المملكة العربية السعودية
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
قسم الدراسات العليا
شعبة الفقه

٤ر١٦٢
ك م

المرض مرض الموت

وأحكام تبرعاته وإقراره في الفقه الإسلامي

الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
عمادة شؤون المكتبات - قسم المخطوطات
رقم التسجيل العام ١٦٨
الخاص
التاريخ / / ١٤هـ

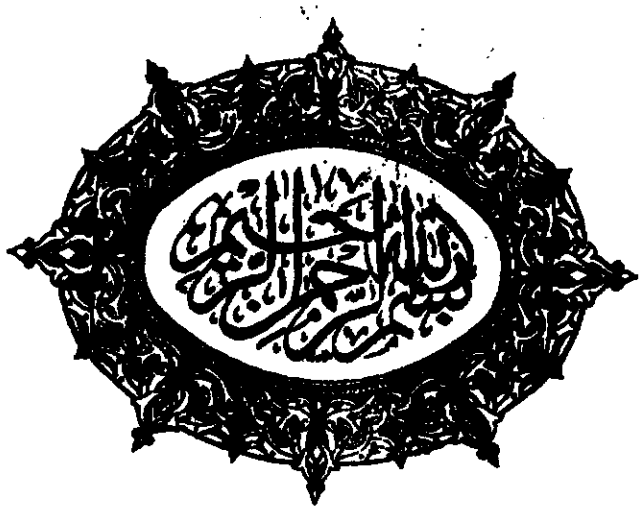
إعداد
آدم سنكري

لنيل الشهادة العالمية - الماجستير

إشراف

فضيلة الشيخ عطية محمد سالم

١٤٠٣ - ١٤٠٤ للهجرة


بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

المقدمـــــــة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على رسوله الأمـــين المبعوث رحمة للعالمين ، محمـــد صلى الله عليه وسلم ، وعلى آلـــــه وأصحابه أجمعين ، ومن تبعهم باحسان الى يوم الديـــن .

أمـــا بعـــــد :

فقد أرسل الله سبحانه وتعالى خاتم رسله عليهم الصلاة والسلام بشريعتـــــه الخاتمـة ، الشريعة الاسلامية الشاملة لمصالح العباد في عباداتهـــــم ومعاملاتهم ، الى أن يرث الله الأرض ومن عليهـــا .

فروعيت في أحكامها صيانة الحقوق وحفظها مـــن أن تمـــس بغير حق ، وحظيت حقوق الانسان المستخلف في الأرض بنصيب وافر مـن تلك الرعاية والعناية بصفة عامة ، وحقوقه المالية بصفة خاصة .

فحفظت للفرد وللجماعة حق التملك ، وحق التصرف فيما ملكـــه كل منهما ، بشرط أن لا يعود ذلك عليه ولا على غيره بضـــرر .

وتحقيقا لتلك الغاية الأسمى ، منعت أنواعا من المعاملات المالية ، لما فيها من مساس حقوق الآخرين بغير حق ، كالتعامل بالربـــــا (١) والنجـــش (٢) ، والتدليـــس (٣) ونحوها ، وحجرت على أفراد من الناس فـــي

---

(١) الربا : الفضل والزيادة . انظر : المصباح المنير ١/٢١٧ .

(٢) النجش : اسم مصدر ، وهو أن يزيد رجل في سلعة أكثر من ثمنها ، وليس قصده أن يشتريها ، بل ليَغُـــرَّ غيره فيوقعه فيه .
انظر : المصباح المنير ٢/٥٩٤ .

(٣) التدليس : كتم عيب السلعة على المشترى .
انظر : المصباح المنير ١/١٩٨ .

التصرفات الطلية ، اما لكون تصرفاتهم تعود على أنفسهم بالضرر ، كالحجر على الصبي والمجنون والسفيه ، واما لكونها تعود على غيرهم بالضرر كالحجر على المفلس في ماله لحق الغرماء ، وعلى الراهن في العين المرهونة لحق المرتهن ، وعلى المريض مرض الموت فيما لا يعاوض عليه من الأموال لحق الورثة والغرماء ، لأن الموت الذى يتوقعه المريض يحدث أمرين :

أحدهما : بطلان أهلية التملك ، فيقوم أقرب الناس اليه مقامه بعد الموت فيما تركه بالخلافة .

والثاني : خراب الذمة التي هي محل تعلق ديون الآخرين ، فيصبح المال الذى هو محل قضاء الديون مشغولا بها .

. . . . .

وقد اخترت الأخير من المحجور عليهم لحق الغير ليكون موضوع رسالتي للحصول على درجة العالمية (الماجستير) من شعبة الفقه بقسم الدراسات العليا بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة تحت عنوان :

((المريض مرض الموت وأحكام تبرعاته واقراره في الفقه الاسلامي))

وذلك لسببين :

أحدهما : كونه موضوعا يتصل بكل فرد من الأفراد اتصالا مباشرا ، فكل انسان معرض للمرض والموت في كل وقت من الأوقات .

فوددت - مع ضعف قدرتي العلمية - أن أشارك ركب الباحثين قدر الاستطاعة في السعي الى الوقوف على المراد بمرض الموت ، واستخراج وجمع المسائل المتعلقة بتصرفات المصاب به الطلية ، وباقراره قدر الامكان .

والثاني : رجاء بيان بعض جوانب لم يتطرق اليها بالتفصيل من سبق الى معالجة الموضوع من الباحثين بمثل هذه الرسالة العلمية ، لا لقصور منهم ، وانما لسبب من الأسباب الداعية الى ترك التفصيل في تلك الجوانب ، كسعة الموضوع مثلا ، فيكون جمعها ودراستها . مع التنويه بأنواع من الأمراض لم تكن موجودة عند السلف ، مجهودا متواضعا يضاف الى مجهوداتهم العظيمة التي أفادوا بها من بعدهم من الدارسين .

. . . . .

منهج البحث :

وأما المنهج الذي سلكته في اعداد الرسالة فهو كالتالي :

١ - أشرت في الهامش الى سور الآيات القرآنية وأرقامها .

٢ - خرجت الأحاديث الشريفة من كتب السنة .

٣ - خرجت آثار الصحابة من كتب الآثار كالمصنفات .

٤ - رجعت الى كتب المذاهب الأربعة من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وكذلك المحلى للامام ابن حزم الظاهري ، لأخذ قول كل مذهب من كتبه .

٥ - ذكرت أقوال المذاهب الأربعة في المسائل حسب ترتيبها التاريخي فذكرت مذهب الحنفية فالمالكية فالشافعية فالحنابلة الا في حالتين :

احداهما : اذا كان قول المذهب المتأخر تاريخيا موافقا لقول الأسبق ، قدمت قوله مع قول الأسبق على قول السابق تنسيقا بين الأقوال ، وذلك كأن يكون قول الحنابلة في مسألة من المسائل موافقا لقول الحنفية ، فانني أذكر قولهم مع قول الحنفية مقدما على قول المالكية والشافعية . وهكذا .

والثانية : اذا اتفقت ثلاثة من المذاهب الأربعة على قول في مسألة من المسائل الخلافية ، وللمذهب الرابع قول مخالف له ، قدمت قول المذاهب الثلاثة معبرًا عنه بمذهب الجمهور على قول المذهب المخالف ، وان كان أقدم تاريخيا .

٦ - وفي المسائل الخلافية ذكرت مذاهب الفقهاء على نحو ما تقدمت الاشارة اليه مع ذكر من وافق كل مذهب من الصحابة ومن بعدهم من التابعين وغيرهم ، ثم أشرت الى سبب الخلاف ان ظهر لي سبب له ، ثم اخترت ما اطمأنت اليه نفسي من المذاهب ان ظهر لي وجه من وجوه التقوية ، مع الاعتراف بالفضل والجميل لجميع السلف رحمهم الله ، وجزاهم الله عنا خيرا .

٧ - وان كان الخلاف قوليا داخل مذهب من المذاهب الأربعة ، أكتفي بذكر الأقوال ، وقد أكتفي بذكر القول المعتمد فقط ، أو مع الاشارة الى الأقوال الأخرى في الهامش .

٨ - ذكرت دليل كل مذهب عقب ذكره مباشرة ان وجد ، ثم أتبعته بذكر الاعتراضات الواردة عليه ان كان عليه اعتراضات ، ثم الاجابة على تلك الاعتراضات ان كانت غير مسلمة ، فان لم أجد له دليلا فقد ألتمس له تعليلا بقولي : يشبه كذا ، أو يبدو كذا .

٩ - أثبت المراجع في الهامش بذكر الجزء والصفحة ، وقد أذكر الكتاب والباب .

١٠ - شرحت الألفاظ اللغوية التي رأيتها غامضة قدر الامكان .

١١ - كتبت ترجمة موجزة عن الأعلام الواردين في صلب الرسالة قدر الامكان الا أصحاب كتب السنة الا من كان له رأي في مسألة من المسائل أو صرحت باسمه .

١٢ - فهرست الآيات القرآنية حسب ترتيب السور ، وفهرست الأحاديث وآثار الصحابة والأعلام والمصادر والمراجع حسب حروف الهجاء .

وأما الصعوبات التي واجهتني في اعداد الرساله ، فهي تكمن في كون المسائل المتعلقة بموضوعها ، موزعة على أبواب متعددة من كتب الفقه ، واختلاف منهج المذاهب في ايراد المسائل ، فما أجده في موضع لمذهب قد لا أجده في الموضع نفسه لمذهب آخر ، مما يجعل الباحث يواجه مشقة في جمع تلك المتفرقات .

خطة البحث :

وقد قسمت البحث الى : مقدمة ، وثلاثة أبواب ، وخاتمة .

المقدمة : ذكرت فيها سبب اختيار الموضوع ، والمنهج الذى سلكته في كتابته ، وخطته ، ثم كلمة شكر وتقدير .

الباب الأول : في التعريف بالمريض مرض الموت ومن يلحق به والحجر عليه : وفيه فصلان :

الفصل الأول : في التعريف بالمريض مرض الموت ومن يلحق به :

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف المريض مرض الموت لغة .

المبحث الثاني : تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا .

المبحث الثالث : بيان جملة من أمراض الموت .

المبحث الرابع : بيان من يلحقون بالمريض مرض الموت في أحكامه .

المبحث الخامس : العمل عند اشتباه المرض : وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : فيمن يرجع اليه في تحديد المرض المشتبه .

الفرع الثاني : العمل عند اختلاف من يرجع اليهم فيما بينهم .

الفرع الثالث : العمل عند اختلاف الورثة والمتبرع له بعد الموت .

الفصل الثاني : في الحجر على المريض مرض الموت : وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : في اثبات الحجر على المريض مرض الموت .

المبحث الثاني : في سبب الحجر على المريض مرض الموت وأثره : وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في بيان موجب الحجر عليه .

الفرع الثاني : جهة تعلق حقوق الغرماء بماله .

الفرع الثالث : جهة تعلق حقوق الورثة بماله .

المبحث الثالث : أهلية المريض مرض الموت .

المبحث الرابع : المقدار المحجور فيه على المريض مرض الموت .

الباب الثاني

تبرعات المريض مرض الموت : وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول / في تعريف التبرع : وفيه مبحثان :

المبحث الأول : تعريفه لغة .

المبحث الثاني : تعريفه اصطلاحا .

الفصل الثاني / عقود التبرعات الأصلية : وفيه عشرة مباحث :

المبحث الأول : الوصية بالمال في مرض الموت .

المبحث الثاني : الهبة في مرض الموت : وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : اذا وقعت الهبة في صحة الواهب ولم تقبض الا في مرض موته .

المسألة الثانية : اذا وقعت في مرض الموت ولم تقبض حتى مات الواهب .

المبحث الثالث : العارية في مرض الموت .

المبحث الرابع : الكفالة بالمال في مرض الموت .

المبحث الخامس : الوقف بالمال في مرض الموت .

المبحث السادس : الابراء من الدين في مرض الموت .

المبحث السابع: العفو عن الجناية الموجبة مالا في مرض الموت .

المبحث الثامن : العتق في مرض الموت : وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : اذا لم يخرج المعتق من الثلث ولم تجز الورثة الزائد ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أن يكون المعتق واحدا .

المطلب الثاني : أن يكون المعتق عددا وقع عتقهم دفعة واحدة : وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : هل تستعمل القرعة في تحرير قدر الثلث منهم أولا ؟ .

المسألة الثانية : المعتبر في القرعة هل هو القيمة أو العدد ؟ .

الفرع الثاني : فيما اذا أعتق في مرض موته وعليه دين مستغرق لماله .

الفرع الثالث : فيما لو علق شخص عتق عبده في صحته على صفة ووجدت في مرض موته .

المبحث التاسع : التدبير في مرض موته .

المبحث العاشر : الكتابة في مرض الموت : وفيه أربعة فروع :

الفرع الأول : اذا كاتب عبده بلا محاباة وقبض قيمة الكتابة قبل موته .

الفرع الثاني : اذا كاتبه بلا محاباة ومات قبل قبض نجوم الكتابة .

الفرع الثالث : اذا كاتبه بمحاباة .

الفرع الرابع : اذا كاتبه في صحته ثم أبرأه من قيمة الكتابة أو أعتقه في مرض موته .

الفصل الثالث / عقود التبرعات غير الأصليـــة : وفيه سبعة مباحث :

المبحث الأول : البيع بالمحاباة في مرض الموت : وفيه قسمان :

القسم الأول : محاباة في العوضين (الثمن والمثمن) : وفيه سبعة فروع :

الفرع الأول : بيع المريض بالمحاباة وعليه دين .

الفرع الثاني : بيع المريض بالمحاباة مع وارثـــه .

الفرع الثالث : بيع المريض بالمحاباة مع غير وارثه .

الفرع الرابع : حالات مبيعه بالمحاباة عند موتـه .

الفرع الخامس : حالات ثمن مبيعه بالمحاباة عند موتـه .

الفرع السادس : الشفعة في مبيعه بالمحاباة .

الفرع السابع : بيع الخيار بالمحاباة في الصحة ومرض المحـــــابي مدة الخيار .

القسم الثاني : المحاباة بتأخير أحد العوضين : وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : محاباته بتأخير الثمن .

الفرع الثاني : محاباته بتأخير المثمن .

الفرع الثالث: اجتماع محاباته في عين العوض والأجل .

تنبيـــه : الاقالة في مرض الموت كالبيع فيـــه .

المبحث الثاني : الاجارة بالمحاباة في مرض الموت : وفيه فرعـــان :

الفرع الأول : اجارة العـــــين .

الفرع الثاني : اجارة البـدن .

المبحث الثالث : المضاربة بالمحاباة في مرض الموت .

المبحث الرابـع : المساقاة بالمحاباة في مرض الموت .

المبحث الخامس : المزارعة بالمحاباة في مرض الموت .

المبحث السادس : النكاح بالمحاباة في مرض الموت .

المبحث السابع : الخلـع بالمحاباة في مرض الموت .

الفصل الرابع / مسائل تتعلق بحساب تبرعات المريض من الثلث والرجوع فيها : وفيه تسعة مباحث :

المبحث الأول : وقت اعتبار المتبرع له وارث أو غير وارث .

المبحث الثاني : اجازة الورثـــة . وفيه فرعان :

الفرع الأول : اجازة الورثة هل هي تنفيذ أو ابتداء عطية ؟

الفرع الثاني : وقت اعتبار اجازتهم .

المبحث الثالث : تلف الزائد على الثلث وما كان لوارث عند المتبرع له

المبحث الرابع : نماء تبرعات المريض المنجزة .

المبحث الخامس : رجوع المريض في تبرعاته المنجزة .

المبحث السادس : ما يعتبر فيه الثلث من الأموال .

المبحث السابع : وقت اعتبار ثلث المريض .

المبحث الثامن : الترتيب بين تبرعات المريض عند ضيق المال .

المبحث التاسع : وجوه الاتفاق والاختلاف بين المنجزة فـــــي مرض الموت والمعلقة بالموت .

الباب الثـــالث

اقرار المريض مرض الموت ، وفيه أربعة فصـــــــول

الفصل الأول / تعريف الاقرار لغة واصطلاحا وشروطه وحجيته ولزومـــــــه والرجوع عنـــه : وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : تعريف الاقـرار لغـــة .

المبحث الثاني : تعريف الاقرار اصطلاحا .

المبحث الثالث : شروط صحة اقرار المريض .

المبحث الرابع : حجية اقرار المريض ولزومـه .

المبحث الخامس : رجوع المريض عن اقراره .

الفصل الثاني / اقرار المريض مرض الموت بالحقوق الطالية ، وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : اقراره بما لديه من الحقوق الطالية لغيره ، وفيه فرعان :

الفرع الأول : اقراره بالدين : وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : اقراره بالدين لغير وارث .

المطلب الثاني : اقراره بالدين لوا

المطلب الثالث : اجتماع دين الصحة مع دين المرض .

الفرع الثاني : اقراره بالعين ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : اقراره بالعين وحدها .

المطلب الثاني : اقراره بالعين مع الدين .

المطلب الثالث : اقراره بالعين أو الدين لوارثه مع الأجنبي .

المبحث الثاني : اقراره باستيفاء ماله على الغير من الحقوق الطالية .

المبحث الثالث : اقراره بالتبرعات الواقعة في مرض موته .

المبحث الرابع : اقراره بالتبرعات الواقعة في صحته .

المبحث الخامس : اقراره بالدين مع التبرع .

الفصل الثالث / اقراره بالحقوق غير الطالية ، وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : اقراره بما يوجب عقوبة بدنية .

المبحث الثاني : اقراره بالنكاح في مرض الموت .

المبحث الثالث : اقراره بالطلاق في مرض الموت .

المبحث الرابع : اقراره بالنسب في مرض الموت .

المبحث الخامس : اقراره بالاستيلاد في مرض الموت .

الفصل الرابع / وقت اعتبار المقر له وارثا أوغير وارث : وفيه مبحث واحد .

والخاتمة : ذكرت فيها أهم ما توصلت اليه من نتائج .

الفهارس : وذكرت فيها :

فهرس الآيات القرآنية الكريمة .

فهرس الأحاديث النبوية الشريفة .

فهرس آثار الصحابة - رضوان الله عليهم .

فهرس الأعلام المترجم لهم .

فهرس المراجع والمصادر .

فهرس الموضوعات .

* * * *
* * *
* *
*

شكـــر وتقديـــر :

عملا بقوله تعالى ((لئن شكرتم لأزيدنـــكم))(١) ، وقول رسول اللـــه صلى الله عليه وسلم (من صنع اليكم معروفا فكافئوه ، فان لم تجـــــــدوا ما تكافئونه به فادعوا له حتى تروا أن قد كافأتموه)(٢) .

فانني أشكر الله الكريم على نعمه الظاهرة والباطنة ، الـــــتي لا تعد ولا تحصى ، ومن أهمها نعمة الاسلام والعقل والصحة والعـــلم . وأجدد له شكري على توفيقـــه اياى باعداد هذه الرسالة ، كما أسألـــــه تعالى المزيد من التوفيق والاخلاص في القول والعمـــل .

ثم أتقدم بجزيل الشكر الى جميع الذين أكرمني الله بتلقي العـــلم عنهم ، أصحاب الفضيلة الأساتذة الكرام ، جزاهم الله عني وعن زملائـــي خـــــــيرا .

وأخص منهم بالذكر ، والدى الحنون ، فضيلة الشيخ / عطية محمد سالم - القاضي بالمحكمة الشرعية الكبرى بالمدينة المنورة - على تفضـــــله وتكرمـــه بالاشراف على هذه الرسالة ، بعد فضيلة الدكتور / عبد الرحمـــن محمد مندور ، لانتهاء عمله في الجامعة الاسلامية قبل انهاء الرسالـــة ، وعلى ما قدمه لي فضيلة الشيخ عطية من أوقاته الغالية مع ارتبـــــاط فضيلته بمسئوليات عديدة ، يتطلب لكل واحدة منها فترة غير قصـــــيرة . ونصائحه المخلصة ، وتوجيهاته السديدة ، وملاحظاته القيمة ، وما لاقيتـــه من فضيلته من رحابة الصدر ، وحنان الأبوة ، وقد ساعدتني هذه العوامـــل على السير جادا للتغلب على المشكلات التي واجهتني أثناء البحث حـــــتى يسر الله ظهوره على ما هو عليـــه .

فجزاه الله عني خير الجزاء ومتعه بالصحة والعافية مع العمل الصالح ، وبارك في عمره وفي أولاده ، وجعلهم قرة عين لـــــه .

كما أتقدم بالشكر الى كل من أسهم في تانجاز هذه الرسالـــــة من الأخوة والأصدقاء المخلصين ، لما قدموه لي من مشورة ونصائح طيبـــة فأجزل الله مثوبتهـــم .

وأشكر القائمين على قسم الدراسات العليا من أساتذة ، ورئيـــس القسم ، ووكيـــله ، وأمين المكتبـــة ، وكل العاملين بالقسم لما لاقيتـــه منهم من صدق واخلاص في العمل ، ورحابـة الصـدر ، وحب الخـــــير لكل طالـــب .

وأخـــيرا أشـكر الجامعـة الاسلامية بالمدينة المنورة ، عـــلى ما هيئـــت لي - ولكثير من أمثالي - من فرصة ثمينة للدراسة فيهـــــا ، فترة طويلة ، مع تسهيـل وتوفير وسائل الدراسة ، فجزى اللـــــــه القائمين عليها خير الجزاء ، وسدد خطاهم ووفقهم لما يحبـــــه ويرضـــاه ، انه سميع مجيـب .

* * * * *

* * * *

* * *

* *

*

البَابُ الأول

الباب الأول

في التعريف بالمريض مرض الموت ، ومن يلحق به والحجر عليه

وفيه فصلان :

الفصل الأول :

في التعريف بالمريض مرض الموت ومن يلحق به .

الفصل الثاني :

في الحجر على المريض مرت الموت .

-/-/-/-/-

الفصل الأول : في التعريف بالمريض مرض الموت ومن يلحق به :

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول : المريض مرض الموت لغة .

المبحث الثاني : المريض مرض الموت اصطلاحا .

المبحث الثالث : بيان جملة من أمراض الموت .

المبحث الرابع : بيان جملة ممن يلحقون بالمريض في أحكامه .

المبحث الخامس : العمل عند اشتباه المرض :

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : فيمن يرجع اليه في تحديد المرض المشتبه .

الفرع الثاني : العمل عند اختلاف من يرجع اليهم فيما بينهم .

الفرع الثالث : العمل عند اختلاف الورثة والمتبرع له بعد الموت .

=/=/=/=/=/=

المبحث الأول : تعريف المريض مرض الموت لغـــة :

مرض الموت : اسم مركب من اسمين ، وهما : المرض ، والموت .

فالمرض لغة : ضد الصحة ، وهو السقم وعدم اعتدال الحال ، من مَـرِضَ يَمْرَضُ ، وبابه فَرِحَ يَفْـرَحُ (١) .

وهو من الأفعال اللازمة ، ويتعدى بالهمزة وبالتضعيف ، فيقال : مرض زيد ، وأمرضه الله ، ومرّضه شخص ، أي قام عليه وولّيه وداواه ليزول مرضـه (٢) ، ومنه المُمَرِّض .

وأصل كلمة المرض يفيد النقصـان (٣) ، فيقال :

قلب مريـض : ناقص الدين .

ورأي مريض : ضعيف أو فيه انحراف عن الصواب .

وعين مريضة : فيهـا فتـور .

وريح مريضة : ساكنة أو شديدة الحرّ أو ضعيفة الهبوب (٤) .

وشمس مريضة : اذا لم تكن صافيـة (٥) .

فكل هذه المعاني تدل على نقصان الموصوف بها .

وعليه فالمرض لغة : حالة تعرض للكائن الحي فتخرجه عن حد الصحة والاعتدال الطبيعـي (٦) .

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٩/٩٩ ، وترتيب القاموس ٤/٢٢٩ ، والصحاح في اللغة والعلوم ٢/٤٨٩ .
(٢) لسان العرب ٩/٩٩ .
(٣) المصدر السابق ٩/١٠٠ .
(٤) المعجم الوسيط ٢/٨٧٠ .
(٥) الصحاح في اللغة والعلوم ٢/٤٨٩ .
(٦) المصدر السابق ٢/٤٨٩ ، وترتيب القاموس ٤/٢٢٩ .

والمرض لغة : من مرضه حالة فأخرجته عن حد الصحة والاعتدال الطبيعي .

ويجمع المريض على : مِرَاض ، ومَرْضَى ، ومَرَاضَى ، يقال : عمرو مريض ومَرِض ، ومارض ، وقوم مِرَاض ، ومَرْضَى ومَرَاضَى (١) .

والموت : ضد الحياة ، (٢) وهو مصدر مات اذا فارق الحياة ، يقال : مات يموت ويمات (٣) .

والميت من فارق الحياة ، ويجمع على الأموات والموتى والميتون ، وقد جاء في التنزيل كل من الجموع الثلاثة :

قال تعالى ((ولا تحسبن الذين قُتلوا في سبيل الله أمواتاً)) (٤) .

وقال تعالى ((فإنك لا تسمع الموتى)) (٥) .

وقال تعالى ((إنك ميت وإنهم ميتون)) (٦) .

وقيل : الميت ـ بتخفيف الياء ـ من فارق الحياة بالفعل ، وبتشديدها من في حكم الميت (٧) .

وقيل : بتشديدها يصلح للاثنين معا (٨) .

فمرض الموت لغة : حالة تعرض للكائن الحي فتخرجه عن حد الصحة والاعتدال الطبيعي يعقبها الموت .

---

(١) ترتيب القاموس ٤/٢٢٩ ، والمعجم الوسيط ٢/٨٧٠ .
(٢) المعجم الوسيط ٢/٨٩٨ ، والصحاح في اللغة والعلوم ٢/٥١٨ .
(٣) الصحاح في اللغة والعلوم ٢/٥١٨ .
(٤) سورة آل عمران ـ آية : ١٦٩ .
(٥) سورة الروم ـ آية ٥٢ .
(٦) سورة الزمر ـ آية : ٣٠ .
(٧) المعجم الوسيط ٢/٨٩٨ .
(٨) لسان العرب ٢/٣٩٦ .

المبحث الثاني : تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا :

ومرض الموت اصطلاحا : حالة خاصة تعرض للانسان فتخرجه عن حد الصحة والاعتدال الطبيعي يعقبها الموت فتتأثر بسببها تصرفاته فتعطى أحكاما خاصة (١) .

محترزات التعريف :

حالة : جنس يدخل فيه جميع الحالات .

خاصة : قيد أخرج الحالات الأخرى غير المرضية .

تعرض للانسان : قيد أخرج ما تعرض لغير الانسان من الكائنات الحية .

يعقبها الموت : قيد أخرج الأمراض التي تصيب الانسان ثم يشفى منها .

وعليه فالمريض اصطلاحا : من تعرض له حالة خاصة فتخرجه عن حد الصحة والاعتدال الطبيعي يعقبها الموت فتتأثر بسببها تصرفاته فتعطى أحكاما خاصة .

هذا ولا يعتبر كل مرض من أمراض الموت ، كما لا يعتبر المرض الخطير مرض موت الا اذا اتصل به الموت . لذا اشترط الفقهاء في اعتباره شرطين أساسيين :

أحدهما : أن يكون المرض من نوع خاص يخاف منه الهلاك ، أو يصل بالمصاب به الى درجة من الخطورة يخشى عليه فيها الهلاك .

من هنا قسموا الأمراض الى أربعة أقسام :

أحدها : أمراض غير مخوفة ، كوجع العين وألم الضرس والصداع .

وقد نص الحنفية (٢) ، والشافعية (٣) ،

---

(١) مرض الموت وأثره في التصرفات للأستاذ أحمد بن عبد الله بن حميد ص ١٠ .

(٢) انظر : الخرشي مع حاشية العدوي ، باب الحجر ٥/٣٠٥ .

(٣) روضة الطالبين ٦/١٢٧ ، ١٣٠ .

والحنابلة[١] على عدم اعتبار هذا القسم من أمراض الموت ، وإذا اتصل به الموت أضيف الى سبب آخر غير هذه الأمراض . وهو ما يفهم من تعريفات الحنفية ، فيكون اتفاقا بين المذاهب الأربعة .

وقد بالغ الحنابلة في القول في عدم اعتبار هذه الأمراض من أمراض الموت ، فقالوا : وإن بلغت بصاحبها الى درجة الخوف من الموت منها ، ومات منها بالفعل ، كانت عطيته كعطية الصحيح السليم فتحسب من رأس ماله[٢] ، لأنها أمراض لا يخاف منها في العادة .[٣]

قلت : الا أن هذه المبالغة يبدو أنها محمولة على التبرعات الصادرة من المصاب بها قبل أن تصير مخوفة ، لا ما صدرت منه بعد أن كانت مخوفة ، لأن علة الحجر على المريض مرض الموت وهي تهمة الفرار بالمال عند اليأس من الحياة والشعور بدنو الأجل ظاهر وجودها حال بلوغها الى درجة الخوف من الموت بسببها .

يؤيد ذلك ما قاله صاحب منار السبيل في شرح الدليل عند قوله " حتى لو صار مخوفا ومات فيه بعد ذلك " قال : " اعتبارا بحال العطية ، لأنه اذ ذاك في حكم الصحيح "[٤] ، فظاهر كلامه فيما قبل أن تصير مخوفة .

والثاني : أمراض ممتدة (مزمنة) مثل الجذام والشلل النصفي والبرص . قد ذهب الحنفية[٥] والمالكية[٦] الى أن ما كان منها يخاف

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ ، والمغني لابن قدامة ٦/٨٣
(٢) كشاف القناع ٤/٣٥٧ ، ومطالب أولي النهى ٤/٤١٦ .
(٣) كشاف القناع ٤/٣٥٧ .
(٤) منار السبيل في شرح الدليل ٢/٣١ .
(٥) بدائع الصنائع ٤/٢٠٧٠ .
(٦) المدونة الكبرى ٣/٣٦ .

على صاحبه لتغير حاله فهو من أمراض الموت ، والا فحكم صاحبه حكم الصحيح في التصرف ، وهو تحقيق المذهب عند الحنابلة .(١)

وأما الشافعية فلم يعتبروها من أمراض الموت مطلقا ، بل جعلوها كالهرم(٢) ، وهو قول عند الحنابلة(٣) .

والثالث : أمراض تحقق تعجيل موت صاحبها ، وهي نوعان :

أحدهما : ما اختل عقل صاحبه ، مثل المذبوح ومن أبينت حشوته فهذا النوع لا حكم لكلام صاحبه ولا لتبرعاته مطلقا لا من رأس المال ولا من الثلث ، لفقد عقله الذي هو مناط التكاليف الشرعية ، ولأنه أصبح في أعداد الأموات حكما .

أشار بعض الشافعية الى ذلك بقولهم : انها حالة لم يقبل الله فيها توبة فرعون لصيرورته في أعداد الأموات حكما .(٤)

والنوع الثاني : ما لم يختل عقل صاحبه ، كمن خرقت حشوته دون ابانة ومن اشتد مرضه دون تغير في عقله .

فهذا النوع من أمراض الموت عند الفقهاء ، فكلام صاحبه مقبول وتبرعاته محسوبة من ثلثه .

وهي الحالة التي أوصى فيها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب(٥) رضي الله عنه بالخلافة الى مجموعة من كبار الصحابة فقبلت وصيته

---

(١) مطالب أولي النهى ٤/٤١٦ ، وكشاف القناع ٤/٣٥٧ ، والمغني لابن قدامة ٦/٨٣ .
(٢) الأنوار لأعمال الأبرار - كتاب الوصايا ٢/١٧ .
(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٦/٨٤
(٤) روضة الطالبين للنووي ٦/١٢٣ - ١٢٤ .
(٥) وهو : أبو حفص عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى ، من بني عدي بن كعب ، الخليفة الثاني لرسول الله صلى الله عليه وسلم ومواقفه المتميزة معروفة في الجاهلية وفي الاسلام ، توفي رضي الله عنه سنة ٢٣ هـ . انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/٢٦٥ وما بعدها ، والاصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٢/٥١٨ وما بعدها وتهذيب التهذيب لابن حجر ٧/٤٣٨ وما بعدها .

باجماع الصحابة مع تيقنهم بموته لخروج اللبن من بطنه وأمر الطبيب له بالوصية خوفا على حياته (*) ؛

وقد نص على تنويع هذا القسم من الأمراض الى هذين النوعين كل من الحنفية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) .

والرابع : أمراض مخوفة .

وهي التي لا يتعجل موت صاحبها يقينا ، ولكن يخاف ذلك .

وهذا القسم هو مرض الموت باتفاق المذاهب الأربعة ، الا أنهم اختلفوا في ضابطه ؛

فقد وردت في ضابطه عن الحنفية أقوال ترجع في جملتها الى اعتباريين :

١ - غلبة الخوف من الموت منه .

٢ - ملاحظة حركات المريض .

وأشهر تلك الأقوال ما يلي :

١ - أنه ما أضنى (٤) صاحبه لا يقوم الا بشدة ، وهو في حال يعذر في الصلاة فيها جالسا . رواه الحسن بن زياد (٥) ؛

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦/٥٤٤ - ٥٤٥ .
(٢) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/١٢٣ - ١٢٤ .
(٣) المغني لابن قدامة ٦/٨٤ .
(٤) أضناه المرض : أثقله . انظر : مختار الصحاح ص ٣٨٥ .
(٥) وهو أبو علي الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي الفقيه القاضي من أصحاب أبي حنيفة ، له مؤلفات منها : أدب القاضي ، ومعاني الايمان ، والخراج ، والفرائض ، توفي سنة ٢٠٤ هـ .
انظر : تاج التراجم في طبقات الحنفية ص ٢٢ لأبي العدل والجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ٢/٥٦ ، والفوائد البهية ص ٦٠ - ٦١ ، والأعلام لخير الدين الزركلي ٢/٢٠٥ .
(*) المغني لابن قدامة ٦/٨٥ - ٨٦ .

عن الامام أبي حنيفة (١) .

٢ - أنه ما أضنى صاحبه وصار صاحب فراش . قاله الكرخي (٢) .

٣ - أنه ما يخاف منه الموت غالبا . قاله الكاساني (٣) (٤) .

---

(١) وهو الامام النعمان بن ثابت بن زوطي الفقيه المجتهد ، أحد الأئمة الأربعة المشهورين ، ويكنى بأبي حنيفة ، وهو فارسي الأصل ، عربي المولد والمنشأ ، بنى مذهبه الفقهي على الكتاب والسنة والاجماع والقياس . ولد بالكوفة في عهد الدولة الأموية سنة ٨٠ هـ ، وتوفي سنة ١٥٠ هـ .

انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٥/٣٩ وما بعدها ، والأعلام للزركلي ٩/٤ - ٥ ، والفتح المبين ١/١٠١ .

(٢) وهو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلال بن دلهم الفقيه الحنفي الكرخي نسبة الى كرخ جدّان - بضم الجيم وتشديد الدال - انتهت اليه رئاسة الحنفية بالعراق ، له مؤلفات منها : رسالة الأصول عليها مدار فروع الحنفية ، وشرح الجامع الكبير ، وشرح الجامع الصغير ، ولد في كرخ جدّان سنة ٢٦٠ هـ ، وتوفي ببغداد سنة ٣٤٠ هـ .

انظر : الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ٢/٨٩٣ ، والفوائد البهية ص ١٠٨ - ١٠٩ ، والأعلام للزركلي ٤/٣٤٧ ، والفتح المبين ١/١٨٦ .

(٣) وهو علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الفقيه الحنفي ، له مؤلفات منها : بدائع الصنائع ، توفي سنة ٥٨٧ هـ بحلب .

انظر : تاج التراجم ص ٨٤ ، والفوائد البهية ص ٥٣ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٤/١٠٧٠ .

وقال الكاساني : ان تعريفه لا ينافي تعريف أبي حنيفة والكرخي ، بل هو شامل لهما[١] . لأن المرض الذى يعجز صاحبه من الصلاة قائما يخاف منه الموت غالبا ، وكذلك المرض الذى يلزم صاحبه الفراش بسببه .

وقد ذهب بعض الحنفية الى أن (غالبا) الوارد في تعريف الكاساني قيد لـ (يخاف) وليس قيدا (للموت) ، فالمدار على غلبة الخوف من الموت ،لا غلبة الموت من المرض .[٢] فأى مرض يغلب الخوف من الموت بسببه فهو من أمراض الموت .

٤ - وذهب أكثر الحنفية في ضابطه الى أنه : ما أضنى صاحبه وعجز به عن اقامة مصالحه خارج البيت ان كان رجلا ، وعن اقامتها داخل البيت ان كانت امرأة .[٣]

وقد صير بعضهم بعدم قدرته على القيام بها داخل البيت كما تعتاده الأصحاء دون اعتبار عجزه من القيام بها خارجه .[٤]

٥ - وقيل : انه اذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فهو صحيح ، والا فهو مريض .

٦ - وقيل : انه ما منع صاحبه عن المشي .[٥]

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤/ ١٠٧٠ .

(٢) كشف الحقائق شرح كنز الدقائق ١/ ٢٠٧ .

(٣) فتح القدير ٤/ ١٥١ ، ومثلا مسكين على كنز الدقائق ص ١٠٧ ، والدر الحكام شرح غرر الأحكام ١/ ٣٨٠ .

(٤) فتح القدير ٤/ ١٥١ ، ومثلا مسكين على كنز الدقائق ص ١٠٧ .

(٥) فتح القدير ٤/ ١٥١ .

وأما المالكية فقد قالوا في ضابطه : انه ما حكم الطب بكثرة الموت به (١) . الا أنهم اختلفوا في تفسير قوله (بكثرة الموت) .

فقيل : ان المراد : ما يحصل الموت منه غالبا (٢) . نسب هذا التفسر الى المازري (X) .

وقيل : ما ينشأ الموت عنه عادة وان لم يغلب (٣) .

فالمدار في التفسير الأول على الغلبة ، فأي مرض غلب منه الموت كان مرض موت ، وان لم يغلب الموت منه لم يكن مرض موت .

والمدار في التفسير الثاني على شهرة الموت منه وعدم التعجب منه ، فاذا كان الموت مشهورا من مرض كان من أمراض الموت ، والا فليس بمرض موت .

فقال أصحاب هذا التفسير : انه لا يلزم من الكثرة الغلبة ، فيقال في الشيء : انه كثير اذا ساوى وجوده عدمه ، والغلبة زيادة الوجود على العدم (٤) .

وقد جمع العدوي (XX) بين التفسيرين بقوله : ان معنى (غالبا) أنه اذا قام ذلك المرض بذلك الانسان ، فالغالب الموت ، بحيث لا يتعجب من حدوث الموت منه (٥) . لا أن المراد أن الموت واقع كثير في الانسان بسببه . فان كان الغالب من حال المريض مع مرضه هو الموت كان مرض موت ، والا فلا .

---

(١) مختصر خليل مع الخرشي وحاشية العدوي ٥/٣٠٤ .

(٢) شرح الخرشي على خليل ٥/٣٠٤ ، وسراج السالك شرح أسهل المسالك ٢/١٥١ .

(٣) بلغة السالك على الشرح الصغير ٢/١٤٤ .

(٤) منح الجليل على خليل ٣/١٩٥ ، وحاشية الدسوقي ٣/٢٦٨ .

(٥) حاشية العدوي على الخرشي ٥/٣٠٤ .

(X) يوجد عدد ممن نسب إلى مازر . ولكن المقصود هنا هو محمد بن علي بن عمر التميمي المازري أبو عبد الله المعروف بالامام . والمازري نسبة الى مازر مدينة في جزيرة صقلية وهي بفتح الزاي وكسرها . ولد سنة ٤٥٣ هـ . وتوفي سنة ٥٣٦ هـ . انظر الديباج المذهب ٢/٢٥٠ ومعالم العقيدة ٢٦٢ . والشرح الصغير للخرشي على خليل ١/٤١١ .

(XX) وهو علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي الفقيه المالكي المصري من بني عدي . له مؤلفات منها : الحاشية على شرح الخرشي على خليل . ولد سنة ١١١٢ هـ وتوفي في القاهرة سنة ١١٨٩ هـ . انظر الأعلام للزركلي ٥/٦٥

وقد ورد عن الامام مالك[١] في المدونة ما يؤيد هذا الجمع لما سئل عن أهل البلايا من الجذام وغيره ، فقال : (ما كان من ذلك أمرا يخاف على صاحبه منه فلا يجوز له الا في ثلث ماله)[٢] .

أي ان خيف الموت من حاله مع مرضه المعتد كان مرضه من أمراض الموت والا فلا ، وروى مثله عن ابن القاسم[٣][٤] .

---

(١) وهو : أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر الأصبحي الحميري ، امام دار الهجرة وأحد الأئمة الأربعة . والأصبحي - بفتح الهمزة وسكون الصاد وفتح الباء الموحدة - نسبة الى ذي أصبح ، واسمه الحارث ، أحد أجداد مالك وينتهي نسبه الى يعرب بن قحطان . يعتمد مالك في مذهبه على الكتاب والسنة والاجماع والقياس وعمل أهل المدينة ، له عدة كتب أشهرها الموطأ . ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ وتوفي بها سنة ١٧٩ هـ .
انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/٢٨٤ وما بعدها والديباج المذهب ٦/٨٢ ، والأعلام ٦/١٢٨ ، والفتح المبين ١/١١٧ .

(٢) المدونة ٣/٣٦ .

(٣) وهو : أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جناد العتقي المصري الفقيه المالكي ، من أشهر أصحاب مالك ، صحبه عشرين سنة ، وله في فقه المالكية أقوال راجحة . ولد بمصر سنة ١٣٢ هـ ، وتوفي بها سنة ١٩١ هـ .
انظر : الديباج المذهب ١/٤٦٥ وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ٥٨ ، والأعلام ٤/٩٧ ، والفتح المبين ١/١٢١

(٤) المدونة ٣/٣٦ .

ونقل أيضا عن مالك[١] في ضابطه أنه : كل مرض أقعد صاحبه من الدخول والخروج .[٢] وهذا الضابط محمول على ما يخاف الموت من حال صاحبه معه . جمعا بين تعريفيه .

وأما الشافعية فقد ذهب أكثرهم في ضابطه الى أنه : ما يخاف منه الموت لا نادرا وان لم يغلب .[٣]

ولم يعتبروا غلبة الهلاك منه ، وانما اكتفوا بعدم ندرته .

وهذا موافق لتفسير المالكية الثاني لمعنى كثرة الموت .

وقد ورد فيه ضوابط أخرى عن الشافعية :

فقيل : كل ما يستعد بسببه للموت بالاقبال على العمل الصالح .

وقيل : ما اتصل به الموت .[٤]

وأما الحنابلة فقد قالوا : انه ما يكثر حصول الموت منه .[٥]

وهذا موافق لضابط الشافعية والتفسير الثاني للمالكية لمعنى كثرة الموت. الا أن الحنابلة قد صرحوا بعدم اشتراط غلبة الموت على السلامة منه ، وعدم اشتراط المساواة بينهما ، بل اكتفوا بصلاحية اضافة الموت اليه ،

---

(١) تقدمت ترجمته .

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل المعروف بشرح الحطاب ٥/٧٨ .

(٣) الأم للامام الشافعي ٤/٣٥ ، ونهاية المحتاج ٦/٦٠ ، ومغني المحتاج ٣/٥٠ .

(٤) نهاية المحتاج ٦/٦٠ .

(٥) كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ - ٣٥٨ .

فأى مرض يصلح أن يضاف اليه الموت اعتبر من أمراض الموت عندهم .(١)

وقد تبين من الضوابط المتقدم ذكرها من المذاهب الأربعة لمرض الموت ما يلي :

أ - أن بعضها يشترط في اعتبار أى نوع من الأمراض أنه مرض موت أن تكون نسبة الوفاة منه أكثر من نسبة السلامة .

يظهر ذلك من بعض ضوابط الحنفية التي ورد فيها لفظ (غالبا) اذا اعتبر هذا اللفظ قيدا (للموت) . وكذلك تفسير المالكية الأول لمعنى كثرة الموت .

وبعضها يكتفي بعدم قلة الوفاة منه وان لم تكن هي الغالبة على السلامة . يظهر ذلك من ضابط الشافعية والحنابلة والتفسير الثاني للمالكية لمعنى كثرة الموت .

---

(١) جاء في الاختيارات الفقهية ما نصه : (ليس معنى المرض المخوف : الذى يغلب على القلب الموت منه ، أو يتساوى في الظن جانب البقاء والموت ، لأن أصحابنا جعلوا ضرب المخاض من الأمراض المخوفة . وليس الهلاك فيه غالبا ولا مساويا للسلامة . وانما الغرض أن يكون سببا صالحا للموت فيضاف اليه ، ويجوز حدوثه عنده) .

انظر : الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص ١٩١ .

ب ـ أن المعيار لاعتبار أى مرض أنه من أمراض الموت عند بعضها ، هو حال كل مريض مع مرضه ، فأى شخص بلغ به مرضه الى حال يخاف عليه فيها من الموت بسببه اعتبر مرضه من أمراض الموت والا فلا .

يظهر ذلك فيما اذا جعل (غالبا) عند الحنفية قيدا لـ (يخاف) ومن جمع العدوى بين تفسيرى المالكية لمعنى كثرة الموت وما قاله الامام مالك في أهل البلايا .

جـ ـ أن مجمل أقوال المذاهب الأربعة في مرض الموت دائر بين أمور ثلاثة :

أحدها : ملاحظة حركة المريض :

يظهر ذلك من نظر الحنفية الى عدم قدرته على المشي بنفسه أو قدرته عليه مع المشقة أو دون ثلاث خطوات ، أو عدم قدرته على الصلاة قائما أو عجزه من اقامة مصالحه ، ومن نظر الامام مالك الى قعود المريض بسببه ، وملاحظة بعض الشافعية استعداده للموت بسببه .

وثانيها : ملاحظة نوع المرض ومدى خطورته ، هل صدور الموت عنه غالب أولا ، أو هل هو كثير أو نادرا ؟ وهذا ظاهر من أكثر ضوابطهم .

ثالثها : ملاحظة درجة المرض مع المريض ، هل أدى به الى حال يخشى عليه فيها الموت أولا ؟ وهذا ظاهر مما ورد عن الامام مالك في أهل البلايا .

الضابط المختار لمرض الموت :

وهو كل مرض يكثر الموت منه وان لم يغلب ، وما يخاف الموت من حال المريض معه ، وما أخبر أطباء عدول أنه مرض موت .

وهذا ضابط يشمل ضوابط الفقهاء اذا استثنيت غلبة الهلاك وملاحظة حركة المريض كما يشمل ما يستجد من الحالات التي يكتشفها الطب .

وقد اخترت هذا الضابط لمرض الموت لأمـــور :

أحدهـــــا :

أن علة الحجر على المريض في التبرعات الزائدة على الثلث هـي تهمة الفرار بماله عن ورثته وغرمائه عند شعوره بدنو أجله ، وعلمـــه أن المال سينتقل الى غيره .

فهذه العلة تتحقق عند اصابة الانسان بمرض لا يدر الموت منه وان لم تغلب نسبة الوفاة على نسبة السلامة ، كما تتحقق حال بلـوغ أي مرض بالمصاب به الى درجة يخاف عليه فيها الموت .

وممّا يدل على اعتبار ملاحظة حال المريض مع مرضه ظاهـــر قول سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه للنبي صلى الله عليه وســـلم : (يا رسول الله بلغني من الوجع ما ترى)[1] .

فقد لاحظ سعد حاله مع مرضه فخاف منه وظن بدنو أجلـــه فأراد أن ينفق جل ماله في وجوه الخير قبل موته لقلة ورثته ، ولرغبتـه في ثواب الآخـــــرة .

والثانـــــي :

أن هذا الضابط لا يختلف باختلاف الناس ، بل يتفق مع كـــل فرد منهم ، بخلاف ما لو لوحظت حركات المريض ، فان الحركة تختلـــف باختلاف الناس قوة وضعفا ، قبل المرض وبعده ، كما تختلف العوائـــج خفة وثقلا ، سواء منها ما في داخل البيت وما في خارجه ، فيمكن القيام ببعضها مع مرض لخفتها دون أخرى لثقلها ، فلا يصح أن يكون ما يختلف فيه أفراد الناس ضابطا لما يعمهم .

---

(١) جزء حديث طويل متفق عليه ، سيأتي بطوله في مبحث اثبات الحجر على المريض - ان شاء الله .

والثالث :

أن ملاحظة حركة المريض قد تكون مدعاة له للتكلف ، لأنه اذا علم بحركة معينة أنها تكون مانعة له من التصرف في ماله فانه قد يتكلف لئلا في تلك الحركة ولو مع نوع من المشقة لقدرته على التكلف فيها بخلاف ما ذكرت فلا قدرة له فيه على التكلف .

وأما قول بعض الشافعية بأنه : كل مرض اتصل به الموت . فانه ضابط غير منعكس ، لأنه تدخل فيه الأمراض غير المخوفة ، كوجع الضرس والعين والصداع اذا مات المصاب بها فجأة ، فكان ضابطا غير سليم .(١)

الشرط الثاني :

والشرط الثاني من شرطي اعتبار مرض الموت عند الفقهاء وهو اتصال الموت بالمرض المخوف بأن لا يصح منه المصاب حتى يموت ، فان صح منه نفذت تصرفاته من رأس المال ، لأننا تبينا أنها صادرة من أهلها وواقعة في محلها .

وكذلك الحالات الملحقة بالمرض المخوف كالحبس والأسر والحمل وغيرها اذا زالت كان صاحبها كالمريض الذي صح من مرضه ، فتنفذ تصرفاته من كل المال .(٢)

ولو مات بعد برئه بسبب آخر فلا عبرة به لأننا علمنا بعد برئه أن المرض الذي تصرف فيه لم يكن مرض موت .(٣)

---

(١) حاشية أبي الضياء مع نهاية المحتاج ٦١/٦ .
(٢) بدائع الصنائع ٢٠٧١/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٣٨٧/٣ .
(٣) " " ٢٠٧٠/٤ ، " " " ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٧/٣ ، ومغني المحتاج ٥٠/٣ ، والمغني لابن قدامة ٨٤/٦ .

وأما لو مات بسبب آخر حال مرضه قبل أن يصح كأن يقتله شخص آخر أو يسقط عليه حائط أو غير ذلك من أسباب الموت ، فان جمهور الفقهاء يرون اتصال الموت بمرضه في هذه الحالة ، فيعطون عليه أحكام المريض مرض الموت لتوفر شرطي مرض الموت فيه عندهم ، فلا يعتبرون السبب الثاني الطارئ مانعا دون نفاذ السبب الأول .

وهذا من فوائد معرفة ضابط مرض الموت عند الجمهور ، فمن مات من المرضى بسبب آخر نظر الى مرضه فان كان مما حكم باعتباره من أمراض الموت كانت أحكامه أحكام المريض مرض الموت وكان السبب الثاني عديم الاعتبار .

وان كان مرضه مما حكم باعتباره من غير أمراض الموت كانت أحكامه أحكام الصحيح .(١)

وذهب عيسى بن أبان(٢) من الحنفية الى عدم اعطائه أحكام المريض في هذه الحالة .

---

(١) فتح القدير ٤/١٥١ - ١٥٢ ، وروضة الطالبين ٦/١٣٠ ، ومغني المحتاج ٣/٥٠ .

(٢) وهو : أبو موسى عيسى بن أبان بن صدقة الفقيه القاضي ، من أكبر فقهاء الحنفية ، ولي قضاء البصرة عشر سنين ، ومن كتبه : اثبات القياس ، واجتهاد الرأي ، والحجة الصغيرة في الحديث .
توفي بالبصرة سنة ٢٢١ هـ .
انظر : الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ٢/٦٧٨ وما بعدها والأعلام ٥/٢٨٣ .

علل مذهبه بأن مرض الموت لم يكون سببا للموت ، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض موت ، وأن حق الورثة لم يكن متعلقا بما له حال تصرفه فهو كما لو تصرف في صحته .

أجيب : بأن الموت قد اتصل بمرضه حين لم يصح حتى مات ، وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض موت ، وأن حق الورثة لم يكن ثابتا في ماله ، وعلة منعه من التصرف في أكثر من الثلث هي تهمة الفرار بماله فهي موجودة قبل وفاته بالسبب الثاني ، فيعطى أحكام المريض مرض الموت .(١)

قلت : ان مذهب عيسى بن أبان ظاهره متفق مع القاعدة القائلة بقطع السبب الثاني سراية السبب الأول المعمول بها في باب الجنايات والجراح .(٢)

فقالوا : فيمن جرحه شخص جرحا مميتا يتحقق معه الموت ولكن بقيت فيه حياة مستقرة يعيش بها مدة حددها بعضهم بيوم و يومين ، وقطع شخص آخر عنقه قالوا : ان القصاص على الثاني دون الأول لقطع فعله سراية فعل الأول .

وقال ابن قدامة(٣) : انه لا يعلم مخالفا في العمل بهذه القاعدة .(٤)

---

(١) فتح القدير ٤/١٥١ .

(٢) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٦/٥٤٤ - ٥٤٥ ، ومغني المحتاج ٤/١٢ - ١٣ ، والمغني لابن قدامة ٧/٦٨٣ - ٦٨٤ .

(٣) وهو : أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الملقب بموفق الدين الجماعيلي المقدسي الدمشقي الصالحي الفقيه الحنبلي له كتب منها : المقنع ، والكافي ، وروضة الناظر في أصول الفقه ، والمغني شرح مختصر الخرقي . ولد في جماعيل قرية من قرى نابلس بفلسطين سنة ٥٤١ هـ ، وتوفي بدمشق سنة ٦٢٠ هـ وقيل ٦٥١ هـ انظر : الذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب ٢/١٣٣ وما بعدها والأعلام ٤/١٩١ ، والفتح المبين ٢/٥٣ .

(٤) المغني لابن قدامة ٧/٦٨٤ .

فيكون القتل وغيره الذى هو السبب الثاني في مسألتنا قد قطع سراية السبب الأول الذى هو المرض المخوف ، فيضاف اليه الموت دون المرض المخوف . لذا يسمى من قتله قاتلا وتجرى عليه جميع أحكام القتل عمدا كان أو خطأ أو شبه عمد .

الا اذا قيل ان مسألتنا تختلف من مسألة قطع السراية في باب الجنايات لوجود طرف ثالث فيها وهو الوارث والدائن بخلاف تلك المسألة .

وما ذهب اليه الجمهور أحوط من جهة رعاية حقوق الورثة والغرماء المتعلقة بماله ، وهي أصل هذا الباب ، فالعمل به أولى .

والله أعلم .

المبحث الثالث : بيان جملة من أمراض الموت :

أ ـ ما اعتبره الفقهاء من أمراض الموت :

وقد ورد ذكر أنواع من الأمراض في كتب الفقه اعتبرها الفقهاء الأقدمون من أمراض الموت ، منها ما يلي :

١ ـ الحمى :

وهي قسمان : حمى مطبقة ، وحمى غير مطبقة .

فالمطبقة هي الحمى اللازمة التي لا تبرح ، وتتجاوز العادة في ارتفاع درجة الحرارة وازعاج البدن ، وتسمى بالحمى القوية والحادة .(١)

وغير المطبقة أنواع :

أ) الورد : وهي التي تأتي كل يوم .

ب) الغب : بكسر الغين : وهي التي تأتي يوما وتذهب يوما .

جـ) الثلث : وهي التي تأتي يومين وتذهب يوما .

د) حمى الأخوين : وهي التي تأتي يومين وتذهب يومين .

هـ) الربع ـ بكسر الراء : وهي التي تأتي يوما وتذهب يومين .

وهذه الحالات من الحمى مخوفة عند الفقهاء الا الغب والربع .(٢)

وأما الطب الحديث ، فانه يطلق لفظ الحمى على أى ارتفاع في درجة الحرارة عن النسبة الطبيعية ، وهي (٣٧) درجة مئوية ، ويرى حالاتها من الأمراض المسيطر عليها وغير المخوفة الا في حال فقد العناية الطبية اللازمة ، كأن يكون المصاب بها في مكان لا يوجد فيه

---

(١) مواهب الجليل مع حاشية التاج والاكليل ٥/٧٨ ، والخرشي مع حاشية العدوى ٥/٣٠٥ .

(٢) روضة الطالبين ٦/١٢٥ ، وكشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ .

مركز طبي يتولى علاجه فعندها تكون حالاتها مخوفة .[1]

٢ - السـل :

بكسر السين المهملة ، وهو داء يصيب الرئة ويأخذ البدن منه في النقصان والإصفرار ، وله ثلاث مراتب : ابتدائه ووسطه وانتهاؤه .

وقد أطلق الطالكية القول بأنه من الأمراض المخوفة دون أن يفرقوا بين ابدائه ووسطه وانتهائه .[2]

وأما الشافعية فلهم ثلاثة أقوال :

١ - أنه غير مخوف مطلقا ، لا في ابتدائه ولا في انتهائه .

وقد جعل النووي[3] هذا القول أشبه الأقوال الثلاثة بالمذهب الشافعي[4] . قال الشافعي[5] : " والأغلب أن السل يتطاول فهو غير مخوف المعاجلة " .[6]

---

(١) من الدكتور/ أسامة عبد الظاهر معاذ - الطبيب العام بالجامعة الاسلامية ، وذلك مناولة .

(٢) مواهب الجليل مع التاج والاكليل ٥/٧٨ ، والخرشي مع حاشية العدوي ٥/٣٠٥ .

(٣) وهو : محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف الحزامي - بحاء مهملة مكسورة بعده زاي معجمة - النووي الدمشقي ، وهو محرر المذهب الشافعي ومنقحه ومرتبه ، له مؤلفات منها : روضة الطالبين في الفقه ، والمنهاج فيه ، وشرح صحيح مسلم ، ولد بنوى سنة ٦٣١ هـ ، وهي قرية بالشام في أعمال دمشق وتوفي بها سنة ٦٧٦ هـ .

انظر : طبقات الشافعية للاسنوي ٢/٤٧٦ - ٤٧٧ .

(٤) روضة الطالبين ٦/١٢٥ .

(٥) وهو : أبو عبد الله محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافعي ، ونسبته الى جده ، وهو أحد الأئمة الأربعة المشهورين ، ولد سنة ١٥٠ هـ وتوفي سنة ٢٠٤ هـ . انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/٣٠٥ وما بعدها ، وطبقات الشافعية للاسنوي ١/١١ - ١٢ .

(٦) انظر : الأم ٤/٣٥ .

٢ - أنه مخوف في انتهائه دون ابتدائه ، وممن قال بهذا الغزالي[١] .

٣ - أنه مخوف في ابتدائه دون انتهائه ، وهو عكس ما قبله . وممن قال بهذا البغوي[٢][٣] .

وأما الحنابلة فقد ذهبوا الى اعتبار انتهائه مخوفا دون ابتدائه[٤] . ، وبه قال عطاء[٥] اذا صار المصاب به مضنيا على فراشه بسببه[٦] .

