

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عَجَزُ الثُّلُثِ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجِرَةِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ

د. عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ زَاكِي السَّيِّغِ

عُضُوهُ هَيْئَةِ الشَّدْرِيْسِ بِالْمَعْهَدِ الْعَالِيِ لِلْقَضَاءِ

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام الأتمان الأكملان على المبعوث رحمة للعالمين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. أما بعد:

فإن التبرع بأنواعه المختلفة مالا أو منفعة من الخير والمعروف الذي حثَّ عليه الإسلام، ووردت فيه النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة، من ذلك قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(١)، وقوله سبحانه: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾^(٢).

فللمسلم أن يتبرع بماله في الهبة والعق والصدقات وسائر أنواع التبرعات، لأجل الحصول على الأجر والثواب له بعد موته، وهذا لا غبار عليه إذا كان الرجل في حالة الصحة.

وأما إذا كان في حالة مرض يخاف منه الموت، فقد نصَّ الفقهاء^(٣) على أنه يحجر عليه في التبرع بجزء من ماله، فلا يجوز له أن يتبرع إلا بالثلث من أمواله فما دونه، وأما ما زاد على الثلث فلا؛ وذلك رعاية لحقِّ الورثة في التركة، فإنه في هذه الحالة يكون للورثة حقُّ في المال كما قال الصديق -رضي الله عنه- في مرضه الذي مات فيه لعائشة -رضي الله عنها-: إني كنت نحلكت جداد عشرين وسقاً بالعالية، وإنك

(١) سورة المائدة، آية (٢).

(٢) سورة الحج، آية (٧٧).

(٣) كما سيأتي في أثناء البحث.

لم تكوني حزتيه ولا قبضتيه، وإنما اليوم مال الوارث^(٤). فأضاف -رضي الله عنه- المال إلى الوارث، وأبان أن هبته في المرض لوارثه غير جائزة، وذلك بحضرة الصحابة -رضي الله عنهم- من غير نكير من أحد عليه^(٥).

قال ابن تيمية -رحمه الله-: (ويملك الورثة أن يحجروا على المريض إذا اتهموه بأنه تبرع بما زاد على الثلث، مثل أن يتصدق ويهب ويحابي ولا يحسب ذلك)^(٦).

فإذا تبرع المريض في حدود ثلث المال المسموح له به شرعاً، وعجز الثلث عن الإيفاء بجميع التبرعات التي أصدرها المتبرع، فما العمل؟

فأردت من خلال هذا البحث تسليط الضوء على دراسة حالة عجز الثلث عن الوفاء بأعطيات المريض، وسميته: «عجز الثلث عن التبرعات المنجزة في مرض الموت».

أسباب اختيار الموضوع:

يمكن إجمال الأسباب التي دعنتني إلى اختيار هذا الموضوع للكتابة فيه ما يأتي:

- أهمية الموضوع؛ لتعلقه بالمرض الذي لا يسلم من التعرض له أي إنسان.
- جهل كثير من الناس بموضوع التبرعات في حالة المرض، واختلافها عن حالة الصحة.
- أن المرض المخوف معرض له كل إنسان، وقد يرغب المريض إلى التبرع في هذه الحالة فيحتاج إلى معرفة أحكامه.

وقد جاءت خطة هذا البحث مشتملة على مقدمة وتمهيد وثلاثة مباحث وخاتمة على

النحو الآتي:

(٤) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل (٧٥٢/٢)، وعبد الرزاق في المصنف

(١٦٥٠٧). قال الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٢١٥/٥): (بإسناد صحيح).

(٥) ينظر: المقدمات الممهدة (١٢٦/٣)، شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٥/٤).

(٦) ينظر: الاختيارات الفقهية (ص ١٩٢).

المقدمة: وفيها أهمية الموضوع وأسباب اختياره وخطة البحث والمنهج المتبع في البحث.

التمهيد: واشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المراد بعجز الثلث.

المطلب الثاني: المراد بالتبرعات المنجزة.

المطلب الثالث: المراد بمرض الموت.

المبحث الأول: التبرعات في المرض تكون من ثلث المال.

المبحث الثاني: عجز الثلث عن الوفاء بالتبرعات. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إذا كانت التبرعات وقعت دفعة واحدة.

المطلب الثاني: إذا كانت التبرعات وقعت على دفعات.

المبحث الثالث: تنفيذ التبرع هل هو في حياة المريض أو بعد موته؟

الخاتمة: وفيها أهم نتائج البحث.

فهرس المراجع والمصادر.

وفهرس الموضوعات.

منهج البحث: وقد سرت في هذا البحث على المنهج الآتي:

- ١- أبدأ أولاً بتصوير المسألة المراد بحثها قبل بيان حكمها ليتضح المقصود من دراستها.
- ٢- أحرر محل النزاع إذا كان بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.
- ٣- أذكر الأقوال في المسألة وأبين من قال بها من أهل العلم، مقتصرًا -في الغالب-

- على مذاهب الأئمة الأربعة.
 - ٤- أوثق الأقوال من كتب أصحاب القول الأصيلة.
 - ٥- استقصي أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وأذكر ما يرد على الأدلة من اعتراضات ومناقشات حسب الإمكان.
 - ٦- أرجح من الأقوال ما قوي دليhle.
 - ٧- أعزو الآيات إلى مواضعها في القرآن الكريم بذكر اسم السورة ورقم الآية.
 - ٨- أخرج الأحاديث والآثار من مصادرها المعتمدة مع ذكر درجة الحديث معتمداً أقوال علماء الحديث.
 - ٩- أقوم بتوثيق المعاني اللغوية من معاجم اللغة المعتمدة.
 - ١٠- أرّتب المصادر في الهوامش حسب الترتيب الزمني للمذاهب.
 - ١١- وضعت خاتمة متضمنة أهم النتائج التي وصلت إليها من خلال البحث.
 - ١٢- وضعت فهرساً للمصادر والمراجع ، وفهرساً للموضوعات في آخر البحث.
- أسأل الله تعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه الكريم، وأن يهدينا صراطه المستقيم، وأن يجنبنا الفتن ما ظهر منها وما بطن، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

التمهيد:

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المراد بعجز الثلث

أولاً: معنى العجز:

العجز في اللغة: الضعف وعدم القدرة، عجز عن الشيء يعجز عجزاً، فهو عاجزٌ، أي: ضعيف. وعجز عن الأمر: إذا قصر عنه، وأعجزني فلان: إذا عجزت عن طلبه وإدراكه. ومنه قولهم للشيخة الهرمة: عجوز، وجمعه عُجُزٌ وعجائز. وقولهم: العجز نقيض الحزم؛ من هذا؛ لأنه يضعف رأيه. ويطلق العجز أيضاً: على مؤخر الشيء، ومنه عجز بيت الشعر خلاف صدره، وجمعه أعجاز^(٧).

قال ابن فارس - رحمه الله -: (العين والجيم والزاي أصلان صحيحان، يدل أحدهما على الضعف، والآخر على مؤخر الشيء)^(٨).

وفي مفردات الراغب الأصبهاني: (العجز: أصله التأخر عن الشيء، وحصوله عند عجز الأمر: أي مؤخره، وصارت في العرف اسماً للقصور عن فعل الشيء، وهو ضد القدرة، قال تعالى: ﴿أَعَجَزْتُ أَنْ أَكُونَ﴾^(٩) ^(١٠).

ثانياً: المراد بالثلث: أي ثلث مال المريض المتبرع.

والأصل فيه حديث سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قال: قال: عادني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت:

(٧) ينظر: مقاييس اللغة (٤/٢٣٢)، لسان العرب (٥/٣٦٩).

(٨) مقاييس اللغة (٤/٢٣٢).

(٩) سورة المائدة، آية (٣١).

(١٠) المفردات في غريب القرآن (١/٣٥١).

يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجد وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: (لا). قال: قلت: أفأتصدق بشطره؟ قال (لا). قلت: فالثلث؟ قال: (الثلث والثلث كثير)^(١١). وعليه فالمراد بعجز الثلث: هو قصور ثلث مال المتبرع وعدم قدرته عن الوفاء بالتبرعات التي نجزها في مرض موته.

المطلب الثاني: المراد بالتبرعات المنجزة

أولاً: تعريف التبرعات:

التبرعات جمع تبرع، والتبرع في اللغة: معناه العطاء بغير مقابل. يقال: تبرع يتبرع تبرعاً، فهو متبرع: إذا أعطى من غير سؤال، وتفضل بما لا يجب عليه، غير طالب عوض^(١٢).

وفي الاصطلاح: هو إزالة ملكه فيما ليس بواجب بغير عوض^(١٣). وعليه يكون المعنى العام للتبرع: بذل المكلف مالاً أو منفعة لغيره في الحال أو المال، بلا عوض، بقصد البر والمعروف غالباً.

ثانياً: تعريف المنجزة:

نجز بفتح الجيم وكسرهما: انقضى وفني وذهب فهو ناجز، ونجز الحاجة وأنجزها: أي قضاها، وأتمها، ونفذها، وفي المثل: انجز حراً ما وعد، يضرب به في الوفاء بالوعد^(١٤). والتبرعات قد تكون منجزة أي منفذة في الحال، وقد تكون مؤجلة إلى ما بعد الموت.

(١١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث (ح ٢٧٤٤)، ومسلم في كتاب الوصية، باب الوصية من الثلث (ح ١٦٢٨).

(١٢) ينظر: لسان العرب (٨/٨) مادة: برع.

(١٣) هكذا عرفه صاحب المبدع (٣٠٢/٥). وينحوه في: حاشية ابن عابدين (٣٣٦/١٠)، مواهب الجليل

(٢٥٧/٦)، روضة الطالبين (١٢٦/٥).

(١٤) ينظر: القاموس المحيط (ص ٦٧٧)، لسان العرب (٤١٣/٥).

والمقصود هنا التبرعات المنجزة، وهي النافذة في الحال، غير معلقة على شرط، ولا مضافة إلى مستقبل، وهي تشتمل: العتق، والوقف، والهبة المقبوضة^(١٥)، والصدقة، والإبراء من الدين، والمحابة ببيع أو شراء^(١٦)، والعفو عن الجناية الموجبة للمال كالاعتداء على ما دون النفس^(١٧).

فهذه التبرعات والعطايا إذا كانت في المرض المخوف أخذت حكم الوصية، فلا تصح لوارث كما لا تصح لأجنبي غير وارث بزيادة عن الثلث إلا بإجازة الورثة في الحالين^(١٨)؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ)^(١٩)، وللورثة أن يعترضوا على عطيته؛ لأنه في هذه الحال قد انعقد سبب ميراثهم منه فكان لهم حق في المال^(٢٠).

(١٥) وتقييد الهبة بالقبض بناء على قول جمهور الفقهاء من أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض. خلافاً للملكية ورواية عن الإمام أحمد في أنها تلزم بمجرد القبول والإيجاب ولا يفترق ذلك إلى قبض كالبيع، ولكن القبض شرط في نفوذها وتامها. فعلى رأي الجمهور: لو وهب في الصحة وأقبض في المرض فهو من الثلث؛ اعتباراً بوقت القبض لأنه وقت لزومها، وقد وجد ذلك في المرض. ينظر: المبسوط (١٠٣/١٢)، حاشية الدسوقي (٩٧/٤)، روضة الطالبين (١١٨/٥)، المبدع (٢٩٩/٥).

(١٦) وصورة المحابة: أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة، فالزائد على قيمة المثل في الشراء والنقص في البيع محابة أي مسامحة. وعليه فإذا باع المريض وارثه وحابه بطلت تصرفاته في قدر المحابة إن لم تجز الورثة؛ لأن المحابة كالوصية وهي للوارث باطلة، وإذا حابه غير وارثه بأكثر من ثلث ماله بطلت فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة، ويكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وإمضائه؛ لأن الصفقة تبعضت في حقه، فيخير دفعا للضرر عنه. ينظر: المبسوط (٥٩/٢٩)، الحاوي الكبير (٢٩٢/٨)، مواهب الجليل (٥٩٢/٦)، المبدع (٣٠٣/٥).

(١٧) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، مواهب الجليل (٥٩٢/٦)، الشرح الصغير للدردير (٥٢٤/٤)، روضة الطالبين (١٣٠/٥)، المغني (٤٧٣/٨)، الإنصاف (١٢٢/١٧).

