

الفصل الثاني

عقود التبرعات

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الهبة والوصية.

المبحث الثاني: الوقف.

المبحث الأول

الهبة والوصية

وفيه مطلبان:

- المطلب الأول: الهبة.**
- المطلب الثاني: وجوب الوصية.**

المطلب الأول الحبة

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: عدم اعتبار القبول في الحبة.
المسألة الثانية: صحة نحل الوالد بعض أولاده وإن كان بالكلام
ولم يسلم لهم ما أعطاهم حتى مات أو مريض مريض الموت.

المسألة الأولى: عدم اعتبار القبول في الهبة

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

الهبة لغة: العطية الخالية من الأعواض والأغراض^(١).
وعند الفقهاء الهبة: تملك عين بلا عوض في حال الحياة تطوعاً^(٢).
والإيجاب في الهبة كقوله: وهبت هذا الشيء منك أو جعلته لك أو هذا لك أو نخلته لك أو قال: جعلت هذه الدار لك عمري أو عمرك أو حياتي^(٣).
والقبول كقبلت أو تملكيت أو اتهمت^(٤).

ثانياً: تصوير المسألة.

مما هو معلوم أن الهبة تقتضي واهباً وموهوباً له وموهوباً، فإذا وهب إنسان شخصاً آخر شيئاً هل لابد من قبول الموهوب له هذا الشيء؟ أم أنه إذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام^(٥).

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

أجمعوا على أن من وهب عبداً بعينه أو داراً أو دابة بعينها وقبضها الموهوب له أن الهبة صحيحة^(٦).

واختلفوا فيما إذا وهب الشخص شخصاً آخر شيئاً هل يلزم لانعقاد الهبة قبول الموهوب له؟ أم تنعقد الهبة بمجرد الإيجاب ولا تفتقر الهبة إلى قبول على ما سيتبين.

(١) يُنظر: لسان العرب ٨٠٣/١، مادة (وهب) .

(٢) يُنظر: مغني المحتاج ٣٩٦/٢ .

(٣) يُنظر: تحفة الفقهاء ١٦٠/٣ .

(٤) يُنظر: الإنصاف ١١٨/٧ .

(٥) يُنظر: بدائع الصنائع ١١٥/٦ .

(٦) يُنظر: الإجماع ١٠٨/١ .

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

جاء في الحاوي: ((وقال الحسن البصري: القبول غير معتبر في عقد الهبة كالعق، وهو قول شذ به عن الجماعة، وخالف به الكافة))^(١).

وجاء في فتح الباري: ((قال الحسن البصري: لا يعتبر القبول في الهبة كالعق قال وهو قول شذ به عن الجماعة وخالف فيه الكافة))^(٢).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بان القبول ليس ركناً ولا شرطاً في لزوم الهبة قول عند الحنفية إليه ذهب أكثر شراح الهداية قال في فتح القدير: ((وبالجملة أكثر الشراح هاهنا على أن الهبة تتم بالإيجاب وحده))^(٣) ومن قال بهذا القول الكاساني^(٤) وجواهر زاده^(٥). وهو قول للحنابلة في الهبة للصغير^(٦) وهو المذهب عند الحنابلة فيما إذا وهب الشخص دين له لمن هو عليه^(٧). واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: الاستحسان، ووجه الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجرد إيجاب المالك من غير شريطة القبول وإنما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام.

والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي أن الصعب بن

(١) الحاوي ٥٣٥/٧.

(٢) فتح الباري ٢٢٣/٥.

(٣) فتح القدير ٤٥٩/١٩.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع ١١٥/٦.

(٥) يُنظر: تبين الحقائق ٩١/٥. وجواهر زاده هو: بدر الدين محمد بن محمود بن عبد الكريم الكردي المعروف بخواهر زاده الحنفي أخذ عن خاله شمس الأئمة الكردي وتفقه به ينظر ترجمته في: شذرات الذهب [٢٥٥/٥].

(٦) يُنظر: الشرح الكبير ٢٦٠/٦.

(٧) يُنظر: الإنصاف ١٢٧/٧.

جثامة^(١) أهدى إلى النبي ﷺ حمارًا وحشيًا وهو بالأبواء^(٢) وفي رواية بودان^(٣) فردّه النبي ﷺ وقال: ((لولا أنا حرام وإلا لقبلنا))^(٤) فقد أطلق الراوي اسم الإهداء بدون القبول والإهداء من ألفاظ الهبة^(٥).

الدليل الثاني: ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه دعا عائشة رضي الله عنها في مرض موته فقال لها: إني كنت نخلتك جداد عشرين وسقًا من مالي بالعالية وإنك لم تكوني قبضتيه ولا حرزتيه وإنما هو اليوم مال وارث^(٦).

وجه الاستدلال: حيث أطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحل بدون القبض والنحل من ألفاظ الهبة فثبت أن الهبة في اللغة عبارة عن نفس إيجاب الملك والأصل أن معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فإنه اسم الإيجاب مع القبول فلا يطلق اسم البيع لغة وشرعية على أحدهما دون الآخر فما لم يوجد لا يتسم التصرف بسمه البيع.

الدليل الثالث: أن المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثناء بإظهار الجود والسخاء وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع^(٧).

الدليل الرابع: أن الهبة عقد تبرع، فيتم بالمتبرع وحده، فصار بمنزلة الإقرار والوصية^(٨).

- (١) الصعب بن جثامة بن قيس الليثي: صحابي، من شجعانهم. شهد الوقائع في عصر النبوة، وحضر فتح اصطخر وفارس. وفي الحديث: يوم حنين لولا الصعب بن جثامة لفضحت الخيل. مات في خلافة عثمان، وقيل قبلها. له أحاديث في الصحيح. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [١٩/٣] تقريب التهذيب: [٢٧٦].
- (٢) الأبواء: جبل بين مكة والمدينة وعنده بلد يُنسب إليه. النهاية في غريب الحديث ٢٠/١.
- (٣) بودان: بفتح الواو وتشديد الدال المهملة آخره نون موضع بقرب الجحفة أو قرية جامعة من ناحية الفرع وودان أقرب إلى الجحفة من الأبواء، ينظر: حاشية السندي على البخاري ٢٤٤/١.
- (٤) أخرجه البخاري في كتاب الحج باب إذا أهدى للمحرم حمارًا وحشيًا حيًا لم يقبل برقم (١٧٢٩)، ومسلم في كتاب الحج باب تحريم الصيد للمحرم برقم (٢٩٠٢).
- (٥) يُنظر: بدائع الصنائع ١١٥/٦.
- (٦) أخرجه مالك في كتاب الأفضية باب مالا يجوز من النحل برقم (١٤٣٨).
- صحح إسناده ابن حجر في الفتح (٢١٥/٥)، وصححه ابن حزم في المحلى (٣٠١/٨)، وصححه الألباني في الإرواء (٦٠/٦).
- (٧) يُنظر: بدائع الصنائع ١١٥/٦.
- (٨) يُنظر: شرح فتح القدير ٢٠٥/٥.

