

الكتاب التاسع الروحاني والوحي

١١١٢ - تمهيد، ومنهج البحث:

الموت عاقبة كل حي، قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ﴾. وقال تعالى: ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ﴾، وقال تعالى: ﴿كُلُّ مَنْ عَلَيْهَا فَانٍ، وَيَبْقَى وَجْهَ رَبِّكَ ذُو الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ﴾ (١٣٣٩).

ثم إن الإنسان غالباً ما يمرض في حياته وفي هذا المرض حكمة بالغة إذ به يحس الإنسان بضعفه مما قد يحمله على معرفة قدر نفسه والوقوف عند حدّه، فلا يغتر بقوته وسلطانه وماله. كما أن في هذا المرض كفارة لبعض ذنوبه كما أخبرنا الشرع الحنيف بذلك.

وحيث إن مرض الإنسان تتعلق به أحكام شرعية، وكذا الموت، فقد كان من المناسب أن أجعل هذا الكتاب في باين كبيرين على النحو التالي:

الباب الأول: أحكام المرضى.

الباب الثاني: أحكام الموتى.

(١٣٣٩) الآية الأولى في سورة آل عمران، ورقمها ١٨٥،

والآية الثانية في سورة القصص، ورقمها ٨٨،

والآية الثالثة في سورة الرحمن، ورقمها ٢٦ و٢٧.

obeikandi.com

الباب السابع الأول أمم الرضى

١١١٣ - تمهيد، ومنهج البحث:

المرض نوعان: مرض البدن، ومرض القلب. ومرض القلب إما سببه الشبهة، قال تعالى: ﴿فِي قُلُوبِهِمْ مَرَضٌ﴾، وإما سببه الشهوة، قال تعالى: ﴿فِي طَمَعِ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ﴾ (١٣٣٩١). وموضوع بحثنا مرض البدن وما يتعلق به مثل الحمية من المرض لمنع وقوعه، ومعالجته إذا وقع برفعه وإزالته بتناول الأدوية أو بإجراء العملية الجراحية، وقد تكلمنا عن هذا فلا نعيده هنا. والمرض يستوجب بعض الحقوق للمريض مثل عيادته والسؤال عنه والدعاء له، كما يستوجب بعض الواجبات عليه تتعلق بكلامه وأمانيه وغيرهما.

ثم إن المرض الذي يصيب الإنسان قد يموت فيه وهذا هو الذي يسميه الفقهاء بـ (مرض الموت)، وغالباً ما يحس الإنسان في هذا المرض بدنو أجله مما يحمله على إجراء بعض التصرفات التي تثير الشكوك في صحتها عند جمهور الفقهاء نظراً لتأثر الورثة بهذه التصرفات. وعلى هذا، فإن كلامنا في هذا الباب يتعلق بشيئين:

(الأول): بالأحكام العامة للمريض مع بيان الحكمة الإلهية في إصابة الإنسان بالمرض.

و(الثاني): في تصرفات المريض مرض الموت من جهة مدى صحتها ونفاذها. وعليه نقسم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: الأحكام العامة للمريض.

الفصل الثاني: تصرفات المريض مرض الموت.

(١٣٣٩١) من الآية في سورة البقرة، ورقمها ١٠،

والآية الثانية في سورة الأحزاب، ورقمها ٣٢.

obeikandi.com

الفصل للذرة للحكيم العلاء للمرضى

١١١٤ - من حكمة المرضى:

في إصابة الإنسان بالمرض حكمة بالغة إذ تعرفه قدر نفسه وضعفه، كما أن في المرض كَفَّارة لبعض ذنوبه. فتذكير الإنسان بضعفه، ومحو بعض ذنوبه، هما من حكمة المرضى. ونتكلم عنهما فيما يأتي:

١١١٥ - أولاً: تذكير الإنسان بضعفه:

في الإنسان قابلية الغرور والعجب بالنفس لا سيما إذا أُوتِيَ شيئاً من المال والسلطان، أو الجاه، أو العلم. وهو في جو الغرور والعجب بالنفس قد ينسى حقيقته وهو أنه كائن ضعيف، وأن ما يوتاه من مال وسلطان وغيرهما لا يزيل عنه صفة الضعف وافتقاره إلى خالقه في كل وقت وفي كل شيء، وعلى ما قلناه دلّ كتاب الله العزيز، قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ، وَخَلَقَ الْإِنْسَانَ ضَعِيفًا﴾ (١٣٣٩٢).

قال الحسن: المراد كون الإنسان ضعيف الخلقة يؤلمه أدنى حادث نزل به (١٣٣٩٣).

وقال الرازي في «تفسيره»: «المعنى أنه لضعف الإنسان، فقد خفف الله عنه تكليفه ولم يثقل عليه. والأقرب أنه يحمل الضعف في هذا الموضوع لا على ضعف الخلقة، بل يحمل على كثرة الدواعي إلى اتباع الشهوة واللذة» (١٣٣٩٤).

وهذا الذي رجحه الإمام الرازي وقال عنه هو الأقرب، وإن كان كما قال ولكن يبقى ما قاله الحسن في المقصود بكون الإنسان خلقاً ضعيفاً، مما تحتمله الآية الكريمة، فالإنسان ضعيف بخلقته يؤلمه أدنى حادث ينزل به، وهو أيضاً ضعيف في خلقه الذي لا يجعله يصبر عن

(١٣٣٩٢) [سورة النساء: من الآية ٢٨].

(١٣٣٩٣) «تفسير الألوسي» ج ٥، ص ١٤.

(١٣٣٩٤) «تفسير الرازي» ج ١٠، ص ٦٨.

الشهوات، فيندفع إليها إلا إذا كان له من إيمانه رادع قوي وزاجر قوي .

وإذا كان الإنسان من طبيعته الغرور والعجب بالنفس وضعف خلّفته وخلّقه، فإن مما ينفعه ويذكره بحقيقته مرض يصيبه فيقعده عن الحركة والقيام وقد كان قبله يصول ويجول . . كما أن تحسيس المرض للإنسان بضعفه يجعله يحس بقدر كبير أنه فقير إلى الله تعالى محتاج إليه في كل لحظة ونفس من أنفاسه وفي كل شيء بلا استثناء، فقير بهذا النجو إلى خالقه الله الذي ذكرنا بهذه الحقيقة بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنْتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ﴾ فنحن فقراء إلى الله بكل شيء وفي كل لحظة من لحظات أعمارنا الفانية. إن الإنسان قد ينسى هذه الحقيقة، وقد يكون المرض خير من يحسسه بها ويوقظه عليها.

١١١١٦ - ثانياً: كفارة المرض:

وإذا كان في المرض ما ذكرناه، فإن فيه حكمة أخرى وهي كونه كفارة لبعض الذنوب فهو يمحوها ويزيلها، وقد دلّ على هذا ما يأتي:

قال الإمام البخاري في «صحيحه»: (باب ما جاء في كفارة المرض وقول الله تعالى: ﴿مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ﴾ ثم ساق الإمام البخاري في هذا الباب جملة أحاديث، منها الأحاديث التالية (١٣٣٩٥):

أ- عن عائشة - رضي الله عنها -، قالت: «قال رسول الله ﷺ: ما من مصيبة تصيب المسلم إلا كفر الله بها عنه حتى الشوكة يشاكها».

ب- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: «ما يصيب المسلم من نصبٍ، ولا وصبٍ، ولا همٍّ، ولا حزنٍ، ولا أذى، ولا غمٍّ، حتى الشوكة يشاكها إلا كفر الله بها من خطاياها».

ج- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: مَنْ يرد الله به خيراً يُصِبْ منه».

١١١١٧ - شرح هذه الأحاديث:

وجاء في شرح «صحيح البخاري» لابن حجر العسقلاني في تعليقه على عنوان الباب الذي

(١٣٣٩٥) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٠٣.

اختاره البخاري وهو: «باب كفارة المرض»، وتعليق ابن حجر أيضاً على الأحاديث التي ذكرناها، ما يأتي (١٣٣٩٦).

أ - قول البخاري: «كفارة المرض» الكفارة صيغة مبالغة من التكفير، وأصله التغطية والستر، والمعنى هنا أن ذنوب المؤمن تتغطى بما يقع له من ألم المرض. قال الكرمانى: الإضافة هنا بيانية؛ لأن المرض ليست له كفارة، بل هو الكفارة نفسها، فهو كقولهم شجر الأراك. وقال غير الكرمانى: أسند التكفير للمرض لكونه سببه.

ب - وقول الله عز وجل: ﴿من يعمل سوءاً يُجْزَ به﴾ الذي ذكره الإمام البخاري مع عنوان الباب، قال بشأنه الكرمانى: مناسبة الآية للباب أن الآية أعم، إذ المعنى أن كل من يعمل سيئة فإنه يجازى بها.

وقال ابن المنير: إن المرض كما جاز أن يكون مكفراً للخطايا فكذلك يكون جزاءً لها. وقال ابن بطال: ذهب أكثر أهل التأويل إلى أن معنى الآية أن المسلم يجازى على خطاياها في الدنيا بالمصائب التي تقع له فيها فتكون كفارة له.

وقد أخرج الإمام أحمد عن عائشة - رضي الله عنها - أن رجلاً تلا - قرأ - هذه الآية: ﴿من يعمل سوءاً يُجْزَ به﴾، فقال: أإننا لنجزى بكل ما عملناه؟ هلكتنا إذن. فبلغ ذلك النبي ﷺ فقال: نعم يُجزى به في الدنيا من مصيبة في جسده مما يؤذيه.

ج - وفي الحديث الأول: «ما من مصيبة تصيب المسلم إلا كفر الله بها عنه حتى الشوكة يشاكها»، قال الكرمانى: المصيبة في اللغة ما ينزل بالإنسان مطلقاً، وفي العرف ما نزل به من مكروه خاص، وهو المراد هنا: فالتكفير يكون بكل مصيبة تصيب المسلم حتى الشوكة تدخل في بدن المسلم بغير فعل أحد أو بفعل أحد فتؤذيه.

وقوله: «إلا كفر الله بها عنه» وفي رواية أحمد بن حنبل: «إلا كان كفارة لذنبه» أي: يكون ما أصابه عقوبة له بسبب ما كان صدر منه من المعصية ويكون ذلك سبباً لمغفرة ذنبه.

د - وفي الحديث الثاني: «ما يصيب المسلم من نصب، ولا وصب، ولا هم، ولا حزن، ولا أذى، ولا غم، حتى الشوكة يشاكها إلا كفر الله بها من خطاياها». (النصب): أي التعب، (والوصب): أي المرض، (ولا هم ولا حزن): هما من أمراض الباطن. (ولا أذى): هو أعم

(١٣٣٩٦) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٠٨.

مما تقدم (ولا غم): هو أيضاً من أمراض الباطن وهو ما يضيق على القلب. وقال الكرمانى: الغم يشمل جميع أنواع المكروهات.

هـ - وفي الحديث الثالث: «من يُرد الله به خيراً يصب منه» معناه يتلوه بالمصائب ليثيبه عليها.

١١١١٨ - البشارة في هذه الأحاديث:

قال الإمام ابن حجر العسقلاني: وفي هذه الأحاديث - التي ذكرنا شرحها عنه - بشارة عظيمة لكل مؤمن؛ لأن الأدمي لا ينفك غالباً من ألم بسبب مرض أو هم أو نحو ذلك مما ذكر، وأن الأمراض والأوجاع والآلام بدنية كانت أو قلبية تكفر ذنوب من تقع له. وظاهر الأحاديث تعميم جميع الذنوب بالتكفير ولكن الجمهور خصوا ذلك بالذنوب الصغائر فهي التي يكفرها المرض ونحوه (١٣٣٩٧).

١١١١٩ - عيادة المريض وفضلها:

أ - أخرج الإمام مسلم في «صحيحه» عن ثوبان - رضي الله عنه - قال: «إن المسلم إذا عاد أخاه المسلم لم يزل في خرفة الجنة» (١٣٣٩٨). والمعنى أنه بسعيه إلى عيادة المريض يستوجب مخارفتها، والعيادة كانت مفضية إليها أي إلى مخارف الجنة فسميت بها (١٣٣٩٩).

ب - وأخرج الإمام مسلم في «صحيحه»: «قال رسول الله ﷺ: «إن الله - عز وجل - يقول يوم القيامة: يا بني آدم مرضت فلم تعدني. قال: يا ربّ كيف أعودك وأنت ربّ العالمين؟ قال: أما علمت أن عبدي فلاناً مرض فلم تعدّه؟ أما علمت أنك لو عدته لوجدتني عنده؟» (١٣٤٠٠).

وقد جاء في شرحه: قوله: (مرضت) أسند الربّ جلّ جلاله ما قام بالعبد إليه تعالى تشريفاً له كقوله تعالى: ﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ﴾ جعل مخادعتهم للمؤمنين مخادعة لربّ العالمين تشريفاً لهم.

قوله: (قال يا ربّ كيف أعودك وأنت ربّ العالمين؟) أي: قال ابن آدم: كيف أعودك وأنت مالك العالمين، ومن كان كذلك لا يطرقه شيء من الأعراض فكيف يُعاد؟ (فقال) أي الله تعالى

(١٣٣٩٧) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٠٨.

(١٣٣٩٨) «مختصر صحيح مسلم» للمنذري، ج ٢، ص ١٤٥، ومعنى خرفة الجنة: أي جناها، أي ما يجنى من ثمرها.

(١٣٣٩٩) «دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين» ج ٦، ص ٣٩.

(١٣٤٠٠) «مختصر صحيح مسلم» للمنذري، ج ٢، ص ١٤٥.

مبيناً أن إسناد المرض إليه تعالى مجاز عقلي لكونه عن إرادته، وفيه تشريف ذلك للإنسان.
 وقوله: (أما علمت أنك لو عدته لوجدتني عنده) أي موجود وجوداً معنوياً عنده، قال تعالى:
 ﴿مَا يَكُونُ مِنْ نَجْوَى ثَلَاثَةٍ إِلَّا هُوَ رَابِعُهُمْ، وَلَا خَمْسَةٍ إِلَّا هُوَ سَادِسُهُمْ، وَلَا أَدْنَى مِنْ ذَلِكَ وَلَا
 أَكْثَرَ إِلَّا هُوَ مَعَهُمْ﴾ أي بالعلم، فعلمه شامل لجميع الأشياء والكائنات (١٣٤٠١).

١١١٢٠ - عيادة المريض من كل مرض:

وإطلاق الأمر بعيادة المريض يشمل عيادته من أي مرض أصابه أو يصيبه، ويؤكد هذا
 الإطلاق ودلالته الحديث الذي أخرجه أبو داود وجعل له عنواناً (باب العيادة من الرمد)، فقال:
 «عن زيد بن أرقم قال: عادني رسول الله ﷺ من وجع كان بعيني» (١٣٤٠٢). وكذلك قوله ﷺ في
 حديث البخاري عن أبي موسى الأشعري: «عودوا المريض» يدل على مشروعية عيادة كل
 مريض (١٣٤٠٣).

١١١٢١ - هل تجب عيادة المريض؟

أخرج الإمام البخاري في «صحيحه» عن أبي موسى الأشعري قال: قال رسول الله ﷺ:
 «أطعموا الجائع، وعودوا المريض، وفكوا العاني». وحمل الإمام البخاري الأمر بعيادة المريض
 على الوجوب، فقد جعل عنوان الباب (وجوب عيادة المريض) وذكر هذا الحديث، وحديثاً آخر
 عن البراء بن عازب - رضي الله عنهما - قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بسبعٍ ونهانا عن سبعٍ...
 وأمرنا أن نتبع الجنائز ونعود المريض» (١٣٤٠٤).

قال ابن بطال: يحتمل أن يكون الأمر على الوجوب بمعنى الكفاية كإطعام الجائع وفك
 الأسير. وقال الجمهور: عيادة المريض للندب وقد تصل إلى الوجوب في حق بعض دون بعض.
 وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: والذي يدل عليه النص - أي نص هذا الحديث وجوب
 ذلك (١٣٤٠٥).

وفي الحديث المتفق عليه أن رسول الله ﷺ قال: «حق المسلم خمسٌ: ردُّ السلام، وعيادةُ
 المريض، وإتيانُ الجنائز، وإجابةُ الدعوة، وتشميتُ العاطس». وقال الشوكاني بعد أن أورد هذا

(١٣٤٠١) «دليل الفالحين لطرق رياض الصالحين» ج ٦، ص ٣٥-٣٦.

(١٣٤٠٢) «سنن أبي داود» ج ٨، ص ٣٦٥.

(١٣٤٠٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١١٢.

(١٣٤٠٤) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١١٢.

(١٣٤٠٥) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١١٢-١١٣.

الحديث: وهي مشروعة بالإجماع، أي: عيادة المريض، وجزم البخاري بوجوبها، وقال بعضهم: واجبة على الكفاية، والجمهور على الندب، وعن الطبري: تتأكد في حق من تُرجى بركته» (١٣٤٠٦).

١١١٢٢ - عيادة المريض غير المسلم:

أخرج الإمام البخاري - رحمه الله - في «صحيحه» عن أنس - رضي الله عنه - قال: «كان غلامٌ يهودي يخدم النبي ﷺ فمرض فأتاه النبي ﷺ يعوده، فقعد عند رأسه فقال له: أسلم. فنظر إلى أبيه وهو عنده، فقال له: أطع أبا القاسم، فأسلم. فخرج النبي ﷺ وهو يقول: الحمد لله الذي أنقذه من النار» (١٣٤٠٧).

وقال ابن حجر العسقلاني في شرحه لهذا الحديث: «وفي الحديث جواز استخدام المشرك وعيادته إذا مرض، وفيه حسن العهد، واستخدام الصغير، وعرض الإسلام على الصبي ولو لا صحته منه ما عرض عليه» (١٣٤٠٨).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «لا بأس بعيادة المريض غير المسلم، فإنه قد يكون في ذلك مصلحة لتأليفه على الإسلام» (١٣٤٠٩).

١١١٢٣ - هل يجوز للمرأة أن تعود الرجل؟

يجوز للمرأة أن تعود رجلاً مريضاً، فقد أخرج الإمام البخاري في «صحيحه» أن أم الدرداء عادت رجلاً من أهل المسجد من الأنصار. وأخرج الإمام البخاري أيضاً في «صحيحه» عن عائشة أنها قالت: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة وعك أبي - أبو بكر - وبلال - رضي الله عنهما -، قالت: فدخلت عليهما، قلت: يا أبتِ كيف تجدك؟ ويا بلال كيف تجدك؟ قالت عائشة - رضي الله عنها -: فجئت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: «اللهم حبب إلينا المدينة كحبنا مكة أو أشد» (١٣٤١٠).

وقال ابن حجر العسقلاني في هذا الخبر: عيادة النساء الرجال ولو كانوا أجنب بالشرط

(١٣٤٠٦) «نيل الأوطار» للشوكاني، ج ٦، ص ١٦.

(١٣٤٠٧) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ٢١٩، ورواه أبو داود في «سننه» ج ٨، ص ٣٥٩.

(١٣٤٠٨) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ٢٢١.

(١٣٤٠٩) «مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ج ٢٤، ص ٢٦٥.

(١٣٤١٠) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١١٧.

المعتبر وهو التستر وأمن الفتنة (١٣٤١).

١١١٢٤ - هل يجوز للرجل أن يعود امرأة؟

يجوز للرجل المسلم أن يعود امرأة، فقد أخرج أبو داود في «سننه» عن أم العلاء قالت: «عادني رسول الله ﷺ وأنا مريضة فقال: أبشري يا أم العلاء فإن مرضَ المسلم يُذهب الله به خطاياها كما تُذهبُ النار خبثَ الذهب والفضة» (١٣٤١٢).

١١١٢٥ - الدعاء للمريض:

وإذا عاد المسلم أخاه المسلم دعا له بالشفاء، وجاز له أن يرقيه، وأن يضع يده على رأسه، فقد أخرج الإمام البخاري في «صحيحه» عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ دخل على رجل يعوده فقال: «لا بأس طهوراً إن شاء الله» (١٣٤١٣).

وفي حديث آخر أخرجه البخاري أن رسول الله ﷺ ذهب إلى سعد بن أبي وقاص يعوده، وجاء في هذا الحديث: «أن النبي ﷺ وضع يده على جبهته، ثم مسح يده على وجه سعدٍ وبطنه، وقال: اللهم اشفِ سعداً وأتم له هجرته» (١٣٤١٤). وفي وضع اليد على المريض تأنيس له وربما رقاها بيده ومسح على ألمه بما يسعفه إذا كان العائد صالحاً (١٣٤١٥).

وفي حديث أخرجه البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «إن رسول الله ﷺ كان إذا أتى مريضاً أو أتى به إليه قال عليه الصلاة والسلام: «أذهب البأس رب الناس، اشف وأنت الشافي، لا شفاء إلا شفاؤك، شفاء لا يغادر سقماً» (١٣٤١٦).

وأخرج أبو داود عن ابن عمر قال، قال النبي ﷺ: «إذا جاء الرجل يعود مريضاً فليقل: اللهم اشف عبدك ينكأ لك عدواً أو يمشي لك إلى جنازة» (١٣٤١٧).

(١٣٤١١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١١٧-١١٨.

(١٣٤١٢) «سنن أبي داود»، ج ٨، ص ٣٥٥، خبث الذهب والفضة: هو ما تلقى النار من وسخ الذهب والفضة إذا أذيا.

(١٣٤١٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١٢١.

(١٣٤١٤) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١٢٠.

(١٣٤١٥) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١٢٠.

(١٣٤١٦) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني»، ج ١٠، ص ١٣١.

(١٣٤١٧) «سنن أبي داود»، ج ٨، ص ٣٧٢، ومعنى ينكأ: يجرح.

١١١٢٦ - ولهذه الأحاديث قال الفقهاء بجواز وضع العائد يده على المريض وأن يرقه بما يحفظ من الرقى، جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا بأس بوضع العائد يده على المريض، ولا بأس برقاه ويقول: أسأل الله العظيم، رب العرش العظيم أن يشفيك ويعافيك سبع مرات لحديث ابن عباس رواه أحمد وأبو داود وغيرهما» (١٣٤١٨).

١١١٢٧ - تذكير المريض بالتوبة والوصية:

ويذكر العائد المريض بالتوبة؛ لأنها واجبة على كل حال، والمريض أحوح إليهما من غيره قال ﷺ: «إن الله يقبلُ توبة العبد ما لم يغرغر»، أي: تبلغ روحه حلقه، ويذكره بالوصية لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما حقُّ امرئٍ مسلمٍ له شيءٌ يوصي به ببيتٍ ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده». ويذكره بالخروج من المظالم؛ لأنه شرط لصحة التوبة (١٣٤١٩).

١١١٢٨ - حمل الصبي المريض لمن يدعو له:

جاء في «صحيح البخاري عن السائب بن يزيد قال: ذهبت بي خالتي إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابن أختي وجع فمسح رأسي ودعا لي بالبركة...». وقد ترجم الإمام البخاري لهذا الحديث بقوله: باب من ذهب بالصبي المريض ليُدعى له (١٣٤٢٠).

ويستفاد من هذا الحديث الشريف جواز حمل الصغير المريض إلى من تُرجى بركة دعائه إذا لم تتيسر عيادته في بيته.

١١١٢٩ - وقت عيادة المريض:

ويؤخذ من إطلاق الأمر بعيادة المريض الوارد في الحديث النبوي الشريف عدم تقييد العيادة بمضي زمن معين على مرضه وهو قول الجمهور، وجزم الإمام الغزالي في «الإحياء» بأنه لا يعاد إلا بعد ثلاث، واستند إلى حديث أخرجه ابن ماجه عن أنس: «كان النبي ﷺ لا يعود مريضاً إلا بعد ثلاث» أي بعد ثلاثة أيام.

ولكن هذا الحديث - كما يقول ابن حجر العسقلاني - حديث ضعيف جداً تفرد به مسلمة بن علي وهو متروك، وقد سُئل عنه أبو حاتم فقال: هو حديث باطل. كما أن إطلاق

(١٣٤١٨) «كشاف القناع» ج ١، ص ٣٧٥.

(١٣٤١٩) «كشاف القناع» ج ١، ص ٣٧٥.

(١٣٤٢٠) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٢٧.

الحديث بعيادة المريض يدل على أن عيادة المريض لا تتقيد بوقت دون وقت، ولكن جرت العادة أنها تكون في طرفي النهار^(١٣٤٢١). ولكن ينبغي أن لا تكون في وقت غير مناسب للمريض وأهله كأن يكون الوقت وقت قيلولة له في الصيف، أو في وقت ينام فيه الناس عادة.

١١١٣٠ - تكرار عيادة المريض:

ويجوز عيادة المريض أكثر من مرة، دلّ على ذلك حديث أبي داود الذي أخرجه عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «لما أصيب سعد بن معاذ يوم الخندق، رماه رجل في الأكلح، فضرب عليه رسول الله ﷺ خيمة في المسجد ليعوده من قريب»^(١٣٤٢٢). ومعنى ضرب عليه خيمة أي نصب خيمة وأقامها على أوتاد مضروبة في الأرض ليقم فيها سعد، وفي الحديث دلالة على جواز سكن المسجد للعذر^(١٣٤٢٣).

والحديث دلّ على جواز تكرار عيادة المريض، وهذا الجواز يستفاد من العبارة الواردة فيه وهي: «ليعوده من قريب»؛ ولهذا قال أبو داود: باب في العيادة مراراً، وساق الحديث المذكور^(١٣٤٢٤).

١١١٣١ - مدة مكث العائد عند المريض:

ولا يمكث العائد عند المريض مدة طويلة لثلاث يضرى المريض أو يشق على أهله إلا إذا وجدت ضرورة لذلك^(١٣٤٢٥)، كما لو كان المريض يأنس ببقائه ويرغب فيه أو يطلبه بلسانه، أو كان يساعده في شرب دواء ونحو ذلك.

١١١٣٢ - عدم إكراه المريض على الطعام:

وينبغي عدم إكراه المريض على الطعام؛ لأن مرضه قد يمنعه من ذلك، والإلحاح عليه بتناول الطعام أو إكراهه عليه؛ لثلاث يضرى ويسأم ويغضب وكل هذا ليس مما يساعد على شفائه، وقد أخرج الإمام الترمذي في «جامعه»، وابن ماجه في «سننه» عن عقبه بن عامر الجهني قال:

(١٣٤٢١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١١٣.

(١٣٤٢٢) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج ٨، ص ٣٦٤.

(١٣٤٢٣) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج ٨، ص ٣٦٤.

(١٣٤٢٤) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج ٨، ص ٣٦٤.

(١٣٤٢٥) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١١٧.

قال رسول الله ﷺ: «لا تُكرهوا مرضاكم على الطعام فإن الله تبارك وتعالى يطعمهم ويستقيهم» (١٣٤٢٦).

١١١٣٣ - إطعام المريض ما يشتهي:

أخرج ابن ماجه في «سننه» عن ابن عباس أن النبي ﷺ عاد رجلاً فقال له: ما تشتهي؟ فقال: أشتهي خبز برّ. فقال النبي ﷺ: «مَنْ كَانَ عِنْدَهُ خَبْزٌ بَرٌّ فَلْيَبِيعْهُ إِلَى أَخِيهِ». ثم قال النبي ﷺ: «إِذَا اشْتَهَى مَرِيضٌ أَحَدَكُمْ شَيْئاً فَلْيَطْعَمْهُ» (١٣٤٢٧).

وأخرج ابن ماجه عن أنس بن مالك قال: دخل النبي ﷺ على مريض يعوده قال: «أشتهي شيئاً؟» قال: أشتهي كعكاً. قال: «نعم»، فطبو له (١٣٤٢٨).

١١١٣٤ - صبر المريض وشكواه:

المطلوب من المريض الصبر الجميل على ما حلّ به من مرض ولكن لا يلزمه الرضا به؛ ولهذا جاز له مباشرة ما يدفعه من دعاء أو رقية أو دواء، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «ولا يلزم الرضا بمرض وفقر وعاهة وهو الصحيح من المذهب» (١٣٤٢٩).

١١١٣٥ - أما شكوى المريض فإن كانت للمخلوق فهي غير جائزة وتنافي الصبر الجميل المطلوب من المريض، وإن كانت الشكوى لله تعالى فهي جائزة ولا تنافي الصبر الجميل، قال تعالى فيما يحكيه عن يعقوب عليه السلام: ﴿إِنَّمَا أَشْكُو بَثِّي وَحُزْنِي إِلَى اللَّهِ﴾. بل إن الشكوى إلى الله مطلوبة؛ لأن فيها إظهار افتقار العبد إلى ربه، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «والصبر الجميل تنافيه الشكوى إلى المخلوق لا إلى الخالق، بل هي مطلوبة بإجماع المسلمين قال الله تعالى: ﴿فَأَخَذْنَا هُمْ بِالْأَسَاءِ وَالضَّرَّاءِ لَعَلَّهُمْ يَتَضَرَّعُونَ﴾ إلى غير ذلك من الآيات» (١٣٤٣٠).

١١١٣٦ - ما يرخص للمريض من القول:

(١٣٤٢٦) «جامع الترمذي» ج٦، ص١٩٢، «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١٤٠.

(١٣٤٢٧) «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١١٣٨.

(١٣٤٢٨) «سنن ابن ماجه» ج٢، ص١١٣٨.

(١٣٤٢٩) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٨٥.

(١٣٤٣٠) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص٨٦.

آية: ﴿إِنَّمَا أَشْكُو بَثِّي...﴾ في سورة يوسف، ورقمها ٨٦، وآية: ﴿فَأَخَذْنَا هُمْ بِالْأَسَاءِ...﴾ في سورة الأنعام، ورقمها ٤٢.

يرخص للمريض من القول ما لا ينافي الصبر الجميل، وليس فيه معنى الشكوى إلى المخلوق كأن يقول: أنا وجع، أو شديد الوجع، أو موعوك، أو وارساه، ونحو ذلك مما لا كراهة فيه إذا لم يكن ما يقوله على وجه التسخط، ففي حديث أخرجه البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: وارساه. فقال النبي ﷺ: «بل أنا وارساه».

وفي حديث آخر أخرجه البخاري عن عبد الله بن مسعود قال: دخلت على النبي ﷺ وهو يُوعك، فمستته فقلت: إنك توعك وعكاً شديداً. قال: «أجل كما يُوعكُ رجلان منكم».

وفي حديث آخر أخرجه البخاري عن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قال: جاءنا رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي في زمن حجة الوداع، فقلت: بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال... إلخ (١٣٤٣١).

وكذلك يرخص للمريض أن يدعو الله تعالى أن يشفيه كما دعا أيوب عليه السلام ربه بقوله كما حكى القرآن الكريم عنه: ﴿وأيوب إذ نادى ربه أني مسني الضر وأنت أرحم الراحمين﴾ (١٣٤٣٢).

١١٣٧ - هل يجوز للمريض أن يتمنى الموت؟

أخرج الإمام البخاري في «صحيحه» عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لا يتمنين أحدكم الموت من ضر أصابه، فإن كان لا بد فاعلاً فليقل: اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي، وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي» (١٣٤٣٣).

وفي حديث آخر للبخاري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «... ولا يتمنين أحدكم الموت، إماً محسناً فلعلة أن يزداد خيراً، وإماً مسيئاً فلعلة أن يستعذب» (١٣٤٣٤).

وجاء في شرح الحديث الأول: قوله: (من ضر أصابه) جملة جماعة من السلف على الضرّ الدنيوي فإن وجد الضرّ الأخروي بأن خشي فتنة في دينه لم يدخل في النهي، ويكون تمنيه الموت مباحاً لثلا يصاب بدينه، وعلى هذا المعنى يحمل قول عمر - رضي الله عنه -: «اللهم

(١٣٤٣١) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٢٣، ومعنى يوعك: أي محموم.

(١٣٤٣٢) [سورة الأنبياء: الآية ٨٣].

(١٣٤٣٣) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٢٧، ورواه أبو داود في «سننه» ج ٨، ص ٣٧٣.

(١٣٤٣٤) (يستعذب) أي يرجع عن موجب العتب عليه، والحديث رواه البخاري في «صحيحه» ج ١٠، ص ١٢٧.

كبرت سني، وضعفت قوتي، وانتشرت رعيتي، فاقبضني إليك غير مضيع ولا مفرط». فسيدنا عمر - رضي الله عنه - خشي أن يصاب في دينه إذا عجز عن القيام بما افترضه الله عليه من الأمور نظراً لكبر سنه وضعف قوته» (١٣٤٣٥).

١١١٣٨ - للمريض مثل أجر عمله وهو صحيح :

وإذا كان قد فات المريض ما كان يعمل وهو صحيح من الأعمال الصالحة فإنه يؤجر مثل أجر أعماله الصالحة التي كان يعملها وهو صحيح وفاته بسبب مرضه، فقد أخرج أبو داود في «سننه» عن أبي موسى قال: سمعت النبي ﷺ غير مرة ولا مرتين يقول: «إذا كان العبد يعمل عملاً صالحاً فشغله عنه مرضٌ أو سفرٌ كُتِبَ له كصالح ما كان يعمل وهو صحيح مقيم» (١٣٤٣٦).

(١٣٤٣٥) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ١٠، ص ١٢٧، و«عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج ٨، ص ٣٧٤.

(١٣٤٣٦) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج ٨، ص ٣٥٤.

الفصل الثاني تصرفات المريض مرض الموت

١١١٣٩ - تمهيد

قبل الكلام على تصرفات المريض مرض الموت يجب أن نعرف المقصود بمرض الموت، وما هي علاماته ومظاهره، أي: كيف نعرف أن هذا المرض الذي مات فيه المريض هو مرض موت؟ فإذا عرفنا ذلك بيّنا المقصود بالتصرفات التي يوقعها المريض في مرض موته ويكون لها حكم خاص يختلف عن حكمها لو أوقعها وهو صحيح ورشيد.

وعلى هذا، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التعريف بمرض الموت وشروطه.

المبحث الثاني: تصرفات المريض في مرض الموت.

المبحث الأول

التعريف بمرض الموت وشروطه

١١١٤٠ - أولاً: مرض الموت عند الحنفية:

أ- جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «المختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت، كان مرض الموت سواء كان صاحب فراش أو لم يكن» (١٣٤٣٧).

ب- ونصت المادة (١٥٩٥) من مجلة «الأحكام العدلية» - وهي فقه حنفي قننته الدولة العثمانية - على ما يأتي:

«مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، والذي يكون

(١٣٤٣٧) «الفتاوى الهندية» ج٤، ص١٧٦.

فيه خوف الموت في الأكثر، ويموت وهو على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان ملازماً للفراش أو لم يكن. وإذا امتد مرضه وكان دائماً على حال واحد ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله. أما إذا اشتد مرضه وتغير حاله وتوفي قبل مضي سنة فيعدُّ مرضه اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت».

١١١٤١ - شروط مرض الموت عند الحنفية:

ويفهم من تعريف مرض الموت في «الفتاوى الهندية» وفي مجلة «الأحكام العدلية» أن مرض الموت عند الحنفية هو الذي تتحقق فيه الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يعجز صاحبه عن رؤية مصالحه المعتادة خارج البيت إن كان من الذكور، ويعجز عن رؤية المصالح الداخلية في الدار إن كان من الإناث مثل الطبخ وغسل الملابس والصعود إلى سطح الدار (١٣٤٣٨).

