نسیه من ذلك المعین، والمسلمون علی شروطهم.

المطلب الثالث: أن تلد أكثر من واحد

فلا تخلو من أمور:

الأمر الأول: أن تلد واحداً، فإن الوصية كلها له، وإن ولدت توأمين أو توالم

(١) الصحاح، مرجع سابق، ١٣٠/٦.

(٢) ينظر: اهكم ١٢٥/٢، الزاهر ٣٧٢/١.

فالوصية للجميع؛ لأن لفظ الحمل عام يشمل الواحد والمتعدد، وتوزع على عدد الرؤوس؛ الذكر كالأُنثى؛ لأن الأصل في العطايا التسوية، إلا أن يشترط الموصي تفضيل الذكر على الأنثى فيؤي له بشرطه^(١).

الأمر الثاني: أن يخص الوصية بجنس دون آخر:

كما لو خصها بالذكر، فإن ولدت أنثى بطلت الوصية لانقضاء شرط الموصي، والعكس بالعكس.

وإذا ولدت ذكرًا وأنثى التغت الوصية؛ لأن حملها ليس ذكرًا ولا أنثى؛ بل بعضه ذكر وبعضه أنثى:

وإذا ولدت ذكرين في قوله: إذا كان حملك ذكرًا، أو ولدت أنثيين في قوله: إن كان حملك أنثى، فالوصية تكون للذكرين في الأولى وللأنثيين في الثانية، بناءً على أن المطلق يدل على الماهية بقطع النظر عن الوحدة والتعدد؛ ومن جعل دلالة التكرار على الأفراد أبطل الوصية في الصورتين؛ لأنه جعلها للذكر الواحد أو الأنثى الواحدة، فإذا ولدت أنثيين بطلت لانقضاء الشرط.

الأمر الثالث: أن تلد توأمين أحدهما حي والآخر ميت، فليعلماء خلاف:

القول الأول: أن الوصية للحي منهما:

وبه قال جمهور أهل العلم^(٢) لعدم المزاحم.

القول الثاني: أن الحي له نصف الوصية، والنصف الآخر للورثة:

قياسًا على من أوصى حي وميت، فإنما تكون كلها للحي^(٣).

وبه قال بعض المالكية.

(١) سيأتي حكم الوصية للأولاد.

(٢) للمصادر السابقة.

(٣) ينظر مسألة حكم الوصية حي وميت، من الوصايا والتزويل، مصدر سابق، ١/ ١١٠.

الأمر الرابع: أن تلدهما حين ثم يموت أحدهما.

فجمهور أهل العلم: أن نصيبه لورثته؛ لأنه استحق بالولادة.

وعند الحنفية: إن كانت الوصية بعين فللورثة، وإن كانت بمنفعة بطلت الوصية؛ لأن المنافع عندهم ليست أموالاً فلا تورث.

المطلب الرابع: غلة الموصى به قبل وجود الحمل:

للعلماء في هذه المسألة أقوال:

القول الأول: أن الغلة لورثة الموصى حتى يوجد الحمل:

وقالت به بعض المالكية.

وحجته: أن الغلة قبل وضع الحمل لورثة الموصى؛ لتعذر القبول من الحمل، وعدم الاعتداد بقبول وليه قبل ولادته.

القول الثاني: أنها للموصى له توقف مع الأصل الموصى به حتى يولد فيعطى

الأصل، والغلة:

وبه قال الحنفية، وقول عند المالكية.

وحجته:

(١٧٣) ١. ما رواه الإمام أحمد من طريق محمد بن حفاف بن إسماعيل عن عمرو،

عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: (الحراج بالضمان)^(١).

(١) حسنة أحمد ٤٩/٦. وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٦٢٧)، وإسحاق في المستدرک ١٥/٢، وابن عبد البر في التمهيد ٢٠٦/١٨ من طريق يحيى بن سعيد به، وأخرجه في ١٦١/٦ عن قرائن بن نعيم، وفي ٢٠٨/٦ عن وكيع، وفي ٢٢٧/٦ عن يزيد، وأبو داود (٣٥٠٨) عن أحمد بن يونس، وفي (٣٥٠٩) من طريق سليمان، وعبد الرزاق ١٧٦/٨ عن سليمان، وابن أبي شيبة ١٨٣/٥، ومن طريقه ابن ماجه (٢٢٤٢)، وأبو يعلى (٤٥٧٥) من طريق وكيع، والبيهقي (١٢٨٥) من طريق عثمان بن عمر، وأبو عامر العقدي، والنسائي (٢٥٤/٧) من طريق عيسى بن يونس، ووكيع، والشافعي ١٤٣/٢ من طريق سعيد بن سالم، والدارقطني ٥٣/٣، والبيهقي في السنن ٣٢١/٥ من طريق ابن أبي ذئب، كلهم (يحيى، وقرآن، ووكيع، ويزيد، وأحمد بن يونس، وسليمان، وعثمان بن عمر، وأبو عامر العقدي، وعيسى

فكأنما ضمنه عليه، فخرجه له.

٢. القياس على الميراث، قالعة فيه للحمل، فكذلك الوصية.

٣. أن من ملك شيئاً ملك غلته.

القول الثالث: الفرق بين الوصية بمعين:

فغلته للموصى له اتفاقاً، وبين الوصية بجزء شائع، كالثلث، والرابع، فيجري فيها الخلاف.

وبه قال بعض المالكية^(١).

وحجته: ما تقدم في أدلة القولين السابقين.

شرح:

فرق الحنفية بين إقرار الموصى بوجود الحمل حين الوصية، وعدم إقراره، ففي حالة إقراره تصح الوصية إذا جاءت به لأقل من سنتين من تاريخ الوصية، سواء كانت متزوجة أو معتدة، أو خالية منهما.

بن يونس، وابن أبي فديك، وسعيد، عن محمد بن محمد بن محمد بن أبي ذؤيب، عن محمد بن خلف بن إسماعيل بن رخصة الغفاري.

وأخرجه أحمد ٨٠٠/٦، وفي ١١٦/٦، وأبو داود (٣٥١٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، والدارقطني ٥٣/٣، وابن حبان (٤٩٢٨) من طريق مسلم بن خالد، والبيهقي (١٢٨٦) من طريق عمر بن علي الملقب بـ «كلامه» (مسلم بن خالد، وشعر بن علي) عن هشام بن عروة، «كلامه» (محمد بن خلف، وهشام بن عروة) عن عروة، فذكره، رواية مسلم بن خالد الزنجي: «أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله، ثم وجد به عبداً فزده». فقال: يا رسول الله إنه قد اشتغل غلامي. فقال رسول الله ﷺ: الخراج بالعتان^٢.

وأخرجه ابن عدي في الكامل ٢٤٣٧/٩ من طريق يزيد بن عياض، عن محمد بن خلف بن إسماعيل بن رخصة، وأخرجه الخطيب في تاريخه ٢٩٧/٨ من طريق إبراهيم بن عبد الله الحروي، حدثنا أبو الهيثم خالد بن مهران البلخي، عن هشام بن عروة، عن عائشة رضي الله عنها.

الحكم على الحديث: قال الرمزي هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وكذا أحسنه العمري، وضعفه البخاري، وأبو داود وصححه الترمذي، وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبان، والحاكم، وابن القطان.

(١) للمصنف السابقة للمالكية.

وفي حالة عدم الإقرار فيه تفصيل:

أولاً: إن كانت أمه زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية أو تاريخ الوفاة، على خلاف بينهم، وإلا فلا.

ثانياً: إن كانت أمه معتدة من طلاق بائن، أو وفاة زوج، فإن الوصية تصح له إذا ولد لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة، أو الوفاة، وإلا فلا.

وحجتهم:

١. في التفرقة بين الإقرار وعدمه، أن المقر يأخذ بإقراره ما لم يتبين كذبه، إلا أن تضعه بعد انتهاء أقصى مدة الحمل وهو سنتان، فلا يصح لتبين كذبه.
 - ونوقش: أنه من باب الإقرار على الغير وهو باطل؛ إذ يتضرر الورثة بذلك.
 ٢. وفرقوا بين ذات الزوج، والمعتدة في حال عدم الإقرار أن الحكم بلحوق نسب المولود قبل انتهاء أقصى مدة الحمل وهو سنتان من تاريخ الوفاة أو الفرقة؛ لأنه إذا لحق نسبه بالزوج تبين أنه كان موجوداً عند الفرقة أو الوفاة^(١).
 - ونوقش: بأنه لا تلازم بين ثبوت النسب، وبين وجود الحمل وقت الوصية.
- المطلب الخامس: وقت استحقاق الحمل ملك الموصى به:
- للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن الحمل يستحق الملك الموصى به بمجرد موت الموصي؛ وإليه ذهب الحنفية^(٢)، والمالكية في قول^(٣).

والشافعية في المعتمد^(٤)، والحنابلة في قول^(٥).

(١) بدائع الصنائع ٣٣٦/٧، الوصية الواحدة ص ١٣١، الوصايا والتبريل ص ١٧٤.

(٢) تبين الحقائق ١٨٦/٦، حاشية ابن عابدين ٦٥٣/٦.

(٣) حاشية الذموي، مرجع سابق، ٤٢٣/٤.

(٤) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ٤٥/٦.

(٥) كشف القناع ٣٥٧/٤، الفروع لابن مفلح ٣١/٥.

وحجته: أن الظاهر هو وجود الحمل وحياته، فيملك قبل الانفصال.

القول الثاني: أن الملك لا يثبت للحمل في الوصية إلا بعد انفصاله حيًا؛
وإليه ذهب المالكية في المعتمد^(١).

والشافعي في قول^(٢)، والحنابلة في الصحيح^(٣).

وحجته: أن الحمل قبل الانفصال غير محقق الوجود والحياة، فلا يملك إلا بعد تحقق
وجوده وحياته.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن الحمل يستحق الملك الموصى به بمجرد موت الموصي؛ وذلك
لأن الظاهر هو حياة الجنين ووجوده، ويكون ملكا مراعى حتى يتفصل، فإن انفصل حيًا
تم له الملك، وإلا لم تصح الوصية، ويرد ما أوصى له به إلى ورثة الموصي.

(١) الهجة شرح الشفحة ٣١٢/٩، البشرح الكبير، حاشية السنوسي عليه ١/٢٢٦.

(٢) أسنى المطالب للأتصاري، مرجع سابق، ٣/٣١.

(٣) الفروع وتصحيح، مرجع سابق، هـ ٣١/٥.

المبحث السادس

الشروط السادس: أن يكون أهلاً للتملك

وفيه مطالب:

المطلب الأول: وقت اعتباره:

للعلماء في ذلك رأيان:

الرأي الأول: أنه يكفي أن يكون الموصى له أهلاً للتملك حقيقة أو حكماً حالاً أو مآلاً:

وبه قال المالكية^(١).

الرأي الثاني: أنه يشترط أن يكون أهلاً للتملك وقت الوصية إذا كان الموصى له غير جهة:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).المطلب الثاني: الوصية للميت:

اختلف العلماء ﷺ في المسألة على أقوال:

القول الأول: إن جهل موته فالوصية باطلة، وإن علم موته فالوصية صحيحة: وهو قول المالكية^(٣).

ونص المالكية: بأن الوصية تصرف في قضاء ما على الميت من دين، وألا صرفت لورثته إذا لم يكن عليه دين، فإن لم يكن له وارث دفعت إلى بيت المال. وقيل: تبطل الوصية إذا لم يكن له وارث^(٤).

(١) المدونة ٣١٥/٤، الدعوى ٢٤١/٧، جامع الأمهات ٣٩١/١، الشرح الكبير ٤٢٦/٤.

(٢) لمصادر السابقة.

(٣) المدونة ٣٢٧/٤، شرح الخروشي ١٧٠/٨، حاشية العدوي ٢٢٥/٢، منح الجليل ٥١١/٩.

(٤) حاشية الدسوقي ٤٢٦/٤، وحاشية العدوي ٢٢٦/٢، وبلغت السالك ٣١٨/٤.

القول الثاني: عدم صحة الوصية للميت:

وبه قال الحنفية، وقول مالك،

وهو مذهب للشافعية، والحنابلة^(١).

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. عموم أدلة الوصية، وهي تشمل الوصية للميت^(٢).

٢. أن المقصود بالوصية نفع الموصى له، والميت أحوج ما يكون إلى ذلك.

دليل القول الثاني:

١. أن من شرط الموصى له أن يكون موجوداً، والميت غير موجود.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يسلم اشتراط وجود الموصى له، ولهذا صحة الوصية للمعدوم كما حرر في موضعه.

٢. أن الوصية تمليك، والميت لا يصح تمليكه.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أنه استدلال في محل النزاع.

الوجه الثاني: عدم التسليم؛ فالوصية تمليك والتفان وإن لم يحصل تمليك.

٣. أنه أوصى لمن لا تصح الوصية له لو لم يعلم حاله، فلا تصح إذا علم حاله، كالبهيمه.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه لا يسلم عدم صحة الوصية للبهيمه.

(١) للبسوط ١٤٩/٢٤، تبين الخلاف ١٩٢/٦، نتائج الأفكار ٤٤٨/١٠، الحاوي ٧٩٨/٨، فلهذا ٣٣٩/٢.

الإقناع في حل أي ألفاظ أبي شجاع ١٣٢/٢، للشرح مع الإيضاح ٣٢٢/١٧، الإقناع ١٠/٢، شرح منتهى الإرادات ٤٦٩/٢، الوصايا والتبريل ١٧٦.

(٢) ينظر: باب الأول.

٤. أنه عقد يقتدر إلى القبول، فلم يصح للميت كالميتة^(١).
ونوقش هذا الاستدلال: بأن القبول مشروط حيث أمكن القبول، وإلا فلا يشترط
كالوصية للجهة والبهيمة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله، ولأن الوصية فعل خير وقرينة فيكثر
منها، وعلى القول بالصحة تقضى من الوصية ديون الميت وتنفذ وصاياه.

المطلب الثالث: الوصية لحي وميت:

قال في الإنصاف: "عمل الخلاف إذا لم يقل هو بينهما، فإن قاله كان له النصف قولاً
واحداً"^(٢).

إذا أوصى لحي وميت:

اختلف العلماء رحمهم الله القائلون بعدم صحة الوصية للميت في حكم هذه الوصية
على أقوال:

القول الأول: أنه إن علم موته فالكل للحي، وإن لم يعلم فاللحي النصف؛
وهو رواية عن أبي يوسف، والإمام أحمد^(٣).
وحجته: القياس على الوصية لفلان والجماد.
القول الثاني: أن الحي له نصف الوصية مطلقاً.
وبه قال أبو حنيفة.
وهو قول للشافعية، ومذهب الحنابلة^(٤).

(١) الشرح الكبير مع الإنصاف، مرجع سابق، ٣٣٢/١٧.

(٢) نغمة.

(٣) لميسوط ١٥٩/٢٤، الإنصاف مع الشرح الكبير ٣٣٢/١٧.

(٤) المصادر السابقة، ونهاية المحتاج ٤٣/٦.

وحجته: أنه جعل الوصية لاثنتين، فلم يستحق أحدهما جميعها، كما لو كانا ممن تصح الوصية لهما فمات أحدهما أو كما لو لم يعلم الحال^(١).

القول الثالث: إذا قال لفلان وفلان الميت، فالوصية للميت:

وإن قال بين فلان وفلان فنصفها للميت.

وبه قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن، والثوري^(٢).

وحجته: الوقوف مع لفظ بين، فإنها صريحة في التقسيم والتجزئة، فصار كأنه أوصى لكل واحد منهما بنصف الوصية صراحة.

القول الرابع: أن الكل للميت:

وهو الأصح عند الشافعية^(٣).

وحجته: أن الميت بمنزلة المعدم.

وتقدم صحة الوصية للميت، وعلى هذا يكون للميت النصف، والميت النصف الآخر، شرع:

قال في الشرح الكبير: "فأما إن وصى لاثنتين حيئذ فمات أحدهما فلا خير لنصف الوصية لا نعلم في هذا خلافاً، ومثله لو بطلت الوصية في حق أحدهما لردده لها أو لخروجه عن أن يكون من أهلها، ولو قال: أوصيت لكل واحد من فلان وفلان بنصف الثلث أو بنصف المائة أو بخمسين لم يستحق أحدهما أكثر من نصف الوصية سواء كان شريكه حياً أو ميتاً؛ لأنه عين وصيته في النصف فلم يكن له حق فيما سواه"^(٤).

(١) الشرح الكبير مع الإيضاح، مرجع سابق، ٣٣٣/١٧.

(٢) للمصادر السابقة.

(٣) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٥٥/٣.

(٤) الشرح الكبير مع الإيضاح.

المطلب الرابع: الوصية للجهة:

المراد بها كل مؤسسة ذات منفعة دينية، أو دينوية كالمسجد، والقنطرة، والملاجئ، ونحو ذلك.

وفيها مسائل:

المسألة الأولى: حكم الوصية للجهة:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية للجهة على أقوال :

القول الأول: أنها صحيحة:

وهو قول محمد بن الحسن، والمالكية.

والأصح عند الشافعية، وقول الحنابلة^(١).

القول الثاني: أنها باطلة:

وبه قال بعض المالكية^(٢).

القول الثالث: إن أوصى لعمارتها فصحيحة، وإن أوصى لها مباشرة فباطلة:

وبه قال أبو يوسف من الحنفية.

ووجه عند الشافعية^(٣).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول: (الصحة):

استدل بهذا الرأي بما يلي:

١. عمومات أدلة الوصية^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٣/٤١٧، روضة القضاة ٢/٦٨٠، درر الحكام ٩/١٣٤، مواهب الجليل ٦/٣٦٥، حاشية

الدسوقي ٤/٤٢٢، أمسي لمطالب ٣/٣٠، الإنصاف ٧/٦٣٦، كشف القناع ٤/٣٥٩، الوصايا ص ١١٦.

(٢) لمصادر السابقة للمالكية

(٣) لمصادر السابقة.

(٤) ينظر: الباب الأول.

٢. أن المقصود بالوصية لهذه الجهات أهلها المستفيدون منها، فالوصية لها وصية لهم، وهم من أهل للملك والتملك.

٣. أن الجهة ذات شخصية معنوية صالحة للإمتلاك والتملك.

أدلة القول الثاني: (البطلان)

أن الوصية تمليك وهذه الجهات فاقدة أهلية التملك كالدابة^(١) ونوقش هذا الاستدلال: بأن تمليك كل شيء بحسبه، و-أيضاً- الأصل المقيس عليه غير مسلم، كما سيأتي..

دليل القول الثالث:

أنه في حالة الوصية لها مباشرة ينصرف اللفظ إلى التمليك الذي يدل عليه اللام في قوله: "أوصيت بثلاثي للمسجد" بخلاف الوصية بعمارتهما، فإنها لا تقتضي التمليك بل للإنفاق على عمارتهما فيصح.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله؛ ولأن تمليك كل شيء بحسبه، ولما يترتب على ذلك من المصلحة الكبيرة الدينية والدنيوية.

المسألة الثانية: إذا أوصى لجهة من الجهات دون تعيينه:

ثم حدث ما يماثلها من الجهات، كالوصية لمسجد مدينة كذا ثم حدث مسجد آخر. فللعلماء قولان:

القول الأول: استواء القديمة والحديثة في الاستحقاق:

وبه قال بعض المالكية^(٢).

(١) معني المحتاج، مرجع سابق، ٦١/٣.

(٢) شرح الرزقاني ١١٧٨/٨، الوصايا والتفريق ص ٢١٦.

وحجته: قاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأزمان.

القول الثاني: اختصاص الجهة الموجودة بالوصية دون الطارئة:

وبه قال بعض المالكية^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

المسألة الثالثة- مصرف الوصية إذا كان على جهة

إن عين الموصي ما تصرف فيه وصيته وجب الرجوع إلى شرطه؛ لعموم أدله العمل بشرط الموصين، فإن لم يعين فإنها تصرف فيما جرى العرف بصرفها فيه؛ لقاعدة العرف كالشرط، والعادة محكمة.

فإن لم يكن نص ولا عرف، فإنها تصرف في مصالح الجهة الموصى لها الأهم فالأهم باحتداد الموصى إليه.

واختلف الفقهاء إذا زادت الوصية على حاجة الجهة الموصى لها على أقوال:

القول الأول: يصرف ما استغنى عنه في القائمين على الجهة من أئمة ومؤذنين

ونحوهم، بحسب الجهة:

وبه قال بعض المالكية^(٢).

القول الثاني: أنه يصرف في الجهات المثيلات:

وبه قال ابن حبيب^(٣).

وحجة هذين القولين: مراعاة قصد الموصي.

(١) للمصادر السابقة.

(٢) للمصادر السابقة.

(٣) للمصادر السابقة.

القول الثالث: يحتفظ به، ويدخر لوقت الحاجة في المستقبل:

وإن استعني عنه حاضراً، ومستقبلاً بطلت الوصية فيما زاد على الحاجة ورد للورثة.
وهو قول الشافعية^(١).

وحجته: الوقوف مع لفظ الموصي.

والأول أصح؛ لأن في إبطال الوصية حرماناً للموصي من ثواب وصيته، وتحقيق رغبته في الإحسان إلى من أحسن إليه وتبديلاً للوصية، وذلك لا يجوز.

المسألة الرابعة: حكم الوصية عند تعذر وجود الجهة:

إذا تعذر وجود الجهة الموصى لها، فللعلماء قولان:

القول الأول: بطلان الوصية.

وهو قول للمالكية^(٢).

القول الثاني: عدم بطلانها.

وبه قال بعض المالكية^(٣).

وسئل ابن زرب عن رجل أوصى ببناء مسجد في أرض، فسبقه آخر فبناه في حياته، وبقيت الوصية على حالها، فقال: لم يحضرني جواب^(٤)، ونقل ابن عرفة أنه إذا تعطل المصروف فتصرف في مثله^(٥).

الأدلة:

دليل القول الأول:

استدل لهذا الرأي بالآتي:

١. أن فقدان الركن يترتب عليه بطلان العقد وقساده.

(١) تحاية المحتاج، مرجع سابق، ٤٧/٦.

(٢) للمصادر السابقة للمالكية

(٣) نفسه.

(٤) المعيار، مرجع سابق، ٦٥/٧.

(٥) المرجع نفسه.

٢. القياس، فإن الإجماع متعقد على أن من أوصى لابن فلان فلم يولد له حتى مات أن الوصية باطلة وتعود للورثة لعدم المستحق الموصى له، ولذلك يجب أن يكون الأمر هنا إذا لم توجد الجهة المعنية بطلت الوصية
٣. أن صرف الوصية لجهة غير التي سماها يعتبر مخالفة للوصية وتبدلاً لها، وذلك كله لا يجوز؛ لقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (١)، وقوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم" (٢).

ودليل القول الثاني:

مراعاة قصد الموصي، فإن الغالب على الموصي في مثل هذه الحالة الحرص على تنفيذ وصيته وتعيين تلك الجهة ليس ضروريا عنده، وإنما هو اختيار منه للموصى له حتى لو علم أو تحقق من عدم وجود تلك الجهة التي أوصى لها لأوصى لجهة أخرى رغبة منه في الثواب والأجر بأي وجه كان، ومن القواعد في الوصايا: تقديم القصد على اللفظ عند تعارضهما.

وقد حس أبو الحسن الميرزا كتباً على مدرسة ابتدائها بالقيروان، وأخرى بتونس، وجعل مستقرها بيتاً بجامع الزيتونة بها، فلما يمسن من إتمامها قسمت الكتب على مدارس تونس (٣)؛ لأن الوصية والحبس من باب واحد كما يقال (٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صرف الوصية في مثلها؛ لقوة دليله.

المسألة الخامسة: تكييف الوصية للجهة:

الوصية عقد يوجب حقاً، وهذا الحق قد يكون منفعته بحسب نص الموصي في وصيته،

(١) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٢) سبق تخريجه برقم (١٦٨).

(٣) للمعيار، مرجع سابق، ٣٣٥/٧.

(٤) نفسه.

وقد يكون عيناً، وعلى هذا فلا يخلو من أمور:

١. أن يوصي بمنفعة شيء، لجهة معينة على جهة التأييد، فيكون وفقاً عليها له حكم الوقف.

٢. أن يوصي برقبة شيء، فهذه الوصية تمليك.

٣. إذا لم يصرح الموصي بقصد، فتحمل على الحبس إذا تلفظ به حملاً للفظ على حقيقته، كما تحمل على تمليك العين إذا أطلق في لفظ وصيته حملاً للفظ على ظاهره.

٤. أن يقول هي صدقة على جهة كذا كالمسجد ونحو ذلك، فيحمل على الوقف؛ لأن الناس يريدون بالصدقة على المساجد والمدارس التحسيس عليها، والحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغوية^(١).

المسألة السادسة: الوصية للجهة المحرمة والمكروهة

تصح الوصية للجهة المشروعة والمباحة.

واختلف العلماء في الوصية للجهة المحرمة والمكروهة:

وفي ذلك أمران:

الأمر الأول: الوصية للجهة المحرمة، كما لو أوصى للمغنيين والنائحات وأهل البدع، ونحو ذلك، فلا تصح بالاتفاق؛ لما يلي:

١. قول الله ﷻ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(١).

٢. ما رواه البخاري ومسلم من طريق الأعرج، عن أبي هريرة ؓ أن رسول الله

ﷺ قال: "قال رجل: لأتصدقن بصدقة، فخرج بصدقته، فوضعها في يد سارق،

فأصبحوا يتحدثون: تصدق علي سارق فقال: اللهم لك الحمد، لأتصدقن

(١) المعيار العرب ٤٨٥/٩، التوازل الصغرى ٢٤٥/٤، حاشية الدسوقي ٤٢٦/٤، الوصايا والتبريل ص ٢٣٠.

(٢) من الآية ٢ من سورة المائدة.

بصدقة، فخرج بصدقة فوضعها في يدي زانية، فأصبحوا يتحدثون: تصدق الليلة على زانية، فقال: اللهم لك الحمد، على زانية؟ لأتصدق بصدقة، فخرج بصدقة، فوضعها في يدي غني، فأصبحوا يتحدثون: تصدق على غني، فقال: اللهم لك الحمد، على سارق وعلى زانية وعلى غني، فأني فقيل له: أما صدقتك على سارق فلعله أن يستعف عن سرقة، وأما الزانية فلعلها أن تستعف عن زناها، وأما الغني فلعله يعتبر فينفق مما أعطاه الله^(١).

وجه الدلالة: أن الصدقة هنا على الزانية والسارق لم تحصل بصفة الزنا والسرقة، وإنما بصفة المرأة امرأة والرجل رجل، والوصية نوع من الصدقة.

الأمر الثاني: الوصية للجهة المكروهة:

مثل لو أوصى من يذكر الله جماعة دائماً ونحو ذلك.

فللعلماء قولان:

القول الأول: بطلان هذه الوصية.