ونوقش: بالفرق بين الإقرار والهبة، فإن الإقرار إخبار عن حق ثابت ولا إنشاء فيه ولا التزام بخلاف الهبة، وأما الوصية فإنها تبرع معلق مضاف لما بعد الموت، والهبة تبرع في الحال فاختلفاً.

الدليل الخامس: أن من حلف أن يهب لفلان فوهب ولم يقبل فقد بر في يمينه وهذا بخلاف البيع^(١).

ويناقش: بأن مبنى الحنث وعدمه على حصول المحلوف ولا أثر للالتزام في ذلك، بخلاف تمام العقد فلا بد فيه من ارتباط الإيجاب بالقبول. الدليل السادس: أن القبول غير معتبر في عقد الهبة كالعق^(٢).

ونوقش: بالفرق بين الهبة والعق من حيث إن المعتق لو رد العتق لم يبطل؛ لأن مناه على السراية والنفوذ، بخلاف الهبة فإن الموهوب له لو رد الهبة لبطلت؛ فلذلك افتقرت إلى قبول ولم يفتقر العتق إلى قبول^(٣).

الدليل السابع: عقلاً أنه إذا ألقى مالا في الطريق ليكون لمن يرفعه فإنه يصح ويكون هبة. وكذلك لا يشترط أن يكون الإيجاب والقبول لفظاً فلو قال شخص لولديه: وهبت هذه الدابة لأحدهما فأيكما أخذها تكون له فأخذها أحدهما صحت الهبة^(٤).

(١) يُنظر: فتح القدير ٢٠٥/٥، العناية ١٤٣/٧.

(٢) يُنظر: الحاوي ٥٣٥/٧.

(٣) يُنظر: الحاوي ٥٣٥/٧.

(٤) يُنظر: الفقه على المذاهب الأربعة ١٢٦/٣.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: أن القبول لا بد منه في عقد الهبة فهو كالركن فيها^(١) وهو المشهور من مذهب الحنفية^(٢) ومذهب المالكية^(٣) والشافعية^(٤) والحنابلة^(٥).
واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: عن أم كلثوم بنت أبي سلمة^(٦) قالت: لما تزوج رسول الله ﷺ أم سلمة^(٧) قال لها: إني قد أهديت إلى النجاشي^(٨) حلة وأواق من مسك ولا أرى النجاشي إلا قد مات ولا أرى إلا هديتي مردودة علي فإن ردت علي فهي لك قال: وكان كما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك وأعطى أم سلمة بقية

(١) على خلاف بين القائلين بهذا القول فالجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية يقولون أنه لا بد من أن يكون القبول لفظاً، أما الحنابلة فالمشهور عندهم أن القبول في الهبة يكون باللفظ وبالمعاطة مع القرينة وبكل ما تعارف عليه الناس. يُنظر فتح القدير ٢٦٠/١١، شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٥/٧، نهاية المحتاج ٤٠٦/٥، الشرح الكبير ٢٥٩/٦.

(٢) يُنظر: تحفة الفقهاء ٣٧/٣.

(٣) يُنظر: مواهب الجليل ٥٤/٦.

(٤) يُنظر: حواشي الشرواني ٢٩٨/٦.

(٥) يُنظر: شرح منتهى الإرادات ٤٣٠/٢.

(٦) أم كلثوم بنت أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومية ربيبة رسول الله ﷺ. أمها أم سلمة أهداها النبي ﷺ جزء من الهدية التي بعثها للنجاشي ثم رجعت إليه بعد وفاته. ينظر ترجمتها في: أسد الغابة: [٦١٣/٥].

(٧) هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم المخزومية، أم سلمة، أم المؤمنين. تزوجها النبي ﷺ بعد أبي سلمة سنة ٤هـ وقيل ٣هـ، وعاشت بعد ذلك ٦٠ سنة. مات سنة ٦٢هـ وقيل سنة ٦١هـ وقيل قبل ذلك، والأول أصح. ينظر ترجمتها في: أسد الغابة: [٥٨٨/٥] تقريب التهذيب: [٧٥٤].

(٨) أصحمة ملك الحبشة. معدود في الصحابة رضي الله عنهم. كان ممن حسن إسلامه ولم يهاجر، ولا له رؤية، فهو تابعي من وجه، صاحب من وجه. توفي في حياة النبي ﷺ، فصلّى عليه بالناس صلاة الغائب، ولم يثبت أنه ﷺ صلّى على غائب سواه، وسبب ذلك أنه مات بين قوم نصارى. توفي سنة تسع من الهجرة. ينظر ترجمته في: أسد الغابة: [١١٩/١] سير أعلام النبلاء: [٤٢٨/١].

المسك والحلة^(١).

وجه لاستدلال: أنه لو صار المسك للنجاشي بمجرد الإيجاب لما استحل ذلك ولأوصله إلى وارثه^(٢).

ونوقش من وجهين:

الأول: أن الحديث ضعيف كما في تخريجه.

الثاني: على فرض صحة الحديث؛ فإن الهدية لم تصل إلى النجاشي وإنما ظاهر الحديث أنها ردت من قبل حاملها إليه قبل أن تصل، فلا دلالة في الحديث على اعتبار قبول أو عدمه لأن الهدية إن كان حاملها رسول المهدي رجعت إليه وإن كان حاملها رسول المهدي إليه فهي لورثته^(٣).

الدليل الثاني: أن القياس أن الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعاً باعتبارها وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الإيجاب فلا يكون نفس الإيجاب هبة شرعاً^(٤).

الدليل الثالث: أن في الهبة نقل شيء من شخص إلى آخر وملك الإنسان لا ينتقل إلى الغير بدون تملكه، وإلزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله^(٥).

الدليل الرابع: أن الهبة عقد تملك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالنكاح^(٦).

ونوقش: بالفرق بين النكاح والهبة، فإن مبنى النكاح على الاحتياط؛ ولهذا يشترط فيه ما لا يشترط في غيره من الإشهاد، ولا يقع إلا قليلاً فلا يشق اشتراط الإيجاب والقبول فيه

(١) أخرجه أحمد في المسند ٤٠٤/٦.

قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٤/٤) : ((رواه أحمد والطبراني وفيه مسلم بن خالد الزنجي وثقه ابن معين وغيره وضعفه جماعة وأم موسى بن عقبة لم أعرفها وبقي رجاله رجال الصحيح)) ، وقال الحافظ في الفتح (٢٢٢/٥) : ((إسناده حسن)) ، وضعفه الألباني في الإرواء (٤٩/٦) .

(٢) يُنظر: الحاوي ٥٣٥/٧.

(٣) يُنظر: نيل الأوطار ١٠٢/٦.

(٤) يُنظر: بدائع الصنائع ١١٥/٦.

(٥) يُنظر: فتح القدير ٤٦٠/١٩.

(٦) يُنظر: الشرح الكبير ٢٤٩/٦.

بخلاف الهبة^(١).

