



الفصل الثاني الهبة في مرض الموت

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: تكييف حق الورثة المتعلق بمال مورثه وقت مرض الموت.

المبحث الثاني: أقسام المرض، وحكم الهبة في كل قسم.



المبحث الأول
تكييف حق الورثة المتعلق بمال مورثه وقت
مرض الموت

الفقهاء اختلفوا في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بمال مورثهم وقت مرض الموت.

فذهب بعضهم: إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض في ثلثي الباقي بعد الديون.

وذهب آخرون: إلى أنه مجرد حق في الخلافة لا يثبت ملكاً، وإنما تبتدئ الملكية فقط من وقت الوفاة.

وقد استدل الفريق الأول:

١ - حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم»^(١).

فإنه يدل على أن الملكية قد زالت عن المورث في الثلثين إلى وارثه، ولم تبق له إلا في الثلث الذي تصدق به الله عليه.

٢ - بدلالة الإجماع على أن تصرفه في مرض الموت لا ينفذ إلا من الثلث، ولو كان ملكه في الثلثين باقياً لنفذ تبرعه بالأكثر من الثلث، ولكن هذه الملكية، لا تظهر إلا بعد الموت، فعدم نفاذ تبرعه بالزيادة على الثلث

(١) سيأتي تخريجه برقم (٢٦٧).

دليل على زوال الملكية ولا تزول إلا إلى مالك، وهم الورثة؛ لأنهم خلفاؤه وأقرب الناس إليه.

ونوقش هذا الاستدلال: بأن ما احتج به الفريق الأول من الحديث ومن عدم نفاذ تبرعه، وكون الوارث خليفة الميت لا يدل على الملكية؛ لأن عدم جواز تصرفه في الثلثين، وعدم نفاذ تبرعه إنما كان لتعلق هذا الحق به، ولو كانت للوارث ملكية لكانت له ولاية معه حال حياته، ولم يقل به أحد، وما ذلك إلا لأنه لا ملك له مع وجوده، وإنما هو مجرد حق في الخلافة. واستدل الفريق الثاني بالتالي:

١ - الإجماع على أن تبرع المريض في مرض موته لا ينقض في حياته، ولكن ينقض بعد موته، ولو كان لهم ملكية قبل الموت لكان لهم نقضه.

٢ - لأنه لو كان حق ملكية لمنع من الميراث من كان غير وارث وقت مرض الموت لمانع كالكفر مثلاً، ثم أسلم قبل موت المريض مباشرة، مع أنه يرث بالاتفاق، فلو كانت الملكية ثابتة للورثة من أول المرض لما ورث، ولأن باقي الورثة قد ملكوا الميراث، وزالت ملكيته عن المورث الأصلي.

٣ - ولأنه لم يعهد في الشرع أن يكون الشيء الواحد ملكاً لشخصين في وقت واحد ملكاً خاصاً لكل منهما.

٤ - ولأن ثبوت مجرد الحق في الخلافة إنما كان ضرورة لحفظ حق الوارث في الثلثين، وما كان للضرورة يقدر بقدرها لا يعدوها، فلا يكون ملكاً.

٥ - ولأن مجرد الحق في الخلافة كاف لحفظ حقه في الثلثين، وفي نقضه لتصرفات مورثه بعد موته^(١).

ويظهر رجحان القول الثاني؛ لقوة دليله.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣ / ٢١٨، التركة للكشكي ص ١٩٠ وما بعدها، أحكام التركات والمواريث لأبي زهرة ص ١١.



المبحث الثاني أقسام المرض، وحكم الهبة في كل قسم

وفيه مطالب:

المطلب الأول القسم الأول: المرض غير المخوف

وفيه أمران:

الأمر الأول: ضابطه:

المرض غير المخوف هو: ما يقابل المرض المخوف.
وتقدم خلاف أهل العلم^(١) في ضابط المرض المخوف.
وعليه فالمرض غير المخوف: ما ليس سبباً صالحاً للموت بحكم أهل
الخبرة.

وذلك مثل: الزكام، ووجع الضرس، والحمى اليسيرة، ونحو ذلك.
وهذا يختلف باختلاف الزمان، والمكان.

الأمر الثاني: حكم الهبة في المرض غير المخوف:

الهبة وسائر التبرعات حال المرض غير المخوف حكمها حكم المرض
حال الصحة فتصح الهبة من جميع المال للوارث وغيره بإجماع العلماء^(٢).

(١) ينظر: المبحث الأول من هذا الفصل.

(٢) ينظر: الإجماع لابن المنذر ص ١٣٧، والمصادر الآتية في القسم الثاني من أقسام المرض.

والدليل على ذلك :

- ١ - أدلة الهبة^(١)، وهذه تشمل حال الصحة والمرض غير المخوف.
- ٢ - أن الأصل صحة التصرف، وبقاء الأهلية.
- ٣ - أنه لا يخاف منه في العادة.



المطلب الثاني

القسم الثاني: المرض المخوف^(٢)

وفيه مسائل :

المسألة الأولى: هبة المريض مرض الموت من حيث القدر:

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في حكم هبة المريض مرض الموت لو ارث، أو بأزيد من الثلث.

القول الأول: أن هبة المريض، وعطيته لغير وارث من الثلث فأقل.

ذهب إليه جمهور العلماء: الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)،

-
- (١) ينظر: التمهيد لهذا الكتاب.
 - (٢) تقدم أول هذا الباب تعريف المرض المخوف.
 - (٣) شرح معاني الآثار ٤/٣٨٠، الهداية شرح البداية ٤/٢٤٦ - ٢٤٧، البحر الرائق ٨/٤٩٠، غمز العيون البصائر ١/٢٤٦.
 - (٤) ينظر: المنتقى ٦/١٥٧، المعونة ص ١٦٢٣، التاج والإكليل ٥/٧٨ - ٧٩، مواهب الجليل ٥/٥٨، الشرح الكبير للدردير ٣/٣٠٦، حاشية الدسوقي ٣/٣٠٧، التمهيد ٢٣/٤٢٧ - ٤٢٨، بداية المجتهد ٢/٢٤٥، و ٢/٢٧٤.
 - (٥) الأم ٤/١٠٢ - ١٠٧، الحاوي الكبير ٨/٣١٩ - ٣٢٠، روضة الطالبين ٦/١٣٠ =



والحنابلة^(١)، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية رحمته الله^(٢).

القول الثاني: إنه لا يحجر عليه في شيء من ماله، فهو كالصحيح سواء.

وهو قول طاووس، ومجاهد^(٣)، وابن حزم^(٤)، وداود الظاهري، إلا أنه

استثنى العتق فجعله من الثلث^(٥).

أدلة الرأي الأول: (أن هبة المريض مرض الموت من الثلث لغير وارث)

(٢٦٧) ١ - ما رواه ابن ماجه من طريق طلحة بن عمرو، عن عطاء، عن

أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم

بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»^(٦).

= الوسيط ٤/٤٢١، فتح الوهاب ٢/٢٦، مغني المحتاج ٣/٥٠، منهاج الطالبين ١/٩٠.

(١) المغني ٦/١٠٠، المحرر ١/٣٧٧، المبدع ٥/٣٨٧، ٣٨٥، الفروع ٤/٥٠٥، الروض

المربع ٢/٥٠٢، الأمراض المعدية ص ٣٢١.

(٢) مجموع الفتاوى ٣١/٢٩٢.

(٣) جواهر العقود ١/٥٣٦.

(٤) ينظر: المحلى ٨/٢٩٧، المغني ٦/١٠٠.

(٥) ينظر: المحلى ٨/٢٩٧، ٩/٣٥٣، الحاوي الكبير ٨/٣١٩.

وقد نسب القاضي عبد الوهاب في المعونة ص ١٦٢٣ لداود القول بأن العطية من رأس

المال، وابن قدامة في المغني ٦/١٠٠ نسب للظاهرية القول بذلك دون تفصيل، وكذا

ابن عبد البر في التمهيد ٢٣/٤٢٧، وابن رشد في بداية المجتهد ٢/٢٤٥.

(٦) سنن ابن ماجه في الوصايا: باب الوصية في الثلث (٢٧٠٩).

وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٣٨٠)، والبيهقي (٦/٢٦٩) من طريق

ابن وهب،

والخطيب في تاريخ بغداد (١/٣٤٩)،

(وكيع، وابن وهب) من طريق طلحة بن عمرو،

وأخرجه أبو نعيم في الحلية (٣/٣٢٢) من طريق الأصم،

كلاهما (طلحة، والأصم) عن عطاء به.

وجه الاستشهاد: أنه ﷺ أخبر ألا زيادة لهم على الثلث، فدل على الحجر على ما زاد عليه، ومنعهم من التصدق به^(١).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول: الحديث ضعيف، وقد روي من طرق كلها ضعيفة.

أجيب عليه: أنها وإن كانت ضعيفة، لكن قد يقوي بعضها بعضاً^(٢).

= وقد جاء الحديث عن معاذ بن جبل، وخالد بن عبيد السلمي، وأبي الدرداء، وأبي بكر ﷺ.

فأخرجه الدارقطني في الوصايا (٤/١٥٠)، والطبراني في الكبير (٥٤/٢٠) (٩٤)، والدولابي في الكنى (٢/٦٢) من طريق إسماعيل بن عياش، عن عتبة بن حميد الضبي، عن القاسم أبي عبد الرحمن، عن أبي أمامة، عن معاذ بن جبل ﷺ. وإسناده ضعيف؛ لضعف إسماعيل بن عياش، وشيخه عتبة بن حميد. وأخرجه الطبراني في الكبير (٤/١٩٨) (٤١٢٩) من طريق الحارث بن خالد بن عبيد، عن خالد بن عبيد السلمي.

وإسناده ضعيف لجهالة الحارث بن خالد، وخالد مختلف في صحبته. وأخرجه أحمد (٦/٤٤١)، وأبو نعيم الحلية (٦/١٠٤)، والبزار كما في كشف الأستار (٢/١٣٩) من طريق أبي بكر بن أبي مريم.

وإسناده ضعيف، ابن أبي مريم سئ الحفظ. وأخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير (١/٢٥٧) من طريق حفص بن عمر مولى علي ﷺ، عن أبي بكر ﷺ. حفص بن عمر: متروك.

الحكم على الحديث: الحديث ضعيف؛ لضعف طلحة بن عمرو المكي في الطريق الأول، والأصم في الطريق الثاني.

ينظر: التلخيص الحبير ٣/٩١، الدرية ٢/٢٨٩، كشف الخفاء ١/٣٨٨، مجمع الزوائد ٤/٢١٢، مصباح الزجاجة ٣/١٤٣.

(١) المغني ٦/١٠٠، الحاوي الكبير ٨/٣٢٠، المعونة ص ١٦٢٣، المبدع ٥/٣٨٧.

(٢) سبل السلام ٣/١٠٧.

الوجه الثاني: على التسليم بصحة الحديث، فالحديث المراد به الوصية عند الموت، ونحن متفقون معكم على أن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث، ويدل على ذلك: أنه لم يأت في الحديث ذكر للمرض أصلاً، فما الذي حملكم أن جعلتموه في المرض المخوف؟^(١).

وأجيب: بأنه قال: «عند وفاتكم» ولم يقل: بعد وفاتكم، مما يدل على أن التبرع المقيد بالثلث إنما كان حال الحياة.

(٢٦٨) ٢ - وروى البخاري ومسلم من طريق عامر بن سعد بن أبي وقاص، عن أبيه رضي الله عنه قال: كان رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: إني قد بلغ بي من الوجع وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: «لا» فقلت: بالشطر؟ فقال: «لا»، ثم قال: «الثلث والثلث كبير أو كثير»^(٢).

وجه الاستشهاد: أنه ﷺ لم يأذن له في الصدقة بأكثر من الثلث، مما يدل على أنه ممنوع من التصرف في الباقي^(٣).

ونوقش: أن الحديث ليس في العطايا بل في الوصية، يدل على ذلك أمران:

الأمر الأول: ما جاء في بعض روايات الحديث: «أريد أن أوصي»^(٤)، فقلت: أوصي بمالي كله»^(٥) ونحن معكم في أن الوصية لا تجوز بأكثر من

(١) المحلى ٣٠٢/٨، ٣٥٥/٩.

(٢) صحيح البخاري في النفقات: باب فضل النفقة على الأهل (٥٣٥٤)، ومسلم في الوصية: باب الوصية بالثلث (٤٢٩٦).

(٣) المحلى ٣٠١/٨، المنتقى ١٥٧/٦.

(٤) صحيح البخاري - كتاب الوصايا: باب الوصية بالثلث (٢٧٤٤).

(٥) صحيح البخاري - كتاب الوصايا: باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس

(٢٧٤٢).

الثالث، والقصة واحدة، وهذه الروايات في الصحيحين وغيرهما، فدل على أنه أراد الوصية^(١).

الأمر الثاني: أن رسول الله ﷺ علم أن سعداً سيبرأ، وتكون له آثار في الإسلام، يدل لذلك قوله ﷺ: «ولعلك تخلف حتى ينتفع بك أقوام ويضر بك آخرون»^(٢) فالمرض ليس بمخوف، ومع هذا منعه الرسول ﷺ من التصرف فيما زاد عن الثلث^(٣)، فدل على أن المراد الوصية.

وأجيب عن هذا من وجوه:

الأول: أن الحديث بلفظ «أتصدق»، وهي أصح من رواية «أوصي»؛ لاتفاق الشيخين على لفظ الصدقة.

الثاني: أنه لا تنافي بين لفظ الصدقة والوصية، فسمى الصدقة في مرض الموت وصية؛ لأنها في حكم الوصية في الثلث لغير وارث، فيكون لفظ الوصية دليلاً على أن هبة المريض مرض الموت في حكم الوصية.

الثالث: أن أثر المنع لا يظهر إلا إذا كان في الصدقة؛ لأنها هي التي تكون لازمة والنبي ﷺ رجا أن يبقى، وأما الوصية فيمكن إبطالها؛ لأنها تبرع بعد الموت.

الرابع: أن قولهم: «أن رسول الله ﷺ علم أن سعداً سيبرأ... فالمرض ليس بمخوف» غير مسلم، فالنبي ﷺ رجا أن يبقى، ولم يجزم بذلك، هذا ما دل له ظاهر النص، فلا يترتب على ذلك أن الموت غير مخوف، وأن الأمر بالوصية.

(٢٦٩) ٣ - ما رواه مسلم من طريق أبي المهلب، عن عمران بن

(١) المحلى ٣٠٣/٨، ٣٥٦/٩.

(٢) صحيح مسلم - كتاب الوصية: باب الوصية بالثلث (١٦٢٨).

(٣) المحلى ٣٠٣/٨ - ٣٠٤، ٣٥٧/٩.

الحصين رضي الله عنه: «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين، ولم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فجزأهم أثلاثاً بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة»^(١).
وجه الاستشهاد: أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل العتاق في المرض من الثلث، فكذاك الهبات والصدقات، وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى^(٢).
ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: هذا الحديث مما اعترض فيه على مسلم؛ ذلك أن محمد بن سيرين لم يسمعه من عمران بن الحصين مباشرة، وإنما سمعه من خالد الحذاء عن أبي قلابة، عن أبي المهلب، عن عمران، وقد اتفق العلماء على قبول صحيح مسلم إلا ما علل وهذا منها، حيث إن الحديث من الطبقة الثانية من صحيح مسلم التي يأتي بها على سبيل المتابعة والاستشهاد.
أجيب عليه: بأن ذلك لا يقدر في صحة الحديث، وإنما ذكره مسلم في المتابعات بعد ذكر الطرق الصحيحة الواضحة^(٣).

