

الكتاب الخامس في الوصي، والحجر، والهبة، والوصية

الباب الأول في الوصي، وتصرفاته

الفصل الأول في إقامة الوصي

اعلم أنَّ الشَّخص إذا أقام غيره مقامه؛ ليتصرَّف في شئون تركته، وأولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام: موصى إليه، وإذا ملَّك شخصًا شيئًا من أمواله بعد وفاته يقال للمملَّك: موصى له، وهذا اصطلاح للفقهاء، وإن ملَّك التَّصرُّف لشخص حال حياته سَمِّي وكيلاً، ولا كلام لنا في إقامة الوكيل، ولا تصرفاته، بل موضوعنا خاص بالوصي.

فالوصيُّ على العموم: هو الشَّخص الذي أقامه غيره مقامه؛ ليتصرَّف في تركته بعد وفاته، أو أقامه القاضي إذا كانت هناك داعية إليه، فيؤخذ من هذا التعريف أنَّ الوصيَّ ينقسم إلى قسمين:

الأول: مَنْ أقامه الشَّخص حال حياته.

الثاني: مَنْ أقامه القاضي.

فالأول يُسمَّى وصياً مختاراً، والثاني يُسمَّى وصيَّ القاضي.

الوصيُّ المختار

إذا أقام شخص وصيًا فهذا الشخص المقام لا يخلو حاله من أحد أمور ثلاثة: إمّا أن يقبل في حياة الموصي، وإمّا أن يردّ، وإمّا أن يسكت، فإن كان الأوّل، وعلم الموصي بقبوله، واستمرّ على هذا القبول حتى مات الموصي؛ لزمته هذه الوصاية، فليس له أن يخرج نفسه منها بعد موت الموصي إلا إذا كان هناك شرط يجوز ذلك، كما إذا أقامه وصيًا على أن يخرج نفسه منها متى شاء، أو قبل هو بهذا الشرط، ورضي به الموصي.

والسبب في ذلك أنه إذا قبل في حياة الموصي، واستمرّ على هذا القبول إلى موته، فارق الموصي الحياة الدُّنيا وهو معتمد عليه، فليس له أن يخرج نفسه بعد موته للتّغريب به، وبورثته، ولكن لو كان هناك شرط يبيح له ذلك؛ فلا يكون التّغريب حاصلًا لعلم الموصي بأن إخراج نفسه في أيّ وقت أراد جائز بمقتضى الشرط، فكان يمكنه إقامة غيره إقامة خالية عن هذا الشرط.

ولما ذكر لو قبل الموصي له الوصية في حياة الموصي، ثمّ ردّها بعد موته يصحّ ردّه لانتفاء التّغريب إذ إنّ النّفع بالوصية عائد إليه بخلاف ما معنا فإنّ النّفع عائد لغيره. انظر: مادّة (٤٣٥).^(١)، وتأمل.

وإن كان الثّاني وهو ما إذا ردّ الوصيّ الوصاية في حياة الموصي فإنّما أن يكون هذا الرّدّ بغير علم الموصي، أو بعلمه، فإن كان الرّدّ بغير علم الموصي بعد ما قبل بعلمه؛ فلا يصحّ، بل يكون الموصي إليه ملزمًا بتأدية وظيفته بعد موت الموصي للتّغريب من

(١) (مادّة ٤٣٥) من أوصى إليه، فقبل الوصاية في حياة الموصي؛ لزمته، وليس له الخروج عنها بعد موت الموصي ما لم يكن جعله وصيًا على أن يخرج نفسه منها متى شاء.

جهة الوصي؛ إذ كان يلزمه والحالة هذه أن يخبر الموصي بأنه رجع عن قبول الوصاية، فيختار مَنْ يثق به من الأصدقاء الأمناء، فيعيّنه وصيًا. (انظر، وتأمل).

وإن كان الردُّ بعلم الموصي صحَّ، فلا يلزم بالوصاية بعد موت الموصي؛ لانتفاء التَّغْيِيرِ إذ يمكنه والحالة هذه أن يوصي إلى غيره، وليس للوصي في هذه الحالة أن يقبل بعد موت الموصي؛ لأنه بالردِّ لم يبق للإيجاب أثر فلا يصحُّ ترتب القبول على شيء غير موجود. انظر مادَّتي (٤٣٦، و٤٣٧).^(١)

وإن كان الثَّالث وهو ما إذا سكت الموصي إليه بأن لم يصرح بالقبول، ولا عدمه يكون مخيرًا بعد موت الموصي بين أمرين:

الأول: أن يقبل الوصاية، وحينئذٍ تجرى عليه أحكامها.

الثاني: أن يردّها، وحينئذٍ لا يلزم بشيء؛ لأن التَّغْيِيرِ والحالة هذه يكون منتفياً إذ كان في إمكان الموصي قبل وفاته، أو يثبَّت من الموصي إليه بأخذ رأيه في القبول، أو عدمه.

فإذا لم يفعل، واعتمد على أن يقبله بعد موته، ولم يوص إلى غيره؛ فقد قَصَّر في أمره، فصار مغتترًا من جهته، لا مغرورًا من جهة الوصي، فإن قبل الوصي بعدما ردَّ في هذه الحالة صحَّ هذا القبول إن لم يكن القاضي أخرجه حين قال: لا أقبل؛ لأنَّ مجرَّد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيصاء؛ لأنَّ فيه ضررًا بالميّت، فإذا انضَمَّ إخراج

(١) (مادّة ٤٣٦) مَنْ أوصي إليه فرد الوصاية في حياة الموصي، فإن ردّها بعلمه؛ صحَّ الردُّ، وإن ردّها بغير علمه؛ لا يصح.

(مادّة ٤٣٧) مَنْ أوصي إليه، فلم يقبل الوصاية في حياة الموصي، بل ردّها بعلمه، ثمَّ قبل بعد موته؛ لا يصحُّ قبوله.

القاضي له لعدم قبوله؛ بطل الإيصاء، فلا يصحّ القبول، وهذا هو المعوّل عليه. انظر: مادة (٤٣٨).^(١)

وإقامة الوصي لا تتقيّد بلفظ مخصوص، بل يصحّ هذا التفويض بكلّ لفظ يدلّ على أن الشخص فوّض لغيره النّظر في شئون تركته، وأولاده بعد وفاته كانت وكيلي بعد موتي. أنت وصيّ، أسلمت إليك الأولاد بعد موتي، تعهّد أولادي بعد وفاتي، قم بلوازمهم بعد موتي، وهكذا من الألفاظ التي تفيد هذا التفويض، وكما أنه لا يشترط في الإيجاب لفظ مخصوص كذلك لا يشترط في القبول لفظ مخصوص بل الشرط أن يأتي الموصي إليه بلفظ يدلّ على قبوله ما فوّض إليه؛ لأنّ العبرة بالمعاني، لا بالألفاظ، بل اللفظ غير شرط إذ قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة، فإذا أقام شخص غيره مقامه، وسكت هذا المقام حتى مات المقيم، فباع شيئاً من تركته، أو اشترى للورثة شيئاً من لوازمهم، أو قضى ديناً على الميت من تركته، أو أخذ ديناً كان للميت عند غيره كان هذا التصرّف رضاً بالوصاية، فيعتبر وصياً بأحد هذه التصرّفات، أو غيرها ما يدلّ على رضاه بها، وقد نصّ الفقهاء على أنّ الوصاية تلزم الوصي بتصرّفه في التركة، وإن لم يعلم بالإيصاء بخلاف الوكيل حيث لا يكون وكيلاً من غير علم؛ لأنّ التوكيل إنابة في حالة قيام ولاية الوكيل، وهذا لا يصحّ من غير علم أمّا الإيصاء فبخلافه؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الموصي، فلا يتوقّف على العلم كالورثة، كذا قالوا فتأمّل.

فقد ظهر لك مما تقدّم أنّ الموصي إليه مخير في أوّل الأمر بين القبول، والردّ؛ لأنه متبرّع في الأعمال التي يتولّاها، ويلحقه ضرر العهدة، فلا بدّ من قبوله إذ الموصي

(١) (مادة ٤٣٨) من أوصى إليه، فسكت، ولم يصرّح بالقبول، وعدمه، فمات الموصي؛ فله الخيار إن شاء ردّ الوصاية، وإن شاء قبلها.

ليس له ولاية إلزامه ليتصرّف، ولا إلزام بلا التزام. انظر: مادّة (٤٣٩).^(١)

وإقامة الوصي إمّا أن تكون غير مقيدة بشيء مخصوص، أو مقيدة، فإن كان الأوّل كما إذا قال له: أقمّتك وصيّاً في جميع شئون التركة، أو أقمّتك وصيّاً، أو أنت وصيّ، فلا خلاف في أنه يتصرّف في جميع أموال التركة بما يخوّله حقّ الايصاء له.

وإن كان الثّاني بأن أقامه وصيّاً ليتصرّف في مالٍ مخصوص، أو يتولّى إجارة الأموال، أو الزّراعة، أو التّجارة له فإنّما أن يكون المقيم هو القاضي، أو الأب، فإن كان الأوّل؛ فلا خلاف في أنه يتخصّص بها خصّص به، فإذا أقام القاضي وصيّاً ليقضي دين الميّت، أو يقتضيه، أي: يأخذ دين الميّت الذي على الغير، أو جعله وصيّاً في ماله بمصر مثلاً، تخصّص هذا المأمور بما أمر به فليس له أن يتعدّاه إلى غيره، وإن كان الثّاني وهو الوصي المختار فقال أبو حنيفة: لا يتخصّص، بل يكون وصيّاً عامّاً، فإذا قيده بشيء مما ذكر، فلا يتقيّد، وقال أبو يوسف: يتخصّص الوصي المختار كوصي القاضي.

وقالوا في الفرق بينهما على قول أبي حنيفة: إنّ تنصيب القاضي من ولّاه قضاء، والقضاء قابل للتّخصيص، ووصيّ الأب لا يقبله لقيامه مقامه، أو لأنّ وصيّ القاضي كالوكيل فيتخصّص بخلاف وصيّ الأب.

وبالتأمّل نجد أنّ في النّفس شيئاً من هذا الفرق، بل الظّاهر التّسوية بينهما، كما قال أبو يوسف إذ مبنّى هذا الفرق على ما يظهر من قولهم لقيامه مقامه: إنّ وصيّ

(١) (مادّة ٤٣٩) قبول الوصاية دلالة كقبولها صراحة، فإذا تصرّف الموصى إليه ببيع شيء من تركة الموصي، أو بشراء شيء يصلح للورثة، أو بقضاء دين، أو اقتضائه؛ كان تصرّفه قبولاً للوصاية، وصحيحاً.

القاضي لو تصرف فيما أمر به يتصرف القاضي في الباقي، أو يقيم غيره للتصرف فيه بخلاف وصي الميت؛ فإن الموصي غير موجود حتى يتصرف فيما لم يوص إليه بالتصرف فيه؛ لأن الموصي رضيه متصرفاً في بعض الأمور، ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلاً، فيكون من رضي بتصرفه في البعض أولى من غيره، ولكن لا يقال: إن القاضي يتصرف في الباقي، أو يأمر غيره بالتصرف فيه إذ الموصي قد يكون له غرض صحيح مسلم لا يقبل النقص؛ لأن الناس يختلفون في التصرفات إذ بعضهم قد يكون له دراية بمعرفة شيء، ولا يدري في غيره كالتاجر، والمزارع، فيكون الموصي قد أقام هذا فيما يصلح له، وأراد اختيار غيره للشيء الآخر، فأدركته منيته قبل الاختيار هذا إذا كان المقام وصياً واحداً، فإن أقام وصيين كل منهما في شيء مخصص يكون قد أقام كلياً فيما يعرفه، فإذا أطلقنا للموصي إليه شيء مخصص التصرف في جميع شئون التركة؛ فأت غرض الموصي، وربما يجاب عما ورد على التعليل الذي قالوه للفرق عند الإمام الأعظم بأنه إذا أقام وصيين كل منهما في شيء مخصوص، فليس لأحدهما أن يتصرف إلا بملاحظة الآخر، وأخذ رأيه كما هو رأي الإمام، وحيث لا يفوت غرض الموصي، ولكن هذا لا يصلح جواباً فيما لو أقام وصياً واحداً في شيء مخصوص، ولذا كان الظاهر قول أبي يوسف، وإن كان بعض الكتب يقول الفتوى على قول الإمام. انظر: مادة (٤٤٠).^(١)

ولما كان للشخص أن يتصرف في ماله حال حياته كان له أن يعطي هذا الحق لغيره بعد وفاته ممن أراد ما دامت الشروط متوفرة فيه، فلا يلزم بإقامة شخص مخصوص، بل له أن يقيم زوجته وصية على أولاده سواء كانوا منها، أو من غيرها، وسواء كان هذا المقام وارثاً، أو غير وارث، فإذا كان للموصي أخ شقيق، أو أخ

(١) (مادة ٤٤٠) وصي الميت لا يقبل التخصيص، فإذا أوصى إليه في نوع خاص؛ صار وصياً عاماً، وكذلك لو أوصى إلى أحد بقضاء دينه، وإلى آخر باقتضائه؛ فهما وصيان عامان في كل ماله.

لأب، وله ابن، وأقام أخاه وصيًا؛ صحَّ هذا الإيصاء، وإن كان الأخ في هذه الحالة غير وارث؛ لأنه محجوب بابن الموصي، وإذا كانت له بنت، والمسألة بحالها صحَّ الإيصاء أيضًا، والأخ في هذه الحالة وارث؛ لأنَّ البنت تأخذ النصف بطريق الفرض، والأخ يأخذ الباقي بطريق التعصيب، ومثل ذلك ما إذا كانت له أولاد، وفيهم صغار، وكبار فأقام أحد الكبار وصيًا على الصغار؛ فإنه يصحُّ وهو وارث معهم.

والوصيُّ هو الذي يتصرَّف في التركة بدون مراقبة أحد عليه إلا من له الولاية العامة، وهذا إذا لم يُقم الوصي ناظرًا مع الموصي، فإن فعل كان له حقُّ المراقبة، فليس للوصي أن يتصرَّف في التركة إلا بإطلاع الناظر، ورأيه. انظر: مادَّة (٤٤١).^(١)

ومتى أقام الأب وصيًا؛ فهو الذي يتصرَّف، ولا يزاحمه غيره، ولو كان ذلك الغير جدًّا للأولاد، أي: يكون أبا للميت إذ ولاية التصرُّف للجدِّ في مال أولاد ابنه مؤخِّرة عن ولاية وصيِّ الأب، فإذا لم يوص الأب إلى أحد، وكان له أب يمكنه أن يقوم بشئون التركة بأن كانت شروط الولاية متوفِّرة فيه؛ فالولاية له، ولا مراقبة لأحد عليه إلا من له الولاية العامة؛ لأنَّ الولاية على أموال الصغار تثبت أولاً للأب، ثمَّ وصيِّه، ثمَّ وصي وصيِّه وإن بعد، ثمَّ الجدَّ الصَّحيح، ثمَّ وصيِّه إلخ، ثمَّ القاضي، ووصيِّه.

وقد تقدَّم لنا قريبًا في شرح مادَّة (٤٣٤) نقل مذهب الشافعي، ودليله في تقديم الجدِّ على وصيِّ الأب، وعارضناه بدليلنا. انظر: مادَّة (٤٤٢).^(٢)

(١) (مادَّة ٤٤١) تجوز الوصاية إلى الزوجة، والأم، وغيرهما من النساء، وإلى أحد الورثة، أو غيرهم، ويجوز جعل الأم، أو غيرها مشرفة، أي: ناظرة على أولاده مع وجود الوصي.

(٢) (مادَّة ٤٤٢) وصي أبي الصَّغير أولى من الجدِّ، فإذا أقام الرَّجل زوجته، أو غيرها وصيًا من بعده على ولده الصَّغير، ومات مصرًّا على ذلك؛ فليس للجدِّ حقُّ في الولاية على مال الصَّغير، فإذا مات أبو الصَّغير، ولم يوص إلى أحد، وللصَّغير جدُّ صحيحٌ قادرٌ أمينٌ؛ فالولاية له.

ويشترط في الوصي شروط ستة لا بدَّ من وجودها وهي: الإسلام، والحرية، والعقل، والأمانة، وحسن التصرف، والبلوغ؛ لأنَّ الإيصاء إلى الغير إنما يجوز شرعاً؛ ليتَّمَّ به نظر الموصي لنفسه، ولأولاده، وبالإيصاء إلى مَنْ لم تكن متوفِّرة فيه هذه الشروط لا يتَّمَّ هذا النظر.

وبيانه أنَّ الإيصاء لغير المسلم مخالف لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ مَبِيلًا﴾، ولا شكَّ في أنَّ الإيصاء من باب التولية، والشارع حكيم يضع الأشياء في محلِّها، والإيصاء لغير الحرِّ مضرٌّ بالورثة، أو فيه قلب للمشروع؛ لأنه إمَّا أن يكون مملوكًا لغير الموصي، أو له، فإن كان الأوَّل؛ فلاشتغاله بخدمة مولاه لا يتمكَّن من مراعاة صالح الورثة، وإن كان الثَّاني؛ ففيه إثبات الولاية للمملوك على المالك، وهو قلب للمشروع، وما ذُكر في الثَّاني على عمومه قول الصَّاحِبِينَ، ولكن فَرَّقَ أبو حنيفة بين ما إذا كانت الورثة كبارًا، أو صغارًا، فوافقهما في الأوَّل، لا الثَّاني مستدلًّا بأنَّ الرِّقِيقَ مكلفٌ مستقلٌّ بالتَّصرُّف، وليس لأحدٍ عليه ولاية؛ لأنَّ الصَّغار وإن كانوا مملوكًا له لكن لما أقامه أبوهم مقام نفسه صار مستقلًّا بالتَّصرُّف مثله بلا ولاية منعه لهم بخلاف الكبار، فإنَّ لهم ولاية المنع، وقد يقال على هذا: إذا لم يكن للورثة الصَّغار ولاية المنع؛ فللقاضي أن يبيعه، فيتحقَّق المنع، والجواب عن ذلك أنه إذا ثبت الإيصاء، فلا تثبت ولاية المنع للقاضي، وفي الإيصاء لغير العاقل بالورثة؛ لعدم اهتدائه إلى التَّصرُّف النَّافع لهم، وفي الإيصاء لغير البالغ عدم مراعاة صالح الورثة أيضًا لقصور نظره في التَّصرُّف النَّافع لهم، ولأنَّ في الإيصاء للخائن، وللذي لا يحسن التَّصرُّف في المال ضياع حقِّ الورثة، ولأنَّه لا ولاية للمملوك، والصَّغير، وغير العاقل، ومَنْ لا يحسن التَّصرُّف في ماله على نفسه، فأولى ألا تكون لهم الولاية في مال غيرهم.

فإن كان الوصي متصفاً بكل هذه الأوصاف؛ فيها، وإن فقد واحداً منها بأن أوصى إلى صغير، أو خائن، أو مبذر في المال؛ بذلهم القاضي بغيرهم؛ لأنه نصّب ناظرًا لمصالح العامة، ومصلحة الورثة تقتضي تولية من يصلح حتى لو انتفت الموانع المذكورة، بأن بلغ الصَّغير، وزال وصف الخيانة، وارتفعت صفة التَّبذير، فحصل الرُّشد لم يتعرَّض لهم القاضي. انظر: مادة (٤٤٣).^(١)

وبما أنَّ الموصي لم يستفد هذه الولاية إلا من قبل الموصي؛ فللموصي عزله من الوصاية، وإخراجه عنها في أي وقت شاء، سواء كان قبل قبوله، أو بعده، وسواء كان الوصي حاضرًا، أو غائبًا، وإن لم يعلم، وهذا قول الإمام الأعظم، وقال أبو يوسف: يبقى الوصي وصيًا، فتتخذ جميع تصرُّفاته إلا إذا علم بالعزل، وينبني على هذا الخلاف أنَّ الموصي إذا عزل الوصي حال غيبته، ثم مات، ولم يعلم الوصي بذلك، وتصرَّف قبل علمه؛ فهذه التصرُّفات تكون غير نافذة على قول الإمام، وتنفذ على قول أبي يوسف، وبالتأمل نجد أنَّ قول أبي يوسف هو الظاهر؛ لأنه يترتب على قول الإمام أنَّ الموصي يعزل وإن لم يعلم كما استظهره ابن عابدين من العبارة، وفي ذلك من التَّغْيِير بالغير ما لا يخفى إذ النَّاس عرفوه وصيًا، وهو عرف نفسه كذلك، ولم يحصل لديه ما ينفي هذا الوصف، فإذا تصرَّف بمقتضى هذه الوصاية قبل علمه بالعزل؛ كان هذا التصرُّف غير نافذ على قول الإمام، فيتضرَّر هو، ومن تعامل معه، وهذا غير حاصل على قول أبي يوسف؛ لنفاذ تصرُّفه قبل علمه بالعزل. انظر: مادة (٤٤٤).^(٢)

(١) (مادة ٤٤٣) يكون الوصي مسلمًا حرًا عاقلًا بالغًا أمينًا حسن التصرُّف فإذا أوصى الميت لغير ذلك؛ فالقاضي يعزله، ويستبدله.

(٢) (مادة ٤٤٤) يجوز للموصي أن يعزل الوصي من الوصاية، ويخرجه عنها بعد قبوله، ولو في غيبته.

والأوصياء ثلاثة:

الأول: عدل كاف.

والثاني: عدل غير كاف.

والثالث: فاسق يُحاف منه على المال.

فإن كان الوصي الذي اختاره الشخص قبل وفاته عدلاً كافياً بأن كان قادراً على القيام بالوصاية، فليس للقاضي عزله؛ فإن عزله قال بعضهم: ينعزل، ويكون القاضي جائزاً؛ لأنَّ للقاضي سطوة يد، وولاية شاملة على الكافة خصوصاً على المال، والصغار، فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حياً، وقال بعضهم: لا ينعزل؛ لأنه متى كان متصفاً بما ذكر يكون في إبقائه مراعاة الحقيين: حقُّ الموصى له، وحقُّ الورثة، وهو الغرض من الإيصاء الشرعي، واختلفت عبارتهم في المختار من هذين القولين، والظاهر الثاني؛ لأنَّ سطوة القاضي، وولايته لا يستعملهما في الجور.

وإن كان عدلاً غير كافٍ بأن كان مأموناً على الأموال، ولكن لا يمكنه القيام بجميع شئون التركة وحده، فلا يعزله القاضي أيضاً، بل يضمُّ إليه غيره، فإبقاؤه لاعتماد الموصي عليه؛ لأمانته، وصيانتها، وضمُّ غيره إليه؛ ليزول ضرر عدم كفايته، ففي هذه الطريقة مراعاة الحقيين، ولكن لا بدَّ أن يكون عاجزاً عن القيام بجميع شئون التركة حقيقة بأن يثبت ذلك بالبيّنة، لا بمجرد إخباره؛ لأنه قد يخبر بذلك تخفيفاً على نفسه، فلو ضمَّ إليه غيره في هذه الحالة كان فيه إضرار بالورثة لزيادة الأجر عليهم، اللهمَّ إلا إذا وجد متبرّع، وأين هو؟ ولا يقال ذلك عند إقامة البيّنة، بل يكون الضرر في عدم ضمِّ غيره إليه، فإن كان عدلاً ولكن لا يمكنه أن يقوم بشيء من شئون التركة أصلاً؛ استبدله القاضي بغيره؛ لأنَّ المصلحة في ذلك، فإن عادت

قدرته على القيام بالأعمال؛ أعاده وصيًا مراعاة لحقِّ الميّت، والورثة.

وإن كان الوصي الذي اختاره الميّت فاسقًا، ويخاف منه على المال؛ عزله القاضي، ونصّب آخر بدله؛ لأنَّ في إبقائه على الوصية إضرارًا بالورثة، والميّت لا يقدر على عزله، فيقوم القاضي مقامه؛ لأنه نصّب ناظرًا لمصالح العامة.

فإن استمر وصف العدالة بالنسبة للوصي؛ فلا يعزله القاضي، ولو اشتكى منه بعض الورثة إلا أن يثبت القاضي من صحّة الشكوى، وتظهر خيانتة، وحينئذ يكون له عزله؛ لأنه استفاد الولاية من الميّت، وحيث ظهرت الخيانة فاتت الأمانة، والميّت إنما اختاره لأجلها، فليس من النّظر إبقاؤه بعد فواتها، ولو كان الموصي حيًّا؛ لأخرجه منها، فينوب القاضي مقامه عند عجزه، ويقيم غيره مقامه كأنَّ الميّت مات، ولم يقم وصيًا. انظر: مادّة (٤٤٥).^(١)

وصيُّ القاضي

فقد بان لك من هذا أنه إذا أقام الأب وصيًا متوفّرًا فيه الشّروط، ولم يظهر عليه ما يوجب عزله؛ فهو الذي له الولاية على أموال الصّغار، فإن مات الأب، ولم يقم وصيًا، فإن كان له أب متوفّرًا فيه الشّروط ثبتت له الولاية، فإن لم يكن الأب وهو جدُّ الأولاد موجودًا، أو كان ولكنه غير أهل للولاية انتقلت إلى القاضي فله أن يتصرّف بنفسه في أموال الصّغار، وله أن يقيم وصيًا؛ لأنه نصّب ناظرًا للمصالح

(١) (مادّة ٤٤٥) إذا كان الوصي الذي اختاره الميّت عدلًا قادرًا على القيام بالوصاية؛ فليس للقاضي عزله، وإن كان عاجزًا عن القيام بها حقيقة؛ يضمُّ إليه غيره، وإن ظهر للقاضي عجزه أصلًا يستبدله، وإن قدر بعد ذلك يعيده وصيًا كما كان، ولا يعزل الوصي بمجرد شكاية الورثة منه، أو بعضهم، وإنما يعزل إذا ظهرت خيانتة.

الدَّيْنِيَّةَ، والدُّنْيَوِيَّةَ، ولا شكَّ أنَّ مصلحة الصَّغار في إقامة شخص ينظر في شئونهم؛ لأنهم لقصر عقولهم لا يهتدون إلى ما فيه صلاح أحوالهم، وهذا الشخص يسمَّى وصي القاضي.

وبما أنَّ إقامة القاضي وصيًا منوطة بالاحتياج للمصلحة، فليس له أن يقيم وصيًا في كلِّ وقت بل عند تحقُّق الحاجة، سواء مات الأب، ولم يبقَ وصيًا، أو كان موجودًا ولكنه غير صالح للولاية؛ فله أن يقيم وصيًا في المسائل الآتية:

أولاً: إذا كان على الميِّت دين، ولم يوجد وارث يخاصمه الدَّائن في إثبات دينه، وأخذ منه؛ لأنه لو لم يبقَ القاضي وصيًا؛ لتضرَّر الدَّائن.

ثانيًا: إذا كان للميِّت دين على شخص، ولم يوجد وارث يخاصم المدين ليثبت الدَّين، ويستوفيه؛ لأنه لو لم يبقَ وصيًا؛ لتضرَّر مستحقُّ التَّركة.

ثالثًا: إذا أوصى الميِّت بشيء من أمواله لشخص، ولم يجد الموصى له وارثًا يثبت الوصية في وجهه إذ بعدم إقامة وصي يتضرَّر الموصى له، فلو كان هناك وارث صالح للمخاصمة في جميع هذه المسائل، فلا حاجة إلى إقامة الوصي.

رابعًا: إذا كان في الورثة صغير، فيقيم القاضي وصيًا يقوم مقامه مع الورثة الكبار، ومن باب أولى ما إذا كانت كلُّ الورثة صغارًا.

خامسًا: إذا كان للصَّغير مال ورثه عن أمِّه مثلاً، وله أب ولكنه غير أهل للولاية بأن كان مسرفاً مبذراً للمال مثلاً؛ لأنَّ مصلحة الصَّغير في إقامة شخص لحفظ أمواله من الضَّياع.

سادسًا: إذا غاب أبو الصَّغير غيبة منقطعة بأن لم يعرف مكانه، ولا حياته، ولا

وفاته، واحتيج إلى إثبات حق من الحقوق، أو حفظ الأموال؛ لأن المصلحة في إقامة الوصي.

سابعاً: إذا كانت التركة مديونة، وكانت الورثة كباراً، وأمروا ببيع شيء من التركة لقضاء الدين، أو بتسديده من مالهم، فلم يمتثلوا؛ لأنه لو لم يخول هذا الحق للقاضي في هذه الحالة؛ لتضرر الدائنون. انظر: مادة (٤٤٦).^(١)

وقد نص الفقهاء على أن القاضي له أن يقيم شخصاً مقام غيره في مسائل، وذلك عند تحقق الحاجة لدفع الضرر.

فمن هذه المسائل ما إذا كان شخص مديناً لآخر، فطالبه بالدين، فحلف له أن يعطيه هذا المبلغ في الوقت الفلاني، وجاءه به في الوقت المعين، فاخفى الدائن ليقع عليه اليمين؛ لأن في عدم إقامة الغير إضراراً بالمدين لوقوع اليمين عليه.

ومنها ما لو كان شخص مديناً، فطالبه الدائن بالدين، فضمن شخص آخر إحضاره له في وقت معين، وشرط أنه إن لم يحضره إليه فيه؛ يكون ملزماً بدفع الدين، ثم أحضره في الوقت المتفق عليه، فاخفى الدائن حتى يفوت الوقت؛ لأنه لو لم يقيم الغير؛ لتضرر الكفيل بالنفس لإلزامه بالدين المعلق على عدم التسليم في الوقت المعين، ومنها ما لو كان المدعى عليه أخرس أصم، ولا ولي له، ومنها ما لو أسلمت زوجة المجنون الكافر، ولا أب له، ولا أم ليقضي عليه بالفرقة؛ لأنه لو لم يقيم شخصاً؛ لتضررت الزوجة التي أسلمت بانتظارها وقت غير معلوم لشفاء زوجها

(١) (مادة ٤٤٦) إذا لم يكن للميت وصي مختار، وكان عليه، أو له دين، أو في تركته وصية، ولم يوجد وارث لإثبات ذلك، وإيفائه الدين، واستيفائه، وتنفيذ الوصية، أو كان أحد الورثة صغيراً؛ فللحاكم أن ينصب وصياً. وله ذلك أيضاً إذا كان أبو الصغير مسرفاً مبذراً لماله، أو احتيج إلى إثبات حق صغير أبوه غائب غيبة منقطعة، أو تعنت الورثة في بيع التركة لقضاء ما عليها من الديون.

المجنون.

ومنها ما لو ادّعى الوصي ديناً على الميّت، فينصّب القاضي وصياً في مقدار هذا الدين ليخاصمه الوصي في إثباته.

والفروع التي من هذا القبيل كثيرة لا يمكن حصرها، ولكن متى عرفنا السبب في ذلك وهو تحقق الحاجة لدفع الضرر؛ استغنيا عن سردها.

فقد بان لك أنه متى أقام الأب وصياً واحداً، وكان مستوفياً لكل الشروط، وقادراً على القيام بجميع شئون التركة، فهو الذي يتصرّف، ولا يزاحمه غيره اتفاقاً، فتكون جميع تصرفاته الموافقة للشرع نافذة بلا توقّف على إجازة غيره، وأمّا إذا أقام وصيّين، أو اختارهما قاض واحد، فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة: الأوّل: أن ينصّ الوصي على الانفراد بأن يقول: أقمتكما وصيّين، ولكل منكما أن ينفرد بالتصرّف.

الثاني: أن ينصّ على الاجتماع بأن يقول: أقمتكما وصيّين، ولا يتصرّف أحكما وحده. الثالث: أن يطلق بأن يقول: أقمتكما وصيّين، فإن كان الأوّل، أو الثاني أتبع ما نص عليه، وإن كان الثالث، فقال أبو يوسف: ينفرد أحدهما بالتصرّف، وقال الإمام الأعظم، ومحمد: لا ينفرد.

وينبغي على هذا أنه إذا تصرّف أحدهما بدون رأي الآخر؛ كان تصرفه نافذاً عند أبي يوسف، وموقوفاً عندهما، فإن أجازاه الوصي الآخر؛ نفذ، وإن رده؛ بطل.

والمختار أنّ هذا الخلاف جارٍ بينهم، وساء كان إيصاؤه لهما بعقد واحد كما إذا قال لهما: أقمتكما وصيّين، أو بعقدين كما إذا قال لواحد: قم بلوازم أولادي بعد

موتي، وقال الآخر بعد ذلك: أقمته وصيًا، وقال بعضهم: الخلاف بينهم فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة، وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد، فلا ينفرد أحدهما بالإجماع، وقال بعضهم: الخلاف إنما هو فيما إذا أوصى إليهما بعقد واحد، وأما إذا أوصى إلى كل منهما بعقد على حدة، فينفرد أحدهما بالتصريف بالإجماع.

واختلفت عبارات الفقهاء في الأرجح من هذه الأقوال، والظاهر من كلامهم الأول، واستدل أبو يوسف بأن الإيصاء من باب الولاية، وهي إذا ثبتت لاثني شرعاً؛ ثبتت كاملة لكل واحد على انفراد كالأخوين في مسألة الزواج، فإن لكل منهما الانفراد بالتزويج اتفاقاً، وسبب ذلك أن الإيصاء خلافة، وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي، وقد كان بوصف الكمال، ولأن اختيار الأب، أو الجدّ لهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة، فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما. واستدل أبو حنيفة، ومحمد بأن الولاية ثبتت عند الموت، فيراعى وصف ذلك، وهو وصف الاجتماع؛ لأنه شرط مفيد إذ رأى الواحد لا يكون كراي الاثنين، ولم يرض الموصي إلا باثنين، فصار كل واحد في هذا السبب بنزلة شطر العلة، وهو لا يثبت به الحكم، فكان باطلاً بخلاف الأخوين في النكاح؛ لأن السبب هناك القرابة، وقد كانت لكل واحد منهما كاملة على انفراد، فينفرد.

وقد استثنى أبو حنيفة، ومحمد من قولهما هذا مسائل لو باشرها أحد الوصيَّين كان تصرفه نافذاً بلا توقف على إجازة الآخر، ومن تتبّع هذه المسائل وجدها لا تخرج عن أصليين:

الأول: المسائل التي يخشى من تأخيرها الضرر.

الثاني: المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرأي، وينبغي على ذلك أن لأحد الوصيين الانفراد إجماعاً في المسائل الآتية:

أولاً: تجهيز الميِّت؛ لأنَّ في التأخير ضرراً، ولا يحتاج فيه إلى الرأي، لأنَّ الكفن المسنون، والأمور الجائزة شرعاً في هذه الحالة معلومة، بل عند التأمل نرى أنَّ التَّجهيز ليس من باب الولاية المستفادة من قبل الوصي، ولذا يملكه الجيران في الحضرة، والرِّقَّة في السَّفر.

ثانياً: الخصومة التي في حقوق الموصي على الغير، ولكن الظَّاهر أنَّ المراد بالخصومة التي ينفرد بها أحدهما حضوره في مجلس القضاء، لا رفعه الدَّعوى، والسَّير فيها بدون أخذ رأي الآخر إذ هذا مما يحتاج فيه إلى الرأي، وإنما كان الظَّاهر ما ذكره بدليل أنهم علَّلوا الانفراد في الخصومة بقولهم؛ لأنَّ الاجتماع فيها متعذَّر، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين، فالتَّعذُّر إنما هو الاجتماع على ما قالوا، لا أخذ الرأي، وبدليل أنهم نصُّوا على أنه إذا وكلَّ شخص اثنين بعقد واحد، فلا ينفرد أحدهما بالتَّصرُّف إلا في مسائل منها الخصومة، وقالوا في تعليل الانفراد؛ لأنَّ هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي، والخصومة وإن كان يحتاج فيها إلى الرأي، لكن اجتماعهما في التَّكلم في مجلس القاضي متعذَّر؛ لأنه يؤدِّي إلى التَّشويش على القاضي، وإلى الشَّغب، والرَّأي يحتاج إليه سابقاً على الخصومة.

ولما خالف زفر في مسألة الخصومة، وقال: لا ينفرد أحدهما فيها معللاً ذلك بأنَّها محتاجة إلى الرأي، ورأي الاثنين لا يكون كراي الواحد، ردُّوا عليه بقولهم: إنَّ المعهود بين النَّاس هو الانفراد بالتَّكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشَّغب، وتحريماً للصَّواب إذ الإنسان يتبلى بالغلط عند كثرة اللَّغَط، وفي الاجتماع إخلال بالاستماع، ولما وكلَّهما بالخصومة مع علمه بتعذُّر اجتماعهما صار راضياً بخصومة أحدهما،

ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما، وهذا يكون بأن يتناوبا الأمر برأيهما، وإنما ينفرد أحدهما بالتكلم.

فيؤخذ من صريح هذا ما قلناه لما يترتب على غيره من الضرر؛ لأن الغائب ربما يكون أقوى حجة من الحاضر، وقد يكون عنده من الأدلة في هذه المسألة ما ليس موجوداً عند الحاضر، فإذا قلنا بصحة الانفراد في هذه المسألة، وأنه لا يؤخذ رأي الآخر، وأقام الخصم الحجة على الحاضر، ولم يبد ما عند الغائب لعدم علمه به، وحكم بمقتضى هذه الحجة فلا تسمع عليه دعوى بعد ذلك بخصوص هذه المسألة، وفيه من الإضرار بالورثة ما لا يخفى على أحد.

ثالثاً: طلب الديون التي للموصي؛ لأنه غير محتاج إلى الرأي، ولكن لا يجوز له قبضها وحده؛ لاحتياجها بعده إلى الحفظ، وهو محتاج إلى الرأي، وقد يقال: إذا لم يملك القبض فما فائدة الطلب، اللهم إلا أن يقال: فائدته الاتفاق مع المدين على إحضار الدين في وقت معين، ويخبر صاحبه ليشاركه في استلامه، وفي محل حفظه.

رابعاً: قضاء الديون الثابتة المطلوبة من الوصي، لكن بشرط أن يكون المدفوع من جنس ما عليه، بأن يكون عليه مائة جنيه، فيدفع له مثلها، فلو أراد أن يعطيه شيئاً آخر في مقابلة هذا الدين فلا بد من أخذ رأي شريكه في الولاية؛ لعدم احتياج الأول إلى الرأي، وللاحتياج إليه في الثاني.

خامساً: تنفيذ وصية معينة لفقير معين، أو لغير فقير، فإذا قال: أوصيت لفلان بهذا البيت، وكانت الوصية نافذة، ومستوفية كل الشروط جاز لأحدهما أن يدفع الموصى به إلى الموصى له لعدم احتياجه إلى الرأي.

سادسًا: شراء ما لا بدَّ منه للأيتام كالطَّعام، والكسوة؛ لأنَّ في التأخير لحوق ضررٍ بهم وأيُّ ضررٍ أعظم من هذا إذ ربما يموتون جوعًا، أو عريًا.

سابعًا: قبول الهبة للموصى عليه؛ لأنَّ في تأخيرهِ خشية الفوات، ولعدم احتياجه إلى الرَّأي، ولأنَّ القبول يملكه مَنْ كان الطُّفل في حجره، وإن لم يكن وليًّا، ولا وصيًّا فليس من باب الولاية.

ثامنًا: إجارة ماله، والإجارة وإن كان يحتاج فيها إلى الرَّأي لكن ربما يكون في تأخيرها خشية الفوات، ولحوق الضرر مأمون لفسخ العقد بتحقيقه، ومثله يقال في تأجير الطُّفل لعمل، والظاهر أنَّ الإجارة من المسائل التي يحتاج فيها إلى الرَّأي، فلا ينفرد أحدهما بها؛ لأنَّ الوصيَّين كناظري الوقف، وقد نصَّ في الإسعاف على إنه لا ينفرد أحد الناظرين بالإجارة إلا إذا وكل أحدهما الآخر.

تاسعًا: ردُّ العارية، والودائع المعيّنة، فإذا استعار شخص شيئًا ليتنفع به، ومات قبل ردِّه إلى صاحبه، أو أودع شخص عنده شيئًا، ومات قبل ردِّه، وكان له وصيَّان ملَّك أحدهما إعطاء الوديعة، والعارية إلى صاحبهما؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرَّأي، فلو احتيج إلى الرَّأي بأن كانت الودائع غير معيّنة؛ اشترط اجتماعهما.

عاشرًا: ردُّ ما اغتصبه الموصي، أي: أخذه قهرًا عن صاحبه، وردُّ ما اشتراه شراء فاسدًا؛ لأنَّ كلاً منهما غير محتاج إلى الرَّأي.

حادي عشر: قسمة المكيلات، والموزونات مع شريك الموصي؛ لعدم التَّفاوُت بين أحادها، فلا تحتاج إلى الرَّأي، ولذلك لو كانت الشَّرْكة في القيميّات، احتيجت القسمة إليه، فلا ينفرد أحدهما بها.

ثاني عشر: بيع كل ما يخشى عليه التلف؛ لن فيه ضرورة لا تخفى.

ثالث عشر: جمع الأموال الطائعة؛ لأنَّ في التأخير خشية الفوات، ولأنه يملكه كل من يقع في يده، فلم يكن من باب الولاية.

والفروع في هذه المقام كثيرة، ولكن متى عرفنا الأصول المتقدمين في أول شرح المادّة؛ سهل علينا التّفرّيع عليهما.

فظهر من ذلك أنّ الموصي إمّا أن ينصّ على الانفراد، أو الاجتماع، أو يطلق فإن كان الأوّل، أو الثّاني اتبع شرطه اتفاقاً كما مرّ، وإن كان الثّالث ففي المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرّأي، والتي يخشى من تأخيرها الضّرر ينفرد أحدهما اتفاقاً أيضاً، وفي غيرها لا ينفرد عند الإمام الأعظم، ومحمّد، وينفرد عند أبي يوسف، هذا محصل ما نصّوا عليه.

وبقي أن يقال: إذا نصّ على الاجتماع فهل لأحدهما أن ينفرد بالتصرّف في المسائل التي لا يحتاج فيها إلى الرّأي، والتي يخشى من تأخيرها الضّرر، والظاهر أن له ذلك لأنّ مواضع الضّرورة مستثناة، ولأنّ الشرط لا يعمل به إلا إذا كان مفيداً، ومراعاته ممكنة، ولم أر ذلك منصوصاً، فإن وجدت نصّاً صريحاً؛ فاعمل به.

وكلّ الأحكام المتقدّمة بالنسبة للوصيّين تسري على ناظري الوقف. انظر: مادّة (٤٤٧).^(١)

(١) (مادّة ٤٤٧) إذا أقام الميّت وصيّين، أو اختارهما قاضي واحد؛ فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالتصرّف، وإن تصرّف؛ فلا ينفذ تصرّفه إلا بإذن صاحبه ما عدا الأحوال الآتية: وهي تجهيز الميّت، والخصومة في حقوقه التي على الغير، وطلب الدّيون له، لا قبضها، وقضاء الدّيون المطلوبة منه بجنس حقّه، وتنفيذ وصيّة معيّنة لفقير معيّن، وشراء ما لا بدّ منه للطفّل، وقبول الهبة له، وتأجير الطّفّل لعمل،

وهذا إذا قبل الوصيَّان الإيصاء في حياة الموصي، فما داما حيَّين؛ فتصرفهما على الاختلاف المتقدم، ثمَّ إن حضرت الوفاة أحدهما فإن أوصى إلى الآخر؛ فله التصرُّف في التركة وحده، ولا يحتاج إلى نصب القاضي وصيًا آخر؛ لأنَّ رأي الميِّت باقٍ حكمًا برأي من يخلفه، وإن أوصى إلى غيره؛ وجب اجتماعهما، وإن لم يوص إلى الحيِّ، ولا إلى غيره نظر القاضي في المسألة لما له من الولاية العامة، فإن وجد الباقي قادرًا على إدارة جميع شئون التركة وحده؛ فوَّض إليه النَّظر كُلَّهُ، وإن رآه محتاجًا إلى من يعاونه، ويساعده ضمَّ إليه آخر، وكثير من الفقهاء يقول: لا بدَّ من ضمِّ آخر إلى الحيِّ عند الحلِّ، أمَّا عند من يقول بعدم الانفراد فهو ظاهر؛ لأنَّ الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرُّف، فيضمُّ إليه القاضي وصيًا نظرًا للميِّت عند عجزه، وأمَّا عند القائل بصحَّة انفراد أحدهما بالتصرُّف وهو أبو يوسف؛ فلأنَّ الحيَّ منهما، وإن كان يقدر على التصرُّف، ولكن الموصي قصد أن يخلفه وصيَّان متصرِّفان في حقوقه، وذلك ممكن التَّحقيق بنصب وصيٍّ آخر.

وبعضهم يقول: متى كان الباقي منهما قادرًا على إدارة جميع التركة، فلا حاجة إلى إقامة آخر عند أبي يوسف، وهو الظَّاهر للاستغناء عنه بقدرة الباقي خصوصًا إذا كان يترتَّب على إقامة آخر زيادة الأجر التي نحن في غنى عنها نظرًا لحقِّ الورثة.

ومثل هذا ما إذا أوصى إلى اثنين، ولم يقبلا في حياته، وبعد موته قبل أحدهما، ولم يقبل الآخر؛ فإنَّ القاضي ينظر فإن رأى أنَّ القابل كافٍ وحده؛ أطلق إليه التصرُّف، وإلا ضمَّ إليه غيره، والوصيُّ هو الذي يحفظ المال دون غيره، ولو كان مشرفًا، أي:

وإجارة ماله، وردُّ العارية والودائع المعيّنة، وردُّ ما اغتصبه الميِّت، وما اشتراه شراءً فاسدًا، وقسمة المكيلات، والموزونات مع شريك الموصي، وبيع ما يُحشى عليه التَّلف، وجمع الأموال الصَّانعة، وإن نصَّ الموصي على الانفراد، أو الاجتماع يتبع ما نصَّ عليه.

ناظرًا أقامه الموصي مع الوصي، ولكن ليس للوصي أن يتصرّف إلا بعد إخبار المشرف بما يريده من التصرفات، وأخذ رأيه فيها. انظر: مادة (٤٤٨).^(١)

وما دام الوصي موجودًا فهو الذي يتصرّف إذا لم يطرأ ما يستوجب عزله، فإن مات فإذا لم يوص إلى غيره؛ أقام القاضي وصيًا، وإن أوصى إلى غيره كان الموصي إليه وصيًا في الترتين، أي: تركته، وتركه موصيه، وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: لا يكون وصيًا في تركه موصيه، واستدل بأن الموصي الأول فوّض إلى وصيه التصرف، ولم يفوّض إليه الإيصاء إلى غيره، فلا يملكه، ولأنه رضي برأيه، ولم يرض برأي غيره، فصار كوصي الوكيل، فإنه يكون وصيًا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل، ولأن العقد لا يقتضي مثله، ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل، فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال من أوصى إليه.

ودليلنا أن الوصي تصرف بوصية منتقلة إليه، فيملك الإيصاء إلى غيره؛ لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولايته، وعند الموت كانت له ولاية في الترتين، فينزل الثاني منزله في الترتين، ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي، بل وجد ما يدل عليه؛ لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه بأنه لا يعيش أبدًا، بل تعثره المنية صار راضيًا بإضافته إلى غيره لا سيمًا على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو ما فوّض إليه بخلاف الوكيل؛ لأن الموكل يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه، فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بالتوكيل، ولكن هذا الحكم وهو جعل وصي الوصي وصيًا في الترتين ليس على إطلاقه في كل الصور عندنا بل في

(١) (مادة ٤٤٨) إذا أوصى الميت إلى اثنين، ومات، فقبل أحدهما، ولم يقبل الآخر؛ يضم القاضي إليه غيره إن شاء، وإن شاء أطلق للقابل التصرف، ولو جعل الموصي مع الوصي مشرفًا يكون الوصي أولى بمسك المال، إنما لا يجوز له التصرف في شيء بدون علم المشرف، ورأيه.

بعضها، وبيانه أنَّ الوصيَّ عند إقامته وصيًا آخر إمَّا أن ييهم بأن يقول: أقمتك وصيًا، أو يبيِّن بأن يقول: أقمتك وصيًا في التَّركتين، أو في تركة موصي، أو في تركتي، فإنَّ أبهم، أو بيِّن فقال: في التَّركتين؛ فهو وصي فيهما إجماعًا، وإنَّ بيِّن، فقال في تركة موصي؛ كان وصيًا بالنسبة إليهما بالإجماع أيضًا، وإنَّ قال: أقمتك وصيًا في تركتي، فقال أبو حنيفة: يكون وصيًا فيهما أيضًا؛ لأنَّ تركة موصيه تركته إذا هو يملك التَّصرُّف فيها كما كان يملكه في أمواله الخاصَّة به، فالكلُّ تركة له؛ لأنَّ اللَّفظ يتناول التَّركتين، وقال الصَّاحبان: يكون وصيًا في تركته خاصَّة، وهو الظَّاهر لتبادره إلى الذَّهن عند سماع هذه العبارة؛ لأنَّ تركة موصيه ليست تركته إذ لا يملك فيها إلا التَّصرُّف، وقد انتهى بموته.

وما تقدَّم إنما هو بالنسبة للوصيِّ المختار، وأمَّا وصي القاضي فلا يكون وصيه وصيًا في التَّركتين إلا إذا كانت الوصاية عامَّة. انظر: مادَّة (٤٤٩).^(١)

(١) (مادَّة ٤٤٩) وصي الوصي المختار وصي في التَّركتين ولو خصَّصه بتركته، ووصي وصي القاضي وصي في التَّركتين أيضًا إن كانت الوصاية عامَّة.

الفصل الثاني في تصرفات الوصي

اعلم أن الوصيَّ مطالب أمام الله، وأمام القاضي بالمحافظة على أموال الأيتام، وتنميتها بقدر الإمكان؛ لأنهم عاجزون عن معرفة ما فيه مصلحتهم، فيلزمه أن يراعي ما هو مطالب به أمام الله الذي يعلم سرّه، ونجواه، فلا يلبس على القاضي بشيء لا يرضاه الله؛ ليتخلص من العقاب الدنيوي؛ لأنَّ الله لا تخفى عليه خافية، فهو وإن نجا في الدنيا فالعقاب الأخروي أشدُّ، فيكون دائماً على ذكرٍ مما ورد في الآية القرآنية: ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَفًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا﴾ يعني: يا معاشر الأوصياء إنَّ أخاكم الذي كان معكم في هذه الدنيا الفانية قد انتقل عنها إلى الدار الباقية، وقد صرتم خلفاء على أولاده الذين هم أعزُّ شيء عنده، فاسلكوا معهم السبيل الذي تودُّون أن يسلكه هو مع أولادكم لو فارقتم أنتم الدنيا، وولي هو أمور أولادكم، فاتقوا الله، وارقبوه في جميع أعمالكم، ولا تقولوا إلا الأقوال السديدة الحقة التي تنجيكم عندي، فإن خالفتم ذلك؛ عاقبتكم عقاباً شديداً في الدنيا، والآخرة ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾، فقد بينت لكم الطريق المستقيم؛ لتتبعوه، فمن شاء فليتبع، ومن شاء فليخالف؛ فكلُّ له جزاء أعددته له يوم أقول: ﴿لَمَنِ الْمُلْكُ الْيَوْمَ لِلَّهِ الْوَاحِدِ الْقَهَّارِ﴾ الْيَوْمَ يُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ ۖ

ويلزمه أن يراعي ما هو مطالب به أمام القاضي من الأمور الظاهرية التي تبنى عليها الأحكام، فلا يرتكب أمراً مخالفاً للشرع الشريف، بل يجعل أعماله دائماً دائرة على محور ما سنّه الفقهاء من التصرفات التي وإن كانت كثيرة جداً، ولكن من تأمل بعين البصيرة وجدها كلها ترمي لغرض واحد وهو المحافظة على الأموال، وتنميتها

بقدر الاستطاعة كي يكون ناجيًا في الدارين، فمن هذه التصرفات بيع أموالهم فلا بدَّ من مراعاة صالح القَصْر، عندما يريد الوصي بيع شيء من التركة، وهو يختلف باختلاف الشيء المبيع، والسبب الحامل على بيعه، ومال الورثة، وبيانه أن التركة إما أن تكون خالية من الدين، والوصية، أو مشغولة بهما، أو بأحدهما، وعلى كلِّ فإمَّا أن يكون كلُّ الورثة صغارًا، أو كلُّهم كبارًا، أو بعضهم صغيرًا، وبعضهم كبيرًا، وإن كان فيهم كبير، فإمَّا أن يكون حاضرًا، أو غائبًا، ولكلِّ من هذه الأحوال حكم يخصُّه، وإليك البيان:

فإن كانت التركة خالية من الدين، والوصية، والورثة كلُّهم صغار فإمَّا أن يكون الشيء المراد بيعه منقولًا، أو عقارًا، فإن كان الأوَّل؛ جاز للوصي أن يبيعه بمثل القيمة مراعيًا المصلحة في ذلك قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ سواء كان للأيتام حاجة لثمنه، أو لا؛ لأنَّ حفظ ثمنه أيسر، وأبقى إذ المنقول يتسارع إليه الفساد غالبًا بخلاف النقود، فيكون بيعه من باب النظر إلى الصَّغير بما فيه المصلحة، فيجوز.

هذا إذا كان البيع بمثل القيمة، فإن كان في البيع غبن بأن كان الثمن أنقص من القيمة، فإن كان الغبن يسيرًا، وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين؛ صحَّ البيع أيضًا، وإن كان فاحشًا، وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين؛ فلا يصحُّ، ومثل البيع الشراء فإن اشترى شيئًا للأيتام فإن كان بمثل القيمة، أو بغبن يسير بأن كانت هناك زيادة يسيرة في الثمن؛ صحَّ، وإن كان بغبن فاحش؛ فلا يصحُّ الشراء بالنسبة لهم؛ لأنَّ ولايته نظريَّة، ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف الغبن اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرُّز عنه، ففي اعتباره انسداد باب التصرفات.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان المبيع عقارًا فإمَّا أن يكون هناك مسوِّغ للبيع، أو

لا، فإن لم يكن هناك مسوِّغ؛ فلا يجوز بيعه أصلاً؛ لأنَّ العقار محفوظ بنفسه، فلا حاجة فيه إلى البيع، وإن كان هناك مسوِّغ له؛ جاز بيعه، والمسوِّغ ينحصر في وجود منفعة للصَّغير، أو اضطرار الوصي لبيعه لقضاء دين مثلاً، والمسوِّغات هي الآتية:

أولاً: أن يكون في بيع العقار منفعة ظاهرة لليتيم بأن يرغب أحد في مشتراه بضعف القيمة لمصلحة له بأن يوصل بينه إلى الشَّارع العمومي مثلاً، أو يجعله طريقاً لأرضه، أو يمرَّ مياه لها، أو قضاء أمام بيته؛ فالبيع في هذه الحالة فيه منفعة ظاهرة للصَّغير؛ إذ يمكن الوصي بعد بيعه العقار بضعف قيمته للرَّغب فيه أن يشتري للصَّغير عقاراً أنفع من المبيع.

ثانياً: أن يكون على الميِّت دين لا وفاء له إلا من ثمنه، فيبيع الوصي في هذه الحالة من العقار بقدر ما يفي ثمنه بالدين المطلوب، فإن كان في التَّركة منقول يفي ثمنه بالدين فلا يجوز للوصي بيع العقار.

ثالثاً: إذا كان في التَّركة وصيَّة مرسلة، ولا عروض فيها، ولا نقود لنفاذها منها، فيبيع الوصي فيه هذه الحالة من العقار بقدر ما ينفذ الوصيَّة، والوصيَّة المرسلة هي المطلقة، وهي التي لم تقيَّد بشيء من المال كالرُّبع، أو الثلث مثلاً بأن يقول شخص: أوصيت لفلان بألف جنيه من مالي، فإنَّ الوصيَّة والحالة هذه مطلقة؛ لأنها لم تقيَّد بجزء من المال، ففي هذه الحالة إن كان المبلغ الموصى به يخرج من ثلث المال، ولم يكن في التَّركة نقود يدفع الوصي منها الموصى به، ولم تكن هناك عروض تباع، ويدفع المبلغ من ثمنها؛ جاز للوصي أن يبيع من العقار ما يساوي ثمنه المبلغ الموصى به، ويدفع الثَّمن إلى الموصى له؛ لأنَّ الوصيَّ مضطر إلى البيع والحالة هذه بخلاف ما إذا كانت الوصيَّة مقيَّدة بجزء من المال، فليست له ولاية بيع العقار؛ لأنَّ الموصى له في هذه الحالة شريك الورثة، والوصي هو المتصرِّف، فيقاسمه في أعيان التَّركة، ويعطيه

ما يستحقه منها سواء كان أقل من الثلث، أو الثلث.

وهذا المسوِّغ، والذي قبله وإن كانا خارجين من أصل الموضوع إذ هو خلو التركة عن الدين، والوصية إلا أنه قصد الإتيان بالمسوِّغات في حد ذاتها.

رابعًا: أن يكون اليتيم محتاجًا إلى النِّفقة، وليس في التركة نقود يشتري له منها ما ينفقه عليه، وليس فيها عروض أيضًا حتى تباع، ويشتري بثلثها له ما هو محتاج إليه للنِّفقة، ففي هذه الحالة يبيع الوصي من العقار بقدر ما ينفق على الصَّغير من ثمنه، ويتجدَّد البيع بتجدُّد الاحتياج؛ لأنَّ الوصيَّ مضطر إلى البيع للإنفاق الذي فيه حياة الصَّغير.

خامسًا: أن تكون مؤنته، وخراجه تزيد على غلاته بأن كان الوصي يباشر زراعة أرض للصَّغير، ويصرف عليها ما تحتاج إليه الزراعة، وبعد حصد الزَّرع لا يفي ثمن محصوله بالمصاريف التي صرفت عليه، والخراج الذي يؤخذ على الأرض، أو كان لا يباشر زراعتها، ولكنه يؤجَّرها، وأجرتها لا تفي بخراجها، وما يطلب من الصَّرائب الأخرى، وليس هناك من يسمع شكواه في معاينة الأرض، وتقدير الخراج المناسب لها، فله حينئذٍ ولاية البيع لمنفعة الصَّغير إذ في إبقاء العقار بهذه الحالة ضرر.

سادسًا: أن يكون العقار دارًا، أو حانوتًا آيلًا إلى الخراب، فإنَّ المصلحة في هذه الحالة تكون في بيعه خوفًا من أن ينقضَّ، ولكن يظهر أنَّ هذا مقيَّد بما إذا لم يكن عند الوصي نقود للصَّغير تمكُّنه من ترميم الدَّار، أو الحانوت، واستغلالها، فإن أمكن ذلك فلا يسوغ له البيع لقولهم: إنَّ ولايته نظريَّة، والنَّظر في إبقاء العقار بهذه الكيفيَّة، لا في بيعه؛ لأنه من أنفس الأموال.

سابعًا: أن يخاف الوصي على العقار من تسلُّط جائر ذي شوكة عليه، ونزعه من

تحت يده، ولا يمكنه بعد أخذه استرداده بأيّ طريقة كانت، والظاهر أنّ مجرد الخوف، بل ولا التّحقّق من أخذه لا يكون مسوّغاً للبيع، ولا يشترط في غير المسوّغ الأوّل أن يكون الثّمّن أزيد من القيمة، فيصحّ بمثل القيمة، بل وبالغبن اليسير.

فقد ظهر أنّ بيع الوصي عقار الصّغير بمسوّغ جائز، فإن باعه بدون مسوّغ؛ فالبيع باطل أصلاً فإذا بلغ الصّغير، وأجازاه؛ فلا تصحّ هذه الإجازة، بل يردّ البيع؛ لأنّ الإجازة لا تلحق الباطل، وإنما تلحق العقد الموقوف.

وحيث إنّ العقار هو ما لا يمكن نقله، وتحويله من محلّ إلى آخر، والمنقول بخلافه، فحيث إنّ يكون الشّجر، والنّخل، والبناء دون الأرض القائم عليها من المنقولات، فيجوز للوصيّ بيعها بلا مسوّغ من المسوّغات المذكورة، والذي يظهر أنّ هذا ليس على إطلاقه إذ كيف يسوغ للوصيّ إذا كان للصّغير بيت يستغلّه، وبناءه متين أن يبيع البناء، ويترك الأرض بدونه، أو بينها من مال الصّغير بعد هدم المشتري البناء، وأخذ أنقاضه، أو كيف يسوغ له إذا كانت له أشجار مثمرة ذات إيراد بيعها، إذ المقبول، والمعقول أنّ البيع في مثل هذه الأحوال لا يجوز؛ لأنّ ولاية الوصي نظريّة، ولا نظر في مثلها فلا بدّ من مراعاة الطّروف، والأحوال.