(١٨) وهل إجازة الورثة تقع تنفيذاً وإمضاء لعطية مورثهم، أو هي ابتداء عطية منهم؟ فيه خلاف: فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وقول عند المالكية: هي تنفيذ وإمضاء لعطية مورثهم والمشهور عند المالكية وقول للشافعية والحنابلة: هي ابتداء عطية، وعليه فيشترط لها ما يشترط للعطية من قبض ونحوه. ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، تبين المسالك (٥٥٨/٤)، الحاوي الكبير (٢٨٧/٨)، المبدع (٣٠٢/٥).

(١٩) أخرجه أحمد في المسند (٢٦٧/٥)، وأبو داود في كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث (ح ٢٨٧٠)، والترمذي في كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث (ح ٢٢٠٣) وقال: «حديث حسن صحيح»، وابن ماجه في كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث (ح ٢٧١٣).

(٢٠) ينظر: تكملة البحر الرائق (٥٠٢/٨)، مغني المحتاج (٥٠/٣)، المبدع (٢٩٩/٥).

وبناءً على ما تقدم يخرج من التبرعات المنجزة ما يأتي:

١- الوصية، فهي وإن كانت من التبرعات إلا أنها مضافة إلى ما بعد الموت، وليست منجزة الآن^(٢١).

٢- عقود المعاوضات المالية؛ كالبيع والشراء والقرض والإجارة والرهن وغير ذلك من التصرفات التي فيها تنمية لماله إذا كان ذلك بثمن المثل أو بما يتغابن الناس بمثله ولو مع وارث، فكل ذلك صحيح نافذ من رأس المال، لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة^(٢٢).

٣- تداوي المريض لا حجر عليه فيه ولو زاد على الثلث، وكذا مؤونته ومؤونة من تلزمه نفقته؛ لأن النفقة من باب القيام بالواجب وليست من باب التبرع^(٢٣).

٤- إقرار المريض بالدين، فإن كان لأجنبي غير وارث فهو صحيح نافذ دون حاجة لإجازة الورثة باتفاق^(٢٤). وإن كان لوارث ففيه خلاف، حيث أجازاه قوم ومنعه آخرون، والصواب أن ينظر: إن وجدت قرائن تدل على صدقه عمل بإقراره، وإلا فلا^(٢٥).

٥- قضاء دين بعض غرمائه، فإذا وفّت تركته بسائر الديون صحّ قضاؤه ولم يكن لسائر الغرماء الاعتراض عليه؛ لأنه تصرف من جائز التصرف في محله وليس بتبرع^(٢٦).

(٢١) ينظر: روضة الطالبين (١٣٠/٥)، المبدع (٣٠٢/٥)، كشاف القناع (١٨٠/١٠).

(٢٢) ينظر: كشف الأسرار عن أصول البزدوي (١٤٣١/٤)، الذخيرة (١٣٦/٧)، الشرح الصغير للدردير (٥٢٤/٤)، المهذب (٧٢٠/٣)، المغني (٤٨٧/٨)، الإنصاف (١٤٠/١٧).

(٢٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٣٠٧/٣)، حاشية الخرشي (٣٠٤/٥).

(٢٤) ينظر: الإجماع لابن المنذر (ص ١٠١)، فتح الباري (٤٤٢/٥).

وعند الحنفية: إن كان على المريض دين في الصحة يبدأ بدين الصحة أولاً، ويتخاص أصحاب الإقرار في المرض.

ينظر: البحر الرائق (٢٥٤/٧)، فتح الباري (٤٤٢/٥).

(٢٥) ينظر: المقدمات الممهدة (١٢٦/٣)، فتح الباري (٤٤٢/٥)، المبدع (٣٠٠/٥).

(٢٦) ينظر: المدونة (١٠٨/٤)، روضة الطالبين (١٢٦/٥)، المغني (٤٨٨/٨).

وإن لم تف تركته ببقية الديون فوجهان: أحدهما: لا يملكون الاعتراض عليه، لأنه أدّى واجباً عليه كأداء ثمن المبيع، وهو مذهب الشافعية والحنابلة^(٢٧). والثاني: يملكون الاعتراض عليه لأن حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه كال تبرع، وهذا مذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية، ووجه عند الحنابلة^(٢٨).

٦ - عتق أم الولد في مرض الموت، فإنها تعتق من رأس المال وليس من الثلث مع أنه تبرع بنجز في المرض^(٢٩).

٧ - استيلاء الأمة في مرض الموت، فهو من رأس المال وليس من الثلث، لأنه إتلاف واستمتاع، فهو من قبيل استهلاك طبيبات الأطعمة وليس تبرعاً^(٣٠).

المطلب الثالث: المراد بمرض الموت

الأمراض التي تصيب الإنسان نوعان: مرض مخوف، ومرض غير مخوف^(٣١). فالمرض غير المخوف: هو المرض الذي لا يؤدي إلى الموت غالباً كوجع ضرس وصداع يسير، وحمى يوم أو يومين، وإسهال يوم أو يومين ونحو ذلك، ويكون تصرف المريض في هذه الحالة لازماً كتصرف الصحيح، ولو مات المريض عقيب عطيته فلا يضر؛ لأن حدوث الموت بغير هذا المرض غالباً^(٣٢).

(٢٧) ينظر: روضة الطالبين (١٢٦/٥)، نهاية المحتاج (٣٤٢/٤)، المبدع (٣٠٣/٥).

(٢٨) ينظر: بدائع الصنائع (٢٢٦/٧)، المدونة (١٠٨/٤)، نهاية المحتاج (٣٤٢/٤)، المبدع (٣٠٣/٥).

(٢٩) ينظر: كفاية الطالب الرباني (٤٦٦/٣)، مغني المحتاج (٤٧/٣).

(٣٠) ينظر: روضة الطالبين (١٢٨/٥)، مغني المحتاج (٤٧/٣)، كشاف القناع (١٧٧/١٠).

(٣١) وأما المرض المميت: وهو من كان في حالة يتحقق فيها موته عاجلاً، فهذا: إن كان عقله قد اختل، فلا حكم لكلامه ولا لعطيته، وإن لم يتغير عقله صح تصرفه وتبرعه وكان تبرعه من الثلث، بدليل أن عمر رضي الله عنه خرجت حشوته لما طعن، فقبلت وصيته ولم يختلف في ذلك، وعلي رضي الله عنه بعد ضرب ابن ملجم له أوصى وأمر ونهى، فلم يحكم ببطلان قوله. ينظر: الحاوي الكبير (٣١٩/٨)، كفاية النبيه (١٨٠/١٢)، المغني (٤٩٠/٨)، المبدع (٣٠٢/٥).

(٣٢) ينظر: حاشية الخرشي (٣٠٤/٥)، المهذب (٧٢٠/٣)، كشاف القناع (١٧٢/١٠).

ويدخل في غير المخوف: الأمراض الممتدة (المزمنة)، وهي الأمراض التي تطول مدتها ولا يخاف منها الموت، مثل: المقعد والمجدوم والمسلول والمفلوج والمشلول إذا لم يلزموا الفراش لأنه لا يخاف تعجيل الموت منه وإن كان لا يبرأ منه فهو كالهرم، ويكون تبرعه من جميع ماله كالصحيح، فإذا لزم الفراش صار المرض مخوفاً^(٣٣).

والمرض المخوف: هو المرض الذي يخاف منه الموت، أي يصح نسبة الموت إليه^(٣٤). وجاء في تعريف المرض المخوف عند المالكية بأنه: (الذي يغلب بسببه الموت بحسب رأي الأطباء أو يحدث منه الموت ولو لم يحصل الموت به غالباً، أي أن المدار على كثرة الموت من المرض ولو لم يكن غالباً)^(٣٥). وبنحوه قال الشافعية^(٣٦).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -: (ليس معنى المرض المخوف الذي يغلب على القلب الموت منه؛ لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة وليس الهلاك فيه غالباً ولا مساوياً للسلامة، وإنما الغرض أن يكون سبباً صالحاً للموت يضاف إليه، ويجوز حدوثه عنده، وأقرب ما يقال: ما يكثر حصول الموت منه)^(٣٧).

وحدد فقهاء الحنفية مدة مرض الموت بسنة إذا لم يتزايد المرض، فإن كان يتزايد فهو مرض موت ولو استمر سنين كثيرة^(٣٨).

وجاء في مجلة الأحكام العدلية (مادة - ١٥٩٥) في تعريف مرض الموت بأنه: (المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالهما المعتادة ويتصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير، فإن كان يتزايد يعتبر مرض موت

(٣٣) ينظر: الهداية (١٧٣٩/٤)، حاشية الخرشى (٣٠٥/٥)، الحاوي الكبير (٣٢٠/٨)، المغني (٤٨٩/٨)، الإنصاف (١٢٦/١٧).

(٣٤) ينظر: نهاية المطلب (٣٤١/١١)، مغني المحتاج (٥١/٣)، المغني (٤٩٠/٨).

(٣٥) حاشية الدسوقي (٣٠٦/٣). وينظر: حاشية الخرشى (٣٠٤/٥).

(٣٦) ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٤١)، مغني المحتاج (٥٠/٣).

(٣٧) الاختيارات الفقهية (ص ١٩١). وينظر: كشاف القناع (١٧٣/١٠).

(٣٨) ينظر: حاشية ابن عابدين (٣٥٣/١٠).

من تاريخ اشتداده أو تغييره ولو دام أكثر من سنة^(٣٩).

ومثل الفقهاء لمرض الموت بـ: برسام وهو وجع يكون في الدماغ، وذات الجنب وهو وجع في الضلوع، ودوام إسهال؛ لأن الإنسان يهلك به بخلاف الإسهال اليسير كيوم ويومين، ورعاف دائم لا اليسير، ونحو ذلك، فهذه الأمراض ونحوها لا يؤمن معها معالجة الموت، ومن مات بسببها لا يعد مات بشيء غريب ولا نادر^(٤٠).

ومثل هذه الأمراض التي يذكر العلماء أنها مخوفة بناء على ما جرت به العادة في زمنهم، فالأمر يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، فقد يكون مخوفاً في زمن أو مكان، وقد يكون غير مخوف في غيرهما، وقد توجد أمراض أخرى غير ما ذكر العلماء، وهي مخيفة مثل السرطان والإيدز وغيرهما، فإنَّ الطبَّ الحديث عجز عن الإتيان بالعلاج المناسب لها، الذي يظهر أن تقدير خطر الموت عائد لظروف تقدم الطبِّ في كلِّ عصر. والظاهر أن المعتبر في ذلك هو ما يقرُّره أهل الطبِّ، فإنَّ قالوا: إن هذا المرض مخوف حكمنا بأنَّه مخوف، وإن قرَّروا أنَّه غير مخوف اعتبرنا قولهم؛ لأنَّ المراد في هذه المسائل إلى الأطباء، فإنَّهم أهل الخبرة بذلك والتجربة والمعرفة.

واشترط الفقهاء في من يُسأل من أهل الطبِّ أن يكون اثنان من المسلمين العدول، فلا يقبل قول طبيب كافر، ولا طبيب مسلم عدل واحد؛ لأنَّه تعلق به حقُّ آدميٍّ من المعطى والوارث، فيشترط فيه شروط الشهادة^(٤١).

وظاهر القرآن والسنة اشتراط القوة والأمانة ولو كان واحداً غير مسلم؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّكَ خَيْرٌ مِّنْ أَسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾^(٤٢)، فإنَّ كان الرجل قوياً في مهنته، يملك الخبرة والدراية بها، أميناً على خبره، ثقة فيه، قبل قوله.

(٣٩) ينظر: شرح الأتاسي (٤٠٨/٢)، الفقه الإسلامي وأدلته (٤٥٠٣/١٠).

(٤٠) ينظر: المهذب (٧٢٠/٣)، مغني المحتاج (٥١/٣)، كشف القناع (١٧٢/١٠).

(٤١) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٢/٨)، المهذب (٧٢١/٣)، المغني (٤٩٠/٨).

(٤٢) سورة القصص، آية (٢٦).

قال الشيخ العثيمين - رحمه الله -: (والصواب أنه إذا قال طبيب ماهر: إن هذا المرض مخوف قبل قوله، سواء كان مسلماً أم كافراً، وصناعة الطبَّ يبعد الغدر فيها من الكافر، فالمعتبر في هذا حذق الطبيب والثقة بقوله والأمانة ولو كان غير مسلم، والدليل على هذا أن النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أخذ بقول الكافر في الأمور المادية التي مستندها التجارب، وذلك حينما استأجر رجلاً من بني الدليل اسمه عبد الله بن أريقط ليده على الطريق في سفره في الهجرة) (٤٣).

