

المبحث السابع اشتراط كون الموصى به عيناً

(الوصية بالمنافع)

وفيه مطالب:

المطلب الأول تعريف المنفعة

المنفعة: خلاف الضر، قال ابن فارس: «النون، والفاء، والعين: كلمة تدل على خلاف الضر»^(١).

وفي الاصطلاح: أعراض مستفادة من الأعيان يمكن استيفائها من تلك الأعيان^(٢).

والمنفعة مال عند جمهور أهل العلم خلافاً للحنفية^(٣).

والدليل على مالية المنافع:

قال الله تعالى: ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبْجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾^(٤)، والمهر لا يكون إلا مالا.

(١) معجم مقاييس اللغة (٥/٤٦٣).

(٢) أحكام التصرف في المنافع (ص ٤١).

(٣) ينظر: بدائع الصنائع (٤/٢١٨)، شرح الخرشي (٦/١٣٧)، روضة الطالبين (٥/١٣)، كشف القناع (٣/١٥٢).

(٤) من آية ٢٧ من سورة القصص.

ولأن وقوع عقد الإجارة على المنافع دليل على اعتبارها مالاً متقوماً.
ولأن الغرض الأظهر من جميع الأموال هي المنافع، فما لم تشتمل على
المنفعة لا يسمى مالاً^(١).



المطلب الثاني

مشروعية الوصية بالمنافع

اختلف الفقهاء رحمهم الله في جواز الوصية بالمنافع على قولين:
القول الأول: جواز الوصية بالمنافع ومشروعيتها.
وقال بذلك جمهور الفقهاء: الحنفية^(٢)، والمالكية^(٣)، والشافعية^(٤)،
والحنابلة^(٥).
واستثنى أبو حنيفة: الوصية بسكنى الدار، وركوب الدابة، وخدمة العبد
لغير معين كالفقراء والمساكين، فلا تجوز، وأجاز الوصية لهم بغلاتها بناء
على الفرق بين الغلة والمنفعة.
قال الكاساني: «ولا تجوز الوصية بسكنى داره، أو خدمة عبده أو ظهر

(١) أحكام التصرف في المنافع (٤١).

(٢) انظر: المبسوط ١٨١/٢٧، بدائع الصنائع ٣٥٥/٧، الاختيار لتعليل المختار ٧٠/٥.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٤٣١/٢، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٤٥/٤، الخرشي
على مختصر خليل ١٨٦/٨، حاشية العدوي بهامش الخرشي ١٨٦/٨، المتقى للباجي
١٦٠/٦.

(٤) انظر: المهذب ٥٩٠/١، مغني المحتاج ٦٤/٣، نهاية المحتاج ٨٣/٦، روضة
الطالبين ١١٧/٦.

(٥) انظر: كشاف القناع ٣٧٣/٤، المغني ١٨٢/٦.

فرسه للمساكين في قول أبي حنيفة - عليه الرحمة - ، ولا بد من أن يكون ذلك لإنسان معلوم.

وعندهما - رحمهما الله - تجوز الوصية بذلك كله للمساكين.

القول الثاني: لا تجوز الوصية بالمنافع.

وقال بذلك الظاهرية، وبه قال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

١ - قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُنْقِينَ﴾^(٢).

٢ - قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا﴾^(٣).

٣ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهْدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ أَتَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤).

٤ - عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قال: «جاء النبي ﷺ يعودني، وأنا بمكة، وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: يرحم الله ابن عفرأ، قلت: يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: «لا»، قلت: فالشطر؟ قال: «لا»، قلت: الثلث؟ قال: فالثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس في أيديهم...»^(٥).

(١) انظر: المحلي ٤٤٢/١٠، بداية المجتهد ٤٣١/٢، حيث نقل رأي في عدم جواز

الوصية بالمنافع، المبسوط ٢٧/١٨١، بدائع الصنائع ٣٥٥/٧.

(٢) من الآية (١٨٠) من سورة البقرة.

(٣) من الآية (١١) من سورة النساء.

(٤) من الآية (١٠٦) من سورة المائدة.

(٥) سبق تخريجه برقم (٣).

٥ - عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»^(١).

٦ - عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث»^(٢).

فهذه الأدلة بعمومها تدل على صحة الوصية بالمنافع.

٧ - الإجماع، قال ابن المنذر: «وأجمعوا على أن الرجل إذا أوصى بغلة بستانه أو بسكنى داره أو خدمة عبده تكون من الثلث».

٨ - إنه لما جاز تملك المنافع في عقد الإجارة والإعارة ونحوهما حال الحياة جاز تملكها في عقد الوصية بعد الممات من باب أولى؛ لأنه أوسع العقود، ويحتمل ما لا يحتمله سائر العقود من الجهالة والعدم في الموصي به، مما يفسد معه عقد الإجارة والبيع ونحوهما من عقود المعاوضات، فإذا صح عقد الوصية في هذا مع ما فيه من الغرر والخطر، كان القول بصحته بالمنافع أولى^(٣).

٩ - قياس المنافع على الأعيان بجامع صحة تملك كل بالمعاوضة والإرث، فإذا جاز للموصي أن يوصي بعين من أعيان التركة، فإنه يجوز له أن يوصي بمنفعتها فقط من باب أولى وأحرى؛ لأن الوصية برقبة الدار مثلاً إعطاء للعين والمنفعة، والوصية بالمنفعة إعطاء للمنفعة فقط، فجواز الأولى يستلزم جواز الثانية.

دليل القول الثاني:

استدل القائلون: بعدم جواز الوصية بالمنافع بما يلي:

(١) سبق تخريجه برقم (٢).

(٢) سبق تخريجه برقم (١٤).

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

١ - قالوا: إن الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث؛ لأن نفاذ الوصية عند الموت، وعند الموت تحصل المنافع على ملك الورثة؛ لأن المرقب ملكهم، وملك المنافع تابع لملك الرقبة، فكانت المنافع حادثة على ملكهم، وعلى هذا تكون الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا تصح^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الأعيان الموصى بمنفعتها تنتقل إلى الورثة مشغولة بالوصية، كما تنتقل العين المؤجرة مشغولة بالإجارة.

أما قولهم: إن الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع؛ لأننا إن سلمنا ملكية الورثة للرقبة بالموت، إلا أن تبعيه المنافع للرقبة في الملكية إنما تتم فيها إذا لم يفرد المالك المنافع بالتملك لشخص معين، وهنا أفرد المنافع بالتملك للموصي له، فتنتفي التبعة بذلك^(٢).

٢ - إن الوصية بالمنافع في معنى الإعارة، والإعارة تملك المنافع بغير عوض، والوصية بالمنافع كذلك، والعارية تبطل بموت المعير.

فالموت له أثر بطلان العقد على المنافع بعد صحته، فلا أن يمنع من الصحة أولى؛ لأن المنع أسهل من الرفع^(٣).

وقد نوقش هذا الاستدلال: بأن قياس الوصية بالمنافع على العارية مردود؛ لأنه قياس مع الفارق؛ لأن العارية وإن شابهت الوصية بالمنافع في كونها تملكاً^(٤) للمنافع بغير عوض، إلا أن تملك المنافع في العارية إنما كان مقصوداً للمعير في حال الحياة، مع أن التملك للمنافع بالوصية مقصود

(١) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٤) هذا على القول بأن العارية تملك للمنافع بعوض، وهو قول الحنفية، والمالكية، وإلا فالراجع أنها إباحة.



للموصي بعد الممات؛ إذ إن الوصية تمليك مضاف لما بعد الموت كما هو معروف، وبهذا يحصل الفرق بينها^(١).

٣ - إن المنافع معدومة، ولا تصح الوصية بما هو معدوم^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المنافع مما يصح تمليكها بعقد المعاوضة كالإجارة، فمن باب أولى تصح الوصية بها كالأعيان^(٣).

الترجيح:

الراجح هو قول جمهور العلماء القائلين بجواز الوصية بالمنافع؛ لما ذكروه من الأدلة الدالة على مشروعية الوصية بالمنافع، ولأن المنافع لما جازت المعاوضة عليها بعقد الإجارة، فالتبرع بها في عقد الوصية أولى بالجواز، والله تعالى أعلم.



المطلب الثالث

شرط الوصية بالمنافع

يشترط في المنافع الموصى بها خروجها من ثلث المال، فإن لم تخرج من الثلث أجزئ منها بقدر الثلث إذا لم تجز الورثة.

وذلك لأنها وصية صحيحة، فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث، أو بقدر ما يخرج من الثلث منها كسائر الوصايا بالأعيان.

(١) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٢) المغني ١٨٢/٦.

(٣) المغني ١٨٢/٦.

لكن اختلف العلماء في المعتبر خروجه من الثلث: هل هو العين الموصى بمنفعتها، أو المنفعة فقط؟ على قولين:

القول الأول: أن المعتبر في ذلك قيمة العين الموصى بمنفعتها مطلقاً، فإذا كانت الوصية بسكنى الدار اعتبرت قيمة الدار.

وهذا قول الحنفية، والمالكية، وبه قال الحنابلة على الصحيح^(١).

وحجته:

١ - أن تملك المنافع دون العين يجعل العين لا قيمة لها في نظر الناس غالباً.

٢ - أن تقدير المنافع وحدها متعذر.