وهذا إذا كان البيع، والشّراء لغير الوصي، وكان ذلك الغير أجنبيّاً منه، ومن الموصي فإن كان لنفسه، أو لغير أجنبي منه، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى في شرح مادّة (٤٥٦)، وما بعدها. انظر: مادّة (٤٥٠).^(١)

(١) (مادّة ٤٥٠) إذا كانت التّركة خالية عن الدّين، والوصيّة، والورثة كلّهم صغار يجوز للوصي أن يتصرّف في كلّ المنقولات بيعها، ولو ييسر الغبن، وإن لم يكن للأيتام حاجة لثمنها. وليس له أن يبيع عقار الصّغير إلا بمسوّغ من المسوّغات الشّرعيّة الآتية وهي أن يكون في بيعه خير لليتيم بأن يبيعه لرغبة فيه بضعف قيمته، أو يكون على الميت دين لا وفاء له إلا من ثمنه، فيباع منه بقدر الدّين، أو

وإن كانت التركة غير مشغولة بالدين، أو بالوصية أيضًا بأن كانت خالية منها، والورثة كلهم كبار، فإمّا أن يكون الكلّ حضورًا، أو الكلّ غيبًا، أو بعضهم حاضرا، وبعضهم غائبا، فإن كانوا كلهم حاضرين؛ فليس للوصي ولاية بيع شيء من التركة إلا بأمرهم، ورضاهم؛ لأنهم والحالة هذه تكون الولاية على أموالهم لهم، لا لغيرهم، فإن أذنوه في تصرف من التصرفات؛ جاز، وإلا فلا، وإنما له طلب ديون الميت، وقبض حقوقه، ودفعها للورثة؛ لأنّ هذا من باب إعانتهم على إيصال الحقوق إليهم، والظاهر أنّ هذا لا يكون إلا برضاهم أيضًا، فلو نهوه عن ذلك؛ فليس له قبض حقوقهم.

وإن كانوا كلهم غائبين؛ فللوصي أن يبيع العروض، ويحفظ ثمنها، وأمّا العقار؛ فليست له ولاية بيعه؛ لأنّ الوصي قائم مقام الأب، والأب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير، فكذلك من انتقلت إليه ولاية الأب وهو الوصي؛ لأنه مأمور بحفظ التركة، وبيع المنقول من باب الحفظ؛ لأنه مما يخشى عليه التلف، وقد يكون حفظ الثمن أيسر، وأبقى بخلاف العقار فإنه محصّن بنفسه، محفوظ لا يخشى عليه التلف، فمن أراد تحصين ماله، وحفظه صرفه في شراء العقار، ولذا قالوا: لو تحقق الوصي من هلاك عقار الغائب؛ جاز له بيعه؛ لأنه من باب الحفظ، وهذا هو الظاهر من كلامهم، وإن كانت الآراء متشعبة في هذا الموضوع.

يكون في التركة وصية مرسلة، ولا عروض فيها، ولا نقود لنفاذها منها، فيباع من العقار بقدر ما ينفذ الوصية، أو يكون اليتيم محتاجا إلى ثمنه للتفقة عليه، فيباع ولو بمثل القيمة، أو بيسير الغبن، أو تكون مؤنته، وخراجه تزيد على غلاته، أو يكون العقار دارا، أو حائوتا آيلا إلى الخراب، فيباع خوفا من أن ينقض، أو يخاف عليه من تسلط جائر ذي شوكه عليه، فإن باع الوصي عقار الصغير بدون مسوغ من هذه المسوغات؛ فالبيع باطل، ولا تلحقه الإجازة بعد بلوغ اليتيم. والشجر، والتخيل، والبناء دون العرصة معدودة من المنقولات، لا من العقارات، فللوصي بيعها بلا مسوغ من المسوغات المذكورة.

وإن كان بعضهم حاضراً، وبعضهم غائباً؛ فما عليك إلا مراعاة الأحكام التي تقدّمت فأجر حكم ما إذا كان الكلّ حضوراً على البعض الحاضر، وحكم ما إذا كان الكلّ غيباً على البعض الغائب. انظر: مادّة (٤٥١).^(١)

وإن كانت التّركة خالية عن الدّين، والوصيّة، ولكن كان بعض الورثة صغاراً، وبعضهم كباراً فاتبع الأحكام التي تقدّمت في المادّتين السّابقتين، وأجر حكم ما إذا كان كلّ الورثة صغاراً على البعض الصّغير، وحكم ما إذا كان كلّ الورثة كباراً على البعض الكبير، سواء كان حاضراً، أو غائباً، أو البعض حاضراً، والبعض غائباً؛ فإنّ الأحكام لا تختلف. انظر: مادّة (٤٥٢).^(٢)

وإذا كانت التّركة مشغولة بالدّين، أو بالوصيّة، والورثة كلّهم صغار، فإن كان الدّين مستغرقاً لجميع التّركة؛ ثبتت له ولاية بيعها كلّها من منقول، وعقار، ولو بمثل القيمة، أو بغبن يسير اتفاقاً، لأنّه لا يمكنه قضاء الديون إلا بالبيع، فكان مأموراً به من جهة الوصيّ، ولأنّ وجود الدّين من مسوّغات بيع العقار، وإن كان الدّين غير مستغرق للتّركة؛ ثبتت له ولاية بيع المنقول، ولو زاد ثمنه عن الدّين، وأمّا العقار فلا يبيع منه إلا المقدار المشغول بالدّين عند الصّاحبين؛ لأنّ جواز البيع هنا

(١) (مادّة ٤٥١) إذا كانت التّركة غير مشغولة بالدّين، أو الوصيّة، وكان الورثة كلّهم كباراً حضوراً، فليس للوصي بيع شيء من التّركة بلا أمرهم، وإنما له اقتضاء ديون الميّت، وقبض حقوقه، ودفعها للورثة، فإن كان الورثة كلّهم كباراً غيباً؛ فللوصي أن يبيع العروض، ويحفظ ثمنها دون العقار، وكذلك إن كانوا كلّهم كباراً، وبعضهم حاضر، والبعض الآخر غائب فليس له إلا بيع نصيب الغائب من العروض، وأمّا العقار فلا يباع إلا للدّين.

(٢) (مادّة ٤٥٢) إذا لم يكن على الميّت دين، ولا وصيّة، وكان بعض الورثة صغيراً، والبعض كباراً؛ فللوصي ولاية بيع العروض، والعقار على الصّغار بأحد المسوّغات دون الكبار إلا إذا كانوا غيباً فله بيع حصّتهم من العروض دون العقار.

للحاجة، ولا حاجة إلى بيع الزائد، فلا يجوز وقال أبو حنيفة: له أن يبيع كل العقار في هذه الحالة أيضًا؛ لأنّ الولاية هنا بسبب الوصاية، وهي لا تتجزأ، فمن ثبتت له الولاية في بيع البعض؛ ثبتت له في الباقي، والمعول عليه مذهب الصّاحيين.

ومثل الدّين الوصيّة، فله أن يبيع من العقار بقدر النّافذ منها إن لم تكن هناك نقود، ولا منقول تنفذ الوصيّة من ثمنه، وهذا إذا كانت الوصيّة مرسلّة، فإن كانت مقيّدة بشيء كثلث أرض كذا، أو البيت الفلاني، وكان يخرج من ثلث التّركة سلّم الوصي الموصى له الموصى به بلا حاجة إلى البيع لأجل الوصيّة.

وإن كان بعض الورثة صغيرًا، وبعضهم كبيرًا، ولكنه غائب، أو كان الكل كبارًا، وهم غائبون كان الحكم كما تقدّم بالنسبة لبيع المنقول، والعقار.

وإن كان كل الورثة كبارًا، ولكنهم حضور رشد؛ كانت ولاية تسديد الدّين، وتنفيذ الوصيّة لهم لا للوصيّ، فإن امثلوا، وقاموا بهذا الواجب؛ فيها سواء كان ذلك من التّركة، أو من مالهم، وإن امتنعوا؛ ثبتت هذه الولاية للوصيّ فله أن يبيع الكل، أو البعض على حسب الحاجة.

وإن كان الكل كبارًا، ولكن بعضهم حاضر، والبعض غائب؛ كان الحكم بالنسبة لكلّ منهم ما تقدّم، وفي كلّ موضع تثبت فيه ولاية البيع للوصي لا يبيع من العقار شيئًا إلا إذا كانت النّقود الموجودة، أو ثمن المنقول لا يفي بالمطلوب؛ لأنّ المصلحة في ذلك، ومع هذا فلا يبيع كلّ العقار، بل بقدر ما شغل بالدّين، أو بالوصيّة. انظر: مادّة (٤٥٣).^(١)

(١) (مادّة ٤٥٣) إذا كانت التّركة مشغولة بالدّين، أو بالوصيّة، ولا نقود فيها، ولم تنفذ الورثة الوصيّة، ولم يقضوا الدّين من مالهم يجوز للوصي إن كانت التّركة مستغرقة بالدّين أن يبيعها كلّها من منقول،

وعندما تثبت الولاية للجدِّ الصَّحيح على أولاد ابنه؛ فلا يملك ما يملكه وصي الأب؛ لأنَّ وصي الأب يملك بيع المنقول مطلقاً، وسواء كان للأيتام حاجة لثمنه، أو لا، وسواء كان هناك دين، أو لا، ويملك بيع العقار لقضاء الدَّين عن الميِّت، أو عن الأيتام، وأمَّا الجدُّ فليس له أن يبيع المنقول، أو العقار لقضاء الدَّين عن الميِّت، وإنما تثبت له ولاية البيع لقضاء الدَّين عن الأيتام، ومثل الجدِّ وصيُّه، ولكن يقال: إذا كان شخص دائناً للميِّت، وكان الميِّت أوصى لشخص بشيء من أمواله، وكان الجدُّ هو المتولِّي أمور التَّركة فما يصنع الدَّائن، والموصى له؟ نقول: يرفع كلُّ منهُم الأمر إلى القاضي لبيع لهم، أو يأمر مَنْ يبيع من التَّركة بقدر قضاء الديون، وتنفيذ الوصية، وهذا قول الإمام الأعظم، وقال محمَّد: الجدُّ قائم مقام الأب فيما يملكه من التَّصرُّفات، فقد جعل أبو حنيفة الجدَّ الصَّحيح أنزل من وصيِّ الأب بالنسبة للتَّصرُّفات، وجعله محمَّد أرقى منه؛ لأنَّ الأب يملك ما لا يملك وصيُّه، ولم أر توجيه كلِّ من القولين بعد مراجعة كثير من الكتب، وكلِّما أردت توجيه قول الإمام بشيء وجدته معترضاً، ولكن قول محمَّد يمكن توجيهه؛ لأنَّ كلاً من وصي الأب، والجدُّ يشتركان في ثبوت الولاية على أموال الأيتام، والجدُّ عنده من الشَّفقة على أولاد ابنه ما ليس موجوداً عند الوصي، فيكون أرقى منه في التَّصرُّفات، نعم إنَّ وصي الأب وإن كان مقدِّماً على الجدِّ، ولكن ليس الكلام في التَّصرُّف عند اجتماعهما؛ لأنَّ الجدَّ لا يتصرَّف أصلاً في هذه الحالة، بل الكلام عند ثبوت الولاية للجدِّ، فانظر لعلَّك تأتي بتوجيه لا يعترض عليه، وبعضهم يقول: يفتى بقول الإمام،

وعقار، وإن لم تكن التَّركة مستغرقة بالدَّين، ولا نقود فيها لقضائه، أو لتنفيذ الوصية؛ فله أن يبيع منها في الدَّين بقدر أدائه كُله، وفي الوصية بقدر النَّافذ منها سواء شاءت الورثة، أو أبوا. ينبغي للوصي أن يبتدئ ببيع المنقول، ويؤدِّي الدَّين، وينفذ الوصية من ثمنه، فإن لم يف ثمنه بذلك يبيع من العقار بقدر الباقي، وليس له أن يبيع ما زاد على الدَّين، أو الوصية.

ولكن الظاهر مذهب محمد. انظر: مادة (٤٥٤).^(١)

والوصي الذي له ولاية بيع أموال الصغار بالكيفية المتقدمة هو وصي الأب، وأما وصي الأمّ فله أحكام تخصّه، وبيانها أنّ الأموال المملوكة للصغير إمّا أن تكون موروثه له عن أمّه، أو لا، وعلى كلّ فإنّما أن يكون للصغير أب، أو جدّ، أو وصي من قبل واحد منهما، أو لا، وإليك أحكام كلّ، فإذا ماتت الأمّ، وأقامت وصيًا على أولادها؛ فليس له أن يتصرّف في أموالهم التي ليست موروثه لهم عن أمّهم مطلقًا، أي: سواء كان لهم أب، أو جدّ، أو وصي من قبل واحد منهما، أو لا، بل إن كان أحدهم موجودًا فهو الذي يتصرّف، وإن لم يكن موجودًا؛ فالولاية للقاضي، فإن شاء باشر التصرفات بنفسه، وإن شاء أقام وصيًا.

وأما الأموال الموروثة لهم من قبل أمّهم فإن كان واحد من المذكورين موجودًا؛ فليس لوصي الأمّ أن يتصرّف أيضًا، وإن لم يكن موجودًا؛ ثبتت له ولاية بيع المنقول، لأنّ له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ؛ لأنّ الغالب عليه الهلاك، وحفظ ثمنه أيسر، وأبقى، فيملك بيعه، وأما العقار فليست له ولاية بيعه إلا إذا كان على الأمّ دين، أو أوصت بوصيّة، ولا نقود في التركة لسداد الدين، وتنفيذ الوصيّة، وليس فيها منقول أيضًا لبيع، ويسدّد الدين، وتنفذ الوصيّة من ثمنه؛ فله في هذه الحالة أن يبيع من العقار بقدر ما يسدّد الدين، وينفذ الوصيّة، ومثل البيع الشراء، ولكن لا يشتري لهم إلا الأشياء الضرورية التي لا يمكنهم الاستغناء عنها، ومثل وصي الأم في جميع ما ذكر وصي الأخ، والعمّ وغيرهما من الأقارب غير الأب، والجدّ، والفرق

(١) (مادة ٤٥٤) ليس للجدّ الصحيح، ولا لوصيه بيع العقار، ولا العروض لقضاء الدين عن الميت، ولا لتنفيذ الوصيّة، وإنما له بيعها لقضاء الدين عن الأيتام، ويرفع الغرماء أمرهم إلى القاضي لبيع لهم من التركة بقدر ديونهم، وكذا الموصى لهم.

بين وصي الأب، ووصي الأمَّ أنَّ الأب له الولاية على أموال أولاده، فكذا مَنْ قام مقامه، وهو وصيه، ووصي الأمَّ قائم مقامها وهي حال حياتها لا تملك بيع ما يملكه الصَّغير سواء كان عقارًا، أو منقولًا، وسواء كان خاليًا عن الدَّين، والوصيَّة، أو مشغولًا بهما، أو بأحدهما فكذلك وصيُّها، وهذا ظاهر بالنسبة للأموال التي ملكها الصَّغير من غير أمِّه، وأدَّا ما ورثه الصَّغير من الأمَّ فلوصيُّها فيه بيع المنقول إذا لم يكن هناك أب، أو جدُّ، أو وصي من قبل واحد منهما؛ لأنَّ له ولاية الحفظ، وبيع المنقول من الحفظ، فيملكه، وأمَّا العقار فهو محفوظ بنفسه، فلا تثبت له ولاية بيعه إذا لم يكن على التَّركة دين، أو فيها وصيَّة، أمَّا إذا كان دين، ولم يوجد من يسدُّه فإن كان مستغرقًا؛ فله ولاية بيع الكلِّ، وإن كان غير مستغرق؛ يبيع بقدر الدَّين، وبقدر النَّافذ من الوصيَّة، ويدخل بيع العقار تحت ولايته في هذه الحالة؛ لأنه طريق قضاء الدَّين، وتنفيذ الوصيَّة، وكلُّ منهما داخل تحت ولايته، وهذا السَّبب بعينه هو السَّبب بالنسبة لوصي الأخ، والعمِّ؛ لأنه كما لا ولاية للأمَّ على الصَّغير في المال فكذا لا ولاية للأخ، والعمِّ عليه فيه. (تأمل).

وأمَّا مَنْ يعول الصَّغير، ويكفله بأن مات شخص له أولاد، ولم يُقم وصيًا، ولم يرفع الأمر إلى القاضي ليقيم وصيًا فتولَّى أمورهم شخص بلا ولاية شرعيَّة فهذا الشَّخص لا يملك بيع عقارهم ولو مع وجود أحد المسوَّغات الشرعيَّة لبيعه، وكذلك بيع المنقول، فليس له أن يبيع منه إلا ما هو محتاج لثمنه ليشتري به الأشياء الضرورية لهم. انظر: مادَّة (٤٥٥).^(١)

(١) (مادَّة ٤٥٥) ليس لوصي الأمَّ أن يتصرَّف في شيء مما ورثه الصَّغير من تركة غير تركة أمِّه سواء كان عقارًا، أو منقولًا مشغولًا بالدَّين، أو خاليًا عنه كما لا يتصرَّف فيما ورثه الصَّغير من أمِّه إذا كان له أب، أو جدُّ حاضر، أو وصي من قبلهما، فإذا لم يكن للصَّغير أب، ولا جدُّ، ولا وصي من جهتهما، جاز تصرُّف وصي الأمَّ في تركتها ببيع المنقول، رهنًا بثمنه، وشراء ما لا بدَّ للصَّغير منه خاصَّة،

وبما أن تصرفات الوصي في مال الصغير مقيدة بالمصلحة فله أن يتجر بهال اليتيم لليتيم؛ لأن هذا أصلح له إذ لا فائدة في إبقاء الأموال بدون استثمار، فله استثمارها بالتجارة بأن يتجر فيها بنفسه، أو يعطيها لغيره مضاربة، أو بضاعة، أو يشارك غيره، ويدفع رأس مال الشركة من أموال اليتيم؛ لأن هذه التصرفات، وما ياتلها فيها خير للصغير، والوصي له أن يفعل كل ما فيه خير بالنسبة له، ولكن ليس له أن يتجر في أموال اليتيم لنفسه، والمعوّل عليه في هذا الزمان أن الوصي ليس له أن يأخذ أموال الصغير مضاربة، فإن فعل، وربح؛ ضمن المال الذي أخذه فقط، ولا يطيب له الربح، فيتصدق به عند أبي حنيفة، ومحمد، وقال أبو يوسف: يطيب له الربح، ولا يتصدق بشيء، وهو ظاهر. انظر: مادة (٤٥٦).^(١) (وتأمل).

وعندما يبيع الوصي مال اليتيم لا يخلو الحال من أحد أمرين:

الأول: أن يبيعه لغيره.

الثاني: أن يبيعه لنفسه، وعلى كل فإمّا أن يكون المبيع عقاراً، أو منقولاً، فإن كان لغيره فإمّا أن يكون ذلك الغير أجنبياً من الوصي، والموصي، أو ليس أجنبياً منهما، والمراد بكونه أجنبياً من الموصي أن يكون غير وارث له، وبكونه أجنبياً من الموصي ألا تقبل شهادته له، وعلى كل من هذه الأحوال فإمّا أن يكون الوصي وصياً مختاراً، أو وصي القاضي، وكل من الوصيين له أحكام تخصه بالنسبة لبعض هذه الأحوال،

وليس له بيع العقار ما لم يكن عليها ديون، أو أوصت بوصية فإن وصيها يملك بيع العقار المشغول بالدين، أو الوصية لأداء الدين، وتنفيذ الوصية، ومثل وصي الأم من يعول الصغير، ويكفله فليس له بيع عقاره، ولو مع وجود أحد المسوغات الشرعية، وإنما له بيع ما لا بد منه لحاجته من المنقولات، وشراء ما لا بد له منه.

(١) (مادة ٤٥٦) يجوز للوصي أن يتجر بهال اليتيم لليتيم تنمية له، وتكثيراً، وأن يعمل كل ما فيه خير له، وليس له أن يتجر لنفسه بهال اليتيم.

وبيانه أنه إن باع الوصي المختار لغيره، وكان ذلك الغير أجنبيًا منه، ومن الموصي، وكان المبيع منقولًا؛ جاز البيع اتفاقًا، سواء كان بمثل القيمة، أو بغبن يسير؛ لأنه لا يستغنى عنه في المعاملات، ففي اعتباره سدًّا لباب التصرّفات، وإن كان الغبن فاحشًا؛ فلا يصحُّ البيع؛ لأنَّ ولاية الوصي نظريّة، ولا نظر مع الغبن الفاحش.

وإن كان المبيع عقارًا؛ فلا يصحُّ البيع إلا إذا كان هناك مسوّغ من المسوّغات الشرعيّة المذكورة في مادّة (٤٥٠).

وإن باع لغير أجنبيّ منه، ومن الموصي بأن باع لأبيه، أو ابنه مثلاً، أو لوارث الموصي قال الإمام الأعظم: لا يصحُّ هذا البيع إلا بالخيريّة، فلو كان بمثل القيمة لم يصحّ، وقال الصّاحبان، يصحُّ البيع إذا كان بمثل القيمة؛ لأنَّ الغرض انتفاء الشبهة عن هذا البيع، وهي تنفي بما ذكر؛ فالغبن اليسير لا يغتفر هنا بالإجماع، وهذا بالنسبة للمنقول، وأمّا العقار فلا بدّ من مسوّغ شرعيّ لبيعه، ومثل البيع فيما ذكر من الأحكام الشّراء، فللوصي المختار أن يشتري للصغير شيئاً من أجنبي سواء كان بمثل القيمة، أو بغبن يسير، فلو كان فيه غبن فاحش؛ لم ينفذ على الصغير، فإن اشترى من غير أجنبيّ منه، ومن الموصي فعلى الخلاف المتقدّم بين الإمام، وصاحبيه في البيع، ولا يخفى أنَّ الغبن في حالة الشّراء يكون زيادة في الثمن، وفي البيع يكون نقصاً منه، والفرق بين الغبن اليسير، والفاحش أنَّ الغبن اليسير هو الذي يدخل تحت تقويم المقومين بخلاف الغبن الفاحش.

وكلُّ هذه الأحكام بالنسبة للوصي المختار أمّا وصي القاضي فلا يجوز له أن يبيع شيئاً من أموال اليتيم لمن لا تُقبل شهادته له؛ لأنه وكيل القاضي، ففعله كفعل الموكل، وفعل الموكل قضاء، وهو لا يقضي لمن لا تُقبل شهادته له، ومثل البيع

الشُّراء. انظر: مَادَّة (٤٥٧).^(١)

وإن باع الوصي المختار لنفسه شيئاً من أموال اليتيم؛ صحَّ هذا البيع عند الإمام، ولكن تشترط الخيرية، وهي تختلف باختلاف المبيع؛ لأنه إمّا أن يكون عقاراً، أو منقولاً، فإن كان عقاراً؛ فالخيرية التّضعيف فلا بدّ أن يشتري ما يساوي خمسين بهائة، وإن كان منقولاً؛ فالخيرية فيه زيادة الثلث بالنسبة للكل، فلو كان يساوي عشرة، واشتراه بخمسة عشر؛ فيها، وإلا فلا يصحُّ.

ومثل البيع في الأحكام المذكورة الشُّراء لليتيم من أمواله، فإذا اشترى الوصي المختار لليتيم شيئاً من أموال نفسه؛ فلا يصحُّ هذا الشُّراء إلا بالخيرية وهي هنا تكون نقصاً في الثمن، وهي بالنسبة للعقار أن يبيعه له بنصف القيمة، وفي المنقول بثلاثي قيمته، فلو كان يساوي خمسة عشر وباعه له بعشرة؛ فيها، وإلا فلا يصحُّ. (انظر: وتأمل).

وفسّر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة، وإن لم تكن على الثلثين، والثلث، فإذا اشترى ما يساوي ثمانية عشرة، أو باع ما يساوي عشرة بثمانية؛ كان هذا العقد صحيحاً نافذاً، وهو وجه إذ الغرض من وجود الخيرية في هذا العقد نفي الشبهة عن الوصي وهي تحصل بما ذكر، فلا يشترط فيها نقص الثلث، أو زيادته.

وإن كان وصي القاضي؛ فلا يجوز بيعه شيئاً من أموال اليتيم لنفسه، ولا شراؤه شيئاً من أمواله لليتيم، ولو بالخيرية؛ لأنه وكيل عن القاضي، ففعله كفعله، وفعل

(١) مَادَّة (٤٥٧) يصحُّ بيع الوصي مال اليتيم غير العقار لأجنبيّ منه، ومن الميّت بمثل القيمة، وببسيّر الغبن لا بفاحشه، وكذا شراؤه مال الأجنبي منها عقاراً، أو منقولاً لليتيم بما ذكر لا بفاحشه، ولا يصحُّ بيع وصي الأب لمن لا تقبل شهادته له، ولا لوارث الميّت إلا بالخيرية الآتي بيانها في العقار وغيره، فلو كان وصي القاضي لم يجز لمن لا تقبل شهادته كما لا يجوز لنفسه.

الموكل قضاء، وهو لا يقضي لنفسه. انظر: مادة (٤٥٨).^(١)

وعندما يبيع الوصي مال اليتيم لا يشترط أن يكون الثمن معجلًا، بل يجوز أن يكون نسيئة، أي: مؤجلًا إلى وقت معلوم، ولكن يشترط ألا يكون الأجل طويلًا؛ لأنَّ فيه تضييع فائدة أموال اليتيم في هذه المدَّة بخلاف المدَّة القصيرة، فإنَّ التَّجارة لا تستغني عنها، ويشترط أيضًا أن يكون المشتري قادرًا على دفع الثمن، ولا يخشى منه الإنكار، والامتناع عن الدَّفْع عند حلول الأجل؛ لأنَّ تصرُّفات الولي نظريَّة، والنَّظر فيها ذكر لا في غيره. انظر: مادة (٤٥٩).^(٢)

وإذا كان على الوصي دين؛ فلا يجوز له قضاؤه من مال اليتيم، فإن فعل يكون ضامنًا بلا شك، وإذا حضر إليه شخص، وطلب منه أن يعطيه شيئًا من مال اليتيم على سبيل القرض الشرعي بأن يأخذ منه شيئًا من المثلَّيات يستهلكه في حاجته، وعند القدرة يردُّ عليه مثله فلا يجوز له إعطاؤه شيئًا منه؛ لأنَّ فيه تعطيلاً للأموال بدون استثمار، والوصي مأمور بتنمية أموال اليتيم، ولكن لما كان القرض لا يكون إلا لمحتاج؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّ الشَّخص لا يطلب من غيره شيئًا إلا إذا كان محتاجًا إليه حتَّى الشَّارع عليه في مواضع كثيرة، ولذا قال الفقهاء: إنَّ الوصي وإن كان لا يجوز له إقراض مال اليتيم لكنه لو فعل ذلك لا يعدُّ خائنًا، فلا يعزل من الوصاية، ويكون ضامنًا لما أقرضه.

(١) (مادة ٤٥٨) يجوز لوصي الأب أن يبيع مال نفسه لليتيم، وأن يشتري لنفسه مال اليتيم إن كان فيه خير، والخير في العقار في الشَّراء التَّضعيف، وفي البيع التَّنصيف، وفي غير العقار أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصَّغير، ويشتري ما يساوي عشرة بخمسة عشر لنفسه من مال الصَّغير، ولا يجوز لوصي القاضي أن يشتري لنفسه شيئًا من مال اليتيم، ولا أن يبيع مال نفسه لليتيم مطلقًا.

(٢) (مادة ٤٥٩) يجوز للوصي أن يبيع مال اليتيم من أجنبي نسيئة بشرط ألا يكون الأجل فاحشًا، وأن يكون المشتري لا يخشى منه الجحود، والامتناع عن الدَّفْع عند حلول الأجل.

وأما القاضي فيجوز له ذلك؛ لأنه قادر على تخليص مثله في أي وقت أراد، ومع ذلك فليس الجواز بالنسبة إليه مطلقاً، بل هو مقيد بما إذا لم يجد شيئاً موافقاً يشتره لليتيم بهذا المال، ويستغله له، ولم يجد من يأخذ هذا المال مضاربة، أي: يتجر فيه، ويكون الربح بين المضارب، واليتيم على حسب الشرط الذي يتفقان عليه وهو ظاهر؛ لأنه إذا لم يمكنه استثمار المال بأي طريق؛ فالأحسن إعطاؤه للمحتاج؛ لينتفع به، ويكون مضموناً عليه، ويردّه في الوقت المناسب، وهو الوقت الذي يرى القاضي أخذه فيه لتنميته، وهو قادر على ذلك، فيملك الإقراض، والمعول عليه أن الأب كالوصي، لا كالقاضي، فلا يجوز له إقراض مال ولده، وكما لا يجوز للوصي إقراض مال اليتيم لغيره كذلك لا يجوز له أخذه قرضاً، فلو أخذه كان ضامناً لما أخذه؛ لأنه صار مستهلكاً للأموال، فيضمن مثلها لصاحبها، وقال محمد: أرجو أنه لو فعل ذلك وهو قادر على القضاء، فلا بأس به. (انظر).

وإذا كان على الوصي دين لليتيم بأن اشترى شيئاً من أموال اليتيم لنفسه، وكان في هذا الشراء نفع للصغير، أو استهلك شيئاً من أمواله؛ فلا يصح أن يرهن شيئاً من أموال نفسه عند اليتيم بالدين الذي عليه، وينبني على ذلك أنه لو فعل، وهلك الشيء الذي رهنه؛ لم يسقط شيء من دين اليتيم بل هو باقٍ على الوصي، فيطالب به.

ومثل هذا ما إذا كان على اليتيم دين للوصي بأن باع له الوصي شيئاً من أملاكه، وكان في البيع منفعة لليتيم، ولم يأخذ ثمنه، أو اشترى له شيئاً من أجنبي، ودفع الثمن من مال نفسه، وأشهد على الرجوع؛ فلا يصح أن يأخذ شيئاً من أموال اليتيم يرهنه عنده بهذا الدين، وليس الأب كالوصي في ذلك، فله أن يرهن ماله عند ولده بدين عليه له، وله أن يرهن مال ولده إذا كان على الولد دين له، وقالوا في الفرق بينهما: إن الأصل أن الواحد لا يتولّى طرفي العقد في الرهن، أي: لا يكون راهناً،

ومرتها لكن تركنا ذلك في الأب لوفور شفقتة، فنزل منزلة شخصين، ونزلت عبارته منزلة عبارتين، بخلاف الوصي؛ فإن شفقتة قاصرة، فلا يعدل عن الحقيقة. (تأمل).

وبما أن المانع من رهن مال اليتيم عند الوصي عدم جواز تعدد العاقد، فحيث يجوز له رهن مال اليتيم عند دائن غيره سواء كان هذا الدائن على الميت، أو على اليتيم، أو على الوصي، فإذا مات شخص مدين لغيره، وأقام وصيًا على أولاده؛ فلهذا الوصي أن يرهن شيئًا من أموال الأيتام عند دائن الوصي.

وكذلك لو اتجر لليتيم، أو أذن له بالتجارة، فركبته ديون، أو اشترى الوصي له شيئًا، ولم يدفع ثمنه؛ كان الدائن على اليتيم، وإن كان الوصي هو المطالب به؛ فله أن يرهن شيئًا عند الدائن من مال اليتيم؛ لأن الأولى له التجارة في مال اليتيم تميمًا له، فلم يجد بداً من الارتهان، والرهن لأنه إيفاء، واستيفاء، وكلٌّ منهما جائز، وكذلك لو استدان الوصي لليتيم في كسوته، وطعامه، فرهن به متاعًا لليتيم؛ جاز؛ لأن الاستدانة جائزة للحاجة، والرهن يقع إيفاء للحق، فيجوز.

وكما يجوز للوصي أن يرهن مال اليتيم بدين على الميت، أو اليتيم يجوز له أن يرهنه بدين عليه هو عند الإمام الأعظم، ومحمد؛ لأنه يملك إيداعه عند غيره، والرهن أنظر منه في حق الصبي؛ لأن قيام المرتن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة؛ لأنه لو هلك مضمونًا عليه، والوديعة أمانة، وقال أبو يوسف، وزفر: لا يجوز، وهو القياس اعتبارًا بحقيقة الإيفاء، يعني: أنه لا يجوز للوصي أن يقضي دينه من مال اليتيم، فلا يجوز له أن يرهنه به، وأجاب الإمام، ومحمد عن هذا بأن هناك فرقًا بين حقيقة الإيفاء، والرهن؛ لأن في الأول إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي الثاني نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه، فوضح الفرق، وقالوا: إن الظاهر مذهب الإمام، وإن الخلاف في هذه المسألة مبني على خلاف آخر

وهو أنه إذا باع الوصي مال الصَّغير من دائنه تقع المقاصَّة، ويضمنه للصَّبي عندهما، وعند أبي يوسف لا تقع المقاصَّة، فيأخذ الوصي الثَّمن من المشتري، ويأخذ المشتري دينه من الوصي، وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باع الشَّيء الموكل ببيعه من دائنه؛ فعندهما تقع المقاصَّة بنفس العقد، ويضمن الوكيل الثَّمن للموكل، وعنده لا تحصل المقاصَّة؛ لأنه إذا كان لا يملك قضاء دين نفسه من مال الصَّبي بطريق البيع، فكذلك لا يملك بطريق الرَّهن، وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرَّهن أيضًا؛ لأنَّ الرَّهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضَّمان على المرتهن كوجوب الثَّمن على المشتري، والخلاف المتقدِّم بالنسبة للوصي جارٍ في الأب.

ومن تأمل وجد قول أبي يوسف وجيهاً؛ لأنَّ هناك فرقاً بين إيداع مال اليتيم، ورهنه إذ المودع له أن يستردَّ الوديعة في أيِّ وقت شاء بدون أن يلزم بشيء بخلاف الرَّاهن، فليس له أن يستردَّ الرَّهن من المرتهن إلا بعد سداد الدَّين، فلو رهن الوصي مال اليتيم عند دائنه، وأراد استرداده كان للمرتهن الحقُّ في أنه لا يسلمه له إلا بعد أن يستوفي دينه، وربما يكون الوصي غير قادر على دفع الدَّين، فتتعطَّل منفعة هذا الشَّيء على الصَّغير، وهذا لا يلزم على قول أبي يوسف إذ الوصي لا يملك هذا، فيستردُّ من المرتهن بدون أن يكون له حقٌّ في استبقائه تحت يده حتى يستوفي دينه، وما معنى عدم تجويز قضاء دينه من مال اليتيم، وحصول المقاصَّة عند البيع؟ أليس في هذا قضاء دينه، وتكون حيلة؟ وقد يلحق اليتيم ضرر بهذه المقاصَّة عندما يكون الوصي غير قادر على دفع الدَّين، اللهمَّ إلا إذا كان جواز الرَّهن، وحصول المقاصَّة مقيدَين بما إذا لم يلحق اليتيم ضرر منهما بدليل تقييدهم جواز إقراض القاضي مال اليتيم بما إذا لم يمكن استثماره في الوقت الذي يبقى فيه عند المستقرض، ولكني لم أر هذا القيد.

ومتى صحَّ هذا الرَّهن فما دام الشَّيء موجوداً عند المرتهن يؤمر الوصي بسداد

دينه، وتخليص الرهن، فإن هلك تحت يد المرتهن هلك بالأقل من الأمرين، وهما القيمة، والدَّين، فإذا فرضنا أنَّ الوصي رهن شيئاً من أموال اليتيم قيمته خمسون جنيهاً، وكان الدَّين كذلك، وهلك هذا الشيء عند الدَّائن؛ سقط الدَّين عن الوصي، ويلزمه دفع هذا المبلغ إلى الصَّغير؛ لأنه صار قاضياً دينه بهال الصَّغير، فتلزمه قيمته، ولو كان الدَّين أكثر من خمسين جنيهاً؛ سقط منه بقدر قيمة الرهن؛ لأنها أقلُّ من الدَّين، ويضمنها الصَّبي، ويدفع الزَّائد إلى الدَّائن، وإن كان الدَّين أربعين جنيهاً فقط؛ سقط كلُّه بهلاك المرهون؛ لأنَّ الدَّين أقلُّ من القيمة في هذه الحالة، ولا يلزم الدَّائن دفع الزَّائد عن الدَّين إلى الرَّاهن؛ لأنَّ الزَّائد أمانة وهي لا تضمن إلا بالتَّعدِّي، والموضوع أنه هلك من غير تعدُّ، فلا يضمنه، ويلزم الوصي أن يعطي للصَّغير قدر الدَّين، لا الزَّيادة.

وكما يجوز للوصي أن يعطي رهناً بالدَّين المطلوب من الميِّت، واليتيم يجوز له أن يأخذ رهناً بالدَّين المطلوب لواحد منهما، وأن يأخذ كفيلاً، أي: ضامناً به؛ لأنَّ في كلِّ منهما منفعة عائدة على الصَّغير، والوصي له أن يعمل كلَّ ما فيه خير بالنَّسبة له. انظر: مادة (٤٦٠).^(١)

وبما أنَّ الوصي له الولاية على أموال اليتيم فله أن يتولَّى التَّصرُّفات الجائزة له شرعاً بنفسه، وله أن يوكل غيره ليباشرها إذ التَّوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرُّف جائز معلوم ممن يملكه، ولا شكَّ في أنَّ الوصي مالك لهذه التَّصرُّفات، فله أن يملكها لغيره، ويتصرَّف هذا الغير بالنيابة عنه، وإذا مات الموكل؛ انعزل الوكيل،

(١) (مادة ٤٦٠) لا يجوز للوصي قضاء دينه من مال اليتيم، ولا إقراضه، ولا اقتراضه لنفسه، ولا رهن ماله عند اليتيم، ولا ارتهان مال اليتيم، وله رهنه من أجنبي بدين على اليتيم، أو على الميِّت، أو على نفسه، وأخذ رهن، وكفيل بالدَّين المطلوب لليتيم، وللميِّت.

فالشخص الذي وكله الوصي ينزل بموت الوصي، أو اليتيم؛ لأنه في الحقيقة نائب عنها. انظر: مادة (٤٦١).^(١)

وينبغي على أن تصرفات الوصي في مال اليتيم مقيّدة بالمصلحة أنه إذا كان شخص في ذمته دين لليتيم مستحقّ للدفع في الحال، أو بعد زمن مخصوص؛ فليس له أن يبرئه من كلّ الدين، أو بعضه، ولا أن يؤجل الدين المستحقّ الدفع فوراً إلى زمن، سواء كان طويلاً، أو قصيراً؛ لأنه لا مصلحة في ترك كلّ الدين، أو بعضه بدون عوض، ولا في تأجيله؛ لأنّ فيه تعطيل المال مدّة الأجل، فلو حصل من الوصي ذلك، فلا يصحّ، ويطالب المدين بكلّ الدين في صورتي إسقاط الوصي كله، أو بعضه، ويدفعه في الحال في صورة التأجيل، وليس للمدين أن يمتنع عن ذلك محتجاً بما صدر من الوصي؛ لأنه غير صحيح، فلا يحتجّ به، ولكن محل هذا إذا كان الدين ثابتاً بغير عقد الوصي بأن باع الموصي قبل وفاته شيئاً لشخص، ومات، ولم يقبض الثمن، أو استهلك شخص شيئاً من أموال الصّغير، وألزم ببذله، فإنّ الدين مستحقّ لليتيم، ووجوبه بغير عقد الوصي، فلا يجوز له التصرّف فيه إلا بما يعود بالنفع على اليتيم، وهذا بالاتفاق.

أمّا إذا كان الدين واجباً بعقد الوصي كما إذا باع شيئاً من أملاك اليتيم لغيره بضمن مستحقّ الدفع في الحال، أو كان الموصي قبل وفاته وكل الوصي ببيع شيء من أملاكه، فباعه، ولم يقبض الثمن من المشتري حتى مات الموصي، فقال أبو يوسف: هو كالأوّل في الحكم، وقال الإمام الأعظم، ومحمّد: يصحّ إبراء الوصي المدين من كلّ الدين، أو بعضه، وتأجيل الدين الحال فتبرأ ذمّة المدين من كلّ الدين، أو بعضه،

(١) (مادة ٤٦١) يجوز للوصي أن يوكل غيره بكلّ ما يجوز له أن يعمل به بنفسه في مال اليتيم، وينزل الوكيل بموت الوصي، أو الصّبي.

ولا يطالب بالدين إلا عند حلول الأجل، ولكن الدين لا يضيع على اليتيم، بل يلزم الوصي دفعه في الحال، وتأمل في كل من القولين، وانظر ما يوافق مصلحة الصغير لما تقدّم لك في شرح مادة (٤٦٠) انظر: مادة (٤٦٢).^(١)

وما ينبني على أن تصرفات الوصي إن كان فيها مصلحة للصغير نفذت، وإلا بطلت صلح الوصي عن الدين المدعى به للموصي، أو لليتيم، أو عليهما، فإن كان في الصلح منفعة للصغير؛ جاز وإلا فلا، وبيانه أنه إذا كان للموصي على آخر ألف جنيه مثلاً، ومات قبل أخذها منه فإمّا أن يكون إثبات هذا الدين ممكناً لو رفعت الدعوى على المدين، أو غير ممكن.

فإن كان الأوّل بأن وجدت بيّنة عادلة لإثباته، أو لم توجد، ولكنّ المدين مقرّر بالدين، أو انتفى الأمران، ولكنّ الدين مقضي به عليه فإمّا أن يصلح الوصي المدين على شيء من جنس الدين، أو من غير جنسه، فإن صالحه على جنسه بأن قال له: صالحتك عن الألف التي عليك لموصي على تسعمائة جنيه مثلاً كان هذا الصلح لاغياً؛ لأنه في هذه الحالة يكون أخذاً لبعض الحق، وتاركاً للبعض الآخر، ويترتب على إلغائه أن الوصي له مطالبة المدين بكلّ الدين، ويلزم بدفعه غير محتجّ بالصلح الذي حصل؛ لأنه غير معول عليه.

وإن صالحه على غير جنسه بأن قال له: صالحتك على الألف التي عليك على بيتك الفلاني مثلاً، فإمّا أن يكون البيت يساوي هذا المبلغ، أو أكثر منه، أو أقلّ، فإن كان الأوّل، أو الثاني؛ فلا كلام في صحته؛ لأنّ الصلح في هذه الحالة معاوضة إذ الوصي اشترى البيت من المدين بالدين الذي عليه، وهو يملك ذلك خصوصاً في

(١) (مادة ٤٦٢) لا يملك الوصي إبراء غريم الميت عن الدين، ولا أن يحطّ منه شيئاً، ولا أن يؤجّله إذا لم يكن ذلك الدين واجباً بعقده، فإن كان واجباً بعقده؛ صحّ الحطّ، والتأجيل، والإبراء، ويكون ضامناً.

الحالة الثانية؛ لظهور النفع لليтим، وإن كان الثالث فإمّا أن يكون الغبن يسيراً، أو فاحشاً، فإن كان يسيراً؛ صحّ أيضاً إذ الغبن اليسير مغتفر؛ لأنه لا يمكن التّحرّز عنه، ففي اعتباره سدّ باب التّصرّفات، وإن كان الغبن فاحشاً؛ فلا ينفذ على اليّتم؛ لأنّ الوصي وإن كان يملك الشّراء له إلا أنه مقيّد بعدم الضّرر، والضّرر هنا موجود، فيلغو بالنسبة لليّتم.

وإن كان الثّاني وهو ما إذا كان إثبات الدّين غير ممكن بأن لم يكن هناك طريق من طرق الإثبات المتقدّمة؛ جاز للوصي أن يصالح عن الدّين على أقلّ منه سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه؛ لأن منفعة الصّغير والحالة هذه في الصّلح إذ أخذ بعض الحقّ، وترك البعض الآخر أصلح، ولا شكّ من ضياع الكلّ.

وكل ما قيل بالنسبة للدّين الذي ثبت للموصي، ومات قبل استيفائه يقال بالنسبة للدّين الذي يثبت أو لا لليّتم، فإذا تعدّى شخص على شيء من أموال اليّتم، وأهلكه صار بدله ديناً في ذمّته له، والوصي هو المطالب به، فإذا صالحه الوصي عن هذا الدّين على شيء فالتّفصيل، والأحكام المتقدّمة تجري هنا أيضاً بلا خلاف، ولكن هذا إذا وجب الدّين بغير عقد الوصي، فإن وجب بعقده، فقال الإمام، ومحمّد: يجوز الصّلح، ولو كان المصالح عليه أقلّ من الدّين، وكان الدّين ثابتاً، ويضمن الوصي النّقص، وقال أبو يوسف: لا يصحّ أصلاً، ومثل ما قيل في الدّين المدّعى به للميت، أو لليّتم يقال في الدّين المدّعى به على واحد منهما، فإذا ادّعى شخص أن له في ذمّة الميت مبلغ كذا، أو أن اليّتم استهلك له كذا، وطالب الوصي بالدّين، أو ببطلان المستهلك؛ فإن كان غير ثابت؛ فلا يجوز للوصي مصالحة المدّعي ولو بأقلّ مما ادّعى به للحقوق الضّرر بالصّغير، وإن كان ثابتاً؛ جاز له الصّلح سواء كان المصالح عليه أقلّ من المدّعى به، أو مساوياً له.

ومحلّ سريان هذه الأحكام في الصُّلح إذا كان بدل الصُّلح من مال اليتيم، فإن كان من مال الوصي؛ صحَّ الصُّلح مطلقاً، أي: سواء كان الدَّين ثابتاً، أو غير ثابت، وسواء كان بدل الصُّلح أقلَّ من الدَّين، أو مساوياً له، أو أكثر؛ لأنَّ الوصي له أن يتصرَّف في ملكه بما شاء لمن أراد.

واعلم أنَّ طرق إثبات الدَّين المدَّعى به للميت، أو لليتيم ثلاث: البيّنة، وقضاء القاضي، وإقرار المدَّعى عليه، وأمّا طرق إثبات الدَّين المدَّعى به على الميت، أو على اليتيم فاثنتان: البيّنة، وقضاء القاضي، أمّا الإقرار فلا يثبت به هذا الدَّين.

والسَّبب في ذلك أنَّ الإقرار حجة قاصرة على نفس المقرِّ، فلا يتعدّاه إلى غيره، والمدَّعى عليه في الأوَّل من أهل الإقرار، فإذا أقرَّ بشيء؛ لزمه بخلافه في الثاني؛ لأنَّ الميت غير موجود، والصَّغير ليس من أهل الإقرار، والوصي وإن كان قائماً مقام الموصي، وله الولاية على أموال اليتيم إلا أنه لا يصحُّ إقراره عليهما لما عرفته من أنَّ الإقرار حجة قاصرة، فلا يتعدَّى المقرُّ إلى غيره، ولذا لا يصحُّ إقرار الوصي بدين، أو عين، أو وصية على الميت، فإذا قال: إنَّ فلاناً يستحقُّ عند موصيِّ مائة جنيه مثلاً، فلا يثبت المقرُّ به بهذا الإقرار، ولو كان في التَّركة بيت، فقال: إنَّ هذا البيت الذي تعهدون أنه من تركة موصيِّ ليس له، وإنما هو لفلان؛ لم يصحَّ هذا الإقرار أيضاً، وكذا إذا قال: إنَّ موصيِّ أوصى لفلان بربع أمواله؛ كان هذا الإقرار لاغياً للسَّبب المذكور، فلا يثبت كلُّ ذلك إلا بحجة غير إقرار الوصي. انظر مادَّتي (٤٦٣) و(٤٦٤).^(١)

(١) (مادَّة ٤٦٣) للوصي أن يصالح عن دين الميت، ودين اليتيم إذا لم يكن لهما يئنة، والغريم منكر، وليس له أن يصالح على أقلَّ من الحقِّ إذا كان يئنة عادلة، أو كان الغريم مقرّاً به، أو كان مقضياً به عليه. وإن ادَّعى على الميت، أو اليتيم حقّاً، ولمدَّعه يئنة عليه، أو كان مقضياً له به؛ جاز صلح الوصي بقدر قيمة المدَّعى به. (مادَّة ٤٦٤) لا يصحُّ إقرار الوصي بدين، أو عين، أو وصية على الميت.

هذا حكم إقرار الوصي على الميت، وأمّا إقرار الوارث على المورث فإنه يؤخذ به لو كان من أهل الإقرار، فإذا أقرت الورثة بدين، أو بوصية على مورثهم، وكان الكل من أهل الإقرار؛ نفذ عليهم، فإن أقر أحدهم وهو من أهله فإن صدقه الباقي في هذا الإقرار؛ نفذ عليهم أيضاً، وإن لم يصدقه؛ فلا خلاف في أن إقراره يسري عليه فقط، إذ الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر، فلا يتعداه إلى غيره إلا بتصديق منه، وإنما الخلاف في أنه هل يأخذ المقر له بالدين جميع المقر به من نصيب المقر إن كان بقي منه، أو يأخذ منه بقدر ما يخصه، وينبغي على هذا أنه إذا ترك شخص ثلاث بنين، وتركته تساوي أربعة آلاف وخمسمائة جنيه، فادعى شخص أن له ديناً على مورثهم، وقدره ألف وخمسمائة جنيه، فإن صدقه الكل، وهم من أهل التصديق؛ أخذ كل الدين من التركة، وبعد ذلك يقتسمون الباقي بينهم؛ لأن الإرث مؤخر عن قضاء الدين، وإن صدق المدعي أحدهم، ولم يوافقه الباقي، قال بعضهم: يأخذ المقر له جميع نصيب المقر إن كان يفي بدينه، وإن كان نصيبه أقل من المقر به، كما إذا كانت التركة في هذا المثال ثلاثة آلاف جنيه أخذ جميع نصيبه فقط، وقال بعضهم: يأخذ المقر له من نصيب المقر ما يخصه في هذا الدين وهو في هذا المثال خمسمائة جنيه، واحتج الأول بأن المقر مؤخذ بإقراره، فيعمل به في حق نفسه، وقد تضمن إقراره أنه لا يستحق شيئاً من تركة مورثه إلا بعد قضاء الديون، فيؤخذ منه ما يستحقه في التركة إن وفي بالدين، وإن لم يوف؛ فلا يؤخذ منه الباقي؛ لأن الشخص إذا توفي وعليه ديون لا تفي تركته بها؛ فلا يلزم الوارث بسداد الباقي بعد التركة، ووجه الثاني كلامه بأن قولهم: المقر مؤخذ بإقراره مقيّد بما إذا كان هذا الإقرار على نفسه، فإن كان على الغير؛ فلا يسري عليه إلا بقدر ما يخصه، وأحد الورثة هنا لم يقر على نفسه، بل أقر بدين على المورث؛ ليؤخذ من كل التركة، وبما أنه أخذ جزءاً منها فقط يؤخذ منه بقدر ما يخص ذلك الجزء من الدين، ويلزم على أخذ الكل من حصته الإضرار به،

فيؤدّي ذلك إلى إنكاره الدّين إن كان يعلم به؛ لأنّ إقراره يعود عليه بالضرر، والذي يؤخذ من كلامهم ترجيح الأوّل، ولكن من تأمل وجد القول الثاني أرفق، وأعدل، وأبعد عن الضرر فليكن المعوّل عليه، ومحلّ هذا إذا لم يعلم هذا الدّين إلا بطريق إقرار أحد الورثة، فإن علم بالبيّنة، ولو كان المقرّ أحد الشّاهدين قبل القضاء عليه بالإقرار؛ لزم الدّين كلّ الورثة؛ لأنّ البيّنة حجّة متعدّية، أمّا لو كان بعد القضاء عليه، فلا تقبل شهادته؛ لأنّ فيها فائدة له بإلزامه ببعض الدّين بعد أن كان ملزماً بالكلّ على القول الأوّل، ولو أراد المدّعي أن يقيم بيّنة على المقرّ يقبل منه ذلك؛ لأنّ في إقامتها فائدة له وهي إلزام الكلّ بالدّين، فهذا من المواضع التي تسمع البيّنة فيها على المقرّ.

وهذا الخلاف إنما هو بالنسبة للإقرار بالدّين، فإذا كان الإقرار بالوصيّة فاتفقوا على أن مدّعي الوصيّة لا يأخذ من نصيب المقرّ إلا بقدر ما يخصّه، فإذا توفي شخص، وترك ثلاث بنين، وثلاثة آلاف جنيه، وأخذ كلّ ابن ألفاً، فادّعى رجل أن الميّت أوصى له بثلاث ماله، وصدّقه أحد البنين فقط؛ يؤخذ منه ثلث ما في يده؛ لأنّ المقرّ أقرّ بألف شائع في الكلّ، ثلث ذلك في يده، وثلاثه في يد شريكه، فما كان إقراره فيها في يده قبل، وما كان إقراراً فيها في يد غيره لا يقبل، فيجب أن يسلم إلى الموصى له ثلث ما في يده، وهو حسن. انظر: مادّة (٤٦٥).^(١)

وبما أنّ كلّ شخص يمدح شرعاً، وعرفاً إذا اعتدل في النّفقة فلا إسراف، ولا تقتير لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ

(١) (مادّة ٤٦٥) إذا أقرّ أحد الورثة بدين على الميّت؛ صحّ إقراره في حصّته لا في حصّة غيره من بقية الورثة، ويأخذ المقرّ له منها بقدر ما يخصّه، وهو الأرفق، وكذا إن أقرّ له بالوصيّة بالثلث؛ لزمته في ثلث حصّته.

قَوَامًا»، فلو خالف ذلك ترتَّب عليه ما أوعده الله تعالى به: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾، والوصي هو القائم بأمور اليتيم، فينفق عليه، لا على وجه الإسراف، ولا على وجه التضييق، بل يراعي الحال، وذلك متفاوت بقلَّة مال الصَّغير، وكثرته، واختلاف حاله، فينظر فيها، وينفق عليه قدر ما يليق به، ولو فرض تقدير النِّفقة لليتيم بشيء، ورأى الوصي أنه لا يكفيه، فله أن يزيد على قدر الكفاية، وهو ظاهر. انظر: مادَّة (٤٦٦).^(١)

والصَّغير لا يخلو حاله بالنسبة لما له من ثلاثة أحوال:

الأوَّل: أن يكون له مال حاضر عند الوصي.

الثَّاني: أن يكون له مال غائب.

الثَّالث: ألا يكون له مال أصلاً.

فإن كان الأوَّل أنفق عليه الوصي مراعيًا ما ذكر من اعتبار ماله، وماله، وإن كان الثَّاني واشترى له الوصي شيئًا، ودفع ثمنه من مال نفسه، ثمَّ أراد أخذه من مال الصَّغير بعد حضوره فإن كان الشَّيء الذي اشتراه له ضروريًا كالطَّعام، والكسوة، قال بعضهم: لا يكون متطوُّعًا، فله أن يرجع بهذا الحقِّ أشهد على ذلك، أو لم يشهد، وقال بعضهم: يكون متطوُّعًا في الإنفاق إلا أن يُشهد أنه قرض، أو أنه يرجع به عليه؛ لأنَّ قول الوصي لا يقبل في الرُّجوع فيشهد لذلك، وإن كان الشَّيء الذي اشتراه له غير ضروريٍّ كبيت، أو فرس؛ ثبت له الرُّجوع أشهد، أو لم يشهد، - وإن كان الثَّالث وهو ما إذا لم يكن له مال أصلاً فإن كانت نفقة الصَّغير واجبة على

(١) (مادَّة ٤٦٦) ينبغي للوصي ألا يقتر، ولا يسرف في النِّفقة على اليتيم، بل يوسع عليه فيها بحسب ماله، وحاله ليكون بين ذلك قوامًا، وله أن يزيد في النِّفقة المفروضة إن كانت غير كافية.

الوصي كأن يكون عمًا، أو خالًا للصغير واشترى له شيئًا من لوازمه الضرورية كالطعام، والكسوة؛ فليس له الرجوع على الصغير بعد أن يصير ذا مال؛ لأنه واجب عليه، وإن لم تكن نفقة الصغير واجبة عليه؛ ففيه الخلاف المتقدم، وأمّا إذا كان الشيء الذي اشتراه له ليس ضروريًا كعشرة أفدنة مثلاً؛ ثبت له الرجوع على الصغير سواء كانت نفقته واجبة عليه، أو غير واجبة.

هذا بالنسبة للوصي، أمّا الأب فقال بعضهم: هو كالوصي، وقال بعضهم: إنه يخالفهم، فلا يثبت له حق الرجوع على ابنه في كل صورة من الصور إلا إذا أشهد، ولم يكن الشيء المشتري واجبًا عليه، وعن أبي حنيفة: إن الأب إذا اشترى لابنه شيئًا ليس بواجب عليه، ولم يكن له مال أصلًا؛ فليس له حق في الرجوع عليه بثمنه عندما يصير ذا مال، وإن أشهد.

والأم في ذلك كالأب، وقالوا: إن هذه الأحكام بالنسبة للقضاء، وأمّا الديانة فيكفي كلاًّ منهما النية، وبالجمله فقد اضطربت الأقوال، وتشعبت الآراء، واختلفت النقول في هذا الموضوع، والذي يظهر أن الشيء المشتري إمّا أن يكون واجبًا على الأب، والوصي، أو لا، فإن كان الأول؛ فلا رجوع لكل منهما وإن أشهد، وإن كان الثاني؛ ثبت هذا الحق للوصي وإن لم يشهد، وأمّا الأب فلا يثبت له إلا إذا أشهد؛ لأنّ الغالب من شفقة الوالد الإنفاق على الأولاد، وتمليكهم شيئًا للبر، والصلة، لا للرجوع بخلاف الوصي الأجنبي فلا يحتاج في الرجوع إلى الإشهاد. انظر: مادة (٤٦٧).^(١)

(١) (مادة ٤٦٧) إذا احتاج اليتيم للنفقة، وله مال غائب، أو لا مال له، ولم يكن الوصي ممن تجب نفقة الصغير عليه في صورة كونه لا مال أصلًا، وأنفق عليه الوصي من مال نفسه في لوازمه الضرورية، فليس له الرجوع عليه إلا إذا أشهد أنه أنفق ليرجع.

وبما أنَّ الوصيَّ قائم مقام الموصي فيما له، وعليه يكون هو المطالب بما على الموصي، فإذا ادَّعى شخص على الميِّت ديناً؛ فالخصم في هذه الدَّعوى هو الوصي، فله أن يقضيه من التَّركة لما له من الولاية عليها، ولا يلزم برّد بدله إلى التَّركة، ولكن على التفصيل الآتي:

وبيان ذلك أنَّ الدَّين المدَّعى به على الميِّت إمَّا أن يكون ثابتاً، أو غير ثابت، فإن كان ثابتاً، وقضاه من التَّركة؛ فلا يضمنه من ماله، وثبوته يكون بأحد أمور ثلاثة:

أولاً: إذا أُقيمت بيّنة عادلة لا شبهة فيها في وجه الوصي، وألزمه القاضي بدفعه.

ثانياً: إذا كان مقضياً به على الموصي قبل وفاته، ولم يدفعه.

ثالثاً: إذا صدّقت الورثة المدَّعي بالدين في دعواه، وهم من أهل التَّصديق، ففي هذه الأحوال إذا قضى الوصي الدَّين من التَّركة؛ فلا يضمن بدله من ماله بالاتفاق.

وإن كان غير ثابت بأحد هذه الثلاثة، ولو كان الوصي يعلم به كأن أقرَّ الموصي قبل وفاته بين يدي الوصي بأنَّ فلاناً يستحقُّ عنده كذا، أو عاين الوصي أنَّ الموصي استهلك مال إنسان، ولم يدفع بدله حتى مات، فقال بعضهم: له أن يقضي ذلك الدَّين، وقال البعض الآخر: ينبغي للوصي ألا يقضيه، ويظهر أنَّ هذا الخلاف بالنسبة للقضاء، أمَّا بالنسبة للدَّيانة فله ذلك اتفاقاً كما يعلم من فروع كثيرة معلومة للمطلِّع على كتب الفقه، ويتفرَّع على ذلك أنَّ الوصيَّ لو قضى هذا الدَّين، ولم ترفع المسألة للقاضي، فلا يلزم الوصي برّد مثل الدَّين إلى التَّركة، ويكون ناجياً عند الله تعالى اتفاقاً؛ لأنه قضى ديناً واجباً على الموصي قصر في أدائه، أمَّا إذا رفعت المسألة إلى القاضي؛ ألزمه بدفع بدله متبعاً قول من لا يجوز له قضاء الدَّين في هذه الحالة؛ لأنه

المعول عليه، ومحل ذلك إذا لم يكن للوصي بيّنة على ثبوت الدين، فإذا أراد إقامة البيّنة أُجيب إلى طلبه؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان، فإن لمن تكن له بيّنة، وادّعى أنّ الورثة يعلمون هذا الدين؛ سئلوا فإن صدّقه، وهم من أهل التصديق؛ فيها، وإن أنكروا، فله تحليفهم على نفي العلم بهذا الدين، لا على نفي ثبوته دفعًا للضرر عنهم، فإن حلفوا أنهم لا يعلمون بأنّ هذا الدين على مورّثهم؛ ضمنه الوصي، وإن امتنعوا عن اليمين؛ حكم القاضي ببراءة ذمّته؛ لأنّ امتناعهم بذل، أو إقرار. انظر: مادة (٤٦٨).^(١)

ومن حيث إنّ الوصي يصرف زمنًا من عمره في شئون الصّغير، ولو صرفه في شئون نفسه؛ لازدادت ثروته، فهو يستحقّ أجره على هذا العمل، ولكن هذا ليس متفقًا عليه؛ لأنّ بعضهم يفصل قائلًا الوصي، إمّا أن يكون محتاجًا، أو غير محتاج فإن كان الأوّل؛ فله طلب الأجرة، وإن كان الثّاني؛ فليس له ذلك مستدلًا بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، وبعضهم يقول: له الأجر مطلقًا، أي: سواء كان محتاجًا، أو غير محتاج، إذا طلب ذلك؛ لأنه إذا امتنع عن القيام بالوصيّة إلا بأجر، فلا يجبر على العمل؛ لأنه متبرّع، ولا جبر على المتبرّع، وهذا هو الظاهر، والأجر لا يقدر بشيء معيّن بل يكون على قدر عمله. انظر: مادة (٤٦٩).^(٢)

وبما أنّ أموال الصّغار تحت يد الوصي فهو الذي يقوم بجميع لوازمهم من هذه الأموال إلى أن يبلغوا رشدهم، فإذا كبروا، وصار محسنين التصرّف؛ سلّمت إليهم

(١) (مادة ٤٦٨) إذا قضى الوصي دينًا على الميت بلا بيّنة من الغريم، وقضاء القاضي، ولا تصديق من الورثة؛ فعليه الضمان إن لم يكن للوصي بيّنة أيضًا على ثبوت الدين، وحلف الوارث على عدم علمه بالدين.