وهو قول الشافعية^(٢).

وحجته: أن المكروه منهي عنه.

القول الثاني: صحتها.

وبه قال المالكية^(٣).

وحجته: أن الأصل الصحة.

والأقرب:

القول الأول؛ إذ المكروه منهي عنه.

(١) صحيح البخاري في الزكاة، باب إذا تصدق على غني (١١٦١)، ومسلم في الزكاة، باب لوت أجر المتصدق (٢٤٠٩).

(٢) نهاية المحتاج ٤٧/٦.

(٣) للمعيار المغرب ٤٨٥/٩، النوارل الصغرى ٢٤٥/٤، حاشية الدموي ٤٢٦/٤، الوصايا والتبذير ص ٧٢.

المطلب الخامس: الوصية للحيوان، وتحت مسائل:

المسألة الأولى: مشروعيتها:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية للحيوان على أقوال:

القول الأول: أنها صحيحة إذا لم يقصد تملك البهيمة:

وهو مذهب الخنابلة^(١).

القول الثاني: إن قصد تملك البهيمة، أو أطلق فلا تصح، وإن وصى في علفها

فصحيحة:

وهو مذهب الشافعية^(٢)، وظاهر قول الحنفية.

جاء في الفتاوى الهندية: "ولو أوصى لفرس فلان يتفق عليه كل شهر عشرة، فالوصية

لصاحب الفرس"^(٣).

القول الثالث: بطلان الوصية للحيوان:

وهو قول المالكية^(٤)، وفي قول لهم: لا تصح الوصية لبهيمة لا منفعة لأدمي فيها، جاء

في منح الجليل: "لا لبهيمة لا منفعة فيها لأدمي"^(٥)، فظاهره: صحة الوصية لبهيمة فيها

منفعة لأدمي.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل بهذا القول بما يلي:

١. عمومات أدلة الوصية.

(١) الشرح الكبير مع الإيضاح، مرجع سابق، ٣٣١/١٧.

(٢) حواشي الشرواني ١١/٧، إغاثة الطالبين ٢٤٣/٣، أنس للمطالب ٣٢/٣.

(٣) الفتاوى الهندية ٩١/٦.

(٤) البهجة، مرجع سابق، ٥١٣/٢.

(٥) منح الجليل ٣٤٦/٥.

(١٧٥) ٢. ما رواه البخاري ومسلم من طريق أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "بيننا رجل يمشي فاشتد عليه العطش، فنزل بئرا فشرب منها ثم خرج، فإذا هو بكلب يلهث يأكل الثرى من العطش، فقال: لقد بلغ هذا مثل الذي بلغ بي، فملأ خفه ثم أمسكه بفيه، ثم رقى فسقى الكلب، فشكر الله له فغفر له". قالوا: يا رسول الله وإن لنا في البهائم أجرا؟ قال: "في كل كبد رطبة أجر"^(١).

(١٧٦) ٣. وما رواه مسلم من طريق هشام، عن محمد، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ "أن امرأة بغيا رأت كلبا في يوم حار يطيف ببئر فلدت له لسانه من العطش، فنزعت له بموقها فغفر لها"^(٢).

٤. أنه إذا قال أوصيت لهذه الدابة فإن هذا تمليك، وهي ليست من أهل التملك. وتوقف: بأن اشتراط تمليك الموصى له غير مسلم به، وأيضا فإن تمليك كل شيء بحسبه. دليل القول الثاني: (التفصيل)

١. أن الوصية تمليك، والبهيمة ليست من أهل التملك.
٢. أنه إذا قال: أوصيت لينفق على هذه الدابة صحت الوصية؛ لعدم التملك هنا، وإنما نفع هذه الدابة.

دليل القول الثالث: (البطلان)

أن الحيوان ليس أهلا للتمليك،
وتقدمت مناقشته.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه القائلون بالصحة؛ لأن التبرع بالمال عن طريق الوصية فعل خير، والأصل أن يكثر منه ويحث عليه.

(١) صحيح البخاري في مناقاة، باب فضل سقى الماء (٢٣٦٣).

(٢) صحيح مسلم في السلام، باب فضل سقى البهائم (٥٩٩٧).

المسألة الثانية: قبول رب الحيوان:

اختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط قبول رب الحيوان لصحة الوصية على الحيوان، على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط:

وهو قول الحنابلة^(١).

وحجته: ما تقدم من عمومات أدلة الوصية للحيوان.

القول الثاني: أنه يشترط:

وهو قول الشافعية^(٢).

وحجته: أن الوصية في الحقيقة راجعة إلى رب الحيوان.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أنه يشترط قبول ربها إذا لحقه ضرر بالمنة، فإن لم يكن فلا يشترط؛ لما في ذلك من الإحسان على الحيوان الذي جاءت به الشريعة، فالأمر لا يختص برب الحيوان.

المسألة الثالثة: مصرف هذه الوصية:

تصرف هذه الوصية في الإنفاق على الحيوان اتباعاً لشرط الموصي^(٣) ونصت الشافعية: على أن الذي يتولى الإنفاق عليها الوصي، أو نائبه من مالك أو غيره، ثم القاضي، ثم نائبه.

ونصت الشافعية - أيضاً - على أنه إذا قامت قرينة على قصد ماليتها وأن ذكر الحيوان على وجه الاستطراف، فإن الوصية تكون ملكاً له يصرفه كيف يشاء اتباعاً لقصد

(١) الإنصاف مع الشرح الكبير، مرجع سابق، ٣٣٦/١٧.

(٢) حواشي الشرواني، ١١/٧، إغاثة الطالبين ٢٤٣/٣، أسنى لطالب ٣٢/٣.

(٣) للتأصيل السابقة.

الموصي الذي دل على اعتباره حديث عمر: "إنما الأعمال بالنيات"^(١).

المسألة الرابعة: وفاة الحيوان، أو بيعه:

اختلف العلماء رحمهم الله إذا تولى الحيوان الموصى له في حكم مصرف الوصية على

قولين:

القول الأول: بطلان الوصية، ويرجع الموصى به أو ما بقي منه لورثة الموصي:

وبه قال الحنفية، والحنابلة^(٢).

لأن المقصود نفع الحيوان.

القول الثاني: أن الوصية ترجع إلى رب الحيوان:

وبه قال الشافعية^(٣).

لأن المقصود مالك البهيمة في الأصل.

والأقرب:

- والله أعلم - أنه ينظر إلى قصد الموصي، فإن قصد نفع المالك فالوصية له بعد موت

الحيوان، وإن قصد مجرد نفع الحيوان فقط فالوصية ترجع إلى ورثة الموصي، وإن أطلق أو

جهل الأمر فالوصية لرب الحيوان.

وأما في حالة البيع:

فعند الحنفية: لا يصح البيع.

وعند الشافعية: يصح البيع وتنتقل الوصية للمشتري بانتقال الدابة، وهو قول النووي،

قياساً على الوصية للعبد، وهو مقتضى قول الحنابلة.

وقال الرافعي: تبقى الوصية للبائع؛ لأن المقصود المالك الأصلي.

(١) تقدم لمخرجه برقم (٩٧).

(٢) لمصادر السابقة.

(٣) تحسها.

وقال السيكي: إن باعها قبل موت الموصي، فللمشتري، وإن باعها بعده، فلبائع.

والأقرب:

صحة البيع، والرجوع للمقارن.

المسألة الخامسة: أن تكون الوصية للبهيمة لجهة العامة:

كما لو أوصى للخيل المسبلة، أو خيل الجهاد، ونحو ذلك.

وقد نصت الشافعية على صحة هذه الوصية، وهو مقتضى كلام بقية العلماء بانتفاء

قصد التملك، وقصد نفع البهيمة.

المطلب السادس: الوصية للملك والجن:

جاء في معنى المحتاج: "قال القاضي أبو الطيب: ويؤخذ منه أيضًا أن الوصية لا تصح

لجن، وبه صرح ابن قدامة الحنبلي؛ لأنه لا يملك بالتمليك"^(١).

وجاء في الشرح الكبير: "(ولا تصح لملك ولا لبهيمة ولا لجن)؛ لأنه تمليك فلم يصح

لهم كالهبة"^(٢).

(١) معنى المحتاج، مرجع سابق، (٣/٣٠).

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، مرجع سابق، ١/٩٦.

المبحث السابع

الشرط السابع: أن يكون الموصى له مسلماً

تحرير محل النزاع:

أولاً: في الوصية للكافر إذا أوصى إليه بصفته الشخصية، كأن يوصي لفلان أو فلانة، فإذا هما من أهل الكفر في الواقع، دون الإشارة في وصيته إلى صفتيهما الكفرية. وأما إذا أوصى له بصفته كافراً، فإن الوصية تكون باطلة اتفاقاً مطلقاً، كان الموصى ذمياً، أو حريياً، مثل الوصية لمن يرتد؛ لأن الوصية في هذه الحالة تكون وصية لجهة الكفر؛ لأن ترتب الحكم على المشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق. قال الرملي: "أما لو قال: أوصيت لزيد الحري أو الكافر أو المرتد لم يصح؛ لأن تعليق الحكم بالمُشتق يؤذن بعلية ما منه الاشتقاق، فكأنه قال: أوصيت لزيد خرابته أو كفره أو ردته فتفسد الوصية؛ لأنه جعل الكفر حاملاً على الوصية".

ثانياً: لا تصح الوصية للذمي فيما لا يصح تملكه، كالوصية له بالمصحف، ونحو ذلك.

(١٧٧) لما روى مسلم من طريق نافع، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه، عن رسول الله ﷺ (أنه كان ينهى أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو، مخافة أن يناله العدو)^(١).

وفيه مطالب:

المطلب الأول: الوصية للذمي، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الوصية للذمي:

اختلف العلماء فيما عدا ذلك في الوصية للذمي على أقوال:

القول الأول: الجواز:

وبه قال جمهور العلماء^(٢).

(١) صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب النهي أن يسافر بالمصحف إلى أرض الكفار (٤٩٤٧).

(٢) ليسوط ١٤٧/٢٧، تبين الحقائق ١٨٣/٦، البحر الرائق ٥٢٠/٨، شرح الحرشي ٧٠/٨، المهذب ٥٤٩/٢.

قال ابن حزم: "والوصية للذمي جائزة، ولا نعرف في هذا خلافاً"^(١).
وقال ابن قدامة: "وتصح وصية المسلم للذمي، والذمي للمسلم، والذمي للذمي، روي
إجازة المسلم للذمي عن شريح والشعبي والثوري والشافعي وإسحاق، وأصحاب الرأي؛
ولا نعلم عن غيرهم خلافهم"^(٢).

وعند المالكية: مع الكراهة.

القول الثاني: الجواز إذا كان على وجه الصلة، كما لو كان أبوه كافراً:
وبه قال ابن قاسم^(٣).

القول الثالث: يجوز إذا كان هناك سبب، كجوار أو مكافئة ونحو ذلك:
وبه قال أشهب من المالكية^(٤).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل القائلون بصحة الوصية للذمي بما يلي:

١. قول الله ﷻ: ﴿وَيُطْعَمُونَ الْطَّعَامَ عَلَى حَيْثُ وَثِقَتِهِمْ وَأَسِيرًا﴾^(٥).

وجه الدلالة: أن الله تعالى امتدح الأبرار على إطعامهم الطعام للأسير، والأسير في
ذلك الوقت لم يكن إلا مشركاً كافراً، فدل ذلك على جواز الصدقة على الكافره ومن
ذلك الوصية له.

حاشية احتجاج ١٤/٦، المنيع ١٣٤/٦، كشف القناع ٤٢٧/٤.

(١) انظر: المحلى لابن حزم، مرجع سابق، ٣٦٤/٨.

(٢) انظر: المغني والشرح الكبير ٥٣٠/٦، كشف القناع ٤٢٧/٤، والظن: حاشية الدسوقي ٣٧٩/٤.

(٣) شرح الزرقاني، مرجع سابق، ١٧٨/٨.

(٤) نفسه.

(٥) من الآية ٨ من سورة الإنشاق.

(٦) انظر: المغني، مصدر سابق، ١١٤/٤.

قال الحسن البصري: "ما كان أسراهم إلا المشركين"^(١).

ويقول ابن جرير: "والصواب من القول في ذلك أن يقال: إن الله وصف هؤلاء الأبرار بأنهم كانوا في الدنيا يطعمون الأسير، والأسير قد وصفت صفته، واسم الأسير قد يشتمل على الفريقين، وقد عم الخير عنهم أنهم يطعمونهم، فالخير على عمومته حتى يخصه ما يجب التسليم له" إلى أن قال: "وكذلك الأسير معني به أسير المشركين والمسلمين يومئذ وبعد ذلك إلى قيام الساعة"^(٢).

٢. قول الله ﷻ: ﴿إِنْ تَدُوا الصَّدَقَاتِ فَرِحْتُمْ بِهَا وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْفُوهَا فَالْفُقَرَاءُ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَيَكْفُرْ عَنْكُمْ مِنْ سَعْيَاتِكُمْ﴾^(٣).

وجه الدلالة: أن الله تعالى أطلق لفظ (الفقراء) فلم يفرق بين فقير وفقير، فدل على جواز صرف الصدقة إليهم^(٤)، ومن ذلك الوصية.

٣. قول الله ﷻ: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنْ الَّذِينَ لَمْ يُغْنِيوْكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾^(٥).

وجه الدلالة:

قال أبو بكر الجصاص: "قوله ﷻ: ﴿أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ عموم في جواز دفع الصدقات إلى أهل الذمة؛ إذ ليسوا هم من أهل قتالنا"^(٦).

وقال ابن الحوزي: "قال المفسرون؛ وهذه الآية رخصة في صلة الدين لم ينصبوا الحرب

(١) جامع البيان (٦٥/٢٨)، وانظر: أحكام القرآن للجصاص (٣٧٠/٥).

(٢) جامع البيان (٢٩/٢٩).

(٣) من آية ٢٧١ من سورة البقرة.

(٤) انظر: بدائع الصنائع (٤٩/٢)، فتح القدير (١٩/٢).

(٥) من آية ٨ من سورة الممتحنة.

(٦) أحكام القرآن (٣٧٠/٥)، وانظر: جامع البيان لابن جرير (٦٦/٢٨).

للمسلمين، وجواز برهم، وإن كانت المولاة منقطعة منهم^(١).

وقال ابن كثير: "أي لا ينهاكم عن الإحسان إلى الكفرة الذين لا يقاتلونكم في الدين كالنساء والضعفة منهم"^(٢).

وعلى هذا يكون وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى صرح بأنه لا يحرم علينا البر والإحسان إلى الكفار الذين لم يناصرونا الحرب، ولا ينهاها عن ذلك، بل يجيزه لنا، ويحبه منا، ومن البر والإحسان الصدقة عليهم.

يقول الكاساني: "صرف الصدقة إلى أهل الذمة من باب إيصال البر إليهم، وما نحننا عن ذلك" ثم استدل بالآية^(٣).

٤. قول الله ﷻ: ﴿لَيْسَ عَلَيْكَ هُدَاهُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ يَهْدِي مَنْ يَشَاءُ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ فَلَا تُنْفِقُكُمْ وَمَا تُنْفِقُوا إِلَّا لِيَتَّبِعَ اللَّهُ وَجْهَ اللَّهِ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ خَيْرٍ يُوَفَّ إِلَيْكُمْ وَأَنْتُمْ لَا تُظْلَمُونَ﴾^(٤).

سبب نزول الآية:

(١٧٨) ما رواه النسائي من طريق جعفر بن إياس، عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "كانوا يكرهون أن يرضخوا لأنسابهم من المشركين فسألوا فريض لهم، فنزلت هذه الآية^(٥).

فالمسلمون كانوا يكرهون أن يتصدقوا على أقاربهم من المشركين ليدخلوا في الإسلام

(١) زاد المسير، مرجع سابق، (٢٣٧).

(٢) تفسير القرآن العظيم (٣/٤٩٩).

(٣) بدائع الصنائع، مصدر سابق، (٤٩/٢).

(٤) من آية ٢٧٢ من سورة البقرة.

(٥) سنن النسائي الكبرى في التفسير (١١٠: ١١٠)، والبراز (١٤٥٠)، وإحكام (٢/٢٨٥)، والعلواني في تلخيص التكميل.

(٦) ١٠/١٠٠، والبيهقي في السنن ٤/١٩١ من طريق جعفر بن إياس، عن سعيد بن جبيرة، به. وقد صححه إمامكم.

وإس حجر في تعليقه على مختصر زوائد البراز. وفي مجمع الزوائد ٣٥٤/٦، رجاله ثقات.

حاجة إليها، فنزلت الآية لبيان حصول الثواب^(١).

٥. عسوم قوله ﷺ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٢) فإنها تشمل الوالدين والأقربين الكافرين.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنها خاصة بذوي الرحم، فلا يصح الاحتجاج بها في غيرهم. وأجيب: بأنها تشمل الذمي من ذوي الأرحام.

٦. قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دِيْنِي﴾^(٣) فإنها صادقة بالوصية للكافر والمسلم.

ونوقش الاستدلال: بقوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا﴾^(٤) جاءت في سياق الميراث لبيان وجوب تقديم الوصية على الإرث، ولم تسق لبيان من يوصى له، ومن لا يوصى له، وقد قال كثير من الأصوليين في العام والمطلق: إنه لا يصح الاحتجاج بها في غير ما سبق له، وكما يمكن أن يقال: إن إطلاقهما مقيد بما دلت عليه أدلة من منع الوصية للذمي.

٧. قوله ﷺ: ﴿وَأَوْزَلُوا الْأَرْحَامَ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُنَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَيَّ أُولِيَايَكُم مَّعْرُوفًا﴾^(٥).

قال ابن الحنفية، وعطاء، وقتادة: "هي وصية المسلم لليهودي والنصراني"^(٦).

(١) جامع البيان ٩٣/٣، معالم التنزيل ٢٥٨/١، أحكام القرآن ١٢٣٧/١، المحرر الوجيز ٢/٢٣٥-٢٣٦، الجامع

لأحكام القرآن ١٣٣٧/٣، تفسير القرآن العظيم ١٣٢٣/١، التحرير والتنوير ٧٠/٣.

(٢) من الآية ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٤) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٥) من الآية ٦ من سورة الأحراب.

(٦) المغني ١٠٣/٦، الجامع لأحكام القرآن ٨٤/١٤.

ونوفش الاستدلال بهذه الآية من وجهين:

الأول: أنها خاصة بالأولياء والأقارب، فلا تشمل الأجانب.

الثاني: أنها لا تشمل الكافر أصلاً؛ لقوله ﷺ: ﴿إِنَّ أَوْلِيَاءَكُمْ﴾ ولا ولاية بين مسلم وكافر بنص القرآن ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ ذَاكِرُونَ﴾ (١)، ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا عِبَادَ كُفْرِكُمْ أَولِيَاءَ إِنِ اسْتَحَبُّوا الْكُفْرَ عَلَى الْإِيمَانِ﴾ (٢).

ولهذا قال مجاهد وزيد وغيرهما: إن المراد بالأولياء خصوص المؤمنين، وعلق عليه القرطبي بأن لفظ الآية يعرض هذا المذهب.

٨. قوله ﷺ: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾ (٣).

فهذا عام في الأقارب والأجانب، وإن كان سبب النزول خاصاً في الأقارب، فإن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ونوفش هذا الاستدلال: بأن هذه الآية منسوخة بآية السيف ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ (٤).

وقال آخرون: "هي مخصوصة في حلفاء النبي ﷺ، ولا تشمل غيرهم".

وقال آخرون: "هذا الحكم كان لعله صالحاً، فلما زال الصلح زال معه هذا الحكم ونسخ" (٥).

(١) من الآية ٥٥ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ٢٣ من سورة التوبة.

(٣) من الآية ٨ من سورة الممتحنة.

(٤) من الآية ٣٦ من سورة الشورى.

(٥) التلخيص لأحكام القرآن ١/١٠٤.

وأجيب: بأن هذه الأقوال تحتاج إلى دليل.

٩. ما رواه البخاري ومسلم من طريق أبي صالح، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: "في كل ربة أجر"^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأخذ بعمومه يقتضي جواز الوصية للحري، والمترد، وهم لا يقولون بذلك فيجب تخصيصه.

وأجيب: بأنه يخصص بما دل عليه الدليل، ويبقى ما عداه على عمومه.

(١٧٩) ١٠. ما رواه سعيد بن منصور قال: حدثنا سفيان، عن أيوب، عن عكرمة: "أن صفية بنت حيي باعت حجرها من معاوية بمائة ألف، وكان لها أخ يهودي، فعرضت عليه أن يسلم فيوثق فأبى، فأوصت له بثلاثمائة"^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه في الذمي القريب، فلا يصح الاستدلال به على العموم، ولا يصح قياس الأجنبي على القريب؛ لوجود الفرق بينهما وهو الرخم للمأمور بصلتها.

١١. ما يأتي من الأدلة على صحة الوصية للكافر الحري، فالذمي من باب أولى.

١٢. قياس الوصية على الهبة يجمع أن كلًا تبرع بمال ...، فإذا جازت الهبة له في الحياة جازت الوصية له بعد الوفاة.

(١) تقدم لمخرجه رقم (١٧٥).

(٢) متن سعيد بن منصور ١/٣، وعبد الرزاق في المصنف ٣٤٩/١، والبيهقي في السنن ٢٨١/٦ من طريق سفيان، عن أيوب، عن عكرمة "أن صفية بنت حيي باعت حجرها من معاوية بمائة ألف. وكان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيوثق فأبى، فأوصت له بثلاثمائة". عكرمة لم يسمع من صفية.

وأخرجه الدارمي في سننه ٤٢٧/٢، وعبد الرزاق في مصنفه ٣٥٣/١٠ من طريق ليث، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما "أن صفية أوصت لتسبب لها يهودي". ليث بن أبي سليم ضعيف.

وأخرجه البيهقي ٢٨١/٦ من طريق ابن وهب، أخو بني ابن الهيثم، عن بكير بن عبدالله أن أم علقمة مولاة عائشة زوج النبي ﷺ حدثته "أن صفية بنت حيي بن أخطب رضي الله عنها أوصت لابن أخ لها يهودي". أم علقمة مقولة لتقريب التهذيب ٢ / ٤٧٤، وقال العجلي: مدنية تابعة ثقة، للإسناد حسن.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الأول: أنه قياس على مختلف فيه، فإن العطية للكافر مختلف في جوازها بين العلماء، ولا يصح القياس على مختلف فيه.

الثاني: هو قياس مع وجود الفارق؛ فإن العطية في الحياة فيها صلة الرحم، بينما الوصية عطية بعد الموت لا يبعد أن يقال بعدمها للمكافر؛ لأن الله ﷻ يقول: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾^(١)، والوصية معروفة بعد فراق الدنيا.

ودليل الكراهة: إشار الدمي على المسلم.

ودليل القول الثاني، والثالث: (أنه لا يوصى للذمي إلا لسبب من صلة ونحوها)

١. قوله ﷺ: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾^(٢).
والوصية نوع من المودة، أو تدعو إليها، والنهي عن الشيء نهي عن سببه.
إلا أن القرافي فرق بين أهل الكفر، وبين المودة.

٢ (١٨٠)، ما رواه أحمد من طريق الوليد بن قيس التجيبي أخيه أنه سمع أبا سعيد الخدري أو عن أبي الهيثم عن أبي سعيد الخدري ﷺ أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: "لا تصحب إلا مؤمناً ولا يأكل طعامك إلا تقي"^(٣).

(١) من الآية ١٥ من سورة لقمان.

(٢) من الآية ٢٢ من سورة المجادلة.

(٣) مسند أحمد ٣/٣٨، وأخرجه الدارمي ١/١٠٣، وأبو يعلى (١٣١٥) عن زهير بن حرب، كلاهما عن عبد الله بن يزيد المقرئ، بهذا الإسناد على الشك.

وأخرجه ابن مبارك في الزهد (٣٦٤)، ومن طريقه أبو داود (٤٨٣٢)، والترمذي (٢٣٩٥)، واليعقوبي في شرح السنة (٣٤٨٤) عن حيوة، به على الشك، وقال الترمذي: هذا حديث حسن، إنما نعرفه من هذا الوجه.

وأخرجه الحاكم ٤/١٢٨، من طريق أبي عبد الرحمن المقرئ، عن حيوة بن شريح، عن سالم، عن الوليد، عن أبي سعيد، به مرفوعاً، قول شك.

(١٨١) ٣. ما رواد مسلم من طريق سهيل، عن أبيه، عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: (لا تبدءوا اليهود ولا النصارى بالسلام، فإذا لقيتم أحدهم في طريق، فاضطروه إلى أضيقه)^(١).

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهي عن بدئهم بالسلام فكيف يجوز بدؤهم بالهدية والوصايا؟ وقد علل العلماء النهي عن بدئهم بالسلام بما في ذلك من الإشعار بتعظيمهم، وهذا جار في الوصية إليهم، فإن تخصيصهم بالمال بدون مقابل أكثر تعظيماً، وتقديراً من مجرد البدء بالتحية عند اللقاء.

(١٨٢) ٤. ما رواد الترمذي من طريق خالد بن ظهيمان أبو العلاء قال: حدثنا حصين، قال: جاء سائل فسأل ابن عباس، فقال ابن عباس للسائل: أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: نعم، قال: أتشهد أن محمداً رسول الله؟ قال: نعم. قال: وتصوم رمضان؟ قال: نعم. قال: سألت وللسائل حق، إنه لحق علينا أن نصلك، فأعطاه ثوباً^(٢).

المسألة الثانية: الوصية لجهة أهل الذمة:

اختلف العلماء رضي الله عنهم في حكم الوصية لجهة أهل الذمة على قولين:
القول الأول: أنها لا تصح الوصية لهم:
وبه قال الحنابلة^(٣).

وأخرج ابن حبان (٥٦٠) من طريق ابن وهب (٥٥٤) و(٥٥٥)، والخطابي في العروة (١٤٢) من طريق ابن مبارك: كلاًهما عن حيوة، عن سالم، عن الوليد، عن أبي سعيد، به مرفوعاً دون شك.
وأخرج الطيالسي (٢٢١٣) ومن طريقه البيهقي في الشعب (٩٣٨٣) عن ابن المبارك، عن حيوة بن شريح الشامي، عن رجل قد سمع، عن أبي سعيد به.

(١) صحيح مسلم، كتاب السلام، باب النهي عن ابتداء الكفار بالسلام (٥٧٨٩).

(٢) سنن الترمذي (٢٤٨٤)، في الكواكب النيرات (٢٨): "خالد بن ظهيمان... أنه ابن حبان في الثقات، وقال أبو عبيد الأجرى: لم يذكره أبو داود إلا بخر ضعفه ابن معين، وقال: خلط قبل موته بعشر سنين، وكان قبل ذلك ثقة، قلت: وما ضعفه ابن معين إلا من أجل أنه اختلط".

