

الباب الرابع

الموصى به

وهو كما قال ابن عرفة:

«كل ما يملك من حيث الوصية به»^(١).

وفيه فصلان:

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

الفصل الثاني: شروط الموصى به.

الفصل الأول

ما يدخل في لفظ الوصية ، ووقت ملك الوصية

وفيه مباحث :

المبحث الأول : كل مال مملوك للموصي وقت موته .

المبحث الثاني : الدية .

المبحث الثالث : ثناء الموصي به .

المبحث الرابع : وقت ملك الوصية .

الفصل الأول

ما يدخل في نطق الوصية، ووقت ملك الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول

كل مال مملوك للموصي وقت موته

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

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

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

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

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

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

(١) للسيوطي ١٦٤/٢٦، البحر الرائق ٣٥٤/٨، رد المحتار ٤٨٣/٥، إجماع الطالبيين ٢٥٣/٢، الأشياء للسيوطي ص ٣٢١، حاشية الشوامسي على نهاية المحتاج ٢٩٨/٧، للفي ١٨٥/٩-١٨٦، للمبدع ٥٦/٦، الإنصاف ٢٦٢/٧.

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

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



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

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

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

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

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

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

والثالث: اختلاف الأدلة وتعارضها.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

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

(١) للمدونة، مرجع سابق، ٣٣٨/٢.

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

(٣) من آية ١١ من سورة النساء.

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



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

٢. عموم أدلة الوصية.

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

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

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

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

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

٢. حديث ابن عمر رضيهما الله عن رسول الله ﷺ قال: "لا يحل لأحدٍ ماشية أحدٍ"

(١) الدرر، مرجع سابق، ٩٦/٧.

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

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

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

(٥) هي صحراء بين مكة والمدينة، ينظر: معجم البلدان (٣٤٣/١)، النهاية (٤/٢)، أسد الغابة (٢٩٥/٤).

(٦) أي لا تمحها، ولا تنقرها، ينظر: النهاية (٢٨٦/٥).

(٧) تقدم تحريفه رقم (١٠٨).



إلا بإذنه^(١).

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

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

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

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

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

الترجيح:

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

(١) تقدم لمخرجه برقم (١٠٩).

(٢) الفتح، مرجع سابق، ٥ / ٣٦٩.

(٣) نفسه.

المبحث الثاني

الدية

إذا قتل الموصي وأخذت الدية فهل تدخل الدية في الوصية؟

اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الدية تدخل في الوصية:

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

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

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

الموصي.

القول الثاني: أن الدية لا تدخل في الوصية:

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

وهو قول عند الظاهرية^(٨).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

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

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

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

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

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

(٥) التفرع ٢٠٩/٢، مواهب الجليل ٢٥٥/٦.

(٦) الأئمة للسيوطي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

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

(٨) المحلى، مصدر سابق، ٤٩٠/١٠.

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

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

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

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

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

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

(٢) شرح السنة ٣٢٧/٨.



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

أدلة الرأي الثاني:

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

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

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

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

(٢) للمعني ٥٤٩/٨، كشف القناع ٣٧٢/٤.

(٣) للمعني ٥٤٩/٨، وكشف القناع ٣٧٢/٤.

(٤) للمعني، نفسه، ١٨٦/٩.

(٥) نفسه.

(٦) نفسه، ٥٤٨/٨.

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

(٨) للمعني، مصدر سابق، ١٨٦/٩ و ٥٤٩/٨.

(٩) للمعني، نفسه، ٥٤٩/٨.

يحق ذلك أن تجهيزه منها بلا نزاع^(١).

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

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

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

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

وناقش هذا الدليل من وجهين :

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

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

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

أنه يجهز منه بلا خلاف^(٥).

الترجيح:

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

ورد عليها من المناقشة.

(١) شرح الزركشي، مرجع سابق، ٤٠٨/٤.

(٢) للمعني، نفسه، ٥٤٩/٨.

(٣) المحلى، مصدر سابق، ٤٩٠/١٠.

(٤) سبق ترجمته (١٩٥).

(٥) للمعني، نفسه، ١٨٦/٩.

المبحث الثالث

نماء الموصى به

لنماء الموصى به بعد الوصية أحوال:

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

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

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

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

وهو قول الحنابلة^(٢).

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

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

(١) السوطي ٤٤٧/٢٨، الإيضاح ٢/٧: ٢٠٤.

(٢) نظري، المعنى ٤٤٩/٨، القروع ٤٤٤/٧، الإيضاح ١٥٥/٧، ١٥٩، شرح منتهى الإرادات ٤/٤١٥.

(٣) للمعنى، نفسه، ٤٤٩/٨.



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

وهو منذهب الحنفية^(١)، والمالكية^(٢).

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

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

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

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

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

(٣) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٨٥/٧.

(٤) المسوط، مرجع سابق، ١٣/٢٩.

(٥) البدائع، مصدر سابق، ٣٨٥/٧.

(٦) شرح الرزائي على مختصر خليل ١٧٧/٨.

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

(٨) المصدر نفسه ١٧٧/٨.

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

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

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

وهو الأظهر عند الشافعية^(٢).

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

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

والأقرب:

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

(١) الفتوة، مرجع سابق، ٦٥/٢، ٦٦.

(٢) بنظر: أدنى المطالب ٤٤/٣، حاشية قباوي وصدره ١٦٧/٣، معني المحتاج ٨٨/٤، حاشية الحملي ٤٩/٤، حاشية الجرمي على الخطيب ٢٧٣/٣، حاشية البحرني على المنهج ٣٤٨/٣، ٣٤٩.

(٣) معني المحتاج، مرجع سابق، ٨٨/٤.



المبحث الرابع

وقت ملك الوصية

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

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

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

وهو قول المالكية، وقول للشافعية^(٢).

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

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

وهو أظهر الأقوال عند الشافعية^(٣).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

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

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

لثبت له بدون سعيه، وهو منفي بنص الآية وعمومها.

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

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

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

(٢) المصادر السابقة للمالكية والشافعية.

(٣) معني المحتاج، مرجع سابق، ٨٨/٤.

(٤) من آية ٣٩ من سورة النجم.

(٥) بدائع الصانع، مصدر سابق، ٣٣٢/٧.

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

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

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

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

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

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

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

(١) المغني مع الشرح ٤٧١/٦.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) بدائع الصنائع، مصدر سابق ٣٨٥/٧.

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

(٥) المصدر نفسه.

(٦) نفسه.