القول الثاني: الفرق بين الوصية بمنفعة مؤبدة، أو مجهولة المدة، فتعتبر قيمة العين الموصى بمنفعتها، وبين الوصية لمدة معلومة، فتعتبر قيمة المنفعة، وذلك بأن تقوم العين بمنفعتها، ثم تقوم بدون منفعتها مدة الوصية، والفرق بين القيمتين هو الموصى به.

فإذا كانت الوصية بسكنى الدار مدة عشر سنين، قومت الدار بمنفعتها غير مشغولة، ثم تقوم وهي مشغولة بالوصية مدة عشر سنين، فإذا كانت قيمتها بمنفعتها مئة وقيمتها بدون منفعة مدة الوصية تسعين تكون الوصية بعشرة إذا حملها الثلث، وإن حمل نصفها لزم الوصية بنصف المنفعة.

وحجته: أن الموصى به المنفعة.

وبه قال الشافعية، وبعض الحنابلة^(٢).

(١) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧، العناية ٤١١/٩، التاج والإكليل ٣٨٦/٦، منح الجليل ٩/٩

٥٦٧، روضة الطالبين ١٨٧/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٢٧، الكافي لابن قدامة ٤٨٣/٢.

(٢) نهاية المحتاج ٨٩/٦، كشف القناع ٣٧٣/٤.



والأقرب: القول الأول؛ لقوة دليhle.

أما إذا زادت الوصية على الثلث لم تلزم بالاتفاق.

واختلف العلماء في الواجب في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الوصية تلزم فيما حملة الثلث ويخير الورثة بالزائد، فإذا أوصى بسكنى داره فلم يحمل الثلث إلا نصفها، كان للموصى له نصف المنفعة، وإن حمل ثلثها كان له ثلث المنفعة وهكذا.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

وحجته: ما تقدم من الأدلة على اعتبار الثلث.

القول الثاني: أن الوصية إن كانت لمعين كزيد فإن الورثة يخيرون، إما أن يعطوا الوصية كما هي، وإما أن يعطوا الموصى له من كل نوع من التركة ثلثه، وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء، فإن الورثة يخيرون إما أن يجيزوا الوصية، أو يعطوا الموصى لهم ثلث الميت في العين الموصى بالمنفعة، فإذا كانت الوصية للفقراء بسكنى الدار فالورثة بالخيار، إما أن يعطوهم السكنى، وإما أن يعطوهم من الدار ما يساوي ثلث الميت.

وهو قول الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

وحجته: أنه إن كانت الوصية بالمنفعة لمعين، فإنه يرجى رجوع العين للورثة إذا هلك الموصى له بخلاف الوصية لغير معين، فإنه لا يرجى رجوع العين للورثة، فالوصية بها بمنزلة الوصية بالعين نفسها.



(١) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والحنابلة.

(٢) المصادر السابقة للمالكية.

المطلب الرابع

إرث الوصية بالمنفعة

إذا أوصى شخص لآخر بمنفعة فمات الموصى له:

فتحت ذلك ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بحياة الموصى له:

كسكنى هذه الدار مدة حياة الموصى له، فباتفاق الأئمة الأربعة على أن الموصى له إذا مات فإنها لا تورث عنه^(١).

وحجته: اتباع شرط الموصي حيث قيدها بحياة الموصى له، وقد مات.

المسألة الثانية: أن تكون الوصية بالمنفعة مقيدة بزمان، أو مؤبدة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة، مقيدة بزمان معين، أو مؤبدة، فمات الموصى له قبل نهاية المدة، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن المنفعة الموصى بها تورث عن الموصى له فيما بقي من المدة.

وهو قول المالكية، والصحيح عند الشافعية، ومذهب الحنابلة^(٢).

(١) المبسوط ١٨١/٢٧، بدائع الصنائع ٣٥٣/٧، العناية ٤١١/٩، التاج والإكليل ٦/٣٨٦، منح الجليل ٥٦٧/٩، روضة الطالبين ١٨٧/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي

٣٢٧، الكافي لابن قدامة ٤٨٣/٢، قواعد ابن رجب ص ٣٠٩، إرث الحقوق ٣٦٧/٢.

(٢) المصادر السابقة، وشرح الخرشي ١٨٨/٨، الحاوي الكبير ٢٢٢/٨، كشف القناع ٣٧٦/٤.

القول الثاني: أن المنفعة الموصى بها لا تورث فيما بقي من المدة، وتعود العين إلى ورثة الموصي.
وبه قال الحنفية، وحكي وجهاً عند الشافعية^(١).

الأدلة:

أدلة القول الأول:

- ١ - أن المنفعة الموصى بها حق مالي، ومن مات عن حق مالي فلورثته^(٢).
- ٢ - أن الموصى له يملك المنفعة الموصى بها، فتورث عنه كسائر أملاكه^(٣).

أدلة القول الثاني:

- ١ - أن الحق للموصى له بالمنفعة لا يحتمل التورث؛ لأنها لا تبقى وقتين، فلا يتصور أن تكون مملوكة للمورث، ثم للوارث فتبطل الوصية بموته^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن المنافع مقدرة الوجود، فتأخذ حكم العين؛ لأنها جعلت مورداً للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود، والدليل على ذلك صحة الاستئجار بأجرة مؤجلة، وما ليس بعين فهو دين، والدين بالدين حرام^(٥).

(١) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية، والاختيار ٧٠/٥، تكملة البحر الرائق ٥١٦/٨.

(٢) كشف القناع ٣٧٦/٤.

(٣) أسنى المطالب ٥٦/٣، المغني ٤٦٠/٨، قواعد ابن رجب ص ٣٠٩.

(٤) المبسوط ١٨٤/٢٨.

(٥) تخريج الفروع على الأصول ص ٢٣٢.

٢ - أن الوصية تمليك للمنفعة بغير عوض كالإعارة، فتبطل بموت الموصى له؛ كما تبطل العارية بموت المستعير^(١).

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ إذ المستعير ليس مالكا، بل مباح له الانتفاع، بخلاف الموصى له فهو مالك.

٣ - أن المنفعة بانفرادها لا تحتل الإرث، وإن كان تملكها بعوض كالإجارة فلأن لا تحتل الإرث فيما هو تمليك بغير عوض أولى^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال: بعدم التسليم، بل المنفعة في الإجارة تورث؛ إذ هي مال من الأموال.

٤ - أن الموصي أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداءً من ملك الموصي من غير مرضاته، وذلك لا يجوز^(٣).

ويناقش هذا الاستدلال: بأن ملك الموصي قد زال بموته، وانتقل الملك إلى الوارث، وملك الموصى له المنفعة بالقبول فتورث عنه؛ كمنفعة العين المستأجرة إذا مات المستأجر، ثم إن قصد الموصي بالوصية الأجر، والثواب، وذلك لا يحصل إلا بالانتفاع بما أوصى به مدة الانتفاع.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة أدلته، وضعف أدلة القول الثاني، وما ورد عليها من المناقشة.

المسألة الثالثة: أن تكون الوصية بالمنفعة مطلقة غير مؤقتة:

إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مؤقتة، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء

(١) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٢) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧.

(٣) الهداية للمرغيناني ٦٠٥/٤.

القائلون بأن المنفعة المؤبدة تورث هل يحمل الإطلاق على التأييد فتورث تلك المنفعة، أو يحمل على التقييد بحياة الموصى له، فإذا مات لا تورث عنه تلك المنفعة؟ على قولين:

القول الأول: أن الإطلاق في الوصية بالمنفعة يحمل على التأييد، فتورث المنفعة عن الموصى له.

ذهب إلى ذلك بعض المالكية^(١)، وهو مذهب الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وحجته: أن الأصل في الوصية أن تكون مؤبدة؛ إذ المقصود بها الأجر، والثواب، والشأن فيمن كان هذا قصده أن تستمر وصيته.

ولقاعدة: أن تعقيب الوصية يلحقها بالحس.

القول الثاني: أن الإطلاق في الوصية بالمنفعة يحمل على التقييد بحياة الموصى له، فلا تورث عنه المنفعة. ذهب إلى ذلك المالكية^(٤).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - أن حمل الإطلاق على التأييد هو الأول؛ لقوة ما عللوا به.



(١) التاج والإكليل بهامش موهب الجليل ٣٨٥/٦، الخرشي ١٨٨/٨، الشرح الكبير

وحاشية الدسوقي ٤٤٨/٤، منح الجليل ٥٦٧/٩ - ٥٦٨، إرث الحقوق ٣٦٧/٢.

(٢) روضة الطالبين ١١٧/٦، ١٨٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٧، مغني المحتاج ٤٥/٣.

(٣) كشف القناع ٣٧٦. / ٤، ٣٧٣.

(٤) حاشية البناني على شرح الزرقاني ١٩٧/٨.

المطلب الخامس

أقسام الوصية بالمنافع

تنقسم الوصية إلى أقسام:

الأول: مؤقّطة بوقت محدد كسنة.

الثاني: مؤقّطة بحياة الموصى له أو بحياة شخص آخر.

الثالث: مؤبّدة، كالوصية بسكنى داره للمسجد أو الفقراء أبداً، وتقدمت قريباً.

الرابع: مطلقاً، وقد اختلف فيها:

فعند الشافعية، والحنابلة: تحمل على التأييد حملاً للفظ على فردة الكامل.

وعند الحنفية، وبعض المالكية: محمولة على حياة الموصى له.

وعند المالكية إن كان الموصى بمنفعته غير عبد، فهي محمولة على حياة الموصى له.