---

(١) وهو : زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي ، ولد بطوس سنة ٤٥٠ هـ ، له مؤلفات منها : الوجيز في الفقه ، والمستصفى في الأصول ، واحياء علوم الدين ، توفي في طوس سنة ٥٠٥ هـ .

انظر : طبقات الشافعية للاسنوي ٢/٢٤٢ وما بعدها .

(٢) وهو : أبو محمد الحسين بن مسعود البغوي المعروف بابن الفراء أو بالفراء ، والملقب بمحي السنة الفقيه المحدث ، والبغوي منسوب الى بغا - بفتح الباء - وهي قرية بخراسان ، وله مؤلفات منها : التهذيب في الفقه وشرح السنة ، ولد سنة ٤٣٦ هـ وتوفي بمرو الروذ سنة ٥١٦ هـ ، وقيل ٥١٠ هـ .

انظر : طبقات الشافعية للاسنوي ١/٢٠٦ ، والأعلام ٢/٢٨٤

(٣) روضة الطالبين ٦/١٢٥ ، والوجيز للغزالي ١/٢٧٢ .

(٤) كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ ، ومطالب أولي النهى ٤/٤١٧ .

(٥) وهو : أبو محمد عطاء بن أبي رباح (أسلم) القرشي مولاهم ، كان من سادات التابعين فقها وعلما وورعا ، روى عنه هذا الأثر عبد الملك بن أبي سليمان ، ولد عطاء سنة ٢٧ هـ واختلف في سنة وفاته فقيل : سنة ١١٤ هـ ، وقيل : سنة ١١٥ هـ ، وقيل : ١١٧ هـ ، وذلك بمكة المكرمة .

انظر : تهذيب التهذيب ٧/١٩٩ وما بعدها ، وميزان الاعتدال ٣/٧٠ ، والأعلام ٥/٢٩ .

(٦) المصنف لابن أبي شيبة ، كتاب الوصايا ١١/٢١١ .

وأما الطب الحديث ، فانه يرى أن السل مرض يصيب أماكن أخرى في الجسم غير الرئة ، كالعظام والكلى وغيرهما من الأعضاء ، ولا يعتبره من أمراض الوفاة المؤكدة كما كان في الماضي ، وذلك لتوفر علاجه حاليا .

٣ - القولنج :

بضم القاف واسكان الواو وفتح اللام ، ويقال (قولون) وليس بعربي (١) ، وهو مرض محوى مؤلم يحبس معه خروج الغائط والريح (٢) بسبب انعقاد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء ، وبسبب صعود البخار الى دماغ المصاب فيؤدي الى الهلاك (٣) .

٤ - ذات الجنب :

وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ، ثم ينفتح فيه ويسكن الوجع ، وذلك وقت الهلاك (٤) ، ومثله وجع الخاصرة (٥) .

٥ - الاسهال :

وهو داء معروف ، وهو اما أن يكون متواترا (٦) ، بأن يكون متتابعا دون انقطاع ، واما أن لا يكون كذلك .

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات القسم الثاني ٢/١٠٠ - ١٠١ .
(٢) الخرشي مع حاشية العدوي ٥/٣٠٥ .
(٣) روضة الطالبين ٦/١٢٤ ، وكشاف القناع ٤/٣٥٧ .
(٤) مواهب الجليل ٥/٧٨ ، وروضة الطالبين ٦/١٢٤ ، وكشاف القناع ٤/٣٥٧ .
(٥) روضة الطالبين ٦/١٢٤ ، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٤/٥٣
(٦) التواتر : التتابع ، يقال جاءت الخيل متواترة اذا جاءت يتبع بعضها بعضا .
انظر : المصباح المنير ٢/٦٤٧ ، ومختار الصحاح ص ٧٠٨ .

فان كان متواترا اعتبر مرضا مخوفا ،لأنه ينشف رطوبات البدن .

وان لم يكن متواترا لم يعتبر مخوفا ، الا اذا انضم اليه أحد أمور أربعة :

أ - أن يكرهه زحير ، وهو خروج الغائط بشدة ووجع أو تقابع .

ب - أن يخرق البطن ، فلا يمكنه الامساك ، ويخرج الطعام غير مستحيل .

جـ - أن يعجله ويمنعه النوم .

د - أن يكون معه دم .(١)

أما الطب الحديث فانه يرى أن خطورة الاسهال تتحدد حسب سببه ، فان كان سببه بسيطا كان علاجه بسيطا كذلك ، وقد يكون مرضا من أمراض (الكوليرا) ففي هذه الحالة تكون نسبة الخطورة أكثر، وان كانت (الكوليرا) تعالج حاليا ، وقلت الوفاة منها الا أنها لا تزال تعد من الأمراض المسببة للموت .(٢)

٦ - الرعاف الدائم :

وهو دوامة خروج الدم من الأنف وانتهاوه ، مخوفة عند الفقهاء دون ابتدائه .(٣)

قلت : ينبغي أن يلحق به كل نزيف غير معتاد ، الا الاستحاضة .

أما الطب الحديث فانه يرى أن نسبة خطورة الرعاف تتحدد حسب أسبابه ، فمن أسبابه في نظر الطب :

---

(١) مواهب الجليل ٥/٧٨ ، وروضة الطالبين ٦/١٢٤ ، ومطالب أولي النهى ٤/٤١٦ .

(٢) الطبيب / أسامة عبد الظاهر معاذ ، مطولة ، وكتبت بتصرف .

(٣) روضة الطالبين ٦/١٢٤ ، وكشاف القناع ٤/٣٥٧ .

أ - حدوث عيب في عملية تحول الدم من سائل الى جامد .

ب - حدوث عيب في الغشاء المخاطي المبطن للأنف .

جـ - الارتفاع المفاجيء في ضغط الدم .

د - اصابة مباشرة في الأنف ، مثل الصدمات .

٧ - الفالج :

وهو استرخاء أحد شقي البدن لانصباب خلط بلغمي(١) تفسد منه مسالك الدم(٢) ، وهو المعروف حاليا بالشلل النصفي . ومن أسبابه غلبة الرطوبة(٣) ، وابتداؤه مخوف عند الفقهاء دون انتهائه(٤) .

وأما الطب الحديث فانه يرى أن المصاب بالشلل النصفي يمكن أن يعيش سنوات عديدة دون حدوث وفاة - بعون الله - الا في حالات أورام المخ السرطانية ، فان الوفاة تتلو الشلل فيها غالبا ويقل الأمل في الشفاء منه(٥) .

٨ - الدق :

وهو داء يصيب القلب ، ولا تمتد معه الحياة غالبا ، وهو من أمراض الموت عند الفقهاء(٦) ، والطب الحديث .

ومن أهم أسبابه في نظر الطب الحديث : التوتر العصبي ، والتدخين

---

(١) البلغم : خلط من أخلاط البدن . انظر : ترتيب القاموس ١/٣١٧
(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ .
(٣) روضة الطالبين ٦/١٢٤ ، وكشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ .
(٤) بدائع الصنائع ٤/٢٠٧٠ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٦ .
(٥) الطبيب / أسامة عبد الظاهر معاذ .
(٦) روضة الطالبين ٦/١٢٦ ، وكشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٥٧ .

والافراط في الطعام والركون الى الدعة . يبدأ بانسداد الشرايين المغذية للقلب ، وينتهي بتوقف عضلة القلب المفاجيء عن الوظيفة .(١)

٩ - هيجان الدم :

وهو أن يثور الدم وينصب على عضو من أعضاء الجسم كاليد والرجل فينتفخ ، وقد يذهب ذلك العضو اذا لم يتدارك أمره في الحال ، وان سلم المصاب من الموت ، وهو من الأمراض المخوفة عند الفقهاء .(٢)

١٠ - البرسام :

وهو ورم حار يعرض للحجاب الذى بين الكبد والمعى ، فيرتقي بسببه بخار الى الرأس فيؤثر في دماغ المصاب ، وقد يختل عقله ويهذى ، وهو من الأمراض المخوفة عند الفقهاء(٣) في غير حالة اختلال العقل .

١١ - الجراحة :

وهي من الأمراض المخوفة عند الفقهاء في الحالات التالية :

أ - اذا كانت في مقتل .

ب - اذا كانت نافذة الى جوف من الأجواف .

جـ - اذا كانت في موضع يكثر فيه اللحم .

د - اذا كان لها ضربان شديد .

هـ - اذا حصل معها تآكل .

و - اذا حصل معها ورم .(٤)

---

(١) الطبيب / أسامة عبد الظاهر معاذ .
(٢) روضة الطالبين ٦/١٢٦ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٦ .
(٣) مغني المحتاج ٣/٥١ ، وروضة الطالبين ٦/١٢٧ ، وكشاف القناع من متن الاقناع ٤/٣٥٧ ، والمصباح المنير ١/٤١ - ٤٢ .
(٤) روضة الطالبين ٦/١٢٦ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٦ .

وأما الطب الحديث فانه يرى أن خطورة الجراحة تكمن في التشخيص المبكر للمرض الذى يراد اجراء الجراحة من أجله ، فكلما كان المرض في مراحله الأولى أيا كان نوعه فان الجراحة تكون مأمونة ونتائجها ناجحة في الغالب ، فبالتالي لا يعتبر خطرا على حياة المصاب .(١)

١٢ - القـــــيء :

وهو من الأمراض المخوفة عند الفقهاء اذا صاحبه دم أو بلغم أوغيرهما من أخلاط البدن ، أو دام مدة غير معتادة .(٢)

وأما الطب الحديث فيعتبر القيء عرضا مصاحبا لمرض معين في أغلب الحالات ، ولا يعتبره مرضا في حد ذاته ، كما يرى علاجه ميسورا حيث يوجه الى المرض المؤدى اليه ، فيكون ايقافه مضمونا في النهاية بعد زوال سببه ، بالعلاج باذن الله تعالى .(٣)

قلت : مما تجدر الاشارة اليه هنا ، أنه ينبغي أن لا يحكم على الأمراض السالف الذكر عن فقهائنا الأجلاء بأنها أمراض موت في العصر الحاضر بمجرد ظهورها عند شخص من الناس الا بعد استشارة أطباء عدول وذلك لتقدم العلاج في الطب الحديث .

---

(١) الطبيب / أسامة عبد الظاهر معاذ .

(٢) روضة الطالبين ٦/١٢٦ .

(٣) الطبيب / أسامة عبد الظاهر معاذ .

ب - بعض الحالات المستجدة والخطيرة على الحياة في نظر الطب الحديث:

هذا وقد ظهرت حالات عديدة في العصر الحاضر اعتبرهـــا الطب الحديث من أمراض الموت ، وقد تكون غير معروفة في السابـــق منها ما يلـي :

١ - اصابات المـرور :

ما أكثر حوادث المرور في الوقت الحاضر ، وقد تنتج عـــن بعضها اصابات في المخ أو أى عضو من الأعضاء الداخلية في الجســـم فيسبب نزيفا داخليا مما يصعب علاجه في الغالب فيؤدى في النهايـــة الى الوفـــاة .

ومثل هذه الحالات تكتشف عن طريق أجهزة الأطباء ، فمـــا أخبر أطباء عدول أنها خطيرة على حياة المصاب من هذه الحـــالات اعتبرت من أمراض الموت ، وان لم يكن المصاب نفسه يشعر بألم أو تعـــب في نفســـه .

٢ - ارتفاع ضغط الدم :

ان لارتفاع ضغط الدم أسبابا عديدة منها : التوتر العصـــبي الدائم والافراط في الطعام ، والركون الى الدعة ، ومضاعفاته خطيرة على المصاب ، وقد يؤدى الى الوفاة ، مثل نزيف المخ ، وهبوط القلـــب . ففي حالة مضاعفاته يعتبر من أمراض الموت .

٣ - تليف الكبـــد :

وهو مرض ينتج عنه الاستسقاء(١) في البطن ، ونزيف دوالي المرىء ، وهو من الأمراض المؤدية للموت في الغالب . وله أسباب عديدة تختـــلف

---

(١) الاستسقاء في البطن : هو الانتفاخ فيـــه .

باختلاف المجتمع ، فمن أسبابه في المجتمع غير الاسلامي ادمان الكحول ، وفي المجتمع الاسلامي تعتبر الأمراض المستوطنة من أشهر أسبابه ، مثل البلهارسيا (١) .

٤ - السرطان :

وهو مرض يعد ظهوره في شخص من الناس مرضا مؤديا للوفاة . وتختلف درجة خطورته باختلاف مكان الاصابة ، فان كان في عضو يمكن بتره كالذراع والساق ، فان فرصة النجاة منه كبيرة ، وان كان في عضو داخلي مما لا يمكن استئصاله ، فان فرصة النجاة منه قليل ، فيعتبر من الأمراض المخوفة .

٥ - الأمراض السرية :

وهي أمراض تصيب الأجهزة التناسلية ، وكان المعروف منها في السابق السيلان الزهري ، وقد ظهرت منها في السنوات الأخيرة أنواع لم تكن معروفة من قبل مثل الهربس (٢) والأيدز (٣) ، وهي أمراض مؤدية الى الوفاة بصورة مؤكدة وسريعة .

ومن أهم أسباب ظهورها الانحلال الخلقي السائد في معظم بلاد الله ، والله المستعان (٤) .

---

(١) البلهارسيا : مرض يصيب الجهاز البولي والمعوي ناتج عن ديدان تعيش في الماء الراكد .

(٢) الهربس : عبارة عن طفح جلدي خبيث حول الأعضاء التناسلية من الذكر والأنثى .

(٣) الايدز : مرض غير معروف الا في الشواذ ، وينتج عنه ضعف شديد في القوى المناعية للانسان .

(٤) كل ما قلته عن الطب الحديث في هذا البحث مأخوذ مناولة عن طبيب مسلم اسمه / أسامة عبد الظاهر معاذ - الطبيب العام بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة ، الا أن الكتابة تمت بنوع من التصرف .

المبحث الرابع : بيان من يلحقون بالمريض مرض الموت في أحكامه :

ألحق الفقهاء بالمرض المخوف حالات معينة توجد فيها علة الحجر على المريض مرض الموت ، وهو اليأس من استمرار الحياة ، فألحقوا أصحابها بالمريض في أحكام التصرفات .

فذهب جمهور الحنفية الى أن مدار هذا الالحاق على غلبة الهلاك فكل حال يغلب هلاك صاحبها على سلامته ، فهي حال ملحقة بالمرض المخوف ، وصاحبها ملحق بالمريض في أحكامه ، وكل حال تغلب سلامة صاحبها على هلاكه ، فهي حال ملحقة بالصحة وصاحبها ملحق بالصحيح .(١)

قال المرغيناني(٢) : (وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار)(٣) . أي الفرار بالطل عن الورثة والغرماء .

وذهب ابن الهمام(٤) في الفتح ، وابن عابدين(٥) في

---

(١) تبيين الحقائق على كنز الدقائق مع حاشية أحمد الشلبي ٢/٢٤٨ .

(٢) وهو : برهان الدين علي بن أبي بكر عبد الجليل الفرغاني المرغيناني الرشداني الفقيه الحنفي ، له مؤلفات منها : الهداية شرح بداية المبتدى ، وكتاب مجموع النوازل ، وكتاب الفرائض ، توفي سنة ٥٩٣ هـ
انظر : الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ٢/٦٢٧ - ٦٢٨ ، وتاج التراجم في طبقات الحنفية ص ٤٢ ، والفوائد البهية في طبقات الحنفية ص ١٤١ - ١٤٢ .

(٣) الهداية مع فتح القدير والعناية ٤/١٥١ .

(٤) وهو : كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبدالحميد بن مسعود السيواسي الاسكندري المعروف بابن الهمام ، من علماء الحنفية كان والده قاضيا على السيواس ببلاد الروم ثم قدم الى مصر . له مؤلفات منها : فتح القدير ، والتحرير في أصول الفقه ، وزاد الفقير في فروع الحنفية ، ولد سنة ٧٩٠ هـ ، وتوفي سنة ٨٦١ هـ .
انظر : الفوائد البهية ص ١٨١ وما بعدها ، والأعلام ٧/١٣٤ والفتح المبين ٣/٣٦ .

(٥) وهو : محمد الأمين بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي ، ==

حاشيته الى أن الأولى والأفضل اعتبار ما يخاف منه الموت غالبا موجبا للالحاق بالمريض في الأحكام على أن (غالبا) متعلق بالخوف وان لم يكن الواقع غلبة الهلاك ، فكل حال يغلب فيها الخوف من الموت فهي ملحقة بالمرض المخوف وان لم يكن الهلاك فيها هو الغالب .

لأنه يلزم من اعتبار غلبة الهلاك موجبا للالحاق بالمريض كما يرى المرغيناني وغيره أن لا تلحق به المرأة الحامل حال الطلق ولا المبارز لمن دونه في القوة ، لأن الغالب فيهما السلامة لا الهلاك ، وهم من الذين يقولون بالحاقهما بالمريض (١) . فأصبحت قاعدتهم منتقضة .

والفرق بين الرأيين أن من اعتبر غلبة الهلاك مدارا للالحاق بالمريض لا يلحق به من كان الغالب من حاله السلامة ولو حصل له الخوف من الموت ، ومثل له بعض الحنفية بالمحصور داخل الحصن ، فقالوا ان الحصن لدفع بأس العدو فلا يثبت به حكم الفرار بالطل عن أصحاب الحقوق (٢) .

ومن اعتبر غلبة الخوف من الموت موجبا للالحاق به ، يلحق به كل من كان الغالب من حاله الخوف من الموت ، وان لم يكن الغالب هو هلاكه .

وما ذهب اليه ابن الهمام وابن عابدين من الحنفية هو مذهب المالكية (٣) والشافعية (٤) ، والحنابلة (٥) .

من علماء الحنفية ، له مؤلفات منها : رد المحتار المعروف بحاشية ابن عابدين ، ولد سنة ١١٩٨ هـ بدمشق وتوفي سنة ١٢٥٢ هـ . الاعلام ٦/٢٦٧ .

(١) فتح القدير ٤/١٥٢ ، وحاشية ابن عابدين ٣/٣٨٥ .

(٢) الهداية مع الفتح والعناية ٤/١٥١ .

(٣) بلغة السالك على الشرح الصغير ٢/١٤٤ ، وقوانين الأحكام الشرعية ص ٣٥١ .

(٤) انظر : الأم ٤/٣٥ . (٥) المغني لابن قدامة ٦/٨٧ - ٨٨ .

المذهب المختـــار :

والشافعية

ان ما ذهب اليه المالكية والحنابلة وابن الهمام وابن عابدين فـــي تحديد مدار الالحاق بالمريض أولى بالاعتبار .

لأن مبنى هذا الباب هو التهمة بالفرار بالمال عن الورثة والتهمة بتفضيل بعضهم على بعض عند شعور الانسان بدنو أجله ، فمتى سيطر عليه الخوف من الهلاك في أية حال تحقق فيها هذا المعنى كالمريض مرض المـــوت ، وان لم يكن الواقع مع حاله غلبة الهلاك على السلامة . والله أعلم .

هذا وقد نص الفقهاء على أشخاص أنهم يلحقون بالمريض مـــرض الموت لاعتبار حالاتهم ملحقة بمرض الموت منهم :

١ - من حضر ساحة القتال :

ذهب الحنفية الى اعتبار من حضر صف القتال ملحقا بالمريـــض مرض الموت في أحكام التصرفات اذا خرج من صفه وبارز عدوه (١) . وما عـــدا حال المبارزة فانهم لا يلحقونه به فيها .

فقالوا : ان أسباب الخلاص فيما عدا حال المبارزة كثيرة ، فلا يكون الغالب فيها الموت (٢) ، الذى هو مدار الالحاق عندهم .

وأما المالكية فقد ذهبوا الى الحاقه بالمريض عند توفر أمرين :

أحدهما : أن يزحف المقاتل في صف القتال . فلا يحجر عليه لمجرد اجتماع أحد الجيشين تجاه الآخر .

---

(١) فتح القدير على الهداية ٤/١٥١ ، وبدائع الصنائع ٤/٢٠٧١ .
(٢) بدائع الصنائع ٤/٢٠٧١ .

والثاني : أن يكون من جملة المقاتلين ، لا من صف النظارة - بكسر النون ، وتخفيف الظاء ، وهم الذين ينظرون المغلوب من المجاهدين لينصروه .

ولا من صف الرد ، وهم الذين يردون من فرّ من المسلمين ، أو يردون اليه أسلحته .

فان كان في أحد هذين الصفين لم يحجر عليه شيء من تصرفاته.(١)

وكذلك اشترط الشافعية(٢) ، والحنابلة(٣) أمرين :

أحدهما : أن يكون كل من الفريقين مكافئا للفريق الآخر في القوة والمنعة . وأما الفريق الغالب والقوى فلا يلحق به بعد ظهوره .

والثاني : أن يلتحم الصفان ويختلط الفريقان ، فلا يحجر على أحد منهما قبل التحام الجيشين ، ولو حصل ترام بينهما بالأسلحة .

وبه قال عمر بن الخطاب ، والأوزاعي(٤) ، والثوري(٥) (٦) .

---

(١) الموطأ مع المنتقى للباجي ٦/١٧٥ - ١٧٦ ، والمدونة ٣/٣٦ ، ومواهب الجليل ٥/٧٨ ، والخرشي ٥/٣٠٥ ، وبلغة السالك ٢/١٤٤ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٥٢ ، ونهاية المحتاج ٦/٦٣ .

(٣) كشاف القناع ٤/٣٥٩ .

(٤) وهو عبد الرحمن بن عمر بن يحمد الأوزاعي التابعي ، امام الشام في زمانه في الفقه والزهد . له مؤلفات منها : كتاب السنن في الفقه ، وكتاب المسائل ، ولد في بعلبك سنة ٨٨ هـ ونشأ في البقاع وتوفي سنة ١٥٧ هـ . انظر : تهذيب الأسماء واللغات ١/٢٩٨ وما بعدها ، والأعلام ٤/٩٤ .

(٥) وهو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الفقيه والمحدث ، كان يحي بن معين لا يقدم عليه أحدا في زمانه في الفقه والحديث ، ولد سنة ٩٧ هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٦٠ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٤/١١١ وما بعدها ، وميزان الاعتدال ٢/١٦٩ .

(٦) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب الوصايا ١١/٢١٠ ، والمغني لابن قدامة ٦/٨٧ .

المذهب المختـــــار :

ان الأولى أن يلحق بالمريض من حضر ساحة القتال عند تحقق أمريـــن :

أحدهما : أن يزحف في صف القتال كما قال المالكية .

والثاني : أن يكون كل فريق من الجيشين مكافئا للآخر في القوة كما قـال الشافعية والحنابلة .

لأن الخوف من الهلاك يغلب عند حصول هذين الأمرين .

وأما ما قاله الحنفية فهو مبني على قاعـدة جمهورهم في الالحاق ، وهـي اعتبار غلبة الهلاك على السلامة من الحالة الملحقة بالمرض المخوف ، وهـي قاعدة منتقضة عليهم بالحاقهم المرأة الحامل بالمريض حال الطلق ، مـع غلبة السلامة فيها على الهلاك .

وأما اشتراط المالكية كونه من جملة المقاتلين ، فالأولى عـدم اشتراطه ، لأنه لا مانع أن يكون من في صف النظارة أو الرد هدفا للعدو ، لاعتباره أحد أعدائه فيخاف الموت من اصابة منه ، وهو مدار الالحـاق عندهـم .

قلـت : ينبغي في الوقت الحاضر أن يلحق به كل من حضر ميـدان القتال حال نشوب القتال بين الجيشين من المقاتلين وغيرهم ، نظـرا لتوقعه الموت في كل لحظة أينما كان موقعه ، وذلك لتنوع وسائل القتال ، وأساليبـه المعاصـرة .

كما ينبغي أن يلحق به كل فريق حال وجود ترام بينهمـا بالأسلحة ، وان لم يحصل التحام بين الجيشين ، خلافا للشافعية والحنابلة ، لأنها حالة يخاف فيها كل من أفراد الطرفين من الموت .

٢ - من أسره العدو :

من أسره العدو كالكفار والبغاة وقطاع الطرق ، فلا فرق أن يكون ذلك العدو ممن اعتادوا قتل أسراهم أم لا .

فان كان ممن اعتادوا قتل الأسرى ألحق بالمريض في أحكام التصرفات ، لأن الغالب من حاله هو الخوف من الموت .

وان لم يعتادوا قتلهم لم يلحق به . لأن الغالب من حاله هو عدم الخوف من الموت .[١] وبه قال الزهري[٢] ، والثوري[٣] ، وإسحاق[٤] .[٥]

٣ - من حبس للقتل :

من حبس للقتل قصاصا أو حدا فان في الحاقه بالمريض في أحكام التصرفات مذهبين للفقهاء :

أ - فذهب الحنفية[٦] والشافعية[٧] الى القول بعدم الحاقه بالمريض

---

(١) المنهاج مع مغني المحتاج ١٥١/٣ ، ونهاية المحتاج ٦٣/٦ ، والمغني لابن قدامة ٨٨/٦ ، وكشاف القناع ٣٦٠/٤ .

(٢) وهو : أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري القرشي التابعي ، أحد الحفاظ والفقهاء ، ولد سنة ٥١ هـ ، وتوفي سنة ١٢٤ هـ . انظر : تهذيب الأسماء واللغات ٩٠/١ وما بعدها ، والفتح المبين ٩٧/١ ، وتهذيب التهذيب ٤٤٥/٩ وما بعدها .

(٣) تقدمت ترجمته .

(٤) وهو : أبو يعقوب اسحاق بن ابراهيم بن مخلد راهويه الحنظلي الحافظ ، أحد الأئمة الأعلام .
انظر : ميزان الاعتدال للذهبي ١٨٢/١ - ١٨٣ .

(٥) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب الوصايا ٢١٣/١١ ، والمغني لابن قدامة ٨٨/٦ .

(٦) بدائع الصنائع ٢٠٧١/٤ ، وحاشية ابن عابدين ٣٩٠/٣ .

(٧) فتح الجواد ٢٤/٢ ، ومغني المحتاج ٥٢/٣ .

للحبس المجرد حتى يقدم للقتل ، فان قدم له حجر عليه ، والا فلا . لأن حاله قبل تقديمه للقتل غير مخوفة ، فلم يحجر عليه كالصحيح الذى لم يحبس .

ب - وذهب المالكية (١) والحنابلة (٢) الى الحاقه بالمريض اذا ثبت عليه القتل ببينة شرعية أو باقرار منه ، سواء قدم للقتل أم لا . لأنه سبب للموت و مقرب منه كالمبارزة للقتال ، والتقديم للقتل ، فألحق بالمريض مرض الموت (٣) .

وبه قال الحسن البصرى (٤) ، والأوزاعي (٥) ، وابن أبي ليلى (٦) (٧) .

---

(١) المدونة ٣/٣٦ ، والخرشي مع حاشية العدوى ٥/٣٠٥ .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٦٠ ، ومطالب أولي النهى ٤/٤٢٢ .

(٣) المنتقى للباجي على الموطأ . ٦/١٧٦

(٤) وهو : أبو سعيد الحسن بن يسار البصرى التابعي ، امام البصرة وحبر الأمة في زمانه ، العالم الفقيه ، ولد بالمدينة سنة ٢١ هـ وشب في كنف علي بن أبي طالب ، وتوفي سنة ١١٠ هـ .
انظر : تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦١ - ١٦٢ ، والأعلام ٢/٢٤٢ .

(٥) تقدمت ترجمته .

(٦) وهو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى (يسار ، وقيل : داود) ابن بلال الأنصارى الكوفي الفقيه المجتهد ولد سنة ٧٤ هـ ، وتوفي بالكوفة سنة ١٤٨ هـ .
انظر : الأعلام ٧/٦١ ، والفتح المبين ١/٩٩

(٧) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب الوصايا ١١/٢١٢ ، والمغني لابن قدامة ٦/٨٨ .

المذهب المختـــار :

ان ما ذهب اليه المالكية والحنابلة ومن معهم أولى بالاختيار لأن الحبس للقتل بالبينة الشرعية أو بالاقرار من المحبوس حالة يتحقق فيها الخوف من الموت وهو مناط الالحاق على المختار ، فتحمل تبرعاته علـــى الفرار بالمال عن أصحاب الحقوق ، فتكون في حكم الوصية كالمريـــــض مرض الموت .

وأما المحبوس للدعوى المجردة ولاجراء التحقيق في تهمة تتعلق بموجب القتل فلا يلحق بـــه (١) . لأن الرجاء في استمرار الحياة ، والحالة هذه قـــوى . والله أعلم .

٤ - من ركب السفينـــة :

اتفقت المذاهب الأربعة على أن من ركب سفينة حالة هـــدوء الماء كالصحيح في أحكام التصرفات .

واختلفوا فيمن ركبها حال اضطراب الماء بهبوب الرياح العاصفة وتلاطـــم الأمواج ، وخيف الغرق .

أ - فذهب الحنفية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) الى القول بالحاقه بالمريض مرض الموت في أحكام التصرفات .

وكذلك اذا انكسرت السفينة بحيث يخاف الراكب من الغرق (٥) .

---

(١) الخرشي ٥/٣٠٥ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/١٤٤ .
(٢) فتح القدير على الهداية مع العناية ٤/١٥١ .
(٣) نهاية المحتاج مع المنهاج ٦/٦٣ ، ومغني المحتاج ٣/٥٢ .
(٤) المغني لابن قدامـــة ٦/٨٨ .
(٥) فتـــح القدير على الهداية مع العنايـــة ٤/١٥١ .

لأنها حالة يغلب فيها الخوف من الموت ، فكانت كالمرض المخوف .

ولأن الله تعالى وصف هذه الحالة بشدة الخوف من الهلاك بقوله تعالى :

((هو الذي يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين))(١) .

فدلت الآية الكريمة على أن ركوب البحر حين تلاطم الأمواج حال مخوفة ، فيلحق صاحبها بالمريض مرض الموت .

ب - أما المالكية فقد روي عن الامام مالك في ذلك قولان :

أحدهما : أنه لا يلحق بالمريض صاحب البحر ، سواء حصل له هول وخيف الغرق أم لا . وهو رواية ابن القاسم عن مالك . وروي ذلك عن الحسن البصري .(٢)

والثاني : الحاقه بالمريض مرض الموت كقول الجمهور ، ذكره سحنون(٣) في المدونة كالرواية الثانية عن الامام مالك ، واليه ذهب

---

(١) سورة يونس - آية : ٢٢ .

(٢) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب الوصايا ١١ / ٢١٠ . تقدمت ترجمة الحسن البصري .

(٣) وهو أبو سعيد عبد السلام سحنون بن سعيد بن حبيب التنوخي القيرواني ، وأصله من حمص ، ولقب بسحنون لحدثه في المسائل وهو اسم لطائر حديد ، ولد سنة ١٦٠ هـ ، وقيل ١٦١ هـ ، وتوفي سنة ٢٤٠ هـ بالقيروان .

انظر : الديباج المذهب ٢ / ٣٠ وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ٦٩ .

أشهب[1] ، وابن وهب[2] . وقال بعض المالكية انه أقيس ، لأن ركوب السفينة حال اضطراب الماء وتلاطم الأمواج حال خوف على النفس من الموت كالزحف في صف القتال[3] . الا أن القول الأول هو المشهور في المذهب .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار. لأنه حال خوف من الهلاك ويأس من الحياة ، دلت على ذلك الآية الكريمة المتقدمة وهو مناط الالحاق بالمريض .

قلت : ينبغي أن يلحق به في الوقت الحاضر راكب الطائرة حال حدوث اضطرابات شديدة في الأحوال الجوية التي تؤدي الى تحطم الطائرة .

وكذلك راكب السيارة حال حدوث خلل كبير فيها الذي لا يستطيع السائق أن يتحكم فيها مع مثله ، كقلع بعض عجلاتها حال سرعة فائقة .

لأنها حالات يسيطر فيها الخوف من الهلاك على الراكب كالمريض مرض الموت . والله أعلم .

---

(١) وهو : أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود العبسي العامري المصري ، من أصحاب مالك ، ولد سنة ١٤٠ هـ ، وقيل : ١٥٠هـ وتوفي سنة ٢٠٤ هـ بمصر .
الديباج المذهب ١/٣٠٧ - ٣٠٨ ، وشجرة النور الزكية ص ٥٩ .

(٢) وهو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي المصري الفقيه المالكي والمحدث من أصحاب الامام مالك ، لازمه مدة عشرين سنة له مؤلفات منها : الموطأ الكبير والموطأ الصغير . ولد سنة ١٢٥ هـ ، وتوفي بمصر سنة ١٩٧ هـ .
الديباج المذهب ١/٤١٣ وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ٥٨ .

(٣) المدونة ٣/٣٦ ، والمنتقى للباجي ٦/١٧٦ ، والخرشي ٥/٣٠٥ ، والشرح الصغير ٢/١٤٤ .

٥ - المرأة الحامل :

اتفقت المذاهب الأربعة على الحاق المرأة الحامل بالمريض في أحكام التصرفات اذا أخذ بها الطلق .

واتفقت على أنها كالصحيح في الأحكام اذا كان حملها دون ستة أشهر .

ثم اختلفوا فيما اذا بلغ حملها ستة أشهر على مذهبين (١) :

أ - فذهب الحنفية (٢) ، والشافعية (٣) ، وجمهور الحنابلة (٤) ، وجماعة من أهل المدينة والمالكية (٥) الى أنها لا تلحق بالمريض الا اذا ضربها طلق الولادة ، أو وضعت بالفعل ولم تنفصل المشيمة بعد .

لأنه وقت الخوف من الموت ، وأما قبله فهي فيه كالصحيح الا اذا مات الجنين في بطنها (٦) . وبه قال عمر بن الخطاب (٧) ، ويحي بن سعيد (٨) الأنصاري ، وسفيان الثوري (٩) . وقد أطلق القول بالحاقها

---

(١) الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار لابن عبد البر ٥/١٦٧ - ١٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٤/٢٠٧١ .

(٣) روضة الطالبين ٦/١٢٨ ، ومغني المحتاج مع المنهاج ٣/٥٢ .

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٨٦ .

(٥) الكافي لابن عبد البر ٢/٣٢٢ - ٣٢٣ .

(٦) فتح الجواد شرح الارشاد ٢/٢٤ .

(٧) تقدمت ترجمته .

(٨) وهو : أبو سعيد يحي بن سعيد الأنصاري بن قيس بن عمرو المدني التابعي الفقيه القاضي ، روى عنه حماد بن زيد هذا الأثر وسمعه من القاسم بن محمد ، اختلف في سنة وفاته فقيل : سنة ١٤٣ ، وقيل : سنة ١٤٤ هـ ، وقيل : سنة ١٤٦ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ١١/٢٢١ وما بعدها ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/١٥٣ - ١٥٤ .

(٩) تقدمت ترجمته .

بالمريض كل من قتادة[١] ، وعطاء[٢] ، وشريح[٣] ، والحسن البصري[٤] في أشهر الروايتين عنه[٥] .

ب - وذهب جمهور المالكية[٦] الى القول بالحاقها بالمريض اذا بلغ حملها ستة أشهر . وبه قال الخرقي[٧] من الحنابلة[٨] .

---

(١) وهو : أبو الخطاب قتادة بن دعامة بن عزيز السدوسي البصري المفسر الحافظ ، روى عنه معمر هذا الأثر ، ولد سنة ٦١ هـ ، وتوفي بواسط سنة ١١٨ هـ ، وقيل : بالبصرة سنة ١١٧ هـ .
انظر : ميزان الاعتدال ٣/٣٨٥ ، وتهذيب التهذيب ٨/٣٥١ وما بعدها ، والأسماء واللغات ٢/٥٧ .

(٢) تقدمت ترجمته .

(٣) وهو : أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي الكوفي ، من كبار التابعين ومن أشهر القضاة والفقهاء ، ولي قضاء الكوفة في زمن عمر بن الخطاب ، وعثمان ، وعلي ، ومعاوية توفي بالكوفة سنة ٧٨ هـ .
انظر : تهذيب الأسماء واللغات ١/٢٤٣ - ٢٤٤ ، والأعلام ٣/٢٣٦ .

(٤) تقدمت ترجمته .

(٥) المصنف لابن أبي شيبة ١١/٢١٠ - ٢١١ ، والمصنف لعبد الرزاق ٩/٨٦ ، وسنن الدارمي ٢/٤١١ .

(٦) المدونة ٣/٣٦ ، ومواهب الجليل ٥/٧٨ ، والمنتقى للباجي ٦/١٧٥ .

(٧) وهو : أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي الفقيه الحنبلي ، من أهل بغداد ، ونسبته الى بيع الخرق ، وهو صاحب الكتاب المعروف (بمختصر الخرقي) ، توفي بدمشق سنة ٣٣٤ هـ .
انظر : طبقات الحنابلة لأبي يعلى ٢/٧٥ ، ١١٨ ، والأعلام ٥/٢٠٢ .

(٨) المغني لابن قدامة ٦/٨٦ مع مختصر الخرقي .

فقالوا : انه تصح الولادة بعد بلوغ الحمل ستة أشهر ، فيترقب فيه الوضع في كل لحظة ، الذي يكثر فيه الخطر ويشتد الألم مع ثقل الحمل فكانت فيه كحال الطلق .

وذلك لقوله تعالى ((وحمله وفصاله ثلاثون شهرا))(١) ، مع قوله تعالى ((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين))(٢) .

فدلت الآيتان معا على أن مدة الحمل ستة أشهر ، وأنه زمن ترقب الوضع حيث جعلت الآية الثانية مدة الرضاعة حولين كاملين ، وهما أربعة وعشرون شهرا من الثلاثين المذكورة في الآية الأولى ، فكان الباقي منه للحمل ستة أشهر(٣) .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور ، أولى بالاختيار ، لأن الحامل ألحقت بالمريض لمعنى وهو الخوف من الهلاك ، فاحتمال وجود هذا المعنى عندها حال طلق الولادة قوي ، وقبله ضعيف . والله أعلم .

٦ - من خالط المرضى بالطاعون :

الطاعون والوباء أو الوباء بالحركة وبالمد بمعنى ، وهو كل مرض طام ، ويجمع على أوبئة(٤) .

واتفقت المذاهب الأربعة على أن من أصيب بالطاعون يحجر عليه لأنه مريض مرض الموت ، واختلفوا فيمن خالط المصابين به ولم يصب بعد :

---

(١) سورة الأحقاف - آية ١٥ .
(٢) سورة البقرة - آية ١٣٣ .
(٣) المنتقى للباجي ٦/١٧٥ .
(٤) ترتيب القاموس ٣/٧٩ ، ٤/٥٦٤ .

أ - فذهب الحنفية[١]، وبعض المالكية[٢]: الى عدم الحاقه بالمريض حتى يصاب . روى ذلك عن الحسن البصري[٣][٤] .

ب - وذهب الآخرون من المالكية[٥]، والشافعية في المشهور[٦]، والحنابلة[٧] الى الحاقه بالمريض وان لم يصب بعد . وبه قال ابن عابدين[٨] فيمن دخل الطاعون في محلته أو داره ، دون من لم يدخل في محلته ولا في داره[٩] .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الحنفية ومن معهم أولى بالاختيار ، لأن احتمال حصول الخوف له من الهلاك قبل اصابته احتمال غير قوي ، فلا تتحقق تهمة الفرار بالمال عن أصحاب الحقوق مع عظم الطمع في استمرار الحياة .

والله أعلم .

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٣٩٠ .
(٢) مواهب الجليل مع التاج والاكليل ٥/٧٨ .
(٣) تقدمت ترجمته .
(٤) المصنف لابن أبي شيبة ١١/٢١٠ .
(٥) شرح الزرقاني مع مع حاشية البناني ٥/٣٠٥ .
(٦) روضة الطالبين ٦/١٢٨ .
(٧) المحرر مع النكت والفوائد السنية ١/٣٧٨ .
(٨) تقدمت ترجمته .
(٩) حاشية ابن عابدين ٣/٣٩٠ .

(اذا أعطى الرجل العطية حين يضع رجله في الغرز[1] للسفر فهو وصية من الثلث)[2] .

وذهب ابراهيم[3] ، وهشيم[4] ، الى القول بحدم العاقة بالمريض[5] .

بعد وأن القائلين بالعاقة بالمريض يرون السفر مظنة خوف على النفس من الهلاك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : (السفر قطعة من العذاب)[6] .

أشار الى هذا التعليل ابن حزم في المحلى[7] .

---

(١) الغرز : ركاب من الجلد يضع فيه الراكب رجله ، يقال : غرز رجله في الغرز اذا وضعها فيه .
انظر : ترتيب القاموس ٣/٣٨٢ .

(٢) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب الوصايا ١١/٢١٣ ، وسنن سعيد ابن منصور - القسم الأول من المجلد الثالث ص ٩٨ .

(٣) وهو : أبو عمر وابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي الكوفي التابعي الامام الفقيه المجتهد ، فقيه العراق ، ولد سنة ٤٦ هـ وقيل : سنة ٥٠ ، وتوفي سنة ٩٦ هـ .
تهذيب التهذيب ١/١٧٧ - ١٧٨ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١/١٠٤ - ١٠٥ ، والأعلام ١/٧٦ .

(٤) وهو : أبو معاوية هشيم بن بشير بن القاسم السلمي الواسطي قيل انه بخاري الأصل ، ولد سنة ١٠٤ هـ ، وقيل ١٠٥ هـ ، وتوفي سنة ١٨٣ هـ ، روى عن الشعبي والنخعي .
تهذيب التهذيب ١١/٥٩ وما بعدها ، وميزان الاعتدال ٤/٣٠٦ وما بعدها ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/١٣٨ وما بعدها .

(٥) سنن سعيد بن منصور ص ٩٩ .

(٦) متفق عليه من حديث أبي هريرة وهو جزء من حديث طويل . رواه البخاري في كتاب الجهاد والسير ، باب السرعة في السير . فتح الباري ٦/١٣٩ ، وكتاب العمرة ، باب السفر قطعة من العذاب فتح الباري ٣/٦٢٢ . ورواه مسلم في كتاب الامارة ، باب السفر قطعة من العذاب ٣/١٥٢٦ .

(٧) المحلى لابن حزم ٩/٤٣٣ .

وأن القائلين بعدم الحاقه بالمريض نظروا الى حال التبرع ، فان المسافر والغازي في تلك الحالة صحيح وغير واقع في مهلكة يخشى فيهـــا الموت فلا تحمل تبرعاته على الفـرار بالمال عن الورثـــة .

المذهـــب المختـــار :

ان ما ذهب اليه ابراهيم وهشيم أولى بالاختيار ، الا اذا كان الطريق غير آمن يخاف سالكه على نفسه من الهلاك عادة بسبب من الأسباب كوجود قطاع الطرق أو قلة الماء كما كان في السابق ، فانه في هذه الحالة ينبغي أن يلحق بالمريض ، لأن حاله مظنة يأس من الحياة فيتهم فـــي تصرفاته المالية بلا عوض .

وأما حال أمن الطريق من المهلكات ، كأغلب الحالات فـــي الوقت الحاضر ، فلا يلحق به لعدم الجامع بينهما وهو الخوف من الموت ، وأما الحديث الشريف فانه يدل - والله أعلم - على أن السفر ثقل على نفـس المسافر من جهة المتاعب والمشقة النفسية والبدنية التي يلقاهـــا لمفارقة موطنه المألوف ، ولا يترتب عليه هلاك عادة .

والله أعـــلم .

المبحث الخامس : العمل عند اشتباه المرض :

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : فيمن يرجع اليه في تحديد المرض المشتبه .

الفرع الثاني : العمل عند اختلاف من يرجع اليهم فيما بينهم .

الفرع الثالث : العمل عند اختلاف الورثة والمتبرع له بعد الموت .

=/=/=/=/=

الفرع الأول : فيمن يرجع اليه في تحديد المرض المشتبه :

لم يقصد الفقهاء عند ما نصوا على بعض الأنواع من المرض واعتبروها مخوفة وأخرى غير مخوفة ، لم يقصدوا الى حصر الأمراض المخوفة بالذكر ، وانما قصدوا ذكر الأمثلة ، يقاس عليها ما يشبهها من سائر الأمراض بالرجوع الى أهل العلم والخبرة (١) .

وأهل الخبرة في هذا الباب هم الأطباء في كل عصر من العصور ، فاذا اشتبه أمر مرض من الأمراض مما لم ينص عليه الفقهاء فلم يعلم أهو مرض مخوف أم لا ، رجع في تحديد أمره الى الأطباء ذوي الخبرة والمعرفة .

وقد اشترط الفقهاء فيمن يرجع اليه ويقبل قوله في ذلك شروطا هي :

١ - أن يكون مسلما . فلا يقبل فيه قول طبيب غير مسلم .

٢ - أن يكون بالغا . فلا يقبل فيه قول طبيب غير بالغ .

٣ - أن يكون عادلا . فلا يقبل فيه قول طبيب فاسق .

٤ - أن يكون عددا . فلا يقبل فيه قول طبيب واحد (٢) .

---

(١) الأم للشافعي - كتاب الوصايا ٤/٣٥ .

(٢) روضة الطالبين ٦/١٢٨ - ١٢٩ ، والمغني لابن قدامة ٦/٨٥ .

واذا كان المرض المشتبه من الأمراض الباطنة بامرأة مما لا يطلع عليها الرجال غالبا ، فانه يقبل فيه قول النساء للعذر .(١)

أما ان كان مما يطلع عليه الرجال عادة فلا يقبل في تحديده أقل من رجلين ممن توفرت فيهم الشروط الثلاثة الأولى من الأطباء . في منصوص الشافعية(٢) والحنابلة(٣) .

فقالوا : انها شهادة على غير مال تعلقت بها حقوق الآدميين من الورثة وأهل التبرعات ، فلم يقبل فيه الا قول الرجلين .(٤)

وأما المالكية فقياس قولهم في باب الشهادة هو قبول قول رجل وامرأتين في ذلك ، لأنه يؤول الى المال ، فهم يقبلون قول رجل وامرأتين في المال وما يؤول اليه .(٥)

هذا اذا كان وجود طبيبين أمرا ميسورا ، أما اذا تعذر وجود غير طبيب واحد ، فهل يكتفى به ويقبل قوله في تحديد المرض مخوفا أو غير مخوف أم لا ؟ .

قد نص الحجاوي(٦) في الاقناع على عدم الاكتفاء بطبيب واحد مطلقا

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٦١ ، وفتح الجواد ٢/٢٤ .
(٢) روضة الطالبين ٦/١٢٨ - ١٢٩ ، وحاشية الجمل ٤/٥٣ .
(٣) المغني لابن قدامة ٦/٨٥ ، والروض الندى ص ٣٠٦ .
(٤) روضة الطالبين ٦/١٢٨ ، ونهاية المحتاج ٦/٦٠ .
(٥) الخرشي مع حاشية العدوى ٧/٢٠١ ، وبلغة السالك مع الشرح الصغير ٢/٣٥٨ - ٣٥٩ .
(٦) وهو : أبو النجا شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى بن سالم الحجاوي المقدسي ثم الدمشقي الصالحي الفقيه الحنبلي ، له كتب منها : الاقناع ، وزاد المستقنع في اختصار المقنع . أشار خير الدين الزركلي الى أن وفاته كانت في سنة ٩٦٠ هـ ، وخلاف الاقناع أنه توفي سنة ٩٦٨ هـ .
انظر : جالنعت الأكمل ص ١٢٤ ، والأعلام ٨/٢٦٧ .

تعذر وجود ثان أم لا ، فقال : " وما قال مسلطان عدلان من أهل الطب لا واحد ولو لعدم عند اشكاله انه مخوف "(١).

وقياس قول الخرقي قبول قول طبيب واحد عند تعذر الثاني(٢) حيث قال : " وتقبل شهادة الطبيب في الوضحة اذا لم يقدر على طبيبين وكذلك البيطار في داء دابة "(٣).

قال ابن قدامة : " وجملته : أنه اذا اختلف . . . في الجراح التي لا يعرفها الا الأطباء أو اختلف في داء يختص بمعرفته الأطباء أو في داء الدابة ، فظاهر كلام الخرقي أنه اذا لم يقدر على طبيبين أو بيطاريين لا يجزئ واحد . لأنه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل منه شهادة واحد كسائر الحقوق . وان لم يقدر على اثنين أجزأ واحد . لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فأجزئ فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيه قول المرأة الواحدة ، فقبول قول الرجل الواحد أولى "(٤).

يدل هذا التوضيح على أن الخرقي يرى الاكتفاء بالطبيب الواحد عند تعذر الثاني فيما يشترط فيه طبيبان .

---

(١) الاقناع مع كشف القناع ٤/٣٥٧ .
(٢) المغني لابن قدامة ٦/٨٥ .
(٣) مختصر الخرقي مع المغني لابن قدامة - كتاب الشهادات ٩/٢٧٠
(٤) المغني لابن قدامة ٩/٢٧٠ .

وبه قال ابن الهمام[1] من الحنفية في تحديد الداء الباطن بالجارية أو الدابة مما يرد به المبيع اذا اختص بمعرفته الأطباء[2].

المذهب المختار :

ينبغي أن يقبل قول طبيب واحد حال تعذر غيره . لأن المرض المشتبه أمره بين كونه مخوفا وغير مخوف مشكلة يتعين حلها بالرجوع الى أهل الخبرة والمعرفة ، حتى يصدر حكم شرعي باعتباره مخوفا أو غير مخوف لقطع النزاع بين الورثة المتطلعين الى اخراج تبرع مورثهم من الثلث على أنه واقع في مرض موته ، وبين أهل التبرع المتطلعين الى حسابه من رأس المال على أنه واقع في صحته ، فعند فقدان طبيب ثان يتعين قبول قول الواحد وسيلة لتحقيق تلك الغاية الشرعية ، لأجل العذر ، كما قبل قول النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من العيوب الباطنة بالمرأة .

والله أعلم .

---

(١) تقدمت ترجمته .

(٢) فتح القدير ٥/١٧٣ .

الفرع الثاني :العمل عند اختلاف من يرجع اليهم فيما بينهم :

اذا اشترك عدد من الأطباء المتخصصين في النظر في حقيقة مرض مشتبه بين كونه مخوفا وغير مخوف ، واختلفوا فيما بينهم ، فقال بعضهم : انه مرض مخوف . وقال آخرون : انه غير مخوف . قدم قول الأعلم منهم ، سواء كانوا أكثر عددا أم أقل عددا ،

لأن تفوقهم على غيرهم في العلم بالطب أو بعين المرض المشتبه أمر يمكنهم من معرفة أبعاده أكثر من غيرهم ، فيكون مرجحا لقولهم على قول غيرهم .

فان كانت درجاتهم متقاربة في العلم بالطب أو بعين المرض المشتبه ولم يعرف الأعلم منهم ، قدم قول الأكثر عددا .

لأن زيادة عددهم على عدد معارضيهم مع تقارب معرفة الفريقين يقوى جانب قولهم على قول الأقل عددا .

وان تساووا في العلم والعدد قدم قول المخبرين بكونه مخوفا .

لأن شهادتهم ناقلة من الأصل وهو عدم المخوف ، والبينة الناقلة مقدمة على البينة المستصحبة .(١) ولأن معهم زيادة علم خفي على غيرهم .(٢)

---

(١) فتح الجواد ٢/٢٤ ، ونهاية المحتاج ٦/٦٠ ، وتحفة المحتاج ٧/٣١ ، وحاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٧/٣١ .

(٢) نهاية المحتاج ٦/٦٠ .

الفرع الثالث : العمل عند اختلاف الورثة والمتبرع له بعد الموت :

اذا مات المعطي ، واتفق المتبرع له والورثة على أن العطية صدرت منه وهو مريض ، ثم اختلفوا في كون ذلك المرض مخوفا وغير مخوف فقال المتبرع له : انه لم يكن مرضا مخوفا ، وقالت الورثة : انه كان مخوفا ، ولا بينة لأحدهما ، فانه يقبل قول المتبرع له فتحسب عطيته من رأس المال (١) .

لأن قوله موافق للأصل وهو دوام الصحة وعدم المرض المخوف ، لأن المرض من الصفات العارضة والأصل فيها العدم ، فلا تثبت الا ببينة (٢) .

فان أقامت الورثة بينة على صدق دعواهم عمل بها واعتبرت العطية من ثلث التركة .

وان اتفقوا على أنها وقعت في مرض مخوف ، ثم ادعى المتبرع له أنه شفي من ذلك المرض ، ومات بمرض آخر ، أو مات فجأة ، قبل قول الورثة لأنه موافق للأصل في هذه الحالة وهو بقاء مرضه المخوف حتى الموت (٣) ، الا اذا أقام المتبرع له بينة على صدق دعواه ، فان أقامها عمل بها .

وان اختلفوا في وقوعها في صحة المعطي أو في مرض موته ، فقال المتبرع له : وقعت في صحته ، وقالت الورثة : بل وقعت في مرض موته ، فقد اختلف قول الفقهاء فيمن يقبل قوله في هذه الحالة :

١ - فذهب الحنفية الى قبول قول الورثة الا اذا أقام المعطى بينة على صدق دعواه ، فان أقامها عمل بها وقبل قوله .

---

(١) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ١٢٩/٦ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤ .
(٣) حاشية اعانة الطالبين في حل ألفاظ فتح المعين ٢١٣/٣ .

تدل على ذلك مسألتان عند الحنفيـة :

احداهما : أن المريض اذا أقر لبعض ورثته بشيء من المال ، ثم مـات ، واختلف المقر له مع باقي الورثة في وقت وقوع الاقرار ، فقال المقـر له : انه وقع في صحة المقر ، وقال باقي الورثة : بل وقع في مرض موته . قالوا ان القول قول باقي الورثة ، فلا يصح الاقرار الا باجازتهم (١) . أو يقيم المقر له بينة على صدق دعواه ، فان أقامهـا صح بلا اجـازة (٢) . لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة .

وثانيتهما : أنه اذا أوصى رجل بثلث ماله لآخر ، ثم اتفق الموصى لـه والورثة على عتق عبد من عبيد الميت ، ولكنهم اختلفوا في وقت وقوع ذلك العتق ، فقال الموصى له : انه أعتق في صحة سـيده . وقالت الورثة : بل أعتق في مرض موتـه .

قالوا : ان القول قول الورثة ، فيعتق العبد من ثلث الميـت فما بقي بعده أعطي للموصى له ، وان لم يبق شيء من الثلث بعد عتقه لم يكن للموصى له شيء من التركة .

الا اذا أقام بينة على صدق دعواه ، لأن الثابت بالبينة كالثابـت معاينـة (٣) .

واستدلوا على المسألتين بدليلين من المعقول :

أحدهما : اعتبار الورثة على الأصل ، واعتبار المقر له ، والموصى لـه مدعين خلاف الأصـل .

فقالوا : ان المقر له يدعي خصوصيته بشيء من التركة بالاقـرار وباقي الورثة ينكرونها ، والأصل عدم خصوصيته بشيء منها .

---

(١) وهذا مبني على عدم صحة اقرار المريض لبعض ورثته الا باجازة الباقين وهو مذهب الحنفية - كما سيأتي ان شاء الله تعالى - في بـاب اقرار المريض .

(٢) الفتاوى الخانية ٣/١٤٦ ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٤ - ٦٥

(٣) تكملة الفتح ١٠/٤٦٨ ، وتبيين الحقائق ٦/١٩٧ - ١٩٨ .

ويدعي الموصى له ثلث تركة الميت بعد عتق عبده ، وقد يشتمل على جزء من ثلثي جميع التركة ، والورثة ينكرون ما يدعيه ، والأصل سلامة الثلثين لهم دون نقص . والقول قول المنكر مع يمينه ما لم يقم المدعي بينة على صدق دعواه .(١)

وثانيهما : أن الاقرار والعتق حادثان ، والحوادث تضاف الى أقرب الأوقات للتيقن به ، فكان الظاهر شاهدا للورثة ، لأن حال المرض أقرب من حال الصحة بالنسبة لما بعد الموت ، فيكون القول قولهم مع اليمين حال فقدان البينة للمدعي .(٢)

قلت : ان اختلاف الورثة والمعطى له في وقت وقوع العطية بعد موت المعطي ، هل هو وقت الصحة ، أو وقت المرض المخوف ؟ نظير المسألتين المذكورتين ، يصدق عليه دليلا هما المذكورين ، فيكون الحكم فيه عند الحنفية كالحكم فيهما ، وهو قبول قول الورثة الا اذا أقام المعطى له بينة على صدق دعواه . والله أعلم .

٢ - وذهب الشافعية الى قبول قول المتبرع له الا اذا أقام الورثة بينة على صحة دعواهم . فان أقام كل من الورثة والمتبرع له بينة وتعارضت البينتان قدمت بينة الورثة .(٣)

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو أن قول المتبرع له موافق للأصل وهو دوام الصحة ، وعدم المرض المخوف ، فيقبل قوله حال عدم اقامة المخالفين لذلك الأصل بينة على صدق دعواهم . فان أقاموا بينة ، قبل قولهم ، لأن بينتهم ناقلة من الأصل وبينة الصحة مستصحبة ، والبينة الناقلة مقدمة على البينة المستصحبة .(٤)

---

(١) تكملة الفتح ١٠/٤٦٨ ، وتبيين الحقائق ٦/١٩٧ - ١٩٨ .
(٢) تكملة الفتح ١٠/٤٦٨ ، والفتاوى الخانية ٣/١٤٦ ، والأشباه والنظائر ص ٦٤ - ٦٥ .
(٣) حاشية أبي الضياء مع نهاية المحتاج ٦/٦١ ، واعانة الطالبين ٣/٢١٣
(٤) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ٢/١٥ ، وحاشية اعانة الطالبين ٣/٢١٣

٣ - وذهب الحنابلة الى التفريق بين ما حدد لوقوعها وقت كرأس الشهر ، وبين ما لم يحدد لوقوعها وقت .

فقالوا بقبول قول المتبرع له في الحالة الأولى ، كقول الشافعية .

واستدلوا على ذلك بالمعنى المعقول ، وهو أن الأصل استمرار حال الصحة وعدم المرض المخوف حتى الوقت المتفق على وقوع التبرع فيه ، فيكون القول قول المتبرع له لموافقته هذا الأصل .(١)

وقالوا بقبول قول الورثة في الحالة الثانية(٢) ، كقول الحنفية .

ولم أقف على تعليل لقولهم هذا ، وقد ذكر ابن مفلح(٣) هذه المسألة في فصل تعارض البينتين دون ذكر وجه ترجيح قول الورثة على قول المعطى(٤) .

فقلت : يشبه أنهم يرون تعارض أصلين هنا :

أحدهما : دوام الصحة وعدم المرض المخوف ، وهو أصل موافق لقول المتبرع له .

والثاني : عدم استحقاق شيء من التركة على الورثة ، وهو أصل موافق لقول الورثة .

فيترجح الأصل الثاني بكون حال المرض أقرب وقت من الصحة بالنسبة لما بعد الموت ، فيضاف اليه الحادث وهو العطية ، فيقبل قول الورثة لشهادة الظاهر لأصلهم الا اذا أقام المعطى بينة على صدق دعواه .

والله أعلم .

---

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع ٤/٣٦ .

(٢) الفروع ٤/٦٧٢ ، والانصاف ٧/١٧٤ ، وكشاف القناع ٤/٣٦ .