الدليل الخامس: أن الهبة تمليك في الحياة كالبيع فهي عقد مالي مثله فأعطيت أحكامه^(٢). ونوقش بأن قياسه على البيع لا يستقيم؛ لأن البيع من العقود اللازمة في أصلها، وهو عقد معاوضة، فلا يصح قياس عقد من عقود التبرع عليه^(٣).
الدليل السادس: أن الهبة عقد والعقد هو الإيجاب والقبول^(٤). ونوقش: بأن الهبة عقد تبرع، ومبنى التبرع على عدم الإلزام، والقول باشتراط القبول لتصور العقد ظاهر فيما كان مبناه على الإلزام، أما ما كان من قبيل التبرع فيكفي فيه الإيجاب وحده.

(١) يُنظر: المبدع ٣٦٢/٥.

(٢) يُنظر: نهاية المحتاج ٤٠٦/٥.

(٣) يُنظر: مجلة البحوث ١٢٢/٧٣.

(٤) يُنظر: الهداية ٢٢٤/٣.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد النظر في أدلة القول بعدم اعتبار القبول في عقد الهبة يظهر اعتبار دلالتها علمًا أن المسألة لا دليل قطعي فيها بل مرجعها إلى اجتهادات الفقهاء وآرائهم وعليه لا يظهر شذوذ هذا القول الذي عليه أكثر شراح الهداية^(١).

ثانيًا: الترجيح.

الراجح _ والله تعالى أعلم _ هو القول بأن القبول لا بد منه في عقد الهبة وذلك للاعتبارات التالية:

- قوة ما استدلووا به من أدلة.
- أن الهبة وإن كانت تتم بإرادة منفردة إلا أنها إنشاء التزام لا يظهر أثره إلا بارتباطه بالقبول، فيكون القبول ركنًا أو شرطًا، لكن الأدلة قامت على عدم تقييده بلفظ أو صيغة كالإيجاب.
- أن القول بعدم القبول فيه إخراج للهبة عن مسمى العقد.

ثالثًا: ثمرة الخلاف.

تظهر ثمرة الخلاف في النقاط التالية:

- لو حلف لا يهب هذا الشيء لفلان فوهبه منه فلم يقبل فعند من لم يعتبر القبول في الهبة يحنث وعند الآخرين لا يحنث ما لم يقبل.
- جاء في المبسوط: ((وإن حلف لا يهب لفلان هبة فوهب ولم يقبل فلان أو قبل ولم يقبض فهو حانث عندنا))^(٢).
- وجاء في المجموع: ((وإن حلف لا يبيع أو لا يتزوج أو لا يهب لم يحنث إلا بالإيجاب والقبول ومن أصحابنا من قال يحنث في الهبة بالإيجاب من غير قبول، لأنه يقال وهب له ولم

(١) يُنظر: فتح القدير ٤٥٩/١٩.

(٢) المبسوط ١٠/٩.

يقبل، والصحيح هو الأول، لأن الهبة عقد تمليك فلم يحث فيه من غير إيجاب وقبول كالبيع والنكاح^(١).

وجاء في الإنصاف: «لو حلف لا يهب فأجاز: لم يحث على المذهب وعلى الثانية: يحث^(٢)».

- وإن لم يعلم الموهوب له حتى مات الواهب بطلت عند من يعتبر القبول في الهبة. جاء في بدائع الصنائع: «إذا كان الموصى له أنه لا يعتق عليه ما لم يقبل، أو يمت من غير قبول؛ لأنه لا عتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول، أو بدون عدم الرد، ووقوع اليأس عنه، ولم يوجد القبول منه، ولا وقع اليأس عن الرد ما دام حيا فلا يعتق. ولو مات الموصي، ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحساناً، والقياس: أن تبطل الوصية ويكون لورثته الخيار إن شاءوا قبلوا، وإن شاءوا ردوا (وجه) القياس الأول أن القبول أحد ركني العقد، وقد فات بالموت، فيبطل الركن الآخر كما إذا أوجب البيع، ثم مات المشتري قبل القبول، أو أوجب الهبة، ثم مات الموهوب له قبل القبول، أنه يبطل الإيجاب لما قلنا كذا هذا (وجه) القياس الثاني: أن الموصى له في حياته كان له القبول، والرد فإذا مات تقوم ورثته مقامه^(٣)».

وجاء في منح الجليل: «وإن لم يعلم حتى مات الواهب بطلت اتفاقاً إلا على رواية شاذة أن الهبة لا تفتقر إلى قبول^(٤)».

وجاء في المغني: «وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت وجهاً واحداً لأن العقد لم يتم فأشبه ما لو أوجب البيع فمات أحدهما قبل القبول من المشتري^(٥)».

- إذا لم يعلم الموهوب له حتى مات فإن الهبة تبطل عند من يعتبر القبول في الهبة، ولا تبطل عند من لم يعتبر القبول.

(١) المجموع ٩١/١٨.

(٢) الإنصاف ١٩٨/٧.

(٣) بدائع الصنائع ٣٣٢/٧.

(٤) منح الجليل ١٨٧/٨.

(٥) المغني ٣٨١/٥.

جاء في المبسوط: ((فإن كان الموهوب له غائباً، ولم يعلم بالهبة، حتى مات: جازت الهبة، وبريء مما عليه، وهذا الاستحسان))^(١).

وجاء في منح الجليل: ((وإن لم يعلم بالهبة حتى مات بطلت باتفاق إلا على هذه الرواية الشاذة))^(٢).

(١) المبسوط ٨٤/١٢.

(2) منح الجليل ١٢٧/١٧.

المسألة الثانية: صحة نحل الوالد بعض أولاده وإن كان بالكلام ولم يسلم لهم ما أعطاهم حتى مات أو مَرَضَ مَرَضَ الموت.

الفرع الأول: ويشتمل على:

أولاً: التمهيد.

هذه المسألة لها علاقة بمسألتين منفصلتين أوجز كلام العلماء فيهما على النحو التالي:

الأولى: حكم تفضيل بعض الأولاد أو تخصيص بعضهم بالهبة دون الآخرين فجمهور العلماء من الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) على استحباب التسوية وكرهية التفضيل. أما مذهب الحنابلة^(٤) وأهل الظاهر^(٥) فهو وجوب التسوية وحرمة التفضيل.

على أن هناك قول ثالث مجاوز التفضيل إذا كان ثمة سبب كاختصاص بعضهم بحاجة أو مرض أو نحو ذلك أو حرمانه لبدعته وهذا رواية عند الحنابلة^(٦) قال بها بعض متأخري الحنفية^(٧).

الثانية: حكم القبض في الهبة. فمن قائل إن العقد يثبت بمجرد الهبة، ولا تفتقر إلى قبض ثم هؤلاء منهم من يرى أن الملك تام بمجرد العقد، وهذا رأي الظاهرية^(٨)، ورواية عن الإمام أحمد في غير المكيل والموزون^(٩).

ومنهم من قال: يثبت العقد بمجرد اللفظ ولا يتم إلا بالحيازة والقبض سواء كانت مأذونا فيها أم لا. وهذا هو المشهور من مذهب المالكية^(١٠)، ويروى أنه القديم من قولي

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ١٢٧/٦.

