

الباب السادس

إثبات الوصية، وشروط الموصين، ومبطلاتها

وفيه فصول:

الفصل الأول: إثبات الوصية.

الفصل الثاني: شروط الموصين، وأدلتها، وحكمها.

الفصل الثالث: مبطلات الوصية.

الفصل الأول

إثبات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشهادة بالوصية.

المبحث الثاني: في الإقرار بالوصية.

المبحث الثالث: ثبوت الوصية بالخط والكتابة.

الفصل الأول

إثبات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول

الشهادة بالوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: شهادة العدلين أو ما يقوم مقامهما^(١):

اتفق الفقهاء على أنه إذا شهد بالوصية عدلان، فإن شهادتهما تثبت بها الوصية، ولا يمين على الموصى له.

والأصل في ذلك:

قوله ﷺ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ^(٢)﴾.

وقوله ﷺ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ^(٣)﴾.

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قبول شهادة العدلين.

المطلب الثاني: شهادة عدل وامرأتين عدلين:

تثبت الوصية بشهادة عدل واحد وامرأتين عدلين^(٤).

(١) مختصر خليل يشرح الزرقاني ١٤٧/٧.

(٢) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٤) انظر: شرح البهجة ١/١٢٢، للفتي ١٥١/٩.

والأصل في ذلك:

قوله ﷺ: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(١)، وقوله ﷺ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٢).

فالآية الأولى نص في قبول شهادة العدلين في الوصية، والثانية نص في قبول شهادة العدلين، والعدل والمرأتين.

وهي عامة في الأموال، فتشمل الوصية وغيرها من الحقوق المالية، سواء كانت الوصية مكتوبة أم لا، أدت الشهادة عقب تحملها، أو تأخر ذلك إلى وقت الحاجة إليها؛ لعموم أدلة القضاء بالشهادة^(٣).

المطلب الثالث: شهادة العدل الواحد بالوصية:

اختلف الفقهاء في ثبوت الوصية بشهادة العدل الواحد على قولين:

القول الأول: ثبوتها مع يمين الموصى له:

وهو قول الجمهور: مالك، والشافعي، وأحمد^(٤).

القول الثاني: عدم ثبوتها:

وهو مذهب الحنفية^(٥)، وبعض المالكية^(٦)، والأوزاعي^(٧).

(١) من الآية ٦-١٠ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ٢٨٤ من سورة البقرة.

(٣) التوالد الصغرى ٣٠٤/٤.

(٤) المدونة ١٧٤/٥، تبصرة أحكام ٢٣٨/٢، الأم ٢٥٤/٦، أدب القاضي للساوري ١٦٣/٢، المغني ١٥١/٩.

(٥) إعلام الموقعين ٩٩/١، الطرق الحكيمة ص ١٣٢، المغني ٢٩١/٩، أحكام الشهادات ص ٤٧٦.

(٦) روضة القضاء ٢١٤/١، شرح معاني الآثار ١٤٧/٤، أحكام القرآن للجصاص ٥١٤/١.

(٧) بداية المجتهد ٤٦٧/٢، أحكام القرآن للقرطبي ٣٩٦/٣.

(٨) انظر: المغني ١٥٠/٦، ١٥١، الأم ٢٧٦/٤.

الأدلة:

دليل الجمهور:

(٢٤٤) ١. ما رواه مسلم من طريق عمرو بن دينار، عن ابن عباس رضي الله عنه "أن رسول الله ﷺ قضى بيمين وشاهد" (١).

ونوقش الاستدلال بهذا الحديث من وجوه:

الوجه الأول: بأنه زيادة على النص وهو نسخ، والقرآن لا ينسخ بخبر الواحد؛ لأنه قطعي، وخبر الآحاد ظني، والظني لا ينسخ القطعي (٢).

وأجيب: بأنه مردود من وجوه:

الأول: أن الزيادة عن النص ليست نسخاً له؛ لأن النسخ رفع الحكم الشرعي بحكم شرعي، أو بيان لانتهاؤه مدة العمل بالحكم الأول على الخلاف بين الأصوليين (٣)، و الزيادة على النص لا تتضمن رفعه ولا انتهاء العمل به.

الثاني: على تسليم كونها نسخاً، فإنه لا مانع من نسخ القرآن بخبر الأحاد على الصحيح عند الأصوليين (٤)؛ لأن الكل من عند الله، ولأن المنسوخ هو الحكم دون اللفظ، وهو ظني، والظني يجوز نسخه بالظني لتساويهما في القوة.

الثالث: وعلى تسليم منع نسخ القرآن بخبر الأحاد، فإن حديث القضاء بالشاهد واليمين حديث متواتر أو مستفيض، ويجوز نسخ القرآن بالسنة المتواترة، أو المستفيضة عند الحنفية، فيلزمهم القول بمقتضى هذا الحديث.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث قد أعل، فقد طعن فيه يحيى بن معين، وقال

(١) صحيح مسلم في الأفضية، باب القضاء باليمين والشاهد (٤٥٦٩).

(٢) راجع أحكام القرآن للمصالح ١/٥١٤ وما بعدها.

(٣) انظر: المغلي ١/٩٢، المغلي ١/١٥٢.

(٤) المصدر السابق ٢/٧٩.

الطحاوي: منكر^(١).

وأجيب: بأن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين رواها جمع من الصحابة منهم: علي، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وجابر، وأبو هريرة، وسعد بن عباد، وعبدالله بن عمرو، والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم.

وقال ابن عبد البر عن هذا الحديث: لا مطعن لأحد في إسناده، وقال: لا خلاف بين أهل المعرفة في صحته.

وقال الشافعي: ثابت لا يردده أحد.

وقال النسائي: إسناده جيد.

وقال البزار: في الباب أحاديث حسنة أصحها حديث ابن عباس رضي الله عنه.

وأما قول الطحاوي: "لا يعلم أن قيس يحدث عن عمرو بن دينار"، فلا يقدح في صحة الحديث، وقد سمع قيس من هو أقدم من عمرو^(٢).

الوجه الثالث: أن معنى الحديث قضى تارة بشاهد، وتارة بيمين، فلا دلالة فيه على الجمع بينهما.

وأجيب: بأن هذا التأويل لا دليل عليه، بل في بعض ألفاظ الحديث قضى باليمين مع الشاهد، والمعنى تقتضي المصاحبة.

الوجه الرابع: أن المراد يمين المدعى عليه^(٣).

وأجيب: أنه غير مسلم؛ لأن قوله: "قضى بالشاهد واليمين" يدل على أن اليمين مع الشاهد طريق من طرق القضاء.

٢. أن اليمين تشرع في حق من ظهر صدقه، وقوي جانيه، ولذا شرعت في حق

(١) شرح معاني الآثار ٤/٤٥، المحوّر النفي ١٠/١٦٧، نصب الرأية ٤/٦٧.

(٢) نصب الرأية ٤/٩٧، التلخيص الحبير ٤/١٠٥، فتح الباري ٥/٢٨٦، تهذيب السنن لابن القيم ٣/٢١٧.

(٣) تبين الحقائق ٤/٢٩٤، تكملة فتح القدير ٨/١٧٣.

صاحب اليد لقوة جنبته بها، وفي حق المنكر لقوة جنبته؛ لأن الأصل براءة ذمته، فوجب أن تشرع في حق المدعي هنا لتقوي جانبه بالشاهد^(١).

٣. أن اليمين وإن كان حاصلة تأكيد الدعوى لكنها إسهاد الله ﷻ من قبل الخالف، فلما كان اليمين هذا الشأن صلحت للحكم بها^(٢).

٤. أنا وحدنا اليمين أقوى من المرأتين لدخولها في اللعان دون المرأتين، وقد حكم بالمرأتين مع الشاهد فيحكم باليمين مع الشاهد^(٣).

٥. أن اليمين لو انفردت حلت محل البينة في الأداء والإبراء، فكذلك حلت هنا محل المرأتين في الاستحقاق^(٤).

دليل القول الثاني:

١. قوله ﷻ في الشهادة على الوصية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ ائْتَيْنِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾^(٥).

فإنه يدل بمفهومه على عدم قبول شهادة العدل الواحد.

ونوقش: أن الاستدلال بهذه الآية لا يتم للحنفية؛ لأنها تدل على ذلك بطريق المفهوم، وهم لا يقولون بمفاهيم المخالفة.

وأيضاً- هو معارض بمنطوق الحديث السابق، والمنطوق مقدم على المفهوم.

٢. قوله ﷻ: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾^(٦).

(١) المغني ١٥٢/٩، الطرق الحكمية ص (١٤)، إعلام الموقعين ١٠١/٢.

(٢) سيل السلام ١٧٣/٤.

(٣) أحكام القرآن للقرطبي ٣٧٤/٣، الفرق للقرافي ٨٨/٤.

(٤) فتح الباري ٥٨١/٥، الطرق الحكمية ص ١٣٦، أحكام الشهادات ص ٤٧٦.

(٥) من الآية ١٠٦ من سورة النائدة.

(٦) المغني ١٥٢/٩.

فالأية حصر لأنواع الحجة في الشهادة.

ونوقش الاستدلال بهذه الآية: أنها واردة في التحمل، فلا دلالة فيها على عدم قبول الواحد في الأداء^(١)، وعلى تسليم عمومها لخالفني الأداء والتحمل، فإنها لا تدل على عدم قبول شهادة الواحد إلا بطريق المفهوم، والمنطوق مقدم عليه.

٣. حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: "لو يعطى ناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه"^(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ جعل جنس الأيمان على المكبرين؛ لأن الألف واللام لاستغراق الجنس.

ونوقش هذا الاستدلال: بما تقدم من أن اليمين في الشرع تشريع في حق من ظهر صدقه وقوي جانيه.

٤. حديث الأشعث بن قيس، وفيه قوله ﷺ: "شاهدك أو يحينه"^(٣).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ خير المدعي بين أمرين لا ثالث لهما.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أنه لا يلزم من التنصيص على الشيء نفي ما عداه.

الوجه الثاني: أن هذا الحديث يبان لأهم أنواع البيعة، وليست نفي لما عداها من البيعات، والا لكانت مخالفة لنص القرآن في قبول شهادة الرجل والمرأتين.

الوجه الثالث: أنه استدلال بالمفهوم يعارضه منطوق حديث الشاهد واليمين.

٥. أن الله تعالى أجاز شهادة المرأتين مع الرجل وجعلهما اثنتين لشكر إحداها الأخرى، فلو كان يكتفى بشهادة شاهد ويمين المدعي لما كان هناك حاجة إلى

(١) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٢) سبق تخريجه برقم (١٩١).

(٣) تخريجه برقم (٢٤٨).

أن تذكر إحداهما الأخرى.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحاجة إلى أن تذكر إحداهما الأخرى فيما إذا شهدتا،

أما إذا لم تشهدا قامت مقامهما يمين الطالب.

٦. أن شهادة من يجر إلى نفسه مغشاً، أو يدفع عنها مغشاً غير مقبولة، والحكم

للمدعي بيمينه من هذا الوجه^(١).

ونوقش: بعدم التسليم، بل الحكم بالشاهد.

٧. أن البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه؛ لأن المدعي يدعي أمراً

خفياً، فيحتاج إلى إظهاره، ولا تصلح اليمين مظهرة للحق؛ لأنها كلام الخصم.

ونوقش: بعدم التسليم، و-أيضاً- هو استدلال في محل النزاع.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول جمهور أهل العلم؛ لقوة أدلتهم، حيث روى الحكم بالشاهد

واليمين نيف وعشرون صحابياً، ولأن الخلفاء الراشدين قضوا بها.

قال ابن القيم: "قال أبو عبيد: وهو الذي نختاره اقتداء برسول الله ﷺ واقتصاصاً

لأئمة، وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه، ولا بين حكم الله وحكم رسوله

اختلاف إنما هو غلط في التأويل حين لم يجدوا ذكر اليمين في الكتاب ظاهراً فظنوه

خلافاً، وإنما الخلاف لو كان الله حظر اليمين في ذلك، ونهى عنها، والله تعالى لم يمنع من

اليمين إنما أثبتنا في الكتاب إلى أن قال ﷺ: ﴿فَرَحِلْ وَأَمْرًا تَكُنْ﴾ وأمسك، ثم فسرت

السنة ما رواء ذلك، وسنة رسول الله ﷺ مفسرة للقرآن ومترجمة عنه، وعلى هذا أكثر

الأحكام".

(١) انظر: شرح معاني الآثار ١/٤٧، أحكام القرآن للخصص ١/٥١٥، روضة القضاة ١/١١٥، تبين الخلفاء

المطلب الرابع: شهادة العدل بوصية للصغير:**اختلف العلماء فيها على أقوال^(١):**

القول الأول: أن الورثة يخلفون لرد شهادة الشاهد، ويوقف الموصى به تحت أيديهم يستغلونه حتى يبلغ الصغير، فإذا بلغ حلف، وأخذ وصيته، وإن نكل رجعت ميراثا بين الورثة، ولا يخلفون ثانية؛ إذ لا يخلف على شيء واحد مرتين.

وإن مات الصغير قبل بلوغه حلف وارثه واستحق وصيته؛ لقوله ﷺ: ﴿وَلَكُمْ مِمَّا فِصَفْتُمْ مَا كَانَ لَكُمْ أَرْوَاهُ مِنْكُمْ﴾^(٢) فيدخل في التركة كل ما تركه الميت من حق مالي، وقاعدة من مات عن حق انتقل لوارثه، وإذا نكل ورثة الموصى عن الحلف لرد شهادة الشاهد بالوصية قضى للصغير بوصيته، ولا ينتظر بلوغه ولا يمئن عليه إذا بلغ.

القول الثاني: تحليف الورثة وإيقاف الموصى به على يد أمين حتى يبلغ، والغلة لمن قضى له به، وضمانه منه؛ لحديث "الخراج بالضمان"^(٣)، وقاعدة الغنم بالغرم، فإذا بلغ الصغير وحلف أخذ الموصى به وعقلته، وإن هلك الموصى به فضمانه منه، وإن نكل الصغير قضى به للورثة، وإن هلك فضمانه منهم.

القول الثالث: تحليف ولي الصغير وتسليم الوصية له:

قال ابن كنانة: يخلف أبوه إذا كانت نفقة الأهن واجبة على الأب؛ لأنه يستفيد بيمينه سقوط النفقة عنه.

والقول بتحليف الولي ضعيف يرد لأمرين:**الأول:** أنه لا يخلف أحد ليستحق غيره.**الثاني:** أن النيابة لا تدخل في الحقوق البدنية، واليمين من العبادات البدنية، فلا

(١) المعيار ٣٦٠/٩، ٥١٤، التبصرة ٢٢٢/١، الرقائي ١٩٧/٧، البهجة ١٦٤/١، الوصايا والتزويل ص ٥١٩.

(٢) من الآية ١٦ من سورة النساء.

(٣) تقدم تحريجه برقم (١٧٣).

ينوب فيها أحد عن أحد.

القول الرابع: تحليف الصغير، وأخذ وصيته:

لعموم حديث ابن عباس رضي الله عنه "قضى بالشاهد واليمين"^(١).

والقول بتحليف الصغير ضعيف؛ لأن مناط الإيمان التكليف، فمن لبس مكلّفًا لا

يمين له، وبذلك يخصص عموم "قضى بالشاهد واليمين".

الترجيح:

وأرجح هذه الأقوال القول بوقف الموصى به تحت يد أمين.

ومثل الصغير المجنون إذا قام له شاهد بالوصية، فإنه ينتظر إذا كانت ترجى إفاقة، وإن

كانت لا ترجى إفاقة، فإنه يحلف الورثة لرد شهادة الشاهد، وبوقف الموصى به تحت

أيديهم أو تحت يد أمين على الخلاف السابق، حتى يفيق المجنون فيحلف، أو يموت

فيحلف ورثته^(٢).

المطلب الخامس: شهادة العدل الواحد للسفيه بالوصية:

السفيه له شبه بالرشيد من حيث التكليف، وله شبه بالصغير من حيث الحجر عليه،

ومنع من التصرف في ماله، ولذلك اختلف الفقهاء في حكمه إذا قام له شاهد بالوصية:

فقال ابن القاسم: هو في ذلك كالرشيد، يحلف مع شاهده، ويقضى له بحقه، وإذا

نكل حلف خصمه ويطل حقه.

وقال ابن كنانة: يحلف مع شاهده ويستحق حقه، وإن نكل لم يطل حقه، ويحلف

المدعى عليه، ويبقى السفيه على حقه حتى يرشد، فإذا رشد حلف وأخذ حقه، وإن نكل

يطل حقه ولا تعاد اليمين على المدعى عليه، وإن مات قبل رشده حل ورثته بحله،

فيحلفون ويستحقون.

(١) لدونة ٨٦/٤، الهجة ١٦٦٤/١، ١٦٦٥.

(٢) سبق ترجمه برقم (٢٤٤).

وروي عن مالك: أن السفه كالصغير، لا يخلف مع شاهده ويتنظر حتى يرشد، كما يتنظر الصغير حتى يبلغ.

والأصح:

قول ابن كنانة القائل بتحليفه الآن، وعدم سقوط حقه بنكوله، وأما تحليفه الآن في حال سفهه فلا أنه مكلف، ومناط اليمين التكليف. وأما عدم بطلان حقه بنكوله؛ فلا أنه محجور عليه في ماله، فلو أبطلنا حقه بنكوله لأدى ذلك إلى نفوذ تصرفه، والفرض أنه محجور، ولذلك يخلف لتكليفه، ولا يبطل حقه بالنكول لسفهه.

والقول بجعله كالرشيد في اليمين والنكول ضعيف، كما أن القول بجعله كالصغير في تأخير اليمين ضعيف -أيضاً-.

المطلب السادس: شهادة العدل بالوصية لغير معين ولا محصور، كالفقراء

والمساكين واليتامى:

وقد اختلف فيها على قولين^(١):

القول الأول: يخلف المدعى عليهم ويبرؤون، وتبطل الوصية، فإن نكلوا حكم عليهم:

القول الثاني: يخلف المنكر ويبرأ، إلا أنه إذا نكل بحس، فإن طال حبسه دين ولا يلزمه ما أنكره:

واتفق القولان على أنه لا يقضى للمشهود لهم مع يمينهم؛ لعدم تعين المستحق.

المطلب السابع: الشهادة بالوصية لمن يحصون كأبناء عمه، وفقراء قرابته:

وقد اختلف فيها على أقوال^(٢):

القول الأول: أنه يخلف الجميع ويستحقون، ومن نكل سقط حقه.

(١) النشرة ٢٢٧/١، حاشية الدسوقي ٢٠٣/٤، الوصايا والتنزيل ص ٥١٩.

(٢) النشرة ٢٢٧/١، ٢١٦، الوصايا ص ٥٥٧.

قياساً على الورثة يقوم فيهم شاهد يحق لأبيهم مثلاً.

القول الثاني: أنه يكفي يمين واحد منهم، ويقضى للجميع بحقهم.

القول الثالث: وهو مروى عن مالك أنه يحلف الجل، وهو ما زاد على النصف،

ويقضى لهم جميعاً:

القول الرابع: أنه لا يمين فيها مع الشاهد:

فإن كانت الشهادة لمعين وغيره كفلان وعقبه، فإن يحلف المعين ويثبت الحق له يمينه

ولمن معه بلا يمين^(١).

المطلب الثامن: شهادة النساء بالوصية:

اتفق الفقهاء على رد شهادة المرأة الواحدة بالوصية؛ لقوله ﷺ: ﴿إِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ

فَرَجُلٌ وَأَمْرَأَتَانِ﴾^(٢).

فاعتبر التعدد في قبول شهادة النساء مع الرجل في الأموال، فيدل ذلك على اشتراطه

في شهادتين وخدمين من باب أولى وأحرى، والوصية مال من الأموال، فلا تقبل فيها

شهادة المرأة الواحدة.

واختلف في شهادة المرأتين فأكثر على قولين^(٣):

القول الأول: قبول شهادة المرأتين فأكثر في الوصية؛

وهو المشهور من مذهب المالكية، وبه قال ابن حزم^(٤).

واختاره شيخ الإسلام، وابن القيم^(٥).

ونص المالكية: أنه يحلف معهما المشهود له ويستحق.

(١) للصادر السابقة.

(٢) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٣) انظر المدونة ١٨٦/٤، المغني ١٥٣/٩، نهاية المحتاج ٢٩٤/٣.

(٤) للمدونة ١٦٥/٥، الفروق ٩٥/٤، حاشية الدسوقي ١٨٧/٤، النجاشي والإكليل ١٨١/٤، المغني ١٠٦٩/١٠.

(٥) الطرق الحكمية ص ١٥٩، إعلام الموقعين ١٥/١.

وأدلتهم:

١. قوله ﷺ: «إِنْ قَامَ ثَلَاثُونَ رَجُلًا يَشْهَدُونَ بِشَهَادَةٍ وَاحِدَةٍ فَكُلُّهُمْ شَهِيدٌ» (١).
- وجه الدلالة: أن الله تعالى جعل شهادة المرأتين بدل شهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه، فكما أن للمدعي أن يحلف مع الشاهد فله أن يحلف مع شهادة المرأتين (٢).
٢. حديث أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل؟»، قلنا: بلى، فقال: «ذلك من نقصان عقلها» (٣).
- فالرسول ﷺ نص على أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل من غير تفريق بين موضع وآخر، ومفهومه أن شهادتهما مع مثله كشهادة الرجل (٤).
٣. قال ابن حزم: «وبضرورة العقل يدري كل أحد أنه لا فرق بين امرأة ورجل، وبين رجلين وبين امرأتين، وبين أربعة رجال وأربع نسوة في جواز تعمد الكذب والعقوبة، والنقص تطيب بشهادة ثمان نساء أكثر من شهادة أربعة رجال» (٥).
٤. القياس على شهادة العدل الواحد، فإن الله ﷻ جعل شهادة المرأتين بمنزلة شهادة الرجل الواحد في ثبوت الحق بما في الأموال مع اليمين، والمرأتان مثله؛ لتساويهما في العدالة، وقبول الشهادة عند اجتماعهما مع الرجل، فيقبل عند انفرادهما، كما تقبل شهادة الرجل عند انفراده عنهما.
- قال ابن القيم في الطرق الحكيمة: «فإن قيل: البيئة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل، كما لو شهد أربع نسوة، وما ذكرتموه ينتقض بهذه الصورة، فإن المرأتين لو أقيمتا مقام رجل من

(١) من الآية ٣٨٢ من سورة البقرة.

(٢) أحكام القرآن للقرطبي ٣/٣٩٢.

(٣) صحيح البخاري، كتاب الحيف، باب ترك الخالق الصوم (٢٩٨)، ومسلم من طريق عبد الله بن دينار عن ابن عمر.

(٤) عمر بن الخطاب، كتاب الإيمان، باب نقصان الإيمان بنقصان الطاعات (١٣٢).

(٥) الطرق الحكيمة ص ١٠٩.

(٥) اظلي ١١/٥٨٣.

كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين، وتقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين،
و- أيضًا: - فشهادة المرأتين ضعيفة، فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة فينضم ضعيف
إلى ضعيف، فلا يقبل.

و- أيضًا: - فإن الله ﷻ قال: ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ
فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ فلو حكم بامرأتين ويمين لكان هذا قسما ثالثا.

والجواب: أما قولكم: إن البينة إذا خلعت عن الرجل لم تقبل، فهذا هو المدعي وهو
محل النزاع، فكيف يحتج به وقولكم كما لو شهد أربع نسوة. فهذا فيه نزاع وإن غلب
طائفة إجماعا كالقاضي وغيره.

قال الإمام أحمد: في الرجل يوصي ولا يحضره إلا النساء قال: أجزبر شهادة النساء.
فظاهر هذا أنه أثبت الوصية بشهادة النساء على الانفراد إذا لم يحضره الرجال.
وذكر الخلال عن أحمد أنه سئل عن الرجل يوصي بأشياء لأقاربه ويحقق ولا يحضره إلا
النساء هل يجوز شهادتهم؟ قال: نعم يجوز شهادتهم في الحقوق.

وقد تقدم ذكر المواضع التي قبلت فيها البيئات من النساء، وأن البيئة اسم لما يمين
الحق، وهو أعلم من أن يكون برجال أو نساء أو نكول أو يمين أو أمارات ظاهرة، والنبي
ﷺ قد قبل شهادة المرأة في الرضاع، وقبلها الصحابة في مواضع ذكرناها، وقبلها التابعون،
وقولكم: ويقبل في غير الأموال شهادة رجل وامرأتين:

قلنا: نعم، وذلك موجود في عدة مواضع كالنكاح والرجعة والطلاق والنسب والولاء
والإيصال والوكالة في النكاح وغيره على إحدى الروايتين.

وقولكم: شهادة المرأتين ضعيفة فقويت بالرجل، واليمين ضعيفة، فينضم ضعيف إلى
ضعيف، فلا يقبل.

جوابه: أنا لا نسلم ضعف شهادة المرأتين إذا اجتمعتا، ولهذا يحكم بشهادتهما إذا
اجتمعتا مع الرجل، وإن أمكن أن يؤتى برجلين، فالرجل والمرأتان أصل لا بدل، والمرأة

العدل كالرجل في الصدق والأمانة والديانة، إلا أنها لما خيف عليها السهو والنسيان قويت بمثلها، وذلك قد يجعلها أقوى من الرجل الواحد أو مثله، ولا ريب أن الظن المستفاد من شهادة مثل أم الدرداء وأم عطية أقوى من الظن المستفاد من رجل واحد دونهما ودون أمثالهما.

وأما قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ ولم يذكر المرأتين والرجل.

فيقال: ولم يذكر الشاهد واليمين، ولا النكول، ولا الرد، ولا شهادة المرأة الواحدة، ولا المرأتين، ولا الأربع نسوة، وهو سبحانه لم يذكر ما يحكم به الحاكم وإنما أرشدنا إلى ما يحفظ به الحق، وطرق الحكم أوسع من الطرق التي تحفظ بها حقوق^(١).

القول الثاني: أنها مردودة لا يثبت بها وصية:

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة^(٢).

وحجته:

١. قوله ﷺ: ﴿إِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾^(٣).

فاشترط شهادة الرجل مع النساء، وهو يدل بمفهومه على عدم قبول شهادة من وحدهن في الأموال، والوصية مال، فلا تقبل فيها شهادتهن.

ونوقش: بأنه استدلال بالمفهوم، وبعارضه منطوق الآية من اعتبار شهادة النساء مع العدد مقابل شهادة الرجل.

٢. أن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بشهادة الرجل، واليمين ضعيفة فلا يضم

ضعيف إلى ضعيف.

(١) الطرق الحكمية ص ١٦١.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ص ٣٩٩، تنبيه الحكام ٢١٣/١، مطالب أولي النهى ٦٣٢/٦.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

ونوقش: بما تقدم من كلام ابن القيم رحمه الله.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول المالكية؛ لقوة دليله، ولما في ذلك من حفظ أموال الناس.

فرع:

واختلف المالكية إذا شهد النساء بوصية فيها المال وغيره مما لا تقبل فيه شهادة النساء، كالإيصاء بالنكاح:

فقال أكثر المالكية: تصح شهادتهن بالوصية في المال وتبطل بغيره.

وقال مالك في المدونة: تبطل الشهادة كلها، ولا يصح منها شيء، لا ما يتعلق

بالمال، ولا ما يتعلق بغيره، ولا يصح بعض الشهادة دون بعض ^(١).

ومنشأ الخلاف: اختلاف المالكية في الشهادة إذا أجازت السنة بعضها دون بعض،

فالمشهور: أنه يصح ما أجازته السنة، ويرد ما ردته السنة؛ لأنها بمنزلة شهادتين، لا يلزم

من بطلان إحداها بطلان الأخرى ^(٢).

المطلب التاسع: شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر:

تحرير محل النزاع:

أولاً: جمهور الفقهاء رحمهم الله أن شهادة الكافر من غير أهل الكتاب على المسلم لا

تصح مطلقاً ^(٣).

ثانياً: جمهور الفقهاء كذلك على أن شهادة أهل الكتاب على المسلمين لا تصح في

غير الوصية في السفر ^(٤).

(١) للمدونة ٨٥/٤، النصرية ٢٩٧/١، الوصايا والقبيل من ٥٢٠.

(٢) النصرية ٢٩٧/١، الرعوي ٣٩٥/٧.

(٣) بداية المجتهد لاين رشد ٣٤٦/٢.

(٤) المغني ١٨١/١.

ثالثاً: اختلف الفقهاء في شهادة أهل الكتاب بالوصية في السفر على قولين:

القول الأول: جواز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم

يوجد غيرهم:

وهذا الصحيح من مذهب الحنابلة، نقله الجماعة عن الإمام أحمد^(١)

وقال بهذا شريح، والنخعي، والأوزاعي، ويعني بن حمزة^(٢)

ويستحلف الشاهدان بعد العصر أهما ما خانا، ولا بدلاً ولا كتماً، ولا اشترياً به ثمناً

ولو كان ذا قرى ولا نكتم شهادة الله إننا إذا لم نؤمن.

قال شيخ الإسلام: "وتقبل شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر إذا لم

يوجد غيره، وهو مذهب أحمد، ولا تعتبر عدالتهم، وإن شاء لم يحلفهم بسبب حق الله،

ولو حكم حاكم بخلاف آية الوصية ينقض حكمه؛ فإنه إنما خالف نص الكتاب

بتأويلات سمجة.

وقول أحمد: أقبل شهادة أهل الذمة إذا كانوا في سفر لبس فيه غيرهم هذه ضرورة

يقتضي هذا التعليل قبولها في كل ضرورة، حضراً، وسقراً، وصية وغيرها، وهو متجه.

كما تقبل شهادة النساء في الحدود إذا اجتمعن في العرس، أو الحمام، ونص عليه

أحمد في رواية بكر بن محمد عن أبيه.

ونقل ابن صدقة في الرجل يوصي بأشياء لأقاربه ويعتق بعض عبيده ولا يحضره إلا

النساء، هل يجوز شهادتهن؟ قال: نعم، يجوز شهادتهن في الحقوق.

وعن أحمد في شهادة الكفار في كل موضع ضرورة غير المنصوص عليه روايتان، لكن

التحليف هنا لم يتعرضوا له فيمكن أن يقال: لا تحليف؛ لأنهم إنما يحلفون حيث تكون

شهادتهم بدلاً في التحمل، بخلاف ما إذا كانوا أصولاً قد علموا من غير تحمل.

(١) الكافي لابن قدامة ٥٢١/٤، المطبع ١٠/١٥٠، (إتصاف ٣٩/١٢).

(٢) للقي ١٨٠/١٠.

وقال أبو العباس في موضع آخر: ولو قيل: تقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عدم فيه المسلمون لكان وجهًا، وتكون شهادتهم بدلا مطلقًا.
وإذا قبلنا شهادة الكفارة في الوصية في السفر فلا يعتبر كونهم من أهل الكتاب وهو ظاهر القرآن^(١).

القول الثاني: عدم جواز شهادة الكافر على المسلم مطلقًا:
وهذا قول الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤).
ورواية عند الحنابلة^(٥).