الشرط الثاني: أن يكون الغالب في هذا المرض موت صاحبه فيه. وعلى هذا: إذا كان مرض المريض من الأمراض المزمنة التي طال ولم يخش منها الموت فلا يعتبر مرضه مرض الموت وإن أعجزت المريض عن مباشرة أعماله الخارجية كالفالج، بل وحتى لو صيرته ذا فراش (١٣٤٣٩).

الشرط الثالث: أن يموت المريض خلال سنة من حلول المرض فيه الذي امتد وبقي على حال واحدة. أما إذا اشتد المرض وتغير حال المريض ومات قبل مضي سنة من وقت اشتداد المرض، فيعتبر مرضه من وقت اشتداد مرضه إلى وقت وفاته مرض موت.

١١١٤٢ - الملحقون بالمريض بمرض الموت:

ويعتبر بحكم المريض بمرض الموت من كان في حالة يغلب فيها الهلاك، كما لو حكم على شخص بالإعدام وأصبح الحكم باتاً ومهيئاً للتنفيذ، وأخبر المحكوم عليه بيوم التنفيذ فحالته بعد هذا الإخبار حال المريض بمرض الموت. وهكذا، كل حالة يكون فيها الشخص ومن شأن هذه الحالة غلبة هلاك الإنسان فيها، فهي بمنزلة مرض الموت إذا هلك فيها قبل مضي سنة من ابتداء حصول هذه الحالة، جاء في «تكملة رد المحتار» في فقه الحنفية: «من غالب حاله الهلاك بمرض أو غيره بأن أضناه مرض عجز به عن إقامة مصالحه خارج البيت أو بارز رجلاً أو قُدِّم ليقْتل

(١٣٤٣٨) «تكملة رد المحتار» ج ٨، ص ١٦٠.

(١٣٤٣٩) «تكملة رد المحتار» ج ٨، ص ١٦٠.

من قصاص أو رجم، أو بقي على لوح من السفينة، أو افترسه سبع، وبقي في فمه. ومنه: لو قدمه ظالم ليقته. ومنه: لو تلاطمت الأمواج وخيف الغرق، فهو كالمريض مرض الموت إذا مات من ذلك كله» (١٣٤٤٠).

١١١٤٣ - ثانياً: مرض الموت عند الحنابلة (١٣٤٤١):

يعتبر المريض مرض الموت عند الحنابلة إذا تحقق فيه شرطان:

(الأول): أن يكون مرضاً مخوفاً أي يخاف منه موت المريض.

(الثاني): أن يتصل به الموت. ومن الأمراض المخوفة عندهم وجع القلب والرئة والقولنج.

١١١٤٤ - والمرأة الحامل إذا أصابها الطلق اعتبر الطلق بمنزلة مرض الموت، وهي بمنزلة مريضة مرض الموت؛ لأن ألم الطلق ألم شديد يخاف منه التلف، فأشبهت الحامل في هذه الحالة المريض بمرض مخوف، فتعتبر كالمريضة مرض الموت.

١١١٤٥ - الملحقون بالمريض مرض الموت:

ويلحق بالمريض مرض الموت ويكون بمنزله ويعامل معاملته من يكون في حالة يغلب فيها الهلاك كمن قُدم للقتل، أو إذا نشب القتال والتحمت الطائفتان في القتال، وكراكب البحر إذا تلاطمت أمواجه وهبت ريح عاصف وخيف على السفينة من الغرق أو غرقت فعلاً وتعلق أحدهم بلوح. فحال هؤلاء حال المريض مرض الموت. وكذلك الأسير إذا كان من عادة أسريه قتل الأسرى فيعتبر في حالة المريض مرض الموت.

١١١٤٦ - الرجوع إلى الأطباء لمعرفة طبيعة المرض:

وما أشكل أمره من الأمراض فلم يعرف هل هو مرض موت أم لا، فالمرجع في معرفة ذلك أهل الخبرة من الأطباء، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وما أشكل أمره من الأمراض رُجع فيه إلى قول أهل المعرفة وهم الأطباء؛ لأنهم أهل الخبرة بذلك ولا يقبل إلا قول طبيين مسلمين ثقتين بالغين؛ لأن ذلك تعلق به حق الوارث وأهل الوصايا فلم يقبل فيه إلا ذلك» (١٣٤٤٢).

(١٣٤٤٠) «تكملة رد المختار» ج ٨، ص ١٦٠.

(١٣٤٤١) «المغني» ج ٦، ص ٨٤-٨٦.

(١٣٤٤٢) «المغني» ج ٦، ص ٨٥.

١١١٤٧ - ثالثاً: مرض الموت عند الشافعية:

مرض الموت عندهم هو المرض المخوف أي الذي يخاف منه الموت لا نادراً وإن لم يكن غالباً. ومن المرض المخوف عندهم: القولنج، وذات الجنب، ورعاف دائم، وإسهال متواتر. . . إلخ، وما ذكروه من الأمراض ذكروه على سبيل التمثيل لا الحصر، جاء في «مغني المحتاج»: «وقد علم من قول المصنف «ومن المخوف» عدم انحصارها فيما ذكروه من أمراض، وهو كذلك فإنها كثيرة» (١٣٤٤٣).

١١١٤٨ - الرجوع إلى الأطباء لمعرفة طبيعة المرض:

وإذا حصل شك أو اختلاف في طبيعة المرض من جهة كونه مخوفاً أم لا، فالمرجع لمعرفة ذلك الأطباء؛ لأنهم أهل الخبرة في هذا الموضوع، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ولو شككنا في كونه مخوفاً - أي في كون المرض مخوفاً - لم يثبت إلا بقول طبيبين، عالمين بالطب، حريين، عدلين، أي: مسلمين، بالغين، عاقلين، عدلين. فلا يثبت كون المرض مخوفاً أو غير مخوف بقول نسوة ولا بقول رجل وامرأتين؛ لأنها شهادة على غير المال، وإن كان المقصود المال. ولكن إذا كان المرض علة باطنة بامرأة لا يطلع عليها الرجال غالباً ثبت بشهادة النساء» (١٣٤٤٤).

١١١٤٩ - ما يلحق بمرض الموت:

ويلحق بالمرض المخوف - مرض الموت - أسر كفار اعتادوا قتل الأسرى، والتحام قتال بين متقاتلين متكافئين بالقوة، وتقديم شخص للقصاص أو للرجم، وهيجان موج، واضطراب ربح في حق راكب سفينة في بحر أو نهر عظيم كالنيل، وطلق حامل بسبب ولادة لخطر الولادة» (١٣٤٤٥).

١١١٥٠ - رابعاً: مرض الموت عند المالكية:

مرض الموت عندهم هو الذي يخاف منه الموت على المريض في العادة كالسّل، وذات الجنب وما أشبه ذلك. ويلحق بمرض الموت الحالات التي يخاف منها الموت على من يكون

(١٣٤٤٣) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٥٠.

(١٣٤٤٤) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٥٠.

(١٣٤٤٥) «متن المنهاج ومغني المحتاج» ج ٣، ص ٥١-٥٢.

فيها كالمقاتل وهو في صف القتال، والمحبوس للقتل، وراكب البحر إذا هاج موجه (١٣٤٤٦).
وهكذا، كل حالة يغلب فيها الهلاك على من يكون فيها قال ابن جزى: «ويجرى مجرى
المريض مرض الموت كل ما يخاف منه الموت، كأن يكون بين الصفين وقرب الحامل من
الوضع» (١٣٤٤٧).

١١١٥١ - الحامل إذا قرب وضعها:

واعتبر المالكية الحامل إذا قرب وضعها بحكم المريض مرض الموت، فقد قال ابن جزى
المالكي: «ويلحق بالمريض مرض الموت من يخاف عليه الموت... والحامل إذا بلغت ستة
أشهر» (١٣٤٤٨).

١١١٥٢ - القول الراجح:

والراجح من هذه الأقوال في تعريف مرض الموت، هو ما ذهب إليه الحنابلة، وهو: كل
مرض يخاف منه الهلاك ويتصل به الموت فعلاً. والمقصود بخوف الهلاك منه، أن الموت يقع
بسببه غالباً وليس على وجه الندرة. ولا يقيد حصول الموت فيه بمدة سنة، وإنما القيد أن يتصل
به الموت، أي يبقى مريضاً ويمتد به مرضه إلى الموت سواء بقي على هذه الحالة سنة أو أكثر
أو أقل قبل أن يموت.

كما أنه يلزم الاستعانة بأهل الخبرة والعلم بالطب لمعرفة كون المرض مخوفاً أم لا. أما
الحالات الملحقة بمرض الموت فالضابط فيها كل حالة يغلب فيها الهلاك على من يكون فيها
كالمحكوم عليه بالإعدام، وقد حاز هذا الحكم صفة الثبات، ووافق على تنفيذه رئيس الدولة،
وصار واجب التنفيذ، وأخبر المحكوم عليه بوقت التنفيذ.

(١٣٤٤٦) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزى المالكي، ص ٣٥٠-٣٥١.

(١٣٤٤٧) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزى المالكي، ص ٣٥١.

(١٣٤٤٨) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزى المالكي، ص ٣٩٧.

المبحث الثاني

تصرفات المريض مرض الموت

١١١٥٣ - اختلاف الفقهاء في نظرتهن إلى المريض مرض الموت :

المريض مرض الموت شخص يشعر شعوراً متزايداً بدنو أجله وقرب رحيله عن الدنيا، وهذا الإحساس بقرب أجله قد يحمله على بعض التصرفات التي تضر الورثة أو بعضهم كما لو أقر لأحدهم بدين وهو غير مدين به في الواقع.

ومن هنا كانت تصرفات المريض مرض الموت محل شك وارتياب عند جمهور الفقهاء من جهة سلامة قصد المريض من إيقاع هذه التصرفات مع اختلاف بينهم في مدى الشك في تصرفات المريض وما يترتب على ذلك من اعتبارها نافذة أو موقوفة.

١١١٥٤ - ويجانب الجمهور هناك فقهاء الظاهرية فهم لا ينظرون إلى المريض مرض الموت نظرة شك وارتياب، بل بالعكس ينظرون إليه نظرة ثقة واطمئنان؛ لأن الشأن بالمسلم إذا شعر بدنو أجله أن يسارع إلى تدارك أمره والتحلل من الآثام والمظالم لا أن يرتكبها أو يزيدها بإجراء التصرفات الضارة بالورثة أو بغيرهم، ومن ثم قالوا: إن تصرفات المريض مرض الموت كتصرفات الصحيح.

١١١٥٤م - منهج البحث :

وبناء على ما تقدم، ولمخالفة الظاهرية للجمهور، واختلاف فقهاء الجمهور فيما بينهم في مدى شكهم في تصرفات المريض مرض الموت، وبالتالي اختلافهم في الحكم عليها بالصحة والنفاذ أو بالوقف أو بالبطلان، نقسم هذا المبحث إلى مطالب، فنجعل المطلب الأول لبيان مذهب الظاهرية، ثم نجعل المطلب الأخرى لتصرفات المريض المختلفة وأقوال فقهاء الجمهور فيها وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول: مذهب الظاهرية في تصرفات المريض مرض الموت.

- المطلب الثاني : مذهب الجمهور في التبرعات المنجزة للمريض مرض الموت .
- المطلب الثالث : مذهب الجمهور في إقرار المريض مرض الموت .
- المطلب الرابع : مذهب الجمهور في نكاح المريض مرض الموت .
- المطلب الخامس : مذهب الجمهور في طلاق المريض مرض الموت .
- المطلب السادس : مذهب الجمهور في مخالعة الزوجة في مرض الموت .
- المطلب السابع : مذهب الجمهور في وصايا المريض مرض الموت .
- المطلب الثامن : وقف المريض مرض الموت .

المطلب الأول

مذهب الظاهرية في تصرفات المريض مرض الموت

١١١٥٥ - المريض كالصحيح في تصرفاته :

تصرفات المريض مرض الموت كتصرفات الصحيح ؛ لأن مرض الموت عندهم لا يؤثر في أهلية المريض ولا يصلح سبباً للحجر عليه في التصرف بأمواله أو بعضها، وفي هذا يقول الإمام ابن حزم الظاهري : «والمريض مرضاً يموت فيه أو يبرأ فيه، والحامل مذ تحمل إلى أن تضع أو تموت، والموقوف للقتل بحق في قود أو حدّ أو باطل، والأسير عند من يقتل الأسرى أو من لا يقتلهم، والمشرف على العطب، والمقاتل بين الصفين، كلهم سواء، وسائر الناس في أموالهم ولا فرق في صدقاتهم وبيوعهم وعتقهم وهباتهم وسائر أموالهم» (١٣٤٤٩).

وقال ابن حزم الظاهري أيضاً : «فعل المريض مرضاً يموت منه أو الموقوف للقتل أو الحامل أو المسافر في أموالهم كل من ذكرنا، فكل ما أنفذوا في أموالهم من هبة أو صدقة أو محاباة في بيع أو هدية أو إقرار كان ذلك لوارث أو لغير وارث أو لإقرار بوارث أو عتق أو قضاء بعض غرماؤه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن، فكله نافذ من رؤوس أموالهم كما قدمنا في الأصحاء الأمنين المقيمين لا فرق في شيء أصلاً، ووصاياهم كوصايا الأصحاء ولا فرق» (١٣٤٥٠).

وقال ابن حزم أيضاً - رحمه الله تعالى - : «وإقرار المريض في مرض موته وفي مرض أفاق

(١٣٤٤٩) «المحلى» ج ٨، ص ٢٩٧.

(١٣٤٥٠) «المحلى» ج ٩، ص ٣٤٨.

منه لوarith ولغير وارث نافذ من رأس المال كإقرار الصحيح ولا فرق» (١٣٤٥١).

المطلب الثاني

التبرعات المنجزة في مرض الموت

١١١٥٥م - حكم التبرعات المنجزة من المريض مرض الموت:

التبرعات المنجزة هي النافذة حالاً غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى المستقبل كالعتق والمحابة بأن يبيع أحد الورثة شيئاً بأقل من قيمته، أو يشتري منه شيئاً بأكثر من قيمته - وكالهبه المقبوضة والصدقة والوقف الإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال كالاغتداء على ما دون النفس.

فهذه التبرعات إذا وقعت في حالة صحة الشخص فإنها تخرج من جميع أمواله ولا خلاف في ذلك. وإن كانت من المريض مرض الموت واتصل به الموت، فإن هذه التبرعات تخرج من ثلث أمواله إن كانت لغير وارث (١٣٤٥٢).

١١١٥٦ - والحجة لهذا القول كما يقول ابن قدامة الحنبلي، قول رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم». وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث. وروى عمران بن حصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرض موته ولم يكن عنده من مال غيرهم فاستدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم فأعتق اثنين، وأرق أربعة (١٣٤٥٣). ولأن حق الورثة بموت مورثهم يتعلق بماله بمقدار الثلثين، ولما كان مرض الموت سبب موته كان تعلق حق الورثة بمال مورثهم يثبت من حين حلول مرض الموت؛ لأن الحكم يضاف إلى أول السبب (١٣٤٥٤).

١١١٥٧ - وإذا كانت تبرعات المريض مرض الموت لغير الوارث بأكثر من ثلث ماله فإن ما زاد على الثلث يكون موقوفاً على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ وإن لم يجيزوه بطل في الزائد على الثلث (١٣٤٥٥).

(١٣٤٥١) «المحلى» ج ٨، ص ٢٥٤.

(١٣٤٥٢) «المغني» ج ٦، ص ٧١، «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني، ج ٢، ص ٣١٩.

(١٣٤٥٣) «المغني» ج ٦، ص ٧١-٧٢.

(١٣٤٥٤) «شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح» للتفتازاني، ج ٢، ص ١٣٧.

(١٣٤٥٥) «المغني» ج ٦، ص ٧٢، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٥٠، «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٣١٢.

١١١٥٨ - وإذا كانت تبرعاته لوارث فإنها تكون موقوفة على إجازة بقية الورثة سواء كانت هذه التبرعات بقدر ثلث ماله أو أكثر أو أقل، فإن أجازها الورثة نفذت وإن لم يجيزوها بطلت (١٣٤٥٦).

١١١٥٩ - تبرعات المريض المدين:

وإذا كان المريض مرض الموت مديناً، فإن تبرعاته لا تنفذ بحق دائنيه إن كانت هذه التبرعات تضرُّ بهم وإن أجازها الورثة؛ لأن إجازتهم لا تسري بحق الدائنين إن كان من شأن هذه الإجازة أن تضرهم كما لو كانت ديونهم تستغرق جميع أموال المريض.

وتعتبر تبرعات المريض غير نافذة في حق دائنيه من حين حلول مرض الموت؛ لأن هذا المرض هو سبب الموت، وبالموت يتعلق حق الدائنين بأموال مدينهم. ولما كان مرض الموت هو سبب الموت - كما قلنا - فإن هذا الحكم وهو تعلق حق الدائنين بمال مدينهم المريض مرض الموت يثبت من حلول المرض؛ لأن الحكم يضاف إلى أول السبب (١٣٤٥٧).

المطلب الثالث

إقرار المريض مرض الموت

١١١٦٠ - أولاً: مذهب الحنفية:

إقرار المريض لوارثه بدين لا يجوز إلا بإجازة بقية الورثة، فإن كان المقرُّ له وارثاً للمريض وقت الإقرار وبقي وارثاً كذلك إلى أن مات المريض، فالإقرار باطل. وإن كان المقر له وارثاً وقت الإقرار غير وارث بعده، وظل غير وارث إلى أن مات كما لو أقر لأخيه وليس له ابن، ثم بعد الإقرار حصل له ابن وبقي هذا الابن حياً إلى أن مات المريض، فالإقرار جائز (١٣٤٥٨).

١١١٦١ - ثانياً: مذهب المالكية:

قال ابن جزى المالكي: «المريض لا يُقبل إقراره لمن يتهم بمورثه من قريب أو صديق ملاطف، سواء كان وارثاً أو غير وارث إلا أن يجيزه الورثة ويُقبل فيما سوى ذلك» (١٣٤٥٩).

(١٣٤٥٦) «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني، ج ٢، ص ٣١٩.

(١٣٤٥٧) «التلويح على التوضيح» ج ٢، ص ١٧٧.

(١٣٤٥٨) «الدر المختار» ج ٥، ص ٦١٣، «الفتاوى الهندية» ج ٤، ص ١٧٦.

(١٣٤٥٩) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزى المالكي، ص ٣٤٢.

١١١٦٢ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

الإقرار بدين في مرض موته كالإقرار في الصحة إذا كان لغير وارث. وهذا ظاهر مذهب الحنابلة، وهو قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز.

وهناك رواية أخرى في مذهب الحنابلة أن هذا الإقرار لا يقبل؛ لأنه إقرار في مرض الموت أشبه الإقرار لو ارث.

وقال أبو الخطاب (من فقهاء الحنابلة) في رواية أخرى: أنه لا يقبل إقراره بزيادة على الثلث؛ لأنه ممنوع من العطية للأجنبي كما هو ممنوع من العطية للوارث، فلا يصح إقراره بما لا يملك عطيته بخلاف الثلث فما دون^(١٣٤٦٠).

واحتج ابن قدامة لظاهر مذهب الحنابلة بقوله: «إنه إقرار غير متهم فيه فيقبل كالإقرار في الصحة، يحققه أن حالة المرض أقرب إلى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق، فكان أولى بالقبول، وفارق الإقرار للوارث؛ لأنه متهم فيه»^(١٣٤٦١).

١١١٦٣ - وإن أقر لو ارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا برضاهم أو بالبيّنة عند عدم رضاهم وإجازتهم.

وقال عطاء، والحسن، وإسحاق، وأبو ثور: يُقبل إقراره؛ لأن من صح الإقرار له في الصحة صحَّ الإقرار له في المرض كالأجنبي.

وقال الإمام مالك: يصح إذا لم يتهم في إقراره ويبطل إن اتهم كمن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل، وإن أقر لابن عمه قبل إقراره؛ لأنه غير متهم فيه^(١٣٤٦٢).

واحتج ابن قدامة لمذهب الحنابلة مع ردّه على مخالفه بقوله: «إنه إيصال لماله إلى وارثه بإقراره في مرض موته فلم يصح بدون رضا بقية ورثته كهفته. وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح. وما ذكره الإمام مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث الذي اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما»^(١٣٤٦٣).

(١٣٤٦٠) «المغني» ج ٥، ص ١٩٦.

(١٣٤٦١) «المغني» ج ٥، ص ١٩٦.

(١٣٤٦٢) «المغني» ج ٥، ص ١٩٧.

(١٣٤٦٣) «المغني» ج ٥، ص ١٩٧-١٩٨.

١١١٦٤ - وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه صحَّ في قول الفقهاء جميعاً إلا الشعبي قال: لا يجوز إقراره لها؛ لأنه إقرار لوarith. ولكن يُردُّ على قول الشعبي بأنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبه ما لو كان عليه دين بيينة فأقر بأنه لم يوفه. ولكن لو أقر بدين سوى المهر لم يقبل إقراره (١٣٤٦٤).

١١١٦٥ - وإن أقر لوarith فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له، ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له أي لأخيه. وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صحَّ إقراره له نصَّ عليه أحمد. وإذا أقر لامرأة بدين في مرضه، ثم تزوجها صحَّ إقراره؛ لأنه غير متهم (١٣٤٦٥).

١١١٦٦ - رابعاً: مذهب الشافعية:

وعندهم: يصح إقرار المريض مرض الموت لأجنبي بمال عيناً كان أو ديناً كإقرار الصحيح، ويكون من كل مال المقر. ولو أراد الوarith تحليف المقر له على استحقاقه المقرَّ به لم يكن ذلك له. ويقبل إقرار المريض مرض الموت لوarith كالأجنبي؛ لأن الظاهر يدل على أنه محق؛ لأنه انتهى إلى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب فيها الفاجر.

وفي قول في المذهب: لا يصح إقراره؛ لأنه متهم بحرمان بعض الورثة. ويجري هذا الخلاف في إقرار الزوجة بقبض مهرها من زوجها في مرض موتها، وفي إقراره لوarith بهبة أقبضها له في صحته. والخلاف المذكور في الإقرار بالمال. أما لو أقر بنكاح، فإنه يصح جزماً وإن أفضى إلى المال بالعقد (١٣٤٦٦).

المطلب الرابع

النكاح في مرض الموت

١١١٦٧ - أولاً: مذهب المالكية:

قالوا: لا يصح نكاح مريض أو مريضة في مرض الموت، فإن وقع لزم فسخه ما لم يصح المريض منهما. ولا ميراث بينهما إن مات أحدهما قبل الفسخ. وللمريضة المهر المسمى إن حصل دخول أو مات زوجها. وعلى المريض إن مات قبل الفسخ الأقل من الثلث - أي من ثلث

(١٣٤٦٤) «المغني» ج ٥، ص ١٩٨.

(١٣٤٦٥) «المغني» ج ٥، ص ١٩٨.

(١٣٤٦٦) «متن المنهاج ومغني المحتاج» ج ٢، ص ٢٤٠.

ماله - ومن المهر المسمى ومن مهر المثل . ولها بالدخول المهر المسمى من الثلث (١٣٤٦٧) .
وقالوا أيضاً: يفسخ نكاح المريض أو المريضة مرض الموت قبل الدخول وبعده (١٣٤٦٨) .
١١١٦٨ - واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث في مرض الموت كما لو تزوج ذميمة
فقال بعضهم: يصح النكاح، ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة بأن تسلم فترث (١٣٤٦٩) .
١١١٦٨ - ثانياً: مذهب الحنفية:

يجوز نكاح المريض مرض الموت بمهر المثل، أما الزيادة على مهر المثل فباطلة (١٣٤٧٠) .
وإنما جاز نكاح المريض مرض الموت؛ لأن النكاح يعتبر من الحوائج الأصلية ولا حجر على
تصرفات المريض المتعلقة بحوائجه الأصلية كطعامه وشرابه ولباسه، فكذا نكاحه؛ لأنه من
حوائجه الأصلية - كما قلنا - (١٣٤٧١) .

١١١٦٩ - وكذلك إذا كان مديناً، فله أن ينكح في مرض موته بمهر المثل؛ لأنه لا حق
للدائنين بمقدار مهر المثل من ماله كما لا حق للورثة بهذا القدر من ماله؛ لأن النكاح يعتبر من
حوائجه الأصلية، فقد جاء في «شرح التلويح على التوضيح»: «فيجوز للمريض مرض الموت
النكاح بمهر المثل؛ لأنه في مقدار مهر المثل لا يتعلق به حق الوارث ولا الدائن؛ لأن المريض
محتاج إلى النكاح لبقاء نسله، وفي كل ما يحتاجه هو إليه لا يتعلق به حق الغير، وإذا لم يتعلق
حقهما بمهر المثل وما يحتاج هو إليه لم يكن في الحجر عن النكاح بمهر المثل ونحوه صيانة
لحقهما - أي حق الوارث والدائن - إذ لا حق لهما فيه» (١٣٤٧٢) .

١١١٧٠ - ثالثاً: عند الحنابلة:

عندهم: النكاح في مرض الموت وفي حال الصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد
منهما من صاحبه . ويجب في هذا النكاح مهر المثل ولا يتعلق به حق دائن ولا وارث؛ لأن
النكاح من الحوائج الأصلية للإنسان ولذلك لا يتعلق به حق الوارث ولا الدائن .

(١٣٤٦٧) «الشرح الصغير» للدردير، و«حاشية الصاوي» ج ١، ص ٣٨٨ .

(١٣٤٦٨) «المغني» ج ٦، ص ٣٢٦ .

(١٣٤٦٩) «الشرح الصغير» للدردير، و«حاشية الصاوي» ج ١، ص ٣٨٨ .

(١٣٤٧٠) «الدر المختار» ج ٥، ص ٦١٣ .

(١٣٤٧١) «شرح التلويح على التوضيح» ج ٢، ص ١٧٧ .

(١٣٤٧٢) «شرح التلويح على التوضيح» ج ٢، ص ١٧٧ .

جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال؛ لأنه صرف لماله في حاجة نفسه وإن كان عليه دين».

وقال ربيعة وابن أبي ليلى: المهر والميراث من الثلث، أي: من ثلث تركة الزوج فإن وفي الثلث بذلك فيها وإلا فليس لها إلا الثلث.

وقال الأوزاعي: النكاح صحيح ولا ميراث بينهما.

وعن القاسم بن محمد والحسن: إن قصد الإضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح.

وقد ردّ ابن قدامة على الأقوال المخالفة لمذهبه - مذهب الحنابلة - بأن هذا النكاح صدر من أهله، أي: من ذي أهلية بإجرائه، وصادف هذا النكاح محلّه وبشرطه فيصح كما يصح في حال الصحة؛ ولأنه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع، وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث» (١٣٤٧٣).

١١١٧١ - رابعاً: مذهب الشافعية:

وعندهم: يصح النكاح في مرض الموت وإن لم يكن للرجل فيه حاجة بشرط أن يكون بمهر المثل، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «للمريض - أي في مرض الموت - أن ينكح أبكاراً بمهر أمثاله من غير حاجة» (١٣٤٧٤).

١١١٧٢ - خامساً: مذهب الزيدية:

قالوا: يصح نكاح المريض مرض الموت، وعملوا ذلك بقولهم: «وأما النكاح؛ فلأنه مستثنى له كالطعام والشراب والكساء» (١٣٤٧٥).

ويلاحظ أن الزيدية لم يقيدوا النكاح في مرض الموت بمهر المثل، ومعنى ذلك أنه يصح النكاح بأي مهر وإن كان بأكثر من مهر المثل.

(١٣٤٧٣) «المغني» ج ٦، ص ٨٣ و ٣٢٦.

(١٣٤٧٤) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٢٦٥.

(١٣٤٧٥) «شرح الأزهار» ج ٤، ص ٤٧٤.

المطلب الخامس

الطلاق في مرض الموت

١١١٧٣ - أولاً: مذهب الحنفية:

أ - الرجل إذا طلق زوجته في حال صحته أو في حال مرضه برضاها أو بغير رضاها، ثم مات وهي في العدة فإنهما يتوارثان بالإجماع. وإذا كانت المرأة كتابية وقت الطلاق، فإن أسلمت في العدة فإنهما يتوارثان^(١٣٤٧٦).

ب - وإذا طلقها في مرض موته طلاقاً بائناً ومات في مرضه هذا وهي في العدة ورثته. وإن مات بعد انقضاء عدتها فلا ترثه. ويعللون ذلك بقولهم: إن الزوجية سبب إرثها في مرض موته، والزوج قصد إبطال هذا السبب بتطليقها في مرض موته، فيرد عليه قصده السيء بتأخير عمل الطلاق إلى زمن انقضاء العدة دفعاً للضرر عنها. وقد أمكن ذلك؛ لأن النكاح يبقى في العدة في حق بعض الآثار، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه^(١٣٤٧٧).

١١١٧٤ - شروط توريث المطلقة في مرض الموت:

ويلاحظ هنا أن توريث المطلقة بائناً في مرض موت الزوج يستلزم تحقق جملة شروط هي:

(أولاً): أن تكون الزوجة مدخولاً بها، وعلى هذا، لو طلق امرأته غير المدخول بها ومات في مرضه لم ترثه؛ لأنها لا عدة عليها.

(ثانياً): أن يكون الطلاق بائناً قد وقع بغير رضاها؛ لأنه لو طلقها برضاها لما ورثت منه؛ لأن الشأن في الطلاق البائن أنه يرفع النكاح بحق الإرث وهذا هو الأصل، فلا داعي لاعتبار النكاح باقياً في حق الإرث خلال العدة؛ لأن الطلاق وقع برضاها.

(ثالثاً): ويشترط أن يكون الزوجان ممن يتوارثان حال الطلاق؛ لأن تعلق حقها بماله في مرض موته عن طريق إرثها منه يستلزم أن تكون وارثة في حال مرض موته ليكون لها حق في ماله عن طريق الإرث، فإذا لم يكن لها هذا الحق لأنها ليست وارثة كما لو كانت كتابية وقت الطلاق، فإنها لا ترث منه إذا مات وهي في العدة وإن أسلمت في العدة قبل موته. ولكن لو قال لها في مرض موته: «إذا أسلمت فأنت طالق بائناً» فإنها ترثه إذا أسلمت؛ لأنه علق

(١٣٤٧٦) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٤٦٢.

(١٣٤٧٧) «الهداية والعناية» ج ٣، ص ١٥٠-١٥١.

طلاقها بزمان تعلق حقها بماله . وإذا طلقها بائناً في مرضه وهي ممن ترثه ثم صحَّ من مرضه ثم مات، فإنها لا ترثه ولو كان موته وهي في العدة؛ لأنه لم يمِث في مرض موته (١٣٤٧٨).

١١١٧٥ - ثانياً: مذهب الشافعية:

عندهم: يصح طلاق المريض مرض الموت، وتترتب عليه جميع آثاره سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، فلا فرق بينه وبين الطلاق في حال صحة الزوج، فإذا كان الطلاق بائناً ومات في مرض موته وهي في عدتها لم ترثه، جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «يشترط لنفوذ الطلاق من المطلق منجزاً كان أو معلقاً التكليف، أي أن يكون المطلق مكلفاً فيصح من السفية والمريض...» (١٣٤٧٩).

وإذا كان طلاق المريض صحيحاً وكان بائناً لم ترثه إذا مات بعد إيقاعه هذا الطلاق. قال الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى -: «إذا طلق رجل امرأته ثلاثاً أو تطليقة لم يبق له عليها من الطلاق غيرها، أو لاعتها وهو مريض، فحكمه في وقوع ذلك على الزوجة وتحريمها عليه حكم الصحيح، فإن لم يصح الزوج حتى مات فقد اختلف في ذلك أصحابنا: فمنهم من قال لا ترثه، وذهب إلى أن حكم الطلاق إذا كان في الصحة والمرض سواء فإن الطلاق يقع على الزوجة، وأن الزوج لا يرث المرأة لو ماتت فكذلك لا ترثه؛ لأن الله تعالى ذكره إنما ورثت الزوجة من الزوج والزوج من الزوجة ما كانا زوجين، وهذان ليسا بزوجين ولا يملك رجعتها فتكون في معاني الأزواج فترث وتورث...» (١٣٤٨٠).

١١١٧٦ - ومن الحجة لمذهب الشافعي من الأثر ما رواه الشافعي عن عبد الله بن الزبير أنه قال: طلق عبد الرحمن بن عوف زوجته تماًضراً طلاقاً بائناً ثم مات عنها وهي في عدتها، فورثها عثمان بن عفان - رضي الله عنه -. قال ابن الزبير: وأما أنا فلا أرى أن ترث مبتوتة - أي مطلقة بائناً - (١٣٤٨١).

قال الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى -: «ذهب بعض أصحابنا إلى أن يورث المرأة وإن لم يكن للزوج عليها رجعة إذا طلقها الزوج وهو مريض وإن انقضت عدتها قبل موته...» وقال

(١٣٤٧٨) «فتح القدير» ج ٣، ص ١٥٠.

(١٣٤٧٩) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٤٧٩.

(١٣٤٨٠) كتاب «الأم» للشافعي، ج ٥، ص ٢٥٤.

(١٣٤٨١) كتاب «الأم» للشافعي، ج ٥، ص ٢٥٤.

بعضهم: وإن نكحت زوجاً غيره... وقال الشافعي: وهذا مما أستخير الله - عز وجل - فيه. قال الربيع - صاحب الشافعي -: وقد استخار الله فيه فقال: لا ترث المبتوتة» (١٣٤٨٢).

١١١٧٧ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

قالوا: إذا طلق الرجل زوجته طلاقاً بائناً وهو في مرض الموت ثم مات من مرضه ذلك وهي في عدتها ورثته، ولم يرثها إن ماتت في عدتها، يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي - رضي الله عنهم -، وبه قال عروة، وشريح، والحسن، والشعبي، والنخعي، والثوري...» (١٣٤٨٣).

واحتج ابن قدامة الحنبلي لتوريثها منه إذا مات من مرضه وهي في العدة بأن عثمان - رضي الله عنه - ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان قد طلقها في مرض موته طلاقاً بائناً واشتهر ذلك في الصحابة، فلم ينكر فكان ذلك إجماعاً.

ولأن المطلقة قصد بطلاقه قصداً فاسداً هو حرمان زوجته من الميراث بتطليقه إياها وهو في مرض الموت، فعوقب بنقيض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه (١٣٤٨٤).

١١١٧٨ - وترثه عند الحنابلة إذا طلقها بائناً ومات من مرضه وقد انقضت عدتها، وهذا هو المشهور عن أحمد، وهو قول ابن أبي ليلى وغيره؛ لأن سبب توريثها هو فرار زوجها من ميراثها فطلقها لهذا الغرض، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء عدتها (١٣٤٨٥).