(٢) (مادة ٤٦٩) للوصي إذا عمل أجره مثل عمله إن كان محتاجًا، وإلا فلا أجر له.

الأموال؛ لأنَّ المانع قد زال.

ولما كانت الأموال المملوكة لهم لا تبقى بحالة واحدة، بل قد تزيد، أو تنقص احتيج إلى المحاسبة عليها ليُسَلِّمَوها على ما هي عليه الآن بقطع النَّظر عمَّا طرأ عليها من النَّقص، أو الزيادة، لأنَّه قائم مقامهم، والمصاريف اللازمة للمحاسبة تكون في مالهم، لا في مال الوصي؛ لأنها في فائدتهم، وكلُّ شيء يدَّعيه الوصي حال المحاسبة يحسب من مالهم إن صدَّقوه، لأنَّ الأموال ملكهم، فلهم أن يقرُّوا على ما يدَّعيه، وإن كذَّبوه، ورفعوا الأمر إلى القاضي أحضره، وسأله عن مقدار المال الذي صرفه في مدَّة صغرهم، فعند جوابه إمَّا أن يجمل، أو يفصِّل، فإن كان الأوَّل بأن قال: صرفت عليهم خمسمائة جنية مثلاً فإمَّا أن يكون معروفًا بالأمانة، أو لا، فإن كان معروفًا بها وكان الظَّاهر لا يكذِّبه فيما يدَّعيه؛ صدَّق قوله بيمينه، وإن كان الظَّاهر يكذِّبه كما إذا كان المبلغ الذي يدَّعيه يزيد عن لوازمهم في تلك المدَّة، فإن ادَّعى سبباً مقبولاً كأن قال: اشتريت لهم طعاماً، فسرق، أو كسوة، فاحترقت، فاشتريت لهم بدل ما ذكر؛ صدَّق أيضًا إن لم يدَّع تكرار ذلك مراراً.

وإن كان غير معروف بالأمانة فلا يكتفي منه بالإجمال، بل يجبر على التَّفصيل بالطُّرق التي يراها القاضي مؤدِّية لذلك، ولكن لا يحبس، فإن بيَّن لكلِّ جهة مقداراً من المال، فإمَّا أن يكون مسلَّطاً شرعاً على الصَّرف في تلك الجهات، أو لا يكون، فإن كان الأوَّل؛ صدَّق إن لم يكذِّبه الظَّاهر كما إذا قال: صرفت في سنة كذا مائة وخمسين جنيهاً، ثمانون منها للتَّفقة، وعشرون للتَّعليم، والأولاد صالحة له، وثلاثون لخراج الأرض، وعشرون لعوائد الأملاك، وكان الظَّاهر لا يكذِّبه في كلِّ ذلك؛ صدَّق أيضًا؛ لأنَّه مسلَّط شرعاً على مثل هذه التَّصرفات. انظر مواد (٤٧٠ و ٤٧٢)

(١٧٤).^(١)

وإن كان الثاني وهو ما إذا ادّعى شيئاً لم يكن مسلطاً عليه شرعاً، فلا يقبل قوله، ولو حلف إلا إذا أقام بيّنة، وهذا يتحقق في مسائل كثيرة.

منها ما إذا ادّعى أنه قضى دين الميت بلا أمر قاضي؛ فإنه في هذه الحالة يكون ضامناً إلا إذا أقام بيّنة على ذلك، ولكن لا بدّ من أن يقيمها على أن الدين ثابت، ودفعه من مال الصّغير، أمّا مجرد إقامة البيّنة على قضاء الدين فليس كافياً في عدم الضمان، وقد تقدّم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادة (٤٦٨)، فارجع إليه إن شئت.

ومنها ما إذا ادّعى أنه قضى ديناً على اليتيم من مال نفسه، ويريد أخذه من مال الصّغير الآن فلا يصدّق في ذلك إلا إذا أقام بيّنة على أدائه من ماله ليرجع به في مال الصّغير، وقد تقدّم هذا أيضاً في شرح مادة (٤٦٧)، وما فيه من الخلاف، والظاهر من كلامهم فيه فراجع.

ومنها ما لو قال الوصي لليتيم: إنك استهلكت مالاً لفلان في صغرك، فأدّيت بدله من مالك، فقال الصّغير: لم أستهلك شيئاً؛ فلا يصدّق الوصي إلا إذا أقام بيّنة على استهلاكه للمال، ودفع بدله للمالكه، وكذا لو ادّعى في هذه الحالة أنه دفع بدله من

(١) (مادة ٤٧٠) إذا كبر الصّغار فلهم محاسبة الوصي، ومصاريفها عليهم، لكن لو امتنع عن التّفصيل لا يجبر عليه القول قول يمينه فيما أنفق، هذا إن عرف بالأمانة، وإلا أجبر على التّفصيل بإحضاره يومين، أو ثلاثة، وتخويفه بلا حبس إن لم يفضل، بل يكتفى بيمينه فيما لا يكذّبه الظاهر بما هو مسلط عليه شرعاً.

(مادة ٤٧٢) يصدّق الوصي بيمينه فيما هو مسلط عليه شرعاً من التصرّفات.

(مادة ٤٧٤) لا يقبل قول الوصي فيما يكذّبه الظاهر.

مال نفسه، وأراد أخذه من مال الصَّغير فلا بدَّ من إقامة البيِّنة على الاستهلاك، وعلى أنه دفع من ماله ليرجع على ما تقدَّم من الخلاف في هذه المسألة.

ومنها ما إذا قال الوصي: فرض القاضي لأخيك الذي يستحقُّ النِّفقة في مالك كلَّ شهر كذا، فأدَّيت له منذ خمس سنين مثلاً، وهو ينكر ففي هذه المسألة لا يقبل قول الوصي، فيكون ضامناً ما لم يقم البيِّنة على فرض القاضي، وإعطاء المفروض للأخ؛ لأنَّ هذا ليس من حوائج اليتيم، والوصي إنما يقبل قوله فيما كان من حوائجه.

ومنها ما إذا ادَّعى أنه أذن له في التَّجارة؛ فخر، وصار مديناً، فقضي الديون التي لزمته من ماله فإن لم يقرَّه الصَّغير على ذلك؛ فلا يصدَّق إلا إذا أقام بيِّنة.

ومنها ما إذا ادَّعى أنه أدَّى خراج الأرض، ولكن هذا ليس على إطلاقه، بل هو مقيد بما إذا كان إعطاؤه في وقت لا تصلح الأرض للزَّراعة، أمَّا لو كانت الأرض صالحة لها كان القول له بلا إقامة بيِّنة؛ لأنَّ الحال شاهد له بخلاف الأوَّل، ويظهر أنَّ هذا مقيد بما إذا كان الاختلاف في دفع خراج هذه السَّنة لأنها لو كانت صالحة الآن، وكانت الدَّعوى بعدم صلاحيتها للزَّراعة قبل هذا التَّاريخ، والوصي يدَّعي دفع الخراج في الوقت الذي كانت غير صالحة فيه، فمتى أثبت ذلك بالبيِّنة؛ قبلت، ولكن بعد إثباته أنه بذل كلَّ ما في وسعه لرفع الظُّلم، ولم يرتفع بأن قرَّر من عاين الأُطيان من قبل الحكومة أنها تستغل، فيدفع عنها الخراج، فعارض في ذلك، ولم تسمع شكواه، فإنه والحالة هذه يكون مضطراً في الدَّفع، فيقبل قوله متى أثبتته، وما على الصَّغير بعد بلوغه رشده إلا أن يرفع ظلامته إلى محلِّ الاختصاص ليردَّ إليه ما أخذ من أمواله ظلماً، فالظاهر أنه لا ينظر إلى أنَّ الأرض صالحة للزَّراعة، أو غير صالحة وقت الخصومة، بل ينظر إليها في الوقت المدَّعى دفع الخراج فيه، وظروف الدَّعوى، وأحوالها، وإثباتها، وعدمه.

ومنها ما إذا ادّعى أنه زوجه امرأة في صغره، ودفع لها المهر، ولكن إن كانت المرأة حيّة؛ صدّق؛ لأن وجودها أقوى شاهد على ما يدّعيه، فإن كانت المرأة ميتة؛ فلا يقبل قوله إلا إذا أقام بيّنة.

وانظر هذا مع ما تقدّم لك في مادة (٣٨) من أن الوصي لا يجوز له أن يزوّج اليتيم، واليتيمة، ولو أوصي إليه بذلك، اللهم إلا أن يكون هذا جارياً على الرواية القائلة بأن الوصي يملك التزويج إن أوصى إليه الأب به، أو تكون المسألة مفروضة في وصي له الولاية على النفس من جهة القرابة كالأخ، والعم.

ومنها ما إذا ادّعى الوصي أنه يستحقّ في مال الصّغير خمسين جنيهاً؛ لأنه اتجر في خمسمائة جنية منها، فربح مائة، وإن هذه التجارة لم تكن للصّغير خاصّة بل الوصي له نصف الربح لأنه كان مضارباً، أي أخذاً بهال الصّغير يتجر فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين، فإذا لم يصدقه الصّغير في ذلك؛ فلا يصدّق قوله ولو حلف، فإن أقام بيّنة؛ قبلت، واستحقّ نصف الربح.

ولا بدّ من تخريج هذه المسألة على قول من يجوز أخذ الوصي مال اليتيم مضاربة، أمّا على رأي من لا يجوز ذلك وهو المعول عليه في هذا الزمان كما نصّ عليه الفقهاء في مواضع كثيرة، فلا يستحقّ من الربح شيئاً، ولو أقام البيّنة على أنه كان مضارباً.

ومن هذا النوع فروع كثيرة تعلم من مراجعة الدر المختار في الجزء الخامس صحيفة (٧٠٤)، وما بعدها، والفتاوى الهندية في الجزء السادس صحيفة (١٥٥) وما بعدها. انظر مادتي (٤٧٢ و ٤٧٥).^(١)

(١) (مادة ٤٧٢) لا يصدّق الوصي يمينه في التصرفات التي لم تكن مسلطاً عليها شرعاً، ولا يقبل قوله إلا بيّنة.

ومحلُّ هذه الأحكام إن كان الوصي حيًّا، وحوسب على الأموال، فإن مات قبل المحاسبة، فإمَّا أن يبيِّن أموال الصَّغير، أو يجهلها، فإن كان الأوَّل بأن يبيِّن كلَّ ما يستحقُّه الصَّغير عنده من نقود، وغيرها فإمَّا أن توجد كلُّ الأشياء التي بيَّنها، أو لا، فإن وجدت كانت كلُّها مملوكة للصَّغير، وإن لم توجد أخذ بدلها من تركته، وإن كان الثاني بأن لم يبيِّن فالأشياء التي توجد من أموال الصَّغير يستحقُّها، والتي لم توجد لا تكون مضمونة في تركته، وانظر هذا مع قولهم: إنَّ الوصيَّ أمين، وقولهم: الأمين يضمن بموته مجهلاً الأمانة كما إذا أودع شخص عند غيره شيئاً، ومات المودع، ولم يبيِّن الوديعة، ولم توجد في تركته، أو استأجر شخص من آخر شيئاً، أو استعار، ومات كلُّ منهما مجهلاً المستأجر، والمستعار، ولم يوجد في الأشياء التي تركها؛ فإنَّ هذه الأشياء تكون مضمونة في تركة المودع، والمستأجر، والمستعير، فيؤخذ البذل من التَّركة قبل القسمة على الورثة؛ لأنَّ قضاء الديون مقدَّم على استحقاق الورثة.

وقد يُجاب عنه بأنَّ الوصيَّ وإن اشترك مع مَنْ ذُكروا في أنَّ كلاً منهم أمين، ولكن هناك فرق بينه، وبينهم، وهو أنَّ الوصيَّ له أن يتصرَّف في أموال الصَّغير بما يراه ضالِحاً بخلاف مَنْ ذُكروا، فيحمل على أنه تصرَّف فيها، وهلك ثمنها، أو ضاعت بدون تعدُّ منه، ولم أر خلافاً في هذا الموضوع. انظر: مادَّة (٤٧١).^(١)

(مادَّة ٤٧٥) يقبل قول الوصي فيما يدَّعيه من الصَّرف فيما يتعلَّق باليتيم، أو مورثه إلا في مسائل منها ما إذا ادَّعى أنه قضى دين الميِّت بلا أمر قاض، أو ادَّعى أنه قضاه من ماله، أو أنَّ اليتيم استهلك في صغره مالاً لآخر، فأدَّاه عنه من مال نفسه، أو مال اليتيم، أو أنه أنفق على محرم لليتيم، أو ادَّعى أنه أدَّى خراج أرضه، وكان ادِّعاؤه في وقت لا تصلح الأرض للزَّراعة، أو أنه أذن له في التَّجارة، فركبته ديون قضاها عنه، أو أنه زوَّجه امرأة، ودفع له مهرها من ماله نفسه، والمرأة ميتة، أو انحجر في مال اليتيم، وريح، وادَّعى أنه كان مضارباً في هذه الصُّور كلُّها إذا أنكر اليتيم بعد بلوغه ضمن الوصي ما لم يقم البيِّنة على دعواه.

(١) (مادَّة ٤٧١) إذا مات الوصي مجهلاً مال اليتيم؛ فلا ضمان في تركته، فإن مات غير مجهل مال اليتيم، وكان المال موجوداً؛ فله أخذه بعينه، وإن لم يوجد بعينه بأن كان مستهلكاً؛ فله أخذه بدله من تركة الوصي.

وبما أن مال الصغير ما سلمت للموصي لحفظها، وتنميتها، واستثمارها إلا لكون الصغير عاجزاً عن ذلك؛ لأنه لا يهتدي إلى ما فيه نفعه، فلا يحسن التصرف فيها، فإذا انتفى هذا الوصف عن الصغير بأن كان قادراً على إدارة شئون أمواله بنفسه محسناً للتصرف فيها، فقد انتهت مأمورية الوصي، ومتى كان هذا الوصف موجوداً؛ فولايته مستمرة سواء كان بعد البلوغ، أو قبله، وينبغي على ذلك المسائل الآتية:

أولاً: إذا بلغ الصغير رشيداً، أي: محسناً للتصرف في ماله، فما على الوصي إلا تسليمه إليه، ولما كان ظهور الرشد لا يعلم إلا بالتجربة، والاختيار؛ فالواجب على الوصي ألا يدفع له المال إلا بعدهما بأن يدفع إليه شيئاً من ماله، ويأذن له بالتجارة فيه فإن أحسن التصرف فيه؛ سلم إليه الباقي، وإلا فلا؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا آلَيْتُمُ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ فمتى بلغ الولد متصفاً بهذا الوصف، وبأشراً أي عقد من العقود؛ فإنه يكون نافذاً بلا توقف على إجازة الولي، أو الوصي، فإذا باع شيئاً من أملاكه، أو اشترى شيئاً من آخر، وامتنع من له الولاية على أمواله سواء كان الوصي، أو غيره من تسليم المبيع للمشتري، أو تسليم الثمن إلى البائع من أموال الصغير مدعياً أنه محجور عليه، فنفاذ مثل هذه العقود متوقف على إجازته، فلا يقبل قوله، بل يجبر على تسليم ما ذكر إلا إذا كان محجوراً عليه بأمر الحاكم. انظر مادتي (٤٧٦ و ٤٧٧).^(١)

ثانياً: إذا بلغ الصغير غير رشيد؛ فلا يسلم الوصي المال إليه إلا إذا ظهر رشده، ولو ظهر عدم الرشد طول عمره، ولكن هذا ليس متفقاً عليه، بل هو مذهب

(١) (مادة ٤٧٦) ينبغي للوصي ألا يدفع للصبي، ولا للصبيته مالها بعد البلوغ إلا بعد تجربتها، واختبارها في التصرفات، فإن آنس منها رشداً، وصلاًحاً دفع إليها المال، وإلا فلا.
(مادة ٤٧٧) إذا بلغ الولد عاقلاً، فجميع تصرفاته نافذة، ويلزمه أحكامها، ولا تقبل قول وليه، أو وصيه أنه محجور عليه إذا كان الحجر بأمر الحاكم.

الصَّاحِبِينَ، وقال الإمام الأعظم رضي الله تعالى عنه: إذا بلغ غير رشيد؛ فلا يسلم إليه المال في الحال، بل ينتظر فإن صار رشيداً بعد البلوغ قبل أن يصير عمره خمساً وعشرين سنة؛ سلم إليه، وإلا فلا، فإن بلغ هذا السن؛ سلم إليه المال، وإن كان غير رشيد، (والرُّشد هنا حسن التصرف في المال)، واستدلَّ الصَّاحِبَانِ بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ ويقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَزْنُونَ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ فإنه نهانا عن الدفع إليه ما دام سفهياً، وأمرنا بالدفع إذا وجد منه الرُّشد، فلا يجوز تسليم المال إليه قبل وجوده، ولأنَّ منع ماله لعلَّة السَّفه، فيبقى المنع ما بقيت العلَّة؛ لأنَّ الحكم يدور معها وجوداً، وعدمًا.

واستدلَّ أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿وَمَا تُوْتُوا الَّذِينَ يَزْنُونَ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمُ الْقَبِيلَ﴾، والمراد به بعد البلوغ، وإنما سميَّ يتيماً لقربه منه، ولأنَّ أوَّل أحوال البلوغ قد لا يفارقه السَّفه باعتبار أثر الصُّبا، فقَدَرناه بخمس وعشرين سنة؛ لقول أهل الطَّبَائِعِ: مَنْ بلغ خمساً وعشرين سنة؛ فقد بلغ رشده، ألا ترى أنه قد بلغ سنّاً يتصور أن يكون فيه جدّاً، ولأنَّ منع المال عنه على سبيل التَّأديب عقوبة عليه، والاشتغال بالتَّأديب عند رجاء التَّأديب، فإذا بلغ هذا السنَّ فقد انقطع رجاء التَّأديب، فلا معنى لمنع المال بعده، وهذا مبني على الخلاف في جواز الحجر على السَّفيه، وعدمه، فالصَّاحِبَانِ يقولان بالحجر عليه، والإمام لا يراه، والظاهر، والمفتي به مذهب الصَّاحِبِينَ، وسيأتي لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادَّة (٤٧٩).

وينبغي على ذلك أنه إذا بلغ الولد غير الرُّشيد، وسلَّم إليه الوصي المال قبل بلوغه خمساً وعشرين سنة، أو قبل أن يظهر رشده، فضاع المال عنده؛ ضمن الوصي مثل ما سلَّمه له إذ بتسليمه له وهو غير رشيد يكون قد أعطاه لغير مَنْ هو أهل

لحفظه، فيكون متعدّياً فيضمن، فإن كان التّسليم بعد بلوغه هذا السنّ مع استمرار عدم الرّشد؛ ضمن المال إذا ضاع عند الصّاحين، وهو المعوّل عليه، لا عند الإمام. انظر مادّتي (٤٧٨ و ٤٧٩).^(١)

ثالثاً: إذا ظهر رشد الولد قبل البلوغ، فسلم الوصي إليه المال، فضاع عنده؛ فلا ضمان عليه؛ لأنه سلّمه إلى مالكة بعد انتفاء السّبب الموجب لعدم التّسليم، (وهو عدم الاهتداء إلى التّصرّف فيه) بظهور الرّشد (وهو حسن التّصرّف في المال). انظر: مادّة (٤٨٠).^(٢)

فقد ظهر من هذا أنه متى وجد حسن تصرّف الولد في ماله؛ سلّم إليه، سواء كان قبل البلوغ، أو بعده، ومتى لم يوجد؛ فلا يسلم إليه، وإن صار شيخاً على ما هو المعوّل عليه، ولما كان الرّشد غير محسوس، بل يستدلّ عليه بالتّصرّفات كان لا بدّ من إثباته بحجّة شرعيّة، فإذا ادّعاها الولد بعد بلوغه مريداً أخذ ماله، والوصي ينكره، فلا يلزم بالتّسليم إلا بعد ثبوته، وينبغي على هذا أن الوصي لا يؤمر بتسليم المال إليه قبل إثبات الرّشد، فإن ثبت، وحكم به القاضي، وطلب الولد ماله من الوصي؛ أجبر على التّسليم، فإن هلك منه شيء بعد المنع، فإن كان قادراً على التّسليم بأن كان المال حاضراً، وهو متمكّن من إعطائه له؛ ضمن ما هلك؛ لأنه متعدّ في المنع، وإن كان

(١) (مادّة ٤٧٨) إذا بلغ الولد غير رشيد، فلا يسلم المال إليه حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها.

(مادّة ٤٧٩) إذا بلغ الولد مفسداً ماله، وهو في حجر وصيّ، فدفع إليه المال علماً بفساده عند البلوغ، وضاع المال؛ ضمنه الوصي، وكما يضمن بالدفع إليه، وهو مفسد فكذا قبل ظهور رشده بعد البلوغ حيث علم عدم رشده قبل البلوغ.

(٢) (مادّة ٤٨٠) إذا ظهر رشد الغلام قبل البلوغ، ودفع إليه الوصي المال، فضاع عنده، فلا ضمان على الوصي.

غير قادر بأن كان المال غير حاضر، وجدَّ في إحضاره ليسلمه، ولكن قبل حضوره هلك من غير تعدُّيه؛ فلا يضمن. انظر: مادة (٤٨١).^(١)

(١) (مادة ٤٨١) إذا ادَّعى الصَّبِي الرُّشْد بعد بلوغه، وأنكره الوصي، فلا يؤمر بتسليم المال إليه ما لم يثبت رشده بحجة شرعية، وإذا ثبت الرُّشْد، وحكم له به، وطلب من الوصي ماله، فمنعه مع تمكُّنه من دفعه، وهلك في يده ضمنه.

الباب الثاني في الحجر، والمراهقة، والبلوغ

الفصل الأول في الحجر

واعلم أنَّ الله تعالى خلق بني آدم على أشرف خلقه، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الأنعام وهو العقل، وبه يسعد مَنْ سعد، فَمَنْ مَنْ الله عليه بكماله؛ أدرك نتيجة أعماله، فيتبصر، ويتدبّر قبل الشروع في أي عمل يريده، فإن كانت النتيجة محمودة أقدم، وإلا أحجم، وهذا لا ينازع أحد في تصرّفاته، أمّا مَنْ كان فاقداً للعقل، أو ناقصه فإنه من غير شك لا يهتدي إلى النافع، والضارّ، ولذا لم يتركه الشارع وشأنه، بل حجر عليه، فمنعه من التصرّفات على الطريقة التي ستلقى عليك، وجعل كامل العقل قواماً عليه؛ رحمة به؛ إذ لولا ذلك؛ لاستنفد مَنْ يعامله جميع ماله باحتياله الكامل، إذن نعرف لك معنى الحجر وأسبابه فنقول:

معنى الحجر

الحجر له معنيان: معنى في اللغة، ومعنى في الاصطلاح، فمعناه في اللغة: المنع مطلقاً، أي: سواء كان منعاً عن التصرّفات، أو غيرها، ومن هذا المعنى سُمّي العقل حجراً؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبائح، قال تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِذِي حِجْرٍ﴾ أي: لذي عقل. ومعناه في اصطلاح الفقهاء: منع مخصوص بشخص مخصوص عن تصرّف مخصوص، أو عن نفاذه، وبيانه أنه بالنسبة للمجنون، والصبي الغير المميّز منع عن أصل التصرّفات القوليّة مطلقاً، وبالنسبة للصبي المميّز، والمعتوه منع عن أصل التصرّفات الضارّة ضرراً محضاً كالهبة، وعن نفاذ التصرّفات المتردّدة بين النفع، والضرر كالبيع، والشراء، وبالنسبة للسّفيف منع عن نفاذ التصرّفات التي

تحتمل الفسخ، ويبطلها الهزل كالبيع، والإجارة، وبالنسبة للمدين منع عن التصرفات التي تضرّ بحقوق الدائنين، وستعرف كلّ ذلك مفصّلاً عند التكلّم على أسبابه.

أسباب الحجر

أسباب الحجر على ما ذكره هنا ستّة وهي: الصّغير، والمجنون، والعتة، والغفلة، والسّفه، والدّين، فكلّ شخص متّصف بوصف من هذه الأوصاف يحجر عليه، وحيثُذ يحجر على الصّغير، والمجنون، والمعتوه، وذو الغفلة، والسّفه، والمديون، ولكن الثلاثة الأول متّفق على الحجر بوجودها، والباقي مختلف فيه، ومع ذلك فليسوا سواء في المنع من التصرفات، بل هم مختلفون بحسب الصّفات، وإليك البيان انظر: مادّة (٤٨٢).^(١)

الحجر على الصّغير، والمجنون، والمعتوه

ليس الغرض المقصود من الحجر على الأشخاص المذكورين واحداً إذ بعضهم تكون فائدة الحجر عائدة إليه كالصّغير، والمعتوه، وبعضهم تعود الفائدة على غيره كالمديون.

والصّغير إمّا أن يكون مميّزاً، أو غير مميّز، والمميّز إمّا أن يكون غير مأذون له في التجارة، أو مأذوناً له فيها، والتصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول: تصرفات نافعة نفعا محضاً كقبول الهبة، والوصيّة.

(١) (مادّة ٤٨٢) يحجر على الصّغير، والمجنون، والمعتوه، وذو الغفلة، والسّفه، والمديون.

والثاني: تصرفات ضارة ضرراً محضاً كإعطاء شيء من ماله بلا مقابل، والطلاق، والعناق، والقرض.

الثالث: تصرفات مترددة بين النفع، والضرر كالبيع، والشراء، والإجارة، والصِّلح، فإذا كان الصَّبِي غير مميّز، فجميع تصرفاته باطلة، ومثله المجنون الذي لا يفيق؛ لأنَّ صحَّة العبارة بالتمييز، ولا تمييز عند واحد منهما، فإن كان المجنون يفيق في بعض الأحيان، فتصرفاته وقت الإفاقة كتصرفات العقلاء. انظر: مادة (٤٨٣).^(١)

وإذا كان الصَّبِي مميّزاً غير مأذون له في التجارة؛ فتصرفاته المضرة له ضرراً محضاً غير جائزة، وإن أجازها مَنْ له الولاية على ماله؛ لأنَّ تصرفات الولي منوطة بالمصلحة، ولا مصلحة في الإجازة فتلغو، وتصرفاته النافعة له نفعاً محضاً جائزة، ولو لم يجزها الولي، أو الوصي، وأما تصرفاته المترددة بين النفع، والضرر فهي موقوفة على إجازة مَنْ له الولاية على ماله، فإن أجازها، وكانت قابلة للإجازة (بأن لم يكن فيها غبن فاحش، وكان المبيع، والبائع، والمشتري موجودين، والثمن أيضاً إن كان من الأعيان) نفذت، وإن لم يجزها، أو أجازها، وكانت غير قابلة للإجازة بأن فقد شرط من هذه الشروط؛ لغت؛ لأنَّ التصرفات إن كانت بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقده مصلحة، وأن يكون فيه ضرر، والذي يدرك أحد هذين الشئتين هو الولي، فبرى رأيه فيه، فإن رأى النفع في الإجازة؛ أجاز، وإلا نقض، والمعتوه مثل هذا الصَّبِي في جميع التصرفات المتقدمة.

والصَّبِي المميّز هو الذي يعقل معنى العقود بأن يعرف أن البيع سالب للملك

(١) (مادة ٤٨٣) الصَّغِير الذي لا يعقل تصرفاته القولية كلها باطلة، ومثله المجنون المطبق الذي لا يفيق بحال، وأما مَنْ يجنُّ، ويفيق تصرفاته في حال إفاقة حكمها حكم تصرفات العاقل.

المبيع، وجالب للملك الثمن، والشراء بالعكس، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح، والزيادة، واختلفوا في تفسير المعتوه اختلافاً كثيراً، وقالوا: أحسن ما قيل في تعريفه هو من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير إلا أنه لا يضرب، ولا يشتم كما يفعل المجنون. انظر المواد (٤٨٤ و ٤٨٥ و ٤٨٦).^(١)

والحجر على المذكورين إنما يتأتى في الأقوال، لا الأفعال إذ الحجر في التصرفات القولية المتقدمة ممكن، وذلك بعدم إجازتها، فتلغو، ولا يعمل بمقتضاها كانتقال ملكية المبيع في البيع إلى المشتري، وتملك المستأجر منفعة المؤجر في الإجارة، وأمّا الأفعال، فلا يتأتى فيها ذلك إذ الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه، وينبني على ذلك أن كلاً من الصبي، والمجنون، والمعتوه مؤاخذ بأفعاله، فإذا أثلّف واحد منهم مال غيره، أو أثلّف عضواً من أعضائه؛ أخذ البذل، أو الأرض من ماله في الحال، والذي يطالب بدفعه هو المتصرف فيها. انظر: مادة (٤٨٧).^(٢)

ولكن محل ضمانهم لما أثلّفوه من مال الغير إذا لم يكونوا مسلّطين على الشيء الذي أهلكوه من قبل مالكه، فإن كان كذلك؛ فلا ضمان، وينبني على ذلك أنه إذا أعطى شخص للصغير، أو المعتوه مبلغاً من النقود، أو كمية من المكيلات، أو

(١) (مادة ٤٨٤) تصرفات الصبي المميز، والمعتوه القولية غير جائزة أصلاً إذا كانت مضرّة لها ضرراً محضاً، وإن أجازها الولي، أو الوصي.

(مادة ٤٨٥) التصرفات التي تصدر من الصبي المميز، والمعتوه، وتكون نافعة لها نفعاً محضاً جائزة، ولو لم يميزها الولي، أو الصبي.

(مادة ٤٨٦) المحجور عليه صبيّاً مميّزاً كان، أو كبيراً معتوهاً إذا عقد عقداً من العقود القولية الدائرة بين النفع، والضرر توقف نفاذه على إجازة الولي، أو الوصي، فإن أجازته وكان قابلاً للإجازة نفذ، وإن لم يميزه، أو أجازته، وكان غير قابل للإجازة، فلا ينفذ أصلاً.

(٢) (مادة ٤٨٧) الصبي مؤاخذ بأفعاله، فإذا جنى جناية مائيّة، أو نفسية أدّى ضمانها من ماله بلا تأخير إلى البلوغ، والمعتوه كالصبي.

الموزونات على سبيل القرض الشرعي (السلفة)، أو أعطاه شيئاً ليحفظه له، (وهي الوديعة) أو سلّمه شيئاً ليتفع به، ويردّه إليه، (وهي العارية) أو باع له شيئاً، وكان كلّ من هذه التصرفات، بلا إذن الولي، أو الوصي، فأتلف كلّ منهما الأشياء المذكورة، فلا ضمان عليه؛ لأنّ إتلافه ما حصل إلا بعد التسليط من المالك، والمسّط غير أهل للحفظ، فيكون التقصير من جهة المالك؛ فلا ضمان، فلو انتفى التقصير بأن لم يعامل كلّاً منهما بشيء مما ذكر إلا بعد التصريح له من ولي أمره؛ ثبت الضمان. انظر: مادة (٤٨٨).^(١)

وإن كان الصبي المميّز مأذوناً له في الاتجار، فكلّ تصرف يحتاج إليه التجارة يجوز له توليته، وينبغي على ذلك أنّ له البيع، والشراء لكن إذا كان كلّ منهما بمثل القيمة، أو بغبن يسير وهو الذي يدخل تحت تقويم المقومين؛ جاز اتفاقاً، أمّا لو كان بغبن فاحش وهو الذي يدخل تحت التقويم بأن باع شيئاً من أملاكه بأنقص من قيمته، أو اشترى شيئاً من غيره بأزيد من قيمته، وكان كلّ من النقص، والزيادة فاحشاً، ففيه خلاف، فالصّاحبان يقولان بعدم الجواز، والإمام الأعظم يخالفهما، واستدلّ الصّاحبان بأنّ الغبن الفاحش جارٍ مجرى التبرّع بدليل أنّ المريض مرض الموت إذا باع، أو اشترى بغبن فاحش؛ اعتبر من ثلث المال، وأيضاً لا يجوز لكلّ من الأب، والوصي، والقاضي أن يبيع شيئاً من أملاك الصّغير، أو يشتري له شيئاً بغبن فاحش، والتبرّع غير داخل فيه؛ فلا يجوز، ولأنّ المقصود من التجارة الاسترباح، وهذا ضده؛ لأنه إتلاف.

(١) (مادة ٤٨٨) إذا استقرض الصبي، أو المعتوه بلا إذن وليّه، أو وصيّ مالا، فأتلفه، أو أتلف ما أودع عنده، أو ما أعير إليه، أو ما يبيع له بلا إذن الولي، أو الوصي؛ فلا ضمان عليه ما لم تكن الوديعة نفساً فعليه ضمانها. فإن قيل: الوديعة بإذن وليّه، أو وصيّ فأتلفها فهو ضامن لها.

واستدل الإمام بأنه مأمور بالبيع، والشراء، فيملك كل ما هو مسمّى بهذا الاسم جرياً على قضية إطلاق اللفظ، ولا يجوز تقييده بالغرض؛ لأنّ اعتبار نصّ الكلام أولى من اعتبار الدلالة، على أنّ لا نسلم خلوه من الغرض، فإنّ التاجر في العادة كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن؛ ليتوسّل إلى غرض لا طريق له إلا بيع ما عنده، وربما لا يشتري ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق، ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمسّ حاجته إلى بيع ما عنده بوضيعة؛ رغبة فيما يريد تحصيله، والاسترباح منه وهذا معهود بين التجار، وبالتأمّل في الدليلين نرى دليل الصّاحبين ظاهر المراد، اللهمّ إلا إذا فرضت مسألة يتحقّق فيها ما قاله الإمام من وجود منفعة مترتبة على البيع بالغبن الفاحش كما هو قضية آخر دليhle.

ومن حيث إنّ له أن يتولى البيع، والشراء بنفسه فله أن يوكل بهما من شاء؛ لأنه من توابع التجارة إذ ربما لا يتمكّن من مباشرة الكلّ، فيحتاج إلى المعين، وليس هذا خاصاً بالبيع، والشراء بل كلّ تصرّف له أن يتولاه بنفسه يصحّ أن يوكل فيه؛ لأنّ التوكيل هو إقامة الغير مقام نفسه في تصرّف جائز معلوم عن يملكه.

وكما أنه يملك البيع، والشراء يملك الرهن، والارتهان فله أن يرهن شيئاً من أملاكه بدين عليه، وأن يأخذ شيئاً من مدينه ليكون رهناً عنده حتى يستوفي دينه؛ لأنّ كلّاً منهما من توابع التجارة إذ الرهن إيفاء للدين، والارتهان استيفاء له، وإن كان ذلك لا يتقرّر إلا بهلاك المرهون، وكما يملك الرهن يملك الإعارة فله أن يعير غيره شيئاً من أملاكه بأن يعطيه له لينتفع به زمناً طويلاً بلا مقابل؛ لأنّ التجار لا يستغنون عن ذلك عادة، وله أن يأخذ أرض غيره إجارة بأن يزرعها، ويكون كلّ المحصول له، ويدفع له عن كلّ فدان مبلغاً معلوماً من النقود لكلّ سنة، وله أن يأخذ الكرم مساقاة بأن يقوم بجميع لوازمه حتى يدرك ثمره، ويكون له جزء معلوم منه

على حسب الشَّرط، وله أن يأخذ أرض غيره مزارعة بأن يزرعها، ويقوم عاملاً على الزَّرع حتى يدرك، فيقسم المحصول بينهما حسب الاتفاق، وله أن يعطي أرضه لغيره بالإجارة، ويؤجَّر نفسه أيضاً؛ لأنَّ ذلك يراد به تحصيل المال وهو من صنيع التَّجارة. وإذا أقرَّ بأنَّ لفلان عنده كذا وديعة، أو ديناً صحَّ إقراره؛ لأنَّ الإقرار من توابع التَّجارة؛ لأنه متى ملك التَّجارة؛ ملك ما هو من ضروراتها، وملك الإقرار بالديون من ضرورات التَّجارة؛ لأنه يبيع، ويشترى، فيلزمه الثَّمن، وتسليم المبيع فيحتاج إلى أن يقرَّ بذلك؛ لأنَّ من ملك شيئاً؛ ملك الإقرار به، ولأنَّه لو لم يملك؛ لامتنع النَّاس من المبايعه معه بثمن مؤجل خوفاً من ذهاب أموالهم بسبب التَّجارة معه فيؤدِّي إلى انقطاع تجارتها، فوجب أن يملكه ضرورة مالكيته التَّجارة، وهذا ظاهر في ديون التَّجارة، أو ما هو في معناها كالغصب، والاستهلاك؛ لأنه في معنى دين التَّجارة إذ هو دين يلزمه بعوض، فلو كان إقراره بغير هذه الديون كما إذا أقرَّ بشيء من تركه أبيه لإنسان، ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة: لا يقبل هذا الإقرار لعدم الحاجة إلى القبول؛ لأنه ليس من باب التَّجارة، وفي ظاهر الرواية يقبل؛ لأنَّ فكَّ حجر بالإذن كانفكاكه بالبلوغ في حقِّ الأموال، ورواية الحسن هي الظَّاهرة.

ولكن يقال: إذا كان الولي لا يملك الإقرار عليه، فكيف يملكه هو مع أنَّ ولايته مستفادة منه؟ وأجابوا عن ذلك بأنه لما انفكَّ الحجر عنه بالإذن صار كأنه انفكَّ بالبلوغ، فيقبل إقراره على نفسه بخلاف إقرار الولي؛ لأنه إقرار على غيره، فلا يقبل. (تأمل).

وإذا باع الوصي المأذون له في التَّجارة شيئاً، ووجده المشتري معيباً، وأراد ردَّه فللصَّبي أن يسقط من الثَّمن بقدر النقص الذي يحدثه العيب في المبيع؛ لأنه من صنيع التَّجارة، وقد يكون الخطُّ أنظر له من قبول المعيب فلو كان الخطُّ من غير

عيب، أو أكثر من العادة؛ لم يجز؛ لأنه تبرع محض بعد تمام العقد، وهو ليس من صنيع التجارة، فلا ضرورة إليه، وإذا باع، أو اشترى، أو أجر، أو استأجر بمحاباة أي: بأنقص من القيمة بالنسبة للبيع، وبأزيد منها بالنسبة للشراء، وبنقص في الأجرة عند الإيجار، وبزيادة فيها عند الاستئجار؛ جاز له ذلك إن كان الغبن سيرا اتفاقا؛ لأن هذا لا يمكن التحرز منه، فلو كان الغبن فاحشا فالإمام يميزه، والصاحبان يلغيانه، وقد تقدم دليل كل عند الكلام على البيع، والشراء، وإذا كان له دين مستحق الدفع في الحال؛ جاز له أن يؤجل أخذه إلى زمن معلوم.

وميجوز له أن يصالح عن دين له بأن يسقط منه جزءا، ويأخذ الباقي؛ لأن كلاً من التأجيل، والصّلاح من عادات التجار، وكل تصرف هذا شأنه ينفذ إن باشره، فإن كانت التصرفات لا تحتاج إليها التجارة، فلا تجوز له مباشرتها، وينبغي على ذلك أن الصبي المأذون له في التجارة ليس له أن يقرض بأن يعطي شخصا شيئا من المثلّيات ينتفع به، ويرد إليه مثله بعد زمن معلوم؛ لأنه تبرع ابتداء، وهو لا يملكه، ولا أن يهب بأن يعطي شيئا من أمواله بلا عوض؛ لأنه تبرع محض فلو كانت الهبة بعوض؛ لم يجز ذلك أيضا، كما قالوا: وينبغي أن يجوز على قول من يجعل الهبة بعوض مشروط في العقد معاوضة ابتداء، وانتهاء، وهو الظاهر كما ستعرفه في شرح مادة (٥٢٨) وإذا كان شخص مدينا لآخر؛ فليس للمأذون له أن يضمن ذلك الدين بأن يتعهد للدائن بدفعه؛ لأن هذا لا فائدة فيه، إذ لو صحّ ذلك لثبت للدائن مطالبته بالدين المضمون، ويجبر على دفعه إذا امتنع، وربما يكون المدين معسرا فلا يتمكن من أخذه منه، فيعود عليه بالضرر، فألغوا الكفالة، وكذا لو تزوج؛ لم ينفذ بل يكون موقوفا على إجازة من له ولاية التزويج؛ لأن عقد الزواج ليس كغيره من باقي العقود إذ هو يعقد للعمر لما يترتب عليه من المصالح الدنيئة، والدنيوية فلا بد أن يكون الاختيار مصادفا محله حتى يعيشا آمنين، وهذا لا بد له من نظر تام في العواقب، ولا يقدر على ذلك إلا

صاحب العقل الكامل وهو الولي.

والذي يملك الإذن للصبي بالتجارة من له ولاية التصرف في المال وهو الأب، ثم وصيه، ثم الجد الصحيح، ثم وصيه، ثم القاضي، أو وصيه، فغير هؤلاء كالعم، والأخ، والأم، ووصي كل لا يملك الإذن، والسبب في ذلك أنه ليس لهم أن يتصرفوا في ماله بالتجارة فذلك لا يملكون الإذن فيها، والأولون يملكون التصرف في ماله بها فكذا يملكون الإذن فيها، فإن قام كل من الأب، أو الجد، أو الوصي بالإذن بعد صلاحية الصبي للتجارة؛ فيها، وإلا فللقاضي أن يأذن له، وإن كانت ولايته مؤخره عن ولايتهم، والسبب في ذلك أن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي؛ لأنه مما يتفع به إذ يهتدي به إلى التجارات، فإذا امتنع عن الإذن من له الولاية على أمواله؛ صار مانعاً له من حقه، فتنتقل الولاية إلى القاضي ومثل هذا الولي في باب النكاح، فإنه إذا امتنع من التزويج بدون سبب مقبول؛ انتقلت الولاية إلى القاضي، وينبني على ذلك أنه لو حجر عليه أحد من هؤلاء بعد إذن القاضي له؛ فحجره باطل؛ لأن الحجر فسخ للإذن، والإذن صح من القاضي فلا يبطل بحجر غيره، فإن حجر عليه القاضي الذي أذن له بعد عزله؛ يكون هذا الحجر لاغياً؛ لأنه إنما يصح منه الحجر بولاية القضاء فإذا انتفت هذه الولاية؛ انتفت ولاية الحجر، فإن حجر القاضي الذي قام مقامه صح حجره؛ لأن الثاني نائب عن الإمام الأكبر فكما يصح الحجر منه يصح من الذي قام مقامه.

فالذي علم أن الإذن للصبي إما أن يكون غير القاضي، أو القاضي فإن كان الأول؛ يبطل الإذن بموته، فيصير محجوراً عليه؛ لأنه يتصرف بولايته، ورأيه، وقد زالت تلك الولاية بالموت، وإن كان الثاني فلا يلغو الإذن؛ لأن إذنه بمنزلة الحكم منه، وسائر أحكامه لا تبطل بموته، وعزله، فذلك هذا ولو كان الآذن حياً، ومنع

الصَّبِي من التَّصَرُّفات؛ صار محجوراً عليه إذا كان أهلاً للولاية على أمواله.

وَمَنْ له الولاية على الصَّبِي له أن يتصرَّف في ماله ولو في حال الإذن له؛ لأنَّ ولايته لا تنقطع بالإذن، والمعتوه المأذون له كالصَّبِي في جميع هذه الأحكام، فالذي علم مما تقدَّم بالنسبة للحجر على الصَّغير، والمجنون، والمعتوه أنَّ التَّصَرُّفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: تصرُّفات ضارة ضرراً محضاً كالهبة، والصَّدقة، والعتاق، والطلاق.

الثاني: نافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة، والوصية.

الثالث: مترددة بين النفع، والضرر.

والصَّبِي إمَّا أن يكون غير مميَّز، أو مميَّزاً، والتميُّز إمَّا أن يكون مأذوناً له في التَّجارة، أو لا، فالصَّبِي الغير المميَّز لا تصحُّ منه التَّصَرُّفات بجميع أقسامها، ومثله المجنون المطبق؛ لأنَّ صحَّة العبارة بالتميُّز، ولا تمييز عند واحد منهما، والصَّبِي المميَّز إذا كان غير مأذون له في التَّجارة تصحُّ تصرُّفاته النافعة له نفعاً محضاً، ولو لم يجزها الولي، وتلغو الضَّارة له ضرراً محضاً، وإن أجازها الولي، وأمَّا المترددة بين النفع، والضرر، فإنها تكون موقوفة على إجازة مَنْ له ولاية على أمواله، ومثله المعتوه، والصَّبِي المميَّز المأذون له في التَّجارة تنفذ تصرُّفاته التي هي من صنيع التُّجار، ومثله المعتوه المأذون له، والسَّبب في ذلك أنَّ الصَّبِي المميَّز يشبه البالغ من حيث إنَّه عاقل مميَّز، ويشبه المجنون، والطفَّل الذي لا يميَّز من حيث إنَّه لم يتوجَّه عليه الخطاب، وفي عقله قصور، وللغير عليه ولاية، فألحقناه بالبالغ في التَّصرُّف النافع، وبالمجنون في الضَّار، وفي المتردِّد بالمعتوه قبل الإذن، وبالعاقل البالغ بعده. انظر مادَّتي (٤٩٢)

و (٤٩٣) (١).

الحجر على السفيه

ولما كان السّفه يؤدّي بصاحبه يوماً من الأيام إلى سوء العاقبة، فيصير عالة على غيره بعد أن كان ذا مال كثير بشهادة قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾ رتب الفقهاء عليه حكماً لمصلحة من اتصف به وهو الحجر، وعرفوا السّفه بأنه تبذير المال، وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع، والعقل ولو كان في سبيل الخير كبناء المساجد، والأوقاف، والقناطر؛ فالسّفه يعمل بخلاف موجب الشرع، والعقل، بل يتبع الهوى، ويترك ما يدلّ عليه الحجبى، فهو يتصرّف تصرفاً لا لغرض، أو لغرض لا يعدّه العقلاء من أهل الدّيانة غرضاً صحيحاً مثل دفع المال إلى المغني، واللّعب، وشراء الحمام الطيارة بثمن غال، والغبن الفاحش في التّجارة من غير محمّدة وغير ذلك من التّصرّفات الفاشية في هذا الزّمان، ولكن الفقهاء لم يتفقوا على ترتيب الحجر على السّفه، بل القائل به أبو يوسف، ومحمّد وغيرهما من الأئمة، وأمّا أبو حنيفة فلا يرتب عليه حجراً، ولكل أدلّة، أمّا الصّاحبان ومن وافقهما فقد استدلّوا بأدلة نقلية وعقلية، فمن النقلية قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾ فهذه

(١) (مادة ٤٩٢) يجوز للوصي أن يأذن للصبي بالتجارة إذا جرّبه، فرآه يعقل أنّ البيع للملك سالب، وأنّ

الثراء له جالب، وأنه يعرف الغبن اليسير من الفاحش، وهو ظاهر غير خافٍ على من يعقل.

(مادة ٤٩٣) يجوز للصبي المأذون له في التّجارة البيع، والثراء، ولو بفاحش الغبن، والتوكيل بهما، والرهن، والارتهان، والإعارة، وأخذ الأرض إجارة، ومساقاة، ومزارعة، والإيجار، والإقرار بالوديعة، وبالدين، والخط من الثمن بعيب، والمحابة، والتأجيل، والصّلح. وليس للمأذون أن يقرض، ولا يهب، ولا يكفل، ولا يتزوّج إلا بإذن وليّه في النكاح، ولا يمنع الولي، والوصي من التصرّف في ماله.

الآية تفيد صريحاً إثبات الحجر على السَّفيه بطريق النَّظر له، فإنه أثبت فيها للولي مباشرة التَّصَرُّف في مال السَّفيه، ولا يكون هذا إلا بعد منعه من التَّصَرُّفات، وليس هذا سوى الحجر، وقوله تعالى: ﴿كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَافِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا﴾ فهذه الآية تفيد أيضاً إثبات الولاية على السَّفيه، وأنه مولى عليه، وذلك لا يكون إلا بعد الحجر.

وما روي أن عبد الله بن جعفر كان ينفي ماله في الجهاد، والضيافات حتى اشترى داراً للضيافة بمائة ألف، فبلغ ذلك الإمام علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، فقال: لَاتَيْنَ عثمان، ولأسأله أن يحجر عليه، فاهتمَّ بذلك عبد الله، وجاء إلى الزُّبير وأخبره بذلك، فقال: أشركني فيها، فأشركه، ثمَّ جاء إلى عثمان رضي الله عنهما، فسأله أن يحجر عليه، فقال: كيف أحجر على رجل شريكه الزُّبير، وإنما قال ذلك لأنَّ الزُّبير كان معروفاً بالكياسة في التَّجارة، فاستدلَّ برغبته في الشَّرْكة على أنه لا غبن في تصرُّفه، وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السَّبب.

ومن الأدلة العقلية أنَّ النَّظَرَ لهذا واجب خوفاً عليه من سوء المنقلب، وليس من النَّظَر أن يمكن من التَّصَرُّف على وجه لا يقتضيه العقل، والحكمة، فيحجر عليه نظراً له، ولأننا لو قسناه على الصَّبي؛ لوجدناه مشتركاً معه في علَّة الحجر، بل هي فيه أولى وذلك أنَّ الصَّبي إنما حجر عليه لتوهم التَّبذير، وهذا قد تحقَّق التَّبذير منه، ولهذا لو بلغ الصَّبي غير رشيد منع ماله في الإبتداء إجماعاً بطريق النَّظر له، ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد؛ لأن ما منع من يده يثلفه بلسانه، فيحجر عليه نظراً له.

واستدلَّ أبو حنيفة بأن السَّفيه كامل العقل بدليل أنه مكلف، فلا يحجر عليه كالشَّريد بخلاف المعتوه والصَّبي فإنهما ناقصا العقل، ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما، ولو كان الحجر عليه نظراً له؛ لكان رفع التَّكليف عنه أولى بذلك مع

أَنَّ الشَّارِعَ كلفه، فعلم أنه لم ينظر إليه لهذا السَّبَب، فلا يسعنا إلا اتباع الشَّارِع، ولأنَّ في الحجر عليه إلحاقاً له بالبهايم، وإهداراً لأدميته، وهو أشدَّ ضرراً من التبذير ومن الأمور المتفق عليها؛ لأنه لا يتحمَّل الأعلى لدفع الأدنى، ولذا لو كان في الحجر على الشَّخْص دفع ضرر عام حجر عليه كالحجر على المتطبِّب الجاهل؛ لأنَّ دفع الضَّرر العام واجب، وإن كان فيه إلحاق الضَّرر بالخاص، ولا يصحُّ أن نقيس الحجر على السَّفيه بمنع مال الصَّبي عنه إذا بلغ غير رشيد لعدم الاستواء؛ لأنَّ الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال، ومنع المال مفيد لأنه أكثر ما يتلف بتصرُّفاته بالألا يهتدي فيها إلى الصَّالح لسلامة قلبه، فيغبن في البياعات فيخسر، وبأن يهب، أو يتصدَّق أو يجمع أصحابه من أهل الفسوق والشرور، ويطعمهم ويسقيهم، ويسرف في الإنفاق عليهم، فإذا لم يسلم إليه ماله لم يتمكن من ذلك، وقال أن الآية الأولى وهي: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ إلخ ليست نصّاً في الاحتجاج لهم لأنَّ المراد أموالنا لا أموال السُّفَهَاءَ دليل أنه أضافها إلينا لا إليهم، وحيثُ يكون المراد من السُّفَهَاءَ الصَّبيان لأنَّ المال إذا سلَّم إليهم ضيَّعوه، فيكون المراد بالآية أن نطعمهم، ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمها إليهم، وكذلك الآية الثانية وهي: ﴿كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ﴾ إلخ فإنه يحتمل أن يكون المراد بها الصَّبيان، والمجانين لأنَّ السَّفيه في اللغة هو الخفيف وذلك بنقصان العقل كالصَّبي المميَّز، أو بعدمه كالمجنون، والصَّغير الذي ليس له تمييز، ومتى وجد الاحتمال سقط الاستدلال، على أننا لو أردنا بالسَّفيه ما أرادوا يمكننا أن نقول: إنَّ هذه الآية تقتضي نفاذ تصرُّف السَّفيه فإنَّ الذي عليه الدَّين هو الذي لزمه بمداينة نفسه بدليل قوله تعالى في أول الآية: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُتِبَ لَهُ﴾ ثم قال: ﴿الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ﴾ يعني: الحق الذي لزمه بتلك المداينة، ثم قال: ﴿أَوْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا﴾ أي: الحق الذي لزمه بمداينته ﴿وَلِيَهُ بِالْعَدْلِ﴾ وهذا ظاهر فإنَّ

بعض الأشخاص يستدين، ويعجز عن الإملال لعدم هدايته إلى الحساب، أو لقلّة ممارسته للإملال لأنه يحتاج فيه إلى فصاحة، وتأليف كلام فيحتاج أن يملّ عنه غيره بإخباره هو وإقراره على نفسه، وأكثر الناس على هذا اليوم فإنّ الذي عليه الحقّ لا يؤلف كلامًا يملّه، وإنما يعلم ما عليه ثمّ يؤلف غيره من الكتاب، ومع هذا فقد قالت العلماء: إنّ المفتي به مذهب الصّاحبين ومن وافقهما لقوّة ما استدلّوا به.

ومع اتفاق الصّاحبين على الحجر على السّفهيه اختلغا في وقته فقال أبو يوسف: لا يصير محجورًا عليه إلا بحكم القاضي، ولا ينفك حتى يطلقه، وقال محمّد: يحدّ عليه من وقت السّفه ففساده في ماله يحجره، وإصلاحه فيه يطلقه، واستدلّ أبو يوسف بأنّ السّفه ليس بشيء محسوس وإنما يستدلّ عليه بالغبن في تصرّفاته، وذلك محتمل لأنه يجوز أن يكون للسّفه، ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المتعاملين وإذا كان متردّدًا بين هذين الأمرين فلا يثبت حكمه إلا بقضاء القاضي بخلاف الصّغر، والجنون، والعتة، ولأنّ الحجر بالسّفهيه مختلف فيه بين العلماء، فلا يثبت حكمه إلا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدّين ولأنّ الحجر عليه نفسه متردّد بين الضّرر، والنّفع لأنّ إهدار أهليته ضرر عليه، وإبقاء ملكه نظر له فلا بدّ من القضاء ليرتجح أحد الجانبين على الآخر، واستدلّ محمّد بأنّ العلة في الحجر هي السّفه فمتى تحقّق ترتب عليه موجه بغير قضاء مثل الصّبا، والجنون والجامع بين كلّ أن الحجر لمعنى في نفسه، والقضاء إنما يكون عند الخصومة، ولا خصومة لأحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدّين لأنه لحقّ الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يمنعوه، ولكن القاضي له عليه الولاية فيتوقف على قضائه المتوقف على طلبهم، ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك، أو أبرءوه، أو أوفاهم حقّهم لم يحجر عليه.

وينبغي على هذا الخلاف أن تصرّفاته التي باشرها قبل القضاء عليه بالحجر نافذة

عند أبي يوسف، وموقوفة عند محمد؛ لاحتمال أن يكون فيها مصلحة، فإذا رأى القاضي فيها المصلحة نفذها وإلا ردها كتصرف الصبي، والمعتوه، ومذهب محمد ظاهر المراد لأنها متفقان على أن الحجر عليه إنما هو لفائدة تعود إليه، وهي حفظ ماله حتى لا يصبح عالة على غيره، فإذا لم يكن الحجر عليه من وقت السّفه انعدمت تلك الفائدة إذ ربما يتصرّف الشّخص في جميع أمواله بيعاً بأبخس الأثمان، وهبة بلا مقابل ويشتري شيئاً بأضعاف قيمته ويؤجر شيئاً من أملاكه بأجر زهيد، ويستأجر ملك غيره بأجرة فاحشة، ويتمادى على هذه التّصرّفات حتى يرفع الأمر إلى القاضي الذي يريد أن يستكمل الأمور الشرعية لصحة الدعوى، والبحث وراء الحقيقة وهذا بلا شكّ يستغرق زمناً ليس بالقليل فعند الحجر عليه قد لا يكون عنده شيء أصلاً، أو عنده ولكنه لا يستحقّ الذّكر بالنسبة لما كان يملكه وتصرف فيه، وحينئذٍ تنعدم فائدة الحجر وهذا غير لازم على مذهب محمد، فإنه يلغي جميع تصرّفات التي من هذا القبيل، فتحفظ عليه أملاكه بدون شيء، أو يرد ما أخذ من الأثمان القليلة التي يكفي لسدادها بيع شيء واحد مما تصرّف فيه. انظر: مادة (٤٨٩).^(١)

والسّفه وإن اشترك مع الصّبي المميّز في الحجر على القول المفتى به إلا أنه ليس مثله في جميع الأشياء بل يخالفه في بعضها، فيكون مثله بالنسبة للتصرّفات التي تحتل الفسخ ويبطلها الهزل كالبيع، والشّراء، والإيجار، والاستئجار، والرّهن، والارتهان وحينئذٍ إذا باشر تصرفاً من هذه التصرّفات يكون موقوفاً على إجازة القاضي، أو من ولاه عليه لأنّ فائدة الحجر عدم النّفاذ، فإن كانت فيه مصلحة؛ أجازته وإلا رده. ويخالفه في أشياء ومنها التصرّفات التي تحتل الفسخ، ولا يبطلها الهزل، فيجوز له

(١) (مادة ٤٨٩) إذا أقيمت البيّنة على حرّ مكلف، وثبت لدى الحاكم الشرعي أنه سفه يحجر عليه، ويمنعه من جميع التصرّفات التي تحتل الفسخ، ويبطلها الهزل، فيكون حكمه فيها كحكم الصّغير، ولا تنفذ عقود بعد الحجر إلا بإذن الحاكم، وأمّا تصرّفات قبل الحجر فهي جائزة نافذة.

التزويج، فإن لم يسم شيئاً، أو سمي وكانت التسمية فاسدة وجب مهر المثل، وإما أن سمي لها مهرًا؛ جاز منه مقدار مهر مثلها، وبطل الفضل؛ لأنَّ التزويج من حوائجه الأصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه مقدار مهر المثل، وما زاد عليه إنما يلزم بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال، فلا يلزمه، وإن طلق يقع طلاقه لأنَّ الفرض أنَّ السَّفيه كامل العقل، والطلاق لا يؤثر فيه المزل فلا يؤثر فيه السَّفه. ومنها وجوب الإنفاق على نفسه وولده، وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوي أرحامه من ماله لأنَّ إحياء ولده وزوجته من حوائجه الأصلية والإنفاق على ذي الرَّحم المحرم واجب عليه حقًا لقربته، والسَّفه لا يبطل حقوق النَّاس ومنها زوال ولاية أبيه، أو جده على أمواله فليس لواحد منهما أن يبيع عليه ماله، ولا يشتري له إلا بإذن الحاكم وهذا بخلاف الذي لم يبلغ فإنَّ كلاً من الأب، والجد، والوصي يملك ذلك ومنها صحة إقراره بالعقوبات فإذا أقرَّ على نفسه بوجوب القصاص في نفس، أو فيما دونها عوقب بمقتضى إقراره، ومنها صحة وصاياه في سبل الخير، ولكن لا تنفذ الوصايا من كلِّ المال بل من الثلث، ومحلُّ ذلك إن كان له وارث ولم يجز الوصايا، فإن لم يكن أو كان، وأجاز نفذت من كلِّ المال، رستعرف هذا الكلام بها لا مزيد عليه في الوصية وصحة وصاياه مأخوذ فيها بالاستحسان، والقياس عدم الصحة لأنَّ الوصية تبرُّع وإن كان التَّمليك لا يكون إلا بعد الوفاة، فكما لا تجوز تبرُّعاته حال حياته كذلك لا تصحُّ بعد وفاته، ووجه الاستحسان أنَّ الحجر عليه لمنع النظر له كي لا يتلف ماله، ويبقى كلاً على غيره وذلك يكون حال حياته فيما إذا أتلف جميع ماله بتبرُّعاته لا فيما ينفذ من الثلث، أو من الكلِّ بعد وفاته أي حال استغنائه عن ماله خصوصاً أنَّ الوصية في أبواب الخير فيها ما فيها من الثواب الجزيل، والذكر بعد وفاته بالجميل، ومنها وجوب العبادات سواء كانت بدنية محضة كالصَّلاة، أو مالية محضة كالزكاة، أو مركبة منهما كالحج لأنها واجبة

بإيجاب الله تعالى، والسَّفيه مكلف بخلاف الصَّبي فالسَّفه لا يبطل حقوق الله تعالى، ولا حقوق العباد إلا أن القاضي يدفع إليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لأن الواجب عليه الإيتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة، ولا يحصل ذلك إلا بنيتة ولكن يأمر القاضي أميناً يراقبه كي لا يصرفها في غير مصرفها، بخلاف النِّقمة الواجبة عليه لغيره فإنَّ القاضي يسلمها إلى أمينه ليصرفها إلى مستحقها إذ لا يحتاج فيها إلى النية، فاكتمى فيها بفعل الأمين. انظر: مادة (٤٩٠).^(١)

فالذي علم أن الإمام الأعظم لا يقول بالحجر على السَّفيه مستدلاً بأنَّ في الحجر عليه إهدار آدميته، وإلحاقه بالبهائم، وهذا أشدُّ ضرراً من التبذير، ولا يحتمل الأعلى لدفع الأدنى ولذا لو كان في منع شخص عمّا يرتكبه دفع ضرر عام فإنه يوافق الصَّاحبين في الحجر ولو ترتب عليه إلحاق ضرر خاص به، وينبغي على ذلك منع الأشخاص الآتية عمّا يرتكبون اتفاقاً فالمفتي الماجن يمنع عن الفتوى وهو الذي يفتي عن جهل، أو يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها، أو لتسقط عنها الزكاة، وكتعليم شخص صاحب مال هبة ماله قبل حلول الحول بيوم مثلاً لم يثق منه برده إليه ليسقط بذلك حق الفقراء الذي فرضه الله عليه وهو الزكاة لضرره بالدين، والمتطبيب الجاهل يمنع عن تعاطي صنعة الطب لإضراره بالأبدان وهو الذي يسقى الناس دواءً مهلكاً، أو إذا قوي عليهم الدواء فلا يقدر على إزالة ضرره، والمكاري المفلس يمنع من تعاطي هذه الصنعة وهو الذي يتقبل الكراء، ويؤجر الدواب، وأدوات النقل لحمل الأثقال في زمن مخصوص، وليس له

(١) (مادة ٤٩٠) لا يحجر على السَّفيه البالغ الحر في التصرُّفات التي لا تحتمل الفسخ، ولا يبطلها الهزل، فتجوز له هذه التصرُّفات كالنكاح، والطلاق، والإنفاق على من تجب عليه نفقتهم، وتزول عنه ولاية الأب، أو الجد، ويصحُّ إقراره على نفسه بوجوب القصاص في النفس، أو فيما دونها، ونصحُّ وصاياه في سبيل الخير من ثلث ماله إن كان له وارث.