سبب الخلاف في هذه المسألة:

سبب اختلاف العلماء في هذه المسألة هو اختلافهم في تأويل الآية الواردة في هذا الخصوص، وهي قوله ﷺ: **﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ أَحْرَانُ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْنَعْتُمْ مِثْلَ مَوْتِ﴾** ^(٦).
فمنهم من قال: معنى الشهادة هنا هي الشهادة في الوصية في السفر، ومنهم من قال: معنى الشهادة الحضور، أي حضور الوصي على الورثة من قولك شهدته إذا حضرته، وقيل: الشهادة في الآية اليمين، أي أيمان الوصية بالله إذا ارتاب الورثة بهما، كذلك اختلفوا في معنى (من غيركم) في الآية، فقيل: من غير ملتكم، وقيل: من غير قبيلتكم، وكذلك اختلفوا في الآية هل ثابتة أو منسوخة ... واختلاف الحكم مبني على الاختلاف على هذه الأمور السابقة في الآية^(٧).

(١) الاختيارات ص ٤٢٠.

(٢) المسبوط ١٦/١٣٤، بحر الرائق ٧/٩٤.

(٣) الإشراف للقاضي عيلالوياب ٢/٩٧٢، بداية المجتهد لابن رشد ٢/٤٤٧.

(٤) الأم للشافعي ٦/١٤٢، معني المحتاج ٥/٤٢٧.

(٥) ينظر: الإصناف ١٢/٥٠.

(٦) من آية ٦-٩ من سورة المائدة.

(٧) ينظر: أحكام القرآن ٤/١٥٩، بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٣٤٧، التقي ١٠/١٨٠.

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول القائلون بجواز شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم بما يلي:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَتَابِعُهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ إِنْسَانٍ ذُو عَدْلٍ قِسْكُمْ قَوَّامُونَ مِنْكُمْ أَوْ مَخْرَجِينَ مِنْكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصْبَحْتُمْ مَصِيبَةً لِمَوْتٍ﴾ (١).

وجه الدلالة: دلت الآية على جواز قبول شهادة الكفار على الوصية في السفر.

قال ابن قدامة: "وهذا نص الكتاب" (٢).

نوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن معنى قوله ﷻ في الآية: ﴿مِنْكُمْ﴾ أي: من غير عشيرتكم، وليس المقصود به من غير ملتكم، ومن فسرها بذلك سعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعبيدة، وسعيد بن جبير، والشعبي، وسليمان التيمي وغيرهم. وهذا لا تدل على جواز شهادة الكافر (٣).

وأجيب عن هذه المناقشة بأمور:

الأمر الأول: أن حمل الآية على هذا المعنى لا يصلح مطلقاً؛ لأن الآية نزلت في قصة عدي وقعيم - كما سيأتي - بلا خلاف بين المفسرين، ودلت على ذلك الأحاديث الموردة في هذا الخصوص (٤).

(١) من آية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٢) المعنى ١٨٠/١٠.

(٣) أحكام القرآن للخصاص ١٥٩/٤.

(٤) المعنى لابن قدامة ١٨١/١٠.

الأمر الثاني: أن حمل الآية على ذلك يحتاج إلى تقدير مضاف أي من غير قبيلتكم، والحذف نوع من المجاز، ويحتاج إلى قرينة ولا وجود لها.

الأمر الثالث: لو سلمنا لهم أن معنى الآية: (من غير عشيرتكم) لما وجبت الأيمان؛ لأن الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم^(١)، فدل على أن المقصود من غير المسلمين من أهل الكتاب^(٢).

الأمر الرابع: أنه مخالف لفعل الرسول ﷺ وصحابته .

الأمر الخامس: أن الخطاب في الآية للمؤمنين ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا...﴾، فكذلك الخطاب في قوله ﷺ: ﴿أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾ يعني غير المؤمنين، وغير المؤمنين هم الكفار، وليس في الآية ما يشير إلى كون الخطاب للقبيلة.

الأمر السادس: لو كان المراد آخرين من غير قبيلتهم لما قال ﷺ: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ﴾؛ لأن الشاهدين المسلمين لا يمين عليهما، فلما قال ﷺ: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ﴾ دل ذلك على أنهما غير المسلمين.

الوجه الثاني: أن الشهادة الواردة في الآية يقصد بها التحمل وليس الأداء^(٣)، وأجيب: بأنها لا تصح؛ لأنه أمر بإحلافهم، والتحمل ليس فيه أيمان كما هو معلوم^(٤).

الوجه الثالث: أن المقصود بالشهادة هنا - في الآية - أيمان الوصي على الورثة^(٥)، وقد أجيب: بأن حمل الشهادة على اليمين غير صحيح؛ لأمور:

(١) المصدر السابق.

(٢) اهملى لابن حزم ٤/٢٠٧.

(٣) المغني ١٠/١٨١.

(٤) انظر: المصدر السابق.

(٥) المغني ١٠/١٨١، أحكام الشهادات ص ٥٨.

الأول: أن الشهادة حقيقة في الشهادة بالحق عند الحاكم، كما في قوله ﷺ: ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(١)، وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(٢)، وقوله ﷺ: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾^(٣).
واللفظ محمول على حقيقته عند الإطلاق، ويؤيد إرادة الحقيقة هنا عدة أمور في نص الآية.

قوله ﷺ: ﴿إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ﴾^(٤) فإنه يبعد أن يكون المراد أماناً يسكنكم إذا حضر أحدكم الموت؛ لأن وقت حضور الموت ليس وقت أمان، وقوله ﷺ: ﴿وَأَعَدِّي مَنَاسِكَكُمْ أَوْ أَخْرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾^(٥) فإنه لو كان المراد بالشهادة اليمين، لم يقل أو أخران من غيركم؛ لأن حكم اليمين لا يختلف، وجد العدلان من المسلمين أو عدما.
وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا شَهَادَةَ اللَّهِ﴾^(٦) فإن الذي يمكن كتمانها هي الشهادة العرفية، وهي التي نهي الله عن كتمانها في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾^(٧)، وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا شَهَادَةَ اللَّهِ﴾^(٨) أما اليمين فهي أمر ظاهر موجود، لا يقال فيها لا تكتم اليمين.

وقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا شَهَادَةَ اللَّهِ﴾^(٩) فإن الشهادة الحقيقة هي التي

(١) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٢) من الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٤) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٥) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٦) من الآية ١٠٦ من سورة المائدة.

(٧) من الآية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٨) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٩) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

يؤتى بها على وجهها تارة، ومحرقة أو مزورة تارة أخرى، بخلاف اليمين لا يقال فيها أو يأتوا باليمين على وجهها.

وقوله ﷺ: ﴿أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَنٌ بَعْدَ أَيْمَنِهِمْ﴾^(١) فإنه يدل على أن المراد بالشهادة في قوله ﷺ: ﴿شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ﴾ هي الشهادة العرفية الحقيقية لا اليمين؛ لأنه لما أراد الله تعالى الحديث عن اليمين ذكرها بلفظها واسمها فقال ﷺ: ﴿أَنْ تُرَدَّ أَيْمَنٌ بَعْدَ أَيْمَنِهِمْ﴾^(٢) فدل ذلك على أن المراد بالشهادة هي الشهادة الحقيقية؛ لأن الله تعالى تص على الشهادة، ثم أعقبها بالعدالة -دوا عدل- واليمين لا يشترط فيها ذلك، ثم تص على أفعما الثمان، واليمين ليس كذلك^(٣)، ثم إن الشاهد المسلم لا يخلف.

الوجه الرابع: أن الآية منسوخة بقوله ﷺ: ﴿وَأَمْسِكْهُمْ وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾^(٤)، وليست محكمة^(٥)، وأجيب بأمور:

الأول: بأن الآية في سورة المائدة، وهذه السورة من آخر ما نزل من القرآن.

بدليل:

(٢٤٥) ما رواه الإمام أحمد من طريق أبي الزاهرية، عن جبير بن نفير قال دخلت على عائشة رضي الله عنها فقالت: هل تقرأ سورة المائدة؟ قال: قلت: نعم. قالت: "فإنها آخر سورة نزلت، فما وجدتم فيها من حلال فامسكوه، وما وجدتم فيها من حرام فحرموه".

(١) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ١٠٨ من سورة المائدة.

(٣) ينظر المصدر السابق.

(٤) من الآية ٢٨٩ من سورة البقرة.

(٥) ينظر: أحكام القرآن للحصص ١/١٦١.

ومأثنتها عن خلق رسول الله ﷺ؟ فقالت: "القرآن"^(١).

وقال أبو ميسرة: "في المائدة ثمان عشرة فريضة، وليس فيها منسوخ"، وقال الحسن: "لم ينسخ من المائدة شيء"^(٢).

قال ابن حزم: عقب إيراده لقول عائشة السابق "فبطل أنها منسوخة -أي الآية- وصح أنها محكمة"^(٣).

الثاني: ما قاله غير واحد من أن المائدة لم ينسخ منها شيء^(٤).

الثالث: أن دلالة آية المائدة على قبول شهادة الكفار بالوصية في حالة السعر دلالة بالمنطوق، وآية الدين في البقرة تدل على عدم القبول بالمفهوم، والمنطوق مقدم إذا تعارضاً، كما أن النسخ بمفهوم المخالفة لا يجوز عند جماعة من الأصوليين^(٥).

الرابع: أن آية المائدة خاصة في الوصية، وآية الدين عامة، وإذا تعارض الخاص والعام قدم الخاص على العام.

الخامس: أن آية الدين متأخرة، والعام المتأخر لا ينسخ المتقدم خلافاً للمحتنية^(٦).

السادس: أن النسخ لا يضار إليه إلا إذا تعدل الجمع بين الدليلين، وهو هنا ممكن

(١) المسند ١٨٨/٨. وأخرجه إسحاق بن راهوية في مسنده ١٩٥٦/٣، والسنائي في الكبرى ٣/٦، وأبو عبيدة في فضائل القرآن ٢٣٩، وفي الناسخ والمنسوخ ١٦٦، وابن النحاس في الناسخ والمنسوخ ٢٣٢/٢، والطبراني في مسند الشاميين ١٤٤/٣، والحاكم في مستدركه ٣١١/٢ ومن طريقه البيهقي في سننه الكبرى ١٧٢/٧، كلهم من طريق أبي الزاهرية حديث بن كريب؛ عن حماد بن عمار بن نضر... به. قال الحاكم: هذا الحديث صحيح على شروط الصحيحين ولم يخرجاه.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) المهمل ٤١٧/٩.

(٤) أحكام القرآن للخصاص ٤٩١/٢.

(٥) تقدم قريباً.

(٦) المهمل ٢٧٧/٢-٢١٤.

(٧) المرجع السابق ٢٧/٢.

يحمل العام على الخاص.

٢. ما رواه البخاري من طريق عبد الملك بن سعيد بن جبير، عن أبيه، عن ابن عباس رضي الله عنه قال: خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري، وعدي بن بداء، فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم، فلما قدما بتركته، فقدوا جاماً من فضة عوصاً من ذهب، «فأحلفهما رسول الله ﷺ»، ثم وجد الجام بمكة، فقالوا: ابتعدا من تميم وعدي، فقام رجلان من أوليائه، فحلفا لشهادتنا أحق من شهادتهما، وإن الجام لصاحبهم، قال: وفيهم نزلت هذه الآية: ﴿يَكْفُرُ الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةً بَيْنَهُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ﴾ (١). (٢)

وجه الدلالة من الحديث: أن الرسول ﷺ قبل شهادة أهل الكتاب على وصية المسلم في السفر، وقد كان تميم وعدي حينئذ على دين أهل الكتاب، كما دل ذلك رواية الترمذي، وفيها: (وكانا نصرانيين يختلفان إلى الشام قبل الإسلام) (٣).

(٢٤٩) ٣. ما رواه أبو داود من طريق زكريا، عن الشعبي أن رجلاً من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقاء هذه (٤)، ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته، فأشهد رجلين من أهل الكتاب، فقدموا الكوفة، فأتيا أبا موسى الأشعري، فأخبراه وقدما بتركته ووصيته، فقال الأشعري: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ، فأحلفهما بعد العصر بالله ما خانا ولا كذبا ولا بدلاً، ولا كتماً، ولا غيراً، وإنما لوصية الرجل وتركته، فأمضى شهادتهما (٥).

(١) سورة المائدة الآية ١٠٦.

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢١).

(٣) سنن الترمذي ٢٥٨/٥، باب: ومن سورة المائدة (٣٠-٥٩).

(٤) دقوقاء: هي مدينة بين إربل وبعقلاء لها ذكر في الأخبار والفتوح.

(٥) سنن أبي داود (٣٦٠، ٥). وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٣٦٠/٨ عن ابن جبير، وسعيد بن منصور في التفسير من

وجه الدلالة: دل هذا الدليل على أن شهادة الكافر على الوصية في السفر جائزة، وقد كان هذا هو المقرر لدى صحابة النبي ﷺ، فقد طبق ذلك أبو موسى الأشعري في هذا الدليل هذا الحكم، وأمضى شهادة الكافر على هذه الوصية، وذكر أنه متبع النبي ﷺ في ذلك، وأن هذه الواقعة كالتى وقعت في عهد النبي ﷺ؛ ولذلك قضى فيها بما قضى به رسول الله ﷺ.

(٢٤٧) ٤. ما رواه أبو عبيد من طريق ابن خزيمة، عن يزيد بن أبي حبيب، عن سلمة بن أبي سلمة، عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه قال: "أخرج رجل من المسلمين فمر

سنه ١٦٦٧/٤ عن هشيم، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٩٣/٤ عن وكيع، وأبو عبيد في النسخ والتسويح ١٥٨، وابن جرير في تفسيره ٦٨/٧ وفي ٧١/٧ قال: حدثنا عمرو بن علي، ثنا يحيى القطان، ووكيع في أخبار القضاة ١٨٢ من طريق إسماعيل بن أبي خالد، و١٨٣ من طريق قيس بن الربيع، وعبدالله بن الإمام أحمد في مسائل أبيه ٤٣٦، والخلال في أحكام أهل الملل ١٣٨، والدارقطني في سننه ١٦٦/٤، والقسوي في المعرفة والتاريخ ٣٨٨/٣ ومن طريقه الحاكم في مستدركه ٣١٤/٢، والبيهقي في سننه الكبرى ١٦٥/١٠ من طريق عبد الله بن عمرو، وابن حزم في المحلى ٤٩٣/٨.

سنتهم (هشيم بن بشير، وسفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، ويحيى القطان، وقيس بن الربيع، وعبد الله بن عمرو) عن زكريا بن أبي زائدة عن الشعبي ... به. وليس عند عبد الرزاق، وابن أبي شيبة وعبدالله بن الإمام أحمد قول أبي موسى: هذا أمر لم يكن بعد الذي كان في عهد رسول الله ﷺ.

وأخرجه يعقوب بن سفيان القسوي، ووكيع في أخبار القضاة، والخلال، والدارقطني، والحاكم والبرزوقي بواسطة الطرق المحكمة من ١٨٣ كلهم من طريق يحيى بن يعلى عن أبيه عن غيلان بن جامع عن إسماعيل ... به
نحو رواية السنة. وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. وقال ابن كثير في التفسير ١١٧/٢: "إسناده صحيح إلى الشعبي". وقال الحافظ ابن حجر في الفتح ٥٧٧/٥: "وضح عن أبي موسى الأشعري ... فروى أبو داود بإسناد رجاله ثقات عن الشعبي ...".

واحتج الإمام أحمد بهذا الأثر قال: وقد أجاز أبو موسى الأشعري شهادة قهما في السفر على الوصية، فلا يجوز شهادتهما إلا في هذا الموضع -تفلي ذلك إسحاق بن منصور الكوسج ٤١٢٩/٨ وعبدالله بن الإمام أحمد في مسأله ٤٣٥، وابن حبان ٣٧/٢، والخلال في أحكام أهل الملل ١٣٩، ومسائل صالح بن الإمام أحمد ٢١٨/٢، وقذيف الأوبة ٨٥٣/٢ لابن حامد، واحتج به -أيضا- إسحاق بن رابعة كما في مسائل إسحاق بن منصور الكوسج ٤١٣١/٨.

بقريّة، فعرض ومعه رجلان من المسلمين، فدفع إليهما ماله، ثم قال: ادعوا لي من أشهد على ما قبضتما، فلم يجدوا أحداً من المسلمين في تلك القرية، قال: فدعوا ناساً من اليهود، فأشهدهم على ما دفع إليهما، ثم إن المسلمين قدما بالمال إلى أهله، فقالوا: قد كان معه من المال أكثر مما آتيتونا به قال: فاستحلفوهما بالله ما دفع إليهما غير هذا، ثم قدم ناس من اليهود والنصارى فسألهم أهل المتوفى، فأخبروهم أنه هلك بقريتهم وترك كذا وكذا من المال، فعلم أهل المتوفى أن قد عثروا على أن المسلمين قد استحقوا إثماً، فانطلقوا إلى ابن مسعود، فأخبروه بالذي كان من أمرهم، فقال ابن مسعود: ما من كتاب الله ﷻ من شيء إلا قد جاء على إدلاله، إلا هذه الآية، قالوا: حين جاء تأويلها، «فأمر المسلمين أن يحلفوا بالله لا تشتري به لنا ولو كان ذا قربي، ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الأثمين، ثم أمر اليهود والنصارى أن يحلفوا بالله لقد ترك من المال كذا وكذا، ولشهادتنا أحق من شهادة هذين المسلمين، وما اعتدنا إنا إذا لمن الظالمين، ثم أمر أهل المتوفى أن يحلفوا بالله: أن ما شهدت به اليهود والنصارى حق فحلفوا، فأمرهم ابن مسعود أن يأخذوا من المسلمين ما شهدت به اليهود والنصارى، قال: وكان ذلك في خلافة عثمان بن عفان ؓ»^(١).

وجه الدلالة: كدلالة الدليل السابق، وفيهما دلالة على أنه لم يعلم هذين الصحابين الجليلين مخالف.

قال ابن قدامة: «فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله، وقضاء رسول الله، وقضاء الصحابة به، وعملهم بما ثبت في الكتاب والسنة»^(٢).

(١) أخرجه أبو عبيد في التامع والمسنوع ص ١٥٦ رقم: ٢٨٩. وإسناده ضعيف، فيه ابن أبي ليعة احتلط في حقه، وسلمة لم يسمع من ابن مسعود.

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/١٨١.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب القائلين بعدم جواز شهادة الكافر على المسلم مطلقاً بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾^(١).

وجه الدلالة من وجهين:

الأول: قوله ﷺ: ﴿مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ والخطاب فيه للمسلمين قطعاً؛ لقوله ﷺ أول الآية: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَسْتُمْ بَيْنَ يَدَيْكُمْ﴾ يدل بمفهومه أن غير المسلمين لا تقبل شهادتهم إذا أشهدوا.

والثاني: قوله: ﴿رَضَوْنَ مِنَ الشَّهَادَةِ﴾ فإنه يدل بمفهومه - أيضاً - على عدم قبول شهادة الكفار؛ لأنهم ممن لا يرضون في الشهادة. والآية عامة في الشهادة بالوصية وغيرها.

٢. قوله ﷺ: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٢) وهو مثل الآية الأولى، يدل على عدم قبول الكفار في الشهادة بمفهوم الخطاب في قوله ﷺ: ﴿مِّنْكُمْ﴾؛ لأن الكفار ليسوا من المسلمين.

٣. قوله ﷺ: ﴿إِنْ جَاءَكَ فَاسِقٌ مِّنْ أَهْلِكَ فَصَبْرٌ غَيْرُ لَاحٍ عَلَيْهِ﴾^(٣) وهو عام في كل نساء من وصية وغيرها؛ لأنه نكرة في سياق الشرط فتعم، كما أنه عام في كل فاسق؛ لأنه نكرة في سياق الشرط، فتعم الكافر وغيره.

ونوقش هذا العموم: بأنه مخصوص بأدلة القول الأول.

(١) من الآية ٢٨٩ من سورة البقرة.

(٢) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٣) من الآية ٦ من سورة الحجرات.

٤. أن الكافر لا تقبل شهادته على غير الوصية بالإجماع، فكذلك الوصية لا تقبل شهادته فيها؛ إذ لا فرق^(١).

٥. أن الفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر من باب أول^(٢).
ونوقش هذان الدليлан: بأن المخالفين يوافقون على ما فيهما، وأن الكافر لا تقبل شهادته على المسلم، وهذا هو الأصل الذي تنفق فيه معكم، إلا أن هذا الأصل يستثنى منه حالة واحدة وهي مسألتنا هذه، فنقبل شهادة الكافر على وصية المسلم في السفر إذا لم يوجد غيره^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - صحة شهادة الكافر على وصية المسلم حال الضرورة في السفر والحضر؛ لقوة دليله.

المطلب العاشر: شهادة الموصى له بالوصية له ولغيره، وشهادة الشهود بعضهم

لبعض بالوصية، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: الوصية المكتوبة:

ويقصد بها أن الموصى كتب وصيته في وثيقة ذكر فيها ما أوصى به لكل واحد من الموصى لهم، أو أشركهم فيها، وأشهد على وصيته أحد الموصى لهم أو اثنين من الموصى لهم، فالشاهد على الوصية، أو الشاهدان من جملة الموصى لهم.

وقد اختلف الفقهاء في قبول هذه الشهادة وردّها:

أولاً: إذا كان تصيب الشاهد لا يتجاوز ثلث الوصية.

(١) المعنى لابن قدامة ١٠/١٨١.

(٢) المعنى لابن قدامة ١٠/١٨١.

(٣) ينظر: المعنى لابن حزم ٤٠٦/٩.

فهناك أربعة أقوال^(١):

القول الأول: أنها شهادة مردودة، ولا تثبت بها وصية:

وهو رواية عن مالك.

وحجته: اتهم الشاهد بجر النفع لنفسه، وشهادة المتهم لا تجوز، وإذا بطلت في حق نفسه بطلت في حق غيره؛ لأن الشهادة إذا رد بعضها للثمة رد باقيها، وبطلت كلها.

القول الثاني: أن الشهادة جائزة للشاهد وغيره:

ثم إن كان الشاهد وحده يشهد بالوصية خلف معه الموصى لهم، واستحقوا الوصية ويأخذ الشاهد حقه في الوصية بشهادته، ويمين شركائه ولا يمين عليه.

أما إذا كان مع هذا الشاهد شاهد آخر يشهد معه بالوصية، فإن كان هذا الثاني لا حق له في الوصية، فإن الموصى لهم يستحقون الوصية بدون يمين؛ لقيام شاهدين بالوصية، ويدخل معهم الشاهد الموصى له، فيأخذ حقه بدون يمين، وإن كان الشاهد الثاني له نصيب تافه -أيضاً-، فإن الوصية تثبت بشهادتهما معاً، ويستحق الموصى لهم وصاياهم، ويأخذ الشاهدان نصيبهما في الوصية بلا يمين -أيضاً- تبعاً لغيرهم من الموصى لهم.

وهو رواية مطرف عن مالك، وقول لابن القاسم^(٢).

وحجته: بأن الشاهد في حيز التبع لحملة الوصية لتفاعة نصيبه في الوصية.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه قد يكون نصيبه في وصية ثلثاء وقد تكون الوصية بالثلث، فيكون له ثلث الثلث وهو كثير.

الوجه الثاني: استحقاقه نصيبه بشهادته، والمرء لا يشهد لنفسه، وأخذ له بدون يمين.

(١) ملدونة ٨٧/٤، حاشية الزهوي ١٩٤/٧، ١٩٥، النصرة ٢٧٣/١، ٢٧٢، الوصايا والتزويل ص ٥٠٩.

(٢) المصادر السابقة.

بل بمجرد الدعوى دون شاهد يشهد له، ودون يمين منه.

القول الثالث: أن شهادته لنفسه باطلة لا تجوز، وشهادته لغيره جائزة:

فإن كان وحده حلف الموصى لهم مع شهادته، واستحقوا وصاياهم وحدهم، ولا شيء للشاهد الموصى له مما سماه له الموصى.

وإن كان مع هذا الشاهد شاهد آخر له نصيب يسير في الوصية تثبت الوصية بشهادتهما معًا، ويستحق الموصى لهم وصاياهم بدون يمين وحلف الشاهدان، واستحقا وصيتهما؛ لأن كل واحد منهما يشهد لآخر، فيحلف مع شاهده ويستحق بناء على قبول شهادة الشهود بعضهم لبعض، وهو أحد قولين كما يأتي، وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية المشهود بها، فإن الموصى لهم يأخذون وصاياهم بدون يمين؛ لقيام شاهدين لهم بالوصية، ويحلف الشاهد الموصى له مع شهادة صاحبه ويستحق وصيته. وهو قول ابن الماجشون.

القول الرابع: أن الشهادة جائزة له ولغيره إذا كان معه شاهد آخر:

فتثبت الوصية بشهادتهما، وتأخذ حقه بدون يمين، وكذلك صاحبه إذا كان له فيها نصيب يأخذه بدون يمين - أيضًا -.

وإن لم يكن معه شاهد آخر جازت شهادته لغيره، فيحلف ويستحق وصيته، ولا شيء للمشاهد؛ لرد شهادته في حق نصيبه.

بناء على أن الشهادة إذا رد بعضها للثمة جاز ما لا ثمة فيه.

وهو قول يحيى بن سعيد^(١).

المسألة الثانية: الوصية اللفظية:

وهي التي يشهد الموصى على وصيته لفظًا بغير كتاب يكتبه، كأن يقول أوصيت لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وهو الشاهد على الوصية، أو أحد الشهود الذين أشهدهم

عليها، وإن كتبوها بعد ذلك.

وتتنوع إلى نوعين: فقد يكون نصيب الشاهد فيها قليلاً، وقد يكون كثيراً^(١).

فإن كان كثيراً فلا تجوز شهادته لنفسه، وتجوز لغيره، فإن كان وحده حلف الموصي لهم واستحقوا وصيتهم دونه، وإن كان معه غيره ممن يشهد لنفسه بيسير ثبتت الوصية لغيرهم، واستحقوها بدون يمين لقيام الشاهدين بالوصية لهم، ويحلف كل واحد من الشاهدين ويستحق وصيته، وإن كان معه شاهد لا شيء له في الوصية استحق الموصي لهم وصاياهم بدون يمين، وحلف الشاهد مع الشاهد الآخر واستحق وصيته وخرج ابن رشد: قولاً بعدم قبول شهادته لنفسه ولا لغيره^(٢).

وإن كان نصيب الشاهد في الوصية قليلاً قبلت شهادته لغيره، وردت شهادته لنفسه^(٣).

كما أنه إذا كانت الوصية مكتوبة بخط الشاهد، أو كانت وصية الشاهد في كتاب ووصية غيره في كتاب آخر، وشهد الشاهد بالوصيتين له ولغيره، فإنها لا تقبل شهادة لنفسه، وتقبل لغيره مطلقاً^(٤).

كان ما شهد به لنفسه قليلاً أو كثيراً؛ لاستقلال كل وصية بنفسها، بخلاف ما كتب في كتاب واحد فيه الوصية للشاهد وغيره، فإنها وصية واحدة تثبت بشاهد واحد نظراً للموصي لهم غير الشاهد، فإذا حلقوا واستحقوا الوصية دخل معهم الشاهد بالبيع على القول بقبول شهادته لنفسه وغيره؛ لضعف التهمة.

والفرق بين الوصية وغيرها حيث لا تقبل شهادته لنفسه وغيره بغير الوصية هو الضرورة، فإن

(١) انظر: النصرية ١/٢٧٣.

(٢) الرموي ١٩٥/٧.

(٣) انظر: الرافعي ١٦٩/٧.

(٤) المصدر السابق.

لميت الموصي قد يخشى معالجة الموت، ولا يجد غير الموصي له فيوصي له ولغيره ويشهد على الوصية، بخلاف غير الموصي، فلا ضرورة تدعوه لإشهاد صاحب الحق على حقه مع غيره.

المسألة الثالثة: شهادة الشهود بعضهم لبعض بالوصية:

مثل أن يشهد عمرو أن الميت أوصى لخالد بمال، ويشهد خالد أن نفس الميت أوصى لعمرو بمال -أيضاً-، أو يشهد الثناي للاثين ويشهد المشهود هما للشاهدين أو لأحدهما على نفس الميت بوصية لمال بمال، إذا كانت الوصيتان بغير كتاب، أو كانت وصية كل واحد في كتاب.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على أقوال ثلاثة^(١):

الأول: قبول الشهادتين وثبوت الوصية بما بدون يمين في حالة شهادة الشاهدين لمثلهما، والعكس، وإذا شهد كل شاهد لمثله، فإن كل واحد من الشاهدين يختلف مع شاهده، ويستحق وصيته، سواء كانت شهادة كل منهما للآخر في مجلس أو مجلسين.

القول الثاني: لا تجوز شهادتهما مطلقاً، ولو كانت في مجالس متفرقة:

وهو أحد قولي سحنون، واختاره اللخمي.

القول الثالث: الفرق بين أن تكون الشهادتان في مجلس واحد فترد، أو في مجلس

بعد آخر فتقبلان:

وحجة القول بالجواز مطلقاً: عسوم أدلة القضاء بشهادة العدل والعدلين في حديث

البيته على المدعي،

(٢٤٨) لما روى البخاري ومسلم من طريق منصور، عن أبي وائل، قال: قال عبدالله

رضي الله عنه: من حلف على يمين يستحق بها مالا وهو فيها لاجر، لقي الله وهو عليه

غضبان، فأنزل الله تصديق ذلك: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْرُونَ عَهْدَ اللَّهِ وَأَيْمَانَهُمْ

(١) انظر: الرموني ٣٩٣/٧، القصرة ٢٧٢/١، الوصايا والتمثيل ص ٥٥٣.

ثَمَنًا قَلِيلًا ﴿١﴾ فَقَرَأَ إِلَى ﴿٢﴾ وَلَكُهُ عَذَابُ أَلِيمٍ ﴿٣﴾، ثُمَّ إِنَّ الْأَشْعَثَ بْنَ قَيْسٍ خَرَجَ إِلَيْنَا، فَقَالَ مَا يَجِدُكُمْ أَبُو عَبْدِ الرَّحْمَنِ؟ قَالَ: فَحَدَّثْنَاهُ، قَالَ: فَقَالَ: صَدَقَ، لَفِي وَاللهِ أَنْزَلْتُ، كَانَتْ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ فِي بَيْتِي، فَاخْتَصَمْنَا إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»^(١).

وَحَدِيثُ الْقَضَاءِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ^(٢)، وَغَيْرَ ذَلِكَ، فَإِنَّمَا تُشْمَلُ شَهَادَةُ الشَّاهِدِ لغير من شهد له، وَلَمْ يَشْهَدْ لَهُ.

وحجة من قال بردها مطلقاً: تحمة تواطؤ الشاهدين على أن يشهد كل واحد منهما للآخر للوصول إلى مبتغاه من الحصول على الوصية، فيكون من باب اشهد لي وأشهد لك. وأما من فرق بين الشهادة في مجلس أو مجلسين: فرأى أن التهمة قوية إذا كانت الشهادتان في مجلس واحد، بخلاف ما لو شهد أحدهما بوصية لشخص في مجلس، ثم قام الشاهد يدعي وصية فشهد له الموصى له الأول المشهود له من طرف الشاهد، فإن تحمة التواطؤ ضعيفة فلا ترد بها الشهادة.

وهذا قول ابن القاسم ومن معه، وهو الأرجح عند المالكية.

المطلب الحادي عشر: ثبوت الوصية عن طريق شهادة السامع.

تمهيد:

الأصل في الشهادة لإثبات الحق أنه يشترط فيها لصحة تحملها مشاهدة الشاهد للأمر المشهود به، ويشترط لصحة الأداء سبق دعوى، غير أن الشهادة لإثبات الوصية استثنيت من هذين الشرطين فقبل الفقهاء شهادة السامع استثناء من شروط التحمل،

(١) من الآية ٧٧ من سورة آل عمران.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الزعم، باب إذا اختلف الزاعم والمقرن (٢٣٨٠)، ومسلم، كتاب الإيمان، باب وعيد من القطع مال حق مسلم يمين فاجرة (٣٧٣).

