

الباب الثاني
المنازعات التي يكون فيها طرفا الخصومة
متعددين أو أحدهما متعدداً

ويشتمل على فصول أربعة:

الفصل الأول: النزاع في الوصية.

الفصل الثاني: النزاع في الحجر.

الفصل الثالث: النزاع في الشركة.

الفصل الرابع: النزاع في اللقطة واللقيط.

الفصل الأول التنازع في الوصية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الوصية وحكمها وشروطها
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الوصية للوارث

المطلب الثاني: حكم الوصية لغير القريب

المبحث الثاني: التنازع بسبب زوائد الموصى به

المبحث الثالث: التنازع بين الموصي والورثة بسبب الوصية بأكثر من

الثلث وتوقف ذلك على إجازة الورثة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجازة الورثة تنفيذ للوصية أو عطية مبتدأة؟

المطلب الثاني: وقت الإجازة والرد.

التنازع في الوصية

المبحث الأول: تعريف الوصية وحكمها وشروطها:

والوصية في اللغة: بمعنى الإيضاء ووصيت بالشيء بمعنى وصلته وكأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، وقيل: معناه وصل خير دنياه بخير عقباه.

ويقال أوصيت لفلان بكذا، ووصيت، وأوصيت إليه، إذا جعلته وصيا وتعني طلب شيء من غيره ليفعله^(١).

وشرعاً: هي تملك مضاف لما بعد الموت^(٢).

وقيل: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده^(٣).

فالوصية تعني جواز التصرف والتمليك فيما لا يزيد على ثلث المال وهذا التصرف موقوف حتى الموت فإنه مضاف لما بعد الموت فهي حق أوجب الموصي في ماله بعد موته وبهذا تخالف البيع والإجارة والهبة^(٤).
والوصية مشروعة وجائزة^(٥).

(1) الصحاح للجوهري (٢٥٢٥/٦)، ترتيب القاموس (٣٢٢/٤)، مختار الصحاح

(ص ٦٨١)، مغني المحتاج (٣٩١/٣)، حاشية الدسوقي (٤٢٢/٤).

(2) بدائع الصنائع (٤٨٣٧/١٠) ط/الإمام.

(3) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٢٢/٤).

(4) بدائع الصنائع (٤٨٤٣/١٠).

(5) وقال بعض الفقهاء كأهل الظاهر وغيرهم الوصية واجبة لما روي أن النبي ﷺ

قال: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه

بيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه». قالوا: لأن الحق هو الثابت فصرح النبي

ﷺ أنه لا يثبت للمسلم إلا بالوصية والنفي كالنهي والنهي للتحريم وإذا حرم الترك وجب الفعل. ويدل على عدم الوجوب قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] والمعروف يختص بالمندوب، ولأن في الحديث الذي استدلوا به ما ينافي الوجوب لأن فيه تحريم ترك الإيضاء عند إرادة الإيضاء والواجب لا يقف وجوبه على إرادة من عليه كسائر الواجبات ولأن النبي ﷺ لم يوصي.

فيحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة.

وقيل كانت الوصية واجبة ابتداءً للوالدين والأقربين من المسلمين لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ ثم نسخت فقيل نسخت بقول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث» من نسخ الكتاب بالسنة وهو جائز وقيل نسخت بآية الموارث.

وقيل الوصية بقيت واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين بسبب الكفر أو الرق والآية وإن كانت عامة إلا أنها خص منها الوالدان والأقربون الوارثون بالحديث وهو قوله ﷺ: «لا وصية لوارث» فكان هذا الحديث مخصصاً لعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ فالصحيح أنها مندوبة وليست واجبة. يراجع بدائع الصنائع (١٠/٤٨٣٨)، (٣٩٩/١٥)، الذخيرة (٧/٧)، تكملة المجموع (٣٩٩/١٥)، مغني المحتاج (٣/٣٩)، المعونة (٣/١٦٢١)، المغني (٢/٦).

والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وقوله تعالى: ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذَيْنِ ﴾ [النساء: ١١].

وأما السنة:

(١) فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما حق امرئ له مال يريد أن

يوصى فيه بيت ليلتين إلا ووصيته عنده»^(١).

(٢) ما روي أن سعد بن أبي وقاص^(٢) قال: جاءني رسول الله ﷺ

يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت: فبالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(٣).