وإن كانت بمنفعة الرقيق فقولان:

ابن القاسم يحملها على حياة الموصى له، وأشهب يحملها على حياة الموصى به^(١).



المطلب السادس

ملكية الموصى له بالمنافع

إذا نص الموصي على أن الموصى له ينتفع فقط، فحينئذ تكون الوصية بالمنافع قائمة على الإباحة فقط، فله أن ينتفع بنفسه أو بوكيله، وليس له أن يتصرف في هذه المنافع.

لكن إذا وردت الوصية مطلقة غير مقيدة من قبل الموصي.

اختلف الفقهاء رحمهم الله في ملكية الموصى له لهذه المنافع الموصى بها، هل هو مالك لهذه المنافع، أم هي مباحة له فقط؟ على قولين:

القول الأول: أن هذه المنافع الموصى بها مملوكة للموصى له.

وهو قول المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).

القول الثاني: أن هذه المنافع الموصى بها مباحة فقط، وليست مملوكة للموصى له.

وبه قال الحنفية^(٤).

الأدلة:

أدلة الرأي الأول:

١ - أن الوصية تلزم بالقبول بخلاف العارية، فدل ذلك على أن المنفعة

(١) انظر: المستقى للباجي ١٦٠/٦.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٦٤/٣، نهاية المحتاج ٨٣/٦.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١٨٣/٦، القواعد لابن رجب ص ٢١٠.

(٤) بدائع الصنائع ٤٩٦١/١٠، الاختيار لتعليل المختار ٧٠/٥.

في باب الوصية تمليك، وليست إباحة.

٢ - أن المنافع الموصى بها تقبل التوارث وتنتقل بعد موت الموصى له إلى ورثته، فدل ذلك على أنه مالك لتلك المنافع^(١).

دليل القول الثاني:

استدل لهذا القول بما يلي:

أن الموصى له ملك المنافع بغير عوض، فكانت قائمة على الإباحة فقط^(٢).

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - أن المنافع المستحقة للموصى له مملوكة وليست قائمة على الإباحة؛ لما ذكره من الدليل الدال على أن هذه المنافع مملوكة للموصى له، ولأن الفقهاء رحمهم الله متفقون على أنه لو أوصى شخص لآخر بعين من الأعيان أن الموصى له يملك هذه الأعيان، فكذا إذا أوصى له بالمنافع، فإنه يملكها كما يملك هذه الأعيان.



المطلب السابع

حكم تصرف الموصى له بمنافع الوصية

التصرف في منافع الوصية من قبل الموصى له بتلك المنافع يرجع إلى ما قيده به الموصي، وعلى هذا لا يخلو الأمر من أحوال:

(١) مغني المحتاج ٣/٦٤، ٦٥، نهاية المحتاج ٦/٨٣.

(٢) الاختيار لتعليق المختار ٥/٧٠.

المسألة الأولى: إذا أوصى بالاستعمال والاستغلال:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر بمنافع داره مثلاً، وجعل للموصى له الاستعمال والاستغلال على حد سواء.

ففي هذه الحالة يملك الموصى له التصرف في هذه المنافع بجميع وجوه التصرف الممكنة في المنافع، فينتفع بها كيف يشاء، وعلى أي وجه أراد.

ففي الدار مثلاً الموصى له بمنافعها على ذلك الوجه له أن يسكنها بنفسه ويؤجرها لغيره، ويأخذ أجرتها، وله أن يعيرها، ويوصي بمنافعها ولا يتقيد بهذا التصرف بالمنافع إلا بشرط واحد، وهو أن لا يترتب على هذا التصرف ضرر بالعين الموصى بمنافعها^(١).

وذلك لأن ملك هذا الحق في التصرف من قبل الموصي الذي أعطاه هذا الحق في التصرف؛ لأن الحق له، فما دام أنه نص على نقل هذا الحق لغيره كان له ذلك، والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا أوصى بالاستغلال فقط:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر باستغلال منافع داره مثلاً: أي أوصى له بالغلة.

ففي هذه الحالة ذهب أكثر الحنفية إلى منع الموصى له من السكنى، وقالوا لأنه لم يملك بذلك إلا الغلة، وهذا هو الصحيح عندهم.

وعند أكثر أهل العلم: أنه يملك في هذه الحال الأمرين، فإن شاء استغل وإن شاء سكن^(٢).

وهذا هو الراجح.

(١) انظر: أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ٤٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٥٥/٧.

والدليل على ذلك ما يلي:

١ - أن الموصى له إذا ملك أن يملك غيره هذه المنافع بواسطة الإجارة وجب أن يكون مالكا لها .

٢ - أنه إذا جاز أن ينتفع غيره لأجله فالأولى أن ينتفع بنفسه^(١) ، وبالتالي يجوز له في هذه الحالة الاستعمال والاستغلال .

المسألة الثالثة: إذا أوصى بالاستعمال فقط:

ومثاله: إذا أوصى شخص لآخر بسكنى داره أو خدمة عبده، ونحو ذلك، ففي هذه الحالة هل يجوز له أن يتصرف بالمنافع بالاستغلال، وذلك بأن يؤجر مثلاً، أم لا يجوز له ذلك؟ .

اختلف الفقهاء رحمهم الله في هذا التصرف من الموصى له على قولين: القول الأول: يجوز للموصى له بسكنى الدار مثلاً أن يتصرف في هذه المنافع بالاستغلال.

وقال بذلك المالكية، والشافعية، والحنابلة.

قال الباجي من المالكية ما نصه: «... فمن أوصى بخدمة عبد، أو سكنى دار جاز له أن يكرى ذلك، إلا أن يعلم أن الموصي أراد أن يسكنها بنفسه خلافاً لأبي حنيفة.

والدليل على ما نقوله: «إن هذه منافع فصيح بدلها، فجاز لمن ملكها أخذ عوض عنها كالمستأجر...»^(٢).

وجاء في نهاية المحتاج ما نصه: «ويملك الموصى له بالمنفعة...، إن قامت قرينة على أن المراد بها مطلق المنفعة، أو اطرء العرف بذلك...،

(١) انظر: أحكام المعاملات لعلي الخفيف ص ٤١ - ٤٢.

(٢) المنتقى ١٦٠/٦.

فليست إباحة، ولا عارية للزومها بالقبول، ومن ثم جاز له أن يؤجر ويعير ويوصي بها...»^(١).

وقال ابن قدامة: «وإن أراد الموصي له إجارة العبد، أو الدار في المدة التي أوصى بها بنفعها جاز...».

ثم قال بعد أن ذكر المخالف في ذلك، وهو أبو حنيفة: «ولنا: أنها منفعة يملكها ملكاً تاماً، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان، كما لو ملكها بالإجارة...»^(٢).

وظاهر كلامهم: أنه يجوز له الاستغلال سواء كانت الوصية مقيدة بمدة معينة، أو مؤبدة.

القول الثاني: لا يجوز للموصى له بسكنى الدار، أو خدمة العبد أن يستغل تلك المنافع، بل يتنفع بنفسه فقط. وقال بذلك الحنفية.

قال الكاساني: «وليس للموصي له بالخدمة والسكنى أن يؤجر العبد، أو الدار من غيره عندنا، وعند الشافعي له ذلك...».

ثم ذكر الدليل على ذلك بقوله: «ولنا أن الثابت للموصى له بالسكنى والخدمة ملك المنفعة بغير عوض، فلا يحتمل التملك بعوض، كالملك الثابت للمستعير بالإعارة، حتى لا يملك الإجارة كذا هنا...»^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن العارية إباحة انتفاع، والوصية تملك منفعة فافترقا.

(١) نهاية المحتاج ٨٣/٦، وانظر: روضة الطالبين ١٨٦/٦، مغني المحتاج ٦٥/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ١٨٣/٦، القواعد لابن رجب ص ٢١٠.

(٣) بدائع الصنائع ٣٥٣/٧، وانظر: الفتاوى الهندية ١٢٢/٦.

وقالوا أيضاً: ولأن التملك بعوض أقوى والزم، والأضعف لا يتناول الأقوى^(١).

الترجيح: ما ذهب إليه المالكية، والشافعية، والحنابلة القائلون بجواز تصرف الموصى له بهذه المنافع بالاستغلال؛ وذلك لما يلي:

لأن الحنفية إنما منعوا الموصى له من الاستغلال؛ لكونه ملك هذه المنافع بغير عوض، فيقال: إن الملك لا يختلف سواء نتج عن عوض أو غير عوض، فالآثار المترتبة على ذلك واحدة، فما دام أنه ملك هذه المنافع جاز له أن يتصرف فيها بناء على هذا الملك بغض النظر عن ثبوته بعوض، أو غير عوض، والله أعلم.

وأيضاً: قد لا يتهيأ للموصى له السكن لكونها في بلد بعيد، أو غير بلده، أو مكان ناء، أو لضيقه، إلى غير ذلك من الأسباب، وفي هذا تضييع للوصية وحرمان للموصى له.

المسألة الرابعة: إذا كانت الوصية مطلقة:

وذلك إذا أطلق الموصي، فلم ينص على استقلال، أو استعمال، بأن قال: أوصيت بمنافع داري.

ففي هذه الحالة نرجع إلى العرف والعادة، فإذا كان العرف والعادة في هذا البلد أنهم يستعملون الإطلاق، ويقصدون به الاستعمال فقط أو الأمرين جميعاً عمل بذلك؛ لأن المعروف عرفاً كالشروط شرطاً.