(٣) تقدم تحريره برقم (٢٤٤).

وقبلوا فيه شهادة الحسبة استثناء من شروط الأداء^(١):

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: معنى شهادة السماع:

قال ابن عروة المالكي: "شهادة السماع" لقب لما يصرح الشاهد فيه بإسناد شهادته لسماع غير معين.

ويقول عنها بعض الحنفية: الشهرة الشرعية، فشر ابن عبدالحكم الاستفاضة بأنها خير جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب عادة وإن كان فيهم عبيد ونساء^(٢).

فقوله: بإسناد شهادة لسماع: تخرج شهادة البت، وهي شهادة الشاهد الأصيل الذي سمع المشهود به، أو رآه بنفسه.

ويقوله: من غير معين: تخرج شهادة النقل، وهي: الشهادة على الشهادة؛ لأن المنقول عنه في الشهادة على الشهادة معين^(٣).

المسألة الثانية: مشروعيتها:

الأصل أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أي لم يقطع به من جهة المعاينة أو السماع بنفسه^(٤)؛ لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا شَهَادَةً عَلَيْكُمْ إِلَّا بِمَا سَمِعْتُمْ وَأَلْقَوْا كُلُّ

أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولٌ ۖ﴾^(٥).

ولقوله ﷺ: ﴿إِلَّا مَنِ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ ۖ﴾^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين (٤/٢٠٩)، الخطيب (٦/١٦٥)، النهاية للزملي (٨/٣٠٦)، البحوي على العزدي.

(٢) (٢/٣٦٣)، أحكام الشهادات ص ٥٦٤.

(٣) مواهب الجليل ٦/٣٩٦.

(٤) شرح العزدي على مختصر خليل ٧/٩١٠، شرح ميارة على تحفة الحكام ١/١٨٥، مواهب الجليل ٦/١٩٢.

(٥) طرق الإثبات الشرعية لأحمد إبراهيم ص ١١٥.

(٦) آية ٣٦ من سورة الأنعام.

(٧) من آية ٨٦ من سورة الزخرف.

ولأن الشهادة مشتقة من المشاهدة ولا يتحقق العلم إلا بالمشاهدة والعيان، فلا يحصل العلم إلا بمعينة السبب، أو بالخبر المتواتر، ولذا فإنها لا تجوز الشهادة بالتسامع، إلا أن هناك أمورًا تختص بمعينة أسبابها خواص الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون، وانقراض الأعصار لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مدفوع شرعاً.

المسألة الثالثة: مراتبها:

قال ابن رشد: شهادة السماع لها ثلاث مراتب:

المرتبة الأولى: تفيد العلم، وهي المعبر عنها بالتواتر، كالسماع بأن مكة موجودة ومصر ونحو ذلك، فهذه إذا حصلت كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية وغيرها مما يفيد العلم.

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة، وهي تفيد ظناً قوياً يقرب من القطع ويرتفع عن شهادة السماع، مثل: أن يشهد أن نافعا مولى ابن عمر رضي الله عنهم، وأن عبدالرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك، فيجوز الاستناد إليها، ومنها إذا روي الحلال رؤية مستفيضة ورآه الجم الغفير من أهل البلد، وشاع أمره فيهم لزوم الصوم أو الفطر من رآه ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل، قاله الطرطوسي.

المرتبة الثالثة: شهادة السماع، وهي التي يقصد الفقهاء الكلام عليها، وصفتها: أن يقولوا سمعنا سماعاً قاشياً من أهل العدل وغيرهم، وقال محمد: "يقولون: إنا لم نزل نسمع من الثقات"، وقال مطرف وابن الماجشون: "يقولون: سمعنا قاشياً من أهل العدل"، وهذه الشهادة تفيد ظناً دون شهادة الاستفاضة، وأجازها الفقهاء -رحمهم الله- للضرورة.

المسألة الرابعة: العدد المعتبر في شهادة السماع:

القول الأول: أنه لا بد من عدد يستحيل تواطؤهم على الكذب:

وبهذا قال جمهور الفقهاء^(١).

(١) غاية المحتاج ٣١٩/٨، مغني المحتاج ٤/٤٩٩، تبصرة الحكام ١/٣٤٧، فتح القادر ٣٨٩/٧ و٣٩٠، المغني

القول الثاني: أن المراد بالتسامع حصول الشهرة ولو بخبر عدلين، أو رجل وامرأتين بحيث يحصل للمشاهد من خبرهم نوع علم:

وفي هذه الحالة يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة؛ لأنها توجب زيادة علم لا يوجبها لفظ الخبر؛ ولأن الحقوق تثبت بقول اثنين.

وبهذا قال: أبو يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية. والمتأخرون من أصحاب الشافعي^(١).

المسألة الخامسة: الشهادة في التسامع على الوصية:

واختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت الوصية بالتسامع على قولين:

القول الأول: عدم ثبوت الوصية بالتسامع:

وهو قول جمهور أهل العلم^(٢).

القول الثاني: ثبوت الوصية بالتسامع:

وبه قال القرافي وابن العربي ومن معهما، فحمل ابن غاري ذلك على الإيصاء بالنظر وتبعه جماعة، فأفتوا بعدم ثبوت الوصية المالية بشهادة السماع^(٣).

شرح

إذا لم يكن لمدعي الوصية بينة، فإنه لا يخلف الورثة إلا أن يكون الموصى به في يد مدعي الوصية^(٤).

١/٦٦٠ و ١٦٦١، الإحصاف ١٢/١٣، المحرر في الفقه ومعه التكملة والفوائد السنية ٢/٢٤٥.

(١) فتح القدير ٧/٣٨٨ و ٣٩٠، تبيين الحقائق ٤/٣١٥، طرق الإثبات في الشريعة لأحمد إبراهيم ص ١١٩، المغني

٩/١٦٢، معنى الاحتجاج ٤/٤٤٩، أدب القضاة لابن أبي الدم ص ٣٣٥ و ٣٣٦.

(٢) لمبسوط ١٩/١٥٠، تبيين الحقائق ٤/٢١٦، البحر الرائق ٧/٧٢، فتح القدير ٧/٣٩٢ و ٣٩٣، الأصول القضائية

ص ١٦٠، مجمع الأنهر ٢/١٦١، نزهة الحكام ٤/٣٢٣، معنى الاحتجاج ٤/٤٤٨، شرح المغني مع فلولي وعمدة

٤/٣٢٨، أدب القضاء ٦/٤٠٣، المغني ٩/١٦١، كشف القناع ٦/٤٠٣، الإحصاف ١١/١١.

(٣) انظر: مواهب الخلاف ٤/٣٠٦، البهجة ٤/١٣١.

(٤) انظر: تحفة من قاسم بشرح البهجة ١/١٥٧، ١٥٨، للغيار ٩/١٥٧ و ١٥٨.

المبحث الثاني

في الإقرار بالوصية

الإقرار في اللغة:

الاعتراف^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء:

قول يوجب حقاً على قائله^(٢).

والمقصود هنا إقرار الورثة أو بعضهم بأن مورثهم أوصى في حياته قبل موته بشيء ما.

وفيه مطالب:

المطلب الأول: إقرار الوارث بموصى له واحد:

وهو يختلف بحسب المقر، فإن كان محجوراً عليه لفسه أو لأصغر، كان إقراره باطلاً لا أثر له، لا يلزمه به شيء، ولا يلزم باقي الورثة شيء -أيضاً-، أما عدم لزوم الإقرار له؛ فلائنه محجور ومن شروط المقر التكليف وعدم الحجر، وأما عدم لزوم شيء للورثة فلائن شهادته باطلة؛ لأن من شروط الشهادة الرشد على المشهور المعمول به.

وإن كان رشيداً لا حجب عليه لزمه إقراره مطلقاً، ذكرًا كان أو أنثى، واحدًا أو أكثر، فإذا لم يكن مع المقر وارث، فإن الموصى له يأخذ جميع الوصية بدون محن لعدم المنازع.

وإن كان معه وارث منكر لزم المقر من الوصية بقدر ما يتوبه فيها من الميراث، فإذا كانت الوصية بالثلث، لزمه ثلث ما يتوبه، وإن كانت بالربع لزمه ربع نصيبه، وهكذا، ولا يلزم غيره من الورثة المتكرين إذا كان المقر غير عدل لإنكارهم وبطلان شهادة المقر عليهم عدم عدائته.

فإن كان المقر عدلاً واحدًا رجلًا، فهناك قولان:

الأول: مذهب المالكية، وقياس قول الشافعية، والحنابلة: أن الموصى له يخلف،

(١) الكليات ١/١٤١ و ٢/٦٥، مفردات الرافعي ص ٢٩٧ و ٦٠٠.

(٢) معجم لغة الفقهاء، ١/٤٨.

ويستحق وصيته.

الثاني: للحنفية رد شهادة الوارث وعدم القضاء بها.

ومعنى الخلاف هنا: الخلاف السابق في القضاء بالشاهد واليمين، فمن رأى القضاء به قال: بثبوتها بإقرار العدل الواحد؛ لأنه مقرر على نفسه، وشاهد على غيره، ومن منع القضاء بالشاهد واليمين قال: بعدم ثبوتها بإقرار العدل الواحد من الورثة، ويلزمه نصيبه فقط^(١).

بخلاف ما لو كان المقر اثنين من الورثة رجلين عدلين، فإن الوصية تثبت بإقرارهما على أنفسهما، وشهادتهما^(٢).

وإن كان المقر امرأة واحدة فيلزمها الإقرار في نصيبها، ولا تثبت بها الوصية، ولو كانت وصية كما سبق، بخلاف إقرار امرأتين عدلين فيجري فيهما الخلاف السابق في شهادة النساء بالوصية^(٣).

المطلب الثاني: إقرار الوارث بالوصية، ثم الإقرار بها لآخر بدل الأول.

وصورتها: أن يشهد اثنان من الورثة أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، ثم يرجعا عنه ويشهدا أنه أوصى به لشخص آخر، وأنهما أخطأ في الأول، وقد اختلف فيها:

فقال المالكية: إن كان رجوعهما قبل دفعها للأول قضى بها للثاني وبطل إقرارهما للأول، وإن كان بعد دفعها للأول فإنها لا تنزع منه ويعرمان للثاني مثلها؛ لاعتماقهما بأن الوصية له، ولا يصدقان على الأول؛ لاتهامهما بدفع الضمان على أنفسهما^(٤).

(١) المدونة ٤/٢٨٩، ٢٩١، لفتي ٦/٦٥.

(٢) الدخوة ٧/١٠٥.

(٣) المدونة ٤/٢٨٩.

(٤) الدخوة ٧/٤٦.

وقال الحنفية: إذا كان الإقرار الثاني متصلاً بالأول قسم بينهما نصفين، وإن أقر لفلان ثم قال بعد ذلك لفلان، أو قال لفلان، بل فلان فهي للأول في الوجهين لثبوتها له بالإقرار الأول.

وإن كان إقراره للثاني بعد دفعها للأول فهي للأول، ويضمن مثلها للثاني، إلا يكون دفعها للأول بحكم قاض فلا ضمان عليه للثاني^(١).

وقال ابن قدامة: "وإن أقر به لواحد، ثم أقر به لآخر في مجلس آخر، لم يقبل إقراره؛ لأنه ثبت للأول بإقراره، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول، إلا أن يكون عدلاً، فيشهد بذلك، ويخلف معه المقر له، فيشاركه، كما لو ثبت للأول ببينة وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل، ففيه وجهان:

الوجه الأول: لا يقبل؛ لأن حق الأول ثبت في الجميع، فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر.

الوجه الثاني: يقبل؛ لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة"^(٢)
والأقرب:

الرجوع إلى القرائن.

المطلب الثالث: إقرار بعض الورثة لغير من أقر له الآخر:

ومثاله: ما لو أقر أحد الابنين أن أباه أوصى بالثلث أو بداره لفلان، ويقر الابن الآخر بأن أباه أوصى بذلك لشخص آخر غير الذي سماه أخوه.

والحكم فيها: أن يخلف كل واحد من الموصي لهما ويشارك في الوصية إذا كان الوارثان المقران عدلين، فإن حلف أحدهما وتكل الآخر أخذ الوصية الحالف وحده، ولا رجوع للمساكن بشيء على من أقر له بالثلث؛ لأن الوصية في الثلث لم يبق منه شيء.

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٠٧.

(٢) المغني ٦/٦٥.

فإن نكل المقر لهما عن اليمين، أو كان الوالدان المقران غير عدلين أعطى كل واحد من الولدين ثلث ما بيده لمن أقر له بالوصية بالثلث مواخذة له بإقراره.
فإن رجعا بعد الحكم وأقرا أن الذي أقر به أخوه حق، فإن المقر لهما يرجع كل واحد منهما على من أنكر وصيته بثلث ما في يده؛ لاعترافه بإتلاف ذلك عليه بإنكاره حقه في الوصية^(١).

المطلب الرابع: تعارض الشهادة والإقرار:

والحكم فيها مختلف باختلاف الوارث المقر. فإن كان المقر اثنين عدلين وشهدا أن أباهما أوصى بالثلث لفلان، وشهدت البيعة لشخص آخر أنه أوصى له بالثلث، فإنه يعمل بالحجتين معاً، ويقسم بينهما إذا كان ذلك في موطنين مختلفين؛ لإمكان كونه وصى به مرتين.

وإن كان في موطن واحد، فهو تكاذب يحكم بأعدل البيتين، وإن كان المردود شهادتهما الوارثين الولدين لم يكن للمقر له الرجوع عليهما بشيء.

واختلف إذا كانت البيتان متكافئتين:

فقال ابن القاسم: يسقطان ويصدق الورثة لمن أقروا له.

وقيل: يحلفان ويقسم بينهما.

ومنشأ الخلاف بينهما هنا: هو الخلاف المشهور فيمن ادعى شيئاً بيد رجل ثالث وتكافأت البيتان، لمن يقضى به؟ فمن قال: يقضى به لمن هو في يده، أو لمن يقر له به، قال: يقضى به هنا لمن أقر به الورثة؛ لأنه في أيديهم، وقد أقروا به لمن شهدوا له به.
ومن قال: لا يكون لمن هو في يده لاتفاق البيتين على أنه ليس له، وأنهما يحلفان ويقسم بينهما، قال هنا: يحلفان ويقسم بينهما لاتفاق البيتين على إخراجهم من مال الميت.

وكذلك اختلف إذا شهد الوارثان بالوصية لشخص بتعين يساوي الثلث، وشهد أحبيان بوصيته بالثلث لشخص آخر، والوارثان غير عدلين، أو يتهمان. فقال ابن القاسم: يخرج الثلث بشهادة الأحنبيين، ويلزم الوارثين دفع المعين للموصى له به، بإقرارهما أنه له.

وقال أشهب: يلزمهما ثلثه فقط مؤاخذه لهم بإقرارهما في الباقي، واعتبار الثلث المقضي به بشهادة البيعة، كأنه جالحة أصابت المال.

وقال الحنفية: ولو أقرّ الوارث أن أياه أوصى بالثلث لفلان وشهدت الشهود أنه أوصى بالثلث لآخر كان الثلث كله للمعهود له ولا يكون للذي أقرّ له الوارث.

وقال الحنابلة: إن كان المقر ليس بعدل أو كان امرأة فالثلث لمن شهدت له البيعة؛ لأن وصيته ثابتة ولم تثبت وصية من أقر له الوارث^(١).

وإن كان الوارث المقر رجلاً عاقلاً عدلاً وشهد بالوصية بالثلث لفلان، وأقام غيره شاهدين أنه أوصى له به، فإن المقر له يحلف مع شهادة الوارث العدل، ويشترك مع من شهدت له البيعة بالثلث، بناء على ثبوت الوصية بالشاهد واليمين أخذًا بحديث أنه ﷺ: "قضى بالشاهد واليمين"^(٢).

واختلف: إذا شهد عدلان لشخص بثلث، وشهد عدل آخر لشخص ثان بثلث. فقيل: يتعارضان، فيحلف الثاني مع شاهدهم، ويقسم الثلث بينهما؛ لأن الشاهد واليمين حجة في الأموال.

وقيل: تقدم شهادة العدلين على شهادة العدل، ويقضى بالثلث لمن شهدا له، والله أعلم^(٣).

(١) المعنى مع الشرح الكبير ٦/٦٥، الوصايا والتبريل ص ٥٥٦.

(٢) تقدم ترجمته برقم (٢٤٤).

(٣) المصادر السابقة.

المبحث الثالث

ثبوت الوصية بالخط والكتابة

تقدم بحث هذه المسألة في الحديث عن صيغة الوصية.

الفصل الثاني

شروط الموصين، وأدلتها، وحكمها

وفيه مباحث:

المبحث الأول: المراد بشروط الموصين.

المبحث الثاني: أدلتها، وحكمها.

المبحث الثالث: قواعد في شروط الموصين.

المبحث الرابع: حكم تغيير شرط الموصي، وأقسامه.

الفصل الثاني

شروط الموصين، وأدلتها، وحكمها

وفيه مباحث:

المبحث الأول

المراد بشروط الموصين

الشرط في اللغة:

هو إلزام شيء والتزامه في البيع ونحوه كالشرطة، والجمع شروط، وفي المثل: الشرط أملك، عليك أم لك.

والشرط بفتح الشين المشددة وفتح الراء: العلامة، يجمع على أشراط، ومنه أشرط

الساعة أي علاماتها، قال رحمه الله: ﴿فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا﴾ (١).

وفي الاصطلاح:

ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته (٢).

والمراد بشروط الموصين اصطلاحاً:

ما يشترطه الموصي في وصيته، مما فيه مصلحة.

(١) القاموس المحيط ٣٨١/٢، الصحاح ١١٣٦/٣.

(٢) الفروق ٦٠/١، شرح تنقيح الفصول ص ٢٦٢.

المبحث الثاني

أدلتها، وحكمها

يتفق الأئمة الأربعة على أن الأصل في شروط الموصي الحل والصحة، وأن العمل بها واجب في الجملة على الوصي، ما لم تكن هذه الشروط مخالفة للشرع، وما لم تقتض الضرورة أو المصلحة مخالفتها - كما سيأتي - (١).

وقد استدلوا على ذلك بما يلي:

١. قوله ﷺ في شأن الوصية: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (٢)، فبين أن التبديل في الوصية إثم.

قال ابن كثير: "وقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ يقول ﷺ: فمن بدل الوصية وحرفها، فغير حكمها وزاد فيها أو نقص - ويدخل في ذلك الكتمان لها بطريق الأولى - ﴿فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ قال ابن عباس وغير واحد: وقد وقع أجر الميت على الله، وتعلق الإثم بالذين بدلوا ذلك ﴿إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ أي: قد اطلع على ما أوصى به الميت، وهو عليم بذلك، وبما بدله الموصي إليهم" (٣).

٢. قوله ﷺ: ﴿يَكْفُرُ بِهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَزْوَاجًا أَوْ قُورًا أَوْ عَقُورًا﴾ (٤)، والأمر بإبقاء العقد يتضمن إبقاء أصله، ووصفه، ومن وصفه: الشرط فيه.

(٢٤٩) ٣. ما رواه البخاري ومسلم من طريق الليث قال: حدثني يزيد ابن أبي حبيب، عن أبي الخير، عن عقبة بن عامر ﷺ أن النبي ﷺ قال: "إن أحق الشروط أن

(١) رد المحتار (٣٦٦/٤)، عقد الجواهر الثمينة (٤١/٣)، المعز شرح الوجيز (٢٦١/٦)، الشرح الكبير (٤٤٠/١٦).

(٢) من آية (١٨١) من سورة البقرة.

(٣) تفسير ابن كثير ٤/١ - ٤٩٢.

(٤) من آية ١ من سورة المائدة.

توفوا به ما استحللتم به الفروج" (١).

٤. قوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم" (٢)، والموصي قد أوصى بماله على هذا الشرط، ولم يأذن في صرفه إلا على هذا الوجه، فوجب الالتزام به؛ لأن الأصل في الأموال العصة.

٥. فعل الصحابة رضي الله عنهم، فقد شرطوا في وصاياهم شروطاً، ولو لم يكن اتباع تلك الشروط واجباً على من يلي وصاياهم لكان اشتراطها خالياً من الفائدة وعبثاً (٣).

٦. ما رواه مالك في الموطأ عن القاسم بن محمد أنه قال: "ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم، وفيما أعطوا"، قال مالك: "وعلى ذلك الأمر عندنا"، وقال الباجي: "أي عند علماء المدينة" (٤).

٧. أن الناظر بمنزلة الوكيل عن الموصي، والوكيل يجب عليه اتباع شرط موكله، كما لو قال له موكله: تصدق بهذا المال على فقراء البلد الفلاني، فإنه لا خلاف في وجوب التقيد به، وعدم جواز تفريقه على غيرهم (٥)، فكذلك يجب على من يلي النظر في الوصية التقيد بشروط الموصي.

(١) صحيح البخاري في الشروط، باب الشروط في النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح (١٤١٨).

(٢) تقدم لمخرجه برقم (١٦٨).

(٣) الدعوة (٣٢٦/٦)، الشرح الكبير مع الإيضاح (٤٤٠/١٦)، المذبح (٣٣٣/٥).

(٤) للموطأ مع المتطفي للباجي (١٣٣/٦).

(٥) فتاوى المسكي (٤٩١/١).

المبحث الثالث

قواعد في شروط الموصين

ذكر العلماء رحمهم الله قواعد في شروط الموصين مع ما سبق من القاعدة الكبيرة: أن الأصل في شروط الموصين الحل والصحة:

الأولى: قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمهم الله: "مع أن التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والتأذر والخالف وكل عاقد يحمل على مذهبه وعاداته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافق لغة العرب أو لغة الشارع أو لا، والعادة المستمرة والعرف المستقر في الواقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظه لاستفادته"^(١).

الثانية: أن ألفاظ الموصين تبنى على عرفهم، وقد تقدم عن شيخ الإسلام ما يدل على ذلك^(٢).

الثالثة: إذا شرط الموصي شرطين متعارضين ولم يمكن العمل بهما، يعمل بالمتأخر منهما^(٣)؛ لأن الشرط الأخير يسفر عن المراد وعن غرض الواقف، وقد قال الفقهاء بوجوب مراعاة غرض الواقف وأنه يصلح تخصيصاً^(٤)، ويظهر فائدة هذا - أيضاً - فيما إذا كان للفظ احتمالان، فإنه يجب تعيين أحدهما بالغرض^(٥).

وقالوا - أيضاً -: إذا تعارضت عبارتان في كلام الواقف، إحداهما تقتضي حرمان بعض الموقوف عليهم، والأخرى تقتضي عدمه، فالأقرب إلى مقاصد الواقفين أنهم لا يقصدون حرمان أحد من ذريتهم، فيترجح جانب العطاء؛ لأن الحرمان ليس من مقاصد الواقفين غالباً^(٦).

(١) الاختيارات (ص ١٢٦).

(٢) تنقيح الخامدة لابن عابد (١/ ١٣٠)، الاختيارات (ص ١٢٦).

(٣) تنقيح الخامدة (١/ ١٣٦).

(٤) المرجع السابق (١/ ١٢٧).

(٥) المرجع السابق (١/ ١٣٧).

(٦) المرجع السابق (١/ ١٣٠).

الرابعة: قال الشيخ عبدالرحمن السعدي: "القاعدة التاسعة: العرف والعادة يرجع إليه في كل حكم حكم به الشارع ولم يجده ... ومن فروعها: أن الأوقاف يرجع في مصارفها إلى شروط الواقفين التي لا تخالف الشرع، فإن جهل شرط الموقوف رجع في ذلك إلى العادة والعرف الخاص، ثم إلى العرف العام في صرفها في طرقها"^(١).

وكذا في شرط الموصي؛ إذ إن العلماء يلحقون الوصية بالوقف في كثير من المسائل. الخامسة: قال الشيخ السعدي: "ومن الفروق الصحيحة التفريق بين شروط الواقفين والموصين ونحوهم: أن ما وافق منها الشرع اعتبر وما خالفه ألغي، فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا القول مطرد في كل الشروط، كما اختاره شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله"^(٢).

(١) القواعد والأصول الجامعة ص ٥٩-٥٤.

(٢) الاختيارات ص ١٢٥، القواعد والأصول الجامعة ص ١٢٢.

المبحث الرابع

حكم تغيير شرط الموصي، وأقسامه

الأصل:

وجوب العمل بشرط الموصي، وعدم جواز تغييره وتبديله - كما سبق قريباً -؛ لقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١)؛ لقول الله ﷻ: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، والإيفاء بالعقد يتضمن الإيفاء بأصله ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه، وما رواه أبو هريرة ﷺ، أن النبي ﷺ قال: "المسلمون على شروطهم"^(٣)؛ ولأن الصحابة ﷺ أوصوا واشتروا في وصاياهم^(٤)، فلو لم يجب اتباع شرطهم لم يكن في اشتراطهم فائدة.

تغيير شرط الموصي ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تغييره من أعلى إلى أدنى:

فهذا محرم ولا يجوز بالاتفاق^(٥)؛ لما تقدم من الدليل على وجوب العمل بشرط الموصي. مثل: أن يوصي لفقراء أقاربه، فيصرف إلى فقراء الأجانب، ونحو ذلك.

القسم الثاني: تغييره من مساوٍ إلى مساوٍ:

وهذا - أيضاً - محرم ولا يجوز بالاتفاق^(٦)؛ إذ الأصل: وجوب العمل بشرط الموصي، لما تقدم من الدليل على ذلك.

(١) من آية (١٨١) من سورة البقرة.

(٢) من آية (١) من سورة المائدة.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١٦٨).

(٤) تقدم تخريجه برقم (١٥).

(٥) لمصادر السابقة في المطلب الثالث من المبحث الأول.

(٦) لمصادر السابقة في المطلب الثالث من المبحث الأول.

مثل: أن يوصي لفقراء بلد، فيصرف إلى فقراء بلد آخر، ونحو ذلك.

القسم الثالث: تغييره من أدنى إلى أعلى: وله أحوال:

الحال الأولى: أن تكون الوصية بوقف من الأوقاف، فتقدم في كتابي أحكام الوقف حكم تغيير شرط الواقف وأنه مشروع عند المصلحة الغالبة، وقد ذكرت أقوال أهل العلم في هذه المسألة، وأدلتهم في كتابي أحكام الوقف.

الحال الثانية: أن تكون لجهة خاصة:

كما لو وصى لزيد من الناس ونحو ذلك، فلا يجوز تغيير الوصية؛ لما تقدم من وجوب العمل بشرط الموصي، ولأن العين مقصودة هنا.

الحال الثالثة: أن تكون لجهة عامة:

مثل أن يوصي للعبادة، فيصرفه إلى العلماء؛ إذ العلم عبادة منعدية، بخلاف مجرد التعبد بالصلاة أو الاعتكاف ونحو ذلك، قال شيخ الإسلام: "حتى لو وقف على الفقهاء والصوفا، واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند"^(١).

فيظهر مشروعية ذلك عند المصلحة الغالبة، وقد نص العلماء على مواضع من تغيير شرط الموصي عند المصلحة كما ستذكره، ويدل لذلك الأدلة الكثيرة الدالة على تغيير شرط الواقف مع شدة لزوم الوقف، وقد سبق أن بينتها في كتاب أحكام الوقف، وسأشير إلى شيء منها.

من المواضع التي أجاز فيها العلماء تغيير شرط الموصي إذا كان على جهة عامة:

القول الأول: الحنفية في فروع أجازوا للموصي مخالفة نص الوصية من ذلك^(٢):

١. أجازوا له في الوصية على فقراء بلد بعينه أن يصرفها لفقراء بلد غير الذي سماه الموصي على خلاف بينهم، كالوصية لفقراء مكة أو للفقراء الحجاج.

(١) الاختيارات من ١١٧٦، الإنصاف ٨/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ١٣٤/٦، الفتاوى الخالية ٤٤٢/٦.

٢. وفي الوصية بالصدقة بمنع على الفقراء أجازوا الصدقة بمنع المعين، أو ببيعها والصدقة بثمنه، أو إمساكه والتصدق بقيمته على خلاف بينهم -أيضاً-، مثل: تصدقوا بهذه البقرة أو هذا الثوب.

٣. وفي الوصية بالتصدق في عشرة أيام أجازوا التصديق بالجميع في يوم واحد. وإذا أوصى بالتصدق على عشرة مساكين، فتصدق بالمبلغ كله على مسكين والعكس.

٤. وفي الوصية بالصدقة بألف درهم أجازوا التصديق بالحنطة، وإذا كانت بالحنطة أجازوا التصديق بالدراهم بدلها.

وقد خالف المالكية هذه القاعدة فيما يعرف عندهم بمسائل خلع الثلث حين خيروا الورثة بين تنفيذ الوصية كما هي أو إعطاء الموصى له ثلث مال الميت، وقد سبق الحديث عنها في مطلب الموصى به.

القول الثاني: عدم جواز تغيير شرط الموصى:

وهو مذهب الشافعية، والحنابلة.

وحجة من قال بالجواز:

(٢٥٠) ١. ما رواه البخاري ومسلم من طريق زيد بن رومان، عن عروة، عن عائشة

رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: "يا عائشة لولا أن قومك حديثو عهد بشرك

لهدمت الكعبة، فألقتها بالأرض، وجعلت لها بابين باباً شرقياً وباباً غربياً، وزدت

فيها ستة أذرع من الحجر، فإن قريشاً اقتصرتها حيث بنت الكعبة" (١).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض،

ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجباً لم يتركه، فعلم أنه كان جائزاً، وأنه كان أصح

(١) صحيح البخاري في الصحيح، باب فضل مكة وبنائها (ج ١٥٨٦)، ومسلم في الصحيح، باب لم يمس الكعبة وبناؤها

(ج ١٣٣٣)، واللفظ لمسلم.

لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر، فعلم أنه جائز في الجملة، وتبديل التأليف بتأليف آخر هو أحد أنواع الإبدال^(١).

وقال ابن قاضي الجبل: "هذا الحديث دل على مساع مطلق الإبدال في الأعيان الموقوفة للمصالح الراجحات"^(٢).

وإذا كان هذا في أصل الوقف، ففي وصفه، وهو الشرط فيه من باب أولى، فيجوز تغيير الشرط من أدنى إلى أعلى، وإذا جاز هذا في الوقف وهو أشد نفوذ، فهو في الوصية من باب أولى.

(٢٥٩) ٢. ما رواه أبو داود قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، قال:

أخبرنا حبيب المعلم، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه: "أن رجلاً قام يوم الفتح فقال: يا رسول الله، إني نذرت لله إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس ركعتين، قال: "صلّ هاهنا" ثم أعاد عليه، فقال: "صلّ هاهنا" ثم أعاد عليه، فقال: "شأنك إذن"^(٣).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤٤/٣١.

(٢) المناظرة بالأوقاف ص ١٠٠.