(٣) وهو : أبو اسحاق ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح برهان الدين الفقيه الحنبلي ، له مؤلفات منها : المبدع شرح المقنع ، ومرقاة الوصول الى علم الأصول ، والمقصد الأرشد في ذكر أصحاب الامام أحمد . ولد سنة ٨١٦ هـ بدمشق ، وتوفي بها سنة ٨٨٤ هـ .

انظر : الأعلام ١/٦٢ ، والفتح المبين ٣/٤٩

المذهب المختار :

يبدو لي - والله أعلم - أنه ينبغي أن ينظر في هذه المسألة الى حال وفاة المعطي بالكسر ، فان حمل موته على مفاجأة صدّق المتبرع له ، واعتبرت عطيته من رأس المال . لأن الأصل عدم غيره ، وحالة المفاجأة بالموت لا تضع فرصة للتصرف للميت ، فيحمل وقوع تبرعه على ما قبل الموت المفاجيء ، وهو وقت الصحة .

وان كان موته بمرض مخوف صدّق الورثة واعتبرت عطيته من الثلث . لأن المرض المخوف مظنة الاكثار من التبرعات ، اما رغبة في ثواب الآخرة ، واما فرارا بالمال من الورثة ، فيحمل تصرفه على حال المرض .

والله أعلم .

الفصل الثاني : في الحجر على المريض مرض الموت :

وفيه أربعة مباحث :

المبحث الأول : اثبات الحجر على المريض مرض الموت .

المبحث الثاني : سبب الحجر عليه وأثره .

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في موجب الحجر عليه .

الفرع الثاني : في جهة تعلق حقوق الغرماء بماله .

الفرع الثالث : في جهة تعلق حقوق الورثة بماله .

المبحث الثالث : أهليته عند الفقهاء .

المبحث الرابع : المقدار المحجور عليه .

=/=/=/=/=/=/=

المبحث الأول : اثبات الحجر على المريض مرض الموت :

الحجر لغـــة : المنع(١) والتضييق ، ومنه سمي الحرام حجرا ، كقوله تعالى ((ويقولون حجرا محجورا))(٢) أي حراما محرما .(٣)

يقال : حجر عليه القاضي اذا منعه عن التصرف في ماله ، وبابه نصر ينصر.(٤)

والحجر اصطلاحا : منع الانسان من التصرفات الطليـة .(٥)

وهو نوعـــان(٦) :

أحدهما : حجر عام ، ومنه الحجر على الصغير والمجنون ، فهو عام فـــي المعاوضات والتبرعات ، كما هو عام في أموالهم وذممهم .(٧) وهذا النوع غير مقصود بهذا البحث ، لأنه حجر لمصلحتهم .

والثاني : حجر خاص ، ومنه الحجر على المريض مرض الموت ، وهو خـــاص بغير المعاوضات وبما زاد على ثلث ماله في غير المعاوضات . وهـــو المقصود هنـــا .

وقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة ومن وافقهم على ثبوت الحجر عليه حجرا جزئيا فيمنعونه من التصرف في ماله بلا عوض مطلقا ان كان عليه دين محيط بجميـــع ماله وفيما زاد على ثلثه بلا عوض ان لم يكن عليه دين مستغرق لجميع ماله .(٨)

---

(١) ترتيب القاموس على طريقة المصباح المنير ١/٥٩٢ .
(٢) سورة الفرقان - آية : ٢٢ .
(٣) المغني لابن قدامة ٤/٥٠٥ .
(٤) مختار الصحاح ص ١٢٣ .
(٥) مغني المحتاج ٢/١٦٥ ، والمغني لابن قدامة ٤/٥٠٥ .
(٦) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/١٣٧ .
(٧) المغني لابن قدامـــة ٤/٥٠٥ .
(٨) الاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٨ ، وشرح مسلم للنووي - كتـــاب الوصية ١١/٧٧ ، والافصاح عن معاني الصحاح ٢/٧٢ .

وخالفهم في ذلك أهل الظاهر منهم داود الظاهري[1]، فقالوا : انه لا حجر عليه في التصرفات المالية مطلقا ، سواء كانت بعوض أم لا ، كالصحيح ، الا العتق بغير عوض ، فانه يحسب من ثلثه[2] عملا بظاهر الحديث الوارد في ذلك[3].

وذهب ابن حزم الظاهري[4] الى أبعد من ذلك فقال : انه لا حجر عليه

---

(١) وهو : أبو سليمان داود بن علي بن خلف الأصبهاني نسبة الى أصبهان ، الملقب بالظاهري ، سمي بذلك لأخذه بظاهر نصوص الكتاب والسنة واعراضه عن التأويل والقياس والرأي ، واليه تنسب الطائفة الظاهرية ، وهو أحد الأئمة المجتهدين ، وكان في أول أمره من أكثر الناس تعصبا للامام الشافعي . له كتب كثيرة منها : كتاب ابطال القياس ، وكتاب الحجة ، وكتاب الخصوص والعموم ، وكتاب الخبر الموجب للعلم . ولد بالكوفة سنة ٢٠٢ هـ ، وقيل : ٢٠١ هـ ، وتوفي في بغداد سنة ٢٧٠ هـ .

انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٢/٢٦ وما بعدها ، وميزان الاعتدال ٢/١٤ وما بعدها ، والأعلام ٣/٨ ، والفتح المبين ١/١٥٩ وما بعدها .

(٢) الاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٨ .

(٣) وهو حديث عمران بن حصين الآتي ضمن أدلة الجمهور .

(٤) وهو : أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ، أحد أئمة المسلمين الفقهاء والعلماء . له كتب منها : الأحكام في أصول الأحكام ، والمحلى بالآثار في شرح المجلى بالانتصار ، والناسخ والمنسوخ في التفسير ، والتقريب في حدود المنطق . ولد سنة ٣٨٤ هـ ، وتوفي سنة ٤٥٦ هـ .

انظر : الأعلام ٥/٥٩ ، والفتح المبين ١/٢٤٣ - ٢٤٤

مطلقا ، لا في العتق ولا في غيره .

وقال - بعد ذكره المريض مرض الموت ومن يلحق به عند القائلين بالحجر عليهم - : (كل من ذكرنا فكل ما أنفذوا في أموالهم من هبة أو صدقة أو محاباة في البيع أو هدية أو اقرار كان ذلك لوارث أو لغير وارث أو أقر بوارث أو عتق أو قضاء بعض غرمائه دون بعض كان عليهم دين أو لم يكن كله نافذ من رأس أموالهم)[1] .

أدلة الجمهور :

استدل الجمهور من الأئمة الأربعة وأصحابهم ومن وافقهم بالسنة وفتاوى الصحابة ، والمعقول .

أما السنة : فقد استدلوا بعدة أحاديث منها :

١ - حديث سعد[2] بن أبي وقاص رضي الله عنه الذي قال فيه : (عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت[3] منه

---

(١) المحلى بالآثار في شرح المجلى بالانتصار لابن حزم - كتاب فعل المريض ١٠/٤٨٢ .

(٢) وهو : أبو اسحاق سعد بن مالك بن أهيب ، ويقال (وهيب) بالواو بدل الهمزة ، وهو ابن عبد مناف القرشي الزهري ، من السابقين الأولين الى الاسلام ، من الصحابة الأجلاء ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة وآخرهم موتا ، وهو أول من رمى في الاسلام . وكان قائد الجيش الاسلامي في موقعة القادسية التي تعتبر من أكبر المعارك الفاصلة بين الحق والباطل . وأثبت ما قيل في سنة وفاته سنة ٥٥ هـ .
انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/١٣٧ وما بعدها ، والاصابة ٢/٣٣ - ٣٤ ، وتهذيب التهذيب ٣/٤٨٣ - ٤٨٤ .

(٣) أشفيت منه على الموت : أشرفت منه على الموت . يقال : أشفى على الشيء اذا أشرف عليه .
انظر : مختار الصحاح ص ٣٤٢ .

على الموت فقلت : يا رسول الله بلغني ما ترى من الوجع ، وأنا ذو مال ولا يرثني الا ابنة لي واحدة ، أفأتصدق بثلثي مالي . قال : لا . قال قلت : أفأتصدق بشطره[1] ؟ قال : لا . الثلث والثلث كثير ، انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس ولست تنفق نفقة تبتغي بها وجه الله الا أجرت بها حتى اللقمة تجعلها في في امرأتك)[2] . الحديث .

ووجه استدلال الجمهور من هذا الحديث على ما ذهبوا اليه هو عدم اذنه صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص رضي الله عنه بالتصرف في ماله بأكثر من ثلثه ، وهو في مرض صرح أنه كان متوقعا الموت منه فحدد له عليه الصلاة والسلام الثلث حقا له في التبرع في تلك الحالة المرضية ، فكان تشريعا منه عليه الصلاة والسلام فتشريعه عام لجميع الأمة وليس خاصا لفرد من أفرادها الا ما دل دليل على خصوصيته ، فيحجر على كل من بلغ به المرض مبلغا يتوقع منه الموت من أن يتصرف في ماله متبرعا بأكثر من الثلث .

---

(١) شطر الشيء : نصفه .
مختار الصحاح ص ٣٣٧ .

(٢) متفق عليه . واللفظ لمسلم .
أخرجه البخاري في كتاب الجنائز ، باب رثاء النبي سعد بن خولة
فتح الباري ٣/١٤٦ .
وأخرجه مسلم في كتاب الوصية ، شرح النووي ١١/٧٦ .

اعتراض ابن حزم على الاستدلال بحديث سعد :

اعترض ابن حزم الظاهري على استدلال الجمهور بهـــذا الحديث الصحيح من ثلاثة أوجـه :

الوجه الأول :

أن المراد والمقصود من الحديث هو الوصية المعروفة المعلقـــة بالموت لا التبرعات المنجزة في المرض المخوف كما يقول الجمهور. ومـا ورد فيه من لفظ (أفأتصدق) يقصد به الوصية لا الصدقة المنجزة ، وذلـــك لورود لفظ (أفأوصي) بدل (أفأتصدق) في بعض روايات الحديث عـن ثلاثة من أبناء سعد عن أبيهم (١) .

فيكون رسول الله صلى الله عليه وسلم قد منع سعدا من الوصية بأكثر من ثلث ماله ، فهذا موضع اتفاق بيننا ، لا من الصدقة المنجزة . فبذلـــك يبطل الاستدلال والاحتجاج بالحديث على ثبوت الحجر على المريض مرض الموت فيما زاد على ثلث ماله في التبرعات المنجزة (٢) .

والوجـه الثاني :

أن الحجر على المريض عند القائلين به يختص بمن مات من مرضـه الذي تبرع فيه ، لا من شفي وصح منه ، وقد صح سعد من مرضه الـــذي منعه فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم من التبرع بأكثر من الثلث ، وهـــو كان يعلم أن سعدا سيشفى منـه (٣) .

---

(١) رواه مسلم في صحيحه عن ثلاثة من ولد سعد - كتاب الوصيـــة - ٨١/١١ .
(٢) المحلى لابن حـــزم ٤٩٦/١٠ .
(٣) المحلى لابن حـــزم ٤٩٨/١٠ .

فلم يبق الحديث دليلا على مدعاهم حيث فقد شرطاً أساسيمن شروط الحجر على المريض عندهم ، وهو اتصال الموت بالمرض المخوف .

والوجه الثالث :

أنه قد ورد في بعض روايات الحديث (ان صدقتك من مالك وأن نفقة عيالك صدقة ونفقة امرأتك صدقة) .

والاتفاق منعقد على أن نفقة العيال والمرأة من رأس مال الرجل ، فلتكن صدقاته الأخرى من رأس ماله كذلك لا من الثلث (١) . فلا يبقى الحديث بعد ذلك دليلا على ما ادعاه الجمهور بناء على ورود لفظ الصدقة في بعض رواياته .

الاجابة على اعتراض ابن حزم حول حديث سعد :

يجاب عن اعتراضاته على الاستدلال بحديث سعد في ثبوت الحجر على المريض مرض الموت بما يلي :

عن الوجه الأول :

بأن الذين رووا الحديث بلفظ (أفأتصدق) ان كانوا يريدون بذلك رواية الحديث بالمعنى ، مع وروده في الوصية المعروفة المتعلقة بالموت كما يقول ابن حزم ، فلعلمهم باشتراك اللفظين في المعنى المراد وهو التبرع ، وفي الحكم وهو المنع مما زاد على ثلث المال . فيكون ورود الحديث بالروايتين دليلا للجمهور على صحة ما ذهبوا اليه لا عليهم ، كما يرى ابن حزم .

---

(١) المحلى لابن حزم ١٠/٤٩٨ .

وعن الوجه الثاني :

بأن برؤ سعد رضي الله عنه من مرضه ذلك ليس مانعا من الاستدلال بالحديث على ما ذهب اليه الجمهور . لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أصدر تشريعا عاما يشمل سعدا وغيره من المرضى الذين يخافون من الموت من أمراضهم بصرف النظر عن وفاة سعد من مرضه أو صحته منه .

يدل على ذلك ما تطرق اليه سعد وهو أن المرض قد بلغ به مبلغا يخاف منه الموت مع كثرة ماله وقلة ورثته فأراد أن يتصرف بجزء كبير من ماله قبل الموت ، فحكم عليه النبي صلى الله عليه وسلم بحكم عام يشمل كل من يصل به المرض الى حالة يتوقع منه الموت .

ومما يدل على شمول ذلك الحكم قوله صلى الله عليه وسلم (انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس) أى بعد موتك .

فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يلاحظ حالته الخاصة ، وانما أصدر حكما عاما .

ومن جهة أخرى ، كان النبي صلى الله عليه وسلم يعلم أنه مهما طالت الحياة بسعد رضي الله عنه سيموت يوما فيعمل بهذا التشريع عند موته ، فلا يستدل بصحته من مرضه على عدم صحة الاستدلال بحديثه على مذهب الجمهور . والله أعلم .

وعن الوجه الثالث :

بأن نفقة الأولاد والزوجة كانت من رأس المال ، لأنها واجبة ابتداء تعلقت بذمة المريض وماله في صحته فأخرجت من رأس المال كالدين بخلاف تبرعاته في المرض ، فانها غير واجبة ابتداء لا في الذمة ولا في المال فافترقا .

أما اطلاق الصدقة على نفقة الأولاد والزوجة في الحديث ، والله أعلم ، فمن باب كون كل يؤجر عليها لا من باب المساواة بين النفقة والصدقة من كل وجه ، فكأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسعد : ان الأجر الذي ترجوه من وراء التصدق بشطر مالك أو بثلثيه حاصل لك فيما تنفقه على عيالك وزوجتك وفيما تتركه لهم .

٢ - حديث عمران(١) بن حصين الذي جاء فيه (أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وقال له قولا شديدا)(٢) .

ووجه استدلال الجمهور من هذا الحديث على ما ذهبوا اليه هو عدم اقرار النبي صلى الله عليه وسلم تصرف الرجل فيما زاد على ثلث ماله حال مرضه الذي مات منه ، بل ردّ الزائد عليه ونفذ تصرفه في قدره فقط وغضب لفعل الرجل ، فلا يغضب صلى الله عليه وسلم الا لفعل ممنوع شرعا .

---

(١) وهو : أبو نجيد عمران بن حصين بن عبيد بن خلف بن عبد نهم الخزاعي الصحابي الجليل أسلم عام خيبر ، وقيل : انه أسلم قبله ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث منها حديث الباب توفي سنة ٥٢ هـ ، وقيل ٥٣ هـ .
انظر : الاصابة ٣/٢٦ - ٢٧ ، وتهذيب التهذيب ٨/١٢٥ - ١٢٦ .

(٢) رواه مسلم - كتاب الايمان وهذا لفظه ١١/١٣٩ ، ورواه مالك في الموطأ - كتاب العتق والولاء ، باب من أعتق رقيقا لا يملك مالا غيرهم ٦/٢٦٤ .
ورواه أبو داود - كتاب العتق ، باب فيمن أعتق عبيدا له لم يبلغهم الثلث . انظر : معالم السنن على أبي داود ٤/٢٦٦ وما بعدها .

فدل ذلك على أن حق الرجل من ماله في تلك الحالة كان محصورا في الثلث دون ما فوقه فتصرفه في الزائد عليه تصرف في حق الغير بغير اذنهم ، فمن هنا لم يقر عليه الصلاة والسلام هذا التصرف منه . فاذا لم ينفذ التبرع بالعتق الزائد على الثلث في هذه الحالة مع ترغيب الشارع الى تحرير العبيد فغيره أولى بعدم التنفيذ .

اعتراض ابن حزم على الاستدلال بحديث عمران :

اعترض ابن حزم على استدلال الجمهور بهذا الحديث من أربعة أوجه :

الوجه الأول :

أن عتق الأعبد الستة كان وصية[1] ، لا صدقة منجزة ، لورود لفظ الوصية في بعض روايات الحديث لدى مسلم في صحيحه[2] . فلا دليل فيه على ثبوت الحجر على المريض مرض الموت في تبرعاته المنجزة .

والوجه الثاني :

أن الحديث وارد في العتق خاصة ، فلا يصح الحاق غيره به من التصرفات الطلية .

لأن القائلين بثبوت الحجر هنا ، منعوا القياس على الخبر الثابت في التقويم على من أعتق شركا له في مملوك . فقالوا بعدم تعديته من العتق الى الصدقة وغيرها[3] .

فيكون استعمال قياس غير العتق عليه هنا مخالفا لقاعدتهم .

---

(١) المحلى لابن حزم ١٠/٥٠٠ .

(٢) صحيح مسلم - كتاب الوصية - ١١/٨١ .

(٣) المحلى لابن حزم ١٠/٥٠٠ .

الوجـه الثـالث :

أنـه قد ورد في الحديث بأن الرجل لم يكن يملك مالا غيرهـم ، فلا يجوز لأحد عتق عبد أو عبيد لا مال له فيرهم ، فان فعل نفذ من ذلـك ما كان المعتق في غنى عنه و يبطل في مقدار ما لا غنى لـه عنـه .

فيكون رسول الله صلى الله عليه و سلم قد رد عليه ما لم يكن فـي غنى عنه من العبيد الستة ، ونفذ عتق ما كان في غنى عنه ، لا لأنـه مريض مرض الموت كما يقول المخالفون .(١)

الوجـه الرابـع :

أنـه لا يوجد في الحديث أن الرجل كان مريضا وانما فيه (عند موتـه) وقد يفاجيء الموت الصحيح .(٢) فلا يكون فيه دليل على ما ذهـب اليه المخالفون من ثبوت الحجر على المريض مرض الموت .

الاجابـة على اعتراض ابن حزم حول حديث عمران :

يجاب عن اعتراضاته على الاستدلال بحديث عمران بن حصـين بما يلي :

عن الوجـه الأول :

بأن أكثر روايات الحديث مقصورة على قوله : (عند موتـه) دون ذكر لفظ الوصيـة .(٣) فدل ذلك مع فرض ورود الحديث في الوصية كما يقـول ابن حزم على أن رواة الحديث يرون أن مطلق تصرفات الانسان المالية فـي غير المعاوضات في هذه الحالة والوصية سواء في الاعتبار من الثلث وعدم الزيادة عليـه .

---

(١) المحـلى لابن حزم ١٠/٥٠٠ .
(٢) المصـدر السـابق .
(٣)

فالذين رووا الحديث واقتصروا على قوله (عند موته) نظروا الى المعنى العام للحكم الوارد فيه ، وهو كل تصرف لا يعاوض عليه يعتبر من الثلث عند الموت . والذين رووه بقوله (أوصى) نظروا الى سبب ورود الحديث الخاص . والله أعلم .

ومن جهة أخرى يقال لابن حزم : ان الوصية لا تجوز الا من الثلث سواء كانت في صحة الموصي أم كانت في مرض موته ، فورود قوله (عند موته) في الحديث مشعر باختصاص تلك اللحظة بشيء يخصها حتى تكون له فائدة ، وظاهرها أنه المرض المخوف .

وعن الوجه الثاني :

بأنه اذا لم ينفذ تصرفه بالعتق في هذه الحالة مع حرص الشارع وحثه عليه ، فمن باب أولى أن لا ينفذ فيما عداه من التبرعات كالهبة والصدقة ، فهذا قياس أولوي .

أما محاولة ابن حزم الزام الجمهور باقتصارهم حديث (من أعتق شركا له في عبد ، فكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قوّم عليه قيمة العدل ، فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، والا فقد عتق منه ما عتق)(١) . الوارد في تقويم القيمة على معتق نصيبه من المملوك المشترك فيه على مورده الخاص وهو العتق دون أن يتعداه بالقياس الى غيره من بيع أو هبة أو صدقة .

---

(١) أخرجه البخاري بهذا اللفظ من حديث نافع عن ابن عمر ـ كتاب العتق ، باب اذا أعتق عبدا بين اثنين . انظر البخاري مع فتح الباري ٥/١٥١ .
ومسلم ـ كتاب العتق . انظر صحيح مسلم مع شرح النووي ١٠/١٣٥
ومالك في الموطأ ـ كتاب العتق والولاء . انظر المنتقى للباجي على الموطأ ٦/٢٥٥ .

فيقال لابن حزم : ان هذا الالزام غير لازم لقولهم ، وغير وارد عليهم فيما ذهبوا اليه هنا .

لأنهم قالوا بعدم القياس هنالك لفقدان العلة الجامعة بين الأصل والفرع وهي حرمة العتق بأن لا يقع فيه تبعيض وهو المعبر عنه بحق الله في الحرية (١) ، أو دفع الضرر الداخل على شريك المعتق (٢) .

وكل من العلتين معدومة في غير العتق ، حيث يقوم المشترى مقام البائع والموهوب له مقام الواهب ، والمتصدق عليه مقام المتصدق ، فلا يوجد تبعض في الحرية ولا ضرر .

والقياس غير معتبر الا اذا استكملت أركانه الأربعة وهي : الأصل وحكم الأصل ، والفرع الذى يراد من استعمال القياس اثبات حكم الأصل فيه ، والعلة الجامعة بين الأصل والفرع (٣) .

وقد قالوا هنا بقياس غير العتق عليه لاستكمال أركانه :

فالأصل : هو صدور العتق من الأجل عند موته بلا عوض .

وحكم الأصل : منع الشارع ذلك العتق فيما زاد على الثلث .

والفرع : كل تصرف مالي صادر من الانسان في مرض موته بلا عوض .

والعلة الجامعة : وقوع كل منهما في حالة يتوقع فيها الموت .

وبهذا يتبين الفرق بين ما قالوا هنالك من عدم صحة القياس وما قالوه هنا من صحته . والله أعلم .

وأما قول ابن حزم ببطلان أصل القياس ، فهو مردود بالأدلة المثبتة له ، والمذكورة في موضعها في كتب أصول الفقه (٤) .

---

(١) انظر شرح النووى على صحيح مسلم - كتاب العتق ١٠/١٣٧ ، والمنتقى للباجي ٦/٢٥٦ .

(٢) المغني لابن قدامة - كتاب العتق ٩/٣٣٧ .

(٣) انظر باب القياس في كتب أصول الفقه .

(٤) يرجع في ذلك الى الأدلة المثبتة للقياس في كتب أصول الفقه . المستصفى ٢/٢٣٤ فما بعدها ، والأحكام في أصول الأحكام ١/٩٧ فما بعدها ، وأصول السرخسي ٢/١١٨ فما بعدها .

وعن الوجه الثالث :

بأنه قد ورد لفظ (في مرضه) في بعض روايات الحديث ، وفائدتها اعتبارها علة الحكم لما في ذلك من أعمالها .

ولو جعل قوله (لا مال له غيرهم) علة الحكم كما يرى ابن حزم لأهملت كلمة (في مرضه) والاعمال خير من الاهمال .

وليس في اعمالها اهمال لقوله (ولا مال له غيرهم) لأن فائدته هي تحديد مقدار مال الرجل الذى يتوقف عليه تنفيذ ثلثه ، فلابدّ من معرفته حتى يعلم أن العبدين اللذين أعتقهما رسول الله صلى الله عليه وسلم كانا ثلث جميع ماله .(١)

وأما قول ابن حزم انه لا يجوز للانسان أن يتصدق بما ليس في غنى عنه من ماله مشيرا بذلك الى معنى حديث (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى) .(٢)

فانه يقال له : ان الحديث - والله أعلم - محمول على من تتبع نفسه ما تبرع به والذى من شأنه أن يندم على ما فعله من الخير ، فلا يدخل فيه من تبرع بشيء من ماله وهو يحتاجه مع عدم اتباع نفسه له .

يدل على ذلك مدح الله تعالى الأنصار في ايثارهم غيرهم من المهاجرين بما عندهم من الأشياء المتمولة على أنفسهم مع حاجتهم اليها . لقوله تعالى ((ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة)) .(٣)

---

(١) رسالة (مرض الموت وأثره في التصرفات) ص ٢٨ .
(٢) رواه البخارى في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه - كتاب الزكاة - باب لا صدقة الا عن ظهر غنى .
(٣) سورة الحشر - آية : ٩ . والخصاصة : الفقر .
انظر : ترتيب القاموس ٢/ ٦٥ ، ومختار الصحاح ص ١٧٧

ويدل عليه أيضا ما صح عند الحاكم في المستدرك ، والترمذي في سننه أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه تصدق بجميع ماله ولم يترك منه شيئا لنفسه ولا لعياله ، ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم (١) ، وهو لا يسكت على ممنوع شرط ، كما لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة . بل اعتبر ذلك من مناقب الصديق ، لذا قال جمهور أهل العلم بجواز تبرع الانسان بجميع ماله اذا لم تتبعه نفسه وكان في حالة صحة عقله صبورا على الاضاقة ولم يكن عليه دين ، ولا عيال له . وكذلك اذا كان له عيال صابرون على الاضاقة والفقر (٢) .

---

(١) أخرجه الترمذي في سننه في كتاب المناقب - باب مناقب الصديق وعمر - . والحاكم في المستدرك في كتاب الزكاة - باب خير الصدقة ماكان عن ظهر غنى من حديث زيد بن أسلم عن أبيه قال : سمعت عمر يقول : (أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نتصدق فوافق ذلك مالا عندي فقلت اليوم أسبق أبا بكر ان سبقته يوما فجئت بنصف مالي فقال رسول الله : يا عمر ما أبقيت لأهلك ؟ قلت : مثله . وأتى أبو بكر بكل ما عنده . فقال النبي : يا أبا بكر ما أبقيت لأهلك قال : أبقيت لهم الله ورسوله . فقلت : لا أسبقه الى شيء أبدا) . قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح . وقال الحافظ أبو عبد الله الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

(٢) شرح النووي على صحيح مسلم ١١ / ١٤١ ، وفتح الباري ٣ / ٢٩٥ .

وعلى ذلك يكون المراد من حديث أبي هريرة (١) رضي الله عنه - والله أعلم - : أن الأفضل والأحسن في حق من تتبع نفسه ما أعطى من التبرعات عدم التصدق بما يحتاجه لنفسه ولمن تلزمه نفقته ، وذلك جمعا بين الأدلة .

مع العلم بأن لفظ (خير الصدقة) مشعر بأن ترك الانسان التصدق بما يحتاجه والحالة هذه أولى وان فعل جاز .

لأن أفضل التفضيل لا يدل على منع المفضول ، وانما يدل على زيادة درجة الفاضل عليه في الصفة وهي الخيرية هنا .

وممن يدل على أن منع النبي صلى الله عليه وسلم من تنفيذ تصرف الرجل في جميع عبيده لم يكن لعدم غناه عما رده اليه كما يقول ابن حزم وانما كان لحق الورثة ما يدل على ذلك عمده صلى الله عليه وسلم الى تجزأتهم أثلاثا .

ومن جهة أخرى يقال للامام ابن حزم كما دأب أن يقول لغيره انه ليس في حديث عمران أن الرجل لم يكن في غنى عن عبيده الستة ، فكيف تلزم غيرك بما لم تلتزم به ؟ .

---

(١) اختلف في اسمه واسم أبيه اختلافا كثيرا ، وأشهر ما قيل فيهما : (عبد الرحمن بن صخر الدوسي) وهو الأصح ، وهو صحابي جليل أسلم عام خيبر وهو سنة ٧ هـ ، واختلف في سنة وفاته فقيل : سنة ٥٧ هـ ، و ٥٨ هـ ، و ٥٩ هـ .
الاصابة ٢/٤٠٣ ، ٤/٢٠٢ وما بعدها ، وتهذيب التهذيب ١٢/٢٦٢ وما بعدها .

وعن الوجه الرابع :

بأنه قد ورد في بعض روايات الحديث (أن رجلا أعتق في مرضه)[1]

فتحمل رواية (عند موته) على رواية (في مرضه) .

لأن كل مرض لا بد أن يتصل به الموت وليس كل موت يلزم أن يسبقه المرض .

٣ - ما رواه بعض أصحاب السنن من حديث معاذ بن جبل[2] ، وأبي هريرة[3]

وغيرهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (ان الله قد تصدق

عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زكاة

في أعمالكم)[4] .

---

(١) قد أخرج سعيد بن منصور في سننه - في باب الرجل يعتق عند موته وليس له مال غيره ، قال : "أنا سفيان عن يزيد بن يزيد بن جابر عن مكحول عن سعيد بن المسيب أن رجلا أعتق ستة أعبد له في مرضه فأقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة" .
انظر : سنن سعيد بن منصور - القسم الأول من المجلد الثالث ص ١٠٤ .
وهذه الرواية من مراسيل سعيد بن المسيب ، فقد تأمل الأئمة المتقدمون مراسيله فوجدوها بأسانيد صحيحة .
انظر : معرفة علوم الحديث : لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله ص ٢٥ - ٢٦ .

(٢) وهو : أبو عبد الرحمن معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس الأنصاري الخزرجي الامام المقدم في علم الحلال والحرام ، وهو صحابي جليل وأحد الأربعة الذين أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بأخذ القرآن عنهم . اختلف في سنة وفاته فقيل : انه توفي بالشام سنة ١٧ هـ ، وقيل : سنة ١٨ هـ .
انظر : الاصابة ٣/٤٢٦ - ٤٢٧ ، وتهذيب التهذيب ١٠/١٨٦ - ١٨٧ .

(٣) تقدمت ترجمته .

(٤) رواه ابن ماجه في باب الوصية بالثلث من حديث أبي هريرة ٢/٩٠٤ . والدارقطني في سننه - باب الوصية ٤/١٥٠ من حديث معاذ بن جبل .

ووجه الاستدلال من هذا الحديث على ما ذهب اليه الجمهور هو أنه لما نصّ رسول الله صلى الله عليه وسلم على الثلث وأن الله تعالى قد جعله منجة منه لنا من أموالنا عند الموت نضحه حيث نشاء من وجوه الخير باذن منه زيادة في ميزان حسناتنا يوم القيامة ، دلّ على أن لا حق لنا فيما زاد عليه في المرض الذى يتوقع منه الموت ، المدلول عليه بقوله (عند وفاتكم) ، والا لم تكن للتنصيص على الثلث فائدة .

اعتراض ابن حزم على حديث معاذ وأبي هريرة :

اعترض ابن حزم على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين :

الوجه الأول : أن جميع طرقه ضعيفة ، فلا يصح الاحتجاج به[1] على ما ذهب اليه المخالفون .

الوجه الثاني : أن الحديث ليس فيه اشارة الى المريض وتصرفاته الطالبة فقوله (عند وفاتكم) معناه بعد موتكم[2] . فيكون المراد منه الوصية التي تنفذ بعد الموت لا الصدقة المنجزة في المرض المخوف كما يقول المخالفون .

الاجابة على اعتراض ابن حزم حول حديث معاذ وأبي هريرة :

يجاب عن اعتراضاته حول هذا الحديث بما يلي :

عن الوجه الأول :

بأن الحديث قد روى بطرق كثيرة يقوى بعضها بعضا ، قاله الحافظ ابن حجر[3] فترتفع درجته فيصلح

(١ و ٢) المحلى لابن حزم ١٠/٤٩٥ .

(٣) وهو : أبو الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر الكناني العسقلاني أحد الأئمة الأعلام في العلم بالحديث وغيره . أصله من عسقلان - بفلسطين - له كتب كثيرة في علوم مختلفة منها : بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، وفتح الباري في شرح صحيح البخاري ، والاصابة في تمييز أسماء الصحابة ، وديوان الخطب . ولد بالقاهرة سنة ٧٧٣هـ وتوفي بها سنة ٨٥٢ هـ . انظر : الأعلام ١/١٧٣ - ١٧٤

للاحتجاج بـــه (١) .

وعن الوجـه الثاني :

بأن حمل قوله (عند وفاتكم) على معنى بعد موتكم خروج باللفظ عن ظاهره بلا صارف ، فان لفظ (عند) لغة : حضور الشيء ودنوه . وهو ظرف في المكان والزمان ، يقال : عند الحائط ، وعند الليـــل (٢) . فيكـــون المعنى الظاهري لفظ (عند) في الحديث هو وقت حضور موتكم ووقت دنـوه وهو ما قبل الموت لا ما بعده . ولا يحمل اللفظ على غير ظاهره الا لمانـع من حمله على الظاهر فلا مانع هنا من ارادة المعنى الظاهـــر .

فعليه وان لم يذكر في الحديث لفظ المرض الا أن ظاهره يدل عليه لأن الغالب هو المرض قبل الموت .

وأما فتاوى الصحابة رضي الله عنهم فمنها :

١ - ما روى عن عمر بن الخطاب (٣) رضي الله عنه أنه قال : (اذا التقـــى الزحفان والمرأة يضربها المخاض ، لا يجوز لهما في مالهما الا الثلث (٤).

---

(١) بلوغ المرام - باب الوصية - رواه من حديث معاذ بن جبـل . انظـر : سبل الســـلام ٣/١٠٧

(٢) مختـار الصحـــاح ص ٤٥٧ .

(٣) تقدمـت ترجمتـــه .

(٤) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب الوصية ١١/٢١٠ .

٢ - وما روى عن علي بن أبي طالب[(١)] رضي الله عنه أنه سئل عن رجل أعتق عبدا له عند موته وليس له مال غيره وعليه دين قال : (يعتق ويسعى في القيمة)[(٢)] .

٣ - وما روى عن ابن مسعود[(٣)] رضي الله عنه أنه قال في رجل أعتق عبدا له في مرضه وليس له مال غيره : (يعتق ثلثه)[(٤)] .

---

(١) وهو : أبو الحسن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخليفته الرابع ، كان من أفقه الصحابة ومواقفه الشجاعة مشهورة في التاريخ الاسلامي . توفي سنة ٤٠ هـ .

انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/١٩ وما بعدها ، والاصابة ٢/٧٠٥ وما بعدها ، وتهذيب التهذيب ٧/ ٣٣٤ وما بعدها .

(٢) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب البيوع والأقضية ٦/٤٩٢ .

(٣) وهو : عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب أحد السابقين الأولين الى الاسلام من المهاجرين ، كان من أفقه الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ، توفي بالمدينة سنة ٣٢ هـ وقيل ٣٣ هـ ، وقيل انه توفي بالكوفة والأول أثبت .

انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/١٥٠ وما بعدها والاصابة ٢/٣٦٨ وما بعدها ، وتهذيب التهذيب ٦/٢٧ - ٢٨ .

(٤) المصنف لابن أبي شيبة ٦/٤٩٤ .

٤ - وما روى عن ابن عباس[1] رضي الله عنهما أنه قال : "اذا قالت المرأة لزوجها وهي مريضة : تركت مهري عليك ، فان ماتت لم يكن شيئا وان عاشت فقد مضى ما قالت".[2]

تدل هذه الآثار الواردة عن الصحابة رضوان الله عليهم أنهم كانوا يرون في فتاويهم الحجر على المريض ، ومن يلحق به فيما زاد على الثلث .

وقد أفتى به جمهور أهل العلم بعدهم من التابعين وغيرهم كالليث[3] ابن سعد ، والأوزاعي[4] ، والثوري[5] ، وغيرهم من أهل الحديث والرأي[6] .

---

(١) وهو : أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي الصحابي الجليل ، يقال له الحبر ، والبحر ، لكثرة علمه روى أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ولد بمكة سنة ٣ قبل الهجرة النبوية ، وسكن بالطائف حتى توفى بها سنة ٦٨ هـ على الصحيح في قول الجمهور .

انظر : الاصابة ٢/ ٣٣٠ وما بعدها ، وتهذيب التهذيب ٥/ ٢٧٦ وما بعدها ، والأعلام ٤/ ٢٢٨ - ٢٢٩ .

(٢) انظر : زهر الفردوس لابن حجر ١/ ٧٢ مخطوط تحت التحقيق .

(٣) وهو : أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي مولاهم المصري الفقيه ، امام أهل مصر في الفقه والحديث ، وأصله من أصبهان ولد سنة ٩٤ هـ ، وتوفي بالقاهرة سنة ١٧٥ هـ .

انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/ ٢٨٠ - ٢٨١ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٧٣ - ٧٤ ، والأعلام ٦/ ١١٥ .

(٤) تقدمت ترجمته .

(٥) تقدمت ترجمته .

(٦) الاستذكار لابن عبد البر ٥/ ١٦٨ ، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ٨/ ٣٧٧ .

اعتراض ابن حزم على هذه الآثار :

وقد أورد ابن حزم أثر كل من عليّ بن أبي طالب ، وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وردهما بقوله ان سند كل منهما غير صحيح ، فلا يصح الاحتجاج بهما .(١)

وأما أثر عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم فقد سكت عنهما .

الاجابة على اعتراضه حول الأثرين :

يجاب من اعتراضه على أثر علي وابن مسعود ، بأن مدلولهما موافق لمدلول الأحاديث المتقدمة في الباب ، كما هو موافق لفتوى كل من عمر وابن عباس اللذين قد سكت عن أثريهما ، فيكون معناهما صحيحا .

وأما المعقول :

فهو أن الظاهر من حال المريض مرض الموت هو الموت ، فكانت عطيته والحال هذه كالوصية لتعلق حق الورثة بماله بالخلافة في كل منهما ، فوجب أن لا تتجاوز الثلث كما لا تتجاوزه الوصية .(٢)

ولأن المريض اذا أحس بدنو أجله ورحيله عن ماله ، فانه يتهم في تصرفه في ماله بلا عوض ، اما لحظ نفسه رغبة في الخير ، واما لحظ غيره على وجه فيه اضرار بورثته وغرمائه ، فيحجر عليه فيما يصون حقوقهم .

---

(١) المحلى لابن حزم ١٠/٥٠١ .
(٢) المحلى لابن حزم ١٠/٤٨٣ .

اعتراض ابن حزم على الدليل المعقول :

اعترض ابن حزم على الدليل المعقول الذى استدل به الجمهور من وجهين :

الوجه الأول :

أن القياس كله باطل[1] ، بناء على أصل الظاهرية في عدم حجية القياس . وقال : لو كان أصل القياس صحيحا لكان قياس المريض على الصحيح في صحة تصرفه مطلقا أصح من قياس تبرعاته على الوصية في عدم صحتها فيما زاد على الثلث ،

لأن وصية الصحيح والمريض سواء في اعتبارها من الثلث[2] .

والوجه الثاني :

أن تهمة المريض في تصرفه الطلي بلا عوض بقصد الاضرار بورثته منقوضة بأمور :

أحدها : أنها مبنية على الظن وهو أكذب الحديث ، ومنهي عنه شرعا[3] .

والثاني : أن مظنة الفرار بالمال من الورثة كما توجد لدى المريض ، توجد عند الصحيح ، فيكون كالصحيح في صحة التصرف بلا حجر .

والثالث : أن مظنة الفرار كما توجد عند المريض توجد عند الشيخ الفاني الذى يتوقع الموت في كل لحظة أو أشد من المريض ، فلم يقولوا بالحجر عليه ، فليكن المريض مثله .

---

(١) و(٢) انظر : المحلى لابن حزم ١٠/٤٩٢ .

(٣) يشير به الى ما رواه البخارى - كتاب الأدب - ، ومسلم في كتاب البر والصلة والأدب ، من حديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (اياكم والظن فان الظن أكذب الحديث) . انظر : فتح البارى ١٠/٤٨١ ، وشرح النووى على مسلم ١٦/١١٨ .

والرابع : أن الفرار بالطل يكون مظنة عند المريض اذا كان وارثه غير ولد له كالعم وابن العم ، أما ان كان ولدا له فلا يظن فراره بماله عن ولده ، فتكون القاعدة غير مطردة .(١)

الاجابة على اعتراضه حول الدليل المعقول :

يجاب عن اعتراض ابن حزم على ما استدل به الجمهور من الدليل المعقول بما يلي :

عن الوجه الأول :

بأن أصل القياس ثابت بالأدلة المثبتة له في كتب أصول الفقه عند القائلين به .(٢)

وأن قياس تبرعات المريض على الوصية ، كما يرى الجمهور أصح من قياس المريض على الصحيح ، كما فرضه ابن حزم .

لأن التسوية بين وصية الصحيح والمريض في اعتبار كل منهما من ثلث التركة انما هي لكون الوصية لا تستحق الا بعد موت كل منهما ، فبمجرد الموت يستحق الورثة تركة الميت الا الثلث ، فليس للصحة والمرض تأثير فيها . بخلاف التبرعات في المرض المخوف ، فان المتبرع له يستحقها في الحال الا أنها توقف لتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت ، فان صح من مرضه نفذت لتبين عدم تعلق حق الغير بماله حال تصرفه ، وان مات تبين أنه تصرف في حق الورثة فيفوض اليهم أمره ان شاءوا أجازوه وان شاءوا منعوه فيما زاد على الثلث ، لأنه حقهم .

---

(١) المحلى لابن حزم ١٠/٤٩٢ .

(٢) راجع أدلة الجمهور في ثبوت القياس في كتب أصول الفقه . المستصفى من علم الأصول للغزالي ٢/٢٣٤ وما بعدها ، والأحكام في أصول الأحكام ١/٩٧ فما بعدها ، وأصول السرخسي ٢/١١٨ فما بعدها .

وأما الصحيح فان تبرعاته نافذة في الحال لتيقن عدم تعلق حق الورثة بماله حال التبرع .

فكان قياس تبرعات المريض على الوصية أصح لتعلق حق الورثة والغرماء بماله في كل منهما من قياس المريض على الصحيح لعدم الجامع بينهما الا مجرد التصرف ، والمريض غير ممنوع من مطلق التصرف . والله أعلم .

وعن الوجه الثاني :

ويجاب عن الأمور التي أوردها ابن حزم على الاستدلال بتهمة المريض بقصد اضرار الورثة بما يلي :

عن الأول : بأن الظن المذموم شرعا هو ما لا يعتمد على مبرر ومعقول ، وظن الجمهور هنا معتمد على مبررات ومعقولات واقعية . لأن الحالة النفسية للمريض وتوقعه الموت كل لحظة ، كل ذلك من القرائن الدالة على أنه يريد بتصرفه توزيع تركته على غير حدود الشرع .(١)

وعن الثاني : بأن مظنة الفرار بالمال من الصحيح لا تستند الى أساس معقول ولا مبرر واقعي مثل المريض ، فالقول بالحاقه بالمريض قول غير سليم .(٢)

وعن الثالث : بأن حالة الشيخوخة شيء غير محدد ولا يعلم ابتداؤها بخلاف المرض الذي يقترن به الموت ، فافترقت الحالتان .(٣)

وعن الرابع : بأن تقييد تصرفات المريض يعتمد على نصوص شرعية وهي لم تفرق بين وارث وغيره ، فالقول بالتفريق بينهم قول بلا مستند يضاف الى ذلك أن الخلاف بين الأولاد وآبائهم وايثار بعضهم على بعض

---

(١) كتاب ابن حزم لأبي زهرة ص ٥٢٢ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) المصدر السابق .

يقع كثيرا وخاصة أبناء العلات ، فلا معنى لقول ابن حزم بالتفريق بين كون الوارث ابنا وبين كونه غير ابن .(١)

سؤالان الزامان من ابن حزم :

هذا وقد أورد ابن حزم سؤالين الزاميين على الجمهور استكمالا لاعتراضه على ما ذهبوا اليه :

أحدهما : مفاده : هل المال مال المريض أو مال الورثة ؟

فان قلتم انه مال المريض مثل الصحيح ، فلم تمنعونه من التصرف في ماله ؟ ، وان قلتم انه مال الورثة فلم تجيزون للمريض أن يأكل منه وينفق منه على من تلزمه نفقته من غير اذنهم ؟ ولم تحكمون عليهم بالرد اذا أخذوا شيئا منه ؟ .(٢)

والثاني : مفاده : ما تقولون فيمن تصدق بثلثي ماله أو أعتق جميع مماليكه وهو صحيح ثم مات فجأة اثر ذلك التصرف ؟ .

فالجواب انكم تقولون بتنفيذ تصرفه في هذه الحالة من رأس ماله .

فعليه قد خالفتم جميع الآثار التي أوردتموها كأدلة على ثبوت الحجر على المريض لأن هذا تبرع عند الموت كما في الآثار .(٣)

الاجابة عليهما : يجاب عن هذين السؤالين بما يلي :

من الأول : بأن المال مال المريض ، ولكن حق الورثة متعلق به لتوقعه الموت من مرضه ،(٤) فينتقل المال اليهم بالخلافة ، فيراعى في تصرفه المالي ذلك الحق . لذا يقول الجمهور بصحته ان صحّ من المرض ، لتبين عدم تعلق حقوقهم بالمال حال التبرع .

---

(١) كتاب ابن حزم لأبي زهرة ص ٥٢٢ .
(٢) انظر : المحلى لابن حزم ٤٩٥/١٠ .
(٣) المصدر السابق ٤٩٥/١٠ .
(٤) المنتقى للباجي - باب الوصية للوارث والحمالة ١٨١/٦ .

بخلاف الصحيح فان حق الورثة غير متعلق بالمال حال الصحة[1] بالاجماع . ويجوز للمريض أن يأكل من ماله وينفق على من تلزمه نفقته من غير اذن ورثته ولو أتى على جميعه ، لأنه حق سابق على حقوق الورثة ومقدم عليها .

ولأنه غير متهم فيه بالفرار بالمال ، بخلاف التبرع ، فانه ليس بواجب ابتداء وفيه تهمة الفرار بالمال من مستحقيه ، فيمنع منه بقدر ما يصون حقوقهم .

ويحكم على الورثة برد ما أخذوا من مال مورثهم حال المرض المخوف بغير اذن لعدم استحقاقهم ذلك الحق المتعلق به الا بعد موت المورث . لأنهم يستحقونه بالخلافة ، فلا يقوم الخليفة مقام من يخلفه حال وجوده .

وعن الثاني : بأنه ينفذ تصرف من تصدق بثلثي ماله أو أعتق جميع مماليكه حال الصحة ثم فاجأه الموت اثر ذلك ، ينفذ من رأس ماله لفقد أحد الشرطين الأساسيين اللذين يشترطهما الجمهور في هذا الباب وهما : ١) المرض المخوف حال التصرف .

٢) اتصال الموت بذلك المرض .

فان هذا المتصرف لم يكن مريضا حال تصرفه ، فلا عبرة باتصال الموت به ما دام حاصلا في الصحة .

فعليه فلا مخالفة للآثار في القول بنفاذ تصرفه من رأس المال ، لأن محل (عند وفاتكم) على فترة المرض المخوف ، كما تقدم أظهر . لأن الشارع جعله فترة جواز التصرف بالثلث دون غيره من مال الانسان فينبغي أن تكون فترة يتصرف فيها بذلك الثلث فيما يشاء مع توقعه الموت بعدها . والله أعلم .

---

(١) المنتقى للباجي - باب الوصية والحيازة ٦/١٨١ .

أدلة أهل الظاهر والاجابة عنها :

يشبه أن يكون دليل داود الظاهري على قوله بالحجر على المريض فيما زاد على الثلث في العتق الذي هو مورد النص الصحيح دون غيره ، هو عدم صحة أصل القياس عنده .

ويمكن أن يجاب بأن القياس ثابت بالأدلة عند الجمهور القائلين بقياس غير العتق عليه في هذا الباب .

وأما ابن حزم فقد استدل على ما ذهب اليه بعمومات من القرآن الكريم وتمسك بظواهرها ، وبفتاوى من الصحابة .

أما عموم الكتاب فمنها :

قوله تعالى : ((وافعلوا الخير)) (١) .

وقوله تعالى : ((وأحل الله البيع وحرم الربا)) (٢) .

وقوله تعالى : ((ولا تنسوا الفضل بينكم)) (٣) .

وحثه سبحانه وتعالى على الصدقة في أكثر من آية في كتابه الكريم .

قال الامام ابن حزم بعد أن استعرض هذه الجمل من الآيات القرآنية : " ولم يخص عزّ وجل صحيحا من مريض ، ولا محلا من حائل ولا آمنا من خائف ، ولا مقيما من مسافر ((وما كان ربك نسيا)) (٤) ولو أراد الله تعالى تخصيص شيء من ذلك لبينه على لسان رسوله عليه الصلاة والسلام فاذا لم يفعل فنحن نشهد بشهادة الله عزّ وجل الصادقة أنه تعالى ما أراد قط تخصيص أحد ممن ذكرنا " (٥) .

---

(١) سورة الحج - آية : ٧٧ .
(٢) ،، البقرة - آية : ٢٧٥ .
(٣) ،، ،، - آية : ١٣٧ .
(٤) ،، مريم - آية : ٦٤ .
(٥) المحلى لابن حزم ١٠/

الاجابة على هذا الدليل :

يجاب من الاستدلال بالعمومات المذكورة بأن المريض مرض الموت مخصص من تلك العمومات بالأحاديث الواردة في ذلك والتي تقدم ذكرها .

وذلك لجواز تخصيص عموم الكتاب بالسنة الأحادية الصحيحة عند جمهور أهل العلم منهم الأئمة الأربعة (١) ، وابن حزم نفسه (٢) . فيكون تخصيص بعض مدلول عموم الآيات المذكورة قد بينه الله تعالى على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ، وهو غاية مطلوب ابن حزم .

وهذا نظير المحجور عليه ومن لا يملك الا قوته وقوت عياله ، فان ابن حزم أخرج تبرعهما من مدلول العمومات التي استدل بها هنا ، وقال بعدم صحة تبرعهما في تلك الحالة لأحاديث وردت في ذلك (٣) . فكيف يتمسك بها بعد مخالفته مقتضاها لأدلة مخصصة ، ولا ينبغي أن يمنع غيره مما أجازه لنفسه .

---

(١) انظر : الأحكام للآمدي ٢/٤٧٢ .

(٢) انظر : الأحكام لابن حزم ٢/٢٣٩ .

(٣) قال ابن حزم في كتاب الحجر : " يثبت على الصبي حتى يبلغ والمجنون حتى يفيق " ، فأخرج تبرعهما من عموم الآيات بالسنة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم (رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم) . انظر : المحلى ٩/١٧٠ - ١٧١ .
وقال في كتاب الهبات : " ولا تنفذ هبة ولا صدقة لأحد الا فيما أبقى له ولعياله فغنى ، وان أعطى ما لا يبقى لنفسه وعياله بعده فغنى فسخ كله " .
أخرج هذا التصرف من عموم الآيات بالسنة وهي عدة أحاديث ذكرها في هذا الباب منها قوله صلى الله عليه وسلم : (خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى وابدأ بمن تعول) .
انظر : المحلى ١٠/١٠٣ .

وأما فتاوى الصحابة :

فقد استدل بما روى محمد بن سيرين[1] أن امرأة رأت في منامها فيما يرى النائم أنها تموت الى ثلاثة أيام ، فأقبلت على ما بقي عليها من القرآن فتعلمته ، وشذبت مالها[2] ، وهي صحيحة ، فلما كان اليوم الثالث دخلت على جاراتها فجعلت تقول : يا فلانة أستودعك الله وأقرأ عليك السلام فجعلن يقلن لها : لا تموتين اليوم ، لا تموتين ان شاء الله ، فماتت ، فسأل زوجها أبا موسى[3] الأشعري ، فقال له أبو موسى : أي امرأة كانت امرأتك ؟ قال : ما أعلم أحدا أحرى أن يدخل الجنة منها الا الشهيد ولكنها فعلت وهي صحيحة ، فقال أبو موسى : هي كما تقول فعلت وهي صحيحة ، فلم يرده أبو موسى[4] .

---

(١) وهو : أبو بكر محمد بن سيرين الأنصاري مولاهم ، ابن أبي عمرة البصري التابعي الامام في التفسير والفقه والحديث ، روى عن كثير من الصحابة منهم أنس بن مالك وزيد بن ثابت وعائشة ، توفي سنة ١١٠ هـ .
وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/٣٢١ ، وتهذيب التهذيب ٩/٢١٤ - ٢١٦ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢/٨٢ - ٨٤ .

(٢) شذبت : أي فرقت مالها ، والتشذيب في المال التفريق والتمزيق .
ترتيب القاموس المحيط ٢/٦٨٨ .

(٣) وهو : أبو موسى عبد الله بن قيس بن سالم بن حضار الأشعري قدم مكة قبل الهجرة ، وأسلم وهاجر الى الحبشة ، قال ابن المديني : قضاة الأمة أربعة : عمر ، وعلي ، وأبو موسى ، وزيد بن ثابت . اختلف في سنة وفاته فقيل : سنة ٤٢ هـ ، وقيل : سنة ٤٤ هـ ، وقيل : سنة ٥١ هـ ، وقيل بمكة ، وقيل بالكوفة .
انظر : الاصابة ٢/٣٥٩ - ٣٦٠ ، وتهذيب التهذيب ٥/٣٦٢ - ٣٦٣ .

(٤) هكذا ورد في المحلى ١٠/٤٨٨ .

قال الامام ابن حزم في بيان وجه الدلالة من هذه الفتوى : ان أبا موسى الأشعري قد أجاز فعل هذه المرأة في مالها ، وهي في حالة أشد تيقظ بالموت من المريض ، فدل على أن أبا موسى لا يرى الحجر على من يتوقع الموت ، وهو صحابي جليل ممن يقتدى بهم .(١)

الاجابة على استدلاله بهذه الفتوى :

يجلب من الاستدلال بهذه الفتوى بأن أثر أبي موسى رضي الله عنه دليل للجمهور لا عليهم .

لأنه يدل على أن أبا موسى - رضي الله عنه - يرى تأثير المرض المخوف في التصرفات لا كما قال الامام ابن حزم .

يظهر ذلك من قوله رضي الله عنه " فعلت ما فعلت وهي صحيحة " ، لو لم يكن يرى المرض المخوف فيها لما كان لذكر لفظ " صحيحة " فائدة .

فيكون أساس الحكم عنده رضي الله عنه هو ما ذهب اليه الجمهور ، وانما أجاز تصرفاتها في مالها لوقوعها في الصحة .

كما يدل استفهام زوج المرأة أبا موسى في هذه الحالة أن الأساس عندهم هو اعطاء تصرفات المريض حكما مغايرا لحكم تصرفات الصحيح .

واستدلال ابن حزم بالأثر من طريق القياس الأولوي ، وهو أن أبا موسى اذا أجاز تصرف من تيقن الموت ، فمن باب أولى أن يجيز تصرف من يظن الموت كالمريض ، وهو لا يقول بالقياس مطلقا ، فكيف يلزم به غيره ؟ .

---

(١) المحلى لابن حزم ١٠/٤٨٩

المذهب المختار :

يتبين مما تقدم صحة ما ذهب اليه الجمهور دليلا ، وهو أحوط لما فيه من اليقين بعدم التعدى على حقوق الغير مع حصول الأجر فيما يتركه المريض لورثته من الأموال ، كما دل على ذلك حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ، وحفظ الحقوق من مقاصد الشريعة الاسلامية .

المبحث الثاني : سبب الحجر على المريض مرض الموت وأثره :

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الأول : في بيان موجب الحجر عليه .

الفرع الثاني : في بيان جهة تعلق حقوق الغرماء بماله .

الفرع الثالث : في بيان جهة تعلق حقوق الورثة بماله .

الفرع الأول : في بيان موجب الحجر عليه :

ان المحجور عليه قسمان :

١ - محجور عليه لحق غيره ، كالمفلس لحق الغرماء ، والراهن لحق المرتهن في العين المرهونة ، والعبد لحق سيده .(١)

٢ - ومحجور عليه لحق نفسه ، كالصبي ، والمجنون ، والسفيه ، في أموالهم وذممهم .(٢) لعدم صلاحيتهم لرعاية مصالحهم لنقصان عقولهم من ادراك المصالح من المفاسد .

فعلى ذلك فموجب الحجر عموما أحد أمرين : اما رعاية حقوق الغير وصيانتها واما رعاية حق المحجور عليه لنقصان عقله عن ادراك المصالح .

والمعنيان موجودان لدى المريض مرض الموت ، وان كان أحدهما أقوى ظهورا من الثاني . فان المرض قد يحدث اختلالا في عقل المريض أو نقصانا فيه فيتصرف تصرفا مضرا بدون وعي منه ، وهو المعنى الموجب للحجر على القسم الثاني .

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٠٥ .
(٢) المصدر السابق .

لذا قسم الفقهاء المريض الى قسمين :

١ - قسم لا اعتداد بكلامه وعطيته مطلقا ، لا من رأس المال ولا من ثلثه . وهو الذى أحدث المرض اختلالا في عقله[١] .

لأن ما يصدر منه من كلام أو فعل والحالة هذه صادر من غير ادراك كالمجنون . وهذا القسم ليس معنيا بهذا الباب .

٢ - وقسم ينفذ تصرفه في حق نفسه دون غيره . وهو الذى يعقل ما يصدر منه من الأقوال والأفعال . ولم يعتبر الفقهاء ما قد يحتمل من نقص في عقله بسبب المرض لعدم ظهور ذلك المعنى ، فينفذون تصرفه فيما يرونه حقا له دون ما يرونه حقا لغيره كثلثي ماله . وهذا القسم هو المعني بهذا الباب .

كما أن شعور المريض بدنو أجله قد يحمله على التصرف بماله في وجوه الخير اما رغبة في الأجر عند الله ، واما اضرارا بأصحاب الحقوق المتعلقة بماله ، كالغرماء والورثة .

وهذا المعنى أقوى ظهورا في تصرفه من المعنى الأول الذى هو نقصان العقل . لذا ألحقه الفقهاء بالقسم الأول من قسمي المحجور عليهم فجعلوه محجورا عليه لحق الغير من الغرماء والورثة ، وأهملوا المعنى الأول لدخوله في تصرف من لا يعقل .

ومن هنا يصححون تبرعاته من رأس ماله ان شفي من مرضه ويمنعونه من الرجوع فيها ان كانت لازمة في حال الصحة ، ولو بلغت ما بلغت ، لانتفاء المانع من صحتها .

لأن المرض ليس موجبا للحجر لذاته ، وانما لكونه سببا للموت ، لذا اشترط اتصال الموت به[٢] ، والموت يوجب أمرين :

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨٤ .
(٢) الملكية ونظرية العقد لأبي زهرة ص ٣٥٦ .

أحدهما : خراب لذمته لعدم أهليته للملك أو التملك ، لانعدام بنيته .