(٣) الإنصاف ٢/٧، كشف القناع ٤/٣٥٦.

وحجتهم: أن الوصية شرعت في أصلها قرينة إلى الله ﷻ، فلا يصح منه إلا ما تمحّص فيه الثواب، والوصية لأهل الذمة عامة أو على طائفة منهم ليس بقرينة ولا يستحلب الثواب، بل هو معصية؛ لما فيه من إعانتهم على المسلمين^(١).

القول الثاني: تصح الوصية لأهل الذمة على وجه العموم:

وهو قول الحنفية، وبه قال: عبد الوهاب من المالكية.

وبه قال الشافعية، ورواية عن أحمد^(٢).

جاء في معني المحتاج: "وعلم مما تقرر أنه لا يتعطل في الوصية للذمي التعيين، بخلاف الحرّي والمترد، فتصح لأهل الذمة دون أهل الحرب والردة فلا تصح لهما، كما صرح به ابن سراقه"^(٣).

وحجتهم:

١. ما تقدم من الأدلة على صحة الوصية للذمي المعين.

٢. أن المراعى في الوصية، التملك، وأهل الذمة يملكون ملكاً محرّماً، فتصح الوصية عليهم^(٤).

والأقرب:

الصحة في هذه المسألة؛ إذ هو الأصل ما لم يترتب على ذلك عذر شرعي.

المسألة الثالثة: حكم الوصية يكتب العلم الشرعي للذمي، أو للكافر:

اختلف أهل العلم على قولين:

القول الأول: عدم صحة الوصية يكتب العلم الشرعي المشتبهة على الآيات،

(١) ينظر: شرح الزركشي (٢٩٨/٤)، تبين الحقائق ٢٠٠/٦.

(٢) الفتاوى الهندية ١٣٢/٦، روضة القضاة ٦٨٤/٩، بدائع الصنائع ٣٤١/٧، معونة أولي النهى ١٨٥/٦-١٨٦.

(٣) معني المحتاج ٣٤/٣.

(٤) ينظر: الوسيط (٢٤٢/٤)، العزيز شرح الوجيز (٢٥٩/٦)، تلخيص (٢٣٦/٨).

والأحاديث، والآثار للكافر:

وهو المنصوص عليه عند الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

الأدلة:

استدل أصحاب هذا القول بما يلي:

قالوا: لا تصح الوصية بماء؛ لأنه لا يصح تملكه ذلك؛ لما في ذلك من الإهانة لهذه الكتب الشرعية والابتذال لها بأيدي الكفار، وهو إغانة لهم على المعصية^(٣).
قال الشافعي رحمه الله: "إذا أوصى المسلم للنصراني بمصحف أو دفتر فيه أحاديث أبطلت الوصية"^(٤).

القول الثاني: ذهب المالكية إلى تحريم هذه الوصية:

لكنها تقع صحيحة ويجوز الكافر أو الذمي على إخراجها من ملكه.

الأدلة:

استدل هؤلاء بالقياس على منع التصديق بهذه الكتب عليهم أو هبتهم إياها، ولكنها تقع صحيحة وتمضي عليهم، ويجوزون على إخراجها من ملكهم^(٥).
والذي يرجح في هذه المسألة كما في نظائرها السابقة:
بطلان هذه الوصية لما فيها من الإغانة على محظور، وهو إهانة وابتذال لما جاء الشرع باحترامه، وذلك من المعصية^(٦).
والوصية في هذا مثل البيع، من حيث أن كلا منهما وسيلة لتملك الكافر لهذه الكتب.

(١) الأم ١٢٣٥/٤، معنى المحتاج ١١١/٢، غاية المحتاج ٤٢/٦، أحكام الكتب ص ٣٣١.

(٢) كشف القناع ٣٥٣/٤، مطالب أولي النهى ٤٦٧/٤.

(٣) معنى المحتاج، مرجع سابق، ١١/٢.

(٤) الأم، مرجع سابق، ٢٢٥/٤.

(٥) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ٧/٣.

(٦) انظر النعني ٥١٣/٨ - ٥١٤، إهلي ٣٨١/٦.

المطلب الثاني: الوصية للحري، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الوصية له:

اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: تجوز الوصية له:

ولو كان في دار الحرب، وكان الموصي مسلماً، أو ذمياً.

وهو أحد قولي المالكية، والأصح عند الشافعية.

والصحيح من المذهب عند الحنابلة^(١).

واستثنى بعض المالكية السلاح، واستثنى الشافعية الخيل والسلاح ونحوهما.

قال الرملي: "أما لو قال: أوصيت لزيد الحربي أو الكافر أو المرتد لم يصح؛ لأن تعليق

الحكم بالمشقة يؤذن بعقبة ما منه الاشتقاق، فكأنه قال: أوصيت لزيد لحرايته أو كفره أو

ردته فتفسد الوصية؛ لأنه جعل الكفر حاملاً على الوصية".

القول الثاني: لا تجوز الوصية للحري:

وهو قول الحنفية، والمعتمد عند المالكية^(٢).

وأجازها بعض الحنفية.

ووفق بين الجواز والمنع: أنه لا يجوز له ابتداء وإن فعل مضي.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

احتج من أجاز الوصية للحري:

١- عموم الأدلة السابقة في الوصية للذمي، فإنها شاملة للذمي والحري فتبقى على

عمومها.

(١) للمصادر السابقة.

(٢) غسها.

٢. قوله ﷺ: ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حَيْثُ مَشِيئَتِهِمْ وَنِسَاءُ آبَائِهِمْ﴾^(١)

والأسير لا يكون إلا حربياً كما قال بعضهم.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الأول: أن الأسير في حال أسره مغدود في أموال المسلمين، فإطعامه في حال أسره من باب المحافظة على أموال المسلمين حتى يمت في أمره بوجه من الوجوه المشروعة فيه.

الثاني: الأسير في حال الأسر مأمون من حربه، ولا يستعين على حرب المسلمين بإطعامه.

الثالث: الأسير في أيدي المسلمين وقبضتهم وليس في دار الحرب.

الرابع: كل ما تضمنته الآية هو إطعامه وسد جوعته، ولا يلزم من جواز ذلك هبة المال إليه.

(١٨٣) ٣. ما رواه البخاري ومسلم من طريق نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ:

"أعطى عمر حلة حرير، فبعث بها عمر إلى أخيه بمكة وهو مشرك"^(٢).

ونوقش الاستدلال من وجوه:

الأول: أن عمر رضي الله عنه فعل ذلك باجتهاد منه بعدما قال له ﷺ: "إنما بعثت بها إليك لتبعتها أو تكسوها"^(٣).

والخلاف في حجية مثل هذا مشهور بين الأصوليين والمحدثين.

الثاني: أنه معارض برواية النسائي "فباعها عمر"^(٤).

الثالث: أن الحلة التي أعطاها الرسول ﷺ لعمر هي من حبل أكيلدر دومة التي أهداها

(١) من الآية ٨ من سورة الأنعام.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الهدية، باب الهدية للمشركين (٢٦١٩) واللفظ له (٥٩٨١)، ومسلم، كتاب النكاح، باب تحريم لبس الحرير (٢٠٦٨).

(٣) صحيح البخاري في اللبس، باب الحرير للنساء (٥٥٠٣).

(٤) قال الحافظ: وسنده قوي وأصله في مسلم، الفتح ٢٩٩/١٠ سنن النسائي ٢٠٠/٨.

لِلرَّسُولِ ﷺ، فَأَعْطَى مِنْهَا حِلَّةَ لَعْمَرٍ، وَعَلِيٍّ، وَأَسَامَةَ^(١).

وَإِذَا كَانَتْ حِلَّةُ عَمْرِ مِنْ هَدِيَّةِ أَكِيدَرٍ، لَمْ يَبْقَ فِي الْحَدِيثِ حِجَّةٌ عَلَى حِوَارِ الْهَدِيَّةِ لِلْكَافِرِ الْحَرَبِيِّ؛ لَمَّا يَلِي:

أولاً: لَأَنَّ مَكَّةَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ كَانَتْ فَتَحَتْ وَلَمْ تَبْقَ دَارُ حَرْبٍ.

ثانياً: لِأَنَّهُ بَعْدَ فَتْحِ مَكَّةَ لَمْ يَبْقَ مُشْرِكٌ بِهَا، كَمَا أَنَّ عَطَارِدَ صَاحِبِ الْحِلَّةِ الْمَعْرُوضَةِ لِلْبَيْعِ لَمْ يَبْقَ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ إِلَّا فِي السَّنَةِ الثَّاسِعَةِ، كَمَا قَالَ ابْنُ حَجَرٍ، وَيُؤَيِّدُ مَقَالَتَهُ قَوْلُ عَمْرِ فِي الْحَدِيثِ: "أَبْشَعَ هَذِهِ الْحِلَّةُ تَلْبَسُهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَإِذَا جَاءَكَ الْوَقْدُ" فَإِنَّ الْوَقُودَ إِنَّمَا تَقَاطَرَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ بَعْدَ فَتْحِ مَكَّةَ.

(١٨٤) ٤. مَا رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ مِنْ طَرِيقِ عِثْشَامٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَتْ: قَدِمْتُ عَلَى أُمِّی وَهِيَ مُشْرِكَةٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَاسْتَفْتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قُلْتُ: وَهِيَ رَاغِبَةٌ، أَفَأَصِلُ أُمِّی؟ قَالَ: (نَعَمْ صَلِّي أَمَّاكَ)^(٢).

وَفِي لَفْظٍ: "وَهِيَ مُشْرِكَةٌ فِي عَهْدِ قُرَيْشٍ إِذْ عَاهَدَهُمْ"^(٣).

ونوقش الاستدلال بحديث أسماء من وجوه:

الأول: هُوَ فِي امْرَأَةٍ، وَالْإِسْلَامُ لَا يُعْتَبَرُ الْمَرْأَةُ خَرِيَةً بِطَبْعِهَا، وَلِذَا نَحَى ﷺ عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ كَمَا جَاءَ فِي حَدِيثِ ابْنِ عَمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا^(٤).

الثاني: أُنْهَا وَرَدَتْ عَلَيْهَا إِلَى الْمَدِينَةِ قَلْبِيَسَتْ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَكَانَتْ الْقِتَّةُ الَّتِي وَرَدَتْ

(١) الفتح ٢٠٨/١٠.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الهدية، باب الهدية للمشركين (٢٦٢٠) واللفظ له، ومسلم في الزكاة، باب الإهداء بالنفقة بالنفس (١٠٠٣).

(٣) هذا اللفظ لمسلم (٦٩٦/٢) ح (١٠٠٣).

(٤) صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب قتل الصبيان في الحرب (٢٨٥١)، ومسلم في الجهاد والسير، باب قتل النساء والصبيان في الحرب (١٧٤٤).

فيها هي فترة صلح الحديبية، فكانت معاهدة، لا حرية.

الثالث: أنها وردت على بنتها بمدايا فردتها يمثلها أخذًا:

(١٨٥) بما رواه أبو داود من طريق الأعمش، عن مجاهد، عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: (من استعاذ بالله فأعيلوه، ومن سأل بالله فأعطوه، ومن دعاكم فأجيبوه، ومن صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه، فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه)^(١).

فلم يكن ما فعلته معها هبة خالصة، بل هبة ثواب، وهي معاوضة خارجة عما نحن بصدده.
الرابع: أنها أمها، ولا يلزم من جواز الهدية لامرأة بهذه الظروف جوازها لغيري في دار

(١) سنن أبي داود في الزكاة، باب عطية من سأل بالله رقم ١٦٧٢. وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٤٠٢) عن الحسن بن سليمان عن عثمان بن شيبة به نحوه.

وأخرجه أبو داود الطيالسي في مستنده (١٨٥٩)، وأحمد في المسند (٥٣٦٥) و(٥٧٤٣) و(٦١٠٦) ومن طريقه الحاكم في المستدرک (١٥٠٣)، وعبد بن حميد كما في المتخبر في مستنده (٨١٦)، والبخاري في الأدب المفرد (٢١٦)، وأبو داود في سننه، كتاب الأدب، باب في الرجل يستعيد من الرجل (٥١٠٩)، والنسائي في سننه، كتاب الزكاة، باب من سأل الله ﷻ (٢٥٦٦)، والروائي في مستنده (١٤١٩)، والحاكم في المستدرک (١٥٠٣)، والطبراني في الكبير (١٣٤٦٥)، والمصنف في مسند الشهاب (٤٢١)، والبيهقي في السنن الكبرى، كتاب الزكاة، باب من سأل الله ﷻ (٧٨٩)، من طريق أبي عوانة، بنحوه، وزاد النسائي "ومن استجار بالله فأجوه"، وابن حبان في صحيحه (٣٣٧٥) و(٣٤٠٩) من طريق أبي عبيدة بن معن مختصرًا، والحاكم في المستدرک (١٥٠٢) وعنه البيهقي في شعب الإيمان (٣٥٣٨) من طريق عمار بن رزق (١٥٠٥) من طريق عبدالعزيز بن مسلم نحوه. أرعنهم (أبو عوانة)، وأبو عبيدة بن معن، وعمار بن رزق، وعبدالعزیز بن مسلم عن الأعمش به، إلا أن أبا عبيدة ذكر إبراهيم التيمي بين الأعمش ومجاهد.

وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (١٠٧٩٦) مختصرًا. وأحمد في المسند (٥٧٠٣)، والطبراني في المعجم الكبير (١٣٥٣٩) من طريق ليث مختصرًا. والطبراني في الكبير (١٣٤٨٠) من طريق حصين بن عبد الرحمن بنحو زيادة "ومن أهدى لكم كرمًا فاقبلوه"، وفي (١٣٥٣٠) من طريق العوام بن حوشب مختصرًا بالزيادة السابقة، ثلاثهم عن مجاهد به. اشكركم على هذا الحديث: صحيح ابن حبان، والحاكم على شرط الشيخين، وأبو التيمي.

وفيه احتمال تدليس الأعمش، قال أبو حاتم الرازي: الأعمش قليل السماع من مجاهد، وعامة ما يروي عن مجاهد تدليس، إلا أنه ذكرت الوساطة بين الأعمش ومجاهد وهو إبراهيم التيمي.

الحرب مترخص بالمسلمين.

الخامس: أنها قضية عين، وقضايا العين لا تقوم بها حجة في غير ما وردت فيه؛ لأنه لا عموم فيها.

٥. قياس الحربي على الذمي، أو قياس الوصية للحربي على الهدية له الثابتة بالإجماع.

ونوقش استدلالهم هنا بقياس الحربي على الذمي من وجهين:

الأول: أنه قياس في محل النص، فإن آية ﴿لَا يَتَّخِذُ اللَّهُ مِنَ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ﴾ (١) نص في النهي عن ير الحربي كما سبق، والقياس في محل النص قاسد.

الثاني: أنه قياس مع وجود الفارق؛ فإن الذمي في حالة سلم مع المسلمين بالوصية له، كما أنه قياس على أصل مختلف فيه، فإن ابن القاسم كما سبق لا يقول بجواز الوصية للذمي إلا على وجه الصلة.

٦. بالاستصحاب فإنه يجوز إعطاؤه في حال الحياة إجماعاً، فيستصحب ذلك الحكم فيما بعد الموت (٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مردود بوجود الفرق بينهما كما سبق بيانه، بالإضافة إلى أنه قياس على أصل مختلف فيه، فإن المالكية يمنعون الهدية للحربي (٣)، فلا تصح دعوى الإجماع على جواز الهدية له.

دليل القول الثاني: (منع الوصية للحربي)

١. قوله ﷺ: ﴿لَا يَتَّخِذُ اللَّهُ مِنَ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوا مِنْ دِينِكُمْ أَنَّ تَبَرُّوهُمْ وَيُقَاتِلُوا فِي دِينِهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقَاتِلِينَ﴾ (٤) إِنَّا يَتَّخِذُ اللَّهُ مِنَ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ

(١) من الآية ٨ من سورة الممتحنة.

(٢) الذميمة، مرجع سابق، ١٧/٧.

(٣) النظر: الحربي، مرجع سابق، ٨٧/٥.

وَأَخْرَجُكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَيَّ إِخْرَاجَكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿١﴾

وجد الدلالة من وجهين:

الوجه الأول: قوله ﷺ: ﴿لَمْ يَقْتُلُوكُمْ﴾ قرأه بديل بطريق المفهوم على النهي عن بر من يقاثلنا، وهو عام في كل مقاتل، سواء كان في بلد الحرب أم غيره، كان بره بإعطاء السلاح أو غيره؛ لقاعدة: عموم الأشخاص يستلزم عموم الأمكنة والأحوال.

الوجه الثاني: قوله ﷺ: ﴿إِنَّمَا بَيَّنَّكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوكُمْ﴾ وهو عام في كل مقاتل؛ مثل ما قبله إلا أن هذا يدل بالمنطوق، والأول يدل بالمفهوم، وكلاهما حجة.

٢. وقوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا قَتَلُوا الَّذِينَ يَكُونُكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ وَلَيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾ (١).

فالخبري مأمور بقتله والإغلاظ إليه، مأذون في أحد ماله، في آيات كثيرة، وهذه منها، وهي من آخر القرآن نزولاً، والأمر بالشيء نهي عن جميع أضداده أو يتضمنها فلا يجتمع الأمر بقتله، والإذن في الوصية له؛ لأحدهما ضلال.

٣. قوله ﷺ: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾ (٢).

٤. أن الوصية إليه إعانة له، وتقوية له على حرب المسلمين، فإن سلاح المال لا يقل خطره عن سلاح النار، وقد نهي الله عن التعاون على الإثم والعدوان، وهو عام يشمل الوصية للمحربي.

٥: كما لو أوصى للمحربي بالسلاح وبالعيد المسلم؛ لأن من لا تجوز له الوصية

(١) من الآية ٨-٩ من سورة الممتحنة.

(٢) من الآية ٢٣ من سورة التوبة.

(٣) من الآية ٢٢ من سورة المجادلة.

بالعبد المسلم لا تجوز له الوصية بالمال^(١).

٦. ما تقدم من حديث: "لا يأكل طعامك إلا تقي"^(٢).

وأثر ابن عباس في امتناعه من إعطاء من شك في إسلامه في دار الإسلام، فكيف بمن تحقق كفره وحربته في بلد الحرب؟.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن يقال كما قال الحارثي^(٣): "والصحيح من القول: أنه إذا لم يتنصف بالقتال والمظاهرة: صحّت، وإلا لم تصح" وبهذا تجتمع الأدلة.

المسألة الثانية: الوصية للحرّي على سبيل الجهة العامة:

اختلف العلماء رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: عدم الصحة:

وهو قول جمهور أهل العلم: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(٤).

القول الثاني: الصحة:

وبه قال بعض المالكية، ورواية عن الإمام أحمد^(٥).

قال المرداوي: "وقال في المنتخب: تصح لأهل دار الحرب نقله ابن منصور^(٦)".

(١) تبين الحقائي، مرجع سابق، ١٩٩/٦.

(٢) سبق ترجمته برقم (١٨٠).

(٣) الإيضاح، مرجع سابق، ٢٢١/٧.

(٤) الجامع الصغير ١/٥٢٠، روضة القضاة ٢/٦٨٤، الفتاوى الهندية ٦/١٣٨، حاشية الصوفي ٤/٤٢٦، الناج والأكليل على همامش مؤلفه الجليل ٦/٣٦٨، عقد الجواهر الثمينة ٣/٤٠٠، لهذه ٢/٣٣٩، حاشية الجمل ٧/٦٤٦، مغني المحتاج ٣/٤٣، تحفة المحتاج ٧/١٣، للغي ٦/٤، معونة أولي النهي ٦/١٨٥-١٨٦، كشف القناع ٤/٣٥٣-٣٥٤، الإيضاح ٧/٢٢١.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) الإيضاح، مرجع سابق، ٢٢١/٧.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. ما تقدم من عدم صحة الوصية إذا كان على جهة خاصة من الحريين والمرتبين،

فألجته العامة من باب أولى.

٢. أن الجهة جهة معصية.

دليل القول الثاني:

ما تقدم من صحة الوصية لأهل الذمة.

ونوقش: بالفرق بين الحريين وبين أهل الذمة؛ إذ الحربي حلال الدم والمال، بخلاف

الذمي فله ذمة معصوم الدم والمال.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من عدم صحة الوصية

للحريين؛ لأن الوصية قرينة، وهؤلاء ليسوا من أهل القرينة.

المطلب الثالث: الوصية للمعاهد، والمستأمن، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: حكم الوصية لهما:

المعاهد أو المستأمن له شبه بالذمي، من حيث وجوده بأرض المسلمين، وحصوله على

عهد بالدخول إليها، كما أن له شبهاً بالحربي باتتماله إلى دار الحرب وأهلها وتمكنه من

العودة إليها متى شاء.

ومن هنا اختلف الفقهاء في جواز الوصية له على قولين:

القول الأول: جواز الوصية له:

وهو الأصح عند الحنفية، وبه قال المالكية، والشافعية، والحنابلة^(١).

(١) المصادر السابقة.

ودليلهم:

١. ما تقدم من الأدلة على صحة الوصية للحربي.
٢. القياس الأولوي على الحربي عند الذين أجازوا الوصية له^(١).
٣. القياس على الذمي، وإن منعوا الوصية للحربي تغليباً لشبهه بالذمي على شبهه بالحربي.
٤. ولأنه ما دام في دارنا فهو في المعاملات بمنزلة الذمي بدليل عقود التمليكات.

القول الثاني: لا تصح الوصية له:

وهو قول لأبي حنيفة، وأبي يوسف^(٢).

قال السرخسي: "وذكر في الأمالي أن على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستأمن؛ لأنه وإن كان في دارنا صورة، فهو من أهل دار الحرب حكماً حتى يتمكن من الرجوع إلى دار الحرب، ولا يتمكن من إطالة المقام في دار الإسلام، ووصية من هو من أهل دار الإسلام لمن هو من أهل دار الحرب باطلة؛ لأن لثباين الدارين تأثيراً في قطع العصمة والملاواة".

وقال الزيلعي: "وعن الشيخين: أنه لا يجوز"^(٣).

وحجته: أنه بمنزلة الحربي لقدرته على العودة إلى دار الحرب^(٤)؛ لقوله ﷺ: ﴿وَأَنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجَرُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلِمَ اللَّهِ ثُمَّ اتَّقَهِ مَأْمَنَةً﴾^(٥)، فهو وإن كان بدار الإسلام صورة، فهو في دار الحرب حكماً.

الترجيح بهذه المسألة: كالترجيح في مسألة الوصية للحربي.

(١) نهاية المحتاج ٤٠/٦، الزرقاني ١٧٩/٨.

(٢) المصالح نفسها.

(٣) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٨٠/٦.

(٤) ليسوط ٩٣/٦٥، الفتاوى الهندية ٩٢/٦.

(٥) من الآية ٦ من سورة التوبة.

المسألة الثانية: الوصية للمستأمنين، والمعاهددين على سبيل الجهة العامة:
 الخلاف في هذه المسألة، كاختلاف في الوصية للحريين على وجه الجهة العامة.
المطلب الرابع: الوصية للمرتد:

المرتد: من كفر بعد إسلامه.
 وقد اختلف في الوصية له على قولين:
القول الأول: البطلان:

وهو مذهب الحنفية، والمالكية، وأحد قولي الشافعية، ووجه عند الحنابلة^(١).
وحجته:

١. أن المرتد مأمور بقتله وماله موقوف، فلا تصح الوصية له^(٢).
 ٢. ولأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث، فهو كالميت.
 ٣. ولأن ملكه يزول عن ماله برده في قول بعض العلماء، فلا يثبت له الملك بالوصية^(٣).
- القول الثاني: أنه تصح الوصية له:**

وهو الأصح عند الشافعية، والصحيح عند الحنابلة^(٤).
 وقيد الشافعية الصحة: بما إذا لم يموت على رده فلا تصح له، وكذا إذا لحق بدار الحرب وامتنع من المسلمين.

وحجته: ما تقدم من الدليل على صحة الوصية للحري.
 قال ابن رجب: "فيه وجهان: بناء على زوال ملكه وبقائه، فإن قيل: يزول ملكه لم تصح الوصية له، وإلا صحت وصحح الحارثي عدم البناء"^(٥).

(١) الفتاوى الهندية ٩٢/٦، الفتاوى الحنفية ٤٩٦/٣، شرح الررقي ١٧٨/٨، تحفة المحتاج ٤٠/٦، الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٨٣/١٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٢/٦، الفتاوى الحنفية ٤٩٦/٣، شرح الررقي ١٧٨/٨.

(٣) الشرح الكبير مع الإنصاف ٢٨٣/١٧.

(٤) للمصادر السابق.

(٥) قواعد ابن رجب: القاعدة السادسة عشر.

المبحث الثامن

الشرط الثامن : أن يكون الموصى له غير قاتل للموصي

وسياقي بحث هذه المسألة في مبطلات الوصية.

المبحث التاسع

الشروط التاسع: أن يكون الموصى له غير وارث للموصي

وفيه مطالب:

المطلب الأول: حكم الوصية للوارث:

الوصية لوارث ابتداء لا تجوز عند جمهور أهل العلم.
وتنص الشافعية: على الكراهة.

الوصية لوارث باطلة إلا أن يميزها الورثة، فإن أجازوها صحت الوصية، وإن لم يميزوها بطلت، وعليه فللورثة حق الرجوع في هذه الوصية.
وهذا باتفاق فقهاء المذاهب الأربعة من الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

قال المرغيناني في الهداية^(٥): "(ولا تجوز بما زاد على الثلث)؛ لقول النبي ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه: (الثلث والثلث كثير) ... قال: ((لا أن يميزه الورثة بعد موته وهم كبار)؛ لأن الامتناع لحقهم وهم أسقطوه ... وكذا إن كانت الوصية للوارث وأجازها البقية".

قال الخرخشي في شرح مختصر خليل^(٦): "(وكذلك تبطل الوصية للوارث بأن يوصي بما

(١) ينظر: لمسوط للسرغسي ١٧٥/٢٧، بدائع الصنائع ٣٦٩/٧، تبيين الحقائق شرح كثر الدقائق للزبيدي ١٨٢/٦، الجوهر في التوبة للصابي ٢٨٧/٢.

(٢) ينظر: التاج والإكلیل ٥٢٠/٨، شرح الخرخشي على مختصر خليل ١٧١/٨، شرح مبادي للفاشي ٢١٨/٢، الفواكه النواتي للمنطوي ١٣٢/٢.

(٣) أسنى المطالب للأمناري ٣٣/٣، تحفة المحتاج ٢١/٧، حاشية الجمل ٥٠/٤، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣٤١-٣٤٠/٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٥٨/٦، الفروع ٦٦١/٤، الإنصاف ١٩٣/٧، الإقناع ١٣٩/٣، شرح المنتهى للبهوتي ٤٥٦/٢، الروض المربع مع حاشيته ٤٣/٦-٤٤.