(٣) سنن أبي داود (٣٣٠٥). ومن طريقه البيهقي في معرفة السنن ٣٦٠/١٥. وأخرجه أحمد ٣٦٣/٢ عن عثمان، وعبد بن حميد (١٠٠٩) عن محمد بن الفضل، والدارمي (٢٣٣٩) عن حجاج بن المنهال، وابن الجارود (٩٤٥) من طريق يزيد بن عارون، وأبو يعلى (٢١١٦) و(٢٢٢٤) من طريق إبراهيم، والحاكم ٣٠٥-٣٠٤/٤ من طريق مسلم بن إبراهيم وحجاج بن المنهال، سننهم (عثمان، وحجاج، يزيد، وإبراهيم، ومسلم) عن حماد بن سلمة، به. وأخرجه البيهقي ٨٢/١٠-٨٣ من طريق يكار بن الحبيب، عن حبيب المعلم، به.

وأخرجه عبدالرزاق (١٥٨٩١) من طريق إبراهيم بن يزيد عن عطاء مرسلًا. وأخرجه الطبراني في الكبير ٢٩٠/٧ من طريق إبراهيم بن عمر المكي، قال: سمعت عطاء مرسلًا.

الحكم على الحديث: قال الحاكم: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه". وسكت عنه الذهبي في التلخيص، وقال ابن الملقن ٥٦٦/٢: "وكذا جزم هذا الشيخ تقي الدين في آخر الاقتراح"، وقال ابن عبد الهادي في المهر: "ووجهه رجال الصحيح".

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إبدال النذر مع لزومة بخير منه، فكذلك الوصية.

(٢٥٢) ٣. ما رواه أبو داود: حدثنا محمد بن منصور، حدثنا يعقوب بن إبراهيم، حدثنا أبي، عن ابن إسحاق قال: حدثني عبد الله بن أبي بكر، عن يحيى بن عبد الله بن عبد الرحمن بن سعد بن زوارة، عن عمارة بن عمر بن حزم، عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال: "بعتني النبي ﷺ مصلقاً، فمررت برجل، فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا ابنة مخاض، فقلت له: أذا ابنة مخاض، فلما صدقتك، فقال: ذاك ما لا لبن فيه ولا ظهر، ولكن هذه ناقة فتية عظيمة سمينة فخلها، فقلت له: ما أنا بأخذ ما لم أؤمر، وهذا رسول الله ﷺ منك قريب، فإن أحببت أن تأتيه فتعرض عليه ما عرضت علي فافعل، فإن قبله منك قبلته، وإن رذّه عليك رددته، قال: فإني فاعل، فخرج معي وخرج بالناقة التي عرض علي حتى قمعنا على رسول الله ﷺ، فقال له: يا نبي الله، أثنائي رسولك ليأخذ مني صدقة مالي، وأيم الله ما قام في مالي رسول الله ﷺ ولا رسوله قط قبله، فجمعت له مالي فزعم أن علي فيه ابنة مخاض، وذلك ما لا لبن فيه ولا ظهر، وقد عرضت عليه ناقة فتية عظيمة ليأخذها فأبى علي، وها هي ذة قد جئتك بها يا رسول الله خلها، فقال له رسول الله ﷺ: "ذاك الذي عليك، فإن تطوعت بخير أجرك الله فيه وقبلنا منك"، قال: فها هي ذة يا رسول الله قد جئتك بها فخلها، قال: فأمر رسول الله ﷺ بقبضها ودعا له في ماله بالبركة^(١).

وسلمه صحيح. وفي الباب عن عمر بن عبد الرحمن بن عوف، عن رجال من الأنصار من أصحاب النبي ﷺ عند الزكاة (١٥٨٩، ١) وأبي داود (٣٣٠٦).

(١) سنن أبي داود في الزكاة، باب في زكاة السائمة (ح ١٥٨٣). وأخرجه أحمد في المسند ١/١٤٢، ومن طريق الحاكم في المستدرک ١/٥٥٦، وعنه البيهقي في السنن ١/١٦٢، عن محمد بن منصور، وأخرجه ابن خزيمة (٢٢٧٧) عن إسحاق ابن منصور، كلاهما: محمد، وإسحاق عن يعقوب بن إبراهيم بن نحوه.

وأخرجه ابن حبان في صحيحه (٣٢٦٩) بنحوه من طريق يونس بن بكير، وعبد الله بن أحمد في زوائد ١/٤٢ من طريق جرير، كلاهما: يونس، وجرير عن محمد بن إسحاق، به بنحوه.

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز إبدال جنس الواجب في الزكاة، بخير منه من نوعه، فإذا وجبت بنت مخاض فأدى بنت لبون، أو وجبت بنت لبون فأدى حقة جاز، وإذا ثبت هذا في الزكاة مع وجوبها فالوصية من باب أولى.

(٢٥٣) ٤. ما رواه البخاري ومسلم من طريق مالك بن أنس، عن زيد بن أسلم، عن أبيه سمعت عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: حملت على قمر في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه منه وظننت أنه بآلعه برخص، فسألت عن ذلك النبي ﷺ، فقال: «لا تشتريه وإن أعطاكه يدرهم واحد، فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»^(١).

قوله: "فأضاعه" يقتضي أن الذي كان عنده قصر في حقه حتى ضعف قيمه، لضياعه وضعفه، ولم ينكر الرسول ﷺ ذلك، وإنما نحى عمر رضي الله عنه عن شرائه، لكونه تصدق به. فجاز الإبدال في أصل الصدقة، فكذا في الوصية.

(٢٥٤) ٥. ما أورده شيخ الإسلام نقلًا عن الشافعي: حدثنا الخلال، حدثنا صالح ابن أحمد، حدثنا أبي، حدثنا يزيد بن هارون، ثنا المسعودي عن القاسم قال: "لما قدم عبدالله بن مسعود رضي الله عنه على بيت المال كان سعد بن مالك قد بنى القصر، واتخذ مسجدًا عند أصحاب النمر، قال: فتقب بيت المال فأخذ الرجل الذي نقيه، فكتب إلى عمر بن الخطاب، فكتب عمر أن لا تقطع الرجل وأن انقل

وأخرج ابن خزيمة في صحيحه (٢٣٨٠) عن طريق محمد بن سلمة، عن محمد بن إسحاق، عن عبدالله بن أبي ليث، عن عبد الرحمن بن أبي عميرة، عن عمارة، به، ومن التخرج يتضح أنه اختلف فيه على ابن إسحاق وعلى وجهين.

الحكم على الحديث: الحديث صحيح ابن خزيمة، وابن حبان، وأحكام على شرط مسلم، وأبو يعقوب، وحسنه الشيخان في المختار (١٢٥٥)، وفي إسناده محمد بن إسحاق، وهو صدوق يندلس وقد صرح بالتحديث، بإسناده حسن.

(١) صحيح البخاري في السنة، باب لا يحمل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته (ج ٢٦٢٣)، ومسلم في الحيات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به (ج ١٦٢١).

المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصل^(١) وكان هذا بمشهد من الصحابة ولم يظهر خلافه، فكان كالإجماع^(٢).

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "إذا كان يجوز في المسجد الموقوف الذي يوقف للانتفاع بعينه، وعينه محترمة شرعاً أن يبدل به غيره للمصلحة، فلأن يجوز الإبدال بالأصلح والأنفع فيما يوقف للاستغلال أولى وأحرى"^(٣).

قال ابن قاضي الجبل: "هذا الأثر كما أنه يدل على مساعٍ بيع الوقف عند تعطل نفعه، فهو دليل -أيضاً- على جواز الاستبدال عند رجحان المبادلة؛ لأن هذا المسجد لم يكن نفعه متعطلاً، وإنما ظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني"^(٤).

وإذا جاز في أصل الوقف، ففي الوصية أولى.

٦. أن الصحابة رضي الله عنهم وغيروا كثيراً من بناء مسجد النبي صلى الله عليه وسلم بأمكن منه للمصلحة الراجحة في ذلك^(٥)، فقد ثبت أن عمر وعثمان غيرا بناءه؛ أما عمر فبنائه بنظير بنائه الأول باللبن والجذوع؛ وأما عثمان فبنائه بمادة أعلى من تلك كالساج^(٦)، وبكل حال فاللبن والجذوع التي كانت وفقاً لأبدان الخلفاء الراشدين بغيرها، وهذا من أعظم ما يشتهر من القضايا ولم ينكره منكر، ولا فرق بين إبدال البناء ببناء،

(١) هذا الأثر اشتهر في كتب الفقهاء كمللي ٢١٢/٨، والمبدع ٣٥٣/٥، وقد أورده شيخ الإسلام كما في مجموع الفتاوى ٣١/٢١٥ نقلاً عن الشافعي لأبي عبد العزيز قال: حدثنا الحلال به، وهو إسناد حسن، إلا أنه منقطع؛ القاب لم يسمع من جده ابن مسعود كما تقدم.

(٢) شرح الزركشي ٢٨٨/٤.

(٣) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٢٩/٣١.

(٤) للمناقلة بالأوقاف ص ٩٣.

(٥) للمناقلة بالأوقاف ص ١٠١.

(٦) أخرجه البخاري في الصلاة، باب بيان المسجد (ج ١٤٦) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

وإبدال العرصة بعرصة إذا اقتضت المصلحة ذلك^(١).

وإذا جاز في أصل الوقف ففي الوصية أولى.

٧. أن بعض الصحابة رضي الله عنه سوغ نقل الملك في أعيان موقوفة تارة بالتصدق بها، وتارة ببيعها عند المصلحة وإبدالها بجنسها.

(٢٥٥) فقد ورد عن عمر رضي الله عنه "أنه كان ينزع كسوة البيت كل سنة فيقسمها على الحاج"^(٢).

(٢٥٦) ما رواه البيهقي: أخبرنا أبو الحسن محمد بن أبي المعروف الفقيه، ألباً بشر بن أحمد الأسقراني، أنبأ أبو جعفر أحمد بن الحسين بن نصر الحذاء، ثنا علي بن عبد الله المديني، حدثني أبي، أخبرني علقمة بن أبي علقمة، عن أمه قالت: "دخل شيبه بن عثمان الحنظلي على عائشة رضي الله تعالى عنها فقال: يا أم المؤمنين إن ثياب الكعبة تجتمع علينا فتكثر، فنعمد إلى آبار فنحتقرها فنعمقها ثم ندفن ثياب الكعبة فيها كيلا يلبسها الجنب والحائض، فقالت له عائشة رضي الله عنها: ما أحسنت، ولبئس ما صنعت إن ثياب الكعبة إذا ترعت منها لم يضرها أن يلبسها الجنب والحائض، ولكن بعها واجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله، قالت: فكان شيبه بعد ذلك يرسل بها إلى اليمن فتباع هناك، ثم يجعل ثمنها في المساكين وفي سبيل الله وابن السبيل"^(٣).

(١) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٤٤/٣١.

(٢) الأثر أخرجه إمامنا في أخبار مكة ٢٣١/٥، وانظر: فتح الباري ٤٥٨/٣.

(٣) سنن البيهقي ١٥٩/٥، وأخرجه إمامنا في أخبار مكة ٢٣١/٥ عن علقمة بن أبي علقمة، عن أمه، عن عائشة رضي الله عنها، وهو معلول بضعف عبد الله بن علي بن المديني.

قال طبري في تهذيب الكمال (٣٧٩/١٤): "قال عبد الله بن أحمد بن حنبل، عن أبيه: كان يبيع إذا أتى على حديث عبد الله بن جعفر المديني، قال: اجر عليه."

قال ابن قاضي الجبل: وهذا ظاهر في مطلق نقل الملك عند رجحان المصلحة^(١)، وكذا الوصية.

وحجة من قال بعدم الجواز:

١. ما تقدم من الأدلة الدالة على وجوب العمل بشرط الموصي.
- (٢٥٧) ٢. ما رواه الإمام أحمد من طريق الجهم، عن سالم بن عبد الله، عن أبيه رضي الله عنه قال: "أهدي عمر بن الخطاب نجيباً^(٢)، فأعطني بها ثلاثمائة دينار، فأتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله إني أهديت نجيباً، فأعطيت بها ثلاثمائة دينار، فأبى بها وأشتري بثمنها بدنأ؟ قال: "لا، تحررها إياها"^(٣).
- وجه الدلالة: أن النبي ﷺ منع عمر بن الخطاب من تغيير الهدى، فيقاس عليه تغيير الوصية.

وقال أبو حامد: متكرر الحديث جنداً، يحدث عن الثقات بالملوك، يكتب حديثه، ولا يحتج به، وكان على لا يحدث عن أبيه، وكان قوم يقولون: على يعق أبيه، لا يحدث عنه، فلما كان بأخوه، حدث عنه.

وقال النسائي: (متروك الحديث)، النظر: تاريخ البخاري الكبير ٥/الدرجة ١٤٨، والجرح والتعديل: ٥/الدرجة ١٠٠٢، والمجروحين لابن حبان ١/١٤١.

(١) المناظرة بالأوقاف ص ١١٣.

(٢) النجيب: الفاضل من كل حيوان. النظر: النهاية في غريب الحديث، مادة (نجب) ١٧/٥.

(٣) مستد أحمد ٢/١٤٥.

وأبو داود (١٧٥٦) عن الثَّقَلَيْنِ، وابن خزيمة ٢٩٩١ عن أحمد بن أبي الحرب البغدادي، وأبيه في كتاب الحج، باب لا يبدل ما أوجبه من الهدايا بكلامه غير ولا أثر منه ٢٤١/٥-٢٤٢ من طريق علي بن عيسى الأتلع الطبري، أرعهم (أحمد بن حنبل، وعبد الله بن محمد الثَّقَلَيْنِ، وأحمد بن أبي الحرب، وعلي بن عيسى) عن محمد بن سلمة، عن أبي عبد الرحمن، عن الجهم بن الحارود، عن سالم بن عبد الله، فذكره.

في رواية ابن خزيمة عن شهم بن الحارود. قال أبو بكر بن خزيمة: هذا الشيخ اختلف أصحاب محمد بن سلمة في اسمه، فقال بعضهم: جهم بن الحارود. وقال بعضهم: شهم.

قال البخاري في التاريخ الكبير ٢/٢٣٠: لا يعرف لهم سماع من سالم. قال الذهبي في ميزان الاعتدال ١/٤٢٦: فيه جهالة.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن هذا الحديث ضعيف لا يحتج به لأمرين:

أحدهما: أن فيه الجهم بن الجارود، قال الذهبي: فيه جهالة^(١).

الثاني: أن الحديث فيه انقطاع، فقد ذكر البخاري في تاريخه: أنه لا يعرف لجهم سماع من ساءم^(٢).

الوجه الثاني: لو فرض صحة الحديث، فإنه يقال: إن فرض المسألة كون العين التي وقع الاستبدال بها أرجح من الوقف وأولى، والعين التي أراد عمر الاستبدال بها ليست أرجح من النجبة بالنسبة على القرب إلى الله تعالى، بل النجبة كانت راحة على ثمنها، وعلى البدن المشتراة به؛ وذلك لأن خير الرقاب أغلاها ثمنًا وأنفسها عند أهلها، والمطلوب أعلى ما يؤخذ فيما يتقرب به إلى الله تعالى وتجنب الدون^(٣).

الوجه الثالث: لو فرض صحة الحديث، ولو سلمنا كون الاستبدال بالهدي والأضحية ممنوعًا منه لم يلتزم عدم جواز الاستبدال في الوصايا عند رجحان المصالح؛ وذلك أن الوقف مراد لاستمرار ريعه ودوام غلته بخلاف الهدي والأضحية^(٤).

٣. أن للواقف غرضًا وقصدًا في تعيين الجهة التي تصرف إليها الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن مخالفة شرط الموصي إلى أعلى فيه تحقيق لغرض الموصي وزيادة.

٤. أن ذرة المفاسد مقدم على جلب المصالح، فيمنع من تغيير شرط الموصي منعًا لئلا يتلاعب بالوصية.

(١) ميزان الاعتدال ١/٤٦٦.

(٢) التاريخ الكبير ٢/٢٣٠.

(٣) انظر: المناظرة بالآواقف ص ١١٩.

(٤) انظر: المصدر السابق.

ولوقش هذا الاستدلال: بأنه مسلم حال التلاعب، وتبقى المشروعية حال السلامة.
الترجيح:

- من خلال هذا العرض تظهر قوة أدلة القول الأول القائل بمجواز تغيير الوصية إذا لم تكن لمعين عند رجحان المصلحة؛ لقوة دليله، لكن سدًا لذريعة التلاعب بالوصايا، وخشية مخالفة غرض الموصي وقصده يقيد بما يلي:
١. أن يكون التغيير بإذن القاضي، أو فتاوى العلماء.
 ٢. ظهور المصلحة التي يراد تغيير الشرط إليها.

الفصل الثالث

مبطلات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول: المبطل الأول: الرجوع عن الوصية.

المبحث الثاني: المبطل الثاني: التصرف في الوصية.

المبحث الثالث: المبطل الثالث: أن يتصل بالموصى به زيادة

تمنع تسليم العين الموصى بها.

المبحث الرابع: المبطل الرابع: تغير الموصى به.

المبحث الخامس: المبطل الخامس: جحد الوصية.

المبحث السادس: المبطل السادس: تأخير الوصية.

المبحث السابع: المبطل السابع: غلط الموصى في تحديد

مقدار الوصية.

المبحث الثامن: المبطل الثامن: وصف الوصية بالحرمة.

المبحث التاسع: المبطّل التاسع: جعل الموّصى به بعينه لآخر.
المبحث العاشر: المبطّل العاشر: خلط الوصية بغيرها.
المبحث الحادي عشر: المبطّل الحادي عشر: استرجاع وثيقة
الوصية من يد الموّصى له، أو من يد من وضعت عنده في
الوصية المطلقة، أو المقيدة.
المبحث الثاني عشر: المبطّل الثاني عشر: تقطيع الوثيقة.
المبحث الثالث عشر: المبطّل الثالث عشر: الجنون إذا طرأ بعد
صدور الوصية.
المبحث الرابع عشر: المبطّل الرابع عشر: ردة الموّصى.
المبحث الخامس عشر: المبطّل الخامس عشر: تخلف شرط
الموّصى.

المبحث السادس عشر: المبطل السادس عشر: استغراق
ذمة الموصي بالتبعات والديون.
المبحث السابع عشر: المبطل السابع عشر: كون الموصى له
وارثاً.
المبحث الثامن عشر: المبطل الثامن عشر: ردة الموصى له.
المبحث التاسع عشر: المبطل التاسع عشر: هلاك العين
الموصى بها، واستحقاق الموصى به المعين لغير الموصى.
المبحث العشرون: المبطل العشرون: رد الوصية.
المبحث الحادي والعشرون: المبطل الحادي والعشرون: وفاة
الموصى له.
المبحث الثاني والعشرون: المبطل الثاني والعشرون: قتل
الموصى له للموصي.

الفصل الثالث

مبطلات الوصية

وفيه مباحث:

المبحث الأول

المبطل الأول: الرجوع عن الوصية

وفيه مطالب:

المطلب الأول: جواز الرجوع عن الوصية:

أجمع الفقهاء^(١) على أن الوصية عقد غير لازم، وأن الموصي يحق له أن يرجع عن وصيته، متى ما أراد ذلك، وأن ذلك لا يفوت عليه إلا بالموت، فإذا مات قبل أن يرجع عن وصيته، فإن وصيته تنفذ، ولا يحق للورثة أن يفسخوها ما دامت لا تخالف نصاً شرعياً، ولا حيف فيها ولا جور^(٢)، وأنه يجوز للموصي في حال حياته الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها، سواء وقع الإيصاء منه في حال صحته أو مرضه.

قال ابن المنذر في كتاب الإجماع^(٣): "وأجمعوا على أن للرجل أن يرجع في كل ما يوصي به، إلا العتق".

قال ابن عبد البر في التمهيد^(٤): "قال أبو عمر: لا يختلف العلماء أن للإنسان أن يغير

(١) للسيوط ١٥٧/٢٧، بدائع الصنائع ١٣٧٨/٧، تبين الخلفاء ١٨٦/٦، العناية شرح الهداية ٤٣٦/١٠، الجواهر النيرة ٢٩٦/٢، والمشتقى شرح للموطأ ١٤٨/٦، النوازل والزيادات ٣٣٠/١١، الشايع والإكليل ٥٢١/٨-٥٢٢، شرح مباركة ٢١٨/٢، والألم ٥٣/٤، البيان ٢٩٦/٨، أسنى لمطالب ٦٤/٣، شرح البهجة النورية ٤٣/٤، تحفة المحتاج ٧٦/٧، وبلغني ٩٧/٦، القروع ٦٦٢/٤، الإنصاف ٢١٢/٧، شرح للشهي ٤٦١/٢، كشف القناع ٣٤٨/٤، وانظر أيضاً: الإجماع ص ٩٠، التمهيد ٣٠٩/١٤.

(٢) بدائع الصنائع ٤٨٩/٧، الفتاوى الهندية ٩٠/٦، المعونة ٥٢٧/٢، لتقديمات ١٢٠/٣، للهداية ٤٥٢/١، روضة الطالبين ١٤١/٦، لمقتع ٧٩٤/٢، بلغني ٤١٨/٨.

(٣) الإجماع ص ٩٠.

(٤) انظر: التمهيد ٣٠٩/١٤.

وصيته ويرجع فيها فيما شاء منها ...".

قال الكاساني في بدائع الصنائع عن عقد الوصية^(١): "وأما صيغة هذا العقد فله صفتان: إحداهما قبل الوجود، والأخرى بعد الوجود، أما التي هي قبل الوجود فهي أن الوصية بالفرائض والواجبات واجبة، وبما وراءها جائز، ومندوب وإليها مستحبة في بعض الأحوال ... وأما التي هي بعد الوجود فهي أن هذا عقد غير لازم في حق الموصي حتى يمكن الرجوع في عقد المعاوضة فهي بالتبرع أولى، كما في الهبة، والصدقة".

جاء في المدونة: "قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، فإنه يغير من ذلك ما بدا له ويصنع في ذلك ما شاء حتى يموت، وإن أحب أن يطرح تلك الوصية ويبدل غيرها فعل"^(٢).

قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ^(٣): "قال (يحيى): قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن الموصي إذا أوصى في صحته، أو في مرضه بوصية فيها عتاقة رقيق من رقيقه، أو غير ذلك فإنه يغير من ذلك ما بدا له، ويصنع من ذلك ما شاء حتى يموت ... (ش): وهذا على ما قال أن الموصي في صحته، أو مرضه يعتق بعض رقيقه، أو يتصدق بصدقه، أو غير ذلك من أعمال البر، فإنه غير لازم له؛ لأن عقد الوصية عقد جائز غير لازم، وله أن يغير من ذلك ما شاء، ويطلق منه ما شاء من غير عوض، أو يعوض منه غيره في صحته، أو مرضه ما لم يموت، فإذا مات لزمّت تلك الوصية، فليس لغيره أن يغير شيئاً من ذلك ولا يطله ولا يبدله بغيره".

قال العمري^(٤): "يجوز للموصي أن يرجع فيما أوصى به؛ لأن الوصية لا تلزم إلا بعد

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٣٧٨/٧.

(٢) ينظر: المدونة ٣٢٨/٤.

(٣) ينظر: الباجي في المنتقى ١٤٨/٦.

(٤) ينظر: البيان ٢٩٦/٨.

موته، فجاز له الرجوع فيها، كما لو وهب لغيره شيئاً، ثم رجع الواهب قبل قبول الموهوب له^(١).

قال ابن قدامة^(٢): "وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به، وفي بعضه، إلا الوصية بالإعتاق، والأكثر على جواز الرجوع في الوصية به -أيضاً-. روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته. وبه قال عطاء، وجابر بن زيد، والزهري، وقضادة، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور^(٣).

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

أما كونه يملك الرجوع عنها ما دام حيّاً:

(٢٥٨) ١. ما رواه ابن أبي شيبة من طريق عبدالله بن الحارث بن أبي ربيعة أو الحارث بن عبدالله بن أبي ربيعة، قال: قلت لعمر: شيء يصنعه أهل اليمن، يوصي الرجل، ثم يغير وصيته، قال: ليغير ما شاء من وصيته^(٤).

(٢٥٩) وقال سعيد بن منصور: حدثنا هشيم قال: أخبرنا يونس قال: حدثنا الوليد بن أبي هشام مولى قريش قال: "قرأت وصية حفصة أم المؤمنين، فإذا هي قد أوصت بأشياء، وإذا في آخر وصيتها إن أتني على ذواتي ما لم أغيرها"^(٥).

(٢٦٠) ولما رواه ابن وهب قال يحيى بن أيوب: وأخبرني نافع مولى ابن عمر أن ابن عمر كان يشترط في وصيته إن حدث بي حدث قبل أن أغير كتابي^(٦).

(١) ينظر: للقي ٩٧/٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٩٣/٧، والدارمي، كتاب الوصايا، باب الرجوع عن الوصية بلفظ: يحدث الرجل في وصيته ما شاء، ومالك الوصية آخرها ٦٩٣/٢، (٣٢١٤)، (٣٢١٦).

(٣) سنن سعيد بن منصور ٣٧٢.

(٤) المدونة ٣٢٨/٤، وأخرجه ابن أبي شيبة ٣٠٨١٩ عن أبي أسامة، عن أبي عمرو الحارث بن عمرو عن أيوب به.

ولا يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعاً.

٢. ما رواه الدارقطني من طريق أبي إسحاق، عن ابن عون، عن القاسم ابن محمد، عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ليكتب الرجل في وصيته: إن حدث بي حدث موت قبل أن أغير وصيتي هذه" ^(١). [إسناده صحيح].

وجه الاستدلال: قول عائشة رضي الله عنها -أيضاً- صريح في أن للرجل أن يغير في وصيته، وأن وصيته جائزة ما لم يغير فيها شيئاً.

٣. أن الوصية تبرع لا يلزم إلا بموت الموصي، فجاز له الرجوع عنها قبل لزومها، كهيبة ما يقتدر إلى القبض قبل قبضه ^(٢).

٤. أن الأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلزم إلا إذا ارتبط القبول بالإيجاب، والذي وجد من الموصي حال حياته إنما هو الإيجاب فقط، لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فجاز الرجوع عنها قبل القبول، كما يجوز الرجوع عن الإيجاب سائر العقود، كالبيع وغيره، بل التبرع أولى بالإبطال قبل القبول ^(٣).

كما يستأنس بما ثبت من آثار عن جمع من فقهاء التابعين منهم: عطاء، والشعبي، والحسن، والزهرري، وطاووس، وجابر بن زيد، وغيرهم أنهم يقولون يجوز تغيير الرجل في وصيته ما شاء ^(٤).

٥. ولأن عقد الإبراء لا يقتزن فيه الإيجاب والقبول إلا بعد موت الموصي، ولكل عقد لم يقتزن فيه الإيجاب والقبول يصح الرجوع عنه ^(٥).

(١) سنن الدارقطني (٤٢٩٤)، وأخرجه من طريق ابن عون ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٤٦٠)، وسعيد بن منصور في سننه (٣٧٢)، والبيهقي في سنن الكبرى ٢٨١/٦.

(٢) ينظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦، شرح المحرشي على مختصر خليل ١١٦٩/٨، البيان ٢٩٦/٨، شرح للفتاوى ١٦١/٢.

(٣) ينظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦، شرح المحرشي على مختصر خليل ١١٦٩/٨.

(٤) مصنف عبد الرزاق في مصنفه ٧١/٩-٧٢، وابن أبي شيبة في مصنفه ٧٩٣/٧.

(٥) بدائع الصنائع ٥٥٧/٧، شرح روض الطالب ٦٣/٣.

٦. ولأن الوصية عطية تنجز بالموت، فجاز الرجوع عنها قبل تنجزها، كهبه ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه^(١)

وأما كون الوصية إذا توفرت فيها شروطها لا يصح قسحها بعد موت الميت؛ فلأن العقد صادر من أهله في محله، فلم يصح لغير من أهرمه قسحه كسائر تصرفات الميت النافذة قبل موته من بيع وشراء وتكاح ونحو ذلك.

المطلب الثاني: الحكمة من مشروعية الرجوع عن الوصية:

الحكمة من مشروعية الرجوع في الوصية حث المسلم على الوصية بماله في حياته، والإكثار من ذلك؛ ليستفيد ثواب ذلك، ويتنفع الموصى له بالوصية، فالمسلم إذا علم أن له الرجوع في وصيته متى شاء لم يتردد في الوصية؛ لعلمه أن اختيار له في يده، بخلاف ما لو علم أنه لا رجوع له فإنه قد يشخوف من افتقاره لماله واحتياجه له، وذلك مما يحجمه عن الوصية، فتبين أن في شرعية الرجوع مصلحة للموصى، ومصلحة للموصى إليه^(٢).

المطلب الثالث: حكم الرجوع عن الوصية:

الرجوع عن الوصية تعريضها الأحكام الخمسة:

فيجب إذا كانت ممنوعة شرعاً، أو طراً عليها ما يجعلها ممنوعة، كالوصية بالخمر وآلات اللهو؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده، وضد الحرام الوجوب، فيجب الرجوع عنها، ولأنها منكرة، والمنكر يجب تغييره، والإقلاع عنه.

ويحرم الرجوع إذا كانت بواجب، كالوصية بدين لا يئتم عليه، ونحو ذلك؛ لأنه ترك للواجب وترك الواجب حرام.

ويندب الرجوع إذا كانت بمكروه؛ لأن المكروه منهي عنه، والنهي عن الشيء أمر بضده، وضد المكروه المندوب.

(١) كشف القناع ٤/٢٤٨.

(٢) ينظر: الدخوة ٧/١٤٦، الوصايا ص ٥٩.

ويكره الرجوع إذا كانت ممتدوب شرعاً؛ لما تقدم من الدليل السابق.
 وبإباح الرجوع إذا كانت بمباح، كالوصية ببيع شيء أو شرائه؛ لاستواء الطرفين في هذه الوصية.

المطلب الرابع: إذا شرط الموصي عدم الرجوع:

فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أنه لا يملك الرجوع:

وبه قال المالكية^(١)، وقد ذكر بعض المالكية: أن عليه الفتوى والقضاء.
 وحجته:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢).
 ٢. حديث أبي هريرة ﷺ: "المسلمين على شروطهم"^(٣).
 ٣. حديث عقبة بن الحارث ﷺ أن النبي ﷺ قال: "إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحلتم به الفروج"^(٤).
 ٤. أن من التزم معروفًا لزمه.
- القول الثاني: أن له الرجوع:
 وهو قول أكثر أهل العلم.
 وذكر بعض المالكية: أنه المشهور عندهم.
 وحجتهم:

١. أن الأصل في الوصية الرجوع، واشتراط عدمه شرط مخالف لمقتضى العقد.

(١) لمعيار للعرب ٢٦٨/٩ - ٣٥٥، حاشية الرغوي ٢٤٩/٨، البهجة ٢٨٧/٢، حاشية الدسوقي ٤٢٨/٤.

(٢) من الآية (١) من سورة المائدة.

(٣) تقدم تخريجه برقم (١٦٨).

(٤) تقدم تخريجه برقم (٢٤٩).

٢. أن الإجماع منعقد على مشروعية الرجوع، فيستصحب هذا الإجماع.
٣. القياس على من قال لزوجته: أنت طالق طلبة لا رجعة لي عليك، فإن له الرجعة؛ إذ لا دليل لمنع ذلك.
٤. أنه لا تعلق به لأحد، فجاز الرجوع.

الأقرب:

ولعل الأقرب القول الأول إذا كان الموصى له معيناً لما فيه من الالتزام للغير، وإلا جاز لأدلة القول الثاني.

المطلب الخامس: ما يحصل به الرجوع:

اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الرجوع في الوصية بما دل على الرجوع صراحة، أو دلالة.