١١١٧٩ - رابعاً: مذهب المالكية:

قال ابن جزى المالكي: طلاق المريض نافذ كالصحيح اتفاقاً، فإن مات من ذلك المرض ورثته المطلقة، ولا ينقطع ميراثها، وإن انقضت عدتها وتزوجت.

ويشترط لثبوت ميراثها ثلاثة شروط في المذهب:

(الأول): أن لا يصح من ذلك المرض وإن مات منه بعد مدة.

(الثاني): أن يكون المرض مخوفاً - أي مرض الموت - يحجر عليه فيه.

(الثالث): أن يكون الطلاق منه لا منها ولا بسببها كالتمليك، والتخيير، والخلع، ففي

(١٣٤٨٢) كتاب «الأم» للشافعي، ج ٥، ص ٢٥٤.

(١٣٤٨٣) «المغني» ج ٦، ص ٣٢٩-٣٣٠.

(١٣٤٨٤) «المغني» ج ٦، ص ٣٢٩-٣٣٠.

(١٣٤٨٥) «المغني» ج ٦، ص ٣٣٠.

توريثها بذلك روايتان (١٣٤٨٦):

الظاهر أن فقهاء المالكية المتأخرين أخذوا بتوريث المطلقة بائناً في مرض الموت مطلقاً - أي ولو كان الطلاق بسببها -، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «وترثه زوجته المخالعة في مرضه إن مات منه ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره، ولا يرثها هو إن ماتت في مرضه قبله، ولو كانت هي مريضة حال الخلع أيضاً ككلّ مطلقة بمرض موت - أي مخوف - فإنها ترثه إن مات من ذلك المرض دون أن يرثها ولو كانت مريضة أيضاً. ولو حنثته فيه، أي في مرضه تعمداً منها كما لو قال لها: «إن دخلت دار فلان فأنت طالق» فدخلتها قاصدة حنثه فإنها ترثه دونها» (١٣٤٨٧).

١١١٨٠ - وذهب المالكية إلى مدى أبعد في توريث المطلقة في مرض الموت فقالوا: لو طلقها في مرض الموت وهي كتابية فأسلمت فإنها ترثه إذا مات في مرضه، فقد جاء في «الشرح الصغير» للدردير: «ولو أسلمت زوجته الكتابية في مرض موته الذي طلقها فيه - أي أسلمت بعد أن طلقها في مرض موته - فإنها ترثه دون أن يرثها هو ولو خرجت من العدة وتزوجت بغيره» (١٣٤٨٨).

١١١٨١ - القول الراجح:

والراجح، أن المطلقة طلاقاً بائناً في مرض موت الزوج ترثه إذا مات من مرضه هذا سواء كان موته أثناء عدتها أو بعد انقضاء عدتها، وسواء تزوجت بعد انقضاء عدتها أو لم تتزوج، رداً لقصد السوء في تطليقها في مرض الموت إلا إذا هي طلبت من زوجها أن يطلقها، فإنها لا ترثه إذا طلقها بائناً أو طلقها رجعيًا ومات بعد انقضاء عدتها. أما إذا كانت كتابية وطلقها بائناً ومات في عدتها فإنها لا ترثه حتى لو أسلمت في عدتها قبل موته؛ لأنه غير متهم في طلاقها لحرمانها من الميراث، لأنها لا ترث منه حتى لو لم يطلقها لاختلاف الدين.

المطلب السادس

مخالعة الزوجة في مرض الموت

١١١٨٢ - المخالعة صحيحة في الصحة والمرض:

المخالعة في مرض الموت صحيحة سواء كان المريض هو الزوج أو الزوجة أو هما جميعاً

(١٣٤٨٦) «قوانين الأحكام الشرعية» لابن جزي المالكي، ص ٢٥٣.

(١٣٤٨٧) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٤٤.

(١٣٤٨٨) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٤٤٤-٤٤٥.

ولا خلاف في هذا. ولكن الخلاف فيما يجب من بدل الخلع، وهذا ما نبينه في الفقرات التالية:

١١١٨٣ - أ - المخالعة في مرض الزوجة:

أولاً: مذهب الحنابلة:

إذا خالعت الزوجة المريضة مرض الموت زوجها بميراثه منها فما دونه، أي خالعت بمقدار ميراثه منها، صح الخلع. وإن خالعت بزيادة على قدر ميراثه منها بطلت الزيادة وهذا مذهب الحنابلة وهو قول الثوري وإسحاق. وإن صحت من مرضها الذي جرت المخالعة فيه، صح الخلع، ولزوجها المخالعة جميع ما خالعتها به؛ لأننا تبيننا أن مرضها ليس بمرض موت، والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة (١٣٤٨٩).

١١١٨٤ - ثانياً: مذهب الشافعية:

يصح عندهم اختلاع المريضة مرض الموت؛ لأن لها الحق في صرف مالها في أغراضها وملاذها ولا يحسب بدل الخلع من ثلث مالها إلا قدر الزائد على مهر مثلها بخلاف مهر المثل أو أقل منه فإنه يخرج من جميع مالها؛ لأن التبرع إنما هو بالزائد على مهر المثل، فهو كالوصية للأجنبي، ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثاً بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم (١٣٤٩٠).

١١١٨٥ - ثالثاً: مذهب الحنفية:

قال الحنفية: إذا اختلعت الزوجة المريضة مرض الموت في مرضها هذا بمهرها الذي كان لها على زوجها ثم ماتت في العدة، فلزوجها الأقل من ميراثه منها ومن المهر إن كان يخرج من ثلث مالها. وإن لم يكن لها مال سوى ذلك، فله الأقل من ميراثه منها ومن الثلث. فإن ماتت بعد انقضاء العدة، فله المهر من ثلث مالها.

وإن كان لم يدخل بها فاختلعت منه في مرضها بمهرها فالحكم في هذه الحالة أن نصف المهر قد سقط عن الزوج بالطلاق قبل الدخول، والنصف الباقي من المهر يكون له من ثلث مالها.

(١٣٤٨٩) «المغني» ج ٧، ص ٨٨ - ٨٩.

(١٣٤٩٠) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٣٦٤ - ٣٦٥.

وكذلك إن كانت قد اختلعت منه بأكثر من مهرها، فنصف المهر يسقط بالطلاق قبل الدخول، والنصف الباقي مع الزيادة للزوج من ثلث مالها. فإن صحت من مرضها وشفيت فللزوج جميع المهر المسمى^(١٣٤٩١).

١١١٨٦ - ب - مخالعة الزوج في مرض الموت:

إذا خالغ الزوج زوجته وهو في مرض الموت فلا إشكال في صحة الخلع سواء كان الخلع بمهر مثلها أو أكثر أو أقل ولا يعتبر ذلك من الثلث؛ لأنه لو طلق بغير عوض يصح طلاقه فلأن يصح بعوض أولى. ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء.

وإذا خلعتها وأوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صحَّ الخلع والوصية؛ لأنه لا تهمة في أنه خلعها ليعطيها ذلك؛ لأنه لو لم يخلعها لأخذته بميراثها.

وإن أوصى لها بزيادة على ميراثها منه، فللورثة منعها من ذلك بعدم إجازتهم ما أوصى به مورثهم لها بأزيد من ميراثها منه لأنه متهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها وأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي زوجته، فطلّقها عن طريق المخالعة ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى إلى وارث. وهذا كله مذهب الحنابلة كما قال ابن قدامة الحنبلي، ولم يذكر فيه خلافاً^(١٣٤٩٢).

المطلب السابع

الوصايا

(وصايا المريض مرض الموت)

١١١٨٧ - تعريفها في اللغة:

جاء في «لسان العرب»^(١٣٤٩٣): الوصية هي ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت.

والوصي: هو الذي يُوصى والذي يُوصى له.

والوصي: المُوصي والمُوصى. والأثنى وصي، وجمعهما جميعاً أوصياء.

(١٣٤٩١) «الفتاوى الهندية» ج ١، ص ٥٠٥. (١٣٤٩٢) «المغني» ج ٧، ص ٨٩.

(١٣٤٩٣) «لسان العرب» لابن منظور، ج ٢٠، ص ٢٧٣-٢٧٤.

وأوصيت له بشيء، وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيك.

وأوصيته ووصيته إيصاء وتوصية.

وفي «المعجم الوسيط»^(١٣٤٩٤): أوصى فلاناً، وأوصى إليه: جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته. وأوصى إليه وله بشيء: جعله له.

وصى إليه وله بشيء: جعله له. وصى إليه: عهد إليه. وصى فلاناً: جعله وصيه يتصرف في أمره وعياله وماله بعد موته. والوصاة: الوصية. الوصاية: الولاية على القاصر.

الوصي: من يوصى له. من يقوم على شؤون الصغير. والأئشي: وصي.

الوصية: ما يوصى به، والجمع وصايا.

١١١٨٨ - ومما ذكرنا يعرف بأن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو الإيصاء، ومنه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدلٍ منكم أو آخران من غيركم﴾^(١٣٤٩٥).

كما تطلق الوصية على ما يوصي به الإنسان من مال أو غيره فتكون الوصية بهذا الإطلاق اسم المفعول، ومنه قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾^(١٣٤٩٦)، وهذا ما أشار إليه ابن حجر العسقلاني - رحمه الله تعالى -^(١٣٤٩٧).

١١١٨٩ - الوصية في الاصطلاح:

فباللغة لم تفرق في المعنى والاستعمال بين الوصية والإيصاء، ولكن الفقهاء فرّقوا بينهما في اصطلاحهم، فاستعملوا لفظ (الوصية) في التملك المضاف إلى ما بعد الموت، واستعملوا لهذا الغرض (له) في تعديتهم الفعل (أوصى) فقالوا: (أوصى له) للدلالة على التملك المضاف إلى ما بعد الموت.

كما اصطلاح الفقهاء على استعمال (الإيصاء) في جعل الإنسان غيره وصياً على من يلي أمره بعد موته واستعملوا لهذا الغرض (إليه) في تعديتهم الفعل (أوصى)، فقالوا: (أوصيت إليه): أي: جعلته وصياً بعد موتي^(١٣٤٩٨). وفي «حاشية الدسوقي» في فقه المالكية: يقال: (وصيت له)

(١٣٤٩٤) «المعجم الوسيط» ج ٢، ص ١٠٥٠.

(١٣٤٩٥) [سورة النساء: من الآية ١٠٦].

(١٣٤٩٧) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج ٥، ص ٣٥٥، ٣٥٧.

(١٣٤٩٨) «مغني المحتاج» في فقه الشافعية، ج ٣، ص ٣٨-٣٩.

أي بمال، و(وصيت إليه) أي: جعلته وصياً، وهما مختلفان» (١٣٤٩٩).

وفي «الدر المختار» في فقه الحنفية: «الوصايا تعم الوصية والإيضاء. يقال: أوصى إلى فلان أي: جعله وصياً، والاسم منه الوصاية. ويقال: أوصى لفلان، بمعنى ملكه بطريق الوصية» (١٣٥٠٠).

١١١٩٠ - منهج البحث:

وبناء على ما تقدم من معنى الوصية وما تستعمل فيه، نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الوصية بمعنى التملك المضاف إلى ما بعد الموت.

الفرع الثاني: الإيضاء بمعنى جعل الإنسان غيره وصياً على من يلي أمره بعد موته.

الفرع الأول

الوصية

١١١٩١ - تعريفها:

عُرِّفَت الوصية في الاصطلاح الشرعي بأنها: تملك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عيناً كان أو منفعة (١٣٥٠١). أي: سواء كان الموصى به عيناً كالدار، أو منفعة كالسكنى فيها.

١١١٩٢ - مشروعيتها:

الوصية مشروعة بدلالة الكتاب العزيز، والسنة المطهرة، والإجماع المعتمد.

أ - فمن الكتاب العزيز:

قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ. فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ، إِنْ أَرَادَ اللَّهُ

(١٣٤٩٩) «حاشية الدسوقي» في فقه المالكية، ج ٤، ص ٤٢٢.

(١٣٥٠٠) «الدر المختار» ج ٦، ص ٦٤٩-٦٥٠.

(١٣٥٠١) «الهداية والعناية وتكملة فتح القدير» ج ٨، ص ٤١٦-٤١٧.

سمیع علمیم ﴿۱۳۰۲﴾ .

ب - ومن السنة النبوية الكريمة :

أخرج الإمامان الجليلان البخاري ومسلم - رحمهما الله تعالى - : قال رسول الله ﷺ : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » (۱۳۰۳) .

ج - وأما الإجماع :

فهو ثابت، فما زال الناس من وقت رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا يوصون من غير تكبير من أحد، فيكون إجماعاً على مشروعية الوصية (۱۳۰۴) .

۱۱۹۳ - المرأة كالرجل في مشروعية الوصية :

والمرأة كالرجل في مشروعية الوصية وأحكامها؛ لأن الآية الكريمة التي ذكرناها عامة تخاطب جميع المسلمين فيشمل حكمها الرجال والنساء .

أما الحديث الشريف الذي ذكرناه وفيه : « ما حق امرئ مسلم . . . إلخ » فهذا الحديث الشريف وإن ذكر فيه كلمة « امرئ » وأن (المرء) هو الرجل ؛ لأن هذا لا يفيد اختصاص الوصية بالرجل ؛ لأن التعبير بلفظ (امرئ) خرج مخرج الغالب، قال الإمام ابن حجر العسقلاني - رحمه الله تعالى - في تعليقه على هذا الحديث وورود كلمة (امرئ) فيه قال - رحمه الله - : « لكن التعبير به خرج مخرج الغالب، وإلا فلا فرق في الوصية الصحيحة بين الرجل والمرأة، ولا يشترط فيها إسلام، ولا رشد، ولا ثبوت، ولا إذن زوج، وإنما يشترط في صحتها العقل والحرية » (۱۳۰۵) .

وقال الفقيه ابن حزم - رحمه الله تعالى - : « ووصية المرأة البكر ذات الأب وذات الزوج، البالغة والشيبة ذات الزوج، جائزة كوصية الرجل، أحب الأب أو الزوج أو كرها، ولا معنى لإذنها في ذلك ؛ لأن أمر الله تعالى بالوصية جاء عاماً للمؤمنين وهو لفظ يعم الرجال والنساء، ولم يخص عز وجل فيه أحداً من أحد : ﴿ وما كان ربك نسياً ﴾ وما نعلم في ذلك خلافاً من أحد (۱۳۰۶) .

(۱۳۰۲) [سورة البقرة: الآيتان ۱۸۰، ۱۸۱] .

(۱۳۰۳) «صحيح البخاري» ج ۵، ص ۳۵۵، «صحيح مسلم» ج ۱۱، ص ۷۴ .

(۱۳۰۴) «البدائع» ج ۷، ص ۳۳۰، «المغني» ج ۶، ص ۱ .

(۱۳۰۵) «شرح العسقلاني لصحيح البخاري» ج ۵، ص ۳۵۶ .

(۱۳۰۶) «المحلى» لابن حزم، ج ۹، ص ۳۲۷ .

جاء في الحديث الشريف أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم». أخرجه ابن ماجه (١٣٥٠٧).

والوصية تصرف في ثلث مال الشخص في آخر العمر زيادة في العمل الصالح (١٣٥٠٨).

والواقع أن تشريع الوصية يهيء للمسلم فرصة طيبة لأن تكون خاتمة أعماله فعل الخير وفعل القربات. كما أن الوصية سبيل تدارك ما قد عسى أن يكون قد فات الإنسان من عمل الخير في حياته تفريطاً منه في ذلك أو غفلة عنه أو نسياناً له.

جاء في «الهداية» في بيان حكمة تشريع الوصية: «فإن الإنسان مغرور بأمله، مقصر في عمله، فإذا عرض له المرض خاف الهلاك فيحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي أي في الآخرة» (١٣٥٠٩).

١١١٩٥ - المريض أحوج إلى الوصية من الصحيح:

وإذا كانت الوصية مشروعة كما ذكرنا فإن مشروعيتها تشمل المريض والصحيح إلا أنها أكد في حق المريض مرض الموت من الصحيح، وأحوج إليها منه لاحتمال موته في مرضه ولما يحسُّه هو من قرب رحيله عن الدنيا، فتكون بين يديه فرصة - قد تكون الأخيرة - لتدارك ما قد فاته من عمل الخير، فيبادر إلى الوصية بما ينفعه في الآخرة.

وقد أشار القرآن الكريم إلى الوصية في مرض الموت أو عند ظهور علاماته مما يشير إلى طلبه المسارعة إلى الوصية في هذا الوقت، قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾.

وقد جاء في تفسير هذه الآية: «قوله تعالى: إذا حضر أحدكم الموت، أي: إذا قرب حضور الموت بحضور أماراته، أو أن معناه: إذا مرض أحدكم - فإن المرض سبب الموت -، ومتى حضر السبب جاز ذكر المُسبَّب دون السبب» (١٣٥١٠).

(١٣٥٠٧) «سنن ابن ماجه» ج٢، ص٩٠٤.

(١٣٥٠٨) «البدائع» ج٧، ص٣٣٠.

(١٣٥٠٩) «الهداية» ج٨، ص٤١٨.

(١٣٥١٠) «أحكام القرآن» لابن العربي المالكي، ج١، ص٧٠.

١١١٩٦ - حكم الوصية :

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الوصية واجبة، وهذا قول طائفة من السلف وهو مذهب الظاهرية. ومنهم من قال: إنها مندوبة في الأصل وليست واجبة إلا أنه قد يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر وهذا قول الجمهور.

وقد تكون الوصية مكروهة أو محرمة أو مباحة لمعنى يستدعي لها هذا الوصف. ونذكر فيما يلي قول الظاهرية، ثم قول الجمهور، ثم نذكر متى تكون مكروهة أو محرمة أو مباحة؟

١١١٩٧ - القول الأول: الوصية واجبة :

قال ابن حجر العسقلاني في قوله ﷺ: «ما حقُّ امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبةً عنده»، استدلل بهذا الحديث مع ظاهر الآية: «الوصية للوالدين والأقربين» على وجوب الوصية، وبه قال الزهري، وأبو مجلز، وعطاء، وحكاه البيهقي عن الشافعي في قوله القديم، وبه قال إسحاق، وداود الظاهري، واختاره أبو عوانة الإسفرائيني، وابن جرير وآخرون» (١٣٥١١).

١١١٩٨ - وقال ابن حزم الظاهري: «الوصية فرض على كل من ترك مالا لقول رسول الله ﷺ: «ما حقُّ امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبةً عنده» فمن مات ولم يوص، ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد؛ لأن فرض الوصية واجب ولا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة» (١٣٥١٢).

ثم قال ابن حزم: «وفرض على كل مسلم أن يوصي لقرابته الذين لا يرثون إما لرق، وإما لكفر، وإما لأن هنالك من يحجبهم عن الميراث... برهان ذلك قول الله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ فهذا فرض كما تسمع فخرج منه الوالدان والأقربون الوارثون وبقي من لا يرث منهم على هذا الفرض» (١٣٥١٣).

١١١٩٩ - القول الثاني: مندوبة لا واجبة :

(١٣٥١١) «شرح البخاري لصحيح البخاري» ج ٥، ص ٣٥٨.

(١٣٥١٢) «المحلى» لابن حزم، ج ٩، ص ٣١٢.

(١٣٥١٣) «المحلى» لابن حزم، ج ٩، ص ٣١٤.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوصية مندوبة ومستحبة شرعاً وأيست واجبة، أما وجوبها المستفاد من الآية الكريمة: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتَ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ . . . الخ﴾ كان في أول الإسلام لوالدي الميت وأقربائه على ما يراه الموصي من المساواة أو التفضيل فيما بينهم، ثم نسخ ذلك بآية الموارث ويقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى لِكُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِمَوَارِثٍ».

أما الحديث: «ما حقُّ امرئٍ مسلمٍ له شيءٌ يوصي فيه . . . الخ». فقد قال الشافعي -رحمه الله تعالى-: «معنى الحديث: ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده، فقد يفجأه الموت وهو على غير وصية، ولا ينبغي للمؤمن أن يغفل عن ذكر الموت، وأن يستعد له».

واحتج الجمهور أيضاً بأن هذا الحديث ورد برواية صحيحة أخرى جاء فيها: «له شيء يريد أن يوصي فيه». فقله: «يريد أن يوصي فيه» يدل على عدم وجوب الوصية؛ لأنه لو كانت الوصية واجبة لما علقها بإرادة الموصي؛ لأن الواجب لا يتعلق بإرادة من وجب عليه (١٣٥٤).

وكذلك يستدل على عدم وجوب الوصية بأن أكثر أصحاب رسول الله ﷺ لم ينقل عنهم وصية ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لم يفرضوا بذلك ولنقل عنهم نقلاً ظاهراً؛ لأنها عطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الموت كوصية الأجانب (١٣٥٥).

١١٢٠٠ - متى تجب الوصية عند الجمهور:

قلنا: إن الوصية عند الجمهور في الأصل ليست واجبة، وقد يطرأ عليها الوجوب لمعنى آخر يقتضي الوجوب كما لو كان عليه دين أو عنده ودبعة أو عليه واجب ولا يمكنه إيصال الحق لصاحبه ولا سبيل لتحلله من الواجب الذي عليه إلا عن طريق الوصية، فإنها تجب عليه في هذه الحالة (١٣٥٦).

وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا من عليه حقوق بغير بينة أو أمانة

(١٣٥٤) «تفسير الرازي» ج ٥، ص ٦٥-٦٩، «تفسير القرطبي» ج ٢، ص ٢٥٩-٢٦٠، «تفسير ابن كثير» ج ١، ص ٢١١، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١، ص ٧٤-٧٥، «صحيح البخاري بشرح المسقلاني» ج ٥، ص ٣٥٨-٣٥٩.

(١٣٥٥) «المغني» ج ٦، ص ٢١.

(١٣٥٦) «المغني» ج ٦، ص ٢١.

بغير إسهاد إلا طائفة شذت فأوجبتهَا (١٣٥١٧).

وفي «مغني المحتاج»: «وهي - أي الوصية - واجبة على من عليه حق لله تعالى كزكاة وحج، أو حقٌ لأدمي كوديعة أو منصوب إذا لم يعلم بذلك من يثبت بقوله» (١٣٥١٨).

١٢٠١ - جعل الوصية في القربات:

وإذا لم تكن الوصية واجبة لمعنى يستدعي وجوبها، كما ذكرنا، فالأفضل عند الجمهور جعلها في القربات، ومن القربات التي لا شك فيها أن يجعل وصيته لأقاربه الفقراء الذين لا يرثونه في قول عامة أهل العلم، قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك إذا كانوا - أي أقاربه - ذوي حاجة. وقد قال تعالى: ﴿وَأْتِ ذَا الْقَرْبَى حَقَّهُ﴾ فبدأ بهم؛ ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل، فكذلك بعد الموت (١٣٥١٩).

١١٢٠٢ - استحباب ترك الوصية:

وإذا كانت الوصية مستحبة في الأصل وقد تصير واجبة لمعنى يستدعي وجوبها، فإن تركها قد يكون هو المستحب لمعنى يستدعي ذلك كما لو كان الشخص فقيراً أو ليس عنده من المال إلا القليل وله ذرية محتاجون، فلا يستحب له الوصية، بل تركها هو المستحب لقول رسول الله ﷺ: «إِنَّكَ إِنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»؛ ولأن الله تعالى قال في الوصية: ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾، والخير هو المال، وينصرف عادة إلى ما ليس بقليل من المال. وقال علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - لرجل أراد أن يوصي: إنك لن تدع طائلاً إنما تركت شيئاً سيراً فدعه لورثتك. وعنه أيضاً أنه قال: أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة.

قال ابن قدامة الحنبلي: والذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك من مال الشخص لا يفضل عن غنى الورثة، فلا تستحب الوصية؛ لأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بقوله: «إِنْ تَرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَتَرَكَهُمْ عَالَةً»؛ ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث إلى حدِّ غناهم كان تركه لهم كعطيتهم إياه، فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم (١٣٥٢٠).

(١٣٥١٧) «المغني» ج ٦، ص ١-٢، وقول ابن عبد البر: «إلا طائفة شذت فأوجبتهَا» ليس في قولها شذوذ، وهذه الطائفة من أهل العلم ولها أدلتها في الوجوب وإن كان قولها مرجوحاً.

(١٣٥١٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٣٩.

(١٣٥٢٠) «المغني» ج ٦، ص ٣.

(١٣٥١٩) «المغني» ج ٦، ص ٥.

١١٢٠٣ - الوصية المحرمة، والمكروهة، والمباحة:

قد يعتري الوصية ما يجعلها محرمة أو مكروهة أو يقف بها عند حد الإباحة، فلا ترقى إلى درجة الاستحباب. فمن الوصية المحرمة التي صرح بها المالكية: الوصية بمعصية أي: أوصى بمال لها أو بفعلها كوصية بمال يشتري به خمر يشرب، أو دفعه لمن يقتل نفساً ظلماً، أو يبني به مسجداً في أرض موقوفة لدفن الموتى، أو لمن يصلي عليه أو يصوم عنه. وكالوصية بمال ينفق في نياحة عليه، أو بلهو محرم في الأعراس ونحو ذلك من الأمور المحرمة (١٣٥٢١).

وتكون الوصية مكروهة إذا كانت بأمر مكروه كالوصية لأهل المعاصي إذا غلب على ظنه صرفها في معاصيهم، أما إذا غلب على ظنه صرفها فيما يستغنون به عن المعاصي، فإنها تكون مباحة، بل قد تكون مندوبة حسب التفاوت في حال الموصى له، وما يغلب على ظن الموصي (١٣٥٢٢).

وتكون الوصية مباحة إذا خلت مما يجعلها مندوبة أو مكروهة أو محرمة كالوصية لشخص غني من الأجانب أو الأقارب.

١١٢٠٤ - ركن الوصية وما تنعقد به:

قال الإمام الكاساني: «أما ركن الوصية، فقد اختلف فيه: قال أصحابنا الثلاثة - أي أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد -: هو الإيجاب والقبول، فما لم يوجد جميعاً لا يتم الركن. وإن شئت قلت: ركن الوصية الإيجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى له، وهو أن يقع اليأس من رده وذلك بموته دون رد. وقال زفر - رحمه الله -: ركن الوصية هو الإيجاب من الموصي فقط» (١٣٥٢٣).

وعند الحنابلة: القبول لا بد منه لتملك الموصى له الموصى به، إلا إذا تعذر القبول كما لو كان الموصى له غير معين كالفقراء أو لجهة كمسجد فتم الوصية وتصح بإيجاب الموصى فقط، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء. فأما إن كانت الوصية لغير معين كالفقراء والمساكين أو على جهة كمسجد لم يفتقر ثبوت الوصية إلى قبول، ولزمت الوصية بمجرد الموت؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره كالوقف عليهم» (١٣٥٢٤).

(١٣٥٢١) «الشرح الصغير» للدردير، و«حاشية الصاوي» ج ٢، ص ٤٦٧.

(١٣٥٢٢) «التركة وما يتعلق بها من الحقوق» للشيخ الكشكي، ص ١٥١-١٥٢.

(١٣٥٢٣) «البدائع» ج ٧، ص ٣٣١-٣٣٢. (١٣٥٢٤) «المغني» ج ٦، ص ٢٥.

إذا اعتبرنا الوصية عقداً وليس تصرفاً بالإرادة المنفردة فإنها عقد غير لازم في حق الموصي؛ ولهذا فهو يملك حق الرجوع عن الوصية ما دام حياً؛ لأن الموجود قبل موته مجرد إيجاب صادر منه وأنه يحتمل الرجوع عنه أصلاً^(١٣٥٢٥).

وأما بعد موت الموصي مصرّاً على إيجابه فإنه يصير لازماً إذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي، ولا أثر للقبول والردّ في حياة الموصي حتى لو ردّ الموصى له الوصية في حياة الموصي وقبل الوصية بعد موته صحّ قبوله؛ لأن الوصية إيجاب الملك بعد الموت، والقبول والردّ يعتبر، كذا الإيجاب؛ لأنه جواب، والجواب لا يكون إلّا بعد تقديم السؤال، فإذا كان التصرف من الموصي يقع إيجاباً بعد الموت فكذا يعتبر القبول بعده^(١٣٥٢٦).

١١٢٠٦ - موت الموصى له قبل الموصي:

إذا مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية في قول أكثر أهل العلم ومنهم الحنابلة، والحنفية، والشافعية، والمالكية. وقال الحسن: تكون الوصية لولد الموصى له. وقال عطاء: إذا علم الموصي بموت الموصى له ولم يحدث فيما أوصى به شيئاً، فهو لوارث الموصى له؛ لأنه مات قبل عقد الوصية فيقوم الوارث مقامه كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول^(١٣٥٢٧).

١١٢٠٧ - ردّ الموصى له الوصية^(١٣٥٢٨):

ردّ الموصى له الوصية يختلف أثره باختلاف حالات الردّ على النحو التالي:

أ- إذا ردّ الموصى له الوصية قبل موت الموصي، فلا أثر لهذا الردّ في حقّ الموصى له، فله أن يقبل الوصي بعد موت الموصي ويكون قبوله معتبراً؛ لأن الوصية لم تقع بعد فأشبه ردّ المبيع قبل إيجاب البائع.

ب- إذا ردّ الوصية بعد موت الموصي وقبل أن يقبلها، فالردّ صحيح ومعتبر تبطل به الوصية

(١٣٥٢٥) «البدائع» ج٧، ص٣٣٨.

(١٣٥٢٦) «البدائع» ج٧، ص٣٣٣.

(١٣٥٢٧) «المغني» ج٦، ص٢١.

(١٣٥٢٨) «المغني» ج٦، ص٢٢-٢٣، «البدائع» ج٧، ص٣٣٣.

ولا خلاف في ذلك؛ لأنه أسقط حقه في الوصية بهذا الرد فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع.

ج- أن يردّ الوصية بعد قبولها وقبض الموصى به، فلا يصح الردّ في هذه الحالة؛ لأن ملكه قد استقر عليه فأشبهه ردّه لسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة له منهم تفتقر إلى شروط الهبة.

د- أن يردّ بعد القبول وقبل القبض. فينظر فإن كان الموصى به كميلاً أو موزوناً صحّ الردّ؛ لأنه لا يستقر ملكه عليه قبل قبضه فأشبهه ردّه قبل القبول. وإن كان غير مكيل ولا موزون لم يصح الردّ؛ لأن ملكه قد استقر عليه فهو كالمقبوض.

١١٢٠٨ - أثر ردّ الوصية:

كل موضع صحّ فيه ردّ الوصية من قبل الموصى له، فإن الوصية تبطل بهذا الردّ ويرجع الموصى به إلى التركة - تركة الموصى - فيكون للورثة جميعاً؛ لأن الأصل ثبوت الملك لهم بالإرث، وإنما خرج الموصى به بالوصية فإذا بطلت الوصية رجع الموصى به إلى ما كان عليه كأن الوصية لم توجد (١٣٥٢٩).

١١٢٠٩ - أثر موت الموصى له قبل أن يقبل أو يردّ:

وإذا مات الموصى له قبل أن يقبل الوصية أو يردّها وكان موته بعد موت الموصى، قام وارثه - وارث الموصى له - في ذلك مقامه في القبول أو الردّ، وهذا اختيار الإمام الخرفي الحنبلي؛ لأنه حق ثابت للموت - أي للموصى له - فيثبت لوارثه لقوله ﷺ: «من ترك حقاً فلورثته». وكخيار الردّ بالعيب الذي كان ثابتاً للمورث يرثه عنه وارثه.

وذهب أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة إلى أن الوصية تبطل؛ لأنها عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبل القبول بطل العقد كالهبة. قال القاضي الحنبلي: وهذا قياس المذهب؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه فيبطل بالموت كخيار المجلس وكخيار الشرط وخيار الأخذ بالشفعة (١٣٥٣٠).

١١٢١٠ - وقال الحنفية: إذا مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى

(١٣٥٢٩) (المغني، ج ٦، ص ٢٣).

(١٣٥٣٠) (المغني، ج ٦، ص ٢٣-٢٤).

به ملكاً لورثة الموصى له استحساناً، والقياس بطلان الوصية أو يكون لورثة الموصى له الخيار إن شاءوا قبلوا، وإن شاءوا ردوا.

(وجه) القياس الأول: أن القبول أحد ركني العقد، وقد فات بالموت فيبطل الركن الآخر كما إذا أوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول، أو أوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول أنه يبطل الإيجاب لما قلنا كذا هذا.

(وجه) القياس الثاني: أن الموصى له في حياته كان له القبول والرد فإذا مات قامت ورثته مقامه.

(وجه) الاستحسان: أن أحد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه، وذلك بوقوع اليأس من رده، وقد حصل ذلك بموته فتم الركن.

وأما إذا قيل إن أحد ركني الوصية قبول الموصى له وليس عدم رده، فالجواب: أن القبول من الموصى له لا يشترط لذاته بل لوقوع اليأس من رده وقد حصل ذلك بموت الموصى له (١٣٥٣١).

١١٢١١ - شروط الموصي:

أ- يشترط عند الحنفية في الموصي لجواز الوصية وصحتها أن يكون الموصي من أهل التبرع في الوصية بالمال وما يتعلق به، فلا تصح الوصية من الصبي ولا المجنون لأنهما ليسا من أهل التبرع؛ لأن الوصية من التصرفات الضارة إذ لا يقابلها عوض دينوي (١٣٥٣٢).

وعند الشافعية في قول في مذهبهم: تصح وصية الصبي المميز لأنها لا تزيل ملكه في الحال، بل تزيد في قرباته بعد الموت (١٣٥٣٣).

وعند الحنابلة: إذا جاوز الصبي عشر سنين من عمره فوصيته صحيحة. ومن كان عمره ما بين السبع والعشر سنين، فعلى روايتين في مذهبهم (١٣٥٣٤).

ب- وتصح وصية المحجور عليه لسفه، ونقل في صحة وصيته ابن عبد البر الإجماع بين الفقهاء (١٣٥٣٥).

(١٣٥٣١) «البدائع» ج٧، ص٣٣٢.

(١٣٥٣٢) «البدائع» ج٧، ص٣٣٤.

(١٣٥٣٣) «مغني المحتاج» ج٣، ص٩.

(١٣٥٣٤) «المغني» ج٦، ص١٠٠-١٠١.

(١٣٥٣٥) «المغني» ج٦، ص١٠٢، «مغني المحتاج» ج٣، ص٩، «الشرح الصغير» للدردير، ج٢، ص٤٦٥.

ج- ويشترط في الموصي الرضا والاختيار، فلا تصح وصية المكره ولا الهازل ولا المخطىء ولا السكران(١٣٥٣٦).

د- ولا يشترط لصحة الوصية كون الموصي مسلماً، فتصح وصية الذمي للمسلم وللذمي؛ لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك(١٣٥٣٧).

١١٢١٢- شروط الموصى له:

يشترط في الموصى له أن يكون معلوماً وموجوداً وقت إنشاء الوصية، وأن لا يقتل الموصي، وأن لا يكون جهة معصية، ولكن لا يشترط أن يكون مسلماً.