الوجه الثاني: أن الحديث فيمن لم يبق للورثة مالاً بدليل قوله: «لا مال له غيرهم»، وهذا خارج عن محل النزاع، فنحن وإياكم متفقون أنه ليس له أن يتصدق بجميع ماله عند موته للإجماع على ذلك^(٤)، ويدل على ذلك ما رواه جابر: أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن مال غيره، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال: «من يشتريه مني» فلما رده كاملاً دل على أنه فيمن لم يبق شيئاً لوارثه^(٥).

(١) صحيح مسلم كتاب الأيمان: باب من أعتق ماله في عبد (١٦٦٨).

(٢) شرح معاني الآثار ٣٨/٤، المعونة ص ١٦٢٣، المغني ١٠٠/٦، الكافي لابن قدامة ٤٨٦/٢، المهذب ٧١٩/٣، بداية المجتهد ٢٤٥/٢، المحلى ٣٠٠/٨.

(٣) شرح مسلم للنووي ١٤٠/١١.

(٤) المحلى ٣٠٤/٨ - ٣٠٥، إكمال المعلم ٣٦٤/٥.

(٥) المحلى ٣٠٥/٨.

الوجه الثالث: أن الحديث يحمل على الوصية لا على التبرعات، بدليل ما ورد في بعض طرقه أنه أوصى^(١)، فهو خاص بالوصية^(٢).

الوجه الرابع: أن هذا الحديث جاء فيه عند موته، وليس فيه أنه مريض، فالواجب أن يجعل هذا الحكم في من أعتق عند موته صحيحاً أو مريضاً فمات إثر ذلك^(٣).

وأجيب: أنه جاء في رواية: «أن رجلاً أعتق في مرضه»، فتحمل رواية: «عند موته» على رواية: «في مرضه»؛ إذ المرض المذكور في الحديث هو مرض الموت.

الوجه الخامس: أن الحديث إنما ورد في العتق خاصة، فلا تلحق سائر التصرفات بالعتق.

وأجيب: بأن العتق إذا لم ينفذ مع قوة سرايته، فمن باب أولى أن لا تنفذ سائر التصرفات، فهذا قياس أولوي.

الوجه السادس: أن النبي ﷺ جزأهم بحسب العدد لا بحسب القيمة، مما يدل على أن النبي ﷺ لم يعتبر الثلث، وإلا لجزأهم بحسب القيمة.

وأجيب: بأن الاثنين اللذين أعتقهم رسول الله ﷺ كانا يمثلان ثلث قيمة الستة، يفهم من قوله: فجزأهم ثلاثة أجزاء.

(٢٧٠) ٤ - ما رواه عبد الرزاق، عن معمر، عن أيوب، عن أبي قلابة قال: قال رسول الله ﷺ فيما يحدث عن الله تبارك وتعالى: «يا بن آدم خصلتان أعطيتكما لم تكن لغيرك واحدة منهما: جعلت لك طائفة من مالك

(١) صحيح مسلم - كتاب الأيمان: باب من أعتق شركاً له في عبد (١٦٦٨).

(٢) المحلى ٣٠٥/٨.

(٣) المحلى ٣٠٤/٨.

عند موتك أرحمك به - أو قال: أطهرك به -، وصلاة عبادي عليك بعد موتك»^(١).

(مرسل).

٥ - عن عائشة رضي الله عنها قالت: نحلني أبو بكر رضي الله عنه جذاذ عشرين وسقاً^(٢) من ماله بالعالية، فلما مرض قال لي: «إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية، فلو كنت جذذتبه وحزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث فاقسموه بينكم على كتاب الله»^(٣).

وجه الاستشهاد من وجهين:

الوجه الأول: أنه أخبر أنها لو قبضت ذلك في الصحة تم لها ملكه، وأنها لا تستطيع قبضه في المرض قبضاً تتم لها به ملكيته، وجعل ذلك غير جائز، كما لا تجوز الوصية لها، ولم تنكر ذلك عائشة ولا سائر الصحابة، فكان ذلك إجماعاً منهم^(٤).

ونوقش هذا الاستدلال من وجوه:

الوجه الأول: أن عطيته كانت زمن الصحة لا زمن المرض، والذي منعها من تملكه أنها لم تقبضه فلو كانت قبضته لكان ملكاً لها كما أخبرها، وحيث إنها لم تقبض فلا زال في ملكه لم ينتقل إليها أصلاً^(٥).

(١) مصنف عبد الرزاق (١٦٣٢٧).

(٢) الوسق: ستون صاعاً حكاها ابن المنذر إجماعاً، والصاع أربعة أمداد.

ينظر: المغني ٢/٢٩٨، المجموع للنووي ٥/٤٣٩.

(٣) تقدم تخريجه رقم (١٨٨).

(٤) شرح معاني الآثار ٤/٣٨٠، المعونة ص ١٦٢٣، المحلى ٨/٣٠١، و ٩/٣٥٧.

(٥) ينظر: المحلى ٩/٣٥٧.

ورد: بأنه غير مسلم، بل في بعض ألفاظ الأثر دليل على أنه في مرض الموت.

الوجه الثاني: لو سلم أنها عطية في مرض الموت المخوف، فهل كانت هذه العطية أكثر من الثلث حتى يمنعها الصديق من تملكها؟ ومعلوم أنه رضي الله عنه من كبار تجار المدينة وأغنيائها، بل هي قطعاً أقل منه، فدل على أن سبب ردها أنها لم تقبضها، فلم تنتقل لها، بل لا زالت في ملكه، ثم قولكم: لو أنها حازته هل يصح ذلك أو لا؟ إن قلتم: لا، لم يكن لقول أبي بكر رضي الله عنه فائدة، وإن قلتم: نعم، فقد أجزتموه إذا^(١).

الوجه الثالث: قول أبي بكر رضي الله عنه: «إنما هو اليوم مال وارث» دل ذلك على أن المال انتقل إلى الورثة حكماً، وأن المريض مرض الموت محجور عليه فيما يتعلق بتبرعاته لحق الورثة، يبقى ما استثناه الشارع وهو الثلث.

٥ - ما رواه ابن أبي شيبه من طريق مكحول، أن معاذ بن جبل رضي الله عنه قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة في حياتكم يعني الوصية»^(٢).

٦ - القياس على الوصية؛ لأن الحال الظاهر منها الموت، فكانت عطيته فيها في حق الورثة لا تتجاوز الثلث؛ ذلك أن حصول سبب الموت بمنزلة حضور الموت^(٣).

(١) المحلى ٣٥١/٩ - ٣٣ و ٢٩٧/٨، الحاوي الكبير ٣٢٠/٨، المغني ١٥٠/٦، المبسوط ٧٦/٧.

(٢) مصنف ابن أبي شيبه (٢٢٦/٦) مكحول لم يسمع من معاذ (ينظر: تهذيب التهذيب ٢٩٢/١٠).

(٣) الأم ١٠٧/٤، المعونة ص ١٦٢٣، المنتقى ١٥٧/٦، المغني ١٠٠/٦، الكافي لابن قدامة ٤٨٦/٢.

٧ - أن المريض إذا أحس بدنو أجله يحتمل أنه يقصد مضارة الورثة، أو إيثار بعض الورثة على بعض.

ونوقش من وجوه:

الوجه الأول: أنه ظن، والظن أكذب الحديث.

وأجيب: بأن الظن المذموم الذي لا يعتمد على دليل، وهنا وجد الدليل وهو قرب الموت.

الوجه الثاني: أن مظنة الضرار كما توجد من المريض قد توجد من الصحيح.

وأجيب: بأن هذا غير مسلم؛ إذ الضرار هنا لا مبرر له؛ إذ هو معافى لا يتوقع الموت.

الوجه الثالث: أن مظنة الضرار كما توجد من المريض توجد من الشيخ الفاني.

وأجيب: بأن الشيخوخة لا حد لها بخلاف المرض الذي يقترن به الموت.

الوجه الرابع: أن مظنة الإضرار بالورثة تتضح، إذا كان الوارث غير ولد المريض.

وأجيب: بأن تصرفات المريض مقيدة بنصوص شرعية ولم تفرق بين وارث وآخر، كما أن الخلاف بين الأولاد يكثر، وخصوصاً إذا كانوا أولاد علات.

ونوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ ذلك أن الوصية تخالف العطايا في أمور، منها^(١):

(١) المغني ٦/١٠٠، كشاف القناع ٤/٣٢٨ - ٣٢٩، المبدع ٥/٣٨٧ - ٣٨٨، الأمراض

الأول: أن الوصية له الرجوع فيها، بخلاف العطية فلا يملك حق الرجوع فيها.

الثاني: أن الوصية لا حكم لقبولها أو ردها إلا بعد الموت، بخلاف العطية فقبولها على الفور وكذا ردها، وغير ذلك.

ثم إن الوصية لا تجوز بأكثر من الثلث، الصحيح والمريض فيها سواء، فكذا العطية تقبل من الصحيح والمريض^(١).

أدلة القول الثاني: (جواز التبرعات مطلقاً للمريض مرض الخوف):

استدلوا بما يأتي:

١ - ما ورد في الكتاب والسنة من الحث على الإحسان، كقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٢)، وقوله: ﴿إِن نَّالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا حُبُّونَ﴾^(٣)، وقوله: ﴿وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾^(٤)، وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمَصَدِّقِينَ وَالْمَصَدِّقَاتِ وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا يَضْعَفُ لَهُمْ وَلَهُمْ أَجْرٌ كَرِيمٌ﴾^(٥).

وجه الاستشهاد: أن الله جل وعلا حث على التبرع والصدقة، ولم يخص بالأمر على ذلك الصحيح دون المريض، بل الأمر شامل لهما، فدل على أن تبرع المريض صحيح ولو زاد عن الثلث، ولا يخرج من هذا العموم إلا ما ورد الدليل عليه كالوصية بأكثر من الثلث، أو التصدق بجميع المال حال المرض، والنهي عن نسيان الفضل يتضمن الأمر ببذل الفضل؛ لأن النهي عن الشيء أمر بضده، والفضل عام في القليل والكثير، وقوله: ﴿إِنَّ

(١) المحلي ٣٥٣/٩.

(٢) من آية ٧٧ من سورة الحج.

(٣) من آية ٩٢ من سورة آل عمران.

(٤) من آية ٢٣٧ من سورة البقرة.

(٥) آية ١٨ من سورة الحديد.

الْمُصَدِّقِينَ ﴿﴾ جمع معرف بآل، فيعم الصحيح والمريض، وحذف المعمول يؤذن بالعموم .

فإذا اتفق على جواز هبته في الصحة، فيستصحب هذا الإجماع في حال المرض، إلا أن يدل دليل، ولا دليل على ما ذكر^(١).

(٢٧٢) ٢ - ما رواه البخاري ومسلم من طريق أبي زرعة، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله أي الصدقة أعظم أجراً؟ قال: «أن تتصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى وتخشى الفقر»^(٢).

(٢٧٣) ٣ - ما رواه أبو داود من طريق أبي إسحاق، عن أبي حبيبة الطائي، عن أبي الدرداء رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مثل الذي يعتق عند الموت كمثل الذي يهدي إذا شبع»^(٣).

(١) المحلى ٣٤٨/٩، الحاوي الكبير ٣٣٠/٨، بداية المجتهد ٢٤٥/٢.

(٢) صحيح البخاري في كتاب الزكاة: باب فضل صدقة الشحيح الصحيح (١٤١٩)، ومسلم في كتاب الزكاة: باب أن أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح (١٠٣٢).

(٣) سنن أبي داود في العتق: باب فضل العتق (٣٩٦٨).
وأخرجه أحمد ١٩٧/٥، ٤٤٨/٦، والترمذي (٢١٢٣)، وعبد الرزاق (١٦٧٤٠)،
وعبد بن حميد (٢٠٢)، والحاكم ٢١٣/٢، والبيهقي ١٩٠/٤، ٢٧٣/١٠، والمزي في
تهذيب الكمال ٢٢٧/٢٣ من طريق سفيان،
وأخرجه أحمد ١٩٦/٦، والنسائي في المجتبى ٢٣٨/٦، والطيالسي (٩٨٠)،
والدارمي (٣٢٢٦) والطبراني في الأوسط (٨٦٤٤)، والحاكم ٢١٣/٢، والبيهقي ٤/
١٩٠ من طريق شعبة،

وسعيد بن منصور (٢٣٣٠) من طريق حماد بن معاوية،

والنسائي في الكبرى (٤٨٩٣) من طريق أبي الأحوص،

وابن حبان (٣٣٣٦) من طريق إدريس،

والبيهقي في شعب الإيمان (٤٣٣٧) من طريق إسرائيل بن يونس،

وجه الاستشهاد: في هذه الأحاديث تفاضل الصدقة، وكون صدقة الصحة خير من صدقة المرض، فدل على صحة صدقة المرض وقبولها، لكن صدقة الصحة أفضل، وقوله: «تصدق» دليل أنها تبرع لا وصية^(١).

قال ابن حجر رحمه الله: «تنجيز وفاء الدين، والتصدق في الحياة، وفي الصحة أفضل منه بعد الموت وفي المرض»^(٢).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن هذه العمومات خاصة بحال الصحة، أو المرض غير المخوف، أما حالة المرض المخوف فقد أخرجها عن هذه العمومات ما تقدم من أدلة الجمهور.

الوجه الثاني: أن هذا محمول على المرض غير المخوف.

أجيب عليه: أنه إذا أطلق المرض دل على العموم، وأيضاً قوله: «عند موته» يدل على أنه مرض مخوف، ولهذا أعتق وتصديق.

= كلهم (سفيان، شعبة، حماد، أبو الأحوص، إدريس، إسرائيل) عن أبي إسحاق. وفي الباب عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعاً بلفظ: «لأن يتصدق المرء في حياته وصحته بدرهم خير من أن يتصدق بمئة درهم عند موته». رواه أبو داود (٢٨٦٦)، وابن حبان (٣٣٣٤). في إسناد شرحبيل بن سعد، لم يوثقه غير ابن حبان، وضعفه الدارقطني، وأبو زرعة، وأبو حاتم، وابن معين. وفي رواية أبي الأحوص: «مثل الذي يعتق أو يتصدق» وفي رواية أبي الأحوص: «مثل الذي يتصدق».

الحكم على الحديث:

الحديث صححه الترمذي، وابن حبان، والحاكم، ووافقه الذهبي، وحسنه الحافظ في الفتح ٣٧٤/٥، لكنه ضعيف؛ لجهالة أبي حبيبة الطائي، فلم يرو عنه غير أبي إسحاق السبيعي، ولم يوثقه غير ابن حبان.

(١) المحلى ٣٥٤/٩.

(٢) فتح الباري ٣٧٤/٥.

ورد: بما تقدم بأن حالة المرض المخوف خارجة عن هذا العموم، وأن قوله: «عند موته» يراد بها المرض غير المخوف.

(٢٧٤) ٤ - ما رواه البخاري من طريق ابن أبي ذئب، عن محمد بن المنكدر، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه «أن رجلاً أعتق عبداً له لم يكن له مال غيره، فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم»^(١).

وجه الاستشهاد: أن النبي صلى الله عليه وسلم رد العبد ولم يخص العتق، فدل على أن سبب المنع أنه لم يبق لورثته شيء، ولو قيل بصحة تبرعه في الثلث لقسمه الرسول صلى الله عليه وسلم أثلاثاً لكنه لم يفعل، فدل ذلك على أن التبرع في مرض الموت ليس كالوصية.

