المبحث الخامس
الشرط الخامس: أن يكون الموصى له متحقق الحياة

(الوصية للحمل)

وفيه مطالب:

المطلب الأول
حكم الوصية للحمل

تصح الوصية للحمل اتفاقاً، قال في ابن قدامة: «وأمَّا الوصيَّة للحمل، فصحيحة أيضًا، لا نعلم فيه خلافًا، وبذلك قال الثوري، والشَّافعِي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي»[(١)].

ودليل ذلك:

١ ـ عمومات أدلة الوصية.

٢ ـ أن الوصية جرت مجرى الميراث، من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له، بغير عوض، كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية، بقوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ﴾[(٢)]، وقال سبحانه: ﴿فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ

---

(١) المغني ٨/٤٥٦.

(٢) من الآية ١١ من سورة النساء.

فِي ٱلثُّلُثِ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾[1]، والحمل يرث، فتصح الوصية له.

٣ ـ ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين والعبد، بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل، فالوصية له أولى.

٤ ـ ولأنها تعليق على خروجه حياً، والوصية قابلة للتعليق[2].

❋ ❋ ❋

المطلب الثاني

شروط صحة الوصية للحمل

يشترط لصحة الوصية للحمل ما يلي:

الشرط الأول: أن يكون الحمل موجوداً حال الوصية.

وبه قال جمهور أهل العلم: الحنفية، والشافعية، والحنابلة[3].

وحجته: أن الوصية لغير الموجود وصية لمعدوم، وقد تقدمت الأدلة على عدم صحة الوصية للمعدوم.

ونوقش هذا الاستدلال: بما تقدم من المناقشة الواردة على هذه الأدلة.

القول الثاني: عدم اشتراط هذا الشرط فتصح لغير الموجود.

وهذا قول المالكية.

وحجته: ما تقدم من الأدلة على صحة الوصية للمعدوم.

---

(١) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٦٤.

(٣) ينظر: مبحث الوصية للمعدوم.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ ما ذهب إليه المالكية؛ لما تقدم من الأدلة على صحة الوصية للمعدوم.

فرع:

تقدم أن جمهور أهل العلم يشترطون وجود الحمل.

وقد اختلفوا بما يتحقق به وجود الحمل على أقوال:

فعند الحنفية[١]: يكون وجود الحمل إما بأن يعلم الموصي بحمل المرأة فيوصي لحملها، أو يُعلم بحالتين:

الأولى: إن كانت ذات زوج حقيقة أو حكماً، كما إذا كانت مطلقة طلاقاً رجعياً، يُعلم به ما إذا أتت به لستة أشهر من الوصية أو أقل من حين موت الموصي في ظاهر الرواية عندهم؛ لأن وقت نفوذ الوصية في حق الحمل وقت الموت، فيعتبر وجوده من ذلك الوقت.

وعند الطحاوي: أن تلده لستة أشهرة من حين الوصية؛ لأن سبب الاستحقاق هو الوصية، فيعتبر وجودها عند الوصية.

والثانية: إن لم تكن ذات زوج كالطلاق البائن، أو المتوفى عنها زوجها بأن تأتي به لسنتين أو أقل مع ثبوت نسبه لزوجها؛ لأننا بهذه الحال تيقنا وجود الحمل حين الوصية.

وأما الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]: فاشترطوا لصحة الوصية للحمل أن

---

(١) ينظر: المبسوط ٢٨/ ٨٦، بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥ ـ ٣٣٧، تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦، حاشية ابن عابدين ١٠/ ٣٤٢ ـ ٣٤٤.

(٢) ينظر: الأم ٨/ ٣١٧، تكملة المجموع ١٦/ ٢٩١، أسنى المطالب ٣/ ٣٠ ـ ٣١، البيان ٨/ ١٦٤ ـ ١٦٧، مغني المحتاج ٣/ ٥١ ـ ٥٢.

(٣) ينظر: المغني ٨/ ٤٥٥ ـ ٤٥٧، شرح منتهى الإرادات ٤/ ٤٦٣ ـ ٤٦٤، الإنصاف ٧/ ١٧٠ ـ ١٧٣، الإنصاف ٧/ ٤٥٦ ـ ٤٥٧.

ينفصل حياً حياة مستقرة، ولو انفصل ميتاً لا تصح له الوصية، ولو كان موته بجناية.

وأن يكون موجوداً حال الوصية، ومعرفة ذلك بأمرين:

الأول: إن لم تكن المرأة فراشاً بأن تأتي به لأقل من أربع سنين.

الثاني: إن كانت المرأة فراشاً؛ وذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر، وذلك أقل وقت الحمل، فإن أتت به لأكثر فلا؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية.

وبهذين الأمرين نتمكن من التيقن بوجود الحمل حال الوصية فتصح الوصية، وإلا فلا تصح له الوصية.