دواب يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب، والناس يعتمدون عليه، ويدفعون الكراء إليه ويصرف هو ما أخذه منهم في قضاء حاجته، فإذا جاء الوقت المعين لذلك يختفي. فتذهب أموال الناس، وتنفوت حاجاتهم، وإذا أراد شخص الاشتغال بحرفة وهو متقن لها، أو أراد تعلّمها فتعرض له بعض أهل تلك الحرفة من التعرّض، لأنّ احتكار الحرف غير جائز، وبالتأمل نرى أنّ هذا ليس من الحجر المصطلح عليه؛ لأنه ليس منعاً لنفاذ التصرفات وإنما هو منع حسي بدليل أنّ المفتي لو أفتى بعد الحجر، وأصاب جازت فتواه، وكذلك الطّبيب لو باع الأدوية نفذ بيعه، وحيثُ لا يكون في منع هؤلاء المفسدين للأديان، والأبدان، والأموال دفع إضرار بالخاص، والعام فهو من باب الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ولذا لا يقتصر في هذا الموضوع على هذه الأشياء بل يكون داخلاً فيه ما إذا تعدّوا في البيع القيمة فإن الحاكم ينظر، ويمنع الناس من ذلك، وكذا المحتكر للطعام، والناس في احتياج إليه وكل ما هو من هذا القبيل. انظر: مادة (٤٩١).^(١)

الحجر على المدين

اعلم أنّ الخلاف الجاري بين الإمام، وصاحبيه في الحجر على السّفية جارٍ في الحجر على المدين أيضاً، فإذا كان شخص مديناً، وطلب الدّائنون ديونهم، وأثبتوها بأيّ طريق من طرق الإثبات، وطلبوا من القاضي الحجر عليه؛ فالإمام الأعظم يرى أنّ القاضي لا يجيبهم إلى هذا الطلب، بل إن كان له مال أمره بأداء ما عليه فإن امتثل؛ فيها، وإن لم يمتثل؛ حبسه ليتولى هو بيع ماله، ويقضي الدّين من ثمنه؛ لأنّ قضاء الدّين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيحبسه القاضي دفعاً لظلمه، وإيصلاً للحقّ إلى

(١) (مادة ٤٩١) يمنع المفتي الماجن الذي يعلم الناس الخيل الباطلة، أو يفتي عن جهل، والطبيب الجاهل، والمكاري الفلّس، ومن يحتكر الحرف.

مستحقّه، ولا يكون ذلك إكراهًا على البيع؛ لأنّ المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدّين بأيّ طريق كان إن شاء بيع أمواله، وإن شاء بسبب آخر، فلا يكون ذلك إكراهًا على البيع عينًا، واستدلّ الإمام بأنّ في الحجر عليه إهدار أهليته، وإلحاقه بالبهايم، وهذا ضرر عظيم، فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص، ولا يتصرف الحاكم في ماله؛ لأنّ هذا ليس سوى الحجر عليه، وقد منعناه خصوصًا وأنّ البيع لا يجوز إلا بالتراضي، وقال الصّاحبان: يجيبهم القاضي إلى هذا الطلب لما روي أنّ معاذًا ركب دين، فباع رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم ماله، وقسم ثمنه بالحصص بين غرمائه، ولأنّ في الحجر عليه نظرًا للغرماء كي لا يلحق بهم الضرر بالإقرار، والتّلقئة وهو أن يقرّ به الإنسان، ثم ينتفع به من جهته على ما كان، ولأنّ البيع واجب عليه لإيفاء دينه، ولذا يحبس لأجله فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في العنة وغيرها، ولا يخفى عليك بعد ما تقدّم لك من الأدلة أنّ مذهب الصّاحبين هو الظاهر.

والحجر على السّفيه، والمدين وإن كان الغرض منه حفظ المال إلا أنه يختلف بالنسبة للأشياء الآتية:

أولاً: أنّ الحجر على السّفيه مراعى فيه حق الشّخص نفسه، والحجر على المدين إنما هو لحق الغير وهم الدّائنون.

ثانيًا: الحجر على السّفيه يكون في كل التّصرّفات التي تحتل الفسخ، ويبطلها الهزل كما عرفت في مبحثه، وأمّا الحجر على المدين فإنما يكون بالنسبة للتّصرّفات التي تضرّ بصالح الغرماء كالهبة، والوصيّة، وبيع شيء من أملاكه بأقلّ من قيمته، وشرائه بأكثر من القيمة. ثالثًا: الحجر على السّفيه يتناول المال الموجود وقت الحجر، والمال الذي اكتسبه بعده ولكن الحجر على المدين لا يكون إلا بالنسبة لماله الموجود وقت

الحجر، وينبغي على ذلك أنه إذا أقرَّ بدين في حالة الحجر؛ لزمه ذلك لكن لا يؤخذ إلا بعد قضاء الديون؛ لأنه تعلق بالمال الموجود وقت الحجر حق الأولين فلا يتمكّن من إبطال حقّهم بالإقرار به لغيرهم، وهذا بخلاف ما إذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لأنَّ الاستهلاك فعل حسي، ولا حجر في الأفعال الحسية؛ لأنه لا يتأتى رفعها بعد وقوعها والسبب مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الإقرار لأنَّ اعتباره شرعي فأمكن الحجر فيه ولأنه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذبًا، فيرد إقراره للتهمة حتى لو انتفت بأن كان السبب وجوب الدّين المقر به ثابتًا عند القاضي بعلمه، أو بشهادة الشهود شارك المقر له الغرماء ويؤخذ من هذا أنه لو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه؛ لأنَّ الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء، وحقّهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده.

وبعد ما يحجر القاضي على المدين يأمره بقضاء دينه بأي طريق كان فإن امتثل؛ فبها، وإن لم يمثل ولم تكن لديه نقود ظاهرة؛ باع القاضي عليه من أمواله ما يفي بدينه، فإن كانت أمواله لا تفي بالديون باع القاضي جميعها، وقسم ثمنها بين الدّائنين قسمة تناسيبية بأن يأخذ كل من الدّائنين من ثمن ما يباع بنسبة دينه فإذا فرض أن شخصًا مدين بألفي جنيه مثلاً لثلاثة أشخاص لأحدهم ألف، وللآخر ستمائة، وللثالث أربعمائة وجميع أمواله لا تساوي إلا ألف جنيه قسّم هذا المبلغ بينهم على نسبة ديونهم وطريق معرفة ذلك أن تقسم ما عنده من المال على جميع الديون، وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فالخارج هو ما يخص ذلك الدّائن ففي المثال المتقدّم بلغ جميع الديون ألفي جنيه، وأمواله التي يمتلكها ألف فبقسمته على الألف يكون خارج القسمة نصفًا، وبضربه في دين كل منهم يحصل لكل منهم نصف دينه هكذا:

$$\frac{1}{2} = \frac{25}{50} = \frac{250}{500} = \frac{500}{1000} = \frac{1000}{2000}$$

و $\frac{1}{4} \times 1000 = \frac{500}{1}$ يكون هذا نصيب الدائن بألف.

ونصيب الدائن بستمائة وكذا نصيب الدائن بأربعمائة ينتج بمثل هذا العمل، وقس على ذلك كل مثال يرد عليك من هذا القبيل، ولك أن تقول من أول الأمر حيث إن جميع أمواله تساوي نصف الديون فكل يأخذ نصف دينه فإن كان يساوي الثلث، فكل يأخذ ثلث دينه، وهكذا فاتبع مايسهل عليك فإن الغرض الوصول إلى المقصود بأي طريق كان ومن حيث إن القاضي نصب ناظرًا فينبغي أن ينظر للمدين كما نظر إلى الدائن، وينبغي على ذلك أنه يبدأ ببيع ما هو أنظر للمدين فيبيع أولاً العروض بادئًا بما يخشى عليه التلف ثم بما لا يخشى عليه منه لأن العروض قد تعدد للتقليب، والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها فإن لم يف ثمنها بالدين؛ باع العقار لأن العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه إلا عند الضرورة ولكن عند ما يبيع القاضي أمواله لقضاء دينه فلا يبيعه كلها ولو كانت مستغرقة بالدين بل يترك له النفقة الكافية له، ولمن تلزمه نفقته سواء كان زوجة، أو غيرها ولا شك في أن النفقة تشمل السكنى، والكسوة، والطعام، فيترك له بيتًا يسكن فيه هو ومن تلزمه نفقته على حسب حاله، ودرجته في الهيئة الاجتماعية، ومن الثياب كذلك، ومن الطعام ما يكفيه إلى أن يحصل على شيء آخر بحسب ما هو مستعد له من الكسب فإن كان كسبه يوميًا، أو اسبوعيًا، أو شهريًا، أو سنويًا ترك له ما يكفيه هذه المدة لأنه بعد مضيها يحصل على شيء جديد ينفق منه، ولا شك أن كل هذه الأحكام إذا كان المدين عنده مال سواء وافيًا، أو غير وافي فإن ثبت لدى القاضي أنه لا يملك شيئًا منع الدائنين من التعرض له لثبوت عسرته، فوجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ

ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾.

الحجر على صاحب الغفلة

صاحب الغفلة هو الشخص الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرائجة لسلامة قلبه، فيغبن في تصرفاته وهذا لا يحجر عليه أيضًا عند الإمام الأعظم، وقال الصّاحبان ومن وافقهما: يحجر عليه كالسّفية صيانة لماله، ونظرًا له، ولأنه كان في زمن النّبي صلّى الله عليه وسلّم رجل يسمّى منقذ بن عمرو وكان يغبن في البيع، فرفع أهله أمره إلى النّبي طالبن الحجر عليه، فأقرّهم على ذلك، ولم ينكره عليهم بل أحضره، ونهاه عن البيع، فقال: يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع، فقال: «إن كنت غير تارك له؛ فبايع، وقل: لا خلافة، ولي الخيار ثلاثًا» فلو لم يكن الحجر مشروعًا لما أقرّهم على هذا الطلب، والإمام الأعظم يقول: إن هذا الحديث لا يدلّ على الحجر بل على عدمه؛ لأنه عليه الصّلاة والسّلام لم يجبههم إلى طلبهم، وإنما قال له: «قل: لا خلافة» الحديث، ولو كان الحجر مشروعًا لأجابهم إليه ومذهب الصّاحبين ظاهر المراد، والدّليل العقلي يشهد له، وكذا الدّليل النقلي بعد تأمل اللبيب في مغازي الحديث.

الفصل الثاني في سنّ التّمييز، والمراهقة، والبلوغ

لما كان للصّبي، والصّبية أحكام تخالف أحكام البالغ منهما، وزمن الصّبا ليس في حكم واحد بين انفقهاء أطوار الصّبا لينوا على كل طور منها الأحكام المناسبة له، فجعلوا أدوار الولد سواء كان مذكراً، أو مؤنثاً قبل البلوغ ثلاثة:

الدور الأوّل: عدم التّمييز.

الدور الثّاني: دور التّمييز.

الثّالث: المراهقة.

فما دام الولد سواء كان مذكراً، أو مؤنثاً لم يبلغ سبع سنوات يكون في الدور الأوّل، وفي هذه المدّة لا تصحّ جميع تصرّفاته ولو كانت نافعة له نفعا محضاً؛ لأنّ صحّة العبارة تبنى على التّمييز، ولا تميز عنده، فتلغو جميع تصرّفاته كالمجنون ولو فرض أنّ بعض الصّبيان تميّزاً جيّداً لم يعتبر أيضاً إذ المدار على بلوغ هذا السنّ لانضباطه فتعلّق به الحكم، وكون البعض عنده ذلك التّمييز لا يبيّن الفقه باعتباره لأنه إنّما يتعلّق بالمظان الكلّيّة.

وما دام الولد في هذه المدّة لا ينزع من الحاضنة، ويسلم للأب لأنه في هذا الدّور يحتاج إلى من يقوم بخدمته، وتربيته، ولا شك أنّ الأمّ، أو غيرها من الحاضنات أقدر على القيام بشئونه ما دام كذلك فتكون مصلحته في البقاء عندها.

فإذا بلغ سبع سنين فقد دخل في الدور الثّاني فيعتبر مميّزاً وحيثئذ تكون له أحكام

تخالف أحكامه في الدور الأول، فتنفذ تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة، والصدقة وإن لم يجزها الولي، أو الوصي، وتتوقف عقود الدائرة بين النفع، والضرر كالبيع، والشراء على إجازة الولي، أو الوصي، وتلغو عقود المضرة له ضرراً محضاً كالهبة، والوصية وكل من البيع، والشراء، وإن وقع في بعض الأحيان نفعاً محضاً بأن باع شيئاً بضعف قيمته، أو اشترى شيئاً بنصف قيمته مثلاً إلا أن العبرة بأصل الوضع دون ما يعرض باتفاق الحال وكل منهما في أصل وضعه متردد بين النفع، والضرر بخلاف الهبة؛ لأنها ضرر محض بحسب أصلها فلا ينظر إلى ما يعرض لها في بعض الأوقات من أنها قد تكون نفعاً محضاً بحسب ما يترتب عليها لأن الفقه إنما يبنّي على المظان الكلية.

ومتى بلغ الولد هذا السن فإن كان مذكراً انتهت مدة حضنته، فيؤخذ من الحاضنة، ويسلم إلى أبيه، وإن كان مؤنثاً تترك عندها إلى أن تبلغ تسع سنوات، فتتزع منها، وتسلم إلى الأب، والسبب في ذلك أن الولد له حقوق على الوالدَيْن، ومن حقوقه مراعاة مصلحته، ومصلحته تقتضي ذلك إذ الولد متى صار مميزاً واستغنى عن خدمة النساء دخل في دور الاستعداد لما يلزمه في مستقبل الأيام، فإن كان مذكراً سلم إلى الأب لينظر فيما هو مستعد له من تعلّم علم، أو صنعة، ويوجهه إليه إذ هو أقدر من الحاضنة على ذلك وإن كان مؤنثاً احتاجت إلى تعلّم الأمور المنزلية التي ستكلف بها في مستقبل الأيام، ولا شك أن الحاضنة أقدر على هذه الأشياء من الأب، أو غيره من العصابات.

ومتى بلغ المذكر اثنتي عشرة سنة، والأنثى تسع سنين كان كل منهما مراهقاً، أي: مدانياً للحلم؛ فالمرأهة القرب من الشيء، يقال: رهقه رهقاً، أي: دنا منه، ومن هذا المعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا صلى أحدكم إلى ستره؛ فليرهقها».

فإن ادّعى كلُّ منهما البلوغ بالاحتلام، وكان الظاهر لا يكذبُه بأن كان بحالٍ يحتمل مثله فيها قبل قوله؛ لأنه أمر لا يوقف عليه إلا من جهته، فيقبل فيه قوله، كما يقبل قول المرأة فيما لا يطَّلَع عليه غيرها كالحيض، ولكن عندما يدَّعى البلوغ يسأله القاضي، ويستفسر منه عن كلِّ شيء يوصله إلى الحقيقة احتياطاً كما هو الشأن في كلِّ دعوى؛ لأنه من الجائز أن يلحق الإقرار لفائدة تعود على الملقن كما هو شأن كثيرين في هذا الزمان، ومتى ثبتت الدعوى وحكم القاضي كانت أحكامهما أحكام البالغين. انظر: مادة (٤٩٤).^(١)

فقد علمت أنه متى بلغ سنُّ الغلام اثنتي عشرة سنة، والأنثى تسع سنين فقد دخل كل منهما في دور يحتمل أن يبلغ فيه، ولذا يقبل قوله إذا ادَّعاه بالطريقة المتقدمة، والبلوغ له علامات تختلف بحسب الذكورة، والأنوثة، بالنسبة للمذكر يعرف بالاحتلام مع الإنزال، أو بالإنزال بأي سبب كان، أو بالإحبال، والأصل هو الإنزال، فإنَّ الاحتلام لا يعتبر إلا معه، والإحبال لا يتأتى إلا به، وبالنسبة للأنثى يعرف بالحيض، أو الحبل، أو الاحتلام مع الإنزال، فإن ظهر شيء من هذه العلامات؛ حكم ببلوغ كلِّ منهما، وإن لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما إلا بالسنِّ اتفاقاً، ولكن اختلفوا في مقدار ذلك السنِّ فقال الإمام الأعظم: هو للغلام ثماني عشرة سنة، وللأنثى سبع عشرة سنة، وقدَّره الصَّاحبان بخمس عشرة سنة بالنسبة لكلِّ منهما.

واستدلَّ الصَّاحبان بما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال:

(١) (مادة ٤٩٤) سنُّ التَّمييز للولد سبع سنين، فأكثر، فإذا بلغ سنُّ الغلام سبع سنين ينزع من الحاضنة، وتنتهي مدَّة حضنته، وفي الأنثى تنتهي ببلوغها حدَّ الشهوة، وقدَّر بتسع سنين وهو سنُّ المراهقة لها، وسنُّ المراهقة للغلام اثنتا عشرة سنة.

(عُرِضَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ أَحَدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً؛ فَلَمْ يَجْزِنِي) أَي: فِي الْمَقَاتِلَةِ (وَعُرِضَتْ عَلَيْهِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً؛ فَأَجَازَنِي) فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا لِأَنَّهُ بَلَغَ، وَلَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا لِأَنَّهُ لَمْ يَبْلُغْ، وَلَآنَ الْبُلُوغَ لَا يَتَأَخَّرُ عَنْ هَذَا السَّنِّ عَادَةً وَهُوَ إِحْدَى الْحُجَجِ الشَّرْعِيَّةِ فِيهَا لَا نَصَّ فِيهِ، وَاسْتَدَلَّ أَبُو حَنِيفَةَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ وَأَشَدُّ الصَّبِيِّ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً، هَكَذَا قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ، وَقِيلَ: أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ، فَأَقِلَّ مَا قِيلَ هُوَ الْمَذْكُورُ، فَوَجِبَ تَعْلِيْقُ الْحُكْمِ بِهِ لِلْإِحْتِيَاطِ غَيْرَ أَنَّ الْإِنَاثَ نَشُوهُنَّ، وَإِدْرَاكَهُنَّ أَسْرَعُ، فَزَدْنَا فِي حَقِّ الْغُلَامِ سَنَةً لَاشْتِهَالِهَا عَلَى الْفُصُولِ الْأَرْبَعَةِ الَّتِي يُوَافِقُ وَاحِدَ مِنْهَا الْمَزَاجَ لَا مُحَالَةً، فَيَقْوَى فِيهِ وَقَوْلُ الصَّاحِبِينَ هُوَ الْمَقْتَى بِهِ. انْظُرْ: مَادَّةُ (٤٩٥).^(١)

وَمَتَى ثَبِتَ بُلُوغُ الْوَلَدِ سِوَاءَ كَانَ مَذْكَرًا، أَوْ مَوْثَنًا بِإِحْدَى الْعَلَامَاتِ الْمَتَقَدِّمَةِ، أَوْ بِالسَّنِّ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ كُلُّ مِنْهُمَا غَيْرَ عَاقِلٍ، أَوْ عَاقِلًا، وَإِنْ كَانَ عَاقِلًا فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ رَشِيدًا، أَي: مُحْسِنًا لِلتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ أَوْ لَا.

فَإِنْ كَانَ غَيْرَ عَاقِلٍ بِأَنْ كَانَ مَجْنُونًا، أَوْ مَعْتَوًى فَلَا تَزُولُ عَنْهُ الْوِلَايَةُ بَلْ يَكُونُ صَاحِبَ الْوِلَايَةِ عَلَى النَّفْسِ وَالْمَالِ مُتَصَرِّفًا كَمَا كَانَ قَبْلَ الْبُلُوغِ، وَإِنْ كَانَ عَاقِلًا وَلَكِنَّهُ غَيْرَ مُحْسِنٍ لِلتَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ زَالَتْ عَنْهُ الْوِلَايَةُ عَلَى النَّفْسِ مِنْ حَيْثُ الزَّوْاجُ، وَبَقِيَتْ وَِلَايَةُ الْمَالِ وَيَتَرْتَّبُ عَلَى هَذَا أَنَّ الْوَلَدَ لَهُ أَنْ يَزَوِّجَ نَفْسَهُ بَدُونِ مَدْخَلِ الْوَلِيِّ، وَلَكِنْ الْمَقَامُ فِيهِ تَفْصِيلٌ.

وَيَبَيِّنُهُ أَنَّ الْوَلَدَ إِنْ كَانَ مَذْكَرًا فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ حَقٌّ

(١) (مَادَّةُ ٤٩٥) بُلُوغُ الْغُلَامِ بِالْإِحْتِلَامِ، وَالْإِنْزَالِ، وَالْإِحْبَالِ، وَيَبْلُغُ الْبَنَتُ بِالْحَيْضِ، وَالْحَبْلِ، وَالْإِحْتِلَامُ مَعَ الْإِنْزَالِ، فَإِنْ لَمْ تَظْهَرْ هَذِهِ الْعَلَامَاتُ يَحْكُمُ بِبُلُوغِهَا إِذَا بَلَغَا مِنَ السَّنِّ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً.

الاعتراض وإن كان مؤنثاً فإن زوّجت نفسها بكفء، وبمهر المثل نفذ العقد، ولزم وليس للولي حق الاعتراض أيضاً؛ لأنه لا يلحقه ضرر في هذه الحالة، وإن تزوجت بكفء، ولكن المهر أقل من مهر المثل؛ كان للولي العصبية حق الاعتراض على الزواج، فإمّا أن يتمّ مهر المثل، وإمّا أن يرفع الولي الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد، وإن تزوّجت بغير كفء ولو كان المهر أكثر من مهر المثل؛ كان العقد غير صحيح إلا إذا رضي الولي قبل العقد بزواجها منه، وقد تقدّم لك هذا المقام بما لا مزيد عليه في شرح مادّتي (٥١ و ٥٢)، فارجع إليه إن شئت، وأمّا الولاية على المال فلا تزول في هذه الحالة، بل تبقى مستمرة إلى أن يظهر رشده، ولو بلغ من السنّ ما بلغ عند الصّاحبين، وقال الإمام: تستمرّ إلى أن يبلغ خمساً وعشرين سنة ما لم يؤنس رشده قبلها، فيسلم إليها ولو كان مبذراً، وقد عرفت هذا المقام في شرح مادّة (٤٧٨)، وإن كان عاقلاً محسناً للتصرّف في ماله زالت عنه الولايتان. انظر: مادّة (٤٩٦).^(١)

وإذا كان الولد قبل البلوغ لا يمكنه أن يميز الضّار من النّافع له تماماً لنقص عقله نظر إليه الشّارع وهو أعلم بمصالحه نظر حكيم، فلم يجعل له تصرفاً في نفسه، بل حكم بأن يكون قبل بلوغه سنّ التّمييز عند من هو أقدر على القيام بلوازمه في هذا الدّور وهي الأم، فإذا بلغ سنّ التّمييز وذلك هو الدور الثّاني، فإن كان مذكراً سلّم إلى الأب ليعدّه إلى ما ينفعه في مستقبله، وإن كان مؤنثاً أقام عند الأمّ سنتين لتستعدّ فيهما إلى ما هي مطالبة به في المستقبل، وبعدهما تسلّم للأب لقدرته على صيانتها بعد بلوغها حدّ الشّهوة، ولهذا لا يخبر الولد قبل البلوغ سواء كان مذكراً، أو مؤنثاً لقيم عند من يختاره منهما، بل يكون عند كلّ واحد منهما في الدّور الذي رأى الشّارع فيه

(١) (مادّة ٤٩٦) إذا بلغ الصّبي، والصّبيّة رشدين تزول عنهما ولاية الولي، أو الوصي، ويكون لهما التّصرّف في شئون أنفسهما، ولا يجبران على النّكاح إلا إذا كان بهما عته، أو جنون، ولا تزول عنهما ولاية الولي، أو الوصي في المال بمجرد البلوغ، بل يظهر الرّشد، وحسن التّصرّف في المال.

مصلحته، ولو خالف رأيه؛ لأن رأيه غير معتد به، والشارع حكيم وضع الأشياء في محلها. انظر: مادة (٤٩٧).^(١)

فإذا بلغ الغلام فإمّا أن يكون غير مأمون على نفسه، وإمّا أن يكون مأموناً فإن كان الأول؛ فلا خيار له أيضاً بل يبقى عند الأب إذ هو أقدر على ملاحظته، وصيانته، وإن كان الثاني؛ خيراً في الإقامة، وحيثنّ تتبع مشيئته، فإن اختار الإقامة عند أحد أبويه؛ أجيب إلى طلبه، وإن رغب الانفرد؛ اتبعت رغبته. انظر: مادة (٤٩٨).^(٢)

وإن بلغت الأنثى فإمّا أن تكون ثيباً وإمّا أن تكون بكرّاً فإن كانت ثيباً فحكمها حكم الغلام، وإن كانت بكرّاً فإمّا أن تكون مأمونة على نفسها، أو لا، فإن لم تكن مأمونة فلا خيار لها، بل تلزم بالإقامة عند الأب إن كان موجوداً فإن لم يكن فالجدُّ، ثمّ العصابات بالترتيب إذا كانوا مأمونين عليها، وإن كانت مأمونة على نفسها فما دامت شابة صالحة للزّجال؛ فلا تحيّر أيضاً بل تلزم بالمقام عند من ذكروا، وأمّا إذا صارت مسنة بأن صارت عجوزاً شوهاء كما يظهر من كلامهم، ومن تعريف السنّ في كتب اللّغة، وكانت عفيفة فلا تجبر على الإقامة عندهم بل يتبع رأيها، وإنما اختلف حكم البكر، والثيب لأنّ العار الذي يلحق الأقارب من وقوع ما يشين عرض البكر أسوأ ما يلحقهم من جهة الثيب والمحافظة على الأعراض فوق كلّ محافظة. انظر: مادة (٤٩٩).^(٣)

(١) (مادة ٤٩٧) لا خيار للولد بين أبويه قبل البلوغ ذكرًا كان، أو أنثى.

(٢) (مادة ٤٩٨) إذا بلغ الغلام رشيداً، وكان مأموناً على نفسه؛ فله الخيار بين أبويه، فإن شاء أقام عند من يختاره منها، وإن شاء انفرد عنها.

(٣) (مادة ٤٩٩) إذا بلغت الأنثى مبلغ النّساء فإن كانت بكرّاً شابة، أو ثيباً غير مأمونة، فلا خيار لها، ولأبيها، أو جدّها ضمّها إليه، وإن كانت بكرّاً، ودخلت في السنّ واجتمع لها رأي، وعفة، أو ثيباً مأمونة على نفسها؛ فليس لأحد من أوليائها ضمّها إليه.

الباب الثالث في الهبة

الفصل الأول في أركان الهبة، وشرائطها

اعلم أن العقد وإن كانت أقسامه كثيرة إلا أنه يمكننا أن نقسّمه بحسب المراد هنا إلى أربعة أقسام؛ لأنه إمّا أن يكون بعوض، أو بغيره، وعلى كلّ فإمّا أن يكون وارداً على تملك نفس الشيء، وإمّا أن يكون وارداً على تملك المنفعة، فإن ورد على تملك الشيء، وكان بعوض فهو بيع، وإن ورد على تملك المنفعة، وكان بعوض أيضاً فهو إجارة، وإن ورد على تملك الشيء بغير عوض فهو الهبة، وإن ورد على المنفعة بغير عوض سمي إعارة، والموضوع الآن هو الهبة، ومن حيث إن كلّ عقد لا بدّ له من تعريف، وأركان، وشروط، وحكم، والهبة عقد فتحتاج إلى ذلك.

تعريف الهبة

الهبة لها معنيان: معنى في اللغة، ومعنى في الاصطلاح، فمعناها في اللغة: هو التبرّع، والتفضّل بما ينفع الموهوب له مطلقاً، أي: سواء كان مالاً أو غير مال، بدليل قوله تعالى: ﴿وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ﴾، وقال جل شأنه: ﴿يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنِّ شَاءُ وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾ ﴿١١٠﴾ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنثَاءً وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيماً إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾ ولما كان التفضيل على الغير مأخوذاً في مفهومها لغة كانت من صفات الكمال، ولذا وصف الله تعالى بها نفسه فقال: ﴿أَمْرٌ عِنْدَهُ خَزَائِنُ رَحْمَةِ رَبِّكَ الْعَزِيزِ الْوَهَّابِ﴾، ومن باشرها؛ فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم، وإزالة شحّ النفس، وإدخال السرور على الموهوب له وتوثيق عرى المودة، والمحبة بينهما، وإزالة الضغينة، والحسد، قال عليه الصّلاة والسّلام: «تهادوا تحابوا»، والفعل يتعدّى بنفسه، وباللام، وبمن، فيقال: وهبه كذا، ووهب له، ومنه كما ورد

التّصريح بذلك في أحاديث كثيرة، وهي في الأصل مصدر محذوف الأوّل عوض عنه هاء التّأنيث فأصلها وهب بتسكين الهاء، وتحريكها.

ومعناها في اصطلاح الفقهاء: تمليك العين في الحال مجاناً، ومن القواعد المقرّرة أنّ التّعريف يجب أن يكون جامعاً لجميع أفراد المعرف مانعاً من دخول الغير فيه، وهذا التّعريف كذلك فإنّ العقود التي تدخل في شيء من هذا التّعريف تخرج عنه بقيد آخر فيه، إذ الوصيّة وإن كان فيها تمليك العين مجاناً لكن ليس التّمليك في الحال، بل هو مضاف إلى ما بعد الموت، والإجارة وإن كان فيها التّمليك إلا أنه وارد على المنفعة، ومع ذلك فهو بعوض، وهو الأجرة والتّمليك في البيع ليس مجاناً بل هو في مقابلة الثمن، وليس التّمليك في العارية وارداً على العين، بل على المنفعة، وبهذا ظهر أنّ التّعريف مانع من دخول غير المعرف فيه، وهو جامع لجميع أفراد المعرف أيضاً؛ لأنّ الظاهر أنّ الهبة بشرط العوض بيع ابتداءً، وانتهاءً كما ستعرفه في شرح مادّة (٥٢٨).

أركان الهبة

أركان كلّ عقد اثنان وهما: الإيجاب، والقبول، فالإيجاب هو ما صدر أولاً من كلام أحد المتعاقدين، والقبول هو ما صدر ثانياً من كلام الآخر، ومن حيث إنّ الهبة عقد، فأركانها ما ذكر، ولا يشترط للإيجاب في كلّ عقد ألفاظ مخصوصة إذا الغرض الإتيان بما يدلّ على تعيين العقد، وينبغي على ذلك أنه إذا قال شخص لآخر: وهبتك هذا الشّيء، أو ملّكتك لك بدون مقابل، أو جعلته لك، أو أعمرتك كذا، أو أطعمتك هذا الطّعام، وما في معنى هذه الألفاظ كان كلّ ذلك هبة؛ لأنّ: وهبت صريح فيها، وملّكت وإن كان محتملاً لها، ولغيرها مثل البيع إلا أنّ قوله بعد ذلك بدون مقابل ينفي غيرها، ولأنّ اللام في قوله: جعلته لك للتّمليك، فصار كأنه قال: ملّكتك هذا

الثوب، ولم يشترط بدلاً، ولقوله عليه الصَّلَاة والسَّلَام: «من أَعمر عمرى؛ فهو للمعمر له، ولورثته من بعده» ولأنَّ الإطعام إذا أُضيف إلى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يراد به التَّمليك بغير عوض، وليس هذا سوى الهبة بخلاف ما إذا أُضيف إلى شيء ينتفع به مع بقائه مثل: أطعمتك هذه الأرض فيكون المراد به ما يستغلُّ منها، فيحمل على العارية، وكما أنه لا يشترط للإيجاب ألفاظ مخصوصة فكذلك القبول، فإذا صدر من الموهوب له بعد الإيجاب من الواهب لفظ يدل على رضاه به مثل: قبلت، أو أخذت، أو رضيت؛ اعتبر ذلك قبولاً، بل اللَّفظ غير شرط إذ القبول كما يكون باللفظ يكون بالفعل وهو القبض، ولا يكون القبض معتبراً يتعلق به تمام الهبة، وثبوت حكمها وهو الملك إلا إذا كان بإذن المالك، والإذن تارة يثبت نصّاً، وصريحاً، وتارة يثبت دلالة، وإن كان الحكم ليس واحداً؛ لأنَّ الواهب إمّا أن يأذن الموهوب له بالقبض صريحاً كاقبضه، أو ينهيه عن قبضه، أو يسكت، فإن كان الأوّل، وقبضه في المجلس، أو بعد الافتراق عنه صحَّ القبض، وإن كان الثَّاني فلا يصحُّ سواء كان في المجلس، أو بعده، وإن كان الثَّالث فإن قبضه في المجلس صحَّ، وبعده لا يصحُّ، والقبض يكون في كلّ شيء بما يناسبه، فهو يختلف باختلاف الموهوب؛ لأنه إن كان منقولاً وليس داخل شيء يكون بأحد أمرين وهما المناولة، والتَّخلية، وإن كان داخل شيء كما إذا كان في صندوق مثلاً يكون بدفع المفتاح إلى الموهوب له إن لم يكن مفتوحاً، وإن كان عقاراً فلا يتأتى إلا بالتَّخلية وهي أن يخلي الواهب بين الموهوب، والموهوب له على وجه يتمكّن من قبضه بألا يكون هناك مانع من الاستيلاء عليه، وبعضهم يقول: القبول ليس بركن في الهبة، ولكن الظاهر أنه ركن كباقي العقود، فلا تتمُّ بدونه. انظر: مادة (٥٠٠).^(١)

(١) (مادة ٥٠٠) تصحُّ الهبة بإيجاب من الواهب، وقبول من الموهوب له، والقبض تقوم مقام القبول.

شروط الهبة

من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أي عقد إلا إذا كان هناك عاقدان، ومعقود عليه، وكل له شروط يلزم وجودها؛ ليكون العقد مستوفياً جميع ما يلزم لصحته، فشروط الهبة أنواع منها ما يرجع إلى الواهب، ومنها ما يرجع إلى الموهوب، ومنها ما يرجع إلى الموهوب له، ومنها ما يرجع إلى نفس الركن، فالشروط التي ترجع إلى نفس الواهب هي أن يكون من أهل التبرع، ولا يكون كذهب إلا إذا كان حرّاً عاقلاً بالغاً مالِكاً للموهوب؛ لأنّ الرقيق لا يملك شيئاً، فلا يتأتى أن يملك، ولأنّ عبارة المجنون غير صحيحة، إذ صفة العبارة تنبني على التمييز وهو غير مميّز، والمعتوه مثله في الهبة؛ لأنها من التصرفات المضرة له ضرراً محضاً، ولأنّ البلوغ شرط في صحة عقود التبرعات، والصغير إن كان غير مميّز فهو كالمجنون، وإن كان مميّزاً فالهبة من العقود الضارة، وهي لا تصحّ منه، وإنما اشترطوا ملك الواهب للموهوب؛ لأنّ تمليك ما ليس بمملوك له باطل، ولكن هذا ليس شرطاً للصحة بل هو شرط للنفاذ إذ لو وهب شخص ملك غيره صحّت الهبة، وكانت موقوفة على إجازة المالك، فإن شاء ألغاهها، وإن شاء أمضاها. انظر: مادة (٥٠١).^(١)

الموهوب له لا يملك إلا بالقبض، وقال الإمام مالك، وابن أبي ليلى من الحنفية: يثبت الملك له قبل القبض كالمشتري، فإنه يملك المبيع قبل قبضه متى كان البيع صحيحاً نافذاً لازماً، وعلى هذا الخلاف الصّدة.

واستدلّت الحنفية بقوله عليه الصّلاة والسّلام: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»، والمراد نفي الملك لا أصل الجواز، ويقول سيّدنا أبي بكر الصّديق للسيدة عائشة

(١) (مادة ٥٠١) يشترط في صحة الهبة أن يكون الواهب حرّاً عاقلاً بالغاً مالِكاً للعين التي يتبرّع بها.

رضي الله عنهما في مرضه: (كنت نحلّك جداد عشرين وسقاً مما لي بالعالية، وإنك لم تكوني قبضتيه، ولا حزتيه، وإنما هو مال الورثة)، ولو كانت تملك قبل القبض؛ لكان لها ذلك، ولأنّ فيه إلزام المتبرّع ما تبرّع به، فلا يجوز، وفَرَّقوا بين الهبة، والوصيّة إذ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض مع أنّ كلّاً منهما عقد تبرّع بأن المتبرّع في الوصيّة قد مات، والورثة ليسوا متبرّعين؛ بخلاف الهبة، فليس فيه إلزام المتبرّع بما تبرّع به، ولا يكون القبض معوّلاً عليه إلا إذا كان كاملاً، ولا يكون كذلك إلا إذا كان الموهوب متميّزاً عن غيره بأن يكون غير مشاع إذا كان مما يحتمل القسمة، ولا يكون متّصلاً بغيره كما يأتي لك إيضاحه في شرح مادّة (٥٠٧) ولكن محل اشتراط القبض في الملك إذا لم يكن الموهوب في يد الموهوب له فلو كان مقبوضاً في يده وقبل الهبة لم يحتاج إلى قبض جديد سواء كان غير مضمون عليه بهذا القبض كالوديّة، والإجارة، والعارية، أو مضموناً سواء كان مضموناً بنفسه كالمنصوب، أو بغيره كالمرهون؛ لأنّ القبض ثابت فيها، وهو الشّرط المطلوب، فلا حاجة إلى تجديده بعد الهبة، والفرق بين المضمون بنفسه، والمضمون بغيره أنّ الأوّل يجب على من هو تحت يده أن يردّه إلى مالكه ما دام موجوداً، فإذا هلك، أو استهلك تلزم قيمته بالغة ما بلغت، وأن الثّاني إذا هلك بدون تعدّد لا تلزم قيمته بل شيء آخر وهو بالنّسبة للرهن الأقل من قيمته ومن الدّين.

فقد علمت أنّ هذا الشّرط وهو القبض ليس شرطاً لصحّة الهبة، وإنما هو شرط للملك الموهوب له؛ فهو وإن كان راجعاً إلى الموهوب لكنه ليس لصحّة الهبة، أمّا الشّروط التي يلزم وجودها في الموهوب لصحّة الهبة فهي أن يكون موجوداً وقت العقد، فلو وهب ماثمر نخيله العام، أو ما تلد أغنامه السّنة ونحو ذلك لم تصحّ الهبة، وأن يكون مالاً متقوّمًا فلا تجوز هبة ما ليس بهال أصلاً كالميّة، والخنزير، ولا ما ليس بمتقوّم كالخمر، وأن يكون مملوكاً في ذاته، فلا تجوز هبة المباحات؛ لأنّ

تمليك ما ليس بمملوك باطل.

وأما ما يلزم وجوده لصحة الهبة في الموهوب له فهو كونه موجوداً وقت الهبة فلو وهب لابنه فلان، وليس له ابن؛ كانت لاغية، ولو ولد له بعد ذلك.

وأما ما يلزم وجوده من الشروط لصحة الهبة في الركن فهو أن يكون منجزاً فلا تصح الهبة المعلقة على شرط، ولكن هذا فيه تفصيل؛ لأن مدلول فعل الشرط إن كان محققاً وقت التكلم به؛ صحت الهبة وإن كان غير محقق أي: تارة يحصل، وتارة لا يحصل؛ فلا تصح. وأن يكون غير مضاف إلى زمن مستقبل، فلو قال: وهبت هذا الشيء لك بعد شهر مثلاً لم تصح الهبة، وأما اقتران الهبة بشرط، فينظر فيه إن كان الشرط ملائماً كما إذا قال: وهبتك هذا على أن تعوضني كذا صحت الهبة، والشرط، وإن كان الشرط غير ملائم صحت الهبة، وبطل الشرط.

حكم الهبة

حكم العقد قد يطلق عند الفقهاء على الأثر المترتب عليه، فمتى حصل عقد الهبة مستوفياً شرائطه ترتب عليه الحكم، وهو أنها لا تفيد الملك قبل القبض، وبعده تفيد غير لازم ولذا يجوز للواهب الرجوع فيها، وإن كره تحريماً كما ستعرفه في باب الرجوع في الهبة وهي مخالفة لباقي العقود كالبيع، والإجارة لأن كلاً منهما متى كان صحيحاً نافذاً لازماً فلا يجوز الرجوع فيه. انظر: مادة (٥٠٢).^(١)

فقد علمت من الشروط أن الواهب متى كان أهلاً للتبرع بأن يكون حرّاً عاقلاً بالغاً مالِكاً للموهوب صحت الهبة، ولكنك لم تعرف هل تكون الهبة صحيحة، ولو

(١) (مادة ٥٠٢) لا يثبت ملك العين الموهوبة إلا بقبضها قبضاً كاملاً كما هو مبين في (مادة ٥٠٧) وإن كانت في يد الموهوب له ملكها بمجرد العقد بدون قبض جديد بشرط القبول.

استغرقت جميع أمواله، أو لا تصحُّ إلا إذا كان الموهوب بعض المال، ولنبين لك ذلك حتى تعرف الأحكام فنقول: الشَّخص إن كان أهلاً للتبرُّع فإمَّا أن يكون صحيحًا، وإمَّا أن يكون مريضًا مرض الموت فإن كان الأوَّل فله أن يهب ما شاء لمن شاء، وحيثُ تكون هبته صحيحة، ولو استغرقت جميع ماله، سواء كان الموهوب له أجنبيًّا منه، أو قريبًا له، وسواء كان القريب أصلًا له، أو فرعًا، أو غيرهما، وسواء كان موافقًا لدينه، أو مخالفًا له بشرط جواز برِّه، فيؤخذ من هذا أنه إذا وهب جميع أمواله وهو في حال الصَّحَّة لبعض أولاده تاركًا البعض الآخر يندب حظَّه صحَّ ذلك، فلا يعارضه أحد وكلُّ هذا منصوص عليه، ولكن في هذا من الإجحاف ببعض الأولاد ما لا يخفى، ولذا قالت العلماء: إنه يكون آثمًا بهذا العمل إن قصد به الإضرار، فيعاقب عليه في الآخرة، ولا ينقض تصرُّفه، ولما نظر بعضهم إلى أن العقاب الأخرى لا يفيد من لم يأخذ شيئًا قال: يرُدُّ عليه قصده، ويعمل متروكه ميراثًا لكلِّ الورثة وهو ظاهر المراد، فإذا كان هذا حاله بالنسبة لإعطائه بعض الأولاد جميع المال وحرمانه الآخر مع أنَّ الآخر قريب إلى الشَّفقة على إخوته فيعطيهم من هذا المال شيئًا، أو يلزم بنفقتهم إن احتاجوا إلى ذلك، فما بالك إذا وهب جميع ماله لأجنبيًّا لا شكَّ في أن يكون أقوى من هذا في المنع، ولم أر لهم غير هذا للبحث به، ويمكننا البحث من طريق آخر بأن نقول عن الشَّخص إذا وهب جميع ماله لغيره، وسلَّمه له، وامتنع عن الرجوع في الكلِّ، أو البعض، فأصبح بذلك كلاً على غيره يتكفَّف النَّاس لمعيشته الصَّورية فهل يقال: إنه بهذا الفعل يكون منفيهاً، ويحجر عليه، ويكون الحجر من وقت السَّفه على مذهب الإمام محمَّد، فتلغى هذه الهبة، وتردُّ له أمواله من الموهوب له، أو لا يقال ذلك. انظر فلعلَّك توافق.

وإن كان الثَّاني وهو ما إذا كان مريضًا مرض الموت فإمَّا أن تكون الهبة لوارث، أو لغير وارث، وعلى كلِّ فإمَّا أن تكون بأقلِّ من الثلث، أو به، أو بأكثر، وعلى كلِّ

فإنما أن تميزها الورثة، أو لا، فإن كانت الهبة لو ارث فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة، ولو كانت بأقل من الثلث، وإن كانت لغير وارث، فإن كان الموهوب أقل من الثلث، أو الثلث نفذت، وإن لم تميز الورثة وإن كان أكثر منه؛ فلا تنفذ في الزائد إلا بإجازته، وسيأتي ذلك مفصلاً بأسبابه، وحكمه في تصرفات المريض. انظر: مادة (٥٠٣).^(١)

وقد عرفت من الكلام على أركان الهبة أن الإيجاب فيها ليس له لفظ مخصوص بل الغرض الإتيان بما يدل على معناها وهو التملك بغير عوض، ولذا قال الفقهاء: إن العمرى من الألفاظ التي تنعقد بها الهبة بخلاف الرقبي، والعمرى في اللغة بضم العين اسم مصدر من الإعمار، يقال: أعمرته الدار عمري، أي: جعلتها له يسكنها مدة عمره، وفي الشريعة جعل نحو داره للعمر، له مدة عمره بشرط أن يردها على المعمّر، أو على ورثته إذا مات المعمّر له، أو المعمّر، وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية متبعين ما اشترطوه، فجاء الشرع الإسلامي، وأبطل الردّ على المعطي إذا مات الآخذ، أو على ورثته إذا مات بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ أَعْمَرَ عَمْرِي؛ فَهِيَ لِعَمْرِهِ فِي حَيَاتِهِ، وَمَوْتِهِ، لَا تَرَقِبُوا مَنْ أَرْقَبَ شَيْئًا؛ فَهُوَ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ»، ولأن معنى العمرى التملك في الحال، وجعلها له مدة عمره، فإذا مات ترجع إليه؛ فصَحَّ التملك، وبطل الشرط لقولهم: إن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط.

والرقبي بضم الراء اسم مصدر من المراقبة، وهي في اصطلاح الفقهاء أن يقول شخص لآخر: داري لك رقبى، إن متّ قبلك؛ فهي لك، وإن متّ قبلي؛ فهي لي، أي: فكأنه قال: أرقب حياتي، فإذا متّ وأنت حي؛ فهي لك، فيكون فيها تعليق

(١) (مادة ٥٠٣) يجوز لكل مالك إذا كان أهلاً للتبرع أن يهب في حال صحته ماله كله، أو بعضه لمن يشاء سواء كان أصلاً له، أو فرعاً، أو قريباً، أو أجنبياً منه ولو مخالفاً لدينه بشروطه.

التَّمْلِك بالشَّرْط، فلا يصحُّ، ولذا كانت غير جائزة بمعنى أنها لا تفيد الملك للمرّقب له بدليل الحديث المتقدّم الذي فيه: «لا ترقبوا، مَنْ أَرَقَبَ شَيْئًا؛ فهو سبيل الميراث» أي: فطريق الشَّيْء المرّقب طريق الميراث عن المرّقب بكسر القاف، وإذا لم تصحَّ الرُّقْبَى بهذا المعنى تكون عارية فإذا سلّمها إليه؛ جاز له الانتفاع بها، فظهر مما تقدّم أنّ الفرق بين العُمَرَى، والرُّقْبَى هو أن العُمَرَى وجد فيها التَّمْلِك في الحال، واشترط الرد في المال، والرُّقْبَى علّق فيه التَّمْلِك بالشَّرْط وهو موت المرّقب، والمرّقب له حي، فتكون كالوصيّة، وإنما لم يجعلوها مثلها؛ لأنه لم يعلّقها بمطلق موته كالوصيّة بل بشرط أن يموت، والمرّقب له حي، كذا قالوا، وأنت خير بأنّ هذا الفرق غير ظاهر؛ لأنّ الموصى به لا يملكه الموصى له إلا إذا مات الموصي وهو حي؛ فالشَّرْط موجود، وإن لم يصرّح به، اللَّهُمَّ إلا إذا كان هناك فرق بين التّصريح بالشَّيْء، وعدم التّصريح به، وإن كان ثابتاً في نفسه، وقال أبو يوسف: الرُّقْبَى صحيحة، فتفيد الملك في الحال، ويبطل الشَّرْط، ولكن قال العلماء: إنّ هذا الاختلاف مبنيٌّ على الاختلاف في تفسير الرُّقْبَى، فالإمام، ومحمّد فسّراها بما تقدّم، وهو تعليق الملك على الموت، والمرّقب له حي، وأبو يوسف فسّرها بأنها تملك للحال، واشترط الاسترداد بعد الموت، فتكون كالعُمَرَى، فلو نظر كلّ منهما لما نظر إليه الآخر؛ لقال بما قال، فلا خلاف في الحقيقة؛ لأنّ اللفظ صالح للمعنيين. انظر: مادة (٥٠٤).^(١)

(١) (مادة ٥٠٤) العُمَرَى جائزة للمعمر له، ولورثته من بعده، وهي جعل نحو داره للمعمر له مدّة عمره بشرط أن يردها على المعمر، أو على ورثته إذا مات المعمر له، أو المعمر ونحوه قوله: أعمرتك داري هذه حياتك، أو وهبتك هذه العين حياتك، فإذا مت فهي لورثتي، فتصحُّ، ويبطل شرط الردّ على المعمر، أو ورثته، والرُّقْبَى غير جائزة بمعنى عدم إفادتها الملك، وهو أن يقول: داري لك رقبي، إن متّ قبلك؛ فهي لك، وإن متّ قبلي؛ فهي لي، ومَنْ أَرَقَبَ شَيْئًا؛ فهو لورثته، وإذا لم تصحَّ تكون عارية.

الفصل الثاني فيما تجوز هبته، وما لا تجوز

اعلم أنَّ الموهوب إمَّا أن يكون مشاع، وغير متَّصل بغيره، وإمَّا أن يكون مشاعًا، أو متَّصلًا بغيره، والمشاع إمَّا أن يكون غير قابل للقسمة، أو قابلاً لها، والمتصل بغيره إمَّا أن يكون اتصالاً خلقياً، أو اتصالاً مجاورة، وكلُّ له حكم يخصُّه، وإليك البيان:

إذا كان الموهوب غير مشاع، وغير متصل بغيره كبيت غير مشغول بمتاع الواهب، أو أرض ليست مشغولة بزرع، أو غرس مثلاً؛ صحَّت الهبة، وملكت بالقبض.

وإذا كان الموهوب مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة كنصف فرس، أو نصف حمام، أو بيت صغيرين؛ كان حكمه كحكم غير المشاع من أنه يفيد الملك بالقبض، ولكن لا بدَّ لصحة الهبة من أن يكون الموهوب معلوم القدر كالنصف، والرُّبع، والسادس مثلاً، فلو كان غير معلوم القدر كما إذا وهبه نصيبه من هذا البيت مثلاً، وهما لا يعلمانه لم تكن الهبة صحيحة.

وإذا كان الموهوب مشاعاً فيما يحتمل القسمة كنصف بيت، أو حمام كبيرين، أو عشرة أفدنة من الأرض كانت الهبة صحيحة غير تامَّة على الصَّحيح، وإن كان بعضهم يقول: إنها فاسدة، وعلى كلِّ فلا تفيد هبته الملك بالقبض مشاعاً في غير الموهوب بأن يقبض الكلَّ، بل لا بدَّ لذلك من القسمة، وإفراز الموهوب من غيره، وينبغي على ذلك ما يأتي: أولاً: إذا تصرَّف فيها الواهب ببيع، أو غيره نفذ تصرُّفه، ولا يكون للموهوب له حقُّ في المعارضة.

ثانيًا: للواهب استردادها من الموهوب له، وهذا الحق وإن كان ثابتًا للواهب، ولو الهبة صحيحة تامة، ويكون ذلك بالرجوع فيها، ولكن لا يشترط في هذه الحالة ما يشترط في صحة الرجوع من التراضي، أو قضاء القاضي، فلو هلك الموهوب بعد طلب الرد، وتمكن الموهوب له منه، ولم يفعل كان عليه الضمان، وإذا مات الواهب قبل الاسترداد؛ ثبت هذا الحق للورثة كما كان ثابتًا لمورثتهم، ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم من الواهب.

ثالثًا: إذا هلك الموهوب عند الموهوب له، أو استهلكه؛ كان للواهب الحق في أخذ البديل منه.

رابعًا: إذا تصرف الموهوب له فيه بالبيع مثلاً، فلا ينفذ تصرفه.

وبعضهم يقول: الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض، ومن باب أولى ما إذا كانت صحيحة غير تامة كهبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وأفتى بهذا كثيرون من الحنفية وهو الظاهر لوجود التسليط من الواهب؛ لأن الموضوع أن القبض بإذنه.

والفرق بين المشاع الذي لا يحتمل القسمة، والذي يحتملها أن الأول هو الذي يضره التبعض، ولا يبقى منتفعًا به أصلاً بعد القسمة، أو لا يبقى منتفعًا به بعدها انتفاعًا من جنس الانتفاع الذي كان قبلها.

وأن الثاني هو الذي لا يضره التبعض، بل يبقى منتفعًا به بعد القسمة انتفاعًا من جنس الانتفاع الذي كان قبلها، فالشيء الذي لا يبقى منتفعًا به بعد القسمة أصلاً كالحیوان، والذي يكون منتفعًا به بعدها انتفاعًا يخالف الانتفاع الأول مثل البيت، والحمام الصغيرين؛ فإن البيت الصغير إذا قسّم ربما ينتفع به مخزنًا، أو مربطًا، أو حانوتًا، ولكنه لا ينتفع به للبيتوتة كالانتفاع السابق، وكذا الحمام الصغير إذا قسّم

يمكن أن يجعل بيتًا، أو حانوتًا مثلاً، ولكن لا يبقى حمامًا كما كان فهو مما لا يقسم بخلاف الحمام الكبير الذي يمكن أن يقسم، ويجعل له موقد ثان، فهو مما يقسم، واحتياجه إلى موقد ثان لا يخرججه عن كونه قابلاً للقسمة حيث أمكن أن يتخذ له كالمقسم الذي يحتاج إلى طريق، أو مسيل، ويمكن فيه ذلك أنه قابل للقسمة.

وقال الإمام الشافعي: إنَّ هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وفيها لا يحتملها صحيحة؛ لأنَّ الهبة عقد تمليك، والمحلُّ قابل له، فأشبهت البيع، وكونه تبرُّعاً لا ينافي الملك في الشُّيوع مثل الوصية، وتسليمه ممكن إمَّا بالتَّخلية، أو بتسليم الكلِّ إليه كالمشاع الذي لا يحتمل القسمة.

واستدلَّت الحنفية على أنَّ الموهوب لا بدَّ أن يكون مقسوماً، أو مشاعاً فيما لا يحتمل القسمة بأنَّ القبض منصوص عليه في الهبة بقوله عليه الصَّلَاة والسَّلَام: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة»، فلا تتمُّ إلا به، والقبض إنما يكون في المقسوم، وكذا في المشاع الذي لا يقسم لأنَّ قبض كلِّ شيء بحسبه، والمشاع الذي لا يقبل القسمة لا يكون قبضه إلا مشاعاً، فاكفني به، وتمت الهبة، أمَّا المشاع الذي يقبل القسمة، فإنه يمكن تسليمه بعد قسمته، ويكون قبضه كاملاً إذ هو المطلوب؛ لأنَّ القبض ثبت مطلقاً، والمطلق يتناول الكامل فقط، والكامل هو الموجود من كلِّ وجه، والقبض في المشاع موجود من وجه دون وجه، لأنَّ القبض عبارة عن كون الشيء في حيِّز القابض، والمشاع ليس في حيِّزه من كلِّ وجه؛ لأنه في حيِّزه من وجه، وفي حيِّز شريكه من وجه، وتماه لا يحصل إلا بالقسمة؛ لأنَّ الأنصاء بها تتميز، وتجتمع، فما لم تجتمع لا يصير محرّزاً، ويكون إحرازه ناقصاً، فلا ينهض لإفادة الملك، ولا يخفى عليك بعد فهم الدليلين الميل إلى أحد المذهبين، وبعضهم يقول: إنَّ هبة المشاع فيما يحتمل القسمة غير تامّة، فلا تفيد الملك بالقبض ولو كانت للشريك، ويخصّصها

بعضهم بغير الشريك مستدلاً بتصور قبض الشريك مع الشيوع؛ لأن نصيبه في يده، فيمكنه قبض النصيب الثاني مشاعاً بخلاف غير الشريك وهو الظاهر، ولذا قال بعضهم: إنه المختار، وإن كان أكثر الكتب على خلافه.

والشيوع المانع من تمام القبض في الهبة هو الشيوع المقارن للعقد كهبة نصف البيت الكبير، أو استحقاق بعض الموهوب، أمّا الشيوع الطارئ فلا يترتب عليه شيء؛ لأنه حدث بعد وجود القبض، وتمام الهبة فلا يؤثر شيئاً، فرجوع الواهب في بعض الهبة لا يضر لظهور الشيوع، ومن الشيوع الطارئ ما لو وهب داراً في مرضه، وليس له سواها، ثم مات، ولم تجز الورثة؛ بطلت الهبة في الثلثين، وبقيت في الثلث. انظر مادتي (٥٠٥ و ٥٠٦).^(١)

وإذا كان الموهوب متصلاً بحق الواهب فإمّا أن يكون شاغلاً، أو مشغولاً، وعلى كلّ حال فإمّا أن يكون الاتصال خلقياً، أو اتصال مجاورة فإن كان الاتصال خلقياً؛ فلا تصح الهبة، ولا تفيد الملك بالقبض سواء كان الموهوب مشغولاً بغيره، أو شاغلاً له ما لم يفصله الواهب، ويسلمه للموهوب له، أو يسلمه على فصله، وقبضه، ويفصله الموهوب له، ويقبضه بالفعل، فإذا كان لشخص أرض، وله فيها زرع؛ فلا تصح هبة الأرض بدون الزرع، ولا الزرع بدون الأرض إلا بالشرط

(١) (مادة ٥٠٥) هبة المشاع الذي لا يقبل القسمة صحيحة تفيد الملك بقبضها بشرط أن يكون الموهوب معلوم المقدار، والمشاع الذي لا يقبل القسمة هو الذي يضره التبعض، ولا يبقى منتفعاً به أصلاً بعد القسمة، أو لا يبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي قبلها.

(مادة ٥٠٦) هبة المشاع الذي يحتمل القسمة لا تفيد الملك بالقبض، ولو كانت للشريك إلا إذا قسم الموهوب، وسلم مفرزاً عن غير الموهوب له متصلاً به، ولا مشغولاً بملك الواهب، والمشاع الذي يحتمل القسمة ما لا يضره التبعض بل يبقى منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبله.

المتقدّم؛ لأنّ الأرض مشغولة بالزّرع وهو شاغل لها، والاتصال خلقي، ومثله الثمر على الشّجر، والسّبب في ذلك ما تقدّم في هبة المشاع؛ لأنّ الزّرع مع الأرض بحكم الاتصال كشيء واحد، فكانت هبة أحدهما بدون الآخر كهبة مشاع فيما يحتمل القسمة.