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

أدلة القول الثاني:

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

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

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

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

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

(١) المصدر نفسه ٤٧١/٦.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

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

(١) المصدر السابق.

(٢) المغني ومعه الشرح ٥٧٢/٦.

(٣) المصدر نفسه، ٥٧١/٦.

(٤) نفسه.

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

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

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

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

الترجيح:

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

(١) ملغى مع الشرح لقمه.

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

(٣) من الآية ١١ من سورة النساء.

الفصل الثاني

شروط الوصى به

وفيه مباحث:

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

معلوماً، مقدوراً على تسليمه.

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

المبحث الثالث: الشرط الثالث: اشتراط القرينة لصحة الوصية.

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

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

المبحث السادس: الشرط السادس: اشتراط عدم الشيوع في

الموصى به.

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

الفصل الثاني

شروط الوصية به

وفيه مباحث:

المبحث الأول

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

وفيه مطالب:

المطلب الأول: أن يكون موجوداً:

(الوصية بالمعدوم):

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

اختلف العلماء في حكم الوصية بالمعدوم على أقوال:

القول الأول: أنه تصح الوصية بالمعدوم:

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

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

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

تخله أو ما يخرج من بستانه، أو بثلث ماله ولا مال له: فإن الوصية جائزة من الثلث".

وحجته:

١. عموم أدلة الوصية.

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

بالمجهول تصح بالمعدوم^(٣).

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

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

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

(٢) تحفة الفقهاء، مرجع سابق، ٢٠٩/٣.

(٣) أسنى المطالب، مرجع سابق، ٣٥/٣.

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

القول الثاني: لا تصح الوصية بالمعدوم:

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

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

الترجيح:

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

(١) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٦٠/٣.

(٢) الفقه.

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

(٤) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٦٠/٣.

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

فيكثر منه؛ ولأن الأصل الصحة.

المطلب الثاني: أن يكون الموصى به معلوماً:

(الوصية بالمجهول):

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

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

دليل ذلك:

١. أدلة الوصية.

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد أعطى عبده ثلث ماله في آخر عمره، وقد لا يعرف

حيث ثلث ماله، إما لكثيرته، أو لغيبته، أو غيرهما، فدعت الحاجة إلى تحويل الوصية بالمجهول^(٢).

٢. أن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن

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

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

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

المطلب الثالث: أن يكون مقدوراً على تسليمه:

(الوصية بما لا يقدر على تسليمه).

اتفق الفقهاء على جواز الوصية بما لا يقدر على تسليمه كطيره الطائر، أو بعيره

الشارد، أو سيارته المسروقة، أو أرضه المغصوبة، ونحو ذلك، وللموصى له السعي في

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

(٢) أمسي للمطالب شرح روض الطالب، مرجع سابق، ٣٥/٣.

(٣) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٤٤/٣.

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

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

(١) المصادر السابقة.

المبحث الثاني

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

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الوصية بالمال المحرم:

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

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون محرماً لغيره:

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

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

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

(١) واختلف العلماء في ضابط المال الشرعي:

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

١. أن يكون مادياً له وجود في الخارج.

٢. يمكن إحراره وحبازه.

وعند الجمهور: "المان ما له قيمة مادية بين الناس، وجاز شرطاً الانتفاع به في حال السعة والاختيار".
وعند المالكية: في أحكام القرآن لابن العربي (٢/٦٠٧): "ما يند إلى الأكل والشرب عادة وشرعاً للانتفاع به".
وعند الشافعية: في الأشياء والنقد (٥٣٣): "ما له قيمة شاع بها وتلزم مثله، وإن قلت، وما لا يطرحه الناس مثل الفرس، وما أشبه ذلك".

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

(٢) من آية ٣ من سورة المائدة.

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

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

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

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

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

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

(٣) كشف القناع: مصدر سابق، ٣٦٨/٣.

(٤) كشف القناع: نفسه ٣٢١/٤.

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

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

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

والخلاصة: أن الوصية بالحرم لعينه لا تخلو من حالتين:

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

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

المسألة الثانية: الوصية بما يستعان به على الباطل:

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

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

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

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

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

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

(٢) فتح القدير ١/٦، ٢٠، الإصناف ص ١٥، الشرح الكبير للدردير ٧٨/٤، روضة الطالبين ٣١٦/٥، مغني المحتاج ٥١١/٢، الشرح الكبير مع الإصناف ٣٨٠/١٦.

(٣) مراتب الإجماع ص ١١٣.

(٤) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٥) من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

الإسلام وهو قادر على منعهم فقد أعانهم على الإثم والعدوان.

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

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

ودليلهم:

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

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

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

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

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

طيب لا يقبل إلا طيبا"^(٤).

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

(١) مطالب أولي النهى، مرجع سابق، ٤/٤٨١.

(٢) من الآية ٢ من سورة المائدة.

(٣) الآية ٢٦٧ من سورة البقرة.

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

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

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

المسألة الثالثة: أن يكون محرماً لكسبه:

وتحتة حالتان:

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

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

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

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

فإن جهله تصدَّق به على الفقراء والمساكين.

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

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

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

(٣) ينظر: رد المحتار ٢/٢٦٦، الفتاوى الهندية ٥/٣٤٩، أحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٦٦، القوانين الفقهية ص ٣٦٨، روضة الصالحين ١١/٢٤٦، نهاية المحتاج ٥/١٨٧، الشرح الكمي لابن قدامة ٣/٢٢٠، زاد المعاد ٥/٧٧٨، مغلي ٣٣٩/١١.

(٤) اختلاف الأئمة لابن هبيرة ٢/١٢.

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

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

ووجبتهم:

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

٢. ورود ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم.

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

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

فقال طائفة: يوقف أمرها ولا يتصرف فيها البتة.

وقالت طائفة: يدفعها إلى الإمام أو نائبه؛ لأنه وكل أربابها، فيحفظها لهم، ويكون حكمها حكم الأموال الضائعة.

وقالت طائفة أخرى: بل باب التوبة مفتوح لهذا ولم يغلقه الله عنه ولا عن مذنب، وتوبته أن يتصدق بتلك الأموال عن أربابها، فإذا كان يوم استيفاء الحقوق كان لهم الخيار بين أن يجبروا ما فعل، وتكون أجورها لهم، وبين أن لا يجبروا ويأخذوا من حسناته بقدر أموالهم، ويكون ثواب تلك الصدقة له؛ إذ لا يطل الله ﷻ ثوابها، ولا يجمع لأربابها بين

(١) من آية ٩٦ من سورة الشعاب.