وإذا لم يكن ثم عرف، ولم يمكن الرجوع إلى الموصي في البيان حملت العبارة على الاستغلال، لأنه أتم منفعة^(٢).

والذي يظهر: أنه إذا أطلق، ولم ينص على استعمال أو استغلال أنه

(١) الاختيار لتعليق المختار ٧٤٠/٥.

(٢) أحكام المعاملات لعلّي الخفيف ص ٤٢.



يملك الأمرين جميعاً، ويجوز له التصرف في هذه المنافع بالانتفاع بها
والمعاوضة عليها بالإجارة، والله أعلم.



المطلب الثامن المنفعة المشتركة

بالنسبة للمنفعة المشتركة بين الموصى لهم في حال تعددهم، أو بينهم
وبين الورثة في حالة الوصية ببعض المنفعة، أو منفعة بعض العين، فإن هناك
لاستيفائها طرقاً:

الأول: الانتفاع المشترك، أو الاستغلال المشترك بأن يسكنوا الدار
جميعاً، أو يحرقوا الأرض كذلك أو يكروهما ويتقاسموا الكراء مثلاً، فإذا
كانت الوصية بثمار الأشجار، يقسمون الثمار بعد قطفها أو يبيعونها بعد بدو
صلاحها، ويقسمون الثمن، وهكذا.

الثاني: اقتسام المنافع على طريق المهايأة المكانية: بأن تقسم العين
الموصى بمنفعتها إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر، كأرض يحرق أحدهما
جزءاً، ويحرق الآخر الجزء الآخر، أو دار يسكن أحدهما بيتاً والآخر بيتاً،
أو أحدهما الأسفل، والآخر الأعلى.

سواء تساوت الحصص، أو اختلفت، وسواء اتفقا على أن يتبادلا ما بيد
كل واحد منهما بعد مدة أم لا، بشرط تحديد مدة الانتفاع، طالبت أو
قصرت، فإن لم تحدد مدة الانتفاع لم تجز، للجهل بالمدة.

وقال ابن الحاجب: تصح ولا تلزم، ولكل منهما الرجوع متى شاء،

بخلاف ما لو حددت المدة، فإنها تلزم ولا رجوع لأحدها قبل تمام المدة، كالإجارة^(١).

الثالث: المهايأة الزمانية بأن ينتفع أحد الشركاء بالعين مدة، ثم يسلمها للآخر ينتفع بها مدة أخرى، مثل الأولى، أو أقل، أو أكثر ولا يشترط قسمتها بقدر الحصص؛ لأنها معاوضة يجوز فيها التفاضل، وإنما يشترط في ذلك أربعة شروط:

أ - رضاهما بالقسمة، فإن أبى أحدهما لم يجبر عليها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِحَكْرَةٍ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢)^(٣)، والقسمة بيع يشترط فيه من الرضا وغيره.

ب - أن تكون المدة معلومة المقدار، كسنة، أو شهر، وإلا منعت للجهل والغرر.

ج - أن لا تزيد المدة في حيوان على شهر، نص عليه المالكية، وإلا منعت لما يلزم في ذلك من كراء معين يتأخر قبضه أكثر من شهر، وهو لا يجوز في الحيوان لسرعة تغيره، بخلاف الدور والأرض المأمونة الري، فإنه يجوز فيهما أن تكون المدة سنين، بحيث يسكن أحدهما الدار سنة، أو عشر سنوات، ثم يسكنها الآخر مثل ذلك أو أقل أو أكثر، ومثل ذلك في الأرض مأمونة الري.

والفرق: أن العقار مأمون بخلاف الحيوان، فإنه يخشى عليه التلف في المدة الطويلة، فيدخله الغرر، ولذلك لا تجوز المهايأة الزمانية في الأرض غير المأمونة الري؛ لاحتمال أن تسقى في مدة أحدهما، دون الآخر.

(١) النوازل الصغرى ٢٧/٤، حاشية الدسوقي ٤٤٧/٣.

(٢) من آية ٢٩ من سورة النساء.

(٣) النوازل الصغرى ٢٧/٤، حاشية الدسوقي ٤٤٧/٣، الوصايا والتزويل ص ٤٣٢.

د- أن تكون المنفعة المقسومة منافع محضة، مثل السكنى والركوب، والخدمة، واللبس، والاستعمال.

وأما الغلة ففيها تفصيل: فإن كانت ثمار أشجار وبستان، أو كراء غير منضبط، فإنه لا يجوز قسمتها مهايأة مطلقاً، فلا يجوز أن يأخذ الآخر ثمار السنة التي بعدها، أو يأخذ أحدهما مداخيل هذا الشهر، ويأخذ الآخر مداخيل وأكرية الشهر القادم؛ لما في ذلك من الجهل والغرر.

فإذا كانت منضبطة جاز اقتسام الأكرية، بأن يأخذ أحدهما كراء شهر، ويأخذ الآخر كراء الشهر الموالي له، إلا أنه يلاحظ في الأكرية المنضبطة أنه يجب أن يأخذ أحدهما قدر نصيبه، فإن اقتسما على أن يأخذ أحدهما أكثر من نصيبه، كأن يأخذ أحدهما كراء شهر ليأخذ الآخر كراء شهرين بعده لم يجز ذلك؛ لما يلزم على ذلك من سلف جر نفعاً^(١).



المطلب التاسع

بدء الاستفادة من المنفعة الموصى بها

لا يخلو هذا من أحوال:

الحال الأولى: أن تكون الوصية مطلقة، فيبدأ الاستفادة من المنفعة الموصى بها من حين وفاة الموصي؛ لأنه وقت لزوم الوصية إلا أن يعين الموصي وقتاً لبدء الاستفادة.

الحال الثانية: أن تكون الوصية مقيدة بزمن:

(١) المصادر السابقة.

فتحت ذلك أمران:

الأمر الأول: أن يكون الزمن معلوماً معين فتختص الوصية بهذا الزمن، فإن مات الموصي بعد انصرام ذلك الزمن بطلت الوصية؛ لتعذر تنفيذها بفوات وقتها، وإن مات بعد مضي وقتها بطلت فيما مضى، وإن مات قبل مجيء ذلك الزمن انتظر حتى يجيء؛ لأنها بمنزلة الواجب المؤقت بوقت، فلا يتقدم عليه.

الأمر الثاني: أن يكون الزمن غير معين، كالوصية بمنفعة داره سنة، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: أن الوصية تحمل على السنة الأولى، بعد موت الموصي. وبه قال المالكية^(١).

وحجته: أنه وقت لزوم الوصية، والظاهر من لفظ الموصي وقصده، ولقاعدة تقديم الوصية على الإرث، وللقول بفورية التنفيذ، ودلالة الأمر على الفور.

القول الثاني: إن كانت الوصية بالمنفعة فتحمل على السنة الأولى، وإن كانت الوصية بالخدمة أو الثمار، فالخيار إلى الوارث في تعيينها. وبه قال الشافعية^(٢).

وحجته:

١ - إن كانت الوصية بالمنفعة فتحمل على السنة الأولى؛ لما ذكره المالكية.

٢ - ولم أقف على دليل بالنسبة لما ذكروه من منفعة الخدمة والثمار.

(١) الذخيرة ٨٨/٧.

(٢) نهاية المحتاج ٨٧/٦.



القول الثالث: أنها تبدأ من وقت القسمة.

وبه قال الحنفية^(١).

ولعل حجته: أن ملك الموصى به يبدأ من حين القسمة.

وتقدم أن بيان هذه المسألة في مبحث ملكية الموصى به.

والأقرب: ما ذهب إليه المالكية؛ لما ذكروه من التعليل.



المطلب العاشر

بيع المنفعة الموصى بها

اختلف الفقهاء في حق الموصى له في بيع ماله من المنفعة، وإسقاط حقه مقابل عوض يأخذه على أقوال:

القول الأول: يجوز بيع المنفعة للوارث وغيره.
وهو قول للشافعية^(٢).

وحجته: أن المنفعة مال، فجازت المعاوضة عليه.

القول الثاني: يجوز بيع ذلك للورثة دون الأجنبي، سواء كانت الوصية بالسكنى، أو الخدمة، أو الغلة، أو الثمار.

وأجازوا للوارث شراء قدر حصته من الوصية، واختلفوا في شرائه الجميع، فأجازه بعضهم، قياساً على شراء الورثة.
ومنع آخرون؛ لأنه أجنبي في حق شركائه.

(١) الفتاوى الهندية ٦/١٢٣.

(٢) المصادر السابقة للشافعية.

وبه قال المالكية .

وقال ابن القاسم^(١) لا يجوز للورثة شراء الثمرة قبل طيها إن كانت الوصية مؤقتة كسنة مثلاً .

وحجته :

١ - القياس على العمري، وعلى العرية يجوز بيعها للمعمر، والمعري، وورثتهما، خلافاً لسحنون في منعه ذلك، إلا لضرورة^(٢) .

٢ - أن شراء الورثة منافع الموصى بمنفعته مقصود به تخلص العين الموصى بمنفعتها، وتحريرها من الوصية، فهو بمنزلة فداء العبد الجاني، بخلاف شراء الأجنبي، فإن المقصود منه أصالة هو المنفعة، ولا غرض له بالعين، ولذلك يشترط فيه ما يشترط في البيع والشراء، فلا يجوز هنا؛ لما يلزم على ذلك من شراء المعدوم وبيع الثمار قبل بدو صلاحها، أو قبل وجودها، إذا كانت الوصية بغلة الأشجار، وبيع نتاج الحيوان، ولما في ذلك من الغرر والجهل .