١١٢١٣- الشرط الأول: أن يكون معلوماً(١٣٥٣٨):

يشترط في الموصى له أن يكون معلوماً علماً يرفع الجهالة؛ لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت، فلا بد من معرفة الموصى له حتى يمكن للموصي تملكه الموصى به. ويتحقق العلم به بتعيين الموصى له بالاسم مثلاً كأن يقول: «أوصيت بداري هذه لفلان بن فلان».

١١٢١٤- الشرط الثاني: أن يكون موجوداً:

ويشترط في الموصى له أن يكون موجوداً وقت إنشاء الوصية ولو تقديراً كما في الوصية للحمل بشروط معينة سنذكرها بعد قليل.

١١٢١٥- الشرط الثالث: أن لا يقتل الموصى له الموصي(١٣٥٣٩):

اختلف الفقهاء في صحة الوصية لقاتل الموصي، فقد جاء في «المغني» أن في المذهب - مذهب الحنابلة - ثلاثة أقوال:

القول الأول: تجوز الوصية له، وهذا اختيار ابن حامد من فقهاء الحنابلة. وهو قول الإمام مالك، وأبي ثور، وابن المنذر، وأظهر قولي الشافعي. والحجة لهذا القول أن الهبة له تصح، فتصح الوصية له.

القول الثاني: لا تصح الوصية له، وهذا اختيار أبي بكر من فقهاء الحنابلة، وهو قول

(١٣٥٣٦) «الوصايا في الفقه الإسلامي» لأستاذنا محمد سلام مذکور، ص ٣٢١-٣٢٢.

(١٣٥٣٧) «المغني» ج ٦، ص ١٠٣، «البدائع» ج ٧، ص ٣٣٥، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٩.

(١٣٥٣٨) «الوصايا في الفقه الإسلامي» لأستاذنا محمد سلام مذکور، ص ٢٣٠.

(١٣٥٣٩) «المغني» ج ٦، ص ١١١-١١٢، «البدائع» ج ٧، ص ٣٣٩.

الشوري، والحنفية. والحجة لهذا القول أن القتل يمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية، فالوصية أولى؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنع الميراث.

القول الثالث: إن وصى الموصي له بعد أن جرحه - أي بعد أن اعتدى الموصى له على الموصي فجرحه - صحت الوصية وإن مات الموصي بهذا الجرح. وإن وصى له قبل الجرح ثم جرحه فمات بسبب جرحه بطلت الوصية، وهذا اختيار أبي الخطاب من فقهاء الحنابلة، وهذا قول الحسن بن صالح.

وقال ابن قدامة الحنبلي عن هذا القول: إنه قول حسن؛ لأن القتل إنما منع الميراث لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه بالجرح فعورض بنقيض قصده، وهو منع الميراث دفعاً لمفسدة قتل المورثين استعجالاً للإرث، وهذا المعنى متحقق في القتل الطارئ على الوصية فإنه ربما استعجلها بقتله.

١١٢١٦ - الشرط الرابع: أن لا يكون الموصى له جهة معصية:

يشترط لصحة الوصية أن لا تكون الجهة الموصى لها جهة معصية؛ لأن الأصل في مشروعية الوصية أن تكون قرابة أو صلة للعباد. وعلى ذلك إذا كانت الوصية بمعصية فإنها تبطل كالوصية لدور الفسق والفجور والمنكرات وجمعيات الإلحاد ونحو ذلك.

وكذلك إذا كانت الجهة معصية في الإسلام وإن كانت قرابة في غير دين الإسلام، فلا تصح الوصية كالوصية للكناثس أو بناتها أو تميمها. وهذا إذا كان الموصي مسلماً (١٣٥٤٠).

١١٢١٧ - أما إذا كان الموصي غير مسلم، فالشرط لصحة وصيته أن تكون الجهة الموصى لها قرابة أيضاً في الشريعة الإسلامية، فإن كانت معصية في الشريعة الإسلامية، فالوصية لا تصح، وهذا مذهب الحنابلة والشافعية، فقد جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «ولا تصح الوصية بمعصية أو فعل محرّم مسلماً كان الموصي أو ذمياً - كافراً - فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار أو عمارتهما أو الإنفاق عليهما، كان باطلاً - أي كانت وصيته باطلة - وبهذا قال الشافعي وأبو ثور» (١٣٥٤١).

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «إذا أوصى لجهة عامة، فالشرط في الصحة أن لا تكون الجهة معصية كعمارة كنيسة للتعبد فيها ولو ترميماً، وسواء أوصى بذلك مسلم أم كافر» (١٣٥٤٢).

(١٣٥٤٠) «المغني» ج ٦، ص ١٠٥، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٤٠.

(١٣٥٤١) «المغني» ج ٦، ص ١٠٥. (١٣٥٤٢) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٤٠.

١١٢١٨ - وعند الحنفية في حكم الوصية، إذا كان الموصى له جهة معينة أي ليست لشخص معين تفصيل نوجزه فيما يلي (١٣٥٤٣):

أ- إن كانت الجهة الموصى لها قرابة في الشريعة الإسلامية، وقرابة في دين الموصى غير المسلم صحت الوصية كما لو أوصى غير المسلم بثلث ماله للتصدق به على فقراء المسلمين أو على فقراء أهل الذمة؛ لأن هذا مما يتقرب به المسلمون وأهل الذمة.

ب- إن كانت الجهة الموصى لها قرابة في الشريعة الإسلامية، أو كان الموصى به فعلاً هو قرابة في الشريعة الإسلامية، وليس قرابة في ديانة غير المسلم الموصى كما لو أوصى ببناء مسجد للمسلمين أو أوصى بالحج عن فلان المسلم أو غير المسلم، لم تصح الوصية؛ لأن ما أوصى له ليس بقرابة في ديانته.

ج- إن كانت الجهة التي أوصى لها هي قرابة في ديانة الموصي غير المسلم لبناء كنيسة أو لعمارتها وليست بقرابة في الشريعة الإسلامية، فعند أبي حنيفة تصح الوصية، وعند صاحبيه: أبي يوسف ومحمد: لا تصح الوصية.

(وجه) قولهما: أن الوصية بهذه الأشياء هي وصية بما هو معصية أو لجهة هي معصية، والوصية بالمعاصي وللمعاصي لا تصح.

(وجه) قول أبي حنيفة: أن المعتبر في وصية غير المسلم هو ما يعتبر قرابة في ديانته لا ما هو قرابة حقيقية أي ما هو قرابة في الشريعة الإسلامية؛ لأنهم ليسوا من أهل القرابة الحقيقية؛ ولهذا لو أوصى بما هو قرابة في الشريعة الإسلامية وليس بقرابة في ديانته لم تصح الوصية كما لو أوصى ببناء مسجد للمسلمين فدلّ هذا أن المعتبر هو ما هو قرابة في ديانة غير المسلم الموصى.

١١٢١٩ - الكافر إذا أوصى ببناء مسجد للمسلمين:

قلنا: إن الشرط لصحة الوصية أن تكون الجهة غير معصية في الشريعة الإسلامية سواء كان الموصى مسلماً أو كافراً، وهذا مذهب الحنابلة والشافعية، ومعنى ذلك صحة الوصية إذا كانت الجهة قرابة في الإسلام وإن لم تكن قرابة في ديانة غير المسلم الموصى، كما لو أوصى الكافر ببناء مسجد أو على ترميمه، وبهذا صرح الشافعية، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وتصح الوصية من كل مسلم أو كافر لعماراة أو مصالح مسجد إن شاء أو ترميماً؛ لأنه قرابة أي في الإسلام...» (١٣٥٤٤).

(١٣٥٤٤) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٤٢.

(١٣٥٤٣) «البدائع» ج ٧، ص ٣٤١.

وعند الحنفية: لا تجوز الوصية لما هو قرينة في الإسلام وليس بقرينة في دين الموصي غير المسلم كما ذكرنا، ولهذا لو أوصى ببناء مسجد للمسلمين لم تصح وصيته (١٣٥٤٥).

١١٢٢٠ - لا يشترط في الموصى له أن يكون مسلماً:

تجوز الوصية لغير المسلم ولا خلاف في ذلك، جاء في «المحلى» لابن حزم: «فالوصية للذمي جائزة ولا نعلم في هذا خلافاً، وقد قال النبي ﷺ: «في كل ذي كبدٍ رطبةٍ أجر» (١٣٥٤٦).

وفي «البدائع» للكاساني: «وأما كون الموصى له مسلماً، فليس بشرط حتى لو كان ذمياً فأوصى له مسلم، أو ذمي جاز، وكذا لو أوصى ذمي لذمي من أهل ملته أو من غير أهل ملته» (١٣٥٤٧).

١١٢٢١ - الوصية للحمل:

قلنا: من شروط الموصى له أن يكون موجوداً حقيقة أو تقديراً بالنسبة للحمل بشروط معينة. والواقع أن الوصية للحمل صحيحة لا خلاف في ذلك؛ لأن الوصية جرت مجرى الميراث من حيث كونها انتقال مال الإنسان (الموصي) بعد موته إلى الموصى له بغير عوض كانتقال مال الإنسان بعد موته إلى وارثه.

ولشبه الوصية بالإرث فإنها تبطل إذا انفصل الحمل ميتاً كما يبطل إرثه إذا انفصل ميتاً. وإذا انفصل حياً صحت الوصية واستحق الموصى به كما يستحق الميراث من مورثه. وهذا إذا انفصل حياً لسته أشهر فأقل من وقت إنشاء الوصية؛ لأنه إذا انفصل حياً خلال هذه المدة حكمنا بوجوده حين الوصية، وإن انفصل الحمل عن أمه حياً لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية، لم تصح الوصية لاحتمال حدوث الحمل بعد إنشاء الوصية فلا يكون موجوداً وقت إنشائها، فلا يتحقق شرط وجود الموصى له وقت الوصية، فلا تصح.

فإن كانت المرأة بائناً بطلاق أو بوفاة زوجها وولدت - أي انفصل حملها عنها حياً لأكثر من أقصى مدة الحمل من حين الفرقة - ولأكثر من ستة أشهر من حين الوصية لم تصح الوصية له. وإن أتت به - أي بانفصال الحمل عنها - لأقل من ذلك صحت الوصية له. وما قلناه هو مذهب الحنابلة والشافعية (١٣٥٤٨).

(١٣٥٤٥) «البدائع» ج٧، ص٣٤١.

(١٣٥٤٦) «المحلى» ج٧، ص٣٤١.

(١٣٥٤٧) «المحلى» ج٩، ص٣٢٢.

(١٣٥٤٨) «المغني» ج٦، ص٥٦-٥٧، «مغني المحتاج» ج٣، ص٤٠-٤١.

١١٢٢٢ - وعند الحنفية: تصح الوصية للحمل كما لو قال: أوصيت بثلاث مالي لما في بطن فلانة، فإن ولدت لما يعلم أنه كان موجوداً في البطن صحت الوصية وإلا فلا، وإنما يعلم ذلك إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية في مذهب الحنفية، ومن وقت وجود الوصية عند الإمام الطحاوي.

(وجه قول الطحاوي): أن سبب الاستحقاق هو الوصية، فيعتبر وجوده وقت وجود الوصية. (وجه ظاهر الرواية): أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم هو وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك الوقت.

وعلى هذا، إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الموت أو من وقت الوصية على اختلاف الروايتين تيقنا أنه كان موجوداً إذ المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر، وإذا جاءت به لستة أشهر فصاعداً لا يعلم وجوده في البطن، لاحتمال أنها علقته بعده، فلا يعلم وجوده بالشك (١٣٥٤٩).

١١٢٢٣ - وإن كانت المرأة الموصى لحملها معتدة من زوجها من طلاق أو وفاة فولدت إلى ستين منذ طلقها أو مات عنها زوجها، فإن هذا المولود يستحق الوصية إذا ولدته حياً في أثناء هذه المدة، لأن نسب الولد يثبت من زوجها إذا ولدته خلال ستين من طلاقها أو وفاته، ومن ضرورة ثبوت النسب الحكم بوجوده في بطن أمه وقت موت الموصي (١٣٥٥٠).

وفي جميع الأحوال: يشترط أن ينفصل الحمل عن أمه حياً فإن ولدته ميتاً فلا يستحق الوصية؛ لأن الميت ليس من أهل استحقاق الوصية كما أنه ليس من استحقاق الميراث، والوصية أخت الميراث فتجري مجراه، ولهذا لو أوصى لحمل فلانة فولدت ولدين أحدهما حي والآخر ميت فالوصية كلها للحي (١٣٥٥١).

١١٢٢٤ - الوصية لما تحمل المرأة:

وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية عند الحنابلة.

وقال بعض أصحاب الشافعي: تصح الوصية كما تصح الوصية بما تحمل هذه الناقه.

وقد رد ابن قدامة الحنبلي على قول المجيزين بأن الوصية تملك، فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به فإنه يملك فلم يعتبر وجوده؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، ولو مات

(١٣٥٤٩) «البدائع» ج ٧، ص ٣٣٦.

(١٣٥٥١) «البدائع» ج ٧، ص ٣٣٧.

(١٣٥٥٠) «البدائع» ج ٧، ص ٣٣٦.

إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجوداً كذلك الحال في الوصية (١٣٥٢).

١١٢٢٥ - ضوابط لمعرفة الموصى لهم (١٣٥٣):

أولاً: لفظ الولد يشمل الذكر والأنثى:

فإذا قال: أوصيت لولد فلان كذا، فالوصية للذكر والأنثى والخشى لا خلاف في ذلك؛ لأن اسم (الولد) يشمل الجميع، قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى﴾.

ثانياً: لفظ البنين يختص بالذكور فقط:

وعلى هذا، إذا قال: أوصيت لبني فلان كذا فالوصية للذكور دون الإناث والخنثى، وهذا قول الجمهور ومنهم الحنابلة والشافعية والحنفية.

وقال الحسن وإسحاق وأبو ثور: الوصية تكون للذكور والإناث جميعاً.

وقال الثوري: إن كانوا ذكوراً وإناثاً فهو لهم جميعاً، وإن كنَّ إناثاً لا ذكر معهن فلا شيء لهن؛ لأنه متى اجتمع الذكور والإناث غلبَ لفظ الذكور ودخل فيه الإناث كلفظ المسلمين.

واحتج ابن قدامة لمذهبه وهو مذهب الجمهور بأن لفظ البنين يختص بالذكور فقط بقوله تعالى: ﴿أَصْطَفَى الْبَنَاتِ عَلَى الْبَنِينَ؟﴾، ويقوله تعالى: ﴿رُزِّقَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾.

ثالثاً: لفظ البنات يختص بالإناث فقط:

فإذا أوصى لبنات فلان دخل في وصيته الإناث دون غيرهن، ولا خلاف فيه.

رابعاً: لفظ الأخوات ولفظ الإخوة:

لفظ الأخوات يختص بالإناث، ولفظ الإخوة يشمل الذكور والإناث جميعاً لقوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً﴾، ولقوله تعالى: ﴿فإن كان له إخوة فلأمه السُّدُسُ﴾.

خامساً: الأراامل والأيامى والعزّاب:

(١٣٥٢) «المغني» ج ٦، ص ٥٨.

(١٣٥٣) «المغني» ج ٦، ص ٥١-٥٥.

وإن أوصى (للأرامل) فهو للنساء اللاتي فارقهن أزواجهن بموت وغيره. وأما (الأيامى) فهو لفظ لكل امرأة لا زوج لها لقوله تعالى: ﴿وَأَنْكَحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ﴾. (والعزاب) هم الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء، يقال: رجل عزب، وامرأة عزبة. ويحتمل أن يختص العزب بالرجل؛ لأنه في العرف كذلك.

سادساً: الثيب والبكر والعانس:

الثيب والبكر: يشترك في هذين اللفظين الرجل والمرأة لقوله ﷺ: «البكرُ بالبكرِ جلدُ مائةٍ ونفسي سنةٍ، والثيبُ بالثيبِ الجلدُ والرجمُ». والعانس من الرجال والنساء: هو الذي كبر ولم يتزوج.

١١٢٢٦ - الوصية لوارث الموصي:

اختلف العلماء في الوصية لوارث الموصي، فذهب بعضهم إلى أنها باطلة وذهب الجمهور إلى أنها صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة.

ونذكر فيما يأتي هذين القولين، وأدلة كل قول ومن قال به:

١١٢٢٧ - القول الأول: الوصية للوارث باطلة:

أ- قال الفقيه ابن حزم الظاهري: «لا تحلّ الوصية لوارث أصلاً، فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الموصي بطلت الوصية له. فإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز الوصية؛ لأنها إذا عقدها كانت باطلة، وسواء جوزّ الورثة ذلك أو لم يجيزوا؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «لا وصية لوارث». فإذا قد منع الله تعالى من ذلك، فليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله تعالى على لسان رسوله ﷺ إلا أن يبتدئوا هبة لذلك من عند أنفسهم فهو مالهم» (١٣٥٥٤).

ب- وقال ابن قدامة الحنبلي: «وقال بعض أصحابنا: الوصية للوارث باطلة وإن أجازها الورثة إلا أن يعطوه عطية مبتدأة، وهذا قول المزني وأهل الظاهر، وهو قول للشافعي، واحتجوا بظاهر قول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث» (١٣٥٥٥).

١١٢٢٨ - القول الثاني: الوصية للوارث موقوفة:

جاء في الحديث الشريف الذي أخرجه أبو داود وغيره أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله قد

(١٣٥٥٤) «المحلى» لابن حزم، ج ٩، ص ٣١٦.

(١٣٥٥٥) «المغني»، ج ٦، ص ٦.

أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» (١٣٥٥٦).

وجاء في شرحه: وإنما تبطل الوصية للوارث في قول أكثر أهل العلم من أجل حقوق سائر الورثة، فإذا أجازوها جازت كما إذا أجازوا الزيادة على الثلث للأجنبي جاز (١٣٥٥٧).

ويؤيد كون الوصية موقوفة على إجازة الورثة ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «لا وصية لوارثٍ إلا أن يجيزَ الورثة» (١٣٥٥٨).

وقال ابن قدامة في هذه الرواية: «والاستثناء من النفي إثبات، فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة، ولو خلا الحديث من الاستثناء كان معناه لا وصية نافذة أو لازمة أو ما أشبه هذا، أو يقدر فيه لا وصية لوارث عند عدم الإجازة من غيره من الورثة» (١٣٥٥٩).

١١٢٢٩ - وبناء على ما تقدم، فإن كون الموصى له غير وارث للموصي هو شرط لنفاذ الوصية، وليس شرطاً لصحتها، فالوصية للوارث صحيحة ولكنها موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن لم يجيزوها بطلت، وهذا قول الجمهور.

قال الإمام الخراقي الحنبلي: «ولا وصية لوارثٍ إلا أن يجيزَ الورثة»، قال ابن قدامة تعليقاً على قول الخراقي: «وإن أجازها - أي أجاز الورثة الوصية لوارث - جازت في قول الجمهور من العلماء. ثم قال: وظاهر مذهب أحمد والشافعي أن الوصية صحيحة في نفسها وهو قول جمهور العلماء؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محلّه فصح كما لو وصى لأجنبي» (١٣٥٦٠).

وفي «البدائع» للكاساني: «لأن الوصية للوارث صحيحة بدليل أنها تقف على إجازة بقية الورثة، والباطل لا يحتمل التوقف، فإن أجازت بقية الورثة الوصية لهذا الوارث نفذت وإن ردّوا بطلت» (١٣٥٦١).

١١٢٣٠ - متى يعتبر الموصى له وارثاً؟

يعتبر الموصى له وارثاً أو غير وارث وقت موت الموصي، قال ابن قدامة الحنبلي: «لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن اعتبار الوصية بالموت» (١٣٥٦٢). قال ابن قدامة هذا القول تعليقاً على

(١٣٥٥٦) «سنن أبي داود» ج ٨، ص ٧٢.

(١٣٥٥٧) «عون المعبود شرح سنن أبي داود» ج ٨، ص ٧٢.

(١٣٥٥٨) «نيل الأوطار» ج ٦، ص ٤٠.

(١٣٥٥٩) «المغني» ج ٦، ص ٦.

(١٣٥٦١) «البدائع» ج ٧، ص ٣٨٠.

(١٣٥٦٠) «المغني» ج ٦، ص ٦.

(١٣٥٦٢) «المغني» ج ٦، ص ١٥.

قول الإمام الخرفي الحنبلي: «ومن أوصي له وهو في الظاهر وارث فلم يمت الموصي حتى صار الموصى له غير وارث فالوصية له ثابتة لأن اعتبار الوصية بالموت» (١٣٥٦٣).

١١٢٣١ - وعند الظاهرية كما قال ابن حزم الظاهري: «فإن أوصى لغير وارث فصار وارثاً عند موت الوصي بطلت الوصية له، فإن أوصى لوارث ثم صار غير وارث لم تجز الوصية لأنها إذ عقدها كانت باطلة» (١٣٥٦٤). ومعنى هذا أن اعتبار الموصى له وارثاً يكون إذا كان وارثاً وقت الوصية أو وقت موت الموصي.

وقت إجازة أو ردّ الوصية لوارث:

أما وقت اعتبار إجازة، أو ردّ الوصية لوارث، فأقول للفقهاء نوجزها في الآتي:

١١٢٣٢ - القول الأول:

لا تعتبر الإجازة ولا الرد إلا بعد موت الموصي، فإن أجاز الورثة أو ردوا الوصية قبل وفاته فلا قيمة لردّهم ولا إجازتهم، وإنما الاعتبار لما يصدر عنهم بعد وفاة الموصي من إجازة أو ردّ. نصّ على ذلك الإمام أحمد، وروي ذلك عن ابن مسعود، وهو قول شريح، وطاووس، والحكم، والثوري، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي حنيفة وأصحابه (١٣٤٦٥).

١١٢٣٣ - القول الثاني:

تصح الإجازة والردّ قبل موت الموصي، وهذا قول الحسن، وعطاء، وحماد بن أبي سليمان، والزهري، وربيعه، والأوزاعي، وابن أبي ليلى وغيرهم. وحجتهم أن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه سقط حقّهم كما لو رضي المشتري بالعيب في المبيع (١٣٥٦٦).

١١٢٣٤ - القول الثالث:

إن أذن الورثة للموصي في صحته بالوصية للوارث، فلهم أن يرجعوا عن إذنهم ويردوا الوصية. وإن كان إذنهم له في مرضه مرض الموت فإذنهم معتبر والوصية صحيحة، وهذا قول مالك (١٣٥٦٧).

(١٣٥٦٣) «المغني» ج ٦، ص ١٥.

(١٣٥٦٤) «المحلى» ج ٩، ص ٣١٦.

(١٣٥٦٦) «المغني» ج ٦، ص ١٤.

١١٢٣٥ - القول الراجح :

والراجح هو القول الأول، فإن الإجازة أو الردّ يعتبران حين يملك الشخص أن يجيز أو يردّ، والورثة لا يملكون ذلك قبل موت الموصي، فلا يلزمهم ما يصدر عنهم قبل موته من قبول أو ردّ كالمراة إذا أسقطت مهرها قبل النكاح لم يلزمها هذا الإسقاط؛ لأنها لم تملك المهر قبل النكاح حتى تملك إسقاطها، وكالشفيع إذا أسقط حقه من الشفعة قبل البيع لم يلزمه هذا الإسقاط وله أن يطلب المبيع بالشفعة إذا بيع (١٣٥٦٨).

١١٢٣٦ - شروط الموصى به :

يشترط في الموصى به أن يكون مالا أو متعلقا بالمال، فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد لأحد؛ لأنهما ليسا بمال في حق أحد من الناس. ويشترط في المال أن يكون متقوماً، فلا تجوز الوصية بالخمير والخنزير من المسلم أو للمسلم لأنهما غير متقومين في حق المسلم، ولكن يجوز ذلك من الذمي للذمي عند الحنفية.

وكما تجوز الوصية بالمال المتقوم ما دام يصدق عليه وصف المالية، تجوز الوصية بالمنافع أيضاً عند عامة العلماء (١٣٥٦٩).

١١٢٣٧ - الوصية بحمل الحيوان :

تجوز الوصية بحمل الحيوان المملوك للموصي؛ لأن الغرر وعدم التيقن من وجود الموصى به لا يمنع صحة الوصية، فإن انفصل ميتاً بطلت الوصية، وإن انفصل حياً صحت الوصية. ولو أوصى بما تحمل ناقته هذه جاز لما ذكرنا من صحة الوصية مع الغرر (١٣٥٧٠).

١١٢٣٨ - الوصية بما يحمله الشجر من ثمر :

قال ابن قدامة الحنبلي: «ولو قال: أوصيت لك بما تحمل ناقتي هذه أو نخلتي هذه جاز لما ذكرنا من صحتها - أي صحة الوصية مع الغرر -» (١٣٥٧١).

وعلى قياس ما ذكره ابن قدامة تصح الوصية بما تحمله أشجار بستان الموصي من ثمر لهذه السنة مثلاً؛ لأن الوصية تصح مع الغرر فإن حملت الأشجار، ملك الموصى له الثمر وإن لم تحمل شيئاً بطلت الوصية.

١٣٥٦٩) «البدائع» ج٧، ص ٣٥٢.

١٣٥٦٨) «المغني» ج٦، ص ١٤.

١٣٥٧١) «المغني» ج٦، ص ٥٦.

١٣٥٧٠) «المغني» ج٦، ص ٥٦.

يشترط في الموصى به حتى تنفذ الوصية أن لا يزيد على ثلث التركة لحديث رسول الله ﷺ الذي أخرجه الإمام البخاري عن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قال: «جاء النبي ﷺ يعودني وأنا بمكة، قلت: يا رسول الله: أوصي بمالي كله؟ قال: لا. قلت: فالشطر؟ قال: لا. قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم» (١٣٥٧٢).

١١٢٤٠ - وقد روى حديث سعد بن أبي وقاص أيضاً الإمام مسلم في «صحيحه»، وروي أيضاً عن ابن عباس أنه قال: «لو أن الناس غضوا - أي نقضوا - من الثلث إلى الربع في وصاياهم؛ لأن رسول الله ﷺ قال: الثلث، والثلث كثير».

قال الإمام النووي في تعليقه على قول ابن عباس: وفيه استحباب النقص عن الثلث، وبه قال جمهور العلماء مطلقاً. ومذهبنا - أي الشافعية - أنه إن كان ورثته أغنياء استحباب الإيصال بالثلث، وإلا فيستحب النقص عنه» (١٣٥٧٣).

١١٢٤١ - الاشتراك في الموصى به :

إذا أوصى لشخص بمعين من مال، ثم أوصى به لآخر أو أوصى له بجميع ماله، ثم أوصى به لآخر، فالموصى به بينهما بالسوية ولا يكون ذلك رجوعاً عن الوصية الأولى، وهذا مذهب الحنابلة، وبه قال ربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحاب الرأي.

وقال جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاووس، وداود: وصيته للآخر منهما فقط؛ لأن وصيته للثاني تعتبر رجوعاً عن وصيته للأول. وقد رد ابن قدامة على هذا القول بأنه وصى لهما بماله فاستويا فيه كما لو قال: أوصيت لكما بكذا (١٣٥٧٤).

١١٢٤٢ - وقت احتساب الثلث :

وإذا أوصى بثلث ماله، فالمقصود بالثلث الذي تنفذ فيه الوصية هو ثلث المال الذي يتركه الوصي عند موته، وليس ثلث المال الذي كان عنده وقت إيجابه الوصية؛ لأن وقت الوفاة هو وقت

(١٣٥٧٢) «صحيح البخاري بشرح العسقلاني» ج ٥، ص ٣٦٣.

(١٣٥٧٣) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١١، ص ٧٦-٨٣.

(١٣٥٧٤) «المغني» ج ٦، ص ٦٤-٦٥.

لزوم الوصية، فيعتبر ما يملكه في هذا الوقت فيخرج منه مقدار الموصى به، وأيضاً فإن هذا الوقت هو وقت تملك الموصى له للموصى به إذا قبل الوصية^(١٣٥٧٥).

١١٢٤٣ - الموصى به أكثر من الثلث:

الوصية لغير الوارث تلزم في الثلث، أي: في ثلث مال الموصي بعد إخراج نفقات دفنه وإيفاء ديونه دون حاجة إلى إجازة الورثة، وما زاد على الثلث تقف الوصية به على إجازة الورثة، فإن أجازوه جاز، وإن ردّوه بطل.

قال ابن قدامة: في قول جميع العلماء^(١٣٥٧٦). والأصل في ذلك حديث سعد بن أبي وقاص حيث جاء فيه قول النبي ﷺ: «الثلث والثلث كثير»، وقوله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند مماتكم» يدل على أنه لا شيء له في الزائد على الثلث. وهذا المنع من الوصية بأكثر من الثلث هو لحق الورثة، ولهذا أجازوا الزائد على الثلث جازت الوصية به؛ لأن الحق لهم^(١٣٥٧٧).

١١٢٤٤ - ومنع الظاهرية الوصية بأكثر من الثلث، وأبطلوا الوصية كلها وليس ما زاد على الثلث فقط، فقد قال ابن حزم الظاهري - رحمه الله تعالى -: «ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث سواء كان له وارث أو لم يكن له وارث، أجاز الورثة أو لم يجيزوا لقول رسول الله ﷺ في حديث سعد بن أبي وقاص: قلت: فالثلث؟ قال: نعم. والثلث كثير»^(١٣٥٧٨).

١١٢٤٥ - وعلى رأي الجمهور: لا تصح إجازة الوصية بما زاد على الثلث إلا من جائز التصرف، فأما الصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه فلا تصح الإجازة منهم؛ لأنها تبرع بالمال فلم يصح منهم كالهبة^(١٣٥٧٩).

١١٢٤٦ - الوصية بكل المال إذا لم يوجد وارث:

ولو أوصى بكل ماله ولا وارث له فالوصية جائزة، وهذا على إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وقد ثبت هذا عن ابن مسعود، وبه قال مسروق، وإسحاق، والأحناف وغيرهم.

(١٣٥٧٥) «الوصايا في الفقه الإسلامي» لأستاذنا محمد سلام مذكور، ص ٧٥-٧٦.

(١٣٥٧٦) «المغني» ج ٦، ص ١٣، وقول ابن قدامة: (في قول جميع العلماء) غير دقيق فإن الظاهرية يخالفون في ذلك ويطلقون الوصية لأكثر من الثلث.

(١٣٥٧٧) «المغني» ج ٦، ص ١٣.

(١٣٥٧٩) «المغني» ج ٦، ص ١٥.

(١٣٥٧٨) «المحلى» ج ٩، ص ١٣.

والرواية الثانية عن الإمام أحمد: لا تجوز الوصية إلا بالثلث، والحجة لهذه الرواية أن الزيادة على الثلث في هذه الحالة يتعلق بها حق بيت مال المسلمين باعتباره وارثاً لمن لا وارث له، وما دام هو الوارث فالثلثان من التركة يتعلق بهما حق الكافة - أي كافة المسلمين - ولا يمكن أن يتوقف نفاذ الوصية بهما على إجازة أحد حيث لا مجبر هنا إذ لا يملك ممثل بيت المال الإجازة؛ لأن بها إلحاق الضرر ببيت المال وبالتالي بعموم المسلمين الذين يتعلق حقهم به. وبهذه الرواية الثانية عن أحمد قال مالك، والأوزاعي، وابن شبرمة.

١١٢٤٧ - ورجح ابن قدامة الرواية الأولى عن أحمد وهي: جواز الوصية بكل المال إذا لم يكن وارث للموصي، محتجاً بأن المنع من الوصية بأكثر من الثلث لحق الورثة بدليل قول النبي ﷺ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تدعهم عالةً يتكفون الناس». وهاهنا لا وارث له يتعلق حقه بماله فأشبهه حال الصحة (١٣٥٨٠).

الفرع الثاني

الإيصاء

١١٢٤٨ - معنى الإيصاء في اللغة وفي الشرع:

جاء في «المعجم الوسيط»: أوصى فلاناً وأوصى إليه: جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته (١٣٥٨١). وهذا الفعل من الموصي هو الإيصاء.

وذكر بعض الفقهاء أن الإيصاء كلمة موضوعة في الشرع لطلب شخص من غيره ليفعل شيئاً بعد مماته فقط (١٣٥٨٢). وهذا الغير المطلوب منه فعل هذا الشيء هو الموصى إليه ويسمى أيضاً «الوصي»، فقد جاء في «الدر المختار» في فقه الحنفية: يقال: أوصى إلى فلان، أي: جعله وصياً (١٣٥٨٣). والمُوصَى إليه هو الوصي (١٣٥٨٤).

وعلى هذا يمكن تعريف الإيصاء وبيان معناه في الشرع بأنه جعل الشخص غيره وصياً بعد موته ليقوم بما يعهده إليه من أمر النظر في شؤون أولاده أو أمواله أو تنفيذ وصاياه أو غير ذلك.

(١٣٥٨٠) «المغني» ج٦، ص ١٠٧، «الوصايا في الفقه الإسلامي» لأستاذنا محمد سلام مذكور، ص ٣٣٧.

(١٣٥٨١) «المعجم الوسيط» ج٢، ص ١٠٥.

(١٣٥٨٢) نقل هذا التعريف عن مبسوط شيخ الإسلام خواهر زادة: «تكملة فتح القدير» ج٨، ص ٤١٦.

(١٣٥٨٣) «الدر المختار» ج٦، ص ٦٤٧. (١٣٥٨٤) «الدر المختار» ج٦، ص ٦٩٩.

١١٢٤٩ - مشروعية الإيضاء:

الإيضاء بالمعنى الذي ذكرناه جائز شرعاً، قال صاحب «المهذب» الإمام الشيرازي الشافعي: «ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده، جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله لما روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي ﷺ منهم: عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود - رضي الله عنهم -، فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله» (١٣٥٨٥).

وقال أيضاً: «ومن عليه حق يدخله النيابة في دين آدمي أو حج أو زكاة أو ردّ وديعة، جاز أن يوصي إلى من يؤدي عنه» (١٣٥٨٦).

١١٢٥٠ - استحباب الإيضاء ووجوبه:

والإيضاء لا يقف عند حدّ جوازه على وجه الإباحة، وإنما قد يكون مستحباً، بل وقد يصير واجباً، قال الإمام النووي في «المنهاج»: «ويُسَنُّ الإيضاء بقضاء الدين وتنفيذ الوصايا والنظر في أمر الأطفال» (١٣٥٨٧).

وتعليقاً على هذا القول، قال الفقيه الشربيني: «وهذا بالإجماع واتباعاً للسلف.. بل قال الأذرعى: يظهر أنه يجب على الآباء الوصية - أي الإيضاء - في أمر الأطفال، إذا لم يكن لهم جدّ أهل للولاية، إلى ثقة إذا وجدته وغلب على ظنه أنه إن ترك الوصية - أي الإيضاء - استولى على ماله خائن من قاض أو غيره من الظلمة، إذ قد يجب عليه حفظ مال ولده من الضياع» (١٣٥٨٨).