وإن كان الاتصال اتصال مجاورة فإن كان الموهوب مشغولاً بغيره؛ فلا تصحّ هبته إلا بفصل الموهوب من غيره، وتسليمه بالفعل، وإن كان الموهوب شاغلاً لغيره؛ جازت هبته وحده إذا قبضه، ولو كان القبض بالتّخلية فلا يشترط فيه التّمييز فإذا كان لشخص بيت فيه متاع له؛ فلا يصحّ هبة البيت وحده إلا بإخلائه، وتسليمه إلى الموهوب له؛ لأنه مشغول بما ليس بموهوب؛ فلا يصحّ تسليمه إلا بالإخلاء من المتاع، وإن وهب المتاع الموجود فيه؛ صحّت الهبة وإن لم يفصله من البيت؛ لأنّ المتاع شاغل له، بل يكتفي فيه بالتّخلية وهي أن يخلّي الواهب بينه وبين المتاع على وجه يتمكّن من قبضه بألا يكون هناك مانع منه، ومن هذا القبيل ما إذا وهب الدّابة المرسجة بدون سرجها، أو السّرج بدونها إذ الدّابة مشغولة، والسّرج شاغل وإنما فرّقوا هنا بين الشّاغل، والمشغول؛ لأنّ استعمال السّرج إنما يكون للدّابة، فكانت للواهب عليه يد مستعملة، فتوجب نقصاناً في القبض بخلاف الدّابة، فإنها تستعمل بدونه، هكذا قالوا، فانظر، وتأمل. انظر: مادّة (٥٠٧).^(١)

(١) (مادّة ٥٠٧) إذا كان الموهوب متصلاً بحق الواهب اتصال خلقة، وممكناً فصله منه، فلا تصحّ هبته شاغلاً كان، أو مشغولاً ما لم يفصله الواهب، ويسلمه للموهوب له، أو يسلّطه على فصله، وقبضه، ويفصله، ويقبضه بالفعل. وإذا كان الموهوب متصلاً بملك الواهب اتصال مجاورة، فإن كان مشغولاً به؛ فلا تجوز هبته وحده إلا بفصله، وإن كان شاغلاً له؛ جازت هبته وحده إذا قبضه، ولو بالتّخلية بلا فصل. وإن قبض الموهوب له العين الموهوبة شائعة بدون فصلها؛ فلا يتنفذ فيها تصرّفه، ويضمنها إن هلك، أو استهلك، ويكون للواهب حقّ التّصرّف فيها، واستردادها هو، أو ورثته، ولو كان الموهوب له ذا رحم محرم منه.

وقد تقدّم لك عند الكلام على شروط الهبة أنّ هبة المعدوم غير صحيحة، ومثل المعدوم ما هو في حكمه وذلك كالذّقيق في البرّ، والدهن في السّمسم، والسّمّن في اللّبن؛ لأنّ هذا الموهوب كالمعدوم، ولذا لا يُشار إلى الذّقيق في البرّ، والمعدوم ليس بمحلّ للملك، فلا يمكن تملكه بالعقد، فيكون باطلاً، ولو طُحن البرّ، وسلّم الذّقيق؛ لأنّ الحنطة استحالت، وصارت عيناً أخرى، فلا تملك إلا بعقد جديد، وكذا غيرها وهذا بخلاف المشاع لأنه محلّ للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع؛ جاز، وإنما جازت الوصيّة بهذه الاشياء لأنّ الوصيّة بالمعدوم جائزة، واللّبن في الضّرع، والصوف على ظهر الغنم، والزّرع والنّخل في الأرض، والثمر في النّخل بمنزلة المشاع؛ لأنها موجودة، وامتناع الجواز للاتصال، وذلك يعود إلى امتناع القبض كالشّائع، فإذا فصل، وسلّم؛ جاز لزوال المانع كما في هبة الدّين. انظر: مادّة (٥٠٨).^(١)

ولا تتوهم من كون هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تكون تامّة باتفاق الحنفية، إنّ هبة اثنين لواحد، أو واحد لاثنين ما ذكر لا تكون تامّة أيضاً، بل في ذلك تفصيل، وبيانه أنّ هبة اثنين لواحد مشاعاً فيما يحتمل القسمة متفق على صحتها، فتفيد الملك بالقبض؛ لأنها سلّماها له جملة، وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوخ، وإنّ هبة واحد لاثنين ما ذكر مختلف فيها، فالصّاحبان يقولان بالجواز، والإمام الأعظم يقول بعدمه، فلا تفيد هذه الهبة الملك بالقبض عنده إلا إذا فرز نصيب كلّ منهما على حدته، وسلّم إليه، واستدلّ الصّاحبان بأنّ هذه هبة الجملة منهما إذ التّمليك واحد، فلا يتحقّق فيه الشّيوخ، فصار كما إذا رهن شيئاً عند رجلين، بل هذا أولى منه بالحكم؛ لأنّ تأثير الشّيوخ في الرّهن لأقوى منه في الهبة بدليل أنّ رهن المشاع فيما لا

(١) (مادّة ٥٠٨) كلّ ما كان في حكم المعدوم، فلا تجوز هبته أصلاً كذّقيق في برّ، ودهن في سمسم، وسمّن في لبن.

يحتمل القسمة غير صحيح بخلاف الهبة واستدل الإمام بأن هذا العقد فيه هبة النصف من كل واحد منهما بدليل أنها لو كانت فيما لا يقسم، وقبل أحدهما؛ جاز، ولولا أنه تملك لكل واحد منهما على حدته لما جاز ذلك، فحيث ينصرف قبض كل واحد منهما إلى نصيبه فقط وهو شائع، فيكون القبض ناقصاً، فلا يصح إذ المطلوب القبض الكامل كما تقدم.

وهذا الخلاف جارٍ فيما إذا لم يبين نصيب كل واحد منهما، أمّا إذا بين أن قال: لهذا ثلثها، ولهذا ثلثاها، أو لهذا نصفها، ولهذا نصفها؛ فلا تجوز عند الإمام، وأبي يوسف، وقال محمد: تجوز إن قبضه، فالإمام، ومحمد جريا على أصلهما المتقدم؛ لأن هذا هبة لشخصين فلا فرق بين أن ينص على نصيب كل واحد منهما، أو لم ينص، ولكن أبو يوسف فرق بينهما بأن النص على البعض الشائع يدل على أن قصده ثبوت الملك فيه، فلا تجوز بخلاف ما إذا لم ينص على ذلك صريحا، ولا فرق في هذا الحكم بين ما إذا كان الموهوب لهما كبيرين، أو صغيرين، أو أحدهما كبيرا، والآخر صغيرا.

ومحل الخلاف المتقدم إذا كان الموهوب لهما غنيين، فلو كانا فقيرين؛ جازت الهبة اتفاقا، أمّا عند الصّاحبين فلا كلام؛ لأن الحكم عندهما واحد، وفرق الإمام بأن الهبة للفقيرين صدقة كما أن الصدقة على الغنيين هبة، والصدقة يطلب بها وجه الله تعالى وهو واحد، والفقير نائب عنه، والهبة ليست كذلك، فتكون تملكاً من اثنين، فلا تجوز، ولهذا لو أوصى بثلاث ماله للفقراء؛ صح، وإن كانوا مجهولين؛ لأنها وقعت لله تعالى وهو واحد، ولو أوصى بها لأغنياء غير معينين؛ لم تجز. انظر: مادة (٥٠٩).^(١)

(١) (مادة ٥٠٩) تصح هبة اثنين لواحد مشاعاً محتملاً للقسمة بدون قسمته، ولا تصح هبة من واحد لاثنتين غنيتين إلا بعد قسمته، وفرز نصيب كل منهما سواء كانا كبيرين، أو صغيرين، أو أحدهما كبيراً، والآخر صغيراً، فإن كانا فقيرين صحّت هبة المشاع لهما.

والهبة قد تكون تمليكًا فقط وهي هبة الأعيان، والدَّين لغير المدين، وقد تكون تمليكًا من وجه، وإسقاطًا من وجه، وهي هبة الدَّين للمدين، فتمليك الدَّين تارة يكون للمدين، وتارة يكون لغيره، سواء كان التَّمليك بالهبة، أو بغيرها؛ فإن كان التَّمليك للمدين؛ جاز سواء كان بالهبة، أو بغيرها، فلو كان بها تمت وإن لم يقبل المدين؛ لما فيها من معنى الإسقاط، ولكنها ترتدُّ برده لما فيه من معنى التَّمليك، والإبراء كالهبة فيما ذكر، ولكن محل ذلك إذا لم يكن الدَّين المبرأ منه بدل صرف، أو سلم، وإلا توقَّف على القبول، فإذا وهب الدَّائن للمدين أحد بدلي الصَّرف، أو أبرأه منه، أو أبرأ المسلم إليه ربُّ السَّلم من رأس المال؛ فلا يصحُّ كلُّ من الهبة، والإبراء إلا بالقبول، والفرق بين هذين، وغيرهما أنَّ سقوط الدَّين فيهما يوجب انفساخ العقد بسبب فوات القبض المستحقَّ بعقد الصَّرف، والسَّلم، وأحد العاقلين لا ينفرد بنفسه، فلماذا توقَّفت الصَّحَّة على القبول فيهما لا في غيرهما فالتوقُّف على ذلك لا من حيث إنَّه هبة الدَّين، بل من حيث إنَّه يوجب انفساخ العقد، وهذا لا بدَّ فيه من التَّراضي. انظر: مادة (٥١٠).^(١)

وإذا كان تمليك الدَّين لغير المدين؛ فلا يصحُّ؛ لأنه غير قادر على تسليمه للموهوب له ما دام في ذمَّة المدين، ولكنهم استثنوا من ذلك ثلاث مسائل:

الأولى: الحوالة، فإذا كان شخص مدينًا، وله دين عند غيره، فأحال دائنه على مدينه بما عليه؛ صحَّ ذلك، وإن كان فيه ما ذكر، ولكن عند التَّأمُّل نرى أنَّ هذه الصُّورة ليس فيها تمليك لقول الفقهاء: إنَّ عقد الحوالة يفيد النُّقل، والتَّحويل لا التَّمليك، ويرتَّبون عليه فروعًا كثيرة، وينبني على ذلك أنَّ المحال لم يملك ما بذمَّة

(١) (مادة ٥١٠) هبة الدَّين لمن عليه الدَّين تتمُّ من غير قبوله، وكذا إبراءه عنه ما لم يرده، وهذا إذا لم يكن الدَّين بدل صرف، أو سلم فلو كان أحدهما توقَّف على القبول.

المحال عليه من الدين، ولكن لما رضي المحال عليه بالحوالة، فقد التزم الدّفع له بأمر المحيل، فإذا دفع عنه بأمره؛ وقعت المقاصّة بينهما؛ لأنه صار مدينًا، ودائنًا لشخص واحد، وحيثُ، فليس في الحوالة سوى التّسليط على القبض من المحال عليه، لا التّملك.

الثّانية: الوصيّة، فإذا أوصى الدّائن لغير المدين بالدين؛ صحّ؛ لأنّ الموصى له خليفة عن الميّت، فقد سلّطه على قبضه بعد وفاته، وبهذا رجع الأمر إلى التّسليط بالقبض في كلّ الصّور، ولو أوصى لشخص بثلث ماله مثلاً، وفي التّركة ديون ملك الموصى له من الدين بقدر وصيّته، أي: يملك المطالبة به، وإنما يصير ملكًا حقيقة إذا صار عينًا بأن قبضه بالفعل.

الثّالثة: إذا وهبه له، وسلّطه على قبضه، وقبضه فعلاً؛ لأنه في هذه الحالة يصير وكيلًا في القبض عن الواهب، ثمّ أصيلاً في القبض لنفسه، ولذا كان الدّائن عزله عن التّسليط قبل القبض فعلم أنّ مدار الصّحّة على التّسليط في هذه الصّور، فلو وجد في غيرها؛ صحّ أيضًا. انظر: مادّة (٥١١).^(١)

(١) (مادّة ٥١١) هبة الدّين عن ليس عليه الدّين باطلة إلا في حوالة، ووصيّة، وإذا سلط الموهوب له على قبضه بالتّوكيل عنه من المديون، وقبضه.

الفصل الثالث فيمن يجوز له قبض الهبة

لما كان القبض شرطاً في تمام الهبة احتيج إلى بيانه، وبيان من يجوز له قبض الهبة حتى تتم بقبضه، وقد تقدّم الأوّل عند الكلام على أركانها، والموضوع الآن هو الثاني، فالموهوب له إمّا أن يكون بالغاً، وإمّا أن يكون غير بالغ، وغير البالغ إمّا أن يكون غير مميّز وإمّا أن يكون مميّزاً، وعلى كلّ فإمّا أن يكون الواهب له الولاية عليه، أو لا، وكلّ له حكم يخصّه وإليك البيان:

فإن كان بالغاً عاقلاً كانت ولاية القبض له، ولو كان في عيال الواهب؛ لأنه هو المتصرّف في شئون نفسه، فلا يعتبر القبض إلا إذا تولاه هو، ومن حيث إنّ كلّ من ملك تصرّفاً ملك التوكيل فيه فله أن يوكل غيره في قبض الموهوب، وحينئذٍ تتم الهبة بتسليم الموهوب لوكيل الموهوب له؛ لأنه نائب عنه.

وإن كان صغيراً غير مميّز فإن كان الواهب ممن له الولاية عليه تمت الهبة بمجرد الإيجاب، وقام قبضه مقام قبض الصغير، ولا فرق فيمن تكون له عليه الولاية بين ما إذا كان يملك التصرّف في ماله، أو لا، فالأوّل هو الأب، والجدّ الصّحيح، والقاضي، ووصي كلّ منهم، والثاني غيرهم سواء كان أخاً، أو عمّاً، أو أمّاً، أو غيرهم ممن يعول الصغير، ويكفله ولو كان ملتقطاً إلا أنه يشترط في صحّة قبض الثاني أن يكون الصغير في حجرهم، أي: كنفهم، وتربيتهم، وبعضهم يشترط في صحّته أيضاً عدم وجود الأوّل مستدلاً بأنّ تصرّف الثاني للضرورة لا بالتفويض، ولا ضرورة مع وجود الأوّل، والبعض الآخر لا يشترط ذلك وهو الصّحيح المفتى به؛ لأنّ فيه نفعاً للصّغير خصوصاً وقد وجدت دلالة تفويض الأب مثلاً إلى من يعول الصغير،

ويكفله، ويشهد له صحّة قبض الصّغير بنفسه إذا كان مميّزاً، ولو كان الأب ونحوه حاضراً، ولكنه يشترط لصحّة هذه الهبة وتمامها شروط ثلاثة:

الأول: أن يكون الموهوب معلوماً، فلو كان مجهولاً كما إذا قال: وهبت له شيئاً من مالي؛ لم تصحّ، وهذا الشرط عام في كلّ هبة.

الثاني: ألا يكون مشاعاً فيما يحتمل القسمة، وقد عرفته في بحث هبة المشاع، وهذا الشرط وإن كان عامّاً في كلّ هبة أيضاً إلا أن الغرض من الإتيان به في هذه بخصوصها نفى توهم عدم اشتراطه فيها؛ لأنه إنما اشترط لأجل تمام القبض، وهذا في يد ولي القبض، فلا يفتقر إلى ذلك، ولا بأس بهذا التوهم؛ لأنّ فيه نفعا للصّغير خصوصاً، وهبة المشاع غير متفق على عدم تمامها.

الثالث: أن يكون الموهوب في يد الواهب، فلو كان في يد غيره فإنما أن يكون مودعاً، أو مستعيراً، أو مرتبناً، أو غاصباً، أو مستأجراً، فإن كان مودعاً، أو مستعيراً تمت الهبة أيضاً، وإن لم يسترده، وإن كان مرتبناً، أو من بعده؛ فلا تتمّ إلا باستردادها ممن هي تحت يده، والسبب في ذلك أن القبض شرط لتام الهبة، وقد فقد حقيقة، وتقديرًا بالنسبة للمرتن، ومن بعده لأننا جعلنا يد الولي فيما يهبه للصّغير بمنزلة يده إذا كانت قائمة، وههنا اليد للمرتن لا للراهن، فتعذر جعلها للصّغير، فانعدم قبضها الذي هو متمم للهبة، فقلنا بعدم التّام، ولذا لو استردّت منه؛ انتفى التّعذر، فتتمّ، ومثل المرتن الغاصب، والمستأجر بخلاف ما إذا كان صاحب اليد مودعاً، أو مستعيراً؛ لأنّ يدهما كيد الواهب فهي موجودة تقديرًا فتتمّ الهبة.

وإن كان الصّغير غير مميّز أيضاً، ولكن الواهب ليست له الولاية عليه بالمعنى المتقدّم، فلا تتمّ الهبة بمجرد الإيجاب، بل لا بدّ من القبض سواء كنّا نحن له الولاية

على أمواله، أو لا إلا أنه لو كان ممن له الولاية على أمواله؛ تمت بقبضه سواء كان في كنفه، وتربيته، أو لا، لأن له ولاية التصرف في أمواله، وقبض الهبة من التصرف في المال، فتتم به مطلقاً بخلاف غيره فإنه يشترط فيه ذلك لعدم ولايته عليه، لكن لما كان في كنفه كانت له الولاية في الجملة، ولذا كان له تأديبه، وتسليمه إلى صنعة، فيصح منه قبض ما وهب له؛ لأن فيه نفعاً محضاً للصغير خصوصاً، وقد وجدت دلالة التفويض من وليه إلى من يعوله، ولذا لا يشترط في صحة قبضه عدم وجود الأب، ونحوه ممن له ولاية ماله على ما هو الصحيح المفتى به. انظر: مادة (٥١٢).^(١)

وإن كان الصغير مميزاً فإن كانت الهبة ممن له الولاية عليه بالمعنى السابق تمت الهبة بمجرد الإيجاب أيضاً بالشروط المتقدمة فيها إذا كان الصبي غير مميز، وإن كانت الهبة من أجنبي، فلا تتم إلا بالقبض سواء كان بنفسه، أو ممن له الولاية عليه، فإن كان القابض ممن له الولاية على أمواله تمت الهبة بقبضه، وإن لم يكن في كنفه، وتربيته بخلاف غيره، فإنه لا بد أن يكون ممن يعوله، ويكفله؛ لأن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له، وتحصيل المال من أوفر المنافع، فيملك ذلك، فليس للواهب أن ينزعه من يده بعده.

وإنما تمت الهبة بقبضه بنفسه، ولو مع وجود الولي؛ لأنه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ملحق بالبالغ استحساناً، وإن كان القياس يقتضي عدم الجواز، إذ لا عبء بعقله قبل البلوغ، ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الأجنبي إذا كان في عياله بعقله، وجعلت له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره، ولو كانت له حاجة

(١) (مادة ٥١٢) هبة من له ولاية على الطفل بالطفل تتم بالإيجاب، وينوب قبض الواهب عن قبض الموهوب له سواء كان الواهب أباً، أو أمّاً، أو غيرهما ممن يعوله عند عدم الأب بشرط كون الموهوب معلوماً معيناً مفرزاً، أو كونه في يد الواهب، أو في يد مودعه، أو مستعيره لا في يد مرتته، أو غاصبه، وإن كانت الهبة لبالغ يشترط قبضه بنفسه، أو قبض وكيله عنه ولو كان في عيال الواهب.

إليه، ووجه الاستحسان أنه إنما لم يعتبر عقله لدفع الضرر عنه؛ لأن الظاهر أنه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم كماله، فإذا كان التصرف نفعاً محضاً تعين النظر في نفوذه، فينفذ نظراً له؛ لأن الرد في التصرف الضار لأجله، والتوقف في المتردد بين النفع، والضرر لأجله أيضاً، فيردّه الولي إن لم ير فيه مصلحة، وينفذه إن رآها، فوجب أن ينفذ تصرفه النافع له نفعاً محضاً، ويحصل له النفع بطريقتين إذ ليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظراً له، ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض مع أنه من أهله بالتمييز، والاختبار.

وكما يصح قبول الصبي المميز الهبة يصح منه ردّها، فلا يصح قبوله بعده، والظاهر أن الولي ليس له أن يردّ ما وهب للصغير متى كانت المنفعة موجودة، فلو قبل الصبي بعد ردّه صحّ ذلك، ومحصل هذا أن الهبة لا تتم إلا بالقبض ولكن لا يشترط فيه أن يكون من الموهوب له بل تارة يكون يقبضه بنفسه، أو بوكيله إذا كان بالغاً عاقلاً، وتارة يكون بنفسه، أو ممن هو في كنفه، وتربيته إذا كان صغيراً مميزاً، وتارة يكون ممن يعول الصغير، ويكفله فقط إذا كان صغيراً غير مميز. انظر: مادة (٥١٣).^(١)

ويترتب على هذا أن الزوج له أن يقبض ما وهب لزوجته، وإن لم تكن له الولاية على أموالها، ولكنه مشروط بشرطين:

الأول: أن تكون صغيرة سواء كانت مميزة، أو غير مميزة إذ لو كانت كبيرة عاقلة كانت ولاية القبض لها، أو لمن تقيمه مقامها كما هو الشأن في جميع تصرفاتها.

(١) (مادة ٥١٣) إذا وهب أجنبي هبة لصبي؛ جاز لكل من هو في حجره قبضها، والصبي إذا كان مميزاً، فقبضه معتبر ولو مع وجود الأب.

الثاني: أن يكون ذلك بعد الزفاف، فلا تتمُّ الهبة بقبضه قبله لعدم الولاية؛ لأنَّ الزوج ملك ذلك باعتبار أنه يعولها، وذلك بعد الزفاف؛ لأنَّ الأب أقامه مقام نفسه في حفظها، وقبض الهبة منه، فيملكه ولو مع وجود الأب، ولا شكَّ أنَّ الأب إذا قبضها بنفسه؛ تمت لأنَّ النَّائب إذا كان يملكه؛ فالأصيل من باب أولى. انظر: مادَّة (٥١٤).^(١)

(١) زوج المرأة الصَّغيرة يملك بعد زفافها قبض ما وهب لها، ولو مع حضرة أبيها، وليس له ذلك قبل زفافها، ولا بعد بلوغها.

الفصل الرابع في الرجوع في الهبة

اعلم أنه بعد تمام الهبة، واستيفاء جميع شرائطها قد اختلفوا في صحة الرجوع فيها، فقال الإمام الشافعي، ومن وافقه بعدم صحة الرجوع إلا للوالد فيما يهب لولده، وقالت الحنفية بصحته مطلقاً، واستدل الإمام الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده»، وبأن الهبة ما خرجت عن كونها عقد تمليك كالبيع فوجب أن تلزم مثله، وبأن الرجوع يضاد مقتضى العقد، والعقد لا يقتضي ضده، وإنما ثبت جواز رجوع الوالد فيما يهبه لولده؛ لأن إخراجها عن ملكه لم يتم إذ الولد من كسب أبيه، قال عليه الصلاة، والسلام: «أنت ومالك لأبيك، إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، فكلوه هنيئاً»، واستدلَّت الحنفية بقوله عليه الصلاة، والسلام: «الواهب أحقُّ بهبته ما لم يثب منها» أي: ما لم يعوض عنها، وبعضهم يروي هذا على أنه من كلام سيدنا علي كرم الله تعالى وجهه، والمراد به التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبله، وحينئذ تكون إضافتها إلى الواهب باعتبار ما كان كما يقال: أكلنا خبز فلان، وإن كان الأكل قد اشتراه، ولأن المقصود من الهبة العوض، ولهذا يقال: الأيادي قروض، وتأييد ذلك بالشروع قال عليه الصلاة، والسلام: «تهادوا تحابوا»، والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين، فإذا لم يحصل مقصوده، ثبت له الرجوع، وهذا مثل المشتري، فإنه إذا وجد بالمبيع عيباً؛ يرجع بالثمن لفوات مقصوده، وهو صفة السلامة في المبيع، وأجابت الحنفية عن الحديث الذي استدلل به الشافعي بأن المراد منه أن الواهب لا ينفرد بالرجوع بلا قضاء، ولا رضا إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك؛ فإنه ينفرد بالأخذ للإنفاق، وسمي ذلك رجوعاً نظراً إلى الظاهر، وإن لم يكن رجوعاً حقيقة على أن هذا الحكم غير

مختص بالهبة بل الأب إذا احتاج، فله الأخذ من مال ابنه ولو غائبًا، فلو لم يحتج لم يحز له الأخذ، وأنت خير بأنه لو كان كذلك لما كانت هناك فائدة في تخصيص الهبة بهذا الحكم، أو المراد أنه لا يحل له الرجوع بطريق الديانة، والمروءة فيكون كقوله عليه الصّلاة والسّلام: «لا يحلُّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شعبان، وجاره إلى جنبه طاو» أي: لا يليق ذلك بالديانة، والمروءة، وإن كان -بناظرًا في الحكم على أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه الشافعي ينافي الرجوع لأنه خبر عن قبحه، فيكون معناه أن الواهب لا يليق به أن يرجع فيها وهب إلا الوالد فيها يهبه لولده، ونظيره قوله عليه الصّلاة والسّلام: «المؤمن لا يكذب»، وقوله أيضًا: «الزّاني لا يزني وهو مؤمن» أي: لا يليق به أن يكذب، أو يزني وهو مؤمن، فليس المراد أنه ينافي صفة الإيمان، بل هو قبيح، ومع الإيمان أقبح، فكذا ما نحن بصده أي: أنه قبيح من حيث العادة، لا الشرع؛ لأنّ الشرع مكّنه من الرجوع، وأنت بعد إيراد الدليلين لا يخفى عليك ظهور أحدهما، والرجوع في الهبة ثابت، ولو صرح الواهب بالإسقاط، فيعلم من هذا أن الإسقاط لا يكون في كلّ حقٍّ إذ بعض الحقوق لا يسقط، وإن أسقطها صاحبها كهذا، والميراث والاستحقاق في الوقف، ولكنهم قالوا في الأخيرين: لا يسقط كلّ منهما لثبوته برًّا، فانظر وجه الأوّل، ولعله لكونه من مقتضيات العقد فلا يسقط بالإسقاط، ومع ذلك فالرجوع عند القائلين به قبيح ومرتكبه دنيء كما علم من تقرير دليلهم. انظر: مادّة (٥١٥).^(١)

وإنما يصحّ الرجوع في الهبة إذا لم يكن هناك مانع منه، والموانع سبعة وقد جمعها بعضهم في قوله:

منع الرجوع من المواهب سبعة فزيادة موصولة موت عوض

(١) (مادّة ٥١٥) يصحّ الرجوع في الهبة كلّاً، أو بعضاً، ولو أسقط الواهب حقّه ما لم يمنع مانع من الموانع المذكورة في المواد السبعة الآتية.

وخروجها عن ملك موهوب له زوجية قرب هلاك قد عرض

واختصر هذا آخر بقوله:

ويمنع الرجوع في فصل الهبة يا صاحبي حروف دمع خزقه

فكل حرف من حروف دمع خزقه يشير إلى مانع منها؛ فالدال تشير إلى الزيادة، والميم لموت أحد المتعاقدين، والعين للعوض، والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاي للزوجية، والقاف للقرابة، والهاء لهلاك الموهوب.

فالمانع الأول هو الزيادة، ولكن ليست كل زيادة في الموهوب مانعة من الرجوع في الهبة، بل الزيادة المتصلة به سواء كانت متولدة من الأصل، أو غير متولدة أمّا المنفصلة سواء كانت متولدة، أو غير متولدة، فلا تمنع الرجوع فيها، فعلم أن أنواع الزيادة أربعة؛ لأنها إمّا متصلة، أو منفصلة، وكلّ منهما إمّا أن يكون متولداً من الأصل، أو غير متولد منه، فالمتصلة المتولدة كالثمر قبل جزّه، والسمن، والغير المتولدة كالبناء، والغرس في الأرض والمنفصلة المتولدة كالولد، والثمر بعد قطعه، والغير المتولدة كالكسب، والغلة، ومعنى كونها غير متولدة من الأصل، وإن كانت ناشئة عنه أنها ليست بدلاً عن جزء من الشيء نفسه بل هي بدل المنافع. والمانع منه هي المتصلة بقسميها، والسبب في ذلك أن الرجوع لا يصحّ إلا في الموهوب، والزيادة ليست موهوبة، فلا رجوع فيها، والفصل ليرجع في الأصل دون الزيادة متعذر، فامتنع أصلاً، وبطل حق الواهب لأن له حق التملك في الأصل دون الزيادة، وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكانت مراعاته أولى عند تعذر الفصل وهذا السبب لا يظهر إلا في الزيادة المتصلة دون غيرها، ولكن يشترط فيها زيادة قيمة الموهوب، فإن ارتفع مانع الزيادة عاد حق الرجوع لزوال المانع منه، فإن كانت الزيادة من حيث السعر فقط ثبت الرجوع؛ لأنه لا زيادة في العين، فلا يتضمّن

الرُّجوع إبطال حقِّ الموهوب له وهو المانع. وإن نقل الموهوب من مكان إلى آخر، وترتب على هذا النقل زيادة القيمة ففيه خلاف قال الإمام، ومحمد: ينقطع الرجوع، وقال أبو يوسف: لا ينقطع لأنَّ الزيادة لم تحصل في نفس الشيء، فصارت كزيادة السعر.

ولهما أنَّ الرجوع يتضمن إبطال حقِّ الموهوب له في الكراء، ومؤنة النقل، فامتنع، وهو الظاهر.

وعندما يرجع الواهب، وكانت في الموهوب زيادة منفصلة أخذ الأصل لا الزيادة حتى لو ترتب على هذا الرجوع ضرر يلحق الموهوب له في الزيادة؛ ألزم بالانتظار حتى يزول فإذا ولدت الموهوبة، فليس له أن يرجع حتى يستغني الولد عن أمه. انظر: مادة (٥١٦).^(١)

والمانع الثاني موت الموهوب له، أو الواهب بعد قبض الهبة؛ لأنه بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب، فلا يرجع إليهم كما إذا انتقل إليهم في حال حياته، ولأنَّ تبدُّل الملك كتبدُّل العين، فصار الموهوب كعين أخرى، فلا يكون له سبيل عليها، وإذا مات الواهب، فالوارث أجنبى عن العقد إذ هو لم يوجبه، وحقُّ الرجوع مجرد خيار، فلا يورث، ولأنَّ الشارع أوجبه للواهب. انظر: مادة (٥١٧).^(٢)

والمانع الثالث خروج الموهوب عن ملك الموهوب له فإذا تصرف فيه كله بالبيع

(١) مادة (٥١٦) إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها امتنع الرجوع؛ فيها، ولا يمتنع لزيادة سعرها، ولا يمتنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولدة من العين الموهوبة، أو غير المتولدة، وإذا ارتفع مانع الزيادة عاد حقُّ الرجوع.

(٢) مادة (٥١٧) إذا مات أحد العاقلين بعد قبض الهبة؛ سقط حقُّ الرجوع فيها.

مثلاً امتنع الرجوع في الكل، وإن تصرف في البعض؛ امتنع بالنسبة إليه، فثبت له الحق في الباقي كأنه لم يتصرف في شيء منه؛ لأنه إذا لم يبيع منه شيئاً كان له أن يرجع في البعض، ويترك الآخر إذ له حق الرجوع في الكل فله أن يستوفيه إن شاء، وإن شاء استوفى بعضه، فكذا إذا بيع بعضها لأن المانع لم يوجد إلا في المبيع، فيتقَدَّر الامتناع بقدره بل هذا أولى بالحكم لأنه لما جاز الرجوع في البعض مع إمكان الرجوع في الكل، فأولى أن يجوز عند العجز وإنما كان هذا مانعاً من الرجوع؛ لأن إخراجَه عن ملكه وتمليكَه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته؛ لأن القاعدة أن كل ما سعى في نقض ما تم من جهته، فسعيه مردود عليه، ولأن تبدل الملك كتبدل العين، فصار كعين أخرى فلا سبيل له عليها. انظر: مادة (٥١٨).^(١)

والمانع الرابع الزوجية ولكن يشترط أن تكون موجودة وقت الهبة، سواء دخل بها الزوج، أو لم يدخل، وسواء دامت الزوجية بعد الهبة، أو انقطعت فلو حصلت الزوجية بعد الهبة لم يمتنع الرجوع.

وإنما كانت الزوجية مانعة من الرجوع لأنها نظير القرابة، ولذا يجري التوارث بينهما، وترد شهادة كل واحد منهما للآخر، فيكون المقصود من هبة كل واحد منهما للآخر الصلة، والتواد دون العوض كما في القرابة المحرمية، وقد حصل بنفس الهبة، فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للأجنبي؛ لأن المقصود فيها العوض فكان له الرجوع عند فواته.

ومما أخرجوه عن الأصل بالنسبة للزوجية ما إذا وهبت الزوجة دارها، ولها

(١) مادة (٥١٨) إذا خرجت العين عن ملك الموهوب له فإن كان خروجها من يده خروجاً كلياً؛ امتنع الرجوع فيها، وإن كان خروجها لا بالكلية، فلا يمتنع الرجوع، فلو باع بعضها؛ فللواهب الرجوع في الباقي.

أمتعة فيها والزَّوج ساكن معها حيث يصحُّ؛ لأنها وما في يدها في يده، فكانت الدَّار مشغولة بعياله، وهذا لا يمنع صحَّة قبضه، ومثل هذا ما إذا وهب الأب لابنه الصَّغير دارًا مشغولة بمتاعه، فإنه يصحُّ على المفتي به؛ لأنَّ شغلها بمتاع الواهب لا يمنع قبضه. انظر: مادة (٥١٩).^(١)

والمانع الخامس القرابة ولكن ليست كلُّ قرابة مانعة من الرُّجوع في الهبة، بل التي يكون فيها الموهوب له رحمًا محرمًا من الواهب بأن يكون قريبًا له، ويحرم عقد الزَّواج بينهما كالبنات، والأمِّ، والخالة، والعَمَّة، فلو كان القريب رحمًا غير محرم كبنات العمِّ، أو بنت الخالة، أو كان الموهوب له محرمًا غير رحم كالأخت من الرِّضاع، أو كان أجنبيًّا لم يمتنع الرُّجوع، والأصل في ذلك قوله صَلَّى الله تعالى عليه وسلَّم: «إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها»، ولأنَّ المقصود منها صلة الرَّحم، وقد حصل، وفي الرُّجوع قطيعته فامتنع. انظر: مادة (٥٢٠).^(٢)

والمانع السَّادس هلاك الموهوب، أو استهلاكه، فإذا هلك البعض ثبت له حقُّ الرُّجوع في الباقي كما تقدَّم في خروج البعض عن ملك الموهوب له، وإنما كان هذا مانعًا لتعذُّر الرَّدِّ بعد الهلاك فامتنع الرُّجوع، ولا يلزم بدفع القيمة، أو المثل أنَّ التَّسليط حصل من الواهب فيد الموهوب له ليست يد ضمان. انظر: مادة (٥٢١).^(٣)

(١) (مادة ٥١٩) إذا وهب أحد الزوجين بعد الزفاف، أو قبله هبة للآخر؛ فلا رجوع له فيها، ولو وقعت الفرة بينهما بعد الهبة، وإذا وهبت المرأة لزوجها دارًا فيها متاع لها صحَّت الهبة، وإن كانت مشغولة بملكها.

(٢) (مادة ٥٢٠) مَنْ وهب هبة لذي رحم محرم منه ولو ذميًّا، أو مستأمنًا، أو غير مستأمن؛ فلا رجوع له عليه، فإن وهب لذي رحم غير محرم، أو لمحرم غير ذي رحم، أو لمحرم بالمصاهرة، وأراد الرُّجوع؛ فله ذلك.

(٣) (مادة ٥٢١) إذا هلكت العين الموهوبة في يد الموهوب له، واستهلك؛ سقط حقُّ الرُّجوع فيها، فإن استهلك البعض؛ فللواهب الرُّجوع فيما بقي.

والمانع السَّابِعُ العَوَضُ فإذا أعطى الموهوب له بدل هبته امتنع الرجوع لقوله عليه الصَّلَاة، والسَّلَام: «الواهب أحقُّ بهبته ما لم يشب عنها» أي: ما لم يعوض، ولأنَّ ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصود الواهب، وقد زال الخلل، فصار كما إذا وجد المشتري عيبًا في البيع، ثمَّ زال، وانظر فيما إذا عوضه غير المطلوب له فإنَّ هذا التعليل ينتج الرجوع مع أنه يُفصَّل في العوض أحد ثمَّ إنَّ العوض ينقسم إلى قسمين؛ لأنه إمَّا أن يكون مشروطًا في العقد كما إذا قال له: وهبتك هذا الشيء بشرط أن تعوّضني كذا، وإمَّا أن يضاف لما بعد العقد فالأوَّل يأتي حكمه في شرح مادَّة (٥٢٨)، والثَّاني الذي هو موضوعنا الآن إمَّا أن يكون عوضًا عن كلِّ الهبة، أو عن بعضها فإن كان مضافًا إلى الكلِّ بأن قال بعد تمام عقد الهبة: خذ هذا عوض هبتك، أو بدلًا عنها، أو في مقابلها امتنع الرجوع في كلِّ الهبة، وإن كان العوض مضافًا إلى البعض كما إذا قال: خذ هذا عوض نصف هبتك مثلاً كان له حقُّ الرجوع في الباقي لأنَّ حقَّه في الرجوع كان ثابتًا في الكلِّ، فإذا عوّضه عن النِّصف امتنع الرجوع في حقَّه، وبقي الحقُّ في الباقي على ما كان، والشُّيوع الحاصل بالرجوع في هذه الحالة لا يضر؛ لأنه طارئ بعد تمام عقد الهبة، وقد عرفت في شرح مادَّة (٥٠٦) أنَّ الشُّيوع الضَّار هو الشُّيوع المقارن لعقد الهبة لا الطَّارئ عليه، وهذا إذا كان العوض غير الموهوب، فلو كان بعضه بأن وهب له قطعة أرض، فأعطاه نصفها مثلاً على أنها عوض عن الكلِّ لم يمتنع الرجوع في الباقي لأنَّ حقَّه كان ثابتًا في الكلِّ، فإذا وصل إليه بعضه فلا يسقط في الباقي، وقال زفر: لا رجوع في هذه الحالة موجَّهاً كلامه بأنَّ الموهوب ملك بالقبض، فالتحق بسائر أموال الموهوب له فكأنه أعطاه شيئاً من غير الموهوب. انظر: مادَّة (٥٢٢).^(١)

(١) (مادَّة ٥٢٢) إذا أضاف الموهوب له بعد العقد عوضاً للهبة، وقبضه الواهب مفرزاً مميّزاً إن كان مما يحتل القسمة؛ سقط حقُّ رجوعه بشرط ألا يكون العوض بعض الموهوب، فإن عوّضه البعض عن الباقي؛ فله الرجوع في الباقي، وإن عوّض النِّصف له الرجوع في النِّصف، ولا يضرُّ الشُّيوع الحاصل بالرجوع.

فإن سلّم كلٌّ من العوض والهبة لكلٍّ منهما؛ فيها، وأمّا إذا استحقَّ بأن ظهر أنَّ أحدهما مملوك لغير من أعطاه لصاحبه بأن أثبت شخص بالحجّة أنه مملوك له قبل تاريخ الإعطاء فإمّا أن يكون الاستحقاق واردًا على العوض، أو على الهبة، وعلى كلٍّ فإمّا أن يرد على الكلِّ، أو البعض فإن ورد على كلِّ العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب؛ لأنَّ الهبة تبقى بلا عوض، فصار كأن لم يكن عوض أصلاً، وإن ورد على كلِّ الهبة كان للموهوب له الرجوع بجميع العوض؛ لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكهم في الهبة وهذا إذا كان كلٌّ منهما موجودًا وقت الاستحقاق، فإن كان هالكًا اختلفا في الحكم لأنه إن استحقَّ العوض والهبة هالكة، فلا يرجع الواهب بشيء أصلاً؛ لأنَّ هلاك الهبة مانع من الرجوع، وكذا لو كان هناك مانع آخر منه، وإن استحقَّت الهبة والعوض هالك يرجع الموهوب له على الواهب ببدل العوض وهو القيمة إن كان قيمًا والمثل إن كان مثليًا لأنه لم يسلم له مقصود من العوض وهو تأكد ملكه في الهبة؛ لأنَّ الموضوع أنه قال للواهب: خذ هذا عوض هبتك بخلاف الواهب؛ لأنَّ الموضوع أنه لم يشترط العوض في العقد، وإن ورد الاستحقاق على بعض الهبة؛ فللموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل المستحق من الهبة لأنه لم يدفع إليه العوض إلا ليسلم له الموهوب كله، فإذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات، وجميع هذه الصور متفق عليها.

وإن ورد الاستحقاق على بعض العوض؛ ففيه خلاف فالإمام الأعظم، وصاحبه يقولون: لا يرجع بشيء حتى يرد ما بقي من العوض، وقال زفر: يرجع في الهبة بما يقابل المستحق من العوض، واستدلَّ بأنَّ كلَّ واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له ببعض العوض عند استحقاق بعض الهبة، فكذلك يرجع الواهب أيضًا ببعض الهبة عند استحقاق بعض العوض؛ لأنه المعاوضة إذ هو يقتضي المساواة، واستدلَّ غيره بأنَّ العوض ليس ببدل عن الهبة حقيقة؛ لأنها حصلت

بدون عوض مشروط في عقدھا، فهي مملوكة للموهوب له قبل أن يعوض الواهب شيئاً، والإنسان لا يعطي بدل ملكه لغيره، وإنما أعطاه ليسقط حقه في الرجوع، وما بقي يصلح لإسقاط الرجوع، ولهذا لو عرضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فيه إلا أنه لم يرض بسقوط حقه إلا بسلامة كلِّ العوض له فإذا لم يسلم له كله كان له الخيار إن شاء رضي بما بقي من العوض، وإن شاء ردَّ الباقي عليه ورجع في الهبة. انظر: مادة (٥٢٣).^(١)

وهذا إذا كان للهبة عوض فإن كانت بغير عوض، واستحققت فيما أن يكون الاستحقاق وارداً عليها وهي موجودة تحت يد الموهوب له، وإما أن يكون بعد هلاكها، فإن كان الأوَّل فلا كلام في أنه لا يرجع على الواهب بشيء لأنه لم يعوضه شيئاً، والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذي لم يدفع شيئاً في مقابلته، وإن كان الثاني وهو ما إذا استحق بعد هلاكه تحت يد الموهوب له، فقالوا: إنَّ للمستحقَّ أن يضمَّنه بأن يأخذ منه بدل الموهوب لأن ملكه هلك وهو تحت يده وعند ما يأخذ منه البديل لا يكون للموهوب له حق في الرجوع على الواهب بما ضمن، ومثله المستعير، فإذا أعار شخص لغيره شيئاً ليتنفع به، ويرده إليه فهلك هذا الشيء تحت يده، وظهر أنه غير مملوك للمعير ولو بالبيّنة فللمالك أن يأخذ بدله من المستعير، وليس لهذا حق في أن يأخذ ما دفعه من المعير، وهذا بخلاف البيع، والوديعة، والإجارة فإنَّ المبيع إذا هلك تحت يد المشتري، وظهر أنه غير مملوك للبائع وضمن المستحق المشتري رجوع على البائع بما دفعه إليه، ومثل البيع الإجارة، والوديعة، وقالوا في الفرق: إنَّ الهبة

(١) (مادة ٥٢٣) إذا استحقَّ كلُّ العوض يرجع الواهب في كلِّ الهبة إن كانت قائمة، ولم تحصل بها زيادة مانعة منه، أو مانع آخر، وإذا استحقَّت الهبة؛ فللمعوض الرجوع في جميع العوض الذي أدّاه كان قائماً، وبمثله إن كان هالكاً، وهو مثلي، أو بقيمته إن كان قيميّاً، وإن استحقَّ نصف الهبة؛ رجع بنصف العوض، وفي عكسه لا يرجع ما لم يرد ما بقي من العوض.

عقد تبرُّع، والموهوب له غير عامل للواهب، فلا يستحقّ السَّلامة، ومثلها العارية بخلاف الوديعة لأنّ المودع ليس عاملاً لنفسه بل لصاحبها، وبخلاف البيع لأنّ عقد المعاوضة يقتضي السَّلامة، فيكون كل واحد منهما ملتزمًا لوصف السَّلامة بالإقدام على العقد، فإذا لم يسلم له كان مغرورًا من جهته، فيرجع عليه بما لحقه فيكون حاصل ما قالوه أنّ المغرور يرجع على الغار بأحد أمرين:

الأوّل: عقد المعاوضة.

الثاني: أن يكون نفع العقد عائدًا على الآخذ وحده كالهبة، والعارية، فلا رجوع ولو كان مغرورًا، وقال بعضهم: إنّ الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصًّا يرجع على الواهب في هذه الحالة، وهو ظاهر المراد فيا ليتة أطلق الحكم. انظر: مادة (٥٢٤).^(١)

ومن حيث إنّ العوض الذي هو الموضوع ليس مشروطًا في العقد، فلا يجوز لمن له الولاية على مال الموهوب له أن يدفع منه شيئًا للواهب في مقابلة هبته؛ لأنه تبرُّع وهو لا يملكه وينبغي على هذا أن الأب لا يجوز له أن يدفع شيئًا من مال ابنه بدل ما وهب له فلو أعطي ضمنه فلو كان من مال نفسه؛ جاز له ذلك لأنه له أن يتصرّف فيه بما أراد لمن أراد. انظر: مادة (٥٢٥).^(٢)

ولما كانت الهبة للفقير مجازًا عن الصّدقة، والصّدقة لا رجوع فيها كانت الهبة لها مثلها في ذلك. انظر: مادة (٥٢٦).^(٣)

(١) (مادة ٥٢٤) إذا تلفت العين الموهوبة، واستحقّها مستحقّ، وضمن المستحقّ الموهوب له؛ لم يرجع على الواهب بما ضمن.

(٢) (مادة ٥٢٥) لا يجوز للأب أن يعوّض عما وهب لابنه الصّغير من مال الصّغير.

(٣) (مادة ٥٢٦) لا رجوع في الهبة للفقير بعد قبضها.

ولما كان الرجوع في الهبة قبيحاً، ومرتكبه ذنباً لم يجعل الشارع هذا الحق للواهب وحده بل أشرك معه الموهوب له، أو من له الولاية عليه إذا امتنع، ولذا لا يصح الرجوع فيها بمجرد قول الواهب: رجعت في هبتي، بل لا بد من أحد أمرين:

الأول: رضا الموهوب له.

الثاني: قضاء القاضي، والسبب في ذلك أن ملك الموهوب له ثابت في الموهوب، فلا يخرج عنه إلا بالرضا، أو القضاء، ولأنه يختلف فيه بين العلماء، وفي أصله ضعف، وفي عدم حصول مقصود الواهب، ووجوده خفاء إذ يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي، ولم يحصل عليه فثبت له حق الرجوع، ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة، أو إظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير، فحينئذ لا بد من الفصل بالرضا أو القضاء، ويؤخذ من هذا أن القاضي عندما ترفع إليه الدعوى بطلب استرداد الموهوب يبحث عن سبب الهبة، وسبب الرجوع حتى تظهر له الحقيقة من كلام كل منهما، ويحكم بما يظهر له.

فما دام لم يقض القاضي، أو يفسخاها بالتراضي يكون ملك الموهوب له ثابتاً في الموهوب وينبني على ذلك ما يأتي:

أولاً: إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، ولو بعد المرافعة إلى القاضي، ولكن قبل واحد منهما نفذ تصرفه، فليس للواهب نقضه؛ لأن الملك ثابت للموهوب له ما لم يحصل واحد منهما.

ثانياً: لو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل واحد منهما فهلك، أو استهلك؛ ضمن قيمتها للموهوب له لما ذكر.

ثالثاً: لو طلبها الواهب منه، فامتنع من التسليم، وهلك، أو استهلك قبل القضاء لم يضمن له شيئاً لقيام ملكه، فهو محق في هذا الامتناع، ومثل هذا ما إذا هلك بعد القضاء ولكن قبل المنع لأنه أوان القبض كان غير مضمون عليه، فلا ينقلب مضموناً بالاستمرار عليه.

رابعاً: إذا تراضيا على صحّة الرجوع، أو قضي به، وطلبها الواهب من الموهوب له فامتنع من التسليم مع التمكن منه، وهلك ضمن لثبوت الملك حينئذٍ للواهب فيكون متعدداً في هذا المنع فيضمن ومتى تم الرجوع بأحد هذين الأمرين كان فسخاً لعقد الهبة من الأصل وإعادة الملكة القديم لا هبة للواهب خلافاً لزفر إذا كان بالتراضي. انظر: مادة (٥٢٧).^(١)

وقد تقدّم لك في شرح مادة (٥٢٢) أنّ العوض إمّا أن يكون بعد عقد الهبة، وإمّا أن يكون مشروطاً فيه، فالأول تقدّم في شرح المادة المذكورة وأمّا الثاني بأن قال شخص لآخر: وهبت لك كذا بشرط أن تعوّضني بيتك الفلاني مثلاً ففيه خلاف، فالإمام الأعظم وصاحبه يقولون: إنّ هذا العقد هبة ابتداءً ببيع انتهاءً، وينبغي عليه أنّ هذا العقد يشترط فيه ابتداءً ما يشترط في الهبة فلا يتم إلا بالتقايض في العوضين وببطل أحدهما بالشئوع إذا كان فيما يحتمل القسمة، فإذا تمّ القبض الكامل ثبت الملك لكل من المتعاقدين، فيترتب على كلّ منهما حكم البيع، وتجري عليه أحكامه فيرد كلّ منهما بالعيب، وخيار الرؤية وإذا كان أحدهما عقاراً، أو كل منهما ثبتت فيه الشفعة، وقال زفر والإمام الشافعي: إنّ هذا العقد بيع ابتداءً، وانتهاءً فلا يشترط فيه

(١) (مادة ٥٢٧) لا يصح الرجوع في الهبة إلا بتراضي العاقدين، أو بحكم الحاكم، فإذا رجع الواهب بأحدهما كان رجوعه إبطالاً لأثر العقد في المستقبل، وإعادة الملكة، فلو أخذ الواهب العين الموهوبة قبل القضاء، أو الرضا فهلك، أو استهلك ضمن قيمتها للموهوب له، وإذا طلبها بعد القضاء، ومنعها الموهوب له، فهلك في يده ضمنها.

شيء من شروط الهبة، ووجَّها قولهما بأنَّ المتعاقدين أتيا عقد البيع وهو التَّمليك بعوض، والعبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ ولذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدَّين لمن عليه إبراء وهبة المنفعة بعوض إجارة، والإعارة بعوض إجارة، واستدلَّ الإمام، وصاحباها بأنَّ هذا العقد اشتمل على جهتين، فيجمع بينهما ما أمكن عملاً بالشَّبهين فيكون ابتداءه معتبراً بلفظه فتجري فيه أحكام الهبة، وانتهأؤه معتبراً بمعناه فتجري فيه أحكام البيع، ولا تنافي بين حكميهما؛ لأنَّ حكم البيع قد يكون متراخياً عند اشتراط الخيار لأحدهما، وفي البيع الفاسد فيكون موافقاً لحكم الهبة من حيث تأخيرها إلى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع لمانع منه بخلاف المسائل المستشهد بها؛ فإنَّ العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين، فتعيَّن إلغاء اللَّفظ، والعمل بالمعنى، ولا يخفى من تقرير الدَّليلين أنَّ مذهب الإمام الشَّافعي وزفر ظاهر المراد. انظر: مادَّة (٥٢٨).^(١)

والصَّدقة كالهبة فشروطهما واحدة، فلا تتم إلا بالقبض، ويشترط فيها أن تكون في محوز، أو مشاع فيما لا يحتمل القسمة لا فيما يحتملها إلا بالإفراز، والتَّسليم لأنها تبرُّع كالهبة فيلزمها ما لزم في الهبة ولكنها تفارقها في عدم الصَّحَّة الرجوع؛ لأنَّ المقصود فيها هو الثواب دون العوض سواء كانت لفقر، أو لغني، وبعضهم يقول: الصَّدقة على الغني والهبة له سواء لأنه يقصد به العوض دون الثَّواب كالهبة للفقر فإنها صدقة؛ لأنه لا يقصد بها العوض بل الثَّواب وهو الظَّاهر. انظر: مادَّة (٥٢٩).^(٢)

(١) (مادَّة ٥٢٨) إذا وقعت الهبة بشرط عوض معلوم معيَّن وقت العقد، فلا تتمُّ إلا بالتَّقابض في العوضين، ويطل العوض بالشُّبوع فيما يقسم، فإن اتصل التَّقابض في العوضين ثبت الملك لكلٍّ من الطَّرفين، وصارت معاوضة تجري عليها أحكام البيع، فتردُّ بالعيب، وخيار الرُّؤية، وتؤخذ بالشفعة، فإن لم يوجد التَّقابض في العوضين، أو قبض أحدهما دون الآخر؛ فلكلٍّ منهما الرجوع.

(٢) (مادَّة ٥٢٩) الصَّدقة كالهبة لا تملك إلا بالقبض، ولا رجوع فيها، ولو كانت لغني.

الباب السَّابع في الوصايا، وفيه فصول

الفصل الأوَّل في حدِّ الوصِيَّة، وشرائطها، ومن هو أهلُّ لها

العقد وإن كانت أقسامه كثيرة إلا أنه يمكننا تقسيمه بحسب المراد هنا إلى قسمين:

القسم الأوَّل: ما يفيد حكمه حال الحياة.

الثاني: ما يفيد بعد وفاة أحد المتعاقدين (الموصي)، والموضوع الآن هو القسم الثاني، وهو الوصِيَّة ومن حيث إنَّ كلَّ عقد لا بدَّ له من تعريف، وأركان، وشروط، فالوصِيَّة تحتاج إلى ذلك وإليك بيانها:

تعريف الوصِيَّة

الوصِيَّة في اللُّغة: اسم مَصْدَر بمعنى التَّوصِيَّة، ومنه قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ اثْنَانِ﴾، وقد تطلق على الشَّيْء الموصى به كقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ ومعناها في اصطلاح الفقهاء: تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرُّع سواء كان الموصى به عَيْتًا، أو منفعة إذ كما تصحُّ الوصِيَّة بالأعيان تصحُّ بالمنافع، والقياس يأبى جواز الوصِيَّة، والاستحسان يجوزها؛ لأنها تملك مضاف حال زوال الملك وهو ما بعد الوفاة مع أن الشَّخص لو أضاف التَّمليك إلى حال قيام الملك بأن قال لغيره: مَلَكَتْكَ هَذَا الشَّيْءُ غَدًا كان باطلاً عند الفقهاء، فتكون الوصِيَّة أولى بهذا الحكم، ولكن الشَّارع أجازها استحسانًا لحاجة النَّاس إليها إذ الإنسان مغرور بأمله،

مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض، وخاف الهلاك يحتاج إلى تدارك ما فاتته من التَّقْصِير بسبب ماله على وجه لو تحقَّق ما كان يخافه يحصل مقصوده المالي، ولو اتسع الوقت، وأحوجه إلى الانتفاع به صرفه في حاجته، فشرعها الشارع تمكيناً من العمل الصَّالح، وقضاء للحاجة عند الاحتياج إلى تحصيل المصالح، وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التَّجهيز والدَّين، ومثل الوصية في هذا المعنى الإجارة لما فيها من إضافة تملك المنافع في الزَّمن المستقبل، ولكن الشارع أجازها للضرورة. انظر: مادة (٥٣٠).^(١)

أركان الوصية

أركان كلِّ عقد اثنان وهما: الإيجاب، والقبول، ومن حيث إنَّ الوصية عقد، فأركانها ما ذكر، ولا يشترط في الإيجاب لكلِّ عقد ألفاظ مخصوصة إذ الغرض الإتيان بما يدلُّ على تعيين العقد، وينبغي على ذلك أنه إذا قال شخص: أوصيت لفلان بثلاث مالي، أو وهبته له بعد وفاتي، أو ملَّكته له بعدها، وما يماثل هذه الألفاظ كان كل ذلك وصية؛ لأنَّ: أوصيت صريح فيها، ولذا لا يحتاج فيه إلى التَّصريح بما بعد الموت، وملَّكته وإن كان محتماً لها ولغيرها مثل البيع، والهبة إلا أنَّ التَّقييد بما بعد الوفاة ينفي غيرها، ومثله الهبة ولا يكون القبول معوَّلاً عليه في كل العقود إلا إذا صدر في المجلس الذي حصل فيه الإيجاب، ولو حكماً إلا عقد الوصية فإنه لا يعوَّل على القبول فيه إلا إذا صدر من الموصي له بعد موت الموصي، ولذا لو قبل حال حياته، ثم ردها بعد وفاته صحَّ هذا الردُّ، والسَّبب في ذلك أنَّ التَّمليك في الوصية لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فلا يعتدُّ بالقبول إلا إذا صدر في هذا الوقت، وسيأتي هذا المبحث في شرح مادة (٥٤٣).

(١) (مادة ٥٣٠) الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرُّع.

شروط الوصية

من المعلوم أنه لا يتأتى وجود أي عقد إلا إذا كان هناك عاقدان، ومعقود عليه، وكل له شروط يلزم وجودها ليكون العقد مستوفياً جميع ما يلزم له، فشروط الوصية أنواع منها ما يرجع إلى الموصي، ومنها ما يرجع إلى الموصى له ومنها ما يرجع إلى الموصى به.

فالشروط التي ترجع إلى نفس الموصي هي: أن يكون أهلاً للتبرع، ولا يكون كذلك إلا إذا كان حرّاً عاقلاً بالغاً مختاراً؛ لأنّ الرقيق لا يملك شيئاً، فلا يتأتى أن يملك، وعبرة المجنون غير صحيحة إذ صحّة العبارة تنبني على التمييز، وهو غير ممّيز، ولأنّ البلوغ شرط في صحّة عقود التبرعات؛ لأنّ الصّغير إن كان غير ممّيز فهو كالمجنون، وإن كان ممّيزاً فالوصية من العقود الصّارة وهي لا تصحّ منه. واشترط الاختيار لأنّ المكره مضطرّ فهو يفعل المكره عليه بغير إرادته، ولذا ثبت له فسخ عقود المعاوضة بعد زوال الإكراه.

ووصية الصّغير لا تصحّ ولو كان مراهقاً أي: قريباً من البلوغ سواء كان محجوراً عليه، أو مأذوناً له في التّجارة؛ لأنّه لا يملك التبرعات مطلقاً، وسواء كانت الوصية منجزة بأن قال: أوصيت لفلان بربع مالي، أو معلّقة على بلوغه بأن قال: إن بلغت فقد أوصيت لفلان بثلث مالي، ولكن تصحّ وصايا الصّغير المميّز إذا كانت متعلّقة بأمر تجهيزه، ودفنه بشرط مراعاة المصلحة.

وأما ما يرجع إلى الموصى له من الشّروط فهو: أن يكون حيّاً وقت الوصية سواء كانت حياته محقّقة وهي ظاهرة، أو مقدّرة كما في الحمل، فإنّ الوصية له صحيحة بالشّروط الآتية في شرح مادّة (٥٤٠)، ويظهر أنّ محلّ اشتراط هذا الشّروط إذا كان

الموصى له معيناً بأن قال: أوصيت لفلان ابن فلان، وليس لفلان ابن مسمى بهذا الاسم، أمّا إذا كان الموصى له غير معين، فلا تشترط حياته وقت الوصية لقولهم: الموصى له إذا كان معيناً من أهل الاستحقاق يعتبر صحة الإيجاب يوم أوصى، ومتى كان غير معين تعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى.

وينبغي على ذلك أنه لو أوصى بثلث ماله لبني فلان، ولم يسمهم، ولم يشر إليهم فالوصية لبنيه الموجودين وقت موت الموصى سواء كانوا موجودين وقت الوصية، أو لا، لأنهم غير معينين، فتعتبر صحة الإيجاب يوم موت الموصى، وإن سباهم، أو أشار إليهم فالوصية للموجودين خاصة، ولذا لو ماتوا قبل موت الموصى بطلت الوصية، ولو كان لفلان غيرهم لأنّ الموصى له معين، فتعتبر صحة الإيجاب يوم الوصية.

وأما ما يرجع إلى الموصى به من الشروط فهو أن يكون قابلاً للتملك بعد موت الموصى بعقد من العقود سواء كان مالا، أو منفعة، وسواء كان موجوداً في الحال، أو معدوماً إلا أنه يشترط في المعدوم أن يكون قابلاً للتملك بعقد من العقود حال حياة الموصى، ولهذا لو أوصى بما تثمر نخيله في هذا العام، أو أبداً؛ صحّت الوصية، وإن كان الموصى به معدوماً وقتها لأنه يقبل التملك حال حياة الموصى بعقد المعاملة، ولو أوصى بما تلد أغنامه لم تصح استحساناً لأنّ الموصى به لا يقبل التملك بعقد من العقود.