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

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

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

قالوا: ولأن الجهول في الشرع كالمعدوم.

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

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

(١) مدارج السالكين ٤١٦/١ - ٤١٦.

(٢) زاد المعاد ٧٧٨/٥ - ٧٧٩.

هو القول الأول؛ لقوة دليله.

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

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

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

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

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

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

فرع:

أرباح هذا النوع من المكاسب:

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

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

فيها شريكاً للمالك:

وهو رواية عن أحمد.

(١) التمهيد ٢/٢٣، الإجماع (٤٢).

(٢) من الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

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

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

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

واختيار شيخ الإسلام ابن القيم^(١).

وحجته:

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

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

وهو قول الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

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

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

وصحح إسناده ابن حزم في الملخص الكبير ٦٦/٣.

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

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

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

وهو قول المالكية^(١).

القول الرابع: أنه يجب التصديق بها:

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

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

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

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

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

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

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

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

(٢) المبسوط ١٦٣/١٣ = النبا ١٠/٢٣٢.

(٣) فوائد ابن رجب ص ٦٩٢.

(٤) الآية ٢٧٩ من سورة البقرة.

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

الفرع الثاني: أن يكون هذا الكسب قد قبض.

أما بالنسبة للمقايض لهذا المال إذا تاب وأتاب:

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

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

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

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

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

(٢) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٩٣ من سورة المائدة.

(٤) من الآية ٢٢ من سورة النساء.

(٥) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

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

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

ومن أصرح الأدلة في هذا المعنى:

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

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

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

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

القول الأول: أنه يجب على الكاسب التصديق به:

وبه قال شيخ الإسلام (٦).

(١) من الآية ٩٥ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ١١٥ من سورة البقرة.

(٣) الآية ١١٣ من سورة التوبة.

(٤) من الآية ١١٥ من سورة التوبة.

(٥) أضواء البيان ١/١٨٨.

(٦) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٢٩/٢٩٩.

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

وحجته:

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

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

القول الثاني: يجب أن يرد إلى مالكه:

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

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

(١) اقتضاء الصراط المستقيم، مرجع سابق، ٢/٥٤٩-٥٥٠.

(٢) صحيح مسلم في المساقاة، باب تحريم كسب الكلب (٤٠٩٥).

(٣) مدارج السالكين، مرجع سابق، ١/٤٢٢.

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

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

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

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

(١) نفسه.

(٢) أحكام أهل السنة ١/ ٢٥٥.

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

الترجيح:

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

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

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

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

(١) زاد للعاد، مرجع سابق، ٧٧٩/٥.

(٢) المجموع شرح للهدب، ٤٢٨/٩.

(٣) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٣٩/٣٠٩.

يشترط أن تكون الهبة مالا شرعيا.

الفرع الثاني: أن يكون ماله مختلطا من الحلال والحرام:

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

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

وبه قال بعض المالكية.

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

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

قدم له من عين الحرام:

وبه قال ابن القاسم من المالكية^(٢).

وقول عند الحنابلة^(٣).

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

وبه قال الشوكاني^(٤).

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

وبه قال بعض المالكية.

وقول عند الحنابلة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

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

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

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ٣١٧/٢٢.

(٣) الإيضاح مع الشرح الكبير ٢١/٣٢٨.

(٤) السبل المبررة، مرجع سابق، ١٨/٣.

(٥) انصار السابلة للمالكية والحنابلة.

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

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

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

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

دليل القول الثاني:

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

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

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

(٢) من آية ٩٩ من سورة البقرة.

(٣) أحكام المال الحرام ص ٢٤٨.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه يعسر ضبط القليل والكثير.

دليل القول الثالث:

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

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

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

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

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

دليل القول الرابع:

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

من الحرام (٣).

ونوقش من وجهين:

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

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

يوقع في الحرج والمشقة.

الترجيح:

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

والله أعلم، وعلى هذا يصح وصيته.

المطلب الثاني: الوصية بالمختص، كالكلب ونحوه:

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

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

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

(٣) فتاوى ابن رشد ٦٣٤/١.

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

ويدل لذلك:

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

وعبر عنه الحنفية كونه متقومًا:

والمقصود بالمتقوم: ما يحل الانتفاع به شرعًا.

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

فروع:

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

(١) بدائع الصنائع ٣٥٢/٧، والشرح الصغير ٥٨١/٤، وحاشية الجمل ٢٨١/٣، كشف القناع ٣٦٨/٤.

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

(٣) النظر: البهجة ٢٨٥/٢.

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

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

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

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

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

المبحث الثالث

الشرط الثالث: اشتراط القرية لصحة الوصية

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

القول الأول: عدم اشتراط القرية لصحة الوصية:

وإلى هذا ذهب الجمهور:

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

القول الثاني: اشتراط القرية لصحة الوصية:

وعن قول شيخ الإسلام.

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

الأدلة:

دليل القول الأول: (عدم اشتراط القرية)

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

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

(٢) الفحوة ١٥٦/٧، شرح الخرش ١٦٨/٨.

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

(٤) الفروع ٥٨٧/٤، الإصناف ٢٣٧/٧.

(٥) مجموع الفتاوى، مرجع سابق، ٤٦/٣٩.

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

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

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

حصل نفع الموصى له تبع ذلك نفع الموصي.

سبب الخلاف: تردد الوصية بين الهبة، والوقف.

الترجيح:

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

إلحاقها بالوقف - والله أعلم -.

المبحث الرابع

الشرط الرابع : أن يكون الموصى به متحقق الحياة

وذلك كالوصية بالحمل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الوصية بالحمل:

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية بالحمل على قولين:

القول الأول: صحة الوصية بالحمل بشرطه كما سيأتي:

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

وحجته:

١. عموم أدلة الوصية^(٢).

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

القول الثاني: عدم صحة الوصية بحمل الأم:

وبه قال بعض الحنابلة^(٤).

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

ويأتي في شروط صحة الوصية بالحمل.

المطلب الثاني: شروط الوصية بالحمل:

اشتراط العلماء رحمهم الله للوصية للحمل شروطاً:

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

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

الطالبين ١١٢/٥، قلوب وعروة ٢٤٤/٣، تلعي ٤٥٨/٨، شرح الزركشي ٣٨٢/٤.

(٢) ينظر: التمهيد.

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

(٤) نفسه.

لم تتعلق الوصية به.

وهذا قول جمهور أهل العلم^(١).

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

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

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

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

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

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

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

قولين:

القول الأول: إحقاق الوصية بالبيع في منع التفريق:

وعليه فلا تصح الوصية بالحمل منفردًا عن أمه.