٣ - وحجة ابن القاسم: النهي عن شراء الثمرة قبل بدو صلاحها، ولأنه لا عذر لهم لتمكنهم من بيع الأصول، فلا يرخص لهم في شراء ما لم يَبْدُ صلاحه .

القول الثالث: يجوز بيعها للورثة دون غيرهم، سواء كانت الوصية بالمنفعة، أو الغلة، أو السكنى، أو الخدمة .

وبه قال الحنفية^(٣) .

قال الكاساني: «فإن اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز

(١) النوازل الصغرى ٣٤/٤ .

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والوصايا والتنزيل ص ٤٢٣ .

(٣) المصادر السابقة للحنفية .

الشراء، وبطلت الوصية؛ لأنه ملك العين بالشراء، فاستغنى بملكها عن الوصية كمن استعار شيئاً، ثم اشتراه أنه تبطل الإعارة.

وكمن تزوج أمة إنسان، ثم اشتراها يبطل النكاح لما قلنا، كذا هذا.

وكذلك لو أعطوه شيئاً على أن يبرأ من الغلة.

وكذلك سكنى الدار، وخدمة العبد إذا صالحوه منه على شيء جاز، وتبطل الوصية؛ لأن له حقاً، وقد أسقط حقه بعوض، فجاز كالخلع، والطلاق على مال^(١).

وحجته: القياس على الخلع والطلاق على مال بجامع أن كلا إسقاط حق مقابل مال فاغتفر فيه الغرر.

القول الرابع: أنه لا يجوز بيعها مطلقاً.

وبه قال أبو يوسف، وهو قول للشافعية^(٢).

وحجته: أنه حق لا يورث، ولأنه حق غير مالي، والبيع من شرطه وروده على مال.

والأقرب: جواز بيع المنفعة الموصى بها مطلقاً؛ إذ الأصل الحل، إلا إذا ترتب على ذلك محذور شرعي كبيع معدوم تضمن غرراً، كبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، والحمل المعدوم.



(١) بدائع الصنائع ٣٩٣/٧.

(٢) المصادر السابقة للحنفية، والشافعية.

المطلب الحادي عشر نفقة العين الموصى بمنفعتها

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: سقي الشجرة الموصى بثمرتها:

إذا أوصى له بثمره شجرة مدة معينة، أو بما تثمر أبداً، فعلى من يكون سقي الشجرة المثمرة؟ خلاف على قولين:

القول الأول: إذا أوصى له بثمره شجرة مدة معينة، أو بما تثمر أبداً صح ذلك، ولم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها. فإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه من السقي، فإن تضرر منع؛ وإذا يبست الشجرة الموصى بثمرتها، كان حطبها للوارث؛ إذ لا حق له في رقبته.

وبهذا قال: الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢).

وحجته:

١ - حديث ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

(١) المهذب ١/٤٦١، التهذيب ٥/٨٤، البيان ٨/٢٠٧، نهاية المحتاج ٦/٥١، ٨٧، تكملة المجموع ١٥/٤٢٨.

(٢) المغني ٨/٤٦٠، الشرح الكبير ٦/٥١٧، الإنصاف ٧/٢١٨، ٢٥٢، الروض المربع ٢/٢٤٧، كشف القناع ٤/٣٦٨، ٣٧٣، نيل المآرب ٢/٤٦.

(٣) تقدم تخريجه برقم (٩).



٢ - أنه لا يجبر على سقي ملكه، ولا سقي ملك غيره^(١)؛ لأن السقي تنتفع به الثمرة والشجرة، فلا يلزم أحدهما سقي ملك صاحبه^(٢).

القول الثاني: إذا أثمرت النخلة، أو الشجرة، فالسقي على صاحب الغلة - الموصى له -؛ لأن منفعة ذلك ترجع إليه^(٣).

وإن لم تدرك، أو لم تحمل فالنفقة في سقيها على صاحب الرقبة؛ لأنه بهذه النفقة ينمو ملكه، ولا ينتفع صاحب الغلة بذلك، فليس عليه شيء من هذه النفقة^(٤).

فإن حملت عاماً ثم حالت فلم تحمل شيئاً، فالنفقة على الموصى له بالغلة استحساناً؛ «لأن انعدام حملها عاماً لا تعد منقطعة المنفعة؛ لأن من الأشجار ما لا يحمل كل عام، ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعاً ونماء، وكذا الأشجار لا تخرج إلا في بعض فصول السنة، ولا يعد ذلك انقطاع النفع، بل يعد نفعاً ونماء حتى كانت نفقتها على الموصى له بالغلة، فكذا هذا»^(٥).

فإن لم ينفق الموصى له بالغلة، وأنفق صاحب الرقبة عليها حتى حملت، فإنه يستوفي نفقته من ذلك الحمل، وما يبقى من الحمل، فهو لصاحب الغلة؛ «لأنه فعل ذلك مضطراً لإصلاح ملك نفسه، ودفع الفساد عن ماله، فلم يكن متبرعاً، فله أن يرجع فيما حملت؛ لأنه إنما حصلت هذه الفائدة بسبب نفقته»^(٦).

(١) انظر: المغني ٤٦٠/٨، الشرح الكبير ٥١٧/٦.

(٢) انظر: البيان في مذهب الإمام الشافعي ٢٠٧/٨.

(٣) انظر: المبسوط ٣/٢٨.

(٤) انظر: المبسوط ٣/٢٨.

(٥) بدائع الصنائع ٣٨٦/٧.

(٦) المرجع السابق ٣٨٦/٧.

والقياس: لا يكون على الموصى له نفقتها في العام الذي حالت فيه؛ لأنه لا ينتفع بها فيه^(١)

وبهذا التفصيل قال: الحنفية^(٢).

الترجيح:

يترجح مما تقدم من القولين السابقين هو: عدم لزوم الموصى له أو الوارث سقي النخيل، والشجر المثمر.

ووجه الترجيح ما يلي:

أولاً: إنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الإنفاق عليه، فإذا اشتركا لم يجب^(٣).

ثانياً: إن الوارث لم يضمن تسليم هذه الثمرة الموصى بها إلى الموصى له، فلا يلزمه سقيه، بخلاف البيع^(٤)، والله أعلم.

المسألة الثانية: نفقة غير الشجر:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وجوب النفقة على الموصى له مطلقاً، ما دامت العين صالحة للانتفاع، فإن أهمل النفقة، أفنق الورثة، أو الموصى له بالرقبة خوفاً من ضياع العين، فإنه يرجع بما أفنق في غلة العين الموصى بمنفعتها، فإن كانت العين الموصى بمنفعتها، لا منفعة فيها، فالنفقة تجب على المالك، كما لو أوصى بغلة أشجار صغيرة.

(١) بدائع الصنائع ٣٨٦/٧.

(٢) المبسوط ٢/٢٨ - ٤، بدائع الصنائع ٣٨٦/٧.

(٣) انظر: المذهب ٤٦١/١، التهذيب ٨٤/٥ بتصرف.

(٤) انظر: الإنصاف ٢١٨/٧ بتصرف.



وهو قول الحنفية^(١).

القول الثاني: أن نفقة الحيوان على مالك العين.

وهو قول للمالكية، وقول الشافعية، وقول للحنابلة^(٢).

وفي قول للمالكية، والحنابلة لزوم النفقة للموصى له.

الأدلة:

دليل من قال بوجوبها على المالك:

(٢١٥) ١ - ما رواه مسلم من طريق العجلان مولى فاطمة، عن أبي

هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «للمملوك طعامه، وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق»^(٣).

فتعليق الحكم بالمشتق يؤذن بعليه ما منه الاشتقاق، إذا كانت النفقة هي الملك، فالملك للوارث أو الموصى له بالرقبة، فتكون النفقة عليهما.

٢ - أن جعل النفقة على الموصى له بالنفقة يخرج الوصية من التبرع إلى المعاوضة المجهولة؛ لأن المنفعة تكون في مقابل النفقة، وكلاهما مجهول فتكون إجارة بمجهول.

٣ - القياس على نفقة العبد المستأجر، فإن نفقته عليه، وإن كانت منفعة لغيره.

٤ - القاعدة العامة أنه لا يجب على أحد أن ينفق على ملك غيره.

وحجة القول بوجوبها على الموصى له:

١ - حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «الخارج بالضمان»^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٣٥٥/٧، الفتاوى الهندية ١٣٦/٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٩٦، نهاية المحتاج ٨٦/٦.

(٣) صحيح مسلم - كتاب الأيمان / بات إطعام المملوك (١٦٦٢).

(٤) سبق تخريجه برقم (١٧٤).

والقاعدة أن من له الغنم عليه الغرم.

٢ - حديث ابن عباس رضي الله عنهما: «لا ضرر ولا ضرار»^(١).

إلا أن هذا مردود بأن المالك قادر على دفع هذا الضرر بإخراج الموصى بمنفعته عن ملكه، كما أن القياس على الزوج قياس معارض بالقياس على العبد المستأجر، ومخالف لقاعدة أنه لا يجب على أحد أن ينفق مال غيره.