ونوقش هذا الاستدلال: أنه لم يقسمه أثلاثاً؛ لأن ما سبقت لا يغني الورثة، فهذا سبب المنع.

(٢٧٥) ٥ - ما رواه ابن حزم من طريق حماد بن سلمة، أنا يونس بن عبيد، عن محمد بن سيرين: «أن امرأة رأَت فيما يرى النائم أنها تموت إلى ثلاثة أيام، فأقبلت على ما بقي من القرآن عليها فتعلمته، وشذبت ما لها وهي صحيحة، فلما كان يوم الثالث دخلت على جاراتها، فجعلت تقول: يا فلانة أستودعك الله، وأقرأ عليك السلام، فجعلن يقرن لها: لا تموتين اليوم، لا تموتين اليوم إن شاء الله، فماتت، فسأل زوجها أبا موسى الأشعري عن ذلك؟ فقال له أبو موسى: أي امرأة كانت امرأتك؟ فقال: ما أعلم أحداً كان أحرى منها أن تدخل الجنة إلا الشهيد، ولكنها فعلت ما فعلت وهي

(١) صحيح البخاري - كتاب الخصومات: باب من رد أمر السفیه والضعيف العقل وإن لم

يكن حجر عليه الإمام (٢٢٨٤).

صحيحة، فقال أبو موسى: هي كما تقول فعلت ما فعلت وهي صحيحة، فلم يردده أبو موسى^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذا الأثر دليل للجُمهور، إذ قول أبي موسى: «فعلت ما فعلت وهي صحيحة» يدل على أن هذا هو أساس الحكم عنده، وأنه أجاز تصرفها لكونها صحيحة؛ إذ لو كانت مريضة لتغير الحكم، فدل على أن المرض له تأثير في تصرفات المريض.

٦ - أن المعتبر في الشخص صحيحاً كان أو مريضاً أهليته ببقاء عقله ورشده؛ لأن العقل مناط الأحكام، ولهذا صح عند الجميع نكاح المريض وإسلامه وبيعه وشراؤه، فكذلك هباته؛ إذ المعتبر بقاء العقل.

يدل لذلك أن المريض مرضاً مخوفاً متصلاً بالموت إذا اختل عقله أنه لا حكم لكلامه ولا تبرعته^(٢)، فلم يكن للمرض اعتبار بل للعقل، فكذلك هنا، وهذا هو الأصل فلا يخرج عنه إلا بدليل، ولا دليل^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: أنه لا يسلم لكم ذلك، بل لكون المريض مرضاً مخوفاً متصلاً بالموت بمنزلة من حضره الموت، فألحقت عطاياه بالوصية، كما قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٤).

وحضور الموت: ظهور الدلائل، ووجود الأسباب، والمرض المخوف المتصل بالموت من الدلائل^(٥).

(١) المحلي ٣٥١/٩.

(٢) ينظر: المغني ١٠٨/٦، الحاوي الكبير ٣١٩/٨.

(٣) غمز العيون البصائر ٢٤٦/١.

(٤) آية ١٨٠ من سورة البقرة.

(٥) الحاوي الكبير ٣٢٠/٨.

وأجيب: أنه إذا كان المرض المخوف من دلائل حضور الموت، فلم لا تجعل تبرعاته ومحاباته من الوصية لا ملحقة بها.

ورد: بأنه يختلف عن الوصية في أمور، منها:

١ - أنه إذا برأ من مرضه فإنها تلزمه، وفي الوصية لا تلزمه.

٢ - وأن الوصية لا حكم لقبولها أو ردها إلا بعد الموت، بخلاف العطية فقبولها أو ردها على الفور^(١).

ونوقش: إذا فالعطية في مرض الموت تخالف الوصية، فكيف تشبهها؟

أجيب عنه: أنها ملحقة بها في كون حال المريض مرضاً مخوفاً متصلاً بالموت الظاهر منه الموت^(٢).

ونوقش أيضاً: فما تقولون في الشيخ الكبير الذي تجاوز التسعين أو المئة؟ أليس حاله قريبة من الموت لكبره؟ ومع هذا فحكمه حكم الصحيح عندكم^(٣).

وأجيب: أن الأصل صحة التبرع؛ لعموم أدلة الأمر بالهبة؛ إذ هي شاملة للصغير، والكبير، فيقتصر على مورد النص.

٧ - قياس ما يتقرب به من الهبات والعطايا على ما ينفقه من ماله على ملاذه ومنافعه، فتكون من رأس المال^(٤).

نوقش هذا الاستدلال: بأن ما اختص به المريض من مصالحه فهو أحق به من الورثة، وما عاد إلى غيره من العطية والهبة فورثته أحق به، فلذلك

(١) ينظر: الفروق بين العطية والوصية في التمهيد.

(٢) المعونة ص ١٦٢٣، المغني ٦/١٠٠.

(٣) المحلى ٩/٣٥٤.

(٤) الحاوي الكبير (٨/٣٢٠).

أمضيت نفقاته من رأس المال لتعلقها بمصالحه في حال حياته، وجعلت هباته وعطاياه من ثلثه؛ لتعلقها بمصلحة غيره^(١).

وأجيب: أنه لا يسلم أن صدقته وعطيته لمصلحة غيره، بل هي لمصلحة نفسه، بل أعظم من مصلحة إنفاقه على ملاذه ومنافعه فهو أحوج ما يكون إليها.

ونوقش: بالفرق؛ فما ينفقه على نفسه لمصلحته مباشرة بالنسبة له، فكانت أقوى، بخلاف ما ينفقه على غيره.

٨ - قياس صحة تبرعاته وهباته على صحة بيعه وشرائه ونكاحه في مرضه المخوف.

ونوقش هذا الاستدلال: أن بيعه وشراءه ونكاحه بعوض، أما تبرعاته وصدقاته فبدون عوض^(٢).

أجيب عنه: لا يسلم أن عطيته في مرض الموت بلا عوض، بل بعوض في الدنيا، وهو الدعاء له ومحبته، وعلو منزلته وقدره، وفي الآخرة بالأجر والثوبة.

ونوقش: بالفرق بين العوضين؛ إذ العوض المادي في البيع والشراء والاستمتاع في النكاح مقصود قصداً أصلياً في عرف الناس، ولذلك يتشاحون فيه، ولا يتنازلون عنه، بخلاف ما ذكر من المحبة والتقدير، ونحو ذلك.

الترجيح:

بعد ذكر أدلة كل قول وما ورد عليه من الاعتراضات والمناقشات يظهر أن القول الأول هو الراجح، وأنه يحجر على المريض في ثلث ماله إذا كان مرضه مخوفاً؛ لأن المريض مرض الموت في حكم الميت إذ هو في إدبار من

(١) المصدر السابق (٨/٣٢٠).

(٢) المنتقى (٦/١٥٧)، المهذب (٣/٧٢٠)، الكافي لابن قدامة (٢/٤٨٧٠).

الدنيا وإقبال من الآخرة، والشخص بعد موته له التبرع بالثلث صدقة من الله عز وجل، ولما في ذلك من المحافظة على حقوق الورثة.

المسألة الثانية: حكم هبته لو ارث، أو بأكثر من الثلث من حيث إجازة الوارث:
تقدم لنا في المسألة الأولى حكم تبرعات المريض مرض الموت هل هي من الثلث أو من رأس المال؛ وأن الراجح ما ذهب إليه جمهور أهل العلم: أنها من الثلث لغير وارث.

لكن إذا تبرع المريض مرض الموت لو ارث بهبة أو عطية ونحوهما، أو بأزيد من الثلث، فللعلماء من حيث إجازة الوارث قولان:

القول الأول: أن تبرع المريض مرض الموت لو ارثه بشيء، أو بأزيد من الثلث لغير وارث وإن قل موقوف على إجازة بقية الورثة، فإن أجازوه نفذ، وعليه تعتبر تنفيذاً لهبة مورثهم، وإن ردوه بطل.

وهو قول الحنفية، وقول للمالكية^(١)، وأحد قولي الشافعية وهو الأظهر^(٢)، وقول الحنابلة^(٣).

القول الثاني: أن تبرع المريض لو ارثه بشيء بأزيد من الثلث لغير وارث باطل. وهو قول المالكية^(٤)، والقول الآخر للشافعية^(٥)، وعليه فتكون ابتداء عطية منهم.

(١) شرح معاني الآثار (٣٨٠/٤)، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية (٨٥/٢)، الفتاوى الهندية ٤٠٢/٤.

(٢) الأم (٣٠/٤)، المهذب (٤٦٠/١)، نهاية المحتاج (٤٩/٦)، حاشية الشبراملسي عليه (٤٩١/٦).

(٣) المغني (٧٢/٦)، المقنع (٣٤٥/٢).

(٤) الفواكه الدواني ٢١٧/٢.

(٥) التبرعات في مرض الموت وصية، ولهم في وصيته قولان، انظر: نهاية المحتاج ٦/

٤٨ وما بعدها، روضة الطالبين ١١٠/٦.

الأدلة:

دليل القول الأول:

١ - ما تقدم من الأدلة على عدم جواز هبة المريض مرض الموت أكثر من الثلث.

وجه الدلالة: أن حق الورثة تعلق بما زاد عن الثلث، فكان لهم الرد والإجازة، وعلى هذا فالإجازة تعتبر تقييداً.

٢ - ما روته عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «نحلني أبو بكر جداد عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلما مرض قال لي: «إني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي بالعالية، فلو كنت جذذتيه وحزتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال الوارث، فاقسموه بينكم على كتاب الله تعالى»^(١).

قال الطحاوي: «فأخبر أبو بكر الصديق أنها لو قبضت ذلك من ماله في ملكه ملكته، وجعل ذلك غير جائز؛ لأنها لم تقبضه، كما لا تجوز الوصية لها، ولم تنكر ذلك عائشة ولا سائر أصحاب رسول الله ﷺ، فدل ذلك أن مذهبهم جميعاً فيه مثل مذهبه، فلو لم يكن لمن ذهب إلى ما ذكرنا من الحجّة لقولهم الذي ذهبوا إليه إلا ما في هذا الحديث، وما ترك أصحاب رسول الله ﷺ من الإنكار في ذلك على أبي بكر لكان فيه أعظم حجّة»^(٢).

٣ - أن تبرعات المريض مرض الموت وصية معني، والوصية للوارث لا تصح إلا بإجازة الورثة.

دليل القول الثاني: القياس على الوصية، فتبطل لوارث، وبأزيد من الثلث لأجنبي.

ونوقش: بأن البطلان حق الورثة، فإذا أجازوه نفذ.

(١) تقدم تخريجه برقم (١٨٨).

(٢) المرجع السابق ٤/٣٨٠.



الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول قياساً على الوصية للوارث، وقد ورد النص بجوازها إذا أجازها الورثة؛ ولأن المنع حق الورثة، فإذا أجازوا جاز، والله أعلم.

ثمرة الخلاف:

إن قلنا بالرأي الأول لم يشترط لهذه الهبة ما يشترط للهبات من أحكام كالقبض ونحوه حسب ما مر تفصيله.
وإن قلنا بالرأي الثاني، أنها هبة مبتدأة اشترط لها ما يشترط لسائر الهبات من أحكام، والله أعلم.

المسألة الثالثة: حكم هبة المريض مرض الموت إذا صح من مرضه:

إن صح المريض المرض المخوف من مرضه نفذت من رأس ماله باتفاق الأئمة^(١).

والدليل على ذلك:

- ١ - عموم أدلة الهبة السابقة.
- ٢ - أنه تبين أن مرضه لم يكن مخوفاً، والمنع إنما يكون في المرض المخوف، وهو الذي يعقبه الموت، فإذا صح تبين أن تبرعه كان في الصحة فكان من رأس المال^(٢).

(١) حاشية رد المختار ٥/١١٢، التفريع ٢/٣٣١، روضة الطالبين ٦/١٣٠، الإنصاف ٧/١٦٦.

(٢) حاشية رد المختار ٥/١١٢، التفريع ٢/٣٣١، روضة الطالبين ٦/١٣٠، الإنصاف ٧/١٦٦.

المسألة الرابعة: هبة المريض مرض الموت فيما زاد عن الثلث إذا لم يكن له وارث:

إذا تبرع المريض مرض الموت بأزيد من الثلث، ولم يكن له وارث، فللفقهاء في ذلك قولان:

القول الأول: أنها صحيحة من رأس المال، ولا اعتراض لبيت المال ولا لغيره.

وهو قول الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، ذكروه في الوصية، والعطايا في مرض الموت كالوصايا، وهو قول عند المالكية^(٣)، وأفتى به المتأخرون من الشافعية، وبعض متقدميهم كالماوردي، والقاضي حسين، والمتولي، وذلك لعدم انتظام بيت المال، قال سبط المارديني: «وقد أيسنا من انتظامه إلى أن ينزل السيد المسيح ﷺ وعلى سائر النبيين»^(٤)، وبه قال عبدة السلماني، وإسحاق، وشريك^(٥).

وحجته:

١ - حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، وفيه قوله ﷺ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»^(٦) الحديث.

وجه الدلالة: أن المنع من الزيادة على الثلث من أجل الورثة؛ لقوله ﷺ: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».

(١) المبسوط ١٢/١٠٣، مجمع الأنهر ٢/٧٤٨، ومجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر ٢/٤٣٠ المادة ٨٧٧.

(٢) المقنع مع حاشيته (٢/٣٥٨).

(٣) التفريع ٢/٣٢٤.

(٤) الشرح الصغير ٤/٦٣٠، العذب الفائض ١/٢٠، نهاية المحتاج ٦/١٠.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/٩٩، المغني ٦/٥٣٥، فتح الباري ٦/٢٩٨.

(٦) تقدم تخريجه برقم (٢٦٨).

وأيضاً: فإن كلمة «إن» نص ظاهر في التعليل.

كما أنه ظاهر في أن المقصود بالورثة: الورثة الخاصة غير بيت المال، ألا ترى إلى قول سعد رضي الله عنه: «لا يرثني إلا ابنة لي»، وإلى قوله رضي الله عنه: «ورثتك» بالإضافة للمخاطب وإلى قوله: «يتكفون الناس»، فإن ذلك كله يدل على أن المقصود بالورثة غير بيت المال، وأن بيت المال غير وارث؛ لأن بيت المال لا يتكفف.

(٢٧٦) ٢ - ما رواه عبد الرزاق من طريق أبي إسحاق السبيعي، عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل، عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لبعض أهل الكوفة: «إنكم من أخرى حيّ بالكوفة أن يموت أحدكم فلا يدع عصابة ولا رحماً، فلا يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين»^(١).

(١) مصنف عبد الرزاق ٦٨/٩.

ومن طريقه الطبراني في معجمه الكبير ٣٤٧/٩، وسعيد بن منصور في سننه ٨١/١، والخطابي في غريب الحديث ٢٥٨/٢، وابن حزم في المحلى ٣٥٧/٨. كلهم من طريق سفيان الثوري، عن أبي إسحاق السبيعي، عن أبي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال: قال لي عبد الله بن مسعود: «إنكم من أخرى حيّ بالكوفة أن يموت أحدكم ولا يدع عصابة، ولا رحماً، فما يمنعه إذا كان كذلك أن يضع ماله في الفقراء والمساكين».

وهذا إسناد صحيح، وقال ابن حزم: «وصح عن ابن مسعود... فذكره».

وقال في المجمع ٢١٢/٤: «رجاله رجال الصحيح».