(٥) الهداية للطبوع مع شرحه العامة ٤١٥/١٠-٤١٨.

(٦) شرح مختصر خليل ١٧١/٨.

يخالف حقوقهم، أو لبعض دون بعض ... كما أن الوصية تبطل لغير الوارث بما زاد على ثلث الموصي يوم التتقية، ولا يعتبر يوم الموت، وإذا أجاز الوارث ما أوصى به الموصي لبعض الورثة، أو ما زاد على الثلث لغير الوارث، فإن ذلك يكون منهم ابتداء عطية لا أنه تنفيذ الوصية".

قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب^(١): "(فصل: الوصية) لغير الوارث (بالزيادة عن الثلث إن كانت ممن لا وارث له خاص فباطلة)؛ لأن الحق للمسلمين فلا يجوز (وإلا فموقوفة) في الزائد (على إجازة الورثة) إن كانوا حائزين، فإنه أجازوا صحت، وإن ردوا بطلت في الزائد؛ لأن حقهم وإن لم يكونوا حائزين فباطلة في قدر ما يخص غيرهم من الزائد (وكذا الوصية للوارث) ولو بدون الثلث باطلة إن كانت ممن لا وارث له غير الموصى له وإلا فموقوفة على إجازة بقية الورثة".

قال المرادوي في الإنصاف^(٢): "قوله: (ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث لأجنبي، ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة)".

قوله: (إلا بإجازة الورثة) يعني: أنها تصح بإجازة الورثة، فتكون موقوفة عليها، وهذا الصحيح من المذهب، وعليه جماهير الأصحاب".

وقد دل على هذا القرآن، والسنة، والإجماع، والنظر:

قال ﷺ بعد ذكر الموارث: ﴿يَلَيْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْقَرَارُ الْعَظِيمُ﴾^(٣) وَمَنْ يَقِصْ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ، يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ^(٤).

(١) أسنى لمطالب، مرجع سابق، ٣٣/٣.

(٢) الإنصاف، مرجع سابق، ١٩٣/٧.

(٣) الأيتان ١٣-١٤ من سورة النساء.

ومن أجل المحافظة على هذه القسمة، ومنع الناس من تغييرها، أو التحايل عليها، منع الشارع الوصية للموارث قال ﷺ: "لا وصية لوارث"^(١).

أما السنة:

فحديث أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"^(٢).

وتلقاه العلماء بالقبول، وأشار الشافعي وابن حزم إلى تواتره^(٣). قال الشافعي: "ورأيت متظاهراً عند عامة من لقيت من أهل العلم بالمغازي أن رسول الله ﷺ قال في خطبته عام الفتح: "لا وصية لوارث" ولم أر بين الناس في ذلك اختلافاً"^(٤).

وأما الإجماع:

فقد حكاه الشافعي، وابن المنذر، وابن عبد البر، والقرطبي وغيرهم. قال ابن المنذر: "وأجمعوا على أنه لا وصية لوارث إلا أن يميز الورثة ذلك"^(٥). قال ابن عبد البر: "قال مالك: السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث إلا أن يميز له ذلك ورثة الميت، وأنه إن أجاز له بعضهم وأى بعض، حاز له حق من أجاز منهم، ومن أى أخذ حقه من ذلك"^(٦).

وأما النظر:

فإن جواز الوصية للموارث يؤدي إلى إبطال الحكمة من توزيع الإرث، ويمكن الموصي من توزيع الإرث كما يشاء، يعطي من أحب ويحرم من أحب حسب شهوته وهواه، فلا

(١) تقدم ترجمته برقم (١٤)

(٢) تقدم ترجمته برقم (١٤)

(٣) الفتح ٣٢٧/٥، نيل الأوطار ٤٠/٦.

(٤) الأم، مرجع سابق، ١٣٩/٤.

(٥) الإجماع لابن المنذر ص ٨١، لمقي ٦/٦، المحلى ٣١٦/٩، الفتح ١٠٤/٤.

(٦) الاستذكار، مرجع سابق، ٢٦٢/٧.

تبقى قائمة في تشريع الإرث؛ لأن تفضيل بعض الورثة على بعض بالوصية له يخلق بينهم العداوة والحسد، فيمنع، كما منع تفصيل بعض الأولاد على بعض في حال الحياة، كما في حديث النعمان ابن بشير رضي الله عنه.

(١٨٩) فقد روى البخاري ومسلم من طريق الشعبي قال: سمعت النعمان بن بشير رضي الله عنه وهو على المنبر يقول: أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فأتى رسول الله ﷺ فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواحة عطية، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟ قال: لا. قال: فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم. قال: فرجع أبي فرد عطية ^(١).

وذهب بعضهم: إلى صحة الوصية للوارث في حدود الثلث.
قال الشوكاني: "وحكي صاحب البحر ^(٢) عن الهادي والناصر وأبي طالب وأبي العباس أنها تجوز الوصية للوارث".
وحجتهم:

١. قوله ﷺ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَإِلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ ^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن آية الوصية لإجماع المسلمين متعقد على نسخها في حق الورثة.

والخلاف بين العلماء محصور في أمرين:

الأول: هل نسخت كلها؟ أو نسخت في حق من يرث وبقيت في حق من لا يرث؟.

والثاني: في تعيين ناسخها، ولا قائل بأنها محكمة فيمن يرث ومن لا يرث،

(١) صحيح البخاري في المبة، باب الإسهاد في المبة (٢٥٨٧)، ومسلم في كتاب المبات، باب كرامة تفصيل بعض الأولاد في المبة (١٦٢٣).

(٢) البحر الرخاء، مرجع سابق، ٣٠٨/٥.

(٣) من الآية ٢٨٠ من سورة الفرق.

فلا احتجاج بها مع الإجماع على نسخها في حق الوارث خطأ وجهل أن المنسوخ لا يحتاج به^(١).

الوجه الثاني: وعلى تسليم عدم نسخها، فإن التمسك بها يقتضي من المستدلين بها القول بوجوب الوصية للوارث، لا جوازها فقط؛ لأن الآية صريحة أو ظاهرة في الوجوب.

٢. ولقاعدة إذا نسخ الوجوب بقي الجواز.

ونوقش هذا الاستدلال وجهين:

الوجه الأول: بأن موضوع القاعدة إذا كان النسخ مبهماً ليس في النسخ بيان حكم المنسوخ، كما لو قال الشارع: نسخ وجوب الوصية للوالدين، ففي مثل هذه الحالة يقع السؤال عن حكم الوصية بعد نسخ وجوبها لسكوت الشارع عن حكم المنسوخ، ويأتي القول حينئذ بأن نسخ الوجوب لا يقتضي المنع، أو إذا نسخ الوجوب بقي الجواز.

الوجه الثاني: أنه هو إذا كان لا يقتضي المنع فهو -أيضاً- لا يقتضي الجواز، فلا بد من دليل على الجواز، ولا يكفي القول بأن الأصل في الأشياء الإباحة؛ لأن الأصل في الوصية المنع كما سبق؛ لأنها تصرف بعد فقدان أهلية التصرف.

٣. القياس على الأجنبي، فإنه إذا جازت الوصية للأجنبي كان جوازها للوارث أولى وأحرى؛ لمكافأته على إحسانه.

ونوقش: بأنه قياس في محل النص، وهو "حديث لا وصية لوارث"، فهو فاسد الاعتبار لا تقوم به حجة، كما يقول الأصوليون^(٢).

٤. وبأن الحكمة من مشروعية الوصية تحقيق مصالح الناس. وقد تكون مصلحة الموصي في الوصية لبعض ورثته لصغره، أو فقره أو بره به، أو لمرضه وحاجته إلى الدواء، كما قد تكون مصلحة في حرمان بعض الورثة لعقوقه، وسوء معاملته،

(١) الشارح والمنسوخ لابن العربي ١١٧/٢، الجامع لأحكام القرآن ١٧٦/٢.

(٢) المحلى، مصدر سابق، ١٣٤/٢، ١٨٨.

فلا تطيب نفسه بالتسوية بينه وبين من يره وأحسن إليه.

ونوقش هذا الاستدلال بما يلي:

أولاً: أنه مصادم لتسوية الشارع بين البار والعاق في الميراث والوصية.

ثانياً: أن الحكمة من الوصية كما بينها الله ورسوله في الأحاديث النبوية السابقة هي تمكين الإنسان من الإكثار من الحسنات وتكفير السيئات، وهي حكمة منصوبة لا حاجة لاستنباط حكمة لا دليل عليها، وتتناقض مع سنة النبي ﷺ التي تدعو إلى المحافظة على وحدة العائلة وتماسكها، وقطع أسباب العداوة والشحناء بينها.

وليس من الحكمة تمكين الإنسان من الانتقام من أهله، وإشعال نار الحسد والعداوة بينهم، وتوذيعةهم بهذا التصرف المنحاز، الذي منع الرسول ﷺ من سلوكه حال حياته، وصحته وقدرته على تدارك الأمر، حتى رد عطية والد النعمان لبعض ولده دون بعض، وأى أن يشهد على ذلك، وقال له: أشهد على ذلك غيبي، فإني لا أشهد على جور^(١) -اعدلوا بين أولادكم- إن القول بأن الحكمة من الوصية تمكين الناس من تحقيق مصالحهم التي قد تكون في الإحسان إلى من يراه الموصي أهلاً لإحسانه، وحرمان من يراه أهلاً لمعاقبته قول يعالِب الصواب، وتفوح منه روح الأنانية، وحب الذات، والتمسك بالمال حتى آخر لحظة من الحياة.

ويضاف إلى ذلك أن الوصية التي تقوم على أساس المكافأة ورد الجميل، والرغبة في معاقبة من يريد، هي وصية بعيدة عن الوصية الشرعية التي جاء بها الإسلام، وهي التي تكون للتقرب إلى الله بالمال لزيادة العمل والأجر، وأما الوصية المكافئة فلا يراد بها وجه الله ولا يتحقق فيها الإخلاص، والله لا يقبل من العمل إلا ما كان خالصاً لوجهه.

فخرج:

وأجابوا عن حديث: "لا وصية لوارث" بأنه خير آحاد، لا يفيد إلا الظن، ولا يصح

(١) سبق تحريجه رقم (١٨٦).

أن يكون ناسخاً للآية الكريمة التي تفيد القطع.

وتأويله على أن معناه لا وصية لوارث في الثلثين، بمعنى أنه يجوز له أن يوصي له في الثلث، ولا يوصي له في الثلثين الباقيين الزالدين على الثلث^(١).

ورد هذا بما يلي:

أولاً: الحديث قال غير واحد: إنه متواتر لفظاً، وقال بعضهم: إنه متواتر معنى^(٢)، وعلى تقدير عدم تواتره، فلا مانع من نسخ الآية بخبر الأحادي؛ لأن كلا منهما وحي من الله، كما قال ﷺ: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ ۚ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾^(٣).

ولأن المنسوخ هو المعنى والمدلول، وهو ظني -أيضاً-، فهو من باب نسخ الظني بالظني، لأن دلالة الآية على معناها ظنية، وإن كانت ألفاظها قطعية، لكن المنسوخ معناها ومدلولها، وهو ظني؛ لقاعدة أن دلالة العام على أفرادها ظنية^(٤).

وأما حمل الحديث على أن معناه لا وصية لوارث في الثلثين الزالدين، فهو ضعيف؛ وذلك أن قوله ﷺ: "إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث"^(٥) نص في أن المقصود لا وصية لوارث بشيء، زائد على حقه؛ لئلا يأخذ بالوصية أكثر من حقه، فيؤدي هذا إلى تغيير نصيبه المقدر له شرعاً، كما يؤدي إلى الإضرار بالورثة.

الثاني: الحديث ظاهر وصريح في أن الوصية الممنوعة للوارث هي الوصية في الثلث؛ لأنه المعنى المتبادر للفهم عند سماع هذا الكلام، ولأن الوصية في الثلثين، أي فيما زاد على الثلث ممنوعة للوارث وغيره عند بعض العلماء؛ من قوله ﷺ: "الثلث، والثلث

(١) أحكام الأوقاف والوصايا في الشريعة الإسلامية ص ١٣٨ وما بعدها، الوصايا والتبريل ص ٢٧٨.

(٢) الفتاوى ٣٧٢/٥، اهلي ٣١٦/٩.

(٣) الأئمان ٤١٣ من سورة النجم.

(٤) اهلي، مصدر سابق، ٢١٣/١.

(٥) سبيل تخرجه (١٤).

كثير^(١)، فلا قائدة من النص على منعها للوارث وحده، مع ما في ذلك من إيهام جوازها في غير الوارث بدلالة المفهوم؛ ولأن الوصية عند سماعها تنصرف للوصية بشيء غير الميراث ولو بسيرة^(٢)، فحملها على الوصية له بأكثر من الثلث لتكون وصية له في الثلثين تحريف للنص لا دليل عليه.

والاستدلال له بزيادة "إلا أن يشاء الورثة" بدعوى أن حق الورثة في الثلثين خاصة، قلما جعل الخيار لهم دل على أن الوصية الممنوعة هي الوصية له في الثلثين هو استدلال غير صحيح.

أولاً: لأنها غير صحيحة^(٣).

ثانياً: لا يسلم أنه لا حق للورثة في غير الثلثين، بل من حقهم ألا يفضل عليهم شيء.
ثالثاً: الوصية في الحديث نكرة في سياق النفي وهي نص في العموم لبنائها على الفتح، فتعم الوصية بالثلث وأقل وبأكثر، وكل ذلك لا يجوز لوارث إلا برضا الورثة^(٤).
فرع آخر:

الوصية لوارث أجازها مالك وأصحابه في ثلاث حالات:

١. وصية المريض بنصيب وارثه من ميراثه فيه بإذنه، وصورتها أن يسأل المريض ورثته أن يعطيه ميراثه فيه ليوصي به لوارث آخر.

مثل أن يقول الأب لابنه سعيد: هب لي ميراثك من بعد موتي لأوصي به لأخيك خالد، أو لأُمك، فإذا وافق سعيد وأذن لأبيه أن يوصي بنصيبه في الميراث لأخيه خالد أو أمه جاز ذلك، وإذا أوصى الأب بذلك لهما صارت الوصية لازمة لسعيد، وصار نصيبه

(١) سبق تخريجه (٣).

(٢) اهلي، مصدر سابق، ٣٧٢/٩، ٣٧٣.

(٣) الوصايا والتبذيل، مصدر سابق، ص ٢٧٨.

في الميراث حقاً لأخيه، أو أمه، وإن لم يوص الأب بما وهبه له ابنه حتى مات الأب رد نصيب سعيد له؛ لعدم تصرف الأب في حياته^(١).

٢. أن يسأل المريض بعض الورثة أن يهب له ميراثه فيه فيفعل، وهي قريبة من الأولى، إلا أن الأولى سأله أن يهبه له ليوصي به، وهنا سأله أن يهبه له بغير قيد، والحكم أنه إذا وهبه له وتصرف فيه قبل موته نقل تصرفه فيه، وإن تصرف في بعضه لزم قيماً تصرف فيه، ورد الباقي إلى الوراث، مثل أن يهب الزوج لزوجته في مرضها النصف الذي سيورثه منها، فتوصي الزوجة بنصفه خالتها، وتموت قبل أن توصي بالباقي، فإن الزوج يرد إليه الربع الذي لم تنصرف فيه^(٢).

٣. سؤال المريض بعض ورثته أن يتصدق بنصيبه في الإرث على وارث آخر، مثل أن يقول الأب لابنته: تصدقي بميراثك على أخيك، أو على أختك الصغرى لحاجتها وغناك مثلاً فتفعل قبل موت الأب، فإنها إذا فعلت ذلك تلزمها الهبة، ويكون نصيبها في الميراث ملكاً لمن وهبته له.

بناء على صحة هبة الميراث قبل وفاة الموروث، ولزوم ذلك للمواهب^(٣) ويقسم ذلك بين المعطى لهم بالتساوي إذا كانوا ذكوراً أو إناثاً، فإن كانوا ذكوراً وإناثاً سئل الوارث المتنازل عن ميراثه لإخوته عن قصده، فيعمل به، فإن لم يكن له قصد أو تعذر سؤاله قسم بينهم بالتساوي، كما قال ابن أبي زيد.
وقال الشافعي: لا يلزمه؛ لأنه أعطاه ما لم يملكه^(٤).

(١) المشتق، مصدر سابق، ١٨٠/٦.

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ٤٢/٧-٤٣.

(٣) المشتق، مصدر سابق، ١٨٢/٦.

(٤) المغيار، ٣٨٦/٩، الرموي، ١٨٠/٧، الأم، ١١٥/٢.

المطلب الثاني: حكمها بعد وقوعها:

اختلف القائلون بمنع الوصية لو ارث في حكمها إذا وقعت على قولين:

القول الأول: أنها صحيحة موقوفة على إجازة الورثة:

فإن أجازوها جازت، وإن ردها ردت، وإن أجاز بعضهم دون بعض، فمن أجاز لزمته نصيبه فقط، ومن رد فلا شيء عليه.

وبه قال جمهور الفقهاء^(١).

القول الثاني: الوصية باطلة، وليس للورثة إجازتها لوقوعها باطلة:

والباطل لا يقبل الإجازة.

وهو قول بعض المالكية، وبعض الشافعية، وهو قول الظاهرية^(٢).

قال ابن حزم: "ولا تعل الوصية لو ارث أصلاً، فإن أوصى لغير وارث قصار وارثاً عند موت الموصي: بطلت الوصية له، فإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية، لأنها إذ عقدها كانت باطلاً، وسواء جوز الورثة ذلك أو لم يجوزوا"^(٣).

وسبب الخلاف شيان:

الأول: اختلاف الروايات، كما سيأتي.

الثاني: الخلاف في علة النهي عن الوصية لو ارث هل هو لحق الورثة أو لحق الله؟ فمن رأى أنه لحق الورثة قال: الوصية صحيحة موقوفة على إجازتهم، فإذا أجازوها جازت؛ لأن الحق لهم وقد أسقطوه، ومن قال بأن المنع تبع لحق الله قال: ببطلانها، وإن أجازها الورثة؛ لأن الحق لله، فلا يسقط بإسقاط أحد.

(١) ينظر: البحر الرائق ٤٠٣/٨ وما بعدها، التلخيص الوصية ص ١٦٨، الزرقاني ١٧٩/٨، حاشية المدسوقي ٣٨٠/٤.

المطلب ٤٤٨/١، للعلي ١٣٦/٦، الإحصاف ١٩٤/٧.

(٢) انظر: الشرح الكبير وحاشية المدسوقي عليه ٣٨٠/٤، الفواكه النوراني ٢١٧/٢، تهذيب ٤٤٨/١، الإحصاف ١٩٤/٧.

(٣) المحلى، مصادر مابى، ٣٧٢/٨.

الأدلة:

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بما يلي:

١. حديث أبي أمامة رضي الله عنه ... وفيه قوله ﷺ: "لا وصية لوارث"^(١).٢. حديث ابن عباس رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: "إلا أن يجيز الورثة"^(٢).

فحديث: "لا وصية لوارث" يقتضي بطلانها أجازها الورثة أم لا؟ لأنه عام في جميع الوصايا وجميع الأحوال، في حين حديث ابن عباس يقتضي صحتها إذا أجازها الورثة لقوله: "إلا أن يشاء الورثة" والاستثناء من النفي إثبات، فتكون الوصية لوارث مع الإجازة صحيحة.

فقوله: "إلا أن يشاء الورث" خاص، وحديث: "لا وصية لوارث" عام، والخاص مقدم على العام.

٣. ما ورد عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه أنه قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد لي، فقلت: يا رسول الله قد بلغني من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلاثي مالي؟ قال: "لا"، قال: قلت: فالتسطر يا رسول الله، قال: "لا"، قلت: فالثلاث، قال: "الثلاث، والثلاث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تذرهم عالة يتكففون الناس"^(٣).

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة على الثلاث 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

(١) تقدم تحريجه برقم (١٤).

(٢) تقدم تحريجه برقم (٥٢).

(٣) تقدم تحريجه برقم (٣).

الورثة الخاصة غير بيت المال، ألا ترى إلى قول سعد: "لا يرثني إلا ابنة لي" وإلى قوله ﷺ: "ورثك" بالإضافة للمخاطب، وإلى قوله: "يتكفون الناس" فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث؛ لأن بيت المال لا يتكف.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن قوله ﷺ: "إنك إن تذر ورثك أغنياء" توجيه النظر إلى ما ذكره ﷺ من أن الثلث كثير، وأنه ينبغي للشخص أن يراعي حال ورثته، فإذا كانت حالهم تدعو إلى النقص عن الثلث لفقرهم نقص، بل إن كانت حالهم تدعو ترك المال جميعه فعل؛ لأن إغناءهم عند فقرهم خير من الإيصال.

الثاني: أنه لو سلم أن ما ذكر في حديث سعد ﷺ هو غلة النهي لكان للموصي أن يوصي بجميع ماله مع غنى الورثة، وأن يمنع من الوصية إذا كانوا فقراء، وهذا لم يقل به أحد.

٥. ما رواه البخاري من حديث العيمان بن بشير ﷺ أن أباه أتى به رسول الله ﷺ فقال: "إني تحلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله ﷺ: أكل ولدك تحلت مثل هذا؟ قال: "لا"، فقال: فأرجعه^(١).

وجه الدلالة: أن الشارع منع من التفاضل في الهبة بين الأولاد حال الحياة، فكذلك في الوصية بعد الممات؛ لما في ذلك من إيقاع العداوة والبغضاء.

٥. ما رواه مسلم من طريق أبي قلابة، عن أبي المهلب، عن عمران بن حصين ﷺ (أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فحزبهم أسلماً، ثم أفرج ربتهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً)^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ لم يأذن له في التبرع بأكثر من الثلث لأجل الورثة.

(١) تقدم تخريجه برقم (١٨٦).

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٢).

(١٨٧) ٦. ما رواه عبدالرزاق من طريق أبي إسحاق السبيعي، عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل، عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لبعض أهل الكوفة: "إنكم من أخرى بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصبه ولا رجلاً، فلا يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين" ^(١).

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.

(١٨٨) ٧. وروي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال حين حضرته الوفاة لابنه عبدالله: "إني قد أردت أن أوصي، فقال له: أوص ومالك في مالي، فدعا كاتباً فأملئ،

(١) مصنف عبدالرزاق ٦٨/٩. ومن طريق الطبراني في معجمه الكبير ٣٤٧/٩، وسعيد بن منصور في سننه ٨١/١، والخطابي في عرب الحديث ١٢٥٨/٩، وابن حزم في المحلى ٣٥٧/٨. كلهم من طريق سفيان الثوري عن أبي إسحاق السبيعي، عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال: قال لي عبدالله بن مسعود: "إنكم من أخرى حتى بالكوفة أن يموت أحدكم ولا يدع عصبه، ولا رجلاً، فما يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين". وهذا إسناد صحيح، وقال ابن حزم: "أوصح عن ابن مسعود ... فذكره". وقال في المصنع ٢١٢/٤: "رجاله رجال الصحيح".

وقد توبع أبو إسحاق، فأخرجه ابن أبي شبة في مصنفه ٢٢٥/٦ قال: حدثنا وكيع قال: ثنا الأعمش قال: سمعت الشعبي يقول في المسجد مرة: سمعت حديثاً ما بقي أحد سمعه غوي، سمعت عمرو بن شرحبيل ... فذكره وفيه قال الأعمش: فقلت لإبراهيم: إن الشعبي قال كذا وكذا، قال إبراهيم: حدثني همام بن الحارث عن عمرو بن شرحبيل عن عبدالله مثله. وكذا أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤٠٣/٤.

وأخرجه القسوي في المعرفة والتاريخ ٢٢٠/٣ قال: حدثنا ابن نمير قال: حدثنا وكيع عن الأعمش عن إبراهيم قال: قال عبدالله: إنكم معشر أهل اليمن ... فذكره، وفيه قال الأعمش: فذكرت ذلك للشعبي، فقال: متى سمعته إبراهيم؟ فأنيت إبراهيم فقال له: حدثني همام عن عمرو بن شرحبيل عن عبدالله.

أخرجه سعيد بن منصور ٨٢/٩ ومحمد بن الحسن الشيباني في المحجة ٢٤٤/٤ كلاهما من طريق الأعمش عن إبراهيم عن همام بن الحارث عن عمرو بن شرحبيل قال: قال لي عبدالله ... فذكر نحوه.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه ٦٩/٩، وسعيد بن منصور في سننه ٨٢/١ كلاهما من طريق مقبولة عن إبراهيم أن ابن مسعود قال لرجل ... فذكره.

وأخرجه أبو يوسف في الآثار ١١/٢ من طريق أبي حنيفة عن أبيه (وهو ابن صبيح) عن عامر عن ابن مسعود ... نحوه. وهذا إسناد منقطع، وقد تقدم أن عامر الشعبي رواه عن عمرو بن شرحبيل عن ابن مسعود. واحتج إسحاق بن راهوية بهذا الخبر، كما في مسائل المزوري ٩٧٢/٨، ٤٣١٦.

فقال عبد الله: فقلت له ما أراك إلا وقد آتيت على مالي ومالك، ولو دعوت إخوتي فاستحللتهم^(١).

٨. أنها تصرف صدر من أهله في محله، كما لو أوصى لأختي فصحت.

٩. أن المانع كان لحق الورثة لما يلحقهم من الأذى والضرر بإيثار بعضهم على بعض فلا تصح بدون إجازتهم، وتصح مع الإجازة؛ لأنهم أسقطوا حقهم برضاهم فزال المانع.

١٠. أنه لا حق لأحد فيه، فلصاحبه أن يضعه حيث شاء، وإذا كان للإمام أن يضعه بعد موته حيث شاء، فكذلك لصاحبه من باب أولى، لكن لا بد من إجازة الورثة كما سبق.

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

١١. أن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال، إلا أن الشرع لم يظهر في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تفصيله، وأظهره في حق الورثة؛ لأن الظاهر أنه لا يتصدق عليهم تحريراً عما قد يقع لهم من العداوة والبغضاء فيما بينهم بسبب إيثار بعضهم بالوصية له^(٢).

(١) هذا الآخر أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق ١٦٩/٢٦ قال: أنا أبو القاسم علي بن إبراهيم نا عبد العزيز بن أحمد نا أبو محمد بن أبي نصر نا أبو علي الحسن بن حبيب نا يزيد بن عبد الصمد نا أبو سهل نا هقل بن زياد نا حذني الأوراعي نا حذني رجل من فريش قال: لما حضرت عمرو بن العاص الوفاة قال عبدالله له: يا أبا عبد الله أوص في مالي ومالك ما بدا لك قال: فدعا كتاباً فقال: اكتب فجعل يكتب... في قصة طويلة. وهذا الإسناد فيه ضعف لأجل هذا الرجل لمهم الذي من فريش وقال ابن بطال في شرح البخاري: روى الوليد بن مسلم عن الأوراعي قال: أخبرني هارون بن رباب عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: قال عمرو بن العاص حين حضرته الوفاة... ولكن الذين قبل الوليد غير معروفين ولم يذكر ابن بطال مصدريه في ذلك.