قال الشافعي: «وتجوز الوصية بما في البطن ولما في البطن إذا كان مخلوقاً يوم وقعت الوصية ثم يخرج حياً»[١].

وقال: «وإن كان الحمل الذي أوصى له غلاماً أو جارية فأكثر كانت الوصية بينهم سواء على العدد».

وقال أيضاً: «وإن مات الموصي قبل أن تلد التي أوصى لحملها، وقفت الوصية حتى تلد، فإذا ولدت لستة أشهر كانت الوصية له».

وقال في المغني[٢]: «متى أتت به لوقت يغلب على الظن أنه كان موجوداً حال الوصية، مثل أن تضعه لأقل من غالب مدة الحمل، أو تكون أمارات الحمل ظاهرة، أو أتت به على وجه يغلب على الظن أنه كان موجوداً بأمارات الحمل، بحيث يحكم لها بكونها حاملاً، صحت الوصية له».

---

(١) الأم ٨/ ٣١٧.

(٢) المغني ٨/ ٤٥٧.

الشرط الثاني: أن ينفصل حياً، فإن انفصل ميتاً، بطلت الوصية؛ لأنه يحتمل أن لا يكون حياً حين الوصية، فلا تثبت له الوصية بالشك[١].

ويشترط: انفصاله كله حياً على خلاف بين أهل العلم.

القول الأول: أنه يشترط أن يخرج كله حياً.

وهو قول جمهور أهل العلم[٢].

القول الثاني: أنه يشترط خروج أكثره حياً.

وهو قول الحنفية[٣].

القول الثالث: أنه يكفي خروج بعضه حياً.

وهو قول الظاهرية[٤].

الأدلة:

استدل الجمهور:

١ ـ إذا استهل المولود ورث، فظاهره أنه لابد من استهلاله جميعاً، وحمله على البعض خلاف الظاهر، والأصل الحقيقة.

٢ ـ ثبوت حياته، فجمهور العلماء أنها تثبت بكل ما يدل عليها من صراخ، وعطاس، وكثرة رضاع، وغير ذلك، كشهادة الطبيب.

وفي قول الإمام مالك: إنه الصراخ وحده؛ لأن الاستهلال هو الصياح، والمفهوم إذا استهل لا يرث، والوصية أخت الميراث.

---

(١) ينظر: بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥، الاختيار لتعليل المختار ٥/ ٦٤٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٢٢ ـ ٤٢٣، مغني المحتاج ٣/ ٤٠، المغني ٦/ ٥٦، كشاف القناع ٤/ ٣٥٦.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٥.

(٤) المحلى ٩/ ٣٧٢.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الاستهلال لغة هو الظهور، من قولهم إذا استهل الهلال أي: ظهر[١]، واللفظ يجب حمله على حقيقته.

وأجيب: بأن هذا التفسير مخالف لقول أهل اللغة: استهل المولود إذا بكى عند ولادته[٢]، ولما يلزم عليه من توريثه بمجرد ظهوره، ولو ميتاً، وهو خلاف الإجماع.

الشرط الثالث: إن أوصى لحمل امرأة من رجل بعينه، كأن يوصي لحمل فلانة من فلان، فيشترط أن يثبت نسب الحمل لأبيه المعين، فإن نفاه بلعان، أو انتفى عنه بدونه بطلت الوصية.

وحجة ذلك: أنها وصية مشروطة بثبوت نسبه من ذلك المعين، والمسلمون على شروطهم.

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث

أن تلد أكثر من واحد

فلا تخلو من أمور:

الأول: أن تلد واحداً، فإن الوصية كلها له، وإن ولدت توءمين أو توائم فالوصية للجميع؛ لأن لفظ الحمل عام يشمل الواحد والمتعدد، وتوزع على عدد الرؤوس: الذكر كالأنثى؛ لأن الأصل في العطايا التسوية، إلا أن يشترط الموصي تفضيل الذكر على الأنثى فيوفى له بشرطه[٣].

---

(١) الصحاح ٦/ ١٣٠.

(٢) ينظر: المحكم ٢/ ١٢٥، الزاهر ١/ ٣٧٢.

(٣) سيأتي حكم الوصية للأولاد.

الأمر الثاني: أن يخص الوصية بجنس دون آخر: كما لو خصها بالذكر، فإن ولدت أنثى بطلت الوصية لانتفاء شرط الموصي، والعكس بالعكس.