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

وهو قول شيخ الإسلام.

القول الثاني: جواز الوصية بالحمل دون أمه:

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

(١) للمصادر السابقة.

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

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

(٣) المصادر السابقة للحنفية.

(٤) السراج الوهاج ص ٣٧٧.

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

(٦) المجموع، مرجع سابق، ٣٠/٩.

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

لكن عند الإمام مالك يحجر الموصى له أن يجمع بينهما.

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

ورواه أبو خالد الدالائي، والمحاجج بن أرفط، عن الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي ... به. وزواه عنه محمد بن سوار، كما عند إسحاق بن راهوية بواسطة نصب الرأية ١٦٦/٤، والبيهقي في السنن الكبرى ١٢٧/٩، وعبد الوهاب بن عطاء الخفاف، كما عند الإمام أحمد في مسنده ١٢١/٨، ومن طريقه البيهقي في سننه ١٢٧/٩، كلاهما (محمد بن سوار، وعبد الوهاب بن عطاء) عن سعيد، عن رجل، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي ... به.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وأخرجه عبد الرزاق (١٥٣١٥) عن سليمان الثوري، به. وأخرجه الطيالسي (٢٩٨)، ومن طريقه البيهقي في السنن (٩١٢٨) عن أبي عوانة، وشيبان، وقيس، وعبد الرزاق (١٥٣١٥) عن معمر، أربعهم عن جابر، به.

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

الأمود، عن أبيه، عن عبد الله.

بل قد جاء ما يمنع التفريق في البهائم:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(٣) فتح القدير، مرجع سابق، ٤٧٩/٦.



المبحث الخامس

الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث

وفيه مطالب:

المطلب الأول: حكم الوصية بأزيد من الثلث:

اتفق العلماء على عدم جواز الوصية بأزيد من الثلث.

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

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

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

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

والأدلة على هذا:

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

المطلب الثاني: حكم الوصية بأزيد من الثلث بعد وقوعها:

للعلماء في هذه المسألة ثلاثة أقوال^(٥):

القول الأول: أنها صحيحة:

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

(١) الإجماع، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) مراتب الإجماع، مرجع سابق، ص ١١٢.

(٣) الإقصاص، مرجع سابق، ٧٠/٢.

(٤) سبق تحريرها.

(٥) راجع الرعوي ٢٤١/٨ وما بعدها.

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

وهو قول جمهور أهل العلم^(١).

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

وهو رأي المذنب من الشافعية.

وابن الماجشون من المالكية.

وقول الظاهرية^(٢).

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

وبه قال المالكية^(٣).

وسبب الخلاف أمران:

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

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

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

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

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

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

على إجازة الورثين^(٤).

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

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

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

(٣) مصادر السابقة للمالكية.

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

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

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

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

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

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

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

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

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

(١) سبق تخريجه برقم ٣

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٨٧).

(٣) البحر الرائق، مرجع سابق، ٤٠٤/٨.

أدلة القول الثاني:

امتدل هذا الرأي بما يلي:

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

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

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

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

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

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

ونوقش: بعدم ثبوت الحديث،

(١) تقدم تخريجه برقم (١٢).

(٢) فتح الباري، مرجع سابق، ٣٧٣/٥.

(٣) سبق تخريجه برقم (٣).

(٤) سبق تخريجه برقم (٤).

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

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

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

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

المطلب الثالث: الوصية بجميع المال لمن لا وارث له:

اختلف العلماء رضي الله عنهم في هذه المسألة على أقوال:

القول الأول: تصح وصية من لا وارث له بزيادة على الثلث، بل بجميع ماله؛ وهو قول الحنفية، وقول للإمام مالك (٢).
وقول للشافعية، ومذهب الحنابلة، والحسن البصري، وابن سيرين.
وبه قال أبو عبيدة، ومسروق (٣)، وإسحاق (٤).

(١) سبق تخريجه برقم (٣).

(٢) البحر الرائق ٤/٨٠٣، الفتاوى الهندية ٦/٩٠، الجامع الأحكام القرآن للقرطبي ٢/٢٦١.

(٣) المغني، مصدر سابق، ٨/٥١٦.

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

القول الثاني: لا تصح وصيته فيما زاد على الثلث:

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

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

وقال به الظاهرية.

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

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

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

أما إذا كانت الوصية للمفقراء، أو جهة من الجهات التي يصرفه فيها الإمام، فإن

الوصية بجميع المال تنفذ، ولا تعترض، كما أنه إذا لم يكن بيت مال منتظم فإن الوصية تنفذ للموصى له، وقيل: يعطى للموصى له الثلث والباقي للمفقراء^(٤).

كما أجاز المالكية لمن لا وارث له أن يحتال على بيت المال لإخراج ماله في طاعة الله

بأن يشهد في صحته بحقوق في ذمته من زكوات وكفارات تستغرق ماله، فإذا مات وجب تنفيذها ولو أتت على جميع التركة^(٥).

القول الثالث: أنها صحيحة في الجميع:

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

للإمام حق الإجازة.

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

(٢) المذهب، مرجع سابق، ١/٤٥٧.

(٣) الملتقى مع حاشيته لنفسه.

(٤) الذخيرة، مرجع سابق، ٧/٣٢-٣٥.

(٥) الدسوقي، مرجع سابق، ٤/٤٨٨.

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

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

استدل هذا الرأي بما يلي:

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

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

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

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

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

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

ونوقش من وجهين:

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

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

(١) المعيار: مصدر سابق ٥/ ٥٣٣.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٣) سبق تحريجه رقم (٣).

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

٣. أنه وارد عن علي عليه السلام^(١).

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

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

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

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

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

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

دليل القول الثاني:

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

(١) لم ألق عليه في كتب الآثار.

(٢) سبق تخريجه رقم (١٨٧).

(٣) لم ألق عليه في كتب الآثار.

(٤) تقدم تخريجه رقم (١٢).

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

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

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

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

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

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

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

ونوقش: بما نوقش به حديث سعد السابق.

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

(١) فتح الباري، مرجع سابق، ٥/٣٧٣.

(٢) سبق تخريجه برقم (٣).

(٣) سبق تخريجه برقم (٤).

(٤) سبق تخريجه برقم (٣).