(٢) يُنظر: الفواكه الوائي ١٥٩/٢.

(٣) يُنظر: المجموع ٣٧١/١٥.

(٤) يُنظر: المغني ٣٨٧/٥.

(٥) يُنظر: المحلى ١٨٢/٩.

(٦) يُنظر: الإنصاف ١٣٦/٧.

(٧) يُنظر: بدائع الصنائع ١٢٧/٦.

(٨) يُنظر: المحلى ١٢٦/٩.

(٩) يُنظر: الفروع ٤٨٦/٤.

(١٠) يُنظر: بداية المجتهد ٢٦٩/٢.

الشافعي^(١).

ومنهم من قال: تثبت في الهبة بمجرد العقد ولا تلزم إلا بالقبض المأذون فيه، وهذا هو المشهور من مذهب الإمام أحمد^(٢).

القول الثاني: أن القبض شرط لثبوت العقد وانتقال الملك في الهبة ثم منهم من اشترط الإذن في القبض، وهذا مذهب الشافعية^(٣)، ورواية عند الحنابلة^(٤).

ومنهم من قال: إن العقد يتم بالقبض ويثبت الملك مطلقاً في مجلس العقد وهو مذهب الحنفية^(٥).

ثانياً: تصوير المسألة.

صورة المسألة إذا وهب الأب الصحيح لابنه البالغ الرشيد هبة فلم يقبضها الابن حتى مات الأب أو مريضاً مرضاً متصلاً بالموت فهل تكون هذه الهبة للابن أم يجب أن ترد هذه الهبة وتكون من الميراث؟.

ثالثاً: تحرير محل النزاع.

اتفقوا على أنه إذا وهب الأب لابنه الصغير هبة فهو يقبض عنه ولا تحتاج إلى قبض^(٦). قال ابن المنذر: ((وأجمعوا أن الرجل إذا وهب لولده الطفل داراً بعينها أو عبدًا بعينه وقبضه له من نفسه وأشهد عليه أن الهبة تامة))^(٧).

وقد روى سعيد بن المسيب عن عثمان بن عفان أنه قال: ((من نحل ولدًا له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نخله فأعلن بها وأشهد عليها فهي جائزة وإن وليها أبوه))^(٨). وعليه فإن الهبة

(١) يُنظر: تحفة المحتاج ١٥٠/٢٦.

(٢) يُنظر: الفروع ٤٨٦/٤.

(٣) يُنظر: تحفة المحتاج ١٥٠/٢٦.

(٤) يُنظر: المغني ٢١٨/٤.

(٥) يُنظر: بدائع الصنائع ١٢٣/٦.

(٦) يُنظر: المبسوط ٦١/١٢، تحفة الفقهاء ١٦٨/٣، التلخيص ٥٥٠/٢، الحاوي ٥٣٧/٧، كشاف القناع ٣٠٢/٤.

(٧) الإجماع ١٠٨/١.

(٨) أخرجه البيهقي في كتاب الهبات باب يقبض للطفل أبوه، السنن ١٧٠/٦.

صحيحة.

واتفقوا على أنه إذا وهب الأب لابنه الكبير هبة وقبضها فإن الهبة تكون تامة^(١).
واختلفوا فيما إذا وهب الأب لابنه الكبير هبة ولم يستلمها الكبير حتى مرض الأب أو
مات على ما سيأتي بيانه.

بعد دراسة سنده تبين أن إسناده صحيح ورجاله ثقات.

(١) يُنظر: المبسوط ٦١/١٢، المدونة ١٣٠/١٥، الأم ٦٤/٤ الشرح الكبير ٢٥٨/٦.

الفرع الثاني: ويشتمل على:**أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.**

جاء في مجموع الفتاوى: ((مسألة: في رجل له أولاد ذكور وإناث فنحل البنات دون الذكور قبل وفاته فهل يبقى في ذمته شيء أم لا؟)).

الجواب: لا يحل له أن ينحل بعض أولاده دون بعض بل عليه أن يعدل بينهم كما أمر النبي ﷺ حيث قال: ((اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم))^(١).

وكان رجل قد نحل بعض أولاده وطلب أن يشهده فقال: ((إني لا أشهد على جور))^(٢)، وأمره برد ذلك فإن كان ذلك بالكلام ولم يسلم إلى البنات ما أعطاهم حتى مات أو مريض مريض الموت فهذا مردود باتفاق الأئمة وإن كان فيه خلاف شاذ وإن كان قد أقبضهم في الصحة ففي رده قولان للعلماء والله أعلم^(٣).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بصحة نحل الوالد بعض أولاده وإن كان بالكلام ولم يسلم لهم ما أعطاهم حتى مات أو مريض مريض الموت قول ابن أبي ليلى^(٤).
واستدل على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: القياس على جواز قبض الوالد عن أبناء الصغار قال ابن أبي ليلى: إذا كان الموهوب له في عياله فيده في قبض الهبة كيده كما في الصغار^(٥).

ونوقش: بأنه لا بد من نوع ولاية له؛ ليجعل قبضه بذلك كقبض الموهوب له ولا ولاية له عليهم بعد البلوغ - وإن كان يعولهم - ألا ترى أن الغني يعول بعض المساكين فينفق

(١) أخرجه البخاري في كتاب الهبة وفضلها باب الإشهاد في الهبة برقم (٢٤٤٧) .

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد برقم (٢٥٠٧) ، ومسلم في كتاب الهبات باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة برقم (٤٢٦٩) .

(٣) مجموع الفتاوى ٢٩٧/٣١ .

(٤) يُنظر: المبسوط ٥١/١٢ .

(٥) يُنظر: المبسوط ٥١/١٢ .

عليهم، ثم لو تصدق عليهم لا يتم ذلك إلا بالإعلام ما لم يسلمه إليه^(١).
 الدليل الثاني: قياساً على الوقف والوصية والعق فقد قال ابن قدامة: ((فان سوى بينهم
 في الوقف أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز نص عليه))^(٢).
 ونوقش: بأنه لا يصح القياس على الوقف والوصية والعق لأن الوقف إخراج ملك إلى
 الله تعالى فخالف التمليكات والوصية تلزم في حق الوارث والعق إسقاط حق وليس
 بتمليك^(٣).

(١) يُنظر: المبسوط ٥١/١٢.

(٢) الشرح الكبير ٢٧٤/٦.

(٣) يُنظر: المغني ٣٨٠/٥.

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلتة.

القول الثاني: أن الهبة مردودة. وهو مذهب الحنفية^(١) والمالكية^(٢) والشافعية^(٣) والحنابلة^(٤).