(1) البخاري في الوصايا باب الوصايا وقوله ﷺ وصية الرجل مكتوبة (١٨٥/٣)،

مسلم في الوصية (١٢٤٩/٣).

(2) سعد بن أبي وقاص كان ﷺ سابع سبعة في الإسلام وشهد بدرًا والحديبية

وسائر المشاهد وهو أحد الستة الذين جعل عمر بن الخطاب فيهم الشورى

وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة وكان مجاب الدعوة توفي سنة ٥٨هـ،

الاستيعاب (١٧١/٢)، أسد الغابة (٣٦٦/٢).

(3) البخاري في الوصايا (١٨١/٣)، مسلم (١٢٥٣/٣).

(٣) أن النبي ﷺ قال: «إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم»^(١).
فقد أخبرنا النبي ﷺ أن الله تعالى جعلنا أخص بثلث أموالنا في آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة في أعمالنا والوصية تصرف في ثلث المال في آخر العمر زيادة في العمل فكانت مشروعة^(٢).

ثم إجماع الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على جواز الوصية وأنهم يوصون من غير إنكار من أحد.

وإن كان القياس يقتضي عدم جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكاً فلا يصح إلا أن هذا القياس ترك للكتاب والسنة والإجماع، مع أن قياساً آخر يقتضي جواز الوصية وهو أن الإنسان يحتاج إلى أن يختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة، أو تداركاً لما فرط في حياته وذلك بالوصية.

وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد فإذا مست حاجتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها.

(1) أخرج ابن ماجه في الوصايا باب الوصية بالثلث رقم (٢٧٠٩)، (٩٠٤/٢) وفي سنده طلحة بن عمرو المكي وهو ضعيف، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٦٩/٦)، وأسانيده كلها ضعيفة، نصب الراية (٤٠٠/٤).

(2) بدائع الصنائع (٤٨٣٨/١٠).

ثم إن ملك الإنسان لا يزول بموته فيما يحتاج إليه ألا يرى أنه بقي فيه قدر جهازه من الكفن والدفن وقدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد لحاجته إلى ذلك فكذلك الوصية^(١).

وأما شروطها:

فإنه يشترط في الموصي أن يكون مكلفاً عاقلاً بالغاً حراً فلا تصح الوصية من المجنون ولا المعتوه ولا الصبي إذا كان غير مميز وإلا صحت^(٢)،

(1) بدائع الصنائع (٤٨٣٨/١٠)، الذخيرة (٥/٧)، المعونة (١٦٢٠/٣)، العدة (ص٢٨٧)، المغني (١/٦).

(2) وقد ذهب الإمام مالك إلى جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه، فقد قال مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ها هنا غلاماً يافعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا إلا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جثم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى.

وفي رواية أن الغلام كان ابن عشر سنين أو اثني عشرة سنة قال يحيى وسمعت مالكا يقول الأمر المجمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق أحياناً تجوز وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف به ذلك وكان مغلوباً على عقله فلا وصية له. الموطأ (١٣١/٢) ط/ الحلبي.

ولا تصح من الرقيق لأن ماله ملك سيده، وأن يكون مالكا لما يوصي به ملكا تاما.

فغير المالك أو الذي تستغرق الديون ذمته لا يصح إيصاؤه لتعلق حق الغير بالموصى به^(١).

أما الموصى له فإن كانت الوصية لجهة عامة فشرطها ألا تكون جهة معصية كعمارة كنيسة للتعبد فيها أو ترميمها أو كتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما فكل هذا لا تصح الوصية به وكذلك كتابة سائر العلوم المحرمة الضارة وكذلك الوصية ببناء موضع للمعاصي كالخمارات مثلاً وغيرها. فإن كانت الوصية لشخص معين فيشترط عدم المعصية، وأن يتصور له الملك عند موت الموصي فتجوز الوصية للحمل بشرط أن يعلم وجوده حال الوصية بأن ينفصل حياً وإلا فلا شيء له^(٢).

المطلب الأول: حكم الوصية للوارث

ثم إن من شروط الموصى له ألا يكون وارثاً لقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»^(٣).

(1) الذخيرة (١٠/٧)، حاشية الدسوقي (٤٢٢/٤)، روضة الطالبين (٥٣/٥)، ط/ بيروت.