وكما يجب الإيضاء في الحالة التي ذكرها الأذرعى يجب أيضاً في حالات أخرى، جاء في «مغني المحتاج»: «ويجب الإيضاء في ردّ مظالم وقضاء حقوق عجز عنها في الحال ولم يكن بها شهود، فإن لم يوص أحدًا بها فأمرها إلى القاضي يُنصَّب من يقوم بها...» (١٣٥٨٩).

١١٢٥١ - حكم الإيضاء بالنسبة للموصى إليه:

(١٣٥٨٥) «المهذب» للشيرازي، ج ١٥، ص ٣٣.

(١٣٥٨٦) «المهذب» للشيرازي، ج ١٥، ص ٣٣.

(١٣٥٨٧) «متن المنهاج» للنووي، وشرحه «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٣.

(١٣٥٨٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤-٧٣.

(١٣٥٨٩) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

وإذا كان حكم الإيضاء بالنسبة للموصي هو جوازه واستحبابه وقد يصير واجباً على النحو الذي بيناه، فما حكم الإيضاء للموصى إليه؟ فهل يستحب له أو يجب عليه القبول؟ أو هو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء رفض؟

والجواب يظهر من أقوال الفقهاء، فمنها ما يلي:

أولاً: جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويُسَنُّ لمن علم من نفسه الأمانة القبول - أي قبول الإيضاء -، فإن لم يعلم من نفسه ذلك فالأولى له أن لا يقبل. فإن علم من نفسه الضعف فالظاهر أنه يحرم عليه القبول لما روى مسلم عن أبي ذر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال له: «إني أراك ضعيفاً، وإني أحبُّ إليك ما أحبُّ لنفسِي، لا تتأمرنَّ على اثنين ولا تليّن مال يتيمٍ» (١٣٥٩٠).

ثانياً: جاء في «كشاف القناع»: «الدخول في الوصية - أي قبول الإيضاء - لقوي عليها قرينة مندوبة لفعل الصحابة - رضي الله عنهم -؛ ولأنه معونة للمسلم فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ﴾، وقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾. وقوله عليه الصلاة والسلام: «أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين» (١٣٥٩١).

ويفهم من قول صاحب «كشاف القناع» أن الذي لا يقدر على القيام بمقتضيات الوصاية عليه أن لا يقبل الإيضاء، وكلما كان عجزه عنها شديداً كان المستحب له عدم القبول، والقبول مكروه في حقه، حتى يصل الأمر إلى تحريم القبول إذا ترجح عنده أو غلب على ظنه تضييعه حقوق الموصى عليه نظراً لضعفه أو عجزه أو عدم أمانته.

١١٢٥٢ - أركان الإيضاء:

عند الشافعية: أركان الإيضاء أربعة: وصي، وموصي، وموصى فيه، وصيغة (١٣٥٩٢).

ونتكلم فيما يلي عن هذه الأركان بإيجاز مع بيان ما يشترط فيها:

١١٢٥٣ - أولاً: الوصي، وشروطه:

الوصي هو الموصى إليه، ويصح أن يكون وصياً الرجل العاقل المسلم الحرّ إجماعاً، ولا يصح الإيضاء إلى مجنون ولا طفل ولا إيضاء مسلم إلى كافر بغير خلاف بين الفقهاء كما يقول

(١٣٥٩٠) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٧.

(١٣٥٩١) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٣.

(١٣٥٩٢) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

ابن قدامة معللاً ذلك بأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما، وأن الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم (١٣٥٩٣).

١١٢٥٤ - الإيضاء إلى الصغير:

اشترط الشافعية في الوصي أن يكون بالغاً (١٣٥٩٤). وهذا قول الحنفية، فقد جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «إذا أوصى إلى صبي فالقاضي يخرج عن الوصاية ويجعل مكانه وصياً آخر...» (١٣٥٩٥).

وقال ابن قدامة الحنبلي: لا أعلم في هذا الشرط قولاً للإمام أحمد، فيحتمل أنه لا يصح الإيضاء إليه؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ولا يصح تصرفه إلا بإذن وليه، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى؛ ولأنه يُولى عليه فلا يكون والياً على غيره كالطفل والمجنون، وهذا هو الصحيح - إن شاء الله تعالى -.

وقال القاضي الحنبلي: وقياس المذهب صحة الإيضاء إليه؛ لأن أحمد قد نصَّ على صحة وكالته. وعلى هذا يقتضي أن يكون قد جاوز العشر كما قال ابن قدامة (١٣٥٩٦).

١١٢٥٥ - الإيضاء إلى العبد:

قال أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة: يصح الإيضاء إلى العبد سواء كان عبد الموصي أو عبد غيره، وبه قال مالك.

وقال النخعي، والأوزاعي، وابن شبرمة: يصح الإيضاء إلى عبد الموصي ولا يصح إلى عبد غيره.

وقال أبو حنيفة: يصح الإيضاء إلى عبد الموصي إذا لم يكن في ورثته رشيد.

وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد: لا يصح الإيضاء إلى العبد بحال؛ لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالنسب، فلا يجوز أن يكون ولياً بالإيضاء كالمجنون (١٣٥٩٧).

١١٢٥٦ - تعليل الشافعية منع الإيضاء إلى العبد وما يترتب عليه:

وقال الشافعية في تعليلهم منع الإيضاء إلى العبد: «ولأن ذلك يستدعي فراغاً وهو مشغول

(١٣٥٩٣) «المغني» ج ٦، ص ١٣٧.

(١٣٥٩٤) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

(١٣٥٩٥) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٥٩٦) «المغني» ج ٦، ص ١٣٧.

(١٣٥٩٧) «المغني» ج ٦، ص ١٣٨، «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

بخدمة سيده. قال ابن الرفعة: ومن هذه المسألة يُفهم منع الإيصاء لمن آجر نفسه في عمل مدة لا يمكنه فيها التصرف بالوصاية» (١٣٥٩٨).

١١٢٥٧ - الإيصاء إلى المرأة:

يصح الإيصاء إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم ومنهم الحنابلة، وروي ذلك عن شريح، وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والحسن بن صالح، وإسحاق، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولم يجزه عطاء - رحمه الله تعالى - محتجاً بأنها لا تكون قاضية، فلا تكون وصية كالمجنون (١٣٥٩٩).

وقد ردّ على قول عطاء بما روي أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أوصى إلى حفصة، وبأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل، ولا يصح القياس على ولاية القضاء؛ لأن ولاية القضاء يعتبر لها الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصاية.

١١٢٥٨ - وصاية الأم على أولادها:

الأم أولى من غيرها بالوصاية على أولادها عند اجتماع الشروط المطلوبة في الوصي لوفور شفقتها، فتقدّم على غيرها من النساء في هذه الوصاية. وكذلك هي أولى بالوصاية من الرجال أيضاً لما ذكرنا إذا كان فيها ما فيهم من الكفاية وتحقيق المصلحة للصغار، وإلا فلا تكون أولى من الرجال.

وإذا لم يكن للميت وصي لأطفاله، فللقاضي أن يوصي إلى امرأة للنظر في شؤونهم وتكون قيمة عليهم، ولكن إذا وجدت أم الأطفال فهي أولى بالوصاية من غيرها فينصبها القاضي وصية عليهم. وما قلناه كله هو ما صرح به الشافعية (١٣٦٠٠).

١١٢٥٩ - الإيصاء إلى الفاسق:

أ - قال الشافعية: لا يجوز الإيصاء إلى فاسق بالإجماع - ويبدو أنهم يريدون بالإجماع إجماع فقهاءهم - لأنها، أي الوصاية، ولاية واثمان. ولكنهم قالوا: تكفي العدالة الظاهرة في الموصى إليه (١٣٦٠١).

(١٣٥٩٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

(١٣٥٩٩) «المغني» ج ٦، ص ١٣٧، «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٦٠٠) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤. (١٣٦٠١) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

ب - وأما عند الحنابلة، فقد روي عن الإمام أحمد ما يدل على أن الإيضاء إلى الفاسق لا يصح، وهو قول مالك. وعن الإمام أحمد ما يدل على صحة الإيضاء إلى الفاسق (١٣٦٠٢). فيكون في مذهب الحنابلة روايتان عن أحمد في صحة الإيضاء إلى الفاسق.

ج - وعند الحنفية: إذا كان الموصى إليه فاسقاً وجب عزله وإقامة غيره مقامه (١٣٦٠٣).

وعندهم أيضاً: إذا أوصى إلى فاسق يخاف منه على مال المولى عليه بموجب الوصاية، فالوصية باطلة، وقالوا في معنى البطلان هنا أن على القاضي أن يخرج من الوصية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه إذا أوصى إلى فاسق ينبغي للقاضي أن يخرج من الوصية ويجعل غيره وصياً إذا كان هذا الفاسق مما لا ينبغي أن يكون وصياً... وإن لم يخرج القاضي حتى تاب وأصلح تركه القاضي وصياً على حاله، كذا في «فتاوى قاضيخان» (١٣٦٠٤).

ويفهم من هذه الأقوال أن الفاسق لا يصلح أن يكون موصى إليه، فتكون العدالة شرطاً في الموصى إليه لصحة الإيضاء إليه، فإذا أوصى لفاسق، وجب عزله من قبل القاضي وإقامة غيره مقامه، فإذا لم يعزله أو تأخر عزله لأي سبب كان حتى تاب وصلح حاله بقي على حاله، وإن لم يحصل ذلك منه بقي مستحقاً للعزل ولكل من له مصلحة التقدم إلى القاضي لطلب عزله.

١١٢٦٠ - الإيضاء إلى الخائن:

الخائن فاسق لا شك في فسقه، بل إن فسقه مؤثر في مصلحة من كان الإيضاء لمصلحتهم، وقد قلنا: إن الشافعية لم يجيزوا الإيضاء إلى الفاسق، وكذلك مذهب الحنفية على التفصيل الذي بيناه عنهم. وأن في مذهب الحنابلة روايتين عن أحمد في جواز الإيضاء إلى الفاسق. إلا أن عند الحنابلة شيئاً من التفصيل في الإيضاء إلى الخائن، فقد قال الإمام الخرفي الحنبلي: وإذا كان الوصي خائناً جعل معه أميناً.

قال ابن قدامة: ظاهر هذا صحة الإيضاء إلى الفاسق ويضم إليه أمين. وكذلك إن كان عدلاً فتغيرت حاله إلى الخيانة لم يخرج منها ويضم إليه أمين.

ثم قال ابن قدامة: وحمل القاضي كلام الخرفي وكلام أحمد في إبقائه وصياً على أن خيانتته طرأت بعد موت الوصي، فأما إن كانت خيانتته موجودة حال الإيضاء إليه لم يصح الإيضاء؛ لأنه

(١٣٦٠٢) «المغني» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٦٠٣) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٦٠٤) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٨.

لا يجوز تولية الخائن على يتيم في حياته - أي في حياة الموصي - فكذلك بعد موته؛ ولأن الوصاية ولاية وأمانة والخائن ليس من أهلها.

فعلى هذا، إذا كان الوصي فاسقاً أو خائناً فحكمه حكم من لا وصي له وينظر في ماله الحاكم. وإن طرأ فسقه بعد الإيصاء زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً وهذا اختيار القاضي الحنبلي.

وعلى قول الإمام الخرفي: لا تزول ولايته ويضم الحاكم إليه أميناً ينظر معه.

وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين؛ لأنه أمكن حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصاية فيكون جمعاً بين الحقيقين، وإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين زوال يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه؛ لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية إيصاء الموصي إلى هذا الفاسق الخائن (١٣٦٥).

وعند الحنفية: إذا تقدم الورثة أو بعضهم بالشكوى إلى القاضي من الوصي لسوء تصرفه أو للشك في خيانته أو ادعائهم خيانته، فإن القاضي لا يعزله حتى يبدو له منه خيانة، فإن علم منه خيانة عزله.

وقالوا أيضاً: إذا اتهم القاضي الوصي فعند أبي حنيفة يجعل القاضي معه غيره ولا يخرج من الوصاية. وقال أبو يوسف: يخرج من الوصاية وهو الظاهر وعليه الفتوى (١٣٦٦).

هذا ويلاحظ أن اتهام الورثة للوصي بالخيانة لا بد له من الإثبات حتى يقضي القاضي بموجه. وقولهم: إذا علم القاضي خيانته، إما أن يُحمل على علمه القائم على إثبات الورثة خيانتهم بوسائل الإثبات المعتمدة، وإما أن يُحمل ذلك على علم القاضي المتحصل خارج مجلس القضاء.

١١٢٦١ - الإيصاء إلى الكافر:

لا يصح الإيصاء من مسلم إلى كافر ينظر في أمور أولاده الصغار المسلمين إذ لا ولاية لكافر على مسلم، قال تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾. والأصح عند الشافعية، جواز إيصاء الكافر إلى الكافر.

(١٣٦٥) «المغني» ج ٦، ص ١٣٩-١٤٠.

(١٣٦٦) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٩-١٤٠.

وقال الحنابلة: إن لم يكن الموصى إليه عدلاً في دينه لم يصح الإيضاء إليه، وإن كان عدلاً في دينه ففيه وجهان(١٣٦٠٧).

أما إيضاء الكافر إلى المسلم للنظر في تركته التي آلت إلى ورثته الصغار، فتصح عند الحنابلة إلا إذا كان في هذه التركة خمر أو خنزير(١٣٦٠٨).

١١٢٦٢ - الإيضاء إلى السفیه وذی الغفلة:

لا يصح الإيضاء إلى من لا يحسن القيام بما أوصى إليه فيه لفوات المصلحة المقصودة من الإيضاء، سواء كان ذلك لسفه الموصى إليه أو غفلته أو نحو ذلك، فقد جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «فلا يصح الإيضاء إلى من لا يهتدي إلى التصرف في الموصى به لسفه أو مرض أو هرم أو تغفل، إذ لا مصلحة في تولية من هذا حاله»(١٣٦٠٩).

وفي «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «فلا يصح - أي الإيضاء - إلى سفیه؛ لأنه لا يصح توكيله»(١٣٦١٠).

١١٢٦٣ - الإيضاء إلى العدل العاجز:

يصح الإيضاء إلى العدل الذي يعجز عن النظر فيما أوصى إليه فيه لعلّة أو ضعف؛ لأن عجزه هذا يمكن جبره بأن يضم إليه القاضي أميناً ولا يرفع يده عن المال ولا نظره فيه؛ لأن الضعيف أهل للولاية والأمانة، فيصح الإيضاء إليه.

وهكذا الحكم إن كان الوصي العدل قوياً، فحدث به ضعف أو علة ضم الحاكم إليه أميناً قادراً ويكون الأول هو الوصي دون الثاني، وهذا مذهب الحنابلة، وهو قول الشافعي، ولا يعرف لهذا القول مخالف(١٣٦١١).

وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «ومن أوصى إلى من يعجز عن القيام بالوصية ضم إليه القاضي غيره»(١٣٦١٢).

١١٢٦٤ - الإيضاء إلى الأعمى:

يصح الإيضاء إلى الأعمى؛ لأنه يتمكن من التوكيل فيما لا يتمكن من مباشرته بنفسه،

(١٣٦٠٨) «المغني» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٦٠٧) «المغني» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٦١٠) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٣.

(١٣٦٠٩) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٤.

(١٣٦١٢) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٨.

(١٣٦١١) «المغني» ج ٦، ص ١٤١.

وبهذا صرح الحنابلة والشافعية والحنابلة (١٣٦١٣).

١١٢٦٥ - وقت وجود شروط الموصى إليه :

عند الحنابلة : يعتبر وجود الشروط المطلوبة في الموصى إليه حال عقد الإيضاء ووقت موت الموصى ، في أحد الوجهين في مذهب الحنابلة . وفي الوجه الآخر يعتبر وقت موت الوصي .

وعند الشافعية اختلاف : (فمنهم) من اعتبر وجود شروط الموصى إليه وقت موت الموصى ، فإن أوصى إلى صبي فبلغ ، أو كافر فأسلم ، أو فاسق فصار عدلاً قبل موت الموصى صح الإيضاء ؛ لأن تصرف الموصى إليه يكون بعد الموت ، فاعتبرت الشروط فيه عنده أي عند موت الوصي .

ومن الشافعية من قال : تعتبر الشروط عند الإيضاء ، وعند الموت ، ولا تعتبر فيما بينهما .

ومن الشافعية من قال : تعتبر في حال الإيضاء وفيما بعده إلى الموت ؛ لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يتحقق فيه تصرف الموصى إليه بأن يموت الموصى فاعتبرت الشروط في جميع هذه الأوقات (١٣٦١٤) .

١١٢٦٦ - تغير شروط الموصى إليه :

ذكرنا ما يشترط في الموصى إليه ليصح الإيضاء إليه فإذا وجدت فيه وبالتالي صحَّ الإيضاء إليه ، ثم تغيرت هذه الشروط أو بعضها - أي فقدها الموصى إليه - فما أثر ذلك في بقاء وصايته ؟ قال الحنابلة : «إذا تغيرت حاله بالكفر أو الجنون أو السفه ، زالت وصاية الوصي وصار كأن لم يُوصَ إليه ، ويرجع الأمر إلى القاضي فيقيم أميناً ناظراً فيما أوصى فيه الميت كما لو أنه لم يوص إلى أحد . أما إذا كان تغير حال الوصي إلى الضعف أو إلى الفسق فإنه يبقى على وصايته ويضم القاضي إليه وصياً أميناً» (١٣٦١٥) .

وعند الشافعية : إن تغير حال الوصي من القوة إلى الضعف ضم القاضي إليه معيناً أميناً . وإن تغير حال الوصي بفسق أو جنون بطل الإيضاء إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه (١٣٦١٦) .
وعند الحنفية : إذا جُنَّ الوصي بطل الإيضاء وأقام القاضي محلّه غيره . وإذا طرأ على

(١٣٦١٣) «الفتاوى الهندية» ج٦ ، ص١٣٨ ، «المغني» ج٦ ، ص١٣٧ ، «مغني المحتاج» ج٣ ، ص٧٤ .

(١٣٦١٤) «المهذب» ج١٥ ، ص١٤٧ ، «المغني» ج٦ ، ص١٣٩ .

(١٣٦١٥) «المغني» ج٦ ، ص١٣٩-١٤١ . (١٣٦١٦) «المهذب» ج١٥ ، ص١٤٧ .

الوصي عجز عن القيام بأمر الوصاية ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل بضم الآخر إليه إلا إذا كان عجزه تاماً لا ينفذ معه ضم آخر إليه، فإن القاضي يستبدل به غيره. وأما طرء الخيانة على الوصي فإن هذا يستدعي عزله، فيعزله القاضي ويقيم غيره؛ لأن الميت إنما نصبه وصياً لأمانته وقد فاتت، ولو كان حياً لأخرجه من الوصاية فعند عجزه لموته ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له (١٣٦٧).

١١٢٦٧ - القول الراجح:

والراجح: عزل الوصي إذا تغير حاله من الأمانة إلى الخيانة أو إذا طرأ عليه ما يؤثر في أداء مهمة الوصي على الوجه المطلوب تأثيراً بيناً، والمسألة متروكة لتقدير القاضي.

١١٢٦٨ - الأجرة للوصي:

يجوز أن يجعل للوصي جعلاً أو أجرة شهرية؛ لأنه بمنزلة الوكيل، والوكالة تجوز بجعل أو أجرة فكذلك الوصاية. وقد نقل إسحاق بن إبراهيم في الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهم مسماة فلا بأس (١٣٦٨).

١١٢٦٩ - ثانياً: الموصي، وشروطه:

الموصي هو من له الولاية على الإيضاء إلى الغير. ويشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلًا. وأن يكون رشيداً على ما قاله بعض الشافعية، ومعنى ذلك أن السفيه وإن صحت وصيته بالمال لا يصح منه الإيضاء إلى من ينفذ هذه الوصية، بل القاضي هو الذي يعين وصياً لتنفيذها (١٣٦٩).

١١٢٧٠ - ثالثاً: الموصى فيه، وشروطه:

يشترط في الموصى فيه أن يكون تصرفاً جائزاً شرعاً (١٣٦٠). كما يشترط فيه أن يكون تصرفاً معلوماً ليعلم الوصي ما أوصي به إليه ليحفظه ويتصرف فيه. وأن يكون هذا التصرف المعلوم يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمور وشؤون غير مكلف رشيد من طفل ومجنون وسفيه. وكرّد ودائع إلى أهلها واستردادها ممن هي عنده وردّ مغضوب ونحو ذلك. وإنما صحّ الإيضاء بما تقدم؛ لأن الموصي يملك ذلك فملكه وصيه لقيامه مقامه (١٣٦١).

(١٣٦١٨) «المغني» ج ٦، ص ١٤٢.

(١٣٦١٧) «الهداية» ج ٨، ص ٤٩٣.

(١٣٦١٩) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٥.

(١٣٦٢٠) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٥، «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٥، «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٩.

(١٣٦٢١) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٦-٥٣٧.

الإيصاء عقد فيفتقر إلى الإيجاب والقبول. والإيجاب في الإيصاء من الموصي الناطق كل لفظ يدل على الإيصاء مثل: أوصيت إليك أو فوضت إليك ونحوهما مثل: أقمته في أمر أولادي بعد موتي أو جعلتك وصياً. أما الأخرس فتكون إشارته المفهومة وكتابته إيجاباً في الإيصاء.

ويجوز في الإيجاب التوقيت كأوصيت إليك لسنة أو إلى بلوغ ابنتي، كما يجوز فيه التعليق مثل إذا مت فقد أوصيت إليك.

وإنما جاز التوقيت والتعليق في الإيصاء؛ لأن الإيصاء كالإمارة، ويجوز فيها ما ذكرنا فقد أمر النبي ﷺ زيداً على سرية وقال: «إن أصيب زيدٌ فجعفر، وإن أصيب جعفرٌ فعبد الله بن رواحة».

ويشترط في الإيجاب بيان ما يوصى فيه كقوله: فلان وصيي في قضاء ديني وتنفيذ وصييتي والتصرف في مال أطفالي. فإن اقتصر على قوله: «أوصيت إليك» لم يُعتدّ بهذا الإيجاب كما لو قال: وكنتك ولم يبين ما وكل فيه (١٣٦٢٢).

١١٢٧٢ - ويشترط لانعقاد الإيصاء القبول من الموصى إليه؛ لأن الإيصاء عقد كما قلنا، فيلزم لانعقاده الإيجاب والقبول. ويصح القبول على التراخي على الأصح، ويكون باللفظ الدال عليه أو بالفعل، فيكون القبول دلالة.

١١٢٧٣ - أما وقت القبول، فقد قال صاحب «المهذب» الإمام الشيرازي الشافعي - رحمه الله -: في وقت القبول وجهان:

(الأول): يصح القبول في الحال؛ لأنه إذن في التصرف، فصح القبول في الحال كالوكالة.

(الثاني): لا يصح إلا بعد الموت كالقبول في الوصية له (١١٦٣٣).

وقال الإمام النووي في وقت القبول: «لا يصح في حياته أي في حياة الموصي في الأصح».

وتعليقاً على هذا القول قال صاحب «مغني المحتاج»: «ولا يصح قبول الإيصاء ولا ردّه في

(١٣٦٢٢) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٧، «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٤، ٥٣٦.

(١٣٦٢٣) «المهذب» للشيرازي، ج ١٥، ص ١٥١.

حياته أي في حياة الموصي في الأصح ؛ لأنه لم يدخل وقت التصرف كالوصية له بالمال . فلو قَبِلَ في حياته ثم رَدَّ بعد وفاته لغا قبوله أو رَدَّ في حياته، ثم قَبِلَ بعد وفاته صحَّ . والقول الثاني المقابل للقول الأصح في وقت القبول، يصح القبول والرَدُّ في حياة الموصي كالوكالة» (١٣٦٢٤).

١١٢٧٤ - وعند الحنابلة: يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصي ؛ لأنها إذن في التصرف فصَحَّ قبوله بعد إيجاب الموصي في حياته كالوكيل بخلاف الوصية له بمال فإنها تملك في وقت هو ما بعد موت الموصي، فلم يصح القبول قبل هذا الوقت . ويجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت تشبيهاً بالوصية له بالمال (١٣٦٢٥).

١١٢٧٥ - صفة عقد الإيضاء :

الإيضاء غير لازم للموصي، فله أن يرجع عن إيجابه سواء اتصل به القبول في حياة الموصي ورجع الموصي عن الإيضاء قبل وفاته، أو رجع الموصي إليه بعد قبوله في حياة الموصي أو بعد وفاته، وهذا ما صرَّح به الشافعية فقد جاء في «مغني المحتاج»: «وعقد الإيضاء جائز من الطرفين وحينئذ للموصي والعزل متى شاء كالوكالة» (١٣٦٢٦).

وقال صاحب «المهذب» في فقه الشافعية: «وللموصي أن يعزل الوصي إذا شاء، وللوصي أن يعزل نفسه متى شاء؛ لأنه تصرف بالإذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة» (١٣٦٢٧).

١٣٢٧٦ - استثناء من القاعدة :

قلنا: إن عقد الإيضاء غير لازم، فللموصي عزل الموصي إليه، وللموصي إليه عزل نفسه من الوصاية، وهذه هي القاعدة في حق الموصي والموصي إليه. والاستثناء من هذه القاعدة لزوم العقد في حق الموصي حتى لا يجوز له عزل الموصي إليه.

ولزوم القبول على الموصي إليه حتى لا يجوز أن يرفض الإيضاء كما لا يجوز عزل نفسه بعد أن قبل الإيضاء إذا كان هذا اللزوم من الموصي أو الموصي إليه طريقاً لحفظ مال الموصي عليهم، فقد قال الشافعية: إذا لم يوجد غير الموصي إليه ليكون وصياً أو غلب على ظنه بأنه إذا لم يقبل بالإيضاء تلف المال أو ضاع الحق على أصحابه باستيلاء الظلمة عليه، ففي هذه الحالة يحتمل لزوم القبول عليه لقدرته على دفع الظالم بقبوله الإيضاء ما دام قبوله الإيضاء قد

(١٣٦٢٤) «متن المنهاج ومغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٧.

(١٣٦٢٥) «المغني» ج ١٦، ص ١٤١.

(١٣٦٢٦) «المهذب» ج ١٥، ص ١٥١-١٥٢.

(١٣٦٢٧) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٨.

تعيّن طريقاً لدفع الظلم عن الموصى عليهم.

وقال الأذري: لو غلب على ظن الموصي أن عزله لوصيه مضيع لما عليه من الحقوق أو لأموال أولاده باستيلاء ظالم عليها أو لخلو الناحية عن قاض أمين، فيظهر أنه لا يجوز له عزله (١٣٦٢٨).

١١٢٧٧ - وعند الحنابلة: متى قبل الموصى إليه الإيصاء صار وصياً وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة أو مع العجز، في حياة الموصي وبعد موته، بمشهد منه وفي غيبته (١٣٦٢٩).

١١٢٧٨ - وعند الحنفية: يصح قبول الموصى إليه الإيصاء وردّه في حياة الموصي ويعلمه، فإن ردّ الإيجاب ولم يقبله بعد موت الموصي أو في حياته بدون علمه لم يصح ردّه وعدم قبوله ويلزم الإيصاء (١٣٦٣٠).

وعلل صاحب «العناية» هذا الحكم عند الحنفية بقوله: «لأن الموصي مات معتمداً عليه، فلو صحّ ردّه بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغروراً من جهته وهو إضرار لا يجوز فيردّه - أي ردّ الموصى إليه - الإيصاء» (١٣٦٣١).

ولكن لو أوصى إلى شخص في حضرته وسكت الموصى إليه فلم يقبل ولم يردّ ثم مات الموصي، فللموصى إليه الردّ والقبول، وعللوا ذلك بقولهم: لأن الموصي هو الذي اغتر حيث لم يتعرف على حال الموصى إليه هل قبل الإيصاء أم ردّه؟ كما أنه ليس للموصي ولاية إلزام الموصى إليه بالقبول فيبقى الخيار له (١٣٦٣٢).

وإن لم يقبل الموصى إليه حتى مات الموصي فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصاية حتى قال: لا أقبل؛ لأنه بمجرد قوله: (لا أقبل) لا يبطل الإيصاء؛ لأن في إبطاله ضرراً بالميت، وفي إبقاء الإيصاء ضرر بالموصي، وضرر الميت أعلى فدفعه أولى إلا إذا أخرجه القاضي من الوصاية حين لم يقبل الوصاية» (١٣٦٣٣).

١١٢٧٩ - وقال الإمام الكرخي من فقهاء الحنفية: إذا التزم الشخص بالوصاية بقبوله الإيصاء وأراد أن يخرج نفسه منها لم يجز ذلك إلا عند القاضي، حتى يرى القاضي رأيه فيه،

(١٣٦٢٨) «مغني المحتاج» ج ٣، ص ٧٨. (١٣٦٢٩) «المغني» ج ١٦، ص ١٤١.

(١٣٦٣٠) «الدر المختار ورد المختار» ج ٦، ص ٧٠٠، «الهداية» ج ٨، ص ٤٨٩، «الفتاوى الهندية» ج ٦،

ص ١٣٧.

(١٣٦٣١) «العناية على الهداية» ج ٨، ص ٤٨٩.

(١٣٦٣٢) «الهداية» ج ٨، ص ٤٩٠. (١٣٦٣٣) «الهداية» ج ٨، ص ٤٩١.

فإن رآه القاضي مأموناً قادراً على الوصاية لم يخرجها منها وإن عرف عجزه وكثرة أشغاله أخرجها منها (١٣٦٤).

١١٢٨٠ - القول الراجح :

والراجح قول الحنفية، فيجوز للموصي إليه أن يرد الوصاية في حياة الموصي ويعلمه، فإن ردّها بعد موت الموصي وكان قد علم بالإيضاء فلا يصحّ ردّه بالإيضاء إلا بحكم من القاضي وبعد أن يجد القاضي الكفؤ الأمين للوصاية، ولكن لا أرى وجهاً لإلزامه بها إذا رفضها وإنما يلزم بها إلى أن يختار القاضي غيره.

١١٢٨١ - ما يملكه الموصي من التصرفات :

يملك الوصي (الموصي إليه) من التصرفات فيما أوصى إليه فيه تعذر ما ملكه إياه الموصي، فقد جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «وإذا أوصى إليه في شيء لم يصير وصياً في غيره؛ لأنه استفاد التصرف بالإذن من جهته فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل» (١٣٦٥).

وفي «المهذب» في فقه الشافعية: «ومن وصي إليه في شيء لم يصير وصياً في غيره...» (١٣٦٦).

وعلى هذا إذا أوصى إليه بتفريق ثلث تركته في وجه الخير أو أوصى إليه بتقضاء ديونه أو أوصى إليه بالنظر في أمور أطفاله، وجب على الوصي أن لا يتجاوز حدود وصايته (١٣٦٧).

١١٢٨٢ - وكما يتقيد الوصي بنوع التصرفات التي ملكه إياها الموصي يتقيد أيضاً بمدة وصايته التي حددها له الموصي، فلا يجوز أن يتجاوزها كما لو قال: أوصيت إلى فلان بكذا وكذا لمدة سنة من وفاتي، أو إلى أن يبلغ ابني، فإن وصايته لا تتجاوز المدة التي حددها الموصي (١٣٦٨).

وفي «المهذب» للشيرازي في فقه الشافعية: «ومن وصي إليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة لأنه تصرف بالإذن، فكان على الإذن» (١٣٦٩).

١١٢٨٣ - وللوصي (الموصي إليه) أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه كما لو

(١٣٦٣٥) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٩.

(١٣٦٣٤) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٧.

(١٣٦٣٧) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٥٣٩.

(١٣٦٣٦) «المهذب» ج ١٥، ص ١٤٨.

(١٣٦٣٩) «المهذب» ج ١٥، ص ١٤٨.

(١٣٦٣٨) «المغني» ج ٦، ص ١٣٩.

أوصى إليه في شيء يحتاج القيام به إلى مهارة خاصة أو عمل شاق لا يقدر مثله على القيام به (١٣٦٤٠).

١١٢٨٤ - ما يملكه الوصي عند تعدد الأوصياء:

عند تعدد الأوصياء، قال الحنابلة والشافعية: يختص كل وصي بما أوصى إليه فيه الموصي ولا يتعدى ذلك، فلو أوصى إلى شخص بقبض ديونه، ولوصي آخر بالإفناق على صغاره، ولثالث بتفريق ثلث تركته في وجوه الخير، اختص كل وصي بما أمره به الموصي (١٣٦٤١).

١١٢٨٥ - وعند الحنفية، في هذه المسألة اختلاف، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف: يكون لكل وصي الحق في التصرف بجميع ما أوصى إليه فيه لجميع الأوصياء.

وعند محمد صاحب أبي حنيفة: يختص كل وصي بما أوصى إليه فيه، فقد جاء في «الفتاوى الهندية»: «رجل جعل رجلاً وصياً في شيء بعينه نحو التصرف في الدين، وجعل آخر وصياً في نوع آخر بأن قال: جعلتك وصياً في قضاء ما عليّ من الدين، وقال لآخر: جعلتك وصياً في القيام بأمر مالي، فكل واحد من الوصيين يكون وصياً في الأنواع كلها عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله تعالى - كأنه أوصى إليهما. وعند محمد - رحمه الله تعالى - كل واحد منهما يكون وصياً فيما أوصى إليه» (١٣٦٤٢).

١١٢٨٦ - هل يملك الوصي الإيصاء إلى غيره؟

أولاً: إذا أذن الموصي للوصي بالإيصاء إلى غيره فيما أوصى إليه فيه، جاز للوصي أن يوصي إلى غيره في ذلك؛ لأن الموصي رضي باجتهاده، واجتهاد من يختاره وصياً كما لو أوصى إليهما معاً، وهذا قول أكثر أهل العلم (١٣٦٤٣).

١١٢٨٧ - ثانياً: أما إن أوصى إليه وأطلق الإيصاء - أي لم يأذن له فيه ولم ينه عنه - فاختلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي:

أ - عند الحنفية: للوصي أن يوصي إلى غيره وإن لم يأذن له الموصي بذلك، جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «الوصي إذا حضره الموت، له أن يوصي إلى غيره مع أن

(١٣٦٤٠) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ١٥١-١٥٢.

(١٣٦٤١) «المهذب وشرحه المجموع» ج ١٥، ص ١٤٨، ١٥٠، (وكشاف القناع) ج ٢، ص ٥٣٧.

(١٣٦٤٢) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٧.

(١٣٦٤٣) «المغني» ج ٦، ص ١٤٢.

الموصي لم يفوض إليه الإيصاء» (١٣٦٤٤).

ب - وفي المذهب الحنبلي روايتان:

(إحداهما): له أن يوصي إلى غيره وهو قول مالك.

(الثانية): ليس له ذلك، وهو ظاهر قول الخري الحنبلي (١٣٦٤٥).

ج - وعند الشافعية: ليس له ذلك بدون إذن من الموصي، فإن أذن له جاز الإيصاء في

القول الأظهر في مذهب الشافعية (١٣٦٤٦).