أما الاحتجاج بحديث الخراج بالضمان فغير واضح ولا يسلم؛ لأن معنى الحديث أن الغلة لمن عليه الضمان، وأن من يجب عليه ضمان الشيء تكون له غلته، وليس معناه أن النفقة تابعة للمنفعة، فلا يصح الاحتجاج به في الموضوع.

٣ - القياس على نفقة الزوجة، فإنها على الزوج؛ لانتفاعه بها على الزوجة، وكذا الموصى له ينتفع بالعين الموصى بها.

والأقرب في هذه المسألة ما ذكره الحنفية من التفصيل.

فرع: إذا انتهت المدة والأشجار مثمرة، فإن الثمار تكون للموصى له، إذا كانت مزهية، وإن كانت لم تؤبر فهي لورثة الموصي.

واختلف في المؤبرة التي لم تزده، فقليل: للموصى له، وقيل: لورثة الموصي.

والأقرب: أن الحكم منوط بالتأخير، كما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما:

(٢١٦) فقد روى البخاري ومسلم من طريق نافع، عن عبد الله بن عمر

رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(٢).

(١) سبق تخريجه برقم ٩.

(٢) صحيح البخاري في البيوع: باب من باع نخلاً قد أبرت (٩٠٢٠)، ومسلم في البيوع: باب من باع نخلاً... (١٥٤٣).

أما إذا كانت الوصية بما يلد له الحيوان، فإن التناج المولود بعد انتهاء المدة يكون لورثة الموصي، ولا حق فيه للموصى له؛ لعدم دخوله في الوصية.



المطلب الثاني عشر

في بيع العين الموصى بمنفعتها

اختلف الفقهاء في بيع العين الموصى بمنفعتها للموصى له أو غيره.
القول الأول: أنه لا يجوز بيعها لغير الموصى له لما يلزم على ذلك من بيع معين يتأخر قبضه، إذا كانت الوصية مؤقتة، أو بيع ما لا منفعة فيه إذا كانت مؤبدة، وكلاهما لا يجوز.
وهو مذهب مالك^(١).

واختلفوا في بيعها للموصى له، فقال مالك بالجواز مرة، وبالمنع مرة.
وقال سحنون: لا يجوز ذلك إلا لضرورة.
القول الثاني: يجوز بيعها للموصى له ولغيره، كانت المدة معلومة أو مجهولة.

واختلفوا إذا كانت الوصية مؤبدة أو مطلقة لحملها على التأيد عندهم، فقليل: لا يجوز بيعها مطلقاً للموصى له ولغيره، وقيل: يجوز مطلقاً.
والأصح عندهم: جواز بيعها للموصى له دون غيره في هذه الحالة، كما أجازوا بيعها إذا اتفق الموصى له والورثة، أو الموصى له بالرقبة على بيع الرقبة والمنفعة في صفقة واحدة، ويوزع الثمن بينهما بنسبة قيمة الرقبة، وقيمة المنفعة.

(١) الذخيرة ٧/ ١٣٠، ٨٧، الوصايا والتنزيل ص ٣٤٦.

وهو قول الشافعية^(١).

واختلف الحنابلة: على قولين بالجواز مطلقاً، والجواز من المالك دون غيره.

القول الثالث: يجوز بيعها للموصى له، وتبطل الوصية، كما تبطل إذا وافق الموصى له على البيع، ولا شيء له من الثمن، ومنعوا بيعها لأجنبي. وبه قال الحنفية^(٢).

وأجاز أبو ثور بيعه، واشترط المنفعة للموصى له.

الأدلة:

حجة من منع البيع مطلقاً: أنه يلزم عليه بيع معين يتأخر قبضه إذا كانت الوصية مؤقتة، وبيع ما لا منفعة فيه إذا كانت الوصية مؤبدة، وتعلق حق الموصى له بمنفعة المبيع أيضاً.

وحجة من أجاز ذلك مطلقاً: ثبوت ملكية العين للوارث، فيجوز له بيعه كسائر الأملاك.

وحجة الفرق بين بيعه للموصى له وبيعه لغيره: أن بيعه للموصى له فيه منفعة للموصى له بتملك العين بعد ملكه المنفعة بخلاف بيعه لغيره، فلا منفعة فيه للمشتري، فلا يجوز.

وأما من فرق بين الوصية المؤبدة وغيرها فحجته: أن الوصية المؤقتة تنتهي بانتهاء الوقت، فتعود العين إلى مشتريها ينتفع بها، فالمنفعة فيها موجودة، وإن كانت مؤجلة فكان كشراء صغير لا نفع فيه وقت الشراء، ولكنه يؤول إلى النفع.

والأقرب: أنه يجوز بيع العين الموصى بمنفعتها إذا كانت الوصية مؤقتة،

(١) نهاية المحتاج ٨٧/٦.

(٢) الفتاوى الهندية ١٢٣/٦.



أو كان البيع للموصى له، أو كانت مؤبدة، والبيع لغير الموصى له، وترتب على ذلك غرض صحيح.



المطلب الثالث عشر هلاك العين الموصى بمنفعتها

هذا لا يخلو من أحوال:

الحال الأولي: هلاك العين الموصى بها على وجه لا يمكن استرجاعها.
إذا هلكت العين الموصى بمنفعتها على وجه لا يمكن معه استرجاعها كسيارة احترقت بلا جناية أحد بطلت الوصية.

الحال الثانية: هلاك العين الموصى بمنفعتها على وجه يمكن استرجاعها كالبيت التي انهدمت، فللعلماء في ذلك قولان:
القول الأول: تبطل الوصية، فإذا أعيد بناؤها بأنقاضها عادت، وإن أعيدت بغير أنقاضها، فاحتمالان:

الأول: بطلانها.

الثاني: عودها بنسبة أنقاضها، فتقسم غلتها بين الموصى له والورثة.
وبه قال الشافعية^(١).

القول الثاني: أنه يقال للموصى له ابن واستغل.
وبه قال الحنفية^(٢).

(١) المصادر السابقة للشافعية.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

وإن كان الهلاك باعتداء على العين، فللعلماء قولان:
القول الأول: يشتري بالقيمة مثل العين وينتفع بها الموصى له كأولى.
وبه قال جمهور أهل العلم^(١).
قال القرافي: «وإن هدمها - أي: الأرض الموصى بمنفعتها - أحد غرم
ذلك وبنيت له، والوصية على حالها، وكذلك لو قطع نخل الحائط».
وحجته:

- ١ - أن البذل له حكم المبدل.
- فكل حق تعلق بعين تعلق ببذلها إذا لم يبطل سببه.
- ٢ - أن الأصل بقاء حقه.
- القول الثاني: بطلان الوصية، واستحقاق الورثة القيمة.
- وهو المعتمد عند المالكية، وقول للحنابلة^(٢).
- وحجته:

- ١ - أن القيمة الواجبة في هلاك العين هي بدل عن رقبة العين المعتدى
عليها فتكون للورثة؛ إذ هي ملكهم.
- ونوقش: بالتسليم، لكنها بدل، والبذل له حكم المبدل.
- ٢ - القياس على الإجارة، فإنها تبطل بهلاك العين المستأجرة.
- ونوقش: بوجود الفرق بين العين الموصى بمنفعتها، والعين المؤجرة،
كما تقدم قريباً.
- الترجيح:

يترجح - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

(١) المصادر السابقة، الذخيرة ١٢٩/٧، شرح الزرقاني ١٩٧/٨، المغني ٦٣/٦، الوصايا
والتنزيل ص ٣٤٦.

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والحنابلة.

الحال الثالثة: إذا لم تهلك العين، وإنما تعطلت، كسيارة خربت، فإن الموصى له يخير بين إصلاحها، والانتفاع بها، أو ردها على الورثة وسقوط حقه في الوصية، قياساً على العبد الجاني يخير سيده في فدائه، أو تسليمه لولي الجناية.



المطلب الرابع عشر انتهاء الوصية بالمنفعة

تنتهي الوصية بالمنفعة بأمور:

الأول: استحقاق العين الموصى بمنفعتها، أو استحقاق المنفعة، كما لو أوصى بسكنى دار تبين أنها ملك لغيره، أو محبسة، أو مؤجرة مدة الوصية، ونحو ذلك؛ لأنها وصية بما لا يملك.

الثاني: هلاك العين الموصى بمنفعتها.

الثالث: وفاة الموصى له. وتقدم هل تورث المنفعة الموصى بها في

المطلب الرابع.

الرابع: هلاك الموصى له في الوصية لجهة بر معينة، مثل الوصية بغلة أرضه للمسجد الفلاني، أو المدرسة الفلانية، فإذا انهدم المسجد أو المدرسة، وأيس من إعادتهما، أو لم يوجد فإن الوصية تبطل، وتعود المنفعة لورثة الموصي، بخلاف الحبس فإنه إذا تعطل مصرفه لا يبطل بذلك، ويصرف في مثله.

الخامس: تنازل الموصى له عن حقه في المنفعة للورثة، أو بعضهم إذا

قبل ذلك منه.

السادس: شراء الموصى له العين الموصى بمنفعتها.



المطلب الخامس عشر

الوصية ببعض منفعة العين، أو منفعة بعض العين

الوصية بمنفعة بعض العين فقط، أو بعض منفعة العين، كالوصية بمنفعة جميع العين، موضع خلاف:

القول الأول: بالنسبة للوصية ببعض غلتها يجب وقفها كلها، فإذا أوصى بثلاث غلة أرضه، أو داره، أو بستانه، أو نصف ذلك، أو رבעه لم يكن للورثة حق في قسمة الأرض أو الدار أو البستان، وتوقف هذه الأعيان كلها مدة الوصية؛ لتعلق حق الموصى له بغلة العين كلها، فيجب وقفها، وقسم غلتها، سواء كانت العين تقبل القسمة كالأرض، أو لا تقبلها كالحيوان، والسفن. وبالنسبة للموصى له بغلة بعضها هناك فرق بين ما يقبل القسمة، وما لا يقبلها.