(2) مغني المحتاج (٤٠/٣، ٤١)، الذخيرة (١٣/٧).

(3) جزء من حديث أوله قال ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» أخرجه أبو داود في البيوع بأن تضمنين العارية (٨٢٤/٣)، وابن ماجه في الوصايا باب لا وصية لوارث (٩٠٥/٢)، والترمذي في الوصايا

ولأن ذلك تعدي ما حد الله ورسمه لأن الله تعالى جعل لكل وارث قدرًا معلومًا من التركة وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كأنه يعطيه من حق غيره.

ويتوقف ذلك على إجازة الورثة لأن المنع لحقوقهم فإذا أجازوا فقد تركوا حقوقهم فتجوز^(١).

فإذا لم يميزوا رجعت ميراثًا لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم وليس لها جهة تصرف إليها فلم يبق إلا أن ترجع ميراثًا كالذي لم يوص به^(٢).

باب ما جاء لا وصية لوارث وقال حديث حسن (٣٧٧/٤)، وقال ابن حجر حسن الإسناد تلخيص الحبير (١٢/٣)، ط/ بيروت.

(1) هذا هو قول جمهور الفقهاء وقال أهل الظاهر والمزني وبعض الشافعية لا تجوز وسبب الخلاف هل المنع لعللة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وإن أجازها الورثة ومن قال المنع لحق الورثة أجاز ذلك، وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله ﷺ «لا وصية لوارث» هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول. بداية المجتهد (٢٧٢/٢)، روضة الطالبين (١٠٤/٤).

(2) ثم إن الاعتبار بوقت الموت لا وقت الوصية فلو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات الابن قبل موت الموصي ثم مات الموصى لم تصحى لأن الموصى له صار وارثًا ولا خلاف في هذا بدائع الصنائع (٤٨٥٣/١٠)، الروضة (١٠٦/٥)، المغني (١٥/٦).

بداية المجتهد (٢٧٢/٢)، المجموع (٤٢١/١٥)، المغني (٦/٦).

المطلب الثاني: حكم الوصية لغير القريب

وشرط الوصية أن تكون لقريب غير وارث فإذا أوصى لغير قريب فهل تجوز هذه الوصية أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن الوصية تجوز لغير الأقربين مع الكراهة فإن الله تعالى جعل الوصية وكتبها للوالدين والأقربين وخرج الوارثون بقول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث» وبقي سائر الأقارب لهم وأقل ذلك هو الاستحباب، ولأن الصدقة عليهم في حال الحياة أفضل فكذاك بعد الموت فإذا أوصى لغيرهم صحت وصيته وهو قول جمهور الفقهاء.

المذهب الثاني: أن الوصية لا تجوز لغير الأقربين فإن أوصى لغيرهم ترد الوصية إليهم.

حجة الجمهور:

(١) ما روي أن رجلاً أعتق في مرضه ستة عبيد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ: «فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ أجاز العتق في ثلث المال لغير قرابته.

(٢) ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة.

(1) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الأيمان باب من أعتق شركاً له في عبد

حجة المذهب الثاني:

ظاهر قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وجه الدلالة من الآية:

أن الألف واللام تقتضي الحصر فحصرت الآية الوصية في هؤلاء
وخرج منهم من يرث بقول النبي ﷺ «لا وصية لوارث».

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنه معروف والأهل والقربة
أحق بالمعروف وأولى من غيرهم^(١).

ويشترط في الموصي به:

أن يكون مقصوداً، وأن يكون جائز الاقتناء والانتفاع به فلا تصح
الوصية بما يحرم اقتناؤه والانتفاع به أو ينتفع به على وجه محرم لأن المنفعة
المحرمة كالمعدومة.

وأن يقبل النقل من شخص إلى شخص، وألا يزيد على ثلث مال
الموصي، وأن يكون مختصاً بالموصي فلا يجوز الوصية بمال الغير^(٢).

(1) بدائع الصنائع (١٠/٤٨٤٠)، بداية المجتهد (٢/٢٧٢)، المغني (٦/٥).

(2) روضة الطالبين (٥/١١١).