فتصير ديون الغرماء متعلقة بالمال الذى خلّفه ، لأنه قائم مقام ذمته حال حياته .

والثاني : خلافة الورثة عن الميت فيما كان يملكه ، لكونهم أقرب الناس اليه ، فيثبت بتلك الخلافة حقهم في التركة (١) .

والموت الذى هذا شأنه يضاف الى سببه ، وهو المرض ابتداء من أول نزوله في الجسم حتى الموت .

لأن الموت يحصل نتيجة ضعف القوى وترادف آلام المرض (٢) . فتتعلق حقوق الورثة والغرماء بماله من أول مرضه ، فيحجر عليه في قدر ما تصان به تلك الحقوق ، مستندا الى أول المرض ، لأن الحكم يسند الى أول السبب (٣) .

فتبين مما تقدم أن موجب الحجر على المريض مرض الموت عند الفقهاء هو رعاية حقوق الغرماء ، والورثة وصيانتها . والله أعلم .

الفرع الثاني : جهة تعلق حقوق الغرماء بماله :

ان حقوق غرمائه تتعلق بطلبة تركته دون عينها وصورتها ، سواء في حق الغرماء أنفسهم أم في حق غيرهم (٣) .

فله أن يتعامل بالمعاوضات المالية مع من شاء من الغرماء وغيرهم بيعا وشراء دون أن يكون لأحد من غرمائه حق الاعتراض عليه اذا كان بقيمة المثل .

---

(١) التلويح على التوضيح ١٧٧/٢ .
(٢) مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول - لملا خسرو ٤٤٧/٢ .
(٣) كشف الأسرار للبخارى ٣١٢/٤ ، وجامع الفصولين ٣٤/٢ .

لأن حقوقهم في هذه الحالة لا تفوت بفوات العين[1] ، لأن الغرض من تعلقها بماله هو استيفاؤها منه ، وهو حاصل ، لانتقاله من العين الى العوض.[2]

الفرع الثالث: جهة تعلق حق الورثة بماله :

اتفقت المذاهب الأربعة على أن حق الورثة يتعلق بمالية تركة المريض في حق غيرهم من الأجانب غير الوارثين .

فله أن يتعامل مع من شاء من الأجانب بيعا وشراء بقيمة المثل دون أن يكون لأحد من ورثته حق الاعتراض عليه .

وأما جهة تعلقه بالتركة في حق الورثة فيما بينهم ففيه مذهبان للفقهاء :

١ - فذهب الجمهور من المالكية[3] ، والشافعية[4] ، والحنابلة[5] في المشهور ، وصاحبا أبي حنيفة أبو يوسف[6] ، ومحمد بن الحسن[7]

---

(١) تكملة الفتح المسماة بنتائج الأفكار ٨/٣٨٣ .
(٢) العناية مع تكملة الفتح ٨/٣٨١ - ٣٨٢ .
(٣) المدونة ٥/٢٠٩ .
(٤) الأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٧ .
(٥) المقنع مع حاشيته المنقولة ٢/٣٤٧ .
(٦) وهو : أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم بن حبيب الأنصاري الفقيه القاضي أحد أصحاب أبي حنيفة ، أخذ عنه الفقه وولي القضاء في عهد المهدي ، ولقب بقاضي القضاة في عهد الرشيد ، وهو أول من لقب به ، وأول من كتب في أصول الحنفية ، وهو صاحب كتاب الخراج ، ولد بالكوفة سنة ١١٣ هـ ، وتوفي ببغداد سنة ١٨٢ هـ وقيل : سنة ١٨٣ هـ في خلافة هارون الرشيد .
انظر : الفوائد البهية ص ٢٢٥ ، وتاج التراجم ص ٨١ والفتح المبين ١/١٠٨ - ١٠٩ .
(٧) وهو : أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني القاضي ، وأصله من قرية من قرى دمشق ، أخذ الفقه عن أبي حنيفة ثم عن أبي يوسف ، له كتب كثيرة منها : المبسوط ، والجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والمخارج في الحيل ، وغير ذلك ، يعتبر ناشر علم الامام أبي حنيفة ، ولي القضاء الرقة ثم قضاء الرى وبها توفي . ولد بواسط سنة ١٣١ هـ ، وتوفي سنة ١٨٩ هـ .
انظر : الفوائد البهية ص ١٦٣ ، وتاج التراجم ص ٥٤ والأعلام ٦/٣٠٩ .

الى أنها هي الطلبة دون العين والصورة ، كما هو الشأن في حق غيرهم. فله المعاوضة الطلبة مع وارثه بقيمة المثل كالأجانب دون أن يكون لباقي الورثة حق الاعتراض عليه .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو أن العين غير مقصودة لذاتها وانما تقصد لمنافعها ز، وهي جهة الطلبة فيها ، فلا يفوت ذلك المعنى بالمعاوضات سواء كانت مع أجنبي أم مع وارث .

ولأنه لا توجد فيها تهمة ايثار بعض الورثة على بعض مع بقاء العوض ، لقيامه مقام العين .

فعليه لا تعتبر المعاوضة مع الوارث في معنى الوصية له كما لا تكون في معنى الوصية مع الأجانب غير الوارثين (١) .

٢ - وذهب الامام أبو حنيفة (٢) ، والحنابلة في قول (٣) الى أنها الطلبة مع العين والصورة .

فيمنعون المريض من المعاوضة مع وارثه سواء كانت بقيمة المثل أم لا الا برضا باقي الورثة .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو أنه قد تكون في العين مقاصد للناس غير منافعها ، فتكون المعاوضة بها مع بعض الورثة ايثارا له على باقيهم ، وهو العلة المانعة من الوصية للوارث ، فيكون ممنوعا منها مع الوارث ، كما منع من الوصية له (٤) .

---

(١) انظر : المبسوط ١٤/ ١٥٠ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) الحاشية المنقولة مع المقنع ٢/ ٣٤٧ ، والانصاف ٧/ ١٧٢ .
وبهذا قال بعض المالكية اذا كان المبيع من خيار مال المريض . انظر حاشية أبي علي وحال على شرح ميارة ٢/ ١٨ .
(٤) المبسوط ١٤/ ١٥٠ ، والانصاف ٧/ ١٧٢ ، والشرح الكبير مع المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٥ .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار لأمرين :

أحدهما : أن اعتبار تهمة ايثار بعض الورثة على بعض علة مانعة من المعاوضة هنا مع وجود العوض غير قوى .

والثاني : أن الأصل قصد الأعيان لمنافعها وهي جهة الطالبة فيها لا لذاتها ، فينبغي أن لا يمنع المريض من بعض حاجاته لاحتمال غير قوى .

والله أعلم .

ومن هنا كانت عقوده معتبرة و معتد بها بمجرد صدورها منـــــه ، سواء كانت معاوضات أم تبرعات ، الا أن التبرعات الزائدة على الثلث تكـــون موقوفة الى حين الموت أو الصحة من المرض احتياطا لحق الورثة ، فان صحّ من مرضه نفذت دون تجديد العقد ، وان مات منه وأجازها الوارث نفـذت كذلك دون حاجة الى تجديد عقدها ، على قول من يرى أن اجازة الورثـــة تنفيذ لا ابتداء عطية منهم .

ولو كان غير أهل لانشاء تلك العقود لاحتاجت الى تجديدها عنـــد التنفيذ وزوال المانع . فعدم احتياجها الى ذلك دليل أهلية العاقـــــد عند الانشاء .

وما ورد من الحنفية من اعتبار المرض من عوارض الأهلية السماويـــة[1] . لا يعني منافاته الأهليـــة ، بل يرونه كامل الأهليـــة[2] ، وانما اعتبر عارضـا من عوارض الأهلية نظرا للتغيير الذي يدخل على أحكام بعض تصرفاته فتخالف أحكام تصرفات الصحيح ، كوقف بعضها لصالح غيره .

فان تنفيذ التصرفات حال انعقادها من أحكام الأهلية ووقفها الـــى زمن آخر لسبب من الأسباب تغيير لذلك الحكم ، فيكون تأثير المرض في أحكام الأهلية ، وليس في الأهلية نفسها .

---

(١) كشف الأسرار ٤/٢٦٣ .

(٢) مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول - لملا خسرو ٢/٤٤٧ - ٤٤٨ .

وما يسقط عنه من بعض الواجبات الدينية كعدم وجوب الصلاة عليه قائما اذا كان ممن تباح له الصلاة قاعدا لعجزه عن القيام فيها . وعدم وجوب الصيام عليه في نهار رمضان اذا كان غير قادر عليه لشدة مرضه ، سببه العجز البدني ، وانعدام القدرة الممكنة ، لا فقد الأهلية .(١)

---

(١) مرآة الأصول في شرح مرقاة الوصول - لملا خسرو ٢/٤٤٧ .

المبحث الرابع : المقدار المحجور على المريض مرض الموت :

تقدم أن الحجر على المريض جزئي ، وأنه لرعاية حقوق الورثة والغرماء المتعلقة بماله .

فالمقدار المحجور عليه في حق غرمائه ، هو ما يصان به حقهم كله ، ولو أحاطت الديون بجميع ماله ، فانه يمنع من التصرف في جميعه بما لا يعاوض عليه رعاية لحقهم كالمفلس .

والمقدار المحجور عليه في حق الورثة هو ثلثا جميع ماله ، اذا لم يكن عليه دين ، وثلثا ما بقي اذا كان عليه دين غير مستغرق لماله . فيمنع من التصرف فيما زاد على ثلثه بلا عوض .

هذا فيمن له وارث خاص ، فان لم يكن له وارث خاص ولا دين عليه فهل له أن يتبرع بجميع ماله لانتفاء المانع أو ليس له ذلك ؟ .

للاجابة على هذا التساؤل نتطرق الى تساؤل آخر وهو : هل يجوز لمن ليس له وارث خاص أن يوصي بكل ماله أو لا[1] ؟ لأن التبرعات المنجزة في المرض المخوف لها حكم الوصية[2] ، فما كان جوابا للتساؤل الثاني فهو جواب للأول .

وقد اتفق أهل المذاهب الأربعة على عدم تنفيذ الوصية الزائدة على الثلث لمن له وارث خاص الا باجازته[3] . فكذلك التبرعات المنجزة في مرض الموت .

واتفقوا على نفوذها باجازة الوارث في جميع المال[4] ، وكذلك التبرعات المنجزة في مرض الموت بطريق القياس .

---

(١) المنتقى للباجي ٦/١٦٥ .
(٢) نيل الأوطار ٦/٤٩ .
(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٧٧ ، وفتح الباري ٥/٣٦٩ .
(٤) المصدران السابقان .

ثم اختلفوا فيمن ليس له وارث خاص هل له أن يوصي بجميع ماله

أولا على مذهبين :

١ - فذهب الحنفية[١] ، والحنابلة[٢] في قول جماهيرهم الى جواز وصيته بجميع ماله . وبه قال علي بن أبي طالب[٣] ، وعبد الله بن مسعود[٤] رضي الله عنهما[٥] . واسحاق بن راهويه[٦] ، وشريك القاضي[٧] ، ومسروق[٨] وعبيدة السلماني[٩] .

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٦ ، والمبسوط ٣٠/٤٣ .

(٢) الانصاف ٧/١٩٢ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٠٧

(٣) تقدمت ترجمته .

(٤) تقدمت ترجمته .

(٥) انظر :شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٧٧ ، وفتح الباري لابن حجر ٥/٣٦٨ .

(٦) تقدمت ترجمته .

(٧) وهو : أبو عبد الله شريك بن عبد الله بن الحارث القاضي النخعي الكوفي الفقيه ، أحد الأئمة الأعلام ، ولي قضاء الكوفة في عهد المنصور والمهدي ، ولد سنة ٩٥ هـ ، وقيل : سنة ٩٠ هـ ، وتوفي سنة ١٧٧ هـ .

انظر : تهذيب التهذيب ٤/٣٣٣ وما بعدها ، وميزان الاعتدال /٢٧٠ وما بعدها ، والأعلام للزركلي ٣/٣٣٩ .

(٨) تقدمت ترجمته .

(٩) وهو : أبو عمرو عبيدة بن عمرو (أو قيس) السلماني المرادي التابعي الفقيه والمحدث ، وكان يوازي شريحا في القضاء ، روى عنه محمد بن سيرين هذا الأثر . اختلف في سنة وفاته فقيل : سنة ٧٢هـ وقيل : سنة ٧٣ هـ . وقيل : انه توفي سنة ٧٠ هـ .

انظر : تهذيب التهذيب ٧/٨٤ - ٨٥ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١/٣١٧ ، والأعلام للزركلي ٤/٣٥٧ .

والحسن البصري (١) ، وعمر بن عبد العزيز (٢) (٣) .

واستدلوا على ما ذهبوا اليه بالكتاب ، والسنة ، وفتاوى الصحابة والمعنى المعقول .

أما الكتاب :

فقد استدلوا بمطلق قوله تعالى ((كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين)) (٤) .

فقالوا : ان الوصية قد اطلقت في هذه الآية الكريمة دون تحديد قدر معين قليلا كان أو كثيرا ، وجد وارث أو لم يوجد .

ثم جاءت السنة المطهرة بتقييد وصية من له وارث خاص بقدر ثلث تركته ، فخرجت وصيته من مطلق الآية بالسنة ، وبقيت وصية من ليس له وارث خاص على الاطلاق ، فله أن يوصي بما شاء من ماله ولو أتى على جميعه عملا بمطلق الآية (٥) .

---

(١) تقدمت ترجمته .

(٢) وهو : أبو حفص الخليفة الراشد عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم القرشي الأموي التابعي ولد بمصر سنة ٦١ هـ ، وقيل : ٦٣ هـ وتوفي بدير سمعان ، وهي قرية من قرى حمص سنة ١٠١ هـ وعمره ٣٩ سنة وستة أشهر .
تهذيب الأسماء واللغات ٢/١٧ وما بعدها ، والأعلام للزركلي ٥/٢٠٩ .

(٣) المصنف لعبد الرزاق ٩/٦٨ - ٦٩ ، ٧٥ ، والتمهيد لابن عبد البر ٨/٣٧٩ - ٣٨٠ . المحلى لابن حزم ١٠/٤٢٦ - ٤٢٧ .

(٤) سورة البقرة - آية ١٨٠ - ١٨١ .

(٥) فتح الباري - كتاب الوصايا ٥/٣٦٩ .

وأما السنة :

فقد استدلوا بما ورد في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم : (الثلث والثلث كثير ، انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس)(١) .

فقالوا : ان مفهوم هذه الجملة من الحديث الشريف ودلالة نصه أن من لا وارث له ، لا يمنع من الوصية بما زاد على ثلث تركته لانتفاء المانع .

لأن الشارع جعل ترك الورثة فقراء علة المنع من الزيادة على الثلث ، وهذا لا يترك ورثة يخاف عليهم الفقر والحاجة من بعده(٢) .

أما فتاوى الصحابة :

فقد استدلوا بما ورد عن علي بن أبي طالب(٣) ، وعبد الله بن مسعود(٤) رضي الله عنهما أنهما كانا يجيزان لمن ليس له وارث خاص أن يضع ماله حيث شاء(٥) .

وأما المعنى المعقول :

فقد قالوا : ان المنع من الثلث في الوصية والتبرع المنجز في المرض المخوف ، انما كان لرعاية حق الورثة في الثلثين ، وهنا لا يوجد وارث ، فأشبه حال الصحة في عدم تعلق حق الغير بالمال في كل منهما ، فكان له أن يتصرف بجميع ماله كالصحيح(٦) .

---

(١) تقدم ان الحديث بكامله في موضوع اثبات الحجر على المريض .
(٢) المغني لابن قدامة المحتاج ٣/ ٣٨٠ ، وفتح الباري ٥/ ٣٦٩ .
(٣) تقدمت ترجمته .
(٤) تقدمت ترجمته .
(٥) المصنف لعبد الرزاق ٩/ ٦٩ ، وشرح النووي على صحيح مسلم ١١/ ٧٣
(٦) المغني لابن قدامة ٦/ ١٠٧ ، والمبدع شرح المقنع ٦/ ١٠ - ١١ .

ولأن بيت المال ليس بوارث وانما يصرف اليه مال من ليس له وارث خاص ضرورة لعدم مستحق له ، فيصرف في مصالح المسلمين ، والموصى له بكل المال ، ساوى غيره من المسلمين في الاتصاف بالاسلام وترجح عليهم بايجاب الموصى ، فكان أولى به من باقي المسلمين (١) .

٢ - وذهب المالكية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) في رواية عن الامام أحمد الى عدم جواز وصيته بأكثر من ثلث تركته . وبه قال زيد بن ثابت (٥) ، والأوزاعي (٦) ، وابن شبرمة (٧) ،

---

(١) المبسوط - كتاب الفرائض - فصل ولاء الموالاة ٣٠/٤٣ ، والاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٤ .

(٢) المنتقى للباجي ٦/١٥٦ ، والشرح الصغير للدردير ٢/٤٦٧ .

(٣) روضة الطالبين ٦/١٠٨ ، ومغني المحتاج ٣/٤٧ .

(٤) الانصاف للمرداوى ٦/١٩٢ ، والمبدع شرح المقنع لابن مفلح ٦/١٠ - ١١ .

(٥) وهو : أبو سعيد ، وقيل : أبو خارجة ، وقيل : أبو ثابت زيد بن ثابت بن الضحاك الأنصارى الخزرجي الصحابي الجليل ، أحد كتبة الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم وأمين جمع القرآن الكريم في عهد الصديق رضي الله عنه ، وأحد الراسخين في العلم . توفي سنة ٤٥ هـ على أكثر الأقوال ، وقيل : ٤٢ هـ ، وقيل : ٤٣هـ وقيل : ٥٢ هـ .
انظر : الاصابة في تمييز أسماء الصحابة ١/٥٦١ - ٥٦٢ ، وتهذيب التهذيب ٣/٣٩٩ - ٤٠٠ .

(٦) تقدمت ترجمته .

(٧) وهو أبو شبرمة عبد الله بن شبرمة بن الطفيل بن حسان بن المنذر ابن ضرار الفقيه القاضي الكوفي التابعي فقيه الكوفة ، ولي قضاء سواد العراق لأبي جعفر ، قال فيه الثوري : مفتينا ابن أبي ليلى وابن شبرمة . ولد سنة ٧٢ هـ ، وتوفي سنة ١٤٤ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب لابن حجر ٥/٢٥٠ - ٢٥١ ، وميزان الاعتدال ٢/٤٣٨ ، وتهذيب الأسماء واللغات ١/٢٧١ - ٢٧٢ .

والحسن بن حيي[1] ، والظاهرية[2] ، والظاهرية[3] .

واستدلوا بالسنة وهي ما رواه أبو داود في سننه ، والحاكم في المستدرك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أنا مولى من لا مولى له ، أرث ماله وأفك عانيه[4] ، والخال وارث من لا وارث له يرث ماله ويفك عانيه)[5] .

وفي رواية لأبي داود : (من ترك كلا[6] فإليّ وربما قال : إلى الله ورسوله ، ومن ترك مالا فلورثته ، وأنا وارث من لا وارث له ، أعقل له وأرثه ، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه)[7] .

---

(١) وهو : أبو عبد الله الحسن بن صالح بن حيي الهمداني الثوري الكوفي ، ويقال له (الحسن بن صالح) من فقهاء الزيدية ، ولد سنة ١٠٠ هـ ، ومات بالكوفة مختفيا سنة ١٦٨ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٢/٢٨٥ وما بعدها ، والأعلام للزركلي ٢/٢٠٨ .

(٢) انظر : الاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٤ ، والمحلى لابن حزم ١٠/٤٢٧ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٠٧ .

(٣) المحلى لابن حزم ١٠/٤٢٥ .

(٤) أصله (عانيه) حذفت الياء تخفيفا كما في يد . يقال عنا يعنو من العنو والعناء : اذا خضع وذل .
انظر : ترتيب القاموس ٣/٣٣٤ . والمراد به هنا ما تعلقت به من الحقوق بسبب الجنايات .
انظر : عون المعبود ٨/١٠٨ .

(٥) رواه أبو داود - كتاب الفرائض - باب ميراث ذوى الأرحام ٣/٣٢٠ ، والحاكم في المستدرك - كتاب الفرائض - باب الخال وارث من لا وارث له . وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . انظر : المستدرك مع التلخيص ٤/٣٤٤ .

(٦) كلا : بفتح الكاف وتشديد اللام : أى ثقلا من العيال والدين .
انظر : عون المعبود ٨/١٠٦ .

(٧) رواه أبو داود في كتاب الفرائض - باب ميراث ذوى الأرحام ٣/

فقالوا : ان هذا الحديث دليل على أن بيت مال المسلمين وارث من ليس له وارث خاص .

لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يرث لنفسه ، وانما يصرف ما يأخذه في مصالح المسلمين ، لقيامهم مقام عصبته من القرابة في أداء ما قد يكون عليه من الحقوق والواجبات .(١)

فيمنع من الوصية والتبرع المنجز في المرض المخوف في الزائد على ثلثه مع بيت المال ، كما يمنع منها مع الوارث الخاص ، لاعتبار كل منهما وارثا شرعيا .(٢)

الا أن الوارث الخاص له حق الاجازة في الزائد على الثلث ، فان أجاز صحت الوصية في الكل ولو أتى على جميع التركة ، والا بطلت في الزائد ، لأن حق الاجازة محصور له .

بخلاف بيت مال المسلمين فلا مجيز للزائد ، لأن الحق فيه لعامة المسلمين فلا سبيل الى معرفة اجازة جميعهم فبطلت الزيادة في حقه .(٣)

سبب الخلاف :

ان منشأ الخلاف بين الفقهاء هو اختلاف وجهات نظرهم في بيت المال ، هل هو وارث أو جهة مصلحة ؟ .

فمن رأى أنه جهة مصلحة لحفظ الأموال الضائعة ، وليس بوارث ، وانما يصرف اليه مال الميت الذى ليس له وارث خاص ضرورة عدم المستحق

---

(١) مغني المحتاج ٣/٥ .
(٢) المنتقى للباجي على الموطأ ٦/١٥٦ .
(٣) روضة الطالبين ٦/١٠٨ ، ومغني المحتاج ٣/٤٧ .

لا أنه مستحق [١] ، وهم الحنفية وجماهير الحنابلة ومن معهم ، قالوا بجواز الوصية بجميع المال لمن ليس له وارث خاص ، ومثلها التبرعات المنجزة في مرض الموت .

ومن رأى أنه جهة وارثة ولم يره مجرد جهة مصلحة ، وهم المالكية والشافعية ومن معهم قالوا بعدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن ليس له وارث خاص [٢] ، ومثلها التبرعات المنجزة في مرض الموت .

المذهب المختار :

ان الذى يظهر لي - والله أعلم - هو التفصيل .

لأن بيت المال اما أن يكون منتظما تحت يد امام عادل ، أولا يكون كذلك .

ففي حال انتظامه تحد يد امام عادل ، ينبغي أن يعمل بما ذهب اليه الطاعنون ، لاعتباره وارثا لمن ليس له وارث خاص لدلالة ظاهر حديث هم على ذلك .

حيث جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنم الذى هو الميراث مقابل الغرم الذى هو تحمل ما قد يكون على الميت من الحقوق ، كما هو الشأن مع الوارث الخاص .

وما يوضع في بيت المال من الأموال يصرف في مصالح المسلمين ، فان كانت حقا لهم في حقيقة الأمر ، كما يرى الطاعنون ، فقد وصل اليهم حقهم ،

---

(١) الهداية على بداية المبتدى - كتاب الولاء - فصل ولاء الموالاة - ٩/٢٢٨ - ٢٢٩ ، والانصاف ٧/١٩٢ ، والاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٤ .

(٢) مغني المحتاج ٣/٤ ، والانصاف ٧/١٩٢ ، وقواعد ابن رجب الفقهية - قاعدة ٩٧ .

وان كانت حقا للميت في حقيقة الأمر لعدم الوارث الخاص ، وانما وضع في بيت المال ضرورة حفظها كما يرى المجوزون ، فله الأجر فيما يصرف في مصالح المسلمين ، كما لو تبرع به على معين منهم ، فلا يفوت المقصود .

وفي حال عدم انتظامه بامام عادل ، ينبغي أن يعمل بما ذهب اليه المجوزون فله أن يضع ماله حيث شاء من وجوه الخير والبر . لأن جهة الارث وهي العصوبة الاسلامية وان كانت موجودة الا أن الواسطة التي هي بيت المال تحت رعاية الامام العادل مفقودة .

فان كان الطل حقا له كان له أجر التبرع ، وان كان حقا للمسلمين كان أمره كالأمين الذى يجعل الطاعون أمر هذا الطل اليه حال عدم انتظام بيت المال ، فيتصدق به عن المسلمين[1] ، فلا يفوت المقصود هنا أيضا .

والله أعلم بالصواب .

---

(١) المنتقى للباجي ٦/١٥٧ ، ومغني المحتاج ٣/٧ .

البَابُ الثانى

البـــاب الثـــاني

تبرعات المريض مرض المـــــوت

وفيه أربعـة فصـــول :

الفصـــل الأولـــ :

تعريـف التـــبرع .

الفصـــل الثـــاني :

عقـود التـبرعات الأصليـــة .

الفصـــل الثـــالث :

عقـــود التبرعـات غـير الأصليـة .

الفصـــل الرابـــع :

مسـائل تتعـلق بحسـاب تبرعات المريض من الثـــلث

والرجـــوع فيهـــا .

=/=/=/=/=

الفصـــل الأول

في تعريـــف التـــــــبرع

وفيه مبحثـان :

المبحـث الأول :

في تعريفـــه لغـــة .

المبحث الثاني :

في تعريفه اصطلاحـــا .

-/-/-/-/-

المبحث الأول : تعريفه لغة :

التبرع لغة : التطوع بشيء غير واجب ، وهو مصدر تبرع يتبرع .(١)

يقال : تبرع فلان بالعطايا اذا تفضل بما لا يجب عليه .(٢) وتبرع بالأمر اذا فعله غير طالب عوضا .(٣) وفعله متبرعا : أي متطوعا .(٤)

وهذه المعاني اللغوية تدور على فعل شيء غير واجب بلا عوض ، سواء كان عطاء أو عملا .

=/=/=/=/=/=

---

(١) انظر : معجم مقاييس اللغة لأحمد بن فارس ١/٢٢١ ، ومختار الصحاح ص ٤٩ .

(٢) ترتيب القاموس ١/٢٥٣ .

(٣) المصباح المنير للفيومي ص ٤٤ .

(٤) ترتيب القاموس ١/٢٥٣ .

المبحث الثاني : تعريفه اصطلاحا :

والتبرع اصطلاحا : ازالة الملك عن المال بلا عوض ، ولا استحقاق أو ازالة اليد عنه (١) . كالهبة والبيع نسيئة .

محترزات التعريف :

بلا عوض : قيد خرجت به ازالة الملك عن المال بالعوض كالبيع والاجارة .

ولا استحقاق : قيد خرجت به ازالة الملك عن المال بالاستحقاق . كالأرض المغصوبة اذا زرعها الغاصب وقد رعليه قبل بلوغ الزرع حد الانتفاع فانه تؤخذ منه الأرض بزرعها بلا عوض مقابلة بذره وعمله لاستحقاق الأرض عليه (٢) .

أو ازالة اليد عنه : قيد أدخل الأجل في البيع وغيره .

وعرف أيضا بأنه : ازالة الملك فيما ليس بواجب بغير عوض (٣) .

ومعنى التعريفين متقارب .

قوله : فيما ليس بواجب : قيد مخرج لازالة الملك فيما هو واجب ، كنفقة من تلزم الانسان .

=/=/=/=/=

---

(١) روضة الطالبين ٦/١٣١ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٤ ، والوجيز للغزالي ١/٢٧٢ .

(٢) الخرشي على خليل ٦/١٥١ ، والشرح الصغير ٢/٢٢١ .

(٣) تعليقات على الزوائد شرح زاد المستنقع ١/٥٨٨ .

الفصل الثاني : عقود التبرعات الأصلية :

وهي عقود تقع في الأصل بلا عوض من الطرف الثاني ، وانما يقصد بها التفضل عليه وصنع المعروف اليه . وهي تقع في عشرة مباحث :

المبحث الأول :
الوصية بالمال في مرض الموت .
المبحث الثاني :
الهبة في مرض الموت .
المبحث الثالث :
العارية في مرض الموت .
المبحث الرابع :
الكفالة بالمال في مرض الموت .
المبحث الخامس :
الوقف في مرض الموت .
المبحث السادس :
الابراء من الدين في مرض الموت .
المبحث السابع :
العفو عن الجناية الموجبة مالا في مرض الموت .
المبحث الثامن :
العتق في مرض الموت .
المبحث التاسع :
التدبير في مرض الموت .
المبحث العاشر :
الكتابة في مرض الموت .

-/-/-/-/-/-

المبحث الأول : الوصية بالمال في مرض الموت :

وهي في اللغة : اسم مصدر من أوصى أوصّي ، يقال : أوصاه ووصّاه ايصاء وتوصية ووصية ووصاية ، اذا عهد اليه .(١)

وفي الاصطلاح : هي التبرع بالمال بعد الموت .(٢)

بعد الموت : خرجت به الهبة ، لأنها تبرع بالمال في حياة الواهب .(٣)

هذا وقد اتفقت المذاهب الأربعة على أنه لا فرق بين وقوع الوصية في صحة الموصي ووقوعها في مرض موته ، في اعتبارها من ثلث التركة بعد قضاء الدين ومؤنة التجهيز .

لأنها عقد تبرع مضاف لما بعد الموت ، لا تلزم الا بالقبول ، ولا عبرة بقبولها الا بعد موت الموصي ، فلم يكن للصحة والمرض المخوف تأثير في حكمها .(٤)

-/-/-/-/-

---

(١) ترتيب القاموس للطاهر أحمد الزاوى ٦٢٢/٤ ، والمصباح المنير للفيومي ٦٦٢/٢ .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع ٣٧١/٤ ، ومطالب أولي النهى ٤٤٢/٤ .

(٣) المصدران السابقان .

(٤) بدائع الصنائع - كتاب الوصايا ٤٩٢٥/١٠ ، والكافي لابن عبد البر ٣١٩/٢ ، والاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٥٨/٢ ، وكشاف القناع ٣٧٥/٤ .

المبحث الثاني : الهبة في مرض الموت :

وهي في اللغة : مصدر وهب يهب ، وبابه وضع يضع . يقال : وهب له شيئا يهبه له اذا أعطاه اياه بلا عوض .(١)

وفي الاصطلاح : تمليك عين حالا بلا عوض .(٢)

أي تمليك عين المال في حياة الواهب بلا مقابل من الموهوب له .

محترزات التعريف :

تمليك : قيد خرجت به الاباحة والابراء من الدين . لأنهما ليستا بتمليك .

عين : قيد خرجت به الاجارة ، لأنها تمليك منفعة بعوض . والعارية لأنها تمليك منفعة بلا عوض .

حالا : قيد خرجت به الوصية ، لأنها ليست بتمليك في الحال بل بعد الموت .

بلا عوض : قيد خرج به البيع ، لأنه تمليك عين بعوض .(٣)

والهبة : اسم يشمل العطية والصدقة والهدية .

وقيل : ان الصدقة والهدية متغايرتان في القصد ، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ، ولا يأكل الصدقة .(٤)

---

(١) ترتيب القاموس ٤/٦٦١ ، ومختار الصحاح ص ٧٣٧ .
(٢) در المتقى شرح الملتقى ٢/٣٥٢ ، ومغني المحتاج ـ كتاب الهبة ٢/٣٩٦ .
(٣) مجمع الأنهر ـ باب الهبة ٢/٣٥٣ .
(٤) المغني لابن قدامة ٥ / ٦٤٩ .

وقال صلى الله عليه وسلم في اللحم الذى تصدق به على بريرة مولاة عائشة رضي الله عنها : (وهو عليها صدقة وهو لنا هدية)[١] .

فدل ذلك على تفريقه صلى الله عليه وسلم بين الصدقة والهدية .

فالصدقة : هي ما يعطى المحتاج تقربا الى الله تعالى .

والهدية : هي ما يعطى انسانا محبة له[٢] .

ولا يهمنا هذا التفريق بين الصدقة والهدية في القصد في هذا البحث ، والذى يهمنا هو وجود معنى التبرع فيهما ، وهو تمليك الغير مالا بلا عوض . وذلك المعنى متحقق في كل منهما فتعتبران من عقود التبرعات ، وهو المقصود هنا .

هذا وقد اتفق العلماء على اعتبار الهبة من رأس المال ان وقع ايجابها وقبولها وقبضها في صحة الواهب .

كما اتفق القائلون بثبوت الحجر على المريض من أهل المذاهب الأربعة ومن معهم على أنها تعتبر من ثلث المال اذا كان ايجابها وقبولها وقبضها في مرض موت الواهب .

---

(١) أخرجه البخارى في صحيحه في كتاب النكاح باب الحرة تحت العبد وهذا لفظه . انظر : فتح البارى ٩/١٢٨ . ومسلم في كتاب العتق باب انما الولاء لمن أعتق ٢/١١٤٤ ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . والنسائي في سننه - كتاب الزكاة - باب اذا تحولت الصدقة ٥/٨١ . وابن ماجه - كتاب الطلاق - باب خيار الأمة اذا أعتقت ١/٦٧١ . وأحمد في مسنده من حديث ابن عباس ١/٢٨١ .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة - كتاب الهدية والعطية ٥/٦٤٩ .

ثم اختلفوا في مسألتين من هذا الباب :

احداهما : فيما اذا وقعت الهبة في صحة الواهب ولم تقبض الا في مرض موته .

والثانية : فيما اذا وقعت في مرض موته ولم تقبض حتى مات .

المسألة الأولى : اذا وقعت الهبة في صحة الواهب ولم تقبض الا في مرض موته :

اختلفوا فيمن وهب في صحته ولم تقبض هبته حتى مرض مرض موته ، هل تصح هبته من ثلثه ، أو تبطل مطلقا ؟ .

١ - فذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة الى أنها تعطى حكم الهبة المبتدأة في المرض المخوف ، اعتبارا بوقت القبض ، فان صح من مرضه صحت من جميع المال ، وان مات منه اعتبرت من الثلث ان كانت لغير وارث ، وتوقفت على اجازة باقي الورثة ان كانت لوارث .

جاء في المبسوط للحنفية عند ذكر أثر الصديق[1] رضي الله عنه الآتي : " وفيه دليل على أن التسليم كالتمليك المبتدأ ، لأن أبا بكر الصديق رضي الله عنه امتنع من ذلك لمرضه ، لأن المريض ممنوع من ايثار بعض ورثته بشيء بطريق التبرع "[2] .

وقوله : (وفيه دليل على أن التسليم كالتمليك المبتدأ) يدل على أن الحنفية يرون القبض في مرض موت الواهب كابتداء الهبة فيه .

---

(١) وهو : عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو القرشي من بني تيم بن مرة بن كعب الخليفة الأول لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، مواقفه معروفة في التاريخ الاسلامي رضي الله عنه ، توفي سنة ١٣ هـ .
انظر : الطبقات الكبرى لابن سعد ٣/١٦٩ وما بعدها ، والاصابة لابن حجر ٢/٣٤١ ، وتهذيب التهذيب ٥/٥١٥-٣١٦ .

(٢) انظر : المبسوط للسرخسي - كتاب الهبة ١٢/٥٠ .

وجاء في الاقناع للشافعية : " ولو وهب في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث . . . اذ لا أثر لتقدم الهبة " .(١)

وجاء في الكافي للحنابلة : " وان وهب ما يعتبر قبضه وهو صحيح وأقبضه وهو مريض اعتبر من الثلث ، لأنه لم يلزم الا بالقبض " .(٢)

واستدلوا على ما ذهبوا اليه بما روى عن عائشة(٣) رضي الله عنها أنها قالت : " ان أبا بكر(٤) الصديق رضي الله عنه كان نحلها جاد عشرين وسقا من ماله بالغابة . فلما حضرته الوفاة قال : والله يا بنيتة ما من الناس أحد أحب اليّ بعدى منك . ولا أعزّ عليّ فقرا بعدى منك . واني كنت نحلتك جاد عشرين وسقا ، فلو كنت جددتيه واحزتيه كان لك ، وانما هو اليوم مال وارث ، وانما هما أخواك وأختاك ، فاقتسموه على كتاب الله . قالت عائشة : فقلت يا أبت ، والله لو كان كذا وكذا لتركته ، وانما هي أسماء فمن الأخرى ؟ فقال أبو بكر : ذو بطن بنت خارجة . أراها جارية" .(٥)

---

(١) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - كتاب الفرائض والوصايا - فصل ٤/٢٦

(٢) الكافي في فقه الامام أحمد لابن قدامة - كتاب الوصايا ٢/٤٨٦ .

(٣) وهي : أم المؤمنين أم عبد الله عائشة بنت أبي بكر الصديق التيمية الفقيهة ، احدى زوجات النبي صلى الله عليه وسلم ، وكانت من أعلم الصحابة ومن أفقههم رضي الله عنها ، ولدت سنة ٤ من البعثة ، وتوفيت سنة ٥٨ هـ ، وقيل : ٥٧ هـ .
الاصابة ٤/٣٥٩ وما بعدها . وتهذيب التهذيب ١٢/٤٣٣ وما بعدها .

(٤) تقدمت ترجمته .

(٥) رواه مالك في الموطأ - كتاب الأقضية - باب ما لا يجوز من النحل انظر : المنتقى للباجي ٦/٩٣ .
ورواه البغوى في شرح السنة - كتاب العطايا والهدايا - باب قبض الموهوب ٨/٣٠٢ - ٣٠٣ .

فقالوا : ان هذا الأثر يدل على أن الصديق رضي الله عنه لا يرى لزوم الهبة ولا صحتها الا بالقبض ، لقوله (فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك ، وانما هو اليوم مال وارث) . أي لو كنت قطعتيه وحزتيه لكان لك لدخوله في حوزتك وملكك ، أما وقد مرضت قبل حيازتك له فليس لوحدك اليوم وانما هو مال مشترك بينك وبين غيرك من الورثة على قدر الفرائض .

ولم يعرف للصديق مخالف في ذلك من الصحابة فكان اجماعا منهم .

قال البغوي في معرض استنباطه من هذا الأثر : " وفيه دليل ..... أن الهبة لا يحصل بها الملك ما لم يتصل بها القبض من الموهوب له ، وأن من وهب لوارث شيئا ، وكانت الهبة في الصحة والقبض في مرض موت الواهب ، كان كابتداء العطية في المرض ، وتكون مردودة " .(١)

اذا القبض شرط من شروط صحة الهبة ولزومها ، فاذا وجد في مرض الموت كان لها حكم العطية المبتدأة فيه اعتبارا بوقت اللزوم والصحة . ولأنه وقت ترتب آثار العقد عليه من ثبوت ملك الموهوب له لها ، وعدم جواز رجوع الواهب فيها عند من يرى ذلك كالشافعية والحنابلة .

---

(١) شرح السنة للبغوي - كتاب العطايا والهدايا - باب قبض الموهوب ٨/ ٣٠٢ - ٣٠٣ .

٢ - وذهب المالكية[١] الى أنها تبطل مطلقا ، فلا تكون من رأس المال ولا من الثلث ، بل ترد الى التركة فيأخذها الورثة ميراثا بينهم .

جاء في الكافي للمالكية : " ولو وهبت في صحته فتأخر اقباضه اياها حتى مات أو مرض رجعت ميراثا بين ورثته ولم تكن في ثلث ولا في غيره سواء كانت لوارث أم لأجنبي "[٢] .

هذا وان المالكية يقولون بصحة الهبة في الحالات العادية بالعقد ولو لم يحصل قبض كالبيع[٣] .

الا أنهم عطفوا في هذه الحالة بالآثار الواردة من الصحابة رضي الله عنهم في هذا الباب وفسروه بأصل من أصولهم وهو سد الذريعة .

وقد استدلوا على ما ذهبوا اليه بأثر الصديق رضي الله عنه المتقدم ، وبما رواه مالك[٤] : " أن عمر[٥] بن الخطاب رضي الله عنه قال : ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي ، لم أعطه أحدا ، وان مات هو قال : هو لابني قد كنت أعطيته اياه من نحل نحلة ، فلم يحزها الذي نحلها حتى يكون ان مات لورثته فهي باطلة "[٦] .

فقالوا : ان كلا من الصديق والفاروق رضي الله عنهما قد حكم ببطلان الهبة في هذه الحالة .

---

(١) انظر : المدونة - كتاب الهبات - باب في الرجل يحبس في الصحة فلا يخرجه من يده حتى يموت ٦/١٠٨ ، والمنتقى للباجي - كتاب الأقضية - باب فيما يبطل العطية ٦/١٠١ .

(٢) الكافي لابن عبد البر - كتاب الهبات والصدقات - باب هبة المريض ٢/٣٠٢ .

(٣) المنتقى للباجي ٦/٩٤ .

(٤) و(٥) تقدمت ترجمتهما .

(٦) رواه مالك في الموطأ - كتاب الأقضية - باب ما لا يجوز من النحل . انظر المنتقى للباجي - باب ما يمنع الحيازة ويبطل العطية ٦/١٠٤ .

وأما الصديق فلقوله لابنته عائشة رضي الله عنهما : (فلو كنت جددتيه واحتزتيه كان لك ، وانما هو اليوم مال وارث) . فقد حكم ببطلان هبته لها ورجوعها الى تركته الموروثة ، لتعلق حق الورثة بماله بسبب المرض ومنعه الحيازة والقبض كما يمنع الحيازة تعلق حق الغرماء بمال المفلس .(١)

وأما الفاروق فقد صرح ببطلانها بالمرض المخوف قبل قبضها ، لأن قوله (وان مات هو قال : هو لابني قد كنت أعطيته اياه) يراد به مرض الموت ، لا الموت حقيقة لأن من مات حقيقة لا ينسب اليه قول .

وقالوا : انما حكم الصحابة رضي الله عنهم ببطلانها في هذه الحالة سدا للذريعة ، لا لنقص في العقد من جهة لزومه وصحته .

والذريعة : هي الوسيلة للشيء ، وسدها : حسم مادة وسائل الفساد دفعا له .

فمتى كان الفعل السالم عن المفسدة وسيلة الى المفسدة منعنا من ذلك الفعل(٢) ، دفعا لتلك المفسدة .

فيكون الصحابة قد سدوا أمام الناس وسائل دعوى هبة أموالهم في الصحة قبل المرض اذا أرادوا حرمان ورثتهم منها .

واستدلوا بالمعنى المعقول . وهو أن المرض يمنع الحيازة كالموت ، لأنه سبب من أسبابه ، فاذا لم تقبض ولم تحز كان عقدها غير تام ، فيبطل ، لأن القبض شرط من شروط التمام .(٣)

---

(١) المنتقى للباجي - كتاب الأقضية - باب ما لا يجوز من النحل ٦/١٠٣ .
(٢) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ص ٤٤٩ .
(٣) المنتقى للباجي ٦/٩٤ .

ولأن القول بجواز قبضها في هذه الحالة يؤدى الى ابطال واجب ، وهو حق الورثة الذى أوجبه الله تعالى من المواريث ، فوجب أن تبطل ، لاعتبارها وسيلة الى مفسدة .(١)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار لأمور :

١ - أن قول المالكية ببطلان الهبة هنا سدا للذريعة مبني على قولهم بلزومها بمجرد العقد ولو لم يحصل قبض .

وللجمع بين هذا القول وآثار الصحابة قالوا ببطلانها سدا للذريعة ولو لم يسلكوا هذا المسلك للزمهم القول بصحتها من رأس المال اعتبارا بوقت لزوم العقد ،وفيه مخالفة صريحة لآثار الصحابة من جهة وفتح باب أمام الناس لدعوى هبة أموالهم في الصحة اذا مرضوا ليوصلوا بها أموالهم الى من يريدون من جهة أخرى ، فتتضرر الورثة .

فلا يوجد شيء من هذه المحظورات فيما ذهب اليه الجمهور . حيث حملوا آثار الصحابة على عدم اللزوم الا بالقبض أعطوا الهبة هنا حكم هبة المريض ، اعتبارا بوقت اللزوم وألغوا اعتبار فترة ما قبل القبض فتحسب من الثلث ان كانت لغير وارث ، وتوقف على اجازة باقي الورثة ان كانت لوارث ، فلا ضرر فيه للورثة .

لأن تصرفه لم يمس حقهم ، والمالكية متفقون مع الجمهور على أن الثلث حق للمريض في هذه الحالة .

---

(١) المنتقى للباجي ٦/٩٤ .

٢ - أنه يمكن حمل الآثار على الهبة للوارث لورودها في سياق الحديث عن الهبة له .

فالهبة للوارث في مرض الموت في حكم الوصية ، ولا تصح الوصية لوارث الا باجازة باقي الورثة ، وكذلك ما كان في حكمها .

لقوله صلى الله عليه وسلم : (لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثة)[١] .

وفي رواية : (لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة)[٢] .

وفي رواية : (ان الله أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية لوارث)[٣] . الحديث

لقد أجمعت الأمة على عدم جواز الوصية للوارث الا بالاجازة[٤] .

وكذلك ما في حكمها . بخلاف الهبة لغير وارث فانها تصح من الثلث اذا كانت في مرض الموت من غير حاجة الى رضا الورثة ، كالوصية له بالاتفاق .

٣ - أن القول ببطلانها مطلقا في هذه الحالة ، سواء منها ما كانت لوارث وما كانت لغير وارث أجازها الورثة ، أو لم يجيزوها فيه اضرار بالمريض الواهب ، لما فيه من منعه من التصرف في ثلثه الذى جعله الشارع حقا له في آخر حياته بالاتفاق ، فلا يمنع ضرر بضرر .

والله أعلم .

---

(١) رواه البيهقي في سننه الكبرى من حديث ابن عباس - كتاب الوصايا - باب نسخ الوصية للوالدين والاقربين الوارثين ٦/٢٦٣ - ٢٦٤ .

(٢) رواه البيهقي من حديث عمرو بن خارجة ٦/٢٦٤ .

(٣) رواه الترمذى من حديث أبي أمامة الباهلي . قال أبو عيسى : وفي الباب عن عمرو بن خارجة وأنس وهو حديث حسن صحيح . أبواب الوصايا - باب ما جاء لا وصية لوارث ٨/٢٧٥ - ٢٧٦ .

(٤) البيهقي - كتاب الوصايا - باب نسخ الوصية للوالدين ٦/٢٦٤ ، وشرح ابن العربي المالكي على صحيح الترمذى ٨/٢٧٦ .

المسألة الثانيـــة :

ان أقوال المذاهب الأربعة اختلفت فيمن وهب في مرض موته ومـــات قبل أن يقبضها الموهوب له ، هل تصح هبته ، فيقوم وارثه مقامـــه فـــي اقباضها ، أو تبطـــل ؟ .

١ - فذهب الجمهور من المالكيـــة[١] والشافعيـــة[٢] في أصح أقوالهم والحنابلة[٣] في المعتمد عندهم الى أنها لا تبطل ، بل تصح ، ويقوم وارثـــه مقامـه في اقباضهـــا[٤] .

واستدلوا على ما ذهبوا اليه بدليلين من المعقول :

أحدهما : الحاق هبته بالوصية ، فقالوا : انها لا تبطل بموت الواهـــب المريض قبل قبضها ، كما لا تبطل الوصية بموت الموصي . لأنـــه لا أثر للقبض في كل منهما قبل الموت . فهبة المريض تكون موقوفـــة حتى يتبين أمرها ، اما بصحته من مرضه ، واما بخروجها من الثلث بعد الموت كما لا يستفاد من الموصى بها الا بعد موت الموصي[٥] .

---

(١) الكافي لابن عبد البر - كتاب الهبات والصدقات ٣٠٢/٢ ، والمنتقى للباجي - كتاب الوصايا - ١٥٧/٦ ، وتسهيل منح الجليل - بـــاب في بيان الهبة ٨٩/٤ .

(٢) روضة الطالبين - كتاب الهبة ٣٧٥/٥ ، ومغني المحتاج - كتـــاب الهبـــة ٤٠١/٢ .

(٣) الانصاف للمرداوي ٢٢٤/٧ ، والاقناع للحجاوي ٣٢/٣ .

(٤) هذا وقد ذهب كل من المالكية والشافعية الى عدم بطلانها بمـــوت الموهوب له أيضا . وأن وارثه يقوم مقامه في قبضها . وأما الحنابلة فقد ذهبوا الى بطلانها بموت الموهوب له دون الواهب .
انظر : المنتقى للباجي ١١٠/٦ ، وروضة الطالبين ٣٧٥/٥ ، ومغني المحتاج ٤٠١/٢ ، والانصاف ١٢٤/٧ ، والاقناع ٣٠٢/٣ .

(٥) المدونة ١٠٧/٦ - ١٠٨ ، والمنتقى للباجي ١٥٧/٦ ، وتسهيـــل منح الجليل ٨٩/٤ .

والثاني : الحاقها بالبيع مدة الخيار ، فقالوا : انها لا تبطل بموت الواهب المريض قبل قبضها ، كما لا يبطل البيع بموت العاقد مدة الخيار ، بل يقوم وارثه مقامه في اقباضها كما يقوم وارث العاقد مقامه في امضاء البيع أو فسخه .

لأن كلا منهما يؤول الى اللزوم حال تنفيذه .(١)

٢ - وذهب الحنفية(٢) الى بطلانها بموته قبل القبض . وهو قول للشافعية(٣) والحنابلة(٤) .

واستدلوا بالمعنى المعقول أيضا .

وهو أن هبة المريض ، وان كانت وصية في اعتبارها من ثلث التركة فهي هبة حقيقة فتحتاج الى شروطها كالقبض .

فاذا لم تقبض حتى مات الواهب انتقل ملك العين الموهوبة الى ورثته قبل تمام العقد ، فلا يصح ، لفقدان شرط من شروط صحتها .(٥)

---

(١) روضة الطالبين - كتاب الهبة ٥/٣٧٥ ، ومغني المحتاج ٢/٤٠١ ، وكشاف القناع عن متن الاقناع - باب الهبة ٤/٣٣٥

(٢) المبسوط - كتاب الهبة ١٢/١٠٢ ، وتكملة ابن عابدين - كتاب الهبة ٨/٤٧٠ .

(٣) روضة الطالبين ٥/٣٧٥ .

(٤) الانصاف للمرداوي - باب الهبة والعطية ٧/١٢٤ .

(٥) حاشية قرة عين الأخيار تكملة رد المحتار - كتاب الهبة ٨/٤٧٠ ، والفتاوى البزازية مع الفتاوى الهندية ٦/٢٤٠ .

المذهب المختـــــار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار لأمريـن :

١ - لأن قول الحنفيـة بانتقال ملك العين الموهوبـة الى الورثة بالخلافة في التركـة غير مانـع من تحقق شرط القبض ، وذلك بانتقـــال حق الاقباض فيها اليهم كما انتقلت اليهـم عينهـا ، فيقومـون مقـــــام مورثهـم في الاقبـاض كما قامـوا مقامـه فـي ملك العـــين .

٢ - ولأن ما ذهـب اليه الجمهـور أكثـر رعايـة لحـق المريض في التصرف في ثلث مالـه الـذى جعـله الشـارع حقا لـه عنـد موتـه .

واللـه أعـــلم .

-/-/-/-/-/-

المبحث الثالث : العاريـة في مرض الموت :

وهي في اللغة : أسم لما يتداوله الناس بينهم [١] . وسميت عارية لتعريتهـا من العـوض [٢] .

وأصل العارية (عوريـة) على وزن (فعلية) بفتح العين [٣] . ثم قلبت الـواو ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها [٤] . فصارت عاريـة .

قال الأزهري [٥] : ان نسبتها الى العارة ، وهي اسم مصدر من الاعارة .

يقال : أعرته الشيء أعارة وعارة كأطعته اطاعة وطاعة .

وقيل : انها من عار الفرس اذا ذهب من صاحبه ، لخروج العين المعـارة من يد المعير [٦] ، مدة الاعـارة .

وفي الاصطلاح : عرفها الحنفيـة [٧] ، والمالكيـة [٨] ، وابن قدامـة [٩] في المقنـع [١٠] بأنها : تطيك المنفعـة بلا عـوض .

---

(١) ترتيب القاموس ٣/٣٤٢ ، ومحيط المحيط ص ٦٤٣ .
(٢) محيط المحيط ٦٤٣ .
(٣) المصباح المنير للفيومي ٢/٤٣٧ .
(٤) محيط المحيط من (عور) ص ٦٤٣ .
(٥) هو : أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي أحد الأئمـة في اللغة والأدب ، وينسب الى جده الأزهر ، ولد في هـراة بخراسان سنة ٢٨٢ هـ ، وتوفي بها سنة ٣٧٠ هـ .
انظر : الأعـلام للزركلي ٦/٢٠٢ .
(٦) المصباح المنير للفيومي ٢/٤٣٧ .
(٧) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ـ كتاب العارية ٥/٨٣ .
(٨) الخرشي ـ باب العارية ٦/١٢٠ . وهذا هو المعنى المصدري عندهم وأما المعنى الاسمي فهو : مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض . المصدر السابق .
(٩) تقدمت ترجمتـه .
(١٠) المقنـع مع المبـدع ٥/١٣٧

محترزات التعريف :

تمليك المنفعة بلا عوض : خرجت به الهبة ، لأنها تمليك العين بلا عوض .

وخرج به البيع لأنه تمليك العين بعوض .

بلا عوض : خرجت به الاجارة ، لأنها تمليك المنفعة بعوض .

وعرفها الشافعية (١) ، وابن مفلح (٢) في المبدع (٣) ، وابن قدامة (٤) في المغني (٥) بأنها : اباحة الانتفاع مجانا بما يحل الانتفاع به مع ابقاء عينه .

محترزات هذا التعريف :

اباحة الانتفاع : خرجت به الهبة والاجارة والبيع ، لأنها تمليكات .

ما يحل بالانتفاع به : خرج به ما لا يحل الانتفاع به .

مع بقاء عينه : خرج به ما لا تبقى عينه بعد الاستعمال ، كالمطعومات والرياحين .

والفرق بين التعريفين : أن من يراها تمليكا للمنفعة بلا عوض ، يجيز للمستعير اعارة العين المستعارة لغيره اذا لم يكن الثاني أكثر ضررا في استعمالها من الأول (٦) .

ومن يراها اباحة للمنفعة لا تمليك لها ، لا يجيز للمستعير اعارتها لغيره (٧) .

---

(١) فتح الجواد شرح الارشاد - باب العارية ١/٥٤٢ .
(٢) تقدمت ترجمته .
(٣) المبدع - كتاب العارية ٥/١٣٧ .
(٤) تقدمت ترجمته .
(٥) المغني لابن قدامة ٥/٢٢٠ .
(٦) انظر : تبيين الحقائق ٥/٨٥ - ٨٦ ، ومنح الجليل على مختصر خليل ٢/٤٨٧ ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٦/١٢٧ .
(٧) المنهاج مع مغني المحتاج ٢/٢٦٤ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢٢٦ .

وهي من عقود التبرعات على كلا التعريفين .

لأن المستعير يملك منفعة العين المعارة بلا عوض على التعريف الأول ، ويملك الانتفاع بها بلا عوض على التعريف الثاني .

فقد اختلف الفقهاء القائلون بالحجر على المريض مرض الموت فيمن أطار بعض أعيان ماله وهو مريض مرض الموت كالدواب والسيارات وغيرها ، هل تعطى حكم الوصية أولا ؟ .

١ - فذهب المالكية والشافعية الى أنها في حكم الوصية ، فلا تصح لوارث ولا بأزيد من الثلث لغير وارث الا بالاجازة ، وتبطل بالدين المحيط بجميع التركة .

وهو قول غير مشهور عند الحنفية[(١)] ، ويدل عليه ظاهر عبارات الحنابلة ، فانهم يشترطون أهلية المعير للتبرع شرطا .

قال الدسوقي[(٢)] في حاشيته : "المريض اذا أطار عارية قيمة منافعها أزيد من ثلثه ، فانها غير صحيحة[(٣)]" ، أي فان الزائد غير صحيح الا بالاجازة .

وقال العدوي : "المحجور عليه لا تصح اعارته كمريض بأكثر من ثلثه"[(٤)].

---

(١) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٦/٧٢٣-٧٢٤

(٢) وهو : محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المصري المالكي من أهل دسوق بمصر . له كتب منها : حاشية على السعد التفتازاني وحاشية على الشرح الكبير على خليل ، توفي سنة ١٢٣٠ هـ .
انظر : الأعلام للزركلي ٦/٢٤١ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٤٣٣ .

(٤) حاشية العدوي على الخرشي - باب العارية ٦/١٢١ .

وقال النووي[١] : " اجارة الدواب والعبيد وسائر الأموال بدون أجـــرة المثل معتبرة من الثلث . . . . وكذلك اعارتها " .[٢]

وجاء في كشاف القناع للحنابلة : " ويعتبر كون المعير أهلا للتـــبرع شرعا ، لأن الاعارة نوع من التبرع ، لكونها اباحة منفعة ، فلا يعير الا مـــن هو أهل للتبرع "[٣] . ومثله في المبدع .[٤]

فالمريض مرض الموت ليس أهلا عندهم للتبرع لوارث ولا لغير وارث . فيما زاد على ثلثه الا بالاجازة ، كما أنه ممنوع عندهم من التبرع بشيء مـــن ماله اذا كان عليه دين مستغرق لماله . فتكون عاريته في حكم الوصيـــة عندهم كقول المالكية والشافعية .

فاذا بطلت العارية لعدم الاجازة في الزائد على الثلث ، وفيمـــا كانت لوارث ، أو بطلت لاحاطة الدين بالتركة ، وجبت الأجرة على المستعير سواء انتهت مدة الاعارة واستردت العين المعارة أم لا .[٥]

---

(١) وهو : أبو زكريا يحي بن شرف بن مرى بن حسن الحزامي الحورانـــي النووي الشافعي الفقيه والمحدث ، له كتب كثيرة منها : منهـــاج الطالبين ، وروضة الطالبين ، والمنهاج شرح صحيح مسلم ، وتهذيب الأسماء واللغات ، وغيرها . ولد في نوا من قرى حوران بسوريـــة سنة ٦٣١ هـ ، وتوفي سنة ٦٧٦ هـ .
الاعـــلام ٩/١٨٤ - ١٨٥ .

(٢) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/١٣٣ .
(٣) كشاف القناع عن متن الاقناع ٦/٦٨ .
(٤) المبدع شرح المقنع - كتاب العارية ٥/١٣٧ .
(٥) روضة الطالبين ٦/١٣٣ .

ويبدو أنهم استدلوا على ما ذهبوا اليه بالمعنى المعقول ، وهو الحاق المنافع بالأعيان في منع المريض من التبرع فيما يتعلق به حق الغير من الورثة والغرماء ، باعتبار كل منهما مالا بذاتها .(١)

وهم يرون المنافع محوزة بحيازة مصادرها ومحالها .(٢) فتكون في حكم الموجود ضرورة وجود مصادرها ومحالها .