وقد توبع أبو إسحاق، فأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٢٢٥/٦ قال: حدثنا وكيع قال: ثنا الأعمش قال: سمعت الشعبي يقول في المسجد: مرة سمعت حديثاً ما بقي أحد سمعه غيري، سمعت عمرو بن شرحبيل... فذكره، وفيه: قال الأعمش: فقلت لإبراهيم: إن الشعبي قال كذا وكذا، قال إبراهيم: حدثني همام بن الحارث عن عمرو بن شرحبيل عن عبد الله مثله.

وكذا أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤٠٣/٤.

وجه الدلالة: أن ابن مسعود رضي الله عنه يرى المنع لحق الوارث، فإذا لم يكن له وارث كان له الحق في أن يتبرع ولو بماله كله في وجوه البر والخير.

٣- أن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال، إلا أن الشرع لم يظهر ذلك في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره^(١).

٤- أن المنع من الزيادة على الثلث، إنما هو لحق الورثة، فإذا لم يكن وارث ارتفع المنع^(٢).

القول الثاني: أنها لا تنفذ فيما زاد على الثلث.

= وأخرجه الفسوي في المعرفة والتاريخ ٢٢٠/٣ قال: حدثنا ابن نمير قال: حدثنا وكيع عن الأعمش عن إبراهيم قال: قال عبد الله: إنكم معشر أهل اليمن... فذكره، وفيه قال الأعمش، فذكرت ذلك للشعبي فقال: متى سمعه إبراهيم؟ فأتيت إبراهيم فقال له: حدثني همام عن عمرو بن شرحبيل عن عبد الله.

أخرجه سعيد بن منصور ٨٢/١، ومحمد بن الحسن الشيباني في الحجة ٢٤٤/٤ كلاهما من طريق الأعمش عن إبراهيم عن همام بن الحارث عن عمرو بن شرحبيل قال: قال لي عبد الله... فذكر نحوه.

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٦٩/٩، وسعيد بن منصور في سننه ٨٢/١ كلاهما من طريق مغيرة عن إبراهيم أن ابن مسعود قال لرجل... فذكره.

وأخرجه أبو يوسف في الآثار ١١/٢ من طريق أبي حنيفة عن الهيثم (وهو ابن صبيبا) عن عامر عن ابن مسعود... به نحوه.

وهذا إسناد منقطع، وقد تقدم أن عامراً الشعبي رواه عن عمرو بن شرحبيل عن ابن مسعود. واحتج إسحاق بن راهويه بهذا الأثر كما في مسائل المروزي ٢٧٢/٨، ٤٣١٦.

(١) البحر الرائق ٤٠٤/٨.

(٢) المبدع ١٠/٦، مجمع الأنهر ٧٤٨/٢.

وهو مذهب المالكية^(١)، وهو مذهب الشافعية^(٢)، ورواية عن الإمام أحمد، وبه قال الأوزاعي، وابن شبرمة، والعنبري^(٣).

وحجته:

١ - حديث عمران بن حصين رضي الله عنه «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عن موته، ولم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ، فجزأهم أثلاثاً بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً»^(٤).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ لم يجز تبرعه بما زاد عن الثلث، ولم ينقل أنه راجع الورثة، فدل على منعه مطلقاً^(٥).

ويمكن مناقشته: بأنه يحتمل أنه لم يكن له وارث، فرده النبي ﷺ نظراً لبيت مال المسلمين، أو أن الوارث لا يجيز ذلك ولا يرضاه، وهذا في الغالب.

٢ - حديث سعد رضي الله عنه، وفيه قول النبي ﷺ: «الثلث والثلث كثير»^(٦).

ونوقش: بأن حديث سعد رضي الله عنه لا يقتضي بطلان ما زاد على الثلث؛ لأنه ﷺ بين علة النهي، وهو أن المنع لحق الورثة حتى يستعينوا بما يتركه من مال عن سؤال الناس، وهذا استدعي عدم جواز التصرف في هذا الحق مادام صاحبه متمسكاً به، فإذا لم يوجد زالت العلة.

-
- (١) التفریع (٣٢٤/٢)، المتفق ١٥٦/٦، الأبي ٣٣٩/٤، حاشية الدسوقي ٢٢٧/٤.
- (٢) الأم ٣٠/٤، المهذب ٤٥٧/١، روضة الطالبين ١٠٨/٦، وفيه أن هذا هو الصحيح المعروف، وبه قطع الجمهور.
- (٣) المبدع ١٠/٦، المقنع مع حاشيته ٣٥٨/٢.
- (٤) تقدم تخريجه برقم (٢٦٩).
- (٥) فتح الباري ٣٧٣/٥.
- (٦) سبق تخريجه برقم (٢٦٨).

٣ - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم»^(١).

وجه الدلالة: قوله ﷺ: «بثلث أموالكم» يدل على أنه لا حق لنا في الزائد عليه.

ونوقش: بعدم ثبوت الحديث.

٤ - أن المنع من التبرع بما زاد على الثلث أمر تعبدنا الله به على لسان رسوله ﷺ، وليس للورثة أن يجيزوا ما أبطله الله ورسوله ﷺ.

ونوقش: بأنه غير مسلم، فلا يسلم من أن المنع من الوصية للوارث أمر تعبدي؛ إذ إن أحكم المعاملات شرعها الله لمصالح ومقاصد تعود بالخير والنفع على العباد.

٥ - أن له من يعقل عنه - وهو بيت مال المسلمين -، فلم تنفذ هبته في أكثر من الثلث^(٢)؛ إذ لا مجيز له منهم.

ونوقش: بعدم التسليم.

القول الثالث: إن كان السلطان مثل عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه، فلا يزيد على الثلث، وإلا فله الزيادة.

وبه قال بعض المالكية^(٣).

وحجته: أن السلطان إذا كان عادلاً، فإن بيت المال يكون منتظماً يصرف في مصارفه الشرعية.

والقول الأول هو الراجح؛ لأن المنع من الزيادة عن الثلث إنما هو لحق الورثة، فإذا لم يكن وارث كان له أن يؤثر بماله من شاء من المسلمين، وبيت

(١) سبق تخريجه برقم (٢٦٧).

(٢) انظر: حاشية المقنع ٣٥٨/٢.

(٣) المصادر السابقة للمالكية.



المال ليس وارثاً، وإنما هو مرد للأموال التي لا يعلم لها وارث، ولأن هذا هو فهم السلف، كما تقدم عن ابن مسعود رضي الله عنه، ولما روى ابن سيرين عن عبيدة السليمان قال: «إذا مات الشخص وليس عليه عقد ولا حد ولا عصابة يرثونه فإنه يوصي بماله كله حيث شاء»، والله تعالى أعلم.

المسألة الخامسة: توقف نفاذ الثلث على الموت:

تقدم أن المريض مرض الموت له أن يتبرع بالثلث فأقل لغير وارث. فإذا تبرع بما أذن له من الثلث فهل ينفذ فوراً، أو يتوقف نفاذه على الموت؟

اختلف العلماء في ذلك على أقوال:

القول الأول: يثبت الملك في العطية من حينها، لكنه ملك مراعى لعدم العلم هل يموت من مرضه، أو يصح، وهل يستفيد مالاً، أو يتلف شيء من ماله، وعلى هذا فلا يسلم الموهوب إلى الموهوب له يتصرف فيه كيف شاء، ولا يرسل العبد المعتق أو المحابي يذهب حيث شاء، بل يوقف أمر التبرعات على وجه يتمكن الوارث من ردها بعد الموت إذا شاء. وبه قال الشافعية، والحنابلة^(١).

وحجته:

١ - حديث سعد رضي الله عنه، وفيه قوله رضي الله عنه: «إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس»^(٢).

وجه الدلالة: أن ملك الهبة إذا كان مراعى كما ذكر، فإن الواهب يترك ورثته أغنياء، بحيث لو هلك ماله كله إلا الهبة لم ينفذ من هذه الهبة إلا

(١) الأم ٤/١٠١، الشرح الكبير ٦/٢٠١، الاختيارات ص ١٩٢، كشاف القناع ٤/٣٢٩.

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢٦٨).

ثلثها، وثلثاها للورثة فيكون ترك ورثته أغنياء، بخلاف ما إذا نفذت فوراً وهلك ماله فلا يبقى لورثته شيء، فلم يتركهم أغنياء.

٢ - أن المعتبر في الثلث وقت الموت فقد يكتسب مالاً قبله، أو يذهب شيئاً من ماله، والثلث يزيد بما كسب وينقص بما خرج من ماله، فيوقف أمر تبرعاته إلى موته^(١).

القول الثاني: التفريق بين أن يكون ماله مأموناً وهو الأرض، وما اتصل بها من بناء وشجر، أو غير مأمون كالحيوان والعروض، فإن كان مأموناً فأعتق أو تصدق، أو نحو ذلك لم يوقف ونفذ ما حمّله على الثلث عاجلاً ووقف منه ما زاد، فإن صح نفذ الجميع، وإن مات لم يمض غير ما نفذ.

وإن كان غير مأمون وقف كله، فإن مات قوم بعد موته ويخرج كله من ثلثه إن وسعه كله، وإلا أخرج ما وسعه الثلث فقط، وإن صح ولم يمت مضي جميع تبرعه^(٢).

وهو مذهب المالكية.

وحجته: الاحتياط للوارث.

ونوقش: بعدم التسليم؛ لما يلي:

أولاً: أنه ليس فيه احتياط للوارث إذا كان المال غير مأمون.

ثانياً: أنه ليس فيه احتياط للموهوب له.

ثالثاً: أنه لا دليل على هذا التقسيم.

القول الثالث: أنه ينفذ فوراً، وتسلم العين للمتبرع له، وإذا توفي

(١) كشف القناع ٤/٣٢٤.

(٢) المدونة ٦/٩٤، شرح الزرقاني على خليل ٥/٣٩١، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه ٣/٢٧٦ وما بعدها، بلغة السالك (٢/١٤٥).

المريض وتبين أن الموهوب له لا يستحق الهبة، فإن التصرف ينقض، وترد العين إلى من يستحقها من ورثة أو غرماء .
وبه قال الحنفية^(١)، وأبو يعلى^(٢) .
واستثنى الحنفية التصرف الذي لا يقبل الفسخ، فإنه يجعل في حكم المعلق في الموت، وذلك كالعقود .

وحجته:

- ١ - أن اتصال المرض بالموت أمر مشكوك فيه، وإثبات الحجر لا يكون بأمر مشكوك فيه؛ لأن الشك لا يقوى على رفع الأصل .
- ٢ - أن الأصل فورية التسليم؛ لثبوت الملك بالعقد .
ونوقش: باستثناء مسألتنا ونحوها .

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه أهل القول الأول؛ لقوة دليلهم في مقابلة مناقشة دليل القولين الآخرين، ولما فيه من الاحتياط للوارث والموهوب له .

المسألة السادسة: وقت اعتبار الثلث:

تقدم أن المريض مرض الموت لا ينفذ تبرعه لوارث بشيء، ولا لغيره بأزيد من الثلث .

لكن اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في وقت اعتبار الثلث على

أقوال:

القول الأول: أنه وقت الموت مطلقاً .

(١) التوضيح ١٨٤/٢ .

(٢) كشف الأسرار ٣٠٧/٤، تكملة حاشية ابن عابدين ١٧٦/٨، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ص ١٩٢، كشف القناع (٣٢٩/٤)، القواعد لابن رجب ص ٨٩ .

وهو قول أكثر الفقهاء^(١).

وحجته:

١ - ما تقدم من دليلهم في المسألة السابقة^(٢).

٢ - ولأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها، وثبت له ولاية القبول والرد.

القول الثاني: أنه وقت الموت إذا كان غير مأمون - أي: التلف -

كالحيوان والعروض، ووقت العطية: إن كان مأموناً كالأرض وما تبعها من
نماء أو شجر.

وهو قول المالكية^(٣).

ودليله: ما تقدم في المسألة السابقة.

القول الثالث: أنه وقت العطية.

وهو ظاهر قول القاضي من الحنابلة^(٤).

دليله: ما تقدم من دليل القول الثالث في المسألة التي قبلها.

الترجيح:

الترجيح في هذه المسألة كالذي قبلها.

ويترتب على هذا: أنه لو وهبه معيناً كسيارة مثلاً، وهي أكثر من الثلث.

ثم ملك مالاً فساوت الثلث فأقل نفذت الهبة، ولو أنه وهبه سيارة مثلاً

وهي تساوي ثلث ماله فأقل، ثم هلك ماله فلم يملك عند موته إلا هذه

السيارة لم ينفذ إلا ثلثها.

(١) ما تقدم من مصادر الجمهور.

(٢) الشرح الكبير ١٧/١٤٦.

(٣) ما تقدم من مصادر المالكية.

(٤) بلغة السالك (٢/١٤٥).



المسألة السابعة: معاوضة المريض مرض الموت:

المريض غير ممنوع عن المعاوضة؛ لأنه كامل الأهلية، ومن حقه أن يبيع ويشترى ويعقد الصفقات، قال الباجي: «وله أن يتصرف في ماله بالبيع والشراء؛ لأن حق الورثة لم يتعلق بعين المال، وإنما تعلق بمقداره».

وقال: «إذا ثبت أن حكم الحجر يلحق المريض في ثلثي ماله لحق الورثة، فقد قال القاضي أبو محمد في معونته: إنه يتعلق به حكم الحجر فيما زاد على قدر حاجته من الإنفاق في الأكل والكسوة والتداوي والعلاج، وشراء ما يحتاج إليه من الأشربة والأدوية وأجرة الطبيب، ومنع السرف وما خرج عن العادة»^(١).

وفيها أمور:

الأمر الأول: المعاوضة مع الوارث بثمن المثل.

إذا باع المريض مرض الموت عيناً من أعيان ماله لوارث بثمن المثل، ونحو ذلك، فللعلماء قولان في حكم تصرفه:

القول الأول: ينفذ بيع المريض لوارث إذا لم يكن فيه محاباة من رأس المال، ولا يتوقف على إجازة الورثة.

وهو قول أبي يوسف، ومحمد^(٢)، وهو قول المالكية^(٣)، والشافعية^(٤)، ورواية عن الإمام أحمد، وهي الصحيح من المذهب^(٥).

(١) المنتقى ١٥٧/٦.

(٢) المبسوط ١٥٠/١٤، شرح المجلة ٤٠٩/٢، كشف الأسرار ٣٠٩/٤، حاشية رد المحتار ١١٢/٥.

(٣) أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك ص ٢٧٠، الخرشبي ٣٠٥/٥، حاشية الدسوقي ٣٠٧/٣، وشرح التحفة ٨٢/٣.

(٤) الأم ١٠٧/٧، الوجيز ٢٧١/١، والمهذب ٤٦٠/١، روضة الطالبين ١٣١/٦.

(٥) المحرر ٣٧٩/١، الفروع ٦٦٨/٤، الإنصاف ١٧٢/٧، كشاف القناع ٢٧٥/٤.

وحجته:

- ١ - قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الزَّيْءَ﴾^(١).
 - وهذا يشمل بيع المريض لوارث إذا لم تكن محاباة.
 - ٢ - أن الأصل في العقود الصحة.
 - ٣ - أنه ليس في تصرفه إبطال حق الورثة عن شيء مما يتعلق حقهم به وهو المالية، فكان الوارث والأجنبي فيه سواء^(٢).
 - ٤ - أن هذا التصرف لا تبرع فيه ولا تهمة؛ لأنه بيع بضمن المثل^(٣).
 - القول الثاني: أنه موقوف على رضا الورثة.
 - وهو قول لأبي حنيفة^(٤)، وهو رواية عن الإمام أحمد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٥).
- وحجته:

- ١ - تعلق حق الورثة بمال المريض.
- ٢ - أن للناس في الأعيان أغراضاً خاصة، فالمحاباة كما تكون بالتنازل عن بعض المال تكون بتخصيص الوارث بعين من الأعيان^(٦).
- القول الثالث: لا يجوز بيعه لوارث، وإن كان بضمن المثل.
- وبه قال أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٧)، وذكره صاحب الإنصاف من الحنابلة

(١) من آية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٢) المبسوط ١٤/١٥٠.