(٢) البحر الرائق، مرجع سابق، ٤٠٤/٨.

أدلة القول الثاني:

١. حديث أبي أمامة رضي الله عنه "لا وصية لوارث" فإن نفي الجواز يدل على التحريم، والتحريم يدل على الفساد.

والاحتمال الموجود في الحديث (لا وصية لوارث) ظاهره نفي وجود الوصية للوارث، وعدم وقوعها في الخارج، وهذا الظاهر غير مراد، فيجب تقدير محذوف في الكلام لتوقف الصديق عليه، وهو متردد بين الصحة واللزوم، فيحتمل لا وصية صحيحة، ويحتمل لا وصية لازمة والحديث وإن كان متردداً بين مجازين نفي الصحة ونفي اللزوم، إلا أن نفي الصحة أقرب لنفي الذات من نفي اللزوم، وحمل اللفظ على المجاز القريب أولى من حمله على المجاز البعيد. ومن قدر الثاني قال: هو نفي لنفوذها ولزومها، وذلك لا يتنافى بصحتها فهي صحيحة غير لازمة لانعقادها ممن له أهلية عقدها.

(١٨٩) ٢. ما رواه البخاري ومسلم من طريق القاسم بن محمد، عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)^(١).

(١٩٠) ٣. ما رواه ابن أبي شيبة من طريق حجاج، عن أبي إسحاق، عن الحارث، عن علي رضي الله عنه قال: "ليس لوارث وصية"^(٢).

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

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.

سبب الخلاف: هو اختلافهم في العلة التي من أجلها منعت الوصية للوارث هل هي

(١) صحيح البخاري في الصلح، باب إذا اصطلحوا على جور (٢٦٩٧)، ومسلم في الأضحية، باب نفى الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (٤٥٨٩).

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٢٠٨/٦: إسناده ضعيف لضعف حجاج، والحارث.

كونه وارثاً؟ أو أن المنع تعدي؟.

الترجيح:

والراجع - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن المنع من الزيادة عن الثلث لأجنبي، والمنع من الوصية بشيء للوارث 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 عصة يرثونه فإنه يوصي بماله كله حيث شاء" والله تعالى أعلم.

غرض:

مذهب الحنفية: جواز وصية أحد الزوجين للآخر إذا لم يكن معه وارث آخر، ومن هنا قالوا: إذا أوصت الزوجة لزوجها بجميع المال، ولا وارث لها، فإن الزوج يأخذ الكل؛ النصف الأول بالارث والنصف الثاني بالوصية بناء على أن المنع من الوصية لحق الورثة، وعلى جواز الوصية بأكثر من الثلث لم يكن وارث يجوز المال^(١).

المطلب الثالث: صور الوصية للوارث:

الحكمة من منع الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة هي ألا يتوصل الإنسان بوصيته إلى إثارة بعض الورثة، وتفضيل بعضهم على بعض وتغيير الموازيت الشرعية.

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: الوصية له مباشرة.

وتحتها صور:

الأولى: أن يوصي لبعضهم دون بعض.

وحكم هذه تقدم، وهو عدم الجواز إلا بإجازة الورثة.

الثانية: أن يوصي لجميع الورثة بخلاف حصصهم مثل إيصائه للزوجة بالنصف، أو تسوية الأثنى بالذكر، أو تفضيل الأثنى على الذكر، ونحو ذلك.

وحكم هذه الصورة أنها ملغاة غير جائزة لما يلي:

١. مخالفة أدلة المواريث.
 ٢. حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس فيه فهو رد)^(١).
 ٣. ما تتضمنه من الوصية لوارث لمن أخذ أكثر من نصيبه المقدر شرعاً في الميراث، وقد ألحقها الفقهاء رحمهم الله في القسم الأول، فقالوا: تصح بإجازة الورثة.
- الثالثة: أن يوصي لهم بقدر حصصهم في الإرث على وجه الشبوع، كأن يكون له أربعة أبناء، فيقول: أوصيت لكل واحد بالربع، فهذه صحيحة؛ لأنه لا ظلم فيها لأحد. ونص الشافعية: على أنها لغو لا فائدة فيها؛ لأن الورثة مستحقون لها وإن لم يوصى^(٢).

الرابعة: أن يوصي لكل وارث بمعين بمقدار حقه، كمن ترك داراً وضيعة وقيمتيهما سواء أو دارين متحدتي القيمة، وترك ولدين، فأوصى لأحدهما بالأرض وللآخر بالدار، أو أوصى لأحدهما بهذه الدار وللآخر بالدار الأخرى.

اختلف فيها على قولين:

القول الأول: أن الوصية لكل وارث بمعين بمقدار حقه لا تصح إلا بإجازة الورثة؛ وهذا القول هو الصحيح عند الشافعية^(٣)، وهو وجه عند الحنابلة^(٤).

(١) تقدم شرحه برقم (١٨٦).

(٢) تحفة المحتاج ١/١٦، النجم الوهاج ٦/٢٣٢، نهاية المحتاج وحواشيه ٦/٤٩، حاشية الشرقاوي ٧٧/٩.

(٣) الوسيط ٤/٢١٢، تحفة المحتاج ٧/١٦، النجم الوهاج ٦/٢٣٢.

(٤) المعنى ٨/٣٩٨، المنع ٤/١٩٩.

القول الثاني: أن الوصية لكل وارث بمعين بمقدار حقه صحيحة، ولا تقتصر إلى إجازة الورثة:

وهذا القول هو وجه عند الشافعية^(١).

ووجه عند الحنابلة^(٢) هو الصحيح من المذهب.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلون بعدم صحة الوصية لكل وارث بمعين بمقدار حقه إلا بإجازة الورثة بما يلي:

١. عموم حديث أبي أمامة رضي الله عنه "لا وصية لوارث"^(٣).
٢. أن في الأعيان غرضاً صحيحاً، فكما يجوز إبطال حق الوارث من قدر حقه، فكذا لا يجوز إبطال حقه من عينه^(٤).
٣. أن كل وارث حقه مشاع في التركة، فكيف يلزم بإفراز حقه بدون رضاه، ومن ثم يؤدي ذلك إلى التشاحن بين الورثة.
٤. ولأن هذه قسمة فضولي على غيره؛ لأن الميت يزول ملكه بموته، ويتقل لورثته، فلا تصح قسمة عليهم.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني القائلون بصحة الوصية لكل وارث بمعين بمقدار حقه وإن لم يجزها الورثة:

بأن حق الوارث في القدر لا في العين؛ بدليل: صحة معاوضة المريض بعض ورثته أو

(١) لمصادر السابقة للشافعية.

(٢) الشرح الكبير، مع الإنصاف، ١٧/٢٢٤-٢٢٥، شرح منتهى الإرادات، ٢/٤٥٦، كشف القناع، ٤/٢٤٠.

(٣) سبق ترجمته برقم (١٤).

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة، مرجع سابق، ١٧/٢٢٥.

أجنبيا جميع ماله بتمن مثله، ولو تضمن ذلك قوات عين جميع المال^(١).
ويمكن أن يناقش هذا الدليل: بعدم التسليم بأن حق الوارث في القدر لا في العين؛
وذلك لأن في الأعيان أغراضا صحيحة، فإذا لم يجر الورثة هذه الوصية وقلنا بتصحيحها،
فقد يؤدي ذلك إلى التشاحن والتباغض فيما بين الورثة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - بالصواب هو القول الأول القائل بأن الوصية لكل وارث بمعين
بقدر لا تصح إلا بإجازة الورثة؛ وذلك لوجهة ما استدلووا به وسلامته من المناقشة،
وضعف دليل القول الثاني بما ورد عليه من مناقشة.

الخامسة: أن يوصى لوارث ليس له وارث آخر غيره.

العلماء رحمهم الله في هذه الوصية على قولين:

القول الأول: بطلان الوصية:

وهو قول المالكية والشافعية^(٢).

وحجتهم:

١. عموم حديث أبي أمامة رضي الله عنه "لا وصية لوارث"؛ لأن النكرة المنقبة للعموم.
٢. أنه إن كان يجوز للميراث فلا فائدة فيها، وإن كان لا يجوز به بطلت؛ لأن ما زاد
على نصيبه ليس له المال، ولا حق للإمام في إجازة الوصية لوارث بما زاد على
الثلث^(٣).

القول الثاني: تصح وصية أحد الزوجين للآخر ولو بجميع المال:

وهو مذهب الحنفية، والحنابلة^(٤).

(١) شرح منتهى الإرادات ٤/٤٥٦.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/٤٢٧، حاشية الرهوني ٨/٢٥٦، الفتاوى الكبرى للهيتمي ٨/١٤٤، الوصايا والشرع ص ٢٧٨.

(٣) حاشية الرهوني ٨/٢٥٦.

(٤) الفتاوى الهندية ٦/١١٧، تكملة حاشية رد المحتار ٢/٢٩٥، كشف القناع ٤/٣٢٦، مطالب أولي النهى.

وحجتهم: أن المانع من الوصية للموارث وبأكثر من الثلث لحق الورثة، فإذا لم يكن مع الموصي له غيره لم يكن هناك حق لأحد فتصح الوصية.

كما أنه إذا كان الموصي له غير زوج أو زوجة، فإن الوصية لا حاجة لها؛ لأنه يأخذ الباقي بعد حقه إما بالرد أو بالرحم بناء على مذهبه في توريث ذوي الأرحام، والقول بالرد عند عدم المعصب.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن هذا الخلاف ينشئ على حكم الرد، فإذا قيل بأنه يرد على جميع الورثة حتى الزوجين وهو الأقرب جاز ذلك، وإن قيل بعدم الجواز لم يجر لنا ذكره أهل القول الأول.

السادسة: ومن الوصية للموارث وصية الأب لبعض أولاده يمثل ما أنفقه على إخوته في ترويضهم، أو تعليمهم؛ لأن النفقة أن يعطي كل واحد من الأولاد قدر ما يحتاجه، وعلى هذا من لا حاجة له فإنه لا يعطي، ولا يجوز الوصية له.

وإن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه، أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفى عن جناية موجبه المالم فهي كالوصية له، وإن عفى عن القصاص وقتلنا الواجب القصاص عينا منقط إلى غير بدل، وإن قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المالم، وإن عفى عن حد القذف سقط مطلقاً^(١).

المسألة الثانية: الوصية للموارث بواسطة:

قد يقصد الموصي الوصية لوارثه، ويخشى من رد الورثة لها فيحتال بوجه من الوجوه لإيصال وصيته لوارثه، من غير أن تكون الوصية له مباشرة، فيوصي لغيره ونيته وارثه، وقد منع الإسلام هذه الوصية على هذا الشكل، وهو ما يعرف عند الفقهاء بالتولييع في الوصية.

٤٥١/٤٤٩، ٤٤٨/٤.

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، مرجع سابق، ٢٢٥/١٧.

وينتجلى ذلك في صور:

الأولى: الوصية لمدين الوارث إذا كان المدين معسراً؛

وقد اختلف فيها الفقهاء:

القول الأول: الجواز:

وهو قول الجمهور^(١).

القول الثاني: المنع:

وبه قال أبو يوسف^(٢).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١. حديث أبي أمامة رضي الله عنه "لا وصية لوارث" وهذه وصية لأجنبي فتصح، أحداً

بمفهوم الحديث.

٢. أنه وصى لأجنبي، فصح، كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه^(٣).

وحجة الرأي الثاني: القياس على الوصية لعبد الوارث؛ لأن المدين يتنفع بها؛ إذ

يستوفي ديونه منها.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الوصية لعبد الوارث تخالف الوصية لمدين الوارث، فلا

يصح قياسها عليها؛ لأن الوارث المالك للعبد له انتزاع مال عبده بدون مقابل ويملكه

بذلك ملكاً تاماً، فالوصية للعبد وصية لوارثه، بخلاف المدين، فإن الوارث الدائن ليس له

الانتزاع الوصية من المدين، وفي حال دفعها له فإنها تعود إليه في مقابل دينه، والمدين استناد

منها بقضاء دينه، وإبراء ذمته بخلاف عبد الوارث إذا وصي له؛ لأن الوصية لسيدته دون

(١) المصادر السابقة، وأهلى ٣٣٠/٩.

(٢) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ١١٧/٦.

(٣) المغني، مصدر سابق، ٣٩٩/٨.

تفع يلحق العبد.

سبب الخلاف: تعارض الأثر والنظم.

الراجع - والله أعلم - قول جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

الثانية: الوصية لولد وارثه وهي وصية صحيحة؛ لأنها وصية لغير وارث؛

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

قال ابن أبي عمير: "فإن كان يقصد بذلك تفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى"^(٢).

وقال اليهودي: "تنقذ حكماً - أي بإجازة الورثة" -^(٣).

وحجته:

١. أنها تدخل في عموم قوله ﷺ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَلَدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٤) بناءً على شمول الأقربين للأحفاد.

٢. أن الزبير أوصى لأولاد ولده عبدالله ﷺ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة^(٥).

لكن إن قصد تفع الوارث لم يجز؛ لأن الوسائل لها أحكام المقاصد.

فقد ورد عن طاووس أنه قال في قوله ﷺ: ﴿قَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا﴾^(٦): "أن يوصي لولد ابنته، وهو يريد ابنته"^(٧).

الثالثة: الوصية لمن يصرفها على بعض الورثة، أو يردّها إليه بعد موت الموصي، مثل

(١) المصادر السابقة.

(٢) الشرح الكبير مع الإيضاح، مرجع سابق، ٢٢٦/١٧.

(٣) كشف القناع، مصدر سابق، ٣٤١/٤.

(٤) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٥) لم أرفق عليه في وصية الزبير ﷺ.

(٦) من الآية ١٨٢ من سورة البقرة.

(٧) أحكام القرآن للمحاصر ١/١٧١، حاشية الرغوي ٢٣٢/٨، المعيار ٣٦٧/٩، المعنى ٣٦٧/٨.

الوصية لأم زوجته، أو زوجته الكافرة لينفق ذلك على بعض أولاده، أو يردوه إليه بعد موته، إذا ثبت تواطؤ الموصي والموصى له على ذلك حين الوصية أو قبلها، إما باشتراط ذلك في الوصية ووثيقتها، وإما بالسماع الفاشي، وإما بإقرار الموصى له بذلك، فالوصية باطلة^(١)؛

١. لحديث عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "إنما الأعمال بالنيات"^(٢).

٢. ولأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

فإن لم يثبت ذلك فالوصية صحيحة إن شاء الموصى له أمسكه أو إن شاء أعطاها لبعض الورثة، سواء كان الموصى له غنياً، أو فقيراً.

وقد أوصى البراء بن معرور لرسول الله ﷺ بثلته، فقبله^(٣)، ولأن هبة الوصية لبعض الورثة بعد قبضها هبة مبتدأة، ليس فيها ما يدل على التوليع.

فرع:

واختلف إذا اتهم الورثة الموصى له باتفاقه مع الموصي على إلفاق الوصية على بعض الورثة، أو ردها له.

على قولين:

القول الأول: أنه لا يمين على الموصى له؛

القول الثاني: أنه يحلف على نفي ذلك؛

فإن حلف ثبتت الوصية، وإن نكل بطلت بمجرد تكوُّله.

ومشأ الخلاف: اختلاف الفقهاء في يمين التهمة، هل تنجيه على المتهم أم لا؟ فمن

قال بتوجيهها ألزم الموصى له اليمين، ومن قال بعدم توجيهها لم يوجب عليه اليمين.

ولهذا اتفقوا على أن الورثة إذا حققوا الدعوى على الموصى له وجب عليه الحلف،

(١٩١) ما رواه مسلم من طريق ابن أبي مليكة، عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال:

(١) المعيار ١٨٨/٩، ٢٤٥، النجعة ٢٨٦/٢.

(٢) تقدم تحريجه برقم (٩٧).

(٣) تقدم تحريجه برقم (١٥).

"لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"^(١).

فإن حلف ثبتت الوصية، وإن نكل حلف الورثة وبطلت الوصية، لأن النكول تصديق للناكل الأول^(٢).

الرابعة: الوصية لرقيق وارثه.

اختلف العلماء ﷺ في حكم الوصية لرقيق وارثه على قولين:

القول الأول: أنها صحيحة:

وبه قال الحنفية، وهو أظهر قولي الشافعية.

وبه قال الحنابلة^(٣).

القول الثاني: موقوفة على إجازة الورثة:

القول الثالث: أنها باطلة.

وبه قال المالكية، وبعض الشافعية^(٤).

واستثنى المالكية: الوصية بالشيء التافه إذا قصد به لموصي الرقيق دون السيد.

الأدلة:

دليل القول الأول: (الصحة)

ما تقدم من الأدلة: على أن الرقيق يملك^(٥).

دليل القول الثاني: (موقوفة على إجازة الورثة)

بأن المملك يقع للوارث لا للعبد، فكانت الوصية للوارث، والوصية للوارث موقوفة على

(١) صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب اليمين على المدعى عليه (١٧١١)، ولفظ البخاري (٢٣٧٩): "إن شئى قضى أن اليمين على المدعى عليه".

(٢) الوصايا والتمثيل، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣٨/٧، روضة الطالبين ١٠٨/٦، المغنى ٥٢٠/٨.

(٤) شرح المعرشي ١٧٠/٨، روضة الطالبين ١٠٤١٠/٦، المغنى ٥٢٠/٨.

(٥) ينظر: محث الوصية للرقيق.

إجازة الورثة.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم على القول بملك العبد.

دليل القول الثالث: (البطالان)

أن الوصية للعبد لا تصح؛ لأنه لا يملك، وإنما الملك لمسيده، والمسيد وارث، والوارث لا تصح له الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: بما نوقش به دليل القول الثاني.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول بالصحة؛ لما تقدم من ملكية العبد.

الخامسة: الوصية لمن يتزوج ابنته، أو أخته الوارثة، ونحو ذلك.

وقد اختلف فيها العلماء على قولين:

القول الأول: أنها صحيحة:

وهو قول بعض المالكية^(١).

وحجته: لأنها وصية لأجنبي.

القول الثاني: أنها باطلة:

وهو قول بعض المالكية^(٢).

وحجته: لأنها تعود إلى الوارث.

والأقرب:

القول الأول، إلا أن كان هناك مواطأة.

السادسة: ضمان صداق ابنته في مرضه^(٣).

وقد اختلف فيها بالصحة وبالبطالان، مثل التي قبلها، وإن كانت هذه وصية حكمية،

(١) للمعيار للعرب ١٠/٣٤٩، الوصايا ص ٢٥٤.

(٢) لمصداق نفسها.

(٣) الذخيرة ١٣/٧، الوصايا والتنزيل ص ٢٧٨.

والتي قبلها وصية حقيقة.

وجه القول بالبطالان فيها: انتفاع الورثة من الوصية فيهما، ووجه القول بالصحة: أنها وصية للزوج، وهو المستفيد منها الأصلي، وهو أجنبي غير وارث، فتصح الوصية له.

المسألة الثالثة: الوصية للوارث تعليقاً

قد تكون الوصية للوارث بثلاً من غير ترديد، كالذي يوصي لابنه من غير ترديد، وقد تكون الوصية له مترددة بينه وبين غيره، معلقة على إجازة الورثة.

ولها صورتان:

الصورة الأولى: أن يوصي لوارثه وإن لم يجزها الورثة فهي للفقراء، أو غيرهم من جهات البر، كأن يقول داري أو ثلثي لزوجتي، وإن لم يقبل الورثة فهي للمسجد، أو لابن عمي، فهي وصية مترددة بين الوارث وبين غيره، وقد اختلف فيها على قولين:

القول الأول: أنها وصية باطلة ولو أجازها الورثة:

ولا تكون للوارث، ولا لغیره ممن جعلها له.

وبه قال بعض المالكية^(١).

وحجته: ما فيها من قصد الضرر لأن الموصي يوصيته على هذا الشكل يريد أن لا يترك الموصى به للورثة بأي وجه، فإما أن يأخذه وارثه، وإما أن يكون لغيرهم، ويحرم منه جميع الورثة، وهذا عين الضرر المنهي عنه في قوله ﷺ: **لَا يَرِثُ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يَوْصِي بِهَا أَوْ ذَرِيَّةٌ غَيْرَ مُصْكَاتٍ** ^(٢).

ولعموم حديث: **(لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)** ^(٣).

والقول الثاني: أنها صحيحة:

موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، وإن لم يجزوها للوارث دفعت لمن

(١) المصادر السابقة.

(٢) من الآية ١٩ من سورة النساء.

(٣) تخدم تحريجه برقم (٩).

منيت له، ولا ترجع ميراثاً.

وبه قال الشافعي^(١).

لأن الحق للورثة، وقد أسقطوه.

الصورة الثانية: عكس الأولى، وهي أن يقول ثلثي للفقراء إلا أحم إذا أحازوها فهي للوارث الذي سماه، وإن لم يجزوها فهي للفقراء أو من مماهم.

قال أصبغ: القياس المنع، إلا أتي أحيزها استحساناً واتباعاً للعلماء،

والفرق بين الصورتين:

أنه في الأولى بدأ بالوصية للوارث، وهي باطلة، وفي الثانية بدأ بغيره، وهي صحيحة، فحكم لكل واحدة بأول الكلام وما بدأ به.

المطلب الرابع: في وقت اعتبار الموصى له وارثاً، أو غير وارث:

الوصية تمليك بعد الموت، لا يستحقها الموصى له إلا بعده.

القول الأول: اتفقت المذاهب الأربعة^(٢) على أن المعتبر في كون الموصى له وارثاً،

أو غير وارث هو وقت موت الموصي، لا وقت الوصية:

قال ابن قدامة: "لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت، فلو أوصى لثلاثة إخوة له متفرقين ولا ولد له، ومات قبل أن يولد له ولد لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بالإحازة من الورثة، وإن ولد له ابن صحت الوصية لهم جميعاً من غير إحازة إذا لم تتجاوز الوصية الثلث، وإن ولدت له بنت جازت الوصية لأخيه من أبيه وأخيه من أمه، فيكون قسماً ثلثاً الموصى به بينهما نصفين، ولا يجوز للأخ من الأبوين؛ لأنه وارث، وبهذا يقول الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وغيرهم، ولا نعلم

(١) الأم، مرجع سابق، ١٥٥/٤.

(٢) تكملة فتح القدير ٤١٢/١٠، تبين الخلاف ١٨٢/٦، السراج للوهج ٣٣٧، فتح العلي طالك ٣٢٢/١، الأم ١١٤/٤، كفاية الأخيار ٦٠/٢، كشف القناع ٣٧٦/٤، مطلب أولي النهى ٤٤٨/٤.

عن غيرهم خلافهم، ولو أوصى لهم وله ابن فمات ابنه قبل موته لم تجز الوصية لأخيه من أبويه ولا لأخيه من أمه، وجازت لأخيه من أبيه، فإن مات الأخ من الأبوين قبل موته لم تجز الوصية للأخ من الأب -أيضاً-؛ لأنه صار وارثاً^(١).

قال ابن حجر: "واتفقوا على اعتبار كون الموصى له وارثاً بيوم الموت"^(٢). فمن كان وارثاً يوم الموت ووقته فلا وصية له، إلا أن يجزئها الورثة، ولو كان يوم الوصية غير وارث، ومن كان يوم الموت غير وارث فالوصية له صحيحة، ولو كان يوم الوصية وارثاً.

القول الثاني: أن المعتبر وقت الوصية:

فمن كان وقت الوصية وارثاً، فلا وصية له ولو صار غير وارث. وبه قال ابن حزم: "ولا تحمل الوصية لو ارت أصلاً، فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصى بطلت الوصية له، فإن أوصى لو ارت ثم صار غير وارث لم تجز له الوصية؛ لأنها إذ عقدها كانت باطلاً"^(٣).

قال المرداوي: "وأكثرهم لم يَحْك فيه خلافاً: أنَّ الاعتبار في الوصية بحال الموت"^(٤).

قال ابن رجب: "وحكى بعضهم خلافاً ضعيفاً: أنَّ الاعتبار بحال الوصية"^(٥).

وحجته:

١. حديث أبي أمامة رضي الله عنه: "لا وصية لوارث" فإن لفظ وارث اسم فاعل، وهو حقيقة في حال التلبس بالفعل، ولا يكون وارثاً بالفعل إلا بموت الموصى، فدل

(١) للقي، مصدر سابق، ٣٩٧/٨.

(٢) فتح الباري، مرجع سابق، ٣٧٥/٥.

(٣) المحلى، مصدر سابق، ٣٩٦/٩.

(٤) الإنصاف مع الشرح الكبير، مرجع سابق، ٢٢٦/١٧.

(٥) قواعد ابن رجب: القاعدة السابعة عشر بعد المائة.

ذلك على أن العبرة بالوقت الذي يكون فيه وارثاً.

٢. ولأنه تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فيعتبر وقت التملك^(١).

دليل القول الثاني:

١. حديث أبي أمامة رضي الله عنه: "لا وصية لوارث"^(٢).

وجه الدلالة: أن لفظ الوارث يكون مستعملاً في الوارث حالاً وقت الوصية، أو مآلاً عند وفاة الموصي؛ فيلزمه استعمال اللفظ في حقيقته ومجازه في آن واحد دون قرينة أو حاجة.

٢. أنه لو صار عند الموت غير وارث بطلت الوصية؛ لأنه عقدها عقداً باطلاً، فدل

ذلك على أن المعتبر حال الوصية^(٣).

ثمرة الخلاف:

١. من أوصى لغير وارث ثم صار وارثاً كمن أوصى لأجنبية، ثم تزوجها، أو أوصت له، ثم تزوجته، أو أوصى لزوجته، أو ابنه الكافر ثم أسلم، أو أوصى لأخيه مع وجود ولده، ثم مات ولده، ففي هذه الحالات كلها تبطل الوصية، أو تصح وتتوقف على إجازة الورثة على الخلاف السابق في الوصية لوارث؛ لأن الموصى له صار وارثاً يوم الموت.

٢. من أوصى لوارث ثم صار غير وارث وقت الوصية، كمن أوصى لأخيه ثم ولد له، أو أوصى لزوجته ثم طلقها، أو العكس، فإن الوصية تكون صحيحة لازمة عند الجمهور اعتباراً بوقت الموت، وباطلة عند ابن حزم.

واختلف المالكية إذا لم يعلم الموصى أن الموصى له صار غير وارث، فقال ابن القاسم: لا تصح الوصية إذا لم يعلم بتغير حال الموصى له قبل موته.

(١) الشرح الكبير لمصنف.