كما لا يرون بطلان العقود الواردة على المنافع بموت المتعاقدين أو أحدهما ، قبل مضي المدة المضروبة ، بل يقيمون وارث كل منهما مقامه في اتمام المدة .(٣)

وذلك بناء على أن المنافع المعقود عليها موجودة عند العقد تقديرا فتحدث في ملك المستفيد خلال المدة المضروبة ، لا في ملك صاحب العين .(٤)

٢ - وذهب الحنفية في المشهور الى أن العارية في مرض موت المعير كالعارية في صحته في اعتبارها من رأس المال بلا اجازة من الورثة .(٥)

جاء في العناية : "اذا تبرع بمنافع في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير، ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال " .(٦)

---

(١) انظر : حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن - للدكتور / فتحي الدريني وفئة من العلماء ص ٤٠ - ٤٣.
(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ١ / ١٧٢ .
(٣) الكافي لابن عبد البر ٢ / ٩٠ .
(٤) المغني لابن قدامة - كتاب الاجارة ٥ / ٤٤٢ - ٤٤٣ .
(٥) المبسوط للسرخسي - كتاب العارية - باب مزارعة المريض ١٢ / ١٢٨ - ١٢٩ .
(٦) العناية على الهداية مع تكملة الفتح - كتاب الجنايات - فصل ومن قطع يد رجل خطأ ١٠ / ٢٥٣ .

وهذا الحكم ليس خاصا بالعارية عند الحنفية ، بل هو عام في جميع العقود الواردة على المنافع ، سواء كانت بدون عوض كالعارية أو بعوض كالاجارة بالمحاباة ، فلا يعتبر تصرف المريض بشيء منها من الثلث ، بل يعتبر من جميع المال دون حاجة الى اجازة الورثة وابراء الغرماء ، سواء انتهت مدة الاستفادة من العين ، واستردت قبل موته أم لا .(١)

واستدلوا على ما ذهبوا اليه بالمعنى المعقول ، وهو أنه يحجر على المريض مرض الموت اذا كان في تصرفه مساس بحقوق الآخرين من الورثة والغرماء .

وتصرفه الوارد على المنافع ليس فيه تعد ولا مساس بحقوقهم ، وذلك لأمرين :

أحدهما : أن حقوق الورثة والغرماء تتعلق بطالية تركة المريض ، والمنافع ليست بمال ، فلا تتعلق بها حقوقهم .(٢)

لأن صفة الطالية للشيء بالتمول ، عبارة عن احرازه وادخاره لوقت الحاجة ، وليس الانتفاع بصفة الطالية له .

والاحراز لا يتحقق الا فيما يبقى زمانين ، والمنافع ليست كذلك ، لأنها تتلاشى بمجرد حدوثها .(٣)

وحقوق الورثة تتعلق بما يتصور بقاؤه بعد موت مورثهم ، كما تتعلق حقوق الدائنين بما يمكن ايفاء ديونهم منه بعد موت المدين .(٤)

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين - كتاب الوصايا - فصل في شهادة الأوصياء ٦/٧٢٤ ، وجامع الفصولين - كتاب الوقف ٢/٢٤٦ .
(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ١/١٧٢ ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٦
(٣) " " " " " ١/١٧٢ .
(٤) المبسوط - كتاب المزارعة - باب مزارعة المريض ١٣/١٢٨ ، وحاشية ابن عابدين ٦/٧٢٤ .

والثاني : أن العقود الواردة على المنافع تبطل بموت أحد المتعاقدين أو كليهما (١) . فبموت المريض يبطل العقد فيما بقي من المدة المضروبة لاستيفاء المنافع ، فلا يلحق ضرر بالغرماء والورثة فيما بعد الموت ، لانتقال المنافع مع العين الى ملكهم .

وما استوفاه المستفيد من منافع العين قبل الموت لا ضرر فيه عليهم أيضا .

لأنه لم يكن لهم ملك العين ومنافعها في حياته ، وانما كان له ملكها الكامل ، فاذا لم ينقص تصرفه شيئا من حقوقهم ، لم يكن لهم حق الاعتراض عليه بلا موجب (٢) .

سبب الخلاف :

ان اختلاف الفقهاء هنا يرجع الى اختلافهم في شيئين :

مالية المنافع ، وبطلان العقود الواردة عليها بموت العاقدين أو أحدهما .

فمن رآها مالا ، ولم ير بطلان العقود الوارد عليها بالموت ، قال بالحجر على المريض فيها لتعلق حق الورثة والغرماء بها .

ومن لم يرها مالا ، ورأى بطلان عقودها بالموت ، قال بعدم الحجر عليه فيها لعدم تعلق حق الورثة والغرماء بها .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار لأمور :

١ - أن الأعيان لا تقدر مالا الا اذا كانت لها منافع مباحة شرعا فتقدر قيمتها المالية بقدر تلك المنافع قلة وكثرة .

---

(١) المبسوط - كتاب العارية ١١/١٤٣ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين - كتاب الوصايا ٦/٧٢٤ .

أما مجرد العينية فلا تعتبر مالا ، لذا لم تعتبر الخمر والميتة مالا بالنسبة للمسلم .

٢ - أن حاجة الناس الى المنافع كحاجتهم الى الأعيان ، بل لا يقصدون الأعيان الا لمنافعها . لذا يقدرها الحنفية أموالا في أبواب المعاوضات استحسانا لشدة الحاجة اليها .(١)

فاذا ثبت أنها أموال تعلقت بها حقوق الغرماء والورثة ، فيحجر عليه لتلك الحقوق كالأعيان .

٣ - أن تقدير المنافع موجودة حال العقد بوجود مصادرها أولى لأنها المعقود عليها دون مصادرها بالاتفاق .

فتكون في ملك المستفيد مدة العقد بعد الايجاب والقبول .

٤ - يجاب من قول الحنفية بأن عقدها يبطل بالموت بسبب انعقاده شيئا فشيئا حسب حدوثها ، بأنهم يقولون ان الأجر يستحق بأمور ثلاثة :

أ - استيفاء المعقود عليه وهو المنافع .
ب - شرط التعجيل : بأن يشترط صاحب العين على المستفيد تعجيل الأجر في أول العقد .
جـ - التعجيل بغير شرط : بأن يعجل المستفيد الأجر لصاحب العين في أول العقد دون شرط منه .(٢)

ففي حال تعجيل الأجر في أول العقد سواء بشرط أم بغيره يكون صاحب العين قد ملك عوض المنافع التي تحدث بعد قبل الانعقاد عليها ، وانتقال العوض من أحد المتعاقدين للآخر ملكا أثر من آثار

---

(١) الهداية على بداية المبتدى مع العناية وفتح القدير ٩/ ٦٠ ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٤٤٣ .

(٢) بداية المبتدى مع الهداية والعناية وفتح القدير ٩/ ٦٦ .

انعقاد العقد فلا يسبق الأثر المؤثر .

٥ - أن قولهم بعدم وجود ضرر للورثة والغرماء فيما استوفاه المستفيد من المنافع في حياة المريض مبني على عدم تعلق حقوقهم بها لعدم ماليتها ، فقد ثبتت ماليتها وتعلق حقوقهم بها فيما تقدم .

وأما تعلق حقوق الورثة والغرماء بأموال المريض قبل موته ، فلا ينازع فيه الحنفية ، بل هم من الذين يقولون بتعلقها بماله من أول نزول المرض في جسمه الى أن يموت (١) ، وهو فترة الحجر عليه .

والله أعلم .

=/=/=/=/=/=

---

(١) التوضيح لمتن التنقيح - أهلية المريض مرض الموت ٢/١٧٧ .

المبحث الرابع : الكفالة بالمال في مرض الموت :

وهي في اللغة : اسم مصدر من الكفل ، وهو الضم[١] ، والالتزام[٢] .

يقال : كفلت بالمال وبالنفس كفلا وكفولا ، وبابه قتل يقتل[٣] .

ويتعدى بنفسه ، وبالباء ، فيقال : كفل زيد المال وبالمال ، أي ضمنه ، والكافل والكفيل : الضامن[٤] .

وفي الاصطلاح : التزام حق ثابت في ذمة الغير[٥] .

واذا التزم شخص بحق مالي على شخص آخر كان للمكفول له حق مطالبة من شاء من الكفيل والمكفول عنه بالحق فيستوفيه منه .

وهي من عقود التبرعات ابتداء وانتهاء اذا كانت بغير اذن من المكفول عنه ، وابتداء اذا كانت باذنه ، لأنها التزام غير واجب[٦] .

فاذا تكفل شخص في مرض موته بحق مالي على غيره :

١ - فقد أطلق كل من الحنفية[٧] ، والمالكية[٨] ، والحنابلة[٩] ، القول

---

(١) محيط المحيط لبطرس البستاني ص ٧٨٦ .
(٢) المصباح المنير للفيومي ٢/٥٣٦ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) لسان العرب لابن منظور ١٤/١٠٩ .
(٥) الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/٣٧ ، ومغني المحتاج ٢/١٩٨ .
(٦) أحكام العقود في الشريعة الاسلامية للشيخ علي قراعة ص ٨ - ١١ .
(٧) الهداية على بداية المبتدى ١٠/٤٦٤ ، والبحر الرائق ٦/٢٢٤ .
(٨) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣/٣٣٠ .
(٩) الانصاف للمرداوي ٥/١٩٦ ، ومطالب أولي النهى ٣/٢٩٣ .

باعتبار كفالته في حكم الوصية دون أن يفرقوا بين ماله حق الرجوع به على المكفول عنه ، كأن يتكفل باذنه ، وبين ما ليس له حق الرجوع به عليه ، كأن يتكفل بغير اذن منه .

كما لم يفرقوا في ذلك بين كون المكفول عنه موسرا أو معسرا عند الموت. فلا تصح لوارث ، ولا فيما زاد على الثلث لغير وارث الا بالاجازة ، وتبطل بالدين المحيط بالتركة ، سواء تأخرت الكفالة عن الدين أم تقدمت عليه (١).

جاء في تبيين الحقائق للحنفية عند ذكر شروط الكفيل : " وأن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير ، وكذا لا يصح من المريض الا من الثلث، لأنه لا يملك التبرع بأكثر منه " (٢).

وقال ابن القاسم (٣) لما سئل عن قول مالك (٤) في مريض زوج ابنه الصغير وضمن الصداق : " قال مالك : لا يجوز أن يضمن عن ابنه وهو مريض ، لأن ذلك وصية لوارث فلا تجوز " (٥).

وقال لما سئل عمن تكفل بمال في مرض موته : " ذلك جائز في ثلثه ألا ترى أن مالكا قد قال في المرأة تكون تحت الزوج وتتكفل بكفالة أن ذلك في ثلثها اذا لم تجاوز الثلث ، لأنها محجورة من جميع مالها ، وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله ، وانما يجوز من ماله الثلث " (٦).

---

(١) المدونة ٥/٢٧٧ .
(٢) تبيين الحقائق ـ كتاب الكفالة ٤/١٤٦ - ١٤٧ .
(٣) و(٤) تقدمت ترجمتهما .
(٥) المدونة ـ كتاب النكاح الأول ـ باب الرجل يزوج ابنه صغيرا في مرضه ٢/٢٢٢ .
(٦) المدونة ـ باب كفالة المريض ٥/٢٧٧ .

وجاء في كشاف القناع : " وان كان الضامن وقت الضمان مريضا مرض الموت المخوف حسب ما ضمنه من ثلثه " .(١)

وقد دل ظاهر النصوص المتقدمة للمذاهب الثلاثة على اعتبار كفالة المريض في حكم الوصية دون فرق بين حالة وحالة أخرى .

واستدلوا بالمعنى المعقول وهو :

أ - أن الكفالة تبرع على الطالب وهو المكفول له بالتزام مال له على الغير(٢) ، والمريض لا يملك التبرع بأكثر من ثلثه(٣) .

ب - ولأن هذا التصرف ابتداء ايجاب على النفس ، فيتهم فيه كما يتهم في الهبة .(٤)

جـ - ولأن الكفالة مصروف ، وكل مصروف المريض مرض الموت معتبر من ثلثه كالهبة .(٥)

د - ولأنها تبرع بالتزام مال لا يلزمه ، ولم يأخذ عنه عوضا فأشبه الهبة .(٦)

٢ - وذهب الشافعية الى أن كفالته بالحقوق المالية من جميع المال مثل كفالة الصحيح(٧) ، الا في حالات ثلاث تكون فيها في حكم الوصية :

احداها : أن لا يكون له حق الرجوع بما تكفل به على المكفول عنه ، كأن يتكفل بغير اذن منه .

---

(١) كشاف القناع عن متن الأقناع - باب الضمان والكفالة ٣٥١/٣ .
(٢) المبسوط للسرخسي - كتاب الكفالة ١٧٠/١٩ .
(٣) تبيين الحقائق ١٤٧/٤ .
(٤) الهداية على بداية المبتدى - كتاب الوصايا - باب العتق في مرض الموت ٤٦٤/١٠ .
(٥) التاج والاكليل مع مواهب الجليل ٩٧/٥ ، والمنتقى للباجي ٨٥/٦
(٦) المغني لابن قدامة - باب الضمان ٦٠٠/٤ .
(٧) تحفة المحتاج مع الحواشي ٢٤٢/٥ .

وثانيها : أن يكون المكفول عنه معسرا عند موت المريض الكفيل .(١)

وثالثها : أن يكون عليه دين مستغرق لماله .(٢)

ففي هذه الحالات تكون كفالته في حكم الوصية كقول الجمهور، فتبطل بالدين المستغرق لتركته ، وتمنع لوارث وفيما زاد على الثلث لغير وارث الا بالاجازة .

قال النووي(٣) : " والضمان في مرض الموت ، اذا كان بحيث يثبت الرجوع ووجد الضامن مرجعا ، فهو محسوب من رأس المال ، وان لم يثبت الرجوع أو لم يجد مرجعا لموت الأصيل معسرا ، فمن الثلث " .(٤)

وجاء في الاقناع للشافعية عند ذكر من لا يصح منهم الضمان :

" ومريض مرض الموت عليه دين مستغرق لماله " .(٥)

يبد وأن الشافعية نظروا هنا الى علة الحجر على المريض ، وهي فوات حقوق الورثة والغرماء ، ورأوا أن ذلك المعنى يتحقق اذا لم يكن له الرجوع بما أدى من المكفول عنه بأن كان معسرا عند الموت ، أو تكفل بغير اذن منه ، فيحجر عليه فيما يمس حقوقهم ، وكذلك اذا كان عليه دين مستغرق لماله .

---

(١) تحفة المحتاج مع الحواشي ٥/٢٤٢ .

(٢) فتح الجواد شرح الارشاد ٢/٤٩٦ .

(٣) تقدمت ترجمته .

(٤) روضة الطالبين ٤/٢٧٢ .

(٥) الاقناع للخطيب في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/٣٨ .

وأما ان كان له الرجوع به وكان المكفول عنه موسرا عند الموت ولا دين عليه يحيط بماله فلا يحجر عليه لعدم الموجب .

المذهب المختار :

ان الأولى اعتبار كفالته في حكم الوصية مطلقا ، كما دلت عليه نصوص المذاهب الثلاثة : الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة .

لأن المكفول عنه الموسر قد يماطل في أداء ما عليه للكفيل ، فيتأخر حق الورثة عنهم ، وفي ذلك تفويت ليدهم ، فيمنع منه المريض كالدين المؤجل .

والله أعلم .

-/-/-/-/-

المبحث الخامس : الوقف في مرض الموت :

وهو في اللغة : مصدر وقف يقف ، وبابه وعد يعد ، وهو المنع والحبس .

يقال : وقفت الرجل عن الشيء وقفا ، اذا منعته عنه . ووقفت الدار على المساكين ، اذا حبستها عليهم .

ويأتي فعله متعديا ولازما ، فيقال : وقفت الدابة ووقفتها . وقد يتعدى بالهمزة ، فيقال : أوقفت الدار في سبيل الله ، ولكن الأول أفصح .(١)

وهو في الاصطلاح : تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة .(٢)

تحبيس الأصل : قيد خرجت به الهبة ، لأنها تمليك العين بمنفعتها .

والمعنى أن العين الموقوفة تبقى قائمة ، وتصرف منافعها في سبيل الله على الوجه الذي يعينه الواقف .

فهل تبقى العين قائمة على ملك الواقف أو ينتقل ملكها منه الى الله أو الى الموقوف عليه ؟ .

فيه خلاف بين الفقهاء ، وليس ذلك الخلاف موضع هذا البحث ، وانما المهم هنا وجود معنى التبرع في هذا العقد ، لأنه تمليك الغير منفعة العين الموقوفة بلا عوض ، فهو اذا من عقود التبرعات ، فيحجر على المريض فيه كما يحجر عليه في الهبة التي هي تمليك عين الحال بلا عوض .

---

(١) المصباح المنير للفيومي ٢/٦٦٩ ، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ٤/١٤٤١ ، وترتيب القاموس ٤/٦٤٦ ، والغاية القصوى في دراية الفتوى للبيضاوي ٢/٦٤٢ .

(٢) المقنع في فقه الامام أحمد بن حنبل مع الحاشية المنقول بخط سليمان بن عبد الله ٢/٣٠٧ .

ومن يشترط القبض من الفقهاء في صحة هبة المريض قبل موته كالحنفية يشترط في صحة وقف المريض هنا قبض الناظر العين الموقوفة قبل موته.(١)

ومن لا يشترطه في صحة هبة المريض كالمالكية ومن معهم لا يشترط هنا قبض الناظر العين الموقوفة قبل موت المريض.(٢)

وإذا وقف شخص بعض أعيان ماله في مرض موته ، ثم مات من ذلك المرض ، فإما أن يكون عليه دين محيط بماله أم لا .

فإن كان عليه دين مستغرق لماله ، ولم يتنازل غرماؤه عن حقوقهم ، فإن وقفه ينقض ، وتباع العين الموقوفة في ديونهم .

لأن حقوقهم تعلقت بها من أول نزول المرض في جسم الواقف.(٣)

ولأن قضاء الدين واجب ومقدم على الوصية ، والوقف في المرض المخوف تبرع له حكم الوصية .

وإن كان عليه دين غير محيط بماله ، فإنه تعتبر تركته ما بقي بعد قضاء ديونه .

ففي هذه الحالة ، وفي حال عدم وجود دين عليه ، لا يخلو الموقوف عليه من أن يكون غير وارث أو يكون وارثا .

---

(١) الفتاوى الخانية مع الفتاوى الهندية - فصل في وقف المريض ٣/٣١٦

(٢) المدونة - كتاب الحبس - باب في الرجل يحبس حائطه في مرضه ٦/١٠٧-١٠٨ .

(٣) انظر : الفتاوى الخانية مع الفتاوى الهندية ٣/٣١٦ ، وحاشية ابن عابدين - كتاب الوقف - مطلب الوقف في مرض الموت ٤/٣٩٧ وجامع الفصولين - كتاب الوقف ٢/٢٤٤ .

وقفه على غير الوارث :

فان كان غير وارث ومقدار العين الموقوفة لا يزيد على ثلث التركة صح الوقف[١] ، ونفذ جميعه دون حاجة الى رضا الورثة .

لأنه ازالة الملك بطريق التبرع[٢] ، والتبرع في مرض الموت بمنزلة الوصية في اعتباره من الثلث[٣] .

كمريض وقف دارا له على فقراء غير وارثين له قيمتها ثلاثمائة درهم ، وثلث تركته ثلاثمائة درهم فأكثر ، فان جميع وقفه نافذ لخروجه من الثلث .

وان كان مقدارها أكثر من ثلث تركته ، توقف تنفيذ الزائد على اجازة الورثة فان أجازوه نفذ في الجميع ، وإلا رد الزائد ميراثا لهم .

لأن الزائد على الثلث حق لهم فلهم اسقاطه وعدم اسقاطه[٤] .

قال ابن قدامة[٥] : انه لا يعلم في ذلك خلافا عند القائلين بلزوم الوقف[٦] .

كمريض وقف حائطا له على المساكين قيمته مائتا دينار ، وثلث تركته مائة دينار ، فان تنفيذ قدر المائة الزائدة من الوقف يتوقف على اجازة الورثة ، فان أجازوه نفذ جميع الوقف وإلا رد نصف الحائط ميراثا للورثة .

فان أجاز بعض الورثة الوقف في الزائد دون بعض ، نفذ في حق المجيز دون غيره[٧] .

---

(١) الشرح الصغير - باب الوقف ٣٠١/٢ .
(٢) المبسوط - كتاب الوقف ٣٢/١٢ .
(٣) المغني لابن قدامة - كتاب الوقف ٦٢٧/٥ .
(٤) المصدر السابق .
(٥) تقدمت ترجمته .
(٦) المغني لابن قدامة ٦٢٧/٥ .
(٧) الفتاوى الخانية مع الهندية - فصل في وقف المريض ٣١٦/٣ ، وحاشية ابن عابدين ٣٤٧/٤ .

كمريض له دار مكونة من تسع غرف متساوية وهي جميع ماله ، فوقف ست غرف منها على فقراء غير وارثين ، ثم مات من مرضه عن ثلاثة أولاد ، فأجاز أحدهم الوقف في زائد الثلث ، وهو ثلاث غرف تنفذ في حقه وهو واحدة من الغرف الثلاث ، فيصح الوقف من أربع غرف ، وذلك بعد اضافة الغرفة المجازة الى الغرف الثلاث التي هي ثلث الغرف التسع .

وقفه على الوارث :

وان كان الموقوف عليه وارثا ، فاما أن يكون معه أجنبي يشاركه في الغلة أم لا .

وان لم يكن معه أجنبي ، فإما أن يكون الموقوف عليه جميع الورثة أو يكون بعضهم دون بعض .

الحنفية :

ذهب الحنفية الى صحة الوقف على الوارث في الحالات الثلاث كلها ، بلا اجازة من الورثة فيما يحطه الثلث .(١) وباجازة منهم فيما زاد عليه . فان أجازوا الزائد نفذ في الجميع ، والا رد الزائد ميراثا لهم ، يورث عنهم ولهم بيعه وهبته .(٢)

فقالوا : ان الوقف على الوارث في مرض الموت يفارق الوصية له . لأن للوقف مستحقين غير الورثة ، وهم أجانب عن الواقف ، اما بالمشاركة في

---

(١) الفتاوى الخانية مع الفتاوى الهندية ٣/٣١٦ ، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٤٥ ، وحاشية نجم الدين الرملي الحنفي على جامع الفصولين - كتاب الوقف ٢/٢٤٤ .

(٢) الفتاوى الخانية - فصل وقف المريض ٣/٣١٦ .

الغلة مع الورثة ، اذا كان الوقف عليهم وعلى غيرهم من الأجانب ، أو بالايصاء لهم به ، بأن يوصي لهم به الواقف بعد موت ورثته ، أو بكونهم فقراء (١) يستحقونه بعد ورثته اذا لم يوص به لأحد بعدهم . (٢)

فحق الأجانب متعلق بالوقف ، فلا يبطل أصله على الوارث في قدر الثلث بعدم الاجازة نظرا لذلك الحق ، لأن تصرف المريض بثلثه للأجانب لا يتوقف تنفيذه على اجازة من الورثة .

بخلاف الوصية فانها مجردة عن تعلق حقوق الأجانب بها ، فتبطل للوارث بعدم الاجازة . (٣)

ففي حال مشاركة الأجانب الورثة في الوقف ، كمريض وقف دارا له على ورثته وعلى أشخاص غير وارثين له ، والدار يحملها ثلثه ، فان الغلة تقسم على عدد رؤوس الموقوف عليهم من الورثة وغيرهم ، فما حصل للأجانب فهو عليهم وقف ، وما حصل للورثة فهو بينهم حسب مواريثهم من الواقف . (٤)

وان لم يشاركهم فيه أجنبي ، وكان الموقوف عليهم جميع الورثة ، قسمت الغلة بينهم على قدر فرائضهم ، ان كانت قيمة العين الموقوفة في حدود الثلث .

وان كانت قيمتها زائدة على الثلث توقف الزائد على اجازتهم فان أجازوه

---

(١) يرى الحنفية أن غلة الوقف تصرف في الفقراء اذا افتقر الموقوف عليهم ولم يكن الواقف قد أوصى به لأحد بعدهم .
انظر : جامع الفصولين ٢/٢٤٥ .
(٢) جامع الفصولين ٢/٢٤٥ .
(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٣٤٥ .
(٤) حاشية الامام نجم الدين الرملي الحنفي على جامع الفصولين ٢/٢٤٤ .

اعتبر الجميع وقفا و تقسم الغلة بينهم على نحو ما تقدم .

وان لم يجيزوا الزائد رد ميراثا بينهم ، لكل منهم بيع نصيبه منه و هبته ويورث عنهم .(١)

وان كان الموقوف عليهم بعض الورثة دون بعض ، وأجازه الباقون نفذ الوقف وقسمت غلته بين الموقوف عليهم فقط ، كما لو أوصى لبعض ورثته بشيء من ماله وأجازها بقية الورثة .(٢)

وان لم يجيزوا لم يبطل أصل الوقف ، وانما يشاركون الموقوف عليهم في الغلة حسب فرائض الله .

لأن ايثار بعض الورثة بغلة العين الموقوفة دون بعض ممنوع منه في مرض الموت الا باجازة الباقين ، فكان الأصل بطلان هذا التبرع عند عدم الاجازة الا أنه صحح لحق غير الوارثين المتعلق به ، ولتلافي مانع الايثار مع بقاء الوقف صحيحا ، قيل باشتراك جميع الورثة في الغلة حسب فرض كل منهم . ومن مات من الورثة صرفت حصته من الغلة لورثته حتى يقترض جميع من وقف عليهم منهم .(٣)

فان مات جميعهم صرفت جميع الغلة لمن يستحقون الوقف بعدهم ولا شيء حينئذ لمن بقي حيا من الورثة غير الموقوف عليهم . لفقدان الواسطة التي توصلوا بها الى غلة الوقف .(٤)

---

(١) حاشية ابن عابدين - كتاب الوقف - مطلب في وقف المريض ٤/٣٤٥ .
(٢) جامع الفصولين ٢/٢٤٥ .
(٣) حاشية الامام نجم الدين الرملي الحنفي على جامع الفصولين ٢/٢٤٤ - ٢٤٥ ، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٤٥ .
(٤) المصدران السابقان .

المالكيـــة :

وذهب المالكية الى القول ببطلان وقف المريض على الوارث الا بالاجازة كالوصيـــة[١] . فان أجازه باقي الورثة نفذ ، والا بطل ، ورجعت العـــين الموقوفة ميراثا بين جميع الورثـــة[٢] . سواء كانت قيمة العين الموقوفة فـــي حدود الثلث أم لا ، وسواء كان الموقوف عليهم جميع الورثة أم بعضهـــم دون بعـــض[٣] .

قلـــت : بعد وأن قولهم ببطلان وقفه على وارثه محمول على ما كان مؤقتـا ولم يتعلق به حق غير الورثة ، بأن كان للوارث وحده ، مؤقتا ، بناء عـــلى قولهم بجواز الوقف المؤقـــت[٤] .

وأما ما تعلق به حق غير الوارث ، بأن كان مؤقتا ومعه غيره مـــن الأجانب غير الوارثين ، أو أوصى بالوقف لمن يذوب ورثته في غلته بعد موتهـم مثل أولاد الأولاد ومن بعدهم ، فان أصل الوقف لا يبطل في هذه الحالـــة بل يصح من الثلث بلا اجازة من الورثة كقول الحنفية ، وبالاجازة فيمـــا زاد عليـــه .

يدل على ذلك قول ابن عرفـــة[٥] : "الحبس على وارث وحده في المرض

---

(١) الشرح الصغير - باب الوقف ٢/٣٠١ ، وحاشية العدوي على الخرشي ٧/٨٥ .
(٢) منح الجليل - باب الوقف ٤/٥٠ .
(٣) الخرشي على مختصر خليل ٧/٨٥ ، ومنح الجليل ٤/٤٩ - ٥٠
(٤) الشرح الصغير لأحمد الدردير ٢/٢٠٥ ، ٢٩٧ ، ومختصر خليل مع الخرشي وحاشية العدوي ٧/٨٨ - ٩١ .
(٥) وهو أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي التونسي المالكـــي الفقيه وأحد الأعلام في علوم القرآن والعربية والأصول وعلم المنطـــق والبلاغة والفقه ، كان حافظا للمذهب المالكي ضابطا لقواعده . لـــه كتب منها : مختصر ابن عرفة في الفقه . والحـــدود ـــ

مردود كهبته له فيه "(١).

فمفهوم قوله (على وارث وحده) أنه غير مردود اذا كان معه غيره من الأجانب غير الوارثين للواقف .

وأوضح من ذلك قول ابن عبد البر(٢) في الكافي : " ولا يصح الحبس على وارث في المرض ، لأنه وصية ولا وصية لوارث ، وتعود ميراثا بين جميع الورثة . ومن حبس حبسا في مرضه على ورثته والأجنبيين معهم صح الحبس من ثلثه وقسم بين الورثة والأجنبيين ما شرطه ، فاذا انقرض ورثته جعل في الوجه الذى جعله بعد موتهم فيه "(٣).

فقوله (ولا يصح الحبس على وارث في المرض) مع قوله (تعود ميراثا بين جميع الورثة) صريح في بطلانه له .

وقوله (على ورثته وعلى الأجنبيين معهم صح الحبس من ثلثه) صريح في عدم بطلانه اذا كان معه غير الوارث وكانت قيمة الموقوف في حدود الثلث .

= الفقهية ، ولد سنة ٧١٦ هـ وتوفي سنة ٨٠٣ هـ .
انظر : الديباج المذهب ٢/٣٣١ وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ٢٢٧ .

(١) منح الجليل - باب الوقف ٤/٥٠ .

(٢) وهو : أبو عمر يوسف بن عبد البر بن عبد الله بن محمد النمري الحافظ القرطبي الفقيه المحدث الطلكي . له كتب كثيرة منها : الكافي في فقه أهل المدينة الطلكي . والتمهيد على الموطأ . والاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار لما تضمنه الموطأ من معاني الرأى والآثار . ولد سنة ٣٦٨ هـ ، وتوفي في شاطبية سنة ٤٦٣ هـ
انظر : الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ٢/٣٦٧ وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ١١٩ .

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة الطلكي - كتاب الأحباس ٢/٣١١ .

ومما يدل عليه أيضا ، استثناؤهم من قاعدة بطلان الوقف على الوارث في مرض الموت عند عدم الاجازة مسألة يسمونها (بمسألة ولد الأعيان) . وهي أن يقف المريض على ولده وولد أولاده وعقبهم . فان هذا الوقف يصح عندهم بلا اجازة من الورثة ان حمله الثلث ، نظرا لحق الولد الأولاد ومن بعدهم من ذريتهم الذين ليسوا من ورثة الواقف .(١)

قال فيه محمد عليش(٢) : " فاعلم أنه لما حبس على ولده وولد ولده وحمله الثلث كان حبسا على غير وارث وهو ولد ولده ، وعلى وارث وهو ولده ، فلم نقدر على ابطال ما للولد ان شاء بقية الورثة ، لأن فيه حقا لغير وارث ، وهو ولد الولد ، وما تناسل من الأعقاب ، فلا بد من ابقاء ذلك على معاني الأحباس " .(٣)

وعليه فما حصل عليه الورثة الموقوف عليهم من غلة الوقف كان لهم دون غيرهم ان أجازه الباقون ، والا قسم بين جميعهم حسب فروضهم من الواقف .(٤)

---

(١) الخرشي على خليل ٧/٨٥ ، ومنح الجليل ٤/٥٠ .

(٢) وهو : أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد عليش وأصله من المغرب وهو في اعداد أهل طرابلس الغرب ، ولد بالقاهرة سنة ١٢١٧ هـ له كتب منها : منح الجليل في شرح مختصر خليل ، وتسهيل منح الجليل وفتح العلي المالك ، توفي سنة ١٢٩٩ هـ .
انظر : الأعلام ٦/٢٤٤ .

(٣) منح الجليل - باب الوقف ٤/٥١ .

(٤) المصدر السابق .

قال ابن عبد البر[١] : " ولو حبس على بعض ورثته دون بعض وعلى أجنبي مع الوارث قسم الحبس بين الوارث والأجنبي فما أصاب الوارث دخل معه فيه سائر الورثة على فرائضهم "[٢] .

ومن مات منهم صرفت حصته الى ورثته حتى ينقرض الورثة الموقوف عليهم ، فان مات جميعهم انتقل الوقف الى ولد الأولاد ، ولم يكن شيء لمن بقي حيا من الورثة غير الموقوف عليهم[٣] .

وهذه الكيفية في قسمة غلة الوقف في هذه الحالة هي طريقة الحنفية فيها كما تقدم .

الشافعية :

وذهب الشافعية الى عدم صحة وقفه على بعض الورثة دون بعض الا باجازة من بقية الورثة كالوصية فان أجازوه نفذ والا بطل وردت العين الموقوفة ميراثا بين جميع الورثة سواء كانت قيمة العين الموقوفة في حدود الثلث أم زادت عليه[٤] .

وهو كقول المالكية[٥] .

---

(١) تقدمت ترجمته .

(٢) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ٢/٣١١ .

(٣) الخرشي على خليل ٧/٨٧ - ٨٨ .

(٤) فتح المعين شرح قرة العين مع حاشية اعانة الطالبين - باب الوصية ٣/٢٠٤ ، ومغني المحتاج - كتاب الوصايا ٣/٤٣ .

(٥) الا أن الشافعية لا يقولون بجواز الوقف المؤقت خلافا للمالكية وذلك في الصحيح من قول جمهورهم .
انظر : روضة الطالبين ٥/٣٢٥ .

فان كان قد أوصى به للفقراء بعد ورثته الموقوف عليهم لم يصح . لأنه صار منقطع الأول يرد باقي الورثة له[١] . والوقف المنقطع الأول وقف باطل عندهم[٢] .

وان كان الموقوف عليهم جميع الورثة على قدر نصيبهم من الميراث كأن يقف ثلثي داره على ابنه وثلثها على بنته ولا وارث له سواهما ، أو يقفها على وارثه الحائز لجميع التركة كالابن المنفرد بالتركة ، فان وقفه يصح في هذه الحالة بلا اجازة عندهم ، ان كان في حدود الثلث .

وليس للورثة حق في ابطاله كله أو بعضه . لأن تصرف المريض في ثلثه نافذ بلا رضا الورثة لعدم مساسه شيئا من حقهم ، ويمكنه الشارع من قطعه عن حق الورثة بالكلية ، كأن يتبرع به على أجنبي فتمكنه من وقفه على وارثه أولي بعد انتفاء مانع ايثار بعضهم على بعض[٣] .

وان زاد على ثلثه ، توقف الزائد على اجازتهم[٤] . لأنه حقهم فان أجازوه نفذ الوقف في الجميع والا رد ميراثا يباع ويورث ويوهب .

وان لم يكن على قدر نصيبهم من الميراث ، والوقف في حدود الثلث ، فلمن نقص حقه رد قدر النقصان ميراثا واجارته وقفا .

كمريض وقف نصف داره على ابنه ونصفها الآخر على ابنته ولا وارث له سواهما ، وهي ثلث تركته ، فان رضي الابن بالوقف على هذه الصورة نفذ في الجميع ، والا رد في سدس الدار ونصف سدسها[٥] .

---

(١) روضة الطالبين - كتاب الوقف ٥/٣٢٧ - ٣٢٨ .
(٢) المصدر السابق ٥/٣٢٧ .
(٣) مغني المحتاج - كتاب الوصايا ٣/٤٣ ، وفتح المعين مع اعانة الطالبين ٣/٢٠٤ .
(٤) فتح الجواد شرح الارشاد - باب الوصية ٢/١٨ .
(٥) الأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٤ .

فمثلا نقدرها ستة أسهم ، فنصيب الابن حسب ميراثه من أبيه أربعة أسهم من الأسهم الستة ، ونصيب الابنة حسب ميراثها سهمان منها .

وحسب تقسيم الواقف للابن ثلاثة من ستة وللابنة الثلاثة الباقية ، فيكون نصيب الابن ناقصا بسهم واحد ، فان رضي به نفذ الوقف كما أراد الواقف والا بطل في ذلك السهم ورد ميراثا .

فيبقى معه ثلاثة أسهم ومع الابنة سهمان ، فيبطل الوقف في نصف أحدهما أيضا حتى يكون ط عنده مثلا ط عندها من الوقف فيكون لها سهم ونصف سهم ، ويكون الوقف قد بطل في سهم ونصف سهم .

فط صح فيه الوقف يبقى وقفا عليهما وهو ثلاثة أسهم للابن وسهم ونصف للابنة .

وط بطل فيه وهو سهم ونصف يكون بينهما ميراثا حسب فرائض الله ، فتصح المسألتان من اثني عشر سهما ، منها تسعة أسهم وقف عليهما أثلاثا ستة للابن وثلاثة للابنة ، ومنا ثلاثة بينهما ميراثا أثلاثا ، اثنان للابن وواحد للابنة .(١)

جدولهما

		٦	١٢
الوقف منها :	وقف الابن	٣	٦
	وقف الابنة	١½	٣
الميراث منها :		١½	٣
	٢ نصيب الابن		
	١ نصيب الابنة		

(١) حاشية الحاج ابراهيم على الأنوار ٢/١٤ .

الحنابـــلة :

أما الحنابلة فلهم روايتان عن الامام أحمـــد[١] :

احداهما : أنه يصح وقفه على بعض ورثته دون بعض بلا اجازة اذا كانت قيمة العين الموقوفة في حدود الثلث[٢] . الى هذه الرواية ذهب أكثـــر الحنابلـــة[٣] .

فقالوا : ان الوقف على الوارث في مرض الموت يفارق الوصية له . لأن العين الموقوفة لا تملك ، وانما ينتفع بمنافعها ، ثم تنتقل بمنافعهـــا لمن يستحقونها بعد الوارث الموقوف عليه حسب شروط الواقف ، فلا تـــورث عنه ولا توهب ولا تباع .

وأما العين الموصى بها ، فانها تكون مملوكة للموصى له ، فتـــورث عنه وله هبتها وبيعها[٤] .

والثانية : أنه لا يصح الا باجازة باقي الورثـــة[٥] .

---

(١) وهو : أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال الشيبانـــي الوائلي ، أحد الأئمة الأربعة المشهورين في الفقه وهو الملقب بامام أهل السنة ، له كتب منها : مسنده المشهور ، والناسخ والمنسوخ ، وفضائل الصحابة ، وعلل الحديث . ولد سنة ١٦٤ هـ في بغـــداد وتوفي سنة ٢٤١ هـ .
انظر : طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١/ ٤ ، وفيات الأعيـــان لابن خلكان ١/ ٤٧ - ٤٨ ، والأعلام للزركلي ١/ ١٩٢ ، والفتـــح المبـــين ١/ ١١٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥/ ٦٢٨ .

(٣) المصدر السابق ٥/ ٦٢٩ .
ملاحظة : يبدو أنهم لا يقولون باشتراك باقي الورثة فيه عند عـــدم الاجازة خلافا للحنفيـــة .

(٤) المغني لابن قدامـــة ٥/ ٦٢٩ .

(٥) المصدر السابق ٥/ ٦٢٨ .

وقد ناصر ابن قدامة هذه الرواية ، فمنعه اذا كان لبعض الورثة دون بعض الا باجازة الباقين ، وأجازه اذا كان لجميعهم ، وحمل عليه الرواية الأولى من الامام أحمد .

فقال : ان في وقفه على بعض الورثة دون بعض ايثارا له بمال على غيره ، فلم يجز الا بالاجازة كالوصية .

ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين ، لا تجوز له بالمنفعة كالأجنبي فيما زاد على الثلث .(١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٦٢٩ - ٦٣٠ .

ملاحظة :

يرى الحنابلة تأبيد الوقف ، ولا يرون توقيته . انظر : كشاف القناع ٤/٢٧٨ ، والكافي لابن قدامة ٢/٤٥٠ .

ويبدو أن حق غير الوارث في الوقف لا يبطل ببطلان حق الوارث فيه عند الحنابلة ، لأنهم يقولون بنقل الوقف في الحال الى الموقوف عليه الثاني اذا كان الأول ممن لا يصح الوقف عليه .

انظر : كشاف القناع - كتاب الوقف ٤/٢٧٩ - ٢٨٠ .

ويقولون ببطلان الوصية في حق الوارث دون الأجنبي ، اذا كانت لهما ، فلا يستبعد أن يكون للوقف المشترك بينهما في مرض موت الواقف حكم الوصية عندهم .

انظر : المغني لابن قدامة ٦/١٠ .

المذهب المختار :

ان القول بصحة وقفه على وارثه أولى بالاختيار اذا تعلق به حق غير الوارث ، وكان في حدود الثلث .

لأنه أكثر رعاية للحقوق .

ولأن القول ببطلانه قول ببطلان حق المريض في التصرف بثلثه ، علاوة على بطلان حق غير الوارث في الوقف ، بالاشتراك أو بالنيابة ، بلا موجب لذلك الا اذا قيل ببطلانه في حق الوارث فقط .

ولأن مانع الايثار يزول باشتراك جميع الورثة في حصة الوارث الموقوف عليه منهم ، كما قال الحنفية والمالكية .

وأما اذا لم يتعلق به حق غير الوارث ، فالأولى أن لا ينفذ الا بالاجازة اذا كان لبعض الورثة دون بعض ، سواء كان في حدود الثلث أم زائدا عليه ، كما قال المالكية ، والشافعية ، والحنابلة في احدى روايتيهم ، لأنه تبرع بمال على بعض الورثة في مرض الموت دون بعض ، فلم يصح كالوصية والعارية في مرض الموت .

وان كان لجميعهم وكان في حدود الثلث ، فالأولى أن ينفذ بلا اجازة رعاية لحق المريض في التصرف بثلثه ، عند انتفاء مانع الايثار كما قال الشافعية .

والله أعلم .

=/=/=/=/=/=

المبحث السادس : الابراء من الدين في مرض الموت :

وهو في اللغة : مصدر أبرأ ، يقال : برأ اذا تخلص[١] . وأبرأته مما لي عليه[٢] .

اذا خلصت ذمته منه .

وفي الاصطلاح : اسقاط الدين عن المدين[٣] .

وهو من عقود التبرعات ، لأنه تنازل عن حق مالي ثابت في ذمة الغير بلا عوض .

فاذا أبرأ شخص مدينه مما له عليه من الدين وهو في مرض موته ، كان في حكم الوصية ، فلا يصح لوارث ، ولا فيما زاد على الثلث لغير وارث الا باجازة الورثة[٤] . ويبطل اذا كان عليه دين مستغرق لماله[٥] .

=/=/=/=/=

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١/٢٤ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) أحكام العقود الشرعية الاسلامية للأستاذ على قراعة ص ١١ .
(٤) در المتقى في شرح الملتقى مع مجمع الأنهر - كتاب الوصايا - باب العتق في المرض ٢/٧٠٦ ، والاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٢/٥٨ والمغني لابن قدامة ٦/٧١ ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٩ ، وروضة الطالبين ٦/١١٠ .
(٥) مجمع الأنهر - كتاب الاقرار - باب اقرار المريض ٢/٣٠٣ ، وحاشية ابن عابدين ٥/٦١١ .

المبحث السابع : العفو عن الجناية الموجبة مالا في مرض الموت :

والعفو لغة : المحو والطمس والازالة [١] ، وهو مصدر عفا يعفو ، ويستعمل لازما ومتعديا بنفسه وبالحرف [٢] .

فيقال : عفا المنزل اذا درس وأزيلت آثاره [٣] . وعفت الرياح الآثار اذا درستها ومحتها [٤] . وعفوت عن الحق ، اذا أسقطته [٥] .

والجناية لغة : الذنب الذى يؤاخذ به ، يقال : جنى فلان يجني اذا أذنب ذنبا يؤاخذ به [٦] .

والجناية اصطلاحا : اسم لفعل محرم ، سواء كان في مال أو نفس أو طرف ولكن يراد بها عند الاطلاق الفعل في النفس أو الطرف [٧] .

وعليه فالعفو عن الجناية : هو اسقاط المستحق حقه في النفس أو الطرف بلا عوض . وهو من عقود التبرعات ، لأن المستحق يتنازل عن حقه بلا عوض .

والجناية الموجبة مالا نوعان :

١ - جناية توجب مالا في الأصل .

٢ - وجناية لا توجب مالا في الأصل ، ولكنها قد تؤول الى مال لسبب من الأسباب ، وهي موجبة المال من هذه الناحية .

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٩/٣٠٣ .
(٢) المصباح المنير ٢/٤١٩ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) لسان العرب ١٩/٣٠٤ .
(٥) المصباح المنير ٢/٤١٩ .
(٦) المصدر السابق .
(٧) تبيين الحقائق على كنز الدقائق ٦/٩٧ .

فالجناية الموجبة المال في الأصل ، هي الواقعة على النفس أو الطرف بلا عمد .

وغير الموجبة المال في الأصل هي ، الواقعة على النفس أو الطرف عمدا ، الا اذا تصالح أولياء الدم والجاني على مال قل أو كثر ، على قول من يرى أن موجب العمد هو القود عينا ، كالحنفية (١) ، والمالكية في المشهور (٢) ، والشافعية في المعتمد (٣) ، والحنابلة في قول غير مشهور (٤) .

أو اختيرت الدية على قول من يرى أن موجبه أحد شيئين غير معين من القود أو الدية ، وهو قول عند المالكية (٥) ، والشافعية (٦) ، والمشهور عند الحنابلة (٧) .

أو كان العمد مما لا قود فيه كالجائفة . فان العمد يوجب المال في هذه الحالات .

واذا عفا شخص في مرض موته عن جناية توجب مالا ، فأما أن يكون عفوه عن جناية على غيره كأن يعفو عن دية مورثه في غير عمد أو بعد اختيار الدية في العمد على القول بأن موجبه أحد شيئين غير معين ، أو عن مال صالح عليه قاتل مورثه عمدا على القول بأن موجبه القود عينا مع جواز مصالحة الجاني على مال فيه .

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٩٧ - ٩٨ .
(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/٣٨٨ ، والشرح الصغير ٢/٣٩٤ .
(٣) مغني المحتاج ٤/٤٨ .
(٤) الانصاف ١٠/٣ .
(٥) الكافي لابن عبد البر ٢/٣٨٨ .
(٦) مغني المحتاج ٤/٤٨ .
(٧) الانصاف ١٠/٣٦ .

أو يكون عفوه عن جناية على نفسه كأن يعفو عمن جنى عليه خطأ فيما دون النفس كقطع يده أو عمدا فيما لا قود فيه كالجائفة ، بحيث يخاف عليه الموت بسبب تلك الجناية .

فان عفوه في كلتا الحالتين صحيح ونافذ الا أنه يعطى حكم الوصية ان مات من ذلك المرض .

فيبطل بالدين المستغرق لماله ، كما لا يصح لوارث ولا فيما زاد على الثلث لغير وارث الا باجازة الورثة ، فان أجازوه نفذ جميعه ، والا بطل فيما كان لوارث وفي الزائد على الثلث لغير وارث .(١)

لأنه أسقط مالا بعد وجوبه له بلا عوض في مرض موته ، بالنسبة لعفوه عن موجب الجناية المالي على ورثته .

وكذلك عفوه عن موجب الجناية الحالي على نفسه .

لأنه بمجرد اصابته الجناية المميتة أصبح في أعداد المرضى مرض الموت ، فعفوه اثرها عن موجبها المالي داخل ضمن تصرفات المريض الحالية بلا عوض ، بعد تعلق حقوق الورثة والغرماء بماله .

---

(١) اذا كانت الدية مما تحملها العاقلة فالعفو وصية لهم لا للقاتل ، وان كانت مما لا تحمل العاقلة فالعفو وصية للقاتل ، فتصح على القول بصحة الوصية له ويبطل على القول بعدم صحتها له .
الا أن مجمل أقوال المذاهب الأربعة تدل على جواز عفوه هنا عن الدية للقاتل اما بناء على صحة الوصية له ، واما لانتفاء العلة المانعة من الوصية لههنا ، أولأنه في حكم العطية المنجزة .

انظر : العناية على الهداية مع تكملة الفتح ١٠/٢٥٤ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٣٢٣ ، ونهاية المحتاج ٧/٢٩٦ ، وتحفة المحتاج ٨/٤٤٩ ، والانصاف ٧/٢٣٣ .

جاء في المحرر للحنابلة : " وكل عفو صححناه من المجروح مما يوجب المال عينا فانه اذا مات يعتبر من الثلث ، ويقضى بالدين المستغرق "(١).

وجاء في منح الجليل : " فان عفا المجني عليه من الجاني خطأ فعفوه بمنزلة ايصائه بالدية لعاقلة الجاني ، فهي في ثلثه ، فان حملها نفذت وصيته ، وان زادت عليه وقف الزائد على اجازة الورثة وان كان له مال غير الدية ضم لها ونفذت الوصية من ثلث المجموع "(٢).

وجاء في المحرر : " ويمتنع اذا كان للجاني ولم تصح الوصية له "(٣).

أي على القول بعدم صحة الوصية للقاتل يبطل العفو وتجب الدية اذا كانت الجناية مما لا تحملها العاقلة(٤)، أو كان القاتل وارثا والجناية لا تحملها العاقلة ولم يجزه باقي الورثة .

ويشترط في صحة عفوه أن يصادف محله ، بأن يخاطب به من يحمل موجب الجناية كقوله للعاقلة في قتل الخطأ الثابت ببينة أو باعترافهم عفوت عنكم أو عن العاقلة .(٥)

وقوله للجاني في قتل الخطأ الثابت باعترافه مع انكار العاقلة له أو كانت الدية دون ثلث دية النفس عفوت عنك .(٦)

وان لم يصادف محله لم يصح ووجبت الدية للورثة على من يحملها من العاقلة أو الجاني .(٧)

---

(١) المحرر ٢/١٣٤ - ١٣٥ .
(٢) منح الجليل على مختصر خليل ٤/٣٨٩ - ٣٩٠ .
(٣) المحرر ٢/١٣٤ - ١٣٥ .
(٤) الانصاف ٧/٢٣٣ .
(٥) روضة الطالبين ٩/٢٤٥ .
(٦) المصدر السابق .
(٧) المصدر السابق .

هذا وان كان المعفو عن جناية على المعافي نفسه فيما دون النفس ، فاما أن يعفو عن القطع ونحوه دون سرايته صراحة ، كقوله : عفوت عن اليد لا غير ، أو يعفو عنه وعن سرايته صراحة كقوله : عفوت عن الجرح وما يتولد منه من سراية ، أو يعفو عنه دون تطرق الى سرايته بنفي أو اثبات .

فان عفا عن الجرح دون سرايته صراحة ، ثم سرى الى نفسه فمات كانت للورثة دية النفس الا الأرش ، فانه يكون في حكم الوصية (١) .

وان عفا عنه مع سرايته صراحة ، ثم سرى فمات فقد اختلف الفقهاء في صحة عفوه في السراية وعدم صحته :

١ - فذهب الجمهور من الحنفية (٢) ، والمالكية (٣) ، والحنابلة (٤) الى صحته في السراية ، سواء كان بلفظ الوصية أم كان بغيرها . كالابراء والاسقاط ونحوهما ، لأنه اسقاط للحق فيصح بكل لفظ يؤدي معناه (٥) . ولم يفرقوا بين ما توجب دية النفس الكاملة كقطع اليدين وما لا توجبها كقطع احدى الرجلين . فتحسب الدية من الثلث لغير وارث ، فان خطيها صح جميع العفو والا بطل فيما زاد عليه الا اذا أجازه الورثة ، وكذلك يبطل ما كان لوارث الا بالاجازة .

---

(١) منح الجليل ٤/٣٩١ .
(٢) العناية على الهداية مع تكملة الفتح ١٠/٢٥٢ - ٢٥٣ .
(٣) الكافي لابن عبد البر ٢/٣٨٨ ، ومنح الجليل ٤/٣٩١ .
(٤) كشاف القناع ٥/٦٣٧ ، والمغني لابن قدامة ٧/٧٥٠ - ٧٥١ .
(٥) المصدر السابق .

جاء في العناية للحنفية : "ان العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق (١) فيما اذا كان القطع خطأ " . (٢)

وجاء في الفتاوى الهندية : " فان كانت الجناية عمدا ثم قال المقطوع للقاطع : عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة (٣) وما يحدث منها برأ من القطع وعن السراية ، واذا كان خطأ وان عفا عن القطع وما يحدث منه أو عفا عن الجناية صح العفو عن الكل كما في العمد الا أن العمد تعتبر الدية من جميع المال وفي الخطأ من الثلث ويكون وصية للعاقلة " . (٤)

وجاء في الكافي للمالكية : " ولو عفا عن الجرح وعن ما يؤول اليه وقال : ان مت من هذا الجرح فقد عفوت صح عفوه ، ولم يتبع الجاني بشيء " . (٥)

أي لا يتبع بالقود ان كانت الجناية عمدا ولا الدية ان كانت خطأ .

وجاء في المحرر للحنابلة : " فاذا قال المجروح : عفوت عن هذه الجراحة أو الشجة أو الضربة وما يحدث منها ، فلا شيء في سرايتها " . (٦)

---

(١) يريد اتفاق أئمة الحنفية الثلاثة : أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، ومحمد بن الحسن . انظر العناية ٢٥٢/١٠ .

(٢) العناية على الهداية ٢٥٢/١٠ .

(٣) الشجة : الجراحة وتسمى بذلك اذا كانت في الوجه أو الرأس . انظر : المصباح المنير ٣٠٥/١

(٤) الفتاوى الهندية ٢٢/٦ .

(٥) الكافي لابن عبد البر ٣٨٨/٢ .

(٦) المحرر لأبي البركات ١٣٤/٢ .

واستدلوا بالمعقول وهو :

أن قوله : عفوت عن الجرح أو القطع وما يحدث منه . قول صريح في العفو عن السراية (١) ، فلا يحتمل التأويل ، فاذا عفا عن طرفه و نفسه صح ونفذ لأنه أولى بنفسه من أوليائه من بعده (٢) .

ولأن سبب الاستحقاق وهو القطع والجرح قد انعقد ، واسقاط الحق بعد انعقاد سببه صحيح كاسقاط الشفيع حقه في الشفعة بعد البيع وقبل طلبها (٣) .

٢ - وذهب الشافعية الى التفصيل :

فقالوا : ان الجناية ان كانت على طرف يوجب قطعه دية النفس ، كاليدين اعتبر عفوا عن السراية ، فيصح من الثلث .

وان كانت على ما لا يوجب قطعه دية النفس لم يعتبر عفوا عن السراية الا اذا كان العفو بلفظ الوصية ، كقوله (أوصيت للعاقلة بأرش القطع وما يحدث منه ، فيصح من الثلث) .

وان كان بغير لفظ الوصية ، كالابراء والاسقاط فانه يعتبر مقصورا على أرش الجرح والقطع ، فيجب ما زاد عليه الى تمام دية النفس للورثة في أظهر قوليهم (٤) .

---

(١) الهداية على بداية المبتدى ١٠/٢٢٥ .
(٢) الموطأ لمالك مع شرح المنتقى للباجي ٧/١٢٣ .
(٣) الشرح الكبير مع المغني لابن قدامة ٩/٤٢٥ .
(٤) نهاية المحتاج - كتاب الجراح ٧/٢٩٧ ، والمهذب للشيرازى ٢/٢٤٣ ، ومغني المحتاج - كتاب الجراح ٤/٥١ .

واستدلوا بالمعقول وهو :

أنه اذا كان القطع مما يوجب دية النفس الكاملة لا تزاد الدية بالسراية فكان عفوه عنه عفوا عن النفس بخلاف غيره ، فان سرايته تزيد في الدية فلا يكون العفو عنه عفوا عن النفس .(١)

ولأن الوصية تفيد تعلق تحقق العفو بالموت ، فيحصل بها اسقاط موجب الجناية بعد ثبوته ، فيشمل الأرش ودية النفس .

وأما الألفاظ الأخرى ، فانها تفيد الاسقاط المنجز فيكون الحق قد أسقط قبل ثبوته ، واسقاط الشيء قبل ثبوته غير صحيح .(٢)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار :

لأن قوله : وما يتولد منه وما في معناه ، يدل على أنه قصد الى اسقاط كل ما يترتب على الجناية سواء ما وجد حال العفو ، وما سيوجد في المستقبل وهو أولى بنفسه من الأولياء ، لأن استحقاقهم بها بالخلافة واستحقاقه بالأصالة .

ولأن ما ذهبوا اليه يحقق غرض المريض دون مساس بحقوق الورثة والغرماء ، حيث يحسب من الثلث كغيره من تبرعات المريض ، ويبطل الوارث فيما زاد على الثلث لغير وارث الا بالاجازة ، ويبطل أيضا بالدين المستغرق لماله . والله أعلم .

---

(١) نهاية المحتاج ٧/٢٩٧ .
(٢) المصدر السابق ، ومغني المحتاج ٤/٥١ .

وان عفا عنه دون تطرق الى سرايته بنفي ولا اثبات ، ثم سرى فمات ، هل تدخل السراية في العفو أولا ؟

اختلف فيه الفقهاء القائلون بدخولها فيه في المسألة السابقة ز وهم الحنفية والمالكية ، والحنابلة :

١ - فذهب الامام أبو حنيفة الى أن العفو لا يشمل السراية في النفس وغيرها في هذه الصورة ، فتجب الدية للورثة في الخطأ الا قدر الأرش المعفو عنه ، فانه يكون في حكم الوصية ، فيحسب من الثلث .(١)
وكذلك العمد استحساناً .(٢) لأن صورة العفو قد أورثت شبهة وهي دارئة للقصاص ، فوجبت الدية لضمان النفس المعصومة من الاهدار .(٣)

وذهب صاحباه أبو يوسف و محمد بن الحسن الى أنه يشمل السراية في النفس وغيرها ، كما لو صرح بالعفو عنهما(٤) ، فتسقط دية النفس مع الأرش الا ما زاد على الثلث .

جاء في العناية على الهداية : "العفو عن القطع مطلقا يكون عفوا عن الدية عند هما اذا كان خطأ ، وعند أبي حنيفة يكون عفوا عن أرش اليد لا غير ، والعفو عن الشجة عفو عن الدية اذا سرت عند هما وعنده من أرش الشجة لا غير" .(٤)

---

(١) العناية على الهداية مع تكملة الفتح ١٠/٢٥٢ - ٢٥٣ .
(٢) الفتاوى الهندية ٢/٢٢ وهو رواية عن الامام مالك . انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/٣٨٦ .
(٣) الهداية على بداية المبتدى ١٠/٢٥٢ .
وذلك لما روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال : (ادرأوا الحدود بالقتل عن المسلمين ما استطعتم) ... رواه البيهقي - كتاب الحدود - باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات ٨/٢٣٨ .
وقال الذهبي عن هذا الأثر : وهذا موصول جيد . انظر : فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوى ١/٢٢٩ .
(٤) العناية على الهداية ١٠/٢٥٢ - ٢٥٣ .

وجاء في الفتاوى الهندية : " ولو قال عفوت عن القطع أو عن الشجة لا يكون عفوا عن السراية ، ولو مات يجب القصاص قياسا والدية استحسانا عند أبي حنيفة "(١).