المبحث الثاني

التنازع بسبب زوائد الموصى به

إذا تنازع ورثة الموصي مع الموصى له بسبب الزيادة المتولدة عن الموصى به فقال الورثة هي غير ملحقه بالموصى به وقال الموصى له بل هي تابعة ولا حقة فهل تتبع أم لا؟

قال الأحناف:

إن الزيادة إن حدثت قبل موت الموصي فلا يملكها الموصى له لأنها حدثت قبل ملك الأصل وقبل انعقاد سبب الملك فإذا مات الموصي ملكها الورثة لأن الملك إنما يثبت للموصى له عند الموت ويثبت فيما يخرج من ثلث التركة حسب تقويمها هي والموصى به عند القسمة والتسليم ويستقر في هذا القدر فقط أما ما زاد عليه فلا بد من إجازة الورثة.

فإذا حدثت الزيادة بعد موت الموصي وقبل التسليم فإنها تخلص للموصى له إن كانت من نماء ما ملكه بالوصية، وتخلص للورثة إن كانت من نماء ما ورثوه بعد الوصية ويستوي في ذلك الزيادة المنفصلة والمتصلة سواء كانت متولدة من الأصل كالولد أو في معنى المتولدة، وكذلك الزيادة غير المتولدة من الأصل كالكسب والغلة.

وخالف بعضهم فقال لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو حدث بعد القسمة لأنها حدثت بعد ملك الأصل.

فإن خرج الموصى به مع نمائه من الثلث سلماً للموصى له وإذا لم يخرج جميعاً من الثلث فعند أبي حنيفة يعطى الموصى له الموصى به أولاً فإن فضل شيء فإنه يعطى من النماء بقدر ما فضل وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن أنه يعطى الثلث منهما جميعاً بقدر الحصص.

وجه قول أبي حنيفة:

أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة إضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز.

ووجه قول الصحابين:

أن الزيادة إذا جعلت موصى بها صارت كالموجودة عند عقد الوصية فيعطى الثلث منها جميعاً، وما قد يرد على ذلك من أن فيه تغييراً للحكم العقد في الأصل لكن هذا جائز كما في الزيادة المتصلة. والراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة رضي الله عنه ^(١).

أما المالكية:

فقد اختلفت الكلمة بينهم على ثلاثة أقوال فقيل كلها للموصى له وقيل كلها للموصي، وقيل له ثلثها فقط.

وسبب هذا الخلاف الواقع في الغلة الحاصلة بعد الموت وقبل القبول هو الخلاف في أن المعتبر في تنفيذ الوصية هل هو وقت قبول المعين لها أو وقت الموت؟

ذهب بعضهم إلى أن الوقت المعتبر في تنفيذ الوصية هو وقت القبول ويترتب عليه أن النماء والغلة لا تكون للموصى له في تلك الحالة بل تعد من التركة لأن هذا النماء حدث قبل القبول الذي هو شرط في نفاذ الوصية إذ إنه حدث قبل وقت نفاذها وما كان قبل وقت النفاذ فإنه يكون للموصي وللورثة من بعده.

(1) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٦٠، ٤٩٦١).

وذهب بعضهم إلى أن الوقت المعترف في تنفيذ الوصية هو وقت الموت فالغلة إذا حدثت بعد الموت وقبل القبول تكون للموصى له حيث إنها نماء عين مملوكة له فيخلص له نمؤها ولا يعد من التركة لأن ملك الموصى له للموصى به يثبت عند الموت.

وذهب فريق ثالث إلى أن الوقت المعترف في تنفيذ الوصية هو الأمران معاً الموت والقبول فيكون القبول شرطاً في تنفيذها والموت بداية للتملك ويترتب على ذلك لزوم خروجها من الثلث مع الأصل ولم يجعلها من التركة مراعاة لحدوثها بعد وقت الملك ولا للموصى له مراعاة لحدوثها قبل قبوله الذي يعد شرطاً في نفاذها.

أما ما حدث قبل الموت فإنه للموصى قولاً واحداً^(١).

أما الشافعية:

فالاعتبار عندهم في تقويم الموصى به عند الموت وهو وقت لزوم الوصية واستحقاقها، وعلى هذا يعد من الوصية ما يحدث من النماء بعد ذلك ويكون للموصى له باعتباره نماء ملكه إذا ما خرج الموصى به من الثلث خالصاً، ومعنى هذا أن النماء لا يحسب من الثلث فلو زاد الموصى به ونماؤه من الثلث فيجوز^(٢).

أما الحنابلة:

فقد فرقوا بين ما إذا كان هذا النماء في الموصى به متصلاً أو منفصلاً.

