الفصل الثاني

شروط الموصى به

وفيه مباحث:

المبحث الأول: الشرط الأول: كون الموصى به موجوداً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه.

المبحث الثاني: الشرط الثاني: أن يكون الموصى به مالاً شرعاً.

المبحث الثالث: الشرط الثالث: اشتراط القربة لصحة الوصية.

المبحث الرابع: الشرط الرابع: أن يكون الموصى به متحقق الحياة.

المبحث الخامس: الشرط الخامس: ألا يزيد الموصى به على الثلث.

المبحث السادس: الشرط السادس: اشتراط عدم الشيوع في الموصى به.

المبحث السابع: كون الموصى به عيناً (الوصية بالمنافع).

المبحث الأول
الشرط الأول: كون الموصى به موجوداً، معلوماً، مقدوراً على تسليمه

وفيه مطالب:

المطلب الأول
أن يكون موجوداً

(الوصية بالمعدوم)

كالوصية بما تحمله هذه الناقة ونحوها، أو بما تحمله هذه الأشجار، ونحو ذلك.

اختلف العلماء في حكم الوصية بالمعدوم على قولين:

القول الأول: أنه تصح الوصية بالمعدوم.

وهو قول جمهور أهل العلم[١].

قال في تحفة الفقهاء[٢]: «وأما الوصية بأعيان الأموال: فإنه يجوز،

---

(١) بدائع الصنائع ٨/ ٢٥٦، الدر المختار مع رد المحتار ٥/ ٤١٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ٩٩، تكملة فتح القدير ١٠/ ٥٢٣، التاج والإكليل ٢/ ٤٧١، حاشية الجمل ٦/ ١٢٩، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ٤٠٣، مغني المغني المحتاج ٣/ ٦٠، أسنى المطالب ٣/ ٣٥، العدة ٢/ ٥٨، كشاف القناع ٤/ ٤٤٦.

(٢) تحفة الفقهاء ٣/ ٢٠٩.

سواء كان الموصى به موجوداً معيناً، أو بربع المال أو ثلثه أو خمسه وله مال، أو أوصى بالمعدوم بأن يوصي بما يثمر نخله، أو ما يخرج من بستانه، أو بثلث ماله ولا مال له: فإن الوصية جائزة من الثلث».

وحجته:

١ ـ عموم أدلة الوصية.

٢ ـ ولأنّ الوصيّة إنّما جَوَّزَت رفقاً بالنَّاس، فاحتُمل فيها وجوه من الغرر، فكما تصحُّ بالمجهول تصحّ بالمعدوم[١].

٣ ـ ولأنّ المعدوم يصحّ تملُّكه بعقد السَّلم، والمساقاة، والإجارة، فكذا بالوصيّة[٢].

٤ ـ أن المعدوم يجوز أن يملك بالمساقاة والإجارة مع أنهما عقدا معاوضة؛ فبالوصية أولى؛ لأن باب الوصية أوسع من غيره[٣].

٥ ـ ولأنه ليس في مقابلتها عوض يتضرر الموصى له بفواته كالبيع، وقيل: لا تصح مطلقاً، وقيل: تصح بالثمرة دون الولد، وفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد، وإذا صحت الوصية بالحمل الذي سيحدث فتصح بالحمل الموجود أولى، وشرط استحقاقه تحقق وجوده حال الوصية.

القول الثاني: لا تصح الوصية بالمعدوم.

وبه قال بعض الشافعية، وبعض الحنابلة[٤].

وحجته: لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد[٥].

---

(١) أسنى المطالب ٣/ ٣٥.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٦٠.

(٣) مغني المحتاج ٣/ ٦٠.

(٤) مغني المحتاج ٣/ ٦٠، الإنصاف مع الشرح الكبير ١٧/ ٣٤٢.

(٥) مغني المحتاج ٣/ ٦٠.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه استدلال في محل النزاع.

القول الثالث: تصح الوصية بالثمرة المعدومة دون الولد.

وبه قال الحنفية استحساناً[١].

وحجته: الفرق بينهما بأن الثمرة تحدث بلا صنع بخلاف الولد.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه فرق غير مؤثر.

الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم ـ صحة الوصية بالمعدوم؛ لما تقدم أن الوصية فعل خير فيكثر منه، ولأن الأصل الصحة.

❋ ❋ ❋

المطلب الثاني

أن يكون الموصى به معلوماً

(الوصية بالمجهول)

كما لو أوصى بسيارة من سياراته، أو ثوب من ثيابه.

اتفق الفقهاء ـ رحمهم الله تعالى ـ على صحة الوصية بالمجهول[٢].

دليل ذلك:

١ ـ أدلة الوصية.

وجه الدلالة: أن الله تعالى قد أعطى عبده ثلث ماله في آخر عمره، وقد

---

(١) الدر المختار مع رد المحتار ٥/ ٤١٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤١٦، عقد الجواهر الثمينة ٣/ ٤٠٣، حاشية الجمل ٣/ ٤٨١، مطالب أولي النهى ٤/ ٤٩٠.

لا يعرف حينئذ ثلث ماله، إما لكثرته، أو لغيبته، أو غيرهما، فدعت الحاجة إلى تجويز الوصية بالمجهول[١].

٢ ـ أن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث في الميت هذه الأشياء، جاز أن يخلفه الموصى له[٢].

٣ ـ أن المجهول ينتقل إلى الوارث فصحت الوصية به، كالمعلوم.

٤ ـ ولأنها رخصة شرعت لتدارك ما فات، فناسب التساهل في شروطها.

❋ ❋ ❋

المطلب الثالث

أن يكون مقدوراً على تسليمه

(الوصية بما لا يقدر على تسليمه)

اتفق الفقهاء على جواز الوصية بما لا يقدر على تسليمه كطيره الطائر، أو بعيره الشارد، أو سيارته المسروقة، أو أرضه المغصوبة، ونحو ذلك، وللموصى له السعي في تحصيله، فإن قدر عليه أخذه إن خرج من الثلث؛ لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه، كما يخلفه الوارث في ثلثه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له[٣].

ولأن الوصية إذا صحت بالمعدوم فما لا يقدر على تسليمه أولى.

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ٣/ ٣٥.

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٤٤.

(٣) المصادر السابقة.