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: إن أبا بكر كان نخلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بنية ما من الناس أحب إلي غنى بعدي منك ولا أعز علي فقرا منك وإني كنت نخلتك من مالي جذاذ عشرين وسقاً فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك فإنما هو اليوم مال وارث وإنما هو أخوك وأختاك فاقسموه على كتاب الله عز وجل قالت: يا أبت والله لو كان كذا وكذا لتركته إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة^(٥) أراها جارية فولدت جارية^(٦).
وجه الدلالة:

جاء في الاستذكار: ((قال أبو عمر في حديث عائشة هذا أن من شرط صحة الهبة قبض الموهوب لها قبل موت الواهب قبل المرض الذي يكون منه موته))^(٧).
وكذلك فإن فيه دليل على أن الهبة لا تتم إلا بالقسمة - فيما يحتمل القسمة -؛ لأن أبا بكر رضي الله عنه أبطل لعدم القبض، والحيازة جميعاً بقوله: وإنك لم تكوني قبضتيه، ولا حزتيه، والمراد

(١) يُنظر: البحر الرائق ٢٨٨/٧.

(٢) يُنظر: الفواكه الدواني ١٥٧/٢.

(٣) يُنظر: المهذب ٤٤٧/١.

(٤) يُنظر: المغني ٣٧٩/٥.

(٥) حبيبة بنت خارجة بن زيد بن أبي زهير بن مالك، وقيل هي بنت زيد بن خارجة ويقال اسمها مليكة والصواب الأول. وهي زوجة أبي بكر الصديق. ينظر ترجمتها في: الإصابة في تمييز الصحابة [٥٧٥/٧]، الوافي بالوفيات [٨٦/٤].

(٦) الموطأ برواية محمد في كتاب البيوع باب النحلى ٢٣٠/٣.

(٧) الاستذكار ٢٢٧/٧.

بالحيازة: القسمة؛ لأنه يقال: حاز كذا، أي: جعله في حيزه بقبضه.

وحاز كذا، أي: جعله في حيزه بالقسمة.

ولو حملناه على القبض هنا كان تكراراً، وحمل اللفظ على ما يستفاد به فائدة.

الدليل الثاني: أن عمر بن الخطاب قال: ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا ثم يمسكونها قال: فإن مات ابن أحدهم قال: مالي بيدي ولم أعطه أحدًا وإن مات هو قال: هو لا يني قد كنت أعطيته إياه. من نحل نخلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل^(١).

وجه الدلالة: أن فيه دليل أنه إذا مات بعد ما تصدق على ولده قبل أن يسلمها إليه؛ فهو ميراث للورثة.

الدليل الثالث: أن الابن قبضها في مرض الأب مرض الموت أو بعد موته وفي هاتين الحالتين تكون الهبة كالوصية^(٢) وقد نقل ابن المنذر الإجماع على ذلك^(٣)، ومعلوم قول المصطفى ﷺ: ((أنه لا وصية لوارث))، قال الشافعي: ((وما ابتداء المريض هبة في مرضه لوارث أو غير وارث فدفعت إليه ما وهب له فإن كان وارثًا ولم يصح المريض حتى مات من مرضه الذي وهب فيه فالهبة مردودة كلها))^(٤).

الدليل الرابع: أنها هبة غير مقبوضة في الصحة فلم تلزم كما لو مات الواهب قبل أن يقبض^(٥).

الدليل الخامس: أن الهبة عقد جائز فتبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة^(٦).

(١) أخرجه البيهقي في كتاب الهبات باب شرط القبض في الهبة السنن ١٧٠/٦.

قال ابن حزم في المحلى (١٢٥/٩) عن هذه الرواية: ((لا شيء؛ لأن ابن وهب لم يسم من أخيره بها)).

(٢) يُنظر: تبين الحقائق ٤٣٩/١٣، المدونة ٣٢٣/١٤، الأم ١٣٨/٤، مطالب أولي النهى ٧٧/١٣.

(٣) يُنظر: الإجماع ١٠٨/١.

(٤) الأم ١٠٩/٤.

(٥) يُنظر: الشرح الكبير ٢٥١/٦.

(٦) يُنظر: المغني ٣٨٠/٥.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

بعد النظر في القول بصحة الهبة إذا وهب الأب الصحيح لابنه البالغ الرشيد هبة فلم يقبضها الابن حتى مات الأب أو مرض مرضاً متصلاً بالموت وإيراد أدلته وما أورد عليها من اعتراضات يتبين جلياً شذوذ هذا القول وذلك لأن ما عللوا به غاية في البعد عن الدلالة على هذا القول، مع مخالفة هذا القول لما ذكرنا من إجماع العلماء من أن حكم الهبة في مرض الموت حكم الوصية ولا وصية لو ارث.

ثانياً: الترجيح.

بعد ثبوت شذوذ القول بصحة الهبة من الأب المقبوضة في مرض الموت أو بعد مماته يتضح لنا أن القول المعتبر هو القول بأن هذه الهبة مردودة وباطلة.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

على القول الراجح فإن الهبة مردودة باطلة وتكون من الميراث ويحرم أخذها من الموهوب له.

جاء في الفواكه الدواني: ((فإن مات الواهب أو المتصدق أو المحبس أو المعمر بالكسر أو غيرهم من كل من صدر منه عطية قبل أن تحاز عنه تلك المذكورات على نحو ما مر سوى عطية الولي لمحجوره، فهي ميراث لبطلانها بالموت قبل تمامها بالحوز، ومثل موت الواهب أو الواقف إحاطة الديون بماله أو جنونه أو مرضه المتصل بموته))^(١).

وقال مالك: ((إنه إذا تصدق على ابن له صغير وكبير أو أجنبي، فنصيب الصغير جائز ونصيب الكبير غير جائز))^(٢).

وجاء في الفواكه الدواني: ((ثم شرع في حكم هبة الوالد جميع ماله لبعض أولاده بقوله: ويكره كراهة تنزيه للشخص في حال صحته أن يهب لبعض ولده ولو صغيراً أو مريضاً ماله

(١) الفواكه الدواني ١٥٤/٢.

(٢) المدونة ١٢٥/١٥.

كله أو جله على مشهور المذهب، وإذا وقع ذلك المكروه مضى بشرط الحيابة قبل موت أو مرض الواهب، وبشرط أن لا يمنع من ذلك باقي الأولاد في حياة والدهم مخافة مطالبتهم بنفقة وإلا ردت، ومثل الإعطاء المذكور في الكراهة قسمته عليهم بالسوية إذا كان فيهم ذكور وإناث، وأما لو كانوا ذكورا فقط أو إناثا فقط فلا كراهة، كما لا يكره قسمته بينهم على أن للذكر مثل حظ الأنثيين، وقيدنا بحال الصحة للاحتراز عن حال المرض المخوف المتصل بالموت أنها باطلة لأنها وصية لو ارث، ومثلها لو وقعت في صحته وتأخر حوزها حتى مرض مرض الموت^(١).

(١) الفواكه الدواني ١٥٩/٢.

أولاً: تصوير المسألة.

من المسائل التي وقع الخلاف فيها بين العلماء حكم الوصية ابتداءً، فهل يجب على المسلم أن يوصي بشيء من ماله أم أن ذلك مستحب له، وليس بواجب.

ثانيًا: تحرير محل النزاع.

اتفقوا على وجوب الوصية بما ثبت في ذمة الموصي من حقوق الله، كالوصية بإخراج الزكاة والكفارات، وبما عليه من حقوق للعباد، وليس عليها دليل يثبتها كالديون والوديعة ونحوها.