١١٢٨٨ - الإيصاء لأكثر من واحد بإيصاء واحد:

ولو أوصى لأكثر من واحد بإيصاء واحد كأن قال: أوصيت إلى فلان وفلان، فهل يجوز لكل

واحد منهما الانفراد بالتصرف الذي أوصى إليهما فيه؟

قال الشافعية والحنابلة: إذا جعل الموصي لكل منهما الحق بالانفراد بالتصرف جاز لهما

إجراء التصرف مجتمعين ومنفردين. وإن أوصى إليهما ولم يأذن لهما بحق التصرف منفردين لم

يجز لأي واحد منهما أن يتصرف منفرداً؛ لأن الموصي لم يأذن لهما بذلك ولم يرض بانفراد

أحدهما بالتصرف دون الآخر وإنما أراد تصرفهما مجتمعين (١٣٦٤٧).

١١٢٨٩ - وعند الحنفية اختلاف، فقد قالوا: من أوصى إلى اثنين لم يكن لأحدهما أن

يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد منفرداً دون صاحبه إلا في أشياء معدودة للضرورة مثل تجهيز

الميت وردّ الوديعة.

وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الأشياء؛ لأن الوصاية سببها

الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فيثبت لكل واحد منهما التصرف كاملاً كولاية النكاح

للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة وهي تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان

ثابتاً للموصي، والثابت الذي كان للموصي هو الولاية الكاملة على التصرف الذي أوصى إليهما

فيه، فثبت هذه الولاية الكاملة لكل منهما.

(١٣٦٤٤) «الفتاوى الهندية» ج٦، ص ١٤٠.

(١٣٦٤٥) «المغني» ج٦، ص ١٤٢.

(١٣٦٤٦) «مغني المحتاج» ج٣، ص ٧٦، «المهذب والمجموع» ج١٥، ص ١٥١-١٥٣.

(١٣٦٤٧) «المغني» ج٥، ص ١٤٢-١٤٣، «المهذب والمجموع» ج١٥، ص ١٤٧.

(والحجة) لقول أبي حنيفة ومحمد: أن ولاية الوصي مستمدة من تفويض الموصى إليه فيراعى وصف التفويض وهو وصف اجتماع الوصفين عند إجراء التصرف؛ ولأن اشتراط اجتماع الوصيين عند إجراء التصرف شرط معتبر فيجب أن يراعى، كما أن الموصى لم يرض إلا باجتماعهما فيجب مراعاة إرادته.

أما الأشياء المستثناة ومنها تجهيز الميت، وشراء طعام للصغار وكسوتهم، وردّ الوديعة، وردّ المغصوب، وحفظ الأموال، وقضاء الديون، وقبول الهبة، وبيع ما يخشى تلفه، وجمع الأموال الضائعة، فهذه الأشياء تثبت لكل واحد من الوصيين للضرورة وما جاز للضرورة فهو مستثنى.

وهذا الذي بيّناه عن أبي حنيفة وصاحبيه: محمد وأبي يوسف، إنما هو إذا أوصى إليهما دفعة واحدة أي بعقد إيصاء واحد (١٣٦٤٨).

١١٢٩٠ - تصرف الوصي مقيد بالمصلحة:

هذا، وإن تصرف الوصي واحداً كان أو متعدداً، في حق الموصى عليهم، مقيد بمصلحة هؤلاء، ومن التقييد بمصلحتهم عدم جواز البيع والشراء لهم بالغبن الفاحش دون اليسير؛ لأن اليسير لا يمكن التحرز منه (١٣٦٤٩).

المطلب الثامن

وقف المريض مرض الموت

١١٢٩١ - تمهيد، ومنهج البحث:

قد يقف المريض مرض الموت بعض أمواله في سبيل الخير لشعوره بدنو أجله ولرغبته في تقديم شيء ينفعه في آخرته، فما حكم وقفه؟ هل يصح ويلزم وينفذ أم لا؟ هذا ما نريد بيانه في هذا المطلب. وقبل هذا نبين المقصود بالوقف والشروط اللازمة لصحته والآثار المترتبة عليه.

وعلى هذا، نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالوقف، وشروطه، وأركانه، وآثاره.

الفرع الثاني: وقف المريض مرض الموت.

(١٣٦٤٨) «الفتاوى الهندية» ج ٦، ص ١٣٩، «الهداية» ج ٨، ص ٤٩٣-٤٩٤.

(١٣٦٤٩) «الهداية» ج ٨، ص ٤٩٩.

الفرع الأول

التعريف بالوقف وشروطه وأركانه وآثاره

١١٢٩٢ - تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح:

الوقف في اللغة الحبس . يقال: وقفت الدار ونحوها: أي حبستها في سبيل الله . ويقال: وقفها على كذا ووقفها له (١٣٦٥١) . ثم اشتهر إطلاق كلمة (الوقف) على الشيء الموقوف، فيقال: هذه الدار وقف، ولذا تجمع على: ووقف (١٣٦٥١) .

وفي الاصطلاح عُرف الوقف بتعاريف كثيرة منها:

أ - الوقف: تحسيس الأصل وتسبيل الثمرة أو المنفعة (١٣٦٥٢) .

ب - الوقف: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود (١٣٦٥٣) .

ج - الوقف: حبس العين على حكم ملك الله تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث (١٣٦٥٤) .

فهذه التعاريف تدل على خروج المال الموقوف عن ملك صاحبه واستدامة صرف غلته أو منفعته إلى ما ينفع العباد نفعاً مشروعاً .

١١٢٩٣ - درجة مشروعية الوقف:

الوقف مشروع ودرجة مشروعيته أنه مندوب، وبهذا صرح المالكية، فقد قالوا عنه: «وهو من التبرعات المندوبة» (١٣٦٥٥) .

وقال عنه الحنابلة: «وهو - أي الوقف - من القرب المندوب إليها» (١٣٦٥٦) .

وعند الحنفية: يكون الوقف مباحاً أحياناً كالوقف لغير غرض القرية فهذا وقف صحيح، وإن لم يلحق الواقف ثواب من أجله . ويكون الوقف للقرية كوقف المسلم ماله بقصد البرّ والقرية

(١٣٦٥٠) «المعجم الوسيط» ج ٢، ص ١٠٦٣ .

(١٣٦٥١) «رد المحتار» ج ٤، ص ٣٣٧، «فتح القدير» ج ٥، ص ٣٧، «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٧٦ .

(١٣٦٥٢) «المغني» ج ٥، ص ٥٤٤، «شرح منتهى الإرادات» ج ٢، ص ٤٨٠ .

(١٣٦٥٣) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٧٦ . (١٣٦٥٤) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٥٥ .

(١٣٦٥٥) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٤، ص ٧٥ . (١٣٦٥٦) «شرح منتهى الإرادات» ج ٢، ص ٤٧٨ .

فيكون الوقف مندوباً مأجوراً عليه صاحبه . وقد يكون الوقف واجباً إذا أخرجته صاحبه مخرج النذر كما لو قال: أرضي هذه وقف إذا شفيت من مرضي هذا(١٣٦٧).

١١٢٩٤ - دليل مشروعية الوقف :

وقد دلّ على مشروعية الوقف وأنه مندوب السنة النبوية، وعلى ما دلّت عليه السنة النبوية أجمع المسلمون. فمن السنة النبوية ما يأتي:

أ- روى الإمامان الجليلان: البخاري ومسلم، عن ابن عمر أن أباه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أصاب أرضاً بخيبر فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله: إني أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدق بها». قال ابن عمر: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث وتصدق بها في الفقراء، وفي القريبى، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول(١٣٦٥).

والمقصود بقوله: «حبست أصلها وتصدق بها» أي أبقيت أصلها لا يباع ولا يورث وتصدقت بمنفعتها(١٣٦٥). وقال الإمام النووي: «وفي هذا الحديث دليل على صحة أصل الوقف(١٣٦٦)».

ب- ومن الأدلة على مشروعية الوقف وأنه مندوب الحديث الشريف الذي أخرجته الإمام مسلم في «صحيحه» وهو قوله ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث: إلا من صدقة جارية أو علم يُنتفع به أو ولدٍ صالح يدعو له»(١٣٦٦). والصدقة الجارية في هذا الحديث محمولة عند العلماء على الوقف؛ لأن غيره من الصدقات ليست جارية بل يملك المتصدق عليه أعيانها ومنافعها ناجزاً(١٣٦٦).

ج- ويستدل على مشروعية الوقف وأنه مندوب بالإجماع، بقول جابر - رضي الله عنه -: لم يكن أحد من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرة إلا وقف. وهذا إجماع منهم، فإن الذي قدر على

(١٣٦٥) «ترتيب الصفوف في أحكام الوقوف».

(١٣٦٥٨) «صحيح البخاري» ج ٥، ص ٣٥٤-٣٥٥، «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١١، ص ٨٦.

(١٣٦٥٩) «شرح البخاري للعسقلاني» ج ٥، ص ٤٠٠-٤٠١.

(١٣٦٦٠) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١١، ص ٨٦.

(١٣٦٦١) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١١، ص ٨٥.

(١٣٦٦٢) «صحيح مسلم بشرح النووي» ج ١١، ص ٨٦، «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٧٦.

الوقف وقف، واشتهر ذلك فلم ينكره أحد فكان إجماعاً (١٣٦٦٣).

١١٢٩٥ - حكمة مشروعية الوقف:

حكمة مشروعية الوقف واضحة إذ هو مظهر من مظاهر البر والإحسان والتعارف على الخير، وفيه صلة الرحم ورعاية الذرية بعد موت معيّلهم. وفي الوقف إسهام في إقامة وإدامة المؤسسات الدينية ذات النفع العام كالمساجد ودور العلم ونحوها.

وفي الوقف إبقاء مصدر دائم للإئناق على المعوزين والمحتاجين مع ما في الوقف من ثواب دائم للواقفين.

قال الإمام الدهلوي - رحمه الله -: «ومن التبرعات الوقف، وكان أهل الجاهلية لا يعرفونه فاستنبطه رسول الله ﷺ لمصالح لا توجد في سائر الصدقات، فإن الإنسان ربما يصرف في سبيل الله مالا كثيراً، ثم يفنى فيحتاج أولئك الفقراء تارة أخرى ويجيء أقوام آخرون من الفقراء فيبقون محرومين، فلا أحسن ولا أنفع للامة من أن يكون شيء حبساً للفقراء وأبناء السبيل تصرف عليهم منافعهم...» (١٣٦٦٤).

وفي الوقف ثواب دائم وموصول للواقف؛ لأن وقفه صدقة جارية كما دلّ على ذلك حديث رسول الله ﷺ الذي ذكرناه، ودوام صدقته يعني دوام عمله الصالح، والعمل الصالح يثمر الأجر والثواب لصاحبه فيصيب هذا الثواب صاحب الوقف - أي الواقف بعد موته -.

١١٢٩٦ - أركان الوقف:

جاء في «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «وأركانه - أي الوقف - أربعة: واقف، وموقوف، وموقوف عليه، وصيغة». ومثل هذا في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة (١٣٦٦٥).

١١٢٩٧ - الركن الأول: الواقف:

يشترط في الواقف أن يكون بالغاً عاقلاً، فلا يصح الوقف من الصبي والمجنون (١٣٦٦٦)، وأن يكون مختاراً غير مكروه، وأن يكون رشيداً غير سفیه إلا إذا أخرج وقفه مخرج الوصية بأن قال:

(١٣٦٦٣) «المغني» ج ٥، ص ٥٤٥-٥٤٦.

(١٣٦٦٤) «حجة الله البالغة» للدهلوي، ج ٢، ص ٦٦٨.

(١٣٦٦٥) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٧٦، «شرح منتهى الإرادات» ج ٢، ص ٤٧٩.

(١٣٦٦٦) «البدائع» ج ٦، ص ٢١٩، «الشرح الصغير» للدردير، ج ٢، ص ٢٩٨.

وقفت داري على الفقراء بعد موتي، صح؛ لأنه تصح وصيته (١٣٦٧).

١١٢٩٨ - الركن الثاني: الموقوف:

أولاً: عند الحنابلة (١٣٦٨):

يشترط في الموقوف أن يكون عيناً معلومة يصح بيعها ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً؛ لأن الوقف يراد للدوام ليكون صدقة جارية ولا يوجد ذلك فيما لا يبقى عينه.

وعلى هذا، يجوز أن يكون الموقوف عقاراً كالأرض، وكذلك يجوز أن يكون الموقوف منقولاً له منفعة مقصودة أجاز الشرع وقفه وقيس عليه؛ لأن فيه نفعاً مقصوداً. فقد جاء في «كشاف القناع»: «ولا يصح الوقف إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يكون في عين معلومة يصح بيعها يمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها عرفاً... عقاراً كان الموقوف كأرض، أو شجر، أو منقولاً: كالحيوان، كفرس وقفه على الغزاة، وكالأثاث كبساط يفرش في مسجد ونحوه، وكالسلح كسيف ورمح أو قوس على الغزاة، والمصحف وكتب العلم ونحوه. أما العقار فلحديث عمر. وأما الحيوان فلحديث أبي هريرة مرفوعاً: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإن شبعه وروثه وبولته في ميزان حسناته»، رواه البخاري. وأما الأثاث والسلح فلقوله عليه الصلاة والسلام: «أما خالد فقد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله»، متفق عليه. وما عدا ذلك فمقيس عليه؛ لأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً، فجاز وقفه كوقف السلاح» (١٣٦٩).

ويصح وقف الحلي للبس والعارية لما روى نافع أن حفصة ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً حبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته. رواه الخلال. ولا يصح وقف مطعموم ومشروب غير الماء فيصح وقفه. ويصح وقف المشاع من عين يصح وقفها.

١١٢٩٩ - ثانياً: عند الحنفية (١٣٦٧):

يشترط في الموقوف أن يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار، فلا يجوز وقف المنقول مقصوداً، وإنما يجوز تبعاً للعقار كوقف الضيعة بيقرها، أو كان المنقول مما جرت العادة بوقفه كوقف المرء والقُدوم لحفر القبور، ووقف المرجل لتسخين الماء.

(١٣٦٦٧) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٢٧٦.

(١٣٦٦٨) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٣-٤٤١. (١٣٦٦٩) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٣-٤٤١.

(١٣٦٧٠) «البدائع» ج ٢، ص ٢٢٠، «الدر المختار» ج ٤، ص ٣٦٣-٣٦٤.

«قانون العدل والإنصاف لحل مشكلات الأوقاف» تأليف محمد قدري باشا، المادة (٦٥).

ويجوز وقف الأشجار استحساناً لتعامل الناس بذلك، وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن.

ويجوز وقف السلاح والكرع في سبيل الله تعالى وهذا عند أبي يوسف ومحمد كما يجوز عندهما بيع ما هرم من الكراع أو صار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله. وإنما جاز وقف الكراع والسلاح لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أما خالد فقد احتبس أكرعاً وأفراساً في سبيل الله» كما يجوز عندهما - أبي يوسف ومحمد - وقف الكتب.

ويجوز عند الإمام زفر وقف الدراهم والدنانير، وكذلك يجوز عند الإمام محمد إذا جرى بذلك التعامل، أي بوقف الدراهم والدنانير فيجزي إقراض المحتاجين من هذه الدراهم والدنانير ويقوم بدلها عند الرد مقامها.

ويجوز عندهم وقف المشاع إلا المسجد والمقبرة فلا يجوز وقفه إلا بعد الفرز.

١١٣٠٠ - ثالثاً: عند الشافعية (١٣٦٧١):

يشترط في الموقوف دوام الانتفاع به مع كونه عيناً معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل ويحصل منها فائدة أو منفعة، والمراد بالفائدة اللبن والثمرة ونحوهما، وبالمنفعة السكن واللبس ونحوهما. ويشترط في المنفعة أن تكون مباحة، فلا يجوز وقف آلات الملاهي. ولا يجوز المطعوم. ويصح وقف المنقول كسرب وسلاح ودواب للغزاة، وحصر وقناديل وبسط وزوالي للمساجد، ويجوز وقف المشاع من عقار ومنقول.

١١٣٠١ - رابعاً: عند المالكية (١٣٦٧٢):

وعند المالكية: يجوز وقف العقار، وكذلك وقف المنقول حيواناً كان أو ثياباً، ويجوز عندهم وقف المشاع. ويجوز وقف النقد للإقراض، وينزل ردّ بدله منزلة بقاء عينه.

١١٣٠٢ - خامساً: عند الظاهرية (١٣٦٧٣):

الوقف جائز في الدور والأراضي بما فيها من الغراس والبناء. ويجوز وقف المصاحف

(١٣٦٧١) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٧٧.

(١٣٦٧٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٤، ص ٧٥-٧٧.

(١٣٦٧٣) «المحلى» لابن حزم، ج ٢، ص ٧٥.

والدفاتر والسلاح والخيل في سبيل الله - عز وجل - في الجهاد فقط لا في غير ذلك. ولا يجوز في شيء غير ما ذكرنا أصلاً.

١١٣٠٣ - سادساً: عند الجعفرية:

يشترط فيه أن يكون معيناً فلا يصح وقف من قال: وقفت فرساً أو داراً ولم يعين. ويصح وقف العقار والأثاث والألات المباحة. وضابطه: كل ما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقاء عينه يصح وقفه. ويصح عندهم وقف المشاع^(١٣٦٤).

١١٣٠٤ - الركن الثالث: الموقوف عليه:

أولاً: مذهب الحنابلة^(١٣٦٥):

يشترط ظهور معنى القرية في الوقف على الموقوف عليه. ويستوي في هذا الشرط وقف المسلم والذمي؛ لأن ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي. والقرية قد تكون على الأديمي كالوقف على الفقراء والمساكين والمجاهدين والعلماء.

ويصح الوقف على الأقارب سواء كانوا مسلمين أو ذميين. وقد تكون القرية على غير آدمي كالمساجد والمدارس وكتابة المصاحف والفقهاء ونحو ذلك. وإذا كان الموقوف عليه شخصاً واحداً أو جهة كمسجد فيشترط أن يكون معيناً مفرداً كزيد مثلاً، فلا يصح الوقف على مجهول كرجل. وكذلك يشترط تعيينه إن كان جهة كمسجد كذا.

ويفهم مما تقدم أن الذمي يجوز له أن يقف مسجداً أو يقف عليه، بل جاء هذا واضحاً في «شرح منتهى الإرادات» في فقه الحنابلة إذ جاء فيه: «الشرط الثاني كون الوقف على برّ مسلماً كان الواقف أو ذمياً كالوقف على المساكين والمساجد والقناطر والأقارب»^(١٣٦٦).

ولكن شيخ الإسلام ابن تيمية قال: «وينبغي أن يشترط في الوقف أن يكون ممن يمكن من تلك القرية، فلو أراد الكافر أن يقف مسجداً منع منه»^(١٣٦٧).

١١٣٠٥ - ولا يصح الوقف على مكروه أو معصية لما فيه المعونة على ذلك، ومن هذا القبيل الذي لا يصح الوقف عليه: وقف الستور وإن لم تكن حريراً لتغطية الأضرحة بها؛ لأنه

(١٣٦٤) (شرائع الإسلام) ج ٢، ص ٢١٢-٢١٣.

(١٣٦٥) (كشف القناع) ج ٢، ص ٤٤٥-٤٤٦، «المغني» ج ٦، ص ٥٨٧-٥٨٨.

(١٣٦٦) (شرح منتهى الإرادات) ج ٢، ص ٤٨٣.

(١٣٦٧) (الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية) ص ١٧١.

ليس بقربة، وكذلك لا يصح الوقف على التنوير على القبر ولا على تبخيره ولا على من يقيم عنده ويخدمه؛ لأن ذلك ليس من البرّ. وكذلك لا يصح الوقف على بناء مسجد على قبر.

١١٣٠٦ - ولا يصح الوقف على الكنائس ومعابد غير المسلمين سواء كان الواقف مسلماً أو غير مسلم لما تقدم من أن ما لا يصح وقفه من المسلم لا يصح من الذمّي. وكذا لا يصح على المغاني وجنس الفسقة ولا على طائفة الأغنياء؛ لأن ذلك ليس من البرّ.

١١٣٠٧ - ويشترط في الموقوف عليه أن يكون ممن يمكن أن يملك؛ لأن الوقف تمليك الغلة، فلا يصح على من لا يملك كالوقف على بهيمة.

وأما الوقف على المساجد ونحوها فهو وقف على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم. وترتب على هذا الشرط عدم جواز الوقف على الميت ولا الوقف على حمل امرأة أصالة، كوقف داره على ما في بطن هذه المرأة؛ لأن الوقف تمليك والحمل في بطن أمه لا يملك.

وكذلك لا يصح الوقف على معدوم كالوقف على من سيولد لفلان، وعلى هذا لا يصح الوقف على من وُلد أو على من سيولد أصالة وإنما يصح الوقف عليهما تبعاً كما في قول الواقف: وقفت داري على أولادي ثم أولادهم أبداً، فأولاده حمل فإن وقفه يشمل كما يشمل من لم يخلق من أولاد أولاده.

١١٣٠٨ - ثانياً: مذهب الشافعية (١٣٦٨):

من شروط الموقوف عليه عندهم إن كان معيناً أن يكون ممن يمكن تملكه في حال الوقف عليه بوجوده في الخارج، وعلى هذا لا يصح الوقف على ولده وهو لا ولد له، ولا على حمل امرأة لعدم صحة تملكه ولا على بهيمة؛ لأنها ليست أهلاً للتملك، وقيل: هو في المعنى وقف على مالكها فيصح.

١١٣٠٩ - ويصح الوقف على الذمي كما يصح على المسلم ولكن بشرط أن لا يظهر فيه قصد معصية، فلو قال: وقفت على خادم الكنيسة لم يصح وقفه لظهور قصده بأن وقفه عليه لكونه خادماً للكنيسة.

وإذا كان الوقف على جهة فيشترط فيها أن تكون جهة برّ وقربة في نظر الإسلام سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً. وعلى هذا لو وقف مسلم أو غير مسلم على كنيسة لم يصح وقفه، ويصح الوقف على مسجد كما يصح على جهة برّ، ولو وقف على جهة لا تظهر فيها القربة صح وقفه

(١٣٦٨) (مغني المحتاج) ج ٢، ص ٣٧٦-٣٨١.

في الأصح كما لو وقف على الأغنياء .

١١٣١٠ - ثالثاً: مذهب المالكية^(١٣٦٧٩):

ويصح عندهم الوقف على معين كزيد أو على جمع بوصف معين كالعلماء والفقراء، أو على جهة كرباط ومسجد.

ويشترط في الجهة أن لا تكون معصية في نظر الشريعة الإسلامية سواء كان الواقف مسلماً أو ذمياً. فقد جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «ويبطل الوقف على معصية كجعل غلته في ثمن خمر أو سلاح لقتال غير جائز. ويدخل فيه وقف الذمي على الكنيسة سواء كان لعبادها أو لمرمتها؛ لأن المذهب خطابهم - أي الكفار - بفروع الشريعة».

ولابن رشد قول ثانٍ حاصله: «إن وقف الكافر على بناء الكنيسة باطل؛ لأنه معصية، وأما على مرمتها - ترميمها - أو على الجرحى والمرضى فيها فالوقف صحيح معمول به».

وعندهم أيضاً بطلان وقف الكافر ولو كان ذمياً على ذي منفعة عامة دينية من جملتها بناؤه مسجداً. ولبطلان القرية الدينية من الكافر ردّ مالك دينار نصرانية حين بعثت به إلى الكعبة.

أما القرب الديوية كبناء قناطر وتسييل ماء ونحوهما فيصح .

١١٣١١ - ويجوز عندهم أن يكون الموقوف عليه غير موجود وقت الوقف كما لو قال: وقفت داري على من سيولد في المستقبل لزيد مثلاً، فيصح الوقف عليه وهو لازم لصغره، فتوقف الغلة إلى أن يوجد فيعطاهما، فإن حصل مانع من موت أو يأس منه رجعت الغلة للواقف أو لورثته.

١١٣١٢ - ويصح الوقف عندهم، على الذمي كما يصح على المسلم، وسواء ظهر من الوقف عليه معنى القرية لكونه فقيراً مثلاً أو لم تظهر كما لو كان غنياً.

١١٣١٣ - رابعاً: مذهب الحنفية:

يشترط في الموقوف عليه إن كان آدمياً ظهور معنى القرية في الوقف عليه ولو من حيث الجملة، وعلى هذا صحّ الوقف على فلان الغني ثم على الفقراء^(١٣٦٨٠) ويجوز عندهم الوقف على الذمي؛ لأنه يجوز التصدق عليه^(١٣٦٨١).

(١٣٦٧٩) «الشرح الصغير» للدردير، ج ٢، ص ٢٩٨-٢٩٩، ٣٠٤، «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج ٤، ص ٧٨-٧٩.

(١٣٦٨٠) «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٣٣٧.

(١٣٦٨١) «المادة ٢٥ من قانون العدل والإنصاف لحلّ مشكلات الأوقاف» للمرحوم قدرى باشا.

وإن كان الموقوف عليه معيناً قد عينه الواقف باسمه فإنه يشترط لصحة الوقف أن يكون الموقوف عليه موجوداً على قيد الحياة عند إنشاء الوقف.

أما إذا كان الموقوف عليهم من غير جهات البرّ ولم يعيّنهم بأسمائهم وأشخاصهم وإنما عيّنهم بأوصافهم، كان يقف على أولاد فلان مثلاً دون تحديد لهم فلا يشترط فيهم أن يكونوا موجودين أحياء عند إنشاء الوقف وإنما يعتبر الموجود منهم وقت إنشاء الوقف ومن سيوجد منهم في المستقبل (١٣٦٨٢).

١١٣١٤ - وإذا كان الموقوف عليه جهة، فلا يشترط فيها أن تكون جهة برّ وقربة في ذاتها في حكم الشرع كالوقف على الفقراء أو على المسجد، فإذا صدر مثل هذا الوقف من مسلم حملنا وقفه على أنه بقصد القرية.

أما بالنسبة للذميّ فإن الشرط في الجهة التي يصح وقفه عليها أن تكون جهة قرية في الشريعة الإسلامية، وفي ديانة الذميّ واعتقاده كالوقف على مسجد بيت المقدس أو على الفقراء، وعلى هذا لا يصح وقفه على الكنيسة؛ لأن هذا الوقف ليس بقربة عندنا وإن كان قرية عندهم، ولكن هذا إذا لم يجعل آخر وقفه للفقراء فإن جعله صح الوقف بجعله للفقراء ابتداءً ولم يكن للكنيسة من وقفه شيء (١٣٦٨٣).

١١٣١٥ - خامساً: مذهب الجعفرية (١٣٦٨٤):

وعندهم: يشترط في الموقوف عليه أن يكون موجوداً معيناً يصح أن يملك وأن لا يكون الوقف عليه محرماً. وعلى هذا، لو وقف على معدوم ابتداءً لم يصح وقفه، كما لو وقف على من سيولد له أو على حمل لم ينفصل، ولكن لو وقف على معدوم تبعاً لموجود فإن الوقف يصح.

١١٣١٦ - ويصح الوقف على الجهات العامة كالمساجد والقناطر لأن الوقف في الحقيقة هو على المسلمين ولكنه مصروف إلى بعض مصالحهم. ولا يصح للمسلمين الوقف على الكنائس والبيع.

١١٣١٧ - الركن الرابع: الصيغة:

ينعقد الوقف بإيجاب من الواقف باللفظ الدال على الوقف، كما ينعقد بالأفعال مع القرائن

(١٣٦٨٢) «الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية» لأستاذنا محمد سلام مذكور، ص ٧٩-٨٠.

(١٣٦٨٣) «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٣٤١.

(١٣٦٨٤) «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٢١٤، «المختصر النافع» ص ١٨٤.

الدالة عليه كمن يبني مسجداً ويأذن للناس بالصلاة فيه، فإنه يصير مسجداً موقوفاً للعبادة والصلاة فيه. ومن القرائن أيضاً أن يخصص أرضاً ويحيطها بسياج ويأذن للناس بالدفن فيها، فإنها تصير بهذا الفعل والإذن بالدفن فيها مقبرة موقوفة (١٣٦٨٥).

١١٣١٨ - ما ينعقد به الوقف من الألفاظ (١٣٦٨٦):

أما انعقاده باللفظ، فألفاظ الوقف، منها الصريحة ومنها الكناية. وألفاظه الصريحة هي: وقفتُ، حبستُ، سبَلْتُ. وعلى هذا فمتى أتى الواقف بواحدة من هذه الألفاظ انعقد الوقف؛ لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس وانضم إليها عرف الشرع بقول النبي ﷺ لعمر - رضي الله عنه -: «إن شئت حبست أصلها وسبَلْتُ ثمرتها».

١١٣١٩ - كما ينعقد الوقف بألفاظ الكناية إذا انضم إليها ما يدل على إرادة الوقف بهذه الألفاظ كما لو قال: تصدقت بداري هذه صدقة موقوفة أو مؤبدة أو لا تباع ولا توهب.

١١٣٢٠ - القبول لانعقاد الوقف (١٣٦٨٧):

ولا يشترط لانعقاد الوقف قبول الموقوف عليه إذا كان الوقف على غير معين، أو على جهة كالمسجد. أما إذا كان على معين، فعند الحنابلة قولان في المذهب كما ذكر ابن قدامة الحنبلي، ولكن المصرح به عند المتأخرين من فقهاء الحنابلة كصاحب «كشاف القناع» عدم اشتراط القبول لانعقاد الوقف، وهو قول المالكية، والقول الأصح عند الشافعية ولكن القبول عندهم شرط لاستحقاقه في غلة الوقف وليس شرطاً لانعقاد الوقف.

وعند الحنفية: القبول شرط لاستحقاق الموقوف عليه المعين غلة الوقف وليس القبول شرطاً لصحة وقوع الوقف، فلو رد الإيجاب ولم يقبل انتقل الاستحقاق في الوقف إلى من يليه.

وعند المالكية: يشترط قبول الموقوف عليه المعين لاستحقاقه غلة الوقف إن كان أهلاً للقبول بأن كان عاقلاً رشيداً وإلا فالعبرة بوليّه، فإن ردّ من هو أهل للقبول أوردّ الولي، فإن الوقف يعتبر صحيحاً ويكون للفقراء.

(١٣٦٨٥) «المغني» ج ٥، ص ٥٤٩، «الشرح الصغير» للدردير، ج ٢، ص ٢٩٥.
(١٣٦٨٦) «المغني» ج ٥، ص ٥٤٧-٥٤٩، «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٧، «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٣، «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٤٣٧ وما بعدها، «الشرح الصغير» للدردير، ج ٢، ص ٣٠٠.
(١٣٦٨٧) المراجع السابقة.

١١٣٢١ - شروط الصيغة:

يشترط في الصيغة التي ينشأ بها الوقف: أن تكون جازمة على إرادة الوقف وإنشائه وأن تكون منجزة ودالة على تأييد الوقف وتعيين مصرفه وخالية من الشروط المانعة لمقتضى الوقف. ونتكلم فيما يلي عن هذه الشروط بإيجاز:

١١٣٢٢ - الشرط الأول: أن تكون الصيغة جازمة:

فإذا كانت صيغة الوقف وعداً بالوقف لم تكن صالحة لإنشاء الوقف كما لو قال: سوف أقف دارى على الفقراء. أما أثر خيار الشرط إذا اقترن بالصيغة، كما لو قال: وقفت دارى ولي الخيار ثلاثة أيام، ففيه خلاف بين الفقهاء نوجزه في الآتي:

١١٣٢٣ - أولاً: مذهب الحنفية:

جاء في «المبسوط» للسرخسي: «ولو شرط - أي الواقف - الخيار لنفسه ثلاثة أيام في الوقف فعلى قول أبي يوسف: الوقف جائز والشرط جائز. وقال هلال بن يحيى: الوقف باطل، وهو قول محمد. وقال يوسف بن خالد السمني: الوقف جائز والشرط باطل» (١٣٦٨٨). وهذا الخلاف بين الحنفية في غير المسجد، أما في المسجد فالوقف صحيح والشرط باطل (١٣٦٨٩).

١١٣٢٤ - ثانياً: مذهب الشافعية والحنابلة:

يبطل الوقف بشرط الخيار، فقد جاء في «متن المنهاج ومغني المحتاج»: «ولو وقف بشرط الخيار لنفسه في إمضاء الوقف والرجوع فيه بطل الوقف على الصحيح. ومقابل الصحيح يصح الوقف ويلغو الشرط» (١٣٦٩٠). وهو قول الحنابلة، فلا يصح عندهم الوقف بشرط الخيار (١٣٦٩١).

١١٣٢٥ - ثالثاً: مذهب المالكية:

والظاهر، كما يبدو لي، صحة الصيغة بشرط الخيار؛ لأنهم أجازوها بالتعليق فقالوا: يصح الوقف بقوله: «إن ملكت دار فلان فهي وقف» وبقوله: «ما بنيت في المحلّ الفلاني فهو وقف، ثم بنى فيه فيلزمه ما التزمه ولا يحتاج إلى إنشاء وقف لذلك» (١٣٦٩٢). فإذا جاز الوقف عندهم بهذه

(١٣٦٨٨) «المبسوط» ج ١٢، ص ٤٢. (١٣٦٨٩) «المبسوط» ج ١٢، ص ٤٢.

(١٣٦٩٠) «متن المنهاج ومغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٥.

(١٣٦٩١) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٦، «شرح منتهى الإرادات» ج ٢، ص ٤٨٩.

(١٣٦٩٢) «الشرح الكبير» للردديري، و«حاشية الدسوقي» ج ٢، ص ٧٥-٧٦.

الصيغ فجاوزها بشرط الخيار أولى .

١١٣٢٦ - الشرط الثاني: أن تكون الصيغة منجزة:

يشترط لانعقاد الوقف أن تكون صيغته منجزة كأن يقول: داري هذه موقوفة على الفقراء. فإن كانت معلقة كما لو قال: داري هذه موقوفة على الفقراء إن جاء فلان من سفره، أو كانت مضافة إلى المستقبل كأن قال: داري هذه موقوفة على الفقراء في أول الشهر القادم، لم يصح الوقف في الصورتين؛ لأن الصيغة غير منجزة.

وبهذا قال الحنفية والحنابلة والشافعية والجعفرية، واستثنوا الوقف المضاف إلى ما بعد الموت أو المعلق على الموت، فهذا الوقف صحيح باعتباره وصية بالوقف، فتجري عليه أحكام الوصية (١٣٦٩٣).

وأجاز المالكية الوقف بالصيغة المعلقة أو المضافة إلى المستقبل فقالوا: لا يشترط في الوقف التنجيز كالمعتق كما لو قال: إذا جاء الشهر الفلاني، أو إذا حضر فلان فداري وقف على كذا، فيلزم إذا جاء الأجل. (١٣٦٩٤).

١١٣٢٧ - الشرط الثالث: التأيد:

اشترط جمهور الفقهاء التأيد في صيغة الوقف، فلا يصح عندهم الوقف المؤقت كأن يقول: وقفت داري على فلان لمدة سنة (١٣٦٩٥).