وألقى الفقهاء بالمرض المخوف، من كانت حاله مثل المريض مرض الموت وهم:

١- من كان بين الصفيين عند التحام حرب، وكل من الطائفتين مكافئة للأخرى أو كان من المقهورة؛ لأن توقع التلف هنا كتوقع المرض أو أكثر، فوجب أن يلحق به (٤٤).

٢- راكب البحر وقت هيجانه بشدة الريح أو غيرها. وهذا على قول الجمهور خلافاً للمالكية، حيث لم يعدوا ذلك من الأمراض المخيفة (٤٥).

٣- من قُدِّم ليقتل في قصاص أو رجم، فهو كمرض مخوف وأولى؛ لظهور التلف وقربه (٤٦).

٤ - الأسير عند الكفار إذا كان من عادتهم قتل الأسارى (٤٧).

٥- الحامل التي أخذها الطلق يعني وجع الولادة؛ لأنه يخاف عليها الهلاك كالمريض وأولى، وأما قبل الطلق فغير مخوف؛ لأن الغالب من حالها السلامة. وهذا

(٤٣) الشرح المتمتع (١٠٨/١١). والحديث أخرجه البخاري في كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند

الضرورة أو إذا لم يوجد أهل الإسلام برقم (٢٢٦٢) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٤٤) ينظر: بدائع الصنائع (٢٤٤/٣)، الشرح الصغير للدردير (٥٢٣/٤)، المهذب (٧٢٢/٣)، كشف القناع

(١٠/١٧٧)، الإنصاف (١٧/١٢٧).

(٤٥) ينظر: حاشية ابن عابدين (١٠/٣٥٤)، حاشية الخرخشي (٥/٣٠٥)، المهذب (٣/٧٢١)، المغني

(٨/٤٩٢)، الإنصاف (١٧/١٢٧).

(٤٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٤/١٧٥)، حاشية الخرخشي (٥/٣٠٥)، مغني المحتاج

(٣/٥٢)، المبدع (٥/٣٠١)، الإنصاف (١٧/١٢٧).

(٤٧) ينظر: حاشية ابن عابدين (١٠/٣٥٤)، الحاوي الكبير (٨/٣٢٤)، المغني (٨/٤٩٢).

مذهب الجمهور^(٤٨). وقال المالكية ورواية عن الإمام أحمد: إذا كملت الحامل ستة أشهر ودخلت في السابع ولو بيوم، فهي في حكم المرض المخوف؛ لأنه وقت يمكن الولادة فيه^(٤٩).

تنبيهه: إذا اختلف الورثة والمتبرع عليه في المرض الذي مات منه المتبرع؛ فقال الورثة: كان المرض مخوفاً، وعليه فتكون الأعطية من ثلث المال. وقال المعطى: كان المرض غير مخوف وعليه فالأعطية من رأس المال. ينظر^(٥٠):
- إن كان مع أحدهما بيّنة دون الآخر: فتقدّم بلا خلاف^(٥١).
- وإن لم تكن هناك بيّنة، ففيه خلاف على قولين:
فعند الحنفية والحنابلة: القول قول الورثة مع اليمين^(٥٢).

لأن المعطى يدعي الاستحقاق من غير بيّنة، والوارث ينكر، والقول للمنكر مع اليمين لقول النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: (البيّنة على المدعي، واليمين على من أنكر)^(٥٣).
ولأن الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها، فكان هذا الظاهر شاهداً للورثة، فيكون القول قولهم مع اليمين أو تقوم للمدعي بيّنة أن العتق وقع في الصحة^(٥٤).
وعند الشافعية: القول قول المعطى مع يمينه دون الوارث^(٥٥).

(٤٨) ينظر: مختلف الرواية (١٩٦٠/٤)، المهذب (٧٢١/٣)، المغني (٤٩٢/٨).

(٤٩) ينظر: الشرح الصغير (٥٢٣/٤)، حاشية الخرشي (٣٠٥/٥)، الإنصاف (١٣٠/١٧).

(٥٠) لم أجد للمالكية كلاماً في المسألة..

(٥١) ينظر: تكملة البحر الرائق (٤٩٨/٨)، تحفة المحتاج (٢٩/٧)، كشاف القناع (١٨٣/١٢).

(٥٢) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٢٥٨)، كشاف القناع (١٨٣/١٢).

(٥٣) أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه (١٣٤١ ح)، وعبد الرزاق في المصنف (ح ١٥١٨٤)، والدارقطني في سننه (١٥٧/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٧٩/٨) من طريق العزرمي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

قال الترمذي: «هذا حديث في إسناده مقال». وضعف إسناده الحافظ ابن حجر في التلخيص الحبير (٣٢٤٧/٦).

(٥٤) ينظر: تكملة البحر الرائق (٤٩٨/٨)، حاشية ابن عابدين (٣٨٢/١٠).

(٥٥) ينظر: روضة الطالبين (١٢٥/٥)، نهاية المحتاج (٥٥/٦)، مغني المحتاج (٥٠/٣).

لأن الأصل عدم المخوف، وعلى الوارث البيّنة، ولا تثبت دعواه إلا بشهادة رجلين؛
لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال^(٥٦).
ولأنه مالك لما أعطي فلا ينزعه بعضه بالدعوى^(٥٧).
والراجع - والله أعلم - ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة إلى أن القول قول الورثة؛
لأن الظاهر يشهد لهم، ولأن الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها.

المبحث الأول: تبرعات المريض تكون من الثلث

صورة المسألة: للمسلم أن يتبرع في حالة الصحة بما شاء من أمواله في مجال الخير؛
كالوقف والعتق والصدقة والهبة ونحو ذلك، فإذا مرض مرضاً مخوفاً، فهل هو مثل
حالته الصحية يتبرع بما يشاء من أمواله أو يحجر عليه في التبرع ببعض ماله؟

تحرير محل النزاع:

- لا خلاف بين الفقهاء في أن التبرعات المنجزة كالعتق والهبة والوقف والصدقة
وغيرها إذا وقعت في حالة الصحة؛ فإنها تخرج من جميع المال^(٥٨).
قال في المغني: «لا نعلم في هذا خلافاً»^(٥٩).

(٥٦) ينظر: روضة الطالبين (١٢٥/٥)، تحفة المحتاج (٢٩/٧).

(٥٧) ينظر: الحاوي الكبير (٣٢٣/٨).

(٥٨) وذلك لأن الصحيح مطلق التصرف في ماله، بدليل أن النبي -صلى الله عليه وسلم- لما حث على الصدقة
أتى عمر -رضي الله عنه- بشطر ماله، وأتى أبو بكر رضي الله عنه بجميع ماله، ولم ينكر عليهما النبي صلى
الله عليه وسلم. ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، الذخيرة (١٣٦/٧)، المهذب (٧١٩/٣)، المبدع (٣٠٠/٥).

(٥٩) المغني (٤٧٤/٨). وينظر: المبدع (٣٠٠/٥).

- ولا خلاف -أيضاً- أنه إذا كانت التبرعات المنجزة من المريض مرض الموت، ثم برئ من المرض، فإنها من رأس المال، لأنه بالبرء تبين أنه لا حق لأحد في ماله^(٦٠).

- ولا خلاف -أيضاً- أن المرض إذا كان غير مخوف كرمد ووجع ضرس ونحو ذلك، فتبرعه من كل المال؛ لأن الإنسان لا يخلو من عوارض، فكان حكمه حكم الصحيح^(٦١).

- ولا خلاف -أيضاً- أن المريض إذا كان عليه دين يستغرق ماله كله أنه لا يجوز له أن يتبرع إلا بإجازة الدائنين^(٦٢).

وأما إذا كانت هذه التبرعات من المريض مرضاً مخوفاً واتصل به الموت، فقد وقع فيه خلاف بين الفقهاء.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: إن تبرعات المريض مرضاً مخوفاً تخرج من جميع أمواله، ولا فرق بينه وبين الصحيح. وهذا قول الظاهرية^(٦٣). ونقل عن جماعة من التابعين^(٦٤).

قال ابن حزم -رحمه الله-: (فعل المريض مرضاً يموت منه أو الموقوف للقتل أو الحامل أو المسافر... فكل ما أنفذوا في أموالهم من هبة، أو صدقة، أو محاباة في

(٦٠) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، الكافي لابن عبد البر (٩٦٧/٢)، روضة الطالبين (١٢٥/٥)، المغني (٤٨٩/٨)، الإنصاف (١٢٢/١٧).

(٦١) ينظر: الشرح الصغير (٥٢٤/٤)، المهذب (٧١٩/٣)، المغني (٤٨٩/٨).

(٦٢) ينظر: جامع الفصولين (١٧٧/٢)، مواهب الجليل (٥٢٨/٦)، روضة الطالبين (١١٧/٥)، الإنصاف (١٤٦/١٧)، المحلى (٤٠٠/٨).

(٦٣) ينظر: المحلى لابن حزم (٤٠٣/٨)، التمهيد لابن عبد البر (٣٠٦/١١)، الإشراف للقاضي عبد الوهاب (١٠٠٨/٢)، المقدمات الممهدة (١٢٦/٣، ١٦٨)، بداية المجتهد (٣٦٦/٢).

فرق داود الظاهري رحمه الله بين العتق وسائر التبرعات، فجعل عتق المريض ينفذ من الثلث على ما جاء في حديث عمران رضي الله عنه، وأما هباته وصدقاته وما يهديه ويعطيه وهو حي فتأخذ في ماله كله. وأما ابن حزم فذهب إلى أن جميع التبرعات بما فيها العتق تخرج من رأس مال المريض. ينظر: المحلى (٤١٠/٨)، الاستذكار لابن عبد البر (٧٧/١٩).

(٦٤) ينظر: المحلى (٤٠٩/٨)، الحاوي الكبير (٣١٩/٨).

بيع ، أو هدية ، أو إقرار ، كان كل ذلك لو ارث أو لغير وارث ، أو إقرار بوارث ، أو عتق ، أو قضاء بعض غرمائه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن ؛ فكله نافذ من رؤوس أموالهم كما قدمنا في الأصحاء الأمنين المقيمين ، لا فرق في شيء أصلاً ، ووصاياهم كوصايا الأصحاء ولا فرق) (٦٥).

القول الثاني: إن تبرعات المريض مرض الموت تخرج من ثلث أمواله فقط كالوصية . وهو قول جمهور العلماء من: الحنفية (٦٦) ، والمالكية (٦٧) ، والشافعية (٦٨) ، والحنابلة (٦٩) . وقال ابن المنذر - رحمه الله -: (وأجمعوا على أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا ، وتكون من الثلث ، إذا كانت مقبوضة) (٧٠) .

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل القائلون بعدم التفريق بين الصحيح والمريض في التبرعات بما يأتي:

١- قوله تعالى: ﴿ وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ (٧١) ، وقوله سبحانه: ﴿ وَأَنْفِقُوا مِنْ مَّا رَزَقْنَاكُمْ ﴾ (٧٢) .

وجه الدلالة: إن هاتين الآيتين وغيرهما تدلان بعمومهما على التبرع في وجوه الخير ، ولم تخص حال المرض عن حال الصحة ، بل المريض أحوج ما كان إلى ذلك (٧٣) .

ويناقش: بأن هذا العموم جاء ما يخصصه في الأحاديث كما سيأتي في أدلة الجمهور ، والعام يحمل على الخاص .

(٦٥) المحلى لابن حزم (٤٠٣/٨) .

(٦٦) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤) ، بدائع الصنائع (٣٣٢/٧) ، الاختيار (٥٦٤/٥) .

(٦٧) ينظر: الكافي (٩٦٧/٢) ، المقدمات الممهدة (١٢٦/٣) ، مواهب الجليل (٥٤٢/٨) .

(٦٨) ينظر: المهذب (٧١٩/٣) ، روضة الطالبين (١١٨/٥) ، مغني المحتاج (٤٧/٣) .

(٦٩) ينظر: المغني (٤٧٤/٨) ، المبدع (٢٩٨/٥) ، كشف القناع (١٧٤/١٠) .

(٧٠) ينظر: الإجماع (ص ١٥٥) . وينظر: التمهيد لابن عبد البر (٣٠٦/١١) ، الإفصاح (٧٢/٢) .

(٧١) سورة الحج ، آية (٧٧) .

(٧٢) سورة المنافقون ، آية (١٠) .

(٧٣) ينظر: المحلى (٤٠٣/٨) ، الحاوي الكبير (٣٢٠/٨) .