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

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

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

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

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

(١) سنن أبي داود، كتاب الفرائض، باب في أرزاق الذرية (٢٨٩٩)، وأخرجه سعيد بن منصور (١٧٢)، وابن أبي شيبة ١٦٤/١١، وأحمد ١٣١/٤، والنسائي في الكبرى كما في التحفة ٥١٠/٨، وابن ماجه (٢٧٣٨) في الفرائض / باب ذوي الأرحام، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ١٥/٤، والبيهقي ٢١٤/٦ من طرق عن شعبة، به.

وأخرجه أحمد ١٣٣/٤، وأبو داود (٢٩٠٠)، وابن ماجه (٢٦٣٤) في الدعات، باب الدية عن العاقلة، فإن لم يكن عاقلة، ففي بيت المال، والطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٩٨/٤، وفي شرح مشكل الآثار ١٥/٤، والدارقطني حاشية ابن زيد، عن بديل بن مبررة، به. وصححه الحاكم على شرط الشيخين، فتعقبه الذهبي بقوله: قلت؛ علي (يعني ابن أبي طلحة) قال أحمد: له أشياء منكوت.

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

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

(٢) الدرر، مرجع سابق، ٣٢/٧-٣٣.

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

سبب الخلاف:

وسبب الخلاف أمور ثلاثة:

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

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

الثالث: تعارض الأدلة.

الترجيح:

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

المطلب الرابع: وقت اعتبار الثلث:

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

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

اختلف في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المعتبر وقت الموت:

وهو قول الشافعية، وبه قالت الحنابلة.

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

(١) سبق تخريجه برقم (١٨).

(٢) الظلي، مصدر سابق، ٢٥٢/٩، ٣١٧/٩.

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

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

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

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

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

القول الثاني: المعتر يوم الوصية:

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

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

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

(١) المعنى نفسه، ١٥٥/٦.

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

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

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

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

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

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

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

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

الترجيح:

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

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

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

المبحث السادس

الشروط السادس: اشتراط عدم انشيوخ في الموص به

صورته:

أن يوصي شخص بجزء مشاع من ماله كتصنف أرضه، أو يوصي بتصبيه من مشاع بينه وبين غيره، كتصنف أرضه بينه وبين زيد.

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

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

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

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

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

(١) المبسوط ٩٧/٢٨، حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٩٣/٥، لفتحي للباسي ١٥٦/٦-١٥٧، الفواكه البدوي

١٩١/٢، المنهاج مع معني المحتاج عليه ٤٦/٣-٤٧، شرح روض الطالب ٣٣/٣-٣٤، الفروع ٦٣٩/٤-١٠٧.

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

(٢) بداية المبتدي ٣١٦/٤.

(٣) ٣١٩/٢.

(٤) المهذب، مرجع سابق، ٥٩٠/٢.

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

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

ودليل ذلك:

١. عمومات أدلة مشروعية الوصية^(٢).

وهذه تشمل المعين والمشاع..

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

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

(١) مع الطبع، مرجع سابق، ٨١/٦.

(٢) ينظر: الباب الأول.

(٣) للمزيد ٥٩٠/١، الكافي لأن فائدة ٤٨١/٤.

(٤) الميسوط، مرجع سابق، ٩٧/٢٨.

المبحث السابع

اشتراط كون الموصى به عيماً

(الوصية بالمنافع)

وفيه مطالب:

المطلب الأول: تعريف المنفعة:

المنفعة:

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

وفي الاصطلاح:

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

والدليل على مالية المنافع:

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

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

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

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

(٢) أحكام التصرف في المنافع (ص ٤١).

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

(٤) من آية ٢٧ من سورة القصص.

(٥) أحكام التصرف في المنافع للحنفية.

المطلب الثاني: مشروعية الوصية بالمنافع:

اختلف الفقهاء رحمهم الله في جواز الوصية بالمنافع على قولين:

القول الأول: جواز الوصية بالمنافع ومشروعيتها:

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

القول الثاني: لا تجوز الوصية بالمنافع:

وقال بذلك الظاهرية.

وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة^(٥).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

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

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

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

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

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

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

(٦) ١٨١/ بدائع الصنائع ٣٥٥/٧.

(٦) من الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

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

(١) من الآية (١١) من سورة النساء.

(٢) من الآية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٣) سبق تخريجه لرقم (٣).

(٤) سبق تخريجه لرقم (٢).

(٥) سبق تخريجه لرقم (١٤).

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

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

دليل القول الثاني:

استدل القائلون: بعدم جواز الوصية بالمنافع بما يلي:

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

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

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

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

(١) بدائع الصنائع، مرجع سابق، ٣٥٣/٧.

(٢) نفسه.

(٣) المصدر السابق.

بالمنافع كذلك، والعارية تبطل بموت المعير.

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

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

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

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

الترجيح:

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

المطلب الثالث: شرط الوصية بالمنافع:

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

(١) نسخة، ٣٥٣/٧.

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

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٤) (معنى) مصدر سابق، ١٨٢/٦.

(٥) نسخة.

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

لكن اختلف العلماء في المعتبر خروجه من الثلث:

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

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

فإذا كانت الوصية بسكنى الدار اعتبرت قيمة الدار،

وهذا قول الحنفية، والمالكية.

وبه قال الحنابلة على الصحيح^(١).

وحجته:

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

٢. أن تقدير المنافع وحدها متعذر.

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

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

وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم بدول منفعتها مدة الوصية، والفرق بين القيمتين

هو الموصى به.

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

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

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

لزم الوصية بنصف المنفعة.

وحجته: أن الموصى به المنفعة.

وبه قال الشافعية، وبعض الحنابلة^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٣/٢٥٣، العناية ٩/٤١١، الشاح والإكلیل ٦/٣٨٦، منح الخلیل ٩/٥٦٧، روضة الطالبين.

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

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

والأقرب:

القول الأول؛ لقوة دليله.

أما إذا زادت الوصية على الثلث لم تلزم بالاتفاق.

واختلف العلماء في الواجب في ذلك على قولين:

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

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

وإن حمل ثلثها كان له ثلث المنفعة وهكذا.

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

وحجته: ما تقدم من الأدلة على اعتبار الثلث.

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

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

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

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

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

الميت.

وهذا هو المعتمد عند المالكية^(٢).

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

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

الوصية بالعين بنفسها.

(١) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والحنابلة.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

المطلب الرابع: إرث الوصية بالمنفعة:

إذا أوصى شخص لآخر بمنفعة فمات الموصى له:

فتحت ذلك ثلاث مسائل:

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

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

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

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

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

فللعلماء في ذلك قولان:

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

وهو قول المالكية.

والصحيح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة^(٢).

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

ورثة الموصي.