أمّا وجود الموصى به وقت الوصية فليس بشرط إذا كان الموصى به غير معين عيناً، أو نوعاً فلو كان كذلك اشترط وجوده، وينبغي على ذلك أنه إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان استحقّ الموصى له ثلث جميع مال الموصى عند وفاته، سواء كان مملوكاً له وقت الوصية، أو ملكه بعدها، وإذا قال: أوصيت لفلان بثلث غنمي،

وكانت له غنم وقت الوصية، فهلكت قبل موته؛ بطلت الوصية، ولو اكتسب غيرها لتعلقها بالموجود، فتبطل بهلاكه. انظر: مادة (٥٣١).^(١)

ولا يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي غير محجور عليه لسفه، بل لو كان كذلك صحّت وصيته إذا كانت في سبيل الخير، ولكن لا تنفذ وصاياه من كلّ المال، بل من الثلث إن كان له وارث ولم يجز الوصايا، فإن لم يكن، أو كان وأجازها؛ نفذت من كل المال وصحة وصايا السفه مآخوذ فيها بالاستحسان، أمّا القياس فيأبى صحتها لأن الوصية تبرّع وإن كان التّملك لا يكون إلا بعد الوفاة، ووجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النّظر له كي لا يتلف ماله، ويبقى كلّاً على غيره، وذلك يكون حال حياته فيما إذا أتلّف جميع ماله بتبرّعاته لا فيما ينفذ من الثلث، ومن الكلّ بعد وفاته أي: في حال استغنائه عن ماله خصوصاً وأنّ الوصية في أبواب الخير فيها ما فيها من الثّواب الجزيل، والذّكر بعد وفاته بالجميل. انظر: مادة (٥٣٢).^(٢)

ويؤخذ من تعريف الوصية الذي هو تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع أنها تصح بالأعيان سواء كانت عقاراً، أو منقولاً، وبمنافعها لأنّ التّملك يصحّ في كلّ ما ذكر وعندما تكون بالمنافع يجوز أن تقيّد بمدة معلومة كسكنى داره، أو غلة أرضه ثلاث سنين مثلاً وأن تكون أبداً أي: مدّة عمر الموصى له، وستعرف هذا المقام بما لا مزيد عليه في الفصل الثالث في الوصية بالمنافع. انظر: مادة

(١) (مادة ٥٣١) يشترط لصحة الوصية كون الموصي حراً بالغاً عاقلًا غنّاً أهلاً للتبرّع، والموصى له حياً تحقّقاً، أو تقديرًا، أو الموصى به قابلاً للتّملك بعد موت الموصي، فلا تصحّ وصية مجنون، ولا صبي ولو مراهقاً، أو مأذوناً لا تنجيزاً، ولا تعليقاً بالبلوغ، وإنما تجوز وصية الصّبي المميّز في أمر تجهيزه، ودفنه.

(٢) (مادة ٥٣٢) وصايا المحجور عليه لسفه جائزة في سبيل الخير.

(٥٣٣).^(١)

ولا يمكننا الحكم على الوصية في أول الأمر بأنها تنفذ من ثلث المال، أو من كله، أو لا تنفذ في شيء منه لأن ذلك يختلف باختلاف حال الموصي، والموصى له، والموصى به وذلك أن الموصي إما أن يكون غير مدين، وإما أن يكون مدينًا، فإن كان مدينًا فإما أن يكون دينه مستغرقًا لجميع تركته، وإما أن يكون غير مستغرق لها، وعلى كلٍّ فإما أن يكون الموصى له وارثًا للموصي، أو أجنبيًا منه، وإن كان أجنبيًا فإما أن يكون للموصي وارث أو لا، وفي كلٍّ هذه الأحوال إما أن تكون الوصية بأقل من الثلث أو به، أو بأكثر منه وكلٌّ له حكم يخصه فاستمع لما يلقي عليك حتى تعرف في نهايته حكم كلِّ حالة على حدتها، وإليك البيان: فإن كان الموصي غير مدين أصلًا، وكانت الوصية لأجنبي منه ولم يكن له وارث؛ نفذت الوصية ولو استغرقت جميع تركته؛ فلا حقَّ لبيت المال في المعاوضة بل إذا لم تكن الوصية بالكلِّ؛ فله الباقي بعد الموصى به، وإن كانت بالكلِّ فلا يستحقُّ شيئًا، والسبب في ذلك أن الموصى له ولو بجميع المال مقدَّم في الاستحقاق على بيت المال وإذا كان كذلك فلا حقَّ له في المعاوضة كما ستعرفه من ترتيب المستحقين للتركة في شرح مادة (٥٨٤) انظر: مادة (٥٣٤).^(٢)

وإن كان الموصي مدينًا وكان دينه مستغرقًا لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمته وقت موته ثلاثة آلاف جنيه مثلاً، وتركته تقوم بهذا المبلغ؛ فلا تنفذ الوصية سواء كان الموصى به قليلًا، أو كثيرًا، وسواء كان الموصى له أجنبيًا منه، أو وارثًا له

(١) (مادة ٥٣٣) تصح الوصية بالأعيان منقولة كانت، أو غير منقولة، وبمنافعها مقيدة بمدة معلومة، أو مؤبدة.

(٢) (مادة ٥٣٤) يجوز لمن لا دين عليه مستغرقًا لماله، ولا وارث له أن يوصي بهاله كله، أو بعضه لمن يشاء، وتنفذ وصيته بلا توقُّف على إجازة بيت المال.

اللَّهُمَّ إِلَّا إِذَا أَبْرَاهُ الدَّائِنُونَ فَإِنَّمَا تَنْفِذُ، وَلَوْ اسْتَعْرَقَتْ جَمِيعَ الْمَالِ، وَأَمَّا إِجَازَةُ الْوَرِثَةِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ فَلَا تَفِيدُ شَيْئًا وَإِنَّمَا كَانَ الْحَقُّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لِلدَّائِنِينَ لَا لِلْوَرِثَةِ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ فِي الْإِرْثِ مُؤَخَّرٌ عَنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَقَضَاءُ الدَّيُونِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ، فَالْإِجَازَةُ، وَعَدَمُهَا يَثْبُتَانِ لِصَاحِبِ الْحَقِّ فَإِنْ شَاءَ أَلْغَاهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهَا، وَفِي هَذَا الْمِثَالِ يَأْخُذُ كُلُّ مِنَ الدَّائِنِينَ دَيْنَهُ كَامِلًا لِأَنَّ التَّرْكَهَ وَافِيَةً بِالْجَمِيعِ فَإِذَا فَرَضْنَا أَنَّ تَرِكَتَهُ فِي الْمِثَالِ الْمُتَقَدِّمُ أَلْفٌ وَخَمْسَمِائَةٍ جَنِيهِ فَقَطْ، قَسَمَ هَذَا الْمُبْلَغُ بَيْنَ الدَّائِنِينَ بِنِسْبَةِ دَيْنِ كُلِّ مِنْهُمْ فَيَأْخُذُ كُلُّ مِنْهُمْ نِصْفَ دَيْنِهِ لِأَنَّ التَّرْكَهَ لَا تَسَاوِي إِلَّا نِصْفَ الدَّيُونِ.

وإن كان الموصي مديونًا ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأنه كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألفي جنيه وتركته تساوي خمسة آلاف جنيه، فنخرج من التركة أولاً مقدار الديون لأن قضاءها مقدّم على الوصية، ونحكم على المبلغ الذي زاد على الدين وهو هنا ثلاثة آلاف جنيه بالحكم على الوصية في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدين. انظر: مادة (٥٣٥).^(١).

وإن كان الموصي غير مدين، وكانت الوصية لوارث، وكان للموصي ورثة غيره؛ فلا تنفذ الوصية إلا إذا أجازتها الورثة سواء كانت الوصية بأقل من الثلث، أو بأكثر منه لما ورد من قوله عليه الصلاة والسلام: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، أَلَا لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ» وقوله: «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ تَجِيزَهَا الْوَرِثَةُ»؛ ولأن الوصية لو نفذت للوارث من غير إجازة باقي الورثة لتضرر غير الموصي له بسبب إيثاره بما يأخذه زائدًا عن الاستحقاق الذي قدره الله له في التركة فيؤدي هذا الضرر إلى قطيعة الرحم، فترتكب الورثة مع بعضهم ما لا تحسن عقابه وهذا لا يحصل عند تخييرهم في الإجازة، وعدمها لأنهم إن منعوها فقد أخذ كل ذي حق حقه بلا إيثار

(١) (مادة ٥٣٥) مَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ لِمَالِهِ، فَلَا تَحُوزُ وَصِيَّتُهُ إِلَّا أَنْ يَبْرُئَهُ الْغَرَمَاءُ، أَوْ يَاجِزَازَهُمْ.

للبعض على الآخر فلا تحصل العداوة والبغضاء بينهم، وإن أجازها برضاهم كانت عن طيب نفس، فينتفي الحقد المؤدّي إلى المشاكل، فإن لم يكن له وارث غير الموصي له؛ فإن كان غير أحد الزوجين فلا فائدة فيها لاستحقاقه الكلّ من غير وصيّة، وإن كان أحد الزوجين نفذت إذ لا مزاحم له وهو لا يستحقّ الكل بطريق الميراث، فتكون مفيدة ولا تكون إجازة الورثة معوّلاً عليها إلا إذا كانت بعد موت الموصي فلو أجازوها حال حياته، ومنعوها بعد وفاته صحّ هذا المنع لأن إجازتهم حال الحياة حصلت قبل ثبوت الحق لهم إذا الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة بعد موت الموصي، فيردوها لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل، وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاش فيثبت لهم ردّه بعد موت المورث.

ولكن يقال: كيف تكون إجازتهم حال حياته ساقطة مع أن حقّهم ثابت في ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقّهم وإن كان ذلك الثبوت على سبيل التوقّف إلى الموت، فإذا مات ظهر أن حقّهم كان ثابتاً من أول المرض وأن الإجازة صادفت محلها لاستناد حقهم إلى أول المرض فتصير الإجازة حال الحياة مفيدة كالإجازة بعد الوفاة.

وأجابوا عن ذلك بأن الاستناد إنما يظهر في حق القائم بإجازتهم حين وقعت في حياته وقعت باطلّة وما وقع باطلاً لا يظهر في حق الاستناد، ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحقّ فلو استند من كل وجه لانقلب مجرد الحقّ حقيقة قبل موته، وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة، وإذا لم يتصور بقي حقّاً على حاله لا حقيقة، والرضا ببطلان ذلك الحقّ لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذي يحدث لهم بعد موته بخلاف ما إذا أجازوها بعد موته فليس لهم أن يرجعوا عنها لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم. (تأمل).

ويشترط في صحّة الإجازة أن يكون المجيز من أهل التبرّع، فإن لم يكن كذلك فلا تصحّ أجازته، وينبغي على ذلك أن إجازة كل من الصّبي، والمجنون، والمعتوه غير معتدّ بها؛ لأنّ كلّاً منهم ليس أهلاً للتبرّع، وكذا المحجور عليه لفسه، ومثلهم المريض مرض الموت، ولكن لما كان الحجر على هذا بالنسبة لثلاثي ماله فقط لحقّ الورثة اعتبرت إجازته نافذة من الثلث، وحيث إنّ ينظر إلى القدر الذي يؤخذ من استحقاقه في التركة بسبب إجازته، فإن كان لا يتجاوز ثلث ماله صحّت الإجازة، وإن لم تجزها ورثته فإن تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازتهم، فإن أجازوا نفذت لأنّ المانع كان لحقهم وقد أسقطوه فيزول المانع، هذا إذا كان المجاز له غير وارث له فإن كان فلا تنفذ إلا بالإجازة ولو قلّ المجاز.

ويعتبر كون الموصى له وارثاً، أو غير وارث عند موت الموصي، لا وقت الوصيّة لأنّ التّمليك فيها لا يكون في الحال، بل هو مؤخّر إلى ما بعد الموت، فيعتبر اتصاف الموصى له بهذا الوصف وقت التّمليك لا قبله.

وينبغي على ذلك أنه إذا كان لشخص أخ شقيق، أو لأب، وزوجة، وأمّ، فأوصى لأخيه بشيء من تركته، ثمّ ولد له ابن بعد الوصيّة، وتوفي الموصي والكل موجودون استحقّ الأخ الوصيّة إن كانت لا تتجاوز الثلث، فإن تجاوزته فلا بدّ من إجازتهم للزائد لأنّ الأخ وإن كان وارثاً وقت الوصيّة لعدم وجود من يحجبه، ولكنه صار غير وارث عند الموت؛ لأنه لا يستحقّ شيئاً مع وجود ابن للمتوفى، وعدم اتصافه بالوارثيّة وقت الموت هو المعوّل عليه في استحقاق الموصى به ولو كان وارثاً وقت الوصيّة. أمّا لو كان الابن موجوداً وقت الوصيّة والمسألة بحالها ثمّ مات قبل موت أبيه الذي مات عن المذكورين؛ فلا يستحقّ الأخ شيئاً من الوصيّة إلا بإجازة من معه من الورثة؛ لأنه وإن كان غير وارث وقت الوصيّة لوجود الابن وهو يحجبه إلا أنه

صار وارثاً وقت الموت وهو المعول عليه في عدم استحقاق الوصية إلا بالإجازة.

فالاستحقاق وعدمه يدوران على كونه وارثاً، أو غير وارث وقت الموت بقطع النظر عن اتصافه بهذا الوصف، أو سلبه عنه وقت الوصية.

فلو كان لشخص ابن، وأخ شقيق، وأخ لأب، وأخ لأُم فأوصى بشيء لإخوته، ومات عن الجميع استحقوا الموصى به إن لم يتجاوز الثلث، فإن تجاوزه توقف الزائد على إجازة الابن لأنهم غير وارثين إذ الابن يحببهم.

ولو كان مكان الابن بنت صحت الوصية للأخ لأب، والأخ لأُم، ولا تصح للأخ الشقيق إلا أن تجيزها البنت؛ لأن الأخ لأب محبوب بالشقيق، والأخ لأُم محبوب بالبنت فهما غير وارثين فلو كانت الوصية للبنت توقف نفاذها على إجازة الأخ الشقيق لأنه هو الوارث، ولا يمكنك معرفة هذا الموضوع تمام المعرفة إلا بعد معرفة الموارث.

وان كان الموصي غير مدين، وكان له ورثة، وكان الموصى له أجنبياً منه بأن كان غير وارث له وقت موته، فإن كانت الوصية لا تتجاوز ثلث المال؛ نفذت وإن لم تجزها الورثة إلا إذا كان هناك مانع من النفاذ كما إذا قتل الموصى له الموصي، أو كان بره غير جائز شرعاً، فإن تجاوزت الوصية الثلث توقف الزائد على إجازة الورثة فإن ردوها بطلت، وإن أجازوها نفذت لأن المنع كان لحقهم، وقد أسقطوه فيزول المانع، ودليل هذا ما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه أنه قال: (جاءني رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة لي أفأوصي بثلاثي مالي؟ قال: «لا» قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: «لا»، قلت: فالثلث، قال: «الثلث

والثلث كثير - أو كبير - إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»، ولأنَّ حقَّ الورثة تعلَّقَ به؛ لانعقاد سبب الانتقال إليهم، وهو استغناؤه عن المال إلا أنَّ الشرع لم يظهره في حقِّ الأجانب بقدر الثلث؛ ليتدارك تقصيره، وأظهره في حقِّ الورثة لأنَّ الظاهر أنه لا يتصدَّق به عليهم تحريزاً عما يتفق لهم من التَّأذي بالإيثار، وأمَّا إذا لم تكن له ورثة أصلاً فإنها تنفذ من كل التركة، وإن لم يجزها بيت المال لتأخر استحقاقه عن الموصى له، والإجازة لا تكون معوَّلاً عليها إلا إذا كانت بعد وفاة الموصي، وكان المجيز من أهل التبرُّع وقد تقدَّم لك هذا في شرح المادَّة السَّابقة؛ فارجع إليه.

وقد علم حكم ما إذا أجازت كل الورثة إمَّا أن أجازها البعض، وردَّها الباقي كانت الوصية في حقِّ الذي أجاز كأن كلَّهم أجازوها، وفي حقِّ الذي لم يجز كأنَّ كلَّهم لم يجزوها، ولنوضح لك هذا بمثال، وأنت تقيس عليه غيره وهو إذا فرضنا أنَّ رجلاً أوصى لآخر بنصف ماله، ومات عن ابنين، فإن أجازت الورثة فالمال يقسَّم بينهم أرباعاً للموصى له ربعان، وهو النِّصف، ولكل واحد من الابنين الرُّبع لأنَّ الوصية مقدَّمة على الإرث فتنفذ الوصية أولاً وهي بالنِّصف، والنِّصف الثاني يقتسمه الابنان، وإن لم يجز الوصية فالموصى له ثلث المال لنهاذا فيه من غير إجازة، والثلثان للابنين، لكل واحد منهما الثلث وإن أجازها واحد، ولم يجز الآخر؛ جازت في حقِّ الذي أجاز كأنها أجازا فيعطى له ربع المال، وبطلت في حقِّ الذي لم يجز كأنها لم يجز فيعطى له ثلث المال، والباقي يكون للموصى له، وحينئذٍ فنقسم المال إلى اثني عشر جزءاً لاحتياجنا إلى الثلث، والرُّبع وهو أقلُّ عدد صحيح يؤخذ منه ما ذكر، فيعطى ربعه للذي أجاز وهو ثلاثة أسهم والثلث للذي لم يجز وهو أربعة أسهم فتبقى خمسة تعطى للموصى له، ومتى صحت إجازة الورثة للوصية سواء كانت لوarith، أو لغيره يتملكه المجاز له من قبل الموصي لا من قبل المجيز، وينبغي

على ذلك ما يأتي:

أولاً: إنَّ المجيز ليس له الرجوع عن الإجازة، فيجبر على تسليم الموصى به، ولو كان التَّمليك من قبل المجيز لصَحَّ رجوعه لأنها تكون هبة، وهي لا تتمُّ إلا بالقبض فلا يجبر على التَّسليم.

ثانياً: إنَّ الموصى له يملك الموصى به قبل القبض، ولو كان التَّمليك من قبل المجيز لما ملكه إلا به لأنها تكون هبة وهي لا تملك إلا بالقبض.

ثالثاً: إذا كان الموصى به مشاعاً فيما يحتمل القسمة؛ صحَّت الإجازة فيه ولو كان التَّمليك من قبل المجيز لما صحَّت الإجازة؛ لأنها تكون هبة منه، وهي لا تصحُّ في المشاع الذي يحتمل القسمة إلا بالإفراز والتَّسليم. انظر مادَّتي (٥٣٦ و ٥٣٧).^(١)

ولما كانت الزَّوجيَّة من أسباب الميراث، وكانت الوصيَّة لوارث لا تنفذ ولو كانت بأقلَّ من الثلث إلا إذا أجازتها بقيَّة الورثة كانت وصيَّة أحد الزَّوجين للآخر موقوفة على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوها نفذت وإن ردُّوها بطلت، ولا شكَّ في أنَّ هذا إذا كان لأحدهما ورثة غير الموصى له فإن لم يكن له غيره نفذت الوصيَّة من كلِّ التَّركة وإن لم يجزها بيت المال؛ لأنَّ استحقاقه مؤخَّر عن الموصى له ولو بكل

(١) (مادَّة ٥٣٦) لا تجوز الوصيَّة لوارث إلا إذا أجازها الورثة الآخر بعد موت الموصي، وهم من أهل التبرُّع، ويعتبر كونه وارثاً، أو غير وارث وقت موت الموصي، لا وقت الوصيَّة. وليس للمجيز أن يرجع في إجازته، ويجبر على التَّسليم إذا امتنع، وإذا أجازها بعض الورثة، وردَّها البعض؛ جازت على المجيز بقدر حصَّته، وبطلت في حقِّ غيره.

(مادَّة ٥٣٧) تجوز الوصيَّة بالثلث للأجنبي عند عدم المانع من غير إجازة الورثة، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد موت الموصي، وهم من أهل التبرُّع، ولا عبرة بإجازتهم في حال حياته.

التركة.

والحكمة في تخصيص أحد الزوجين بهذا الحكم وإن كان عامًا أن وصية أحدهما للآخر عند عدم وجود غيره من الورثة مفيدة؛ لأنَّ كليهما لا يستحقُّ إلا فرضه، ولا يأخذ الباقي بطريق الردِّ على القول المعمول به.

فعند الوصية لأحدهما بالكل يستحقُّ كل التركة بسبب الوصية، وأمَّا الوصية لغير واحد منهما إذ لم يكن للموصي وارث غيره فلا فائدة فيها إذ هو يستحقُّ الكل بطريق الإرث لأنه إن كان عصبه كالأخ الشقيق، والعَمُّ لأب مثلاً، أو ملحَقًا بالعصبة كذي رحم أخذ الكل من هذه الجهة، وإن كان صاحب فرض كالأمِّ والبنت أخذ بعضه بطريق الفرض والبعض الآخر بالردِّ فالوصية غير مفيدة لاستحقاقه الكل على كل حال. انظر: مادة (٥٣٨).^(١)

ومن شروط الوصية أن يكون الموصى له غير قاتل للموصي فإن كان كذلك فلا تصحُّ الوصية له، ولكن ليس كل قاتل يحرم من الوصية بل إذا كان متعمداً، أو مخطئاً فإن كان متسبباً في القتل ما إذا حفر شخص بئراً في غير ملكه، فاتفق أنَّ الموصي وقع فيه ومات فلا يحرم من الوصية لأنه غير قاتل حقيقة، ولا فرق بين أن يكون الإيذاء حصل قبل القتل المانع، أو بعده أمَّا الأول فظاهر، وأمَّا الثاني فيصور بما إذا فرض أن شخصاً جرح غيره جرحاً يؤدي إلى موته فأوصى له قبل أن يموت بشيء من أمواله بأن كان لا يعلم أنه هو الضارب له، ولكن أظهر التحقيق بعد ذلك إدانته، أو كان يعلم ولكنه تحقق أنه غير قاصد، وإنما كان القتل مانعاً من استحقاق الوصية لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية للقاتل»، والقتل العمد لا يحرم من الوصية إلا إذا

(١) (مادة ٥٣٨) تجوز وصية الزوج لزوجته، ووصيتها له إذا لم يكن لأحدٍ منهما وارث آخر، وإلا توقف نفوذها على إجازته.

كان بغير حقٍّ فإن كان بحقٍّ كما إذا قتل موصيه قصاصًا، أو حدًّا بأن قتل الزوج زوجته، أو ذات حرم من محارمه الإناث لأجل الزنا فإنه يستحق الوصية لكن لا بدّ من تحقق الزنا أمّا بمجرد التهمة فلا يستحقها أو قتله دفاعًا عن نفسه كما إذا أراد الموصي قتل الموصى له، ولا يمكن دفعه عن نفسه إلا بقتله، فقتله استحق الوصية.

ومثله ما إذا كان القاتل صبيًّا، أو مجنونًا فإنه يستحق الموصى به أيضًا ولكن يقال: كيف تستثنى هذه الصور مع أنّ مقتضى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية للقاتل» أنه لا يستحق مطلقًا، والجواب عن ذلك أنه إنما أخرج القاتل بحقٍّ؛ لأنّ الحرمان شرع عقوبة على القتل المحظور فإذا كان بحقٍّ فلا حظر فيه فلا عقوبة، فلا حرمان من الوصية.

وأما أخرج القاتل بسبب لأنه ليس بقاتل حقيقة، ألا ترى أنه لو حفر بئرًا في ملكه لم يؤخذ بشيء مع أنّ القاتل يؤخذ بفعله سواء كان في ملكه أو في ملك غيره؟ وإذا لم يكن قاتلاً حقيقة لم يتعلّق به جزاء القتل وهو الحرمان من الوصية.

وإنما أخرج الصبي، والمجنون لأنّ الحرمان كما عرفت جزاء للفعل المحظور، وفعلهما لا يوصف بالحظر شرعًا إذ لا يتصور خطاب الشارع لهما بخلاف المخطئ فإنه أهل لذلك وأيضًا الحرمان باعتبار التقصير في التحرز ويتصور نسبة التقصير إلى المخطئ دونهما، وكل هذه الأحكام متفق عليها من الإمام، وصاحبيه.

ولكن محل عدم استحقاق القاتل للوصية إذا لم تجز الورثة فإن أجازوها؛ نفذت ومن حيث إنّ المنع لحقهم فإذا فرضنا أن المقتول ليس له وارث سوى القاتل نفذت الوصية أيضًا لعدم المانع وهذا الحكم ليس متفقًا عليه بل القاتل به الإمام الأعظم، ومحمد، وقال أبو يوسف: لا تجوز الوصية للقاتل ولو أجازتها الورثة، أو لم يكن

للمقتول وارث سواء ويظهر أن هذا الخلاف مبني على الخلاف في علّة الحرمان من الوصية فعندهما هي لحق الورثة دفعا للغيب عنهم حتى لا يشاركهم في ماله من سعى في قتله وهذا ينعدم إذا لم يوجد وارث، أو وجد وأجاز، وعند أبي يوسف علّة المنع هي العقوبة على الجناية التي ارتكبها وهي باقية وإن لم يكن له وارث غيره، أو كان وأجاز ومن تأمل في قوله عليه الصّلاة والسّلام: «لا وصية للقاتل» مع قوله: «لا وصية لوارث إلا أن تميزها الورثة» علم ظهور أحد القولين وقيد بعضهم هذا الخلاف بها إذا لم يكن القتل عمداً بعد الوصية فإن كان كذلك لغت الوصية اتفاقاً؛ لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه، فيعاقب بالحرمان منه. انظر: مادّة (٥٣٩).^(١)

وقد تقدّم في الكلام على شروط الوصية أنه يشترط في الموصى له أن يكون حياً وقت الوصية سواء كانت حياته محققة، أو مقدّرة فالأولى ظاهرة، والثانية تأتي في الحمل فالوصية له صحيحة بخلاف الهبة، والفرق بينهما أن الوصية استخلاف من وجه لأنّ الموصي يجعله خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التّملك بخلاف الهبة فإنها تمليك محض ولا ولاية لأحد على الجنين حتى يملكه شيئاً وينبني على انتفاء الولاية على الحمل أنه لو صالح أبوه أو أمه عنه بما أوصى له به لم يجوز لأن الحمل لا يلي، ولا يولى عليه ثم إنّ الحمل لا يستحق الموصى به إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية فلو ولد لتمام ستة أشهر، أو لأكثر احتمل وجوده وعدمه وقتها فلا تصحّ لأنّ شرط صحّة الوصية أن يكون الموصى له محققاً وجوده وقتها.

(١) (مادّة ٥٣٩) لا تجوز الوصية لقاتل الموصي مباشرة، عمداً كان القتل، أو خطأ قبل الإيصاء، أو بعده إلا إذا أجازت الورثة، أو كان القاتل صبيّاً، أو مجنوناً، أو لم يكن للمقتول وارث سواء، ولا يحرم التّسبّب في القتل من الوصية.

هذا إذا لم يقر الموصي بأنها حامل فإن أقر بذلك ثبتت الوصية له أن وضعته في مدة سنتين من يوم أوصى لأن وجوده في بطنها عند الوصية ثبت بإقرار الموصي وهو غير متهم فيه فيصح لأنه أوجب بهذا الإقرار ما هو خالص حقه، وهو الثلث فيلحق بها لو صار معلوماً يقيناً بأن وضعته لأقل من ستة أشهر.

ومحل اشتراط الولادة لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إذا كان زوج المرأة الموصي لحملها حياً فلو كان ميتاً، وامرأته في العدة حين الوصية فالشرط في استحقاق الحمل للموصي به أن تلد لأقل من سنتين من وقت الوفاة ولو كانت ولادته لأكثر من ستة أشهر من وقت الوصية لأنه يكون ثابت النسب من المتوفى فيكون الشارع قد حكم بوجوده وقتها فتصح له. ومثل الوفاة فيما ذكر الطلاق البائن فإن وضعت المرأة الموصي لحملها ولداً واحداً استحق جميع الموصى به لعدم المزاحم أمّا إذا ولدت توأمين وهما الولدان اللذان خلقتا من ماء واحد بأن يكون بينهما في الولادة أقل من ستة أشهر فإن كانا حين قسم الموصى به بينهما مناصفة فلو كانوا ثلاثة قسم أثلاثاً لأننا لو أعطيناه لواحد منهما، أو منهم لزم عليه الترجيح بلا مرجح إذا الكل حمل وهو لا يجوز وينبغي على ذلك أنه إذا مات أحدهما، أو أحدهم بعد ولادته حياً فنصيبه في الوصية يقسم بين ورثته لأنه استحق قبل وفاته فهو من تركته أمّا إذا مات قبل الولادة فالوصية للحَيِّ لعدم استحقاق الميت شيئاً فلا يزاحم الحي. انظر: مادة (٥٤٠).^(١)

وإذا وقعت الوصية لمن هو أهل للاستحقاق صحّت بالإجماع فإن كانت لغيره

(١) (مادة ٥٤٠) تجوز الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية إن كان زوج الحامل حياً، أو لأقل من سنتين من وقت الموت، أو الطلاق البائن إن كانت معتدة لوفاة، أو لطلاق بائن حين الوصية، فإن جاءت المرأة بتوأمين؛ فالوصية لهما نصفين، وإن مات أحدهما بعد الولادة؛ فوصيته ميراث بين ورثته، وإن مات أحدهما قبل الولادة؛ فالوصية للحَيِّ منهما.

كالمساجد والتكايا، والمستشفيات، والمدارس صَحَّتْ أيضًا على المفتي به بسبب حمل مثل هذا الكلام على مصالح هذه الأشياء لا على إرادة عينها؛ لأنها ليست من أهل الملك.

ومتى صَحَّتْ الوصية لهذه الأشياء يصرف الموصي به على عمارتها وفقرائها، وسراجها وغير ذلك مما هو لازم بالنسبة لها، ومما هو متعارف بالنسبة للوصية، وكما تجوز الوصية لهذه الأشياء تجوز لأعمال البر، ويصرف الموصي به في وجوه الخير كبناء القناطر والمساجد والإنفاق على طلبة العلم ونحو ذلك من الأعمال النافعة التي ليس فيها تمليك لأحد مخصوص. انظر: مادة (٥٤١).^(١)

ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين، وينبغي على ذلك أن وصية المسلم لغير المسلم جائزة بدليل قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ إنما يشترط لصحة هذه الوصية أن يكون الموصي له ذميًا، أو مستأمنًا في دار الإسلام فلو كان حربيًا لم تصح لقوله تعالى بعد الآية السابقة: ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِينِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ﴾ فما علينا إلا امتثال الأمر وكما تجوز الوصية من المسلم لغيره تصح أيضًا إذا كانت من غيره له فتجوز وصية الذمي والمستأمن للمسلم حتى إن المستأمن لو أوصى بجميع ماله لمسلم نفذت إذا لم يكن له وارث فإن كان ولم يجرِ نفذت في الثلث فقط فيرد الباقي

(١) (مادة ٥٤١) تجوز الوصية للمساجد، والتكايا، والمارستانات، والمدارس، وتصرف على عمارتها، وفقرائها، وسراجها، وغير ذلك مما يلزم. ويعتبر في كل شيء من ذلك ما هو متعارف في الوصية له، وما يوجد من الدلالات. وتجوز لأعمال البر، وتصرف في وجوه الخير، ومنها بناء القناطر، وبناء المساجد، وسراجها، وطلبة العلم، ونحو ذلك من الأعمال النافعة التي ليس لها فيها تمليك لأحد مخصوص.

إلى ورثته، وبالجمله فإننا نحكم على وصية الذمي والمستأمن بالأحكام التي حكمنا بها على وصية المسلم وهي المتقدمة في شرح مادة (٥٣٤) والمواد الخمسة التي بعدها. انظر: مادة (٥٤٢).^(١)

ولما كان كل عقد لا بد فيه من القبول كانت الوصية كذلك إذ هي عقد، ولذا لا يملك الموصى له الموصى به إلا بالقبول إذ لا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره، ولأنه لو ثبت الملك بدون القبول؛ لتضرر الموصى له فيما إذا كانت الوصية بحيوان لا يتفع به مثلاً فإن نفقته تجب عليه بلا فائدة، ولا يشترط في القبول أن يكون صريحاً بل كما يكون به يكون بالدلالة فالصريح هو الإتيان بلفظ يدل على رضاه بها كقوله: قبلت وصية فلان، أو رضيت بها والدلالة هي الإتيان بفعل يدل على رضاه كاستيلائه على الموصى به بعد موت الموصي، ولكن لما كانت الوصية تخالف العقود من جهة أن التملك فيها لا يكون إلا بعد موت الموصي كان القبول المعول عليه هو الذي يصدر في هذا الوقت، ولذا لو صدر حال الحياة صح ردّه بعد الوفاء لأنّ أوان ثبوت حكمها بعد الموت، فلا يعتبر قبله.

ومثل القبول الردّ فلو ردّ حال الحياة وقبلها بعد الوفاة صحّ لما ذكر فإذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ملك الموصى به، وإن لم يقبضه لشبهها بالميراث بخلاف الهبة فإنها لا تملك إلا بالقبض كما عرف ذلك في موضعه، وإن ردّها فالموصى به مملوك للورثة أمّا إذا لم يحصل واحد منهما في الوقت المعول عليه تكون الملكية في الموصى به موقوفة بمعنى أنه يكون غير مملوك لا للورثة، ولا للموصى له حتى يتبين

(١) (٥٤٢) اختلاف الدّين، والملة لا يمنع صحّة الوصية، فتجوز الوصية من المسلم للذمي، أو المستأمن بدار الإسلام، ومن الذمي، والمستأمن للمسلم، والذمي، ولو من غير ملته، ويجوز للمستأمن من الذي لا وارث له بدار الإسلام أن يوصي بجميع ماله، وإن أوصى ببعضه يرث الباقي إلى ورثته، وتنفذ وصية الذمي من ثلث ماله لغير الوارث، ولا تنفذ للوارث إلا بإجازة الورثة الآخر.

الحال فإن قبل ملكه وإن رد ملكته الورثة، ولا يلزم على هذا أن الموصى به يكون سائبة أي: لا مالك له، ولا سائبة في الإسلام لأنَّ السَّائبة الممنوعة في الإسلام هي السَّائبة بلا مالك في أيِّ زمن من الأزمان وهذه ليست كذلك إذ مدَّة كونها سائبة مقيدة بالزمن الذي لم تحصل فيه قبول ولا رد من الموصى له فإن قبل دخل في ملكه، وإن رد دخل في ملك الورثة وهذا له نظائر في الشَّرع وهي التَّركة المستغرقة بالدين بأن مات شخص وعليه ديون مستغرقة لتركته، فإن التَّركة تخرج عن ملك الميت بلا شك، ولكن لا تدخل في ملك الورثة، ولا في ملك الدَّائنين بل تكون موقوفة فإن دفعت الورثة الدَّين ملكوها، وإن امتنعوا عن ذلك تباع لقضاء الديون من ثمنها فإذا فرضنا أن الموصى له مات بعد موت الموصي بلا قبول ولا رد دخل الموصى به في ملكه فينتقل إلى ورثته، وهذا الحكم مأخوذ فيه بالاستحسان وإن كان القياس يبطل الوصية لأنه لا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره ووجه الاستحسان أن الوصية من جهة الموصي قد تمت بموته تمامًا لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما يتوقف لحق الموصى له فإذا مات الموصى له بلا رد يكون كقبوله دلالة فيدخل الموصى به في ملكه، وينتقل إلى ورثته ولكن محل اشتراط القبول في الوصية إذا كانت لمعين يمكن قبوله بخلاف ما إذا كانت لنحو الفقراء، والمساكين وبني هاشم، اللهم إلا أن يقال: إنَّ القبول وجد دلالة وهو معول عليه. انظر: مادَّة (٥٤٣).^(١)

ومما يترتب على أن التَّمليك في الوصية لا يكون إلا بعد موت الموصي، والقبول

(١) (مادَّة ٥٤٣) لا يملك الموصى به إلا بقبول الوصية صريحًا، أو دلالة كموته قبل قبوله، ورده كما يأتي، ولا يصحُّ قبولها إلا بعد موت الموصي، ولا عبرة بالقبول، والردُّ في حال حياته، فإن قبل الموصى له بعد موت الموصي؛ ثبت له ملك الموصى به سواء قبضه، أو لم يقبضه، فإن لم يقبل، أو يردُّ؛ فهي موقوفة لا يملكها الوارث، ولا الموصى له بها حتى يقبل، أو يردُّ، أو يموت، فإن مات بعد موت الموصي قبل القبول، أو الردُّ دخل الموصى به في ملك ورثته.

الموّل عليه كذلك أنّ للموصي الرجوع، ولو قبل الموصى له لأن وقت قبول التّملك الموّل عليه آت في المستقبل، فيصح له الرجوع عن الإيجاب ما دام القبول المعتبر لم يحصل، والرجوع إمّا أن يكون صريحاً، وإمّا أن يكون دلالة فالصّريح بأن يقول: رجعت عن وصيتي لفلان، أو أبطلتها، أو كل وصيّة أوصيت بها فهي باطلة، أو لاغية والدّلالة بأن يفعل في الموصى به فعلاً يدل على الرجوع وذلك يكون بأحد أمور:

أولاً: أن يكون ذلك العمل يزيل اسم الموصى به وقت الوصيّة، ويغير معظم صفاته كما إذا أوصى بسبيكة من الذهب، أو قطعة من الفضة وصنعها ساعة، أو آنية أو بقطعة من النحاس أو الحديد فصنعها آنية، أو سيفاً؛ لأنّ الموصى به صار بحال لا يطلق عليه اسمه وقت الوصيّة فكان كشيء آخر.

ثانياً: أن يحدث العمل في الموصى به زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها كما لو أوصى بغزل فنسجه أو بقطعة من الحرير أو الصوف، فقطعها وخاطها أثواباً.

ثالثاً: إذا كان هذا العمل تصرّفاً يترتب عليه ملك الغير له فإذا باعه، أو وهبه، وسلمه بطلت الوصيّة لزوال ملكه عنه حتى لو عاد إليه بالشراء، أو بالرجوع عن الهبة لم تعد الوصيّة فإن كان التصرّف لا يترتب عليه ذلك كالإجارة، والعارية لا يكون رجوعاً.

رابعاً: أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه كبر بمثله، أو يمكن ولكن بعسر ومشقة كشعير أو فول ببر؛ لأنه كاستهلاكه. انظر: مادّة (٥٤٤).^(١)

(١) مادّة (٥٤٤) يجوز للموصي الرجوع في الوصيّة بقول صريح، أو فعل يزيل اسم الموصى به، ويغير معظم صفاته، ومنافعه، أو يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها، أو تصرّف من التصرّفات التي تزيله عن ملكه، وكذا إذا خلط بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، أو يمكن بعسر.

وإذا أوصى شخص بشيء من أمواله، ثم جحد الوصية أي: أنكرها بأن قال: لم أوص ففيه خلاف، فقال محمد: لا يكون رجوعاً، وقال أبو يوسف: يكون رجوعاً، ووجه محمد كلامه بأن الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجوده، وجحد الشيء يقتضي سبق عدمه إذ الجحود نفي لأصل العقد فلو كان الجحود رجوعاً لاقضى وجود الوصية وعدمها فيما سبق وهو محال، ولأبي يوسف أن الجحود نفي في الماضي والحال فيكون أقوى من الرجوع إذ هو نفي في الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعاً وكل قوي.

واتفقوا على أن الموصي لو قال: البيت الذي أوصيت به لفلان جعلته لفلان كان رجوعاً؛ لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما إذا أوصى ببيت لشخص، ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتل الشركة، واللفظ صالح لها ولكن محل ذلك إذا كان فلان الآخر حياً فلو كان ميتاً وهو يعلم بذلك فالوصية الأولى على حالها لأنها إنما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تكن فبقيت الأولى على حالها ولو كان الآخر حين الوصية له حياً، ثم مات قبل موت الموصي بطلت الوصيتان الأولى بالرجوع، والثانية بالموت فحيث يكون الموصى به لورثة الموصي، ولا يكون راجعاً أيضاً بتجسيص الدار، وتبييضها وكذا هدم بنائها لأنهم قالوا: إن هذا تصرف في التابع، فتأمل في مسألة الهدم. انظر: مادة (٥٤٥).^(١)

ومتى كان الموصى به معيناً، ومات الموصي استحققه الموصى له إن كان موجوداً، فإن كان الشيء غير موجود بأن هلك، أو استهلكه الموصي حال حياته؛ فلا يأخذ الموصى له شيئاً في مقابلته، أمّا الأول فظاهر لأنه هلك من غير تعدّد منه، وأمّا الثاني وهو الاستهلاك فلأن الموصي وإن كان متعدداً إلا أنه لم يضمن أيضاً لأن ملكه باق

(١) مادة (٥٤٥) جحد الوصية لا يكون رجوعاً مطلقاً لها، ولا تجسيص الدار الموصى بها، ولا هدمها.

ما دام حيًّا فيكون استهلاكه للموصي به رجوعًا عن الوصية.

ومثل هذا ما إذا كان الشيء الموصى به موجودًا وقت موت الموصي، وهلك عند الورثة من غير تعدٍّ منهم فإنهم لا يضمنون شيئًا لأنَّ يدهم يد أمانة فلا يضمنون إلا بالتعدّي ولذا لو استهلكوه ضمنوا بدله للموصي له سواء قبل الوصية قبل الاستهلاك، أو بعده وكذا لو قبل وطالبهم بالتسليم وامتنعوا مع القدرة عليه، ثم هلك عندهم من غير تعدٍّ فإن له أن يضمنهم بدله لأنَّ هلاكه وإن كان من غير تعدّيهم إلا أنهم لما أبوا التسليم بدون حقِّ كانوا متعديين بهذا المنع، فيضمنون. انظر: مادة (٥٤٦).^(١)

(١) (مادة ٥٤٦) إذا هلك الوصية في يد الموصي، أو في يد أحد من ورثته بدون تعدّي؛ فلا ضمان عليه، وإذا استهلك فإن كان استهلاكه من الموصي؛ فهو رجوع، وإن كان من الورثة يكون ضمانا عليهم قبل القبول، أو بعده.

الفصل الثاني في استحقاق الموصى لهم

اعلم أن الموصى له إمّا أن يكون واحداً، وإمّا أن يكون متعدداً فإن كان الأوّل نفذت الوصيّة له من الثلث إن كان للموصي ورثة ولا فرق بين أن يكون الموصي مسلماً، أو ذمياً فإن زادت الوصيّة عن الثلث، ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحقّ الموصى له إلا ثلث مال الموصى وقد تقدم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في شرح مادّة (٥٣٥) والمواد التي بعدها فلا تكتف بهذا فإنه في غاية الإجمال فلا يفيد المطلوب. انظر: مادّة (٥٤٧).^(١)

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الموصى له متعدداً فإمّا أن تكون الوصيّة بعقد واحد، وإمّا أن تكون بعقود فإن كان الأوّل كما إذا قال: أوصيت لفلان، وفلان بنصف مالي مثلاً استويا في الاستحقاق بعد اتباع الأحكام المتقدمة في المواد المبينة في شرح المادّة السابقة، وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت الوصيّة بعقود كما إذا قال: أوصيت لفلان بربع مالي ولفلان بثلث مالي مثلاً (ولنكتف بما إذا كانت الوصيّة لاثنتين وأنت تقيس عليه غيره عند اللزوم) فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة:

الأوّل: أن يكون مجموع الوصيتين أقلّ من الثلث.

الثاني: أن يكون مجموعهما مساوياً للثلث.

الثالث: أن يكون مجموعهما زائداً على الثلث، فإن كان الأوّل كما إذا أوصى

(١) (مادّة ٥٤٧) لا تنفذ وصيّة من له ورثة إلا من ثلث ماله مسلماً كان، أو ذمياً، فإذا أوصى لمن هو أهل للوصيّة بأكثر من الثلث، ولم تجز الورثة الزيادة فلا يستحقّ الموصى له إلا الثلث من جميع مال الموصي.

لواحد بجزء من عشرة من أمواله، ولآخر بجزأين من عشرة أيضًا من أمواله، فمجموع الوصيتين ثلاثة أجزاء من عشرة، وهي أقل من الثلث، فيأخذ كل من الموصي لهما وصيته أجازت الورثة، أو لم تجز لأن له الحق في أن يوصي بثلث ماله، وإن لم تجز الورثة فأولى أن يكون له الحق في الوصية بأقل من الثلث، وإن كان الثاني وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين مساويًا للثلث كما إذا وصى لواحد بسدس ماله، ولآخر بسدسه أيضًا فمجموع الوصيتين الثلث نفذ كل من الوصيتين أيضًا اتفاقًا، أجازت الورثة، أو لم تجز فكل منهما يأخذ الموصى له به وهو السدس الذي هو نصف الثلث، وكذا لو اختلفا في الاستحقاق بأن وصى لواحد بجزء من اثني عشر جزءًا من ماله، ولآخر بثلاثة أجزاء من اثني عشر جزءًا من ماله أيضًا فمجموع الوصيتين أربعة أجزاء من اثني عشر جزءًا، وهي ثلث ماله فيأخذ كل منهما الموصى له به شاء الورثة، أو أبوا.

وإن كان الثلث وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين زائدًا على الثلث، ففيه ثلاثة أمور:

الأول: أن يستويا في الاستحقاق.

الثاني: أن يختلفا في الاستحقاق، ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث.

الثالث: أن يختلفا في الاستحقاق، وزادت وصية واحد منهما على الثلث، وفي كل هذه الأمور الثلاثة إمّا ألا تجز الورثة الوصيتين، أو تجزها فإن كان الأمر الأول، وهو ما إذا كان مجموع الوصيتين زائدًا على الثلث، واستويا في الاستحقاق بأن وصى لواحد بربع ماله، ولآخر بربعه أيضًا، أو لكل منهما بالثلث، أو بالنصف، أو بالثلثين، أو بالكل، ولم تجز الورثة الوصيتين قسم الثلث بينهما قسمة متساوية

اتفاقاً؛ لأنَّ ثلث المال يضيق عن حقِّهما، ولا يزداد عليه عند عدم الإجازة، وقد تساوى في سبب الاستحقاق، فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين، لاستواء حقِّهما ولم يوجد ما يدلُّ على الرجوع عن الأولى، فإذا وجد كما إذا أوصى ببيت لشخص، وبعد ذلك قال: البيت الذي أوصيت به لفلان هو لفلان؛ صار الكلُّ للثاني؛ لأنه وجد ما يدلُّ على الرجوع عن الأولى، واللفظ يدلُّ على قطع الشركة فإذا لم يدلَّ اللفظ على قطع الشركة اشتركا كما إذا أوصى لشخص بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، فإنَّ الثلث يقسم بينهما أنصافاً، ولا تكون الوصية الثانية رجوعاً عن الأولى؛ لأنَّ المحلَّ يحتمل الشركة، واللفظ صالح لها.

وإن أجازت الورثة الوصيتين أخذ كلُّ ما يستحقُّه كاملاً إذا وفي كلُّ المال به كما إذا أوصى لواحد بالربيع، ولآخر بمثله، أو لواحد بالثلث، ولآخر بمثله فإن لم يف كلُّ المال بحق كلِّ منهما تساوى في القسمة، كما إذا أوصى لواحد بالثلثين، ولآخر بمثله، أو لواحد بثلاثة أرباع، ولآخر بمثله، أو لواحد بالكلِّ ولآخر بمثله فإنها يقتسمان كلُّ المال عند الإجازة بالتساوي لما تقدَّم عند قسمة الثلث بينهما نصفين.

وإن كان الثاني وهو ما إذا اختلفا في الاستحقاق، ولم تزد وصية واحد منهما على الثلث كما إذا أوصى لشخص بسدس ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة الوصيتين يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة أي: أثلاثاً لصاحب السدس ثلث الثلث، ولصاحب الثلث ثلثا الثلث؛ لأنَّ كل واحد منهما يستحقُّ بسبب صحيح شرعاً، وضاق الثلث عن حقِّهما؛ لأنه هو الذي تنفذ فيه الوصية عند عدم الإجازة؛ فيقتسمانه على قدر حقِّهما فيجعل السدس سهماً، والثلث سهمين؛ لأنه ضعفه، فيجعل الثلث ثلاثة أسهم، سهم لصاحب السدس، وسهمان لصاحب الثلث، وإن أجازت الورثة الوصيتين أخذ كلُّ ما يستحقُّه بالوصية من كلِّ المال، ولا يتأتى أن

يضيق المال عن حقَّهما فيما نحن فيه؛ لأنَّ الموضوع أنهما اختلفا في الاستحقاق، ولم تزد وصيةً واحد منهما على الثلث.

وإن كان الثلث وهو ما إذا اختلفا في الاستحقاق، وزادت وصيةً واحد منهما على الثلث كما إذا أوصى لواحد بالثلث، ولآخر بالثلثين، أو بالكل، أو أوصى لواحد بالنصف ولآخر بالكل، أو أوصى لواحد منها بالسدس، ولآخر بالنصف، ولم تجز الورثة الوصيتين فقال الإمام الأعظم: يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية فيما إذا كانت وصيةً واحد منهما بالثلث، والآخر بأكثر منه؛ لأنَّ الزائد عن الثلث لغو، فكأنه أوصى إلى كلٍّ منهما بأكثر منه كما إذا أوصى لواحد بالسدس، ولآخر بالنصف فإنه يلغى الزائد على الثلث، فكأنه أوصى لواحد بالسدس، ولآخر بالثلث، وحينئذٍ يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة بين الثلث، والسدس.

وقال الصاحبان: يقسم الثلث بينهما مطلقاً قسمة متناسبة على قدر حصّة كل منهما فإذا أوصى لواحد بالثلث، ولآخر بالثلثين قسم الثلث بينهما أثلاثاً، لصاحب الثلث ثلثه، ولصاحب الثلثين ثلثاه، لأنَّ الثلثين ضعف الثلث، وإذا أوصى لواحد بالسدس، ولآخر بالنصف يقسم الثلث بينهما أربعاً ربعه لصاحب السدس، وثلاثة أرباعه لصاحب النصف؛ لأنَّ النصف يشتمل على ثلاثة أسداس، فيستحقُّ الموصى له به ثلاثة أمثال ما يستحقُّ الموصى له بالسدس.

واستدلَّ الإمام على قوله هذا بأنَّ الموصي قصد شيئين الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث، وتفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر، والثاني ثبت في ضمن الأوّل ولما بطل الأوّل لحقّ الورثة، وتأكد هذا البطلان بعدم إجازتهم له بطل ما في ضمانه، وهو التفضيل فصار كأنه أوصى لكلٍّ منهما بالثلث في صورة ما إذا كانت الوصيةً لواحد منهما به وللآخر بأكثر منه، فيتنصف بينهما، وكأنه أوصى

لواحد بأقل من الثلث، وللآخر بالثلث في صورة ما إذا كانت وصية واحد منهما السدس، والأخرى أكثر من الثلث، فيقسم الثلث بينهما على نسبة الثلث، والأقل منه.

والصّاحبان يوافقانه في أن غرض الموصي هذان الأمران ولكن لا يلزم من بطلان الأوّل وهو استحقاق الزائد على الثلث بطلان الثّاني، وهو تفضيل بعض أهل الوصايا على البعض الآخر؛ لأنّ الثّاني مستقل عن الأوّل وليس داخلاً؛ ضمنه، فيكون الثّاني غير باطل فيعمل به فإذا أوصى لواحد بالثلث، ولآخر بالكلّ، فقد جعل لصاحب الكلّ ثلاثة أمثال ما جعل لصاحب الثلث، فيأخذ من ثلث المال بها يخصّ ذلك الزائد بأن يقسم أرباعاً ثلاثة منها لصاحب الكلّ، وواحد لصاحب الثلث.

والقاعدة عند الإمام في هذا هي أن الوصي له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث، ومعناها أنّ الموصى له بأكثر من الثلث لا يأخذ من الثلث أكثر من الموصى له بالثلث، وكذلك لا يأخذ الموصى له بأكثر من الثلث أكثر من الموصى له بأقل من الثلث إلا بنسبة الثلث إلا الأقلّ منه، ولكنه استثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل وهي: السّعاية، والمحاباة، والوصية بالدراهم المرسلة.

وصورة السّعاية أن يكون لرجل عبدان قيمة أحدهما ثلاثون جنيهاً، وقيمة الآخر ستون جنيهاً، فأعتقهما في مرض موته، ولا مال له غيرهما، ولم تجز الورثة العتق، فيعتبر هذا العتق وصية لهما لأنّ العتق في مرض الموت يعتبر وصية، فكانه أوصى للأول بثلث ماله وهي ثلاثون جنيهاً، والثّاني بثلثي ماله وهي ستون جنيهاً، فمقتضى القاعدة المتقدّمة للإمام أن يقسم الثلث وهو ثلاثون جنيهاً بينهما نصفين، فيعتق من الأوّل نصفه، ويسعى في خمسة عشر جنيهاً للورثة، ويعتق من الثّاني ربعه،

ويسعى في قيمة ثلاثة أرباعه وهي خمسة وأربعون جنيهاً للورثة، ولكنه خالف هذه القاعدة في هذه المسألة، وقال: يقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلٍّ منهما موافقاً للصّاحبين، وحينئذٍ يعتق من الأوّل ثلثه، ويسعى في قيمة ثلثيه التي هي عشرون جنيهاً، ويعطيها للورثة، ويعتق من الثاني ثلثه، ويسعى في قيمة ثلثيه، وهي أربعون جنيهاً، ويعطيها للورثة.

وصورة المحابة أن يكون لرجل بيتان قيمة أحدهما ثلاثمائة جنية، والآخر ستائة جنية، فأوصى بأن يباع الأوّل لشخص معلوم بمائة جنية، وبأن يباع الثاني لشخص آخر بمائتي جنية، ولا مال له غيرهما، ولم تجز الورثة الوصيتين، فمجموع ماله حينئذٍ تسعمائة جنية، والأوّل موصى له بمائتين وهي أقلُّ من الثلث، والثاني موصى له بأربعمائة جنية وهي أكثر من الثلث، فمقتضى قاعدة الإمام أن يقسم الثلث الذي هو ثلاثمائة قسمة متناسبة بين المائتين، والثلاثمائة التي هي ثلث ماله، فيأخذ الأوّل منها خمسيها، والثاني ثلاثة أخماسها، ولكنه خالف قاعدته في هذه أيضاً، وقال بقسمة الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلٍّ منهما موافقاً للصّاحبين في هذه، فيقسم الثلث أثلاثاً ثلثه للأوّل، وثلثاه للثاني وحينئذٍ يباع البيت الذي قيمته ثلاثمائة جنية، للأوّل بمائتين، والمائة وصية له، ويباع البيت الذي قيمته ستائة جنية، للثاني بأربعمائة جنية، والمائتان وصية له.

وصورة الوصية بالدراهم أن يوصي لشخص بأربعمائة جنية، وآخر بشمائه جنية، وتركته قيمتها ألف ومائتا جنية لا غير، ولم تجز الورثة الوصيتين فكأنه أوصى لواحد بالثلث، ولآخر بالثلثين، ومقتضى قاعدة الإمام المتقدمة أن يقسم الثلث بينهما نصفين، ولكنه وافق الصّاحبين في هذه أيضاً، وقسم الثلث بينهما قسمة متناسبة على قدر وصية كلٍّ منهما فيقسمه أثلاثاً، ثلثه للأوّل، وثلثاه للثاني، فيعطى للموصي له

بأربعمائة، ثلث الثلث، وللموصى له بشمانمائة ثلثيه.

ووجه استثناء الإمام لهذه الصور الثلاث من القاعدة المتقدمة أن الوصية في غير هذه المسائل مصرّح فيها لأحدهما بالزيادة على الثلث، وهذه المسائل ليس فيها ذلك، وإنما جاءت الزيادة عليه من أمر خارج عن الوصية وهو قلة التركة، والشرع أبطل الوصية في الزائد على الثلث، فيكون ذكره لغوًا، فلا يعتبر في حق الأخذ من الثلث بخلاف ما إذا لم تقدر الوصية بجزء من المال كما في هذه الصور فإنه ليس في العبارة ما يكون مبطلاً للوصية وإنما حصلت المزاخمة بين الموصى لهما؛ لأن ثلث تركة الموصي لا يفي بحق كل منهما، وإذا لم تكن باطلة بالكلية، فتعتبر في حق الأخذ من الثلث بذلك على هذا أن ثلث التركة إن كان يفي بحقوقهما فكل يأخذ حقه حتى لو ظهر له مال بعد قسمتها الثلث على هذه النسبة أخذ كل ما أوصى له به إن كان يخرج من ثلث الكل.

وإن أجازت الورثة الوصيتين، فإن كانت وصية واحد منهما بالثلث، والآخر بالثلثين، أو بالنصف أخذ كل ما أوصى له به؛ لأن المال يفي بهما، أما إذا كانت وصية واحد منهما بالثلث، والآخر بالكل قسم المال أرباعًا بالاتفاق، لأن المال يفي بالحقين لكن عند الصّاحبين بطريق العول، وعند الإمام بطريق المنازعة، فيأخذ الموصى له بالثلث، ربع كل المال والموصى له بالكل ثلاثة أرباعه، ووجه هذا على قولهما: إن الموصى له بالجميع يدعي كله وهو ثلاثة أسهم، والموصى له بالثلث يدعي ثلثه، وهو واحد من ثلاثة، فتعول إلى أربعة فيعطى ربعها لصاحب الثلث، وثلاثة أرباع لصاحب الجميع.

ووجهه على قوله: أن نقسم المال إلى اثني عشر قسمًا، فيقسم الثلث أولاً بينهما نصفين؛ لأن الإجازة في قدر الثلث ساقطة الاعتبار، فيأخذ كل منهما سهمين، ويبقى

الثلاثان، وهما ثمانية أسهم؛ فصاحب الجميع يدّعي كلّها، وصاحب الثلث لا يدّعي إلا سهمين، فإنه يقول: حقّي في الثلث، وذلك أربعة وقد وصل إلى سهمان، وبقي حقّي في سهمين، فلا منازعة له فيما وراء السّهمين وذلك ستّة، فتعطى للموصى له بالجميع بلا منازعة، فتبقى في سهمين، فتقسّم بينهما نصفين، فيصيب كلّ واحد منهما سهم، فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر، وهو ربع المال، وللموصى له بالكلّ تسعة من اثني عشر وهو ثلاثة أرباع المال. انظر: مادّة (٥٤٨).^(١)

ثمّ إنّ الوصيّة إن كانت بجزء المال، فإنّما أن يكون ذلك الجزء معلوماً، وإنّما أن يكون مجهولاً، فإن كان الأوّل كالسُّدس، أو الرّبع، أو النّصف اتبعت الأحكام المتقدّمة في شرح مادّة (٥٣٤)، والمواد الخمس التي تليها.

وإن كان الثّاني كما إذا قال: أوصيت لفلان ببعض مالي، أو بجزء، أو بنصيب منه فإن كلّاً منهما مجهول بمعنى أنه يتناول القليل، والكثير إذ السُّدس، أو الثلث، أو النّصف يقال له: بعض المال، وجزء منه، فإن كان الموصي حيّاً أمر بالبيان، فإنّ عين اتبع بيانه؛ لأنّ هذا لا يعلم إلا من جهته إذ هو الذي أوجب لغيره حقّاً في ماله، فيتبع بيانه، فإن مات من غير أن يبين، فإنّما أن يكون له ورثة، وإنّما ألا يكون فإن كان الأوّل أمرت الورثة بالبيان؛ لأنهم قائمون مقام الوصي، فيعطى للموصى له ما

(١) (مادّة ٥٤٨) إذا أوصى إلى اثنين بأكثر من الثلث، واستويا في الاستحقاق، ولم تجز الورثة الوصيّتين يقسم الثلث بينهما قسمة متساوية، وإذا لم يستويا في الاستحقاق فإن زادت وصيّة أحدهما على الثلث، وكانت الأخرى بالثلث يقسم الثلث أيضاً بينهما نصفين، والموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب بأكثر من الثلث إلا في السّعاية، والمحابة، والوصيّة بالدّراهم المرسلة التي لم تقيّد بكثير من الكسور فإن الثلث فيها يقسّم بينهما على قدر حصّتهما في الوصيّة، إن لم تزد وصيّة أحد منهما على الثلث يقسّم بينهما الثلث قسمة متناسبة على قدر حقّ كلّ منهما.

عَيْنُوه، وَإِنْ قُلَّ (تَأَمَّلْ)، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ أُعْطِيَ النِّصْفَ
لِلْمَوْصَى لَهُ، وَالنِّصْفَ الْآخَرَ لِبَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ اثْنَانِ وَهُمَا غَيْرُ وَارِثَيْنِ؛
فَيَقْتَسِمَانِ كُلَّ التَّرَكَةِ مَنَاصِفَةً. انظر: مَادَّةُ (٥٤٩).^(١)

وَالْوَصِيَّةُ إِنْ كَانَتْ لِاثْنَيْنِ مِنْ أَهْلِ الْإِسْتِحْقَاقِ، فَلَمَّا أَنْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا حَيًّا،
وَالْآخَرُ مَيِّتًا وَقَدْ إِيْجَابُ الْوَصِيَّةِ، وَلَمَّا أَنْ يَكُونَا حَيَّيْنِ وَقَتَهُ، فَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ بَانَ قَالَ
شَخْصًا: أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ، وَفُلَانٌ بَثْلَثُ مَالِي، وَأَحَدُهُمَا مَيِّتٌ فِي هَذَا الْوَقْتُ اسْتَحَقَّ
الْمَوْجُودُ مِنْهُمَا كُلُّ الثُّلُثِ الْمَوْصَى بِهِ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يَزَاحِمُ الْحَيَّ
الَّذِي هُوَ أَهْلٌ لَهَا، وَلَكِنْ هَذَا مَقْيَدٌ بَشَرِيٌّ:

الْأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ الْمَوْصَى عَالِمًا بِوَفَاةِ أَحَدِهِمَا كَمَا وَرَدَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ
بِمَوْتِهِ فَلَا يَسْتَحَقُّ الْحَيُّ إِلَّا نِصْفَ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عِنْدَهُ صَحِيحَةٌ لَهَا، فَلَمْ يَرْضَ
لِلْحَيِّ إِلَّا بِنِصْفِ الثُّلُثِ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَلِمَ بِمَوْتِهِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمَيِّتِ تَكُونُ لِأَغْيَةِ
فَيَكُونُ رَاضِيًا بِكُلِّ الثُّلُثِ لِلْحَيِّ.