٢ - استصحاب الحال أيّ حال الإجماع ، فقد اتفقوا على جواز هبة الرجل في الصحة ، فوجب استصحاب حكم الإجماع في المرض إلا أن يدل الدليل من كتاب أو سنة على خلاف ذلك^(٧٤) .

ويناقش: بأنه قد دلّ الدليل على خلاف ذلك كما سيأتي في أدلة الجمهور .

٣ - ولأنه لما كان ما أنفق من ماله في ملاذّه وشهواته من رأس ماله ، كان ما يتقرب به من عتقه وهبته ومحاباته أولى أن تكون من رأس ماله^(٧٥) .

ونوقش: بأن ما اختصّ به المريض من مصالحه هو أحقّ به من ورثته ، وما عاد إلى غيره من هبته ومحاباته فورثته أحقّ به فلذلك أمضت نفقاته من رأس ماله لتعلّقها بمصالحه في حال حياته ، وجعلت هبته من ثلثه لتعلّقها بمصلحة غيره ، ثمّ بنفسه بعد مماته^(٧٦) .

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الجمهور على أن التبرعات في مرض الموت تكون من ثلث المال بما يأتي:

١ - حديث عمران بن حصين - رضي الله عنه - : إن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرض موته ولم يكن عنده من مال غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولاً شديداً^(٧٧) .

(٧٤) ينظر: بداية المجتهد (٢/٢٢٧) .

(٧٥) ينظر: الحاوي الكبير (٨/٣٢٠) .

(٧٦) ينظر: المرجع السابق .

(٧٧) أخرجه مسلم في كتاب الأيمان ، باب من أعتق شركاً له في عبد (ح ١٦٦٨) ، وأبو داود في كتاب العتق ، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث (ح ٣٩٥٨) ، والترمذي في كتاب الأحكام ، باب فيمن يعتق ممالিকে عند موته وليس له مال غيرهم (ح ١٣٦٤) ، والنسائي في كتاب الجنائز ، باب الصلاة على من يعييف في وصيته (ح ١٩٥٨) ، وابن ماجه في كتاب الأحكام ، باب القضاء بالقرعة (ح ٢٣٤٥) وغيرهم . وقد ورد تفسير (القول الشديد) في رواية أبي زيد الأنصاري بنحوه ، وفيه: (لو شهدته قبل أن يدفن ، لم يدفن في مقابر المسلمين) . أخرجه أبو داود في كتاب العتق ، باب فيمن يعتق ممالিকে عند موته وليس له مال غيرهم (ح ٣٩٦٠) بسند صحيح . قال الشوكاني في النيل (٢٨٨/١١) : (وفيه تغليظ شديد وذم مبالغ ، وذلك لأن الله سبحانه لم يأذن للمريض بالتصرف إلا في الثلث ، فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكم الله تعالى ومشابهاً لمن وهب غير ماله) .

وجه الاستدلال: إن النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يجز لهذا الرجل المريض من التبرع إلا بثلث ماله.

وناقشه ابن حزم فقال: (هذا خبر صحيح لا تحل مخالفته إلا أنه لا حجة فيه فيما عدا العتق؛ لأنه قياس والقياس كله باطل، ولأنه ليس في شيء من هذا الخبر أن الرجل كان مريضاً وإنما فيه «عند موته»، وقد بينا قبل أن هذا العتق للمستة الأعبد إنما كان وصية^(٧٨)).

وتعقبه القرطبي فقال: (ظاهره أنه نُجِزَ عتقهم من مرضه، وفي الرواية الأخرى أنه «أوصى بعتقهم»، وهذا اضطراب؛ لأن القضية واحدة، ويرتفع ذلك بأن بعض الرواة تجوز في لفظ (أوصى) لما نفذ عتقهم بعد موت سيدهم في ثلثه^(٧٩)).

قال ابن قدامة - رحمه الله -: (وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته، فغيره أولى^(٨٠)).

٢ - حديث سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قال: عاذني رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت، فقلت: يا رسول الله، بلغني ما ترى من الوجع وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي واحدة، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: (لا). قال: قلت: أفأتصدق بشطره؟ قال: (لا). قلت: فالثلث؟ قال: (الثلث والثلث كثير)^(٨١).

وجه الاستدلال: أن النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يجز للمريض من الصدقة إلا بقدر ثلث ماله كالوصية المجتمع عليها^(٨٢).

(٧٨) ينظر: المحلى (٤١٨/٨).

(٧٩) المفهم للقرطبي (٣٥٦/٤). وينظر: ذخيرة العقبى (٢٤٦/١٩)، نيل الأوطار (٢٨٧/١١).

(٨٠) المغني (٤٧٤/٨). وينظر: شرح معاني الآثار (٣٨١/٤)، المقدمات الممهدة (١٢٦/٣)، كفاية النبيه (١٨٠/١٢)، المبدع (٣٠٠/٥).

(٨١) تقدم تخريجه.

(٨٢) ينظر: شرح معاني الآثار (٣٨١/٤).

عَجَزُ الثُّلُثِ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجِرَةِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ

ونوقش بأن سعداً -رضي الله عنه- إنما سأل النبيّ -صلى الله عليه وسلم- عن الوصية، فلفظة (الصدقة) عند بعض الرواة معناها الوصية، ثمّ إنه ورد في رواية لمسلم عن سعد -رضي الله عنه- أن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- قال له يومئذ: (إن صدقتك من مالك صدقة، وإن نفقتك على عيالك صدقة، وإن ما تأكل امرأتك من مالك صدقة)^(٨٣). قال ابن حزم: (وهذا كلّه بإجماع منّا ومنهم، من رأس مال المريض مات أو عاش، فيثبت يقيناً ضرورياً أن صدقة المريض خارجة من رأس ماله لا من ثلثه بنصّ حكمه صلى الله عليه وسلم^(٨٤)).

٣ - حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبيّ -صلى الله عليه وسلم- قال: (إن الله تصدّق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم)^(٨٥). وجه الاستدلال: أن النبيّ -صلى الله عليه وسلم- جعل تصرف المريض في ماله من الثلث، وهو يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث^(٨٦).

ونوقش: بأنّه حديث ضعيف لا تقوم به الحجّة. وعلى فرض صحته فإنّ هذا يراد به الوصية التي لا تنفذ عند الموت، وليس في شيء من هذه الأخبار ذكر للمرض أصلاً^(٨٧).

(٨٣) أخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث (ح ١٦٢٨).

(٨٤) ينظر: المحلى (٤١٧/٨).

(٨٥) أخرجه ابن ماجه في سننه (ح ٢٧٠٩)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٨٠/٤)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٦٩/٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. وفي إسناده طلحة بن عمرو المكي وهو ضعيف. ينظر: التلخيص الحبير (٩١/٣)، مصباح الزجاجة (١٤٣/٢). وأخرجه الدارقطني في سننه (١٥٠/٤)، والطبراني في الكبير (٥٤/٢٠ ح ٩٤)، والدولابي في الكنى (٦٨/٢) من حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه. وفي إسناده: إسماعيل بن عياش، وشيخه عتبة ابن حميد الضبي، وهما ضعيفان. ينظر: التلخيص الحبير (٩١/٣). وأخرجه أحمد في المسند (٤٤١/٦)، والبزار كما في كشف الأستار (ح ١٣٨٢)، وأبو نعيم في الحلية (١٠٤/٦) من حديث أبي الدرداء رضي الله عنه. وإسناده ضعيف؛ لأن مداره على أبي بكر ابن أبي مريم، وهو ضعيف لسوء حفظه، وقد اختلط. ينظر: مجمع الزوائد (٢١٢/٤).

قال الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام (ص ١٩٤): (وكلها ضعيفة لكن قد يقوى بعضها بعضاً).

(٨٦) ينظر: المقدمات الممهدة (١٢٦/٣)، كفاية النبيه (١٨٠/١٢)، المغني (٤٧٤/٨).

(٨٧) ينظر: المحلى لابن حزم (٤١٤/٨).

وأجيب بأن حديث عمران بن الحصين -رضي الله عنه- المتقدم كافٍ في الاحتجاج، والحديث الضعيف إذا قرن بالصحيح يزداد قوة ويرتفع اعتضاداً^(٨٨).

٤- أثر عائشة -رضي الله عنها-: أن أبا بكر الصديق -رضي الله عنه- كان نحلها جاداً عشرين وسقاً من ماله بالغابة فلما حضرته الوفاة قال: (... وإنني كنت نحلتك جاداً عشرين وسقاً، فلو كنت جدديته واحتزتيه كان لك، وإنما اليوم مال وارث)^(٨٩).

فأضاف الصديق -رضي الله عنه- المال إلى الوارث، وأبان أن هبته في المرض لوارثه غير جائزة، كما لا تجوز الوصية له، وذلك بحضرة الصحابة -رضي الله عنهم- من غير نكير من أحد عليه^(٩٠).

ونوقش: بأنه ليس في الأثر هبة المريض، وإنما كان نحلها في صحته وتأخر جدادها إلى أن مات، وإنما كان وعداً بمجهول لا يدري من كم نخلة تجد العشرين وسقاً^(٩١).

٥- ولأنه لما كان مرض الموت سبب موته، كان تعلق حقِّ الورثة بمال مورثهم يثبت من حين حلول مرض الموت؛ لأن الحكم يضاف إلى أول السبب^(٩٢).

الترجيح: الراجح - والله أعلم - قول الجمهور في أن المريض مرض الموت يحجر عليه في التبرع بما زاد عن ثلث ماله رعاية لحقِّ الورثة مثل الوصية؛ لقوة الأدلة التي استندوا إليها وصراحتها، ولكون المريض قد يتهم في التبرع بماله في الوجوه المتنوعة، إضراراً بالورثة وحرماناً لهم من التركة.

(٨٨) ينظر: نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار (١٦/١٧٦).

(٨٩) تقدم تخريجه.

(٩٠) ينظر: شرح معاني الآثار (٤/٢٨٠)، المقدمات الممهדות (٣/١٢٦، ١٦٨).

(٩١) ينظر: المحلى لابن حزم (٨/٤١٧).

(٩٢) ينظر: المقدمات الممهדות (٣/١٢٦)، كفاية النبيه (١٢/١٨٠)، المغني (٨/٤٧٤).

المبحث الثاني: عجز الثلث عن التبرعات المنجزة

صورة المسألة: إذا كانت تبرعات المريض يسعها ثلث المال، فإنّها تُنفذ من الثلث في الكل من غير خلاف^(٩٣). وأما إن كان مجموعها يزيد على الثلث فحكمها مثل حكم الزائد على الثلث في الوصية، إن أجازتها الورثة نفذت جميعها من غير خلاف؛ لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة. وإن لم يجزها الورثة لم تُنفذ^(٩٤). وحيثُ اختلف الفقهاء في كيفية العمل في هذه التبرعات وكيف تقسّم؟ وسيتم تناول ذلك في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: إذا أوقع المريض التبرعات دفعة واحدة

صورة المسألة: ويكون ذلك من المريض نفسه كأن يقول لجماعة: أعتقتكم أو أبرأتكم أو وهبتكم ونحو ذلك، أو يقال له: أعتقت وأبرأت ووقفت؟ فيقول: نعم، أو يكون ذلك بوكالة منه، كأن يوكل جماعة فيوقعوا التبرعات دفعة واحدة^(٩٥). ويكون لهذه التبرعات ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن تكون هذه التبرعات المنجزة كلّها عتقًا، كأن يقول لجماعة عبيده: أعتقتكم، أو يقول: سالم وغانم وواثق أحرار، والحال أن الثلث لا يسعهم. وهذه الحالة اختلف فيها الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إنه يُقرع بينهم، فيكمل العتق كلّ في بعضهم، فيعتق من خرج اسمه

(٩٣) ينظر: تكملة البحر الرائق (٥٠٢/٨)، حاشية الدسوقي (٣٠٧/٣)، كفاية النبيه (١٨٠/١٢).

(٩٤) ينظر: تكملة البحر الرائق (٥٠٢/٨)، مغني المحتاج (٥٠/٣)، المبدع (٢٩٩/٥).

(٩٥) ينظر: كفاية النبيه (١٩١/١٢)، مغني المحتاج (٤٨/٣)، المبدع (٣٠٢/٥).

ويرقُّ الباقيين. وهذا مذهب المالكية^(٩٦)، والشافعية^(٩٧)، والحنابلة^(٩٨).

قال ابن عبد البر - رحمه الله -: (وهو قول إسحاق وأبي ثور وداود والطبري وجماعة من أهل الرأي والأثر)^(٩٩).