قال ابن عبد البر: ((وقد أجمع العلماء على أن الوصية غير واجبة على أحد، إلا أن تكون عنده وديعة، أو أمانة، فيوصي بذلك))^(١).

وقال أيضاً: ((والوصية بالذَّين فرض عند الجميع إذا لم يكن عليه بينة، فإذا لم يوص به كان عاصياً، وبعضياته ذلك يحبس عن الجنة))^(٢).

ولم يخالف القائلون بالاستحباب أن الوصية لأقارب المتوفى غير الوارثين أولى من الوصية بالعتق ونحوه.^(٣)

واختلفوا في حكم الوصية فيما عدا ذلك مما هو من أنواع القربات.

ولعل سبب الخلاف في هذه المسألة راجع إلى الخلاف في قوله تعالى: ﴿وَوَوِّدُ

﴿البقرة: ١٨٠﴾، هل هي منسوخة أم محكمة؟

القائلون بالوجوب منهم ^(٤) من قال إنها محكمة وليست منسوخة ولا مخصوصة فقالوا:

(١) التمهيد ١٤ / ٢٩٢.

(٢) التمهيد ٢٣/٢٣٨.

(۳) يُنظر: مجموع الفتاوى ۱۷۷/۲۹.

(۴) کالزهری و أبو مجلز و عطاء و داود الظاهری.

إن الوصية تجب للوالدين والأقربين مطلقاً، وارثين وغير وارثين، ومنهم^(١) من قال إنها مخصوصة بآيات المواريث أو بحديث ((لا وصية لوارث))^(٢) فتجب الوصية للوالدين والأقارب غير الوارثين.

أما القائلون بالاستحباب فيرون أن هذه الآية منسوخة، على خلاف بينهم في النسخ هل هو آيات المواريث، أم حديث: ((لا وصية لوارث)) ، أم دلالة الإجماع على ذلك، أم هو قوله تعالى: ﴿لَهُمْ فِيهَا نِكَاحٌ غَيْرُ الْمُنْكَاحِ﴾ النساء: ١٢؟.

(١) كالحسن وطاووس وابن حزم وابن جرير.

(٢) أخرجه وأبو داود في كتاب الوصايا باب لا وصية لوارث برقم (٢٨٧٠) ، والترمذي في كتاب الوصايا باب لا وصية لوارث برقم (٢١٢٠) ، والنسائي في الكبرى في كتاب الوصايا باب إبطال الوصية لوارث برقم (٦٤٦٨).

قال الترمذي في السنن (٤٣٣/٤) : ((حديث حسن صحيح)) ، وقال ابن الملقن في البدر المنير (٢٦٩/٧) : ((وبالجملة فالضعف في بعض طرقه يجبر ما فيها الصحيحة والحسنة)) ، وقال الشافعي في الرسالة (١٢٤/١) : ((ووجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنه من أهل العلم بالمغازي من قريش وغيرهم: لا يختلفون في أن النبي ﷺ قال عام الفتح: ((لا وصية لوارث ولا يقتل مؤمن بكافر)) . ويأثرونه عن حفظوا عنه ممن لقوا من أهل العلم بالمغازي)) ، وقال الشافعي في الأم (١١٤/٤) : ((ورأيت متظاهراً عند عامة من لقيت من أهل العلم بالمغازي أن رسول الله ﷺ قال في خطبته عام الفتح: ((لا وصية لوارث)))) وصححه الألباني في الإرواء (٨٧/٦) .

الفرع الثاني: ويشتمل على:

أولاً: نص من حكم عليه بالشذوذ.

قال ابن عبد البر: ((وقد أجمع العلماء على أن الوصية غير واجبة على أحد، إلا أن تكون عنده ودیعة، أو أمانة، فيوصي بذلك، وفي إجماعهم على هذا بيان لمعنى الكتاب والسنة في الوصية، وقد شذت طائفة فأوجبوا الوصية، ولا يعدون خلافاً على الجمهور))^(١).

ثانياً: تحرير الرأي المحكوم عليه بالشذوذ، ونسبته، وأدلته.

القول بوجوب الوصية مروى عن جماعة من السلف^(٢). والشافعي في القديم^(٣) ورواية عن أحمد^(٤) وابن جرير الطبري وابن حزم^(٥)، بل ذهب ابن حزم إلى ما هو أبعد من ذلك حيث أنه يرى أن الوصية واجبة الأداء، فإذا قصر المتوفى كان على ولي الأمر تنفيذ هذا الواجب فيأمر الورثة بإعطاء من وجبت لهم الوصية شيئاً من المال غير محدد بمقدار. فيقول: ((الوصية فرض على كل من ترك مالا. فمن مات ولم يوص ففرض أن يتصدق عنه بما تيسر ولا بد، لأن فرض الوصية واجب فصح أنه قد وجب أن يخرج شيء من ماله بعد الموت فإذا ذلك كذلك فقد سقط ملكه عما وجب إخراجه من ماله، ولا حد في ذلك إلا ما رآه الورثة أو الوصي مما لا إجحاف فيه على الورثة وهو قول طائفة من السلف، وقد صح به أثر عن النبي ﷺ أن رجلاً قال له: إن أُمي افتلتت نفسها، وإنها لو تكلمت تصدقت أفأصدق عنها؟ قال: ((نعم)). فهذا إيجاب الصدقة عمن لم يوص، وأمره عليه الصلاة والسلام فرض))^(٦). واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

(١) التمهيد ٢٩٢/١٤.

(٢) كالزهري وأبو مجلز ومسروق وطاووس انظر المغني ٥٥/٦، الجامع لأحكام القرآن ٢٥٩/٢.

(٣) حكى هذا القول عن الشافعي البيهقي في معرفة السنن والآثار ١٧٤/٩.

(٤) يُنظر: مجموع الفتاوى ١٧٧/٢٩.

(٥) المحلى ٣١٣/٩. وابن حزم هو: محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن، حزم عالم الأندلس زهد في رئاسة الوزراء

وتدبير الملك رغبة في العلم، من مؤلفاته: المحلى ومراتب الإجماع، توفي بقرطبة سنة ٤٥٦هـ. ينظر سير أعلام

النبلاء [١٨٤/١٨].

(٦) المحلى ٣١٢/٩.

﴿البقرة:

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿وَوُوْثُوْا فِي يَدِ

. ١٨٠

وجه الاستدلال:

١ - أن لفظ: ﴿وُوْثُوْا﴾ بمعنى: فرض وأوجب.

٢ - أن قوله: ﴿وُوْثُوْا﴾ من الألفاظ التي تدل على الوجوب.

ونوقش هذا الدليل من وجوه:

الأول: أن الوصية للوارث نسخت بآيات الموارث عند الجمهور، أو نسخت بحديث: ((لا وصية لوارث)) عند بعض العلماء، وقيل دل الإجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله. فنُسخت هذه الآية في جملة معناها وأحكامها، ومن أحكامها: الوصية للأقارب.