(٣) كشاف القناع ٤/٢٧٥.

(٤) حاشية ابن عابدين (٥/١١٢)، الدر المختار مع حاشية الطهطاوي (٣/٨٧)، جامع الفصولين (٢/٢٤٥).

(٥) الفروع ٤/٦٦٨، المحرر ١/٣٧٩.

(٦) المبسوط ١٤/١٥٠.

(٧) المبسوط ١٤/٧٣، الفتاوى الهندية ٣/٢٤٩، كشف الأسرار ٤/٣٠٩، شرح التلويح على التوضيح ٢/١٧٧.



احتمالاً، وقال: هو لأبي الخطاب^(١).

وحجته:

١ - أن المريض أثر بعض ورثته بعين من أعيان ماله، وهو محجور عليه لحق سائر الورثة، فلا يجوز كما في الوصية له.

٢ - أن حق الورثة متعلق بعين المال، كما هو متعلق بماليتها فيما بينهم، فكما لو قصد إثارة البعض بشيء من المال رد عليه قصده، فكذلك إذا قصد إثارة بالعين^(٢).

ونوقش هذان الدليلان من وجهين:

الوجه الأول: أن حق الورثة يتعلق بمالية التركة لا بعينها.

الوجه الثاني: أن تصرفه بالبيع من الوارث بمثل القيمة ليس في إبطال لحق الورثة من شيء تعلق به حقهم؛ إذ قد انتقل حقهم هنا إلى الثمن^(٣).

سبب الخلاف:

هو هل حق الورثة متعلق بعين التركة أو بماليتها؟

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الأول: أنه ينفذ بيع المريض إذا لم يكن محاباة من رأس المال؛ وذلك لأن الحجر على المريض يكون فيما فيه ضرر على الورثة، ويبيعه بثمن المثل ليس فيه ضرر على أحد، وحق الورثة يتعلق حينئذ بالثمن لقيامه مقام العين المبيعة، لكن إذا كان لهذه العين خصوصية فيتوجه التوقف على إذن الورثة، والله أعلم.

(١) الإنصاف ١٧٢/٧.

(٢) كشف الأسرار (٣٠٩/٤).

(٣) المرجع السابق.

الأمر الثاني: المعاوضة مع الوارث بمحابة.

المحابة في اللغة: المسامحة^(١).

وفي الاصطلاح: أن يعاوض المريض ويسمح لمن عاوضه ببعض عوضه.

وعند المالكية: البيع بأقل أو أكثر من القيمة بكثير، قصداً لنفع المشتري أو البائع^(٢).

صورة المسألة: أن يعاوض المريض مرض الموت أحد ورثته في البيع أو الشراء، ويحاييه في المعاوضة، كأن يبيعه سلعة تساوي مئتين بمئة وخمسين، فالفقهاء - رحمهم الله تعالى - اختلفوا في صحة هذه المعاوضة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن بيع المريض لوارثه بالمحابة ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإن لم يجز الورثة فإن البيع يبطل في قدر المحابة، ويصح فيما عداها.

وهو قول الحنفية^(٣)، والمالكية^(٤)، والشافعية^(٥)، وهو المشهور عند الحنابلة^(٦).

وعند الحنفية: يخير المحابي بين أن يدفع تمام القيمة - قدر المحابة -

(١) المصباح المنير ١/١٤٧.

(٢) شرح ميارة لتحفة الأحكام ٢/١٨، البهجة ٢/٨٢، المغني ٦/٥١٥.

(٣) المبسوط (١٤/٧٣)، بدائع الصنائع (٥/١٤)، الفتاوى الهندية (٣/٢٤٩)، رد المحتار (٥/١١٢).

(٤) الخرشي ٥/٣٠٥.

(٥) المهذب (١/٣٨٦)، روضة الطالبين (٦/١٣١)، أسنى المطالب (٣/٣٩)، نهاية المحتاج للرملي (٦/٤٨).

(٦) المغني (٨/٤٩٨ - ٤٩٩)، الإنصاف (٧/٢٩٢).



فيسقط حق الورثة في الاعتراض عليه، وبين أن يفسخ البيع ويرد المبيع إلى التركة، ويأخذ الثمن.

وعند المالكية: المحاباة كما تكون في الكمية تكون في الكيفية، كما لو باعه أفضل ما عنده مطلقاً، فلا يجوز إلا بإذن، ونص المالكية على أن إجازة الورثة لقدر المحاباة ابتداء عطية منهم، فتفتقر إلى حوز، والمعتبر في قدر المحاباة يوم البيع، ولا عبرة بتغير ثمن السلعة المباعة بعد ذلك بزيادة أو نقص. وعند الشافعية: إذا باعه بثمن مثله جاز، وعندهم يجوز النقص عن ثمن المثل إذا كان مما يتغابن به الناس.

ودليل هذا الرأي:

- ١ - ما تقدم من الأدلة على أن المريض مرض الموت ليس له أن يتبرع لو ارث بشيء، إلا بإجازة الورثة.
- ٢ - أن المحاباة في مرض الموت بمنزلة الوصية، والوصية لو ارث لا تنفذ إلا إذا أجازها الورثة^(١).

القول الثاني: أن المريض إذا حابى وارثه في البيع بطل البيع في قدر المحاباة، وصح فيما يقابل الثمن المسمى، وللمشتري الخيار بين الأخذ والفسخ. وهو وجه عند الحنابلة^(٢)، وهو الصحيح من المذهب عندهم^(٣).

دليلهم:

أولاً: استدلو على صحة البيع فيما يقابل الثمن المسمى: بأن البطلان إنما جاء من المحاباة، فاخص بما قابلها، والأصل صحة العقود^(٤).

(١) المبسوط (١٤/٧٣)، الحاوي (٨/٢٩٢)، المغني (٨/٤٩٨).

(٢) المغني (٨/٤٩٨ - ٤٩٩)، الإنصاف (٧/١٧٢)، كشف الأسرار (٤/٣٢٤).

(٣) الإنصاف (٧/١٧٢).

(٤) المغني (٨/٤٩٨ - ٤٩٩)، كشف القناع (٤/٣٢٧).

ثانياً: استدلووا على ثبوت الخيار للمشتري؛ لأن الصفقة تفرقت عليه، فشرع له الخيار دفعاً للضرر عنه^(١).

ونوقش هذا الاستدلال: تخصيص بطلان البيع بقدر المحاباة بأنه تفریق من غير دليل؛ لأن البيع انعقد على جميع المبيع، فكيف يبطل في جزء منه ويصح في الجزء الآخر؟.

وأجيب: بأنه لا يمتنع صحة بعض المبيع وبطلان بعضه كتفريق مسائل الصفقة، كما لو باع ملكه وملك غيره، فيصح في ملكه، ولا يصح في ملك غيره. القول الثالث: أن المريض إذا حابى وارثه يبطل البيع، ومن باب أولى تبطل المحاباة.

وهو قول بعض المالكية^(٢)، ووجه ثالث عند الحنابلة^(٣).
واستدلووا بما يلي:

- ١ - أن المحاباة عطية لو ارث، والعطية في المرض باطلة عند المالكية - على المشهور عندهم -؛ لأن حكمها حكم الوصية^(٤).
- ونوقش هذا الدليل: بأن يقال: لا يسلم بطلان الوصية لو ارث مطلقاً، بل الصحيح توقف نفاذها على إجازة الورثة.
- ٢ - أنه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه، فلم يصح، كتفريق الصفقة^(٥).

(١) المغني (٨/٤٩٨ - ٤٩٩)، كشاف القناع (٤/٣٢٧).

(٢) المدونة الكبرى (٣/٢٠٥)، (٤/٣٥٢ - ٣٥٣)، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني (٥/٣٥١).

(٣) المغني (٨/٤٩٨ - ٤٩٩)، الإنصاف (٧/١٧٣).

(٤) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه (٤/٣٨٠)، الفواكه الدواني للنفراوي (٢/١١٤).

(٥) المغني (٨/٤٩٨ - ٤٩٩).

ونوقش: هذا الدليل بعدم التسليم، بل إن تصحيح البيع ممكن، وذلك بجعله موقوفاً على إجازة الورثة.

الترجيح:

الراجع - والله أعلم - ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من أن بيع المريض بالمحابة لوارثه ينعقد موقوفاً على إجازة الورثة؛ إذ فيه مصلحة المريض، ودفع الضرر عن الوارث.

الأمر الثالث: معاوضة المريض مع أجنبي.

المراد بالأجنبي هنا: من ليس بوارث.

إذا حصلت المعاوضة مع من ليس بوارث، فتحت ذلك فروع:

الفرع الأول: أن تكون المعاوضة بثمن المثل، فتصرفه صحيح بالاتفاق^(١).

الفرع الثاني: أن تكون المعاوضة بدون ثمن المثل بأقل من الثلث.

إذا كانت المعاوضة مع أجنبي بدون ثمن المثل، أي: بمحابة، بأقل من الثلث فإن العقد صحيح أيضاً^(٢).

والدليل على ما سبق:

أولاً: قول الله عز وجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٣).

وجه الاستدلال: أن الآية عامة في الأشخاص، وفي كل بيع سواء كان بمحابة أو غير محابة.

(١) شرح التلويح ١٧٧/٢، التفريع ٣٣١/٢، الخرشي ٣٠٥/٥، المهذب ٤٦٠/١، الإنصاف ١٨٢/٧.

(٢) البحر الرائق ٤٢٩/٨، المهذب ٤٦٠/١، الخرشي ٣٠٥/٥، البحر الرائق ٤٢٩/٨، الشرح الكبير مع الإنصاف ١٤٢/١٧.

(٣) من آية ٢٧٥ من سورة البقرة.

ثانياً: أن عقد المريض عقد صدر من أهله في محله فنفذ، فأما كونه من أهله فلأن المريض كامل الأهلية، فالمرض لا يخل بأهلية المريض فله أهلية أداء كاملة ثبتت له بالبلوغ والعقل، وأما المحل فهو المال المتقوم^(١).

ثالثاً: أن المريض مرض الموت له حق التبرع بالثلث فأقل.

وعلى هذا فالمحابة تعتبر من الثلث باتفاق الفقهاء^(٢)؛ لما تقدم من الدليل على أن للمريض مرض الموت حق التبرع بالثلث فأقل لغير وارث.

الفرع الثالث: أن تكون المعاوضة بدون ثمن المثل بأزيد من الثلث.

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنها موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها جازت ونفذ

البيع ولزم.

وهو قول الحنفية^(٣)، والشافعية^(٤)، والحنابلة^(٥).

القول الثاني: تبطل المحابة فيما زاد على الثلث، فإن أجازها الورثة

فهي عطية منهم له ابتداء تفتقر للحوز على المشهور^(٦).

وهذا قول المالكية.

فإن لم يجز الورثة ما زاد على الثلث، فقد اختلف الفقهاء في ذلك:

(١) العناية مع فتح القدير (٥٢/٧)، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤٢/١٧).

(٢) البحر الرائق (٤٢٩/٨)، أصول الفتيا على مذهب الإمام مالك ص (٢٧٠)، روضة الطالبين (١٣١/٦)، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤٢/١٧)، الكافي (٤٨٧/٢).

(٣) المبسوط (٧٤/١٤)، بدائع الصنائع (٣٧٠/٧)، مجلة الأحكام وشرحها لعلي حيدر (٣٦٣/١) المادة (٣٩٤).

(٤) روضة الطالبين (١٣١/٦)، الحاوي (٢٩٢/٨)، أسنى المطالب (٣٩/٣).

(٥) الشرح الكبير مع الإنصاف (١٤٢/١٧)، الفروع (٦٦٧/٤)، كشاف القناع (٣٢٣/٤).

(٦) البهجة (٨٢/٢)، الخرشي (٣٠٥/٥)، التاج والإكليل (٦/٧١ و٦٦٤)، حاشية الدسوقي (٣/



على أربعة أقوال:

القول الأول: أن على المشتري إكمال المقدار الذي لم يتسع له الثلث، وإذا لم يفعل انفسخ البيع.

وهو قول الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد^(١).

القول الثاني: أن المشتري مخير بين الفسخ فيرد المبيع، ويأخذ الثمن لتقر الصفقة عليه وإمضاء البيع.

وهو أحد قولي الشافعية، وقول الحنابلة، فإذا اختار الإمضاء فوجهان:

أحدهما: يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي.

وهو رواية عن الإمام أحمد وصححه في المغني، والمحزر، وهو أحد الوجهين عند الشافعية^(٢).

والثاني: يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله.

وهو الوجه الثاني للشافعية، وقول القاضي من الحنابلة.

القول الثالث: أن البيع لازم له فيما يقابل الثمن، وما يحتمله الثلث من المحاباة، وما زاد على الثلث من المحاباة يبطل البيع.

وهو مفهوم من كلام المالكية^(٣).

القول الرابع: أن البيع يبطل.

وهو القول الآخر للشافعية بناءً على قولهم الآخر في تفريق الصفقة^(٤).

وما ذهب إليه الجمهور من القول بتوقف العقد على إجازة الورثة هو

(١) المصادر السابقة في المسألة السابقة.

(٢) المصادر السابقة في المسألة السابقة.

(٣) المصادر السابقة في المسألة السابقة.

(٤) المصادر السابقة في المسألة السابقة.

الراجع؛ وذلك لأن المقصود إزالة الضرر عنهم، فإذا أمضوا تصرف مورثهم فقد رضوا بإسقاط حقهم، وذلك لهم.

أما قول الحنفية في الزائد على الثلث، وأن المشتري يجبر على إكمال المقدار الذي لم يتسع له الثلث فيؤخذ على هذا القول أن فيه إجبار المشتري على المعاوضة، والله عز وجل يقول: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً عَنْ قَاضٍ مِّنكُمْ﴾^(١)، والمشتري لم يرض به إلا بالثمن الأول.

ولذا يظهر أن القول الثاني أقوى، أي: إعطاء المشتري الخيار بين الفسخ أو الإمضاء؛ لأن في الأخذ بهذا القول نظراً للجانبين: جانب الورثة بإزالة الضرر عنهم، والضرر الحاصل على المشتري بتفريق الصفقة عليه، ثم إذا اختار الإمضاء أخذ ثلثي المبيع بالثمن كله ثلث بالثمن، وثلث بالمحابة؛ وذلك لأن المريض لو تبرع له بالثلث ابتداءً صح، فيجعل الثمن الذي دفعه في مقابل ثلث المبيع، وثلث يكون له تبرعاً، ويبقى للورثة الثلث وثلث الثلث، والله أعلم.

المسألة الثامنة: تقديم تبرعات المريض بعضها على بعض:

وفيها أمران:

الأمر الأول: تقديم تبرعات المريض على الوصايا في الاستيفاء من الثلث.

إذا تبرع المريض بهبة، أو صدقة، أو محابة، فإنها تكون مقدمة في التنفيذ على الوصايا، فإن بقي بعد تنفيذ تبرعات المريض شيء نفذت منه الوصايا.

وذلك لأن تبرعات المريض تثبت في حال الحياة قبل الموت، بخلاف

(١) من آية ٢٩ من سورة البقرة.

الوصايا، فإنها لا تثبت إلا بعد الموت؛ إذ هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، فكانت تبرعات المريض أقوى منها فقدمت عليها^(١).