٢ - أما المالكية ، فقد قالوا بمثل قول أبي حنيفة وهو عدم اعتبار السراية داخلة في العفو ، الا أنهم يعتبرون تأخير الموت عن الجرح لوثا يوجب القسامة على الورثة ، لجواز أن يكون قد مات بسبب آخر فيخيرونهم بين أمرين :

أحدهما : أن يقسموا خمسين يمينا على أن مورثهم قد مات من جرح الجاني فان أقسموا وجبت لهم دية النفس في الخطأ الا أرش الجرح فهو محسوب من الثلث ، لأنه المتبرع به بالعفو ، والقصاص في العمد الا اذا صالحهم الجاني على مال .

والثاني : أن يمضوا العفو في القطع والسراية معا ، فان أمضوه فيهما فلا قسامة عليهم ولا شيء لهم الا ما زاد على الثلث في جميع دية النفس(٢).

جاء في منح الجليل : " وان جرح .... مصوما عمدا عدوانا أو خطأ وعفا المجروح عن جرحه بلا مال ، أو صالح الجاني عنه بمال فنزا(٣) حتى مات فلأوليائه القسامة والقتل في العمد والدية في الخطأ "(٤).

وجاء فيه أيضا : "ان قال عفوت عن اليد لا غير فلا اشكال ، وان قال عن اليد وما يترامى اليه من نفس أو غيره فلا اشكال ، وان قال عفوت فقط حمل على ما وجب له في الحال وهو قطع اليد "(٥).

---

(١) الفتاوى الهندية ٢/٢٢ .
(٢) منح الجليل ٤/٣٩١ .
(٣) فنزا : سال دم الجرح . انظر : منح الجليل ٣/٢١٦ .
(٤) منح الجليل ٤/٣٩١ .
(٥) المصدر السابق .

وجاء في الكافي : " ومن عفا عن جرح جرحه ثم مات ، لم ينفع القاتل عفوه ، لأنه انما عفا عن الجراح لا عن النفس ، ولأولياء المقتول القود أو الدية "[١] . أي لهم القود في العمد والدية في الخطأ .

٣ - وأما الحنابلة فلهم روايتان عن الامام أحمد[٢] : احداهما كقول الامام أبي حنيفة . والأخرى كقول صاحبيه .

جاء في المحرر للحنابلة : " وان لم يقل : وما يحدث منها فكذا (أي فلا شيء في سرايتها) في احدى الروايتين ، والأخرى تضمن بقسطها من الدية "[٣] . أي دون الأرش المعفو عنه .

واستدل الجمهور على عدم تناول العفو السراية بالمعقول وهو :

أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق ، ولا مانع منه لعدم تناول العفو المطلق موجب السراية صراحة ، لأن القطع شيء والقتل شيء آخر ، فقد عفا عن القطع ولم يعف عن القتل[٤] .

وبالموت تبين أنها جناية على النفس[٥] ، فوجب ضمانها ضرورة صيانة النفس المعصومة عن الاهدار[٦] .

ولأن السراية متولدة من جناية مضمونة لو لم يعف عنها ، فاذا عفا عنها حمل عفوه على قدر ما وجب له حال العفو وهو القطع ونحوه دون ما زاد عليه من سراية في النفس وغيرها[٧] .

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/٣٨٥ .
(٢) تقدمت ترجمته .
(٣) المحرر لأبي البركات ٢/١٣٤ .
(٤) العناية على الهداية مع تكملة الفتح ١٠/٢٥٢ .
(٥) منح الجليل ٤/٣٩١ .
(٦) العناية ١٠/٢٥٢ .
(٧) المغني لابن قدامة - كتاب الجراح ٧/٧٤٨ .

واستدل صاحبا أبي حنيفة بالمعقول أيضا وهو :

أن العفو عن القطع ونحوه ما دون النفس عفو عن موجبه وهو الدية في الخطأ والقصاص في العمد .

لأن الفعل الذى هو القطع و نحوه عرض من الأعراض ومعنى من المعاني ، لا يبقى ، فلا يتصور المعفو عنه .

وموجبه اما أرش القطع في الخطأ ، أو القطع في العمد اذا لم يسر ، واما دية النفس في الخطأ أو القصاص في العمد اذا سرى ، فكان عفوا عنهما (١) .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور من القول بعدم شمول العفو للسراية أولى بالاختيار . لأن قوله : عفوت من القطع أو الجرح أو الشجة و نحوها يحتمل أن يريد به اسقاط موجب القطع فقط ، كما يحتمل أن يريد به اسقاطه مع السراية ، فيترجح الاحتمال الأول بكونه المتيقن لوجوده حال العفو فيحمل عليه عفوه ويضمن ما زاد عليه من سراية احتياطا .

والله أعلم .

=/=/=/=/=

---

(١) العناية على الهداية مع تكملة الفتح ١٠/٢٥١

المبحث الثامن : العتق في مرض الموت :

وهو في اللغة : بفتح العين مصدر عتق يعتق وبابه ضرب يضرب . وبكسرها اسم مصدر .

ولا يتعدى بنفسه ، فلا يقال : عتقه ، ولا عتق العبد ، وانما يتعدى بالهمزة ، فيقال : أعتقه ، وأعتق العبد (١) .

وهو في اللغة : الحرية والشرف والقوة (٢) ، لأن المعتوق يكسب هذه المعاني كلها بتحرير رقبته من الرق (٣) .

وفي الاصطلاح : ازالة الرق عن الآدمي (٤) .

اتفق الفقهاء القائلون بالحجر على المريض مرض الموت على أن من أعتق عبده في مرض موته اعتبر عتقه في حكم الوصية فتحسب من ثلثه . لأنه تصرف مالي بلا عوض .

واتفقوا على تنفيذ جميع عتقه اذا خرج من الثلث ولم يكن عليه دين مستغرق لماله . وكذلك اذا أجازت الورثة العتق في الزائد على الثلث (٥) .

ثم اختلفوا في الفروع التالية :

---

(١) المصباح المنير ص ٣٩٢ .
(٢) ترتيب القاموس ٣/١٤٨ .
(٣) الأخيار لتعليل المختار - كتاب العتق ٤/١٧ .
(٤) مغني المحتاج - كتاب العتق ٤/٤٩١ .
(٥) تبيين الحقائق - باب العتق في المرض ٦/١٩٦ ، وحاشية أحمد الشلبي مع تبيين الحقائق - كتاب العتق ٣/٨٥ ، والخرشي على خليل - باب العتق ٨/١٢٤ ، ومغني المحتاج ٤/٥٠٢ .

الفرع الأول : اذا لم يخرج المعتق من الثلث ، ولم تجز الورثة الزائد .

وفيه مطلبان :

المطلب الأول : أن يكون المعتق واحدا .

المطلب الثاني : أن يكون المعتق عددا .

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : هل تستعمل القرعة في تحرير قدر الثلث منهم أو لا ؟ .

المسألة الثانية : المعتبر في القرعة هل هو القيمة أو العدد ؟

الفرع الثاني : اذا أعتق في مرض موته وعليه دين مستغرق لماله .

الفرع الثالث : لو علق عتق عبده على شرط في صحته ووجد ذلك الشرط في مرض موته .

الفرع الأول : اذا لم يخرج المعتق من الثلث ، ولم تجز الورثة الزائد :

المطلب الأول : أن يكون المعتق واحدا :

فاذا كان المعتق واحدا فقد اتفقوا على أنه يعتق منه قدر الثلث واختلفوا فيما زاد عليه ، وهو ثلثاه اذا لم يكن لسيده مال سواه أو ما دونهما ان كان له مال غيره ، ولم يحتمله ثلث الجميع ، هل يبقى ذلك الزائد رقيقا للورثة أو يعتق كله ويستسعى فيه للورثة ؟

١ - فذهب الجمهور من المالكية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، الى أن قدر الزائد يبقى رقيقا للورثة .

---

(١) الخرشي على خليل - باب العتق ٨/١٢٤ ، ومنح الجليل على خليل - باب العتق ٤/٥٨٤ .

(٢) روضة الطالبين - كتاب العتق ١٢/١٣٦ ، ومغني المحتاج - كتاب العتق - فصل الاعتاق في مرض الموت ٤/٥٠٢ .

(٣) المقنع لابن قدامة - كتاب العتق ٢/٤٩٠ .

واستدلوا بالقياس ، وهو قياس المريض فيما زاد على ثلث ماله على المعتق المعسر في نصيب شريكه .

فقالوا : ان المريض معسر فيما زاد على ثلثه (١) . والمعسر اذا أعتق نصيبه من العبد المشترك بينه و بين غيره لا يقوم عليه نصيب شريكه ، ولا يستسعى العبد في باقيه ، بل يبقى نصيب الشريك رقيقا (٢) ، الا اذا أعتقه الشريك بنفسه ، فكذلك المريض فيما زاد على ثلثه يبقى رقيقا الا اذا أجازت الورثة العتق فيه .

والجامع بينهما أن ما زاد على الثلث ملك لغير المريض وهو الوارث ، كما أن نصيب الشريك ملك لغير المعتق المعسر .

والمريض لا يملك شيئا حال وفاته عدا ثلث ماله ، كما لا يملك المعتق المعسر عدا نصيبه .

٢ - وذهب الحنفية (٣) الى أن العبد يعتق كله ويستسعى في قدر الزائد للورثة .

واستدلوا بما رواه سعيد بن منصور في سننه عن رجل من بني عذرة أن رجلا منهم أعتق غلاما له عند موته ، ولم يكن له مال غيره فرفع ذلك الى رسول الله صلى الله عليه و سلم فأعتق منه الثلث واستسعى في الثلثين (٤) .

---

(١) روضة الطالبين - كتاب العتق ١١٤/١٢ ، ومغني المحتاج - كتاب العتق ٤٩٩/٤ .

(٢) شرح النووى على صحيح مسلم - كتاب العتق ١٣٨/١٠ ، والمغني لابن قدامة ٣٤١/٩ .

(٣) المبسوط للسرخسي - باب العتق في المرض ٢٣/٢٩ ، ٧٤/٧ باب الوجود من العتق .

(٤) سنن سعيد بن منصور - القسم الأول من المجلد الثالث ص ١٠٣ .

فقالوا : ان الحديث نص في نفاذ العتق في قدر الثلث من العبد واستسعائه في الزائد للورثة .

قلت : ان في سند الحديث رجلا مبهما ، فلا يصح .(١)

ولكن يمكن أن يستدل للحنفية بالقياس ، فيقاس معتق المريض في الاستسعاء على معتق المعسر ، لاعتبار كل منهما بسبب الاعسار . لأنهم يقولون باستسعاء العبد في نصيب شريك المعسر خلافا للجمهور ، فالمريض معسر لعدم ملكه غير الثلث .

والخلاف هنا في طريقة استعطال القياس مبني على الخلاف في الأصل . وذلك لتعارض زيادة حديث ابن عمر(٢) رضي الله عنهما التي بنى عليها الجمهور أصل قياسهم مع زيادة حديث أبي هريرة رضي الله عنه التي بنى عليها الحنفية أصل هذا القياس .

---

(١) ان الابهام في السند مؤثر في صحة الحديث ، لما فيه من عدم معرفة الراوى المبهم هل هو ثقة أو ضعيف .
انظر النوع التاسع والخمسين من تدريب الراوى للسيوطي ٢/٣٤٣ .

(٢) وهو : أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وهو صحابي جليل وابن صحابي جليل ، أسلم مع أبيه صغيرا قبل بلوغه وهاجر معه الى المدينة ، وهو من المكثرين في رواية الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، توفى بمكة سنة ٦٣ هـ .
انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٢/٣٣٥ - ٣٣٦ . وتهذيب التهذيب ٥/٣٢٨ وما بعدها .

وخلاصته أنهم متفقون على عدم تقويم العبد على المعسر اذا أعتق نصيبه من العبد المشترك بينه وبين غيره ، واختلفوا في نصيب شريكه هل يبقى رقيقا أو يستسعى فيه العبد ويعتق كله ؟ .

فبالأول قال الجمهور ، لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه ، والا فقد عتق منه ما عتق) (١) .

فقالوا : ان هذا الحديث يدل بزيادة (والا فقد عتق منه ما عتق) على بقاء ما لم يشطه العتق وهو نصيب الشريك رقيقا ، لا يسرى اليه العتق . ورجحوه على حديث أبي هريرة الآتي بزيادته ، وقالوا : ان زيادته مدرجة في الخبر من كلام بعض الرواة (٢) .

وبالثاني قال الحنفية لما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من أعتق شقصا له في عبد فخلاصه من ماله ان كان له مال ، فان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه) (٣) .

فقالوا : ان هذا الحديث يدل بزيادته (وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه) على استسعاء العبد في نصيب شريك المعسر .

---

(١) أخرجه البخارى - في كتاب العتق - باب من أعتق عبدا بين اثنين انظر : فتح البارى ٥/١٥٠ . ومسلم في كتاب العتق . انظر : شرح النووى ١٠/١٣٩ . ومالك في الموطأ - في كتاب العتاقة والولاء - باب من أعتق شركا له في مملوك - انظر : المنتقى للباجي

(٢) المغني لابن قدامة - كتاب العتق ٩/٣٤٢ .

(٣) رواه البخارى - في كتاب العتق - باب من أعتق نصيبا في عبد وليس له مال استسعى العبد . فتح البارى ٥/١٥٦ . ومسلم في كتاب العتق - شرح النووى ١٠/١٣٩ .

ورجحوه على حديث ابن عمر السابق ، وقالوا : ان زيادته مدرجة في الخبر من كلام بعض الرواة .(١)

قال الحافظ ابن حجر(٢) بعد أن ذكر أقوال الحفاظ في زيادة كل من الحديثين : " والذى يظهر أن الحديثين صحيحان مرفوعان وفاقا لعمل صاحبي الصحيح ، والجمع بينهما ممكن " .(٣)

ثم قال في طريقة الجمع بينهما : " معنى الحديثين أن المعسر اذا أعتق حصته لم يسر العتق في حصة شريكه ، بل تبقى حصته على حالها وهي الرق (كما قال الجمهور) ثم يستسعى في عتق بقيته (كما قال الحنفية) فيحصل ثمن الجزء الذى لشريك سيده ويدفعه اليه ويعتق " .(٤)

يظهر مما تقدم أن الحافظ ابن حجر يرى صحة كل من الزيادتين وأنهما من كلام النبي صلى الله عليه وسلم ، لا من كلام الرواة ، وأن العمل بهما ممكن ، وظاهره أن الاستسعاء في هذه الحالة لا يتوقف على اذن شريك المعسر ، وكذلك الورثة في مسألتنا .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الحنفية أولى بالاختيار ، على أن تكون السعاية برضا العبد ، لقوله صلى الله عليه وسلم (غير مشقوق عليه) . وذلك لأمور :

١ - أن الذين ردوا مبدأ الاستسعاء بنوه على عدم ثبوت الزيادة الواردة

---

(١) فتح البارى ٥/١٥٦ .
(٢) تقدمت ترجمته .
(٣) فتح البارى ٥/١٥٨ .
(٤) فتح البارى ٥/١٥٩ .

فيه مرفوعة ، وانما اعتبروها مدرجة في الخبر من كلام بعض الرواة ، فقد بين الحافظ ابن حجر - فيما تقدم - ثبوتها مرفوعة .

٢ - أنه يمكن العمل بالحديثين معا على ما ذهبوا اليه بعد ثبوتهما بزيادتهما مرفوعين على ما ذكر ابن حجر في طريقة الجمع بينهما . والجمع بين كل حديثين ظاهرهما التعارض مقدم على ترجيح أحدهما على الآخر في أصول الحديث .(١)

فيستعمل كل منهما في مدلول منطوقه ، فيكون حديث ابن عمر رضي الله عنهما قد دل على عدم سراية عتق المعسر الى نصيب شريكه فيبقى رقيقا . وحديث أبي هريرة على استسعاء العبد بعد ذلك فيما بقي من نصيب الشريك فيلحق به عتق المريض لعدم الفارق بينهما .

٣ - ولأنه يوجد في القول بالاستسعاء في هذه الحالة خلاص جميع العبد من الرق الى الحرية المطلقة ، فهو مرغوب فيه شرعا . ولذا قوم على الموسر نصيب شريكه دون اذن منه ، وعلى المريض بقية من أعتق جزءا منه اذا كان الثلث يحمل جميعه .(٢)

---

(١) انظر : كتاب الكفاية في علم الرواية للخطيب البغدادي جاء فيه : " وأما ما لا يوجب العلم من الأخبار فيصح دخول التقوية والترجيح فيها اذا لم يمكن الجمع بينهما في الاستعمال " . انظر ص ٦٠٨ وتقريب النووي مع تدريب الراوي للسيوطي جاء فيه : " والمختلف قسمان : أحدهما : يمكن الجمع بينهما فيتعين ويجب العمل بهما ، والثاني : لا يمكن بوجه ، فان علمنا أحدهما ناسخا قدمناه والا عملنا بالراجح " . انظر ٢/١٩٧ - ١٩٨ .

(٢) منح الجليل - باب العتق ٤/٥٨٤ ، وفتح القدير - باب في العتق ٢/٤٣٦ ، وكشاف القناع - كتاب العتق ٤/٥٨٦ - ٥٨٧ ومطالب أولي النهى - كتاب العتق ٤/٧١٧ - ٧١٨ .

المطلب الثاني : أن يكون المعتق عددا وقع عتقهم دفعة واحدة :

وفيه مسألتان :

المسألة الأولى : هل تستعمل القرعة في تحرير قدر الثلث منهم أولا ؟ :

وإذا كان معتق المريض عددا ووقع عتقهم دفعة واحدة والثلث لا يحملهم ، ولم تجز الورثة العتق في الزائد ، فقد اختلفوا في طريقة عتق قدر الثلث منهم ، هل هي جمع الحرية بقدره في بعضهم دون بعض بواسطة القرعة ، أو تفريق قدره على جميعهم ، ثم استسعاء كل منهم في باقيه ؟

١ - فذهب الجمهور من المالكية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، الى القول بجمع الحرية في بعضهم بقدر الثلث بواسطة القرعة ، فمن خرج له سهم الحرية أعتق وبقي الآخرون أرقاء للورثة ، سواء كانوا جميع ماله أم كان له مال غيرهم ، ولكن ثلث الجميع لا يحملهم .

فان بقي شيء من الثلث بعده أعيدت القرعة بين الباقين حتى ينتهي جميع الثلث . وبه قال عمر بن عبد العزيز (٤) ، وأبان بن عثمان (٥) ، واسحاق بن راهويه (٦) ، وداود الظاهري (٧) .

---

(١) المدونة - كتاب العتق الأول ٣/١٨٠ ، وكتاب القسمة ٥/٥١٩ ، والخرشي على خليل - باب العتق ٨/١٣٠ .

(٢) روضة الطالبين - كتاب العتق ١٢/١٣٩ ، ومغني المحتاج - كتاب العتق ٤/٥٠٢ .

(٣) كشاف القناع ٤/٥٨٨ ، ومنتهى الارادات ٢/١٣٢ ، والمغني لابن قدامة - كتاب العتق ٩/٣٥٩ .

(٤) تقدمت ترجمته .

(٥) وهو : أبو سعيد أبان بن عثمان بن عفان من بني عبد شمس بن عبد مناف القرشي المدني التابعي ، أحد أعلام الحديث والفقه . توفي سنة ١٠٥ هـ .
انظر : تهذيب الأسماء واللغات ١/٩٧ .

(٦) تقدمت ترجمته .

(٧) المغني لابن قدامة - كتاب العتق ٩/٣٥٩ ، ومعالم السنن شرح سنن أبي داود للخطابي ٤/٢٦٨ .

واستدلوا بالسنة والمعقول :

أما السنة : فقد استدلوا بحديث عمران بن حصين السابق الذى جاء فيه (فجزأهم اثلاثا ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة) .(١)

فقالوا : ان هذا الحديث دليل على ثبوت القرعة في تعيين المعتق الشائع في العبيد ، وجمعه في بعضهم دون بعض ، (٢) وهو نص في محل النزاع .

فيكون الحديث الشريف قد حكم بأمرين :

أحدهما : ثبوت القرعة في الشرع عامة ، وفي هذا الباب خاصة ، لقوله (ثم أقرع بينهم) .

والثاني : جمع المعتق الشائع في البعض دون البعض الآخر ، لقوله (فأعتق اثنين وأرق أربعة) .(٣)

اعتراضات الحنفية على الاستدلال بهذا الحديث :

وقد اعترض الحنفية على استدلال الجمهور بهذا الحديث على ما ذهبوا اليه من وجوه :

أحدها : أن الحديث غير صحيح ، لوجود رجل مبهم في متنه وهو قوله : (أن رجلا أعتق ستة مملوكين) فالرجل المعتق غير معلوم .(٤)

والثاني : أنه على فرض صحته ، فان الرجل أوصى الى النبي صلى الله عليه وسلم بعتقهم ، فيكون الرسول صلى الله عليه وسلم قد أقرع بينهم

---

(١) تقدم تخريج الحديث في مبحث اثبات الحجز على المريض .
(٢) انظر شرح السنة للبغوى ٩/٣٦١ .
(٣) المنتقى للباجي - كتاب العتاقة والولاء ٦/٢٦٤ ، ومعالم السنن شرح سنن أبي داود للخطابي - كتاب العتق ٤/٢٦٧ .
(٤) المبسوط للسرخسي - كتاب العتق - باب لوجوه من العتق ٧/٧٦

تطييبا لقلوبهم ، والا كان له أن يعتق منهم من شاء .(١)

والثالث : أن قوله (فأعتق اثنين) معناه قد رهط . لأننا اذا أعتقنا من كل واحد منهم ثلثه أعتقنا قدر اثنين منهم اذا كانت قيمتهم متساوية . وقوله (أقرع) معناه : دقق النظر في التقدير .(٢)

يجاب عن هذه الاعتراضات بما يلي :

عن الوجه الأول : بأن الابهام المؤثر في صحة الحديث هو ما كان في سنده ما فيه من الجهالة بحال الراوى المبهم هل هو ثقة أو ضعيف .

أما الابهام الكائن في المتن فليس بمؤثر في صحته ، لأن كل ما فيه هو عدم معرفة صاحب القصة .(٣)

ومن الوجه الثاني : أنه قد جاء عند الامام أحمد في مسنده ما يبعد الدعوى بأن الرجل أوصى للنبي بعتقهم وهو قوله (فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم)(٤) .

وفي رواية عنده : (فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع)(٥) الحديث .

فقوله (فبلغ ذلك رسول الله) وقوله (فأخبروا رسول الله بما صنع) يدلان دلالة واضحة على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن

---

(١) المبسوط للسرخسي - كتاب العتق - باب لوجوه من العتق ٧/٧٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) انظر : تدريب الراوى للسيوطي مع تقريب النووى : النوع التاسع والخمسون ٢/ ٣٤٣ .

(٤) رواه الامام أحمد في مسنده من حديث عمران بن حصين . انظر مسند الامام أحمد مع ترتيب الشيخ ناصر الدين الألباني ٤/٤٢٨ ، ٤/٤٤٥

(٥) رواه الامام أحمد في مسنده من حديث عمران . انظر : مسنده مع ترتيب الشيخ الالباني ٤/٤٤٦ .

على علم بأول أمر الرجل ، ولم يعلم به الا بعد موته ، فبطلت دعـــوى ايصائه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتقهم .(١)

وعن الوجه الثالث : بأنه قد ورد عند الامام أحمد أيضا ما يبطل حمـــل تجزأته على افراز حصة العبيد من حصة الورثة ، وحمل (أقرع) على دقق النظر وهو قوله (فأعتق اثنين ورد أربعة في الرق)(٢) ، فهـذا صريح في أن الحرية كانت محصورة في الاثنين وأن الأربعة الباقـين رد وا بكاملهم أرقـاء للورثـة .(٣)

أما المعقـول :

فقد قالوا : انه ليس للمريض أن يعتق جميع عبيده اذا كانوا كل مـاله فاذا فعل ذلك لم يعتق الا ثلثهم ، واحتيج الى القرعة لتعيين قدر الثلث منهـــم .(٤)

وان هذا العتق حق وفي تفريقـه ضرر فوجب جمعه بالقرعة كقسمـة الاجبار اذا طلبها أحد الشريكين .(٥)

وأيد وا مذهبهم بأن أصل استعمال القرعة لتعيين الحقوق ثابت فـي الشرع بالكتاب والسنة والاجمـاع .

أما الكتاب فمنه قوله تعالى في قصة اختلاف نبي الله زكريا عليه السلام مـــع غيره فيمن يتولى كفالة مريم بنت عمران ((وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهـم

---

(١) انظر : معالم السنن للخطابي شرح سنن أبي داود ٤/٢٦٨-٢٦٩
(٢) جزء حديث الامام أحمد عن عمران بن حصين المتقدم .
(٣) معالم السنن للخطابي ٤/٢٦٨ - ٢٦٩ .
(٤) المنتقى للباجي - كتاب العتاقة والولاء ٦/٢٦٤ ، ومعالم السـنن للخطابي ٤/٢٦٧ .
(٥) معالم السـنن ٤/٢٦٧ ، وكشـاف القناع ٤/٥٨٨ ، ومنتهـــى الارادات ٢/١٣٢ .

أيهم يكفل مريم))[١] ، أى أيهم يخرج سهمه يتولى كفالتها .

وأما السنة فمنها ما روى عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنها أنها قالت : (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه)[٢] .

وأما الاجماع : فقد أجمع العلماء على استعمالها في أمور منها : اذا أراد الرجل أن يسافر باحدى زوجاته ، واذا أراد البداية بالقسمة بينهن في المبيت ، واذا استوى الأولياء في النكاح والقصاص وتشاحوا فيمن يتولاه ، وغير ذلك[٣] .

٢ - وذهب الحنفية[٤] الى أنه يفرق قدر الثلث فيعتق من كل واحد منهم بقسطه ، ثم يستسعى في باقيه للورثة . وبه قال ابراهيم النخعي[٥] والشعبي[٦] [٧] .

---

(١) سورة آل عمران - آية : ٤٤ .

(٢) متفق عليه . أخرجه البخارى في صحيحه - في كتاب المغازى . انظر فتح البارى ٧/٤٣١ . ومسلم في كتاب التوبة .

(٣) المغني لابن قدامة ٩/٣٦١ .

(٤) المبسوط - كتاب العتق - باب لوجوه من العتق ٧/٧٥ .

(٥) تقدمت ترجمته .

(٦) تقدمت ترجمته .

(٧) انظر كتاب السنن لسعيد بن منصور - القسم الأول من المجلد الثالث ص ١٠٤ ، ومعالم السنن للخطابي ٤/٢٦٨ .

واستدلوا بالمعقـــول :

وهو أن العبيد المعتقين قد استووا في سبب الاستحقاق ، وهـــو توجيه السيد العتق الى كل واحد منهم ، وذلك يوجب مساواتهم فـــي الاستحقاق ، فلا يجوز اعطاء بعضهم وحرمان الآخرين كما لو أوصى برقابهم لغيرهم لكل رجل رقبة ، بل ما نحن فيه أولى بالمساواة من الوصية ، لأن تلك الوصية يحتمل الرجوع من الموصي والرد من الموصى له بخلاف العتـــق ، فانه لا يحتمل واحدا منهما ، فاذا لم يجز حرمان البعض في الوصية مـــع اعطاء البعض فمن باب أولى أن لا يجوز فيما نحن فيه .(١)

وأيضا أن القرعة في معنى القمار ، والقمار محرم شرعا ، فلا يجـوز استعمالها الا فيما لا يتعلق فيه أصل الاستحقاق بخروج القرعة كالقسمـــة استحسانا .(٢)

وما ورد فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيره من الأنبيـاء كانت لتطييب القلوب وازاحة التهمة .(٣)

ولأن القول بجمع الحرية في بعضهم دون بعض فيه ابطال لحق بعض الموصى لهم وفيما قلنا ضرر التأخير في حق الورثة ، وضرر التأخير متى قوبل بضـــرر الابطال كان ضرر التأخير أهون ، فان لم نجد بدا من نوع ضرر رجحنا أهونهما على أعظمهمـــا .(٤)

---

(١) المبسوط - كتاب العتق ٧/٧٥ .
(٢) المصدر السابق ٧/٧٦ ، ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير - كتـــاب القسمة ١٠/٤٤٠ - ٤٤١ .
(٣) تكملة الفتـــح .
(٤) المبســـوط ٧/٧٥ .

الاعتراض على أدلة الحنفية :

اعترض على ما استدل به الحنفية ، بأن كل ما أوردوا هنا من الأدلة المعقولة مردودة بالسنة الصحيحة التي تقدم ذكرها .

لأن صاحب الشريعة اذا قال قولا وحكم بحكم لم يجز الاعتراض عليه بأي رأي من الآراء ولا مقابلته بأصل آخر ، بل يجب تقريره على حاله واتخاذه أصلا في بابه .(١)

ولأن قول الشارع واجب الاتباع سواء وافق القياس أم خالفه ، لكونه قول المعصوم وهو حجة على الخلق أجمعين ، وتطرق الخطأ الى القائس في قياسه أغلب من تطرق الخطأ الى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والأئمة بعدهم في روايتهم .(٢)

ويفارق العتق الوصية في أن الورثة لا يتضررون في وقوع الوصية شائعا في العبد حيث يصبح صاحب الوصية شريكا للورثة في ملك العبد كل بقدر حصته فلا يزال العبد بكامله رقيقا .

وأما العتق فان الورثة يتضررون بوقوعه شائعا حيث يصبح جزء كل منهم حرا .(٣)

واستعمال رسول الله صلى الله عليه وسلم القرعة في هذا الباب وغيره يبعدها عن معنى القمار . لأنه أعلم بمعنى القمار وموارده ، وأولى الأمة بالبعد عن محارم الله .

---

(١) معالم السنن شرح سنن أبي داود للخطابي - كتاب العتق ٤/٢٦٨ .
(٢) المغني لابن قدامة ٩/٣٦٠ ، ومطالب أولي النهى ٤/٧١٩ .
(٣) معالم السنن للخطابي ٤/٢٦٧-٢٦٨ ، والمغني لابن قدامة ٩/٣٦٠ .

وما ذهبوا اليه أعظم ضررا لاشتماله على ضررين :

أحدهما : ضرر الورثة لتأخير حقهم ، والثاني ضرر العبيد لاجبارهم على الكسب والسعاية .

بخلاف ما ذهب اليه الجمهور ، فانه يشتمل على ضرر واحد ، وهو ابطال حق بعض العبيد في الحرية ، عملا بالسنة ، فيكون الأخذ به أولى لاعتباره أهون الضررين (١) .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار .

لأن حديث عمران بن حصين الذى استدلوا بظاهره حديث صحيح وثابت وهو أصل في موضعه ، فلا ينبغي أن يعارض بقياس أو أصل آخر ، كما لا ينبغي العدول عن مدلوله الظاهر الى تأويلات غير ظاهرة بلا موجب .

والله أعلم .

٪-٪-٪-٪-٪-٪-٪

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٦١ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ٢/٤٠٢ .

المذهب المختار :

ان ما ذهبت اليه المذاهب الثلاثة ، وان كان فيه نوع مخالفة لظاهر حديث عمران بن حصين ، فانه أولى بالاختيار لأمرين :

أحدهما : كونه أكثر احتياطا في الأخذ بثلث المريض ، فيستوعب للعبيد دون مجاوزة الى حق الورثة بالزيادة عليه . بخلاف القول باعتبار العدد ، فانه قد يكون الثلث فيه غير مستوعب اذا كان الثلث في العدد أقل منه في القيمة ، كما قد يتجاوز الثلث اذا كان في العدد أكثر منه في القيمة ، فلا يسلم طريقا لتمييز الحقوق وقطع النزاع .

والثاني : أن القول باعتبار العدد دون القيمة يصعب تطبيقه عمليا على بعض حالات العتق في هذا الباب .

لأن تطبيقه ممكن اذا كان عددهم عددا يقبل القسمة على الثلاثة دون باق ، مثل الثلاثة والستة والتسعة والاثني عشر وغيرها . وأما اذا كان عددا غير قابل القسمة على الثلاثة دون باقي كالاثنين والأربعة والخمسة والسبعة وغيرها ، فانه يصعب تطبيقه عمليا في هذه الحالة .

وينبغي أن تكون القاعدة الشرعية مطردة يمكن العمل بها عند الحاجة .

وبناء على القول باعتبار القيمة دون العدد ، فيمن تناولت القرعة جزءا منه كالثلث دون بقيته ، فان باقيه يبقى رقيقا للورثة عند المالكية (١)

---

(١) المدونة الكبرى - كتاب العتق الأول ٣/١٨١ .

والشافعيـــة (١) ، والحنابلـــة (٢) .

قلـــت : والذى يظهر لي - والله أعلم - أن كل من عتق منه جزء وعجـــز معتقه من اكمال عتقه لفقر أو مرض يعتق بقية أجزائه بالاستسعاء بشرطين :

١ - أن يكون العبد قادرا على السعي .

٢ - أن يكون الاستسعاء برضـــاه .

وهذان الشرطان مأخـــوذان من قوله صلى الله عليه وسلم (غير مشقـــوق عليه) (٣) ، وذلك لأن الشارع متشوف الى اكمال تحرير العبد ما وجد اليـــه سبيـــل . لذا أكمل عتقه على الموسر اذا أعتق نصيبه من العبـــد المشترك بينه وبين غـــيره .

---

(١) روضة الطالبين ١٢/١٤٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٩١ .

(٣) جزء حديث متفق عليه ، وقد تقدم تخريجه في المطلب الأول .

الفرع الثاني : فيما اذا أعتق في مرض موته وعليه دين مستغرق لماله :

اتفقت المذاهب الأربعة على عدم تنفيذ عتق المريض مرض الموت اذا كان عليه دين مستغرق لماله .(١)

لأن عتقه في حكم الوصية ، والدين مقدم على الوصية وما في حكمها لما روى عن علي(٢) رضي الله عنه أنه قال : (ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ، وأنتم تقرأونها قبل الدين)(٣) .

والشاهد قوله (قضى بالدين قبل الوصية) فانه يدل على عدم اعتبار الوصية وما في حكمها مع دين مستغرق لمال الموصي .(٤)

فاذا استغرق الدين مال المريض ، وجب رد عتقه المنجز لحق الغرماء

الا أن الفقهاء اختلفوا فيما يكون رده :

١ - فذهب الجمهور من المالكية(٥) ، والشافعية(٦) ، والحنابلة(٧)

---

(١) المبسوط ٧/٧٧ ، والمدونة ٣/١٨٠ ، وروضة الطالبين ١٢/١٣٦ وكشاف القناع ٤/٥٨٧ .

(٢) تقدمت ترجمته .

(٣) رواه الترمذي - في كتاب الوصايا - باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية ٨/٢٧٩ . وفي كتاب الفرائض - باب ما جاء في ميراث الأخوة من الأب والأم ٨/٢٤٦ . ورواه ابن ماجه - في كتاب الوصايا - باب الدين قبل الوصية ٢/٩٠٦ .

(٤) قال الامام الترمذي بعد ذكره حديث علي : (والعمل على هذا عند عامة أهل العلم أنه يبدأ بالدين قبل الوصية) . انظر : سنن الترمذي ٨/٢٧٩ .

(٥) المدونة ٣/١٨٠ .

(٦) روضة الطالبين ١٢/١٣٦ ، ومغني المحتاج ٤/٥٠٢ .

(٧) كشاف القناع ٤/٥٨٧ ، والمغني لابن قدامة ٩/٣٦٥ .

الى أنه يكون برد رقبة العبد رقيقا فيباع في ديون الغرماء ، وبه قال عمر ابن عبد العزيز (١) .

وكذلك اذا ظهر على المريض دين بعد القرعة يستغرق من عتق بالقرعة فان العتق يبطل في حقهم ويعودون أرقاء فيباعون في ديون الغرماء (٢) .

واستدلوا بالمعنى المعقول .فقالوا : لما ظهر على المريض دين مستغرق لماله تبين أنه أعتق عبيده بعد أن استحقهم الغرماء بديونهم فلا ينفذ عتقه ، كما لو أعتق ملك غيره (٣) .

٢ - وذهب الحنفية (٤) الى أن رده يكون بايجاب السعاية على العبد في بدل رقبته للغرماء ، وهو حر من يوم اعتاق السيد له ، وعليه دين عند أبي يوسف و محمد بن الحسن وعند الامام أبي حنيفة في منزلة المكاتب . وبه قال ابراهيم النخعي (٥) (٦) .

وكذلك اذا ظهر على المريض دين مستغرق لماله بعد عتق قدر الثلث من كل واحد منهم واستسعائه في باقيه ، فانه يستسعى كل منهم في بدل في قيمته الكاملة للغرماء . واستدلوا بالسنة وفتاوى الصحابة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن طريق حجاج (٧) بن أرطأة (أن رجلا أعتق غلاما

---

(١) انظر : المصنف لعبد الرزاق - كتاب المدبر - باب الرجل يعتق عبده عند موته ٩/١٦٢ .
(٢) المغني لابن قدامة ٩/٣٧١ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) المبسوط ٢٩/٢٣ ، ٧/٧٧ ، وبدائع الصنائع - كتاب العتق ٥/٢٣٨٥ ، ٢٣٨٧ .
(٥) تقدمت ترجمته .
(٦) المصنف لعبد الرزاق ٩/١٦٤ .
(٧) وهو أبو أرطأة حجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة النخعي الكوفي القاضي الفقيه التابعي ، ولي قضاء البصرة وكان أحد مفتي الكوفة ، ـــ

له عند موته وليس له مال غيره وعليه دين ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يسعى في قيمته)[١] .

فقالوا : ان الحديث دليل على نفاذ عتق العبد باستسعائه في قيمته لغرماء سيده .

قلت : في سنده حجاج بن أرطأة ، قال فيه النووي : " اتفقوا على أنه مدلس ، وضعفه الجمهور ، ولم يحتجوا به "[٢] .

وأما فتاوى الصحابة :

فمنها ما روى عن طريق حجاج أن عليا رضي الله عنه سئل عن رجل أعتق عبدا له عند موته وليس له مال غيره وعليه دين قال : يعتق ويسعى في القيمة[٣] .

ومنها ما روى عن عبد الله بن مسعود عن طريق القاسم[٤] أن رجلا اشترى جارية وهو مريض ، فأعتقها عند موته ، فجاء الذين باعوها لثمنها ، فلم يجدوا له مالا ، فرفعوا ذلك الى ابن مسعود فقال لها : اسعي في ثمنك[٥] . وفي رواية : " سئل ابن مسعود عن رجل أعتق عبده عند الموت ليس له مال غيره ، وعليه دين فقال : سعى العبد في ثمنه "[٦] .

= توفي بالري ، وقيل بخراسان سنة ١٤٥ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٢/ ١٩٦ وما بعدها ، وتهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٥٢ - ١٥٣ .

(١) المصنف لعبد الرزاق ٩/ ١٦٤ ، والمصنف لابن أبي شيبة ٦/ ٤٩٢ وسنن سعيد بن منصور ص ١٠٣ .
(٢) تهذيب الأسماء واللغات ١/ ١٥٣ .
(٣) المصنف لعبد الرزاق ٩/ ١٦٤ ، والمصنف لابن أبي شيبة ٦/ ٤٩٢ .
(٤) وهو : أبو عبد الرحمن القاسم بن عبد الرحمن بن مسعود المسعودي الهذلي الكوفي القاضي ، روى عن أبيه وعن جده مرسلا ، ولي قضاء الكوفة بلا أجر ، وتوفي سنة ١٢٠ هـ وقيل : ١١٦ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٨/ ٣٢١ - ٣٢٢ ، وميزان الاعتدال ٣/ ٣٧٤
(٥) المصنف لعبد الرزاق ٩/ ١٦١ . (٦) المصدر السابق .

فقالوا : ان هذه الفتاوى من الصحابة رضي الله عنهم دليل على أنهم كانوا يرون نفاذ العتق في هذه الحالة باستسعاء العبد في قيمته للغرماء .

قلت : في سند أثر علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - حجاج بن أرطأة وقد تقدم أن الجمهور ضعفوه وتركوا الاحتجاج به .(١)

أما أثر ابن مسعود - رضي الله عنه - فمدار روايته عنه على القاسم ، فقد قال ابن حجر : ان روايته عن جده عبد الله بن مسعود مرسل .(٢)

والاحتجاج بالمرسل محل خلاف بين العلماء .(٣)

أما المعقول : فقالوا : ان العتق لا يحتمل النقض بعد وقوعه من السيد المعتق ، ولا الرد من العبد المعتق ، فوجبت السعاية في القيمة وسيلة لايصال حق الغرماء اليهم .(٤)

---

(١) تهذيب الأسماء واللغات ١٥٣/١ .

(٢) انظر : تهذيب التهذيب ٣٢١/٨ ، وهو مرسل على اصطلاح الفقهاء والأصوليين ، ومنقطع على اصطلاح المحدثين .

(٣) قال الخطيب البغدادي في المرسل : (اختلف في العمل به فقال قوم : يجب العمل به اذا كان المرسل ثقة . منهم : مالك وأبو حنيفة ، وأهل المدينة ، وأهل العراق ، وغيرهم . وقال الشافعي : لا يجب العمل به ، وعليه أكثر الأئمة من حفاظ الحديث) .
انظر : الكفاية في علم الرواية ص ٥٤٧ .
وقال النووي : (المرسل حديث ضعيف عند جماهير المحدثين والشافعي وكثير من الفقهاء وأصحاب الأصول . وقال مالك وأبو حنيفة في طائفة : صحيح) .
انظر : تقريب النووي ١٩٦/١ .

(٤) المبسوط ٢٣/٢٩ ، وبدائع الصنائع ٢٣٨٥/٥ .

المذهب المختار :

لما كانت الآثار التي استدل بها الحنفية لم يسلم منها واحد من نوع اعتراض ، بقي أن ينظر في الدليل المعقول من الطرفين .

نجد عند المقارنة بين دليل الجمهور العقلي ، ودليل الحنفية العقلي أن دليل الجمهور يؤيده ما فعله صلى الله عليه وسلم في العبيد الستة الذين أعتقوا عند موت سيدهم ، حيث رد أربعة منهم أرقاء ، لاستحقاق الورثة رقابهم كاملة ، فلم يأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بالاستسعاء في قيمهم للورثة ، فدل ذلك على أمرين :

أحدهما : أن تصرف المريض بالعتق فيما زاد على الثلث ينقض عند عدم اجازة الورثة كغيره من التبرعات ، فيكون عقده في حكم المعدوم ، لاعتباره تصرفا في ملك الغير .

والثاني : أن عقد العتق لا يكون قابلا للنقض اذا لم يقع على ملك الغير ، أما اذا وقع على ملك الغير فانه ينقض ويرد العبد رقيقا الا اذا رضي به ، يدل على ذلك نقضه صلى الله عليه وسلم عتق الأربعة .

فاذا نقض لحق الورثة فمن باب أولى أن ينقض لحق الغرماء ، لأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق .

فعلى هذا يكون ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار .

والله أعلم .

الفرع الثالث : فيما لو علق شخص عتق عبده في صحته على صفة ووجدت في مرض موته :

اذا علق شخص عتق قنه في صحته على صفة ، فوجدت تلك الصفة في مرض موته ، كقوله : اذا دخلت دار زيد فأنت حر . وقوله : ان نزل المطر فأنت حر . وقوله : ان خرجت من الدار في مرض موتي فأنت حر .

فان كان حصولها مختصا بمرض الموت كالمثال الأخير أو احتمل حصولها في المرض والصحة ، وكان حصولها داخلا تحت اختياره ، كدخول دار زيد ، فانه يعتبر عتقا في مرض الموت ، فيحسب من الثلث .(١)

لأنه متهم في تصرفه بالفرار بماله من الورثة ، لتسببه في تفويت عبده على الورثة حال المرض ، كالعتق المنجز في المرض المخوف .(٢)

وان كان حصولها محتملا في الصحة والمرض ولم يكن داخلا تحت اختياره كنزول المطر :

١ - فقد ذهب الشافعية في أظهر قوليهم الى عدم اعتباره فارا ، فيكون عتقه من رأس المال .(٣) وهو قول للحنابلة .(٤) وذلك اعتبارا بحال التعليق ، لأنه غير متهم بابطال حق الورثة ، لعدم تسببه في حصول الصفة .(٥)

---

(١) المدونة - كتاب العتق الأول ٣/١٧٧ ، وروضة الطالبين ١٢/٢٠٠ - ٢٠١ ، والمغني لابن قدامة ٩/٣٧٤ .
(٢) مغني المحتاج - كتاب التدبير ٤/٥١٤ .
(٣) المصدر السابق ٤/٥١٥ ، وروضة الطالبين ١٢/٢٠١ .
(٤) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٤ .
(٥) مغني المحتاج - كتاب التدبير ٤/٥١٥ ، والمهذب للشيرازي ٢/١٧٠ .

٢ - وذهب الحنابلة[١] في المعتمد الى أنه يعتق من الثلث ، كما لو كان وجود الصفة تحت اختياره . وهو قول عند الشافعية[٢] .

لأنه عتق حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فكان في الثلث كالعتق المنجز حال المرض[٣] .

ولأن وقت وجود الصفة هو وقت نفوذ العتق ، فاعتبر بوقت نفوذه ولزومه ، كما لو وهب في الصحة وأقبض في المرض[٤] .

المذهب المختار :

ان الأولى عدم اعتباره عتقا في المرض المخوف اذا كان حصول الصفة غير داخل تحت اختيار السيد .

لأن الحاق العتق هنا بالمنجز حال المرض المخوف ، قياس مع الفارق ، لأن المريض متهم في المنجز بقصد الحاق الضرر بالورثة ، ووجود التهمة غير ظاهر فيما وجدت صفتها حال المرض بلا اختيار منه ، لأن قصد الشيء لا يصدر من الانسان الا باختيار منه .

وكذلك الحاقه بقبض هبة الصحة في المرض المخوف لوجود القصد في قبض الهبة دون ما نحن فيه .

فان الحاق الضرر بالورثة غير معتبر بمفرده في هذا الباب الا اذا اقترن بتهمة القصد .

=/=/=/=/=

---

(١) الانصاف - باب الهبة ٧/١٧٨ ، والمغني لابن قدامة ٩/٣٧٤

(٢) مغني المحتاج - كتاب التدبير ٤/٥١٥ ، وروضة الطالبين ١٢/٢٠١

(٣) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٤ .

(٤) مغني المحتاج ٤/٥١٥ ، ومطالب أولي النهى - باب الهبة ٤/٤٢٣ .

المبحث التاسع : التدبير في مرض الموت :

وهو في اللغة : مصدر دبّر يدبّر ، وهو النظر في عاقبة الأمر .(١)

وهو مأخوذ من الدبر ، ودبر كل شيء عقبه ومؤخره .(٢)

وفي الاصطلاح : تعليق العتق بالموت .(٣)

تعليق العتق : قيد خرج به العتق المنجز .

بالموت : قيد خرج به العتق بصفة توجد في حياة السيد .

هذا وقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن التدبير معتبر من الثلث سواء وقع في الصحة أم مرض الموت .(٤)

لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال) .(٥)

وقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه في الثلث دون ما زاد عليه .

ولأن التدبير تبرع مضاف لما بعد الموت ، فاعتبر من الثلث كالوصية .(٦)

=/=/=/=

---

(١) ترتيب القاموس للطاهر أحمد الزاوى ١٤٧/٢ ، ومعجم مقاييس اللغة لابن فارس

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣٤٤/٢ ، وترتيب القاموس ١٤٥/٢

(٣) تبيين الحقائق - باب التدبير ٩٧/٣ ، وفتح الجليل ٥٩٤/٤ ، وفتح الوهاب شرح منهج الطلاب ٢٣٩/٢ ، والانصاف ٤٣٢/٧ .

(٤) بدائع الصنائع ٢٤٣٨/٥ ، والمنتقى للباجي ٤٢/٧ - ٤٣ ، والمهذب للشيرازى ٨/٢ ، وكشاف القناع ٥٩٠/٤ ، والانصاف ٤٣٢/٧ .

(٥) رواه الدارقطني في كتاب المكاتب . انظر : سنن الدارقطني مع تعليق عبد الله هاشم ١٣٤/٤ .

(٦) بدائع الصنائع ٢٤٣٨/٥ ، والمهذب للشيرازى ٨/٢ ، وكشاف القناع ٥٩٠/٤ .

المبحث العاشر : الكتابة في مرض الموت :

وهي في اللغة : اسم مصدر ، بمعنى المكاتبة . يقال : كَتَبَ يَكْتُبُ كَتْباً وكِتَاباً وكِتَابَةً[١] . سميت بذلك ، لأن العبد يكتب على نفسه لمولاه ثمنه . ويكتب مولاه له على نفسه العتق .[٢]

وفي الاصطلاح : عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه .[٣]

عتق على مال : قيد خرج به ما لم يكن على مال أصلا ، كالمقبل والتدبير .

مؤجل : " " " العتق على مال معجل .

من العبد : " " " " " " مؤجل من أجنبي .[٤]

واختلف الفقهاء في عقد الكتابة ، هل هي من عقود المعاوضات أو من عقود التبرعات ؟

١ - فذهب الحنفية[٥] ، وبعض المالكية[٦] ، والحنابلة[٧] في الصحيح عندهم الى اعتبارها من عقود المعاوضات كالبيع .

---

(١) المصباح المنير ٢/٥٢٥ .

(٢) لسان العرب لابن منظور ٢/١٩٤ .

(٣) أقرب المسالك مع الشرح الصغير ٢/٤٥٢ .

(٤) الشرح الصغير ٢/٤٥٢ .

(٥) الهداية على بداية المبتدى ٩/١٥٨ ، والمبسوط ٨/٦٢ ، والعناية على الهداية ٩/١٩٣ ، وحاشية ابن عابدين ٦/١٠٨ .

(٦) المدونة - كتاب المكاتب ٣/٢٧٨ ، والشرح الصغير ٢/٤٥١-٤٥٢ هذا قول ابن القاسم .

(٧) كشاف القناع - باب الكتابة ٤/٥٩٩ ، والمحرر - باب الكتابة ٢/٧ .

فعلى هذا تكون الكتابة في مرض الموت من رأس المال الا اذا كانت بمحاباة أو مات السيد قبل قبض قيمة الكتابة .

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا : ان المال الذى يدفعه العبد المكاتب لسيده انما يدفعه مقابل رقبته ، فهو بدلها وعوضها ، فأشبه البيع .(١)

٢ - وذهب بعض المالكية (٢) ، والشافعية (٣) ، وجماعة من الحنابلة (٤) الى اعتبارها من عقود التبرعات كالعتق المنجز .

فعلى هذا تكون كتابة المريض مرض الموت من الثلث ، كالوصية .

واستدلوا بالمعقول أيضا فقالوا : ان ما يأخذه السيد من عبده عوضا في الكتابة من كسب العبد ، وكل منهما ملك للسيد في الأصل كالدار وغلتها ، فيكون تحرير رقبة العبد بكسبه تبرعا من السيد كالعتق بلا عوض .(٥)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه القائلون باعتبار الكتابة من التبرعات أولى بالاختيار . لأن العوض الذى يأخذه السيد من عبده وان كان بدل رقبته في الصورة والظاهر ، الا أنه ملك للسيد في الحقيقة والواقع ، فازالة الملك في أحدهما مقابل الآخر تبرع . والله أعلم .

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤١٦ ، وكشاف القناع ٤/٥٩٩ .
(٢) المدونة ٣/٢٧٩ ، ومنح الجليل ٤/٦١٠ ، والشرح الصغير ٢/٤٥١ - ٤٥٢ هذا قول أكثر الرواة عن الامام مالك .
(٣) الأنوار لأعمال الأبرار ٢/٥٠٠ ، ومغني المحتاج ٤/٥١٧ - ٥١٨
(٤) كشاف القناع ٤/٥٩٩ ، والمبدع ٦/٣٣٨ .
(٥) المغني لابن قدامة ٩/٤١٧ ، ومغني المحتاج ٤/٥١٧ ، وكشاف القناع ٤/٥٩٩ .

وبعد معرفة أقوال الفقهاء في هذا العقد من حيث كونه معاوضة أو تبرعا ، أجمل مبحث كتابة المريض مرض الموت في الفروع التالية :

الفرع الأول : اذا كاتب عبده بلا محاباة وقبض قيمة الكتابة قبل موته .

الفرع الثاني : اذا كاتبه بلا محاباة ومات قبل قبض نجوم الكتابة .

الفرع الثالث : اذا كاتبه بمحاباة .

الفرع الرابع : اذا كاتبه في صحته ، ثم أبرأه من قيمة الكتابة وأعتقه في مرض موته .

الفرع الأول : اذا كاتب عبده بلا محاباة وقبض قيمة الكتابة قبل موته :

اذا كاتب شخص عبده في مرض موته بمثل قيمته أو أكثر ، وقبض نجوم الكتابة قبل موته ، فانه يعتق كله ، على القول باعتبارها معاوضة سواء كانت قيمته في حدود الثلث أم أكثر منه ، كما لو باع في مرض موته بلا محاباة وقبض ثمن المبيع قبل أن يموت .(١)

وعلى القول باعتبارها تبرعا فانه يعتق كله اذا خرجت قيمته من الثلث ، فان زادت على الثلث ، وقف الزائد على اجازة الورثة ، فان أجازوه عتق كله ، وان لم يجيزوه طولبوا بعتق قدر الثلث منه حالا بلا عوض ، ورد ما أخذ منه من نجوم الكتابة اليه . هذا عند القائلين باعتبارها تبرعا من المالكية .(٢)

---

(١) منح الجليل ٤/ ٦١٠ ، هذا مبني على قول ابن القاسم عند المالكية المشهور .

(٢) المصدر السابق ٤/ ٦١٠ ، وهذا مبني على قول أكثر الرواة عن مالك ، وهو قول لابن القاسم . انظر : حاشية الدسوقي ٤/ ٣٩٢ .

وأمّا الشافعيـــة فان الزائد يبقى رقيقا عندهم للورثـة .[١]

الفرع الثـاني : اذا كاتبه بلا محابـاة ومات قبل قبض نجوم الكتابة :

ولو مات قبل قبض نجوم الكتابـة ، وكان قد كاتبه على مثل قيمتـــه أو أكثر ، فان الكتابـة تصح الى أجلها في قول الامام أبي حنيفـــة[٢] وأبي يوسـف[٣] ، اذا كانت قيمة الكتابة في حدود الثلث ، سواء كانت مثـل قيمة العبد أم أكثر منهـا .[٤]

وفي قول محمـد[٥] بن الحسن ، والمالكيـة[٦] ، والشافعيـة[٧] : تصح الى أجلها اذا كانت قيمة العبد في حدود الثلث ، سواء كانت مثـــل نجوم الكتابـة أم لا .[٨]

لأن الثلث ملك للسيد ، كماله أن يفوته بالتبرع بلا مقابل لـــه أن يؤجـــله .[٩]

فان زادت قيمة الكتابـة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقيمة العبد عـلى

---

(١) مغني المحتاج - كتاب الكتابـة ٥١٧/٤ .

(٢) و(٣) تقدمت ترجمتهمـا .

(٤) الهداية على بداية المبتدى ١٩٣/٩ .

(٥) تقدمت ترجمتـــه .

(٦) منح الجليل ٦١٠/٤ ، وحاشية الدسوقي ٣٩٢/٤ .

(٧) مغني المحتاج ٥١٨/٤ .

(٨) العناية على الهدايـة ١٩٣/٩ .

(٩) المصدر السابق ١٩٣/٩ ، ومجمع الأنهـر في شـرح ملتقى الأبحر ٤١٥/٢ .

قول غيرهما على الثلث خير العبد عند الحنفية بين شيئين :

أحدهما : أن يعجل الزائد ، ويبقى قدر الثلث الى أجل الكتابة .

والثاني : أن يرجع رقيقا للورثة .(١)

ويخير الورثة عند المالكية بين شيئين :

أحدهما : أن يمضوا الكتابة الى أجلها في قدر الثلث وفي الزائد عليه معا .

والثاني : أن يعتقوا منه قدر الثلث حالا بلا عوض ، ويبقى الزائد رقيقا لهم .(٢)

وعند الشافعية تمضى الكتابة في قدر الثلث ، ويبقى الزائد رقيقا لهم .(٣)

لأن تأجيل مال الكتابة في الزائد ضرر للورثة ، كضرر الابطال من حيث أن الحيلولة تقع بينهم وبين حقهم عقيب موت مورثهم .(٤)

الفرع الثالث : اذا كاتبه بمحاباة :

ولو كاتب عبده بمحاباة بأن كانت نجوم الكتابة أقل من قيمة العبد فان أئمة الحنفية الثلاثة أبا حنيفة ، وأبا يوسف ، ومحمد بن الحسن اتفقوا على اعتبار قيمة العبد في هذه الحالة دون بدل الكتابة ، فان كانت

---

(١) الهداية ٩/١٩٣ ، والفتاوى الهندية - مكاتبة المريض ٥/١٢ .
(٢) حاشية الدسوقي ٤/٣٩٢ ، ومنح الجليل ٤/٦١٠ .
(٣) روضة الطالبين - كتاب الكتابة ١٢/٢١٨ ، ومغني المحتاج ٤/٥١٨ .
(٤) تبيين الحقائق - كتاب المكاتب ٥/١٦٤ .

النجوم قد قبضت في حياة السيد ، وقدر المحاباة في حدود الثلث ، عتق كله على القول باعتبار هذا العقد معاوضة .

وان زاد عليه طولب العبد بقدر الزائد[١] اذا لم يجزه الورثة .

وعلى القول باعتباره تبرعا اعتبر ما قبض مع الزائد من الثلث ، فان حملهما عتق كله ، والا عتق منه قدر الثلث حالا بلا عوض ، ويبقى الزائد رقيقا للورثة .[٢]

وان مات قبل قبضها ، فان كانت في حدود الثلث صحت الكتابة الى أجلها . وان زادت على الثلث خير العبد بين تعجيل الزائد والرجوع الى الرق للورثة عند الحنفية .[٣]

ويخير الورثة عند المالكية بين امضاء الكتابة في الجميع ، وعتق قدر الثلث منه حالا بلا عوض مع بقاء الزائد منه رقيقا لهم .[٤]

الفرع الرابع : اذا كاتبه في صحته ثم أبرأه من قيمة الكتابة أو أعتقه في مرض موته :

ولو كاتب شخص عبده في صحته ثم مرض مرض موته قبل قبض نجوم الكتابة ، فأعتقه ، كقوله : أنت حر ، وهو مريض ، أو أسقط عنه دين الكتابة ، فان كان دين الكتابة مثل قيمته اعتبر خروجها من الثلث ، فان خرجت منه

---

(١) حاشية العدوي ٨/١٤٢ .
(٢) حاشية الدسوقي ٤/٣٩٢ ، ومنح الجليل ٤/٦١٠ .
(٣) الفتاوى الهندية ٥/١٢ ، وتبيين الحقائق ٥/١٦٤ .
(٤) منح الجليل ٤/٦١٠ ، وحاشية الدسوقي ٤/٣٩٢ .