ويدل على ذلك ما رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين فكانت الوصية كذلك حتى نسختها آية الميراث^(١). وقد حكى ابن عبد البر الإجماع على عدم وجوب الوصية^(٢).

قال ابن عطية^(٣): ((قال ابن عمر وابن عباس وابن زيد: الآية كلها منسوخة وبقيت الوصية ندباً))^(٤).

وقال شيخ الإسلام: ((والوصية للوالدين والأقربين منسوخة بآية الموارث كما اتفق على ذلك السلف))^(٥).

ومما يدل على النسخ قوله تعالى: ﴿وُوْثُوْا﴾ فإنه فيه دلالة على النسخ من جهة أنه جعل

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا باب ما جاء في نسخ الوصية للوالدين والأقربين برقم (٢٨٦٩).

في سنده علي بن الحسين قال في التقريب (٤٠٠/٢): ((صدوق يهمل))، وبقيّة رجاله ثقات.

(٢) التمهيد ٢٩٢/١٤.

(٣) عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن عطية المحاربي، الغرناطي، أبو محمد: مفسّر، فقيه، أندلسي، عارف بالأحكام والحديث، له شعر. ولي قضاء المرية. كان يكثر الغزوات في جيوش المسلمين. من أهم مصنفاته: المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز. قيل توفي سنة ٥٤١هـ، أو ٥٤٢هـ، أو ٥٤٦هـ. ينظر ترجمته في: نفح الطيب: [٥٩٣/١] بغية الملتبس: [٣٧٦].

(٤) المحرر الوجيز ٢٣٥/١.

(٥) مجموع الفتاوى ١٩٨/١٧.

فرض التقدير إلى الموصي، ولما أنه قد يقع من الموصي إجحاف أو ميل أو قصد مضارة كما تدل عليه الآية التي بعدها، تولى الله تعالى بيان ذلك الحق ببيان مقادير الميراث على وجه يتقن به أنه الصواب، وأن فيه الحكمة البالغة، والمراعاة الكاملة لأولى الناس فيها، وحدها بمقادير لا يمكن تغييرها مراعاة للضعفاء الذين كان من عادة أهل الجاهلية تركهم أو الإجحاف في حقهم. فتحول الحكم من جهة الإيصاء الذي هو بيد الموصي إلى الميراث الذي قدره الله تعالى عدلاً ورحمة.

قال الرازي^(١): ((لما نزلت آية المواريث. . بين أن ما تقدم كان واصلاً إليهم بعتبة الموصي، فأما الآن فالله تعالى قدّر لكل ذي حق حقه، وأن عطية الله أولى من عطية الموصي))^(٢).

الثاني: أن سياق الآية في بيان الحقوق الواجبة قبل الموت، وقد بينت آيات النساء حقوق الوراثة، فتكون الآية منسوخة في حق الوراثة، ويبقى الوجوب في الحقوق الواجبة غير الميراث.

الثالث: على فرض عدم النسخ فإن هذه الآية محملة في تعيين حق الوالدين والأقربين، وآيات المواريث في النساء مفصلة، فتكون آيات المواريث تفسيراً لهذه الآية.

الرابع: قوله تعالى: ﴿فَخَصَّ الْمُتَّقِينَ﴾ ولو كانت عامة لقال المؤمنين^(٣).
الدليل الثاني: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده))^(٤).

(١) محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري الشافعي، أبو عبد الله، فخر الدين الرازي: الإمام المفسر، أوجد زمانه في المعقول والمنقول وعلوم الأوائل، وهو قرشي النسب. إمام وقته في العلوم العقلية. يُقال له ابن خطيب الري. من أهم مصنفاته: مفاتيح الغيب، ولوامع البينات في شرح أسماء الله تعالى والصفات، والمحصل. توفي سنة ٦٠٦ هـ. ينظر ترجمته في: طبقات الشافعية للأسنوي: [٢٦٠/٢] مفتاح السعادة: [٤٤٥/١].

(٢) مفاتيح الغيب ٥٢/٥.

(٣) يُنظر: الجامع لأحكام القرآن ٢٦٧/١.

(٤) أخرجه البخاري، كتاب الوصايا، باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده برقم (٢٥٨٧)، ومسلم كتاب الوصية برقم (٤٢٩١).

وجه الاستدلال:

أن الحديث دل على وجوب الوصية والمبادرة إلى فعلها يؤيد ذلك ما روي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه - راوي الحديث - أنه قال: ((ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم قال ذلك، إلا وعندي وصيتي))^(١).

ونوقش هذا الدليل من وجوه:

الأول: بأنه لو كانت واجبة لم يجعلها إلى إرادة الموصي، كما جاء في بعض روايات الحديث ((له شيء يريد أن يوصي فيه))، ولكان ذلك لازماً على كل حال.
الثاني: جاء في الحديث ((ما حق)) والحق يطلق شرعاً على ما يثبت به الحكم والحكم الثابت أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً.

قال القرطبي ((إن اقترن بالحق على أو نحوها كان ظاهراً في الوجوب، وإلا فهو على الاحتمال، وعلى هذا فلا حجة في الحديث بل إن الحديث اقترن به ما يدل على الندب وهو تفويض الوصية إلى إرادة الموصي كما جاء في بعض الروايات حيث قال: ((له شيء يريد أن يوصي فيه))^(٢).

الثالث: يدل على عدم الوجوب أن ابن عمر رضي الله عنه - راوي الحديث - لم يوص، فقد قال: ((فأما مالي فالله أعلم ما كنت أصنع فيه بالحياة، وأما رباعي فما أحب أن يشرك ولدي فيها أحد)) أما قوله رضي الله عنه ((ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله صلی الله علیه وسلم قال ذلك، إلا وعندي وصيتي))، فيحمل على الوصية الواجبة بحقوق الله والديون ونحوها، ويحمل ما تقدم من كلامه على الوصية المندوبة في وجوه الخير والقربات.

ورد ابن حزم هذا الاعتراض بقوله: ((بأن خبر أن ابن عمر أنه لم يوص باطل لأن هذا إنما روي من طريق أشهل بن حاتم^(٣) وهو ضعيف، ومن طريق ابن لهيعة^(١) وهو لا شيء

(١) أخرجه مسلم كتاب الوصية برقم (٤٢٩٤).

(٢) أخرجه مسلم كتاب الوصية برقم (٤٢٩٢).

(٣) أبو حاتم ويقال أبو عمرو أشهل بن حاتم الجمحي مولاهم البصري. سمع أبا عون عبد الله بن عون المري. قال يحيى بن معين: أشهل بن حاتم لا شيء، وقال أبو زرعة: أشهل بن حاتم ليس بقوي. توفي سنة ٢٨٠هـ. ينظر ترجمته في: الجرح والتعديل للرازي [٣٤٧/٢]، التعليل والجرح للباجي [٤١١/١].

والثابت عنه ما رواه مالك عن نافع من إيجابه الوصية وأنه لم يبت ليلته مذ سمع هذا الخبر من النبي ﷺ إلا ووصيته عنده مكتوبة^(٢).