بأي لفظ يدل على الرجوع دلالة واضحة من غير احتمال لشيء آخر، أو بعبارة أخرى: الصريح كل لفظ دل على الرجوع وضماً، مثل أن يقول الموصي: رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو نقضتها، أو غيرهما، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، أو فهو لورثتي، أو هو في ميراثي، فهذه الألفاظ نص في رجوع الموصي عن وصيته، وإبطالها لها. وقد اتفق الفقهاء رحمهم الله على صحة الرجوع عن الوصية باللفظ الدال على الرجوع دلالة صريحة^(١).

قال ابن قدامة في المغني^(٢): "ويحصل الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي. أو أبطلتها، أو غيرهما، أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان، أو فهو لورثتي، أو في ميراثي". وجاء في مجمع الأنهر: "ثم الرجوع قد يثبت صريحاً، وقد يثبت دلالة، فلهذا قال قولاً، كأن يقول رجعت عن وصيتي أو فعلاً، وهو ما فسره بقوله يقطع صفة فعلاً حق المالك

(١) انظر: تبين الحقائق ١٨٦/٦، العناية شرح الهدية ٢٣٦/١، المغني ٩٦/٦.

(٢) انظر: المغني ٩٦/٦.

في الغصب أي في المغصوب كقطع الثوب أو خياطته أو يزيل ملكه كالتبعية والهبة، فإنه إذا باع الموصى له أو وهبه كان رجوعاً دلالة والدلالة تقوم مقام الصريح، فقام الفعل للفعل المذكور مقام القول^(١).

جاء في الفواكه النبوية: "وصفة الرجوع أن يقول: رجعت عن وصيتي أو نسختها"^(٢). قال النووي: "وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو ليكر كان ذلك رجوعاً في الوصية لبشر. وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، وهو -أيضاً- مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا تعلم فيه مخالفاً؛ لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بما ليكر بخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر، فإنه يعمل أنه قصد التشريك بينهما، وقد ثبت وصية الأول يقينا فلا تزول بالشك، وإن قال: ما أوصيت به لفلان، فنصفه أو ثلثه كان رجوعاً في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول. وأجمع أهل العلم على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه إلا الوصية بالإعناق، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به -أيضاً-"^(٣).

جاء في كشف القناع: "فإذا قال الموصي (قد رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرهما) أو فسختها بطلت؛ لأنه صريح في الرجوع (أو قال) الموصي (في الموصى به هو لورثتي أو) هو (في ميراثي فهو رجوع) عن الوصية؛ لأن ذلك يناهض كونه وصية (وإن قال: ما أوصيت به لزيد فهو لعمرو وكان لعمرو ولا شيء) منه (لزيد) لرجوعه عنه وحصره إلى عمرو وأشبه ما لو صرح بالرجوع"^(٤).

(١) جمع الأمر في شرح منتهى الأثر (٤/٤٢٦).

(٢) الفواكه النبوية (٦/٢٤٩).

(٣) المجموع (١٥/٥٠٦).

(٤) كشف القناع (٤/٣٤٨).

المبحث الثاني

المبطل الثاني: التصرف في الوصية

وهو كل ما دل على العدول عن الوصية بواسطة العرف أو القرينة. وقد أجمع الفقهاء رحمهم الله على أن الموصي إذا تصرف في الموصى به بما يزيل اسمه، أو يخرج من ملكه أن ذلك رجوع عن الوصية^(١). قال ابن المنذر في الإجماع^(٢): "وأجمعوا أن الرجل إذا أوصى لرجل بجماعة لمبايعها، أو بشيء ما فأثلفه أو وهبه أو تصدق به أن ذلك كله رجوع".

التصرف في الوصية ينقسم إلى أقسام:

القسم الأول: التصرف الذي لا يعتبر رجوعاً باتفاق الفقهاء.

وهو عبارة عن التصرف في الموصى به بما لا يغير حقيقة، ولا يخرج من ملك الموصي، كالانتفاع بذاته، أو بغلته، أو بما يعود نفعه عليه، أو على الموصى له. فإن انتفع الموصي بذات الموصى به مع بقاء عينه، كالركوب، واللبس، أو انتفع بغلته كالإجارة، أو جعل غيره ينتفع به كالإعارة مع بقاء العين الموصى بها، أو تصرف بما فيه يرجع نفعه للموصى به، كإصلاحه، وتعليم الحيوان أو العبد، أو تخصيص الدار، أو غسل الثوب، فهذا النوع من التصرف لا يعتبر رجوعاً في الوصية باتفاق الفقهاء؛ لأن هذه الأفعال تعلقت بأمر خارج عن عين الموصى به، فلا تدل على الرجوع، ولا منافاة بينها وبين الوصية؛ ولأن للموصي حق الانتفاع بالعين الموصى بها أو بغلته قبل موته، كما له حق التصرف بما يرجع

(١) الإجماع ص ٩٠، يعني ٩٦/٦. ينظر: بدائع الصالحات ٣٢٩/٧، كنز الدقائق مع شرحه تبين الحقائق للمريعي ١٨٦/٦. رد المحتار ٦٥٨/٦، ملتقى شرح الموطأ للتاجي ١٢٣/٦، شرح الخروشي على مختصر خليل ١٧٢/٨، البيان في مذاهب الإمام الشافعي ٣٠٠/٨، أسنى المطالب ٦٦/٣، مغني المحتاج ١١٣/٤، حلية العلماء ١٣٧/٦-١٣٨، المغني ٩٦/٦، الفروع ٦٦٢/٤، الإنصاف ١١٣/٧، الرجوع عن التبعات المحضة ص ٤٥٩.

(٢) الإجماع ص ٩٠.

نقعه للموصى به أو الموصى له، وليس في شيء من ذلك ما يناقض الوصية، ولا يخرج هذا التصرف للموصى به من ملك الموصي، فلم تبطل الوصية^(١).

قال السرخسي^(٢): "وأما إذا زاد شيئاً يتوصل به إليه بغير بدل كما إذا أوصى بدار، ثم حصصها أو طينها، فذلك لا يكون رجوعاً؛ لأن ذلك تحسين وتزيين ويتوصل إليه بغير بدل، فلم يكن رجوعاً، وكان ذلك دليل البقاء على الوصية".
وكذلك لو أوصى له بثوب، ثم غسله لم يكن رجوعاً؛ لأنه ليس بزيادة، وإنما ذلك لإزالة الدرن والوسخ".

قال الكاساني: "ولو أوصى بثوب ثم غسله أو بدار ثم حصصها أو هدمها لم يكن شيء من ذلك رجوعاً؛ لأن الغسل إزالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفاً في الموصى به، وتخصيص الدار ليس تصرفاً في الدار بل في البناء؛ لأن الدار اسم للمعصرة والبناء بمنزلة الصفة، فيكون تبعاً للدار والتصرف في التبع لا يدل على الرجوع عن الأصل وتقض البناء تصرف في البناء، والبناء صفة وإنما تابعة"^(٣).

قال الخرشي^(٤): "وكذلك لا تبطل الوصية إذا أوصى له بأمة ثم زوجها أو بعده ثم زوجها؛ لأن الملك لم ينتقل، وكذلك لا تبطل الوصية إذا أوصى بعبد ثم علمه للموصى صنعة ... وكذلك لا تبطل وصية من أوصى لشخص بدار، أو ثوب أو سوق ثم إن الموصى حصص الدار بالجير ونحوه، أو صبغ ذلك الثوب أو لث ذلك السوق بالسمن وأخذ الموصى له ما ذكر بزيادته؛ لأن ما أوصى به يطلق على ما حصل فيه الزيادة فلم يتغير الاسم".

(١) انظر: المبسوط ١٦١/٢٧، بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، ملتقى شرح الموطأ ١٥٢/٦، شرح مختصر خليل ١٧٣/٨-١٧٤. البيان في ملهيب الإمام الشافعي ٢٩٨/٨، أمسى للطلاب ٦٦/٣، مغني المحتاج ١١٣/٤، لمغني ٩٨/٦، الفروع ٦٦٣/٤، الإنصاف ٢١٢/٧، المرجع عن التبرعات، المحضة ص ٤٥٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٦١/٢٧.

(٣) بدائع الصنائع (٣٧٩/٧).

(٤) انظر: شرح مختصر خليل ١٧٣/٨-١٧٤.

وفي حاشية الصاوي على الشرح الصغير: "(و) لا تبطل (بتزويج رقيق)؛ أي أوصى به لشخص ثم زوجه، (و) لا تبطل بـ (تعليمه) صنعة: فإذا أوصى برقيق لزيد ثم علمه صنعة فلا تبطل، وشاركه الوارث بقيمة التعليم، (و) لا تبطل (بوطء) من الموصي لجارته التي أوصى بها لزيد وتتوقف لينظر هل حملت فتبطل أو لا فيأخذها الموصى له"^(١).

قال زكريا الأنصاري: "(وليس التزويج والختان والتعليم) والاستخدام الإعارة والإجارة للموصى به (والركوب) للمركوب (واللبس) للثوب (والإذن) للرقيق (في التجارة رجوعاً) إذ لا إشعار لها به بل هي إما انتفاع وله المنفعة والرقبة قبل موته، وإما استصلاح محض، وربما قصد به إفاضة الموصى له"^(٢).

وفي تحفة المحتاج: "وليس التزويج والختان والتعليم: أي لصنعة، والإعارة والإجارة والركوب واللبس والإذن: أي للرقيق في التجارة رجوعاً"^(٣).

قال ابن قدامة في المغني: "وإن غسل الثوب، أو لبسه، أو حصص الدار، أو سكنها، أو أجر الأمة، أو زوجها، أو علمها، أو وطنها، لم يكن رجوعاً؛ لأن ذلك لا يزيل الملك ولا الاسم، ولا يدل على الرجوع"^(٤).

وفي شرح منتهى الإرادات: "أو بنى، أو غرس، أو وطئ أمة موصى بها ولم تحمل من وطنه، أو لبس ثوباً موصى به، أو سكن موصى به من دار بستان، أو بيت شعر ونحوه فليس رجوعاً؛ لأنه لا يزيل الملك ولا الاسم ولم يمنع التسليم، كغسل ثوب موصى به، أو كنس دار موصى بها، أو علم رقيقاً موصى به صنعة"^(٥).

(١) انظر: أسن لطائف ٦٦/٣.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير (١٣/٤).

(٣) تحفة المحتاج (١٦٥/٣).

(٤) انظر: المغني ٩٢/٦.

(٥) شرح منتهى الإرادات (٤٦٢/٢).

القسم الثاني: التصرف في الموصى به بالإهلاك والإتلاف:

كما إذا كان الموصى به طعاماً فأكله، أو عيشاً من الأعيان فأتلفها بنوع من أنواع الإتلاف، فهذا يعتبر رجوعاً في الوصية^(١).

القسم الثالث: التصرف بتغيير الموصى به بما يزيل اسمه:

إذا تصرف الموصي بتغيير الموصى به بما يزيل اسمه، فهذا يعتبر رجوعاً؛ لدلالة ذلك على إرادة الموصي بظلال الوصية، ولأنه لا يقع على العين المذكورة الاسم الذي أوصى به^(٢). فالموصي مثلاً: إذا أوصى بنخشب فجعله باباً، فإنه لم يبق بعد هذا التصرف ما يطلق عليه خشباً، وكذلك الثوب الموصى به إذا جعله قميصاً، لم يبق بعد هذا التصرف الثوب الذي أوصى به.

إذا كان الموصى به ثوباً فقطعه الموصي قميصاً، أو صبيغ، أو قصره، أو كان خشباً فجعله باباً، أو عرصة فبناها داراً، أو شاة فذبحها، أو خبزاً فجعله فتيماً، أو حنطة فطحنها، أو دقيقاً فعجنه، أو عجينة فخبزه، أو شاة فذبحها، أو بيضاً فأحضنه نحو دجاج ليفترخ، أو غزلاً فنسجه، أو لفة قصاعها خاتماً، أو حديدًا فصاغه سيقاً^(٣). لأن الموصى به تغير شكله واسمه، فلا يتناول لفظ الوصية^(٤).

في تحفة الفقهاء: "فإذا فعل بعد الوصية في الموصى به ما يدل على إبقاء الملك فيه لنفسه، فيكون رجوعاً، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه ونظائره كثيرة"^(٥).

(١) شرح البيهقي ٤/٤٤٦، غاية المحتاج ٦/٩٧، المغني ٦/٩٧، كشاف القناع ٤/٣٥٠.

(٢) بدائع الصالح ٧/٣٢٨، كثر الدقائق للنسفي مع شرحه تبين الحقائق ٦/١٨٦، رد المحتار ٦/٦٥٨، المغني شرح الموطأ ٦/١٥٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٨/١٧٠، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨/٣٠٠، أسنى المطالب ٣/٦٦، معنى المحتاج ٤/١١٣، حلية العلاء ٦/١٣٧-١٣٨، المغني ٦/٩٦، الترمذ ٤/٦٦٦، الإنصاف ٧/٦١٣.

(٣) للنسوي ٢٧/١٦١، المغني شرح الموطأ ٦/١٥٣، مغني المحتاج ٤/١١٤، المغني ٦/٩٧.

(٤) الرجوع عن التبعات المحضة ص ٣٥٥.

(٥) تحفة الفقهاء (٣/٢٢٣).

قال الكاساني^(١): "ولو أوصى بقميص ثم تقضه فجعله قباء فهو رجوع؛ لأن الخياطة في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض أولى".

قال الباجي في المنتقى شرح الموطأ: "مسألة: ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوب، فقد روى ابن الموار عن ابن القاسم: هو رجوع عن الوصية، قال أشهب: لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه فتبطل الوصية"^(٢).

وفي التاج والإكليل لمختصر خليل: "لو أوصى بغزل فحاكه ثوباً أو برداء فقطعه قميصاً فهو رجوع".

وقاله أشهب وزاد: أو بفضة فصاعها خاتماً أو بشاة ثم ذبحها، فهو كله رجوع؛ لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى به.

قال: وكذا قطن ثم حشي به أو غزله.

(وصوغ فضة) تقدم قول أشهب: وبفضة فصاعها (وحشو قطن) تقدم قول أشهب: وكذا بقطن ثم حشي به.

(وذبح شاة) تقدم قول أشهب: أو بشاة ثم ذبحها (وتفصيل شقة) تقدم قول ابن القاسم: أو برداء فقطعه قميصاً"^(٣).

وقال النووي: "فرع: أوصى بخنطة فطحنها، أو جعلها سويقاً، أو يذرهما، أو بدقيق فعجنه، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعاً لمعنيين. أحدهما: زوال الاسم، والثاني: إشعاره بإغراضه عن الوصية.

ونسب الشيخ أبو حامد للمعنى الأول إلى الشافعي رحمته الله، والثاني إلى أبي إسحاق، فلم تحصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي، فقياس للمعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني

(١) بدائع الصنائع ٣٢٩/٧.

(٢) انظر المنتقى شرح الموطأ ١٥٣/٦.

(٣) التاج والإكليل لمختصر خليل (٩/٥).

بقاؤها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاة قدسها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجين الدقيق، فإن العجين يسمى لو ترك، فلعله قدم إصلاحه وحفظه على الموصى له، وألحق العبادي في الرقم بما إذا أوصى بجلد فدبغه، أو بيض فأحضنه دجاجة، ولك أن تقول: قياس للمعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعاً لبقاء الاسم، وكذا الأحضان إلى أن ينفرخ.

ولو أوصى بخبز فجعله قتيلاً، فرجوع على الأصح كما لو لرده، ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قده، ولو طبخه أو شواه، فرجوع قطعاً، ولو أوصى برطب قتمره فوجهان: الأشبه أنه ليس برجوع، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد، ولو أوصى بقطن فغزله فرجوع، أو بغزل فنسجه، فرجوع على الصحيح، ولو حشا بالقطن فراشاً أو جبة فرجوع على الأصح^(١).

قال ابن قدامة في المعنى^(٢): "وإن وصى بحب ثم طحنه، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، أو بخبز ففتته، أو جعله قتيلاً كان رجوعاً؛ لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال، فدل على رجوعه".

وفي شرح منتهى الإرادات: "أو أزال اسمه فطحن الخنطة، أو خبز الدقيق الموصى به، أو جعل الخبز قتيلاً، أو نسج الغزل، أو عمل الثوب قميصاً، أو ضرب النقرة دراهم، أو ذبح الشاة، أو بنى الحجر أو الآجر الموصى به، أو غرس نوى موصى به فصار شجرة، أو نحر الحشبة بائاً أو كرسياً أو دولاباً ونحوه، أو أعاد داراً تهدمت، أو جعلها حماماً أو نحوه فرجوع؛ لأنه دليل لاختيار الرجوع، وكذا لو كسر السفينة وصار اسمها خشباً"^(٣).

القسم الرابع: التصرف في الموصى به بما يخرج عن ملكه:

اتفق الفقهاء على أن الوصية بجزء شائع لا تبطل بالبيع، ونحوه من التصرفات الناقلة

(١) روضة الطالبين (٥/٢٦٩).

(٢) انظر: المعنى ٩٢/٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات (٢/٤٦٢).

للملك، فإذا أوصى بثلاثة قبايع جميع مائه، أو استهلكه، أو اتلفه، ثم استعاد مالا آخر فإن الوصية تتعلق بالمال المستعاد، لتعلق الوصية بعين معين^(١).

إذا تصرف الموصي في الموصى به بما يخرج عن ملكه، أو تصرف بما ينشأ عن إغراضه عن الوصية فإن ذلك يعد رجوعاً؛ لأن خروج الموصى به من ملك الموصي انعدم محل الوصية^(٢).

مثال: أن يبيع الموصى به، أو يهبه، أو يوكل فيه بالبيع، أو الهبة أو الرهن، أو يعرضه للبيع أو الهبة، أو الرهن، أو يهلكه، أو يتصرف فيه بأي تصرف آخر يخرج عن ملكه^(٣).

وفي مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر^(٤): "وللموصي أن يرجع في وصيته ... قولاً ... أو فعلاً وهو ما فسرته بقوله: (يقطع ... حق المالك في الغصب) أي في المغصوب، كقطع الثوب أو خياطته، (أو يزيل ملكه، كالبيع، والهبة".

في الجوهرة النيرة: "وأما الفعل الذي يدل على الرجوع، كما إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه، أو يقرض فسجه، أو يدار فيسقي فيها، أو يشاة فلدنجا، أو بأمة ثم باعها، أو أعتقها، أو كاتبها، أو دبرها، فهذا كله يكون رجوعاً وإبطالاً للوصية"^(٥).

وجاء في مختصر خليل في بيان ما يحصل به الرجوع في الوصية: "ورجوع فيها، وإن تمرض، بقول، أو بيع، وعشق، وكتابة، وإيلاد، وحصد زرع، ونسج غزل، وصوغ فضة، وحشر قطن، وذبح شاة، وتفصيل شقة"^(٦).

(١) للمصادر الآتية.

(٢) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤٣٠/٦، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر ١٦٦٤/٢، التاج والإكليل لمختصر خليل ٥٢٩/٨، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٧٢/٨، أسنى للطلاب ٣/٦٤، معنى المحتاج ١١٣/٤، للفتي ٩٧/٦، الفروع ٦٦٢/٤، الإحصاف ٢١٢/٧.

(٣) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر ١٦٩٤/٩، المجموع شرح المهذب ٥٧٢/١٧، معنى المحتاج ١١٣/٤.

(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر ٦٩٤/٢.

(٥) الجوهرة النيرة (٩١٨/٦).

(٦) مع شرحه للخرشي ١٧٢/٨.

قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب: "والتصرف في الموصى به بمعاوضة) كبيع وإن حصل بعده قسح ولو بخيار المجلس (أو هبة أو رهن) ولو بلا قبض فيهما (أو كتابة أو تدبير) أو تعليق عتق بصفة أو نحوها (رجوع) لظهور قصد الصرف عن الموصى له" (١).

وقال النووي: "وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكتب فهو رجوع؛ لأنه صرفه عن الموصى له، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع؛ لأن تعريضه لروال الملك صرفه عن الموصى له.

ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوع؛ لأنه لم يزل الملك، وليس بشي" (٢).

قال ابن قدامة في المغني (٣): "وبحصول الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي ... وإن أكله، أو أطعمه، أو أنلفه، أو وهبه، أو تصدق به، أو باعه، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه، أو جارية فأحبلها، أو ما أشبه هذا، فهو رجوع".

وفي شرح منتهى الإرادات: "وإن باعه: أي باع موصى موصى به، أو وهبه، أو رهنه، أو أوجه في بيع، أو هبة بأن قال للإنسان: يعتكك أو وهبتك ولم يقبل مقول له ذلك فيهما أي في إيجاب البيع وإيجاب الهبة فرجوع، أو عرضه لهما أي البيع والهبة فرجوع، أو وصي يبيعه أو عتقه أي ما وصى به لإنسان من رقيقه بأن قال: أعطوه لزيد، ثم قال: اعتقوه، أو وصى بمجته، أو حرره عليه أي على الموصى له به كما وصى لزيد بشيء، ثم قال: هو حرام عليه فرجوع أو كاتبه أي الموصى به" (٤).

واختلف إذا عاد الموصى به إلى ملك الموصى قبل موته:

فقال جمهور المالكية: الفرق بين الموصى به المعين وغيره، فقالوا في المعين تعود الوصية

(١) انظر: أسنى المطالب ٦٤/٣.

(٢) المجموع (١٥/٢٩٩).

(٣) انظر: المغني ٦/٩٢.

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/٤٦١).

برجوعه لملك الموصى؛ لتعلق الوصية بعينه، ولا تعود إذا أخلفه بمثله.

بخلاف غير المعين إذا أخلفه بمثله، فإن الوصية تعود إلى خلفه^(١).

وقال الشافعية والحنفية وبعض المالكية: لا تعود الوصية برجوعه لملكه إلا بإيضاء جديد؛ لبطلان الإيضاء الأول بخروجه عن ملكه.

القسم الخامس: التصرفات التي اختلف الفقهاء في اعتبارها رجوعاً:
وهذه التصرفات هي:

١. هدم الموصى للدار الموصى بها، أو اتخدامها بنفسها إذا غير الاسم.
٢. بناء الموصى العرصة الموصى بها داراً، وغرس الأرض الموصى بها.
٣. زهن الموصى للموصى به.

وفيما يأتي بيان حكم كل تصرف من التصرفات المذكورة:

الأول: هدم الدار الموصى بها، أو اتخدامها إذا غير الاسم:

إذا أوصى بدار ثم هدمها الموصى، أو اتخدمت بنفسها، فتغير بذلك اسم الموصى به،

فهذا قد اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً عن الوصية على قولين:

القول الأول: أن هدم الدار أو اتخدامها لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به الحنفية^(٢)، وهو المعتمد عند المالكية^(٣)، ووجهه عند الحنابلة^(٤).

قال الكسائي في بدائع الصنائع^(٥): "ولو أوصى بثوب ثم غسله، أو بدار ثم جصصها،

أو هدمها، لم يكن شيء من ذلك رجوعاً".

(١) المصدر السابق.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٧٩/٧ تبين الخلفاء ١٨٧/١، الفتاوى الهندية ٩٢/٦، رد المحتار ٦٥٨/٦.

(٣) انظر: المختصر شرح للوطا ١٥٣/٦، التاج والإكليل ٥٢٧/٨، الشرح الكبير ٤٣٠/٤، منح الجليل شرح مختصر خليل ٥٢٣/٩.

(٤) انظر: الإيضاح ٢٩٣/٧-٦١٤.

(٥) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.

وقال الباجي في المنتقى شرح الموطأ^(١): "ولو أوصى له بدار فهدمها وصيرها عرصة فليس يرجوع؛ لأنه أوصى له بعرصة وبناء، فأزال البناء وأبقى العرصة".
وقال المرداوي في الإنصاف^(٢): "قوله: (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه، فطحن الخنطة، أو خبز الدقيق، أو جعل الخبز فتيتا، أو تسج الغزل، أو نجر الخشب بابا ونحوه، أو اتخدمت الدار وزال اسمها. فقال القاضي: هو رجوع. وذكر أبو الخطاب فيه وجهين)".

القول الثاني: أن هدم الدار أو اتخادها تعتبر رجوعاً في الوصية:

وأما اتخادها من غير فعل الموصي فيعتبر رجوعاً في الجزء المنهدم دون العرصة، ودون الباقي من الدار.

وهو قول غير معتمد عند المالكية^(٣)، وقال به الشافعية^(٤)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٥).
قال الدردير في الشرح الكبير^(٦): "(وفي) بطلان الوصية بسبب (نقض) يفتح التوّن وسكون القاف وبالقضاد المعجمة أي هدم بناء (العرصة) الموصى بها مع بنائها، ولو قال: الدار ونحوها كان أوضح، وعدم بطلانها به (قولان) المعتمد الثاني، فليس الهدم يرجوع".
قال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب^(٧): "(فرع) هدم الدار المبطل لاسمها رجوع عن الوصية (في النقض) أي المنقوض من طوب وخشب (وكذا في العرصة) لظهور ذلك في الصرف عن جهة الوصية (واتخادها) ولو بهدم غيره (يطلها في النقض)".

(١) المنتقى شرح الموطأ ١٥٤/٦.

(٢) الإنصاف ٢١٣/٧.

(٣) الشرح الكبير ٤٣٠/٤.

(٤) أسنى المطالب ١٦٦/٣، شرح البهجة له ٤٣/٤، تحفة المحتاج ١٨١/٧، حلية العلماء ١٣٨/٦-١٣٩.

(٥) الإنصاف ٢١٣/٧-٢١٤، شرح المنتهى ٤٦٦/٢، مطالب أولي النهى ٤٦٣/٤.

(٦) انظر: الشرح الكبير ٤٣٠/٤.

(٧) انظر: أسنى المطالب ٦٦/٣.

قال المرداوي في الإنصاف^(١): "أعلم أنه إذا خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه، فطحن الحنطة، وخبر الدقيق ونحوه، وكذلك لو زال اسمه بنفسه، كاتخاذ الدار أو بعضها، فقال القاضي: هو رجوع، وهو المذهب".

الأدلة

دليل القول الأول:

أن الدار تشمل العرصة، والبناء، فلو وصى أزال البناء بالهدم، وأبقى العرصة؛ لأن الدار بعد هدمها صارت عرصة، فالعرصة للموصي له^(٢).

دليل القول الثاني:

أن الهدم دليل على إغراض الموصي عن الوصية، ولأنه لا يطلق على المنهدم اسم الدار^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الثاني؛ وذلك لدلالة فعل الموصي بهدم الدار على إغراضه عن الوصية، ولعدم إطلاق اسم الدار على المنهدم.

الثاني: بناء العرصة داراً، وغرس الأرض:

إذا أوصى بعرصة ثم بناها الموصي داراً، أو أوصى بأرض ثم غرسها، فقد اختلف الفقهاء في كون هذا التصرف رجوعاً في الوصية على قولين: القول الأول: أن ذلك يعتبر رجوعاً في الوصية: قال به الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

(١) انظر: الإنصاف ٢١٣/٧ - ٢١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، المنتقى شرح الموطأ ١٥٣/٦.

(٣) أسنى المطالب ٦٦/٣، شرح المنتهى ٢٦٢/٢.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٦٦/٨، الفتاوى الهندية ٩٣/٦.

(٥) البيان ٣٠١/٨ - ٣٠٢، أسنى المطالب ٦٥/٣، شرح بهجة له ٤٥/٤، تحفة المحتاج ٩١/٧.

ووجه عند الخنابلة، صححه المرادوي في الإنصاف، والبهوتي في كشف القناع، واختاره القاضي^(١).

جاء في الفتاوى الهندية^(٢): "ولو أوصى بأرض، ثم زرع فيها رطبة لا يكون رجوعاً، وإن غرس الكرم أو الشجرة كان رجوعاً، كذا في فتاوى قاضي خان".

وفي الوسيط: "لو بنى أو غرس في العرصة الموصى بها، فثلاثة أوجه: أحدها: أنه رجوع؛ لأن البناء غير داخل في الوصية وهو للتخليد، والثاني: لا فإنه انتفاع مجرد، والثالث: أنه رجوع عن المغرس وأمس الجدار حتى لو تجنى لم يرجع -أيضاً- إلى الموصى له وليس رجوعاً عما عداه"^(٣).

وقال زكريا الأنصاري في شرح البهجة^(٤): "ويعصل الرجوع -أيضاً- ببناء العرصة الموصى بها أو بغرسها؛ لأن ذلك للدوام، فيشعر بأنه قصد بقاءها لنفسه".

وفي شرح منتهى الإرادات: "فإن غرسها أو بناها فرجوع في أصح الوجهين؛ لأنه يراد للدوام فيشعر بالصرف عن الأول ذكره الحارثي، ويمكن إدخالها في قول المتن: أو بنى أو غرس أو وطئ أمة موصى بها ولم تحمل من وطئه"^(٥).

القول الثاني: أن ذلك لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به المالكية في المشهور من مذهبهم^(٦).

وهو وجه عند الخنابلة اختاره أبو الخطاب^(٧).

(١) الفروع ٦٦٤/٤، الإنصاف ٢١٤/٧، كشف القناع ٣٥٠/٤.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٣/٦.

(٣) الوسيط ٤٨١/٤.

(٤) شرح البهجة ٤٥/٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٤٦٢/٢.

(٦) للفتى شرح الموطأ ١٥٤/٦، حاشية الدسوقي ٤٣٠/٤، شرح مختصر حليل ١٧٣/٨، منع الجليل ٥٢٠/٤.

(٧) الإنصاف ٢١٤/٧، كشف القناع ٣٥٠/٤.

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن مثل هذا التصرف يكون للدوام، فهو إشعار بأن الوصي أراد إبقاءها لنفسه،
ولأن الغرس يؤدي إلى تغيير اسم الموصى به، فإن الأرض بعد الغرس يسمى بمستاناً^(١).

دليل القول الثاني:

١. أن الوصية بالبناء تتناول الأرض، فإذا بطلت في البناء بقيت في الأرض، فتكون
الانقضاء للورثة والأرض للموصى له^(٢).

٢. قياس الغرس على الزراعة، فإنها لا تعتبر رجوعاً بالاتفاق، فكذلك الغرس.

٣. ولأن هذه الأفعال لم تعدم الموصى به، بل هو باق بعدها، وإن كان متصلاً بغيره^(٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن مثل هذه التصرفات تكون للدوام،

فهو دليل على إعراض الموصى عن وصيته، بالإضافة إلى أن فيه تغييراً لاسم الموصى به.

الثالث: رهن الموصى به:

إذا أوصى بشيء ثم رهنه.

فقد اختلف العلماء في كون ذلك رجوعاً في الوصية على قولين:

القول الأول: أن رهن الموصى به يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به الحنفية^(٤)، والشافعية^(٥).

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٦٦/٨، شرح البهجة ٤٥/٤، كشف القناع ٣٥٠/٤

(٢) المصدر السابق.

(٣) شرح مختصر خليل ١٧٣/٨، البيان ٣٠١/٨-٣٠٩، كشف القناع ٣٥٠/٤.

(٤) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٤٦٦/٨، شرح البهجة ٤٥/٤، كشف القناع ٣٥٠/٤.

(٥) انظر: البيان ٣٩٧/٨، مغني المحتاج ١١٣/٤، شرح الجلال اهلي على منهاج الطالبين المطبوع مع حاشيتي قبلوي.

وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة^(١).