الأمر الثاني: تقديم تبرعات المريض بعضها على بعض.

اختلف العلماء في تقديم تبرعات المريض بعضها على بعض إذا ضاق عنها الثلث على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن تبرعات المريض من هبة، أو صدقة، أو محاباة لأجنبي، إذا اجتمعت وضاق عنها الثلث يقدم الأول فالأول. وبه قال الجمهور: المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

وحجتهم:

١ - أن التصرف الأول لازم لا يفتقر إلى رضا الورثة^(٣).

٢ - أن تبرع المريض في مرضه لازم في حقه لا يملك الرجوع عنه، فإذا أخرج من الثلث لزم في حق الورثة، فلو شاركه تبرع آخر لمنع ذلك لزومها في حق المريض^(٤).

القول الثاني: أن تبرعات المريض، إن كانت من جنس واحد كأن تكون هبات، أو محاباة، فإنها تتساوى في الاستيفاء من الثلث، ولا أثر لتقدم بعضها على بعض في الذكر، وإن كانت من جنس واحد، فالمحاباة إذا

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٦٨٠، مواهب الجليل ٦/١٨١، المنتقى على الموطأ ٦/١٧٠،

روضة الطالبين ٦/١٣٦، المغني ٦/٤٩٢، كشاف القناع ٤/٢٧٦، الكافي ٢/٤٨٨.

(٢) المنتقى على الموطأ ٦/١٦٧، روضة الطالبين ٦/١٣٥، مغني المحتاج ٣/٤٨،

المغني ٦/٤٩٣، ٦/٤٩٢، الكافي ٢/٤٨٨.

(٣) روضة الطالبين ٦/١٣٥، الكافي ٢/٤٨٨.

(٤) المغني ٦/٤٩٣.

تقدمت على العتق وضاق الثلث عنهما بدئاً بالمحابة قبل العتق، وإن تأخرت المحابة تساوي في التنفيذ من الثلث.

وبه قال أبو حنيفة^(١).

وحجته: أن المحابة أقوى من العتق؛ لأنها تتم ضمن عقد المعاوضة، فكانت المحابة تبرعاً بمعناها لا بصيغتها بخلاف العتق، فإنه تبرع معنى وصيغة^(٢).

القول الثالث: أن العتق مقدم على سائر التبرعات تقدم أو تأخر.

وبه قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن^(٣).

وحجته: أن العتق أقوى؛ لأنه لا يلحقه الفسخ بخلاف المحابة ونحوها^(٤).

ونوقش: أن احتمال عدم الفسخ ليس خاصاً بالعتق، فإن من باع ماله بالمحابة في مرض موته لا يملك فسخه بمفرده، فاستويا في عدم الفسخ من جهة المريض.

وأجيب: أن المحابة محتملة للفسخ في الجملة بخيار العيب والشرط والإقالة بخلاف العتق^(٥).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - القول الأول؛ لأن تبرعات المريض تثبت من حين التبرع، فالواجب البداءة بما ثبت أولاً.

(١) المسوط ٢٨/١٣٤، جامع الفصولين ٢/٢٦٠، تبين الحقائق ٦/١٩٦.

(٢) تبين الحقائق ٦/١٩٦.

(٣) المصادر السابقة للحنفية.

(٤) تبين الحقائق ٦/١٩٦، الهداية مع تكملة فتح القدير ٨/٦٣.

(٥) بدائع الصنائع ٧/٣٧٠.

المسألة التاسعة: إقرار المريض مرض الموت:

فيها أمور:

الأمر الأول: الإقرار لوارث.

الإقرار في اللغة: الاعتراف^(١).

وفي الاصطلاح: إخبار الإنسان عن حق عليه لآخر^(٢).

تحرير محل النزاع:

أ - يقبل إقرار المريض لوارث إذا صدقه بقية الورثة.

ب - يقبل إقرار المريض إذا كان الوارث يتمكن من أخذ حقه بغير

الإقرار، كما لو كان للوارث وديعة، وقد ثبتت بالبينة ونحو ذلك^(٣).

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى على أقوال:

القول الأول: الصحة مطلقاً، سواء أقر له في الصحة أو المرض، أقر

لمن يتهم عليه، أو لغيره.

وهو المعتمد عند الشافعية، ورواية عن أحمد، وهو قول عمر بن عبد

العزیز، وشريح، والأوزاعي، وطاووس، وعطاء، والحسن البصري،

واختاره البخاري^(٤).

القول الثاني: المنع مطلقاً، إلا إقرار الزوج لزوجته بصدقتها.

وهو قول شريح، والحسن بن صالح.

(١) المصباح المنير ١٧٧/٢.

(٢) مجلة الأحكام العدلية ١٥٧٥.

(٣) فتح القدير ٩/٧، جامع الفصولين ٢/٢٥٣، شرح الأحكام الشرعية ٣٣١/٢، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٥٧.

(٤) صحيح البخاري مع عمدة القاري ٤٠/١٤، المهذب مع تكملة المجموع ٥٢٩/٨،

تحفة المحتاج ٣٥٨/٥، الفروع ٦٠٨/٦، الإنصاف ١٣٥/١٢، الفتح ٣٧٦/٥.

القول الثالث: الفرق بين الإقرار في الصحة، والإقرار في المرض، فما كان في الصحة فهو صحيح لازم، وما كان في المرض فهو موقوف على إجازة الورثة.

وهو قول الحنفية، وأحد قولي الشافعي، والحنابلة، وبه قال الثوري، والقاسم^(١).

وللمالكية تفصيل في هذه المسألة ينبني على صحة الإقرار مع عدم التهمة، وعدم صحتها مع التهمة^(٢).

الأدلة:

أدلة من قال بقبول إقراره لو ارت:

١ - قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾^(٣) فقد سوى بين الوصية والدين في تقديمهما على الميراث ولم يفصل، فخرجت الوصية بدليل منفصل، وبقي الدين على إطلاقه الشامل للدين الثابت بالبينة والثابت بالإقرار للوارث وغيره^(٤).

ونوقش: بأن الآية تدل على تقديم الدين على الميراث، وهذا لا نزاع فيه، متى كان الدين ثابتاً بغير الإقرار بالمرض، فإن كان ثابتاً بالإقرار فلا بد من القرائن الدالة على صحته.

٢ - قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ آمَنُوا كُفُورًا كُفُورًا قَوْمِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٥) فهذا أمر للجميع بالشهادة على النفس وهي

(١) المصادر السابقة.

(٢) البهجة ٢/٢٩٢، المعيار ١٠/٣٨٦ - ٣٨٩، النوازل الصغرى ٣/٣٥٢.

(٣) من آية ١١ من سورة النساء.

(٤) الفتح ٧/١٧٥.

(٥) من آية ١٣٥ من سورة النساء.

الإقرار عليها بالحق، وهي عامة في الأشخاص والأحوال، وتشمل الصحيح والمريض؛ لقاعدة عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال.

والأمر فيها للوجوب، وإذا وجب الإقرار للوارث بحقه كان إقراره صحيحاً، ووجب العمل به وتنفيذه؛ أخذاً بقاعدة: أن الأمر بالشيء يستلزم صحته عند الإتيان به على الوجه المأمور به، وإلا لم تكن فائدة في الأمر به والإتيان به.

٣ - قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١).

وجه الاستدلال: أن لفظ الأمانات جمع معرف بأل فيعم جميع الأمانات، والدين أمانة بنص قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ﴾^(٢) فيدخل في ذلك دين الوارث، فيجب أدائه، وإذا لم يتأت أدائه يجب الإقرار به؛ لأنه لا سبيل لأدائه إلا بالإقرار به، والمقدور الذي لا يتم الواجب المطلق إلا به واجب كما يقول الأصوليون.

وإذا وجب الإقرار وجب تنفيذه لما سبق.

٤ - عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدّث كذب، وإذا أُؤْتِمِنَ خان، وإذا وعد أخلف»^(٣).

وجه الاستدلال: أن فيه ذم الخيانة، والذم يقتضي التحريم، وكتمان الدين، وعدم الإقرار به نوع من الخيانة المحرمة، والمنهي عنها، والنهي عن الشيء يستلزم الأمر بضده أو يتضمنه، كما يقول الأصوليون، فيكون الاعتراف للدائن بدينه واجباً؛ لأنه إذا كتبه يصير خائناً، والأمر يستلزم صحة

(١) من آية ٥٨ من سورة النساء.

(٢) من آية ٢٨٣ من سورة البقرة.

(٣) سبق تخريجه برقم (٢٦٠).

المأمور به والاعتداد به عند فعله على وجهه، وإلا لم تكن فائدة في الأمر به وإيجاره.

(٢٧٧) ٥ - ما رواه البخاري من طريق همّام بن مُنّبّه، ومسلم من طريق الأعرج، عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وآله قال: «إِيَّاكُمْ وَالظَّنَّ، فَإِنَّ الظَّنَّ أَكْذَبُ الْحَدِيثِ»^(١).

وجه الاستدلال: أن فيه تحذيراً من سوء الظن بالمسلم، وهو يقتضي النهي عنه، والأمر بتحسين الظن به، وهذا يدل على بطلان الاحتجاج على إقراره باتهامه فيه.

ونوقشت هذه الأدلة بما نوقش به الدليل الأول.

٦ - قياس الإقرار لو ارث على الإقرار بوارث، فإن المريض إذا أقر في مرضه بوارث صح إقراره اتفاقاً إذا كان على وجه الاستلحاق، وعلى خلاف في غيره، والإقرار بوارث يتضمن الإقرار لو ارث بمال؛ لأن إقراره بالنسب إقرار له بالمال تبعاً.

ونوقش من وجهين:

الأول: أن إقرار المريض لو ارث قبل؛ لأنه لم يقصد الإقرار بالمال، وإنما دخل المال تبعاً.

الثاني: أن المريض إذا أقر بوارث، فإن هذا الوارث يستحق نصيبه من التركة بأمرين: النسب، والموت، فافترقا.

٧ - قياس الإقرار في المرض على الإقرار في الصحة، فكل من صح الإقرار له في الصحة يصح الإقرار له في المرض.

(١) صحيح البخاري - كتاب النكاح: باب لا يخطب من خطب أخيه حتى ينكح أو يدع (٤٨٤٩)، ومسلم - كتاب البر والصلة: باب تحريم الظن والتجسس والتنافس (٢٥٦٣).



٨ - قياس الوارث على الأجنبي .

٩ - أن الأحكام مدارها على الظاهر، والله يتولى السرائر فلا يجوز إبطال إقراره بدعوى احتمال كذبه في الواقع، وأنه أراد الوصية فجعلها إقراراً خوفاً من اعتراض الورثة؛ لأنه حكم بباطن مشكوك.

١٠ - أن الغالب على المريض مرض الموت الصدق في إقراره، والتهمة في حقه ضعيفة وبعيدة، والمدار في الأحكام على الغالب، والحكم به واجب.

أدلة عدم قبول إقراره لوارث:

(٢٧٨) ١ - قوله ﷺ: «لا وصية لوارث، ولا إقرار له بالدين»^(١).

ونوقش الاستدلال بالحديث من وجهين:

الأول: أن زيادة ولا إقرار له بالدين غير صحيحة؛ لأنها مرسلة، وفي سندها نوح بن دراج متهم بالوضع.

الوجه الثاني: أن الأخذ بهذه الزيادة يقتضي منع الإقرار للوارث في الصحة والمرض؛ لعموم «ولا إقرار له بالدين»؛ لأنها نكرة في سياق النفي؛ لأن الوصية له ممنوعة في الصحة والمرض.

(٢٧٩) ٢ - قول عمر رضي الله عنه: «إذا أقر المريض لوارثه لم يجز»^(٢).

(١) رواه الدارقطني في سننه ١٥٢/٤، والبيهقي ٨٥/٦، وقد تقدم تخريجه قريباً، وزيادة (ولا إقرار له بالدين) موضوعة جاءت من طريق نوح بن دراج، قال أبو داود: «كان يضع الحديث»، وقال ابن معين: «كذاب خبيث، قضى سنين وهو أعمى، وكان لا يخبر الناس أنه أعمى من خبثه، ولم يكن يدري ما الحديث» نصب الراية ١١١/٤.

(٢) لم أقف عليه في شيء من كتب الأثر، وإنما أوردته بعض الحنفية في كتبهم، من طريق محمد بن الحسن، عن يعقوب، عن محمد بن عبيد الله العزمي، عن نافع، عن ابن عمر به.

ومحمد بن عبيد الله: قال أحمد: «ترك الناس حديثه»، وقال النسائي: «ليس بثقة»، =

ونوقش: بأنه معارض بما يأتي من أدلة الجواز فتقدم عليه .

٣ - قياس الإقرار في المرض على التبرع في المرض، بجامع أن كلاً إيصال المال إلى وارثه، فلا يجوز إلا بإجازة الورثة والقياس على الوصية أيضاً .

ونوقش: هذا قياس بوجود الفارق من وجوه:

الأول: أن التبرع عطية خالصة من مال المتبرع بعد تعلق حق الورثة بماله، والإقرار إخبار بحق للمقر له في مال المقر، فليس فيه إعطاء مال .

الثاني: أن الهبة لا تصح ولو شهدت البينة عليها، بخلاف الإقرار، فإنه إذا شهدت بينة بصدق المقر يلزم تنفيذه من رأس المال .

الثالث: أن الإقرار لا يجوز الرجوع عنه، والوصية يجوز الرجوع عنها، فلا يصح قياسه عليها .

٤ - أن المريض في حالة مرضه يتهم بأنه أراد الوصية لوارثه، فلما رأى نفسه ممنوعاً منها تحول إلى الإقرار له حتى لا تعترض ورثته على تصرفه^(١) .

ونوقش: بأن مقتضى هذا الدليل هو اعتبار التهمة دون رد إقراره مطلقاً .

٥ - أن كون الدين في ذمة المريض لا يعدو أن يكون أمراً ظنياً، وما يحصل لباقي الورثة من الضرر أمر محقق، فكيف يترك العمل بالمحقق، ويعمل بالمظنون؟! .

ونوقش من وجهين:

الأول: أن هذا الدليل يشمل الوارث وغيره، فهو يناقض قولهم بقبول إقرار الأجنبي .

= وقال ابن معين: «لا يكتب حديثه». (تهذيب التهذيب ٩/٣٢٣، ميزان الاعتدال ٣/٦٣٧).

(١) الفتح ٥/٣٧٦ .

الثاني: أنه غير مسلم؛ لأن الضرر على الورثة في شيء تعلقت حقوقهم به، وهنا لم تتعلق حقوقهم بالمال المقر به.

٦ - أن المريض محجور عليه في حق الوارث، فلم يصح إقراره له كالصبي لما حجر عليه في حق الناس لم يصح إقراره لواحد منهم^(١). ونوقش: بأن المريض ليس محجوراً عليه في حق الوارث مطلقاً، بل محجور عليه فيما تضمن تبرعاً، والإقرار لا يتضمن تبرعاً إذا دلت القرائن على صدقه، بخلاف الصبي فهو محجور عليه في حق جميع المعاوضات والتبرعات.

دليل من رأى الاعتماد على التهمة:

الاعتماد على قوة التهمة وضعفها، فحيث قويت التهمة يبطل الإقرار، وإذا ضعفت صح الإقرار، وقوة التهمة وضعفها يختلف باختلاف الأحوال والصور، كما سبق.

الترجيح:

يترجح - والله أعلم - أن إقرار المريض لوارث يقبل إذا لم يكن هناك تهمة، ولا يقبل مع وجود التهمة فهو وسط، ففيه مصلحة المريض والمقر له، وكذا الورثة.