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

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

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

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

الأدلة:

أدلة القول الأول:

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

أدلة القول الثاني:

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

(١) كشف القناع، مصدر سابق، ٣٧٦/٤.

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

(٣) المسوط، مرجع سابق، ١٨٤/٢٨.

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

(٥) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٥٣/٧.

(٦) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٥٣/٧.

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

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

الترجيح:

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

المسألة الثالثة: أن تكون الوصية بالمنفعة مطلقة غير مؤقتة:

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

على قولين:

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

فتورث للمنفعة عن الموصى له.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية^(٢).

وهو مذهب الشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

(١) المطالبة للمعرياني ٦٠٥/٤.

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

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

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

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

ولقاعدة: أن تعقيب الوصية يلحقها بالحس.

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

ذهب إلى ذلك المالكية^(١).

الترجيح:

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

المطلب الخامس: أقسام الوصية بالمنافع:

تنقسم الوصية إلى أقسام:

الأول: مؤقتة بوقت محدد كسنة.

الثاني: مؤقتة بحياة الموصى له أو بحياة شخص آخر.

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

الرابع: مطلقاً، وقد اختلف فيها:

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

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

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

وإن كانت بمنفعة الرقيق فقولان:

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

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

(٢) المصادر السابقة.

المطلب السادس: ملكية الموصى له بالمنافع:

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

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

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

على قولين:

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

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

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

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

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

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

(١) انظر: المتقى للماجي ١٦٠/٦.

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

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

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

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

دليل القول الثاني:

استدل لهذا القول بما يلي:

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

الترجيح:

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

المطلب السابع: حكم تصرف الموصى له بمنافع الوصية:

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

الموصى، وعلى هذا لا يخلو الأمر من أحوال:

المسألة الأولى: إذا أوصى بالاستعمال والاستغلال:

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

والاستغلال على حد سواء.

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

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

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

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

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

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

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

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

المسألة الثانية: إذا أوصى بالاستغلال فقط:

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

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

والدليل على ذلك ما يلي:

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

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

المسألة الثالثة: إذا أوصى بالاستعمال فقط:

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

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

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

وقال بذلك المالكية، والشافعية، والحنابلة:

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

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

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

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

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

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

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

(١) للتنقي، مصدر سابق، ١٦٠/٦.

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

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

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

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

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

الترجيح:

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

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

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

المسألة الرابعة: إذا كانت الوصية مطلقة:

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

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

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

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

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

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

والذي يظهر:

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

المطلب الثامن: المنفعة المشتركة:

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

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

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

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

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

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

(٢) التوارث الصغير ٢٧/٤، حاشية الدسوقي ٣/٤٧٧.

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

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

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

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

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

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

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

(١) من آية ٢٩ من سورة النساء.

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

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

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

المطلب التاسع: بدء الاستفادة من المنفعة الموصى بها:

لا يخلو هذا من أحوال:

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

الحال الثانية: أن تكون الوصية مقيدة بزمن:

فتحت ذلك أمران:

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

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

فللعلماء في ذلك ثلاثة أقوال:

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

(١) لمصادر السابقة.

(٢) الذخيرة، مرجع سابق، ٨٨/٧.

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

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

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

وبه قال الشافعية^(١).

وحجته:

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

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

القول الثالث: أنها تبدأ من وقت القسمة:

وبه قال الحنفية^(٢).

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

وتقدم أن بيان هذه المسألة في مبحث ملكية الموصى به.

والأقرب:

ما ذهب إليه المالكية؛ لما ذكره من التعليل.

المطلب العاشر: بيع المنفعة الموصى بها:

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

عوض يأخذه على أقوال:

القول الأول: يجوز بيع المنفعة للوارث وغيره:

وهو قول للشافعية^(٣).

(١) حاشية المحتاج، مرجع سابق، ٨٧/٦.

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

(٣) المصادر السابقة للشافعية.

وحجته: أن المنفعة مال، فجازت المعاوضة عليه.

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

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

ومنع آخرون؛ لأنه أجنبي في حق شركائه.

وبه قال المالكية.

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

وحجته:

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

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

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

(١) التوازي الصغير ٣٤/٤.

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

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

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

وكمن تزوج أمة إنسان ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا، كذا هذا.

وكذلك لو أعطوه شيئاً على أن يبرأ من الغلة.

وكذلك سكنى الدار، وخدمة العبد إذا صالحوه منه على شيء جاز، وتبطل الوصية؛

لأن له حقاً، وقد أسقط حقه يعوضه فجاز كالخلع، والطلاق على مال^(٢).

وحجته: القياس على الخلع والطلاق على مال يجامع أن كلا إسقاط حق مقابل مال

فاعتقر فيه العذر.

القول الرابع: أنه لا يجوز بيعها مطلقاً:

وبه قال أبو يوسف.

وهو قول للشافعية^(٣).

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

والأقرب:

جواز بيع المنفعة الموصى بها مطلقاً؛ إذ الأصل الحل، إلا إذا ترتب على ذلك محدود

شرعي كبيع معدوم تضمن غرراً، كبيع الشمرة قبل بدو صلاحها، والحمل المعدوم.

(١) المصادر السابقة المحفية.

(٢) دفاع الصنائع، مصر سابق، ٣٩٣/٧.

(٣) المصادر السابقة المحفية، والشافعية.

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

المسألة الأولى: سقي الشجرة الموصى بثمرتها:

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

خلاف على قولين:

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

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

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

وحجته:

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

القول الثاني: إذا أثمرت النخلة، أو الشجرة:

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

(١) المهذب ٤/٦١، التهذيب ٥/٨٤، البيان ٨/٢٠٧، حاشية المحتاج ٦/٥١، ٨٧، تكملة المجموع ١٥/٢٩٨.

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

(٣) تقدم تخريجه برقم (٩).

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

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

(٦) انظر: المبسوط، مرجع سابق، ٣/٢٨.

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

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

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

وهذا التفصيل قال: الحنفية^(٥).

الترجيح:

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

(١) نفسه.

(٢) بدائع الصنائع، مصدر سابق، ٣٨٦/٧.

(٣) نفسه.

(٤) نفسه.

(٥) المبسوط ٢٨/٢-٤، بدائع الصنائع ٣٨٦/٧.

ووجه الترجيح ما يلي:

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

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

المسألة الثانية: نفقة غير الشجر:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وجوب النفقة على الموصى له مطلقاً:

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

وهو قول الحنفية^(٣).

القول الثاني: أن نفقة الحيوان على مالك العين:

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

وفي قول للمالكية، والحنابلة لزوم النفقة للموصى له.