القول الثاني: إنه يعتق من كل واحد من العبيد ثلثه، ويستسعى كل واحد منهم في ثلثي قيمته للورثة، ولا يقرع بينهم. وهذا مذهب الحنفية^(١٠٠). ونسب هذا القول إلى ابن المسيب وشريح والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وغيرهم^(١٠١).

إلا أنه عند أبي حنيفة: حكم العبد ما دام يسعى حكم المكاتب. وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن: هو حرٌّ وثلثا قيمته دين عليه يسعى في ذلك حتى يؤديه إلى الورثة^(١٠٢).

القول الثالث: يعتق من كل واحد منهم الثلث، ويكون ما بقي منهم رقيقاً لورثة المعتق. وهو قول أصبغ وأشهب من المالكية^(١٠٣).

قال ابن رشد - رحمه الله -: (وخالف أشهب وأصبغ في العتق المبتل - يعني المنجز - في المرض فقالا: إنما القرعة في الوصية، وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر، ولا خلاف في مذهب مالك أن المدبرين في كلمة واحدة إذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظّه من الثلث)^(١٠٤).

(٩٦) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٣٠١/١١)، الكافي له (٩٦٧/٢)، المنتقى للباقي (٢٦٤/٦).

(٩٧) ينظر: الحاوي الكبير (٢٨٦/٨)، المهذب (٧٢٢/٣)، روضة الطالبين (١٣٠/٥).

(٩٨) ينظر: المغني (٤٧٦/٨)، المبدع (٣٠٣/٥)، كشف القناع (١٨٠/١٠).

(٩٩) التمهيد لابن عبد البر (٣٠١/١١).

(١٠٠) ينظر: شرح معاني الآثار (٣٨١/٤)، المبسوط (٧/٢٨)، نخب الأفكار (١٨٤/١٦).

(١٠١) ينظر: المحلى (٤٠٥/٨).

(١٠٢) ينظر: المبسوط (٧/٢٨)، التمهيد (٣٠٣/١١)، إكمال المعلم (٤٤٢/٥).

(١٠٣) ينظر: التمهيد (٣٠٢/١١)، المنتقى للباقي (٢٦٥/٦)، بداية المجتهد (٣٧٢/٢).

وقال ابن عبد البر في التمهيد (٣٠٢/١١): (لم يختلف مالك وأصحابه في الذي يوصي بعتق عبيده في مرضه ولا مال له غيرهم أنه يقرع بينهم فيعتق ثلثهم بالسهم، وكذلك لم يختلف قول مالك وجمهور أصحابه أن هذا حكم الذي يعتق عبيده في مرضه عتقاً بتلاً ولا مال له غيرهم).

(١٠٤) بداية المجتهد (٣٧٢/٢). وينظر: التمهيد لابن عبد البر (٣٠٢/١١).

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل الجمهور على إثبات القرعة بينهم بما يأتي:

١- حديث عمران بن حصين -رضي الله عنه-: أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرض موته، ولم يكن عنده من مال غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة^(١٠٥). قال النووي -رحمه الله-: (في هذا الحديث دلالة لمذهب الجمهور في إثبات القرعة في العتق ونحوه، وأنه إذا أعتق عبيداً في مرض موته أو أوصى بعتقهم ولا يخرجون من الثلث، أقرع بينهم، فيعتق ثلثهم بالقرعة)^(١٠٦).

وقال القاضي عياض -رحمه الله-: (وقد ثبت في أصول الشرع استعمال القرعة في القسمة للأموال بين الشركاء، فلا ينكر استعمالها في مثل هذا؛ لأن ههنا حقاً: حقاً للعبيد في أن يعتق منهم بالحصص؛ لأنه ليس أحدهم أولى بذلك من الآخر، وحقاً للورثة لأنهم كالشركاء مع الميت، فلهم تمييز حقوقهم واستبدادهم بملكها، فقدم ههنا حقّ الورثة؛ لأنه بالمرض تعلق لهم حقّ الحجر عليه على الجملة، فإذا فعل فيما تعلق لهم به حقّ لم يرضوه تعلق لهم الردّ، وإثبات القرعة لحقهم في المقاسمة)^(١٠٧).

ونوقش الاستدلال بالحديث من وجوه:

الوجه الأول: أن الحديث مخالف لقياس الأصول فلا يقبل، وذلك لأن القرعة تعتبر من القمار، وهو لا يجوز في الشرع^(١٠٨).

قال في فتح القدير: (هذا يخالف نصّ القرآن بتحريم الميسر فإنه من جنسه؛ لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر، والقرعة من هذا القبيل، لأنها

(١٠٥) تقدم تخريجه.

(١٠٦) شرح صحيح مسلم ١٤٠/١١. وينظر: ذخيرة العقبى (٢٤٨/١٩).

(١٠٧) إكمال المعلم (٤٤١/٥).

(١٠٨) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٣٠٤/١١)، إكمال المعلم (٤٤١/٥).

توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا، لا إن ظهر كذا... فوجب رد الرواية بهذه العلة الباطنة^(١٠٩).

وأجاب القرطبي بأنه لا حجة لهم في ترك العمل بالحديث لكونه مخالفاً للقياس؛ لأن القياس في مقابلة النص فاسد الوضع، ولو سلمنا أنه ليس بفاقد الوضع لكانا كالدليلين المتعارضين، وحينئذ يكون الأخذ بالحديث أولى، لكثرة الاحتمالات في القياس وقتلها في الحديث كما بيناه في الأصول^(١١٠).

والثاني: أن الحديث مخالف للعادة، فإن العادة قاضية بنفي أن واحداً يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا قمح ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير^(١١١).

وأجيب بما جاء في التمهيد لابن عبد البر - رحمه الله -: (قوله: «ليس له مال غيرهم») وهو لفظ محفوظ في هذا الحديث عند الجميع، والأصول كلها تشهد بأن الأمر الموجب للقرعة بينهم أنه لم يكن له مال غيرهم^(١١٢).

والثالث: أن الحديث محمول على زمن ابتداء الإسلام قبل نسخ القرعة، فإنها كانت في ابتداء الإسلام يحكم بها في أشياء، ثم نسخ ذلك، وردت الأشياء إلى المقادير المعلومة^(١١٣).

واستدل الطحاوي على نسخ القرعة بأن علياً - رضي الله عنه - قضى في زمانه - صلى الله عليه وسلم - بين ثلاثة وقعوا على امرأة باليمن بالقرعة، ثم بعد ذلك قضى بين الرجلين وقعا على امرأة بأن الولد بينهما. فلم ينكر رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

(١٠٩) فتح القدير (٤/٢٨٤).

(١١٠) ينظر: المفهم للقرطبي (٤/٣٥٧)، ذخيرة العقبى (١٩/٢٤٨).

(١١١) فتح القدير (٤/٢٨٤).

(١١٢) التمهيد لابن عبد البر (١١/٢٩٥).

(١١٣) ينظر: شرح معاني الآثار (٤/٣٨٢)، نخب الأفكار (١٦/١٨٦)، بذل المجهود (١١/٦٩٤).

وسلّم - على علي - رضي الله عنه - ما حكم به في القرعة في دعوى النفر الولد، ثم نسخ بعد، ودلّ على نسخه ما حكم به علي بعد^(١١٤).

وأجيب: بأن القرعة ثابتة بالنص والإجماع وليست منسوخة، بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَقُولُ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾^(١١٥)، وقوله سبحانه: ﴿وَإِنَّ يُوسُفَ لَمِنَ الْمُرْسَلِينَ﴾^(١١٦) إِذْ أَبَقَ إِلَى الْفُلْكِ الْمَشْحُونِ^(١١٧) فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ^(١١٨)، وبأن النبي - صلى الله عليه - كان يقرع بين نسائه أيتهن يخرج بها إذا أراد سفرًا لاستوائهن في الحقّ لهن^(١١٧)، ويأجماع العلماء على أن دورًا لو كانت بين قوم قسمت بينهم وأقرع بينهم في ذلك، وهذا طريق الشركة في الأملاك، التي تقع فيها القسمة بالقرعة على قدر القيمة؛ لأن حقّ المريض الثلث وحقّ الورثة الثلثان، فصار بمنزلة شريكين لأحدهما سهم وللآخر سهمان^(١١٨). فالقرعة في العتاق في المرض مثل ذلك.

وردّه أبو بكر الجصاص فقال: (ليس هذا من عتق العبيد في شيء؛ لأن الرضا بكفالة الواحد منهم بعينه جائز في مثله، ولا يجوز التراضي على استرقاق من حصلت له الحرية، وقد كان عتق الميت نافذًا في الجميع، فلا يجوز نقله بالقرعة عن أحد منهم إلى غيره، كما لا يجوز التراضي على نقل الحرية عمّن وقعت عليه. وما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه، وذلك لأن التراضي على ما خرجت به القرعة جائز من غير قرعة، وكذلك كان حكم كفالة مريم عليها السلام، وفي قصة ذي النون - عليه السلام - هذا خاص به)^(١١٩).

(١١٤) ينظر: شرح معاني الآثار (٣٨٢/٤)، أوجز المسالك (٥٩٣/١١).

(١١٥) سورة آل عمران، آية (٤٤).

(١١٦) سورة الصافات، الآيات (١٣٩-١٤١).

(١١٧) أخرجه البخاري في كتاب الشهادات، باب القرعة (ح ٢٥٤٢)، ومسلم في كتاب التوبة، باب في حديث

الإفك وقبول التوبة (ح ٢٧٧٠) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(١١٨) ينظر: التمهيد لابن عبد البر (٣٠٥/١١)، شرح معاني الآثار (٣٨٣/٤)، المحلى (٣٩٨/٨).

(١١٩) أحكام القرآن له (١٣/٣). وينظر: أوجز المسالك (٥٩٤/١١).

وتعقبه ابن حزم بأن الرجل الذي أعتق جميع الأعبد لم يعتق ثلث كل واحد منهم، إنما أعتقهم جملة، فلم يمكن إنفاذ ذلك ومعرفته إلا بالقرعة، وما وقع العتق قط على جميعهم، لكن على بعضهم دون بعض، فلم يكن بدّ من القرعة في تمييز ذلك^(١٢٠).

وقال ابن الهمام في فتح القدير: (ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة، بل نشبتها شرعاً لتطيب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - للسفر بنسائه، فكان الإقراع لتطيب قلوبهن. فإما أن يتعرف به الاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فلا)^(١٢١). ويناقش: بأن القرعة يلجأ إليها عند الإشكال وعدم تمييز الحقوق.

٢ - ولأن المقصود من العتق تخليص الرقبة، ولا يحصل إلا بعتق جميع الرقبة، بخلاف سائر التبرعات؛ فإن المقصود منها التملك، وذلك يحصل في بعض ما تبرع به^(١٢٢).

قال في مغني المحتاج: (والقياس أن يعتق من كل عبد مقدار ما يخصه من الثلث، ولكن الشافعي تركه للحديث، لأن القصد من الإعتاق تخليص الرقبة، ولا يحصل هذا الغرض مع بقاء رقّ بعضه)^(١٢٣).

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل الحنفية على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

١ - حديث أبي هريرة أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: (من أعتق شخصاً له في عبده فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه)^(١٢٤).

(١٢٠) ينظر: المحلى (٣٩٩/٨).

(١٢١) فتح القدير (٢٨٤/٤). وينظر: نخب الأفكار (١٩٤/١٦).

(١٢٢) ينظر: المهذب (٧٢٢/٣)، مغني المحتاج (٤٨/٣)، كشاف القناع (١٨٠/١٠).

(١٢٣) ينظر: مغني المحتاج (٤٨/٣).

(١٢٤) أخرجه البخاري في كتاب الشركة، باب تقويم الأشياء بين الشركاء (ح ٢٤٩٢)، ومسلم في كتاب العتق،

باب ذكر سعاية العبد (ح ٣/١٢٨٧).

قال الطحاوي - رحمه الله -: (إن رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قد حكم في العبد إذا كان بين اثنين فأعتقه أحدهما فإنه حرّ كله، ويضمن إن كان موسراً أو معسراً، فالعتاق متى وقع في بعض العبد انتشر في كله، فثبت بذلك أن حكم هؤلاء العبيد في المرض كذلك، وجب عليهم السعاية في ذلك للورثة) (١٢٥).

ونوقش: بأن هذا مخالف لنص الحديث، فإن فيه: (فأعتق اثنين وأرق أربعة) (١٢٦). قال ابن عبد البر - رحمه الله -: (في هذا الحديث - يعني حديث عمران بن الحصين - من الفقه إبطال السعاية ورد لقول العراقيين في ذلك؛ لأن رسول الله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يجعل على أولئك العبيد سعاية) (١٢٧).