الأمر الثاني: إذا اختلف الورثة والمقر له، هل كان الإقرار في الصحة أو المرض؟ فعلى قولين:

القول الأول: أن القول قول مدعي الصحة.

وهو قول المالكية، والشافعية^(٢).

وحجته: أن الصحة هي الأصل والغالب، والقول لمدعي الأصل.

(١) المغني ٣٤٤/٥، الكافي ٥٦٧/٣.

(٢) المصادر السابقة للمالكية، والشافعية.

ولأن الأصل في العقود الصحة، والقول لمدعي الصحة فيها، وإن أقام كل واحد بينة، فعند الشافعية تقدم بينة الصحة على المعتمد^(١).

القول الثاني: أن القول قول مدعي المرض، وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة المقر له، وإن لم تكن بينة وأراد استحلاف الورثة كان له ذلك. وبه قال الحنفية^(٢).

القول الثالث: أن القول لمدعي الصحة، وإن أقام كل منهما بينة قدمت بينة المرض.

وهو قول للشافعية.

لأنها ناقله.

الأمر الثالث: وقت اعتبار المقر له وارثاً:

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى على أقوال:

القول الأول: أن المعتبر وقت الموت.

وبه قال الشافعية^(٣).

وحجته: القياس على الوصية، فإذا أقر لوارث فصار غير وارث صح

إقراره، وإذا أقر لغير وارث فصار وارثاً عند الموت بطل إقراره.

القول الثاني: أن المعتبر وقت الإقرار.

وهو قول المالكية، والحنابلة^(٤).

فإذا أقر لغير وارث حين إقراره صح إقراره ولو صار وارثاً عند الموت،

(١) نهاية المحتاج ٥٥/٦.

(٢) الفتاوى الهندية ١٧٧/٤.

(٣) نهاية المحتاج ٥٥/٦.

(٤) المصادر السابقة للمالكية، والحنابلة.

وإن أقر لوارث حين إقراره بطل إقراره، ولو صار غير وارث عند الموت، لوقوعه باطلاً.

وحجته: أن الاعتبار بحال اللفظ كسائر العقود.

القول الثالث: أن المعتبر وقت الإقرار والموت.

فإذا أقر لوارث واستمر وارثاً حتى مات المقر بطل الإقرار، وإن أقر لغير وارث واستمر غير وارث حتى الموت صح الإقرار.

وأما إن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً، فهنا تفصيل بين سبب الإرث الطارئ والسبب الموجود حين الإقرار، فيصح في الأول ويبطل في الثاني.

فمن أقر لأجنبية ثم تزوجها أو أقرت له فتزوجها صح الإقرار؛ لأن سبب الإرث طارئ بعد الإقرار فلا يضر.

بخلاف من أقر لأخيه وله ولد حين الإقرار ثم مات ولده، فإن الإقرار لا يصح؛ لأن سبب الإرث وهو النسب كان موجوداً وقت الإقرار.

وهو قول الحنفية^(١).

فرع:

واختلف المالكية: فيمن أقر لوارث فصار غير وارث، ثم صار وارثاً.

فقال ابن شعبان: الإقرار صحيح، كمن أقر لأخيه ولا ولد له ثم ولد له ولد فمات الولد، ثم مات المقر بعد ذلك فإن الإقرار صحيح؛ لأنه بولادة الولد صار الأخ غير وارث، وثبت الإقرار له، فإذا مات الابن بعد ذلك وصار الأخ وارثاً لم يضر ذلك؛ لأن الحق إذا ثبت لا يبرأ منه إلا بأدائه.

واختار ابن عرفة: أن الإقرار في هذه الحالة لا يصح، إلا إذا علم المقر بكون المقر له غير وارث، ولم يرجع عن إقراره كأن يعلم بوفاة ولده؛ لأن

(١) الفتاوى الهندية ٤/١٧٧.

استمراره على إقراره بعد رجوعه غير وارث دليل على صدقه في إقراره، أما إذا لم يعلم برجوعه غير وارث فإن الإقرار لا يصح؛ لاحتمال أن يكون إقراره له وهو يعلم أنه وارث من باب الهزل، وعدم الجد، واحتمال أنه لو علم أنه رجع غير وارث لما أقر له، أو لرجع في إقراره^(١).

فرع آخر:

ما يتعلق بشروط إجازة الوارث، ووقت الإجازة، وغير ذلك من مسائل بحثت في كتابي - أحكام الوصية - عند بحث مسائل الوصية لوارث.

الأمر الرابع: الإقرار لأجنبي:

إذا أقر المريض مرض الموت لغير وارث، فقد اختلف العلماء رحمهم الله تعالى على أقوال:

القول الأول: أن إقرار المريض لأجنبي لا يقبل إلا إذا دلت القرائن على صدقه.

وبه قال المالكية^(٢).

وحجتهم: أن إبطال الإقرار مطلقاً تضيق على المريض وقبوله مطلقاً فيه حرج على الورثة، وعليه فيقبل عند عدم التهمة، ويرد عند وجودها.

القول الثاني: صحة هذا الإقرار، سواء أجاز الورثة أو لم يجيزوا.

وبه قال الحنفية، الشافعية، والحنابلة^(٣).

(١) المصادر السابقة للمالكية.

(٢) شرح الخرشي ٨٩/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٩٩، الوصايا والتأويل ص ٥٤٣.

(٣) المبسوط ٢٤/١٨، الهداية مع تكملة فتح القدير ٨/٧، تحفة المحتاج ٥/٣٥٨، الإنصاف ٣٤/١٢، كشف القناع ٦/٣٩٦.

قال ابن المنذر: «أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز»^(١).

وحجتهم:

١ - ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: «إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته»^(٢).

٢ - أن قضاء الدين من الحوائج الأصلية؛ لأن فيه رفع الحائل بين المدين وبين الجنة، وإذا ثبت أنه من الحوائج الأصلية كان إقراره بالدين نافذاً ومقدماً على حقوق الورثة؛ لأن حقوقهم تتعلق بالتركة بشرط الفراغ من حاجات المريض.

ونوقش: بأن هذا صحيح فيما ثبت أنه دين وهنا لم يثبت؛ لأنه متهم في إقراره.

٣ - أن الإنسان يحتاج إلى المعاملة، فلو أبطنا إقراره في المرض لامتنع الناس من معاملته في الصحة^(٣).

ونوقش: بأن هذا غير مسلم ولا يظن أن أحداً امتنع من معاملة آخر خشية أن يمرض، وكما يعرض للناس المرض يعرض لهم الموت.

القول الثالث: أنه لا يقبل.

وهو رواية عن الإمام أحمد^(٤).

وحجته:

١ - إلحاقه بالإقرار لو ارث.

(١) المغني ٣٤٢/٥.

(٢) تقدم تخريجه برقم (٢٧٩).

(٣) تكملة فتح القدير ١١/٧، شرح العناية ١١/٧.

(٤) المغني ٣٤٢/٥، الكافي ٥٦٦/٣، الإنصاف ١٢/١٣٤.

ونوقش: بأن هذا قياس غير صحيح؛ لأن الأصل المقيس عليه موضع خلاف كما تقدم ولوجود الفارق، فإن الوصية بالثلث تجوز لأجنبي ولا تجوز لو ارث.

٢ - أن حقوق الورثة والغرماء قد تعلقت بمال المريض من حين مرضه، فلا يقبل إقراره كالمفلس؛ لما تعلقت حقوق الغرماء بماله لإفلاسه لم يقبل إقراره في ماله.

ونوقش: بأن عدم قبول إقرار المفلس غير مسلم، بل إقراره صحيح، ويثبت المبلغ المقر به في ذمته بعد فك الحجر عنه^(١).

القول الثالث: أن إقرار الأجنبي يصح إذا كان يخرج من الثلث، فإن زاد على الثلث لم يصح الإقرار بالزائد. وهو رواية عن الإمام أحمد^(٢).

وحجته: أن المريض ممنوع من الزيادة على الثلث في العطية، فلا يصح إقرار بما لا يملك أن يعطيه.

ونوقش: بأن الإقرار ليس كالعطية، فالإقرار إخبار، والعطية ابتداء تمليك في المال على وجه تبرع في حدود للأجنبي افتراقاً.

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه المالكية؛ لما فيه من التوفيق بين مصالح الورثة، والغرماء، ومصالح المريض.

المسألة العاشرة: قتل الموهوب له الواهب في مرض الموت:

أنه إذا وهب مريض هبة، أو أعطى عطية في مرضه فقتله الموهوب له عمداً أو خطأ مباشرة أو تسبياً، فإن العطية لا تبطل، وتكون من الثلث.

(١) المصادر السابقة.

(٢) المغني ٥/٣٤٢، الكافي ٣/٥٦٦.



وبه قال أكثر العلماء^(١).

وحجته:

انتفاء تهمة استعجال الشيء قبل أوانه؛ لأنه لو لم يقتله لعاش، وكانت الهبة له من رأس المال، وفي حالة القتل يأخذها من الثلث، فالقتل أضرب به، ولم يستفد منه.

والقول الثاني: بطلان الهبة ورجوعها لورثة الواهب، سواء كان القتل عمداً أو خطأ.

وبه قال الحنفية^(٢).

وحجته:

(٢٨٠) ما رواه أبو داود من طريق محمد بن راشد، عن سليمان - يعني ابن موسى - عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جدّه قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس للقاتل شيء»^(٣).

(١) الذخيرة ٩٢/٧.

(٢) الفتاوى الهندية ٤/٤٠٠.

(٣) سنن أبي داود، كتاب الديات: باب ديات الأعضاء (٤٥٦٦)،

وأخرجه البيهقي ٦/٢٢٠ من طريق محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو ابن شعيب.

وأخرجه النسائي في الفرائض باب توريث القاتل ٤/٧٩، والدارقطني في الفرائض ٤/٩٧، وابن عدي في الكامل ١/٢٩٧، والبيهقي ٨/١٨٦ من طريق إسماعيل بن عياش، عن يحيى بن سعيد، وابن جريج، والمثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، به. وهذا ضعيف لما يلي:

١ - أن ابن جريج لم يسمع من ابن شعيب.

٢ - أن إسماعيل بن عياش روى عن غير بلده، وخالف الثقات في ابن سعيد كمالك وأبي خالد الأحمر ويزيد بن هارون، وهشيم والثوري، يروونه عن يحيى بن سعيد عن =

= عمرو بن شعيب قال عمر رضي الله عنه: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم، فذكر الحديث، فجعله من مسند عمر،

أما حديث مالك فأخرجه في الموطأ ٢/٦٦٠، ومن طريقه الشافعي في الرسالة ١٧١،
وعبد الرزاق ٩/٤٠٢، والنسائي في الكبرى ٩/٧٩،
وأما حديث أبي خالد فأخرجه ابن ماجه ٢/٨٨٤.
وأما حديث يزيد وهشيم فأخرجه أحمد ١/٤٩، والبيهقي ٨/١٣٤،
وأما حديث سفيان الثوري، فأخرجه عبد الرزاق ٩/٤٠٣.

والحديث من جميع هذه الأوجه منقطعة مداره على عمرو بن شعيب ولم يسمع من عمر رضي الله عنه، كما قال أبو زرعة (المراسيل لابن أبي حاتم ١٤٨). وقال البيهقي في المعرفة ١٠٣/٩: هذا مرسل.

وأخرجه الدارقطني ٤/٩٥ من طريق عبد الله بن جعفر، وسفيان بن عيينة، كلاهما عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، عن عمر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «ليس لقاتل ميراث»، وهذا رجاله ثقات، وفي سماع سعيد من عمر خلاف.

وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة رضي الله عنه:

أخرجه الترمذي في الفرائض ٤/٤٢٥، وابن ماجه في الديات ٢/٨٨٣، والدارقطني في الفرائض ٣/٩٦، وابن عدي في الكامل ١/٣٢٨، والبيهقي في الفرائض ٦/٢٢٠، من طرق عن الليث بن سعد عن إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، عن الزهري، عن حميد ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه.

وقال الترمذي: هذا حديث لا يصح، ولا يعرف إلا من هذا الوجه، وإسحاق بن عبد الله بن فروة قد تركه بعض أهل الحديث منهم أحمد بن حنبل.

وقد جاء من حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال: «من قتل قتيلاً فإنه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره، وإن كان والده أو ولده، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى أن ليس لقاتل ميراث».

أخرجه عبد الرزاق ٩/٤٠٤، ومن طريقه البيهقي في الفرائض ٦/٢٢٠.

عن معمر، عن رجل - وهو عمرو بن برق - عن عكرمة، عن ابن عباس، وهذا إسناد ضعيف لحال عمرو بن برق، واسمه عمرو بن عبد الله بن الأسوار اليماني.

قال أحمد: له مناكير، وقال الأزدي: متروك الحديث، وقال ابن حجر: صدوق فيه =

فلفظ «شيء» في الحديث نكرة في سياق النفي، فتعم كل شيء: الهبة،
والوصية، والإرث.
وهذا الحديث ضعيف، وعلى هذا يكون الراجح ما ذهب إليه جمهور
أهل العلم.



المطلب الثالث

القسم الثالث: الأمراض الممتدة

الأمراض المزمنة، أو الممتدة: هي التي تطول وتستمر زمناً طويلاً، فإذا
وقع الشخص في مرض من ذلك، فاختلف العلماء رحمهم الله في حكم هباته
على قولين:

القول الأول: أن حكمه حكم الصحيح في جميع تبرعاته، إلا أن أصبح
مخوفاً كالقسم الثاني.

وهو قول جمهور أهل العلم من الحنفية، والمالكية، والشافعية^(١).

قال الكاساني: «وكذلك صاحب الفالغ ونحوه إذا طال به ذلك، فهو في
حكم الصحيح؛ لأن ذلك إذا طال لا يخاف منه الموت غالباً، فلم يكن
مرض الموت، إلا إذا تغير حاله من ذلك، ومات من ذلك التغير، فيكون

= لين. ينظر: الكامل ٥٤٤، والميزان ٢٧١/٣، والتقريب ٥٠٦٠.

وأخرجه الدارقطني في الفرائض ٩٥/٤ من طريق سفيان عن ليث عن طاووس عن ابن
عباس رضي الله عنهما، وهذا إسناد ضعيف؛ لحال ليث بن أبي سليم.

(١) رد المختار (٧١٧/٢)، الخرشبي (٣٠٥/٥)، نهاية المحتاج (٦٣/٦)، مغني المحتاج

(٥٢/٣)، التاج المذهب (٣٦٤/٤)، جواهر العقود (٤٤٤/١).

حال التغير مرض الموت؛ لأنه إذا تغير يخشى منه الموت غالباً، فيكون مرض الموت، وكذا الزمن والمقعد^(١).

وجاء في فتاوى عليش: «قال ابن سلمون: ولا يعتبر في المرض العلل المزمنة التي لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم، وأفعال أصحاب ذلك أفعال الأصحاء بلا خلاف. اهـ، قال عبد الباقي: «وفي المدونة، كون المفلوج والأبرص والأجذم وذو القروح من الخفيف ما لم يقعه ويضمنه، فإن أقعه وأضناه وبلغ به حد الخوف عليه، فله حكم المرض المخوف»^(٢). ويرجع في معرفة كون التغير مخوفاً إلى الأطباء العارفين بالإمراض^(٣).

القول الثاني: إن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة، وإن لم يصر صاحب فراش فعطاياه كصحيح^(٤).

وهو مذهب الحنابلة.

الأدلة:

وحجة الجمهور:

١ - عموم أدلة الهبة، وهذا يشمل المريض مرضاً ممتداً.