وإذا ولدت ذكراً وأنثى التغت الوصية؛ لأن حملها ليس ذكراً ولا أنثى، بل بعضه ذكر وبعضه أنثى:

وإذا ولدت ذكرين في قوله: إذا كان حملك ذكراً، أو ولدت أنثيين في قوله: إن كان حملك أنثى، فالوصية تكون للذكرين في الأولى وللأنثيين في الثانية، بناءً على أن المطلق يدل على الماهية بقطع النظر عن الوحدة والتعدد، ومن جعل دلالته كدلالة النكرات على الأفراد أبطل الوصية في الصورتين؛ لأنه جعلها للذكر الواحد أو الأنثى الواحدة، فإذا ولدت أنثيين بطلت لانتفاء الشرط.

الأمر الثالث: أن تلد توءمين أحدهما حي والآخر ميت، فللعلماء خلاف:

القول الأول: أن الوصية للحي منهما.

وبه قال جمهور أهل العلم[1]؛ لعدم المزاحم.

القول الثاني: أن الحي له نصف الوصية، والنصف الآخر للورثة، قياساً على من أوصى لحي وميت، فإنها تكون كلها للحي[2].

وبه قال بعض المالكية.

الأمر الرابع: أن تلدهما حيين ثم يموت أحدهما.

فجمهور أهل العلم: أن نصيبه لورثته؛ لأنه استحق بالولادة.

---

(١) المصادر السابقة.

(٢) ينظر: مسألة حكم الوصية لحي وميت، الوصايا والتنزيل ١/ ١١٠.

وعند الحنفية: إن كانت الوصية بعين فللورثة، وإن كانت بمنفعة بطلت الوصية؛ لأن المنافع عندهم ليست أموالاً فلا تورث.

❋ ❋ ❋

المطلب الرابع
غلة الموصى به قبل وجود الحمل

للعلماء في هذه المسألة أقوال:

القول الأول: أن الغلة لورثة الموصي حتى يوجد الحمل.

وقال به بعض المالكية.

وحجته: أن الغلة قبل وضع الحمل لورثة الموصي؛ لتعذر القبول من الحمل، وعدم الاعتداد بقبول وليه قبل ولادته.

القول الثاني: أنها للموصى له توقف مع الأصل الموصى به حتى يولد فيعطى الأصل، والغلة.

وبه قال الحنفية، وقول عند المالكية.

وحجته:

(١٧٤) ١ ـ ما رواه الإمام أحمد من طريق مخلد بن خُفاف بن إيماء، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها، عن النبي ﷺ قال: «**الخَرَاج بالضَّمَان**»[1].

---

(١) مسند أحمد ٦/ ٤٩.

وأخرجه ابن الجارود في المنتقى (٦٢٧)، والحاكم في المستدرك ٢/ ١٥، وابن عبد البر في التمهيد ١٨/ ٢٠٦ من طريق يحيى بن سعيد به،

وأخرجه في ٦/ ١٦١ عن قران بن تمام، وفي ٦/ ٢٠٨ عن وكيع، وفي ٦/ ٢٣٧ عن يزيد،

=

فكأنما ضمنه عليه، فخراجه له.

٢ ـ القياس على الميراث، فالغلة فيه للحمل، فكذلك الوصية.

= وأبو داود (٣٥٠٨) عن أحمد بن يونس، وفي (٣٥٠٩) من طريق سفيان،
وعبد الرزاق ٨/ ١٧٦ عن سفيان،
وابن أبي شيبة ٥/ ١٨٣، ومن طريقه ابن ماجه (٢٢٤٢)، وأبو يعلى (٤٥٧٥) من طريق وكيع،
والتِّرمِذي (١٢٨٥) من طريق عثمان بن عمر، وأبي عامر العَقَدي،
والنَّسائي (٧/ ٢٥٤) من طريق عيسى بن يونس، ووكيع،
والشافعي ٢/ ١٤٣ من طريق سعيد بن سالم،
والدارقطني ٣/ ٥٣، والبيهقي في السنن ٥/ ٣٢١ من طريق ابن أبي فديك،
كلهم (يحيى، وقران، ووكيع، ويزيد، وأحمد بن يونس، وسفيان، وعثمان بن عمر، وأبو عامر العَقَدي، وعيسى بن يونس، وابن أبي فديك، وسعيد) عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ذئب، عن مخلد بن خفاف بن إيماء بن رَحْضة الغفاري.
وأخرجه أحمد ٦/ ٨٠، وفي ٦/ ١١٦، وأبو داود (٣٥١٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣)،
والدارقطني ٣/ ٥٣، وابن حبان (٤٩٢٨) من طريق مسلم بن خالد،
والتِّرمِذي (١٢٨٦) من طريق عُمر بن علي المقدمي،
كلاهما (مسلم بن خالد، وعُمر بن علي) عن هشام بن عروة،
كلاهما (مخلد بن خفاف، وهشام بن عروة) عن عروة، فذكره،
رواية مسلم بن خالد الزنجي: «أنّ رجلاً اشترى عبداً فاستَغَله، ثمَّ وجد به عَيْباً فرَدَّهُ. فقال: يا رسول الله إنه قد اسْتَغَلّ غلامي. فقال رسول الله ﷺ: الخَرَاج بالضَّمَان».
وأخرجه ابن عدي في الكامل ٦/ ٢٤٣٧ من طريق يزيد بن عياض، عن مخلد بن خفاف به.
وأخرجه الخطيب في تاريخه ٨/ ٢٩٧ من طريق إبراهيم بن عبد الله الهروي، حدثنا أبو الهيثم خالد بن مهران البلخي، عن هشام بن عروة، عن عائشة رضي الله عنها.
الحكم على الحديث: قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وكذا حسنه البغوي.
وضعَّفه البخاري، وأبو داود، وصحَّحه الترمذي، وابن خزيمة، وابن الجارود، وابن حبَّان، والحاكم، وابن القطَّان.