(٢) تقدم نفيها بـ (١٤).

(٣) ينظر: أهلي لأمين حزم، مصدر سابق، ٣١٦/٩.

وقال أشهب: الوصية صحيحة علم أو لم يعلم.

ومن هنا اختلفا فيمن أوصت لزوجها ثم طلقها، ولم تعلم بذلك حتى ماتت. فقال ابن القاسم: الوصية باطلة^(١)؛ لاحتمال أنها لو علمت بطلاقها لرجعت في وصيتها؛ لأنها أوصت له وهو وارث، فلم تقصد الوصية له حقيقة؛ وهذا بخلاف ما لو علمت ولم تغير وصيتها، فإن ذلك دليل على تمسكها بوصيتها له من جهة، ولعدم عذرها بترك الرجوع فيها من جهة أخرى.

وقال أشهب وابن القاسم أيضًا: بصحتها، علمت أو لم تعلم^(٢).

لما يلي:

أ- عموم الحديث.

ب- أن الصحة من خطاب الوضع، وهو لا يشترط فيه العلم.

ج- أن المعتبر في الصحة في المعاملات موافقة الفعل للشرع في الواقع، وافق اعتقاد المكلف أو لا.

د- أن الوصية محمولة على الجواز حتى ترد^(٣).

٣. من تزوج امرأة في مرضه، أو مرضها المخوف، ثم أوصى لها، أو أوصت له، فإن الوصية تصح عند المالكية فيهما، وباعلة عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(٤).

ومنشأ الخلاف: اختلافهم في النكاح في مرض الموت.

فعند المالكية: يمنع عقد النكاح، فإن حصل قسح قبل الدخول وبعده، فلا توارث فيه.

(١) الذخيرة ٢٧/٩. حاشية الزرقاني ١٨٨/٨، والمفتي ١٣٩/٦، الشرح الصغير وحاشيته ٥٨٥/٤، حاشية الدسوقي ٤٢٧/٤.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الوصايا والتمثيل، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

(٤) الفتاوى الهندية ٩٠/٦، الذخيرة ١٥/٧، للذخيرة ٢٩٦/٤، لفتاوى ٤٩/٦، للمفتي ١٥/٦.

فالوصية صحيحة؛ لأنها وصية لغير وارث، ومن رآه نكاحاً صحيحاً، وهو قول الجمهور قال: الوصية باطلة؛ لأنها وصية لوارث^(١).

٤. من أوصت لأجنبي، أو أوصى للأجنبية ثم تزوجا في المرض المخوف، وهي مثل الأولى، إلا أن الزواج هنا طارئ على الوصية، وفي التي قبلها الوصية طارئة والحكم فيهما سواء.

٥. من أوصى لزوجته أو أوصت له، ثم طلقها في مرض موته، ومذهب المالكية: أن الوصية موقوفة على إجازة الورثة، بناء على أن الطلاق في المرض لا يمنع الميراث فهي وصية لوارث.

وقال الحنابلة: ليس لها أكثر من ميراثها؛ لأنه ينهم على أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية، فلا ينفذ^(٢).

٦. إذا جرح الوارث مورثه جرحاً قاتلاً، ثم أوصى له، فإن الوصية تصح عند المالكية إذا كان الجرح عمداً؛ لأنها وصية لغير وارث بخلاف الجرح الخطأ، فإنها لا تصح؛ لأنها وصية لوارث؛ لأن القتل الخطأ لا يمنع الميراث عند المالكية، بخلاف العمد فإنه يمنعه ولذلك فرقوا بينها؟.

وقالت الحنفية: إذا لم يكن له وارث سواء صحت الوصية له، بناء على أصلهم من جواز الوصية للوارث إذا لم يكن معه وارث^(٣).

المطلب الخامس: إذا أوصى لوارث، فقصار عند الموت غير وارث:

تقدم لنا قريباً أن الموصي إذا أوصى لوارث، فإن ذلك متوقف على إجازة الورثة كما هو الراجح، فإن أجازوها نفذت وإن لم يميزوها بطلت، أما إذا أصبح الموصي له غير

(١) ينظر كتاب أحكام العبة (باب هـ المريض).

(٢) المصدر نفسه للحنابلة.

(٣) المصادر السابقة، والوصايا والشرع ص ٢٦٧.

وارث حين موت الموصي، كأن يوصي لأحد أخوته الذين يرثونه وعند موته ولد له ابن.

فاختلف العلماء رحمهم الله في حكم وصيته على قولين:

القول الأول: أن الوصية له صحيحة؛

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

وحجته:

١. أن الملك لا يثبت في الوصية في حال الإيصاء، وإنما يثبت بعد الموت والموصي

له حين موت الموصي غير وارث.

٢. الوصية لا اعتبار لها في حياة الموصي، وإنما تعتبر بعد وفاته؛ إذ هي تبرع بالمال

بعد الموت.

٣. أن الموصي له قد زال عنه وصف الإرث بوجود ابن الميت مثلاً، ولو كان هذا

الوصف معتزلاً لورث من تركته الميت وهذا لا يقول به أحد، ولو فرض أنه وارث

فعلاً، فإن الوصية له غير باطلة، بل صحيحة موقوفة على إجازة الورثة كما هو

رأي جمهور العلماء، وقد تقدم تفصيل القول في ذلك، والله الموفق.

القول الثاني: أن الوصية في هذه الحال لا تجوز:

وبه قال ابن حزم^(٢).

وحجته: أن الوصية للموصي له كان وارثاً، فوقع الوصية له باطلة^(٣).

ونوقش: بأنه استدلال في محل النزاع، فلا يسلم بطلان الوصية؛ إذ العبرة بحال الموت؛

لما ذكره الجمهور.

(١) المصادر نفسها.

(٢) المحلى، مصدر سابق، ٣١٦/٩.

(٣) غنية.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو ما ذهب إليه الجمهور + لقوة دليله.

المطلب السادس: إجازة الورثة الوصية لوارث، وفيه مسائل:**المسألة الأولى: حكم الإجازة، وتكييفها:**

تقدم أن الوصية لوارث تتوقف على إجازة باقي الورثة واعتبارها شرطاً في نفوذ الوصية، فإن أجازوها جازت، وإن ردها ردت، وإن أجازها بعضهم دون بعض، فمن أجاز لزمته الإجازة في نصيبه، ومن ردها لم يلزمه شيء، كما هو قول الجمهور، وتقدم قول ابن حزم رحمه الله.

وختلف القائلون بصحة الوصية إذا أجازها الورثة في تفسير هذه الإجازة، وتكييفها على قولين:

القول الأول: أنها تنفيذ لوصية الموصي، وأنها بمثابة ترك حقهم في الرد:

وهو مذهب الحنفية، وبعض المالكية.

والأصح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة^(١).

وحجته: أنه تصرف صادق المالك، وحق الوارث إنما يثبت في ثلثي الحال فأشبهه بالتقص المشفوع، وأنه لا خلاف أنه لو وهب أو أعتق ثم برأ صح^(٢).

القول الثاني: أنها ابتداء عطية من الورثة للموصي له:

وهو المشهور في مذهب مالك، وقول الشافعية^(٣).

وحجته: أن الوصية للوارث منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه^(٤).

(١) جامع الأمهات ٣٩١/١، الشرح الكبير ٤٢٧/٤، القمر الداني ٣٨/٢، الحاوي الكبير ٤١٣/٨، روضة الطالبين ١٤٢/٦، المغني ٦/٦.

(٢) أسنى لمطالب، مرجع سابق، ٦٢/٣.

(٣) بدائع الصنائع ٣٧٠/٧، التمهيد ٣٠٧/١٤، ليعار المغرب ٣٦٧/٩، حاشية الرهوني ٢٤٣/٨، الأم ١١٥/٤، نهاية المحتاج ٥٤/٦، المغني ١٣/٦.

(٤) الحاوي، مرجع سابق، ٤١٣/٨.

سبب الخلاف: الخلاف في صحة الوصية للوارث وبطلانها، فمن رآها صحيحة قال هي تنفيذ للوصية، ومن رآها باطلة قال: هي ابتداء عطية؛ لأن وصية الميت بطلت، وجعل بعضهم الخلاف غير مبني على ذلك^(١).

ثمرة الخلاف:

١. من قال الإجازة تنفيذ، قال يكفي أن يقول الورثة أحزنا الوصية، أو أمضيناها، ونحو ذلك، ومن قال ابتداء عطية، قال: لا بد من إنشاء عقد هبة جديد بصيغة العطية^(٢).

٢. أنه على القول بأنها مجرد تنفيذ للوصية لا يشترط القبول بعد الإجازة ويكفي القبول الأول للوصية، وعلى أنها ابتداء عطية لا بد من تحديد القبول واختار بعض متأخري المالكية: أن هذا الشرط لا حاجة إليه؛ لأن الحيابة تنوب عنه إلا أن الأظهر اشتراطه، فإنه قد تكون الوصية بيد الموصى له قبل إجازة الورثة إذا كانت بمعين، كدار يسكنها أو أرض يحرثها أو وصي له تخم، فإن هذا الحوز لا يغني عن القبول بعد الإجازة، فإذا أجاز الورثة ولم يحصل منه ما يدل على القبول حتى حصل مانع، فإن الوصية تبطل على المشهور عند المالكية، ومن قال إنها ابتداء عطية هي بمثابة هبة الودعة والعارية لمن يحوزهما في يده، ولم يقبل حتى مات الواهب أو فلس، فإن الهبة تبطل فيهما^(٣).

٣. أنه على القول بتنفيذ: لا حاجة للقبض، وعلى أنها ابتداء عطية لا بد فيها من القبض معاينة كالهبة.

ومن هنا اختلف إذا كان الوارث لا دين عليه، وأجاز الوصية ولم يقبضها الموصى له

(١) حاشية الرهوني ٢٤١/٨، حاشية بتاني ١٣٩/٨، الوصايا والتفصيل ص ٢٦٨.

(٢) المعنى: مصدر سابق ٦/٦.

(٣) انظر: كتاب أحكام الهبة، والبهجة ٢٨٦/٢، وحاشية بتاني ١٣٩/٨، وحاشية الرهوني ١٤٦/٨، والرقائق ٩٨/٧-١٣٩/٨، والوصايا والتفصيل ص ٢٦٩.

حتى استدان الوارث، أو مات؛ فقال مالك: غرماء الوارث وورثته أحق بالوصية؛ لأنها هبة لم تجز، وقال أشهب: تنفذ الوصية بناء على أن الإجازة تنفذ^(١).

٤. على القول بأنها تنفذ: لا حق للغرماء في منعه من الإجازة؛ لأنه لم يعط شيئاً، وعلى أنها ابتداء عطية يكون للغرماء الحق في منعه من الإجازة؛ لأنه محجور عليه، ممنوع من التبرع بماله^(٢).

٥. أن من رآها إجازة قال: لا تعنصر، ومن رآها ابتداء عطية قال: يجوز اعتصارها، كما لو أوصت زوجة لولدها من زوجها، فأجاز الزوج الوصية، ثم أراد اعتصارها من ولده بصفته أبا له، فعلى الأول لا حق له، وعلى الثاني له الحق في ذلك^(٣).

٦. أنه إذا أوصى بوقف عقار له على ورثته أجازة الورثة، فالوقف صحيح بناء على أنها تنفذ، وباطل على القول أنها ابتداء عطية؛ لأنه تحيس من الورثة على أنفسهم، ولا يصح الوقف على النفس عند القائلين بمنعه^(٤).

المسألة الثالثة: وقت الإجازة:

أولاً: الإجازة بعد الموت:

اتفق القائلون بصحة الإجازة على أنها إذا وقعت بعد موت الموصي فهي لازمة لا رجوع فيها إذا توفرت شروطها الآتية، وإن لم يجزها الموصي له^(٥)، والحجة في ذلك:

١. قوله ﷺ: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٦)، والإجازة عقد عهده المجيز على نفسه، فيلزمه الوفاء به.

(١) حاشية الرهوي، مرجع سابق، ٢٤٣/٨.

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ٤٤/٧.

(٣) المغني، مصدر سابق، ١٣/٦.

(٤) ينظر: كتابنا أحكام الوقف، الوقف على النفس.

(٥) الفتاوى الهندية ٩٠/٦، التمهيد ٣٠٨/١٤، نهاية المحتاج ٥٤/٦، المغني ١٤/٦.

(٦) من الآية ١ من سورة المائدة.

(١٩٢) ٢. ما رواه البخاري ومسلم من طريق سعيد بن المسيب، عن ابن عباس رضي الله عنهما

أن النبي ﷺ قال: "العائد في هبته كالعائد في قبته" ^(١).

والإجازة هبة على أحد القولين، فلا يحل الرجوع فيها للمجيز.

٣. أنه أسقط حقه بعد وجوبه، فلزمه قياساً على إسقاط الشفعة بعد البيع.

٤. حديث ابن عباس رضي الله عنهما "لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة" ^(٢) بناء على تقدير

لا وصية لازمة، فالاستثناء من عدم اللزوم يقتضي اللزوم عند الإجازة؛ لأن

الاستثناء من النفي إثبات، وفي رواية زيادة: "وإن أجازوا فليس لهم أن يرتفعوا"

وهي صريحة في اللزوم عند الإجازة، إلا أنها زيادة ضعفتها ابن حزم بالإرسال،

وضعف رواها ^(٣).

ثانياً: الإجازة في مرض الموت:

اختلف الفقهاء في الإجازة في مرض الموت على قولين ^(٤):

القول الأول: أنها غير لازمة، وللورثة الرجوع إذا مات الموصي:

وبهذا قال الجمهور: الحنفية ^(٥)، والشافعية ^(٦)، والحنابلة ^(٧).

ودليلهم:

١. أن حق الورثة في المال لا يثبت إلا بعد موت الموصي، فإذا تنازلوا بشيء منه

كان تنازلاً عن حق لم يثبت أصلاً فلا أثر له ^(٨).

(١) صحيح البخاري في الطب، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته (٢٦٢١)، ومسلم في المباحات، باب تحريم الرجوع في الصدقة (١٦٢٢).

(٢) سبق تخريجه (٥٢).

(٣) المحلى، مصدر سابق، ٣١٦/٩-٣١٧.

(٤) الفتاوى الهندية ٩٠/٦، حاشية ابن مفلوح ١٦٠/١، المعنى ١٤/٦.

(٥) للمبسوط ١٤٧/٢٧، بدائع الصنائع ٣٦٩/٧، حاشية ابن عابدين ٦٩٨/٦.

(٦) الأم ١١٠٥/٤، روضة الطالبين ١٠٥/٥، حاشية قتيبي وعميد ١٥٩/٣.

(٧) للمعنى ٤٠٥/٨، الإصناف ٢٠١/٧.

(٨) المعنى ١١٠٦/٥، بدائع الصنائع ٣٦٩/٧.

٢. أن حال مرض الموت لا يصح فيها رد الوصية، فكذلك لا تصح فيها إجازة الورثة^(١).
٣. أنها من باب إسقاط الشيء قبل وجوبه فلا يلزم، قياساً على إسقاط الشفعة قبل البيع.

القول الثاني: أن الوقت المعتبر هو ما كان بعد موت الموصي، أو ما كان في مرض موته: وهذا مذهب المالكية^(٢).

وبه قال شيخ الإسلام رحمته الله.

ودليلهم:

١. حديث ابن عباس رضي الله عنه "إلا أن يجيز الورثة"^(٣) فإنه يشمل الإجازة بعد الموت وقبله في الصحة والمرض، إلا أنه لما كان في الصحة قادراً على التبرع بما شاء من ماله لم يلزم الإجازة؛ لانتفاء عذرة بقدرته على التبرع، بخلاف حال المريض، فإنه لما كان محجوراً عليه التبرع لحق الورثة لزمته الإجازة؛ لوجود سبب الملك في الجملة، وإن كان بعيداً؟.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنها زيادة ضعيفة:

٢. وروي عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال حين حضرته الوفاة لابنه عبدالله: "إني قد أردت أن أوصي، فقال له: أوص ومالك في مالي، فدعا كاتباً فأملى، فقال عبدالله: فقلت له: ما أراك إلا وقد أثبت على مالي ومالك، ولو دعوت إخوتي فاستحللتهم"^(٤).

ففي هذا دليل على لزوم الإجازة في حال المرض، فإنها لو كانت غير لازمة لما كانت

(١) للقي ٤٠٦/٥.

(٢) المدونة ٧٦/١٨، الاستبصار ٥٦/٢٢، الجامع لأحكام القرآن لابن العربي ٢٦٥/٢، البهجة ٥١٥/٢.

(٣) الإتصاف مع الشرح الكبير، مرجع سابق، ٢٣٥/ ١٢.

(٤) تقدم تحريجه برقم (١٨٨).

قائدة في دعوتهم واستحلّ لهم.

٣. أن الإجازة تصح من الورثة في حال مرض الموصي؛ لأنّ حقهم قد تعلق بما له في هذه الحال، بخلاف حال الصحة^(١).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الموصي له أن يبطل الوصية حال حياته، ولو في مرضه قبل موته، وإذا صح منه إبطال الوصية، فعن باب أولى أن يصح رجوع الورثة في إجازتهم، فلا يعتبر هذا الوقت في نفاذ إجازتهم.

الوجه الثاني: أن اعتبار وصف الورثة لا يتحقق إلا بعد موت الموصي، وأما قبل موته فلا يصدق عليهم أنهم ورثته، ولا يملكون من ماله شيئاً، وهذا الحكم وهو الإجازة متعلق بوصفهم أنهم ورثة، فإذا لم يتحقق ذلك فإن هذا الوقت إذن غير معتبر^(٢).

٤. بأنه لو لم تلزم الإجازة في المرض لأدى ذلك إلى حرمانه من الوصية، حيث يظهر له الورثة الموافقة على الوصية للوراث، حتى لا يوصي لغيره، فإذا مات رجعوا في إجازتهم، واستولوا على المال كله، وحرّموا الموصي مما أعطاه الله من حقه في الوصية في ثلث ماله لأجنبي فعملوا بنقيض قصدهم^(٣).

ونوقش: أنه في هذه الحال يعاملون بنقيض قصدهم.

٥. أن الإجازة في المرض معلقة في الموت والملك، فتلزمهم كسائر التعاليق، كما لو قال: إن ملكت هذا العبد فهو حراً، فإنه يلزمه عتقه إذا ملكه^(٤).

ونوقش: بأنه استدلال في محل النزاع.

(١) للدولة ٧٦/١٥، الإشراف على تكت مسائل الخلاف ١٠٠٨/٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص، مرجع سابق، ١٦٩/١.

(٣) المنقضي، مصدر سابق، ١٨/٦.

(٤) المحقوق، مرجع سابق، ٤٠/٧.

وفي كلا القولين قوة، إلا أن قول الجمهور أقوى؛ لكون دليله أقوى، إلا إن ترتب على ذلك تحيل على إبطال الوصية، فتلزم الإجازة.

ثالثاً: الإجازة في حال الصحة والإقامة:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الإجازة في حال صحة الموصي وحضوره على قولين:
القول الأول: أنها غير لازمة للورثة، وأن لهم الرجوع فيها إذا مات الموصي مطلقاً؛ وهو قول الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(١).
القول الثاني: أن الإجازة لازمة لهم، ولا حق لهم في الرجوع؛ وبه قال الحسن، والزهرى، والأوزاعي^(٢).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. أنه إسقاط الشيء قبل وجوده، فلا يلزم قياساً على إسقاط الشفعة قبل البيع، والصداق قبل النكاح^(٣).
٢. وأما حالة لا يصح فيها ردهم، فلا تصح فيها إجازتهم.

أدلة الرأي الثاني:

١. عموم حديث ابن عباس رضي الله عنه: "إلا أن يجيز الورثة"^(٤)، فإنه شامل للإجازة في

(١) للبسوط ١٤٧/٢٧، بدائع الصنائع ٣٦٩/٧، حاشية ابن عابدين ٦٩٥/٦، الذخيرة ٤٠/٧، المهذب ١٦٩/٨.

١٣٩، حاشية الزرقاني وشاذي ١٨٩/٨، الأم ١٠٥/٤، روضة الطالبين ١٠٥/٥، حاشية قليوبي وعسيرة ١٥٩/٣.

المغني ٤٠٥/٨، الإحصاف ٢٠١/٧، المغلي ٣١٦/٩.

(٢) المغلي ٣١٦/٩، المغني ٤٠٥/٨.

(٣) المغني، مصدر سابق، ٤٠٥/٨.

(٤) سبق ترجمته برقم (٥١).

الصحة والمرض، وبعد الموت.

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الأول: الضعف.

الثاني: أن الورثة حقيقة قيسن كان وارثاً بالفعل، ولا يكونون كذلك إلا بعد وفاة الموصي، فلا يتم الاحتجاج بها.

٢. أن الحق للورثة، فإذا رضوا بإسقاطه لزمهم، كما لو رضي المشتري بالعيب^(١) ونوقش: بالفرق؛ إذ إن إجازة الورثة قبل وقتها.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ بقوة دليله.

رابعاً: الإجازة في السفر:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الإجازة في حال السفر على قولين:

القول الأول: أن الإجازة في السفر والصحة لا تلزم:

وهو قول جمهور أهل العلم: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

القول الثاني: أنها لازمة:

وهو أحد قولي مالك، وابن القاسم.

وهو قول الزهري، والأوزاعي^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. ما تقدم من الأدلة على عدم لزوم إجازة الصحيح، ويدخل في ذلك المسافر.

(١) حاشية الزرقاني ١٨٩/٨، المحمية ٤٠/٧، حاشية الرهوي ١٦٩/٨ - ١٣١، الوصايا والتبذير ص ٢٢.

(٢) لمصادر السابقة.

(٣) لمصادر السابقة، المعلى ٣١٦/٩، لمعنى ٤٠٦/٨.

٢. قياس المسافر على الصحيح الحاضر، بجامع أن كلا منها قادر على إتفاق ماله إذا شاء لعدم الحجر عليه، بخلاف المريض فإنه محجور عليه، فلا يصح قياس المسافر على المريض.

أدلة القول الثاني:

١. عموم حديث ابن عباس رضي الله عنهما "إلا أن يجيزها الورثة"^(١).
٢. قياس الإجازة في السفر على الإجازة في المرض؛ إذ السفر مظنة العطس كالمريض.

ونوقش: بالفرق كما تقدم في أدلة القول الأول.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

المسألة الثالثة: شروط الإجازة:

يشترط في لزوم الإجازة للورثة ستة شروط بين متفق عليه ومختلف فيه:

الشرط الأول: أن تكون بعد الموت، أو في المرض المخوف، وهو شرط مختلف فيه كما سبق.

الشرط الثاني: أن يموت الموصي في مرضه الذي وقعت فيه الإجازة عند القائلين بلزوم الإجازة في مرض الموت، فإن صح من مرضه بعد إجازتهم، ثم مات من مرض آخر لم تلزمهم الإجازة السابقة؛ لاستغنائه عنها بصحته وقدرته على التصرف بعد الصحة، فلم يبق له عذر، إلا أنهم يحلفون أنهم ما سكتوا رضا بالوصية على قول.

وقيل: لا يحلفون.

الشرط الثالث: أن لا يكون لهم عذر في الإجازة، وإلا لم تلزمهم، مثل أن يكون المجيز

(١) سبق ترجمته رقم (٥١).

في نفقة الموصي يخشى قطعها عنه إذا لم يحجز كانت النفقة واجبة، أو تطوعاً، أو يكون عليه دين للموصي يخشى مطالبته به، وحبسه إذا لم يحجز، أو يكون الموصي ذا سلطان وجاه يخشى بطشه به إذا لم يحجز^(١).

ولعل ذلك يجري فيما لو كان الوارث في نفقة الموصي له، أو له عليه دين، أو يخشى بطشه إذا لم يحجز؛ لأنه لا فرق بين الخوف من الموصي، والخوف من الموصي له، وربما كان الخوف من الموصي له أولى؛ لبقائه بعد وفاة الموصي.

ولا يعتمد عدلًا رجاء الجبيل موافقة الوارث الموصي له على إعطائه شيئاً، أو مكافأة على الإجازة، فإذا لم يكافئه لم يكن له رجوع^(٢).

الشرط الرابع: أن يكون الجبيل عالماً أن له الحق في الإجازة والرد، وعالماً بأن الإجازة تلزمه، وإلا لم تلزمه في الحالتين، فإن ادعى أنه كان يظن أن الوصية لازمة له، ولا خيار له في الرد، فإن الإجازة لا تلزمه، إذا كان مثله يجهل ذلك، ويحلف بميثا بالله أنه لا يعلم أن له الحق في رد الوصية^(٣)، كما أنه إذا أجاز الوصية، ثم قال: كنت أجهل أن الإجازة تلزمي فإنه يحلف على ما يقول، ولا تلزمه الإجازة.

الشرط الخامس: ألا يظن أن ما أجازة يسيراً.

إذا ادعى ظنه أن ما أجازة كان قليلاً، قبان كثيراً:

ففيه أمران:

الأمر الأول: أن تكون الوصية بالمشاع:

الرجوع في الوصية بالمشاع لمن أجازة من الورثة وهو يظنه قليلاً قبان خلافه؛ إذا أجاز الوارث ما زاد على الثلث، ثم قال أجزت لأني ظننت أن المال قليل، وأن

(١) المتن ١١٨٩/٦، الدرر ٤٢/٧، المعيار ٣٦٨/٩، حاشية الرموني ٢٦٩/٨.

(٢) للدونة ٣٠٨/٤، الدرر ١٦/٧.

(٣) الدرر ١٦/٧، الرقاني وبناني ١٨٩/٨، الوصايا والتنزيل ص ٢٦٩.

ثلاثة قليل وقد بان أنه كثير، فقد اختلف في رجوعه على قولين:

القول الأول: أن الإجازة تلزم فيما ظنه:

والقول فيما لم يظنه مع بيمنه، فإذا حلف لم تلزمه الإجازة فيما راد على ظنه إلا أن يكون المال ظاهراً لا يخفى أو تقوم بينة بعلمه بقدره،

وبه قال المالكية، الشافعية^(١).

وهو المذهب عند الحنابلة^(٢).

القول الثاني: أنه لا يملك الرجوع في الجميع:

وهو وجه للحنابلة^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

١. أن الغالب أن المجيز إنما يترك الاعتراض للموصى له في الوصية؛ لأنه لا يرى المنفعة في ذلك القدر ويستحقه، فإذا ادعى أنه إنما أجاز لظنه قلة المال كان الظاهر معه فصدق مع بيمنه، لأنه يحتمل الكذب^(٤).

٢. أن ثبوت الرجوع فيه - إذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلم - استدراك لظلامته قياساً على من أسقط شفعته لمعنى، ثم بان بخلافه فإن له العود إليها، فكذلك إذا أجاز الموصي به بظنه قليلاً فبان كثيراً، فله الرجوع بما زاد على ظنه^(٥).