جاء في الفتاوى الهندية^(٢): "ولو أوصى بعده ثم رهنه، يكون رجوعاً".

وقال الجلال المحلي في شرحه على منهاج الطالبين^(٣): "له الرجوع عن الوصية وعن

بعضها بقوله تقضت الوصية أو أبطلتها أو رجعت فيها، وكذا هبة أو رهن له مع قبض،

وكذا دونه في الأصح؛ لظهور صرفه بذلك عن جهة الوصية".

وقال المرادوي في الإنصاف^(٤): "قوله وإن باعه أو وهبه، أو رهنه كان رجوعاً... على

الصحيح من المذهب".

القول الثاني: أن رهن الموصى به لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال المالكية^(٥)، وهو وجه عند الشافعية^(٦).

ووجه عند الحنابلة^(٧).

الأدلة:

دليل القول الأول:

أن في رهن الموصى به تعريضاً له للبيع، بل إن للموصى علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من

عرضه للبيع، ولظهور صرف الموصى بذلك عن جهة الوصية^(٨).

وعنود ١٧٧/٣، شرح البهجة ٤٣/٤.

(١) لمغني ٦/٩٧، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١.

(٢) الفتاوى الهندية ٦/٩٣.

(٣) شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين المطبوع مع حاشيتي فيلوي وعنود ١٧٧/٣.

(٤) الإنصاف ٧/٢١٢.

(٥) المنتهى شرح الموطأ ٦/١٥٩، التاج والإكلیل لمختصر خليل ٨/٥٦٦، شرح مختصر خليل للبرقاني ٨/١٧٣.

(٦) مغني المحتاج ٤/١١٣.

(٧) لمغني ٦/٩٧، الإنصاف ٧/٢١٢، شرح المنتهى ٢/٤٦١.

(٨) لمغني ٦/٩٧، شرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ٣/١٣٣.

دليل القول الثاني:

أن اسم الموصى به باق، وصورته باقية مع بقاءه على ملك الموصي^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ وذلك لأن تصرف الموصي في الوصية بالرهن

يدل على إغراضه عنها.

المبحث الثالث

المبطل الثالث: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين الموصى بها

اختلف العلماء فيما إذا اتصل بالعين الموصى بها ما يمنع تسليمها على أقوال:

القول الأول: أن يتصل بالموصى به زيادة تمنع تسليم العين الموصى بها:

وبه قال الحنفية، والشافعية.

قال الكاساني: "أن يتصل بالعين الموصى به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها، كما إذا أوصى بسويق ثم ثمة بالسمن ... وكذا إذا وصى بدار ثم بنى فيها، أو أوصى بقطن ثم حشاه جبة فيه، أو أوصى ببطانة، ثم بطن بها أو بظهارة، ثم ظهر بها".

ودليل كونه رجوعاً ضرورة:

قال الكاساني: "لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم ما اتصل به، ولا يمكن تسليمه إلا بالنقض، ولا سبيل إلى التكليف بالنقض؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، فجعل رجوعاً من طريق الضرورة، ويمكن إثبات الرجوع في هذه المسائل من طريق الدلالة - أيضاً - لأن اتصال الموصى به بغيره حصل بصنع الموصي، فكان تعدد التسليم مضاقاً إلى فعله، وكان رجوعاً منه دلالة"^(١).

القول الثاني: أنه ليس برجوع:

وهو المعتمد في المذهب المالكي، واختلف أصحاب هذا القول لمن تكون الزيادة؟

فقال: للموصى له، ولا شيء للورثة فيها، وهو قول بن القاسم وأشهب.

وقال أصبغ: الزيادة للورثة، هم شركاء للموصى له بقيمة الزيادة قائمة، والموصى له

شريك في الورثة في قيمة الموصى به بدون تلك الزيادة.

حجة أصبغ: أن الزيادة غير موصى بها، فتكون باقية على ملك الموصي يورثها ورثته عنه.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٨٧/٧

وحجة قول ابن القاسم وأشهب: أن الزيادة لما كانت غير مستقلة عن الموصي به كان الظاهر أن الموصي قصد إلحاقها بالأصل الموصي به، فكان الجميع وصية، وهو مخالف؛ لقاعدة أن الأموال لا تنقل بالشك، وقاعدة أن الشك في السب يوجب بطلان المسبب؛ لأن إلحاق الزيادة بالوصية مشكوك فيه.

واختار خليل: قول أصبغ في البناء، وقول أشهب وابن القاسم في تخصيص الدار ولت السويق، وتعليم الحيوان وغير ذلك، وكأنه رأى أن البناء زيادة كبيرة والشأن التساهل والتسامح في الأشياء الخفيفة، فتحمل على أن الموصي قصد إضافتها للوصية، بخلاف الأشياء الكبيرة فالأصل عدم التسامح فيها فتبقى على ملك الموصي^(١).

والأقرب:

الرجوع في مثل هذه المسائل إلى قرائن الأحوال؛ إذ قد يقصد الموصي زيادة الموصي

به.

(١) شرح مختصر خليل للبرقاني ١٧٣/٨.

المبحث الرابع

المبطل الرابع: تغيير الموصى به

الحق الحنفية، والحنابلة، والشافعية في المعتمد عندهم التغييرات الموجبة لزوال الاسم، والتي لم تصدر عن الموصي.

في بدائع الصنائع: "والثاني: أن يتغير الموصى به بحيث يزول معناه، واسمه سواء كان التغيير إلى الزيادة أو إلى النقصان، كما إذا أوصى لإنسان بشعر هذا النخل ثم لم تمت الموصي حتى صار يسرا أو أوصى له بهذا اليسر ثم صار رطباً أو أوصى بهذا العنب، فصار زيتاً، أو بهذا السبيل، فصار حنطة، أو بهذا القصيل، فصار شعيراً أو بالحنطة المبذورة في الأرض، فنبتت وصارت بقلًا أو بالبيضة، فصارت فرخاً أو نحو ذلك ثم مات الموصي بطلت الوصية فيما أوصى به، فثبت الرجوع ضرورة هذا إذا تغير الموصى به قبل موت الموصي؛ لأنه صار شيئاً آخر لزوال معناه، واسمه، فتعذر تنفيذ الوصية فيما أوصى به"^(١).

وخالف الحنفية هذه في الوصية بالحمل إذا صار كيتاً، فاستحسنوا أنه ليس يرجوع، وإن كان القياس يقتضي البطلان فقدموا الاستحسان على القياس^(٢).

وعلى غرارها إذا أوصى بعجل فصار ثوراً، أو بمهر فصار حصاناً، أو بقصيل فصار جملًا، فإن ذلك لا يعد رجوعاً استحساناً، ويعد رجوعاً قياساً.

والأقرب:

بأن تغير الاسم يقضي الرجوع ما لم يكن نص أو قرينة؛ لأن الأصل بقاء الوصية. فإن كان الفعل لا يتغير معه الاسم فإنه لا يعد رجوعاً، كما لو أوصى له بشعر فجده، أو بصوف فجرة، أو زرع فحصدته ولم يدرسه، أو درسه ولم يصفه، أو أوصى له بثوب

(١) بدائع الصنائع ٣٨٤/٧، رد المحتار ٦٥٨/٦، ونظم: لمعي ٦٨/٦.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

فخاطمه، أو فصله؛ لأن الموصى به بعد هذه الأفعال لم ينزل عنه اسمه، فالثمر بعد حذره يسمى ثمرًا، والصوف بعد جزه يسمى صوفًا، والزرع بعد حصده ما دام لم يصف يسمى زرعًا، والثوب بعد خياطته وتفصيله يسمى ثوبًا، بخلاف ما لو صلي الزرع فإنه يكون رجوعًا؛ لأنه بعد التصفية يسمى قمحًا أو شعيرًا، والصوف إذا غزل، والغزل إذا نسجه، فإن ذلك رجوع لزوال الاسم؛ لأن الصوف بعد الغزل لا يسمى صوفًا، والغزل بعد نسجه لا يسمى غزلًا، وهكذا.

المبحث الخامس

المبطل الخامس: جحد الوصية

إذا قال الموصي: لم أوص، أو لم تصدر مني وصية، أو يقول أمام شهود: اشهدوا أنني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير، أي أن الموصي ينفي الوصية في الماضي.

فقد اختلف الفقهاء رحمهم الله في كون جحد الوصية رجوعاً على قولين:

القول الأول: أن جحد الوصية يعتبر رجوعاً:

قال به أبو يوسف صاحب أبي حنيفة^(١).

والشافعية فيما إذا لم يكن الجحد لغرض^(٢)، وقال به الخنابلة في قول^(٣).

قال الكاساني^(٤): "ولو أوصى ثم جحد الوصية ذكر في الأصل أنه يكون رجوعاً، ولم

يذكر خلافاً.

قال المعلى عن أبي يوسف في نوادره قال أبو يوسف رحمهم الله: في رجل أوصى بوصية ثم

عرضت عليه من القدر فقال: لا أعرف هذه الوصية، قال: هذا رجوع منه.

وكذلك لو قال: لم أوص بهذه الوصية.

وقال الخطيب الشربيني^(٥): "ولو سئل عن الوصية فأنكرها. قال الرافعي: فهو على ما

مر في جحد الوكالة - أي فيفرق فيه بين أن يكون لغرض فلا يكون رجوعاً، أو لا لغرض

فيكون رجوعاً - وهذا هو المعتمد."

وقال ابن قدامة^(٦): "وإن جحد الوصية لم يكن رجوعاً في أحد الوجهين، وهو قول

أبي حنيفة في إحدى الروايتين، ولأنه عقد، فلا يبطل بالجحد، كسائر العقود. والثاني،

(١) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، بدائع الصنائع ٣٨١/٧، العناية شرح الهداية ٤٣٩/١٠.

(٢) معنى المحتاج ١١٣/٤، أسنى للطلاب ٦٤/٣.

(٣) للمعنى ٩٨/٦، تصحيح الفروع ٦٦٣/٤، الإتيان ٢١٣/٧.

(٤) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

(٥) معنى المحتاج ١١٣/٤.

(٦) النظر للمعنى ٩٨/٦.

يكون رجوعاً؛ لأنه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له^(١).

القول الثاني: أن جحد الوصية ليس برجوع:

قال به محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة، وهو المختار المقتضى به عند الحنفية^(٢)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٣).

قال الكاساني^(٤): "وسألت محمداً عن ذلك فقال: لا يكون الجحد رجوعاً، وذكر في الجامع إذا أوصى بثلاث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك: أشهدوا أنني لم أوص فلان بقليل، ولا كثير - لم يكن هذا رجوعاً منه عن وصية فلان، ولم يذكر خلافاً".

وقال المرداوي^(٥): "وأطلق فيما إذا جحد الوصية الوجهين وأطلقهما في المعنى، والشرح، والرعائين، والحاوي الصغير، والفروع، وشرح الحارثي:

أحدهما: ليس برجوع، وهو المذهب صححه في التصحيح، وجزم به في الهداية، والمذهب، والمستوعب، والخلاصة، والوجيز، وغيرهم، وقدمه في الكافي".

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. الأدلة الدالة على اشتراط الرضا:

وهذا لم يتطلب نفسه، فلا تصح وصيته.

٢. أن الإنكار دليل على عدم رغبته في الوصية، وعدم طيب نفسه بالانتقال للموصى به للموصى له.

(١) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧، الهداية مع شرحه العتبة ٤٣٩/١٠، تبين الخلافات شرح كثير الفتاوى ١٨٧/٦، درر

الحكام شرح الأحكام ٤٣٩/٢.

(٢) المعنى ٩٨/٦، الإصناف ٢١٣/٧، شرح المنهاج ٤٦٩/٢، مطالب أولي النهى ٤٦٢/٤.

(٣) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

(٤) الإصناف ٢١٣/٧.

٣. أن الجحود من الموصي يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له، فكان رجوعاً عن الوصية^(١).

٤. أن معنى الرجوع عن الوصية هو فسخها وإبطالها، وفسخ العقد كالام يدل على عدم الرضا بالعقد السابق وبشروط حكمه، والجحود في معنى عدم الرضا؛ لأن الواحد لتصرف من التصرفات غير راض به، وبشروط حكمه فيتحقق فيه معنى الفسخ فيحصل معنى الرجوع؛ لأن الفسخ رجوع^(٢).

٥. أن الرجوع نفي في الحال فقط، والجحود نفي في الماضي والحال فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعاً؛ فإن دلالة على رفض الوصية أقوى من الرجوع الصريح؛ لأن الرجوع الصريح نفي لوجود الوصية في الحال فقط^(٣).

أدلة القول الثاني:

١. أن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال، وبعبارة أخرى أن الرجوع مركب من النفي والإثبات، والجحود مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعاً حقيقة، ولا العكس -أيضاً-^(٤).

٢. أن الوصية عقد، فلا يبطل بالجحود، كسائر العقود، فإنها لا تبطل بالجحود والإنكار، كالبيع والهبة، والإجارة، فكذلك الوصية^(٥).

٣. أن حقيقة الجحود بغاير حقيقة الرجوع، فلا ينوب أحدهما عن الآخر؛ إذ الرجوع معناه اعتراف بحصول الوصية في الماضي وإبطالها في الحاضر والمستقبل،

(١) انظر: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، المعني ٩٨/٦.

(٢) انظر: بدائع الصانع ٣٨١/٧.

(٣) انظر: العناية شرح البداية ٤٣٩/١٠.

(٤) العناية شرح الهداية ٤٣٩/١٠.

(٥) المعني ٩٨/٦.

والجحود إنكار لوجودها في الماضي والحاضر والمستقبل، فلو جعل الجحود رجوعاً لدل على وجود الوصية وعدمها في الماضي، وهو تناقض^(١).

ونوقش: بأن من جعل الجحود رجوعاً لم يجعل حقيقة الجحود والرجوع واحدة حتى يقال لهم: إن حقيقتها متغايرة، وإنما يريدون بذلك أن هذا اللفظ يستعمل مجازاً في الرجوع لما بينهما من العلاقة وهي دلالة كل منهما على النفي والإنكار، وإن كان هذا في الماضي والحال وذاك في الحال فقط.

واللفظ المجازي مستعمل في غير ما وضع له، ولا يراد منه عند هذا الاستعمال معناه الحقيقي حتى يقال: إنه لو دل على الرجوع لكان تناقضاً لدلالته على الحصول الوصية في الماضي وعدم حصولها فيه^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو كون الجحود عن الوصية رجوعاً؛ وذلك لظهور معنى إرادة إبطال الوصية فيه؛ لأن جحود الموصي للوصية المقصود منه الإعلان عن رغبته في عدم بقائها، والجحود يدل على هذه الرغبة دلالة قوية لا تقل عن دلالة الرجوع الصريح فتبطل الوصية به، كما يبطل بالرجوع الصريح، فيكون الجحود من باب الرجوع دلالة.

(١) بدائع الصنائع ٧/٣٨١.

(٢) الرجوع في التزعات المحقة ص ٣٥٦.

المبحث السادس

المبطل السادس : تأخير الوصية

إذا قال الموصي:

أخبرت وصيتي، فنص الحنفية إلى أن ذلك لا يعتبر رجوعاً ما لم يكن على سبيل الترك^(١).

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٢): "وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله: لو أن رجلاً أوصى بوصايا إلى رجل فقيل له: إنك ستبرأ فأخر الوصية، فقال: أخرتها، فهذا ليس برجوع، ولو قيل له: أتركها، فقال: قد تركتها، فهذا الرجوع".

والدليل على ذلك:

أن الرجوع عن الوصية هو إبطال الوصية، والتأخير لا يدل على الإبطال، كتأخير الدين، بخلاف الترك، فإنه يدل على الإبطال، كما في الدين، فإنه لو قال: أخبرت الدين كان تأجيلاً له لا إبطاً، ولو قال: تركته كان إبراء^(٣).

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٨١/٧، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦، قرر الحكم شرح غرر الأحكام ٤٣١/٢.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨١/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٨١/٧، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٨٧/٦.

المبحث السابع

المبطل السابع : غلط الموصي في تحديد مقدار الوصية

إذا غلط الموصي في وصيته، بأن أوصى بثلث ماله لآخر، وظن أن ثلثه خمسة آلاف ريال مثلاً، إلا أنه بعد إحصاء ماله تبين أن ثلثه يزيد عن ذلك، فكان ستة آلاف ريال مثلاً، فهل هذه يعتبر رجوعاً، وتكون الوصية بذلك باطلة، أم لا؟ ذهب الحنفية^(١) إلى أن ذلك لا يعتبر رجوعاً في الوصية.

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٢): "روى بشر عن أبي يوسف رحمته الله في رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى، وأخبر الموصي أن ثلث ماله ألف، أو قال: هو هذا، فإذا ثلث ماله أكثر من ألف، فإن أبا حنيفة رحمته الله قال: إن له الثلث من جميع ماله، والتسمية التي سمى باطلة، لا ينقض الوصية خطؤه في ماله، إنما غلط في الحساب، ولا يكون رجوعاً في الوصية، (وهذا) قول أبي يوسف رحمته الله."

والأدلة على ذلك:

١. أن الموصي لما أوصى بمقدار معين - كالثلث مثلاً - فقد أتى بوصية صحيحة؛ لأن صحة الوصية لا تقف على بيان مقدراً الموصى به، فوقعت الوصية صحيحة بدونه، ثم بين المقدار وغلط فيه، والغلط في قدر الموصى به لا يقدح في أصل الوصية، فيثبت الوصية متعلقة بثلث جميع المال^(٣).
٢. أن هذا الكلام الأخير من الموصي يحتمل أن يكون رجوعاً عن الزيادة على القدر المذكور، ويحتمل أن يكون غلطاً، فوقع الشك في بطلان الوصية، فلا تبطل مع الشك؛ لأن القاعدة المقررة: أن التامث يقيّن لا يزول بالشك^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٣٨١/٧، الفتاوى الهندية ١١١٩/٦، رد المحتار ٦٦٦/٦.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨١/٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣٨١/٧.

(٤) انظر: المرجع السابق نفسه، والرجوع عن التزعات المفضة ص ٥٩.

المبحث الثامن

المبطل الثامن: وصف الوصية بالحرمة

اختلف الفقهاء إذا وصف الموصي الوصية بالحرمة، هل هو رجوع عنها؟ على قولين:

القول الأول: أن وصف الوصية بالحرمة رجوع عنها:

قال به الشافعي^(١)، والحنابلة^(٢).

قال الهيتمي في تحفة المحتاج^(٣): "له الرجوع عن الوصية إجماعاً، وكالحبة قبل القبض، بل أولى ... وبحصل الرجوع (بقوله: تقضت الوصية، أو أبطلتها، أو رجعت فيها، أو فسختها)، أو رددتها أو أزلتها، أو رفعها، وكلها صرائح، كهو حرام على الموصي له". وقال الرحيباني في مطالب أولى النهى^(٤): "(وإن) فعل موص ما يقتضي عدوله عن الوصية، بأن (باع ما أوصى به أو وهبه)، فرجوع ... (أو حرمة عليه) أي: الموصي له به، كما لو وصى لزيد بشيء، ثم قال: هو حرام عليه، فرجوع".

القول الثاني: أن وصف الوصية بالحرمة ليس رجوعاً عنها:

قال به الحنفية^(٥).

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٦): "ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي حرام، أو هي رثا، لا يكون رجوعاً؛ لأن الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع".

(١) أسى لمطالب ٦٤/٣، شرح البهجة له ٤٣/٤، تحفة المحتاج في شرح المنهاج ٧٦/٧-٧٧، معنى المحتاج ١١٢/٤.

(٢) الإيضاح ٢١٢/٧، شرح المنهاج ٤٦٢/٢، مطالب أولى النهى ٤٦٢/٤-٤٦٣.

(٣) تحفة المحتاج ٧٦/٧-٧٧.

(٤) مطالب أولى النهى ٤٦٢/٤-٤٦٣.

(٥) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧، كنز الدقائق للسبكي مع شرحه تبين الخلاف للزيلعي ١٨٧/٦، درر الأحكام شرح غرر

الأحكام ٤٣١/٢، الفتاوى الهندية ١٩٣/٦، رد المحتار ٦٥٩/٦.

(٦) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. أن الوصية عقد جائز، ومن حق الوصي الرجوع عنها، وفي تحريمها على الموصى له دليل على رجوعه عنها، كتحريمه طعامه على غيره بعد إباحته له^(١).
٢. أنه لا يجوز أن يكون الموصى به الذي وصفه بالحرمة وصية له، وهو محرم عليه^(٢).

دليل القول الثاني:

- أن الحرمة لا تنافي الوصية، بل هو يستدعي بقاء الأصل، فلم يكن دليل الرجوع^(٣).
- الترجيح:
- الراجح - والله أعلم - أن وصف الوصية بالحرمة ليس رجوعاً عنها؛ وذلك لجريان العرف بأن من قال ذلك أنه يريد إبطال الوصية، وعدم إمضاها.

(١) أمسي لمطالب ٦٤/٣.

(٢) المجموع شرح المهذب ٥٦٩/١٧.

(٣) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧، كنز الدقائق للتنقيح مع شرحه تبين الحقائق ١٨٧/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤٣١/٢.

المبحث التاسع

المطلب التاسع : جعل الموصى به بعينه لآخر

وتحت مطالب:

المطلب الأول: أن يكون مع عدم إلغاء الوصية الأولى:

مثل: الوصية لأحدهما بهذه الأرض أو بدينه الذي له على فلان، ثم يوصى للثاني بنفس الأرض، أو الدار، أو السيارة، أو الدين الذي أوصى به للأول، دون إلغاء الوصية الأولى.

وقد اختلف فيها الفقهاء على قولين:

القول الأول: أنهما يشتركان في الموصى به المعين:

ويقسم بينهما نصفين إذا حمله الثلث، أو أجازها الورثة، وإلا فما حمله الثلث، وهو قول جمهور أهل العلم: الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤).
وبه قال الثوري، وإسحاق، وابن المنذر.

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٥): "إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ثم قال: أوصيت بثلث مالي لفلان آخر ممن تجوز له الوصية، فالثلث بينهما نصفان".
وقال الباجي في المنتقى^(٦): "ومن أوصى بعبده ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، فإنه يكون بينهما بنصفين، رواه ابن عبدوس عن مالك، وابن القاسم، وأشهب، وكذلك لو كانت داراً لكانت بينهما، أو ما حمله الثلث منها".

(١) مختصر الفجلوي ص ١٥٩، لموسط ١٤٦/٢٧، بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، البداية ١٢/١٢، المجوعة الثيرة ٢٧٩/٢٧٩.

(٢) للفتى شرح للموطأ ٦٦١/٦، لمعونة ٥٢٦/٢، الإشراف ١١٠١/٢، حاشية للسوقي على الشرح الكبير ٤٢٩/٤.

(٣) الأم ١٢٤/٤، الحاوي ٣٠٩/٨، تحفة المحتاج ٧٦/٧-٧٧، حاشية الجمل للمهجع ٦٨/٤.

(٤) مسائل أحمد للكويتج ٤٦٨/٢، للفتى ٤٦٥/٨، شرح الزركشي ٤٨٣/٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٣٧٩/٧.

(٦) للفتى شرح للموطأ للباجي ١٦١/٦.

وقال الشريفي في معني المحتاج^(١): "ولو أوصى لزيد بماله، ولعمرو بمائة، ثم قال لآخر: أشركك معهما، أعطيت نصف ما بيدهما، ولو أوصى بعين لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، لم يكن رجوعاً عن وصيته؛ لاحتمال إرادة التشريك، فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت بما لكما، لكن لو رد أحدهما الوصية في الأولى، كان الكل للأخذ، بخلافه في الثانية، فإنه يكون له النصف فقط؛ لأنه الذي أوجبه له الموصي صريحاً بخلافه في الأولى".

وقال ابن قدامة في المعني^(٢): "قال: (وإذا أوصى بجارية لبشر، ثم أوصى بها لبكر، فهي بينهما) وخملة ذلك: أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله، ثم وصى به لآخر، أو وصى له بثلاثة، أو وصى بجميع ماله لرجل، ثم وصى به لآخر، فهو بينهما، ولا يكون ذلك رجوعاً في الوصية الأولى".

وصورة ذلك: أن يوصي شخص لآخر بمعين من ماله، ثم يوصي به لآخر.

القول الثاني: أن ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى:

فتكون الوصية للموصى له الثاني:

وهو وجه عند الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.

وقال به جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود^(٣).

قال ابن قدامة في المعني بعد ذكر القول الأول^(٤): "... وقال جابر بن زيد، والحسن،

وعطاء، وطاوس، وداود: وصيته للآخر منهما؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعاً".

(١) معني المحتاج ١١٤/٤.

(٢) المعني ٦٥/٦.

(٣) المنتقى شرح الموطأ للبيهقي ١٦٦/٦، العزيز شرح الوجيز ٢٠٦/٧، حلية العلماء في معرفة مذاهبة الفقهاء،

١٣٣/٦، البيان ٢٢٦/٨، القروع ٥٠٠/٤.

(٤) المعني ٤٦٥/٨.

الأدلة:

أدلة القول الأول: (الاشتراك)

١. أن الأصل في الوصية بشيء لإنسان ثم الوصية به لآخر هو الإشتراك؛ لأن فيه عملاً بالوصيتين بقدر الإمكان، والأصل في تصرف العاقل صيافته عن الإبطال ما أمكن، وفي الحمل على الإشتراك عمل بكل واحد منهما من وجه، فيحمل عليه ما أمكن^(١).
٢. أن الموصي وصى لهما بهذه الوصية فاستويا فيها، كما لو قال لهما: وصيت لكما بالداية^(٢).
٣. أنه يحتمل أن الموصي لم يرد بطلان الوصية الأولى، بدليل أنه لم يذكرها في الثانية؛ إذ يحتمل أنه تسبها، فاستصحبها بقدر الإمكان صوتاً لها من الإلغاء^(٣).
٤. القياس على ما إذا قال شخص لشخصين في وقت واحد: أوصيت لكما بثلث مالي، أو قال: أوصيت بعدي هذا لزيد، وأوصيت به لعمرو، فإنه يكون بينهما إجماعاً فكذلك هنا؛ إذ لا فرق بين اقتراح الوصيتين، وبين افتراقهما^(٤).
٥. أنه يمكن أن تكون الوصية الثانية رجوعاً، ويمكن أن تكون بنسيان الأولى يحتمل أن يقصد بها التشريك بين الأول والثاني، فوجب حملها مع هذا الاحتمال على التشريك بينهما؛ لاستوائهما في الوصية لهما، لانسبهما وأن المحل يحتمل الشراكة، واللفظ صالح لهما^(٥).
٦. أن الموصي إذا لم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى لم يجز أن يكون جميع الموصي به

(١) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.

(٢) انظر: المغني ٤٦٥/٨.

(٣) أسنى لطالبه ٦٥/٣، شرح البهجة له ٤٥/٤.

(٤) الحاوي الكبير ٣٠٩/٨.

(٥) انظر: تبين الخلفات ١٨٧/٦، النهاية ١١٦/١٢.

لكل واحد منهما، وليس أحدهما أولى به من الآخر، فلم يبق إلا أن يكون بينهما لتساويهما في سب الاستحقاق، وهو الوصية به^(١).

وحجة القول الثاني:

١. القياس على النصين المتعارضين، فإن الثاني المتأخر ينسخ المتقدم. ونوقش: بأن النسخ لا يصر إليه إلا مع تعدد الجمع، وهنا أمكن بقسمة الوصية بين الموصي لم.

٢. أن الموصي وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعاً، كما لو قال: ما وصيت به لزيد فهو ليكر^(٢). ونوقش: بأن الصورة التي قاسوا عليها، ورد فيها تصريح بالرجوع عن وصيته لزيد، فكان بينهما فرق^(٣).

٣. أن الوصية الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي، حيث يكون ذلك رجوعاً^(٤).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن الوصية الثانية لا تنافي الأولى، حيث يمكن الجمع بينهما، وتصحيح كلام الموصي، والأصل تصحيح كلام العاقل ما أمكن، وكلام الموصي يحتمل التشريك، فلم تبطل وصية الآخر بالشك^(٥).

الوجه الثاني: أنه يحتمل أن يكون قصد الجمع والتشريك دون الرجوع، حيث ملك كل واحد منهما جميع العين عند الموت، ولا يمكن أن تكون جميعها لكل واحد منهما

(١) الإشراف ١٠١١/٢، شرح الزركشي ٢٨٣/٤.

(٢) بدائع الصنائع ٦٨/١٠.

(٣) المغني ٤٦٥/٨، شرح الزركشي ٣٨٤/٤.

(٤) المرجع السابق لنفسه.

(٥) المرجع السابق لنفسه.

فتنزل الوصية منزلة ما لو قال دفعة واحدة: أوصيت لكما بهذه العين.

٤. القياس على ما لو وهب مالا لزيد، ثم وهبه لعمرو قبل القبض، فإن ذلك يكون رجوعاً، فكذا هنا.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، فالهبة تلزم بالعقد، وعلى التسليم فإنه قياس مع الفارق؛ لأن لزوم الهبة بالقبض، فإذا وهبها قبل القبض علم رجوعه، بينما لزوم الوصية بعد الموت، فإذا أوصى لزيد ثم لعمرو فيصار إلى التشريك؛ إذ المحل قابل للشركة.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن ذلك لا يعد رجوعاً وذلك لقوة دليبه، وورود المناقشة على أدلة القول الثاني، ولأن إعمال كلام المكلف أولى من إهماله.

المطلب الثاني: أن يجعل الموصي الموصى به بعينه لشخص آخر، مع إلغاء الوصية

الأولى:

مثل أن يقول: البيت الذي أوصيت به لزيد، فهو لبركر.

وقد اتفق فقهاء الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، والحنابلة^(٤) على أن ذلك يعتبر رجوعاً عن الوصية الأولى، فتبطل الوصية للأول، وتكون للثاني.

وعن الإمام مالك^(٥): أنه لا يعتبر رجوعاً إلا ما كان صريحاً في الرجوع.

قال الكاساني في بدائع الصنائع^(٦): "ولو أوصى بشيء لإنسان، ثم أوصى به لآخر،

(١) المبسوط ١٥٧/٢٧، بدائع الصنائع ٣٧٩/٧، كنز الدقائق للتسقي مع شرحه تبين الخلفاء ١٨٧/٦.

(٢) للتقي شرح لموطأ ٦٦١/٦، شرح مختصر خليل ١٧٣/٨.

(٣) الأمل ١٢٤/٤، البيان في مذهب الإمام الشافعي ٢٩٧/٨، أسنى المطالبين ٦٥/٣، تحفة المحتاج ٧٧٧-٧٦٦/٧، حلية العلل ١٣٢/٦.

(٤) للعيني ٩٦/٦، القروع ٦٦٢/٤، الإيضاح ٢١١/٧.

(٥) لغيره ٢٨٧/٩، ٤٤٧، ٢٦٥، ٣٨٩.

(٦) بدائع الصنائع ٣٧٩/٧.

قجملة الكلام فيه أنه إذا أعاد عند الوصية الثانية الوصية الأولى، والموصى له الثاني محل قابل للوصية، كان رجوعاً ...

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان، أو بعدي هذا لفلان، ثم قال: الذي أوصيت به لفلان، أو العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان، كان رجوعاً عن الأولى، وإمضاء للثانية^(١).