٣ ـ أن من ملك شيئاً ملك غلته.

القول الثالث: الفرق بين الوصية بمعين، فغلته للموصى له اتفاقاً، وبين الوصية بجزء شائع، كالثلث، والربع، فيجري فيها الخلاف.

وبه قال بعض المالكية[1].

وحجته: ما تقدم في أدلة القولين السابقين.

فرع:

فرق الحنفية بين إقرار الموصي بوجود الحمل حين الوصية، وعدم إقراره، ففي حالة إقراره تصح الوصية إذا جاءت به لأقل من سنتين من تاريخ الوصية، سواء كانت متزوجة أو معتدة، أو خالية منهما، وفي حالة عدم الإقرار فيه تفصيل:

أولاً: إن كانت أمه زوجة أو معتدة من طلاق رجعي، تصح الوصية له إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من تاريخ الوصية أو تاريخ الوفاة، على خلاف بينهم، وإلا فلا.

ثانياً: إن كانت أمه معتدة من طلاق بائن، أو وفاة زوج، فإن الوصية تصح له إذا ولد لأقل من سنتين من تاريخ الفرقة، أو الوفاة، وإلا فلا.

وحجتهم:

١ ـ في التفرقة بين الإقرار وعدمه، أن المقر يأخذ بإقراره ما لم يتبين كذبه، إلا أن تضعه بعد انتهاء أقصى مدة الحمل وهو سنتان، فلا يصح لتبين كذبه.

ونوقش: أنه من باب الإقرار على الغير وهو باطل؛ إذ يتضرر الورثة بذلك.

---

(١) المصادر السابقة للمالكية.

٢ ـ وفرقوا بين ذات الزوج، والمعتدة في حال عدم الإقرار أن الحكم بلحوق نسب المولود قبل انتهاء أقصى مدة الحمل وهو سنتان من تاريخ الوفاة أو الفرقة؛ لأنه إذا لحق نسبه بالزوج تبين أنه كان موجوداً عند الفرقة أو الوفاة[١].

ونوقش: بأنه لا تلازم بين ثبوت النسب، وبين وجود الحمل وقت الوصية.

❋ ❋ ❋

المطلب الخامس
وقت استحقاق الحمل ملك الموصى به

للعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن الحمل يستحق الملك الموصى به بمجرد موت الموصي.

وإليه ذهب الحنفية[٢]، والمالكية في قول[٣]، والشافعية في المعتمد[٤]، والحنابلة في قول[٥].

وحجته: أن الظاهر هو وجود الحمل وحياته، فيملك قبل الانفصال.

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٣٦، الوصية الواجبة ص١٣١، الوصايا والتنزيل ص١٧٤.
(٢) تبيين الحقائق ٦/ ١٨٦، حاشية ابن عابدين ٦/ ٦٥٣.
(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ٤٢٣.
(٤) نهاية المحتاج ٦/ ٤٥.
(٥) كشاف القناع ٤/ ٣٥٧، الفروع لابن مفلح ٥/ ٣١.

القول الثاني: أن الملك لا يثبت للحمل في الوصية إلا بعد انفصاله حياً.

وإليه ذهب المالكية في المعتمد[١]، والشافعي في قول[٢]، والحنابلة في الصحيح[٣].

وحجته: أن الحمل قبل الانفصال غير محقق الوجود والحياة، فلا يملك إلا بعد تحقق وجوده وحياته.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ أن الحمل يستحق الملك الموصى به بمجرد موت الموصي؛ وذلك لأن الظاهر هو حياة الجنين ووجوده، ويكون ملكاً مراعى حتى ينفصل، فإن انفصل حياً تم له الملك، وإلا لم تصح الوصية، ويرد ما أوصى له به إلى ورثة الموصي.

---

(١) البهجة شرح التحفة ٣١٢/٢، الشرح الكبير، حاشية الدسوقي عليه ٤٢٢/٤.

(٢) أسنى المطالب للأنصاري ٣١/٣.

(٣) الفروع وتصحيحه ٣١/٥.