وقال أيضاً: (في هذا الباب ضروب من الخطأ والاضطراب مع خلاف السنة في ذلك، وحكمهم بالسعاية فيه ظلم؛ لأنهم أحالوهم على سعاية لا يُدرى ما يحصل منها، وظلم للورثة إذ أجازوا عليهم في الثلث عتق الجميع بما لا يُدرى - أيضاً - أيا حصل أم لا، وظلم للعبيد لأنهم ألزموا مالا من غير جنابة) (١٢٨).

٢- ولأنهم تساوا في الاستحقاق، فقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس (١٢٩).

ونوقش: بأنهم ما استواوا قط في السبب الموجب للعتق؛ لأن ذلك السبب هو الوصية بعقبتهم، وقد وقعت في بعضهم بحقّ وجب تنفيذه، وفي بعضهم بحرام لا يحلّ تنفيذه - وهو ما زاد على الثلث - فلم يكن بدّ في تمييز ذلك بالقرعة (١٣٠).

(١٢٥) ينظر: شرح معاني الآثار (٣٨٤/٤).

(١٢٦) ينظر: المنتقى للباقي (٢٦٤/٦)، إكمال المعلم (٤٤٢/٥)، المفهم (٣٥٧/٤).

(١٢٧) ينظر: التمهيد (٣٠٦/١١).

(١٢٨) التمهيد (٣٠٤/١١). وينظر: المغني (٤٧٧/٨)، نيل الأوطار (١٨٨/١١).

(١٢٩) ينظر: المغني (٤٧٧/٨).

(١٣٠) ينظر: المحلى (٣٩٩/٨).

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: بحديث عمران السابق، ففي رواية لمسلم: إن رجلاً من الأنصار أوصى عند موته فأعتق ستة مملوكين. الحديث (١٣١).

وردّه ابن عبد البر بقوله: (هذا خلاف السنّة؛ لأن الحديث إنما ورد في رجل أعتق في مرضه ستة مملوكين لا مال له غيرهم) (١٣٢).

وقال القرطبي في المفهم: (ظاهره أنّه نجّز عتقهم من مرض موته، وفي الرواية الأخرى أنه أوصى بعتقهم، وهذا اضطراب؛ لأن القضية واحدة، ويرتفع ذلك بأن بعض الرواة تجوّز في لفظ (أوصى) لما نُفِّذ عتقهم بعد موت سيدهم في ثلثه، لأنّه قد تساوى في هذه الصورة حكم تنجيز العتق وحكم الوصية به؛ إذ كلاهما يخرج من الثلث، وإنما كان يظهر الفرق بينهما لو لم يمت، فإنّه كان يكون له الرجوع عن الوصية بالعتق دون تنجيز العتق، فإنّه إذا صحّ لزمه، إما عتق جميعهم وإما عتق ثلثهم) (١٣٣).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - قول الجمهور القاضي بإثبات القرعة بين العبيد، الذين اعتقهم المريض وليس له مالٌ غيرهم؛ لورود النص في ذلك وعدم وجود ما ينسخه، ولكون العتق يختلف عن سائر التبرعات؛ لأن له سراية، ولأن المقصود من العتق تخليص الرقبة بخلاف سائر التبرعات فإن المقصود منها التملك، وذلك يحصل في بعض التبرع.

(١٣١) أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد (ح ٥٦/١٦٦٨)، وأبو داود في كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبداً له لم يبلغهم الثلث (ح ٣٩٦١).

(١٣٢) ينظر: التمهيد (٣٠٢/١١).

(١٣٣) المفهم للقرطبي (٣٥٦/٤). وينظر: ذخيرة العقبى (٢٤٦/١٩)، أوجز المسالك (٥٨٩/١١).

الحالة الثانية: أن تكون كل التبرعات من غير العتق، كأن يوكل وكيلاً في هبة، وآخر في بيع بمحابة، وآخر في صدقة ونحو ذلك، وتصرفوا دفعة واحدة، وحينئذ يُقسّم الثلث بينهم على قدر عطاياهم. فإن كانت العطايا متفاوتة المقدار، قسّم الثلث بينهم على التفاضل، وإن كانت متساوية قسّم على التساوي كما تقسم التركة على الديون إذا ضاقت عن الوفاء. وهذا قول جمهور الفقهاء^(١٣٤).

واستدل الجمهور بأنهم تساوا في الاستحقاق، فيقسّم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس^(١٣٥).

قال ابن قدامة - رحمه الله -: (وإنما خولف هذا الأصل في العتق لحديث عمران، ولأن القصد بالعتق تكميل الأحكام، ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره)^(١٣٦).

وعند الحنفية: المحابة في المرض تقدم على سائر التبرعات المالية، وباقي التبرعات المالية مثل بعض، فلا يقدم بعضها على البعض^(١٣٧).

واحتجوا بأن المحابة حق آدمي على وجه المعاوضة، فأشبهت الدين الذي يقرب به المريض فوجب أن تقدم على سائر التبرعات كقضاء الدين^(١٣٨).

ونوقش بعدم التسليم كونها معاوضة، بل هي بمنزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث، بل كانت من رأس المال^(١٣٩).

(١٣٤) ينظر: المقدمات الممهدة (١٢١/٣)، المهذب (٧٢٢/٣)، روضة الطالبين (١٣٠/٥)، المغني (٤٧٧/٨)،

المبدع (٣٠٣/٥). قال في الإنصاف (١٣٧/١٧): بلا نزاع.

(١٣٥) ينظر: كفاية النبيه (١٩١/١٢)، مغني المحتاج (٤٩/٣)، المغني (٤٧٧/٨).

(١٣٦) المغني (٤٧٧/٨). وينظر: مغني المحتاج (٤٨/٣).

(١٣٧) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، تكملة البحر الرائق (٤٩٣/٨).

(١٣٨) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٧/٤)، الهداية (١٧٤٠/٤).

(١٣٩) ينظر: المغني (٤٧٦/٨).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - قول الجمهور في تقسيم العطية بين المتبرع عليهم على قدر حصصهم، كما يعمل في الديون إذا ضاقت عن الوفاء، وهذا بخلاف العتق لورود النص فيه بالقرعة كما تقدم، فيبقى ما عداه على الأصل.

الحالة الثالثة: أن تكون التبرعات مشتملة على عتق وغيره.

وهذه الحالة اختلف فيها الفقهاء على قولين:

القول الأول: يسوّى بين جميع التبرعات، فيقسّم الثلث بينهم بالحصص. وهذا قول الشافعية^(١٤٠)، والحنابلة^(١٤١).

واحتجوا بما روي عن عمر - رضي الله عنه - قال: إذا كانت وصية وعتاقة تحاصوا^(١٤٢). ولأنها حقوق تساوت في استحقاقها، فتساوت في تنفيذها؛ كما لو كانت من جنس واحد، وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة^(١٤٣).

القول الثاني: يقدم العتق على سائر التبرعات. وهو قول الحنفية^(١٤٤)، والمالكية^(١٤٥)، وقول عند الشافعية^(١٤٦)، ورواية عن الإمام أحمد^(١٤٧).

(١٤٠) ينظر: كفاية النبيه (١٢/١٩١)، مغني المحتاج (٣/٤٩)، بداية المحتاج (٢/٦٠٢).
(١٤١) ينظر: المغني (٨/٤٧٧)، المبدع (٥/٣٠٣). الإنصاف (١٧/١٣٧) وقال: «على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب».

(١٤٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/٢٧٧). وإسناده منقطع، لأنه من رواية مجاهد عن عمر، ولم يلقه.
ينظر: سير أعلام النبلاء (٤/٢٥٧).

(١٤٣) ينظر: كفاية النبيه (١٢/١٩١)، المغني (٨/٤٧٧)، المبدع (٥/٣٠٣).
(١٤٤) وهذا عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن. وأما عند أبي حنيفة: فيقدم العتق والمحاباة على سائر التبرعات. وسيأتي تفصيل ذلك ص ٣٣ من هذا البحث.

(١٤٥) ينظر: المقدمات الممهدة (٣/١٢١)، مواهب الجليل (٦/٥٨٨). وفي حاشية العدوي (٣/٤٦٠): (ما بثله في المرض من صدقة وعطية فمدبر الصحة مُقدّم عليهما، وأما هما (صدقة وعطية) مع المعتق في المرض والمدبر فيه، فيُقدّم ما بثّل في المرض من صدقة وعطية على ما بثّل في المرض من عتق وتديبير عند مالك وأكثر أصحابه، وعند ابن القاسم بالعكس).

(١٤٦) ينظر: كفاية النبيه (١٢/١٩١)، مغني المحتاج (٣/٤٩)، تحفة المحتاج (٧/٢٦).

(١٤٧) ينظر: المغني (٨/٤٧٧)، المبدع (٥/٣٠٣)، الإنصاف (١٧/١٣٨).

واحتجوا بما يأتي:

١ - حديث سعيد بن المسيب: مضت السنة أن نبدأ بالإعتاق في الوصية^(١٤٨). قالوا: وهذا له حكم المرفوع، وقد قال علي بن المديني: إذا قال سعيد: مضت السنة، فحسبك به^(١٤٩).

٢ - وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: يبدأ في الوصايا بالعتق^(١٥٠).

٣ - ولأن العتق أقوى؛ لأن له سراية، وحق الله تعالى وحق آدمي يتعلقان به^(١٥١).
الترجيح:

لعلَّ الراجح - والله أعلم - القول الثاني القاضي بتقديم العتق على سائر التبرعات والعطايا، لقوة أدلتهم، ولكون العتق له سراية بخلاف غيره من التبرعات.

المطلب الثاني: إذا كانت التبرعات وقعت على دفعات

صورة المسألة: إذا كانت عطايا المريض وقعت على دفعات كأن أعتق وتصدق ووقف وحابى في بيع أو شراء ونحو ذلك، وفي أوقات مختلفة، وعجز الثلث عن تحمل كل تلك التبرعات، فما العمل؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إذا عجز الثلث عن تحمل التبرعات كلها، فإنه يبدأ بالأول فالأول منها حتى يتم ثلث المال، سواء كان الأول عتقاً أم غيره، وسواء كان المتقدم والمتأخر من جنس واحد أم من جنسين مختلفين. وهذا مذهب الشافعية^(١٥٢)، والحنابلة^(١٥٣). وهو

(١٤٨) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٧/٦).

(١٤٩) ينظر: تهذيب التهذيب (٤٤١/٧).

(١٥٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٧/٦).

(١٥١) ينظر: كفاية النبيه (١٩١/١٢)، المغني (٤٧٧/٨)، المبدع (٣٠٣/٥).

(١٥٢) ينظر: المهذب (٧٢٣/٣)، روضة الطالبين (١٣٠/٥)، مغني المحتاج (٤٨/٣).

(١٥٣) ينظر: المغني (٤٧٦/٨)، المبدع (٣٠٢/٥)، كشاف القناع (١٨٠/١٠).

قول زفر من الحنفية^(١٥٤).

واستدلوا على تقديم الأول فالأول بما يأتي:

- ١- أن السابق استحق الثلث، فلم يجر إسقاطه بما بعده^(١٥٥).
- ٢- ولأن الأول أقوى، فإنه لازم لا يفتقر إلى رضا الورثة، وما بعده مما لا يخرج من الثلث يفتقر إلى رضاهم، فضُعم، والقوي مقدم على الضعيف^(١٥٦).
- ٣- ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي، فإذا كانت خارجة من الثلث لزم في حق الورثة، فلو شاركتها الثانية لمنع ذلك لزومها في حق المعطي؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى، بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه، وإنما تلزم بالموت في حال واحدة فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما، بخلاف المنجزتين^(١٥٧).

القول الثاني: تُقسّم عطايا المريض عند عجز الثلث عن تحمّلها بين الكل بالحصص كالوصايا. وهو رواية عن الإمام أحمد^(١٥٨).

واحتجوا بعموم حديث عمران بن حصين -رضي الله عنه- المتقدم^(١٥٩). ونوقش: بالفرق بين العطية والوصية، فإنّ العطية المنجزة لازمة في حق المعطي، بخلاف الوصايا فإنها غير لازمة في حقه، وإنما تلزم بالموت في حال واحدة، فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما^(١٦٠).

القول الثالث: التفصيل: إن كانت التبرعات من جنس واحد كأن تكون كلّها هبات

(١٥٤) ينظر: مختلف الرواية (١٩٥٣/٤)، المبسوط (٩/٢٨)، الاختيار (٥٦٤/٥).