٣. أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى له مثلاً مائة وخمسون ريالاً ثم بان أنه ألف ريال،

(١) للمذهب ٥٨٨/١، روضة الطالبين ١١١-١١٠/٦.

(٢) الإتصاف ١٠٧/١، منتهى الإرادات ٣٩/٢.

(٣) المهر ٣٧٧/١، المبدع ١٨/٦.

(٤) كشاف الفتن، مصدر سابق، ٣٤٣/٤.

(٥) المبدع، مصدر سابق، ١٨/٦.

فهو إنما أجاز خمسين ريالاً لم يجز أكثر منها، فلا يجوز أكثر منها، فلا تنفذ إجازته في غيرها^(١).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول:

بأن الوارث أجاز عقداً له الخيار في فسخه فبطل خياره، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه يعيب أو خيار^(٢).

وناقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الإجازة هنا مبنية على ظن خاطئ نشأ من أجل ترك المنازعة في الشيء السير الذي قد لا يستحق المنازعة، فإذا تبين أن المتروك من أجله المنازعة شيء كبير، فإن الأمر فيه يختلف حيث يبطله ولو أدى إلى المنازعة؛ لأن الإنسان قد يترك السير ولا يترك الكثير بخلاف الإجازة في البيع؛ لأن البيع لا يصح إلا مع الرؤية أو ما يقوم مقامها من الوصف، فإذا أجاز بعد الرؤية أو الوصف القائم مقامها، فإنه يكون قاصداً لهذه الإجازة مع علمه بما يترتب عليها.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلته وقيامها على رفع الضرر عن المجيز من غير إضرار بالموصى له حيث حصل له ما كان يظنه المجيز - وهو زائد على الثلث - في مقابل ضعف دليل القول الثاني لمراعاته الموصى له دون المجيز، ولا يخفى ما في هذا من الإضرار بالمجيز - والله أعلم.

الأمر الثاني: أن تكون الوصية بجمعين:

إذا كان الموصى به عينا كارض أو سيارة ولحو ذلك، أو كان مبلغاً مقدراً كآلف ريال فأجاز الوارث، ثم ادعى طه يسميها فيان كثيراً،

(١) المصدر نفسه.

(٢) الشرح الكبير مع المغني ٤/١٤٦.

فللعلماء قولان:

القول الأول: قبول قول الوارث في قيمة الموصى به ولو كان عيَّنًا أو مبلغًا مقدَّرًا: وهو وجه عند الحنابلة^(١)، أخذ به شيخ الإسلام.

القول الثاني: عدم قبوله في ذلك:

وهو مذهب الشافعية^(٢).

وبه قال الحنابلة في أظهر الوجهين، وهو المذهب^(٣).

الأدلة:

الرأي الأول: (قبول قوله)

١. أنه قد يسمح بذلك ظنا منه أنه يبقى له من المال ما يكفيهِ، فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة^(٤).

٢. أنه لا فرق بين هذه المسألة والمسألة التي قبلها، وهي الإجازة في جزء مشاع؛ إذ كلتاها فيه دعوى الجهل بماله أثر في الإجازة فيقبل قوله بيمينته^(٥).

دليل القول الثاني: (عدم قبول قوله)

أن ما أجازَه ما دام معينًا أو مقدَّرًا فهو معلوم، فلا عذر له بعد ذلك^(٦).

ويمكن أن يناقش: بأن علمه بالتشيء الموصى به الذي أجازَه لا يستلزم علمه ببقية المال حيث لا يترتب على قدر بقيته أثر في الإجازة.

(١) للمقي ٤٠٦/٨، الإنصاف ٢٠٢/٧.

(٢) مقي المحتاج ٤٤/٣، وانظر: روضة الطالبين ١٠٥/٥-١٠٦/٦.

(٣) للمقي ٤٠٦/٨، الإنصاف ٢٠٢/٧.

(٤) المقي، مصدر سابق، ٤٠٦/٨.

(٥) المصدر نفسه.

(٦) نفسه.

الترجيح:

يظهر - والله أعلم - أن قبول قول الوارث في المسألتين هو الأقرب، وهو اختيار شيخ الإسلام؛ ذلك أن التفريق بينهما غير ظاهر، والإجازة تفضل من الوارث، فيبغى ألا تعتبر إلا إذا كانت عن طيب نفس منه، وما دام قد ادعى ما يمكن قبوله، فيقبل ذلك منه بيمينه، فإن كان الأمر على غير ذلك فهو بينه وبين الله، والله أعلم.

وعند الحنفية: إذا أجاز الوارث ما فعله مورثه في مرضه، ولم يعلم ما فعل، لم تلزمه الإجازة، وإن علم ما فعله من التصرفات وأجاز له لزمته الإجازة^(١).

والحققت الشافعية: الجهل بوارث آخر بالجهل بالموصى به، فإذا أجاز الوارث ثم ظهر وارث آخر، فقال المجيز: إنما أجزت لأني كنت أظن أنه لا وارث معي، وأما الآن فلا أجزه، فقالوا: لا تلزمه الإجازة؛ لعذره بطرو وارث آخر، وما يترتب عليه من نقصان في حصة المجيز، إلا أنه يجوز للموصى له أن يخلفه على ما يقول^(٢).

الشرط السادس: أن يكون المجيز أهلاً للتبرع بماله، وهو المكلف الذي لا حجر عليه^(٣). فلا تصح إجازة الصغير، والمجنون، والسفيه المولى عليه؛ لأنهم ليسوا أهلاً للتبرع بالمال، ولا تصح إجازة وليهم عنهم عند المالكية والحنابلة، وتبطل الوصية.

وقالت الشافعية: توقف الوصية حتى يصيروا أهلاً للتبرع بالمال فيجيزوا أو يردوا بعد ذلك^(٤).

حجة القول الأول: أن في وقف الوصية حتى يتأهلوا ضرراً عظيماً بالورثة والموصى له.

وحجة القول الثاني: أن الوصية صحيحة، ولا مسوغ لإبطالها، ولا ضرر في وقفها؛

لإمكان الاقتراض للمحجور، ولو من بيت المال.

(١) الفتاوى الحنفية، مرجع سابق، ٤٤٤/٦.

(٢) نهاية المحتاج ٤٩/٦، وانظر كتاباً أحكام الحية.

(٣) الفتاوى الهندية ٩٠/٦، شرح الزرقاني ١٨٠/٨، المغني ١٥/٦.

(٤) نهاية المحتاج نفسه.

وإذا وقفت الوصية على هذا القول فإن النظر فيها يقى للقاضي، فله الاحتفاظ بعينها، أو بيعها والاحتفاظ بثمنها، أو إجارتها بحسب ما يراه من المصلحة، فإذا بلغ الورثة أهلية التصرع خيروا في الإجازة والرد فتدفع الوصية وغلتها، أو ثمنها إن بيعت للموصى له في حال الإجازة وللورثة في حال الرد^(١).

وختلف في السقي للمهمل، فمن أبطل تصرفه أبطل إجازته، ومن اعتبر تصرفه اعتد بإجازته^(٢).

وأما الزوجة، والمريض فتلزمتها الإجازة في حدود ثلثهما بناء على القول بالحجر على الزوجة في زائد الثلث^(٣)، والزائد على الثلث يوقف على إجازة الزوج، وورثة المريض^(٤).

وأما المفلس الذي أحاط الدين بماله ففيه خلاف، مبني على الخلاف في تكييف الإجازة، فمن رآها تنفيذاً للوصية، قال تلزمه الإجازة، ولا اعتراض للغرماء على تصرفه فيها؛ لأنه لم يتبرع بشيء من ماله، وإنما أجاز وصية مورثه.

ومن رآها ابتداء عطية قال للغرماء الحق في منعه من الإجازة، والزامه بالرد، كما لم رد إجازته إذا أجاز^(٥).

الشرط السابع: قبض الموصى به قبل حدوث المانع

وهذا الشرط مختلف فيه، مبني على القول بأن الإجازة ابتداء عطية، ولذلك يجب حوزها قبل موت المجيز، أو مرضه أو حدوث فلس، ومن رآها تنفيذاً لا يشترط هذا الشرط^(٦).

(١) لمصدر نفسه.

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ٤٣/٧.

(٣) ينظر كتابي أحكام المدة، والقول بالحجر على الزوجة فيما زاد على الثلث هو قول المالكية، خلافاً لجمهور العلماء، فإنه لا يكون لمخير عليها في الثلث وما زاد عليه، وقد حررت هذه المسألة مع ذكر أدلتها في كتابي أحكام المدة.

(٤) الفتاوى الهندية ٩١/٦، حاشية الرهوي ٩٤٣/٨، للمعيار ٣٩٠/٩.

(٥) الرهوي ٢٤٣/٨، لمغي ١٦/٦.

(٦) للمعيار ١٦٥/٥، الذخيرة ٤٣-٤١/٧.

المسألة الرابعة: من مات من الورثة قبل الإجازة والرد:

من مات من الورثة قبل الإجازة والرد، فإن حقه فيها ينتقل إلى ورثته أخذاً بقاعدة من مات عن حق انتقل إلى وارثه، إلا أن بعض العلماء اشترط في تخيير الورثة ألا يسكتوا بعد الموت سنة فأكثر، وإلا فلا حق لهم في الرد، كما لا حق لهم فيه إذا سكت مورثهم سنة فأكثر؛ لأن سكوته هذه المدة دليل على الرضا والإجازة، فلا يسمع منه بعد أنه لم يرض، قياساً على من بيع ماله عليه وهو غائب، ثم قدم فله الرد قبل السنة، فإذا مضت فلا رد له^(١).

والتحديد بسنة لا دليل عليه، والأقرب أن يحدد، بما لا يترتب عليه ضرر على الموصي له عرفاً؛ لأن ما ورد مطلقاً يرجع في تحديده إلى العرف.

المطلب السابع: الوصية لوارث وأجنبي، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا أوصى لوارث وأجنبي، ولا وارث له غير الموصى له:

مثل: الوصية لابنه وزوجة ابنه، والوصية لابنته وزوجها، إذا أوصى رجل لوارث، وأجنبي بثلث ماله، أو مال معين ونحو ذلك ثم مات، فلا يخلو ذلك من حالين:

الحال الأولى: أن يحجز الورثة الوصية للوارث:

فإذا أوصى لوارثه وأجنبي بثلثه، وأجاز الورثة وصية الوارث، فالثلث بينهما، فإن كانت الوصية لهما بأكثر من الثلث، وأجاز الورثة ما زاد على الثلث جازت الوصية، وإن ردوا ما زاد على الثلث فهو بينهما محاصة.

جاء في بدائع الصنائع: "ولو أوصى بثلث ماله لبعض ورثته وأجنبي، فإن أحاز بقية الورثة جازت الوصية لهما جميعاً، وكان الثلث بين الأجنبي وبين الوارث نصفين، وإن ردوا جازت في حصة الأجنبي، وبطلت في حصة الوارث"^(٢).

(١) للمعيار، مصدر سابق، ١٣٢/٥.

(٢) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ١٣٤/٦.

وجاء عند المالكية: "ومن أوصى لوارث وغير وارث معاً، كان للوارث أن يعاون أهل الوصايا، ثم ينظر فيما أصابهم، وإن أجاز له الورثة جاز"^(١).
فالحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة يرون أن للوارث اقتسام الوصية مع الأجنبي عند الوصية لهما بحسب الوصية، إذا أجاز الورثة ذلك^(٢).

الحال الثانية: في حالة عدم إجازة الوصية للوارث:

إذا أوصى رجل لوارثه ولأجنبي بثلثه، ولم يجز ذلك الورثة جازت الوصية في حق الأجنبي دون الوارث عند المذاهب الأربعة الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).
ومع اتفاق العلماء على بطلان الوصية للوارث عند عدم الإجازة، وضحت وصية الأجنبي إلا أنهم اختلفوا، هل يحاص الوارث الأجنبي قياًخذ الأجنبي ما خرج له من الخاصة، أم يكون الثلث جميعه للأجنبي، خلاف بين العلماء على قولين:

القول الأول: أن الأجنبي يحاص الوارث:

فما حصل للوارث اقتسمه مع بقية الورثة، وأخذ الأجنبي ما خرج له من الخاصة. وهو المشهور من مذهب الحنفية^(٧)، وقول المالكية^(٨)، والشافعية^(٩)، والحنابلة^(١٠).

(١) الكافي لأبي عبد الله: مرجع سابق، ص ٥٤٣.

(٢) للفتي ١/٨-٤، الأم ٥/٣٥٥، للوسط ٢٧/١٢٩، ١٤٥، للدولة ٤/٣٦٥.

(٣) تبين الحقائق، مرجع سابق، ٧/٣٩٦.

(٤) انظر: للدولة الكبرى ٤/٣٦٥.

(٥) انظر: الأم، مرجع سابق، ٥/٣٣٥.

(٦) انظر: الفتى، مصدر سابق، ١/٨-٤.

(٧) تبين الحقائق نفسه.

(٨) للدولة الكبرى، مرجع سابق، ٤/٣٦٥.

(٩) الأم، المرجع نفسه، ٥/٣٣٥.

(١٠) للفتى نفسه.

القول الثاني: أن الثلث جميعه للأجنبي، وعليه فلا محاصة مع الوارث: وهو رأي لبعض الحنفية، وبعض المالكية^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول:

١. أنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك، فصَحَّ في الأول لا الثاني.
٢. أن الوارث يُزاحم الأجنبي مع الإجازة، فإذا رُدَّوا تعيَّن أن يكون الباقي بينهما؛ لأن مقتضى الإضافة التسوية.
٣. القياس، فإذا بطلت الوصية في حق الوارث بقيت في حق الأجنبي، فأخذ ما بقي من الثلث، كما لو أوصى لأجنبيين فرد أحدهما دون الآخر^(٢).

واستدل أصحاب القول الثاني:

بأن الوارث ليس محل للوصية، فالوصية إليه وصية بالعدم، كما لو أوصى لحي وميت، فالوصية للحي؛ إذ الميت ليس محلاً للوصية^(٣).
ونوقش: يقول الكاساني في الإجابة عن قياسهم: "وهذا غير سديد؛ لأن الوصية للوارث ليست وصية باطلة، بدليل أنه لو اتصلت بها الإجازة - أي إجازة الورثة - جازت، والباطل لا يحتمل الجواز بالإجازة، وبه تبين أن الوارث محل للوصية؛ لأن التصرف المضاف إلى غير محله يكون باطلاً، دل أنه محل، وأن الإضافة إليه وقعت صحيحة، إلا أنها تبطل في حصته برد الباقيين"^(٤) من الورثة.

(١) بدائع الصنائع ٤/٤٣٥، حاشية الرعوي ١/٢٥٦-٢٥٧.

(٢) المرجع السابق ٤/٤٣٥.

(٣) انظر المرجع نفسه ٤/٤٣٣.

(٤) نفسه، ٤/٤٣٥.

الترجيح:

والذي يظهر رجحانه القول الأول، وهو أن الأجنبي يأخذ ما بقي من الثلث بعد
الخاصة؛ لصحة قياسهم، أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من القياس فأجيب عنه.

المسألة الثانية: إذا أوصى جميع ورثته بحسب حصصهم، والأجنبي معهم:

اختلف العلماء رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يأخذ الأجنبي وصيته كاملة بلا محاصة إذا لم ترد على الثلث:

وبه قالت المالكية^(١).

وأبو الخطاب من الحنابلة^(٢).

القول الثاني: أن الورثة يحاصصونه:

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(٣).

كمن ترك ابنين أوصى لهما بالثلثين، وأوصى لأجنبي بالثلث، فعلى القول الأول
يأخذ الأجنبي ثلثه كاملاً.

وحجته: بطلان وصية الابنين، فتبقى وصيته، وهو لا تزيد على الثلث فننفذ له.

وعلى القول الثاني: القائل بالمحاصة يقسم الثلث بين الأجنبي والورثة بحسب

وصاياهم، فيكون له ثلث الثلث^(٤).

وحجته: أنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث، والموصى له ابنان والأجنبي فله ثلث

الثلث^(٥).

(١) الذخيرة ١٧/٧، الفتاوى ١٨٠/٦، الوصايا والتزويل ص ٢٧٨.

(٢) الشرح الكبير مع الإيضاح ٣٣٨/١٧.

(٣) المصدر نفسه.

(٤) لمعني مصدر سابق، ١١/٦.

(٥) كشف القناع، مصدر سابق، ٣٧٩/٤.

والترجيح في هذه المسألة كالترجيح في التي قبلها.

المسألة الثالثة: الوصية لأجنبي، وجميع الورثة على خلاف قرائنهم:

ذهبت للمالكية: على محاصة الورثة الأجنبي، إلا أنهم اختلفوا فيما يخص به، كمن ترك ابناً وبنتاً أوصى لكل منهما بمائة، وأوصى للأجنبي بمائة، فإن البنت للموصى لها بأكثر من حظها تحاخص الأجنبي باتفاق ابن القاسم وغيره، إلا أن ابن القاسم يقول تحاخصه بخمسين؛ لأنه حيث أوصى للابن بمائة وأوصى لها بمائة كان الزائد على حظها الخمسين فتحاخص بمائة. وقال غيره: بثلث المائة؛ لأنه ميراثها من المائتين الموصى بحماها ولأخيها هو ثلثا المائة، فالزائد على حظها هو ثلث المائة فقط، وبه تحاخص الأجنبي فما ناب الأجنبي يأخذه، وما ناب البنت يرجع ميراثاً^(١).

المسألة الرابعة: الوصية للأجنبي، وبعض الورثة دون بعض:

فإن كان مجموع الوصيتين الثلث فأقل، فإن للموصى له الأجنبي يأخذ وصيته كاملة، وتوقف وصية الوارث على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت، وإن ردها ردت سواء أوصى لهما بشائع مشترك، مثل الثلث بينهما، أو أوصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأقل، ففي الحاليتين يأخذ الأجنبي وصيته، فإن أجازوا فالثلث والمعين بينهما، وإن ردها فبالأجنبي المعين الموصى له به، ونصف الجزء الشائع، ويرد نصيب الوارث ميراثاً^(٢).

قال ابن قدامة: "وهذا قول مالك، والشافعي وأصحاب الرأي، وغيرهم"^(٣).

وإن كانت الوصيتان أكثر من الثلث، فالصور:

الأولى: أن يجيزوا وصية الوارث والزيادة على الثلث، فإن لكل واحد من الأجنبي والوارث وصيته كاملة من غير محاصة بينهما لإجازة الورثة وإسقاطهم حقهم^(٤).

(١) الذخيرة ١٦/٧، الوصايا والتزويل ص ٢٧٩.

(٢) للمعني، مصدر سابق، ١٠/٦.

(٣) للمعني، نفسه ٤٠٦/٨.

(٤) للمعني ١٠/٦، الوصايا والتزويل ص ٢٧٨.

الثانية: أن يردوا الوصية لوارث، ويجوز الزيادة على الثلث، فإن الأجنبي يأخذ الوصية كاملة، وتبطل وصية الوارث حينئذ^(١).

الثالثة: أن يردوا الزيادة على الثلث، ويردوا وصية الوارث، فإن الوارث في هذه الحالة يحاصص الأجنبي في الثلث بحسب وصيتهما، وما ناب الأجنبي يأخذه، وما ناب الوارث يرجع ميراثاً بين الورثة؛ لبطلان وصيته يردها من طرف الورثة. وبه قال بعض الحنابلة^(٢).

والقول الثاني: إذا ردوا وصية الوارث بطلت:

ويأخذ الأجنبي الوصية كلها ولا محاصة للورثة لبطلان وصية الوارث يردها^(٣). وهو الصحيح من مذهب الحنابلة^(٤).

وحجته: أنهم حصوا الوارث بالإبطال، فالثلث كله للأجنبي، وسقطت وصية الوارث، فصار كأنه لم يؤص له^(٥).

الرابعة: وإن أجازوا الوصية لوارث، وردوا الزيادة على الثلث، فإن الوارث يحاصص الأجنبي بوصيته في الثلث كالتي قبلها، إلا أن ما ينوب الوارث في المحاصة يأخذه هو، ولا يرجع ميراثاً لإجازة الورثة وصيته^(٦).
فروع:

واختلف إذا ردوا الزيادة على الثلث من غير تعرض لتصيب الوارث والأجنبي أي مع السكوت عن ردهما، أو إجازتهما:

(١) لمصدر السابق.

(٢) الشرح الكبير مع الإيضاف ٣٣٩/١٧.

(٣) للقي: مصدر سابق، ١٠/٦.

(٤) الشرح الكبير مع الإيضاف ٣٣٩/١٧.

(٥) لمصدر السابق.

(٦) الوصايا والتنزيل ص ٢٧٨.

فقال مالك، والشافعي، والقاضي من الختابة: يحاصص الوارث الأجنبي في الثلث بحسب حصصهما، فإن كانت الوصية لكل منهما بالثلث بطل الثلث الزائد، واقتسما الثلث بينهما؛ لعدم النص على بطلان وصية الوارث فتحمل على الصحة والإجازة^(١). وحيثه: أن الوارث يُزاحم الأجنبي، إذا أجاز الورثة الوصيتين، فيكون لكل واحد منهما الثلث، فإذا أبطلوا نصفهما بالتركة، كان البطلان راجعاً إليهما، وما بقي منهما بينهما، كما لو تلف ذلك بغير التركة.

وعن أبي حنيفة، وهو قول أبي الخطاب من الختابة: الثلث انجز كله للأجنبي^(٢). وحيثه: أنهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبي، ولو جعلنا الوصية بينهما مملوكوا يبطل ما زاد على الثلث. الترجيح في هذه المسألة كالترجيح في المسألة التي قبلها. فرع:

فإن صرح الورثة بذلك، فقالوا: أجزنا الثلث لكما، ورددنا ما زاد عليه في وصيتكما. أو قالوا: رددنا من وصية كل واحد منكما نصفها، وبقينا له نصفها، كان ذلك أكد في جعل السدس لكل واحد منهما؛ لتصريحهم به، وإن قالوا: أجزنا وصية الوارث كلها، ورددنا نصف وصية الأجنبي، فهو على ما قالوا؛ لأن لهم أن يجيزوا لهما ويردوا عليهما، فكان لهم أن يجيزوا لأحدهما ويردوا على الآخر^(٣).

المطلب الثامن: الاحتيال لنقض الوصية لوارث:

أجاز بعض الفقهاء الاحتيال لزوم الوصية للوارث من غير إجازة الورثة، وأجازوا عدة حيل للوصول إلى ذلك، منها:

(١) المصادر السابقة.

(٢) المعنى نفسه ١٠/١١٦.

(٣) المصدر السابق.

أن يوصي الإنسان لأجنبي بثلته، أو بشيء من ماله بشرط أن يعطي الموصى له لوارث الموصي شيئاً بعد موته، مثل وصيته لخاله أو عمته بسيارة إذا أعطيا دارهما لابنه أو ابنته، أو غورهما من الورثة، ففي هذه الحال تصح الوصية للخال أو العمّة إذا أعطيا دارهما لابن الميت أو ابنته، ويختصان بها، رغم أن الوصية في الحقيقة لهما، أي الابن والبنت، فقد استطاع الميت بهذه الحيلة أن ينفع وارثه بماله ويخصه به من غير احتياج لإحالة الورثة^(١). قال ابن القيم: "وكذلك الحيل نوعان: تدعى بوصول به إلى فعل ما أمر الله تعالى به، وترك ما نهي عنه، والتخلص من الحرام، وتقليص الحق من الظالم المانع له، وتقليص المظلوم من يد الظالم الباعى، فهذا النوع محمود يثاب فاعله ومعلمه.

ونوع يتضمن إسقاط الواجبات، وتحليل المحرمات، وقلب المظلوم ظالماً، والظالم مظلوماً، والحق باطلاً والباطل حقاً، فهذا النوع الذي اتفق السلف على ذمه، وصاحوا بأهله من أقطار الأرض.

قال الإمام أحمد رحمته الله: لا يجوز شيء من الحيل في إبطال حق مسلم ... قال شيخنا: فالدليل على تحريم هذا النوع وإبطاله من وجوه:

الوجه الأول: قوله رحمته الله: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ آمَنَّا بِاللَّهِ وَيَاكُومِرُ الْآخِرَ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ

﴿٨﴾ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ إِلَّا أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾^(١).

وقال رحمته الله: ﴿إِنَّ الْمُتَفَيِّقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَدِيعُهُمْ﴾^(٢).

وقال رحمته الله: في أهل العهد: ﴿وَإِن يُرِيدُوا أَن يَخْدَعُوكَ فَإِنَّ حَسْبَكَ اللَّهُ﴾^(٣) فأحبر

(١) المشاهج، مرجع سابق، ٤٨/٦.

(٢) الأختان ٩٠٨، سورة البقرة.

(٣) من الآية ١٤٢ من سورة النساء.

(٤) من الآية ٦٢ من سورة الأنفال.

﴿ أن هؤلاء المخادعين مخدوعون، وهم لا يشعرون أن الله تعالى خادع من خدعه، وأنه يكفي المخدوع شر من خدعه "والمخادعة: هي الاحتيال والمراوغة: بإظهار الخير مع إبطان خلافه ...

قال شيخنا: وهذا ضرب من النفاق في آيات الله تعالى وحدوده، كما أن الأول نفاق في أصل الدين ...^(١).

المطلب التاسع: تحمل وأداء الشهادة على الوصية للوارث

اختلف فيها العلماء على قولين:

القول الأول: أنه لا يجوز تحمل هذه الشهادة ولا أدائها؛ وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).

قال شيخ الإسلام: "لا يجوز للمريض تخصيص بعض أولاده بعطية منجزة، ولا وصية بعد الموت، ولا أن يقر له بشيء في ذمته؛ وإذا فعل ذلك لم يجز تنفيذه بدون إجازة بقية الورثة، وهذا كله باتفاق المسلمين، ولا يجوز لأحد من الشهود أن يشهد على ذلك شهادة يعين بها على الظلم، وهذا التخصيص من الكيثر الموجبة للنار حتى قد روى أهل السنن ما يدل على الوعيد الشديد لمن فعل ذلك؛ لأنه كالتسبب في الشحناء وعدم الاتحاد بين ذريته؛ لا سيما في حقه فإنه يتسبب في عقوبه وعدم بره"^(٣).

القول الثاني: جواز ذلك؛

وهو قول بعض المالكية^(٤).

(١) إغالة المهققان، مرجع سابق، ٣٣٩/١.

(٢) ينظر: تكملة فتح القدير ٤٢٢/١٠ وما بعدها، فتح العلي للمالك ٣٢٢/١ وما بعدها، الشرح الصغ ٥٨٤/٤، القوانين الفقهية ص ٤٠٦، كفاية الأخيار ٦٠/٢، الملعب ٥٨٩/١، معونة أولى النهي ٢٨٥/٦.

(٣) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٣٠٩/٣١.