(1) حاشية الدسوقي (٤/٤٢٤)، حاشية الخرشبي (١/١٦٩).

(2) مغني المحتاج (٣/٤٧)، المهذب (١/٤٥)، الأم (٤/٢٧) ط/ دار الشعب.

فقالوا إن نماء العين الموصى به إن كان متصلاً كالسمن فهو تابع للعين ويكون للموصى له إذا احتمله الثلث.

وإن كان نماء العين منفصلاً كالولد والثمرة فإن حدث في حياة الموصى فهو له يصير إلى ورثته لأنه ملكه، وما حدث بعد الموت وقبل القبول فإنه ينبني على الملك في الموصى به والصحيح أنه للورثة لأن وقت الملك هو وقت القبول، وقيل هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له لأن اعتبار وقت التملك هو وقت الموت فتكون هذه الزيادة ملكاً للموصى له .

وهذا لا ينافي أنهم يعتبرون ثلث التركة وقيمتها عند الموت لا عند القبول فالموصى به هو ما يساويه عند الموت ولا يملكه الموصى له إلا بالقبول^(١).

والراجع من هذه الآراء:

أن الزيادة إن حدثت بعد الموت وقبل القبول فإنها للموصى له ، وذلك لأنها حصلت بعد وقت التملك سواء كانت هذه الزيادة متصلة أو منفصلة. وأنها لا تحسب من الثلث فإن كان الموصى به ثلث التركة فإنه يعطاه ويعطى نمائه ولو زاد على ثلث التركة لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما هو في الموصى به.

ولو أن الموصى به هلك أو تغيب بعد الموت وقبل القبول فإن الموصى له لا شيء له فإذا تحمل غرمه أفلا يحق له الانتفاع بغلته؟
والله أعلم

(1) المغني (٦/١٥٨)، القواعد لابن رجب الحنبلي (١٧١، ١٧٢)، ط/ المكتبات الأزهرية.

المبحث الثالث

التنازع بين الموصي والورثة بسبب الوصية بأكثر من الثلث وتوقف ذلك على إجازة الورثة

إذا أوصى لغير وارثه فإن الوصية إذا خرجت من ثلث التركة فإنها تجوز ولا يتوقف ذلك على إجازة أحد.

ودليل ذلك قول النبي ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير». فهذا يدل على أنها لا تجوز في الزائد عن الثلث.

بل الأفضل أن يوصي بأقل من الثلث، وقد أوجب بعض الفقهاء ذلك، وفرق بعضهم بين كون الورثة أغنياء فلا يستحب النقص عن الثلث فإن كانوا فقراء استحب النقص عن الثلث^(١).

فإن أوصى بزائد عن الثلث فلا تجوز الوصية حينئذ إلا بإجازة الورثة فإذا لم يجز الورثة بطلت الوصية في الزائد عن الثلث فإن أجازوا جازت في كل، وفي إجازتهم تحقيق للرضا والمحبة والوفاق بينهم وبين الموصي والموصى له وتطبيياً لقلب الموصي إذ إن المال له وهو حقه وقطعاً للخلاف والتنازع بينهم وذلك لأن المنع لحق الورثة ولا فرق في ذلك بين أن يقصد حرمان الورثة أو لا.

وقال بعض المتأخرين من الشافعية إنه إن قصد حرمان الورثة حرم ذلك عليه. فإذا أوصى بزائد عن الثلث ولم يكن له وارث خاص بطلت الوصية بالزائد لأنه حق المسلمين فلا يجيز. وقال أبو حنيفة وصيته نافذة في جميع ماله.

(1) بدائع الصنائع (١٠/٤٨٤)، بداية المجتهد (٢/٢٧٣)، مغني المحتاج (٣/٤٧).

واستدل على ذلك بأن النبي ﷺ لما منع سعدًا من الزيادة على الثلث قال: «لأن تدع ورثتك أغنياء خيرًا من أن تدعهم عالة يتكفون الناس».

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ جعل المنع من الزيادة حقًا للورثة، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع.

ولأنه لما كانت الصدقة بجميع ما له جائزة جازت الوصية بجميع ماله حيث لا وارث له.

والراجح الأول لأن هذا ما تدل عليه الأحاديث، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثًا لأمرين أنه يعقل عنه كورثته فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث، وأنه يخلف الورثة في الاستحقاق ويخرج هنا قياسًا أن كل جهة استحققت التركة بالوفاة منعت من الوصية بجميع كالورثة.