الأدلة:

دليل من قال بوجوبها على المالك:

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

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

(٢) انظر: الإيضاح ٢١٨/٧ بتصرف.

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

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

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

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

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

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

وحجة القول بوجودها على الموصى له:

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

والقاعدة أن من له الغنم عليه الغرم.

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

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

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

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

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

(٢) سبق تخريجه رقم (١٧٣).

(٣) سبق تخريجه رقم ٩.

والأقرب:

في هذه المسألة ما ذكره الحنفية من التفصيل،

فرع:

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

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

والأقرب:

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

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

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

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

المطلب الثاني عشر: في بيع العين الموصى بمنفعتها:

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

القول الأول: أنه لا يجوز بيعها لغير الموصى له:

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

وهو مذهب مالك^(٢).

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

وقال سحنون: لا يجوز ذلك إلا لضرورة.

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

(١٥٤٣)

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

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

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

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

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

القول الثالث: يجوز بيعها للموصى له وتبطل الوصية:

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

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

حجة من منع البيع مطلقاً:

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

وحجة من أجاز ذلك مطلقاً:

ثبوت ملكية العين للوارث، فيجوز له بيعه كسائر الأملاك.

وحجة الفرق بين بيعه للموصى له وبيعه لغيره:

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

(١) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ١٨٧/٦.

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

لغيره، فلا منفعة فيه للمشتري، فلا يجوز.

وأما من فرق بين الوصية المؤبدة وبين غيرها فحجته:

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

والأقرب:

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

المطلب الثالث عشر: هلاك العين الموصى بمنفعتها:

هذا لا يخلو من أحوال:

الحال الأولى:

هلاك العين الموصى بها على وجه لا يمكن استرجاعها.

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

الحال الثانية:

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

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: تبطل الوصية:

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

الأول: بطلانها.

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

وبه قال الشافعية^(١).

القول الثاني: أنه يقال للموصى له ابن واستغل:

وبه قال الحنفية^(١).

وإن كان المالك باعتداء على العين.

فللعلماء قولان:

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

وبه قال جمهور أهل العلم^(٢).

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

والوصية على حالها، وكذلك لو قطع نخل الحائط".

وحجته:

١. أن البدل له حكم المبدل.

فكل حق تعلق بعين تعلق ببدلها إذا لم يظل سيده.

٢. أن الأصل بقاء حقه.

القول الثاني: بطلان الوصية، واستحقاق الورثة القيمة:

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

وحجته:

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

للورثة؛ إذ هي ملكهم.

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

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

(١) المصادر السابقة المخرجة.

(٢) المصادر السابقة، الذخيرة ١٢٩/٧، شرح الزركلي ١٩٧/٨، المعنى ٦٣/٦، الوصايا والتمثيل من ٣٥٦.

(٣) المصادر السابقة للمالكية، والحنابلة.



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

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

الحال الثالثة:

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

المطلب الرابع عشر: انتهاء الوصية بالمنفعة:

تنتهي الوصية بالمنفعة بأمور:

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

الثاني: هلاك العين الموصى بمنفعتها.

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

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

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

السابع: شراء الموصى له العين الموصى بمنفعتها.

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

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

موضع خلاف:

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

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

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

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

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

(١) المصادر السالفة للمالكية، الوصايا والتبديل ص ٣٤٦

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

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

المسألة الأولى: أن يكون المانع راجعاً إلى الموصى:

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

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

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

وهو قول المالكية (٢).

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

القول الثاني: أن الوصية تبطل في مدة الإجارة:

وهو قول الشافعية.

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

والأقرب: القول الأول؛ لما فيه من التفصيل.

المسألة الثانية: أن يكون المانع من الورثة كلهم:

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

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

بالمثل (٣).

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

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

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

(١) المصادر السابقة المحفية.

(٢) مصادر السابقة للمالكية.

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

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

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

يصح اجتماع الوصية بمنفعة شيء والوصية برقبته في وصية واحدة، أو في وصيتين
منفصلتين؛ لأن كل واحد من الوصفين مشروع في انفراد، فلا يمنع اجتماعهما في عين
واحدة^(٢)، وهي مستثناة من قاعدة: منع استثناء منفعة العين عند التصرف فيها^(٣).
وتحت هذا حالتان:

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

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

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

فيجب العمل فيها بشرط الموصي، فيمنع الموصى له من تفويتها قبل الأجل المحدد إلا
أن تقل غلة ما أوصى له بغلته، وتعجز عن كفايته، فيجوز له البيع بقدر حاجته ويمنع من
بيع الجميع؛ لأن البيع رخصة للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها^(٤).

(١) لمصادر السابقة للحنفية والشافعية.

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

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

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

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

المسألة الأولى: وهي ما يستحقه كل واحد منهما:

فإن هناك خلافا بين الفقهاء:

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

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

ووجهه بوجهين^(١)؛

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

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

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

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

المسألة الثانية: إذا رد الموصى له بالمنفعة وصيته:

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

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

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

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

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

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

(٣) المدونة، مرجع سابق، ٢/٤: ٢٩٤.

(٤) المدونة ٣/٤: ٣٠٢، الدخوة ١/٧: ١٠٨، التمهيد والتبسيط ص ٣٤٧.

فإذا كانت الوصية بسكنى دار لشخص وبرقتها للآخر، وقيمتها مائة، والتركبة كلها مائتان وأربعون، فإن الموصى لهما يستحقان أربعة أخماس الدار إذا أوى الورثة إجازة الجميع؛ لأن ثلث الميت ثمانون تجمع للموصى لهما في الدار، وذلك أربعة أخماسها يتقعر بما الموصى له بالسكنى حتى تنتهي مدة وصيته، ثم تعود الأخماس الأربعة للموصى له برقتها زادت قيمتها أو نقصت؛ لأن المعتبر في القيمة يوم القسم لا يوم مرجع الوصية للموصى له بالرقبة^(١).

وفي حالة وجود وصية أخرى معها، فإن الموصى لهما بالرقبة والمنفعة إنما يحاصضان بقيمة الرقبة فقط؛ لأن وصيتهما وصية واحدة كما لو أوصى بثلاثمائة لشخص، وأوصى لآخر بسكنى داره، ولثالث برقتها، وضاق الثلث، فعند الخاصة يضرب صاحب الثلاثمائة بثلاثمائة، ويضرب الموصى لهما بالرقبة والمنفعة بقيمة الدار فقط^(٢).