(٤) الذخيرة ١٦/٧، الوصايا والتنزيل ص ٢٧٩.

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. حديث أبي أمامة رضي الله عنه: "لا وصية لوارث"^(١).

وإذا حرمت الشهادة حرم تحملها؟

ونوقش: بأن معناه لا وصية لازمة، فلا يدل على التحريم حيثل.

وأجيب: بأنه دليل عليه.

٢. ما رواه البخاري ومسلم من طريق الشعبي، عن النعمان بن بشير رضي الله عنه قال:

سألت أُمِّي أَبِي بعض الموهبة لي من ماله، ثم يدا له فوهبها لي، فقالت: لا

أرضى حتى تشهد النبي ﷺ، فأخذ بيدي وأنا غلام، فأثنى بي النبي ﷺ، فقال:

إن أُمَّهُ بنت رواحة سألتني بعض الموهبة لهذا، قال: (ألك ولد سواه؟)، قال:

نعم، قال: فأراه، قال: (لا تشهدني على جور)^(٢).

فهذا يدل على منع الشهادة على الباطل.

دليل القول الثاني:

أنه قد يصير الوارث غير وارث، وقد يحيز الورثة، أو بعضهم، فلا تخلو الشهادة من

فائدة للمشهود له.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه مجرد احتمال، بلا الدليل.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

المطلب العاشر: الوصية للوارث المحتاج:

إذا أوصى للمحتاج من ورثته، كما لو قال: هذا البيت وصية للمحتاج من ورثتي، أو

(١) سبق تخريجه برقم (١٤).

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٨٦).

للمحتاج من أولادي، أو للمحتاج من ذريتي..

فتصح هذه الوصية؛ إذ لم يوص لمعين، بل أوصى للجميع، وعلق ذلك بوصف، وتقدم حكم الوصية لجميع الورثة.

وبدل للصحة:

حاء في الدرر السنية: "ومثل عبدالله أبيبطين... وأما من وقف على المحتاج من ذريته، فلا أرى به بأساً، وكلام العلماء ظاهر في جوازه؛ فعلى هذا لو استغنى أولاده لصبيه، وفي أولادهم من هو محتاج، صرف إلى ولد ولده"^(١).

وفي فتاوى أبيبطين: "وقد تنازع الفقهاء في جواز بيع الوقف إذا تعطلت منافعه، فأجازة أحمد وغيره، ومنعه الشافعي وغيره.

وأما صرف غلة ذلك إلى المحتاج من أولاد الواقف، فقال الأصحاب: يتعين صرف غلة الوقف إلى الجهة المعينة إلا ما فضل عنها، ونص على ذلك الإمام أحمد، ولم يفرق أحمد والأصحاب بين حالة الحاجة وغيرها.

وقال الشيخ تقي الدين: يجوز تغيير شرط الوقف إلى ما هو أصلح، وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان، حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية، واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند.

فعلى اختيار الشيخ رحمه الله: يجوز صرف ثمن الأضحية إلى من امتدت حاجته من ولد الواقف، وذكر عبدالرزاق عن ابن جريج قال: قال رجل لعطاء: رجل جعل ذوقاً في سبيل الله، قال: أله ذوقاً قرابة محتاجون؟ قال: نعم. قال: فادفعها إليهم، فكانت هذه فتياه في هذا وأشباهه، والله أعلم. وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم"^(٢).

وفي فتاوى اللجنة الدائمة: "العمل على ما نص عليه للموصي بصرف الفاضل إلى المحتاج من ذريته، فإن لم يكن فيهم محتاج فعلى المحتاج من أقاربه، فإن لم يكن فيهم محتاج صرفه

(١) الدرر السنية في الأحكام الجندية (٥٥/٧).

(٢) رسائل وفتاوى أبيبطين (١/١٥٦).

الوكيل فيما يرى من وجوه البر، كعمير المساجد والصدقة على الفقراء ونحو ذلك^(١). وفي فتاوى اللجنة الدائمة: "أما الحاجة التي تبيح لهم الأخذ من غلة التلث فهي الحاجة التي تبيح لهم أخذ الزكاة لفقر أو غرم^(٢)".

لعمومات أدلة الوصية؛ إذ إن هذه الوصية لا ظلم فيها لأحد؛ لتعلقها بوصف. ولما رواه الخصاص: حدثنا محمد بن عمر الواقدي، حدثنا محمد بن نجاد بن موسى بن سعد بن أبي وقاص، عن عائشة بنت سعد قالت: "صدقة أبي حبيس لا تباع ولا توهب ولا تورث، وأن المردودة من ولده أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها..."^(٣). ولما ما علقه البخاري بصيغة الجزم: "وتصدق الزبير بدوره، وقال: للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها، فإن استغنت بزوج فليس لها حق"^(٤). والأولى عدم مثل هذه الوصية؛ إذ إنها توقع في الخلاف غالباً.

(١) فتاوى اللجنة الدائمة (١٦/٣٩٨).

(٢) لمسه.

(٣) أحكام الأوقاف (١٤). وأخرجه ابن شيه في أخبار المدينة (١/٢٩٧) من طريق الواقدي ... به. وأخرجه من طريق غيره. ولا يخلو أكثر طرقه من الولدي وهو مشهور.

وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦/١٦١) بإسناد معضل.

(٤) صحيح البخاري مع فتح الباري ٥/١٥٠.

وأخرجه الدارمي (٢/٤٢٧) أخبرنا عبد الله بن سعيد، ثنا أبو أسامة، عن هشام، عن أبيه: "أن الزبير جعل دوره صدقة على بنه لا تباع ولا تورث، وأن للمردودة من بناته أن تسكن نحو مضرة ولا مضر بها، فإن من استغنت بزوج فلا حق لها". والبيهقي (٦/١٦٦-١٦٧) من طريق أبي يوسف، عن هشام، عن أبيه، به.

إسناد صحيح.

المبحث العاشر

الشرط العاشر: أن يكون الموصى له الموصى له قريباً للموصي

اختلف الفقهاء في اشتراط القرابة للموصي في الموصى له وعدم اشتراطه على

أقوال:

القول الأول: أنه لا يشترط كون الموصى له قريباً للموصي:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

إلا أنه يستحب عندهم أن يوصي لقربته؛ لإطلاق قوله ﷺ: ﴿وَأَنَا أَمَّا عَلَى حُبِّهِ ذَوَى الْقُرْبَى﴾^(٢)، وقوله ﷺ: ﴿وَأَنَا ذَا الْقُرْبَى حَقَّهُ، وَالْيَتَامَى وَالسَّبِيلَ﴾^(٣) فإنه يشمل الإيتاء في حال الحياة على وجه الصدقة، والإيتاء بعد الممات على وجه الوصية، كما يشمل الغني والفقير، ولما روى البخاري ومسلم من طريق عمرو بن الحارث، عن زينب امرأة عبدالله ﷺ، وفيه قوله ﷺ: "لَهَا أَجْرَانِ أَجْرُ الْقَرَابَةِ وَأَجْرُ الصَّدَقَةِ"^(٤).

القول الثاني: لا تجوز الوصية لأجنبي غير قريب:

واعتبروا القرابة شرط في صحة الوصية.

وبه قال طاووس، والحسن، والضحاك، ثم اختلفوا:

فقال الضحاك: ترد ولو بنيت بها الدور، أو اتخذت بها الأموال.

وقال طاووس: تنزع من الأجنبي وتعطى للقرابة.

وقال الحسن: يترك للموصى له ثلث الثلث ولقربته ثلثا الثلث.

(١) ينظر: تكملة فتح القدير ٤٢٢/١ وما بعدها، فتح العلي المالک ٣٢٢/١ وما بعدها، الشرح الصغير ٥٨٥/٤.

القولان الفقهيان ٤٠٦، كفاية الأحبار ٦٠/٩، المذهب ٥٨٩/١، معونة أولى النهي ١٨٥/٦.

(٢) من الآية ١٢٧ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٢٦ من سورة الإسراء.

(٤) تقدم ترجمته برقم (٢٣).

القول الثالث: تصح الوصية لأجنبي إذا أوصى لثلاثة من أقاربه فأكثر:

وبه قال ابن حزم، ونحوه للمحسن^(١).

قال ابن حزم: "فإن أوصى لثلاثة من أقاربه المذكورين أجزاء، والأقربون هم من يجتمعون مع الميت في الأب الذي به يعرف إذا نسب، ومن جهة أمه كذلك أيضاً هو من يجتمع مع أمه في الأب الذي يعرف بالنسبة إليه؛ لأن هؤلاء في اللغة أقارب، ولا يجوز أن يقع على غير هؤلاء اسم أقارب بلا برهان".

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١. قوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(٢)، فهذا مطلق، والمطلق معمول

على إطلاقه حتى يرد ما يقيد.

٢. حديث أبي أمامة ﷺ: "لا وصية لوارث"^(٣)، فإنه يدل بمفهومه على صحتها

لغير وارث، وهو عام في القريب والأجنبي؛ لقاعدة عموم المخالفة.

ومن جهة أخرى، فإن العلة في منعها لوارث هي كونه وارثاً، كما يؤخذ من ترتيب

الحكم على المشتق، والحكم يدور مع العلة، فإذا لم يكن وارثاً جازت الوصية له.

٣. ما رواه مسلم من طريق أبي قلابة، عن أبي المهلب، عن عمران ابن حصين ﷺ

(أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته، لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم

رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثاً، ثم أفرغ بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة)^(٤) فهذه

وصية لأجنبي؛ لأن الرقيق كانوا من غير أقارب الموصي.

(١) المهلب، مصدر سابق، ٣١٤/٩.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) سبق تخريجه برقم (١٤).

(٤) سبق تخريجه برقم (١٢).

وتوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أنه منسوخ.

الوجه الثاني: أنه ليس فيه بيان أنه كان بعد نزول آية الوصية، ويحتمل أن يكون الرجل الذي أوصى بعثق رقيقه لم يكن له قرابة، وليس في الحديث ما يدل على أنه كان صليبة في الأنصار، له قرابة لا يرثونه^(١).

وأجيب: بأنه ليس في الحديث ما يدل على أنه كان حليفاً، كما أنه ليس فيه ما يدل على أنه كان قبل نزول آية الوصية، وإذا كان نسخ القرآن لا يثبت بالشك، فإن نسخ هذا الحديث لا يثبت بالشك -أيضاً-، فلماذا جزم بنسخ الحديث لأية الوصية، وأحال العكس مع وجود الشك فيهما، على أنه يمكن دعوى الجزم بتأخر حديث عمران عن آية الوصية، فيكون ناسخاً لما يلي:

أن آية الموارث نزلت بعد الوصية.

فروى البخاري من طريق عطاء، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: (كان المال للمولود، وكانت الوصية للوالدين، فسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للمذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس، وجعل للمرأة النصف والربع، وللزوجة الشطر والربع)^(٢).
فدل هذا على أن آية الموارث نزلت بعد الوصية.

كما أن حديث سعد في منع الوصية بأكثر من الثلث إنما كان في حجة الوداع على الصحيح، وكانت آية الفرائض نزلت قبل ذلك قطعاً، وهذا يرجح أن حديث عمران كان بعد الوصية، فيكون هو الناسخ لها، دون العكس، كما أن عمران لم يسمم إلا في السنة السابعة^(٣)، وآية الوصية نزلت قبل ذلك.

(١) المرجع نفسه.

(٢) سبق ترجمته رقم (٤٨).

(٣) الإضافة، مرجع سابق، ٢٦/٥.

والمبتدأ أن عمران شهد قصة الذي أعتق، فتكون متأخرة عن آية الوصية، واحتمال أن تكون وقعت في أول الإسلام قبل نزول آية الوصية، كما يراه ابن حزم، ورواها عمران عن حضرها احتمال بعيد، يلزم عليه أن يكون الحديث مرسل صحابي، كما يرده أنها لو وقعت في أول الإسلام قبل الوصية لما سأل جابر عن الوصية لإخوته بالنصف، ولما سأل سعد عن الوصية بماله كله، أو ثلثه أو نصفه؛ لأن القصة كانت ستكون مشتهرة بين الصحابة، وحضرها أو سمعوها، فلا داعي للسؤال بعدها عن الوصية بأكثر من الثلث.

٤. حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه حين عاده النبي ﷺ وسأله الوصية بجميع ماله، أو ثلثه، أو نصفه^(١)، فدل ذلك على صحة الوصية للأجنبي دون القريب.

٥. وصية المخيريق لرسول الله ﷺ الوصية بخائطه^(٢).

٦. وصية البراء بن معمر له ﷺ بثلث ماله^(٣).

فهذه الوصايا كلها لغير قرابة الموصي.

٧. ما رواه الحسن^(٤) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف لكل امرأة منهن^(٥). [منقطع؛ الحسن لم يسمع من عمر].

٨. أن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أوصى بخديفة لأمهات المؤمنين يبعث بأربعمائة ألف^(٦).

٩. عن حميدة ابنة أبي يونس مولاة عائشة قالت: أوصت عائشة لنا بمناعها،

فوجدت في مصحف عائشة رضي الله عنها: ﴿حَفِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾

وهي العصر ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ﴾^(٧).

(١) سبق تخريجه برقم (٣)

(٢) سبق تخريجه بعد حديث (٧٨)

(٣) سبق تخريجه برقم (١٥)

(٤) سبق تخريجه برقم (١٦٩)

(٥) سبق تخريجه برقم (١٧٠)

(٦) سبق تخريجه برقم (١٧١)

١٠. ما رواه ابن أبي شيبة: حدثنا ابن عليه، عن سلمة بن علقمة، عن الحسن أن عمران بن حصين رضي الله عنه: "أوصى لأمهات أولاده"^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه ليس في هذه الأخبار أن هؤلاء لم يوصوا.

أجيب: أن احتمال العكس أقرب، فإنهم لو أوصوا لقرايتهم لرواها الذين رووا وصاياهم لغيرهم من الأحناب، ولا داعي لأن يروي الرواة بعض الوصايا، ويكتفوا الآخر أو يسكتوا عنه.

١١. وذكر ابن عبد البر في التمهيد: "ذكر حماد بن سلمة، عن قتادة، عن الزهري، عن سالم، عن ابن عمر في رجل أوصى بثلثه في غير قرابته قال: "بمضي حين أوصى، وذكر حماد بن سلمة أيضاً عن حميد الطويل أن ثمامة بن عبد الله كتب إلى جابر يسأله، عن رجل أوصى بثلثه في غير قرابته، فكتب جابر أن أمضه كما قال، وإن أمر بثلثه أن يلقى في البحر، قال حميد، وقال محمد بن سيرين: أما في البحر فلا، ولكن بمضي"^(٢).

دليل القول الثاني:

استدل لهذا الرأي: بقوله ﷺ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) فإن تعريف الوصية يقيد المحصر، أي لا وصية إلا للموالدين والأقربين عملاً بقاعدة تعريف المبتدأ بلام الجنس يفيد حصره في الخير، نحو العزة لله ورسوله وللمؤمنين..

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: على تسليم ذلك، فإن الأدلة الأخرى تدل على مشروعية الوصية للأحناب.

الوجه الثاني: أن هذا الاستدلال مبني على إغراب الوصية مبتدأ، وخبره "الموالدين"،

(١) سبق تخريجه برقم (١٧٤).

(٢) التمهيد ٣٠٢/٤، وتقدم برقم (١٦٥).

(٣) من الآية ١٨٠ من سورة البقرة.

ونائب فاعل "كتب" مقدراً، أي كتب عليكم الإيصاء، وهو أحد احتمالين في إعرابها، والاحتمال الثاني: أن الوصية هي نائب فاعل كتب، أي كتب عليكم الوصية، وسوء حذف التاء من الفعل أمران:

طول الفاصل بين الفعل ونائبه، وكون التانيث في الوصية مجازياً. وهذا الاحتمال أرجح من الأول، عملاً بقاعدة: أنه لا ينوب المصدر مع وجود المفعول به.

دليل القول الثالث:

استدل هذا الرأي بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١)، فإنها تدل على وجوب الوصية للقرابة، وإذا أوصى لمن أمر به فقد أدى الواجب، وله أن يوصي بعد ذلك لمن شاء من الأجانب^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بما تقدم بحثه من عدم وجوب الوصية للأقارب.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن يقال: حكم هذه المسألة كحكم مسألة الوصية للأقارب غير الوارثين، وقد تقدم بحثها.

(١) من الآية ٢٨٠ من سورة البقرة.

(٢) المهلى ٣١٤/٩.

المبحث الحادي عشر

الشرط الحادي عشر: أن يكون الموصى له محتاجاً غير غني

اختلف العلماء في اشتراط كون الموصى له محتاجاً أو غير محتاج على قولين:
القول الأول: أنه لا يشترط.

وبه قال أكثر الفقهاء^(١).

والأفضل جعلها في القرابة المحتاجين بدل الأغنياء الموصرين^(٢).

القول الثاني: أنه لا تجوز الوصية لغني، أو ما لا يراد به القرية.

وبه قال بعض المالكية^(٣).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. عموم أدلة الوصايا، فإنها تشمل الغني والفقير، وغناهم لا يمنعهم عن الحق الذي جعله الله لهم.

٢. أنه ﷺ أوصى له وقيل الوصية^(٤)، ولم يكن فقيراً، ولا محتاجاً، قال ﷺ:

﴿وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى﴾ (٥).

٣. ما رواه البخاري ومسلم من طريق ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه
ﷺ أن رسول الله ﷺ كان يعطي عمر بن الخطاب ﷺ العطاء، فيقول له عمر:

(١) روضة الفقهاء ٢/٦٨٤، بدائع الصنائع ٧/٣٤١، حاشية الدسوقي ٤/٤٣٦، معني المحتاج ٣/٤٢٣، ٤٢٤، معونة
أولي النهي ١٨٥/٦.

(٢) التمهيد ١٢/٣٠، متن سعيد ١/١١٦، للغي ٦/٢٠٦.

(٣) الذخيرة، مرجع سابق، ٣٨/٧.

(٤) سبق ترجمته برقم (١٥).

(٥) آية ٨، من سورة الضحى.

أعطه يا رسول الله أفقر إليه مني، فقال له رسول الله ﷺ: "خذه فتعوله أو تصدق به، وما جاءك من هذا المال، وأنت غير مشرف ولا سائل فخذ، وما لا فلا تتبعه نفسك" قال سالم: فممن أجل ذلك كان ابن عمر لا يسأل أحدا شيئا ولا يرد شيئا أعطيه^(١).

٤. ما روى البخاري ومسلم من طريق إسحاق بن عبد الله أنه سمع أنس بن مالك رضي الله عنه يقول: ... فلما نزلت هذه الآية قام أبو طلحة فقال: يا رسول الله إن الله يقول: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(٢)، وإن أحب أموالي إلي بيرحاء، وإنما صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعتها حيث أراك الله، فقال: "بح، ذلك مال رايح -أو رايح شك ابن مسلمة- وقد سمعت ما قلت، وإني أرى أن تجعلها في الأقربين"^(٣).

قال ابن عبد البر: "وفيه رد على من كره أكل الصدقة التطوع للفقير من غير مسألة؛ لأن أقارب أبي طلحة الذين قسم عليهم صدقته تلك لم يبن لنا أنهم فقراء"^(٤).

٥. أن العلماء اتفقوا على جواز صرف صدقة التطوع فيهم.

قال السرخسي: "ثم التصدق على العني يكون قربة يستحق بها الثواب"^(٥).

قال النووي: "تحل صدقة التطوع للأغنياء بلا خلاف، فيجوز دفعها إليهم ويثاب دفعها عليها ولكن المحتاج أفضل"^(٦).

قال ابن مفلح: "يجوز صدقة التطوع على كافر وغني وغيرهما، نص عليه،

(١) تقدم تحريجه برقم (٧٧).

(٢) من الآية ٩٣ من سورة آل عمران.

(٣) تقدم تحريجه برقم (٨).

(٤) التمهيد ٢٠٨/١.

(٥) الميسرة، مرجع سابق، ٩٢/١٢.

(٦) المجموع، مرجع سابق، ٢٣٦/٦.

ولهم أخذها^(١).

دليل الرأي الثاني:

(١٩٣) ١. ما رواه عبدالرزاق من طريق قتادة قال: قال النبي ﷺ: "ابتاعوا أنفسكم من ربكم أيها الناس، ألا إنه ليس لأمرئ شيء، ألا لا أعرفن امرأ بخيلاً بحق الله عليه حتى إذا حضره الموت أخذ يدعده ماله ها هنا وها هنا، قال: ثم يقول قتادة: ويلك يا ابن آدم كنت بخيلاً ممسكاً حتى إذا حضرك الموت أخذت تدعده مالك وتفرقه ابن آدم اتق الله اتق الله، ولا تجمع إساءتين في مالك: إساءة في الحياة، وإساءة عند الموت، انظر قرابتك الذين يحتاجون ولا يرثون فأوص لهم من مالك بالمعروف"^(٢).

فعموم قوله: "الذين يحتاجون" أن الذين لا يحتاجون لا يوصي لهم، وبه يقيد عموم الوصية للوالدين والأقربين وغيرها من الأدلة العامة، بناء على حجية مفهوم المخالفة، وصحة التخصيص له.

٢. ما رواه البخاري من طريق ثابت، عن أنس، قال النبي ﷺ لأبي طلحة اجعلها لفقراء أقاربك^(٣).

والحديث وإن ورد في الوقف، فإن الوصية مقيسة عليه وملحقة به^(٤)، فيخص عموم الأدلة بهذا القياس على القول بصحة التخصيص به عند هؤلاء.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليلهم، ومناقشة دليل القول الآخر.

(١) الفروع، مرجع سابق، ٢/٦٥٤.

(٢) مصنف عبدالرزاق، مرجع سابق، (١٦٣٦٨).

وعنه في كثر العمال ٢/٢٢٦، للبيهقي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه.

(٣) تقدم ترجمته برقم (٨).

(٤) الفتح، مرجع سابق، ٥/٣٧٩.



المبحث الثاني عشر

الشرط الثاني عشر: أن يكون الموصى له غير سديق ملاطف

اختلف العلماء رحمهم الله في اعتبار هذا الشرط على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

وحجته: عموم الأدلة^(٢).

القول الثاني: تصح الوصية للمصديق الملاطف بشرطين:

١. أن يكون ورثة الموصي أبناءه الذكور، أو الذكور والإناث، وإلا بطلت الوصية.

٢. عدم الدين لأجنبي.

وهو قول عند المالكية^(٣).

وحجته: أنه متهم بحرمان الورثة، وصرف الوصية للمصديق إذا لم يكن الورثة أبناءه

الذكور، أو الذكور والإناث.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن اشتراط السلامة من الدين صحيح، ولا يختص بالوصية

للملاطف، وأما اشتراط أن يرثه أبناءه الذكور، أو الذكور والإناث فإنه شرط لا يصح؛ لأنه

يجوز للموصي أن يوصي بثله مطلقاً، سواء كان له أبناء ذكور يرثون أم لا، وقد أذن رسول الله

ﷺ لسعد بن أبي وقاص في الوصية بالثلث^(٤)، بعدما قال له: "أنه لا يرثني إلا ابنة لي"، ولم

يسأله هل سيوصي لصديق ملاطف أو لغيره، وترك الاستفصال ينزل منزلة العموم في الأقوال..

وكان هذا القائل قاس الوصية على الإقرار بالدين، فإنه يشترط فيه عند مالك أن

(١) المقاصد السابقة.

(٢) انظر: المدونة ٢/٢٩٦.

(٣) الذميمة، مرجع سابق، ١٥٤/٧.

(٤) سبق لخرجة رقم (٣).

يكون ورثة المقر أولاده، فإن كانوا عصبية لم يصح الإقرار للصديق الملائف، إلا أنه لا وجه لهذا القياس، فإن الإقرار إخبار عن الواقع، ويخرج من رأس المال، فيمكن اتحام المقر بالكذب في إقراره لصديقه الملائف بخلاف الوصية فلا تهمه فيها؛ لأنها حق الموصي في ماله، ويضعه حيث شاء، كما في الحديث: "إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعمالكم زيادة على أعمالكم فضعه حيث شئتم"^(١).

(١) سبق ترجمته (٤)، وينظر: الوصايا والتزويل، مفصله سابق، ص ٤٧٩.



المبحث الثالث عشر

الشرط الثالث عشر: أن يكون الموصى له غير وال ولا حاكم على الموصي

اختلف العلماء رحمهم الله في اعتبار هذا شرط على قولين:

القول الأول: عدم اعتبار هذا الشرط:

وهو ظاهر قول جمهور أهل العلم^(١)، حيث لم يفرقوا بين الوالي وغيره في مشروعية الوصية.

وحجته: عموم أدلة الوصية^(٢).

القول الثاني: بطلان وصية الرعية لمن هو وال عليهم:

وبه قال بعض المالكية^(٣).

وحجته: من باب الرشوة، وثمن الجناء المنهي عنهما والنهي يدل على قساد المنهي عنه، ولذلك يجب رد الوصية إلى ورثة الموصي^(٤).

(١٩٤) لما روى البخاري في قصة ابن التبية من طريق الزهري، أنه سمع عروة، أخبرنا أبو

حميد الساعدي رحمهم الله قال: استعمل النبي ﷺ رجلاً من بني أسد يقال له ابن الأتبية

على صدقة، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي، فقام النبي ﷺ على المنبر -

قال سفيان أبشاً: فصعد المنبر - فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: "ما يال العامل نبعثه

فيأتي يقول: هذا لك وهذا لي، فهلا جلس في بيت أبيه وأمه، فينظر أبهذي له أم

لا؟"

(١) لمصادر السابقة.

(٢) ينظر الباب الأول.

(٣) التوابع الصغير ٤/٢٤١.

(٤) نفسه.

(٥) صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب هدايا العمال (٧١٧٤)، ومسلم في كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا

فإن ظاهر الحديث: أن ابن اللبينة أخذت منه الهدايا التي أهديت له، وإن كان الحديث غير صريح في ذلك^(١)، إلا أن هناك من العلماء من حزم بأخذها عنه ووضعها في بيت المال^(٢).

وقال ابن قدامة: "يحتمل ردها، ويحتمل أن تجعل في بيت المال"^(٣)، والحديث وإن كان وارداً في الهدية، فإن الوصية مثلها؛ لأن كلا منهما تبرع بمال، وإلا أن الأولى في الحياة، والثانية بعد الموت، وذلك لا يصلح فرقاً بينهما في هذا الحكم؛ لأن في الجميع استغلال النفوذ والجاه، وهي العلة لمنع هذا التصرف، وبطلانه.

والقول الثاني له قوة.

العمال (١٨٣٢).

(١) الفتح، مرجع سابق، ١٦٧/١٤.

(٢) التوازل الصغرى ١٠٦/٥، أبو صابا والتبريل ص ٢٦٠.

(٣) الفتح، نفسه ١٦٣/١٣.