الثاني: أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون.

ويجاب عن قول أبي حنيفة بأن هذه الجملة لم تجعل تعليقاً لرد الزيادة إلى الثلث ولو كان ذلك تعليقاً لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذ لم يصيروا عالة يتكفون الناس.

وأما الصدقة فهي كالوصية إن كانت في الصحة أمضت مع وجود الوارث وعدمه وإن كانت في المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه^(١).

مسألة: إجازة الورثة بالزائد عن الثلث هل هي إجازة وتنفيذ لوصية الموصي أم عطية مبتدأة؟

وقد اختلف الفقهاء في إجازة الورثة لوصية مورثهم بالزائد عن ثلث ماله هل هو تنفيذ لوصيته أم أنه يعتبر عطية مبتدأة منهم على مذهبين:

المذهب الأول: أن إجازتهم تنفيذ لوصية الموصي وإمضاء لتصرفه بالزائد وتصرفه موقوف على هذه الإجازة وهو مذهب جمهور الفقهاء.

المذهب الثاني: أن إجازتهم تعتبر عطية مبتدأة من الورثة لا تتم إلا بالقبض ولهم الرجوع فيها ما لم تقبض، وإن كان الرجوع قبل القبض بطلت كالهبات، وهو المشهور عند الإمام مالك وقول للشافعية وقول للحنابلة والمزني وأهل الظاهر.

الأدلة:

أدلة المذهب الأول:

(١) أن الموصي بالوصية متصرف في ملك نفسه والأصل فيه النفاذ لصدور التصرف من أهله في محله وإنما الامتناع لمانع وهو حق الورثة فإذا أجازوا فقد زال المانع وينفذ بالسبب السابق لا بإزالة المانع لأن إزالته

(1) بدائع الصنائع (٤٨٤٨/١٠)، بداية المجتهد (٢٧٣/٢)، الذخيرة (٣٢/٧)، المعونة (١٦٢٠/٣)، المجموع (٤١١/١٥، ٤١٢).

شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط لأن الشروط كلها شروط الأسباب لا شروط الأحكام^(١).

(٢) ولأن الخبر جاء فيه [إلا أن يجيز الورثة] والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة.

(٣) ولأنه تصرف مضاف للملك وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبهه بيع الشقص المشفوع.

أدلة المذهب الثاني:

(١) ظاهر قوله ﷺ «لا وصية لوارث».

فالحديث أثبت بطلان الوصية إذا وقعت غير صحيحة كأن كانت لوارث أو بشيء زائد عن ثلث ماله فإجازة الورثة كأنه ابتداء عطية جديدة منهم.

(٢) ولأنه لما أوصى بالزائد عن الجائز بطلت الوصية فإذا أجاز الورثة بعد ذلك فكأنما أعطوه عطية مبتدأة.

والراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم وفي إجازتهم تحقيق للرضا والوفاء بينهم وبين الموصى له وإزالة كثير من الخلافات والتزاعات وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية.

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة الخلاف في اشتراط القبول من عدمه فإن قلنا على الرأي الراجح أن الوصية صحيحة في الزائد بإجازة الورثة فإنها تنفذ للوصية ويكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك

(1) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٢٦، ٤٩٢٧).

لزمت الوصية ولا تحتاج للقبول من الموصى له المهم عدم الرد، فإن قلنا إنها هبة وعطية مبتدأة فإنها تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة ولو رجع المميز قبل القبض صح رجوعه^(١).

فإذا تنازع الموصى له والورثة في الزائد فإن الأمر موقوف على إجازتهم بالزائد^(٢). فإن أجاز بعضهم ورد بعضهم لزم من أجاز ما ينوبه من الزيادة ولزم من لم يجز منابه من الثلث^(٣).

ويدخل ذلك أيضاً كل تبرع وقع في مرضه الذي مات فيه كوقف وهبه وعتق وإبراء من دين وغير ذلك من أوجه التبرع فإن ذلك يكون من ثلث ماله فإن زاد فهو موقوف على إجازة الورثة^(٤).