المسألة الرابعة: إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع بها حتى تنتهي مدة الوصية بها:

فإن العين الموصى بها تسلم للموصى له برقتها عاجلاً ولا ينتظر انتهاء مدة الوصية بالمنفعة؛ لأنه لا فائدة من الانتظار^(٣).

المطلب الثامن عشر: الوصية بالثمرة، والغلة:

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧) على جواز الوصية بما تحمل به الأشجار من الثمار، وما ينتجه البستان من الغلة؛ وذلك:

١. لعموم أدلة الوصية.

(١) المصادر السابقة.

(٢) نفسها.

(٣) الذخيرة، مرجع سابق، ٨٩/٧.

(٤) للبسوط ٢/٢٨، البحر الرائق ٨/٤٥١-٤٥٣، حاشية رد المحتار ٦/٦٥٠.

(٥) الخرشبي ٨/١٦٩، جواهر الإكليل ٢/٣١٧، منيع الجليل ٤/٦٤٥.

(٦) الخاوي ٨/٢٢٧، حلية العلماء ٦/٩٣، فقيوي وعميرة ٣/١٦٠.

(٧) كشاف القناع ٤/٣٧٣، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٤/٤٦.

٢. ولثبوت الاختصاص في مثل هذه الأشياء كالوصية بالمبن في الضرع، والصوف على الظهر.

٣. ولأنها مما يورث ويوهب^(١).

٤. ولأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمرارعة والمعاملة؛ فلأن تستحق بالوصية أولى؛ لأنها أوسع باباً من غيرها^(٢).

واختلفوا: هل هناك فرق في الوصية بالغلة والثمرة، أم اتحما في الوصية شيء واحد؟ على قولين:

القول الأول: التفرقة في الوصية بين الغلة، والثمرة:

فقالوا: إذا أوصى بشمرة بستانه فإن أطلق في وصيته، ولم ينص على التأييد لم يستحق الموصي له من الثمر إلا ما كان موجوداً وقت وفاة الموصي دون غيره مما يحدث بعد وفاته، فإن نص على التأييد بأن قال له: ثمرة بستاني أبداً، فإن الموصي له يستحق الثمرة الموجودة وقت وفاة الموصي، وما يحدث بعد وفاته ما دام حياً.

ومثل ذلك: ما لو أوصى له بشمرة بستانه، ولم يكن فيه ثمرة حين وفاته، فإنه يتناول الثمرة المعدومة مدة حياة الموصي له؛ لأن في ذلك قرينة على أنه يريد ما سيحدث بعد وفاته، وقد كان القياس بطلان مثل هذه الوصية؛ لأن الثمرة في الموجود حقيقة، وليست بموجودة فبطل^(٣).

وفي الاستحسان: لا تبطل الوصية، ويقع على الحادث، ويصير كما لو ذكر الأبد^(٤).

ووجه الاستحسان: حمله على أختار عند انتفاء الحقيقة صوناً لكلام الموصي عن

(١) حاشية عمرة على شرح حلال الدين الحلبي ١٦٠/٣.

(٢) تبين الخلافات، مرجع سابق ٢٠٤/٦.

(٣) نتائج الأفكار ١٠/٢٩٠، ٤٩١، حاشية الشلبي بتمام تبين الخلافات ٢٠٤/٦.

(٤) البحر الرائق ٨/٤٥١، نتائج الأفكار ١٠/٩٩١، حاشية الشلبي ٢٠٤/٦.

الإلغاء^(١)، وبه قال الحنفية^(٢).

قال الزيلعي: "فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً، وبالثمره لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً، فحينئذ يصير كالثمرة، فيستحقه دائماً، وهو المراد بقوله: (وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي إذا زاد في الثمرة لفظاً أبداً صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود، وما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل: التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتنتظم الموجود، وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا يتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه، وإنما قيده بقوله: (وقيه ثمره)؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمره، والمسألة بحاشا فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، وإنما كان كذلك^(٣).

وحجته: أن الثمرة اسم لموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه^(٤).

(١) نتائج الأفكار، مرجع سابق، ٤٩١/١٠.

(٢) بدائع الصنائع ٣٥٤/٧، تبين الحقائق ٢٠٣/٦، ٢٠٤، البحر الرائق ٤٥١/٨-٤٥٢، أحكام الشرح ص ٤٣٢.

(٣) تبين الحقائق، مرجع سابق، ٢٠٣/٦، ٢٠٤.

(٤) انظر الهبة ٩٥٥/٤، تبين الحقائق ٢٠٤/٦.

والله أعلم.

القول الثاني: أنه ليس هناك فرق في الوصية بين الثمرة والغلة لا من حيث المعنى، ولا من حيث الدلالة، فإذا أوصى بثمره بستانه أو غلته، فإن الموصى له يستحق ما كان موجوداً بعد وفاة الموصي، وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم نص على التأييد، ما لم توجد قرينة تدل على إرادة غير ذلك، كأن يوصي له بثمره بستانه سنة بعينها، فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصى له^(١).
وبه قال المالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).

الترجيح:

والأقرب أن يقال: إن كان في الوصية تحديد مدة رجوع إليها، فإن لم يكن رجوع إلى الأعراف وقرائن الأحوال.

المطلب التاسع عشر: الوصية بثمره شجرة سنة معينة لم تحمل فيها:

إن وصى له بثمرها سنة معينة، فلم تحمل في تلك السنة، فلا شيء للموصى له؛ لقوات محل الوصية^(٥).
نص عليه: الشافعية^(٦)، والحنابلة^(٧).

المطلب العشرون: الوصية بثمره شجرة معينة أول عام تثمر:

إن قال الموصي لزيد: لك ثمرها أول عام تثمر صبح، وله ثمرها في ذلك العام؛ تنفيذاً للوصية^(٨).

(١) المعنى، مصدر سابق، ٤٦٠/٨.

(٢) الخريزي ١٦٩/٨، جواهر الإكليل ٣١٧/٢، منقح الجليل ٦٤٥/٤.

(٣) مغني المحتاج ٦٤/٣، قليوبي وعميرة ١٦٠/٣.

(٤) الإنصاف ٢٥٢/٧، كشاف القناع ٣٦٨/٤، ٣٧٣.

(٥) كشاف القناع، مصدر سابق، ٣٧٣/٤.

(٦) مغني المحتاج، مرجع سابق، ٦٤/٣.

(٧) كشاف القناع نفسه.

(٨) انظر: كشاف القناع، نفسه، ٣٧٣/٤.