الثَّانِي: أَلَا يَصْرِّحُ بِكَلِمَةٍ بَيْنَ بَانَ قَالَ: ثَلَاثُ مَالِي لِفُلَانٍ، وَفُلَانٌ أَمَّا لَوْ صَرَّحَ بِهَا
بَانَ قَالَ: ثَلَاثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ، وَفُلَانٌ فَلَا يَسْتَحَقُّ الْمَوْجُودَ إِلَّا النِّصْفَ، وَلَوْ كَانَ عَالِمًا
بِوَفَاةِ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْكَلِمَةَ تَوْجِبُ التَّنْصِيفَ، فَلَا يَتَكَامَلُ لِعَدَمِ الْمَزَاحِمَةِ، أَلَا تَرَى
أَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَبَيْنَهُمْ أَنْ أَلْمَاءَ فَسَمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ مُقْتَضٍ لِلتَّنْصِيفِ بِدَلِيلِ الْآيَةِ الثَّانِيَةِ:
﴿هَآ شَرِبَ وَلَكُمُ شَرْبُ يَوْمٍ مَعْلُومٍ﴾ وَإِنْ كَانَ الثَّانِي وَهُوَ مَا إِذَا كَانَ كُلُّ مِنْهُمَا مَوْجُودًا
وَقْتُ الْوَصِيَّةِ، وَلَكِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصَى، أَوْ اسْتَمَرَ حَيًّا إِلَّا أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ

(١) مَادَّةُ (٥٤٩) إِذَا أَوْصَى بِقَدَرٍ مَجْهُولٍ يَتَنَاوَلُ الْقَلِيلَ، وَالكَثِيرَ كَجِزءٍ، أَوْ سَهْمٍ، أَوْ نَصِيبٍ مِنْ مَالِهِ؛
فَالْبَيَانُ فِي ذَلِكَ لِلْوَرِثَةِ إِنْ لَمْ يَبَيِّنْهُ الْمَوْصَى، وَيُعْطُونَ الْمَوْصَى لَهُ مَا شَاءُوا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ، وَأَوْصَى
بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ لِأَحَدٍ؛ فَلَهُ نِصْفُ مَالِهِ، وَالنِّصْفَ الْآخَرَ لِبَيْتِ الْمَالِ.

استحقاقه في الوصية لفقدان بعض الشروط كما إذا قتل الموصي، فإنه يخرج بحصته من الموصى به، فلا يستحق الآخر إلا نصف الثلث الموصى به؛ لأن الوصية صحت لهما، وثبتت الشراكة بينهما؛ فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة في حق الآخر.

ومثل هذا ما إذا قال: ثلث مالي لفلان، وفلان، إن متُّ وهو فقير فمات فلان، وفلان الثاني غني؛ كان للأول نصف الثلث، وكذا لو قال: ثلث مالي لفلان، وفلان، إن كان فلان في هذا البيت، ولم يكن فيه كان للأول نصف الثلث؛ لأن بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر، وبالجمله فالأصل في هذه المسائل أنه متى دخل كل منهما في الوصية، ثم خرج أحدهما لفقد شرط، فلا يوجب الزيادة في حق الآخر، ومتى لم يدخل أحدهما في الوصية لفقد الأهلية؛ كان الكل للآخر، فإذا لم يمت أحدهما قبل موت الموصي بل بقي بعده، واستحق كل منهما نصف الموصى به إن قبلا فإن ردًا ملكته الورثة، وإن قبل أحدهما، ورد الآخر أخذ القابل حصته، والورثة حصّة الراد، فإن قبل أحدهما، ومات الآخر قبل القبول، والرد دخل نصيبه في ملك ورثته استحسانًا، وإن كان القياس يأبى ذلك كما تقدّم لك في شرح مادة (٥٤٣). انظر: مادة (٥٥٠).^(١)

ثم إن الوصية إمّا أن تكون بجزء من كل المال، وإمّا أن تكون بجزء من نوع منه فإن كان الأول كما إذا قال: أوصيت لفلان بربع مالي، أو بثلثه أعطينا الموصى له جميع

(١) (مادة ٥٥٠) إذا أوصى بالثلث لاثنتين معينين من أهل الاستحقاق، وكان أحدهما ميتًا، أو معدومًا وقت الإيجاب؛ فلا يستحق شيئًا، والثلث كله للحي، أو الموجود، فإذا مات أحدهما قبل موت الموصي، أو خرج لفقد شرط ما بعد صحّة الإيجاب؛ يخرج بحصته، ولا يستحق الآخر إلا نصف الثلث منه، وكذا إذا جعله بينهما، وأحدهما ميت؛ فللحي نصفه، وإذا مات أحد الاثنين بعد موت الموصي؛ فلورثة ذلك الميت حق في حصته.

الجزء الموصى به منسوبًا إلى كلِّ المال وقت وفاة الموصي إذا لم يمنع مانع من التنفيذ، وإن كان الثاني كما إذا قال: أوصيت لفلان بثلث دراهمي، أو ثلث غنمي، أو خيلي، فإمّا أن يكون النوع الذي أوصى بثلثه من الأنواع التي لا تقسم جبرًا، وإمّا أن يكون من الأنواع التي تقسم جبرًا، فإن كان الأوّل كالرقيق، واستمرَّ كلُّ النوع الوصي بثلثه في ملك الموصي حتى مات استحقَّ الموصى له جميع ثلثه، وإن هلك منه شيء بعد الوصية، وقبل موت الموصي سواء كان الهالك كثيرًا، أو قليلًا، فلا يستحقُّ الموصى له إلا ثلث الموجود وقت موت الموصي، فإذا فرضنا أنه هلك الثلثان، وبقي الثلث فليس له إلا ثلث ما بقي منه ولو خرج الثلث الباقي من ثلث جميع أموال الموصي إذا النوع صار مشتركًا بينهما، فيكون الهالك عليهما لا على أحد الشريكين، ولأنَّ هذه الوصية تعلقت بشيء مخصوص، فتبطل بفواته وقت الموت، وهذا الحكم متفق عليه.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان النوع الموصى بثلثه من الأنواع التي تقسم جبرًا كالدراهم، والغنم، والثياب المتحدة في الجنس، فإن استمرَّ ما كان موجودًا من هذا النوع وقت الوصية حتى مات الموصي استحقَّ ثلثه أيضًا أمّا إذا هلك شيء منه قبل موته، ففيه خلاف فالإمام الأعظم، وصاحبه يقولون: يستحقُّ الموصى له ثلث كلِّ النوع باعتباره وقت الوصية لا وقت الموت لكن بشرط أن يكون هذا الثلث يخرج من ثلث جميع أموال الموصي.

فإذا كان الهالك الثلثين أخذ الموصى له بالثلث الثالث الباقي بتمامهم متى خرج من ثلث جميع أموال الموصي.

فإذا فرضنا أن شخصًا أوصى لغيره بثلث دراهمه، وكانت وقت الوصية ثلاثة آلاف درهم ووقت الموت ألفا وخمسمائة أخذ الموصى له ألف درهم إذا كانت جميع

أموال الموصي تساوي ثلاثة آلاف درهم، فإن كانت تساوي أقل أخذ الموصي له من الدّراهم بمقدار ما يخرج من الثّلت.

وقال زفر: لا يستحقّ الموصي له إلا ثلث الموجود وقت موت الموصي ولو خرج جميعه من ثلث ماله، وينبني على قوله؛ إنّ الموصي له لا يستحقّ في المثال المتقدّم ذكره إلا خمسمائة درهم ولو كانت للموصي أموال غيرها، ووجه قول الإمام، وصاحبيه أنه في النّوع الواحد يقسم جبراً يجمع حق الموصي له في الباقي تقدّماً للوصيّة على الميراث، ولأنه لو لم يملك شيء فللقاضي أن يجعل هذا الباقي له بخلاف ما إذا كان من الأنواع التي لا تقسم جبراً. ووجه قول زفر أنّ النّوع الموصى به صار مشتركاً بينهما والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشّركة ويبقى الباقي كذلك، فصار كما إذا كان الموصي ببعضه من الأنواع التي لا تقسم جبراً وهو ظاهر ولذا قال كثير من المؤلّفين: نأخذ به لأنه موافق للقياس.

والفرق بين ما لا يقسم جبراً، وما يقسم جبراً أنّ أفراد النّوع إن كانت متفاوتة تفاوتاً فاحشاً كالرّقيق كانت من الأنواع التي لا تقسم جبراً بمعنى أنها لو كانت مشتركة بين أشخاص، وطلب أحدهم قسمتها، وامتنع الباقي لم يجبرهم القاضي على القسمة؛ لأنّ معنى المعاوضة غالب فيها في هذه الحالة، ولفحش التّفاوت فلا بدّ من الاختيار.

وإن كانت الأفراد متساوية في القيمة كالدرّاهم، والدّنانير، والبُرّ، والقطن المتحدّين في النّوع والصفة، أو كانت مختلفة في القيمة، ولكن التّفاوت غير فاحش كالخيل، والغنم (على رأي الفقهاء) كانت من الأنواع التي تقسم جبراً فمتى طلب القسمة أحد الشّركاء وامتنع الآخر ألزمه القاضي بها لأن القسمة في الحالة الأولى يغلب فيها إفراز أحد النصيبين عن الآخر وهذا لا يلزم فيه الرّضا، والتّفاوت غير

فاحش في الحالة الثانية، فلا يلزم الرضا كذا قال الفقهاء. انظر: مادة (٥٥١).^(١)

كلُّ هذه الأحكام فيما إذا كانت الوصية بجزء معين سواء أضيف هذا الجزء إلى كلِّ المال، أو إلى نوع منه أمّا إذا أوصى شخص لغيره بمقدار من النقود كألف جنيه مصريّة، وكان هذا المقدار يخرج من ثلث أموال الموصي، ولم يوجد مانع آخر لتنفيذ هذه الوصية؛ نفذت ولكن إذا لم يكن بعض التركة ديوناً فإذا كان فيها ديون، والمبلغ الموصى به يخرج من ثلث الأموال الموجودة غير متضمنة إلى الديون أخذ الموصى له هذا المبلغ من المال الموجود إذ لا ضرر على الورثة، ولو فرضنا أنهم لم يأخذوا من الدّين شيئاً أمّا إذا كان المبلغ لا يخرج من ثلث التركة إلا بضمّ الديون إليها، فلا يأخذ الموصى له جميع هذا المبلغ من الأموال الموجودة بل يأخذ ما يخرج من ثلثها، والباقي يستوفيه مما يؤخذ من الديون فكلما يقبض شيء منها يأخذ ثلثه حتى يكمل له المبلغ، فإذا فرضنا أنّ شخصاً أوصى لغيره بألف جنيه مصريّة، ومات تاركاً مالاً يساوي أربعة آلاف جنيه، وليس في هذا المبلغ دين له، أو كان من ضمنه ألف جنيه ديناً أعطينا الموصى له المبلغ الموصى به بتمامه؛ لأنه يخرج من ثلث الأموال الموجودة، وإن كانت التركة تساوي ثلاثة آلاف جنيه، ومنها ألف ديناً أعطينا الموصى له ثلثي الألفين، وكلُّ ما أخذ من الألف الدّين يدفع له ثلثه إلى أن يستوفي حقّه؛ لأننا لو أعطينا ألفاً من الألفين الموجودين لتضرّرت الورثة إذ ربما لا يحصلون على شيء من الديون، ولو منعناه أخذ شيء من الموجود، وأحلناه على المدينين يستوفي حقه منهم لتضرّر هو لأنه قد لا يحصل على شيء منهم لعدم قدرتهم فلا بدّ من أعمال طريقة لا

(١) (مادة ٥٥١) إذا أوصى لأحد بعين، أو بنوع معيّن من الأنواع التي تقسّم جبراً كثلث دراهمه، أو غنمه، أو ثيابه المتحدّة جنساً، فهلك ثلثاه؛ فله الباقي بتمامه إن خرج من ثلث باقي جميع أصناف مال الموصي، وإن أوصى له بصنف، أو نوع مما لا يقسّم جبراً كثلث دوابّه، أو ثيابه المتفاوتة جنساً، فهلك الثلثان؛ فليس له إلا ثلث ما بقي منه، وإن خرج من ثلث كلِّ المال.

ضرر فيها على واحد منها وهي الطريقة التي بينها فاتبعها. انظر: مادة (٥٥٢).^(١)

(١) مادة (٥٥٢) إذا أوصى لأحد بمقدار معيّن من الدراهم، وله دين من جنسها، وعين، فإن خرج القدر الموصى به من ثلث العين؛ دفع إليه، وإلا يدفع له ثلث العين، وكل ما تحصل من الدين يدفع إليه ثلثه حتى يستوفي حقّه.

الفصل الثالث في الوصية بالمنافع

قد عرفت أن تعريف الوصية في اصطلاح الفقهاء هو تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع فيؤخذ من هذا أن الوصية كما تصح بالأعيان تصح بالمنافع إذ التملك يشملها؛ لأن المنافع يصح تملكها في حالة الحياة ببدل، ويكون إجارة، وبغير بدل ويكون إعارة فكذا بعد الممات، ويكون وصية ومتى صححت الوصية بمنافع الأعيان كان الشيء الموصى بمنفعته محبوساً على ملك الميت في حق المنفعة، ولذا يملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، وينبغي على صحة الوصية بالمنافع أنه إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره، أو بغلته، أو بغلة أرضه صح ذلك، ولكن عند الوصية بما ذكر لا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة:

الأول: أن ينص على الأبد.

الثاني: أن يطلق الوصية الثالث أن يقيدها بمدة معينة، فإن كان الأول كما إذا قال: أوصيت لفلان بسكنى بيتي، أو بغلة أرضي الفلانية أبداً استحق الموصى له الغلة، والسكنى مدة حياته، وبعد موته ترد إلى ورثة الموصي، وإن كان الثاني بأن قال: أوصيت لفلان بسكنى داري، أو بغلة أرضي؛ فالحكم كالأول، وإن كان الثالث كما إذا قال: أوصيت لفلان بغلة أرضي، وبين مدة فإما أن تكون المدة غير معينة، وإما أن تكون معينة فإن كان الأول كما إذا قال: أوصيت لفلان بغلة أرضي الفلانية ثلاث سنين استحق الموصى له الغلة هذه المدة بعد موت الموصي لأنه وقت التملك، وإن كان الثاني بأن قال: أوصيت لفلان بسكنى بيتي الفلاني سنة ١٣٢٢ هجرية، فإن

مضت السنة المذكورة والموصي حي بطلت الوصية؛ لأنه لا يستحق إلا بعد موت الموصي، وقد عيّن زمنًا، ومضى هذا الزمن في حياته، فلا يثبت الاستحقاق في غيره، وإن مات قبل مضيتها استحق الموصي له السكنى فيها، ومثله ما إذا مات بعد مضي بعضها.

وهذا إذا كان العدد مصرحًا به في الوصية أمّا إذا لم يصرّح به بأن قال: أوصيت لفلان بغلة أرضي سنين استحق الموصي له الغلة ثلاث سنين لا أكثر؛ لأنه جمع، والجمع وإن كان يطلق على الأكثر منها إلا أن المحقق هو أقل ما يطلق عليه وهو ثلاث فاتبعناه تاركين المشكوك فيه. انظر: مادة (٥٥٢).^(١)

ولكن لا يستحق الموصي له سكنى البيت، أو غلة الأرض طول عمره، أو المدة التي عيّن فيها الموصي إلا إذا كان البيت الموصي بسكناه، أو الأرض الموصي بغلتها تخرج من ثلث أموال الموصي إن كان الثلث يضيق عنها فلا يستحق الموصي له إلا بقدر ما يخرج من الثلث إذا لم تجز الورثة، وحينئذ فإمّا ألا يكون للموصي مال سوى البيت الموصي بسكناه، أو يكون فإن كان الأول اقتسمه الموصي له، والورثة مهايأة في المكان، أو الزمان لأن الحق لهم فالأولى بأن يقسم البيت أثلاثًا؛ لينتفع كل باستحقاقه إلى أن يموت الموصي له، ويمضي الزمن المعين فيرد جميعه إلى الورثة، والثانية وهي المهايأة بحسب الزمان بأن يسكنه الورثة ستين والموصي له سنة إلى أن يموت، أو يستوفي ما عين له، وبعد ذلك يكون جميعه للورثة إلا أن الأولى أعدل لأن فيها التسوية بينهما زمانًا، ومكانًا، وفي الثانية تقديم أحدهما زمانًا وعندما تكون المهايأة

(١) (مادة ٥٥٣) إذا أوصى لأحد بسكنى داره، أو بغلتها، ونصّ على الأبد، أو أطلق الوصية، ولم يقيدها بوقت؛ فللموصي له السكنى، والغلة مدة حياته، وبعد موته تردّ إلى ورثة الموصي، وإن قيّدت الوصية بمدة معينة؛ فله الانتفاع بها إلى انقضاء تلك المدة، وإن أوصى له بالمنفعة سنين تنصرف إلى ثلاث سنوات لا أكثر.

بحسب المكان لا يجوز للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من الثلثين لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع البيت بحسب عقد الوصية، وإنما أعطينا الثلث لعدم ظهور مال للموصي سوى البيت، ومن الجائز أن يعثر على مال له بحيث يخرج جميع البيت من ثلثه فيكون له الحق في سكنى جميعه، وكذا له حق المزاومة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده، والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعون منه، وعند أبي يوسف أنهم يملكون ذلك لأنه خالص حقهم والظاهر الأول.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان للموصي مال غير البيت الموصى بسكنائه إلا أنه لا يخرج من الثلث استحق الموصى له من البيت بقدر ما يخرج من ثلث كل المال، فإذا كان البيت نصف التركة استحق الموصى له ثلثيه، والورثة الثلث لأن ثلثي البيت ثلث التركة فنفذ الوصية في ثلثيه وعلى هذا الاعتبار تخرج بقية المسائل.

هذا إذا كانت الوصية بالسكنى، فإن كانت بالغلة سواء كانت على البيت، أو الأرض فلا يقسم البيت، أو الأرض بل يؤجر كل منهما، وتقسم الأجرة على حسب استحقاق كل من الورثة، والموصى له.

فالذي علم أن الوصية سواء كانت بالسكنى، أو بالغلة ينظر فيها إلى العين الموصى بسكنائها، أو بغلتها فإن كانت نفس العين تخرج من الثلث سلمناها إلى الموصى له للانتفاع بسكنائها، أو بغلتها على حسب عقد الوصية، وإن لم تخرج منه سلم إليه منها بمقدار الثلث فقد جعلنا الوصية بالمنافع مثل الوصية بالأعيان واستظهر ابن عابدين أن في المسألة روايتين:

إحدهما: وجهها أن المقصود من الأعيان منافعها فإذا صارت المنافع مستحقة وبقيت العين على ملك الوارث؛ صارت بمنزلة العين التي لا منفعة لها فلذا نعتبر

قيمة الرقبة كأن الوصية وقعت بها.

والثانية: أن النظر إلى المنفعة الموصى بها، فتقوم المنفعة، وينظر إلى النسبة بين هذه القيمة وأموال الوصي، وينبغي على هذه الرواية أنه إذا أوصى شخص لغيره بسكنى بيت مدة ثلاث سنين، وليس له غيره، ولم تجز الورثة قومنا سكنى البيت في هذه المدة، ونسبنا هذه القيمة إلى أموال الموصي فإن كانت تخرج من ثلثها سلمنا جميع البيت إلى الموصى له للانتفاع بسكناه هذه المدة، فإذا فرضنا أنه يستأجر فيها بثلاثمائة وستين جنيهاً وكانت قيمة البيت ألفاً وخمسمائة سلمناه جميعه إلى الموصى له؛ لينتفع به المدة الموصى بها بخلاف الرواية الأولى فإنه لا حق له إلا في ثلث البيت، ووجه هذه الرواية أن الموصى به المنفعة لا نفس البيت، والنظر إنما يكون للموصى به، لا لغيره والأولى هي المتداولة في أكثر الكتب وانظر ماذا نصنع على الرواية الثانية إذا كانت الوصية بالسكنى، أو بالغلة طول عمر الموصى له. انظر: مادة (٥٥٤).^(١)

فإذا أراد الموصى له أن يستوفي الموصى به بأن أراد أن يسك البيت في الوصية بالسكنى، أو يستغله في الوصية بالغلة فلا حق لأحد في معارضته أمّا إذا أراد أن يستوفي غير الموصى به بأن أراد من له السكنى الإجارة، وأخذ الأجرة، أو أراد الموصى له بالغلة أن يسكن بنفسه فلا يمكن من ذلك، أمّا الأولى فباتفاق الحنفية، وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه: يملك ذلك لأنه بالوصية ملكه المنفعة فيملك تملكها لغيره ببذل، وبغير بدل لأنها كالأعيان عنده بخلاف العارية؛ لأنها

(١) (مادة ٥٥٤) إذا خرجت العين الموصى بسكنائها، أو بغلتها من ثلث مال الموصي نسلم إلى الموصى له للانتفاع بها على حسب الوصية، وإن لم تخرج من الثلث، وكانت محتملة للقسمه، ولم يكن للموصي مال غيرها نقسم أثلاثاً إن كانت الوصية بالسكنى، أو تقسم غلتها إن كانت بالغلة، ويكون للموصى له الثلث، وللورثة الثلثان، ولا يجوز لهم بيع الثلثين مدة الوصية، وإن كان للموصي مال غيرها تقسم بقدر ثلث جميع المال.

ليست بتملك، وإنما هي إباحة عنده.

ودليلنا أن الوصاية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بغير بدل، فلا يملك تملكه ببدل اعتباراً بالإعارة، فإنها تملك بغير بدل في حال الحياة على أصلنا، ولا يملك المستعير الإجارة لأنها تملك ببدل فكذاك الوصية، وتحقيق هذا الدليل أن التملك ببدل لازم وبغيره ليس لازماً ولا يملك الأقوى بالأضعف، والأكثر بالأقل، والوصية تبرع غير لازم إلا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد موته، لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أمّا هو ففي وضعه غير لازم.

وأما الثاني وهو ما إذا كانت الوصية بالغلة، وأراد الموصي له السكنى بنفسه، ففيها فخلاف بين الحنفية فمن قال بالجواز وجه كلامه بأن قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود، ولأن الغير يسكن لأجله، فإذا سكن بنفسه؛ جاز أيضاً، ومن قال بعدمه وجه كلامه بأن الغلة دراهم، أو دنانير مثلاً، وقد وجبت الوصية بها والسكنى استيفاء المنافع فهما متغايران، ومتفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر دين على الموصي يمكنهم أدائه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها، ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها، ولكن يقال على هذا: إذا لم يمكنهم استرداد المنفعة يستردون القيمة منه؛ لأنه استوفى غير حقه في المسألتين، وصرّحوا بأن الثاني أصح فتأمل. انظر: مادة (٥٥٥).^(١)

وكل هذه الأحكام فيما إذا كانت الوصية بالغلة، أو بالسكنى إمّا إذا كانت بالثمرة كما إذا قال شخص: أوصيت بثمرّة أرضي، أو بستاني لفلان، فإمّا أن يقول: أبداً، وإمّا أن يعين مدّة، وإمّا أن يطلق فإن كان الأوّل؛ استحقّ الموصى له الثمرة ما عاش إذا كان البستان يخرج من ثلث مال الموصى، وإن كان الثاني استحقّها المدّة

(١) (مادة ٥٥٥) الموصى له بالسكنى لا تجوز له الإجارة، والموصى له بالغلة لا تجوز له السكنى.

المعيّنة، وإن كان الثالث بأن قال: أوصيت لفلان بثمرّة بستان، ولم يزد شيئاً، فإنّما أن يكون به ثمرّة وقت موت الموصي، وإنّما ألا يكون فإن كان الأوّل استحقّق الموجودة فقط، وإن كان الثاني استحقّقها مدّة عمره، وحيثنّ تكون الوصيّة بالثمرّة مخالفة للوصيّة بالغلّة في صورة الإطلاق فإنّه في الوصيّة بالغلّة في هذه الصّورة يملك الغلّة مدّة عمره كما لو نصّ على التأييد، فيحتاج إلى الفرق بينهما وهو مبني على العرف أنّ الثمرّة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التّنصيب على الأبد إذ لا يتأدّب إلا بتناول المعدوم أمّا الغلّة فتشمل الموجود، وما يكون بعرض الوجود مرّة بعد أخرى في العرف، ولذا يقال: فلان يأكل من غلّة بستانه، وأرضه، وبيته، فإذا أطلقت تتناول الموجود، والمعدوم من غير توقّف على دلالة أخرى.

وأما الثمرّة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه، وإنما شملت الثمرّة الموجود، والمعدوم في صورة الإطلاق، وكانت غير موجودة وقت الموت الصّبي؛ لأنّ الثمرّة اسم للموجود حقيقة، ولا تتناول المعدوم إلا مجازاً فإذا كان في البستان ثمرّة عند موت الموصي صار مستعملاً في حقيقته، فلا يتناول المجاز، وإذا لم يكن فيه ثمرّة يتناول المجاز فيستحقّ كلّ المعدوم ما عاش وحيث إنّ العرف هو الفارق بينهما، فإذا فرض وكان العرف غير ذلك اتبع. تأمل، واحكم. انظر مادّتي (٥٥٦ و ٥٥٧).^(١)

فالذي علم أنّ الموصي له ينتفع بالموصى به على حسب عقد الوصيّة، وبعد انتهاء

(١) (مادّة ٥٥٦) إذا أوصى بغلّة أرضه لأحد؛ فله الغلّة القائمة بها وقت موت الموصي، والغلّة التي تحدث بها في المستقبل سواء نصّ على الأبد في الوصيّة، أو أطلقها.

(مادّة ٥٥٧) إذا أوصى بثمرّة أرضه، أو بستانه فإن أطلق الوصيّة؛ فللموصي له الثمرّة القائمة وقت موت الموصي دون غيرها مما يحدث من الثمار بعده، وإن نصّ على الأبد؛ فله الثمرّة القائمة وقت موته، والثمرّة التي تتجدّد بعده، وكذلك الحكم إذا لم يكن في العين الموصى بها ثمار وقت وفاته.

الزمن المعين أو موته يرد إلى الورثة لأنها باقية على ملكهم ولكن هذا إذا لم يوص نفس الشيء لغير الموصى له بالمنفعة، فإن فعل ذلك اتبعت وصيته، فينتفع الموصى له بالمنفعة المدة المعينة أو مدة عمره على حسب عقد الوصية، وبعد الانتهاء تسلم العين إلى الموصى له بالرقبة إن كان حيًّا، وإلا فلورثته وفي وقت انتفاع الموصى له بالمنفعة يكون كل ما يلزم لنفقة الشيء على صاحب المنفعة كالمستعير فإن عليه نفقة المستعار، فإذا كان الموصى به أرضًا فالعشر والخراج والمصاريف اللازمة للإصلاح على المنتفع - إن كان بها شيء يستغل وإلا فهي على مالك الرقبة لأن المصاريف، والحالة هذه تكون لإصلاحها فتلزم مالك الرقبة. انظر: مادة (٥٥٨).^(١)

(١) (مادة ٥٥٨) إذا أوصى لأحد بالغلة، وآخر بالأرض؛ جازت الوصيتان، ويكون العشر، والخراج، والسقي، وما يلزم من المصاريف لإصلاح الأرض على صاحب الغلة في صورة ما إذا كان بها شيء يستغل، وإلا فهي على الموصى له بالعين.

الفصل الرابع في تصرفات المريض

لما كانت تصرفات المريض تخالف تصرفات الصحيح بين الفقهاء أحكام تصرفات الأول في مبحث على حدته، ولكن ليس كل مريض يكون حكم تصرفه مخالفا لحكم تصرفات الصحيح بل المريض مرض الموت، فإذا لا بد من معرفته حتى يمكننا الحكم على التصرفات بحسب الشخص الذي تصدر منه، وقد اختلفوا في تعريف مرض الموت على أقوال كثيرة، والمعول عليه منها أنه هو المرض الذي يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج البيت، ويكون الغالب فيه موت المريض، ولا شك أن هذا يختلف باختلاف الأشخاص بالنسبة لوظائفهم كالسوقي والكاتب، والمدرس القاضي وهذا في حق الرجل.

أما في حق المرأة فهو المرض الذي يكون الغالب فيه موتها، ويعجزها عن القيام بمصالحها داخل البيت، فظهر أنه لا بد في مرض الموت بالنسبة للمذكر، والمؤنث من أمرين وهما غلبة الهلاك منه، والعجز عن القيام بالمصالح، فإذا حصل العجز المذكور بسبب المرض، وانتقت غلبة الموت كالرمد، وكسر الرجل مثلاً فلا يعد هذا مرض الموت لانتفاء غلبة الهلاك، وليس المريض وحده هو الذي تخالف تصرفاته تصرفات الصحيح بل هناك أصحاء يلحقون به من أحكام تصرفاتهم وهم من كانوا في حالة يخالف عليهم الهلاك فيها غالباً ويتفرع على هذا أنه إذا تبارز رجلان، أو حكم على شخص بالإعدام؛ لارتكابه جريمة القتل مثلاً، وقدم ليقتص منه، أو كان شخص في سفينة تلاطمت عليها الأمواج، وخيف غرقها، أو غرقت بالفعل، أو افترس سبع شخصاً، وبقي حياً في فمه، وتصرف كل منهم في هذه الحالة يعتبر هذه التصرف كتصرف المريض مرض الموت، ثم إن بعض الأمراض لا يستمر طويلاً

كالتيفوس، فإن من مرض به يبرأ، أو يموت في زمن غير بعيد، فإن تصرف صاحبه، فإن صحَّ أو مات سرت عليه أحكام الأصحاء، أو المرضى وبعضها قد يمكث زمناً طويلاً كالسُّلِّ، والفالج فإذا تصرف المريض بواحد منهما اختلفت الأقوال في اعتباره صحيحاً، أو مريضاً مرض الموت، فبعضهم يقول: ما دام يزداد ما به؛ فالغالب عليه الهلاك فيعتبر مريضاً مرض الموت، وإن لم يزداد اعتبر صحيحاً، ومن قائل: إن لم يرج برؤه بتداو؛ فهو مريض مرض الموت، وإن كان يرجى اعتبر صحيحاً، وبعضهم يقول: لو طال وصار بحال لا يخاف منه الموت اعتبر المريض صحيحاً، وهؤلاء اختلفوا في حدِّ التَّطاول، فبعضهم اعتبره سنة، وبعضهم اعتبر العرف، وبعضهم يقول: إنَّ لم يلازم فراشه؛ فهو صحيح، وإلا اعتبر مريضاً، والمعوَّل عليه منها أنه ما دام يزداد ما بهم من العلة، فحكمهم كالمرضى فإن قدمت العلة بأن تطاولت سنة، ولم يحصل فيها ازدياد، ولا تغيير في أحوالهم بحيث لا يخشى الموت منه تعتبر تصرفاتهم بعد السنة كتصرفات الصَّحيح، فمتى كان الشَّخص في حالة يغلب عليه فيها الهلاك سواء كان مريضاً، أو واقعاً في حالة خطرة يخشى منها الهلاك غالباً، وتصرف وهو في هذه الحالة، ومات من مرضه، أو وهو على تلك الحالة حكمنا على هذا التَّصرف بأنه صدر منه وهو مريض مرض الموت، أو وهو ملحق به فتجري عليه الأحكام المناسبة له.

وبعدما تقدَّم يمكننا أن نقول: إنَّ الأشخاص وإن كانوا ينقسمون بحسب التَّصرفات التي تصدر منهم إلى أقسام كثيرة إلا أنه يصحُّ تقسيمهم بحسب هذا المقام إلى قسمين:

الأول: الصَّحيح.

الثاني: المريض مرض الموت، والملحق به، وكل منهما لتصرفاته أحكام مخصوصة استمع لما يلقي عليك حتى تعرف حكم تصرف كل.

التصرفات تنقسم بالنظر لهذا المقام إلى قسمين:

القسم الأول: التصرفات المنجزة.

الثاني: التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، والأولى إمّا أن تكون إنشائية، وهي التي يقارن مدلولها التلفظ بها كالهبة، والبيع، والوقف، فإن التملك لا يحصل إلا وقت صدورها، وإمّا أن تكون إخبارية وهي التي تكون حكاية عن شيء مضى قبل التلفظ بها وهو الإقرار، فإن كان التصرف منجزاً، وكان المتصرف صحيحاً، فإمّا أن يكون غير محجور عليه، وإمّا أن يكون محجوراً عليه، فإن كان الأول نفذت هذه التصرفات من جميع ماله سواء كانت إنشائية، أو إخبارية، وسواء كانت لوارث، أو لغير وارث، وسواء كانت تصرفات معاوضة فيها معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة، والشراء بأزيد منها، أو تصرفات تبرع كالهبة، والصدقة، ويتفرع على هذا أنه إذا باع الشخص المذكور لمن أراد، أو اشترى ممن شاء، أو تصدق على من أراد فلا حق لأحد في الاعتراض عليه في جميع هذه التصرفات، وقد تقدّم لك هذا المبحث بالنسبة للهبة في شرح مادة (٥٠٣)، فراجعه فإنه مفيد.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان محجوراً عليه؛ اختلفت أحكام التصرفات بالنسبة لسبب الحجر الذي قام به، وأسباب الحجر ستة على ما تقدّم في محله، وهي الصغر، والجنون، والعتة، والسفه، والدين، والغفلة فإذا أردت أن تعرف أحكام تصرفات واحد منهم فما عليك إلا أن ترجع إلى مبحثه في الحجر تجدها مفصلة تفصيلاً حسناً. انظر: مادتي (٥٥٩ و ٥٦٢).^(١)

(١) (مادة ٥٥٩) التصرف الإنشائي المنجز الذي فيه معنى التبرع إن صدر من أهله في حال صحة التبرع ينفذ من جميع ماله.

(مادة ٥٦٢) هبة المقعد، والمفلوج، والمسلول تنفذ من كل ماله إذا تناول ما به سنة، ولم ينش موته منه، فإن لم تطل مدته، وخيف موته بأن كان يزداد ما به يوماً فيوماً يعبر تصرفه من الثلث.

وإن كان التصرّف مضافاً إلى ما بعد الموت، وهو الوصية بأن قال: وهبت لفلان نصف مالي بعد وفاتي، أوصيت له به؛ فلا تنفذ في كل المال بل من الثلث سواء كان صدورها في حال الصحة، أو في حال مرض الموت، ولكن نفاذها من الثلث، فليس في جميع الأحوال بل قد تنفذ الوصية من كل المال، وقد لا تنفذ في شيء منه؛ لأن الحكم يختلف باختلاف حال الموصي، والموصى له، والموصى به، فلا تكتف بها ذكر في هذه المادة؛ لأنه في غاية الإجمال، فلا يفيدك شيئاً، فإذا أردت التفصيل الذي لا مزيد عليه بالنسبة لهذا المقام، فارجع إلى شرح مادة (٥٣٤)، والمواد الخمس التي بعدها تجدد كل ما تريده في هذا الموضوع. انظر: مادة (٥٦٠).^(١)

وإن كان التصرّف منجزاً، وكان المتصرّف مريضاً مرض الموت، والتصرّف إنشائي كالهبة، والوقف، والبيع، والشراء، وغيرها من المعاملات حكمنا على هذه التصرفات حكمنا على الوصية، وحيث ننظر إلى هذه التصرفات، فتارة يكون التصرّف الذي صدر منه تبرعاً محضاً كالهبة، والوقف، وتارة يكون تصرّف معاوضة، ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة، والشراء بأكثر منها فإن كان الأول بأن وهب لشخص شيئاً من أملاكه نظرنا إلى الواهب، والموهوب له، والشيء الموهوب كما نظرنا إلى الموصي، والموصى له، والموصى به، وعند ذلك لا يخلو الحال من التفصيل الآتي وهو:

الواهب الذي هو مريض مرض الموت، إمّا أن يكون غير مديون، وإمّا أن يكون مديون، فإن كان مديوناً، فإمّا أن يكون دينه مستغرقاً لتركته، وإمّا أن يكن غير مستغرق لها، وعلى كل حال فإمّا أن يكون الموهوب له وارثاً للواهب، أو أجنبياً منه،

(١) (مادة ٥٦٠) التصرّف المضاف إلى ما بعد الموت ينفذ من ثلث المال، لا من جميعه، وإن كان صدوره في حال الصحة.

وإن كان أجنبياً فإمّا أن يكون للواهب وارث، أو لا، وفي كلّ هذه الأحوال إمّا أن يكون الموهوب أقلّ من ثلث تركته، أو مساوياً له، أو أكثر منه، وكل ما له حكم يخصّه، وإليك البيان: فإن كان الواهب غير مديون أصلاً، وكان الموهوب له أجنبياً منه، ولم يكن له وارث نفذت الهبة كلها، ولو كان الموهوب كل التركة فلا حقّ لأحد في المعارضة، ولا بيت المال بل إذا لم تكن الهبة بالكلّ فله الباقي، وإن كانت بالكلّ فلا يستحقّ شيئاً، والسبب في ذلك أن الموهوب له في هذه الحالة يعتبر موصى له، وهذا مقدّم على بيت المال في الاستحقاق والمتأخر لا حقّ له في معارضة المتقدم.

وإن كان الواهب مديوناً، وكان دينه مستغرقاً لتركته بأن كانت الديون الثابتة في ذمّته وقت موته أربعة آلاف جنيه مثلاً، وتركته تقوم بهذا المبلغ، فلا تنفذ الهبة سواء كان الموهوب قليلاً، أو كثيراً، وسواء كان الموهوب له أجنبياً من الواهب، أو وارثاً له إلا إذا أجازها الدائنون فإنها تنفذ، ولو استغرقت جميع المال، ولا عبرة بإجازة الورثة في هذه الحالة؛ لأنّ الحقّ ليس لهم إذ حقّهم في الإرث مؤخّر عن قضاء الديون، فالإجازة وعدمها يشتان لصاحب الحق، فإن شاء ألغاهما، وإن شاء أمضاها.

وإن كان الواهب مديوناً، ولكن دينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألفي جنيه، وتركته تساوي أربعة آلاف جنيه تخرج من التركة أولاً مقدار الديون، ونحكم على المبلغ الزائد بالحكم على الهبة في حالة ما إذا كانت التركة خالية عن الدين.

وإن كان الواهب غير مديون، وكانت الهبة لوارث، وكان للواهب ورثة غيره فلا تنفذ الهبة إلا إذا أجازتها الورثة سواء كانت الهبة بأقلّ من الثلث، أو به، أو بأكثر منه لأنّ فيه إثارة بعض الورثة على البعض الآخر، فإذا لم نحفظ لهم الحقّ أدّى ذلك إلى قطيعة الرّحم، وهي منهي عنها.

ويشترط في صحّة الإجازة أن يكون المجيز من أهل التبرّع؛ إجازة الصّبي، والمجنون، والمعتوه، والمحجور عليه لسفه غير معتدّ بها؛ لأنّ كلّاً منهم ليس أهلاً له، ويعتبر كون الموهوب له وارثاً، أو غير وارث وقت موت الواهب لا وقت الهبة كما حكمنا بهذا الحكم على الوصيّة.

وإن كان الواهب غير مديون، وكانت له ورثة، وكان الموهوب له أجنبيّاً منه بأن كان غير وارث له وقت موته فإن كان الموهوب لا يتجاوز ثلث التركة أنفذت الهبة، وإن لم تجزها الورثة، فإن تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازة الورثة، فإن ردّها بطلت فيه، وإن أجازوها نفذت؛ لأنّ المنع كان لحقّهم وقد أسقطوه، فيزول المانع، والأصل في هذا حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنه المتقدّم في شرح مادّة (٥٣٧) ومثل الهبة فيما ذكر الضّمان، وهو الكفالة التي هي ضمّ ذمّة إلى ذمّة في المطالبة بالدين، فإذا كان شخص مديناً لآخر في خمسمائة جنيه مثلاً، وضمن المدين شخص آخر بهذا المبلغ كان هذا كفالة، فإذا فرضنا أنّ الضّامن كان مريضاً مرض الموت، وكان كلّ من المضمون له (وهو الدائن)، والمضمون عنه (وهو المديون) أجنبيّاً منه، ولم يكن له وارث نفذ الضّمان، فللدائن الحقّ في أخذ الدين المضمون به من تركته، وليس لأحد حقّ في معارضته، ولو استغرق هذا الدين كلّ التركة، وإن كان الضّامن مديوناً، ودينه مستغرق لتركته فلا ينفذ الضّمان ولو قلّ الدين المضمون به إلا إذا أبرأه الدائنون الذين تعلّق حقّهم بأمواله قبل هذا الضّمان؛ لأنّ الحقّ لهم في هذه الحالة.

وإن كان الضّامن مديوناً ولكن دينه غير مستغرق لتركته نخرج من التركة أولاً مقدار الديون الثّابتة، ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الدين بالحكم على الضّمان في حالة خلو التركة عن الديون.

وإن كان الضامن غير مديون أصلاً، وكان المكفول له، أو عنه وارثاً، وكان للضامن ورثة غيره، فلا ينفذ هذا الضمان إلا إذا أجازته الورثة، وكانوا من أهل التبرع سواء كان الدين المضمون قليلاً أو كثيراً فإن أجازت الورثة ثبت للمضمون له أخذ الدين من التركة، وإن لم يجيزوا فلا حق له في أخذ شيء منها، بل يأخذ دينه من المدين الأصلي وهو المكفول عنه.

وإن كان الضامن غير مديون، وكانت له ورثة وكان كل من المضمون له، وعنه أجنبياً منه، فإن كان المال المضمون لا يتجاوز ثلث المال نفذ، وإن لم تجز الورثة، فإن تجاوز الثلث توقف الزائد على إجازتهم، فإن ردّوه؛ بطل، وإن أجازوه نفذ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه، فيزول المانع، وقس باقي تصرفات المريض التي هي تبرع محض كالوقف والصدقة على الهبة، والضمان.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان التصرف من تصرفات المعاوضة، ولكن فيه معنى التبرع كالبيع بأقل من القيمة حكمنا على المبلغ المحابى به حكمنا على الوصية فننظر إلى حال البائع، والمشتري، والقدر المحابى فيه ونجري الأحكام المتقدمة، وذلك أن الشخص المريض مرض الموت إما أن يبيع لوارث، أو لغير وارث، وعلى كل فإما أن يكون مديوناً، أو غير مديون، وإن كان مديوناً، فإما أن يكون الدين مستغرقاً لتركته، أو غير مستغرق لها، وإليك بيان الأحكام: فإن باع المريض لوارثه بمثل القيمة، أو بغبن يسير، وكان المريض غير مديون كان هذا البيع موقوفاً على إجازة باقي الورثة فإن أجازوه نفذ، وإن ردّوه بطل وإن باع المريض لغير وارثه بأن كان أجنبياً منه، وليس على المريض دين، أو كان عليه ولكنه غير مستغرق لتركته، فإن كان البيع نافذاً لازماً فليس لأحد من الورثة حق في الاعتراض على هذا العقد، ومثل الورثة الدائنون إن كان الغبن لا يؤثر على حقوقهم.

وسبب هذا الحكم في هذه الحالة والتي قبلها أن المريض ممنوع من إثارة بعض الورثة بالعين؛ لأنَّ النَّاسَ لهم أغراض في العين، فلا يملك إثارة بعض الورثة بها، وأمَّا في حقِّ غير الورثة فهو ممنوع من إبطال المالية حتى كان له أن يبيع له جميع ماله بمثل القيمة، وبأقلَّ منها إلى ثلثي القيمة إذا لم يكن عليه دين؛ لأنَّ له أن يجازي غير الوارث بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرَّع به، فبعد موت المريض يكون الغرماء أحقَّ بهالية التَّركة، والورثة أحقَّ بالأعيان، ولذا كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة من الدَّائنين حتى لو كانت التَّركة مستغرقة بالدين، فأراد الورثة استخلاصها، ونقد المال يجبر ربَّ الدين على القبول؛ لأنهم عند استغراق التَّركة بالدين، وإن كان لا ملك لهم حق استخلاصها أمَّا لو قالوا: نحن نوذِّي الدين، ولم يدفعوا فعلاً، فيكون للقاضي أن يبيع التَّركة، ويقضي حقَّ الغرماء، بخلاف الأجنبي فإنه لو نقد الدين لا يجبر صاحب الدين على القبول؛ لأنَّ الأجنبي ليس له استخلاص التَّركة. وهذا إذا كان الدين مساوياً لقيمة التَّركة، فلو كان زائداً عنها فللورثة ولاية استخلاص التَّركة بأداء جميع الدين، لا بقدر التَّركة؛ لأنَّ الغرماء قد يكون لهم غرض صحيح في استبقاء الأعيان إذ من الجائز أن يبيعوها بعد زمن بما يستوفون منه جميع ديونهم.

والحكم الثَّابت لجميع الورثة يثبت لبعضهم فإذا سلم بعضهم في الأعيان للدَّائنين، ولم يرد دفع قيمتها كان للبعض الآخر حقُّ في الاستخلاص.

وما تقدَّم من الفرق بين الوارث وغيره هو مذهب الإمام الأعظم، ووافقها الصَّاحبان في الحالة الثَّانية وهي ما إذا كان البيع لغير وارث، وخالفاه في الحالة الأولى وهي ما إذا كان البيع لوارث فقالا: إن كان البيع بمثل القيمة؛ فلا حقَّ لباقي الورثة في الاعتراض على هذا البيع لانتهاء التُّهمة ولتمكُّن الورثة من أن يشتروا بالثَّمَن الذي أخذه المورث عيناً أخرى مثل المبيعة، أمَّا لو كان الثَّمَن أنقص من القيمة ولو

يسيراً فيوقف على إجازتهم فإن لم يجيزوا تخير الوارث المشتري بين أمرين:

الأول: أن يبلغ المبيع تمام القيمة، وحينئذ يسقط حقهم في الاعتراض.

الثاني: أن يفسخ البيع، ويرد المبيع إلى التركة، ويستلم الثمن الذي دفعه للمورث.

فقد ظهر من هذا أن علة عدم نفاذ بيع المريض لبعض الورثة عند الصّاحبين هي وجود التهمة حتى لو انتفت بأن كان البيع بمثل القيمة نفذ، وإن لم تجزه الورثة، وعند الإمام الأعظم هي إثارة بعض الورثة بالأعيان.

ويؤخذ حكم ما إذا باع المريض مرض الموت لوارثه شيئاً من أمواله بأكثر من قيمته من توجيه كل من المذهبين.

وإن باع المريض لغير الوارث أيضاً وكان غير مديون، ولكن البيع فيه غبن فاحش وهو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين، فلا يخلو الحال من أحد أمور ثلاثة:

الأول: أن يكون النقص الذي حصل في الثمن بأقل من ثلث ماله.

الثاني: أن يكون مساوياً له.

الثالث: أن يكون زائداً على الثلث.

فإن كان الأول، أو الثاني فهو محاباة جائزة من المريض للمشتري، فليس للورثة حق في الاعتراض على المشتري لأن المريض له أن يتبرع في مرض موته لغير وارثه بثلث ماله ويكون هذا التبرع نافذاً، وإن لم تجزه الورثة.

وإن كان الثالث وهو ما إذا كان النقص الذي حصل في الثمن زائداً على الثلث؛ خیرت الورثة بین أمرین:

الأول: إجازة الزائد على الثلث، وحيثئذ فلا يلزم المشتري بشيء؛ لأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوه.

الثاني: ألا يميزوه، وفي هذه الحالة يخیر المشتري بین أمرین:

الأول: أن يدفع للورثة الزائد على الثلث؛ ليكمل لهم الثلثين.

الثاني: أن يفسخ البيع، ويرد المبيع إلى الورثة، وحيثئذ يعطي المشتري ما دفعه من الثمن لما علم مراراً أن المريض ليس له أن يعطي غير الوارث أكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة، فلو فرض أن شخصاً باع وهو مريض مرض الموت بيتاً إلى أجنبي منه بمائتي جنيه، وكانت قيمة البيت تساوي خمسمائة جنيه، فيكون قد حابه بثلاثمائة جنيه، فإن كانت جميع أموال المريض تساوي ألف جنيه، فليس للورثة حق في الاعتراض على هذا العقد؛ لأن القدر المحابي به وهو الثلاثمائة أقل من ثلث أموال المريض، ومثله ما إذا كانت جميع أمواله تساوي تسعمائة جنيه؛ لأن القدر الذي حابي به المشتري مساوٍ للثلث فينفذ، وإن لم تجز الورثة. ولو كانت جميع أموال المريض تساوي ستمائة جنيه فقط ثبت للورثة حق الاعتراض على هذا العقد؛ لأنه في هذه الحالة يكون القدر المتبرع به أكثر من الثلث إذ هو ثلاثمائة، وثلث أموال المريض مائتان فقط، فيثبت لهم هذا الحق، وحيثئذ فإما أن يفسخ المشتري البيع ويسلم المبيع إلى الورثة، ويستلم الثمن الذي دفعه، وإما أن يعطيهم مائة جنيه ليكمل لهم الثلثين اللذين هما أربعمائة في هذا المثال، وتكون المائتان اللتان هما ثلث المال وصية، وهذا أحسن له كما هو ظاهر.

وإن كان المريض الذي باع شيئاً من أملاكه لأجنبي منه بغبن فاحش مديوناً، ولكن دينه غير مستغرق لتركته فما علينا إلا أن نخرج مقدار الدين من التركة، ونحكم على المبلغ الباقي بعد إخراجه بالأحكام التي حكمنا بها في الأحوال التي يكون المريض فيها غير مديون أصلاً.

وإن باع المريض لغير الوارث، وكان عليه دين مستغرق لتركته، فإن لم يكن في البيع محاباة أصلاً بأن كان بمثل القيمة فلا حقَّ للدائنين في الاعتراض؛ لأنَّ حقَّهم متعلِّق بهالية التركة لا بأعيانها؛ فالمدِين وإن كان قد أخرج شيئاً عن ملكه بهذا العقد إلا أنه أدخل فيه ما يقابله من الثمن المساوي لقيمته، أمَّا لو كانت فيه محاباة سواء كانت قليلة، أو كثيرة فلا ينفذ إلا بإجازة الدائنين؛ لأنَّ الحقَّ لهم لا للورثة في هذه الحالة إذ الإرث مؤخَّر عن قضاء الديون، فإذا لم يميزوا بخير المشتري بين أمرين:

الأول: فسخ العقد، وأخذ ما دفعه من الثمن، وحيثُ يضم المبيع إلى التركة، وتباع ليقسم ثمنها على الدائنين إن وفي بديونهم، وإلا فيأخذ كل منهم بنسبة دينه، ولكن هذا إذا لم ترد الورثة استخلاص التركة بدفع ما عليها من الديون، فإن أرادوا ذلك أجيبوا إلى طلبهم لأنَّ حقَّ الدائنين متعلِّق بهالية التركة لا بأعيانها كما علم قريباً.

الثاني: أن يبلغ المشتري المبيع تمام قيمته، وفي هذه لا ينزع الدائنون المبيع من تحت يده إذ لا ضرر يلحقهم.

وإنما لم ينظر للمحاباة في هذه الحالة، ويقال فيها ما قيل فيما إذا كان المريض غير مديون وهو التفصيل بين المحاباة التي تخرج من الثلث، والتي تزيد عليه لأنه لو كان مديوناً لم يثبت له حق في المحاباة أصلاً إذ حقَّ الدائنين مقدَّم على من سواهم، لأنَّ ما يأخذونه في مقابلة ما أعطوه بخلاف المتبرِّع له فإنه يأخذ المتبرِّع به بلا عوض، ولكن

محل تخير المشتري بين الأمرين المتقدمين إذا كان كلٌّ منهما ممكنًا، فإن تعذر أحدهما كما إذا هلك المبيع تحت يده، أو أخرجه عن ملكه ألزم باتمام الثمن إلى أن يبلغ القيمة.

ومثل البيع في كلِّ الأحوال المتقدمة الشراء، فإذا اشترى المريض مرض الموت من وارثه الصَّحيح، أو من أجنبي وكان غير مديون، أو مديونًا سواء كان دينه مستغرقًا لتركته، أو غير مستغرق لها اتبعت الأحكام المتقدمة في البيع، لكن إن كان في العقد محاباة اعتبرت بزيادة الثمن عن قيمة المبيع في صورة الشراء، بخلاف البيع فإنها معتبرة بالزيادة في القيمة لأنَّ المحاباة فيها لا تكون إلا بذلك.

وأما محاباة المريض في الإجارة بأن أجر أرضًا له ثلاث سنين بألف جنيه، وكانت قيمة أجرتها في هذه المدَّة ألفين، فلا يظهر أن حكمها كحكم الوصية؛ لأنَّ الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين، فلا ضرر على الورثة فيما بعد الموت؛ لأنَّ الإجارة لما بطلت صارت المنافع مملوكة لهم وفي حياته لا ملك لهم، فلا ضرر عليهم فيما يستوفيه المستأجر حال حياة المؤجر، ومثل الإجارة الاستئجار بأن استأجر شيئًا بأكثر من قيمته، وكانت المحاباة كثيرة فتأمل.

ولا يمكننا الحكم على المريض بأنه مرض موت إلا إذا مات به الشخص؛ لأنه يؤخذ من الإضافة أنه هو المرض الذي يكون الموت في نهايته، ولذا لو برئ منه المريض حكمنا على جميع تصرُّفاته بالأحكام التي نحكم بها على تصرُّفات الأصحاء.

وقد نصُّوا على أن جميع تصرُّفات المريض نافذة حال حياته، ولو كان الغالب الهلاك من هذا المرض لأنه من الجائز أن يبرأ هو منه، وإن كان غيره يموت به لأنَّ الآجال لا يعلمها إلا الله وكثيرًا ما تخلفت ظنون الحكماء قال تعالى: ﴿وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَّاذَا تَكْسِبُ غَدًا ۖ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾.

ونبني على ذلك أنه لو أقرَّ بشيء لغيره ولو كان المقرُّ له وارثًا يؤمر في الحال بتسليمه له إذ يجوز برؤه من هذا المرض، فيكون حكم تصرُّفه كحكم تصرُّفات الأصحاء، ومثل الإقرار جميع تصرُّفاته من هبة، ووقف، وبيع، وشراء بمحابة فما دام المريض حيًّا لا يثبت لأحد حق في الاعتراض على هذا التصرُّف، فإذا مات أجرنا على كل تصرُّف ما يناسبه من الأحكام المتقدمة. انظر: مادة (٥٦١).^(١)

وإن كان التصرُّف منجزًا، والمتصرِّف مريضًا مرض الموت، وكان التصرُّف إخباريًا، وهو الإقرار فلا يخلو الحال من أحد أمرين:

الأول: أن يكون الإقرار لغير وارث.

الثاني: أن يكون لوارث، فإن كان الأول صحَّ الإقرار، ونفذ بلا توقُّف على تصديق الورثة ولو استغرق جميع ماله، فإذا قال المريض: إن لفلان في ذمتي ألف جنيه مثلاً، وكان المقرُّ له أجنبيًّا صحَّ هذا الإقرار، ولا حقٌّ لأحد في معارضته بل له أن يستوفي كلَّ هذا المبلغ من التركة بعد تسديد ديون الصحة.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كان الإقرار لوارث توقف على تصديق بقية الورثة، ولو قلَّ المقرُّ به، فإن شاءوا نفذوه، وإن أرادوا إلغائه أبطلوه، ولا فرق في ذلك بين ما إذا كان المقرُّ به عيًّا، أو دينًا سواء أقرَّ بأنَّ في ذمته لوارثه مائة جنيه مثلاً، أو كان وارثه مدينًا له فأقرَّ به بأنه قبض منه هذا الدين، أو من ضامن الوارث في الدين الذي عنده، فإنَّ هذا كله يتوقَّف على تصديق الورثة إلا في ثلاث مسائل، وسنذكرها قريبًا.

(١) مادة (٥٦١) جميع تصرُّفات المريض الإنشائية من هبة، ووقف، وضمان، ومحابة في الإجارة، والاستئجار، والمهر، والبيع، والشراء، وغير ذلك من المعاملات حكمها حكم الوصية في اعتبارها من الثلث، والمرض الذي يبرأ منه ملحق بالصحة.

والسبب في ذلك أن في هذا الإقرار تفضيل بعض الورثة على البعض الآخر بسبب إعطائه شيئاً من المال بعدما تعلّق حقّ جميعهم به، وهذا لا ينفذ كالوصيّة له لما فيه من إبطال حقّ الباقيين، وإنما تعلّق حقّهم بهاله لاستغنائه عنه بعد الموت الذي وجد سببه وهو المرض فلا يمكن إبطال حقّ بعضهم بجعل شيء من مال للبعض الآخر، ومقتضى هذا السبب ألا ينفذ الإقرار للأجنبي أيضاً إلا في الثلث كما في الوصيّة له، فإن زاد عن الثلث فلا ينفذ الزائد إلا بتصديق الورثة لأن فيه إبطال حقهم بعدما تعلّق بهاله، فلا يمكن منه وهو القياس ولكنهم أخذوا فيه بالاستحسان تاركين القياس ظهرياً لما ورد عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما (إذا أقرّ الرّجل في مرضه بدلي لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بهاله، وإن أقرّ لوارث فغير جائز إلا أن يصدّقه الورثة) فأخذ علماؤنا بهذا لأنّ قول الواحد من فقهاء الصّحابة عندنا مقدّم على القياس، ووجه هذا الاستحسان أننا لو لمن نقبل إقراره؛ لامتنع النّاس عن معاملته في الصّحّة حذراً من ضياع أموالهم فينسُدّ عليه طريق التّجارة، والمداينة فيلحقه الضّرر، فلا يحجر عليه بالنّسبة لهذا الإقرار لاحتياجه إلى المعاملة كما لا يحجر عليه في حقّ الأجنبي بالنّسبة للتبرّع له إلى الثلث لحاجته إلى التّقرب إلى الله تعالى فيه، ولكن قال: إنّ الحاجة موجودة بالنّسبة للوارث أيضاً؛ لأنّ النّاس كما يعاملون الأجنبي يعاملون الوارث وأجابوا عن ذلك بأنّه قلّمّا تقع المعاملة معه لأنّ البيع للاسترباح، ولا استرباح مع الوارث لأنّه يستحي من المماكسة معه فلا يحصل.

ومثل الإقرار بالدين الإقرار بالعين، فإذا أقرّ المريض لوارثه بأن البيت الفلاني مملوك له فلا ينفذ هذا الإقرار إلا بتصديق بقية الورثة أمّا إذا كان الإقرار لأجنبي فإنه ينفذ، وإن لم يكن له مال غيره بدون احتياج إلى تصديق الورثة.

وقيد بعضهم نفاذ إقرار المريض بالاعيان للأجنبي من جميع ماله بها إذا كان

الإقرار حكاية عن شيء ثابت في الماضي أمّا إذا كان الغرض منه ابتداء التّملك توقّف الزّائد عن الثّلت على إجازة الورثة، ومعنى ابتداء التّملك في الإقرار أن يكون إقراراً في الصّورة وهو في الحقيقة ابتداء تملك بأن يعلم بوجه من الوجوه أن الشّيء الذي أقر به ملك له، وإنما قصد إخراجه في صورة الإقرار لأجل ألا يكون فيه منع ظاهر على المقر مريداً بذلك الإضرار بالورثة كما يحصل كثيراً في زماننا.

ولا فرق في ذلك بين ما إذا ملك الشّيء المقر به، وهو مريض أو ملكه وهو صحيح واستمرت ملكيته له حتى مرض، وهذا القيد حسن؛ لأن هذا ليس إقراراً في الحقيقة إذ حقيقة الإقرار هي الحكاية عن شيء ثابت قبله، ولهذا كان الإقرار مظهر الملك المقر له لا سبباً للملك كما هو رأي الكثيرين، ومما يشهد لهذا التقييد ما ذكره في القنية وهو بالمعنى إذا أقرّ شخص وهو صحيح بأن البيت الفلاني الذي تحت يد أبيه مملوك لفلان، ثمّ مات الأب، والابن مريض فلا يستحقّ المقر له البيت إلا إذا كان يخرج من ثلث المال؛ لأن إقرار الابن متردّد بين أن يموت الابن، أو لا، فيبطل، أو الأب أولاً، فيصحّ فصار كالإقرار المبتدأ في المرض.

فهذا كالتنصيب على أن المريض إذا أقرّ بعين في يده لأجنبي إنما يصح إقراره من جميع المال إذا لم يكن تملكهم إياه في حال مرضه معلوماً حتى يمكن جعل إقراره إظهاراً لحقّ المقر له لا تملكاً أمّا إذا علم تملكه في حال مرضه، فإقراره لا ينفذ إلا من ثلث المال، وقال في الفصول العباديّة إقرار المريض للأجنبي يجوز حكاية من جميع المال، وابتداء من ثلث المال وهو صريح فيما تقدّم من التّقييد.