وأجيب عن هذا الرد بما ذكر من الجمع بين الخبرين.

الرابع: بالتسليم أن الحديث للوجوب فحكمه مقصور على من عليه حق واجب.
الدليل الثالث: قال تعالى: ﴿بِذِي زُرِّيٰ بِذِي زُرِّيٰ بِذِي زُرِّيٰ بِذِي زُرِّيٰ بِذِي زُرِّيٰ﴾ النساء: ١٢. فأوجب الله الميراث في أول الآية، وأوجب الدين والوصية قبل الميراث، فالفرق بينهما مبطل بلا دليل^(٣).

ونوقش هذا الدليل: بأن الآية طلبت أداء الدين، وتنفيذ الوصية إن وجدت، فإذا كان الميت موصياً وجب تنفيذ وصيته، وليس فيها دلالة على وجوب الوصية ابتداءً.
الدليل الرابع: مرسل عبد الله بن طاوس^(٤) عن أبيه أن امرأة قالت: يا رسول الله إن أمي توفيت ولم توص أفأوصي عنها؟ فقال: ((نعم))^(٥).

(١) عبد الله بن لهيعة بن فرعان الحضرمي المصري، أبو عبد الرحمن: قاضي الديار المصرية وعالمها ومحدثها في عصره. قال سفيان الثوري: عند ابن لهيعة الأصول وعندنا الفروع. احترقت داره وكتبه سنة ١٧٠هـ. توفي بالقاهرة سنة ١٧٤هـ. ينظر ترجمته في: ميزان الاعتدال: [٦٤/٢] النجوم الزاهرة: [٧٧/٢].

(٢) المحلى ٣١٣/٩.

(٣) يُنظر: المحلى ٣٢٢/٩.

(٤) عبد الله بن طاووس بن كيسان اليماني، أبو محمد الأبنائوي. من رجال الحديث الثقات. توفي سنة ١٣٢هـ. ينظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء: [١٠٣/٦] تهذيب التهذيب: [٢٣٨/٥].

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في كتاب الوصايا باب هل يقضي الحي النذر عن الميت، السنن ١٤٧/١.

قال ابن حزم في المحلى (٣١٤/٩): ((ولا مرسل أحسن منه)).

الفرع الثالث: ويشتمل على:

أولاً: القول الثاني وأدلته.

القول الثاني: ذهب جمهور العلماء^(١) أن الوصية مستحبة ومندوب إليها لمن لا يرث الموصي وخاصة أقاربه وذوو رحمه.

واستدلوا على ذلك بالأدلة التالية:

الدليل الأول: ما رواه أبو أمامة الباهلي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: ((إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث))^(٢).

الدليل الثاني: أن النبي ﷺ مات ولم يوص ولو كانت فرضاً ما تركها، ودل على ذلك إنكار عائشة رضي الله عنها أن يكون النبي ﷺ أوصى وقالت: ((متى أوصى إليه وقد كنت مسندته إلى صدري أو قالت: حجري فدعا بالطست فلقد انخنث في حجري فما شعرت أنه قد مات فمتى أوصى إليه))^(٣).

ونوقش: بأن رسول الله ﷺ لم يوص بأنه قد تقدمت وصيته بجميع ما ترك بقوله الثابت يقينا ((إنا معشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة))^(٤) وهذه وصية صحيحة بلا شك لأنه أوصى بصدقة كل ما يترك إذا مات^(٥).

الدليل الثالث: ما ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: ((كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين، فنسخ الله تعالى من ذلك ما أحب فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وجعل للوالدين لكل واحد منهما السدس))^(٦).

الدليل الرابع: أن من أصحاب النبي ﷺ من لم ينقل عنهم وصايا، ولم ينقل نكير لذلك،

(١) يُنظر: بدائع الصنائع ٣٣٠/٧، مواهب الجليل ٣٦٤/٦، مغني المحتاج ٣٩/٣، المغني ٤٤٤/٦.

(٢) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا باب ما جاء في الوصية لوارث برقم (٢٨٧٢)، والنسائي في الكبرى كتاب الوصايا باب إبطال الوصية لوارث برقم (٦٤٦٨).

(٣) أخرجه البخاري في كتاب المغازي، باب الوصايا وقول النبي ﷺ وصية الرجل مكتوبة عنده برقم (٢٥٩٠).

(٤) أخرجه أحمد في المسند (٤٧/١٦)، والنسائي في كتاب الفرائض باب ذكر موارث الأنبياء برقم (٦٣٠٩).

(٥) يُنظر: المحلى ٣١٣/٩.

(٦) أخرجه البخاري من كتاب الوصايا باب لا وصية لوارث، برقم (٢٥٩٦).

ولو كانت واجبة لم يخلوا به، ولنقل عنهم العمل بها ظاهراً لتوافر أسباب نقله ولأنه مما تعم به البلوى^(١).

الدليل الخامس: أن الوصية عطية، والعطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الوفاة^(٢).
الدليل السادس: نقل ابن عبد البر الإجماع على أن الوصية ليست بواجبة ما لم تكن فيما وجب في ذمة الموصي من حقوق الله والعباد فقال رحمه الله تعالى: ((وقد أجمع العلماء على أن الوصية غير واجبة على أحد، إلا أن تكون عنده وديعة، أو أمانة، فيوصي بذلك، وفي إجماعهم على هذا بيان لمعنى الكتاب والسنة في الوصية، وقد شذت طائفة فأوجبوا الوصية، ولا يعدون خلافاً على الجمهور))^(٣).

ونوقش: بأنه لا يلزم من كونه واجباً عليه أن يلزم الورثة إخراجاً من ماله كالحج وسائر حقوق الله تعالى فإنها واجبة عليه ويجب عليه أن يوصي بها، ومع ذلك لا تلزم الورثة إذا لم يوص بها كما هو معلوم وكذا يقال في وصية الأقرب.
الدليل السابع: أنه لو لم يوص لقسم جميع ماله بين ورثته، فلو كانت الوصية واجبة لأخرج من ماله سهم ينوب عن الوصية.

(١) يُنظر: المغني ٤٤٤/٦

(٢) المصدر السابق

(٣) التمهيد ٢٩٢/١٤.

الفرع الرابع: ويشتمل على:**أولاً: مدى صحة الحكم على الرأي بالشذوذ.**

الخلاف في حكم الوصية خلاف في مسألة اجتهادية لا نص فيها قاطع، والقول بوجوب الوصية قول له أدلته الوجيهة المعتبرة، وعليه فلا يصح وصفه بالشذوذ بل هو قول معتبر.

ثانياً: الترجيح.

الراجح من هذين القولين هو القول باستحباب الوصية وعدم وجوبها وذلك لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة في الغالب وللإجماع المنعقد على الاستحباب.

ثالثاً: ثمرة الخلاف.

من أبرز ثمرات الخلاف في هذه المسألة هو تأثيم من لم يوص واعتبار أنه عاص لله تعالى، على اختلاف بين القائلين بالوجوب في حكم قضاء ورثته عنه بحيث يخرجون جزء من ماله وصية.