أعتق كله ، لأن الثلث حق للمريض .(١)

وان كان بينهما تفاوت ولا مال له سواه ، خير العبد عند الامام أبي حنيفة بين السعي في ثلثي قيمته حالا ، والسعي في ثلثي الكتابة مؤجلا ، ويعتبر الأقل منهما عند أبي يوسف و محمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة(٢) ، والشافعية(٣) ، والحنابلة(٤) .

فان كان الدين الكتابة أقل الأمرين طولب بها العبد ، وليس للورثة مطالبته بقدر القيمة .

لأن الصحيح له حرية التصرف في ملكه فله أن يزيله بعوض ، و بغير عوض وبأقل من قيمة للمثل وبأكثر منها ، وحين كاتبه كان صحيحا ، فيكون دين الكتابة هو الذى تركه لورثته ، لا قيمة العبد(٥) .

وان كانت قيمته أقل الأمرين طولب بها العبد . لأنها قدر ما أتلفه السيد بالاعتاق على الورثة .(٦)

---

(١) بدائع الصنائع ٥/٢٥٠٢ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/٥٠٠ ، والانصاف ٧/٤٤٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٥٠٢ ، والفتاوى الهندية ٥/١٢ . هذا وان كان السيد قد قبض شيئا من نجوم الكتابة ثم أعتقه في مرضه ، لم يحتسب للعبد ما قبض عند الحنفية . انظر : الفتاوى الهندية ٥/١٢ .

(٣) انظر : روضة الطالبين ١٢/٢٢٠ .

(٤) المغني لابن قدامة ٩/٤٨٣ .

(٥) بدائع الصنائع ٥/٢٥٠١ ، والمغني لابن قدامة ٩/٤٨٣ .

(٦) المغني لابن قدامة ٩/٤٨٣ - ٤٨٤ .

الفصل الثالث : عقود التبرعات غير الأصلية :

وهي عقود تقع في الأصل بعوض من العاقدين الا أن التبرع يطرأ عليها بالمحاباة في العوض اما بزيادة القيمة أو نقصها أو تأخيرها الى أجل .

ونظرا الى أن مباحث هذا الفصل تدور حول المحاباة في عقود المعاوضات ، تجدر معرفة معنى المحاباة لغة واصطلاحا قبل الدخول في المباحث .

المحاباة لغة : مصدر حابى يحابي ، وهي تأتي في اللغة لمعان عدة :

منها : الميل والركون الى شخص ما ، فيقال : حابى فلان فلانا ويحابيه ، اذا نصره ومال اليه (١) في أمر من الأمور .

ومنها : العطاء بلا جزاء ولا منّ (٢) فيقال : حَبَوْتُ الرجل حباء - بالمد والكسر أي أعطيته شيئا بلا عوض (٣) ، وحابيته في البيع محاباة (٤) ؛ أي سامحته من بعض العوض فيه .

ومنه قول الفرزدق (٥) :

---

(١) ترتيب القاموس المحيط ١/ ٥٨٤ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) المصباح المنير ١/ ١٢٠ .
(٤) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ٦/ ٢٣٠٨ .
(٥) وهو : همام بن غالب بن صعصعة بن دارم من تميم ، يكنى بأبي فراس ، ويلقب بالفرزدق ، وذلك لغلاظة وجهه . ولد في البصرة سنة ١١٤ هـ ، ونشأ في بادیتها ، وهو من شعراء الدولة الأموية .
انظر : تقديم كرم البستاني لديوان الفرزدق ١/ ٥ .

عالي الذى غَصَبَ المُلُوكَ نُفُوسَهُم
وإليه كان حِبَاؤُهُ جِسفِنَةً بِقَسَلِ (١) (٢) (٣)

أى كان عطاء الملك الغساني ينقل الى عالي اكراما له .

والمعنى الثاني وهو المقصود هنا ، لأن التبرع عطية بلا مقابل من الطرف الثاني .

والمحاباة اصطلاحا : أن يعاوض شخص بماله ويسمح لمن عاوضه عن بعض العوض (٤) / أى أن يترك للمعاوض بعض العوض بلا مقابل سواء كان بائعا أم مبتاعا .

وبعد معرفة معنى المحاباة في اللغة وفي اصطلاح الفقهاء ، نأتي الى مباحث الفصل وهي سبعة :

المبحث الأول : البيع بالمحاباة في مرض الموت .

" الثاني : الاجارة بالمحاباة في مرض الموت .

" الثالث : المضاربة " " " .

" الرابع : المساقاة " " " .

" الخامس : المزارعة " " " .

" السادس : النكاح " " " .

" السابع : الخلع " " " .

---

(١) الحباء : العطاء .

(٢) جفنة : الملك الغساني .

(٣) انظر : ديوان الفرزدق مع تقديم كرم البستاني ١/٥ .

(٤) انظر : مطالب أولي النهى - عطية المريض ٤/٤١٨ ، والمغني لابن قدامة ٦/٩٢ .

المبحث الأول : البيع بالمحاباة في مرض الموت :

وهو في اللغة : مبادلة مال بمال .(١)

وفي الاصطلاح : عقد معاوضة على غير المنافع .(٢)

معاوضة : قيد خرجت به غير المعاوضات كالهبة وغيرها .

على غير المنافع : قيد خرجت به العقود على المنافع كالاجارة .(٣)

والمحاباة في البيع قسمان :

أحدهما : محاباة في عين العوضين (الثمن والمثمن) .

والثاني : محاباة فيهما بالتأخير الى أجل .

فالمحاباة في عين العوضين اما أن تكون بالنقص ، وهي أن يبيع شخص بعض أعيان ماله على غيره بأقل من ثمن مثلها .

والفرق بين الثمن المسمى في العقد ، وثمن المثل محاباة من البائع للمشترى، أي عطية له بلا عوض .

لأن أجزاء العين المبيعة التي تقابل ذلك ليس لها مقابل من الثمن المسمى والمقبوض من المشترى .(٤)

واما أن تكون بالزيادة ، وهي أن يشترى عين غيره بأكثر من ثمن مثلها .

والفرق بين ثمنها المسمى في العقد وثمن المثل محاباة من المشترى للبائع.

---

(١) المصباح المنير ٦٩/١ .
(٢) أقرب المسالك مع الشرح الصغير وبلغة السالك - باب في البيوع ٢/٢
(٣) بلغة السالك على الشرح الصغير ٢/٢ .
(٤) شرح ميارة على تحفة الحكام - فصل في مسائل أحكام البيع ١٨/٢ .

لأنه ليس له مقابل من أجزاء العين المشتراة .(١)

فاذا باع شخص في مرض موته بأقل من ثمن المثل ، أو اشترى بأكثر منه ، فان قد رالمحاباة له حكم الوصية ان كان مما لا يتغابن فيه الناس .(٢)

وبه قال الشعبي والثوري .(٣)

وفي هذا القسم سبعة فروع :

الفرع الأول : بيع المريض بالمحاباة وعليه دين .

الفرع الثاني : بيعه بالمحاباة مع وارثه .

الفرع الثالث : بيعه بالمحاباة مع غير وارثه .

الفرع الرابع : حالات ثمن مبيعه بالمحاباة عند موته .

الفرع الخامس : حالات مبيعه بالمحاباة عند موته .

الفرع السادس : الشفعة في مبيعه بالمحاباة .

الفرع السابع : بيع الخيار بالمحاباة في الصحة ، ومرض المحابي مدة الخيار .

الفرع الأول : بيع المريض بالمحاباة وعليه دين :

واذا باع المريض بعض أعيان ماله بالمحاباة ، فإما أن يكون عليه دين أولا ، فان كان مدينا بدين يحيط بماله بطلت المحاباة لحق الغرماء .(٤)

وان كان دينه غير محيط لماله بطلت في قد رالدين .

---

(١) شرح ميارة على تحفة الحكام ٢/١٨ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٥ ، وروضة الطالبين ٦/١٣١ ، والمغني لابن قدامة ٦/٨٣ ، وروضة الطالبين ٣/٤٢٧ .

(٣) المصنف لعبد الرزاق - كتاب الوصايا ٩/٩٣ .

(٤) جامع الفصولين ٢/٢٤٥ ، وجاء فيه : أن المحاباة في بيع المريض في حكم الوصية فتبطل قل أو كثر ، فتبطل بالدين وتوقف على اجازة الورثة اذا كانت للوارث أو زادت على الثلث لغير وارث .
لعل للحنفية قولان هنا : قول بعدم اعتبار اليسير كما تقدم لبدائع الصنائع ، وقول باعتباره مثل الكثير كما هنا . والله أعلم .
وانظر : روضة الطالبين ٦/٢٦٤ .

كمريض باع بقرة له بخمسين دينارا وقيمتها مائة دينار ولا مال له سواها ، وعليه سبعون دينارا ، فقد حابى المشترى بخمسين دينارا فيحذف قدر الدين من التركة ، وهو سبعون دينارا من المائة ، فتبقى ثلاثون دينارا ، تعتبر جميع تركته .

حل المسألة بالأرقام :

مجموع تركة المريض = ١٠٠ دينار .

قدر الدين = ٧٠ دينارا .

الباقي بعد حذف الدين = ٣٠ دينارا .

ثلثه = ٣٠ : ٣ = ١٠ دنانير .

قدر المحاباة = ٥٠ دينارا .

نسبة الثلث الى المحاباة = $\frac{١٠}{٥٠}$ = $\frac{١}{٥}$

فيصح البيع في خمس المبيع وهو $\frac{١٠٠}{٥}$ = ١×٢٠ = ٢٠ جزءا للمشترى .

بخمس الثمن وهو : $\frac{٥٠}{٥}$ = ١/١٠ = ١٠ دنانير للورثة .

باقي المبيع = ٣٠ - ٢٠ = ١٠ أجزاء - للورثة .

باقي الثمن = ٥٠ - ١٠ = ٤٠ دينارا ، يرد للمشترى .

فيكون للمشترى عشرون جزءا من المبيع ، منها عشرة أجزاء محاباة وعشرة أجزاء أخرى مشتراة بخمس الثمن المدفوع .

ويكون للورثة باقي المبيع وهو عشرة أجزاء مع خمس الثمن وهو عشرة دنانير ، فيبلغ مجموعهما عشرين وهي مثلا المحاباة .

الفرع الثاني : بيعه بالمحاباة مع وارثه :

وان كان بيعه مع أحد ورثته وكان بثمن المثل ، فقد تقدم[1] أن الجمهور من المالكية[2] ، والشافعية[3] ، والحنابلة[4] في الصحيح عندهم وصاحبي الامام أبي حنيفة أبي يوسف و محمد بن الحسن[5] يرون صحته ونفاذه من رأس المال دون حاجة الى اذن باقي الورثة ،كما لو كان مع غير الوارث .

لأن علة المنع من تعامل المريض بماله مع وارثه هي تهمة ايثار بعض الورثة على بعض بتبرع وهي منتفية هنا ، فلا تبرع ولا تهمة ايثار[6] .

لأن حقوق الورثة فيما بينهم تتعلق بالمعنى وهو المالية في التركة لا بالعين فلا تفوت المالية بالمعاوضة ما دامت بقيمة المثل ، بل يقوم العوض مقام المعوض[7] .

ولأن المريض ممنوع بالاتفاق من الوصية لوارث الا باجازة بقية الورثة ، كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث لغير وارث ، فاذا صح بيع المريض بثمن المثل مع غير الوارث من جميع المال ، ولم يعتبر وصية له فليصح كذلك مع الوارث من الجميع لانتفاء الفارق بين الحالتين[8] .

---

(١) انظر مبحث الحجر على المريض مرض الموت ـ المبحث الأول من الفصل الثاني من الباب الأول . (الفرع الثاني) .
(٢) المدونة ـ كتاب البيوع الفاسدة ٤/١٦٧ .
(٣) روضة الطالبين ٦/١٣١ .
(٤) الانصاف للمرداوي ٧/١٧٢ .
(٥) المبسوط للسرخسي ١٤/١٠٠ .
(٦) مطالب أولي النهى ٦/٤٢٦ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩١ .
(٧) المنتقى للباجي ٦/١٥٧ ، والمبسوط ١٤/١٥٠ ، والشرح الكبير مع المغني ٦/٤٣٥ .
(٨) المبسوط ١٤/١٥٠ .

ولأنه لو كان على المريض دين مستغرق لماله يمنع من الوصية بشيء من ماله لأجنبي ، فلو باع عليه بعض ماله بمثل القيمة جاز بيعه ، فاذا لم يعتبر بيعه مع غير الوارث وصية في هذه الحالة ، فليجعل كذلك غير وصية مع الوارث لعدم الفارق .(١)

وذهب الامام أبو حنيفة الى أنه باطل الا اذا أجازه باقي الورثة .(٢)

وهو قول لبعض المالكية اذا كان المبيع من خيار ماله .(٣) وقول عند الحنابلة .(٤)

لأن معاوضته مع بعض ورثته ايثار له ببعض أعيان ماله ، وهو ممنوع من ايثار بعض الورثة على بعض بشيء من ماله ، كما لو أوصى بأن يعطي أحد ورثته بعض أعيان ماله بنصيبه من الميراث .

لاعتبار حقوقهم فيما بينهم متعلقة بالعين والطالبة صا ، لذا لو أراد بعضهم أن يجعل عينا من التركة لنفسه بنصيبه من الميراث لم يكن له ذلك الا برضا جميع الورثة .

ولأن الناس كما لهم مقاصد في المال ، لهم مقاصد في الأعيان .(٥)

وقد سبق أن اخترت مذهب الجمهور في هذه المسألة . لأن تهمة الايثار في المعاوضة الطالبة بقيمة المثل مع وجود العوض ضعيفة ، فلا ينبغي أن يمنع من بعض حاجاته الأصلية لاحتمال غير قوي .

---

(١) المبسوط ١٤/ ١٥٠ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) حاشية أبي علي الحسن بن رحال على شرح ميارة على تحفة الحكام ٢/ ١٨ .
(٤) الانصاف للمرداوي .
(٥) المبسوط ١٤/ ١٥٠ ، والانصاف ٧/ ١٧٢ ، والشرح الكبير مع المغني ٦/ ٤٣٥ .

نعم : لا يجوز أن يوصي الانسان باعطاء أحد ورثته بعض أعيان ماله بنصيبه من الميراث ، كما لا يجوز لأحدهم أن يجعل لنفسه بعض أعيان التركة بنصيبه من الميراث الا باجازة باقي الورثة .

لأن التركة ينتقل ملكها اليهم بمجرد موت المورث ، فتصبح بينهم كالشركة ، فليس لأحدهم أن يتصرف فيها بشيء الا برضا الباقين ، ولو بثمن المثل ، كما أن تصرف الانسان في الثلثين بعد موته موقوف على اجازة الورثة ، لأنهما حقهم .

بخلاف ما نحن فيه فان الملك لا يزال للمريض ولم ينتقل الى الورثة بعد ، فلا يقاس أحدهما على الآخر مع وجود الفارق .

فان المانع هناك هو الملك المشترك أو ملك الغير ، والمانع هنا هو مراعاة حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض والله أعلم .

وان كان بيعه مع وارثه بأقل من قيمة المثل :

١ - فقد ذهب صاحبا الامام أبي حنيفة أبو يوسف و محمد بن الحسن الى صحة العقد ، و تخيير المشترى الوارث بين أمرين :

أحدهما : اتمام القيمة .

والثاني : فسخ العقد .(١)

٢ - وذهب المالكية(٢) ، والشافعية(٣) الى صحة العقد فيما يقابل الثمن

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤/٧٥ ، وعنهما رواية أخرى ببطلان معاوضة المريض مع وارثه . انظر المبسوط ١٤/٧٤ . قلت : لعل تلك الرواية محمولة على عدم اجازة باقي الورثة ولم يقبل المشترى اتمام القيمة . والله أعلم .

(٢) الخرشي على خليل ٥/٣٠٥ - ٣٠٦ ، والزرقاني على خليل ٥/٣٠٥

(٣) روضة الطالبين ٦/١٣١ .

المدفوع ، وأما قدر المحاباة فيتوقف على اجازة باقي الورثة كالوصية لأحد الورثة ، فان أجازوا صح البيع في الجميع ، والا بطل في قدر المحاباة .

لأن التبرع بها دون غيرها ، فيقتصر عليها البطلان لتعلق حق الورثة بها ز، وأما غيرها فيصح فيه العقد لصدوره من أهله ووقوعه في محله .

الا أن المالكية يرون وقوع العقد باطلا في قدر المحاباة ، فاذا أجازها باقي الورثة كانت عطية مبتدأة منهم فتحتاج الى شروط العطية كالحيازة قبل المانع.(١)

وأما الشافعية فان الأظهر وقوعه صحيحا عندهم في قدر المحاباة موقوفا على اجازة باقي الورثة .

لأنهم يرون صحة الوصية للوارث بالاجازة من بقية الورثة وأن أجازتهم تنفيذ لتصرف مورثهم لا ابتداء عطية منهم ، والمحاباة في حكم الوصية.(٢)

٣ - وأما الحنابلة فلهم ثلاثة أقوال :

أحدها : صحة العقد فيما عدا قدر المحاباة وبطلانه في قدرها.(٣)

وهذا هو الصحيح من مذهبهم(٤) ، وللمشترى الخيار بين الامضاء والفسخ(٥) ، لأن الصفقة قد تبعضت عليه ، فشرع له الخيار لدفع الضرر.(٦)

---

(١) الخرشي ٥/٣٠٥ - ٣٠٦ ، والزرقاني ٥/٣٠٥ . وهذا مبني على قولهم بأن الوصية للوارث تقع باطلة . انظر : منح الجليل على خليل ٤/٦٥٠ .

(٢) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/١٠٩ .

(٣) فالقول ببطلانه في قدر المحاباة مبني على عدم اجازة باقي الورثة . انظر : الانصاف ٧/١٧٣ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩١ .

(٤) الانصاف - باب عطية المريض ٧/١٧٢ ، والمحرر لأبي البركات ١/٣٧٩ والفروع ٤/٦٧٠ ، والمغني لابن قدامة ٥/٣١٩ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩١ .

(٥) المغني لابن قدامة ٥/٣١٩ ، والمقنع مع المبدع ٥/٣٩٢ .

والثاني :كقول صاحبي أبي حنيفة وهو : تخيير الوارث المشترى بين اكمال القيمة وفسخ العقد (١).

والثالث : بطلان العقد في الجميع . وهو المختار في المحرر (٢).

المذهب المختار :

القول بصحة العقد ، وازالة قدر المحاباة عند عدم الاجازة أولى ، لأن المنع بسببها ، فاذا أزيلت صح العقد ، لصدوره من أهله ووقوعه في محله . والله أعلم .

الفرع الثالث : بيعه بالمحاباة مع غير وارثه :

لقد اتفقت المذاهب الأربعة على أن بيع المريض مرض الموت مع غير وارثه بقيمة المثل صحيح ونافذ من رأس المال دون حاجة الى رضا الورثة (٣). لأن المعاوضات المالية من حوائجه الأصلية ، فلا حجر عليه فيها ، وانما يحجر عليه في التبرع ، وهو اخراج مال من الملك من غير عوض (٤).

---

(١) انظر : الفروع لابن مفلح ٤/٦٧٠ ، والانصاف ٧/١٧٣ ، والمبدع شرح المقنع ٥/٣٩٢ .

(٢) المحرر لأبي البركات ١/٣٨٠ ، والانصاف ٧/١٧٣ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩١ .

(٣) المبسوط ١٤/١٥٠ ، والمدونة - باب السلم الثالث ٤/٧٥ ، وروضة الطالبين ٦/١٣١ . والانصاف ٧/١٧٢ .

(٤) المهذب - باب ما يعتبر من الثلث ١/٥٩١ - ٥٩٢ .

واتفقت على صحة بيعه وشرائه معه بالمحاباة ، ونفاذه في الجميع اذا كانت المحاباة في حدود الثلث ، أو أجازت الورثة الزائد عليه .

لأنه لا حجر عليه في التبرع بثلثه على الأجنبي . وما زاد عليه حق للورثة ، فاذا أسقطوا حقهم فيه زال المانع ونفذ العقد في الجميع .(١)

وان لم تجز الورثة الزائد على الثلث ، فالبيع صحيح أيضا ، الا أن المذاهب الأربعة اختلفت في طريقة تصحيحه .

١ - فذهب الحنفية(٢) ، والامام أحمد في رواية(٣) الى تخيير معاوض المريض بين أمرين :

أحدهما : أن يدفع قيمة الزائد للورثة لاتمام الثلثين ، ويأخذ كامل المبيع . وليس له أن يأخذ من المبيع ما يقابل ثمن المثل في العقد مع ثلث المريض من المحاباة ويرد بقية المبيع للورثة .

والثاني : أن يفسخ العقد ويرجع بما دفع من الثمن ويرد كامل المبيع للورثة . وليس له في هذه الحالة أن يطالب بقدر ثلث المريض من المحاباة . لأن الوصية بها كانت ضمن البيع ، فاذا بطل العقد بطل ما يتبعه .(٤)

كمريض باع داره بعشرة آلاف درهم وقيمتها ثلاثون ألف درهم ولا مال له سواها ، فقد حابى المشترى بقدر عشرين ألف درهم ، فله عشرة آلاف منها بالوصية ، لأنها ثلث مال المريض ، وعشرة الآلاف الباقية حق للورثة فلهم أن يجيزوا فيها البيع ولهم أن يستردوها . فان لم يجيزوها ، واختار

---

(١) المبسوط ١٤/٧٤ ، والمنتقى للباجي ٦/١٥٧ ، وفتح الجواد باب البيع ١/٣٩٩ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩٢ .

(٢) المبسوط ١٤/٧٤ ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٦ .

(٣) المحرر ١/٣٨٠ ، والفروع ٤/٦٧٠ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩٢ .

(٤) المبسوط ١٤/٧٤ ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٦ .
وظاهر كلامهم هو امضاء العقد في الجميع اذا اختار المشترى اتمام قيمة الزائد ولو لم ترضى الورثة .

المشتري امضاء العقد ، طولب بدفع عشرة الآلاف الباقية ويأخذ كامل الدار. وان اختار الفسخ فانه يسترد عشرة الآلاف المدفوعة ثمنا للدار ويرد كامل الدار للورثة ، ولا شيء له بالوصية .

٢ - وذهب المالكية[١] الى أن البيع يمضي فيما لا محاباة فيه مع قدر ثلث المريض من المحاباة .

وليس للمشتري في هذه الحالة أن يأخذ كامل المبيع ويدفع قيمة الزائد الا باذن الورثة ، كما ليس للورثة الزامه على دفع قيمته وأخذ كامل المبيع الا باذنه[٢] . لأنها معاوضة مبناها التراضي .

٣ - وذهب الشافعية[٣] في المنصوص والراجح عند الأكثرين ، والحنابلة[٤] في الصحيح من المذهب ، فيما لا يفضي الى ربا الفضل ، ذهبوا الى تخيير المشتري بين أمرين :

أحدهما : امضاء العقد فيما يقابل الثمن المسمى في العقد مع قدر الثلث من المحاباة ، وابطاله فيما عداهما ، فيرد الباقي من المبيع للورثة .

والثاني : فسخ العقد ورد كامل المبيع الى الورثة وأخذ ما دفعه من الثمن .

---

(١) المنتقى للباجي ٦/١٥٨ . لم أقف على كلام لهم يدل على أنهم يجعلون للمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء فيما صح فيه العقد ، الا أن ابن قدامة نسب الى مالك في المغني أنه يرى أن له الفسخ وأخذ ثلث المريض من المحاباة وأن أصحابه يسمونه بخلع الثلث .
انظر : المغني ٦/٩٣

(٢) المنتقى للباجي ٦/١٥٨ .

(٣) روضة الطالبين ٣/٤٢٨ .

(٤) الانصاف ٧/١٧٥ ، والمبدع في شرح المقنع ٥/٣٩٢ .

فاذا اختار الفسخ فقد قال الحنابلة انه ليس له أن يطالب الثلث من المحابـاة(١) كقول الحنفية ، وكذلك ليس له أن يطالب بامضاء العقد في الجميع واتمام قدر الزائد(٢) الا برضا الورثة ، كقول المالكية .

٤ - وذهب بعض الشافعية(٣) ، والحنابلة فيما يفضي الى ربا الفضل(٤) الى تخيير المشترى بين الفسخ ، وامضائه في بعض المبيع ببعض الثمن وبطلانه في الباقي ، وما بطل فيه العقد رد ما يقابله من الثمن الى المشترى فتدور المسألة ، لأن ما ينفذ فيه البيع ، خارج من التركة وما يقابله من الثمن داخل فيها(٥) .

وقد أشار النووى الى أن هذا قوى ، ورجحه ابن قدامة في المغني ، وهو المختار في المحرر(٦) .

لما فيه من مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه ، كما لو اشترى سلعتين بثمن فانفسخ البيع في احداهما لعيب أو غيره(٧) .

---

(١) المحرر لأبي البركات ١ / ٣٨٠ ، والمبدع في شرح المقنع ٥ / ٣٩٢ ومطالب أولي النهى ٤ / ٤٢٦ .

(٢) المحرر ١ / ٣٨٠ ، والمبدع في شرح المقنع ٥ / ٣٩٢ ، ومطالب أولي النهى ٤ / ٤٢٦ .

(٣) روضة الطالبين ٣ / ٤٢٨ .

(٤) الانصاف ٧ / ١٧٥ .

(٥) المصدر السابق .

(٦) روضة الطالبين ٣ / ٤٢٨ ، والمحرر ١ / ٣٨٠ ، والمغني لابن قدامة ٦ / ٩٣ .

(٧) المغني لابن قدامة ٦ / ٩٣ .

وقد أجاب ابن قدامة عن الطريقة التي ذهب اليها الحنفية في تصحيح العقد بأن فيها اجبار الورثة على المعاوضة فلا تصح[1]. لأن المعاوضة مبنية على الاختيار من الطرفين .

وعن القول بصحة العقد فيما يقابله الثمن مع قدر الثلث من المحاباة بأن المريض قد أوجب المبيع للمشترى بثمن فيأخذ بعضه بالثمن كله فلا يصح .

ولأنه اذا فسخ العقد في بعض المبيع وجب أن يفسخ في قدره من الثمن ، ولا يجوز أن يفسخ فيه البيع مع بقاء ثمنه كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء الثمن[2].

قلت : وهذا الاختيار الذى ذهب اليه ابن قدامة وغيره أولى ، لأنه ليس فيه اجبار أحد من الطرفين على المعاوضة .

ولأنه أسلم لما فيه من تسلاف الربا حال كون المبيع ربويا فهو مطرد دون القول بصحة العقد فيما يقابل الثمن وقدر ثلث المريض من المحاباة فانه لا يسلم من الربا اذا كان المبيع ربويا كالشعير بالشعير .

وعلى هذا فان مسائل المريض تصح بنسبة ثلث تركته الى المحاباة فتصح المعاوضة في قدر تلك النسبة بقسطه من الثمن[3].

ولو باع مريض داره بعشرة آلاف درهم وقيمتها ثلاثون ألف درهم ، ولا مال له سواها .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٩٣ .
(٢) المصدر السابق .
(٣) روضة الطالبين ٣/٤٢٧ ، ومطالب أولي النهى ٤/٤٣٤ .

فان المحاباة عشرون ألف درهم ، وثلث جميع ماله عشرة آلاف درهم ، ونسبة الثلث الى المحاباة النصف .

فيصح البيع في قدر نصف المبيع وهو خمسة عشر ألف جزء بنصف الثمن وهو خمسة آلاف درهم .

وترد خمسة الآلاف الباقية من الثمن الى المشترى ، فيكون له نصف الدار وهو خمسة عشر ألف جزء منها خمسة آلاف جزء مقابل نصف الثمن المدفوع وعشرة آلاف جزء محاباة ، لأنها ثلث تركة المريض .

ويكون للورثة نصف الدار الباقي وهو خمسة عشر ألف جزء ونصف الثمن المقبوض وهو خمسة آلاف درهم ، فيبلغ مجموعهما عشرين ألفا ، وهي مثلا المحاباة .

حل المسألة بالأرقام :

مقدار التركة = ٣٠٠٠٠ درهم .

مقدار الثلث = ٣٠٠٠٠ : ٣ = ١٠٠٠٠ درهم .

مقدار المحاباة = ٢٠٠٠٠ درهم .

نسبة الثلث الى المحاباة = $\frac{١٠٠٠٠}{٢٠٠٠٠}$ = $\frac{١}{٢}$

يصح البيع في نصف الدار : $\frac{٣٠٠٠٠}{٢}$ = ١٥٠٠٠ × ١ = ١٥٠٠٠ جزء للمشترى .

بنصف الثمن = $\frac{١٠٠٠٠}{٢}$ = ٥٠٠٠ × ١ = ٥٠٠٠ درهم للورثة .

باقي الدار = ٣٠٠٠٠ - ١٥٠٠٠ = ١٥٠٠٠ جزء للورثة .

باقي الثمن = ١٠٠٠٠ - ٥٠٠٠ = ٥٠٠٠ درهم للمشترى .

فيصبح للمشترى ما صح فيه البيع مع باقي الثمن =

١٥٠٠٠ + ٥٠٠٠ درهم = ٢٠٠٠٠ .

ويصبح للورثة باقي الدار مع ثمن ما صح فيه البيع =

١٥٠٠٠ جزء + ٥٠٠٠ درهم = ٢٠٠٠٠ وهي مثلا المحاباة .

مثال آخـــــر :

لو اشترى مريض عينا من غيره بعشرين دينارا ، وقيمتها عشرة دنانير ، ولا مال له سواها .

وقد حابى البائع بعشرة دنانير ، وثلث ماله ستة وثلثان وهو ثلثا ماله .

فيصح الشراء في ثلثي المبيع وهما ستة وثلثان من عشرة أجزاء من العـــين المشتراة بثلثي الثمن ، وهما ثلاثة عشر وثلث دينار . منها ستة وثلثان محاباة وستة وثلثان مقابل أجزاء العين المشتراة .

ويبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان دينار وثلثا المبيع وهمـــا ستة وثلثان من أجزائه ومجموعهما ثلاثة عشر وثلث ، وهي مثلا المحاباة .

حل المسألة بالأرقام :

مقـــدار التركـــة = ٢٠ دينارا .

مقدار الثـــلث = ٢٠ : ٣ = $٦\frac{٢}{٣}$

مقـــدار المحاباة = ١٠ دنانير .

نسبة الثلث الى المحاباة = $\frac{٦\frac{٢}{٣}}{١٠} = \frac{٢٠}{٣} + \frac{١٠}{١} = \frac{٩}{١٠} \times \frac{٢٠}{٣} = \frac{٢٠}{٣٠} = \frac{٢}{٣}$

يصح الشراء في ثلثي المبيع = $\frac{١٠}{٣} = ٣\frac{١}{٣} \times ٢ = ٢ \times \frac{١٠}{٣} = ٢٠ \times \frac{٢}{٣} = ٦\frac{٢}{٣}$ من أجزاء المبيع للورثـــة .

بثلثي الثمن = $\frac{٢٠}{٣} = ٦\frac{٢}{٣} \times ٢ = \frac{٢٠}{٣} \times ٢ = \frac{٤٠}{٣} = ١٣\frac{١}{٣}$ دينار . للبائع .

باقي المبيع = $١٠ - ٦\frac{٢}{٣} = ٩ - \frac{٣}{٣} = ٦\frac{٢}{٣} = ٣\frac{١}{٣}$ من أجزاء المبيع . للبائع .

باقي الثمن = $٢٠ - ١٣\frac{١}{٣} = ١٩ - \frac{٣}{٣} = ١٣\frac{١}{٣} = ٦\frac{١}{٣}$ دينار . للورثـــة .

فيصبح للبائع باقي المبيع مع ثمن ما صح فيه الشراء = $٣\frac{١}{٣} + ١٣\frac{١}{٣} = ١٦\frac{٢}{٣}$.

ويصبح للورثة ما صح فيه الشراء مع باقي الثمن = $٦\frac{٢}{٣} + ٦\frac{١}{٣} = ١٣\frac{١}{٣}$ وهـــي مثـــلا المحابـــاة .

الفرع الرابـــع : حالات ثمن مبيعه بالمحاباة عند موته :

ان تبرعات المريض مرض الموت يراعى فيها خروجها من الثلث عنـــد موته . والثمن المقبوض في بيعه الواقع بالمحاباة مع غير وارثه لا يخلو عنـــد موته من احدى حالتين :

احداهما : أن يبقى على حاله الى يوم الموت دون نقص .

والثانية : أن يذهب بعضه أو كله قبل موته ، بفعله أو بآفة .(١)

وفي كلتا الحالتين تعتبر المحاباة بحال التبرع لا حال الموت .(٢)

فان بقي قائما على حاله من حين البيع الى يوم الموت دون نقص فان البيـــع يصح في قدر نسبة ثلث التركة من المحاباة بقسطه من الثمن ، ويرد باقـــي الثمن للمشترى فتدور المسألة ، كما تقدم ايضاحه في حل المسألتين السابقتين في الفرع السابق .

وان ذهب كله أو بعضه قبل موته باتلافه أو بآفة فان البيع يصح في قدر نسبة ثلث باقي ماله من المحاباة بعد حذف الذاهب من التركـــــة(٣) ، لاعتبار الموجود كل التركة حينئذ .

مثال ذهاب كل الثمن قبل الموت :

مريض باع أرضه بمائة دينار وقيمتها مائتا دينار ، وهي كل ماله ، ثـم مات من مرضه وقد ذهبت المائة المقبوضة ، باتلافه ولم تجز الورثة التـــبرع

---

(١) فتح الجواد - باب البيع ١/٣٩٩ .
(٢) المنتقى للباجي ٦/١٥٨ ، ومغني المحتاج ٣/٤٨ .
(٣) روضة الطالبين ٣/٤٢٨ - ٤٢٩ ، والأنوار لأعمال الأبرار مـــع حواشيـــه ١/٢٣٠ .

بالزائد على الثلث .

فان تركته تعتبر الطاقة الباقية ، فيصح البيع في قدر نسبة الثلث الى المحاباة وهو ثلث الأرض المساوى ستة وستين وثلثين من أجزائها ، بثلث الثمن وهو ثلاثة وثلاثون دينار وثلث دينار .

فيحصل للمشترى ستة وستون وثلثان من أجزاء الأرض منها ثلاثة وثلاثون وثلث محاباة ، وثلاثة وثلاثون وثلث مقابل ثلث الثمن المدفوع .

تضم الى ذلك قيمة ثلثي الثمن المتلف وهي ستة وستون وثلثان ، فيصبح المجموع مائة وثلاثة وثلاثين وثلثا ، ويحصل للورثة بقية الأرض وهي ستة وستون وثلثان من أجزائها وهي مثلا المحاباة .

حل المسألة بالأرقام :

مقدار ماله قبل التلف = ٢٠٠

مقدار المتلف منه = ١٠٠

مقدار الباقي منه = ٢٠٠ - ١٠٠ = ١٠٠

مقدار ثلث الباقي = ١٠٠ ÷ ٣ = ٣٣ $\frac{١}{٣}$

مقدار المحاباة = ١٠٠

مقدار نسبة الثلث الى المحاباة = $\frac{٣٣\frac{١}{٣}}{١٠٠}$ = $\frac{١٠٠}{٣}$ ÷ ١٠٠ = $\frac{١\times١٠٠}{٣٠٠\times٣}$ = $\frac{١٠٠}{٣٠٠}$ = $\frac{١}{٣}$

يصح البيع في ثلث الأرض = $\frac{٢٠٠}{٣}$ = ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ × ١ = ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ للمشترى .

بثلث الثمن = $\frac{١٠٠}{٣}$ = ٣٣ $\frac{١}{٣}$ × ١ = ٣٣ $\frac{١}{٣}$ متلفة .

باقي الأرض = ٢٠٠ - ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ = ١٩٩ $\frac{٣}{٣}$ - ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ = ١٣٣ $\frac{١}{٣}$ منها ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ للورثة ، و ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ تضم الى نصيب المشترى مقابل باقي الثمن المتلف .

باقي الثمن = ١٠٠ - ٣٣ $\frac{١}{٣}$ = ٩٩ $\frac{٣}{٣}$ - ٣٣ $\frac{١}{٣}$ = ٦٦ $\frac{٢}{٣}$ متلفة .

فيصبح للمشترى ثلث الأرض مع ما يقابل ثلثي الثمن =

$$١٣٣\frac{١}{٣} = ١٣٢\frac{٤}{٣} = ٦٦\frac{٢}{٣} + ٦٦\frac{٢}{٣}$$

ويصبح للورثة باقي الأرض ناقص قيمة ثلثي الثمن المتلف =

$$٦٦\frac{٢}{٣} = ١٣٢\frac{٤}{٣} - ٦٦\frac{٢}{٣} = ١٣٣\frac{١}{٣} -$$ وهي مثلا المحاباة .

مثـال آخـــر :

مريض باع صاع حنطة قيمتها عشرون درهما ، بصاع حنطة قيمتهـــا عشرة دراهم ، ثم مات ولم يترك مالا سواها ، وقد ذهبت الحنطة المقبوضة . فان العشرة الباقية تعتبر تركته فيصح البيع في نسبة الثلث الى المحاباة من الحنطة الجيدة وهي ثلث الجيدة المساوى ستة وثلثين منها ثلاثة وثلـــث محاباة وثلاثة وثلث مقابل الحنطة الرديئة .

فيحصل للمشترى ستة وثلثان من الحنطة الجيدة ، تضم الى ذلـــك قيمة ثلثي الرديئة ، وهي ستة وثلثان ، والمجموع ثلاثة عشر وثلث .

ويحصل للورثة بقية الجيدة وهي ستة وثلثان ، وهي مثلا المحاباة .(١)

حل المسألة بالأرقام :

مقدار ماله قبل التلف = ٢٠ درهما .

مقدار المتلف منه = ١٠ دراهم .

مقدار الباقي بعد التلف = ٢٠ - ١٠ = ١٠ دراهم .

مقدار ثلث الباقي = ١٠ + ٣ = $٣\frac{١}{٣}$.

مقدار المحاباة = ١٠

نسبة الثلث الى المحاباة = $\frac{٣\frac{١}{٣}}{١٠} = \frac{١٠}{٣} + ١٠ = \frac{١٠}{٣} \times \frac{١}{١٠} = \frac{١٠}{٣٠} = \frac{١}{٣}$

يصح البيع في ثلث الجيدة = $\frac{٢٠}{٣} = ٦\frac{٢}{٣} \times ١ = ٦\frac{٢}{٣}$ للمشترى .

---

(١) روضة الطالبين - كتاب البيوع ٣/٤٢٨ - ٤٢٩ .

بثلث الردىء = $\frac{١٠}{٣}$ = $٣\frac{١}{٣}$ × ١ = $٣\frac{١}{٣}$ متلفة .

باقي الحنطة الجيدة = ٢٠ - $٦\frac{٢}{٣}$ = $١٩\frac{٣}{٣}$ - $٦\frac{٢}{٣}$ = $١٣\frac{١}{٣}$ منها ستة وثلثان للورثة ، وستة وثلثان للمشترى مقابل باقي الردىء المتلف .

باقي الردىء = ١٠ - $٣\frac{١}{٣}$ = $٩\frac{٣}{٣}$ - $٣\frac{١}{٣}$ = $٦\frac{٢}{٣}$.

فيصبح للمشترى ما صح فيه البيع مع قيمة ثلثي الردىء المتلف =

$$٦\frac{٢}{٣} + ٦\frac{٢}{٣} = ١٢\frac{٤}{٣} = ١٣\frac{١}{٣} .$$

ويصبح للورثة باقي الجيد ناقص قيمة ثلثي الردىء المتلف =

$١٣\frac{١}{٣} - ٦\frac{٢}{٣} = ١٢\frac{٤}{٣} - ٦\frac{٢}{٣} = ٦\frac{٢}{٣}$ وهو مثلا المحاباة .

مثال ذهاب بعض الثمن دون بعض قبل الموت :

مريض باع دارا له بمائة درهم وقيمتها ثلاثمائة درهم ، ثم مات من ذلك المرض وقد ذهب ثلاثون من الدراهم المقبوضة ، ولم تجز الورثة البيع في الزائد على الثلث .

فانه تعتبر المائتان والسبعون جميع تركته ، فيصح البيع في نسبة الثلث الى المحاباة منها وهو تسعة أجزاء من عشرين جزءا ، بتسعة من عشرين من الثمن وهو خمسة وأربعون درهما .

فيحصل للمشترى مائة وخمسة وثلاثون جزءا من الدار ، منها تسعون محاباة والباقية مقابل ما دفع من الثمن .

ويحصل للورثة باقي الدار وهو مائة وخمسة وستون مع ثمن ما صح فيه البيع وهو خمسة عشر درهما بعد حذف مقدار المتلف منه فيصبح مجموعهما مائة وثمانين ، وهو مثلا المحاباة .

حل المسألة بالأرقام :

مقدار ما له قبل التلف = ٣٠٠ درهم .

مقدار المتلف منه = ٣٠ درهما .

مقدار الباقي منه = ٢٧٠ درهما .

مقدار الثلث = ٢٧٠ - ٣ = ٩٠

مقدار المحاباة = ٢٠٠ درهم .

نسبة الثلث الى المحاباة = ٩٠ + ٢٠٠ = $\frac{٩}{٣٠}$

يصح البيع في تسعة من عشرين جزءا من المبيع =

$\frac{٣٠٠}{٢٠}$ × ٩ = ١٣٥ للمشترى .

بتسعة من عشرين من الثمن = $\frac{١٠٠}{٢٠}$ × ٩ = ٤٥ درهما . منه ٣٠ متلف

والباقي ١٥ للورثة .

باقي المبيع = ٣٠٠ - ١٣٥ = ١٦٥ للورثة .

باقي الثمن = ١٠٠ - ٤٥ = ٥٥ درهما يرد للمشترى .

فيصبح للمشترى ما صح فيه البيع من المبيع مع باقي الثمن =

١٣٥ + ٥٥ = ١٩٠ .

وللورثة باقي المبيع مع ثمن ما صح فيه البيع بعد حذف المتلف منه =

١٦٥ + ١٥ = ١٨٠ وهو مثلا المحاباة .

الفرع الخامس : حالات مبيعه بالمحاباة عند موته :

ان ما يبيعه الانسان في مرض موته بالمحاباة من أعيان ماله لا يخلو عند موته من ثلاث حالات :

احداها : أن يبقى على حاله من حين البيع الى يوم الموت بلا تغيير بزيادة أو نقص في قيمته .

والثانية : أن يطرأ عليه تغيير بزيادة القيمة اما لارتفاع السوق أو لصفة حدثت فيه بعد البيع تزيد في قيمته كالنماء المتصل .

والثالثة : أن يطرأ عليه تغيير بنقص القيمة ، اما لانخفاض السوق ، أو لفقد صفة فيه بعد البيع تنتقص به القيمة كهزال الحيوان المبيع .

فان بقي على حاله الى يوم الموت بلا زيادة ولا نقص فلا اشكال في أمره فمسائله تجرى كالمعتاد ، فلا يطرأ عليها أى تغيير .

وان زاد قبل موته بارتفاع السوق أو بصفة تزيد في قيمته :

١ - فقد ذهب المالكية الى أن المعتبر في محاباته هو قيمة يوم البيع لا قيمة يوم الحكم ، وأن ما يطرأ على المبيع بيهبط من زيادة أو نقص فللمشترى وعليه .

لأن المبيع يدخل في ضمانه من حين العقد ، فله غنمه وعليه غرمه .(١)

٢ - وذهب الشافعية الى أن ما يصح فيه البيع تكون زيادته ونقصانه للمشترى وعليه ، لأنه في ضمانه .

وأما لا يبطل فيه البيع فان زيادته ونقصانه للورثة وعليهم .(٢) لأنه أمانة بيد المشترى ، وليس مضمونا عليه .(٣)

كمريض باع أرضا له قيمتها عشرون دينارا بعشرة دنانير ، وهي كل ماله ، ثم مات من ذلك المرض ، وقد بلغت قيمتها أربعين دينارا ، ولم تجز الورثة المحاباة في الزائد على الثلث .

فعلى قول المالكية ، فان البيع يصح فيما يعادل خمسة وثلاثين منها خمسة محاباة ، وعشرة مقابل ما دفعه من الثمن ، وعشرون زيادة للمبيع . وتعطى الورثة ما يعادل خمسه ، لاعتبارها الزائد على الثلث يوم البيع . واذا ضم اليها الثمن المقبوض فان مجموعهما يبلغ خمسة عشر .

وعلى قول الشافعية فان البيع يصح في نسبة الثمن الى قيمة الأرض يوم البيع ، وهي نصف الأرض المساوى عشرة من عشرين ، نصفها محاباة للمشترى ، ونصفها الثاني بنصف الثمن وهو خمسة من عشرة .

---

(١) المنتقى للباجي - كتاب الوصايا ٦/١٥٨ ، والخرشي على خليل ٥/٣٠٥ - ٣٠٦ وحاشية الدسوقي ٣/٣٠٧ .
(٢) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/٢٦٤ .
(٣) المصدر السابق .

و يبطل في نصف الأرض الثاني ، وقيمتها يوم الموت عشرين دينارا ، يضاف اليها ثمن ط صح فيه البيع وهو خمسة دنانير فيبلغ مجموعهما خمسة وعشرين وهو للورثة .

فاذا طرح ذلك المبلغ من قيمة المبيع يوم الموت وهي أربعون دينارا بقي مقدار خمسة عشر للمشترى ، يضاف اليه باقي الثمن وهو خمسة دنانير فيبلغ مجموعهما عشرين دينارا .

ثم ينسب ط بيد المشترى وهو عشرون الى ط بيد الورثة وهو خمسة وعشرون ، فتظهر نسبة هي أربعة الى خمسة ($\frac{٤}{٥}$) .

فتكون للمشترى أربعة أخماس الأرض ، وهي تساوى يوم البيع ستة عشر منها ثمانية محاباة وثمانية مشتراة ، ويساوى يوم الموت اثنين وثلاثين . ويكون للورثة خمس الأرض يوم الموت وهو ثمانية ، وأربعة أخماس الثمن وهي ثمانية دنانير ، ومجموعهما ستة عشر ، وهو مثلا المحاباة .

حل المسألة بالأرقام :

نسبة الثمن الى قيمة الأرض يوم البيع = $\frac{١٠}{٢٠}$ = $\frac{١}{٢}$

يصح البيع في نصف الأرض يوم البيع = $\frac{٢٠}{٢}$ = ١٠ × ١ = ١٠

بنصف الثمن = $\frac{١٠}{٢}$ = ٥ × ١ = ٥ دنانير .

قيمة ط بطل فيه البيع يوم الموت = $\frac{٤٠}{٢}$ = ١٠ × ١ = ٢٠ دينارا .

للورثة قيمة ط بطل فيه البيع مع ثمن ط صح فيه البيع = ٢٠ + ٥ = ٢٥

باقي قيمة الأرض يوم الموت = ٤٠ - ٢٥ = ١٥

للمشترى باقي قيمة الأرض يوم الموت مع باقي الثمن = ١٥ + ٥ = ٢٠

نسبة ط بيد المشتري الى ط بيد الورثة = $\frac{٢٠}{٢٥}$ = $\frac{٤}{٥}$.

فتصبح للمشترى أربعة أخماس الأرض =

يوم البيع = $\frac{٢٠}{٥}$ = ٤ × ٤ = ١٦ ، منها ٨ محاباة .

ويوم الموت = $\frac{٤٠}{٥}$ = ٨ × ٤ = ٣٢ .

وتصح للورثة أربعة أخماس الثمن مع خمس الأرض يوم الموت =

خمس الأرض = $\frac{٤٠}{٥}$ = ٨ × ١ = ٨ .

أربعة أخماس الثمن = $\frac{١٠}{٥}$ = ٢ × ٤ = ٨ .

مجموعهما = ٨ + ٨ = ١٦ وهو مثلا المحاباة .

هذا حكم الزيادة الحادثة في مبيعه قبل موته عند الشافعية ، وأما الحادثة فيه بعد الموت ، فانهم متفقون مع المالكية على أنها للمشترى ، حيث قالوا : ان وجدها كعدمها ، في عدم التأثير في اجراء المسألة .(١)

وان طرأ على مبيعه بالمحاباة نقص قبل موته ، بهبوط السوق أو فقدان صفة ، فاما أن يحدث ذلك النقص بعد قبضه أو قبله .

فان كان حدوثه بعد قبضه ، فاما أن يكون قبل موت المريض أو بعده . فان كان بعد القبض وقبل الموت فقد قال الشافعية : ان نقصان حصة ما يصح فيه البيع محسوب على المشترى دون نقصان ما يبطل فيه كزيادته بعد القبض وقبل الموت .

لأن الأول مضمون عليه بالقبض ، دون الثاني فهو أمانة بيده ، لأنه غير متعد في اثبات يده عليه .(١)

---

(١) روضة الطالبين ٦/٢٦٦ .
هذا وقد استدرك امام الحرمين فقال ما ملخصه : " يحتمل أن يفرق بين ما كان نقصانه لانخفاض السوق ، وما كان لفقد صفة من عين المبيع . فما نقص لانخفاض السوق ، فلا يضمن فيه المشترى نقصان ما يبطل فيه العقد . لأن نقص السوق غير مضمون بوضع اليد على المبيع مع بقاء العين على حالها .
وأما ما نقص لفقد صفة من عين المبيع ، فان المشترى يضمن نقصان ما صح فيه العقد ونقصان ما لم يصح فيه . لأنه مقبوض على حكم =

كمريض باع حائطه بعشرة آلاف ريال ، وقيمته عشرون ألف ريال وهو كل ماله ، ثم عادت قيمته بعد القبض وقبل موته الى عشرة آلاف ريال ، ومات من مرضه ، ولم تجز الورثة المحاباة في الزائد على الثلث .

فان البيع يصح في نسبة الثمن الى قيمة الحائط يوم البيع وهو نصفه المساوى عشرة آلاف من عشرين ألفا .

نصفها محاباة ، والنصف الآخر بنصف الثمن وهو خمسة آلاف من عشرة الآلاف. ويبطل في نصفه الثاني وقيمته يوم الموت خمسة آلاف يضاف الى ذلك ثمن ما صح فيه البيع وهو خمسة آلاف ، مجموعهما عشرة آلاف ، وهو للورثة .

وقيمة ما صح فيه البيع يوم الموت خمسة آلاف وهي للمشترى ، ونسبتها الى ما بيد الورثة واحد الى اثنين ($\frac{1}{2}$) أى النصف .

فيحصل للمشترى نصف الحائط المساوى عشرة آلاف ريال يوم البيع وخمسة آلاف يوم الموت .

ويحصل للورثة نصفه الثاني المساوى يوم الموت خمسة آلاف مع نصف الثمن المساوى خمسة آلاف ، ومجموعهما عشرة آلاف ، وهو مثلا المحاباة .

= البيع حتى لو صح المريض للزم من الطرفين ، وما قبض على حكم البيع دخل في ضمان المشترى . فيكون المشترى غارما للورثة بقدر النقصان . انظر : روضة الطالبين ٦/٢٦٦ - ٢٦٧

ملاحظة : وامام الحرمين هو : أبو المعالي عبد الملك بن عبد العزيز بن يوسف بن محمد الجويني الشافعي صاحب كتاب البرهان في أصول الفقه . ولد سنة ٤١٩ هـ ، في نواحي من النيسابور وتوفي سنة ٤٧٨ هـ .

انظر الأعلام ٤/٣٠٦ ، والفتح المبين ١/٢٦٠

حل المسألة بالأرقام :

نسبة الثمن الى قيمة الحائط يوم البيع = ١٠٠٠٠٠ / ٢٠٠٠٠٠ = ١/٢

يصح البيع في نصف الحائط يوم البيع = ١٠٠٠٠ / ٢ = ١٠٠٠٠ × ١ = ١٠٠٠٠

للمشترى ، منها ٥٠٠٠ محاباة .

بنصف الثمن = ١٠٠٠٠ / ٢ = ٥٠٠٠ × ١ = ٥٠٠٠ للورثة .

قيمة ما بطل فيه البيع يوم الموت = ١٠٠٠٠ / ٢ = ٥٠٠٠ × ١ = ٥٠٠٠ للورثة .

للورثة ، ما بطل فيه البيع مع ثمن ما صح فيه = ٥٠٠٠ + ٥٠٠٠ = ١٠٠٠٠

للمشترى قيمة ما صح فيه البيع يوم الموت = ١٠٠٠٠ / ٢ = ٥٠٠٠ × ١ = ٥٠٠٠

نسبة ما بيد المشترى الى ما بيد الورثة = ٥٠٠٠٠ / ١٠٠٠٠٠ = ١/٢

فيصبح للمشترى نصف الحائط :

المساوى يوم البيع ٢٠٠٠٠ / ٢ = ١٠٠٠٠ × ١ = ١٠٠٠٠

والمساوى يوم الموت = ١٠٠٠٠ / ٢ = ٥٠٠٠ × ١ = ٥٠٠٠

ويصبح للورثة النصف الثاني من الحائط يوم الموت مع نصف الثمن =

٥٠٠٠ + ٥٠٠٠ = ١٠٠٠٠ وهو مثلا المحاباة . (١)

---

(١) ولو فرض أن النقصان في هذه المسألة كان لفقد صفة من عين المبيع فعلى رأى امام الحرمين الجويني يغرم المشترى بمبلغ خمسة آلاف ريال أخرى للورثة ، مقابل نقصان ما بطل فيه العقد .

لأنه لو لم يحصل نقص لكان نصيبهم خمسة عشر ألف ريال ، عشرة آلاف منها قيمة ما بطل فيه العقد ، وخمسة آلاف مقابل ما صح فيه العقد .

والله أعلم .

وان كان حدوث النقصان بعد قبض المبيع وبعد موت المريض وقبل تنفيذ الوصايا ، فقد أشار النووي[1] في ذلك الى قولين لعلماء الشافعية :

أحدهما : أن المشترى يضمنه كما لو حدث قبل الموت .

والثاني : أنه غير مضمون عليه كالزيادة الحادثة بعد الموت .

لأن النظر في التركة وحساب ثلثها وثلثيها انما يمتد الى حين الموت لا بعده ، ولا معنى لاعتبار النقص بعده كالزيادة الحادثة بعد الموت[1] .

وان حدث نقصان مبيعه بالمحاباة قبل قبضه وذهب بقدر المحاباة كلها ، كمريض باع سيارته بعشرة آلاف ريال ، وقيمتها عشرون ألف ريال ، ولا مال له سواها ، ولم يقبضها المشترى حتى عادت قيمتها الى عشرة آلاف ، ثم مات من مرضه .

أو ذهب النقص بقدر الزائد على الثلث من المحاباة . كمريض باع ملكه بعشرة آلاف وقيمتها عشرون ألف ريال ، ولا مال له سواها ، ولم يقبضه المشترى حتى عادت قيمته الى خمسة عشر ألف ريال ، ثم مات من ذلك المرض.

فقد حكى النووي قولين في ذلك عند الشافعية :

أحدهما : أن البيع يصح في جميع الباقي ، كما لو لم يقع عقده بمحاباة .

لأن التبرع بشيء لا يتم الا بالتسليم وقد بان قبله أن لا تبرع في تصرفه في المثال الأول ، وأن تبرعه في حدود الثلث في المثال الثاني ولا حجر عليه في قدر ثلثه[2] ، فاذا انتفى المانع جاز الممنوع.

---

(١) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/٢٦٧ .

(٢) المصدر السابق .

والثاني : أن حكمه قبل القبض كحكمه بعده ، وهو صحة العقد في بعض المبيع دون بعض ، فلا تأثير للقبض وعدمه بعد انعقاد البيع .

لأن التبرع الذى يتوقف صحته على القبض هو ما كان مستقلا لا ارتباط له بمعاوضة ، أما الواقع ضمن المعاوضة ، فلا يتوقف نفوذه وانتقال الملك فيه على التسليم ، فوجب أن ينظر فيه الى وقت انتقال الملك وهو وقت العقد ، فيكون مضمونا على المشترى .(١) وقد مال الى هذا النووى .(٢)

الفرع السادس : الشفعة في مبيعه بالمحاباة :

جعلت الشريعة الاسلامية الحكيمة الشفعة حقا مشروعا للشريك في حصة شريكه دفعا لضرر الدخيل . فيأخذها ممن انتقلت اليه بعوض مالي الذي بالثمن رتم عليه العقد .

فاذا باع مريض حصته بمحاباة على غير شريكه وطلب الشريك بالشفعة فلا تخلو حالة المشترى والشريك الشفيع مع المريض البائع من ثلاث حالات :

احداها : أن يكون كل منهما غير وارث .

والثانية : أن يكون المشترى وارثا دون الشفيع .

والثالثة : أن يكون الشفيع وارثا دون المشترى .

فان كانا غير وارثين ، فان الشفعة تثبت للشفيع فيما صح فيه البيع فان أجازت الورثة العقد في الزائد على الثلث من المحاباة جازت الشفعة في كل المبيع ، لانتفاء المانع باسقاطهم حقهم . وان ردوا الزائد جازت فيما عداه ، لتعلق حقهم به .(٣)

---

(١) و(٢) روضة الطالبين ٦/٢٦٧ .

(٣) روضة الطالبين ٥/٨١ ، والمغني لابن قدامة ـ كتاب الشفعة ٥/٣٢٠ .

وان كان المشترى وارثا كابن المريض وأبيه ، والشفيع غير وارث ، فعلى القول ببطلان بيعه مع وارثه مطلقا ، كما يرى الامام أبو حنيفة (١) ، ومن معه (٢) أو بطلانه معه حال وقوعه بالمحاباة كما يرى صاحبا أبي حنيفة في احدى الروايتين عنهما (٣) ، وبعض الحنابلة (٤) .

فان الشفعة لا تثبت للشفيع لبطلان أصل البيع الذى تجب به الشفعة .

قلت : ويشبه أن تثبت له الشفعة على هذا القول حال اجازة باقي الورثة المحاباة ، في الحالة الثانية وأصل البيع في الحالة الأولى ، وذلك لزوال المانع من صحة البيع ، فاذا صح البيع تثبت الشفعة (٥) .

وعلى القول بصحة البيع في كل المبيع بالاجازة وفيما عدا قدر المحاباة عند عدم الاجازة ، كما يرى الجمهور ، فان الشفعة تثبت للشفيع فيما يصح فيه ، كما لو كان المشترى غير وارث .

الا أن صاحبي أبي حنيفة أبا يوسف ومحمد بن الحسن يخيران الشفيع بين أخذ المبيع بقيمة المثل عند عدم الاجازة ، أو ترك الشفعة .

وقالا : ان الشفيع قائم مقام المشترى الوارث ، وقد كان له الخيار بين ازالة المحاباة باتمام القيمة و بين فسخ العقد (٦) .

وهذا مبني على الرواية المشهورة عنهما القائلة بصحة بيعه مع وارثه بثمن المثل ، ومع المحاباة بالاجازة أو اكمال القيمة .