وقد جاء في مادّة (١٦٠١٩) من المجلّة، والإقرار لأجنبي صحيح من جميع المال في مرض الموت إذا لم يكن عليه دين الصّحّة؛ ولم يعلم أن المقر ملكه بسبب هبة، أو إرث، أو شراء من مدّة قريبة، وأمّا إذا علم أن المريض كان ملكه بسبب ما ذكر وكان

قريب عهد في تملكه، فيكون من الثلث سواء حمل على الوصية إن كان في مذاكرة الوصية، وإلا فعلى الهبة إذا كان معلوماً ذلك عند كثير من الناس، فهذا صريح في أن الإقرار لا ينفذ من جميع المال إلا إذا كان المقر له مالاً للشيء المقر به، والإقرار أظهر ذلك.

أمّا إذا كان الغرض منه ابتداء تملك في الحال، فلا ينفذ إلا من الثلث، وإنما أكثرنا في هذه المسألة من القول لأن بعضهم ينكر هذا التقييد، ولا يفرق بين حقيقة الإقرار، ومجازه مع أنه في غاية الحسن، ولم لم يحمل المطلق على المقيّد، فيزول ما عندهم من الإشكال.

إذا تقرّر هذا فينبغي أنه متى حصل نزاع في إقرار، ورفعت المسألة إلى القاضي بحثها بحث مدقّق، فينظر إلى الأغراض لا إلى الألفاظ حتى يصل إلى الحقيقة، فيحكم بما تقتضيه.

ويستثنى من عدم نفاذ إقرار المريض لوارثه ثلاث مسائل؛ فالإقرار فيها نافذ، وإن لم يصدقه الورثة:

الأولى: إذا كان للوارث وديعة معروفة عند مورثه بأن أودع عنده ألف جنيه مثلاً على يد شهود سواء كان ذلك في صحته، أو في حال مرضه، فأقر المريض بأنه استهلكها نفذ، وإن عارضت الورثة فيه، وحيث يثبت للمقر له استيفاء هذا المبلغ من التركة قبل قسمتها عليهم لأن قضاء الديون مقدّم على الإرث وسبب استثناء هذه المسألة أن الضمان واجب في تركته، وإن لم يقر لأنّ الوديعة متى كانت معروفة، ومات المودع مجهلاً لها ولم توجد في تركته ثبت للمودع أخذ بدلها؛ لأنّ الأمانات تضمن بموت الأمين غير مبين لها فالإقرار وعدمه في الحقيقة سواء بالنسبة للضمان.

الثانية: إذا كان للمورث وديعة عند الوارث فأقرَّ وهو مريض بأنه قبضها منه صحَّ هذا وإن لم تصدِّقه الورثة فلا حقَّ لهم في مطالبتها بها، والسبب في ذلك أنه إذا مات، ولم يقرَّ بالقبض، فادَّعى الوارث أنه سلَّمها له في حياته صدق في دعواه من غير إقامة بيِّنة لأنه أمين وحكمه ما ذكر.

ولذا كان هذا الحكم غير خاص بالوديعة، بل هو شامل لجميع الأمانات كالعارية، ومال الشركة، والمضاربة فمتى أقرَّ بقبضها من وارثه نفذ، وإن لم تصدِّقه الورثة للسبب المتقدم.

الثالثة: إذا أقرَّ بقبض ما قبضه الوارث من مديونه بطريق الوكالة، فإذا فرضنا أنَّ المورث كان دائناً لشخص، ووكل وارثه في قبض الدين منه ثمَّ أقرَّ وهو مريض بأنه استلم الذي قبضه وارثه من مديونه بطريق التوكيل نفذ هذا الإقرار، وإن لم تصدِّقه الورثة؛ لأنَّ الوكيل أمين في مال الموكل، فيكون السبب ما ذكر في سابقتها.

وقال الإمام الشافعي رضي الله تعالى عنه في أحد قوليهِ: إنَّ إقرار المريض لوارثه نافذ، وإن لم تصدِّقه الورثة، ووجه هذا القول أن الإقرار مظهر حقاً ثابتاً، وقد ترجح جانب الصِّدق فيه بدلالة الحال، فإنَّ حال المرض أدلُّ على الصِّدق لأنه حال تدارك الحقوق، فلا يجوز أن يثبت الحجب عن الإقرار به، فصار كالإقرار لأجنبي، وبوارث آخر وهذا جائز بالاتفاق فليكن هذا مثله.

وفصل الإمام مالك في ذلك فقال بالنفاذ وإن لم يصدِّقه باقي الورثة إن لم يكن متَّهماً فيه. وبعدم النفاذ إلا بتصديق الورثة إذا كان متَّهماً. فإذا فرض أن شخصاً مريضاً مرض الموت ليست له ورثة إلا بنتاً، وابن عمٌّ شقيق، أو لأب؛ فأقرَّ لابنته بشيء من أمواله توقف النفاذ على تصديق ابن العم لأنه متَّهم فيه إذا الظاهر أنه يريد

تفضيل ابنته على ابن عمه، ولو كان الإقرار لابن العم نفذ، وإن لم تصدقه البنت لأنه لا يتهم في أنه يريد تفضيله على بنته فيكون الظاهر أنه صادق في هذا الإقرار، فينفذ لعدم التهمة وهو تفصيل يهم المتبعين للحقائق.

وأما للإمام أحمد فهو موافق للإمام الأعظم أبي حنيفة. انظر: مادتي (٥٦٣) و(٥٦٤).^(١)

فالذي علم من هذا أن الإقرار يختلف حكمه بالنسبة للوارث ولغيره فإذا لا بد من معرفتهما حتى نحكم على كل واحد بالحكم الذي يناسبه فأصغ للتفصيل الذي يلقي عليك حتى يتميزا عن بعضهما وهو أن الشخص المريض إذا أقر لغيره بشيء من أمواله فلا يخلو حال ذلك الغير من أمور أربعة:

الأول: أن يكون وارثاً للمقر وقت الإقرار، وليس وارثاً له وقت الموت.

الثاني: أن يكون وارثاً وقتها وليس وارثاً فيما بينهما.

الثالث: أن يكون غير وارث وقت الإقرار، ولكنه صار وارثاً وقت الموت.

الرابع: أن يكون غير وارث وقتها.

فإن كان الأول نفذ الإقرار وإن لم تصدقه الورثة، وينبني على ذلك أنه إذا كان

(١) (مادة ٥٦٣) إقرار المريض بدين لغير وارثه صحيح، وينفذ من جميع ماله، وإن استغرقه، وكذا إقراره بعين إلا إذا علم تملكه لها في مرضه.

(مادة ٥٦٤) إقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدقه بقية الورثة سواء كان إقرار بعين، أو دين عليه للوارث، ويقبض دين له من الوارث، أو من كفيه إلا في صورة ما إذا أقر باستهلاك وديعته المعروفة التي كانت مودعة عنده، أو أقر بقبضه ما كان وديعة عند وارثه، أو بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه.

للمريض إخوة، وليس له ابن فأقر لأحد إخوته بشيء، ثم ولد ابن واستمر حيًا حتى مات أبوه؛ اعتبر الأخ أجنبيًا منه، فيستحق الشيء المقر به اتفاقًا لأنه غير وارث وقت موت المقر إذ الابن يحجب جميع الإخوة من الميراث، وإن كان الثاني وهو ما إذا كان وارثًا وقتها ولم يكن وارثًا فيما بينهما ففيه خلاف، فأبو يوسف يعتبره وارثًا، فيقول: لا ينفذ الإقرار إلا بتصديق الورثة، ومحمد يعتبره أجنبيًا فيقول: ينفذ وإن لم يصدقوه.

ويتفرع على هذا أنه إذا أقر لزوجته وهو مريض، ثم أبانها وبعد انقضاء عدتها تزوجها ثانيًا ومات وهي زوجته فلا يكون الإقرار نافذًا إلا بتصديق الورثة عند أبي يوسف، ويكون نافذًا، وإن لم يصدقوه عند محمد، ووجه أبو يوسف كلامه بأن العبرة بحالة الإقرار وحالة الموت لأن حالة الإقرار حالة انعقاد السبب، وحالة الموت حالة ثبوت الحكم فلا يعتبر ما بينهما إذ لا تعلق للحكم به خصوصًا وأن المقر متهم في الطلاق، ومحمد يقول: إن المقر له لما صار أجنبيًا نفذ الإقرار كما لو أنشأه في هذا الوقت، ألا ترى أنه لو لم يتزوجها ثانيًا كان نافذًا فلا يؤثر العقد بعد ذلك، وبعضهم قال: إن أبا يوسف رجع عن قوله، ووافق محمدًا.

وإن كان الثالث وهو ما إذا كان غير وارث وقت الإقرار ثم صار وارثًا وقت الموت ففيه تفصيل لأن استحقاقه للإرث إما أن يكون بسبب موجود وقت الإقرار، وإما أن يكون بسبب حادث بعده فإن كان الأول؛ اعتبر وارثًا بالاتفاق فلا ينفذ الإقرار إلا بتصديق الورثة وإن كان الثاني اعتبر أجنبيًا اتفاقًا فينفذ وإن لم يصدقوه ويتفرع على الأول أنه إذا أقر شخص وهو مريض مرض الموت لأخيه، وله ابن ثم مات الابن قبل موت أبيه ومات الأب بعد ذلك فلا يستحق الأخ الشيء المقر به إلا إذا صدقه الورثة؛ لأن السبب الذي استحق به الإرث وقت موت المقر وهو القرابة كان موجودًا وقت الإقرار ولكنه كان غير وارث وقته لوجود الحاجب له وهو

الابن، ومثل هذا ما إذا أقر الشخص لأخيه المخالف له في دينه، ثم أسلم قبل وفاته؛ لأن سبب الإرث وهو القرابة كان موجوداً وقت الإقرار وإن كان هناك مانع منه وهو اختلاف الدين.

ويتفرع على الثاني أن المريض إذا أقر لامرأة أجنبية منه، ثم تزوجها ومات وهي على ذمته استحققت جميع المقر به، وإن عارضت الورثة لأن السبب الذي ورثت به وهو الزوجية لم يكن موجوداً وقت الإقرار.

وإن كان الرابع وهو ما إذا كان غير وارث وقتها بأن أقر لشخص غير قائم به سبب من أسباب الميراث ومات وهو كذلك، ولو وجد السبب فيما بينهما اعتبر المقر له أجنبياً فيستحق جميع المقر به وإن لم تصدقه الورثة فإذا أقر لامرأة أجنبية منه وهو مريض ثم تزوجها وطلقها ومات وهي خارجة عن ذمته أو لم يتزوجها استحققت جميع المقر به ولو عارضت الورثة.

ومتى عرفت هذه الأحوال يمكنك أن تخرج أي مثال يرد عليك تابعا للحالة التي هو منها ولا يخفى عليك بعد معرفة ما ذكر أن الوارث هنان يخالف الوارث بالنسبة للوصية إذ المعتبر فيه بالنسبة لها أن يكون وارثاً وقت موت الموصي بقطع النظر عن وقت الوصية. انظر: مادة (٥٦٥).^(١)

(١) (مادة ٥٦٥) العبرة بكون المقر له وارثاً، أو غير وارث عند الإقرار، ومعنى كونه وارثاً عند الإقرار أنه قام به سبب من أسباب الميراث، ولم يمنع من ميراثه مانع عند الموت، فلو أقر لغير وارث بهذا المعنى جاز، وإن صار وارثاً بعد ذلك بشرط أن يكون إرثه بسبب حادث بعد الإقرار كما لو أقر لأجنبية، ثم تزوجها بخلاف ما إذا كان السبب قائماً لكن منع مانع ثم زال بعده كما لو أقر لابنه مع اختلاف الدين، ثم أسلم؛ فإنه يطل الإقرار، وكذا لو أقر لأخيه المحجوب باختلاف دين، أو وجود ابن إذا زال حجه بإسلامه، أو موت الابن؛ لا يصح الإقرار لقيام السبب عند الإقرار، وزوال المانع عند الموت، ولو أقر لأخيه مثلاً، ثم ولد له ابن، واستمر حياً إلى الموت يصح الإقرار لوجود المانع عند الموت.

ومن التصرّفات التي اهتموا فيها المريض، ونظروا فيها لحقّ الورثة إقراره، أو وصيته لمن أبانها فإذا طلق الرَّجل زوجته طلاقاً بائناً وهو مريض بمرض الموت، فأقر لها بدين، أو أوصى لها بوصيّة، ثمّ مات من مرضه هذا قالوا: إنّ هذا الطّلاق إمّا أن يكون بطلبها، وإمّا أن يكون بغيره فإن كان الأوّل ومات قبل انقضاء عدّتها استحقّت أقلّ الشّيتين وهما مقدار ما ترثه منه والدّين المقرّ به لها أو المبلغ الموصى لها به، والسّبب في ذلك تهمة المواضعة بين الزّوجين إذ يجوز أن الزّوج يريد أن يعطي لزوجته أكثر مما تستحقّه في الميراث لو مات وهي على ذمّته فيتفقان على طلبها الطّلاق لينفتح لهما باب الإقرار، أو الوصيّة فيرد عليهما هذا القصد السيّئ نظرًا لحقوق الورثة، ولا تهمة في أقلّها فيثبت، ويعطى لها بحكم الإقرار لا بحكم الإرث ولذا لاتصير شريكة في أعيان التّركة، فإن مات بعد انقضاء عدّتها استحقّت كل المقر به، أو الموصى به لأنها والحالة هذه تكون أجنبيّة منه إذ الإرث لا يتأتى بعد انقضاء العدة.

وإن كان الثّاني وهو ما إذا كان الطّلاق بغير طلبها فلها الميراث بالغاً قدره ما بلغ إن مات في عدّتها لأنه والحالة هذه يكون هارباً من إرثها، فيرد عليه قصده السيّئ فترثه فإن استمرّ حيّاً حتى انقضت عدّتها، ومات استحقّت الوصيّة، أو المقرّ به إذ لا إرث بعد انقضاء العدة وقد تقدّم ذلك مستوفى في طلاق المريض. انظر: مادة (٥٦٦).^(١)

ومن التصرّفات التي جعلوا حكمها حكم الوصيّة إبراء المريض مدينه من

(١) (مادة ٥٦٦) إذا أقرّ المريض بدين، أو أوصى بوصيّة لمن طلقها بائناً بطلبها في مرض موته الأقلّ من الإرث، ومن الدّين، أو الوصيّة إن مات في عدّتها، وإن طلقها بلا طلبها؛ فلها الميراث بالغاً ما بلغ إن مات في عدّتها.

الدَّيْنِ أَي: التنازل له عنه، ولما كان لا يمكننا الحكم على الوصية في أول الأمر بأنها تنفذ من ثلث المال أو من كله، أو لا تنفذ في شيء منه؛ لأنَّ ذلك يختلف باختلاف حال الموصي، والموصى له، والموصى به كذلك لا يمكننا الحكم على التنازل عن الدَّيْنِ إلا بعد معرفة حال المتنازل وهو مسقط الدَّيْنِ والمتنازل له، وهو المسقط عنه والمتنازل عنه وهو الدَّيْنِ فإذاً يلزمك أن تلتفت للتفصيل الذي أبينه حتى تعرف في نهايته حكم كل حالة على حدها.

وهو الشَّخص المريض مرض الموت إمَّا أن يكون غير مديون، وإمَّا أن يكون مديونًا فإن كان مديونًا، فإمَّا أن يكون دينه مستغرقًا لتركته، أو غير مستغرق لها، وعلى كلِّ فإمَّا أن يكون الشَّخص المتنازل له عن الدَّيْنِ وارثًا للمتنازل، أو أجنبيًّا منه، وإن كان أجنبيًّا فإمَّا أن يكون للمتنازل عن الدَّيْنِ وارث، أو لا، وفي كلِّ من هذه الأحوال إمَّا أن يكون الدَّيْنِ المتنازل عنه أقل من ثلث التَّركة أو مساويًا له، أو أكثر منه وإليك الأحكام:

فإن كان المتنازل عن الدَّيْنِ غير مدين أصلاً، وكان المتنازل له أجنبيًّا منه، ولم يكن للمتنازل وارث نفذ هذا التنازل، ولو استغرق جميع ماله، فلا حقَّ لأحد في المعارضة ولو كان بيت المال لأنَّ هذا التنازل يعتبر وصيةً، والموصى له مقدَّم في الاستحقاق على بيت المال والمتأخَّر لا يعارض المتقدِّم.

وإن كان المتنازل مدينًا وكان دينه مستغرقًا لتركته بأن كانت الديون الثَّابتة في ذمَّته وقت موته ألفي جنيه مثلاً، وتركته تقوم بمثل هذا المبلغ فلا ينفذ هذا التنازل، ولو كان الدَّيْنِ المتنازل عن قليلاً، ولا فرق حيثنَّذ بين ما إذا كان المتنازل له وارثًا، أو غير وارث، ولكن محل ذلك إذا لم يبرئه الدَّائنون فإن أبرءوه نفذ، ولو استغرق الدَّيْنِ المتنازل عنه جميع ماله لأنهم أصحاب الحقوق في هذه الحالة، وحقُّهم مقدَّم فإذا

تنازلوا عن حقوقهم نفذ الزوال المانع منه.

وإن كان المتنازل مديناً، ودينه غير مستغرق لتركته بأن كانت الديون الثابتة عليه وقت موته ألف جنيه وتركته تساوي ثلاثة آلاف جنيه نخرج من التركة أولاً مقدار ما عليه من الديون، ونحكم على المبلغ الذي زاد عن الديون وهو في هذا المثال ألفاً جنيه بالحكم على التنازل في حالة ما إذا لم يكن عليه دين أصلاً وقد عرفته.

وإن كان المتنازل غير مدين، وكان المتنازل له وارثاً، وكان للمتنازل ورثة غيره لا ينفذ هذا التنازل إلا إذا أجازته الورثة، سواء كان الدين المتنازل عنه أقل من الثلث، أو مساوياً له، أو أكثر منه لأننا إذا نفذناه بدون إجازة الباقي تضرر غير المتنازل له بسبب تفضيل المتنازل له بما يأخذه زائداً عن الاستحقاق الذي قدره الله في التركة، فيؤذي هذا التضرر إلى قطيعة الرحم، فجعل الشارع لهم الحق في الإجازة، وعدمها منعاً لذلك.

وإن كان المتنازل غير مدين، وله ورثة وكان المتنازل له عن الدين أجنياً منه، فإن كان الدين المتنازل عنه لا يتجاوز ثلث المال نفذ التنازل، وإن لم تجزه الورثة، أما إذا تجاوز الثلث فإن الزائد يكون موقوفاً على إجازة الورثة؛ لأن الشارع أعطى للمريض مرض الموت حق التبرع إلى ثلث أمواله بالنسبة للأجانب، وإن لم تجزه الورثة فإن زاد المتبرع به عنه توقف الزائد على إجازتهم، فإن أجازوه نفذ لأن المنع كان لحقهم، وقد أسقطوه فيزول المانع فينفذ.

ولما كانت الزوجية سبباً من أسباب الميراث، وكان التنازل عن الدين لو ارث لا ينفذ ولو كان المتنازل عنه قليلاً إلا بإجازة بقية الورثة كان تنازل أحدهما وهو مريض مرض الموت عن دين للآخر مثل ذلك في الحكم، فإذا أبرأت الزوجة زوجها عن

دين لها في ذمته وهي مريضة مرض الموت، أو أبرأها هو، وهو كذلك توقف نفاذ هذا الإبراء إلى إجازة بقية الورثة، ولو قلَّ الدين المبرأ منه فإن لم يكن لأحدهما وارث غير الآخر نفذ الإبراء، ولو استغرق جميع المال لأنَّ المنع كان لحقِّ الورثة، ولم يوجدوا فينفذ.

فاذا فرضنا أن شخصاً له في ذمة غيره ستمائة جنيه، فتنازل الدائن عن هذا الدين وهو مريض مرض الموت إلى مديونه، فإن كان المتنازل له عن الدين وارثاً للدائن فلا ينفذ هذا التنازل إلا بإجازة بقية الورثة، ولو كانت تركته تقدر بالألوف، أو كان غير مديون.

وإن كان المتنازل له أجنبياً فإن كان المتنازل مديوناً بدين مستغرق فلا ينفذ أيضاً إلا بإجازة الدائنين وإن كان دينه غير مستغرق للتركة فإن كان هذا التنازل لا يضرُّ بحقوق الدائنين بأن كان ما يبقى من أمواله بعد هذا الدين يفي بديونهم نفذ من غير توقُّف على إجازتهم وإن لم يف فلهم الحق في المعارضة بالنسبة للمقدار المؤثر على حقوقهم.

وإن كان المتنازل غير مديون أصلاً، وكان المتنازل له أجنبياً ولو وارث فإن كان الدين المتنازل عنه يخرج من ثلث التركة بأن فرضنا في هذا المثال أن تركة المتنازل تساوي ألفاً وثمانمائة جنيه، أو أكثر بما فيها هذا المبلغ نفذ هذا التنازل، وإن لم تجزه الورثة وإن كان أكثر من الثلث بأن كانت جميع أمواله لا تساوي إلا تسعمائة جنيه مثلاً نفذ الإبراء بقيمة الثلث وهو هنا ثلاثمائة جنيه، وأمَّا الزائد فإنه يتوقف على إجازة الورثة فإن أجازوه وهم من أهلها نفذ لأن المانع قد زال. انظر: مادتي (٥٦٧ و ٥٦٨).^(١)

(١) (مادة ٥٦٧) إبراء المريض مديونه، وهو مديون بمستغرق غير جائز إن كان المديون أجنبياً منه، وإبرأه مديونه الوارث له غير جائز مطلقاً سواء كان المريض مديوناً أم لا، وسواء كان الدين ثابتاً له عليه أصالة، أو كفالة.

(مادة ٥٦٨) إبراء الزوجة زوجها في مرضها الذي ماتت فيه موقوف على إجازة بقية الورثة.

وقد علمت أن الشخص متى أقر لغيره بدين وهو صحيح غير محجور عليه نفذ هذا الإقرار من كل ماله سواء كان المقر له أجنبياً من المقر، أو وارثاً له وسواء كان المقر مديناً، أو غير مدين أمّا إذا أقر وهو مريض مرض الموت فلا ينفذ إقراره إلا إذا كان المقر له أجنبياً، ولم يكن المقر مديوناً، ويترتب على نفاذ الإقرار إلزام المقر بكل الديون سواء لزمته في حال صحته، أو في حال مرضه ولكن إذا لم يقض المدين الديون حال حياته بل مات وهي في ذمته فلا يكون حكمها واحداً بالنسبة لقضائها بل تقضى ديون الصحة أولاً من التركة، ثم ديون المرض، ولا بأس من أن نبين لك الحقوق المتعلقة بالتركة بوجه الإجمال تاركين التفصيل إلى شرح مادة (٥٨٣) فاعلم أن الأموال المخلفة عن الشخص بعد وفاته إمّا أن يتعلق بها حق للغير حال الحياة، وإمّا ألا يتعلق بها هذا الحق، فإن كان الأول كالشيء المرهون والمؤجر إذا عجل المستأجر الأجرة قدم الحق المتعلق بالشيء على غيره من الحقوق.

وإن كان الثاني فهناك حقوق أربعة مرتبة كالآتي:

أولاً: التجهيز وهو فعل ما يحتاج إليه الميت من حين موته إلى حين دفنه بلا إسراف، ولا تقتير بل يكون على حسب أمر الشريعة الإسلامية المطهرة.

ثانياً: قضاء الدين ولكن يقدم دين الصحة على دين المرض عندما تضيق التركة عن الوفاء بالكل.

وذين الصحة هو ما لزم الشخص في حال صحته سواء علم بالبيّنة، أو بالإقرار وما لزمه في حال مرضه بشرط أن يعلم بثبوته بطريق المعاينة، ويسمى الأول دين صحة حقيقة والثاني دين صحة حكماً أي أنه مساو له في الحكم.

ودين المرض هو ما أقر به في مرض موته، أو أقر به وهو في حالة يغلب عليه فيها

الهلاك كمن حكم عليه بالإعدام؛ لارتكابه جريمة القتل، وقدّم ليقْتَص منه وليس هناك طريق لإثبات هذا الدّين إلا الإقرار.

وحيثُ نقول: إن الدّين الذي عليه إمّا أن يكون لشخص واحد، وإمّا أن يكون لمتعدّد، فإن كان الأوّل ووفى بها بقي من التّجهيز به؛ فيها، وإن لم يف فإن شاء الدّائن أسقط الباقي منه، وإن شاء تركه لدار الجزاء، وإن كان الثّاني وكانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها ديون صحّة، أو كلها ديون مرض وكان في التّركة وفاء بالكل أخذ كل دينه وإن كانت التّركة أقل من الديون أخذ كل منها بنسبة دينه، فإذا فرضنا أن شخصاً توفي وعليه ألف جنيه لثلاثة أشخاص أحدهم له خمسمائة، وللثاني مائتان، وللثالث ثلاثمائة فإن كانت التّركة تساوي ألف جنيه، أو أكثر أخذ كل منهم دينه كاملاً؛ لأن التّركة تفي بالكل، وإن كانت التّركة لا تساوي إلا خمسمائة جنيه قسمت بينهم على الديون قسمة تناسيّة، وحيث إنّ التّركة في مثل هذا المثال نصف مجموع الديون، فيأخذ كلّ منهم نصف دينه، ولك أن تقسّم التّركة على مجموع الديون، وتضرب خارج القسمة في دين كل منهم فحاصل الضّرب هو ما يستحقّه ذلك الدّائن:

$$\text{والعمل هكذا: } ٥٠٠ : ١٠٠٠ = \frac{١}{٢} \text{ و } \frac{١}{٢} \times ٥٠٠ = ٢٥٠$$

فهذا المبلغ هو ما يخصّ الدّائن بخمسمائة، واستخراج نصيب الدّائن بهاتين، ونصيب الدّائن بثلاثمائة يحصل بمثل هذا العمل، ومرجع الطّريقتين واحد، فاتبع ما يسهل عليك فإن الغرض الوصول إلى المقصود.

فإن لم تتساو الديون في الحكم بأن كان بعضها دين صحّة، وبعضها دين مرض فإن كانت التّركة تفي بالكل أعطى كل دينه، وإن لم تف قدّم دين الصحّة فإن بقي

شيء أعطي لأصحاب ديون المرض بالطريقة المتقدمة، وإنما قدمت ديون الصحة على ديون المرض؛ لأنه بمجرد مرضه مرض الموت تعلق حق الدائنين بها في يده؛ لأنها حالة العجز عن الاكتساب غالباً، فليس له أن يشرك فيه غيرهم.

وإنما تساوت الديون التي لزمته في حال مرضه بإقراره إن كان سببها معلوماً، والديون التي لزمته في حال صحته؛ لأنه لما علم السبب انتفت التهمة عن الإقرار بل هي ثابتة، وإن لم يقر فإذا استقرض مالا في مرضه، وعاین الشهود دفع المقرض المال إليه، أو اشترى شيئاً وعاین الشهود قبض المبيع، أو تزوج امرأة بمهر مثلها، أو استهلك مالا لغيره على رءوس الأشهاد ساوت هذه الديون ديون الصحة؛ لأن إثباتها ممكن وإن لم يقر فلا مرد لها حيث كانت أسبابها معلومة.

ثالثاً: تنفيذ ما أوصى به من ثلث ما بقي بعد التجهيز، وقضاء الدين لا من ثلث كل التركة فإذا أوصى لشخص أجنبي منه بثلث ماله، وكانت تركته تسعمائة جنيه لكن صرف منها في تجهيزه ثلاثون جنيهاً، وكان عليه مائتان وسبعون جنيهاً ديناً، وأراد الموصي له أن يأخذ ثلث كل التركة قبل التجهيز، وقضاء الدين فلا يجاب إلى ذلك بل يعطى ثلث الباقي بعدهما وهو مائتا جنيه.

فقد علمت من ذلك أن الدين مقدّم على الوصية، وإن كان ظاهر الآيات القرآنية يفيد أنها مقدّمة على الدين مثل قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾.

فظاهر هذه الآية أن الوصية مقدّمة على الدين لذكرها قبله والجواب عن لك ما قاله سيدنا علي كرم الله وجهه: (إنكم تقرأون الوصية قبل الدين، وكان رسول الله

صلى الله تعالى عليه وسلم يبدأ بالدين)، والسر في تقديمها في الآيات القرآنية أنها تشبه الميراث في كونها مأخوذة بلا عوض فيشق إخراجها على الورثة فكانت لذلك مظنة للتهاون فيها بخلاف الدين؛ فإن نفوس الورثة مطمئنة إلى أدائه لكونه في مقابلة شيء، وربما كان الشيء المقابل له موجوداً في التركة، ففي تقديم ذكرها بعث على أدائها معه، وتنبيه على أنها مثله في وجوب الأداء، والمساواة إليه، ولذلك جيء بينهما بكلمة التسوية وهي (أو).

رابعاً: الإرث فيقسم باقي التركة على المستحقين له بعد إخراج الحقوق المتقدمة كما ستعرفه في شرح مادة (٥٨٤). انظر: مادة (٥٦٩).^(١)

فقد ظهر جلياً أن الديون بالنسبة لقضائها ليست في درجة واحدة بل ديون الصحة مقدمة على ديون المرض، وحينئذ إذا أراد المريض أن يقضي ديون بعض الغرماء دون البعض الآخر فلا يخلو الحال من أحد أمرين:

الأول: أن تكون التركة تنفي بكل الديون.

الثاني: ألا تكون كذلك، فإن كان الأول فلا يعارضه أحد لأنه لم يؤثر بهذا العمل على حق أحد من الدائنين إذ كل يستوفي دينه بأكمله، فلا يثبت له حق الاعتراض سواء كانت الديون مختلفة في الحكم، أو متساوية فيه.

وإن كان الثاني وهو ما إذا كانت التركة غير وافية بجميع الديون، فإمّا أن تكون

(١) (مادة ٥٦٩) الدين مقدّم على الوصية، والوصية مقدّمة على الإرث، ودين الصحة مطلقاً سواء علم بيّنة، أو علم بالإقرار، وما لزمه في مرضه بسبب معروف كتكاح مشاهد بمهر المثل، وبيع مشاهد بمثل القيمة، وإتلاف مال للغير مشاهد أيضاً، كلّ ذلك مقدّم على ما أقرب به في مرض موته، ولو كان المقرّ به في المرض وديعة.

الديون مختلفة في الحكم، أو متساوية فيه، فإن كان الأوّل فإن أراد أن يقضي الدّين القوي وهو دين الصّحة فلا حقّ لصاحب الدّين الضعيف في المعارضة؛ لأنّ حقّه مؤخّر وإن أراد قضاء الديون الضعيفة وهي ديون المرض ثبت لصاحب الدّين القوي حق معارضته لتقدّم حقّه.

وإن كان الثّاني وهو ما إذا كانت الديون متساوية في الحكم بأن كانت كلها ديون صّحة أو كلها ديون مرض ثبت لهم حق الاعتراض على تفضيله بعضهم على البعض الآخر لتعلق حق الجميع بما في يده على السّواء، فإذا فرضنا أنه سلم لبعضهم دينه ثبت للبعض الآخر الحق في استرداده ليأخذ منه كان المأخوذ مهرًا، أو أجرة شيء استوفى منفعته، أو غيرهما لأنّ ما حصل للمريض من النّكاح، وسكنى الدّار مثلاً لا يصلح لتعلّق حقّهم بعين التّركة فيكون في تخصيصها بإعطاء شيء من ماله إبطال لحقّ الغرماء وهو لا يملكه.

ويستثنى من ذلك مسألتان الأولى، إذا أدّى بدل ما استقرضه في مرضه الثّانية إذا دفع ثمن ما اشتراه في مرضه بمثل القيمة إلا أنه يشترط ثبوت كلّ القرض، والشّراء بالبرهان لا بمجرد الإقرار، فإذا استقرض المريض ألف جنيه مثلاً، أو اشترى بيتاً بما ذكر، وكانت قيمته كذلك، وقد علم كل منهما بالبرهان مثل ما أخذه قرضاً للمقرض، أو ثمن البيت الذي اشتراه سلم لكلّ منهما ما أخذ فلا حقّ لباقي الدّائنين في استرداده ليشركه فيه، والسّبب في ذلك أنه حصل في يده مثل ما نقد، وحقّ الغرماء تعلق بهالية التّركة لا بأعيانها، فإذا حصل له مثل ما دفع فلا يعد تفويتاً لحقوقهم.

ولكن محل ذلك إذا أعطى المريض ما ذكر حال حياته، فإن مات قبل الدفع فلا يخلو الحال بالنّسبة للبيع من أحد أمرين:

الأول: أن يكون موجودًا تحت يد البائع.

الثاني: أن يكون سلمه إلى المشتري في حياته، فإن كان الأول ثبت له حق المنع حتى يستوفي ثمنه، فإن دفع إليه؛ فبها، وإلا فيباع على ذمة المشتري؛ لأنه مملوك له فإن كان ثمنه الذي بيع به الآن يساوي ما اشتراه به أولاً أخذه البائع، وإن زاد ضم الزائد إلى التركة، وإن نقص أخذ البائع كله، ويكون في الباقي أسوة الغرماء، وإن كان الثاني وهو ما إذا سلمه إلى المشتري، ثم مات قبل أن يدفع إليه الثمن؛ فالبائع أسوة الغرماء، ولو وجد المبيع بعينه في التركة، فإذا فرض أن شخصًا باع لغيره بيتًا بخمسمائة جنيه مثلاً، وقبضه المشتري بإذن بائه قبل أن يدفع الثمن، ثم مات، ولم يترك سوى هذا البيت، وكانت عليه ديون أخرى فقال البائع: أنا أحقُّ بهذا البيت أستوفي منه ديني أولاً، فإن بقي شيء يأخذه غيري من الدائنين، وقال الدائنون: لا حقَّ لك في هذا الطلب، بل نحن شركاء في هذا البيت فيقسم بيننا على نسبة دين كلِّ منا، فلا يجاب البائع إلى طلبه، ويجاب الدائنون، وحينئذٍ يباع البيت، ويقسم الثمن بينهم بنسبة دين كل منهم، وقال الإمام الشافعي: إذا وجد البائع المبيع في تركة المشتري بعد موته، وقبل نقده الثمن؛ كان أحقَّ به من سائر الغرماء، فيستوفي منه دينه أولاً؛ لأن دينه متعلق بهذا الشيء فلا يزاحمه غيره ممن ليس له حقُّ فيه واستدلَّ الإمام الأعظم بدليلين:

أولهما: نقلي.

والثاني: عقلي، فالأول قوله عليه الصلاة والسلام: «إذا مات المشتري مفلساً، فوجد البائع متاعه بعينه؛ فهو أسوة للغرماء»، والعقلي هو أن البائع لما سلم المبيع، وقبضه المشتري بإذنه فقد أسقط حقه في الحبس حتى يستوفي الثمن، فصار المبيع من مملوكات المشتري لا حقَّ للبائع فيه، وإنما للبائع مطالبة المشتري بالثمن لا غير

فيكون دائئاً مثل غيره فلا يميز من غيره.

وقد يتفق أن دين بعض الدائنين كان ثمن مبيع أيضاً، وتصرّف فيه المشتري قبل وفاته، ومن الجائز أن يكون هذا الدائن باع ما باعه للمشتري بعد البائع الذي وجد متاعه بعينه فلو أعطينا من كان متاعه موجوداً، وحرمنا الآخر لتضرّر مع اتفاقهما في سبب الدين، وليس هناك سبب في تأخير من لم يجد مبيعه في التركة سوى تصرّف المشتري فيه قبل وفاته وليس له دخل في ذلك، فيمنع الضرر عنهما بقدر ما يمكن، وذلك يكون بالقسمة التناسبية إذ لو أعطينا بعضهم جميع ديونه، ولم نعط البعض الآخر شيئاً؛ لكان أشدّ ضرراً من إعطاء كلّ منهما بعض دينه، وهو ظاهر. انظر: مادة (٥٧٠).^(١)

(١) (مادة ٥٧٠) ليس للمريض أن يقضي دين بعض غرمائه دون البعض عند تساوي الديون حكماً، ولو كان ذلك إعطاء مهر للزوجة، أو إيفاء أجره، بل يشارك الزوجة، ومن يستحقّ الأجرة غرماء الصحة، ويستثنى من ذلك ما إذا أدّى بدل ما استقرضه في مرضه، أو نقد ثمن ما اشتراه فيه بمثل القيمة إذا ثبت القبض، والشراء بالبرهان، وإن لم يؤدّ ثمن ما اشتراه فيه، أو بدل ما استقرضه فيه حتى مات؛ فالبايع أسوة بالغرماء ما لم تكن العين المبيعة باقية في يد البائع، فإن كانت في يده يقدّم على غيره.

الفصل الخامس في أحكام المفقود

الأشخاص وإن كانت تنقسم بحسب الحكم عليهم إلى أقسام كثيرة إلا أنه يمكننا تقسيمهم بحسب هذا المقام إلى ثلاثة أقسام:

الأول: من تحققت حياته.

الثاني: من تحققت وفاته.

الثالث: من لا يعلم حاله، والكلام الآن خاص بالتألف وهو المفقود، وهو في اللغة: اسم مفعول من فقدت الشيء إذا أضلته، ومعناه في اصطلاح الفقهاء: غائب لم يدر أحي هو أم ميت، وأهله في طلبه يجدون، وقد انقطع عنهم خبره، وخفي عليهم أثره، فبالجد قد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم الميعاد. انظر: مادة (٥٧١).^(١)

والمفقود إما أن يترك وكيلًا قبل فقده، وإما ألا يترك، فإن كان الأول فهو الذي يحفظ أمواله، ويدير مصالحها لبقاء عقد التوكيل بعد الفقد؛ لأن الوكيل وإن كان ينزل بموت الموكل إلا أنه هنا لم يتحقق وفاته، فيبقى الوكيل متصرفًا حتى يتحقق موت موكله.

ولذا لو أجر شيئًا من أملاكه قبل غيابه، فلا تنفسخ الإجارة مادامت المدة المتفق عليها في عقد الإجارة باقية؛ لأن الإجارة وإن كانت تنفسخ بموت المؤجر، أو المستأجر إلا أن هذا لم يتحقق موته.

(١) (مادة ٥٧١) المفقود هو الغائب الذي لا يدرى مكانه، ولا تعلم حياته، ولا وفاته.

ويترتب على هذا أن المفقود إن كانت له ورثة فلا حق لهم في نزع المال من تحت يد الوكيل لأنهم لا يستحقون ماله بطريق الإرث إلا بعد التحقق من الموت، وهذا ليس كذلك، وإن لم تكن له ورثة فليس لأمين بيت المال نزع ماله من يد هذا الوكيل؛ لأنه إنما يستولي على الأموال التي لا مستحق لها ولا يمكننا الحكم بذلك إلا إذا تحققت وفاته، أو حكم القاضي بموته بعد مضي المدة القانونية التي سيأتي بيانها في شرح مادة (٥٧٨)، ولا يملك هذا الوكيل تعميم عقارات المفقود إذا احتاجت لذلك إلا بإذن من القاضي، وقالوا في توجيه ذلك: إنه يجوز أن يكون الغائب قد توفي، فلا يكون الوكيل وصياً. انظر مادة (٥٧٢).^(١)

وإن كان الثاني وهو ما إذا لم يترك الغائب وكيلاً أقام له القاضي من يحصي أمواله سواء كانت منقولة، أو عقاراً، وينميها بما يكون فيه المصلحة للغائب، فيقبض أجرة أملاكه المستأجرة قبل العقد، ويؤجر غيرها، ويقبض الديون التي أقرت بها الغرماء، ومثلها الودائع ويخاصم في الحقوق التي وجبت بعقده لأنه أصيل فيها، وإنما نصب القاضي وكيلاً في هذه الحالة لأنه نصب ناظراً لكل عاجز عن النظر في شئون نفسه، ولا شك أن المفقود كذلك كالصبي، والمجنون فيملك ما ذكر، وليس لهذا الوكيل أن يخاصم الشيء الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له من عقار، أو منقول في يد غيره؛ لأنه ليس بهالك، ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي فلا يملك الخصومة؛ لأن فيه تضمن الحكم على الغائب. انظر: مادة (٥٧٣).^(٢)

(١) (مادة ٥٧٢) إذا ترك المفقود وكيلاً قبل غيابه لحفظ أمواله، وإدارة مصالحه، فلا ينزل وكيله بفقده، ولا تنزع الورثة المال من يده، ولا أمين بيت المال، ولو كان المفقود لا وارث له أصلاً، وليس للوكيل تعميم عقارات المفقود إذا احتاجت إلى تعميم إلا بإذن من الحاكم.

(٢) (مادة ٥٧٣) إذا لم يكن المفقود ترك وكيلاً ينصب له القاضي وكيلاً يحصي أمواله المنقولة، وغير المنقولة، ويحفظها، ويقوم عليها، ويأخذ غلاته، وريع عقاراته، ويقبض ديونه التي أقرت بها غرامؤه.

ولما كان المفقود عاجزاً عن النظر في مصلحة نفسه، والقاضي هو الذي ينظر في ذلك ثبتت له ولاية بيع الشيء الذي يتسارع إليه الفساد من ماله، سواء كان هذا المال منقولاً أو عقاراً؛ فالأول كالفواكه، والحرير، والجوخ، والثاني كأرض، أو بيت على شاطئ نهر يخشى عليهما منه لأنه تعذر عليه حفظ صورته، ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى، ولذا لا تثبت له ولاية بيع ما لا يخاف عليه الفساد، أو الهلاك؛ لأن حفظ الأمرين ممكن، وبعد البيع يحفظ الثمن بما يراه صالحاً، فإن ظهرت حياة المفقود سلمه إليه، وإن حكم بموته بعد مضي المدة القانونية؛ سلمه لمن يستحقه من مورثه. انظر: مادة (٥٧٤).^(١)

ولكن محل حفظ الثمن المذكور إذا لم يكن هناك من يستحق على الغائب النفقة فإن أنفق القاضي، أو الوكيل الذي أقامه مقامه عليهم منه، ومثل هذا الثمن في الحكم المال الموجود في بيت المفقود إن كان من جنس النفقة لكن بشرط أن يكون المستحق لها هم الأصول والفروع، والزوجة؛ لأن نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي، ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء فيكون القضاء إعانة لهم على وصولهم إلى ما يستحقون، فلا يكون قضاء على الغائب، ولذا لا يتفق على غير ما ذكروا كالإخوة، والأعمام وغيرهم لأن نفقتهم لا تجب إلا بقضاء القاضي، ولا يجوز القضاء على الغائب.

والوديعة، والدين مثل ما ذكر في الحكم، ولكن لا ينفق على الزوجة والأصول، والفروع منهما إلا إذا كان كل من المودع، والمديون مقراً بالوديعة، أو الدين،

(١) (مادة ٥٧٤) للقاضي أن يبيع ما يتسارع إليه الفساد من مال المفقود منقولاً كان، أو عقاراً، ويحفظ ثمنه ليعطي له إن ظهر حياً، أو لمن يستحقه من ورثته بعد الحكم بموته، أو ليس له أن يبيع شيئاً مما لا يخشى عليه الفساد، لا لنفقة عياله، ولا لغيرهم.

والزوجة، أو النسب فإن لم يقر بذلك فإن كان القاضي يعلم كل ذلك حكم بالنفقة أيضًا، وإن كان يعلم ببعضه يشترط الإقرار بما لم يعلمه. ومتى حكم القاضي على المودع، أو المدين بالإعطاء وسلم كل منهما الوديعة، والدَّين بأمره؛ فلا يضمنان للغائب شيئًا، إذا حضر لأن القاضي له ولاية للدفع، والأخذ، فإن سلم كل منهما ما عنده إلى الزوجة، أو أحد الأصول، والفروع بغير أمر القاضي، فلا يبرأ أمام الغائب إذا حضر من سفره، بل يضمن المودع الوديعة، والمدين الدَّين لتعدي المودع، وعدم إيصال الدَّين إلى صاحبه، أو نائبه، وقد تقدَّم لك هذا المبحث بما لا مزيد عليه في نفقة زوجة الغائب، والأصول، والفروع، فلا تكف بهذا فإنه في غاية الإجمال، بل ارجع إلى المباحث المتقدمة تجد كل ما تريد في هذا الموضوع. انظر: مادة (٥٧٥).^(١)

ومن حيث إنَّ المفقود غير معلوم الحال، فلا يمكننا الحكم عليه بأحكام الأحياء، أو الأموات، ولذا نصَّ الفقهاء على أنَّ الأحكام عليه مختلفة، فقالوا: أنه يعتبر حيًّا في حقِّ بعض الأحكام، ويعتبر ميتًا بالنسبة للبعض الآخر، فيعتبر حيًّا بالنسبة للأحكام التي تضرُّه وهي التي تتوقَّف على ثبوت موته.

وينبني على ذلك أنه لا فرق بينه، وبين زوجته، فلا يجوز لها التزوُّج بغيره، ولا يقسم ماله على ورثته، ولا تفسخ إجارته التي عقدها قبل فقده بل تستمر كل هذه الأشياء إلى ظهور الحال، وحينئذٍ يحكم بحبسها، ويعتبر ميتًا بالنسبة للأحكام التي تنفعه، وتضرُّ غيره وهي المتوقفة على ثبوت حياته.

وينبني على ذلك أنه لا يرث من غيره، ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصى

(١) (مادة ٥٧٥) للوكيل المنصوب أن ينفق على عرس المفقود، وعلى أصوله، وفروعه المستحقين للنفقة من ماله الحاصل في بيته، أو الواصل من ثمَّ بيع ما يتسارع إليه الفساد، أو من مال مودع مقرر، أو دين على مقرر.

له بشيء ومات الموصي وهو مفقود بل يوقف نصيبه في الإرث، وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته أو الحكم بوفاته، فإن ظهر أنه حي استحق الإرث، والوصية، وإن لم تظهر حياته وحكم بموته فالموقوف لأجله من الإرث، والوصية يكون لورثة المورث، والموصي، والسبب في ذلك أن اعتباره حيًا إنما هو باستصحاب الحال، وهو لا يصلح حجة لأن يستحق به مال الغير ولكنه صالح لأن يدفع به استحقاق غيره لماله، فيكون كأنه حي في ماله ميت في حق مال غيره.

ومعنى اعتباره ميتًا في حق هذه الأحكام أنه عند عدم ظهور الحال، ومضي المدة القانونية بحكم بوفاته، ويسري هذا الحكم من تاريخ الفقد لا من تاريخ الحكم بالوفاة كما هو الشأن في الحالة الأولى إذ لو اعتبرناه ميتًا في هذه الحالة لما وقفنا لأجله شيئًا مما يستحقه من غيره مع أنه ليس كذلك، ولذا كان الظاهر أن يقال: إنه موقوف الحكم بالنسبة لهذه الأحكام. انظر مادتي (٥٧٦، ٥٧٧).^(١)

ولما كان الحكم بالبقاء في هذه الدنيا مستحيلًا إذ لا بد لكل شخص من يوم تعثره فيه المنية، والمفقود كذلك فلا يمكن الحكم باستمرار حياته إلا أن هذا اليوم مجهول لنا وخاف علينا احتياج إلى بيان المدة التي يحكم بموته بعد مضيها من تاريخ فقدته ولكن لما لم يرد بها تقدير شرعًا اختلفت المذاهب فيها، وتشعبت آراء بعضها والذي يؤخذ من كلام الحنفية أنه لا يحكم بوفاته إلا إذا انقضت أقرانه من بلد، فإذا

(١) (مادة ٥٧٦) المفقود يعتبر حيًا في حق الأحكام التي تضره، وهي التي تتوقف على ثبوت موته، فلا يتزوج عرسه أحد، ولا يقسم ماله على ورثته، ولا تفسخ إجارته، ولا يفرق بينه وبين عرسه، ولو بعد مضي أربع سنين قبل ظهور الحال.

(مادة ٥٧٧) المفقود يعتبر ميتًا في حق الأحكام التي تنفعه، وتضر غيره، وهي المتوقفة على ثبوت حياته، فلا يرث من غيره، ولا يحكم باستحقاقه للوصية إذا أوصي له بوصية، بل يوقف نصيبه في الإرث، وقسطه في الوصية إلى ظهور حياته، أو الحكم بوفاته.

لم يبق أحد من أقرانه حيًّا حكم بموته لأنَّ الشَّيء الذي تقع الحاجة إلى معرفته يكون طريقه في الشَّرْع الرُّجوع إلى أمثاله وذلك كقيم المتلفات، ومهر مثل النِّساء، وبقاؤه بعد موت جميع أقرانه نادر والأحكام الشَّرعية تبنى على الغالب دون النادر، فإنَّ تعذُّر الفحص عن الأقران حكم بموته بعد مدَّة وقد اختلفوا في تقديرها فمن قائل: تقدَّر بِمائة وعشرين سنة من يوم ولد فإذا مضت هذه المدَّة حكم القاضي بموته لأنَّ الأعمار في زماننا قلَّما تزيد على هذه المدَّة فيقدر بها ومن قائل: تقدَّر بِمائة، ومن قائل: بتسعين؛ لأنَّ الغالب في الأعمار هذا، ولكن هذا لا يصحُّ إلا إذا قيل: إنَّ الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا ألا تزيد على ذلك، ومن قائل: تقدَّر بستين، ومن قائل: تقدَّر بسبعين، واختاره صاحب الفتح قائلًا: وعندي هذا أحسن لقوله عليه الصَّلَاة والسَّلَام: «أعمار أمتي ما بين السَّتين إلى السَّبعين»، فكانت المنتهى غالبًا وأنت خير بأنَّ هذا الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرَّأي، ولذا اختار الزَّيلعي، ووافقه كثيرون أنه يفوض إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف البلاد، والأشخاص، فيجتهد ويحكم بالقرائن الظَّاهرة الدَّالة على موته، أو عدمه إذ من فقد في المهلكة، أو وقت ملاقة العدو، أو مع قطاع الطَّريق، أو سافر مريضًا بالمرض الغالب الهلاك يخالف من فقد لا في مثل هذه الأحوال، ولا شكَّ أن الملك العظيم إذا فقد، وانقطع خبره يغلب على الظنِّ في أدنى مدَّة أنه مات لا سيما إذا دخل في مهلكة، وما سبب اختلافهم في المدَّة إلا اختلاف آرائهم فلا معنى للتقدير بمدَّة معيَّنة، فأَي وقت رأي الحاكم المصلحة في الحكم بموته حكم به، وهذا هو الأليق بالفقه، وبعد الحكم عليه بالموت تعتدُّ زوجته عدَّة الوفاة، وتحلُّ بعدها للأزواج.

وهذا الرَّأي موافق لمذهب الشَّافعية إذ عندهم لا تقدَّر المدَّة بزمان معيَّن على الصَّحيح، بل إذا لم يثبت لدى القاضي موته فإنه يجتهد، ويحكم بموته بعد انقضاء المدَّة التي لا يعيش فوقها غالبًا.

وفي مذهب الإمام مالك تفصيل وهو من فقد في بلاد الإسلام، وانقطع خبره عن زوجته كان لها أن ترفع الأمر إلى المحاكم مع بيان الجهة التي تعرف، أو تظن أنه سار إليها، أو يمكن أن يوجد فيها، والمحاكم يبحث عنه في مظنات وجوده بأي طريق يراه مؤدياً إلى تعرف حاله، وبعد العجز عن خبره يضرب لها أجلاً، وهو أربع سنين فإذا انتهت العدة الزوجة عدّة الوفاة، ويحل لها بعد ذلك أن تتزوج بغيره.

ومن فقد في معترك بين المسلمين بعضهم من بعض، وثبت أنه حضر القتال؛ جاز لزوجته أن ترفع الأمر إلى الحاكم، وبعد البحث عنه وعدم العثور عليه تعتدّ الزوجة ولها أن تتزوج بعد العدة، ويورث ماله بمجرد العجز عن خبره، فإن لم يثبت إلا أنه سار مع الجيش فقط كان حكمه كما تقدّم في الحالة الأولى.

ومن فقد في حرب بين المسلمين، وغيرهم كان لزوجته أن ترفع الأمر إلى الحاكم، وبعد البحث عنه يضرب له أجل سنة، فإذا انقضت اعتدّت، وحلّ لها الزواج بعد العدة، ويورث ماله بعد انقضاء السنة، وضرب الآجال؛ لاعتداد زوجة المفقود إذا كان من ماله ما تنفق منه الزوجة، أو لم تخش على نفسها الفتنة، وإلا رفعت الأمر إلى القاضي، فيطلق عليه متى ثبت له صحّة دعواها.

أمّا الأسير، ومفقود أهل الشّرك، فتتظر زوجته إلى تمام عمره، واختلفوا في تقديره ما بين السّبعين إلى الثمانين، ولما رأى بعض الحنفية أنّ الحكم في مذهبهم شديد من حيث تقديره بموت الأقران، أو بمضي المدة المتقدّمة قال: إنه يفتي بمذهب الإمام مالك للضرورة، كما أنه يفتي به في انقضاء عدّة ممتدة الطهر؛ فإنّ الحنفية يقولون: إنّ المرأة متى رأت دم الحيض ولو مرّة، وانقطع عنها لسبب من الأسباب، وكانت متزوجة، وحصلت الفرقة بينها، وبين زوجها بغير الوفاة فلا تنقضي عدتها إلا إذا عاودها الدّم، فتعتدّ بثلاث حيض فإن لم يعد فلا تنقضي إلا إذا

بلغت سنَّ الإياس وهو خمس وخمسون سنة، وتعتدُّ بعده بثلاثة أشهرٍ كاملة، والمالكيَّة يقولون: تنقضي عدَّتُها بسنة كاملة، فيفتي بمذهبهم؛ لأنَّ هذا الحكم في غاية الشدَّة بالنسبة للرجال؛ لالتزامهم بالإنفاق على المرأة حتى تنقضي العدة، وبالنسبة للنساء لطول زمن العدة عليهنَّ؛ لأنه من الجائز أن تبقى في العدة خمسًا وأربعين سنة كاملة بأن تكون رأت دم الحيض وهي بنت تسع، وطلَّقها زوجها بعد رؤيته، ولم تره بعد ذلك فتمكث حتى تبلغ خمسًا وخمسين وقد تقدَّم لك هذا المبحث في شرح مادَّة (٣١٤).

وفصل الإمام أحمد فقال: إن فقد في حالة يغلب فيها الهلاك كمن فقد بين الصفَّين حال التحام القتال، أو غرق مركب، فسلم قوم، وغرق آخرون بحث عنه مدَّة أربع سنين فإن لم يوقف له على أثر قسم ماله على ورثته بعدها، واعتدَّت زوجته عدَّة الوفاة، وبعد انقضائها لها التزوُّج.

وإن فقد في حالة لا يغلب فيها الهلاك كمن خرج لتجارة، أو سياحة، أو طلب علم فإنَّ التاجر قد يشتغل بتجارته عن العود إلى أهله، فيه رأيان:

أحدهما: انتظاره إلى مضي تسعين سنة من مولده؛ لأنَّ الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا الزمن.

والثاني: تفويضه إلى اجتهاد الحاكم، فينظر ومتى وقع اجتهاده على شيء حكم به، ويمتهد الحاكم أيضًا، إذا فقد وهو ابن تسعين على القول الأوَّل، فتأمل يظهر لك ما فيه المصلحة من هذه المذاهب. انظر: مادَّة (٥٧٨).^(١)

(١) (مادَّة ٥٨٧) يحكم بوفاة المفقود إذا انقضت أقرانه في بلده، فإن تعذر التَّفحُّص عن الأقران، وحكم القاضي بموته بعد مضي تسعين سنة من حين ولادته؛ صحَّ حكمه.

ومع كل ما تقدّم فقد ورد ما يجب العمل به في القانون نمرة ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في المادة السابعة، والثامنة منه ونصّ الأولى:

وإذا كان للمفقود وهو من انقطع خبره مال تنفق منه زوجته؛ جاز لها أن ترفع أمرها إلى القاضي، وتبيّن الجهة التي يظنّ أنه سار إليها، أو يمكن أن يكون موجوداً بها، وعلى القاضي أن يبلغ الأمر إلى وزارة الحَقَّانية لتجري البحث عنه بجميع الطرق الممكنة، فإذا مضت مدّة أربع سنين من حين رفع الأمر إلى القاضي، ولم يعد الزّوج ولم يظهر له خبر يعلن القاضي الزّوجة فتعتدّ عدّة وفاة أربعة أشهر وعشرة أيام، وبعد انقضاء العدّة يحلّ لها أن تتزوّج بغيره.

ونصّ الثانية (إذا جاء المفقود، أو لم يجيء، وتبيّن أنه حي؛ فزوجته له ما لم يتمتّع الثاني بها غير عالم بحياة الأوّل، فإن تمتّع بها الثاني غير عالم بحياته؛ كانت للثاني ما لم يكن عقده في عدّة وفاة الأوّل).

ومتى حكم بموت المفقود يعتبر ميتاً بالنسبة لما له من تاريخ الحكم، وبالنسبة لمال غيره من يوم الفقد، ويترتّب على الأوّل أن ماله يقسم بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته، فلا شيء لمن مات قبله؛ لأنّ شرط التّوريث بقاء الوارث حيّاً بعد تحقّق موت المورث فإذا فقد شخص عن ثلاثة أبناء، ومات أحدهم عن أولاد بعد الفقد، وقبل الحكم بموته، ثم حكم به، والابنان، وأولاد الابن موجودون استحقّ الابنان كلّ التّركة، ولا شيء لأولاد الابن؛ لأنّ أباهم مات قبل الحكم بموت المفقود، فلا يستحقّ شيئاً، ويترتّب على الثاني أن المال الذي وقف لأجله من الموت، أو الموصي يرد إلى ورثة مورثه، أو ورثة الموصي الموجودين وقت موت المورث، أو الموصي لا وقت الحكم بموت المفقود.

فإذا توفي شخص عن ثلاثة أبناء أحدهم مفقود؛ أخذ الابنان الموجودان الثلثين، ووقف الثلث الآخر على ظهور الحال، فإذا مات أحد الابنين الحاضرين عن ابن قبل الحكم بموت المفقود، ثم حكم به أخذ الابن الموجود نصف الثلث الموقوف، وابن الابن الذي توفي والده قبل الحكم بموت المفقود النصف الآخر؛ لأنَّ أباه مستحقُّ له، فيأخذه ابنه ميراثاً عنه، ومثله في هذا الحكم الوصيَّة، فإذا أوصى شخص لآخر بألفي جنيه مثلاً، ومات الموصي، والموصى له مفقود، وكان الثلث يفي بالموصى به وقف إلى ظهور الحال، فإذا مات أحد ورثة الموصي عن ورثه بعد موت الموصي، وقبل الحكم بموت الموصى له وهو المفقود، ثم حكم بموته؛ استحقَّت ورثة المتوفى ما كان يستحقه هو لو كان موجوداً. انظر: مادَّة (٥٧٩).^(١)

فإن لم تظهر حياة المفقود؛ اتبعنا الأحكام المتقدِّمة أمَّا إذا ظهرت حياته في وقت من الأوقات فإمَّا أن يكون هذا الظهور قبل الحكم بالوفاة، وإمَّا أن يكون بعده فإن كان الأوَّل؛ ورث ممن مات قبل ذلك من أقاربه، واستحقَّ ما كان موصى له به، فيأخذ الموقوف لأجله، وإن كان الثَّاني؛ فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له، وأمَّا الهالك، أو المستهلك فلا يأخذ منهم بدله؛ لأنهم لم يستولوا عليه من تلقاء أنفسهم، بل بحكم من القاضي، فلا يكونون متعلِّدين، فينتفي عنهم الضَّمان. انظر: مادَّة (٥٨٠).^(٢)

(١) (مادَّة ٥٧٩) متى حكم بموت المفقود؛ يقسَّم ماله بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم بموته، ويردُّ القسط الموقوف له إلى مَنْ يرث مورثه عند موته، ويردُّ الموصى له به إن كانت له وصيَّة إلى ورثة الموصي، وتعتدُّ عند ذلك زوجته عدَّة الوفاة، وتحلُّ للأزواج بعد انقضائها.

(٢) (مادَّة ٥٨٠) إذا علمت حياة المفقود، أو حضر حيًّا في وقت من الأوقات؛ فإنه يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه، فإن عاد حيًّا بعد الحكم بموته؛ فالباقي من ماله في أيدي ورثته يكون له، ولا يطالب أحدًا منهم بما ذهب.

ومحلُّ انتظار المفقود المدَّة المتقدِّمة قبل إذا لم يدع أحد صاحب شأن أنه توفي أمَّا إذا حصل ذلك بأن ادَّعت زوجته، أو ورثته ذلك؛ فالقاضي يسمع هذه الدَّعوى، ولكن لما كان الحكم لا بدَّ أن يكون على حاضر، فالقاضي يجعل الوكيل الذي بيده مال المفقود خصمًا عنه، فإن لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقام عليه الدَّعوى، فيسمعها القاضي، ويتحرَّى عن صدقها بقدر ما في وسعه، فإن ثبتت لديه بالطريق الشرعي حكم بما تقتضيه. انظر: مادَّة (٥٨١).^(١)

تَمَّ بِحَمْدِ اللَّهِ

اللَّهُمَّ تَمِّمْ عَمَلِي بِخَيْرٍ، وَبِمَا تُحِبُّ، وَتَرْضَى

(١) (مادَّة ٥٨١) إذا ادَّعت زوجة المفقود موته، أو أعاده الورثة، أو غيرهم من أرباب الحقوق، وأقيمت البيِّنة على ذلك؛ يجعل القاضي الوكيل الذي بيده مال المفقود خصمًا عنه، وإن لم يكن له وكيل ينصب له فيما تقبل عليه البيِّنة لإثبات دعوى موته.