وقال الباجي في المنتقى بعد ذكر حكم الصورة الثانية: أن من أوصى بعبد ميمون لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يذكر رجوعاً عن الوصية الأولى، أنه يكون بينهما بتصفين^(٢): "إذا ثبت ذلك فقد حكى ابن الموار أنه بينهما حتى يبين أن القول الآخر رجوع عن الأول، مثل أن يقول: عدي الذي أوصيت به لزيد هو لعمرو، فهذا رجوع، فإن لم يقبله الثاني فلا شيء فيه للأول".

وقال العمراني^(٣): "وإن وصى لرجل بشيء، ثم قال: ما أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان ... فهو رجوع عن وصيته الأولى؛ لأنه قد نقل الوصية من الأولى إلى الثانية، وصرح بذلك، وحكى الشيخ أبو إسحاق وجهاً آخر، أنه يكون بينهما، والأول أصح".

قال ابن قدامة^(٤): "(وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر، كانت لبكر)، هذا قوطم جميعاً، وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وهو -أيضاً- على مذهب الحسن وعطاء، وطاوس، ولا تعلم فيه مخالفاً".

الأدلة على ذلك:

١. أن الموصي صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبه ما لو قال: رجعت عن وصيتي لزيد، وأوصيت بها لبكر^(١).

(١) المنتقى شرح الموطأ ٦/٦٦١.

(٢) البيان ٨/٩٩٧.

(٣) المغني ٦/٩٦.

(٤) المغني ٦/٩٦.

٢. أن كون الموصى له الثاني محلاً للوصية، مع إعادة الوصية، لا يمكن حمل ذلك على الإشتراك؛ لأنه لما أعاد الوصية علم أنه أراد نقل تلك الوصية من الأول إلى الثاني، ولا ينتقل إلا بالرجوع، فكان ذلك منه رجوعاً^(١).

٣. أن تعريف المسند إليه والإتيان بضمير الفصل يفيدان القصر، والقصر يفيد إثبات الحكم للمذكور ونفيه عما عداه.

فقوله: الدار التي أوصيت بها لعمرو هي لزيد، معناه: هي له وحده.

فرع:

واختلف إذا كان الموصى له الأخير وارثاً:

فقال الحنفية، والشافعية^(٢): ذلك رجوع، ولا شيء للموصى به الأول، والخيار للورثة في إرضائه للوارث ورده؛ لما تقدم.

وقال ابن القاسم، وأشهب من المالكية^(٣): هو بينهما، وللوارث الخيار في رد نصيب الوارث.

ووجهه: أنه أوصى به في وجهين فاقتضى الشريك بينهما.

والأقرب:

القول الأول؛ لما تقدم من الدليل.

المطلب الثالث: الوصية لشخص بشيء، والوصية ببيع لشخص آخر:

مثل: الوصية لأحدهما بداره أو سيارته، ثم الوصية للآخر ببيع تلك الدار أو السيارة له.

وقد اختلف الفقهاء فيها على أقوال^(٤):

القول الأول: أن الوصية بالبيع رجوع عن الوصية الأولى:

(١) بدائع الصنائع ٣٨٠/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٩٣/٦، نهاية المحتاج ٩٧/٦، الرجوع عن التبرعات المحقة ص ٤٥٣.

(٣) لفتاوى ١٦١/٦.

(٤) انظر: المدونة ٦٥/٧.

القول الثاني: أنه ليس برجوع، ويبيع الموصى به للموصى له بالبيع بنقص ثلث

ثمنه:

وحجته: أنه أوصى له بثلاثة ضمنا، ويعطى الثمن للموصى له بالرقبة، جمعا بين الوصيتين ما أمكن، وهو أولى من إلغاء إحداها.

القول الثالث: أنه إذا لم يكن له مال، فالثلث بينهما على أربعة أجزاء:

للموصى له بالرقبة ثلاثة أرباع الثلث، وللموصى له بالبيع ربع الثلث.

وحجته: قياسا على من أوصى بجميع ماله لشخص، وبثلثه لآخر؛ لأن الموصى له بالبيع موصى له بالثلث، والموصى له بالرقبة موصى له بالجميع فيقسم الثلث بينهما أرباعا، وإن قال هو لفلان ويبيعه لفلان في كلام متصل بيع من الموصى له بثلثي ثمنه، وأعطى هذان الثلثان للموصى له بالرقبة.

وإن امتنع الموصى له ببيعه من شرائه أعطى ثلث ثمنه للورثة، على قاعدة الوصية المردودة فإنها ترجع ميراثا بين الورثة.

المبحث العاشر

المبطل العاشر: خلط الوصية بغيرها

المراد بالمسألة:

المراد بخلط الوصية بغيرها:

إذا أوصى بشيء معين معلوم^(١)، ثم خلطه الموصي بغيره، مثل أن يوصي لزيد بمائة صاع من البر، فإذا خلطه بغيره، فهل هذا رجوع عن الوصية، أم لا؟

تحرير محل النزاع:

خلط الموصى به بغيره له ثلاث صور:

المصورة الأولى:

أن يخلط الموصى به بغيره، وأمكن تمييزه منه، كخلط البر بباقلاء، فهذا اتفق الفقهاء عليه على أنه لا يعتبر رجوعاً؛ لإمكان التمييز بينهما^(٢).

المصورة الثانية:

أن يخلط الموصى به بغيره، ولا يمكن تمييزه منه، مثل: خلط صاع من صبرة معينة بأجود منها، أو يارداً منها^(٣)، ومثل: خلط رطل من زيت معين بزيت آخر، وخلط طعام بطعام، ودقيق معين بدقيق من نوع آخر، وحنطة معينة بحنطة من نوع آخر.

فهذا الخلط قد اختلف الفقهاء في كونه رجوعاً على قولين:

القول الأول: أن خلط الوصية بغيرها بأي حال كان لا يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به المالكية^(٤).

(١) معنى المحتاج للتشريع ١١٤/٤، لمعني لأن قدامة ٩٨/٦.

(٢) انظر: الدر المختار مع شرحه رد المحتار ٦/٦٥٨، البیان العمري ٨/٢٩٩، معنى المحتاج ٤/١١٤، لمعني ٦/٩٨.

(٣) انظر: معنى المحتاج للتشريع ٤/١١٤.

(٤) انظر: الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد د. محمد كمال الدين إسماعيل ص ١٣١، والوصايا والوقف في الفقه

القول الثاني: أن ذلك يعتبر رجوعاً في الوصية:

قال به الحنفية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

قال ابن عابدين في الدر المختار^(٤): "وله: أي للموصي (الرجوع عنها بقول صريح) ...

(أو) فعل (يزيد في الموصى به ما يمنع تسليمه إلا به ... وتصوف ... يزيل ملكه)؛ فإنه

رجوع، عاد الملكة ثانياً أم لا، (كالبيع والهبة)، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه".

وقال زكريا الأنصاري في أسنى المطالب^(٥): "لو (أوصى بصاع جنطة معين ثم خلطه) بما

يتعذر تمييزه منه (فهو رجوع) وإن خلط بارداً منها؛ لأنه أخرجه عن إمكان التسليم".

وقال ابن قدامة في المغني^(٦): "وإن وصى بشيء معين، ثم خلطه بغيره على وجه لا

يتميز منه كان رجوعاً؛ لأنه يتعذر بذلك تسليمه، فيبدل على رجوعه، فإن خلطه بما

يتميز منه، لم يكن رجوعاً؛ لأنه يمكن تسليمه".

الأدلة:

دليل القول الأول:

١. أن الأصل بقاء الوصية.

٢. أن الخلط لا يعدم الموصى به، بل هو باق بعده، وإن كان مختلطاً بغيره^(٧).

الإسلامي د. وفيه الرجولي ص ٥٠.

(١) كثر الدقائق للسفي ١/١٨٦، الدر المختار للمصنفين مع شرحه رد المختار ٦/٦٥٨.

(٢) الأم للشافعي ٤/١٢٤، البيان في ملخص الإمام الشافعي للعمري ٨/٢٩٩، أسنى المطالب للأنصاري ٣/٦٦.

معنى الاحتاج للتشريع ٤/١١٤.

(٣) المغني ٦/٩٨، القواعد ص ١٣٠، الإتصاف ٧/٩١٣-٩١٤.

(٤) ٦/٦٥٨.

(٥) أسنى المطالب للأنصاري ٣/٦٦.

(٦) المغني لابن قدامة ٦/٩٧.

(٧) انظر: الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد د. محمد كمال الدين إمام ص ١٣٩.

ونوقش: بأن الموصى به يعد خلطه بما لا يمكن تمييزه في حكم المعدوم؛ لتعذر تسليمه إلى الموصى له.

دليل القول الثاني:

أن الموصى عندما خلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، أخرجته عن إمكان التسليم، فلا يمكن تسليمه إلى الموصى له، فكان دليلاً على رجوعه في الوصية^(١). ونوقش: بعدم التسليم، فالتسليم ممكن.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول، وهو أن خلط الموصى به بغيره بحيث لا يعتبر رجوعاً؛ لقوة دليله.

الصورة الثالثة:

خلط الموصى به بغير المعين، كما لو أوصى بقطار قمح من صبره، ثم خلطها بغيرها، وقد اختلف فيه فقيل: ليس برجوع مطلقاً، خلطها بمثلها أو بغير منها أو دونها؛ لأنه كان مشاعاً وبقي مشاعاً.

وقيل: إن خلطه بغيره كان رجوعاً؛ لأنه لا يمكن تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم ما هو خير منه فصار متعذر التسليم، فتبطل الوصية؛ لتعذر تسليمها، بخلاف ما لو خلطها بمثلها أو دونها فإنه لا يعد رجوعاً؛ لإمكان تسليمه بتسليم مثله أو ما دونه^(٢).

(١) انظر: أسنى المطالب للإحصاري ١٦٦/٣، مغني لابن قدامة ٩٧/٦.

(٢) المصادر السابقة.

المبحث الحادي عشر

المبطل الحادي عشر: استرجاع وثيقة الوصية من يد الموصى له ، أو من يد من وضعت عنده في

الوصية المطلقة ، أو المقيدة

إذا أوصى لشخص بثلته إن مات من مرضه، أو من مرضه هذا، وكتب وصيته،
وأشهد عليها، ووضعها عند الموصى له، أو عند أمين ثم استرجعها قبل برئه أو بعده، فإن
الوصية تبطل ذهب إليه بعض المالكية.

والأظهر:

الرجوع للقرائن.

المبحث الثاني عشر

المبطل الثاني عشر: تقطيع الوثيقة

وهو أقوى في الدلالة على الرجوع، كما أفق بذلك ابن الحاج.
ودليل ذلك:

(٢٦١) ما رواه مالك أنه بلغه: "أن رجلاً أتى عبدالله بن عمر فقال: يا أبا عبد الرحمن إني أسلفت رجلاً سلفاً، واشترطت عليه أفضل مما أسلفته، فقال عبدالله بن عمر: فذلك الربا، قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ فقال عبدالله: السلف على ثلاثة وجوه ... قال: فكيف تأمرني يا أبا عبد الرحمن؟ فقال: أرى أن تشق الصحيفة"^(١).

فجعل شق الصحيفة إبطالاً للمحق^(٢)

(١) الموطأ (٦٨١/٢) بلاغاً.

ومن طريق الإمام مالك أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ١١٦/٨، والبيهقي في سننه الكبرى ٣٥١/٥.

(٢) الوصايا والتنزيل ص ٥٤٣.

المبحث الثالث عشر

المبطل الثالث عشر: الجنون إذا طرأ بعد صدور الوصية

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الوصية إذا طرأ على الموصي جنون على قولين:

القول الأول: عدم بطلان الوصية بجنون الموصي:

وهو مذهب المالكية والشافعية، والحنابلة^(١)

القول الثاني: بطلان الوصية بالجنون المطبق:

وهو مذهب الحنفية.

وفي قول لهم: الأمر موقوف على نظر القاضي: إن أجازها نفذت وإلا فلا.

واختلفوا في ضابط الجنون المطبق:

فقال أبو يوسف: ما امتد شهراً فأكثر.

وقال محمد بن الحسن: ما امتد ستة فأكثر. وفي قول لهم: ما امتد ستة أشهر^(٢)

الأدلة:

أدلة الرأي الأول: (عدم البطلان)

١. حديث: "رفع القلم عن ثلاثة: ... وعن المجنون حتى يفيق"^(٣)، فإنه يدل على

اعتبار الجنون وقت التصرف، وعدم الاعتداد بالجنون الطارئ، وذلك من

وجهين:

الأول: التعبير بلفظ المجنون بصيغة اسم المفعول، والقاعدة الأصولية: أن اسم الفاعل

وللمفعول حقيقة في الحال، أي حال التلبس بالوصف، فالجنون المرفوع عنه القلم هو من كان

في حال جنونه ساعة التصرف لا من جرّ مستقبلاً، فإن هذا لا يسمى مجنوناً، فلا يشمل

(١) المصادر السابقة.

(٢) ردايع الصنائع ٣٩٤/٧.

(٣) تقدم تحريجه برقم (١١٣).

الحديث، وبالتالي لا يرفع عنه القلم، ولا يبطل تصرفه الواقع في حال إفاقته بطرو جنونه.

الثاني: قوله: "حتى يفيق" يدل بمفهومه على الاعتداد بتصرفاته حال إفاقته، وهو عام فيمن بقي على إفاقته، وفيمن طرأ عليه الجنون بعد إفاقته، عملاً بقاعدة عموم المخالفة.

٢. أن الوصية صدرت من أهل فلا تبطل بزوال الأهلية بعد ذلك، كالبيع والإجارة، ونوقش هذا الاستدلال: بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه عقد البيع والإجارة يقع لازماً لذا لم يؤثر فيه ما يطرأ عليه من زوال أهلية العاقد وتنتقل به الملكية بمجرد العقد، وانتهاء خيار المجلس، أما الوصية فعقد جائز، لا تنتقل به الملكية إلا بعد الموت.

أدلة القول الثاني: (البطلان)

١. قياس الوصية على الوكالة؛ إذ الوكالة تبطل بزوال أهلية الموكل بالجنون.. ونوقش هذا الاستدلال: أن قياس الوصية على الوكالة غير مسلم؛ لأن الوكيل يستمد ولايته من ولاية موكله، فإذا زالت أهلية موكله، فقد زالت ولاية الوكيل، أما الموصي فإنه يستمد ولايته من نفسه لا من غيره.

٢. أن من حق الموصي أن يبدل في وصيته، أو يرجع عنها ما دام حياً، وهذا الجنون العارض قد فوت عليه حقاً من حقوقه، فبطل وصيته.

ونوقش: أن هذا التفويت لا يؤثر في الوصية؛ لأنه فعلها وهو أهل للتبرع.

٣. أن الوصية عقد جائز، وغير لازم فكان دوامه كابتدائه، ولما كان الجنون غير أهل لإنشاء الوصية ابتداء؛ لعدم التمييز كان الجنون الطارئ كالجنون وقت العقد لا تصح الوصية معه؛ لاحتمال أنه لو أفاق من جنونه لرجع عن وصيته.

٤. وفرقوا بين الجنون المطبق الذي أبطلوا به الوصية والجنون غير المطبق: بأن الجنون غير المطبق لا يزيل العقل بالإغماء والنوم وهما لا يبطلان العقد إذا طرأ عليه^(١).

ونوقش: أن تسوية الحنفية بين الجنون الطارئ والجنون المقارن للعقد لا تصح، ومخالفة لعدة قواعد:

الأولى: قاعدة الشك في المانع لا يؤثر لأن رجوعه إذا أفاق مجرد احتمال مشكوك فيه.
 الثانية: قاعدة الحكم بدور مع غلته وجوداً وعدمًا، فإنها تقتضي صحة وصية العاقل، لوجود العقل ساعة العقد.

الثالثة: قاعدة المعتبر في العقود وقت إنشائها، لا تبطل مما يطرأ عليها.

الرابعة: قاعدة أن الدوام ليس كالاتلاء.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الجمهور لقوة دليله، وما فيه من الجمع بين الأدلة.



المبحث الرابع عشر

المبطل الرابع عشر: ردة الموصي

تقدم بحث هذه المسألة في حكم وصية المرتد.

المبحث الخامس عشر

المبطل الخامس عشر: تخلف شرط الوصي

كقوله: إن مت من مرضي هذا فسيارقي للفقراء أو لطلاب العلم، فإذا برئ من مرضه، فإن الوصية تبطل.

والدليل على ذلك:

١. قول الله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١)، وهذا يتضمن الإيفاء

بأصل العقد ووصفه، ومن وصفه الشرط فيه.

٢. حديث أبي هريرة ﷺ: "المسلمون على شروطهم"^(٢).

قال ابن قدامة: "وتصح الوصية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: إن مت فتلثي للمساكين أو لزيد، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فتلثي للمساكين، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة، ثم مات بطلت الوصية المقيدة وبقيت المطلقة"^(٣).

وفرق المالكية بين الوصية المكتوبة وغير المكتوبة كما يلي:

١. إذا كانت الوصية غير مكتوبة فإنها تبطل.

٢. إن كانت مكتوبة ووضع الكتاب تحت يد غيره، ولم يسترده بعد تخلف شرطه كبره من مرضه فالوصية لا تبطل؛ لأن بقاء الكتاب تحت يد من هو في يده قرينة على استدامته لوصيته وإقراره لها.

٣. أن يسترجعه بعد تخلف الشرط من هو في يده فتبطل الوصية؛ لأن استرداد الكتاب قرينة دالة على رجوعه.

(١) من الآية ١ من سورة المائدة.

(٢) تقدم تخريجه برقم (١٦٨).

(٣) المعنى ٦/٢٧٥.

فرع:

واختلف إذا ترك الكتاب بيده بعد الإشهاد على أقوال ثلاثة للمالكية:
القول الأول: إن مات في مرض آخر أو سفر آخر صحت، وإلا بطلت:
وهو المشهور عن مالك^(١).

وحجته: القياس على إذا ما أبقاه عند غيره.

القول الثاني: البطلان:

وحجته: القياس على ما إذا وضع الكتاب عند غيره واسترجعه؛ لأن الكتاب موجود
عنده في الحالتين.

ونوقش: بأن علة البطلان في المقيس عليه هي استرجاع الكتاب، فإنه يدل على
رجوعه لا مجرد وجود الكتاب عنده، وهذه العلة غير موجودة في المقيس.

القول الثالث: الصحة:

وحجته: أنها الأصل^(٢).

(١) لمصادر السابقة.

(٢) ينظر: الفتاوى ٢٨٤/٤، المنتقى ١٤١٨/٦، الدخول ٥٩/٧، حاشية الزرقاني ٢٨١/٨، الوصايا والتأويل ص ٥٦٥.

المبحث السادس عشر

المبطل السادس عشر : استغراق ذمة الموصي بالتبعات والديون

إذ الوصية بعد الدين؛ لقوله ﷺ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنِي﴾^(١)،
وقد تقدم بحث هذا في شروط الموصي.

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

المبحث السابع عشر

المبطل السابع عشر: كون الموصى له وارثاً

تقدم بحث هذه المسألة في شروط الموصى له.

المبحث الثامن عشر

المبطل السادس عشر : ردة الموصي له

وقد اختلف العلماء رحمهم الله في ذلك على أقوال:

القول الأول: صحة الوصية:

وحجته: أن الأصل الصحة؛ ولأن الوصية لا من فعل الموصي له ولا من عمله، فلا يشملها دليل البطلان.

القول الثاني: بطلان الوصية:

وحجته: القياس على ردة الموصي.

القول الثالث: إن علم الموصي برده ولم يرجع فلا تبطل، وإن لم يعلم الموصي

حتى مات بطلت:

وحجته:

١. أنه إن علم ولم يرجع فلاقراره لها بعد علمه.

٢. أنه إذا لم يعلم برده حتى مات بطلت؛ لأنه لم تطب نفسه بالوصية إلا بوصفه مسلمًا^(١).

(١) حاشية الزرقاني ١٧٩/٨، الوصايا والتنزيل ص ٥٦٧.

المبحث التاسع عشر

المبطل التاسع عشر: هلاك العين الموصى بها، واستحقاق الموصى به المعين لغير الموصي

اتفق الفقهاء على أن الموصى به المعين إذا هلك أو تلف أو استحق جميعه، فإن الوصية تبطل لتعلقها بمعين، واستحالة تنفيذها عقلاً بذهاب عينه، أو شرعاً باستحقاقه سواء كان التلف والاستحقاق في حياة الموصي أو بعد موته؛ لأنه إذا كان الهلاك أو الاستحقاق قبل الموت فالوصية لم تصادف محلاً، وإن كان بعد الموت فإن التركة بيد الورثة أمانة ولا ضمان على أمين^(١).

وهذا بخلاف غصبه فإن الوصية لا تبطل به؛ لبقاء ملك الموصي عليه^(٢)، وتنفيذ إذا قدر عليه، والسرقة كالغصب.

فإن هلك البعض فقط أو استحق البعض فقط بطلت الوصية في القدر المستحق وإحاله وتنفذت في الباقي إذا حمله الثلث^(٣).

وفي حالة الهلاك الكلي أو الجزئي يتعد من الوارث أو غيره، فإن الوصية لا تبطل بذلك، ويتعلق ببطله الذي يغرمه المتعدي من مثل أو قيمة إذا كان التعدي بعد موت الموصي؛ لأن الوصية تمثل بالموت فعلى من تعدى عليها غرمها للموصى له؛ لأنها مال من أمواله^(٤)، بخلاف هلاكه بعد قبل الموت فإن الوصية تبطل والبدل الذي يغرمه المتعدي يأخذه الورثة بمنزلة ما لو باعه الموصي في حياته، فإن الوصية تبطل والنمن للورثة^(٥).

وفي رواية عن أحمد: أن الوصية لازمة في هذه الحالة وتعلق بكل التركة، فيشتري منها

(١) للغي ١٥٤/٦، ١٥٥، للفتي ١٦٣/٦، المدونة ٢٧٩/٤، ٣٠٦، ٣٠٧.

(٢) الزرقاني ١٦١/٨.

(٣) المدونة ٢٨٠/٤، للغي ١٥٥/٦.

(٤) الذخيرة ٥٧/٧، الزرقاني ١٨٢/٨.

(٥) راجع المحتاج وفروعه وحواشيه ٩٣/٦، نهاية المحتاج ٩٥/٦، الرموني ٢٥٩/٨.

الموصى به إذا لم يكن موجودًا ويعطى للموصى له مراعاة لقصد الموصي ولفظه، فإن مقصوده إعطاء الموصى له ما سماه، فإذا لم توجد عينه في التركة اشترى منها ولا تبطل الوصية^(١).

(١) راجع للمعنى ١٤٩/٦، ٢٥٠.

المبحث العشرون

المعطل العشرون: رد الوصية

وتحت مطالب:

المطلب الأول: وقت الرد:

وتحت أقسام:

القسم الأول: أن يكون الرد قبل موت الموصي:

إذا أوصى شخص لآخر فلا اعتبار لقبوله ولا رده إلا بعد موت الموصي باتفاق المذاهب الأربعة، وعلى هذا لو قيل في حياة الموصي لم يعتبر قبوله، وكذا لو ردها^(١). قال الكسائي: "وقت القبول ما بعد موت الموصي، ولا حكم للقبول والرد قبل موت حتى لو رد قبل الموت، ثم قبل بعده صح قبوله"^(٢).

وقال ابن رشد: "وأجمعوا على أنه لا يجب للموصي له إلا بعد موت الموصي"^(٣). وقال الشافعي: "ولا يكون قبول ولا رد في وصية حياة الموصي، فلو قبل الموصي له قبل موت الموصي كان له الرد إذا مات، ولو رد في حياة الموصي كان له أن يقبل إذا مات ويحبر الورثة على ذلك؛ لأن تلك الوصية لم تحب إلا بعد موت الموصي"^(٤). قال المقدسي: "الثاني أن العطية يعتبر قبولها وردها حين وجودها كعطية الصحيح والوصية لا يعتبر قبولها وردها إلا بعد موت الموصي"^(٥).

ودليل ذلك:

١. أن الوصية إيجاب الملئ بعد الموت، والقبول أو الرد يعتبر، كذا الإيجاب؛ لأنه

(١) ينظر: المسوط ٤٧/٧، حاشية الديموي ٤٢٤/٤، الأم ٢٧١/٨، المغني ٤١٥/٨.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣١/٧.

(٣) بداية الجتهاد ٢٧٤/٢.

(٤) الأم ١٠٢/٤.

(٥) العدة شرح العدة ٥١/٢.

جواب، والجواب لا يكون إلا بعد تقدم السؤال.

ونظيره:

إذا قال لامرأته: إذا جاء غد فأنت طالق على ألف درهم أنه إنما يعتبر القبول أو الرد إذا جاء غد كذا هذا، فإذا كان التصرف يقع إيجاباً بعد الموت يعتبر القبول بعده^(١).

٢. لأن الوصية لم تقع بعد، فأشبهه رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنه ليس بمحل للقبول، فلا يكون محلاً للمرد^(٢).

وعن زفر: لا تبطل بردها بعد الموت، كالإرث، بناء على أن القبول ليس ركناً ولا شرطاً؛ كما أن القبول بعد ردها بعد الموت لا أثر له^(٣).

وقال بعض المالكية: تبطل بردها قبل الموت.

ومشأ الخلاف: اختلافهم في إسقاط الشيء قبل وجوبه، كإسقاط الشفعة قبل البيع، فمن رآه لازماً قال تبطل الوصية بردها قبل الموت، ومن رآه غير لازم قال: لا تبطل بردها قبل الموت؛ لأنه إسقاط للشيء قبل وجوبه، وفي الحالتين معا إذا بطلت تعود لورثة الموصي^(٤).

القسم الثاني: أن يردّها بعد الموت، وقبل القبول، فيصح الرد، وتبطل الوصية^(٥).

قال ابن قدامة: "لا نعلم فيه خلافاً"^(٦)؛ لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه، فأشبهه عفو الشفع عن الشفعة بعد البيع.

(١) بدائع الصنائع ٣٣١/٧.

(٢) للحن ٤١٥/٨.

(٣) الفتاوى الهندية ٩٠/٦، أحكام الوقف والوصايا للفراج ص ٥٩، حاشية الدسوقي ١-٢/٤.

(٤) الذخيرة ٥٦/٧، حماية الخزانة ٦٦/٦، المعيار ٢٤٤/٦.

(٥) ينظر: المبسوط ٤٨/٧، بدائع الصنائع ٣٣٩/٧، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، تحفة افتتاح ٣٧/٣، أسنى للطلاب

٤٣/٣، حاشية البحريني على الخطب ٣٤٨/٣، الفروع ٤٦١/٧، كشف القناع ٢١٣-٧، مطالب أولي النهي

٤٥٨/٤، شرح منتهى الإرادات ٤٥٣/٤-٤٥٤.

(٦) المصدر السابق.

القسم الثالث: أن يرد بعد القبول والقبض، فلا يصح الرد:

قال المرخسي^(١): "والقبض ليس بشرط لوقوع الملك في الوصية"^(٢)؛ لأن ملكه قد استقر عليه، فأشبهه رده لسائر ملكه، إلا أن يرضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة^(٣).

القسم الرابع: أن يرد بعد القبول وقبل القبض:

اختلف العلماء على أقوال:

القول الأول: لا يصح الرد:

وهو المذهب عند الحنابلة، ووجهه عند الشافعية.

وحجته: لأنه قد ملك الموصى به إما بالقبول أو بالموت، فلم يصح رده؛ كما لو وهبه عينا وقبلها وقبضها بإذنه، ثم ردها.

وفي مطالب أولي النهى^(٤): "لم يصح الرد مطلقاً أي سواء قبضها أو لا، وسواء كانت مكيلًا أو موزونًا أو غيرها"^(٥).

القول الثاني: التفصيل بين المكيل والموزون وغيرها:

إن كان الموصى به مكيلًا أو موزونًا، صح الرد^(٦)؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه، فأشبهه رده قبل القبول، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد؛ لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض.

(١) المبسوط ٤٩/٢٨.

(٢) ينظر: المبسوط ٤٩/٢٨، تحفة المحتاج ٣٧/٣، أسنى لمطالب ٤٣/٣، حاشية الجرمي على الخطيب ٣٤٨/٣، البيان ١٧٣/٨، شرح منتهى الإرادات ٤٥٣/٤، كشف القناع ٧/٢١٣-٢١٣١.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٩/٢٨، وهو ابتداء فليك منهم له، أسنى لمطالب ٤٣/٣، تكملة المجموع ١٦٠/٣٠٠.

(٤) مطالب أولي النهى ٤٥٨/٤.

(٥) شرح منتهى الإرادات ٤٥٣/٤، كشف القناع ٧/٢١٣٠-٢١٣١.

(٦) ينظر: الفروع ٧/٤٦٢.

القول الثالث: يصح الرد:

وهو وجه عند الشافعية، وهو المنصوص عليه.

وحجته: لأن ملكه لم يستقر عليها بالقبض، فصح الرد^(١).

والراجع:

عدم صحة الرد إلا برضا الورثة؛ لما تقدم أن الموصى له يملك الوصية بالقبول^(٢).

المطلب الثاني:

فإن صح رد الوصية، فإنها تعود إلى تركة الميت ومن ثم إلى ورثته؛ إذ إن الأصل في مال الميت أن يكون تركة لورثته إلا ما استثناه الميت لمن أوصى له، فإنه إن رده عاد إلى أصله وهو كونه تركة، وتبطل الوصية كأن لم تكن^(٣).

قال في المغني: "كل موضع صح الرد فيه، فإن الوصية تبطل بالرد، وترجع إلى التركة، فتكون للوارث جميعهم؛ لأن الأصل ثبوت الحكم لهم، وإنما خرج بالوصية، فإذا بطلت الوصية، رجع إلى ما كان عليه، كأن الوصية لم توجد"^(٤).

المطلب الثالث:

إذا رد الوصية وخص بردها بعض الورثة لم يتخصص، وكانت لجميع الورثة^(٥).

قال ابن مفلح^(٦): "ومتى رد أو قال: لا أقبله فتزكه وليس له تخصيص أحد وتصيب

(١) البيان ١٧٣/٨، وينظر: تكملة المجموع ٣٠١/١٦، أسنى المطالب ٤٣/٣، حاشية البجزمي على الخطيب ٣٤٨/٣، مغني المحتاج ٦٨/٣، وكذا ذكره ابن قدامة في المغني ٤١٥/٨.

(٢) ينظر: محبت ملكية الوصية.

(٣) ينظر: المبسوط ٤٨/٢٨، بدائع الصلتع ٣٣٢/٧، مواهب الجليل ٣٦٧/٦، الأم ٢٧١/٨-٢٧٢، المغني ٤١٦/٨، الفروع ٤٦٢/٧، كشف القناع ١١٣١/٧، مطالب أولي النهى ٤٥٨/٤، شرح منتهى الإرادات ١٥٤/٤.

(٤) المغني ٤١٦/٨.

(٥) ينظر: المبسوط ٤٩/٧، المغني ٤١٦/٨، الفروع ٤٦٢/٧، كشف القناع ٣٤٥/٤، مطالب أولي النهى ٤٥٩/٤، شرح منتهى الإرادات ٤٥٤/٤.

(٦) الفروع ٥٧٧/٤.

من لم يقبل ممن يمكن تعميمهم للورثة "

فرع:

قال في شرح المنتهى: "وإن امتنع موصي له بعد موت موصي من قبول ورد للوصية حكم عليه بالرد ومنقط حقه من الوصية لعدم قبوله"^(١).