وأجاز المالكية توقيت الوقف، وبالتالي أجازوا الصيغة المؤقتة لإنشاء الوقف فقالوا: «ولا يشترط فيه - أي في الوقف - التأيد، بل يجوز وقفه سنة أو أكثر لأجل معلوم ثم يرجع ملكاً له أو لغيره» (١٣٦٩٦).

(١٣٦٩٣) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٦، «قانون العدل والإنصاف» للمرحوم قدرى باشا، المادة السادسة، «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٥، «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٢١٦-٢١٧.

(١٣٦٩٤) «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج ٤، ص ٨٧.

(١٣٦٩٥) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٦، «نهاية المحتاج» ج ٥، ص ٣٧٠، «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤،

ص ٣٤٨، «قانون العدل والإنصاف»، المادة السادسة، «المحلى» ج ٩، ص ١٨٣، «شرائع الإسلام»

ج ٢، ص ٢١٦.

(١٣٦٩٦) «الشرح الصغير» للدردير، ج ٢، ص ٣٠٠، «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج ٤، ص ٨٧.

١١٣٢٨ - هل يشترط ذكر التأييد في الصيغة؟

ولكن هل يشترط ذكر التأييد في الصيغة أم الشرط عدم التوقيت فقط، ولا يشترط ذكر التأييد نصاً؟ اختلاف بين الفقهاء:

١١٣٢٩ - عند الحنفية، اختلاف، فالإمام محمد بن الحسن يشترط ذكر التأييد في الصيغة. وعند أبي يوسف ليس ذكر التأييد في الصيغة شرطاً، بل يكفي خلو الصيغة من التوقيت؛ لأن لفظ (الوقف) أو (الصدقة) منبئة عنه، - أي عن التأييد لما بيننا من أن الوقف إزالة الملك بدون التمليك فهو كالتعق (١٣٦٩٧).

١١٣٣٠ - والفقهاء الآخرون كالشافعية وافقوا أبا يوسف - رحمه الله - في عدم اشتراط ذكر التأييد في صيغة الوقف، وأن الشرط خلوها من التوقيت (١٣٦٩٨).

ويبدو أن هذا أيضاً مذهب الحنابلة فإنهم اشتراطوا عدم توقيت الصيغة، ولم يشترطوا ذكر التأييد فيها.

١١٣٣١ - الشرط الرابع: بيان مصرف الوقف:

وهل يشترط لصحة الوقف بيان مصرف الوقف في الصيغة، أي بيان الجهة التي يصرف عليها غلة الوقف؟

أ - عند الشافعية: لا يصح الوقف إذا لم يرد في الصيغة مصرف الوقف، فقد قالوا: «ولو اقتصر على قوله: وقفت كذا ولم يذكر مصرفه، فالأظهر بطلانه لعدم ذكر مصرفه» (١٣٦٩٩).

ب - وعند الحنابلة، كما جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «فإن قال: وقفت هذا، وسكت، أو قال: صدقة موقوفة ولم يذكر سبيله، فلا نص فيه. وقال ابن حامد: يصح الوقف. قال القاضي: هو قياس قول أحمد فإنه قال في النذر المطلق: يتعقد موجباً لكفارة يمين؛ لأنه إزالة ملك على وجه القرية، فوجب أن يصح مطلقاً كالأضحية والوصية. وإذا صح صرف إلى مصارف الوقف المنقطع بعد انقراض الموقوف عليه» (١٣٧٠٠).

ج - وعند الحنفية، كما جاء في «فتح القدير»: «أو قال: موقوفة فقط لا تصح إلا عند أبي يوسف، فإنه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وفقاً على الفقهاء، وهو قول عثمان البتي. قال الصدر

(١٣٦٩٧) «الهداية وفتح القدير» ج ٥، ص ٤٨، «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٣٤٩.

(١٣٦٩٨) «نهاية المحتاج» ج ٥، ص ٣٧٠.

(١٣٦٩٩) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٤. (١٣٧٠٠) «المغني» ج ٦، ص ٥٧٠.

الشهيد: ومشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف، ونحن نفتي بقوله أيضاً لمكان العرف» (١٣٧٠١).

د- وقال المالكية: «ولا يشترط التنجيز، ولا التأيد، ولا تعيين مصرفه - أي مصرف الوقف -، وصرف في غالب مصرفه وإلا فالفقهاء».

وجاء في «شرح المواق» تعقيباً على ما ذكرناه نقلاً عن «مختصر خليل»: «أما لفظة الحبس المبهم كقوله: داري حبس - أي وقف -، فلا خلاف أنها وقف مؤبد ولا ترجع ملكاً وتصرف عند مالك في الفقهاء والمساكين، وإن كان في الموضع عرف للوجوه التي توضع فيها الأحباس - أي الأوقاف - وتجعل لها حملت عليه أي على هذا العرف في معرفة مصرف هذا الوقف» (١٣٧٠٢).

١١٣٣٢ - قبض الموقوف لانعقاد الوقف وتمامه:

وإذا توافرت الشروط المطلوبة في الواقف والموقوف والموقوف عليه والصيغة، فهل انعقد الوقف ويتم بذلك، أم لا بدّ لتمامه من قبض الموقوف؟ ومن الذي يقبضه إن كان لا بدّ لتمامه من القبض؟

اختلف الفقهاء على قولين:

١١٣٣٣ - القول الأول: يشترط القبض لتمام الوقف:

فالقَبْضُ شرط لتمام الوقف، وهذا رواية عن الإمام أحمد بن حنبل اختارها ابن أبي موسى وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وهو مذهب الجعفرية، وكذلك هو مذهب المالكية على تفصيل في مدة حيازة الموقوف بعد قبضه (١٣٧٠٣).

أما كيفية تسليم الموقوف وتسلمه ومن يتسلمه، فتسليم كل وقف بما يناسبه ويليق به، ففي المسجد يكون التسليم بإفرازه وبالصلاة فيه بعد الإذن للعامّة بالصلاة فيه جماعة على رأي محمد. وفي غير المسجد يكون التسليم بنصب متولي وتسليم الموقوف إليه.

وإذا كان الوقف على أشخاص بأعيانهم فيكون تسليم الوقف إليهم.

(١٣٧٠١) «فتح القدير وشرح الهداية» ج ٥، ص ٣٩.

(١٣٧٠٢) «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق، ج ٦، ص ٣٢.

(١٣٧٠٣) «المغني» ج ٥، ص ٥٤٧، «الهداية وفتح القدير» ج ٥، ص ٤٠، «الدر المختار» ج ٤، ص ٣٤٨-٣٤٩،

«الشرح الكبير» للدردير، ج ٤، ص ٧٩-٨٠، «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٢١٦-٢١٧.

وفي المقبرة يتم التسليم وصيرورة المقبرة وفقاً بدفن واحد فصاعداً بإذن الواقف (١٣٧٠٤).

١١٣٣٤ - القول الثاني: القبض ليس بشرط لتمام الوقف:

لا يشترط لانعقاد الوقف وتماحه إقباضه وتسليمه إلى الموقوف عليه، أو إلى المتولى عليه، جاء في «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «... ويلزم الوقف بمجرد اللفظ به؛ لأن الوقف يحصل به». وعن أحمد رواية أخرى: لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الواقف له عن يده.

وقال ابن قدامة محتجاً لظاهر مذهب الحنابلة: «ولنا ما روينا من حديث عمر؛ ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة والميراث، فلزم بمجرد كالتق» (١٣٧٠٥).

وهذا قول أبي يوسف من الحنفية وبه يفتى لأنه أحوط وأسهل (١٣٧٠٦). وهو قول الشافعية (١٣٧٠٧).

١١٣٣٥ - الشروط في الواقف:

قد يقرن الواقف في إيجابه بعض الشروط، فما أثر هذه الشروط التي يقرنها الواقف في صيغة وقفه من جهة انعقاد الوقف وصحته ولزوم الوفاء بهذه الشروط أو بطلانها؟

والجواب: أن هناك قواعد تحكم هذه الشروط من جهة اعتبارها وبطلانها، ومن جهة أثرها في انعقاد العقد وصحته، ونذكرها فيما يلي:

١١٣٣٦ - القاعدة الأولى في الشروط الباطلة:

إذا كان من شأن الشروط المقترنة بصيغة الوقف الإخلال بأصل الوقف وأنها تنافي مقتضاه كأن يشترط الواقف بيع الوقف متى شاء، كان هذا الشرط باطلاً، ويبطل معه الوقف أيضاً عند الجمهور إلا في وقف المسجد حيث يبطل الشرط وحده ويصح الوقف.

وعند الظاهرية: يبطل الشرط الباطل وحده فقط ويصح الوقف مطلقاً، أي سواء كان في وقف مسجد أو غيره.

١١٣٣٧ - من أقوال الجمهور في الشروط الباطلة:

أ - في فقه الحنفية، جاء في «الدر المختار»: «ولا ذكر معه اشتراط بيعه وصرف ثمنه

(١٣٧٠٤) «المبسوط» ج ١٢، ص ٣٤، «الدر المختار ورد المختار» ج ٤، ص ٣٤٨.

(١٣٧٠٥) «المغني» ج ٦، ص ٥٤٦-٥٤٧.

(١٣٧٠٦) «المبسوط» ج ١٢، ص ٣٤-٣٥، «الدر المختار ورد المختار» ج ٤، ص ٣٤٩-٣٥١.

(١٣٧٠٧) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٣.

لحاجته، فإن ذكره بطل وقفه».

وفي «رد المحتار» تعليقاً على هذا القول: «وهذا في غير المسجد، أما في المسجد، لو اشترط إبطاله أو بيعه صح - أي وقف المسجد - وبطل الشرط» (١٣٧٠٨).

ب - وفي فقه الشافعية قولهم: «والأصل فيها أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف» (١٣٧٠٩).

ج - وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه ينافي مقتضى الوقف» (١٣٧١٠).

١١٣٣٨ - قول الظاهرية في الشروط الباطلة:

قال ابن حزم الظاهري: «ومن حبس - وقف - وشرط أن يباع إن احتجج إليه صح الحبس لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى وبطل الشرط؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى» (١٣٧١١).

١١٣٣٩ - القاعدة الثانية في الشروط الجائزة:

الشروط الجائزة المقترنة بصيغة الوقف هي التي لا تخل بأصل الوقف ولا تنافي مقتضاه، ولا تخالف نصاً شرعياً، ولا تلحق ضرراً بالوقف، ولا بالمستحقين منه. فهذه الشروط كقاعدة عامة تراعى وتعتبر ولا تجوز مخالفتها، كما لو اشترط تقديم عمارة الوقف على تقسيم الغلة على المستحقين.

جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «واتبع وجوباً شرطه - أي شرط الواقف إن جاز شرعاً - كشرط ابتداء فلان بكذا من غلته أو إعطائه كذا كل شهر مثلاً، فيعطى ذلك مقدماً على غيره» (١٣٧١٢).

١١٣٤٠ - القاعدة الثالثة: الشروط المخالفة للشرع:

وإذا كان الشرط مخالفاً للشرع أو من شأنه الإضرار بالوقف أو بالمستحقين، فالقاعدة في هذه الشروط عدم العمل بالشرط في هذه الشروط، بل يخالف كما لو اشترط الواقف عدم

(١٣٧٠٨) «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٣٤٢. (١٣٧٠٩) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٦.

(١٣٧١٠) «المغني» ج ٥، ص ٥٥٢. (١٣٧١١) «المحلى» ج ٩، ص ١٨٣.

(١٣٧١٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٤، ص ٨٩.

محاسبة متولي الوقف عما صدر منه بشأن الوقف مهما كان الصادر عنه ولو كان مضرراً بالوقف، فهذا شرط غير مقبول (١٣٧١٣).

١١٣٤١ - مخالفة شرط الواقف للمصلحة:

قلنا: إن القاعدة في الشروط الجائزة مراعاتها وعدم مخالفتها، ولكن إذا ظهرت حاجة أو مصلحة مشروعة للمخالفة، جازت مخالفة شرط الواقف للمصلحة، وقد أشار الفقهاء إلى جواز المخالفة في هذه الحالة، فمن ذلك:

١١٣٤٢ - أولاً: عند الحنفية:

أ - إذا اشترط الواقف عدم استبدال الوقف، فإذا ظهرت الحاجة إلى الاستبدال كأن يصير الموقوف بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً أو لا يكفي بمؤونته، فاستبداله يجوز ولو اشترط الواقف عدم استبداله، ولكن يجب أن يكون الاستبدال بإذن القاضي (١٣٧١٤).

ب - ومن أمثلة مخالفة شرط الواقف للمصلحة ما ذكره ابن عابدين (١٣٧١٥):

فلو شرط أن القاضي لا يعزل ناظر الوقف، فللقاضي عزل الناظر غير الصالح لتولية الوقف.

ولو شرط أن لا يؤجر وقفه أكثر من سنة، جاز إيجاره لأكثر من سنة إذا كان هذا أنفع للفقراء، أو كان الناس لا يستأجرون لسنة واحدة، بل يريدون الإيجار لأكثر من سنة، جازت مخالفة شرط الواقف ولكن بإذن القاضي، وتجوز الزيادة على ما اشترطه من عطاء للإمام ونحوه من مستخدمي المسجد والقائمين بخدمته إذا كان ما حدده الواقف لهم من عطاء لا يكفيهم.

ولو شرط للمستحقين خبزاً ولحمياً جاز للقيم أو المتولي على الوقف دفع القيمة إذا رغبوا في ذلك رعاية لمصلحتهم.

١١٣٤٣ - ثانياً: عند الحنابلة:

في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «ويجب العمل به - أي بشرط الواقف في عدم إيجار السوقف وفي قدر المدة، فإذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة لم تجز الزيادة عليها لكن عند الضرورة يزداد بحسبها» (١٣٧١٦).

(١٣٧١٣) «الدر المختار ورد المختار» ج ٥، ص ٣٨٨-٣٨٩.

(١٣٧١٤) «رد المختار» لابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.

(١٣٧١٥) «رد المختار» لابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٧. (١٣٧١٦) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٥١.

١١٣٤٤ - ثالثاً: عند الشافعية:

قالوا: إذا وقف بشرط أن لا يؤجر أكثر من سنة اتبع شرطه إلا إذا وجدت ضرورة لعمارتها جاز إيجاره لمدة أكثر من سنة لتعميره ببدل إيجاره؛ لأن المنع من ذلك في هذه الحالة يفضي إلى تعطيله (١٣٧١٧).

١١٣٤٥ - رابعاً: عند المالكية:

قالوا: يخالف شرط الواقف إذا كان فيه مشابهة لعمل الجاهلية مما يجعله مخالفاً للشرع بسبب هذه المشابهة، أو كان فيه ضرر بالوقف.

فمن الأول ما جاء في «الشرح الكبير» للدردير: «وبطل - أي الوقف - على بنيه دون بناته لصلبه، وعلل بأنه يشبه فعل الجاهلية من حرمان البنات من إرث أبيهن، ورجح بعضهم الكراهة فيمضى، وهو رأي ابن القاسم وعليه العمل».

وقال الدسوقي تعليقاً على هذا القول: «قوله: أو على بنيه دون بناته، أي: إذا أخرجهن ابتداءً أو بعد تزوجهن بأن وقف على بنيه وبناته جميعاً وشرط أن من تزوجت من بناته فلا حق لها في الوقف وتخرج منه ولا تعود له ولو تأيمت. وأما لو شرط أن من تزوجت من البنات فلا حق لها إلا أن تتأيم، فإنه يرجع لها الحق فيه كان الوقف صحيحاً» (١٣٧١٨).

١١٣٤٦ - ومن أمثلة النوع الثاني من الشروط التي في اتباعها ضرر بالوقف كما لو شرط الواقف أنه يبدأ من غلته بمنافع أهله ويترك إصلاح ما تهدم منه أو يترك الإنفاق عليه إذا كان حيواناً، قال المالكية: بطل شرطه وتجب البداءة بمرمته والنفقة عليه من غلته (١٣٧١٩).

١١٣٤٧ - خامساً: عند الظاهرية:

وعندهم: يغير شرط الواقف إذا لم يرد بجوازه نص أو كان النص يخالفه، فقد جاء في «المحلى» لابن حزم الظاهري: «والتسوية بين الولد فرض في الحبس لقول رسول الله ﷺ: «اعدلوا بين أبنائكم»، فإن خص به بعض بنيه فالحبس (أي الوقف) صحيح ويدخل سائر الولد في الغلة والسكن مع الذي خصه» (١٣٧٢٠).

(١٣٧١٧) «متن المنهاج ومغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٥.

(١٣٧١٨) «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج ٤، ص ٧٩.

(١٣٧١٩) «الشرح الكبير» للدردير، و«حاشية الدسوقي» ج ٤، ص ٩٠.

(١٣٧٢٠) «المحلى» ج ٩، ص ١٨.

١١٣٤٨ - سادساً: قول شيخ الإسلام ابن تيمية:

«ولا يلزم الوفاء بشرط الواقف إلا إذا كان مستحباً خاصة، وهو ظاهر المذهب أخذاً من قول أحمد في اعتبار القرية في أصل الجهة الموقوف عليها. وإذا شَرَطَ في استحقات ريع الوقف العزوبة، فالمتأهل أحق من العزب إذا استويا في الصفات».

وقال ابن تيمية - رحمه الله -: «ويجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه، وإن اختلف ذلك باختلاف الزمان والمكان، حتى لو وقف على الفقهاء والصوفية واحتاج الناس إلى الجهاد صرف إلى الجند» (١٣٧٢).

١١٣٤٩ - معنى قولهم: شرط الواقف كنص الشارع:

الفقهاء وهم يتكلمون على شروط الواقفين ووجوب مراعاتها، يذكرون غالباً القول المشهور: «شرط الواقف كنص الشارع» فما معنى هذا القول؟ ذهب بعض الفقهاء إلى أن المقصود بقولهم: «كنص الشارع» أي في فهمه ودلالته ووجوب العمل به، فقد جاء في «الدر المختار ورد المحتار»: «قولهم: شرط الواقف كنص الشارع» أي في الفهم والدلالة ووجوب العمل به» (١٣٧٢).

١١٣٥٠ - وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله تعالى -: «وقول الفقهاء: «نصوص الواقف كنصوص الشارع» يعني في الفهم والدلالة لا في وجوب العمل. مع أن التحقيق أن لفظ الواقف والموصي والناذر والحالف وكل عاقد يحمل على مذهبه وعادته في خطابه بلغته التي يتكلم بها، وافق لغة العرب أو لغة الشارع أو لا» (١٣٧٣).

١١٣٥١ - الوقف على النفس والأولاد:

كثيراً ما يكون وقف الواقف على نفسه، ثم من بعده على أولاده، ثم على جهة بر لا تنقطع، فهل يصح الوقف ابتداءً على نفس الواقف؟ وما هي ضوابط الوقف على الأولاد من حيث معرفة استحقاتهم في الوقف وأنصبتهم فيه؟ هذا ما نبينه في الفقرات التالية:

(١٣٧٢١) «الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية» ص ١٧٥-١٧٦، «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٥٣.

(١٣٧٢٢) «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٤٣٣-٤٣٤.

(١٣٧٢٣) «الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية» ص ١٧٦.

١١٣٥٢ - معنى الوقف على النفس :

المراد من الوقف على النفس، وقف الواقف على نفسه، أي جعل الواقف غلّة وقفه كلها أو بعضها لنفسه ما دام حياً، ثم من بعده إلى الجهة التي يعينها، كأن يقول الواقف: وقفت هذه الدار على نفسي ثم من بعدي على الفقراء. أو يقول: وقفت هذه الدار على الفقراء بشرط أن تكون غلّتها لي ما دمت حياً. أو يقول: وقفت هذه الدار على المسجد الفلاني بشرط أن يكون مصرف غلّته على نفسي.

١١٣٥٣ - أولاً: مذهب الحنفية:

أجاز أبو يوسف الوقف على النفس وعليه الفتوى في مذهب أبي حنيفة^(١٣٧٢٤)، وفي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «رجل قال: أرضي صدقة موقوفة على نفسي. يجوز هذا الوقف على المختار، كذا في «خزانة المفتين».. ولو قال: وقفت على نفسي ثم من بعدي على فلان ثم على الفقراء، جاز عند أبي يوسف كذا في «الحاوي»^(١٣٧٢٥).

وفي «الفتاوى الهندية» أيضاً: «وفي «الذخيرة»: إذا وقف أرضاً أو شيئاً آخر وشرط الكل لنفسه أو شرط البعض لنفسه ما دام حياً وبعده للفقراء، قال أبو يوسف - رحمه الله تعالى -: الوقف صحيح، ومشايخ بلخ - رحمهم الله تعالى - أخذوا بقول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - والفتوى عليه ترغيباً للناس في الوقف»^(١٣٧٢٦).

١١٣٥٤ - ثانياً: مذهب الشافعية:

وعند الشافعية: لا يصح وقف الإنسان على نفسه في الأصح في مذهبهم بحجة تعذر تملك الإنسان ملكه لنفسه؛ لأنه حاصل، وتحصيل الحاصل محال.

وعندهم قول في المذهب مقابل للقول الأول، وهو صحة وقف الإنسان على نفسه بحجة أن استحقاق الشيء على سبيل الوقف غير استحقاقه ملكاً^(١٣٧٢٧).

(١٣٧٢٤) «المبسوط» ج ١٣، ص ٤١، «الهداية وفتح القدير» ج ٥، ص ٥٦.

(١٣٧٢٥) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٧١.

(١٣٧٢٦) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٩٧-٣٩٨.

(١٣٧٢٧) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٠، «نهاية المحتاج» ج ٥، ص ٣٦٤.

١١٣٥٥ - ثالثاً: مذهب الحنابلة:

وعندهم: إذا اشترط الواقف في الوقف أن ينفق منه على نفسه صح الوقف والشرط (١٣٧٢٨)، ولو وقف على نفسه ثم على المساكين ففيه روايتان: (إحدهما): لا يصح الوقف.

(والثانية): الوقف صحيح. وقال ابن عقيل في هذه الرواية: إنها هي الأصح لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه، فإن الوقف يصح مع الشرط؛ لأنه يصح أن يقف وقفاً عاماً فينتفع به كذلك إذا خصّ نفسه بانتفاعه (١٣٧٢٩).

ويؤيد الرواية الثانية في مذهبهم قولهم: وإن وقف الإنسان على غيره كأولاده أو مسجد واستثنى كل الغلة له أي لنفسه، صح الوقف والشرط (١٣٧٣٠).

وفي «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولا يصح وقف الإنسان على نفسه عند الأكثر، وعن الإمام أحمد: يصح الوقف على النفس. قال في «الإنصاف»: عليها العمل في زماننا وقبله عند حكامنا من أزمته متطاولة، وهو الصواب وفيه مصلحة عظيمة وترغيب في فعل الخير، وهو من محاسن المذهب» (١٣٧٣١).

١١٣٥٦ - رابعاً: مذهب المالكية:

وعند المالكية: لا يصح الوقف على النفس فقد قالوا: «وبطل الوقف على معصية، أو على نفسه، سواء كان على نفس الواقف فقط أو مع غيره» (١٣٧٣٢).

١١٣٥٧ - خامساً: مذهب الجعفرية:

لا يصح وقف الشخص على نفسه، وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره. وقيل: يبطل في حق نفسه ويصح في حق غيره، والأول أشبه (١٣٧٣٣).

١١٣٥٨ - سادساً: مذهب الظاهرية:

وعندهم: يجوز للشخص أن يقف على نفسه، فقد جاء في «المحلى» لابن حزم

(١٣٧٢٨) «المغني» ج ٥، ص ٥٥٠.

(١٣٧٣٠) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٤.

(١٣٧٣٢) «الشرح الكبير» للدردير، ج ٤، ص ٨٠، «التاج والإكليل على مختصر خليل» ج ٦، ص ٢٣-٢٥.

(١٣٧٣٣) «شرائع الإسلام» ج ٢، ص ٢١٧.

الظاهري: «وجائز للمرء أن يحبس على من أحب أو على نفسه ثم على من يشاء» (١٣٧٢٤).
واحتج ابن حزم لمذهبه - مذهب الظاهرية - بقوله ﷺ: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها». وقوله
ﷺ لعمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: «تصدق بالثمرة». فصحح بهذا جواز صدقته على نفسه
وعلى من شاء (١٣٧٣٥).

١١٣٥٩ - القول الراجح:

والراجح قول المجيزين لوقف الإنسان على نفسه سواء وقف على نفسه كل غلة الوقف أو بعضها، وسواء أفرد نفسه بهذا الوقف أم أشرك غيره معه بالانتفاع لما احتج به المجيزون؛ ولأن في هذا الجواز ترغيباً في الوقف.

١١٣٦٠ - الوقف على الأولاد:

يجوز الوقف على الأولاد كأن يقول الواقف: وقفت هذه الدار على نفسي، ثم على أولادي من بعدي. أو يقول ابتداءً: وقفت هذه الدار على أولادي، ثم على جهة البرّ الفلانية. ولكن هل يجوز التفاضل في الاستحقاق بين الأولاد حسب شرط الواقف كأن يساوي بين الذكور والإناث من أولاده في استحقاق غلة الوقف؟

١١٣٦١ - التفاضل والمساواة بين الأولاد:

لو قال: وقفت هذه الدار على أولادي وأولاد أولادي على أن للذكر مثل حظ الأنثيين، أو قال: على أن للأنثى مثل نصيب الذكر، أو قال: على أن يكون للأنثى ضعف ما للذكر، مفاضلاً بينهم أو مساوياً الاستحقاق من غلة الوقف، فكل هذا يجوز ويثبت الاستحقاق لهم وفقاً لشرط الواقف، وبمقدار ما حدده لهم من أنصبة في غلة الوقف، وبهذا صرح صاحب «المغني» ابن قدامة الحنبلي وغيره من فقهاء الحنابلة، ولم يذكروا خلافاً (١٣٧٣٦).

١١٣٦٢ - ولكن المستحب أن يجعل الواقف وقفه على أولاده - إذا أراد الوقف عليهم - على حسب قسمة الله تعالى للميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن خالف في ذلك كما لو سوى بين الذكر والأنثى، أو فضلها عليه، أو فضل بعض البنين أو البنات على بعض في الاستحقاق ومقداره في غلة الوقف، فقد قال الإمام أحمد بن حنبل في رواية محمد بن الحكم:

(١٣٧٣٤) «المحلى» ج ٩، ص ١٧٥.

(١٣٧٣٥) «المحلى» ج ٩، ص ١٨٢.

(١٣٧٣٦) «المغني» ج ٥، ص ٥٦٣، «كشف القناع» ج ٢، ص ٥٤٢.

إن كان ذلك على طريق الأثرة، فأكرهه. وإن كان على أن بعضهم له عيال وبه حاجة فلا بأس به (١٣٧٣).

١١٣٦٢ - كيفية معرفة الأولاد المستحقين للوقف وأنصبتهم:

إن معرفة الأولاد المستحقين في غلّة الوقف، وكذلك معرفة أنصبتهم، فذلك كله يعرف بموجب ما اشترطه الواقف وبما تدل عليه صيغة الوقف حسب قواعد تفسير النصوص وألفاظ العاقدين وصيغ عقودهم وتصرفاتهم.

ونذكر فيما يلي بعضاً من هذه القواعد التي يسترشد بها في تفسير ألفاظ الواقفين وصيغ الوقف التي تصدر عنهم، ليعرف بها من يستحق من الأولاد من غلّة الوقف ومن لا يستحق، وما مقدار نصيب المستحقين.

١١٣٦٣ - أولاً: إذا قال: وقفت على أولادي:

إذا قال الواقف: وقفت على أولادي، أو على ولدي، أو على ولد فلان، ثم من بعد هؤلاء على الفقراء، فقد روي عن الإمام أحمد بن حنبل ما يدل على أنه يكون وقفاً على أولاده وأولاد أولاده من الأولاد البنين فلا يدخل في الوقف أولاد البنات إلا إذا وجدت قرينة تدل على ذلك.

وقال القاضي الحنبلي وأصحابه: لا يدخل في هذه الصيغة ولد الولد، سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات؛ لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو الولد الصلبي، وإنما يسمى ولد الولد ولداً على سبيل المجاز، وهذا مذهب الشافعية على القول الأصح عندهم.

وهذا الخلاف فيما إذا أمكن حمل اللفظ «الولد» على الحقيقة - أي على الولد الصلبي - بأن كان للواقف أولاد صلبيون وله أيضاً أحفاد، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصير إلى المجاز كما لو كان للواقف أحفاد - أولاد أبناء -، فقط، فإن هؤلاء يدخلون في الوقف، بل ويعتبرون هم الموقوف عليهم (١٣٧٣).

وإذا كان الحفيد - ولد الابن - يستحق غلّة الوقف عند عدم وجود الولد الصلبي، فإن هذا الاستحقاق يقف إذا وجد الولد الصلبي، ففي «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «رجل قال: أرضي هذه صدقة موقوفة على ولدي، كانت لولد صلبيه يستوي فيه الذكر والأنثى، ولا يصرف إلى ولد الولد شيء. وإن لم يكن له وقت الوقف ولد لصلبة، وله ولد الابن كانت الغلّة لولد

(١٣٧٣٧) «كشاف القناع» ج ٥، ص ٥٦٣-٥٦٤.

(١٣٧٣٨) «المغني» ج ٥، ص ٥٥٤-٥٥٥، «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٧.

الابن لا يشاركه في ذلك من دونه من البطون، ولا يدخل فيه ولد البنت في ظاهر الرواية. فإن حدث له ولد لصلبه بعد ذلك صرفت الغلة المستقبلية إلى الولد لصلبه» (١٣٧٣٩).

١١٣٦٤ - ثانياً: إذا قال: وقفت على أولادي وأولادهم ونسلهم:

وإذا قال الواقف: وقفت هذه الدار على أولادي وأولاد أولادي ونسلهم دخل في الوقف أولاد البنين بغير خلاف. أما ولد البنات، فقد قال الفقيه الخرقى الحنبلي في «مختصره»: لا يدخلون في الوقف، وهذا قول مالك ومحمد بن الحسن.

وقال بعض الحنابلة: يدخل في الوقف بالصيغة المذكورة: ولد البنات وهو مذهب الشافعي وأبي يوسف؛ لأن البنات أولاده وأولادهن أولاد حقيقة، فيجب أن يدخلوا في الوقف لتناول اللفظ لهم (١٣٧٤٠).

وفي «مغني المحتاج» في فقه الشافعية: «ويدخل أولاد البنات في الوقف على الذرية وعلى النسل وعلى العقب وعلى أولاد الأولاد لصدق اللفظ بهم إلا أن يقول: على من ينسب إليّ منهم - أي من أولاد الأولاد -، فلا يدخل أولاد البنات؛ لأنهم لا ينسبون إليه بل إلى آبائهم» (١٣٧٤١).

١١٣٦٥ - ثالثاً: إذا قال وقفت على ولدي وولد ولدي:

إذا قال الواقف: وقفت هذه الدار على ولدي وولد ولدي. أو قال: على أولادي وأولاد أولادي. دخل في هذا الوقف البطن الأول والبطن الثاني فقط وإن زاد وقال: وولد ولدي، دخل في الوقف ثلاثة بطون فقط دون من بعدهم (١٣٧٤٢).

١١٣٦٦ - رابعاً: يستحق الوقف الموجود وقت وجود غلته:

هذا، ومن يصدق عليه لفظ الواقف أو صيغته أو شرطه، فإن المنظور إليه في استحقاقه الوقف ودخول فيه هو وجوده وقت وجود غلة الوقف سواء كان موجوداً وقت إنشاء الوقف أو غير موجود، فإذا قال: وقفت أرضي على ولدي ومن بعده على المساكين، دخل في وقفه ولده الموجود يوم وجود الغلة سواء كان موجوداً يوم الوقف أو وجد بعد ذلك، وهذا هو المختار عند الحنفية (١٣٧٤٣).

(١٣٧٣٩) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٧٣.

(١٣٧٤٠) «المغني» ج ٥، ص ٥٦١.

(١٣٧٤١) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٨.

(١٣٧٤٣) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٧١.

(١٣٧٤٢) «المغني» ج ٥، ص ٥٥٥.

١١٣٦٧ - خامساً: الوقف على النسل والذرية :

لو وقف على نسبه أو ذريته دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات القرييون والبعيدون . ولو قال : أرضي صدقة موقوفة على ولدي ونسلي ، فالوقف صحيح يدخل فيه الذكور والإناث من ولده ولد ولده ومن قربت ولادته ومن بعدت ، ويستوي فيه ولد البنين والبنات . وكذلك لو قال : وقفت على نسلي وذريتي ، فهو جائز ويشمل من يشملهم المثل الأول (١٣٧٤٤) .

١١٣٦٨ - سادساً: الوقف على القرابة (١٣٧٤٥) :

قال أبو يوسف ومحمد: القرابة هي كل من يناسبه إلى أقصى أب له في الإسلام من قبل أبيه أو من قبل أمه، سواء كان القريب محرماً أو قريباً غير محرم، القريب والبعيد والجمع والفرد في ذلك سواء. فإذا وقف على قرابته أو على ذوي قرابته دخل هؤلاء في وقفه عند أبي يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة: إن حصل بلفظ الواحد نحو قوله: وقفت على قرابتي أو على ذي قرابتي، دخل في الوقف من كان أقرب إلى الواقف من محارمه، وإن حصل بلفظ الجمع نحو قوله: على ذوي قرابتي يعتبر مع ما ذكرنا الجمع حتى ينصرف اللفظ إلى المثني فصاعداً .

١١٣٦٩ - ويستوي في الاستحقاق بالقرابة على قولهم جميعاً الذكر والأنثى والمسلم والكافر .

وتقسم الغلّة بين المستحقين على عدد رؤوسهم، الصغير والكبير، والذكر والأنثى والفقير والغني سواء لمساواة الكل في الاسم . ولو وقف على القرابة ولم يقل: على قرابتي فهما سواء ويكون الوقف لقرابته . وكذا لو قال للأقارب أو لذوي الأرحام ولم يضيف إلى نفسه، فالوقف يكون على قرابته .

١١٣٧٠ - حكم الوقف إذا انقرض الموقوف عليهم :

إذا قال الواقف: وقفت كذا على أولادي ثم من بعدهم إلى الفقراء . فإذا انقرض أولاده صار الوقف إلى الفقراء . وإذا قال: وقفت كذا على أولادي . ولم يذكر الفقراء، فإذا انقرض أولاده

(١٣٧٤٤) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٧٥ .

(١٣٧٤٥) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٣٧٩-٣٨٠ .

فإن الوقف يصير إلى الفقراء أيضاً؛ لأن القصد من الوقف عمل البرّ الدائم، ولتحقيق هذا الغرض بصرفه إلى الفقراء لأنهم من مصارف الوقف المعهودة ولأنهم من جهات البرّ الدائمة (١٣٧٤٦).