(١٥٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٨٦/٨)، المهذب (٧٢٣/٣)، المبدع (٣٠٢/٥).

(١٥٦) ينظر: روضة الطالبين (١٣٠/٥)، كفاية النبيه (١٩٠/١٢)، مغني المحتاج (٤٨/٣).

(١٥٧) ينظر: المغني (٤٧٦/٨).

(١٥٨) ينظر: المبدع (٣٠٢/٥)، الإنصاف (١٣٧/١٧).

(١٥٩) ينظر: نيل الأوطار (٢٨٧/١١).

(١٦٠) ينظر: المغني (٤٧٦/٨).

أو صدقات أو محاباة أو أوقافاً ونحو ذلك فالجميع سواء، ولا فرق بين المتقدم والمتأخر، بل يقسم الثلث بينهم جميعاً. وهو مذهب الحنفية^(١٦١)، والمالكية^(١٦٢).

واستدلوا بحديث عمران بن حصين المتقدم^(١٦٣)، فإنه من جنس واحد وهو العتق، ولم ينقل أن النبي - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - استفصل هل أعتقهم دفعة واحدة أو على دفعات؟^(١٦٤) ولأنه إذا تساوى جنس التبرعات سوى بينها؛ لأنها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث، فسوي بينها كالوصية^(١٦٥).

ونوقش: بالفرق بين العطية والوصية، كما تقدم قريباً^(١٦٦).

وإن كانت التبرعات المنجزة من أجناس مختلفة كأن يكون بعضها صدقة وبعضها هبة وبعضها عتقاً، وبعضها محاباة، ونحو ذلك. فاختلوا فيها:

فعند المالكية: يقدم الأكّد فالأكّد، فمدبر الصحة يقدم على الجميع، ثمّ مدبر المرض والمعتك في المرض في درجة واحدة، ثمّ الصدقة والعطية المبتلة في المرض وهكذا^(١٦٧).

قال ابن رشد في المقدمات: (وإن ضاق الثلث عن الوصايا^(١٦٨) بدئ بالأكّد فالأكّد لا الأقدم فالأقدم... إلا أن ينصّ الموصي على تبدئة بعضها على بعض فيبدأ بالذي نصّ على تبدئته اتباعاً لوصيته وإن كان غيرها من الوصايا أكّد، ما لم يكن مما لا يجوز له الرجوع عنه كالمبتل في المرض والمدبر فيه أو في الصحة)^(١٦٩).

(١٦١) ينظر: المسبوط (٩/٢٨)، الهداية (٤/١٧٤٠)، حاشية ابن عابدين (٣٨٢/١٠).

(١٦٢) ينظر: المقدمات الممهّدات (٣/١٢١)، مواهب الجليل (٦/٥٨٨).

(١٦٣) تقدم تخريجه.

(١٦٤) ينظر: نيل الأوطار (١١/٢٨٧).

(١٦٥) ينظر: الهداية (٤/١٧٤٠)، المغني (٨/٤٧٦).

(١٦٦) ينظر: المغني (٨/٤٧٦).

(١٦٧) وهذا ليس متفقاً عليه بين المالكية، بل فيه اختلافات وتفصيلات كثيرة في المذهب. ينظر: المقدمات

الممهّدات (٣/١٢١)، مواهب الجليل (٦/٥٨٨)، كفاية الطالب الرباني (٣/٤٦٠).

(١٦٨) فعند المالكية: الوصايا وعطايا المريض تتزاحم في ثلث التركة.

(١٦٩) المقدمات الممهّدات (٣/١٢١).

وعند الحنفية: كل التبرعات مثل بعض لا فرق بين المتقدم والمتأخر، فلا يقدم البعض على البعض إلا العتق والمحاباة في المرض، فإنهما يقدمان على سائر التبرعات والوصايا^(١٧٠). قال في الهداية: (وإنما قُدِّم العتق لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه، وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، وإذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا)^(١٧١).

واختلفوا في العتق والمحاباة أيهما يقدم على الآخر إذا اجتمعا؟ فعند أبي حنيفة - رحمه الله -: إن بدأ بالمحاباة، ثمَّ العتق، قُدِّمَت المحاباة ويسعى العبد بالقيمة للورثة، وإن بدأ بالعتق، ثمَّ المحاباة سوى بينهما فيتحصَّصا^(١٧٢). وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية^(١٧٣)، وهو رواية عن الإمام أحمد^(١٧٤): يقدِّم العتق مطلقاً، سواء تقدَّم على المحاباة أو تأخَّر.

وجه القول الأول:

١ - أن المحاباة حقُّ آدميٍّ على وجه المعاوضة، فأشبهت الدين الذي يقرب به المريض، فوجب أن تقدم إذا تقدَّمت كقضاء الدين^(١٧٥).

(١٧٠) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، تكملة البحر الرائق (٤٩٣/٨).
 (١٧١) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، حاشية ابن عابدين (٣٨٢/١٠).
 (١٧٢) ينظر: مختلف الرواية (١٩٢٦/٤)، المسبوط (٩/٢٨)، الاختيار (٥٦٤/٥).
 وصورة ذلك: رجل باع في مرضه عبداً يساوي ألفين بألف ثم أعتق عبداً يساوي ألفاً ولا مال له سواهما، وضاق الثلث عنهما، فالمحاباة أولى، فيسلم العبد للمشتري بألف، ولم يبق من الثلث شيء إلا أن العتق لا يمكن رده، فيسعى العبد في قيمته للورثة. وصورة العكس: إن ابتداء بالعتق، ثم حابي، تحصَّصا في مقدار الثلث وهو الألف بينهما، فالعتق يعق نصفه مجاناً ويسعى في نصف قيمته، وصاحب المحاباة يأخذ العبد الآخر بألف وخمسائة. ينظر: العناية (٣٩٠/٩)، حاشية ابن عابدين (٣٨٢/١٠).
 (١٧٣) ينظر: المراجع السابقة. وعلى هذا القول في الصورة السابقة: يُعتق العبد مجاناً؛ لأنَّ قيمته بقدر الثلث، ويخيَّر المشتري: إن شاء نقض البيع وردَّ العبد لما لزمه من الزيادة في الثمن من غير رضاه، وإن شاء أمضى العقد وأدى كمال قيمة العبد ألفي درهم.
 (١٧٤) ينظر: المغني (٤٧٦/٨)، المبدع (٣٠٢/٥)، الإنصاف (١٣٧/١٧).
 (١٧٥) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٧/٤)، الهداية (١٧٤٠/٤)، المغني (٤٧٦/٨).

٢ - أن المحاباة إذا تقدمت ترجّحت من وجهين: السابق، وكونها معاوضة من وجه بخلاف العتق فهو تبرع محض، والمعاوضة من كل وجه مقدم على العتق باتفاق؛ لأن خروجه من كل المال، فتكون المعاوضة من وجه إذا اقترن به السابق مقدمة على العتق أيضاً^(١٧٦).

٣ - أن المحاباة أقوى سبباً من العتق؛ لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة، وبالمرض لا يلحقها الحجر عنها، فكان تبرعاً بمعناه لا بصيغته، والإعتاق تبرع محض؛ وبالمرض يلحقه الحجر عن التبرعات، فإذا وجدت المحاباة أولاً دفعت الأضعف^(١٧٧).

٤ - أن المحاباة قد تساوت مع العتق في أن كل واحد منهما لا رجوع فيه، وللمحاباة فضل مزية لوقوعها على العوض وللبداء بها بخلاف العتق، فتكون متقدمة عليه^(١٧٨).
وأما إذا بدأ بالعتق، ثمّ المحاباة فإنهما يتحاصان؛ لأن العتق له مزية البدء ووقوعه من قبل الميت من غير حقّ فسخ فيه لأحد، والمحاباة لها مزية العوض، فإنها لا يلحقها الفسخ -أيضاً- فتساويا جميعاً، ولم يكن لأحدهما مزية على صاحبه فلذلك تحاصبا^(١٧٩).
ونوقش بأن ما قيل في المحاباة من أنها معاوضة غير صحيح، بل هي بمنزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث، بل كانت من رأس المال^(١٨٠).
وجه القول الثاني:

١ - عن سعيد بن المسيب - رحمه الله - قال: مضت السنة أن نبدأ بالإعتاق في الوصية^(١٨١).

(١٧٦) ينظر: مختلف الرواية (١٩٢٦/٤).

(١٧٧) ينظر: المبسوط (٩/٢٨)، الهداية (١٧٤٠/٤)، الاختيار (٥٦٤/٥).

(١٧٨) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٨/٤).

(١٧٩) ينظر: مختلف الرواية (١٩٢٦/٤)، الهداية (١٧٤٠/٤)، الاختيار (٥٦٤/٥).

(١٨٠) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٨/٤)، المغني (٤٧٦/٨).

(١٨١) تقدم تخريجه.

٢- قول ابن عمر - رضي الله عنهما -: إذا كان في الوصايا عتق بديء به^(١٨٢).
 ٣- أن العتق أقوى؛ لأن المحاباة قد يلحقها الفسخ إذا لم يرض المشتري بزيادة الثمن، والعتق لا يلحقه الفسخ بحال، فكان العتق أولى، ولا معتبر بالتقدم في الذكر؛ لأنه لا يوجب التقديم^(١٨٣).

ونُوقش: بأن المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت ولا من جهة الورثة؛ لأن للمشتري أن يقول: أنا أزيد في الثمن إلى تمام ثلثي القيمة، فلا يكون لهم سبيل إلى فسخها، وإنما يصح فسخها من جهة المشتري لا من جهة الميت والورثة، وإنما يحتاج إلى أن يُعتبر ما يصح فسخه من جهة الميت أو الورثة، فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تأكده، فأما وقوع الفسخ من جهة الموصى له فلا اعتبار به^(١٨٤).

٤- ولأن المحاباة إما أن تكون تملك العين بغير عوض، أو إسقاطاً للعوض، فإن كان إسقاطاً فهو كالإبراء عن الدين، وإن كان تملكاً فهو كالهبة، والعتق مقدم على كل واحد منهما^(١٨٥).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - في المسألة هو القول الأول القاضي بتقديم الأول فالأول من التبرعات إذا كان المريض قد تبرع بها على دفعات؛ لأن هذا الذي يظهر من تقديمه لبعض على بعض في الذكر، ولأن العطية الأولى أقوى، فإنها إذا كانت خارجة من الثلث، فهي لازمة لا تفتقر إلى رضا الورثة، بخلاف الثانية.

(١٨٢) تقدم تخريجه.

(١٨٣) ينظر: مختلف الرواية (٤/١٩٢٦)، الهداية (٤/١٧٤٠)، الاختيار (٥/٥٦٤).

(١٨٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (٤/١٧٩).

(١٨٥) ينظر: المبسوط (٩/٢٨).

المبحث الثالث:

تنفيذ التبرع، هل هو في حياة المريض أو بعد موته؟

صورة المسألة: تنفيذ تبرعات المريض هل هو في الحال أو بعد الموت؟ وإذا كانت بعد الموت وتزاحمت مع الوصايا، فأيهما يقدم؟
لم يختلف الفقهاء في أن عطايا المريض من هبة ومحابة وعتق وصدقة ونحوها يثبت ملكها للمعطي من وقت العطية بشرطها من قبض ونحوه^(١٨٦).
ويتفرع على هذا أن نداء العطية من القبول إلى الموت تبع لها، سواء كانت الزيادة متصلة أم منفصلة، مثل ولد الشاة، وكسب العبد إذا خرج من الثلث ونحو ذلك، بخلاف الوصية فالنماء يكون للورثة^(١٨٧).

ولكن قبض المتبرع لعطيته، هل هو وقت العطية أو بعد موت المعطي؟
ذهب جمهور العلماء إلى أن الثلث الذي تخرج منه عطية المريض ينفذ عند الموت لا عند العطية، فلا يتصرف المعطي في العطية إلا بتأمين الورثة، وهو وقت الموت^(١٨٨).
وجاء في كشاف القناع: (وينفذ العتق في مرض الموت في الحال ويُعتبر خروجه أيّ العتيق من الثلث بعد الموت لا حين العتق، فلو أعتق في مرضه المخوف أمة تخرج من الثلث حال العتق لم يجز أن يتزوجها لاحتمال ألا تخرج من الثلث عند الموت فلا تعتق كلها إلا أن يصح المريض من مرضه فيصح تزوجها لنفوذ العتق قطعاً. وإن وهب المريض أمة حُرِّم على المتَّهَب وطؤها حتى يبرأ الواهب أو يموت فيتبين أنها خرجت من الثلث)^(١٨٩).