(١) بدائع الصنائع (٣/٢٢٤).

(٢) فتاوى عليش (١/٣٦١).

(٣) وقد جاء في المادة (١٥٩٥) من المجلة: «وإن امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة، وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله، ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة، تعد حاله ابتداء من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت».

وجاء في المادة ٢٦٨ من الأحكام الشرعية: «المقعد والمفلوج ما دام يزداد ما بهم من العلة فحكمهم كالمريض، فإن تناولت سنة ولم يحصل فيها ازدياد ولا تغيير في أحوالهم، فتصرفاتهم بعد السنة في الطلاق وغيره كتصرفات الصحيح».

(٤) الشرح الكبير مع الإنصاف ١٧/١٢٦، الأمراض المعدية ص ٤٣٢.



- ٢ - أن الأصل صحة التبرعات؛ لبقاء الأهلية، إلا للدليل.
- ٣ - أنه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وإن كان لا يبرأ منه فهو كالهرم^(١).
- حجة الحنابلة:

أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف أشبه صاحب الحمى الدائمة^(٢).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول جمهور أهل العلم أن صاحب المرض الممتد عطاياه كالصحيح، إلا إن صار مرضه مخوفاً؛ إذ الدليل ورد في المرض المخوف.



(١) شرح ابن ناجي على الرسالة (٥٢/٢)، المهذب (٤٦٠/١).

(٢) كشف القناع (٣٢٣/٤).

المبحث الخامس إثبات مرض الموت

إذا اختلف الورثة والموهوب له هل مرض الواهب مرضاً مخوفاً لا ينفذ إلا في الثلث فأقل لغير وارث، أو غير مخوف ينفذ من رأس المال مطلقاً، فللعلماء في ذلك تفصيل، تحت ذلك مطالب:

المطلب الأول شروط من يثبت بقوله إن المرض مخوف

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: التكليف:

يشترط في الطبيب المعترف بقوله في كون المرض مخوفاً أن يكون مكلفاً - أي: بالغاً عاقلاً - باتفاق الفقهاء^(١).

ودليل ذلك:

١ - أن غير المكلف لا يوثق بقوله.

٢ - أنه لا ينظر لنفسه، فلا ينظر لغيره.

المسألة الثانية: التعدد:

اختلف العلماء رحمهم الله تعالى في هذه المسألة على قولين:

(١) ينظر: المصادر الآتية.

القول الأول: أنه يثبت بقول طيب عارف، والاثنان أولى.
وبه قال المالكية^(١).

وحجته:

(٢٨١) ١ - ما رواه البخاري من طريق الزهري، عن عروة بن الزبير، عن عائشة رضي الله عنها: «استأجر النبي صلى الله عليه وسلم، وأبو بكر رجلاً من بني الدليل، ثم من بني عبد بن عدي هادياً خريئاً - الخريت: الماهر بالهداية»^(٢).

٢ - أن عمر رضي الله عنه أوصى حين جرح فسقاه الطيب لبناً فخرج من جرحه، فقال له الطيب: اعهد إلى الناس، فعهد إليهم ووصى، فاتفق الصحابة على قبول عهده ووصيته.

وكذلك أبو بكر رضي الله عنه عهد إلى عمر حين اشتد مرضه، فنفذ عهده.

(٢٨٢) فقد روى البخاري من طريق عمرو بن ميمون قال: «رَأَيْتُ عُمَرَ ابن الخطاب رضي الله عنه فما هو إلا أن كَبَّرَ فسمعته يقول: «قتلني - أو أكلني - الكلب حين طعنه، وأُتِيَ بِبَيْضٍ فشربه فخرج من جوفه، ثُمَّ أُتِيَ بلبن فشربه فخرج من جرحه، فَعَلِمُوا أَنَّهُ مَيِّتٌ، وقال: يا عبد الله بن عمر انظر ما عَلَيَّ من الدين، فقالوا: أوصِ يا أمير المؤمنين استخلف. قال: ما أجد أحقَّ بهذا الأمر من هؤلاء النفر أو الرهط الذين تُؤَفِّي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عنهم راض»^(٣).

٣ - أن هذا من قبيل الخبر فيكتفى فيه بالواحد.

القول الثاني: أنه لا بد من قول طيبين.

(١) البهجة (١/١١٣).

(٢) صحيح البخاري - كتاب الإجارة: باب استئجار المشركين عند الضرورة (٢٢٦٣).

(٣) صحيح البخاري - كتاب فضائل الصحابة: باب قصة البيعة والاتفاق على عثمان رضي الله عنه.

(٣٧٠٠).

وبه قال الشافعية، والحنابلة^(١).

وقياس قول الخرقي: إذا لم يقدر على طيبين يكتفى بطيب واحد.

وحجته: إلحاقه بالشهادة، ولتعلق حق الورثة بالمال.

والراجع - والله أعلم - القول الأول؛ لقوة دليله.

المسألة الثالثة: الإسلام:

اختلف العلماء في اشتراط إسلام الطيب على قولين:

القول الأول: أنه لا يشترط إذا تعذر المسلم.

وبه قال المالكية^(٢).

وحجته: ما تقدم من الدليل في المسألة الأولى.

القول الثاني: أنه يشترط الإسلام.

وهو قول الشافعية، والحنابلة^(٣).

وحجته: أنه يشترط العدالة، وغير المسلم ليس عدلاً.

ونوقش: بعدم التسليم، كما سيأتي.

وعليه يترجح القول الأول.

المسألة الرابعة: العدالة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أنه لا تشترط العدالة إذا تعذر العدل.

وبه قال المالكية^(٤).

(١) نهاية المحتاج (٦/٦٠)، الشرح الكبير مع الإنصاف (١٧/١٢١).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) المصادر السابقة.

(٤) المصادر السابقة.

وحجته: أن هذا من قبيل الخبر، والخبر لا تشترط فيه العدالة.

القول الثاني: أنه تشترط العدالة.

وبه قال الشافعية، والحنابلة^(١).

وحجته: إلحاقه بالشهادة.

ونوقش: بعدم التسليم، كما سبق.

والذي يظهر - والله أعلم - أنه لا تشترط العدالة، وإنما تشترط الأمانة؛

لأن الأمانة هي التي اشترطها الله عز وجل في العمل، كما في قوله تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنِّي عَلَيْهِ لَقَوِيٌّ أَمِينٌ﴾^(٣).

المسألة الخامسة: الذكورة:

واختلف العلماء في اشتراط الذكورة على قولين:

القول الأول: أنها لا تشترط.

وبه قال المالكية^(٤).

وحجته: كما سبق في المسألة السابقة.

(٢٨٣) ولما روى البخاري ومسلم من طريق ابن جريج قال: سمعت ابن

أبي مليكة، قال: حدثني عقبه بن الحارث، أو سمعته منه أنه تزوج أم يحيى

بنت أبي إهاب، قال: فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت

(١) المصادر السابقة.

(٢) من آية ٢٦ من سورة القصص.

(٣) من آية ٣٩ من سورة النمل.

(٤) المصادر السابقة.

ذلك للنبي ﷺ، فأعرض عني، قال: فتنحيت، فذكرت ذلك له، قال: «وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما» فنهاه عنها^(١).

القول الثاني: أنها تشتراط.

وبه قال الشافعية، والحنابلة^(٢).

لكن عند الشافعية: إن كان المرض علة باطنة بامرأة؛ فتقبل فيه شهادة النساء.

وحجته: كما في المسألة السابقة.

والراجع: عدم الاشتراط.

وسبب الخلاف في المسائل السابقة: تردد خبر الطبيب بين الشهادة والرواية، فهو من حيث كونه حكماً لشخص على آخر شهادة، ومن حيث كونه خبراً عن مرض فهو رواية.

المسألة السادسة: الخبرة:

وهذا متفق عليه بين الفقهاء، فيشترط أن يكون الطبيب ذا معرفة بمهنته.

ودليل هذا: قول الله تعالى: ﴿إِنَّ خَيْرَ مَنْ آسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿وَإِنِّي عَلَيْهِ لَقَوِيٌّ أَمِينٌ﴾^(٤).

وإن اختلف الأطباء في كونه مخوفاً، أو غير مخوف، أخذ برأي الأعم صاحب الاختصاص، فإن كانوا سواء أخذ برأي الأكثر، وإن استوا في الخبرة والعدد أخذ برأي من يقول إنه مخوف؛ لأنه علم ما لم يعلمه الآخر.



(١) صحيح البخاري - كتاب الشهادات: باب شهادة الإماء والعييد (٢٦٥٩).

(٢) المصادر السابقة.

(٣) من آية ٢٦ من سورة القصص.

(٤) من آية ٣٩ من سورة النمل.



المطلب الثاني

الخلافاً في وقوع الهبة حال الصحة أو المرض

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا خلت دعوى كل منهما عن البينة:

فاختلف أهل العلم في ذلك على قولين:

القول الأول: القول قول مدعي صدورهما في المرض.

وبه قال الحنفية^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣).

وحجته:

(٢٨٤) ١ - ما رواه مسلم من طريق ابن جريج، عن ابن أبي مليكة، عن

(١) جاء في جامع الفصولين (١٨٣/٢): «أقر بشيء ثم مات، فقال المقر له: أقر في

صحته، وقال بقية الورثة: لا بل أقر في مرضه، فالقول للورثة والبينة للمقر له، وإذا

لا بينة له، فله تحليف الورثة».

وجاء في الفتاوى الهندية (٤٦٤/١): «وإذا مات الرجل، فقالت امرأته: قد كان طلقني

ثلاثاً في مرض موته ومات وأنا في العدة، ولي الميراث، وقال الورثة: طلقك في

صحته ولا ميراث لك، فالقول لها. كذا في الذخيرة».

ينظر أيضاً: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٥٨، العقود الدرية لابن عابدين (٥٤/٢)،

(٨٠).

(٢) البهجة ١٤٧/٢.

(٣) قال المرادوي في الإنصاف (١٧٤/٧): «فإن أعتق عبده ولم يخرج من الثلث، فقال

الورثة: أعتقه في مرضه، وقال العبد: بل في صحته، صدق الورثة».

ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»^(١).

٢ - أن حال المرض أدنى من حال الصحة، فما لم يتيقن حال الصحة يحمل على الأدنى.

٣ - ولأن هذه التصرفات من الصفات العارضة، فهي حادثة، والحادث يضاف إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هنا هو المرض المتأخر زمانه عن زمان الصحة، فكان القول قول من يدعي حدوثها في المرض؛ إذ هو الأصل.

وإذا أراد مدعي الصحة استحلاف مدعي المرض كان له ذلك.

٤ - أن الأصل الصحة، والمرض طارئ، والقول قول مدعي الأصل.

٥ - أن الأصل في العقود الصحة فتحمل على ذلك.

القول الثاني: أن القول قول مدعي صدورها في الصحة.

وهو قول الشافعية^(٢).

وحجته: لأن الأصل في التصرف السابق من المتوفى أن يعتبر صادراً في حال صحته، وعلى من يتمسك بصدوره في مرض الموت يقع عبء الإثبات.

المسألة الثانية: إذا افترن دعوى كل منهما بالبينة:

إذا اختلف شخصان في هبة المريض هل هو في حال الصحة أو المرض، ولكل بينة، فللعلماء في ذلك قولان:

(١) صحيح مسلم في الأقضية: باب اليمين على المدعى عليه (١٧١١).

(٢) قال في نهاية المحتاج (٤١٤/٥): «ولو وهبه وأقبضه ومات، فادعى الوارث صدوره في المرض، والمتهب كونه في الصحة، صدق الثاني بيمينية، ولو أقاما بينتين، قدمت بينة الوارث؛ لأن معها زيادة علم».

وانظر أيضاً: البجيرمي على المنهج (٢٧٤/٣)، مغني المحتاج ٥٠/٣.



القول الأول: ترجح بينة وقوعها في حال الصحة على بينة وقوعها في

المرض.

وهو قول الحنفية^(١).

وحجته:

١ - أن الأصل اعتبار حالة المرض؛ لأنه حادث، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب وقت من الحكم الذي يترتب عليه، والأقرب هو المرض المتأخر زمانه عن الصحة، فلهذا كانت البينة الراجحة بينة من يدعي حدوثها في زمان الصحة؛ إذ البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل^(٢).

جاء في المادة (١٧٦٦) من المجلة: «ترجح بينة الصحة على بينة المرض، مثلاً: إذا وهب أحد ورثته ثم مات، وادعى باقي الورثة أنه وهبه في مرض موته، وادعى الموهوب له أنه وهبه في حال صحته، ترجح بينة الموهوب له».

القول الثاني: ترجح بينة وقوعها في مرضه على بينة وقوعها في صحته.

وهو قول الشافعية^(٣).

(١) المصادر السابقة للحنفية.

(٢) الفتاوى البزازية (٤٥٣/٥)، والوصايا والتأويل ص ٤٣٢.

وجاء في واقعات المفتين ص ٢٠٨: «ادعت امرأة أن زوجها طلقها في مرض موته ومات وهي في العدة ولها الميراث، وادعى الورثة أن الطلاق كان في الصحة، فالقول لها، وإن برهنا ووقنا وقتاً واحداً، فبينة الورثة على طلاقها في الصحة أولى».

وانظر أيضاً: العقود الدرية لابن عابدين ٨٠/٢، حاشية جامع الفصولين (١٨٣/٢).

(٣) جاء في نهاية المحتاج (٥٥/٦): «ولو اختلفا في صدور التصرف فيها أو في المرض، صدق المتبرع عليه؛ لأن الأصل دوام الصحة، فإن أقاما بينتين، قدمت بينة المرض».

وينظر أيضاً: إعانة الطالبين (٢١٣/٣)، البجيرمي على المنهج (٢٧٤/٣).

وحجته:

١ - أن الأصل عدم الغرم.

٢ - أنها ناقلة عن الأصل، وأنها علمت ما لم تعلمه بينة الصحة.

القول الثالث: أنه ينظر إلى أعدل البينتين، فإن استوتا في العدالة سقطتا. وبه قال بعض المالكية^(١).

وحجته: أن زيادة العدالة مرجح، ومع التساوي ينتفي هذا المرجح.

وسبب الخلاف: تعارض المرجحات، فبينه الصحة يرجحها موافقتها

للأصل والغالب، وبينه المرض يرجحها أنها ناقلة عن الأصل، وأنها علمت

ما لم تعلمه بينة الصحة، فمن رجح بينة الصحة غلب الترجيح بموافقة

الأصل، ومن رجح بينة المرض غلب الترجيح بالنقل عن الأصل، ومن قال

بسقوطهما معاً رأى تعادلتهما في العدالة والمرجحات فتسقطان؛ ولهذا إذا

كانت إحداهما أعدل فإنها تقدم.

المسألة الثالثة: إذا اقترنت دعوى إحداهما بالبينه دون الآخر:

فلا خلاف بين الفقهاء في هذه الحالة في تقديم قول المدعي صاحب

البينة على قول الآخر الذي خلت دعواه عن البينة، سواء أقام صاحب البينة

بينة على صدور التصرف في الصحة أو في المرض.

(٢٨٥) لما روى البخاري ومسلم من طريق أبي وائل، عن الأشعث بن

قيس: كان بيني وبين رجل خصومة، فاخصمتما إلى رسول الله ﷺ فقال:

«شاهدك، أو يمينه»^(٢).



(١) حاشية الرهوني (٢٢٧/٨).

(٢) صحيح البخاري في الشهادات: باب حدثنا عثمان بن أبي شيبة (٢٦٧٠)، ومسلم في

الإيمان: باب وعيد من اقتطع حق مسلم (١٣٧).