فإن كان لا يقبل القسمة أصلاً، كالحيوان، أو لا يقبلها إلا بفساد كالسفينة، فإن العين الموصى بمنفعة بعضها يجب وقفها كلها، وقسم غلتها، فإذا أوصى بغلة ثلاث سيارته، أو دابته وقفت هذه الأعيان مدة الوصية. ويعطى للموصى له نصيبه في الغلة، ولا يعطونه جزء العين يستغله؛ لتعذر قسمتها بلا ضرر.

واختلف إذا كانت تقبل القسمة دون ضرر، مثل الوصية بغلة ثلاث أرضه أو غلة نصف بستانه، فللورثة أن يقاسموا الموصى له، فيعزلوا له نصف البستان، أو ثلث الأرض بحسب وصيته، تكون له غلته مدة الوصية، سواء

أغل أو لم يغل، ويتصرف الورثة في الباقي، قياساً على الوصية بثلثه ملكاً، وقيل: ليس لهم مقاسمته وتوقف العين كلها، كالوصية بجزء الغل. وهو قول المالكية^(١).

القول الثاني: أن من أوصى بثلث غلة بستانه أبداً، ولا مال له غيره، أنه يجوز للورثة أن يقاسموا الموصى له، ثم إذا أغل نصيب الورثة دون نصيب الموصى له، أو العكس فإنه يشاركهم ويشاركونه في الغلة الحاصلة في نصيب بعضهم دون بعض.

واختلفوا إذا كانت الوصية بثلث غلة الدار.

قال أبو حنيفة: «ليس لهم أن يقاسموه خشية تعطل غلتها بالقسم». وقال أبو يوسف: «لهم أن يقاسموا، ويعزلوا له الثلث، فإن أغل فهو ماله، وإن لم يغل فليس له شيء»^(٢).



(١) المصادر السابقة للمالكية، الوصايا والتنزيل ص ٣٤٦.

(٢) المصادر السابقة للحنفية.

المطلب السادس عشر فوات المنفعة الموصى بها

وتحت هذا مسائل:

المسألة الأولى: أن يكون المانع راجعاً للموصي، كما لو أجر العين الموصى بمنفعتها في حياته، فللعلماء في ذلك قولان:

القول الأول: إن كانت الإجارة نسيئة، فالأجرة للموصى له بالمنفعة، وإن كانت بنقد قبضه الموصي في حياته، فلا حق للموصى له في الأجرة. وهو قول المالكية^(١).

وحجته: إن كان نسيئة فإن الموصي لم يقبض الإجرة، فتبقى للموصى له.

القول الثاني: أن الوصية تبطل في مدة الإجارة.

وهو قول الشافعية.

وحجته: تعلق حق الموصي بالمنفعة مدة إجارتها، فكان ذلك بمنزلة الرجوع.

والأقرب: القول الأول؛ لما فيه من التفصيل.

المسألة الثانية: أن يكون المانع من الورثة كلهم، منعه من تسليم العين الموصى بمنفعتها، أو استغلوها لحسابهم، فيلزمهم غرم ما فوتوه على

(١) المصادر السابقة للمالكية.



الموصى له من المنفعة، يغرمون له قيمتها؛ لأنها من المقومات التي تضمن بالقيمة، لا بالمثل^(١).

المسألة الثالثة: أن يكون المانع راجعاً إلى بعض الورثة فقط، والواجب فيها ضمان قيمة المنفعة، وإلزام الوارث الذي فوتها بغرم قيمة المنفعة.

المسألة الرابعة: أن يكون المانع راجعاً لعذر منع الموصى له من الاستيفاء حتى مضت المدة، أو بعضها، بسبب مرض الموصى له، أو غيبته، أو حبسه، وقد نص الشافعية والحنفية: على بطلان الوصية، وسقوط حق الموصى له في حال عذره^(٢).



المطلب السابع عشر

اجتماع الوصية بالمنفعة، والوصية بالرقبة

في عين واحدة

يصح اجتماع الوصية بمنفعة شيء والوصية برقبته في وصية واحدة، أو في وصيتين منفصلتين؛ لأن كل واحد من الوصفين مشروع في انفراد، فلا يمنع اجتماعهما في عين واحدة^(٣)، وهي مستثناة من قاعدة: منع استثناء منفعة العين عند التصرف فيها^(٤).

وتحت هذا حالتان:

- (١) الوصايا والتزويل ص ٣٤٦.
- (٢) المصادر السابقة للحنفية والشافعية.
- (٣) المغني مع الشرح الكبير ٦/٦٢، نهاية المحتاج ٥٠/٦، الفتاوى الهندية ٦/١٢٥.
- (٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٢١.

الأولى: أن يكون الموصى له بالرقبة هو الموصى له بالمنفعة، وقد ذكر لها المالكية صورتين:

١ - الوصية لمن يولد لفلان، فهي وصية بالمنافع ابتداء وبالرقبة انتهاء عند انحصار الأولاد.

٢ - أن يوصي لشخص بعينه بمنفعة ملك من أملاكه مدة معينة يصير بعدها ملكاً له، مثل: الوصية بسكنى داره، أو غلة أرضه لحفيده مدة عشر سنين أو عشرين سنة أو حتى يرشد، ثم يصير ملكاً له بعد ذلك يتصرف فيه كيف شاء.

فيجب العمل فيها بشرط الموصي، فيمنع الموصى له من تفويتها قبل الأجل المحدد إلا أن تقل غلة ما أوصى له بغلته، وتعجز عن كفايته، فيجوز له البيع بقدر حاجته، ويمنع من بيع الجميع؛ لأن البيع رخصة للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها^(١).

الحال الثانية: أن يوصي بالمنفعة لشخص، وبالرقبة لآخر، وهي مثل الأولى في المشروعية، والحديث عنها ينحصر في أربع مسائل:

المسألة الأولى: وهي ما يستحقه كل واحد منهما، فإن هناك خلافاً بين الفقهاء: فمذهب المالكية، والشافعية: أن لكل واحد منهما ما وصي له، فالموصى له بالمنفعة يستحق المنفعة، والموصى له بالرقبة يسحق الرقبة؛ لأنه لا تناقض بين الوصيتين فتتفذان معاً، إلا أنه يبدأ بالمنفعة، فإذا استوفى الموصى له بالمنفعة منفعته، وانتهت هذه الوصية بوفاته أو انتهاء مدتها، فإن الرقبة تعود ملكاً للموصى له به بالرقبة عملاً بقاعدة: تقديم الخاص على العام؛ لأن الوصية بالرقبة تستلزم الوصية بالمنفعة ما دامت العين الموصى بها، والوصية بالمنفعة وصية بالمنفعة مدة محددة بحياة الموصى له أو وقت

(١) المعيار ٧/ ١٨٢، النوازل الصغرى ٤/ ٥١٣، الوصايا والتزويل ص ٣٤٦.

معلوم، فهي وصية خاصة في الزمان والوصية بالرقبة عامة فيه، والخاص مقدم على العام تقدم عنه أو تأخر.

وقال ابن القاسم: إذا أوصى بخدمة العبد لشخص ورقبته لآخر، ولم يؤقت: أنهما يتحاصان في الخدمة يضرب الموصى له بالرقبة بقيمة الرقبة، ويضرب الآخر بقيمة المنفعة.

وفرق الحنفية بين تقدم الوصية بالرقبة على الوصية بالمنفعة وتأخرها عنها:

أ - فقالوا: إذا أوصى بالرقبة أولاً والمنفعة ثانياً كان لكل واحد منهما ما وصي له به، سواء كانت الوصيتان متصلتين أو منفصلتين.
ووجهوه بوجهين^(١):

الأول: أن الوصية بالمنفعة لغير الأول الموصى له بالرقبة يعتبر رجوعاً عن الوصية بالمنفعة.

الثاني: أن لفظ العين واسمها لا يتناول منفعتها لا بطريق العموم ولا بطريق التضمن، فاسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجر لا يتناول الثمر لا بطريق العموم، ولا بطريق التضمن، فالوصية بالعين لا يتناول الوصية بما ذكر إلا بالتبع، فإذا جاءت الوصية بالمنفعة لشخص آخر غير الموصى له بالعين تبين أنها غير تابعة للوصية بالعين.

ب - وإن بدأ بالوصية بالمنفعة قبل الوصية بالعين، فإن كان ذلك متصلاً فلكل واحد منهما وصيته، وإن ذكر مفصلاً فالرقبة للموصى له بالرقبة وحده والمنفعة بينهما نصفان؛ لأن الوصية بالرقبة تشمل الوصية بالمنفعة، وبذلك تكون المنفعة موصى بها لكل منهما، للموصى له بالمنفعة أصالة والموصى له



بالرقبة تبعاً فيشتركان فيها، وتبقى الرقبة سالمة للموصى له بالرقبة لا يزاحمه فيها أحد، فتكون له، ويختص بها^(١).