(1) وقال الزركشي وهذا الخلاف لا يختص بالوارث كما يقتضيه إطلاقهم بل أصحاب الديون المستغرقة كذلك حتى لو أجازوا رد الوارث لم يلتفت إليه لأن الحق إنما هو للغرماء ولا ينتقل للوارث إلا بسقوط الدين أصلاً والإجازة لا تسقط الدين بدليل أنه لو ظهر له دفين ونحوه وفوا منه وإذا قلنا تنقد فالظاهر أنه لا يحسب من ثلث من يميز في مرضه للموصى له ولا يتوقف على إجازة ورثة من يميز في مرضه لو ارثه. مغني المحتاج (٤٧/٣).

(2) بدائع الصنائع (٤٨٤٨/١٠، ٤٩٢٦)، حاشية الدسوقي (٤٢٧/٤)، الذخيرة (٤١/٧، ٤٢)، القوانين (ص٣٤٨، ٣٤٩)، المعونة (٣/١٦٢٠)، مغني المحتاج (٤٦/٣، ٤٧)، المجموع (١٥، ٤١١)، روضة الطالبين (١٠٣/٥)، المغني (٦/٦، ١٣)، العدة (ص٢٩٤)، المحلى (١٠/٤٢٥).

(3) بدائع الصنائع (٤٩٢٧/١٠)، القوانين الفقهية (ص٣٥٠).

(4) مغني المحتاج (٤٧/٣).

(وقت الإجازة والرد)

ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي^(١) فلو أجازوا قبل موته ثم ردوا لم تصح، فإن أذنوا لمورثهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو في مرضه وهو مذهب الأحناف والشافعية ورواية عن الإمام أحمد وقول بعض المجتهدين.

المذهب الثاني: أن ذلك ماض عليهم لأن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب.

المذهب الثالث: فرق الإمام مالك بين الإذن في حالة الصحة وفي حالة المرض فإن أذنوا له في صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان ذلك الإذن في حالة مرض الموصي وحين يحجب عن ماله فذلك الإذن ماض عليهم وليس لهم أن يرجعوا.

واستدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمراة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه قبل البيع.

(٢) أنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية فلم يصح فيها إجازتهم.

(1) ويصح الرد بين الموت والقبول لا بعدهما وبعد القبض، أما بعد القبول وقبل القبض فالأوجه عدم الصحة كما صححه في الروضة وقال الإسنوي إنه المفتى به وجرى عليه ابن المقري في روضته وقال الأذرعى إنه الصحيح المنصوص عليه في الأم وجرى عليه العراقيون وعلله بأن ملكه قبل القبض لم يتم قال ولعل الرافعي تبع البغوي في الترجيح. مغني المحتاج (٥٣/٣).

(٣) أن حقهم إنما يثبت عند الموت لأنه إنما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فإذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن إلا أنه إذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت إلى أول المرض والاستناد إنما يظهر في القائم لا في الماضي وإجازتهم قد مضت لغواً ضائعاً لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الإجازة.

والدليل على أن حق الورثة لا يثبت حال المرض بطريق الظهور المحض أن المريض يحل له أن يطأ جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين أنه وطئ ملك غيره فتبين أنه كان حراماً وليس كذلك بالإجماع.

على أنه في إثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض إبطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لإبطال الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي^(١).

وجه القول الثاني:

(١) أن إجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لأن حقهم يتعلق بماله في مرض مؤته إلا أنه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت إلا بالموت فإذا اتصل به الموت تبين أنه كان مرض الموت فتبين أن حقهم كان متعلقاً بماله فتبين أنه أسقطوا حقهم بالإجازة فجازت إجازتهم^(٢).

(1) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٢٧، ٤٩٢٨).

(2) بدائع (١٠/٤٩٢٧)، بداية المجتهد (٢/٢٧٣)، القوانين الفقهية (ص٣٤٨)،

التفريع لابن الجلاب (٢/٣٢١، ٣٢٢)، المدونة (٤/٤٣٢، ٤٣٣)، روضة

الطالبين (٥/١٠٤، ١٠٥)، المغني (٦/١٤).

وتبطل الوصية وتنقض بالرجوع فيها من قبل الموصي قبل الموت ويكون ذلك بالقول أو بالفعل، وكذلك برد الموصى له لها أو بموته قبل موت الموصي^(١).

(١) حاشية الدسوقي (٤٢٨/٣)، بداية المجتهد (٢٧٢/٢).