١١٣٧١ - الصرف على الموقوف:

قد يحتاج الموقوف إلى الصرف عليه لتعميره أو لقوته إن كان حيواناً كالفرس وقف للغزو عليه، فالصرف عليه يكون بحسب شرط الواقف ومن الجهة التي عينها، فإن لم يعين جهة الإنفاق ولم يكن للموقوف غلّة، فنفتته على الموقوف عليه المعين، فإن تعذر الإنفاق من الموقوف عليه لعجزه وفقره أو لغيبته بيع الوقف وصُرف ثمنه في عين أخرى تكون وقفاً للضرورة، وهذا إذا لم تمكن إجارته، فإن أمكنت أُجر بقدر ما يحتاجه لإصلاحه وتعميره. فإن عدم الغلّة لكونه ليس من شأنه أن يؤجر كالفرس الموقوفة للجهد عليها، جازت إجارته بقدر نفقتها للضرورة.

وإن كان الوقف على غير معين كالمساكين ونحوهم فنفقة الموقوف على بيت المال، فإن تعذر الإنفاق من بيت المال بيع (١٣٧٤٧) - أي وصرف ثمنه في عين أخرى تكون وقفاً -.

وفي «الهداية» في فقه الحنفية: فإن وقف داراً على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى في هذه الدار؛ لأن الخراج بالضممان، فإن امتنع من ذلك أو كان فقيراً أجرها الحاكم وعمّرها بأجرتها ثم ردها إلى الموقوف عليه للسكنى فيها (١٣٧٤٨).

١١٣٧٢ - أنواع الوقف:

أولاً: الوقف غير المنقطع

الوقف الذي لا خلاف في صحته ما كان معلوم الابتداء والانتهاء غير منقطع مثل أن يجعل وقفه على الفقراء أو على طائفة لا يجوز بحكم العادة انقراضهم.

أما إذا لم يكن الوقف بهذه الصورة، فهو المنقطع إما في الابتداء أو في الانتهاء أو في الوسط، ولكل واحد حكمه.

(١٣٧٤٦) «المغني» ج ٥، ص ٥٦٩.

(١٣٧٤٧) «كشف القناع» ج ٥، ص ٥٥٤-٥٥٥.

(١٣٧٤٨) «الهداية» ج ٥، ص ٥٤.

١١٣٧٣ - ثانياً: الوقف المنقطع:

أ - الوقف المنقطع في الابتداء:

كما لو وقف على كنيسة أو على مجهول، فإن لم يذكر لوقفه مآلاً يجوز الوقف عليه فالوقف باطل. وكذلك إن جعل مآله مما لا يجوز الوقف عليه كما لو جعله على مرتد فالوقف باطل أيضاً. أما إذا جعل له مآلاً يجوز الوقف عليه مثل أن يقف على كنيسة ثم على الفقراء، ففي صحة هذا الوقف قولان عند الحنابلة (١٣٧٤٩).

وفي «كشاف القناع» في فقه الحنابلة المتأخرين بشأن هذا الوقف: الوقف صحيح، ومصرف الوقف في الحال إلى من بعده؛ لأن وجود من لا يصلح الوقف عليه كعدمه، فيكون كأنه وقف على من بعده ابتداءً (١٣٧٥٠).

وكان الحنابلة المتأخرين أخذوا بصحة هذا الوقف وجعلوا الصرف إلى من يلي من لا يجوز الوقف عليه.

١١٣٧٤ - ب - الوقف المنقطع الانتهاء:

كما لو وقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة ولم يجعل آخر وقفه للفقراء ولا لجهة برّ غير منقطعة، فالوقف صحيح، وبه قال مالك، وأبو يوسف، والشافعي في أحد قوليّه.

وقال محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة: لا يصح الوقف، وهو القول الثاني للشافعي؛ لأن الوقف مقتضاه التأييد، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجهول، فلا يصح كما لو وقف على مجهول ابتداءً.

واحتج ابن قدامة لصحته بأنه تصرف معلوم المصرف، فيصح كما لو صرح بمصرفه المتصل؛ ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه كنفد البلد، وعرف المصرف، وهاهنا الفقراء أولى الجهات به عرفاً فكانه عينهم (١٣٧٥١).

وقال الشافعية: يكون الوقت المنقطع الابتداء باطلاً كما لو قال: وقفت داري على ولدي، ولا ولد له. أو على مسجد سيني في المستقبل ثم إلى الفقراء (١٣٧٥٢).

(١٣٧٤٩) «المغني» ج ٥، ص ٥٧٠.

(١٣٧٥٠) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٤٢.

(١٣٧٥١) «المغني» ج ٥، ص ٥٦٧-٥٦٨.

(١٣٧٥٢) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٤.

وعند الحنفية: الوقف المنقطع الابتداء وقف صحيح ويصرف إلى الفقراء (١٣٧٣).

١١٣٧٥ - ج - الوقف المنقطع الوسط:

وإن كان الوقف صحيح الطرفين أي صحيح الابتداء والانتفاء منقطع الوسط كأن يقف على ولده ثم على الكنائس، ثم على الفقراء، خرج في صحة هذا الوقف وجهان عند الحنابلة (١٣٧٤).

ومذهب الشافعية صحة هذا الوقف، فقد قالوا: لو قال: وقفت على ولدي ثم على رجل (مبهم) ثم على الفقراء. فالوقف بعد أولاده يصرف على الفقراء. فالوقف بعد أولاده يصرف على الفقراء (١٣٧٥).

وعند الحنفية: الوقف منقطع الوسط صحيح ويصرف إلى الفقراء (١٣٧٦).

١١٣٧٦ - الإبدال والاستبدال للموقوف:

أولاً: عند الحنفية:

جاء في «الفتاوى الهندية» في فقه الحنفية: «والمعتمد أنه يجوز للقاضي - أي بيع الوقف - بشرط أن يخرج عن الانتفاع بالكلية، وأن لا يكون هناك ريع للوقف يُعمر به وأن لا يكون البيع بغبن فاحش» (١٣٧٧).

وقال الفقيه الحنفي ابن عابدين - رحمه الله تعالى -: استبدال الوقف على ثلاثة وجوه:

(الأول): أن يشترطه الواقف لنفسه أو لغيره أو لنفسه ولغيره، فالاستبدال جائز.

(الثاني): أن لا يشترطه الواقف سواء شرط عدمه أو سكت، ولكن صار بحيث لا ينتفع به بالكلية بأن لا يحصل منه شيء أصلاً، أو لا يفي بمؤنته فهو أيضاً جائز على الأصح إذا كان بإذن القاضي ورؤي فيه المصلحة.

(الثالث): أن لا يشترطه الواقف أيضاً ولكن فيه نفع في الجملة، وبدله خير منه ريعاً ونفعاً.

وهذا لا يجوز استبداله على الأصح المختار (١٣٧٨).

(١٣٧٥٣) «رد المحتار» ج ٤، ص ٤٣٠.

(١٣٧٥٤) «المغني» ج ٥، ص ٥٧١.

(١٣٧٥٥) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٤.

(١٣٧٥٦) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٤٠١.

(١٣٧٥٦) «رد المحتار» ج ٤، ص ٤٣٠.

(١٣٧٥٨) «رد المحتار» لابن عابدين، ج ٤، ص ٣٨٤.

١١٣٧٧ - ثانياً: مذهب الحنابلة:

ومذهب الحنابلة في إبدال الوقف واستبداله، يصوره صاحب «كشاف القناع» بقوله: «ولا يصح بيعه ولا هبته ولا المناقلة به أي إبداله ولو بخير منه للحديث الشريف: «لا يباع أصلها ولا توهب ولا تورث» إلا أن تتعطل منافعه أي منافع الوقف المقصودة منه بخراب به أو لمحلته أو غيره بحيث لا يردّ الوقف شيئاً على أهله أو يرد شيئاً لا يُعدّ نفعاً بالنسبة إليه، وتعذرت عمارته وعود نفعه بأن لا يكون للوقف ما يُعمر به، للنهي عن إضاعة المال، وفي إبقاء الوقف على الحالة التي ذكرنا إضاعة للمال، فوجب الحفظ بالبيع. ولأن المقصود انتفاع الموقوف عليه بالثمرة لا بعين الأصل من حيث هو، ومنع البيع يبطل هذا المعنى الذي اقتضاه الوقف، فيكون خلاف الأصل؛ ولأن فيما نقوله إبقاءً للوقف بمعناه حين تعذر الإبقاء بصورته فيكون متعيناً. وعموم ما لا يباع أصلها مخصوص بحالة تأهل الموقوف للانتفاع المخصوص (١٣٧٥٩).

وإن لم تتعطل مصلحته بالكلية لكن قلت وكان غيره أنفع منه وأكثر درأً على أهل الوقف لم يجز بيعه (١٣٧٦٠).

١١٣٧٨ - ولو شرط الواقف عدم البيع في الحال التي قلنا يباع فيها، فشرطه شرط فاسد لحديث: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» (١٣٧٦١).

١١٣٧٩ - وحيث جاز بيع الوقف، فإن ثمنه يصرف في مثله أو في بعض مثله إن لم يكن في مثله، ويصرف في جهته وهي مصرفه لامتناع تغيير مصرفه مع إمكان مراعاته (١٣٧٦٢).

١١٣٨٠ - وظاهر كلام الإمام الخراقي الحنبلي أن الوقف إذا بيع فأى شيء اشترى بثمنه مما يرد على أهل الوقف جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه؛ لأن المقصود المنفعة لا للجنس، لكن تكون المنفعة مصروفة إلى المصلحة التي كانت الأولى تصرف فيها؛ لأنه لا يجوز تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به (١٣٧٦٣).

(١٣٧٥٩) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٧٠.

(١٣٧٦٠) «المغني» ج ٥، ص ٥٧٧.

(١٣٧٦١) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٧١.

(١٣٧٦٢) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٧١.

(١٣٧٦٣) «المغني» ج ٥، ص ٥٧٧.

١١٣٨١ - خراب المسجد وما يصنع به :

أولاً: مذهب الحنفية :

إذا خرب المسجد ولم يكن له غلّة موقوفة عليه يُعمّر بها أو لم يعد الناس يحتاجونه لتفرقهم عنه وله أوقاف جاز نقل أوقافه إلى مسجد آخر، ونذكر فيما يلي أقوال فقهاء الحنفية في ذلك .

١١٣٨٢ - أقوال فقهاء الحنفية :

عن شمس الأئمة الحلواني أنه سئل عن مسجد خرب ولا يحتاج إليه لتفرق الناس عنه، هل للقاضي أن يصرف أوقافه إلى مسجد آخر؟ فقال: نعم (١٣٧٦٤).

ب - وفي «الفتاوى الخانية»: رباط بعيد استغنى عنه المارة، وبجنبه رباط آخر. قال السيد الإمام الشجاع: تصرف غلته إلى الرباط الثاني كالمسجد إذا خرب واستغنى عنه أهل القرية، فرفع ذلك إلى القاضي فباع الخشب وصرف الثمن إلى مسجد آخر، جاز (١٣٧٦٥).

ج - وجاء في «ترتيب الصنوف» للعلامة علي حيدر: «لو تفرق أهل القرية ولم يعد من يصلي في مسجدها جاز بيع هذا المسجد وصرف ثمنه في إقامة آخر مكانه» (١٣٧٦٦).

وفيه أيضاً: «إذا تداعى المسجد وآل إلى الخراب وقد تفرق عنه أهله جاز بيع هذه الأنقاض بإذن من القاضي ولزوم الاحتفاظ بثمن بيع هذه الأنقاض لصرفها في إنشاء غيره من المساجد. وكذلك لو تفرق أهل قرية بأجمعهم وتعطل مسجد قريتهم مطلقاً بعدم إقامة الصلاة فيه، ولم يوجد في القرية المجاورة مسجد كان لأهل هذه القرية أن ينقضوا أو ينقلوا أنقاض بناء مسجد القرية التي انقض عنها أهلها ليبنوا بها مسجداً في قريتهم» (١٣٧٦٧).

١١٣٨٣ - ثانياً: مذهب الحنابلة :

أ - جاء في «كشاف القناع» في فقه الحنابلة: «ولو كان الخرب مسجداً الذي تعطلت منفعته وتعذرت إعادته مسجداً حتى ولو كان ذلك بضيقه على أهله المصلين به وتعذر توسيعه في محلّه . أو كان مسجداً - أي عاماً - وتعذر الانتفاع به لخراب محلّته، أي الناحية التي بها المسجد أو كان موضع المسجد قدراً، فيصح بيعه ويصرف ثمنه في مثله . قال أبو رجب: ويجوز في أظهر

(١٣٧٦٤) «رد المحتار» لابن عابدين، ج ٤، ص ٣٥٩.

(١٣٧٦٥) «رد المحتار» لابن عابدين، ج ٤، ص ٣٥٩.

(١٣٧٦٦) «ترتيب الصنوف» للعلامة علي حيدر على مذهب الحنفية، ج ١، ص ١٩٨.

(١٣٧٦٧) «ترتيب الصنوف» للعلامة علي حيدر على مذهب الحنفية، ج ١، ص ١٩٩.

الروایتین عن أحمد أن يباع ذلك المسجد ويُعمرُ بضمه مسجد آخر في قرية أخرى إذا لم يحتج إليه في القرية الأولى، ويصير حكم المسجد بعد بيعه للثاني الذي اشترى بدله» (١٣٧٦٨).

ب - وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «الوقف إذا خرب وتعطلت منافعه، كدار تهدمت أو مسجد انتقل أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه، أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه إلا يبيع بعضه، جاز يبيع بعضه لتعمرُّ به بقيته وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه يبيع جميعه» (١٣٧٦٩).

١١٣٨٤ - صرف غلة موقوفات مسجد على مسجد آخر:

ويجوز صرف الفاضل من غلة موقوفات مسجد على مصالح مسجد آخر هو بحاجة إلى هذه المصالح، فيجوز تعميم المسجد والصرف على مصالحه من موقوفات مسجد آخر إذا وجد فائض من هذه الموقوفات ولم يكن للمسجد المحتاج موقوفات أو كانت لا تكفيه.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وما فضل عن حاجة المسجد صرف إلى مسجد آخر؛ لأن الواقف له غرض في الحبس - أي الوقف - والحبس واحد» (١٣٧٧٠).

١١٣٨٥ - وفي «المغني» لابن قدامة الحنبلي: «وما فضل من حُصِر المسجد وزينته ولم يحتج إليه، جاز أن يجعل في مسجد آخر أو يتصدق من ذلك على فقراء جيرانه وغيرهم» (١٣٧٧١).

١١٣٨٦ - تعطيل جهة الوقف:

وإذا تعطلت جهة الوقف التي عينها الواقف، صرف الوقف في جهة مثلها، فإذا وقف على المجاهدين المقاتلين في مكان فتعطل فيه القتال، صرف الموقوف على مجاهدين آخرين في مكان آخر تحصيلاً لغرض الواقف في الجملة حسب الإمكان (١٣٧٧٢). وكذلك لو وقف على مصالح ثغر يربط به المجاهدون فاختل الثغر أو انتفت الحاجة إليه صرف الوقف إلى ثغر آخر مثله، ومن وقف على قنطرة فانحرف الماء ولم تعد بها حاجة، صرفت غلة الموقوف على قنطرة أخرى (١٣٧٧٣).

(١٣٧٦٨) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٧١.

(١٣٧٦٩) «المغني» ج ٥، ص ٥٧٥-٥٧٦.

(١٣٧٧٠) «الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية» ص ٨٢.

(١٣٧٧١) «المغني» ج ٥، ص ٥٧٩.

(١٣٧٧٢) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٧٢. (١٣٧٧٣) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٧٢.

١١٣٨٧ - انقراض الموقوف عليهم :

وإذا لم يبق أحد من الموقوف عليهم كأولاده مثلاً، فإن الوقف ينصرف إلى أقارب الواقف في رواية عن أحمد^(١٣٧٤). وبهذا قال الشافعية، فعندهم: الوقف يبقى ومصرفه يكون لأقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكورين^(١٣٧٥).

وعن الإمام أحمد رواية ثانية أنه يصرف إلى المساكين، واختارهم القاضي الحنبلي أبو يعلى؛ لأن المساكين مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها، فإذا وجبت صدقة غير معينة المصروف انصرفت إليهم.

وعن الإمام أحمد رواية ثالثة أنه يجعل في بيت مال المسلمين؛ لأنه مال لا مستحق له فأشبهه مال من لا وارث له^(١٣٧٦).

١١٣٨٧م - الولاية على الواقف :

اسم صاحب هذه الولاية :

من له الولاية على الوقف يسمى «المتولي» ويسمى أيضاً بالقيّم والناظر على الوقف^(١٣٧٧).

١١٣٨٨ - من يعين متولي الوقف؟

أولاً: عند الحنفية :

قالوا: إن جعل الواقف الولاية على الوقف لنفسه جاز بالإجماع؛ لأن شرط الواقف معتبر فتجب مراعاته والعمل به. وكذلك إذا لم يشترط الولاية لأحد فإن الولاية على الوقف تكون له عند الإمام محمد بن الحسن وهو ظاهر المذهب، ثم لوصيه إن كان وإلا فللقاضي^(١٣٧٨). ومعنى ذلك أن للواقف أن يعين من يراه أهلاً للتولية على وقفه؛ لأن شرط الواقف معتبر.

(١٣٧٧٤) «المغني» ج ٥، ص ٥٦٨.

(١٣٧٧٥) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٨٤.

(١٣٧٧٦) «المغني» ج ٥، ص ٥٦٨.

(١٣٨٧٧) المادة (١٠٦) من كتاب «ترتيب الصنوف» للعلامة علي حيدر.

(١٣٨٧٨) «الدر المختار ورد المختار» ج ٤، ص ٣٥٩.

١١٣٨٩ - ثانياً: عند الحنبلة:

أ- للواقف أن يعين المتولي على الوقف - أي وقفه - أو يشترط صفة معينة فيه، جاء في «كشاف القناع»: «ويرجع إلى شرط الواقف في الناظر فيه - أي في المتولي على الوقف -، سواء شرطه لنفسه أو للموقوف عليه أو لغيرهما، إما بالتعيين كفلان، أو بالوصف كالأرشد أو الأعلم أو الأكبر من أولاده أو من هو بصفة كذا» (١٣٧٩).

ب- فإن لم يشترط الواقف ناظراً أو شرطه لإنسان فمات المشروط له، فليس للواقف ولاية نصب ناظر - متولي - آخر لانتفاء ملكه عن الموقوف ويكون الناظر فيه للموقوف عليه إن كان آدمياً معيناً كزيد، عدلاً كان أو فاسقاً؛ لأن غلة الوقف له.

وإن كان الموقوف عليه غير محصور كالوقف على جهة لا تنحصر كالفقراء والمساكين والعلماء فإن التولية عليه للقاضي وكذلك لو كان الوقف على مسجد أو مدرسة أو رباط أو قنطرة فنظره - أي التولية عليه - للقاضي أو من يستنيبه القاضي على بلد الوقف (١٣٧٨).

١١٣٩٠ - ثالثاً: عند الشافعية (١٣٧٨):

أ- قالوا: إن شرط الواقف الناظر على وقفه لنفسه أو لغيره واحداً كان الناظر أو أكثر وجب العمل بشرطه. ولو جعل الولاية على وقفه لفلان وأنه إذا مات، فالولاية لفلان جاز الشرط وصار المتولي هو من عينه و اشترطه القاضي.

وقد دلّ على جواز ذلك أن عمر - رضي الله عنه - جعل الولاية لنفسه على وقفه، وجعلها من بعده لابنته حفصة ما عاشت، ثم من بعدها لأولي الرأي من أهلها.

ب- وإن لم يشترط الولاية على وقفه لأحد فالناظر في وقفه للقاضي على القول المتبع في مذهب الشافعية.

١١٣٩١ - رابعاً: عند المالكية:

للقاوقف أن يختار الناظر على الوقف وأن يجعل الولاية عليه لنفسه، ولوصيه هذا الحق، فإن مات الناظر الذي عينه الواقف وهو حي فله أن يعين ناظراً آخر، وإن كان الواقف ميتاً فلوصيه أن يعين الناظر الآخر، وإلا فالقاضي يختار الناظر.

(١٣٧٧٩) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٥٤.

(١٣٧٨١) «مغني المحتاج» ج ٢، ص ٣٩٣.

(١٣٧٨٠) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٥٦.

فإن لم يجعل الواقف لوقفه ناظراً فالموقوف عليه إن كان معيناً رشيداً فهو الذي يتولى الولاية عليه، وإن كان الموقوف عليه غير معين كالفقراء فالقاضي يولي من شاء على هذا الوقف وأجرته من ريعه (١٣٧٢).

١١٣٩٢ - شروط المتولي :

يشترط في المتولي جملة شروط كلها لمصلحة الوقف والموقوف عليه، وهذه الشروط هي ما يأتي :

١١٣٩٣ - أولاً: عند الحنفية :

قالوا: لا يولي على الوقف إلا من كان قادراً بنفسه أو بنائبه أميناً عليه؛ لأن الولاية مقيدة بشرط النظر أي بشرط المصلحة للوقف، وليس من المصلحة تولية الخائن أو العاجز؛ لأن المقصود لا يحصل بتولية واحد منهما وهو بهذه الصفة من الخيانة أو العجز. ويستوي في جواز التولية إذا كان أميناً قادراً، الذكر والأنثى، والأعمى والبصير (١٣٧٣).

وجاء في «قانون العدل والإنصاف» لقدري باشا - رحمه الله تعالى -: «لا يولي على الوقف إلا من كان أميناً قادراً بنفسه أو نائبه على القيام بأمر الوقف، ولا فرق بين أن يكون المتولي ذكراً أو أنثى، أعمى أو بصيراً بعد كونه متصفاً بالأوصاف المذكورة. وهذه شروط الأولوية» (١٣٧٤). كما يشترط فيه أن يكون بالغاً عاقلاً (١٣٧٥).

١١٣٩٤ - ثانياً: عند الحنابلة (١٣٧٦) :

أ - قالوا: يشترط في متولي الوقف أن يكون مسلماً إن كان الموقوف عليه مسلماً أو كان لجهة كمسجد لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾، فإن كان الوقف على كافر معين جاز شرط النظر فيه لكافر كما لو وقف على أولاد الكفار وشرط النظر لأحدهم أو غيرهم من الكفار.

ب - وقالوا أيضاً: يشترط في الناظر أن يكون بالغاً عاقلاً؛ لأن غير المكلف - وهو غير البالغ

(١٣٧٢) «الشرح الصغير» للدردير، ج ١، ص ٣٠٥.

(١٣٧٣) «الدر المختار ورد المحتار» ج ٤، ص ٣٨٠.

(١٣٧٤) «المادة (١٤٤) من قانون العدل والإنصاف».

(١٣٧٥) «المادة (١٥٤) من قانون العدل والإنصاف».

(١٣٧٦) «كشاف القناع» ج ٢، ص ٤٥٧.

العاقل - لا ينظر في ملكه المطلق ففي الوقف أولى أن لا ينظر فيه .

ج - ويشترط أيضاً فيه الكفاية في التصرف والخبرة به والقوة عليه ؛ لأن مراعاة حفظ الوقف وحقوقه مطلوبة شرعاً .

د - ولا تشترط فيه الذكورة ؛ لأن عمر - رضي الله عنه - أوصى بالنظر في وقفه إلى حفصة - رضي الله عنها - .

هـ - ولا تشترط فيه العدالة ، ويضم إلى الفاسق عدل لما في ذلك العمل بشرط الواقف مع مراعاة حفظ الوقف .

و - ويضم إلى ناظر ضعيف آخر قوي أمين ليحصل الحفظ سواء كان ناظراً بشرط الواقف أو كان موقوفاً عليه .

ز - فإن كان النظر لغير الموقوف عليه بأن وقف على الفقراء ، أو نصب الحاكم متولياً من غيرهم أو كان النظر لبعضهم ، وكانت ولايته من الحاكم بأن كان الوقف على الفقراء وولى الحاكم منهم ناظراً عل الوقف فلا بدّ من شرط العدالة فيمن يولى على هذا الوقف ؛ لأنها ولاية على مال فاشترط لها العدالة كالولاية على مال اليتيم .

١١٣٩٥ - أجرة المتولي :

قال الحنفية : «يجوز أن يجعل الواقف للمتولي على وقفه مبلغاً معلوماً في كل سنة ليقوم بأمر الوقف وبمصلحته . ويجوز للواقف دون القاضي أن يجعل للقائم بأمر وقفه معلوماً - أي أجرة - أكثر من أجر مثله» (١٣٧٨٧) .

١١٣٩٦ - وقال الحنابلة : يستحق الناظر - أي المتولي - الجعل الذي جعله له الواقف ، فإن كان المشروط بقدر أجر المثل اختص به ، وكان ما يحتاج إليه الوقف من أمناء وغيرهم من غلّة الوقف . وإن كان المشروط أكثر فإن كلفة ما يحتاج إليه الوقف من نحو أمناء وعمال عليه إلا أن يكون الواقف شرط له خالصاً . وإن لم يسم له الواقف شيئاً فقياس المذهب له أجرة مثله على عمله (١٣٧٨٨) .

١١٣٩٧ - وعند الشافعية : لو شرط الواقف للناظر شيئاً من الربيع جاز ، وإن زاد على أجرة المثل بخلاف ما لو كان النظر له وشرط لنفسه ، فإنه لا يزيد على أجرة المثل (١٣٧٨٩) .

(١٣٧٨٧) «المادة (١٦٩) من قانون العدل والإنصاف» لقدري باشا .

(١٣٧٨٨) «كشاف القناع» ج ٢ ، ص ٤٥٨ . (١٣٧٨٩) «مغني المحتاج» ج ٢ ، ص ٣٩٤ .

١١٣٩٨ - عمل المتولي :

أ - قال الحنفية : « لا يكلف المتولي من العمل بنفسه إلا ما يفعله أمثاله في العادة من عمارة الوقف واستغلاله ورفع غلاته وبيعها وصرف ما اجتمع منها في وجوه الوقف ولا ينبغي أن يقصر فيه . وإن جعل الولاية إلى امرأة رتب لها أجراً معلوماً ، فلا تكلف إلا مثل ما تفعله النساء عرفاً» (١٣٧٩٠).

ب - وقال الشافعية : وظيفة المتولي عمارة الوقف وإجارة وتحصيل غلته وقسمتها على مستحقيها وحفظ الأصول والغلات (١٣٧٩١).

ج - وقال الحنابلة : يقوم المتولي بالتصرفات اللازمة للوقف على نحو تحصل المصلحة به ، فله أن يؤجر الوقف بأجر المثل أو أقل على أن لا يتجاوز ما يتعامل به الناس عادة . ويقوم المتولي بنصيب من يقوم بوظائف المسجد من إمام ومؤذن وخادم وغيرهم ، كما له نصب من يقوم بجباية غلات الوقف (١٣٧٩٢).

١١٣٩٩ - عزل المتولي :

قال الحنفية : تنزع الولاية وجوباً من الواقف - وغيره أولى - لو كان غير مأمون أو عاجزاً أو ظهر به فسق كشرب خمر ونحوه (١٣٧٩٣).

وإن شرط عدم عزله أو شرط أن لا يعزله قاض ولا سلطان ، فهذا الشرط مخالف لحكم الشرع فيكون باطلاً ولا يعمل به (١٣٧٩٤).

والمتولي المنصوب من قبل القاضي ينعزل بموت الواقف على قول أبي يوسف المفتي به ؛ لأنه وكيل عنه إلا إذا جعله ناظراً في حياته وبعد موته (١٣٧٩٥).

(١٣٧٩٠) «المادة (١٦٩) من قانون العدل والإنصاف» لقدري باشا.

(١٣٧٩١) «مغني المحتاج» ج ٢ ، ص ٣٩٤ .

(١٣٧٩٢) «كشاف القناع» ج ٢ ، ص ٤٥٦ .

(١٣٧٩٣) «الدر المختار» ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(١٣٧٩٤) «الدر المختار» ج ٤ ، ص ٣٨٢ .

(١٣٧٩٥) «الدر المختار» ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

الفرع الثاني

وقف المريض مرض الموت

١١٤٠٠ - تمهيد:

إذا كان الشخص في حال صحته وعافيته، فوقفه صحيح، وله أن يقف ما شاء من أمواله على من يشاء من الموقوف عليهم آدميين كانوا أو غيرهم من الجهات ذات النفع العام كالمسجد ونحوه. فهل وقف المريض مرض الموت كوقف الصحيح أم لا؟ هذا ما نبينه في هذا الفرع في المذاهب الإسلامية المختلفة.

١١٤٠١ - أولاً: مذهب الحنفية:

أ- إذا وقف المريض مرض الموت على أجنبي - أي غير وارث - فإن كان وقفه يخرج من ثلث التركة فالوقف جائز ونافذ ولا يتوقف على إجازة الورثة. وإن كان أكثر من ثلث التركة وأجازت الورثة ما زاد على الثلث نفذ الوقف، وإن لم يجيزوا بطل الوقف فيما زاد على الثلث، وإن أجاز البعض دون البعض جاز بقدر ما أجازوا وبطل في الباقي (١٣٧٩٦).

ب - وإذا وقف على بعض الورثة فأجاز البعض الآخر هذا الوقف فالوقف نافذ، وتقسم غلته على الموقوف عليهم حسب شرط الواقف (١٣٧٩٧).

ج- وإذا وقف على بعض الورثة والوقف يخرج من الثلث، ولم يجز البعض الآخر من الورثة الوقف، فإن الوقف يقسم على الجميع قسمة إرث ما دام الموقوف عليه حياً، فإذا مات انتقلت غلته الثلث إلى من يصير الوقف عليه، فقد جاء في «رد المحتار»: «وفي البحر» عن «الظهيرية»: امرأة وقفت منزلاً في مرضها على بناتها ثم على أولادها وأولاد أولادها أبداً ما تناسلوا، فإذا انقرضوا فللفقراء، ثم ماتت في مرضها وخلفت بنتين وأختاً لأب، والأخت لا ترضى بما صنعت، ولا مال لها سوى المنزل، جاز الوقف في الثلث ولم يجز في الثلثين، فيقسم الثلثان بين الورثة على قدر سهامهم، ويوقف الثلث مما خرج من غلته قسم بين الورثة كلهم على قدر سهامهم ما عاشت البنات، فإذا ماتتا صرفت الغلة إلى أولادها وأولاد أولادها كما شرطت الواقفة، لا حقاً للورثة في ذلك» (١٣٧٩٨).

(١٣٧٩٦) «الفتاوى الهندية» ج ٢، ص ٤٥١.

(١٣٧٩٧) «رد المحتار» ج ٤، ص ٣٤٥.

(١٣٧٩٨) «رد المحتار» ج ٤، ص ٣٤٥.

د- وإذا وقف المريض مرض الموت وهو مدين بدين مستغرق لأمواله وبيات وهو مثقل بهذا الدين ولم يجز الدائن الوقف، لم ينفذ الوقف وينقض ويباع ماله تسديداً لدينه .

وإن لم يكن الدين محيطاً بأمواله غير مستغرق لها ومات فيوفى دينه أولاً، ثم ينظر إلى وقفه بالنسبة إلى الفاضل من تركته، فإن كان وقفه يخرج من الفاضل فيها، وإن لم يخرج نفذ في الثلث وتوقف نفاذ الزائد على الثلث على إجازة الورثة، فإن أجازوا نفذ وإلا بطل (١٣٧٩).

١١٤٠٢ - ثانياً: مذهب الحنابلة:

أ- الوقف في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من ثلث التركة؛ لأنه تبرع فاعتبر في مرض الموت من الثلث. وعلى هذا إذا خرج وقفه من الثلث جاز ونفذ ولزم من غير حاجة إلى رضا الورثة، ووقف الزائد على إجازة الورثة؛ لأنه حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع التبرع بما زاد على الثلث (١٣٨٠).

واختلفت الرواية عن الإمام أحمد بن حنبل في وقف المريض مرض الموت على بعض ورثته، فروي عنه: أن الوقف لا يجوز، فإن فعل توقف نفاذه على إجازة الورثة، واختار هذه الرواية أبو حفص العكبري وابن عقيل وهو مذهب الشافعي .

والرواية الثانية: يجوز أن يقف عليهم ثلثه أي ثلث ما له كما هو الحكم في وقفه على أجنبي غير الوارث، فإن الإمام أحمد قال في رواية جماعة منهم الميموني: يجوز للرجل أن يقف في مرضه على ورثته، فقيل له: أليس تذهب إلى أنه لا وصية لوارث؟ قال: نعم، والوقف غير الوصية؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة، بل ينتفعون بغلته .

وقد نصر ابن قدامة الحنبلي الرواية الأولى محتجاً بأن الوقف على بعض الورثة يعني تخصيص بعض الورثة بماله في مرضه فيمنع منه كالهبة؛ ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين لا تجوز له بالمنفعة كأجنبي فيما زاد على الثلث (١٣٨١).

١١٤٠٣ - ثالثاً: مذهب المالكية (١٣٨٢):

أ- يبطل وقف المريض مرض موته على بعض ورثته؛ لأن الوقف في مرض الموت كالوصية

(١٣٧٩) «شرح الأحكام الشرعية» للأبياني، ج ٢، ص ٣١٨.

(١٣٨٠) «المغني» ج ٥، ص ٥٧١.

(١٣٨١) «المغني» ج ٥، ص ٥٧٣-٥٧٤.

(١٣٨٢) «الشرح الصغير» للدردير، ج ٢، ص ٣٠١-٣٠٢.

للموارث ولا وصية لوارث.

ب - وإن كان الوقف في مرض الموت على غير وارث، فالشرط لنفاذه أن يكون من ثلث التركة، فإن خرج من الثلث صح الوقف وإلا فلا يصح منه إلا ما خرج من الثلث.

ج - ويستثنى من بطلان الوقف على الورثة وقف الواقف في مرض موته على وارث وعلى غير وارث وعلى عقبهم، فتقسم غلّة الوقف على الورثة كقسمة الميراث عليهم. وأما على غير الورثة فتقسم الغلّة على حسب شرط الواقف. وعلى هذا، إذا وقف على ثلاثة أولاد لصلبه أشقاء، وأربعة أولاد أولاد، وعقبه بأن قال: وعقبهم، وكان الموقوف يخرج من الثلث ومات عنهم وعن زوجة وأم، فإن للأولاد الصّليبين ثلاثة أسهم تقسم على الفريضة الشرعية، من هذه الثلاثة الأسهم، الثمن للزوجة، وللأم السدس، والباقي للأولاد الصّليبين للذكر مثل حظ الأنثيين، والأربعة الأسهم الباقية من التركة تكون لأولاد الأولاد حسب شرطه من التفاضل والتسوية.

١١٤٠٤ - رابعاً: مذهب الظاهرية والشافعية (١٣٨٠٣):

تصرفات المريض مرض الموت عند الظاهرية كتصرفات الصحيح، وعلى هذا، فهبة المريض وكذلك وقفه يعتبر صحيحاً وناظراً ولا اعتراض عليه ولا قيود من جهة كونه صادراً في مرض الموت، فهو كوقف الصحيح تماماً ولا فرق بينهما في شيء أصلاً.

(١٣٨٠٣) «المحلى» ج ٨، ص ٢٧٨، «المحلى» ج ٩، ص ٣٤٨ في فقه الظاهرية، و«مغني المحتاج» في فقه الشافعية، ج ٢، ص ٣٧٦-٣٧٧.