وقال في المبسوط^(٢): "إذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته، ثم ردها على الورثة فرد جائر إذا قبلوا ذلك؛ لأن الرد عليهم فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحاً إذا قبله، فكذلك إذا ردها على الورثة الذين يقومون مقامه؛ وهذا لأن فسخ العقد معتبر بالعقد، فإذا كان أصل هذا العقد يتم بالإيجاب والقبول كذلك يجوز فسخه بالتراضي".

(١) شرح منتهى الإرادات ٤/٤٥٤، ونظر: النياك ١٧٤/٦، حاشية الجمل ٤/٤٨-٤٩، تكملة المجموع ١٦/٩٩٨-

٣٠٠، البيان ١٧٤/٨، كشف القناع ٤/٣٤٥.

(٢) المبسوط ٢٨/٤٩.

المبحث الحادي والعشرون

المبطل العادي والعشرون: وفاة الموصي له

وتحتة مطلبان:

المطلب الأول: وفاة الموصي له قبل الموصي أو معه:

إذا توفي الموصي له قبل الموصي أو معه، فهنا ثلاثة أقوال:

القول الأول: بطلان الوصية مطلقاً، علم الموصي بموته أم لا:

وهو مذهب الأئمة الأربعة وأصحابهم.

وبه قال الزهري، وحامد بن أبي سليمان^(١).

وذهب بعض المالكية: أنه إذا كانت الوصية لجماعة فمات أحدهم فنصيبه لشركائه.

وحجته:

١. ما تقدم من الأدلة على أن الوصية تقبل وتملك بعد موت الموصي ولم يوجد^(٢).
٢. أن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فإذا مات الموصي له قبل موت الموصي لم يصح الإيجاب، كما لا يصح إيجاب البائع للمشتري بعد موته^(٣).
٣. ولأنها عطية صادفت المعطي ميتاً، فلم تصح كما لو وهب ميتاً^(٤).
٤. القياس على الإرث.
٥. أن الوصية إنما تجب بالموت، فإذا مات قبله لم يبق لها محل ومستحق.

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٢٨٥/٧، المبسوط ١٦٠/٢٧، العناية شرح الهداية ٤٨٨/١٠، البحر الرائق ٤٦٧/٨، المدونة ٣٧٨/٤، مواهب الجليل ٨٦٨/٦، الحقة المحتاج ٣٩/٧، حاشية القليوبي وعميرة ١٩٨/٣، للذهبي ٦٨٨/٦، مطالب أولي النهى ٤٥٩/٤، اهملى ٣٦٤/٨، الوصايا والتنزيل ص ٥٥٩.

(٢) ينظر: مبحث ملكية الموصي به.

(٣) درر الحكام ٤٤٥/٢، مفتي المحتاج ٨٨/٤.

(٤) شرح للمصنف ٤٦١/٢، كشاف القناع ٣٤٥/٤.

القول الثاني: صحتها مطلقاً، ويستحقها ورثة الموصى له:

وبه قال الحسن البصري، والنخعي^(١).

وحجته: أنه أي الموصى به للموصى له بعد عقد الوصية، فيقوم الوارث مقامه، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول^(٢).

القول الثالث: التفصيل بين علمه بوفاته وعدمه:

فإن علم بوفاته ولم يغير وصيته فهي لورثة الموصى له، وإن لم يعلم بوفاته بطلت، وعادت لورثة الموصي.

وهو قول عطاء^(٣).

وحجة هذا القول:

١. أن الموصي لما أعلم بوفاته الموصى له ولم يغير وصيته كان ذلك دليلاً على أنه قصد جعله لورثته، وإبقاء لهم، فتعطى لهم.

٢. ولأن استمراره على وصيته بمنزلة إنشاء وصية جديدة لورثة الموصى له، بخلاف ما إذا لم يعلم، فإن الوصية تبطل؛ لاحتمال أنه لو علم بوفاته لرجع عن وصيته.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه لم يغير وصيته بعد علمه بوفاته لمعرفته ببطالان الوصية بموته، والأموال لا تنتقل بالشك.

الترجيح:

الراجح: - والله أعلم - ما ذهب إليه جمهور أهل العلم؛ لقوة دليله.

المطلب الثاني: وفاة الموصى له بعد وفاة الموصي:

فإن كان بعد قبوله، فبالاتفاق على أن الوصية تورث عنه؛ لاستحقاقه لها بالقبول،

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٢٨٥/٧، سنن سعيد بن منصور ١٤٤/١، لمعي ٦٨/٦.

(٢) لمعي ٦٨/٦.

(٣) النظر: لمعي ٦٨/٦.

ومن مات عن حق قلوبته.

وأما من مات قبل القبول، فاختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن حق القبول ينتقل للوارث، فإن شاء قبل، أو رد، ولا يبطل

بموت الموصى له:

ذهب إلى ذلك المالكية على الراجح عندهم^(١)، والشافعية^(٢).

وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين وهي المذهب^(٣).

إلا أن المالكية استثنوا حالة واحدة: إذا كان الموصي يريد توصيته عين الموصى له

وشخصه، فإن الوصية تبطل بوفاته، وليس لوارثه القبول حينئذ^(٤).

القول الثاني: أن حق القبول يبطل بموت الموصى له، فلا ينتقل للوارث، فتبطل

الوصية، وتكون لورثة الموصي:

ذهب إلى ذلك أبو بكر الأهمري من المالكية^(٥).

وهو وجه عند الشافعية^(٦)، والرواية الثانية عند الحنابلة^(٧).

القول الثالث: أن حق القبول والرد يبطل بموت الموصى له، وتدخل الوصية في

ملك الوارث، وليس له أن يرد:

ذهب إلى ذلك الحنفية^(٨).

(١) المدونة ٣٥٠/٦، المغونة للقاضي عبد الوهاب ١٦٤٤/٣، للمقدمات ١٢٠/٣، الفخوة ٥٥٠/٧.

(٢) الخازني الكبير ٢٥٧/٨، حلية العلماء ٧٦/٦، روضة الطالبين ١٤٣/٩.

(٣) للنفخي ٤١٦/٨، شرح الزركشي ٣٧١/٤، قواعد ابن رجب ص ٣٤٣، إرش الحقوق ٢/٢٣٤.

(٤) الرزقاني ٢٩٦/٤، نهاية المحتاج ٦٦/٦، للنفخي ٢٤/٦.

(٥) المدونة ١٦٤٤/٣، مواهب الجليل ٣٦٧/٦.

(٦) حلية العلماء ٧٦/٦.

(٧) للنفخي ٤١٧/٨، الإتصاف ٢٠٦/٧.

(٨) الكتاب ١٧٠/٤، المغنية ٥٨٥/٤.

وهو قول عند المالكية^(١)، ووجه عند الحنابلة^(٢).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١. أن القبول حق ثبت للمورث فثبت للوارث بعد موته؛ لقوله ﷺ: "من ترك مالا فلمورثه"^(٣)، وكخيار الرد بالغيب^(٤).
٢. أن كل سبب استحق به المرء تملك عين غير اختيار مالكة لم يطل بموته قبل تملكها، كالرد بالغيب^(٥).
٣. أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين، فلم يطل بموت من له الخيار، كعقد الرهن، والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما^(٦).
٤. أن الوصية عقد لا يطل بموت الموجب، فلا يطل بموت الآخر، كالرهن والبيع^(٧).
٥. وحجة المالكية على ما ذكره من الاستثناء: القياس على الهبة إذا قصد بها عين الموهوب له، فإنها تطل بموته قبل القبول.

أدلة القول الثاني:

١. أن الوصية عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله بطل العقد، كالهبة^(٨).

(١) للمقدمات ١٢٠/٣.

(٢) قواعد ابن رجب ج ٢ ص ٤٣.

(٣) سبق نظريته برقم (٦٤).

(٤) للمعني ٤١٧/٨، شرح منتهى الإرادات ٥٤٥/٢.

(٥) الحاوي الكبير ٢٥٨/٨.

(٦) للمعني ٤١٧/٨.

(٧) للمعني ٤١٧/٨.

(٨) للمعني ٨٤١٧، شرح البركشي ٣٧٢/٤.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القياس على الهبة قياس مع الفارق؛ ذلك أن الهبة عقد جائز من الطرفين ويطل بموت الموصي له، بخلاف الوصية^(١).

٢. أن خيار القبول لا يتعارض عنه، فبطل بالموت كخيار المجلس، والشرط، وخيار الأخذ بالشفعة^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه لا يصح القياس على الخيارات؛ لأن موت الموصي له لم يبطل الخيار، ويجعل العقد لازماً، بخلاف الخيارات فإنها إذا بطلت بالموت صار العقد لازماً، لا باطلاً.

٣. أن الوارث إنما ينتقل إليه ما تحقق سببه، وهذا السبب معدوم لعدم القبول^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن سبب استحقاق القبول هو الإيجاب، وقد تحقق، ويمكن أن يقال -أيضاً-: إن الموروث هنا إنما هو حق التملك، وقد تحقق سببه وهو الإيجاب، وليس حق الملك حتى يشترط تحقق سببه وهو القبول، فبين المسألتين فرق -والله أعلم-.

أدلة القول الثالث:

١. أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً، لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما توقفت لحق الموصي له، فإذا مات دخلت في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري إذا مات قبل الإجازة^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الوصية عقد يقتصر إلى قبول الممتلك، فلم يلزم قبل القبول كالبيع والهبة^(٥).

(١) للمعني ٤١٧/٨؛ إرث الحقوق ٢/٢٣١.

(٢) للمعني ٤١٧/٨؛ شرح الزكشي ٤/٣٧٢.

(٣) المحررة ٥٢/٧.

(٤) المسألة ٤/٥٨٥، رد المحتار ٥/٤٢١.

(٥) للمعني ٤١٧/٨؛ إرث الحقوق ٢/٢٣٣.

٢. أن أحد الركنين من جانب الموصى له وهو القبول لا يشترط لعينه، بل لوقوع اليأس عن الرد، وقد حصل ذلك بموت الموصى له^(١).
ونوقش هذا الاستدلال: بأن الموصى له إذا لم يملك إلا بالقبول، وهو أصل، فوارثه أولى أن لا يملك بغير قبول وهو فرع^(٢).

٣. أن القبول لما تعذر ممن له حق القبول سقط اعتباره لمكان العذر، كما لو كانت الوصية للمساكين^(٣).

ونناقش هذا الاستدلال: بأنه لا يسلم سقوط اعتبار القبول لمكان العذر كالبيع، وسائر العقود، ولا يصح القياس على الوصية للمساكين؛ لأنه لا يشترط القبول لصحة الوصية لغير معين بخلاف الوصية للمعين، فإن القبول شرط فيها.
الترجيح:

الراجح - والله أعلم - هو القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القولين الآخرين بما ورد عليها من المناقشة، ولكونه وسطاً بين القولين الآخرين.
فروع:

وإن شك في موت الموصى له هل كان قبل موت الموصى أو بعده أو جهل ذلك بطلت الوصية، ولا شيء لورثة الموصى له قياساً على الإرث^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٣٣٢/٧

(٢) أسنى المطالب ٤٣/٣

(٣) شرح الزركشي ٣٧٦/٤

(٤) الدخوة ١٤/٧

المبحث الثاني والعشرون

المبطل الثاني والعشرون: قتل الموصى له للموصي

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء:

١. في صحة الوصية إذا كان القتل بحق، كقصاص وحد.
٢. ولا خلاف في صحتها إذا كان القتل لعذر الدفاع عن النفس، أو المال، أو العرض، أو الدين في حدود الدفاع المشروع.
- وقد اختلف الفقهاء في الوصية للقاتل فيما عدا ذلك.
- وسبب الخلاف: عدم وجود نص صحيح صريح في الموضوع، فلم يوجد إلا عمومات متعارضة، وأقيسة متباينة.

القول الأول: التفصيل بين أنواع القتل، وأحوال القاتل، فأجازوه مطلقاً فيما يلي:

١. إذا كان القاتل غير مكلف تقدمت الوصية، أو تأخرت^(١).
٢. إذا كان القتل خطأ تقدم أو تأخر كذلك.
- وفيما عدا هذه الحالات، وهي إذا كان القاتل مكلفاً، والقتل عمداً عدواناً بغير حق ولا عذر، فإن هنا تفصيلاً بين القتل المتأخر عن الوصية والقتل المتقدم عليها:

ففي الحال الأولى:

إذا أوصى له فقتله، فإنها تبطل اتفاقاً، إذا مات المقتول مكانه، أو عاش بعض الوقت ولم يعلم بقاتله.

وأما إن علم بقاتله، وأنه هو فلان الموصى له، ولم يعر وصيته، فإن الوصية تصح في هذه الحالة على المعتد.

وقيل: تبطل^(٢).

(١) الذخيرة ٩٣/٧، الرهوني ٢٣٩/٨.

(٢) المدونة ٢٤٩/٤، الرهوني ٢٣٩/٨.

وفي الحال الثانية:

إذا ضربه أو جرحه، ثم أوصى له، فإن الوصية تصح اتفاقاً إذا علم أن الذي حاول قتله هو فلان، ومع ذلك أوصى له، فإن لم يعلم بأنه حاول قتله، وأوصى لشخص يظنه بريئاً من دمه فإذا هو قاتله في الواقع، فإن الوصية لا تصح له على الأظهر، وقيل: بصحتها.

وهذا قول المالكية^(١).

وعند الحنابلة: الفرق بين أن يوصى له بعد الجرح: فيصح، وقيله: لا يصح. ونص بعض الحنابلة: كل قتل مضمون بقصاص أو دية، أو كفارة: يمنع القاتل ميراث المقتول، سواء كان عمداً أو خطأ، مباشرة أو سبب، وسواء انفرّد بقتله أو شارك بمنعه الوصية^(٢). القول الثاني: بطلان الوصية للقاتل مطلقاً، سواء كان القتل عمداً أو خطأ، قبل الوصية أو طراً عليها، انفرّد القاتل بالقتل، أو شاركه غيره، ولو كثروا، بشرط أن يكون القتل مباشرة، والقاتل مكلفاً.

وأجازوها إذا كان القاتل صبيّاً، أو مجنوناً، أو كان القتل تسبباً، أو كان بحقي، أو في حالة الدفاع المشروع. وهو مذهب الحنفية.

القول الثالث: صحة الوصية للقاتل مطلقاً، تقدم القتل، أو تأخر عن الوصية، وسواء كان القتل عمداً عدواناً أم لا، وسواء كان القتل مباشرة أم تسبباً، وسواء كان القاتل مطلقاً أم لا.

وهو الأظهر عند الشافعية.

ووجه عند الحنابلة: اختاره ابن حامداً

(١) انظر: الذخيرة ٢٨/٧.

(٢) الإيضاح ٢٣٢/٧.

القول الرابع: بطلان الوصية بقتل الموصي من طرف الموصى له مطلقاً ولو كان القاتل صغيراً، أو مكرهاً، وسواء كان القتل عمداً أو خطأ، أو مشروعاً لقصاص ونحوه، أو كان لعذر لدفاع عن النفس، أو المال أو العرض، وسواء كان مباشرة أو تسبياً، ولو كان حاكماً حكم على شخص بقتل، أو شاهداً شهد عليه بما يوجب القتل أو زكياً من شهد بوجوبه^(١) وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة.

دليل القول الأول:

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. قوله ﷺ: ﴿وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ﴾^(٢) فالآية نص في عدم مواخذة المخطئ بخطئه، ولو أبطلت الوصية للمقاتل خطأ لكان مواخذة له بخطئه.

٢. حديث: "رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل"^(٣) وهو يقتضي عدم تكليفهما بما يصدر عنهما في حال الصغر والجنون، فلا تبطل الوصية بقتلهما؛ لما في ذلك من مواخذتهما بفعلهما.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن القتل مانع، والمانع يستوي فيه للكلف وغيره؛ لأنه من خطاب الوضع الذي لا يشترط في التكليف^(٤).

٣. أدلة الإذن في القتل الحق؛ لأن الاستثناء من النفي إثبات، والإذن في الشيء يدل على مشروعيته، وصحته عند وقوعه، وعدم المعاينة على فعله، فلو حرم

(١) لغاية اختلاج وحواشيه ٢٧٤/٤، حاشية الشرفاوي ٧٦/٢.

(٢) من الآية ٥ من سورة الأحزاب.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٢١٣).

(٤) الفروق للقرافي ١/١٦١.

القاتل بحق من الوصي لكان ذلك معاقبة له عليه، والعقوبة على الشيء تقتضي تحريمه فيلزم اجتماع الضدين: الإذن في القتل، والنهي عنه وهو محال.

(٢٦٢) ٤. وما رواه البخاري من طريق عكرمة، ومسلم من طريق ثابت مولى عمر بن عبد الرحمن، عن عبدالله بن عمرو رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: "من قُتل دون ماله فهو شهيد"^(١).

قلو حرم الدافع عن وصيته بسبب قتله الموصي أثناء دفاعه لكان ذلك عقاباً يقتضي تحريمه، فيجتمع الأمر بالقتل والنهي عنه، وهو لا يجوز.

٥. عموم أدلة الوصية، فإنها تعم القاتل وغيره.

خرج منها قاتل العمد العدوان إذا كان مكلفاً؛ لانتهاءه بقصد استعجال الوصية قبل وجوبها، فعوقب بحرمانه منها؛ فيبقى من عداه داخلًا في النص مشمولاً له؛ لانتفاء هذه العلة، والعام المخصوص حجة في الباقي، كما أن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدماً، وهذه الحالات التهمة فيها متفق.

٦. ووجه القول ببطلانها إذا لم يعلم الموصي بقاتله هو قاعدة: أن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه.

وأما سبب الخلاف إذا علم ولم يغير وصيته فهو الخلاف في السكوت هل يدل على الرضا أم لا؟

فمن اعتبره دالا على الرضا قال: سكوته بعد علمه بقاتله دليل على رضاه ببقاء وصيته له، وعدم رجوعه، أو هو بمنزلة الوصية له بعد الحرج.

ومن اعتبره لا يدل على الرضا قال ببطلانها، إلا أن ينشئ وصية جديدة لبطلان الأولى بالقتل العمد العدوان، ورأى السكوت غير كاف في الدلالة على الرضا ببقاء

(١) صحيح البخاري في المظالم، باب من قتل دون ماله (٢٣٤٨)، ومسلم في الإيمان، باب القليل على أن من قصد مال غيره ... (٣٧٨).

وصيته الأولى له.

٧. وحجة القول بصحتها في حالة العلم بقاتله: هو عموم أدلة الوصية، وعموم قوله

ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (١) وإبطال الوصية

بتدليل لها، فلا يجوز إلا بدليل خاص يصلح أن يكون مخصوصاً لهذه العمومات.

٨. أن تأخر الوصية عن الجرح ينفي عن الجرح فحمة استعجال الشيء قبل أوأله،

فلا تشملها القاعدة السابقة (٢).

٩. أن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها،

بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها؛ لأنه يبطل ما هو أكد

منها، بحققة أن القتل إنما منع الميراث، لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي

انعقد سببه فعورض بتقيض قصده، وهو منع الميراث، دفعاً لمفسدة قتل

الموروثين، ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارئ عليه -أيضاً-، وهذا المعنى متحقق

في القتل الطارئ على الوصية، فإنه ربما استعجلها بقتله، وفارق القتل قبل

الوصية، فإنه لم يقصد به استعجال مال، لعدم انعقاد سببه، ولموصي راض

بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه.

١٠. أنه إذا كان الجرح بعد الوصية، فالظاهر ندم الموصي على وصيته ورجوعه عنها،

فحمل على ذلك، وإن لم يصرح بالرجوع، بخلاف الجرح قبل الوصية، فالظاهر

أله أوصى له بقصد مقابلة السيئة بالحسنة.

دليل القول الثاني:

(٢٦٣) ١. ما رواه أبو داود من طريق شيبان، حدثنا محمد -يعني ابن راشد-، عن

(١) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٢) بدائع الصنائع ٣٣٩/٧، الفتاوى الهندية ١١/٦.

سليمان - يعني ابن موسى - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده قال:
قال رسول الله ﷺ: «ليس للقاتل شيء»^(١).

(١) سنن أبي داود كتاب النكاح، باب ذوات الأعضاء (٤٥٦٦). وأخرجه البيهقي ٢٢١/٦ من طريق محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، ٩.

وأخرجه النسائي في الفرائض، باب توريث القاتل ٧٩/٤، والدارقطني في الفرائض ٩٧/٤، وابن عدي في الكامل ٢٩٧/١، والبيهقي ١٨٦/٨ من طريق إسماعيل ابن عياش، عن يحيى بن سعيد، وابن جريح، وأبى بن الصباح، عن عمر بن شعيب، وهذا ضعيف لما يلي:

١- أن ابن جريح لم يسمع من ابن شعيب.

٢- أن إسماعيل بن عياش روى عن غير بلد، وحالف الثقات في ابن سعيد كمالك، وأبي خالد الأحمر، وزيد بن هارون، وهشيم، والثوري، يروونه عن يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب قال عمر ﷺ سمعت رسول الله ﷺ يذكر الحديث، فجعله من مسند عمر، أما حديث مالك، فأخرجه في الموطأ ٢/٢٦٠، ومن طريقه الشافعي في الرسالة ص ١١٧١ وعبد الرزاق ٤٠٢/٩، والنسائي في الكبرى ٧٩/٩، وأما حديث أبي خالد فأخرجه ابن ماجه ٨٨٤/٢.

وأما حديث يزيد وهشيم وأخرجه أحمد ١٤٩/١، والبيهقي ١٣٤/٨، وأما حديث سفيان الثوري، فأخرجه عبد الرزاق ٤٠٣/٩.

وأخذت من جميع هذه الأوجه منقطعة مداره على عمرو بن شعيب، ولم يسمع من عمر ﷺ كما قال أبو زرعة (المراسيل لابن أبي حاتم ١٤٨). وقال البيهقي في المعرفة ١٠٣/٩: هذا مرسل.

وأخرجه الدارقطني ٩٥/٤ من طريق عبد الله بن جعفر، وسفيان بن عيينة، كلاهما عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن النسيب، عن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس للقاتل ميراث»، وهذا رجاله ثقات، وفي صحيح سعيد من عمر خلاف.

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة ﷺ: أخرجه الترمذي في الفرائض ٤٢٥/٤، وابن ماجه في النكاح ٨٨٣/٢، والدارقطني في الفرائض ٩٦/٣، وابن عدي في الكامل ٣٢٨/١، والبيهقي في الفرائض ٢٢٠/٦، من طريق عن الليث بن سعد عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن عن أبي هريرة ﷺ. وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح، ولا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل.

وقد جاء من حديث ابن عباس ﷺ قال: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غنمه، وإن كان والده أو ولده فإن الرسول ﷺ قضى أن ليس للقاتل ميراث». أخرجه عبد الرزاق ٤٠٤/٩، ومن طريقه البيهقي، في الفرائض ٢٢٠/٦.

فالقائل تكرة في سياق النفي فتعم، وفي الرواية الثانية مقردة محلى "بأل" فيعم، كما أن لفظ "شيء" في الحديث تكرة في سياق النفي، فتعم كل شيء، فيشمل العمد، وشبه العمد، والخطأ.

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: الضعف.

الوجه الثاني: أن المراد بالوصية فيها الإرث، فإنه وصية في الشرع، كما جاء في قوله

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِي يُولَدُ لَكَ مِنَ الْوَلَدِ لِلْغَيْرِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلَّذِي يُولَدُ لَكَ مِنَ الْوَلَدِ لِلْغَيْرِ﴾ (١) فسمى الإرث وصية.

الوجه الثالث: أنها محمولة على من أوصى لمن قتله أو يقتل غيره؛ كأن يقول أعطوا

لمن يقتلني، أو لمن يقتل فلانا كذا، وإنما لم تصح الوصية في هذه الحال؛ لأنها وصية لغير معين، فصارت وصية لجهة معصية وهي باطلة كما سبق (٢).

الوجه الرابع: أنه على تسليم صحتها، وإرادة ظاهرها، فإنها معارضة بعموم أدلة

الوصية، وإطلاقها، المقتضية جوازها للقاتل، فتعين الجمع بينها بحمل أدلة الجواز على

حال، وأدلة المنع على حال آخر، وهو ما فعله المالكية كما سيأتي.

(٢٦٤) ٢. ما رواه الدارقطني من طريق أبي بكر بن عيَّاش، عن مُطَرِّف، عن الشعبي.

عن معمر عن رجل قال عبد الله بن عمرو بركة عن عكرمة، عن ابن عباس، وهذا إسناد ضعيف لحال عمرو بركة، وأصح عمرو بن عبد الله بن الأسوار البجلي.

قال أحمد: له مناصره، وقال الأزدي: موقوف الحديث، وقال ابن حجر: صدوق فيه لين، ينظر: الكامل ٥٤٤، للميزان ٢٧١/٣، التقریب ٥٠٦٠.

وأخرجه الدارقطني في الفرائض ٩٥/٤ من طريق سفيان، عن ليث، عن طاووس، عن ابن عباس، وهذا إسناد ضعيف لحال ليث ابن أبي سليم (الترخيص ٨٥/٣).

(١) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٢) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٣) نهاية المحتاج ٤٨/٦، تحفة الطلاب ٧٦/٢.

قال: قال عمر رضي الله عنه: "لا يرث القاتل خطأ ولا عمداً" (١)

وإذا كان القتل مانعاً من الإرث، فإنه يكون مانعاً من الوصية من باب أولى وأحرى؛ لأن الميراث أقوى من الوصية.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: الضعف.

الوجه الثاني: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الإرث جبري والوصية اختيارية، فلا يصح هذا القياس لوجود الفارق بينهما.

٣. القياس على الإرث، وقد تقدم الجواب على هذا.

أدلة القول الثالث: (الصحة مطلقاً)

استدل لهذا الرأي بما يلي:

١. أدلة الوصية: فإنها جاءت عامة تارة، ومطلقة تارة، مثل قوله ﷺ: «أَوْصِيَةٌ لِلَّذِينَ يَدِينُونَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ» (٢)، «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّتِي يُوصِي بَهَا أَوْ دِينَ» (٣) غيرها، والعام محمول على عموم، والمطلق محمول على إطلاقه حتى يرد المخصص أو المقيد، وبذلك تشمل هذه الأدلة الوصية للقاتل في جميع الأحوال والظروف؛ لقاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال.

ونوقش الاستدلال بهذه الأدلة من وجهين:

الوجه الأول: تخصيصها وتقييدها بأدلة القول الأول.

وأما القول بصحتها مطلقاً، فإنه يعارض القاعدة الأصولية والفقهية: أن من استعجل

(١) سنن الدارقطني ١/٤٠١، ومن طريقه البيهقي في المشن الكبرى ٦/٦٦٠، وهو متفق.

(٢) من الآية ١٨١ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٩١ من سورة النساء.

شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقاعدة: المعاملة بنقيض المقصود الفاسد^(١).
فإنهما تقضيان بحرمان القاتل من الوصية، إذا قتل الموصي له عمداً عدواناً بغير حق،
ولا عذر بعدما أوصى له.

وأجيب: بأن هذا الحكم استثناء من القاعدة المذكورة^(٢).

ورد: أن الحكمة من وراء هاتين القاعدتين هي زجر الناس من ارتكاب ما لا يجوز فعله؛
لتحقيق أغراضهم بوسائل محرمة، وهذه الحكمة موجودة في القتل العدوان، وهي زجر الموصي
لمن قتل الموصي لاستعجال وصاياهم، فالواجب تطبيق القاعدة وعدم الاستثناء.
الوجه الثاني: أن حرمان القاتل بحق، وفي حالة الدفاع المشروع يتناقض مع الإذن لهم في
القتل.

٢. قياس الوصية على الهبة والبيع يجمع أن كلا منهما تصرف ينقل الملك، فكما أن
الهبة والبيع لا يبطلان بقتل الواهب والبائع بعد وقوعهما، فإن الوصية كذلك لا
تبطل بقتل الوصي له الموصي.

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم؛ لأن الهبة عقد بات لا يتوقف على موت
الواهب، فلا يتأتى فيها اتحام الموهوب له بقصد استعجال هبته بقتل الواهب له، عكس
الوصية فإنها متوقفة على موت الموصي، فالتهمة فيها قوية، ومع وجود هذا الفارق بين
الوصية والهبة والبيع يمتنع قياس الوصية على الهبة.

دليل القول الرابع:

١. حديث: "ليس لقاتل وصية" وفي رواية: "لا وصية للقاتل"^(٣).

(١) إصباح المسالك ص ٣١٥.

(٢) حاشية الشراوي ٧٦/٢.

(٣) أورده في الدعوى ٢٨/٧، الكاساني في البدائع ٣٤٠/٧.

٢. وحديث: "ليس لقاتل شيء"^(١)، فالقاتل نكرة في سياق النفي فتعم.

وفي الرواية الثانية مفردة على "بأل" فيعم كما أن لفظ "شيء" في الحديث نكرة في سياق النفي فتعم كل شيء، فتدخل في ذلك الوصية بطريق العموم الظاهر، كما تدخل في الحديث الأول والثاني بطريق النص، وعموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال، وبذلك تدل هذه الأحاديث على بطلان الوصية للقاتل مطلقاً، في جميع الظروف والأحوال.

ونوقش القول ببطلانها مطلقاً ولو كان القتل خطأ، والقاتل غير مكلف، أو كان القتل بحق أو عذر، بأنه يعارض نصوص الكتاب والسنة، التي تقتضي عدم مؤاخذه الصغير والمجنون بفعلهما، وعدم معاقبة المخطئ على خطئه، والإذن في الدفاع المشروع، وتنفيذ القتل بحق، ولا شك أن حرمان الصغير والمجنون والمخطئ من وصاياهم فيه نوع معاقبة على فعلهم، وهي مرتفعة شرعاً كما تقدم.

على الوجه المذكور نص قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾^(٢).
الترجيح:

الأرجح - والله أعلم - ما ذهب إليه المالكية؛ إذ فيه الجمع بين أقوال المسألة وأدلتها.
شرح:

اختلف العلماء إذا أجاز الورثة الوصية للقاتل عمداً:

فقال أبو حنيفة، ومحمد، بصحتها.

وقال أبو يوسف: ببطلانها.

واتفقوا على إجازتها بإحالة الورثة إذا كان القتل خطأ.

ومتشأ الخلاف في القتل العمد هو اختلافهم لمن الحق في ذلك؟.

(١) تقدم غريبه برقم (٢٦٣).

(٢) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

فمن رأى الحق في ذلك لله قال: لا يجوز وإن أجازوها؛ لأنه لا حق لهم فيسقطوه.
ومن رأى أن الحق للورثة قال: إذا أجازوها جازت^(١)، كما أجازها أبو حنيفة إذا
أوصى لقاتله وليس له وارث سوى القاتل^(٢).

فروع أخرى:

أن القتل المانع من الوصية عند القاتلين به: هو قتل الموصى له الموصي، وأما إذا قتله
ولد الموصى له، أو والده، أو زوجته، فإن الوصية لا تبطل بذلك؛ لأن علة بطلان الوصية
بالقتل هي اتهام القاتل باستعجال وصيته وهي غير موجودة، إذا كان القاتل غير الموصى
له؛ لأنه ليس له ما يستعجل؛ لأن الموصى له لم يفعل شيئاً، فلا تبطل وصيته بخيانة غيره؛
لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^{(٣)(٤)}.

(١) للمصنف ٣٤٠/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٣١/٦.

(٣) من الآية ١٦٤ من سورة الأنعام.

(٤) الوضائيا والتفريغ ص ٥٦٦.