(١٨٦) ينظر: حاشية الدسوقي (٣٠٧/٣)، تحفة المحتاج (٢٦/٧)، المبدع (٣٠٧/٥).

(١٨٧) ينظر: المبدع (٣٠٧/٥)، الروض المربع (٥٣٤/٧).

(١٨٨) ينظر: الهداية (٤/١٧٤٠)، حاشية الدسوقي (٣٠٧/٣)، مغني المحتاج (٤٩/٣)، المغني (٤٧٥/٨)،

الإنصاف (١٤٦/١٧).

(١٨٩) كشاف القناع (١٧٦/١٢).

وعلّلوا ذلك من وجوه عدّة:

أحدها: إنه لا يُعلم هل هو مرض الموت أو لا؟ فإذا مات منه تبيّن أن المرض مرض موت، وأن الأعطيات تكون من الثلث^(١٩٠).

والثاني: إن الثلث قد يزيد وينقص، وقد يتلف كلّه ولا يبقى إلا هذه العطية، فتتوقف حتّى نعلم عاقبة أمره لنعمل به^(١٩١).

والثالث: إنه قد يكون على الميت دين يستغرق ماله كلّه، وحينئذ لا حظّ للمعطي؛ لما جاء عن علي - رضي الله عنه - أن النبيّ - صلى الله عليه وسلم - قضى بالدين قبل الوصية^(١٩٢)،^(١٩٣). وفرّق المالكية بين المال المأمون وغير المأمون فقالوا: إذا تبرع المريض بشيء من ماله بأن أعتق أو تصدق أو وقف ونحو ذلك، ينظر: إذا كان المال المتبرع به مأموناً لا يخشى تغييره، وهو العقار كدار وأرض وشجر ونحو ذلك، فينفذ ما حمّله ثلثه في الحال ويوقف منه ما زاد، فإن صحّ المريض نفذ الجميع، وإن مات لم يمس غير ما نفذ، وللموهوب له أو المتصدق عليه قبض ما وهب له أو تصدق به عليه في مرض الواهب أو المتصدق قبل موته. وأما إذا كان المال غير مأمون كالحيوان والعروض فلا ينفذ، بل يوقف حتّى يظهر حاله من موت أو صحة، فإن مات يقوّم ويخرج كل تبرعه من ثلثه إن وسعه وإلا يخرج ما وسعه الثلث فقط، وإن صحّ مضى جميع تبرعه وليس له رجوع فيما زاد على الثلث^(١٩٤).

(١٩٠) ينظر: المبدع (٣٠٦/٥)، كشاف القناع (١٨٥/١٢).

(١٩١) ينظر: المرجعان السابقان.

(١٩٢) أخرجه الترمذي في كتاب الوصايا، باب ما جاء بيداً بالدين قبل الوصية (ح ٢٠٩٤)، وابن ماجه في كتاب الوصايا، باب الدين قبل الوصية (ح ٢٧١٥)، وأحمد في المسند (٧٩/١). قال الحافظ ابن حجر في الفتح (٤٤٤/٥): «إسناده ضعيف، ولكن العمل عليه كما قال الترمذي». وحسنه الألباني في إرواء الغليل (ح ١٦٦٧).

(١٩٣) ينظر: كفاية النبيه (١٩٧/١٢)، المغني (٤٩٥/٨)، الإنصاف (١٤٦/١٧).

(١٩٤) ينظر: المقدمات المهمّات (١٢٦/٣)، الكافي لابن عبد البر (١٠٠٣/٢)، مواهب الجليل (٢٥٧/٦)،

(٥٤٥)، حاشية الخرخشي (٣٠٦/٥)، الشرح الصغير (٥٢٥/٤).

وعليه إذا تزاومت التبرعات المنجزة في المرض والوصايا فمن يقدم؟
ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا اجتمعت العطايا والوصايا وضاق الثلث عنها
ولم تجز الورثة جميعهما، فتقدم حينئذ العطية المنجزة على الوصية مطلقاً^(١٩٥).

وعلّلوا ذلك من وجوه:

أحدها: إنها أسبق فتقدم^(١٩٦).

والثاني: إن العطية التي ينجزها المريض ويتممها بالقبض تصير لازمة في حقه لا
يتمكن من الرجوع عنها، بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها؛ لأن التبرع بها مشروط
بالموت، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع، فهي كالهبة قبل القبول، فتقدم عليها^(١٩٧).

وذهب الحنفية إلى أنه يقدم العتق في المرض والمحابة فيه على الوصايا مطلقاً، وباقي
العطايا من هبات وصدقات ونحوها تتحاص في الثلث مع الوصايا^(١٩٨).

قال صاحب الهداية: (وإنما قدّم العتق لأنه أقوى، فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي
وغيره يلحقه، وكذلك المحابة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي، وإذا تقدم ذلك فما بقي من
الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا، ولا يقدم البعض على البعض)^(١٩٩).
وقال أيضاً: (ومن أعتق في مرضه عبداً أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز،
وهو معتبر من الثلث، ويضرب به مع أصحاب الوصايا)^(٢٠٠).

(١٩٥) ينظر: الحاوي الكبير (٢٩١/٨)، روضة الطالبين (١٣١/٥)، مغني المحتاج (٤٩/٣)، المغني (٤٧٦/٨)،
كشف القناع (١٨٢/١٠)، الإنصاف (١٤٨/١٧).

(١٩٦) ينظر: الحاوي الكبير (٢٩١/٨)، المبدع (٣٠٢/٥).

(١٩٧) ينظر: نهاية المطلب (٣٢٧/١١)، روضة الطالبين (١٣١/٥)، تحفة المحتاج (٢٦/٧)، المغني (٤٧٥/٨)،
كشف القناع (١٨٤/١٠).

(١٩٨) على الخلاف المتقدم بين أبي حنيفة وصاحبيه: أيهما يقدم العتق أو المحابة إذا اجتمعا؟ ينظر: (ص
٣٣) من هذا البحث. وينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٦/٤)، الهداية (١٧٤٠/٤)، تكملة
البحر الرائق (٤٩٣/٨).

(١٩٩) ينظر: الهداية (١٧٤٠/٤)، حاشية ابن عابدين (٣٨٢/١٠).

(٢٠٠) الهداية (١٧٤٠/٤).

وعلق عليه ابن عابدين فقال: (المراد من ضربهم بالثلث مع أصحاب الوصايا أنهم يستحقون الثلث لا غير، وليس المراد أنهم يساؤون أصحاب الوصايا في الثلث ويحاصصونهم لأن العتق المنفذ في المرض مقدم على الوصية بالمال في الثلث)^(٢٠١). واحتجوا على ما ذهبوا إليه بما يأتي:

- ١ - حديث سعيد بن المسيب: مضت السنة أن نبداً بالإعتاق في الوصية^(٢٠٢).
 - ٢ - قول ابن عمر - رضي الله عنهما -: إذا كان في الوصايا عتق بدئ به^(٢٠٣).
 - ٣ - ولأن العتق لا يلحقه الفسخ وسائر الوصايا يلحقها الفسخ؛ صار العتق أكد منها، ومتى اجتمع أمران لا يمكن إجازتهما جميعاً وأحدهما يفسخ والآخر لا يفسخ، فالذي لا يفسخ أولى بالثبات وما يفسخ أولى بالبطلان^(٢٠٤).
 - ٤ - ولأن العتق يتعلق به حق الله تعالى، ويسري وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه^(٢٠٥).
 - ٥ - ولأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة، فأشبهت الدين الذي يقر به المريض، فوجب أن تقدم إذا تقدمت كقضاء الدين^(٢٠٦).
- وذهب المالكية إلى أن تبرعات المريض ووصاياه تخرج من الثلث، ويقدم عند الضيق الأكد فالأكد^(٢٠٧).

قال في مواهب الجليل: (وإنما الاختلاف المعلوم في الصدقة المبتلة في المرض والوصية هل يتحاصن أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنه إن صح لزمته؟... والحاصل

(٢٠١) حاشية ابن عابدين (٣٨١/١٠).

(٢٠٢) تقدم تخريجه.

(٢٠٣) تقدم تخريجه.

(٢٠٤) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٦/٤).

(٢٠٥) ينظر: المغني (٤٧٦/٨).

(٢٠٦) ينظر: شرح مختصر الطحاوي للجصاص (١٧٧/٤)، الهداية (١٧٤٠/٤).

(٢٠٧) على اختلاف بينهم في تحديد الأكد. ينظر: المقدمات الممهدة (١٢١/٣)، مواهب الجليل (٥٨٨/٦)،

كفاية الطالب الرباني (٤٦٠/٣)، حاشية العدوي (٤٦٠/٣).

أن الصدقة المبتلة ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن مالك وعن أكثر أصحابه، وهل يقدمان على الموصى بعته؟ اختار ابن القاسم تبديئة الموصى بعته^(٢٠٨).

وفي المقدمات لابن رشد: (وإن ضاق الثلث عن الوصايا بُدئ بالأكّد فالأكّد لا الأقدم فالأقدم... إلا أن ينصّ الموصي على تبديئة بعضها على بعض فيبدأ بالذي نصّ على تبديئته اتباعاً لوصيته، وإن كان غيرها من الوصايا أكّد، ما لم يكن مما لا يجوز له الرجوع عنه كالمبتل في المرض والمدبر فيه أو في الصحة)^(٢٠٩).

الترجيح:

والراجح - والله أعلم - ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من تقديم العطية في مرض الموت على الوصية مُطلقاً إذا كان الثلث لا يسع كل التبرعات؛ وذلك لأن العطية لازمة في حق المعطي لا يتمكن من الرجوع عنها، بخلاف الوصية فإنه يملك الرجوع فيها.

(٢٠٨) مواهب الجليل (٦/٥٩١-٥٩٢).

(٢٠٩) المقدمات الممهّدات (٣/١٢١).

الخاتمة:

- يمكن تلخيص أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث إلى ما يأتي:
- استحباب التبرع بالمال في وجوه الخير ابتغاء الأجر والثوبة.
 - تبرعات المريض مرض الموت حكمها حكم الوصية، فلا تصح لو ارث، ولا تصح لأجنبي غير وارث بأكثر من الثلث إلا بإجازة الورثة.
 - لا حرج على المريض في التصرف في أمواله بالبيع والشراء وغير ذلك من أنواع المعاملات وكذا الإقرار بالديون وقضاء ديون الغرماء ونحو ذلك، لأنها ليست تبرعات.
 - مرض الموت أو المرض المخوف هو الذي يخاف منه الموت، وهو ما يكثر حصول الموت منه ولو لم يكن غالباً.
 - المرجع في معرفة المرض المخوف من غيره هم أهل الطب.
 - يلحق بالمرض المخوف من كانت حاله مثل حال المريض مرض الموت كمن قُدِّم لقصاص أو رجم، وراكب البحر وقت هيجانه، والحامل وقت الطلق، ونحو ذلك.
 - التبرعات المنجزة في المرض المخوف كالعتق والهبة والوقف والصدقة ونحو ذلك تكون من الثلث كالوصايا، رعاية لحق الورثة في التركة.
 - المريض إذا كان عليه دين يستغرق ماله كله؛ لا يجوز له أن يتبرع إلا بإجازة الدائنين.
 - إذا كان ثلث مال المريض يسع تبرعاته؛ فإنها تنفذ كلها من غير إذن الورثة.
 - العطايا المنجزة في المرض المخوف إذا عجز الثلث عن الوفاء بها وكانت دفعة واحدة؛ فإنها تقسم بين المتبرع عليهم بالمحاصصة على قدر عطاياهم إذا لم يكن فيها عتق.

- العطايا في المرض إذا كانت عتقاً وليس للمعطي مال غيرهم وعجز الثلث عن الوفاء بها، فإنه يقرع بينهم، فيعتق من خرج اسمه ويرقّ الباقيون.
- ثبوت القرعة شرعاً فيمن أعتق عبيداً تبرعاً في مرض موته وليس له مال غيرهم.
- التبرعات في المرض إذا كانت على دفعات وعجز الثلث عن الوفاء بجميعها؛ فإنه يبدأ بالأول فالأول، سواء اتحد الجنس أم اختلف، وسواء كان فيها عتق أم لا.
- تنفيذ عطايا المريض مرض الموت تقع بعد موت المعطي، أما ملكها فمن وقت إنجاز العطية.
- عطية المريض تقدم على وصيته مطلقاً.