المسألة الثانية: إذا رد الموصى له بالمنفعة وصيته، فإن هناك اتفاقاً بين المذاهب الأربعة على أن المنفعة ترجع لورثة الميت، ولا تكون للموصى له بالرقبة لبطلان الوصية بالمنفعة، والقاعدة: أن الوصية الباطلة ترجع لورثة الموصي^(٢).

فإن وهبها للموصى له بالرقبة، أو باعها له، فإن المنفعة تكون للموصى له بالرقبة؛ لأن بيع الوصية أو هبتها يعتبر قبولاً للوصية، كما قال مالك^(٣).

المسألة الثالثة: إذا كانت العين الموصى برقبته ومنفعتها لا يحملها الثلث، فإن الورثة يخبرون إما أن يجيزوا الوصيتين، أو يعطوا للموصى لهما ما حمله الثلث في العين الموصى بها، وينتفع به الموصى له بالمنفعة أولاً حتى تنتهي وصيته بوفائه أو بلوغ الأجل المحدد، ثم تنتقل رقبة ما حمله الثلث إلى الموصى له بالرقبة^(٤).

فإذا كانت الوصية بسكنى دار لشخص وبرقبته للآخر، وقيمتها مئة، والتركة كلها مئتان وأربعون، فإن الموصى لهما يستحقان أربعة أخماس الدار إذا أبى الورثة إجازة الجميع؛ لأن ثلث الميت ثمانون تجمع للموصى لهما في الدار، وذلك أربعة أخماسها ينتفع بها الموصى له بالسكنى حتى تنتهي مدة وصيته، ثم تعود الأخماس الأربعة للموصى له برقبته زادت قيمتها أو

(١) المرجع السابق، وانظر: الفتاوى الهندية ١٢٥/٦.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ١٢٥/٦، المدونة ٢٩٤/٤، نهاية المحتاج ٨٩/٦.

(٣) المدونة ٢٩٤/٤.

(٤) المدونة ٣٠٢/٤، الذخيرة ١٠٧/٧، ١٠٨، الوصايا والتنزيل ص ٣٤٧.

نقصت؛ لأن المعتبر في القيمة يوم القسم لا يوم مرجع الوصية للموصى له بالرقبة^(١).

وفي حالة وجود وصية أخرى معها، فإن الموصى لهما بالرقبة والمنفعة إنما يحاصصان بقيمة الرقبة فقط؛ لأن وصيتهما وصية واحدة كما لو أوصى بثلاثمئة لشخص، وأوصى لآخر بسكنى داره، ولثالث برقبته، وضاق الثلث، فعند المحاصة يضرب صاحب الثلاثمئة بثلاثمئة، ويضرب الموصى لهما بالرقبة والمنفعة بقيمة الدار فقط^(٢).

المسألة الرابعة: إذا كانت العين الموصى بمنفعتها لا تصلح للانتفاع بها حتى تنتهي مدة الوصية بها، فإن العين الموصى بها تسلم للموصى له برقبته عاجلاً، ولا ينتظر انتهاء مدة الوصية بالمنفعة؛ لأنه لا فائدة من الانتظار^(٣).



المطلب الثامن عشر

الوصية بالثمرة، والغلة

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة: الحنفية^(٤)، والمالكية^(٥)، والشافعية^(٦)،

(١) المصادر السابقة.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الذخيرة ٨٩/٧.

(٤) المبسوط ٢/٢٨ - ٤، البحر الرائق ٨/٤٥١ - ٤٥٣، حاشية رد المحتار ٦/٦٥٠.

(٥) الخرشي ٨/١٦٩، جواهر الإكليل ٢/٣١٧، منح الجليل ٤/٦٤٥.

(٦) الحاوي ٨/٢٢٧، حلية العلماء ٦/٩٣، قليوبي وعميرة ٣/١٦٠.

والحنابلة^(١) على جواز الوصية بما تحمل به الأشجار من الثمار، وما ينتجه البستان من الغلة؛ وذلك:

١ - لعموم أدلة الوصية.

٢ - ولشبوت الاختصاص في مثل هذه الأشياء كالوصية باللبن في الضرع، والصوف على الظهر.

٣ - ولأنها مما يورث ويوهب^(٢).

٤ - ولأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة، فلأن تستحق بالوصية أولى؛ لأنها أوسع باباً من غيرها^(٣).

واختلفوا: هل هناك فرق في الوصية بالغلة والثمرة، أم أنهما في الوصية شيء واحد؟ على قولين:

القول الأول: التفرقة في الوصية بين الغلة، والثمرة.

فقالوا: إذا أوصى بثمرة بستانه فإن أطلق في وصيته، ولم ينص على التأييد لم يستحق الموصى له من الثمر إلا ما كان موجوداً وقت وفاة الموصي دون غيره مما يحدث بعد وفاته، فإن نص على التأييد بأن قال له: ثمرة بستاني أبداً، فإن الموصى له يستحق الثمرة الموجودة وقت وفاة الموصي، وما يحدث بعد وفاته ما دام حياً.

ومثل ذلك: ما لو أوصى له بثمرة بستانه، ولم يكن فيه ثمرة حين وفاته، فإنه يتناول الثمرة المعدومة مدة حياة الموصى له؛ لأن في ذلك قرينة على أنه

(١) كشف القناع ٣٧٣/٤، نيل المآرب بشرح دليل الطالب ٤٦/٢.

(٢) حاشية عميرة على شرح جلال الدين المحلي ١٦٠/٣.

(٣) تبين الحقائق ٢٠٤/٦.

يريد ما سيحدث بعد وفاته، وقد كان القياس بطلان مثل هذه الوصية؛ لأن الثمرة في الوجود حقيقة، وليست بموجودة فتبطل^(١).

وفي الاستحسان: لا تبطل الوصية، ويقع على الحادث، ويصير كما لو ذكر الأبد^(٢).

وجه الاستحسان: حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صوتاً لكلام الموصي عن الإلغاء^(٣)، وبه قال الحنفية^(٤).

قال الزيلعي: «فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً، وبالثمره لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً، فحينئذ يصير كالغلة، فيستحقه دائماً، وهو المراد بقوله: (وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي: إذا زاد في الثمرة لفظة أبداً صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود، وما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما، والفرق: أن الثمرة اسم للموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل: التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتتظم الموجود، وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا يتناول المعدوم إلا بدليل

(١) نتائج الأفكار ١٠/٤٩٠، ٤٩١، حاشية الشلبي بهامش تبين الحقائق ٦/٢٠٤.

(٢) البحر الرائق ٨/٤٥١، نتائج الأفكار ١٠/٤٩١، حاشية الشلبي ٦/٢٠٤.

(٣) نتائج الأفكار ١٠/٤٩١.

(٤) بدائع الصنائع ٧/٣٥٤، ٣٥٥، تبين الحقائق ٦/٢٠٣، ٢٠٤، البحر الرائق ٨/٤٥١ -

٤٥٣، أحكام الشجر ص ٤٣٢.

زائد عليه، وإنما قيده بقوله: (وفيه ثمرة)؛ لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة، والمسألة بحالها؛ فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، وإنما كان كذلك»^(١).

وحجته: أن الثمرة اسم لموجود عرفاً، فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد؛ إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم، والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئاً.

أما الغلة فتتظم الموجود وما يكون بغرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، ومن غلة أرضه، وداره، فإذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى.

وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود، ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه^(٢)، والله أعلم.

القول الثاني: أنه ليس هناك فرق في الوصية بين الثمرة والغلة لا من حيث المعنى، ولا من حيث الدلالة، فإذا أوصى بثمره بستانه أو غلته، فإن الموصى له يستحق ما كان موجوداً بعد وفاة الموصي، وما سيحدث بعد وفاته سواء أطلق في وصيته أم نص على التأيد، ما لم توجد قرينة تدل على إرادة غير ذلك، كأن يوصي له بثمره بستانه سنة بعينها، فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصى له^(٣).

وبه قال المالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، والحنابلة^(٦).

(١) تبين الحقائق ٦/٢٠٣، ٢٠٤.

(٢) انظر: الهداية ٤/٢٥٥، تبين الحقائق ٦/٢٠٤.

(٣) المغني ٨/٤٦٠.

(٤) الخرخشي ٨/١٦٩، جواهر الإكليل ٢/٣١٧، منح الجليل ٤/٦٤٥.

(٥) مغني المحتاج ٣/٦٤، قلوبوي وعميرة ٣/١٦٠.

(٦) الإنصاف ٧/٢٥٢، كشف القناع ٤/٣٦٨، ٣٧٣.

الترجيح:

والأقرب أن يقال: إن كان في الوصية تحديد مدة رجع إليها، فإن لم يكن رجع إلى الأعراف وقرائن الأحوال.



المطلب التاسع عشر

الوصية بثمرة شجرة سنة معينة لم تحمل فيها

إن وصى له بثمرتها سنة معينة، فلم تحمل في تلك السنة، فلا شيء للموصى له؛ لفوات محل الوصية^(١)، نص عليه: الشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣).



المطلب العشرون

الوصية بثمرة شجرة معينة أول عام تثمر

إن قال الموصي لزيد: لك ثمرتها أول عام تثمر صح، وله ثمرتها في ذلك العام؛ تنفيذاً للوصية^(٤).



(١) كشف القناع ٣٧٣/٤.

(٢) مغني المحتاج ٦٤/٣.

(٣) كشف القناع ٣٧٣/٤.

(٤) انظر: كشف القناع ٣٧٣/٤.