---

(١) المبسوط - كتاب البيوع ١٤/ ١٥٠ - ١٥١ .
(٢) الانصاف ٧/ ١٧٢ .
(٣) المبسوط - باب الصرف ١٤/ ٧٣ - ٧٤ .
(٤) المحرر لأبي البركات ١/ ٣٨٠ .
(٥) قال النووى في هذه المسألة : (وينبغي أن يفرق بين الاجازة والرد) انظر : روضة الطالبين ٥/ ٨٢ فهذا يؤيد ما قلته . والله أعلم .
(٦) المبسوط ١٤/ ١٥١ .

وان كان الشفيع وارثا والمشترى غير وارث ، وكان البيع بغير محاباة فان الشفعة لا تثبت للشفيع الوارث عند القائلين بمنع معاوضته مع وارثه كالامام أبي حنيفة .

لاعتبارها وسيلة الى التبرع على الوارث في مرض الموت بالبيع عن طريق الشفعة (١) .

وأما الجمهور القائلون بصحة معاوضته مع وارثه بثمن المثل ، فانهم يثبتون له الشفعة في هذه الحالة .

لأنه يأخذ المبيع بالثمن الذى أخذه به المشترى وهو ثمن المثل (٢) .

وان كان في البيع محاباة ، فقد اختلف الجمهور في ثبوتها له في هذه الحالة :

١ - فذهب صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد بن الحسن في الأصح منهما الى صحة البيع ومنع الشفيع الوارث من الشفعة (٣) . وهو قول عند الشافعية (٤) ، والحنابلة (٥) .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو أن الشفيع اما أن يأخذ المبيع بالثمن المسمى في العقد كما أخذه به المشترى ، فتكون المحاباة وصية من المريض لوارثه خصوصا اذا أخذه من يد البائع ، فلا وصية لوارث .

---

(١) المبسوط ١٤/١٥١ .
(٢) المصدر السابق ١٤/١٥٢ .
(٣) نقل في المبسوط أن هذا قولهم جميعا أى أبي حنيفة وصاحبيه . انظر : المبسوط ١٤/١٥٠ .
(٤) روضة الطالبين ٥/٨٢ ، والغاية القصوى في دراية الفتوى ٢/٦٠٠ .
(٥) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٠ .

وأما أن يأخذه بكامل القيمة ويزيل المحاباة ، وذلك مخالف لسنة الشفعة لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع لم يكن ثابتا في حق المشترى . فاذا تعذر الوجهان سقطت الشفعة .(١)

ولأنه لو ثبتت للوارث في هذه الحالة لاتخذها الناس وسيلة الى اثبات حق لورثتهم في المحاباة في مرض الموت فتمنع لكونها وسيلة الى محظور شرعي ، لأن الوسائل في حكم الغايات .(٢)

٢ - وذهب الشافعية في الأصح عند جمهورهم(٣) ، والحنابلة في المعتمد(٤) الى صحة البيع وثبوت الشفعة له .

---

(١) المبسوط - كتاب البيوع ، باب الشفعة ١٤/ ١٥٠ .

(٢) انظر المغني لابن قدامة ٥/ ٣٢٠ . كتاب الشفعة .

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٨٢ .
وللشافعية ثلاثة أقوال أخرى : أحدها : أن البيع لا يصح أصلا لتناقض أحكامه . والثاني : أنه يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن ، ويبقى للمشترى قدر المحاباة مجانا .
والثالث : أن البيع لا يصح الا في القدر المقابل للثمن ، وأما قدر المحاباة فيبطل فيه .
انظر : روضة الطالبين ٥/ ٨٢ .

(٤) الفروع - باب تبرع المريض ٤/ ٦٧٠ ، والانصاف ٧/ ١٧٣ .

واستدلوا بالمعنى المعقول أيضا وهو : أن المحاباة في الأصل للمشتري[1] وهو أجنبي غير وارث للمريض ، فلا تمنع الشفيع الوارث من الشفعة كما لو وهب المريض لغريم وارثه مالا فأخذه الوارث بدينه[2] .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الحنفية أولى بالاختيار لأمور :

١ - أن البيع صادر من أهله وواقع في محله ،فلا ينبغي بطلانه لاعتباره وسيلة الى ايصال المحاباة للوارث ، فان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الأصل ببطلان فرعه[3] ، وانما يبطل الفرع ببطلان الأصل ، فتبطل الشفعة ويصح البيع .

٢ - أن قياس الشفعة للوارث على أخذه ما وهبه المريض لغريمه قياس مع الفارق لأن استحقاق الوارث أخذ المال الموهوب من غريمه بسبب دينه ، لا بسبب صدور الهبة من الواهب ، وأما استحقاق الشفعة بصدور البيع من مورثه المريض ، فافترقت الحالتان[4] .

لأن المريض متسبب في ثبوت الثانية دون الأولى .

٣ - لو باع المريض من وارثه بالمحاباة لم تجز الا بالاجازة فلا سبيل الى الاجازة في هذه الحالة ، لأن الشفيع الوارث غير مباشر للعقد ، والأجنبي المباشر ليس في حاجة الى الاجازة لجواز التبرع له في حدود الثلث .

---

(١) روضة الطالبين - كتاب الشفعة ٥/٨٢ .
(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٥/٣٢٠ .
(٣) المصدر السابق ٥/٣٢٠ - ٣٢١ .
(٤) المصدر السابق ٥/٣٢٠ .

الفرع السابع : بيع الخيار بالمحاباة في الصحة ومرض المحابي مدة الخيار :

شرع الاسلام خيار الشرط حقا لكل من البائع والمشترى مدة معلومة يراجع فيها نفسه ليعلم مدى احتياجه الى العقد المبرم فيقدم على امضائه أو فسخه بقناعة تامة .

ولو باع شخص أو اشترى في صحته بالمحاباة بشرط الخيار مدة معلومة من الزمن ، فمرض خلالها مرض موته ، وأجاز العقد وهو مريض ، أو سكت عن فسخه حتى لزم ، بمضي المدة المضروبة ، ثم مات من ذلك المرض .

فقد أطلق الحنفية والحنابلة القول باعتبار محاباته في هذه الحالة من الثلث ، ولم يفرقوا بين من له الملك مدة الخيار وغيره .(١)

جاء في الفتاوى الهندية للحنفية : (لو اشترى عبدا بغبن فاحش في صحته على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم مرض في مدة الخيار ، فأجاز أو سكت حتى مضت المدة ، ثم مات المريض ، كانت المحاباة من الثلث) .(٢)

---

(١) يبقى ملك المبيع للبائع عند الحنفية اذا كان له الخيار . واذا كان الخيار للمشترى يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى عند الامام أبي حنيفة ، وعند صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن يدخل في ملك المشترى اذا كان له الخيار .
انظر : تبيين الحقائق ٤/١٦ .
وأما الحنابلة : فانهم يقولون بنقل الملك الى المشترى مدة الخيار سواء كان الخيار للبائع أو المشترى أو لهما معا .
انظر : كشاف القناع مع الاقناع ٣/١٩٣ - ١٩٤ .

(٢) الفتاوى الهندية - كتاب الاقرار ٤/١٧٨ .

وجاء في المحرر للحنابلة : (الصحيح اذا حابى في بيع له فيه خيار ثم مرض في مدة الخيار ، تصير محاباته من الثلث)[١] .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو : أنه بامضائه العقد قد ترك حقا ماليا كان يمكنه أن لا يتركه بسبب الخيار بين الامضاء والفسخ[٢] . فيكون متهما في امضائه حال مرضه بقصد الاضرار بالورثة .

قلت : والذي يظهر لي - والله تعالى أعلم - أنهم يكتفون بثبوت الخيار له دون اشتراط ملك المبيع مدة الخيار .

لأن ما عللوا به ما ذهبوا اليه يستوي فيه كل من كان له الخيار ، سواء كان مالكا للعين المبيعة مدة الخيار أم لا .

يؤيد ذلك المثال السابق للحنابلة ، فانه في محاباة البائع ، والحال هذه ، يقولون بانتقال ملك المبيع الى المشترى مدة الخيار مطلقا .

وذهب الشافعية الى أن محاباته تكون في الثلث اذا كان للمحابي الخيار وملك المبيع مدة الخيار ، وذلك اعتبارا بوقت لزوم العقد .

وان لم يكن له ملكه مدة الخيار لم تكن محاباته في حكم الوصية[٣] . لأنها في هذه الحالة ليست بتبرع ، وانما هي امتناع من الكسب ، كما لو أفلس المشترى والمبيع قائم عنده ، ومرض البائع فلم يفسخ ، وكما لو أمكنه فسخ النكاح بعيبها فترك حتى مات واستقر المهر[٤] .

---

(١) المحرر لأبي البركات - كتاب الوصايا ١/٣٧٧ .
(٢) روضة الطالبين ٦/١٣٤ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) المصدر السابق . هذا وللشافعية في مالك المبيع مدة الخيار ثلاثة أقوال : ١ - أنه للمشترى . ٢ - أنه للبائع .
٣ - أنه موقوف الى حين تمام العقد . انظر روضة الطالبين ٣/٤٤٨

المذهب المختار :

ان اعتبار محاباة من له الخيار في هذه الحالة سواء كان له ملك المبيع أم لا ، كما هو ظاهر مذهب الحنفية والحنابلة ، أولى وأوفى للغرض .

لأنه باقدامه على اجازة العقد أو تركه فسخه حتى يلزم بمضي المدة مع ثبوت الخيار له يكون قد التزم شيئا بغير عوض بالنسبة لقدر المحاباة لم يكن عليه واجبا ما دام مخيرا بين الامضاء والفسخ ، سواء كان بائعا أم مبتاعا ، كان له الملك مدة الخيار أم لا ، وهو متهم في تصرفه فيحجر عليه في قدر ما يمس حقوق الورثة .

وتفارق هذه الحالة مرض البائع زمن افلاس المشترى في أن العقد قد لزم بهن العاقدين في الثاني دون الأولى ، لأنه في مدة الخيار غير لازم .

كما تفارق ترك فسخ عقد النكاح بالعيب ، في أن النكاح من حوائجه الأصلية وقد لزم بالايجاب والقبول حال الصحة ، بخلاف عقد البيع مدة الخيار ، وان كان من حوائجه الأصلية الا أنه غير لازم وفيه محاباة .

والله أعلم .

القسم الثاني : المحاباة بتأخير أحد العوضين :

ان تبرع المريض بالأجل في المعاوضات المالية بمنزلة تبرعه بأصل المال بالهبة ونحوها ، فيعتبر وصية سواء كان بثمن المثل أو أقل أو أكثر.(١)

لأن تفويت اليد ملحق بتفويت المال ، فلا يملك تفويت يد هم من المال عقيب الموت ، كما لا يملك تفويت عين المال عليهم.(٢)

وفي هذا القسم ثلاثة فروع :

الفرع الأول : محاباته بتأخير الثمن .

الفرع الثاني : محاباته بتأخير المثمن .

الفرع الثالث : اجتماع محاباته في العوض والأجل .

الفرع الأول : محاباته بتأخير الثمن :

وهو أن يبيع عينا من ماله بثمن مؤجل .

كمريض باع داره بثمن الى أجل مسمى ، ثم مات قبل حلول الأجل . فانه ينظر بين قيمة المبيع وثلث جميع التركة ، فان تساويا أو كان الثلث أكثر من قيمة المبيع ، نفذ الى أجله ان كان المشترى غير وارث ولم يكن على المريض دين مستغرق لماله .

لأن المريض له حق تفويت ثلثه بالتبرع بأصله بلا رضا الورثة ، فمن باب أولى أن يكون له حق تأخيره بلا اذنهم.(٣)

---

(١) روضة الطالبين ٦/١٣٢ .

(٢) المبسوط - كتاب البيوع - باب السلم في المريض ٢٩/٣٨ ، وروضة الطالبين ٦/١٣٢ .

(٣) انظر : العناية على الهداية ٩/١٩٣ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/٤١٥ .

فان كان عليه دين مستغرق لماله بطل الأجل ووجب الأداء حالا أو الفسخ ، لأن الدين مقدم على الوصية وما في حكمهـــا .(١)

وان كان المشترى وارثا وقف جميعه على اجازة باقي الورثة . كذلك ما زاد على الثلث لغـــير وارث .

لأن ما زاد على الثلث حق للورثة وتصرفه في حق الغير بغير اذنـــه باطل كتصرفه باسقاطـــه .(٢)

فان أجازوا نفذ الى أجله لزوال المانع ، والا بطل الأجل في الجميـــع ان كان المشترى وارثا ، وخيّر بين الفسخ والأداء حالا .

وان كان غير وارث بطل الأجل في قدر الزائد على الثلث ، وخيّر بين الفســخ والامضاء فيما يقابل الثلث وتعجيل قدر الزائد عليه حالا .(٣)

---

(١) المبســـوط ٢٩/٧٨ .

(٢) انظر : المبسوط - كتاب البيوع - باب السلم في العرض ٢٩/٣٨ .

(٣) انظر : روضـة الطالبين - كتاب الوصايـــا ٦/١٣٢ .

رأس المال الى الورثة . أو يرد ثلثيها اليهم ، ويبقى العقد في ثلثها الى الأجل ، أو يعجل ثلثي الشعير المسلم فيه للورثة ويبقى ثلثه الى الأجل المسمى .

وان كان المسلم اليه وارثا توقف الأجل على الاجازة من باقي الورثة فان أجازوه نفذ في الكل والا بطل في الجميع ووجب الأداء حالا أو الفسخ (١) .

أما السلم في مرض المسلم اليه كالبيع في مرض البائع والمحاباة فيه كالمحاباة في البيع . لأن المسلم اليه بائع لعينه بثمن معجل (٢) .

كمريض سلمت اليه عشرة دراهم في طعام قيمته أربعون درهما ثم مات من ذلك المرض ولا مال له سوى المسلم فيه .

خيّر المسلم بين الفسخ والرجوع على الورثة بدراهمه وبين امضائه . فان اختار الامضاء أخذ نصف المسلم فيه وقيمته عشرون درهما منها عشرة بالعشرة التي أسلمها ، والعشرة الثانية محاباة . ويبقى للورثة النصف الثاني من المسلم فيه وقيمته عشرون درهما .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٩/٨٣ .

(٢) المصدر السابق .

الفرع الثالث : اجتماع محاباته في عين العوض والأجل :

فاذا اجتمعت في معاوضة المريض مع غير وارثه المحاباة في عين العوض والمحاباة بالأجل ، كأن يسلم في شيء بأكثر من قيمته أو يبيع عينا من ماله بأقل من ثمن المثل الى أجل مسمى . فان وفى ثلث التركة بالمحاباتين نفذتا . وان عجز عن الوفاء بهما ، فهل تقدم احداهما على الأخرى ؟ أو يقسم الثلث بينهما نصفين ؟

١ - فقد ذهب الحنفية الى تقديم ما كانت بأصل المال منهما على ما كانت بالأجل . فان استغرقت جميع الثلث بطل الأجل ووجب الأداء حالا ، أو فسخ العقد ، وان بقي شيء بعدها صرف الى الأجل .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو أن التأجيل تبرع بتأخير المطالبة مع بقاء أصل المال ، والمحاباة بالمال تبرع بالأصل .

والتبرع بالأصل أقوى من التبرع بالأجل ، والقوى مقدم على الضعيف .(١)

كمريض أسلم مائة دينار في طعام قيمته خمسون دينارا ، ثم مات من مرضه قبل حلول الأجل ولا مال له سواها ، ولم تجز الورثة قدر المحاباة بالمال والأجل ، وقدرها في المسلم فيه خمسون دينارا ، وهو أكثر من ثلث التركة . فيبطل الأجل لاستغراق المحاباة بالمال جميع الثلث فيخيّر المسلم اليه بين الفسخ برد جميع رأس المال الى الورثة والامضاء . فان اختار الامضاء سلم له ثلث التركة وصية وطولب بأداء المسلم فيه حالا وقيمته خمسون دينارا مع الزائد على الثلث من رأس المال .(٢)

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي - باب السلم في المرض ٢٩ / ٣٨ - ٣٩ .

(٢) المصدر السابق .

٢ - وذهب الشافعية الى أنه يفوض أمر الثلث الى المتبرع له ، فان شاء حسب منه المحاباة بالمال وأدى المسلم فيه حالا في الزائد على الثلث من رأس المال ان وجد ، وان شاء حسب منه الأجل ، ورد المحاباة بالمال حالا الى الورثة ، وان شاء قسمه بينهما .(١)

لذا يخيّرونه بين أربعة أمور :

أحدها : فسخ العقد في الكل ورد رأس المال الى الورثة .

والثاني : فسخ العقد في الزائد على الثلث وبقاؤه في الثلث الى أجله .

والثالث : تعجيل المسلم فيه مع الزائد ان وجد وأخذ الثلث وصية .

والرابع : تعجيل نصف المسلم فيه مع نصف رأس المال وفسخ العقد في النصف الثاني .

كمريض أسلم ثلاثين درهما في طعام قيمته عشرة دراهم ثم مات من ذلك المرض قبل حلول الأجل ولا مال له سواها ولم تجز الورثة المحاباة بالمال والأجل .

فان المسلم اليه مخيّر بين الفسخ في الكل ورد رأس المال أو يفسخ العقد في ثلثي المسلم فيه ويرد ما يقابله من رأس المال الى الورثة ويبقى ثلثه الى أجله .

أو يعجل جميع المسلم فيه ويسلم له ثلث التركة وصية . أو يعجل نصف المسلم وقيمته خمسة دراهم مع نصف رأس المال وهو خمسة عشر درهما ويفسخ العقد في النصف الثاني .

المذهب المختار :

انه لا تخلو المحاباتان من أن تكونا لشخص واحد أو تكون احداهما لشخص والأخرى لشخص آخر في عقدين مختلفين .

---

(١) انظر : روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/٢٧٣ .

• فان كانتا لشخصين مختلفين ، فالأولى في أمرهما ما ذهب اليه الحنفية ، لضعف المحاباة بالأجل وقوتها بالمال .

فيسلم الثلث لمن له المحاباة المالية ، و يبطل الأجل ، ثم يخيّر من عليه الحق المؤجل بين الفسخ وتعجيل ما عليه .

وان كانتا لشخص واحد ، فالأولى في أمرهما ما ذهب اليه الشافعية ، لأن المستفيد منهما شخص واحد وهو أدرى بمصلحته ، ولا حذر في اختياره أحد الأمور الأربعة التي ذكرها الشافعية ، لا على نفسه ولا على الورثة ، لسلامة ثلثي التركة لهم في جميع الحالات .

والله أعلم .

****

تنبيـــــــه :

نص الحنفيـة [١] ، والمالكيـة [٢] ، والشافعيـة [٣] ، على أن الاقالـة في مرض الموت كالبيع فيه ، سواء كانت اقالـة بيع أم كانت اقالـة سلم . فـان كانت بغير محاباة فهي نافذة من رأس المال كالبيع بثمن المثـل [٤] . وان كانت بالمحابـاة فحكمهـا حكم المحابـاة في البيـع [٥] على التفصيل المتقدم فـي مسائل بيع المريـض بالمحابـاة .

****

---

(١) المبسوط ـ باب الاقالة في السلم والبيع في المرض ٢٩ / ٥٥ .
(٢) انظر : المدونة ـ كتاب السلم الثالث ـ باب اقالة المريض ٤ / ٧٥ .
(٣) انظر : روضة الطالبين ـ كتاب الوصايا ٦ / ١٣٥ .
(٤) انظر : المبسوط ٢٩ / ٥٥ .
(٥) المصـدر السابـق .

فان كان عليه دين مستغرق لماله بطل الأجل ووجب الأداء حالا أو الفسخ ، لأن الدين مقدم على الوصية وما في حكمهـــا (١) .

وان كان المشترى وارثا وقف جميعه على اجازة باقي الورثة . كذلك ما زاد على الثلث لغـــير وارث .

لأن ما زاد على الثلث حق للورثة وتصرفه في حق الغير بغير اذنـــه باطل كتصرفه باسقاطـــه (٢) .

فان أجازوا نفذ الى أجله لزوال المانع ، والا بطل الأجل في الجميـــع ان كان المشترى وارثا ، وخيّر بين الفسخ والأداء حالا .

وان كان غير وارث بطل الأجل في قدر الزائد على الثلث ، وخيّر بين الفســخ والامضاء فيما يقابل الثلث وتعجيل قدر الزائد عليه حالا (٣) .

---

(١) المبســـوط ٢٩/٧٨ .

(٢) انظر : المبسوط - كتاب البيوع - باب السلم في المرض ٢٩/٣٨ .

(٣) انظر : روضة الطالبين - كتاب الوصايـــا ٦/١٣٢ .

المبحث الثاني : الاجارة بالمحاباة في مرض الموت :

وهي في اللغة : بمعنى الأجرة ، يقال : أعطيته اجارته ، اذا دفعت اليه أجرتـه .(١) الا أنها اشتهرت في العقد .(٢)

وفي الاصطلاح : عقد على المنافع بعوض .(٣)

عقـــد : جنس يشمل جميع العقود .

على المنافع : قيد خرج به البيع ، لأنه عقد على الأعيان ، والهبة والوصيـة لأنهما عقدان على الأعيان بلا عوض .

بعوض : قيد خرجت به العارية والوقف .

واذا تعامل شخص في مرض موته بالاجارة مع غيره ، فاما أن يكـــون باجارة عين ، واما أن يكون باجارة بدن ، فهما فرعان لهذا المبحث :

الفـرع الأول : اجارة العـــين .

الفـرع الثاني : اجارة البـــدن .

الفرع الأول : اجارة العـــين :

فان كانت اجارته اجارة عين ، فاما أن يكون مستأجرا أو يكون مؤجرا .

فان كان مستأجرا ، بأن يستأجر عين غيره كالدواب والدور والسيارات وغيرها من وسائل النقل الحديثة ، نفذت الاجارة من جميع ماله ان كانت بأجـــرة المثل أو أقل منها .

---

(١) المصباح المنير ١/٥ .
(٢) مغني المحتاج ـ كتاب الاجارة ٢/٣٣٢ .
(٣) بداية المبتدى مع الهداية وتكملة الفتح ٩/٥٨ ، ومغني المحتـــاج ٤/٣٣٢ ، والمقنع مع حاشيته /١٩٥ .

لأن الاستئجار من حوائجه الأصلية كالبيع ، وتصرفه في حوائجه بقيمة المثل نافذ من رأس المال .

وان كان المسمى أكثر من أجرة المثل فالزائد في حكم الوصية .

لأن الأجرة تؤخذ من عين ماله وهو محل تعلق حقوق الورثة والغرماء .

وان كان المريض مؤجرا كأن يؤجر بعض أعيان ماله من دور و غيرها على غيره ، نفذت اجارته من رأس المال ، ان كانت بأجرة المثل أو أكثر منها ، لعدم مساسها بحقوق الورثة والغرماء .

وان كانت بأقل ، فهل يكون الناقص في حكم الوصية للمستأجر أو لا ؟

اختلف فيه الفقهاء :

١ - فذهب الجمهور من المالكية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، وبعض الحنفية (٤) : الى اعتبار قدر الناقص وصية ، سواء انتهت المدة في حياته واستردت العين أم مات قبل انتهائها .

فيبطل بالدين المستغرق لماله ، ولا يصح لوارث ، ولا فيما زاد على الثلث لغير وارث الا بالاجازة .

جاء في منح الجليل على مختصر خليل : (فلا يحجر على المريض في المعاوضة المالية كبيع و شراء وقراض ومساقاة واجارة وكراء واكتراء بغير محاباة زائدة على الثلث) (٥) .

فقوله (واجارة وكراء واكتراء بغير محاباة زائدة على الثلث) يفهم منه أن محاباته في الاجارة وصية .

---

(١) انظر : منح الجليل - باب الحجر ٣/١٩٧ ، والشرح الصغير لأحمد الدردير ٢/١٤٥ .
(٢) روضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/١٣٣ .
(٣) مطالب أولي النهى ٤/٤٢٧ .
(٤) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/٦١٤ .
(٥) منح الجليل - باب الحجر ٣/١٩٧ .

وجاء في روضة الطالبين : (واجارة الدواب والعبيد وسائر الأموال بما دون أجرة المثل معتبرة من الثلث) .(١)

وجاء في مطالب أولي النهى للحنابلة : (وان آجر المريض نفسه وحابا المستأجر وارثا أو غير وارث صح العقد مجانا من غير رد المستأجر شيئا من المدة والعمل ، لأنه لو لم يؤجر نفسه لم يحصل لهم شيء بخلاف عبيده وبهائمه) .(٢)

فقوله : (بخلاف عبيده وبهائمه) يدل على أن محاباته في اجارتهما في حكم الوصية .

وجاء في درّ المتقى للحنفية : (والمحاباة في اجارة أو استئجار ومهر وشراء وبيع .... وصية في اعتباره من الثلث) .(٣)

فقوله (في اجارة) يدل على أنه يرى اعتبار محاباة المريض في الاجارة وصية لورود هذا الكلام في معرض ذكره معاوضات المريض مرض الموت بالمحاباة .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو : أن المنافع أموال تتعلق بها حقوق الورثة والغرماء ، فيحجر فيها على المريض كالأعيان .(٤)

---

(١) انظر : روضة الطالبين للنووي ٦/١٣٣ .
(٢) انظر : مطالب أولي النهى ٤/٤٢٧ .
(٣) انظر : رد المتقى على مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر
(٤) انظر : الدر المنثور في القواعد للزركشي ٣/٢٢٢ .
تقدم تفصيل قول الجمهور في مالية المنافع في مبحث العارية في مرض الموت .

٢ - وذهب الحنفية في المشهور الى عدم اعتباره وصية فتصح الاجارة من رأس المال ، سواء انتهت مدتها في حياته أم لا .(١)

قال ابن عابدين نقلا من الوهبانية :

وايجار ذى ضعف من الكل جائز .·. ولو أن أجر المثل من ذاك أكثر(٢)

أى اجارة المريض صحيحة ومعتبرة من كل ماله ، وان أجر بأقل من أجـــرة المثـــل .

واستدلوا بالمعنى المعقول أيضا ، فقالوا : انه لا يحجر على المريض في المنافع لأنها ليست أموالا ، فلا تتعلق بها حقوق الورثة والغرماء .(٣)

المذهـــب المختـــار :

سبق في مبحث العارية في مرض الموت أن اخترت مذهب الجمهـــور في مالية المنافع ، وأن التبرع في مرض الموت وصية لأمور ذكرتها هنـــالك ، والمحاباة في الاجارة جزء من التبرع بالمنافع . والله أعـــلم .

---

(١) حاشية ابن عابدين - كتاب الوصايا ٦/٧٢٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين - ٦/٦٨٠ .

(٣) انظر : كشف الأسرار عن أصول البزدوى للبخارى ١/١٧٢ .

الفرع الثاني : اجارة البدن :

وان كانت اجارة المريض مرض الموت اجارة بدن ، فاما أن يكون أجيرا أو يكون مستأجرا .

فان كان أجيرا نفذت الاجارة ، ولم تكن في حكم الوصية ، سواء آجر نفسه بأجرة المثل أو أقل أو أكثر منها ، كان المستأجر وارثا أو غير وارث .

لأنه لو لم يؤجر نفسه لم يحصل للغرماء والورثة شيء لعدم تعلق حقهم بمنفعة نفسه .(١)

وان كان مستأجرا كأن يستأجر غيره لانجاز عمل من أعماله ، صحت الاجارة من رأس المال ، ان كانت بأجرة المثل أو أقل منها .

لأنها من المعاوضات المالية فلا حجر عليه فيها ما لم تشتمل على محاباة

وان كان بأكثر من أجرة المثل اعتبر الزائد وصية .

لأن الأجرة تعطى من عين ماله وقد تعلقت بها حقوق الورثة والغرماء .(٢)

****

---

(١) انظر : المبسوط - كتاب المزارعة ٢٣/١٣٣ ، وفتح الجواد - باب الوصية ٢/٢٠ - ٢١ ، وروضة الطالبين ٦/١٣٣ ، ومطالب أولي النهى ٤/٤٢٧ .

(٢) كشاف القناع عن متن الاقناع - كتاب الشركة ٣/٥١٢ ، ومطالب أولي النهى ٢/٥٣٦ .

المبحث الثالث : المضاربة بالمحاباة في مرض الموت :

وهي في اللغة : من الضرب وهو السير في الأرض بالتجارة[١] ، وتسمى قراضاً[٢] .

وفي الاصطلاح : شركة في الربح بطل من رجل وعمل من آخر[٣] .

واذا ضارب شخص في مرض موته بطله صحت المضاربة من رأس المال اذا كانت حصة العامل من الربح مضاربة المثل أو أقل منها . لأنها من المعاوضات الظاهرة فلا حجر عليه فيها .

وان كانت حصته أكثر منها :

١ - فقد ذهب الجمهور من الحنفية[٤] ، والشافعية[٥] ، والحنابلة[٦] : الى عدم اعتبار الزائد وصية .

واستدلوا بالمعقول ، وهو : أن الربح الذى تؤخذ منه حصة العامل ليس نماء متولدا من عين المريض ، وانما هو حادث بعمل العامل فهو يحدث على ملكه لا على ملك رب المال[٧] .

---

(١) التعريفات للجرجاني ص ١٩٤ .
(٢) المصباح المنير ٢/٤٩٨ .
(٣) كشاف القناع عن متن الاقناع للبهوتي - كتاب الشركة ٣/٤٩٧ .
(٤) انظر : المبسوط ٢٣/١٣١ ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٧ .
(٥) انظر : روضة الطالبين - كتاب القراض ٥/١٢٤ - ١٢٥ ، والغاية القصوى للبيضاوى ٢/٦٠٧ .
(٦) كشاف القناع عن متن الاقناع ٣/٥١٢ ، ومطالب أولي النهى ٣/٥٣٦ .
(٧) روضة الطالبين ٥/١٢٥ ، وكشاف القناع ٣/٥١٢ ، ومطالب أولي النهى ٣/٥٣٦ ، والغاية القصوى في دراية الفتوى ٢/٦٠٧ .

وحق الورثة والغرماء يتعلق بملك المريض لا يتعلق بمـــــلك غـــــيره .(١)

هذا وقد نص الحنفيـــة(٢) ، والحنابلـــة(٣) على أن حصة العامـــــل مقدمة على ديون الغرماء ، وان أحاطت بالتركـة .

لأنها من غير مال المريض فلا تزاحمه ديونه .

٢ - وصنيع شارحي مختصر خليل وأقرب المسالك ، يشير الى أن المالكية يرون الزائد على ضاربة المثل محاباة لها حكم الوصية .

حيث ذكروا القراض ضمن المعاوضات المالية التي لا حجر عـــــلى المريض فيها الا في قدر المحاباة .(٤)

قلـــــت : لم أقف هـ على تعليل للمالكية لما ذهبوا اليه ، فلعلهـــم نظروا الى علاقة الربح برأس المال ، واعتبروا الأول متولـدا مـــن الثانـــي .

والله أعـــلم .

****

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٣/١٣١ ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٧ .
(٢) انظر : المصدرين السابقين .
(٣) انظر : كشاف القناع ٣/٥١٢ ، ومطالب أولي النهى ٣/٥٣٦ .
(٤) انظر : الشرح الكبير لأحمد الدردير - باب الحجر - مع حاشيـــة الدسوقي ٣/٣٠٧ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/٤٠٥ ، ومنح الجليل ٣/١٩٧ .

المبحث الرابـــع : المساقاة بالمحاباة في مرض الموت :

وهي في اللغة : مفاعلة من السقي ، يقال : سقى أرضه أى جعل لها ماء[١] .

وفي الاصطلاح : دفع أشجار الى من يعمل فيها بجزء من الثمر[٢] .

وان ساقى مريض ، صحت المساقاة من رأس المال ان كانت بمساقـــاة المثل ، وان كانت أكثر منها ، اعتبرت الزيادة وصية للعامل باتفاق المذاهب الأربعـــة[٣] .

لأن الثمر نماء متولد من الأشجار وهي عين ماله[٤] ، وما كان متولدا من عين ماله يحجر عليه في زائده كما يحجر عليه في زائد العين نفسها فـــي بيع أو شـــراء[٥] .

وللحنابلة قول آخر ، وهو عدم اعتبار الزيادة فيها وصية كالزيادة في المضاربـــة[٦] .

وذلك باعتبار عمل العامل شيئا أساسيا في ظهور الربح[٧] .

---

(١) ترتيب القاموس على طريقة المصباح المنير ٢/٥٨٣ .
(٢) تبيين الحقائق ـ كتاب المساقاة ٥/٢٨٤ ، ونهاية المحتاج ـ كتاب المساقاة ٥/٢٤٤ .
(٣) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٣/١٣٢ ، والمدونة ٥/١٧ ، وروضة الطالبين ٥/ ١٢٥ ، والانصاف للمرداوى ٥/٤٥٠ .
(٤) انظر : روضة الطالبين ٥/١٢٥ ، وكشاف القناع ٣/٥١٢ .
(٥) المدونـــة ٥/١٧ .
(٦) الانصـــاف ٥/٤٥١ .
(٧) المغني لابن قدامـة ـ كتاب الشركة ٥/٦٢ .

هذا وللحنفية تفصيل في وقت اعتبار محاباته هنا :

فقالوا : انه ينظر الى الثمر يوم أن ظهر وصارت له قيمة ، فان كان المشروط للعامل في ذلك الوقت مثل أجر مثله أو أقل منه أعطى المشروط بزيادة تـــه الحادثة يوم القسمة .

لأنها حادثة في ملكه بعد أن ملك نصيبه من الثمر في عقد صحيح .(١)

وان كان أكثر من أجر مثلـه نظر الى مقدار أجر مثله يوم القسمة لا يوم أن صارت الثمر متقوما ، فيعطى مقداره من حصته مع ثلث التركة ان كان غير وارث ، وتوقف الزائد على الاجازة . وان كان وارثا توقف جميع الزائد على أجرة المثل على الاجازة من باقي الورثة .

لأن المحاباة لا تسلم الا من الثلث بعد قضاء الديون ، فيبقى الكل موقوفا على ملك المريض فيثبت حقه في الزيادة الحادثة الى يوم القسمة .(٢)

وأما الجمهور فقد أطلقوا القول باعتبار المحاباة وصية دون اشارة الى وقت اعتبار الزيادة .

والله أعلم .

****

---

(١) انظر : المبسوط ٢٣/١٣٢ .
(٢) انظر : المصدر السابق .

المبحث الخامس : المزارعة بالمحاباة في مرض الموت :

وهي في اللغة : مفاعلة من الزرع ،[١] يقال : زرع فلان البذر اذا طرحه وبابه منع يمنع و قطع يقطع .[٢]

وفي الاصطلاح : معاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها .[٣]

١ - ذهب الامام أبو حنيفة الى عدم جواز هذه المعاملة .[٤] وكذلك المالكية[٥] : اذا كانت أجرة العامل مما يخرج من الأرض ، الا في حال كونها تابعة للمساقاة ، وكانت نفقاتها على العامل .[٦] وبعدم جوازها قال الشافعية في المعروف عندهم .[٧]

وذلك لأدلة ذكرت في محلها من بابها في كتبهم .[٨]

٢ - وذهب الامام أبو يوسف ومحمد بن الحسن الى جوازها مطلقا ، سواء كان البذر من رب الأرض أم كان من العامل .[٩] وهو قول عند الحنابلة[١٠] ولهم قول آخر بجوازها ان كان البذر من رب الأرض ومنعها ان كان البذر من العامل .[١١]

وذلك لأدلة ذكرت في محلها من كتبهم .[١٢]

---

(١) انظر : المصباح المنير ١/٢٥٢ .
(٢) ترتيب القاموس للظاهر أحمد ٢/٤٤٦ ، ومختار الصحاح ص ٢٧٠ .
(٣) تبيين الحقائق ٥/٢٧٨ ، وفتح الجواد - باب المساقاة ١/٥٨١ .
(٤) تبيين الحقائق ٥/٢٧٨ .
(٥) موطأ مالك - كتاب المساقاة - مع المنتقى للباجي ٥/١٣٢ .
(٦) المصدر السابق .
(٧) روضة الطالبين ٥/١٩٦ .
(٨) يرجع لمعرفة أدلتهم الى كتبهم :
(٩) تبيين الحقائق ٥/٢٧٨ .
(١٠) كشاف القناع ٣/٥٣٥ .
(١١) المصدر السابق ٣/٥٣٤ - ٥٣٥ .
(١٢) يرجع في معرفة أدلتهم الى كتبهم :

وعلى قول المجيزين ، لو دفع مريض أرضه الى رجل مزارعة بجزء مما يخـــرج منهـــا واشترط للعامل أكثر من أجرة مثله ثم مات من مرضه ، فانهم يعتبرون الزائد وصية لـه .(١)

الا أن المجيزين من الحنفية فرقوا بين كون البذر منه وكونه مـــن العامل ، فاعتبروا الزائد وصية حال كون البذر منه فقالوا : ان النماء فـي تلك الحالة متولد من بذره وهو من أعيان ماله فيحجر عليه فيه .

أما ان كان البذر من العامل فلا يعتبرون الزائد وصية ، فقالوا : ان المريض متبرع في هذه الحالة بمنافع أرضه فلا حجر عليه في المنافـــع ، لعدم تعلق حقوق الغرماء والورثة بها .(٢) وذلك بناء على أصلهم أن المنافع ليست أموالا متقومـــة .

****

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ٢٣/١٢٨ - ١٢٩ ، وكشاف القنـــاع ٣/٥١٢ ، ومطالب أولي النهـــى ٣/٥٣٦ ، والانصاف ٥/٤٥١

(٢) انظر : المبســوط ٢٣/١٢٩ .

المبحث السادس : النكاح بالمحاباة في مرض الموت :

وهو في اللغة : الضم والاختلاط ، يقال : تناكحت الأشجار اذا انضم بعضها الى بعض ، ونكح المطر الأرض اذا اختلط بثراها .(١)

وفي الاصطلاح : عقد يفيد حل التمتع بأنثى .(٢)

أى وطأ ومباشرة وتقبيلا ، و غير ذلك من وجوه الاستمتاع والانتفاع .(٣)

عقد : جنس يشمل جميع العقود .

يفيد حل التمتع : قيد خرجت به العقود الأخرى ، وشراء الأمة لاستيلادها ، اذ ليس الأصل فيه حل التمتع ، بل الانتفاع العام وملك الذات .(٤)

واذا وقع النكاح في مرض موت أحد الزوجين ، الرجل أو المرأة ، فقد اختلف الفقهاء في حكمه :

١ - فذهب الجمهور من الحنفية(٥) ، وبعض المالكية(٦) والشافعية(٧) ، والحنابلة(٨) : الى جوازه وصحته كالصحيح .

---

(١) المصباح المنير للفيومي ٢/ ٦٢٤ .
(٢) انظر : أقرب المسالك مع الشرح الصغير ١/ ٣٧٤ .
(٣) انظر : الشرح الصغير لأحمد الدردير ١/ ٣٧٤ .
(٤) المصدر السابق .
(٥) انظر : جامع الفصولين ٢/ ٢٣٤ ، وكتاب الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن ٣/ ٤٩٠ .
(٦) الكافي لابن عبد البر - كتاب النكاح ١/ ٤٥١ .
(٧) فتح الجواد - باب الوصية ٢/ ٢١ ، وروضة الطالبين ٦/ ١٣٢ .
(٨) المغني لابن قدامة ٦/ ٩٤ ، والفروع مع تصحيحه - كتاب الوصايا ٤/ ٦٦٨ - ٦٦٩ .

واستدلوا بالمعنى المعقول ، وهو أن الزواج من حوائج الانسان الأصليـــة وهي مقدمة على حقوق الآخرين المتعلقة بماله من الغرماء والورثة فلا حجر عليه فيها .(١)

وبه قال : ابراهيم النخعي ، والثوري ، وقول الحسن البصـــري ، وقتادة : اذا دعت حاجته اليها في خدمتـة ونحوها .(٢)

فان كان في مرض موت الزوج وأصدق منكوحته بمهر المثل أو أقل منه صـــح من رأس المـــــال ، كما لو اشترى شيئا بثمن المثل .(٣)

وان أصدقها بأكثر من مهر المثل ، فالزيادة محاباة لها حكم الوصية ان مات من ذلك المرض .

فان كانت المنكوحة وارثة ، فهي تبرع على وارث توقف على اجازة باقي الورثة .(٤)

وان كانت غير وارثة كأن تكون ذمية والرجل المريض مسلم أو تكون أمـة وهـــو حرّ ، فلها مهر مثلها مع ثلث التركة اذا لم تجز الورثة الزيادة .(٥) لانتفـــاء الجمع بين الميراث والتبرع في هذه الحالـة .(٦)

وان وقع الزواج في مرض موت الزوجة ، وأصدقها زوجها بمهر المثـل أو أكثر منه صح بلا خلاف بين المجيزين . وان أصدقها بأقل من مهر مثلها .

---

(١) انظر : جامع الفصولين ٢/٢٣٤ .
(٢) المصنف لعبد الرزاق ـ كتاب النكاح ٦/٢٤٠ ـ ٢٤١ ، والمصنـف لابن أبي شيبـة ٤/٣٦٢ .
(٣) انظر : روضة الطالبين للنووي ٦/١٣٢
(٤) المصدر السابق . والمغني لابن قدامة ٦/٩٤ .
(٥) المصدران السابقـان .
(٦) روضـة الطالبـين ٦/١٣٢ .

فقد ذهب جمهور الشافعية الى اعتبار الناقص تبرعا له حكم الوصية للوارث ، ان كان الزواج بين شخصين متوارثين كمسلمين ، ولبقية الورثة المطالبة بتكميل الناقص الى مهر المثل .

واما ان كان بين شخصين غير متوارثين فلا يعتبرونه تبرعا كمسلم وذمية أو حر وأمة .(١)

فقالوا : ان المريض ممنوع من تفويت ما عنده من الأموال ، وتنازل المريضة عن بعض مهرها ليس بتفويت شيء موجود ، وانما هو امتناع من التحصيل والكسب ، وهي غير ملزمة بالكسب .(٢)

وان الحجر على المريض فيما يتوهم بقاؤه للورثة بعد موته والبضع لا يبقى بعد الموت .(٣)

قلت : لا يظهر من خلال هذين التعليلين فرق بين أن يكون الزوج المتنازل له وارثا أو يكون غير وارث .

الا اذا قيل كما قال ابن حجر الهيتمي(٤) : (انهم توسعوا في الوصية لغير الوارث بما لم يتوسعوا به في الوصية لوارث)(٥) .

---

(١) انظر : روضة الطالبين ٦/١٣٣ ، وفتح الجواد - باب الوصية ٢/٢١ .

(٢) و(٣) المصدران السابقان .

(٤) وهو : أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري شهاب الدين الفقيه المصري . له كتب منها : تحفة المحتاج لشرح المنهاج ، والفتاوى الهيتمية ، وفتح الجواد في شرح الارشاد ولد في محلة أبي الهيتم بمصر سنة ٩٠٩ هـ ، وتوفي سنة ٩٧٤هـ.
انظر : الأعلام للزركلي ١/٢٢٣

(٥) انظر : فتح الجواد ٢/٢١ ، وروضة الطالبين ٦/١٣٣ .

وأما الحنابلة فقد ذكروا القولين دون تفريق بين زوج وارث ، وزوج غير وارث .(١)

وقد صوب أبو الحسن علي بن سليمان من الحنابلة القول بعدم اعتبار الناقص وصيـــة .(٢)(٣)

لأنه امتناع من الكسب كما لو آجرت نفسها بأقل من أجرة مثلها .(٤)

٢ - وأما المالكية فقد ذهب جمهورهم الى عدم جواز النكاح في مـــرض موت أي مـــن الزوجين .(٥) وبه قال الزهري وعطاء .(٦)

واستدلوا بالمعقول أيضا ، وهو أن في زواج المريض ادخال وارث على الورثـــة الأصليين تنتقص به أنصباؤهم ، لأن من ضرورة صحة زواجهما وجوب التوارث بينهمـــا .

فكان متهما بقصد ادخال النقصان على ورثته فيمنع مما يتهم فيه معامـــلة له بنقيض القصـــد .(٧)

---

(١) الفروع - كتاب الوصايا - باب تبرع المريض ٤/٦٦٨ - ٦٦٩ .

(٢) وهو : علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد بن محمـــد المرداوي الصالحي الفقيه الحنبلي الدمشقي . ولد ببلدة مـــرداو سنة ٨١٧ هـ ، وله كتب منها : الانصاف في معرفة الراجـــح مـــن الخلاف ، والتنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع ، وتحرير المنقول في أصول الفقـــه ، والتحبير شرح التحرير ، وتصحيح الفـــروع . انظر : الأعلام للزركلي ٥/١٠٤ ، والفتح المبين للمراغـــي ٣/٥٣ - ٥٤ .

(٣) تصحيح الفروع مع الفروع للمرداوي ٤/٦٦٩ .

(٤) الفـــروع ٤/٦٦٨ .

(٥) الشرح الصغير لأحمد الدردير ١/٣٩٣ ، وبلغة السالك ١/٣٨٨ والكافي لابن عبد البر ١/٤٥٠ .

(٦) المصنف لابن أبي شيبة - كتاب النكاح ٤/٣٦٣ ، والمصنـــف لعبد الرزاق ٦/٢٤٠ - ٢٤١ .

(٧) الشـــرح الصغـــير ١/٣٩٤ .

وهذه التهمة يستوى فيها المريض والمريضة ، ويزيد المريض على المريضة بتهمة أخرى وهي ادخال صداق على ماله في وقت ليس له منه الا ثلثه ، ويلزم من القول بصحة زواجه أن يحسب الصداق من رأس المال ما لم يتجاوز مهر المثل ، فيؤخذ ما تعلق به حق الورثة والغرماء فيمنع ما فيه مساس بحقهم .(١)

هذا ويفسخ زواجهما عندهم قبل الدخول وبعده ما لم يصح المريض منهما .(٢)

فان صح لم يفسخ .(٣)

فان فسخ قبل الدخول فلا صداق للمنكوحة ولا ميراث ،(٤) وان فسخ بعده أو مات المريض منهما قبل الفسخ فان كانت الزوجة هي المريضة استحقت في قول الامام مالك الأقل من شيئين :

١ - الصداق المسمى .

٢ - مهر المثل .

واستحقت صداق المثل عند ابن القاسم كان مثل المسمى أو أقل منه أو أكثر.(٥)

وان كان الزوج هو المريض اعتبر صداق المنكوحة من ثلثه مقدما على الوصايا واستحقت في قول الامام مالك الأقل من ثلاثة أشياء :

١ - ثلث التركة .

٢ - الصداق المسمى .

٣ - مهر المثل .

---

(١) انظر : المدونة - نكاح المريض والمريضة ٢/٢٤٦ - ٢٤٧ .
(٢) بلغة السالك على الشرح الصغير ١/٣٨٨ .
(٣) الشرح الصغير لأحمد الدردير ١/٣٩٣ .
(٤) الكافي لابن عبد البر ١/٤٥٠ .
(٥) المدونة - كتاب الايمان والطلاق ٣/٣٧ ، والكافي لابن عبد البر ١/٤٥٠ - ٤٥١ ، وبلغة السالك ٢/٣٨٨ .

واستحقت في قول ابن القاسم الأقل من شيئين :

١ - ثلث التركة .

٢ - مهر المثل .(١)

تبين مما تقدم أن المالكية لا يعطون المنكوحة حال استحقاقها صداقا أكثر من صداق مثلها ، سواء على قول مالك أم على قول ابن القاسم.

نص عليه ابن عبد البر حيث قال : (فان سمى لها أكثر من صداق مثلها ، سقط ما زاد على صداق المثل)(٢) . كما لا يعطونها أكثر من الثلث ان كان أقل من مهر المثل .(٣)

سبب الخلاف :

وسبب الخلاف هو تعارض معنيين ، وهما اعتبار نكاحه من الحوائج الأصلية واعتباره ادخال وارث وصداق على الورثة .

فمن نظر الى المعنى الأول وهم الجمهور ورجحوه على المعنى الثاني قالوا بجواز نكاحه وصحته بمهر المثل من رأس المال ، واعتبار الزائد عليه وصية .

ومن نظر الى المعنى الثاني وهم المالكية ورجحوه على المعنى الأول قالوا بعدم جوازه وبفسخه قبل الدخول وبعده ، ومنع التوارث بينهما سدا للذريعة .

---

(١) المدونة ٣/٣٧ ، والكافي لابن عبد البر ١/ ٤٥٠ ، وبلغة السالك ٢/٣٨٨ .

(٢) انظر : الكافي لابن عبد البر - باب نكاح المريض ١/ ٤٥٠ .

(٣) المصدر السابق ١/ ٤٥٠ .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الحسن البصرى وقتادة من التفصيل أولى .

وهو أن ينظر الى حال المريض وظروفه ، فان ظهرت حاجته الى الزوجة لم يمنع من الزواج بها كما قال الجمهور .

لأن حاجته مقدمة على حقوق الآخرين في ماله ، وتهمة قصد الاضرار بأصحاب الحقوق في هذه الحالة غير قوية .

وان ظهر قصد الاضرار بهم ، بأن كانت حاجته اليها غير ظاهرة منع منه ، كما قال جمهور المالكية .

والله أعلم .

****

المبحث السابع : الخلع بالمحاباة في مرض الموت :

وهو في اللغة : النزع - بفتح الخاء - مصدر[١] . وبضمها اسم مصدر . يقال : خلعت النعل خلعا اذا نزعته[٢] .

وفي الاصطلاح : فرقة بين الزوجين بعوض من جهة المرأة[٣] .

بعوض من جهة المرأة : خرجت به الفرقة بلا عوض ، وهو المعروف بالطلاق .

واذا اختلعت امرأة من زوجها في مرض موت أحدهما ، فاما أن يكون الزوج هو المريض أو تكون الزوجة هي المريضة .

فان كان في مرض الزوج ، فقد اتفقت المذاهب الأربعة على صحته وأن مرضه غير مؤثر في الخلع ، فيعطى البدل المسمى ، سواء مات من ذلك المرض أم لا[٤] . لأنه يستفيد لورثته وغرماءه بأخذ بدل الخلع وليس بحفوت عليهم مالا[٥] . ولأن بضع المرأة لا يبقى لهم بعد موته لو لم يحصل خلع[٦] . فلا يحجر عليه فيما لا يبقى بعد الموت .

ولأنه لو طلق زوجته بلا عوض في مرض موته لصح طلاقه ولم يحسب من ثلثه[٧] .

---

(١) ترتيب القاموس المحيط ٢/٩٣ .
(٢) المصباح المنير ١/١٧٨ .
(٣) مغني المحتاج لمحمد الخطيب ٣/٢٦٢ .
(٤) المبسوط - كتاب الطلاق - باب الخلع ٦/١٩٣ ، والمدونة - خلع المريض ٢/٣٥٢ ، والكافي لابن عبد البر ١/٤٩٣ ، وروضة الطالبين ٧/٣٨٨ ، والمغني لابن قدامة ٧/٨٩ .
(٥) الكافي لابن عبد البر ١/٤٩٣ .
(٦) روضة الطالبين ٧/٣٨٨ .
(٧) المصدر السابق .

وللمالكية قولان آخران :

أحدهما : أنه يحرم خلع المريض ابتداء .

لأنه يتهم فيه بقصد حرمان المختلعة من الميراث ، فان وقع حسب عليه الطلاق (١) . وله بدل الخلع (٢) . وللمختلعة الميراث ان ماتت من ذلك المرض (٣) .

أجيب عنه : بأن مرض أحد الزوجين لا يمنع الطلاق ، فينبغي أن لا يمنع المقصود منه ، وهو ازالة ملك الزوج عن بضع المرأة بالخلع (٤) .

والثاني : أن خلعه غير جائز الا بصداق المثل ، فأقل . وما زاد عليه فهو وصية (٥) .

أجيب عنه : بأنه آخذ وليس بدافع ، والمعهود في هذا الباب أنه يحجر عليه فيما يدفعه زائدا على المألوف ان كان متهما لا فيما يأخذه وهو زائد .

وان اختلعت في مرض موتها ، وماتت من ذلك المرض فقد اختلف الفقهاء في بدل خلعها :

١ - فذهب جمهور الحنفية الى أن بدل الخلع يحسب من ثلثها ، كالوصية ، فيما زاد عليه وقف على الاجازة من الورثة ، ويبطل بالدين المستغرق لمالها (٦) .

---

(١) انظر : الخرشي ٤/١٨ ، والشرح الصغير مع بلغة السالك ١/٤٤٤
(٢) انظر : منح الجليل ٢/١٩٠ .
(٣) انظر : الشرح الصغير ١/٤٤٤ .
(٤) انظر : المنتقى للباجي - باب ما جاء في الخلع ٤/٦٦ .
(٥) انظر : الكافي لابن عبد البر ١/٤٩٣ .
(٦) انظر : المبسوط للسرخسي ٦/١٩٢ ، وفتح القدير ٤/٢٢٢ ، وكتاب الحجة على أهل المدينة ٤/٩٧ .

لأن بضع المرأة غير متقوم عند خروجه من ملك الزوج ، لأن الخـــروج اسقاط وهو شرف بذاته ، فلا يحتاج لاظهاره الى ايجاب مـال .(١)

بخلافه حال دخوله في ملك الزوج ، لأنه شريف ، فلم يشرع تملكه الا بعـوض اظهارا لشرفـــه .(٢)

فان كانت مدخولا بها وماتت في عدتها أعطى زوجها الأقل من ثلاثـة أشياء دفعا لتهمة المواضعة :

١ - ثلـث التركـــة .
٢ - بـدل الخـــلع .
٣ - ميراثـــه منهـــا .

وان لم تكن مدخولا بها أو ماتت بعد انقضاء عدتها أعطى زوجها الأقـــل من شيئـــين :

١ - ثلث التركـــة .
٢ - بـدل الخـــلع .(٣)

لأن سبب الميراث بينهما باق حال وفاتها في العدة ، لجواز أن يكون قصدها ايصال منفعة مالية الى زوجها ، وهي تهمة تتصور في الزائد على قدر ميراثـه منها وأما قدره فأقل فلا تهمة فيه(٤) . لأنه حقه لو لم يحصل خلع .

وفي حال وفاتها بعد العدة أو حال كونها غير مدخول بها ، فـان البدل وصية لغير وارث ، لانقطاع سبب الارث بينهما بانتهاء العدة فـــي الأولى ، وانتفائها في الثانيـة .(٥)

---

(١) انظر : المبسوط ٦/١٩٢ ، وفتح القدير ٤/٢٢٢ ، والدر المختـار مع حاشية ابن عابدين ٣/٤٦٠ .
(٢) انظر : فتح القدير لابن همام ٤/٢٢٢ .
(٣) انظر : المبسوط ٦/١٩٢ ، وفتح القدير ٤/٢٢٢ .
(٤) انظر : المبسوط ٦/١٩٢ .
(٥) انظر : المبسوط ٦/١٩٣ .

٢ - وأما المالكية فلهم فيه ثلاثة أقوال :

أحدها : أن خلعها غير صحيح ، فان فعلته بطل في جميع البدل قل أو كثر .

وطولب الزوج برده اليها في حياتها والى ورثتها بعد موتها .(١)

وبهذا فسر ابن الموّاز(٢) قول الامام مالك في رواية ابن القاسم بأنه لا يجوز للمريضة أن تختلع بجميع مالها .(٣)

والثاني : أنه جائز بخلع المثل فأقل ، فما زاد عليه يوقف على الاجازة من الورثة . وهو رواية ابن عبد الحكم(٤) عن الامام مالك .(٥)

---

(١) انظر : الخرشي على خليل ٤/ ٢٠ ، وحاشية العدوى على الخرشي ٤/ ٢٠ .

(٢) وهو : أبو عبد الله محمد بن ابراهيم الاسكندرى المعروف بابن الموّاز الفقيه المالكي ، له كتب منها الكتاب المعروف بالموازية من أجلّ كتب المالكية ، وقد رجحه بعضهم على سائر الأمهات . ولد سنة ١٨٠ هـ وتوفي بدمشق سنة ٢٦٩ هـ ، وقيل : غير ذلك .
انظر : الديباج المذهب ٢/ ١٦٦ - ١٦٧ ، وشجرة النور الزكية ص ٦٨ .

(٣) المدونة ٢/ ٣٥٢ ، والمنتقى للباجي ٤/ ٦٦ ، والخرشي على خليل ٤/ ٢٠ .

(٤) وهو : أبو محمد عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن الليث من أصحاب الامام مالك وروى عنه الموطأ ، وكان من أعلم أصحابه . ولد بمصر سنة ١٥٥ هـ ، وتوفى سنة ٢١٤ هـ .
انظر : الديباج المذهب ١/ ٤١٩ - ٤٢٠ ، وشجرة النور الزكية ص ٥٩ .

(٥) انظر : المنتقى للباجي ٤/ ٦٦ .

والثالث : أنه جائز بمقدار ميراثه منها فأقل ، وما زاد عليه يوقف على الاجازة وهو قول ابن القاسم وابن نافع[1] [2] . وإليه ذهب الحنابلة[3] ، والثوري واسحاق[4] .

واستدلوا على القول الأول بأن المريضة أرادت أن تأخذ بدل الخلع من رأس المال عاشت أو ماتت ، وهو جور ظاهر ، فوجب بطلانه ، وإن كان أقل من ميراثه منها[5] ، معاملة لهما بنقيض قصدهما .

واستدلوا على القول الثاني بأن الخلع معاوضة بما يرسل الزوج عن ملك البضع ، وهي غير ممنوعة من المعاوضة بما لها في مرض موتها ما لم تشتمل على محاباة ، فلا محاباة في قدر خلع المثل ، فلا يمنع منه ، وإن زاد عليه ردت الزيادة الا اذا أجازتها الورثة[6] .

---

(١) وهو : أبو محمد عبد الله بن نافع المعروف بالصائغ ، من أصحاب الامام مالك ، وهو المذكور في المدونة ، سمع منه سحنون وسماه مقرون بسماع أشهب في العتبية . توفي سنة ١٨٦ هـ .
انظر : الديباج المذهب ١/٤٠٩ - ٤١٠ ، وشجرة النور الزكية ص ٥٥ .

(٢) المدونة ٢/٣٥٢ .

(٣) المغني لابن قدامة ٧/٨٨ .

(٤) المصنف لعبد الرزاق - باب الطلاق ٧/٦٦ .

(٥) انظر : حاشية العدوي على الخرشي ٤/٢٠ .

(٦) المنتقى للباجي ٤/٦٦ - ٦٧ .

واستدلوا على القول الثالث ، بأن الميراث حق للزوج لو ماتت بلا مخالفة فلا تهمة في خلعها بقدره أو بأقل منه ، وما زاد عليه رد الى ورثتها الا اذا أجازوه ، لأنه محاباة .(١)

هذا وقد جمع عياض(٢) وأكثر المالكية بين ما ذهب اليه ابن القاسم وابن نافع ورواية ابن القاسم عن الامام مالك بمنع خلعها ، بأن قول مالك محمول على ما زاد على قدر ميراثه منها ، وأما قدره فما دونه فيجوز أن تختلع به .(٣)

٣ - وذهب الشافعية(٤) ، وزفر(*) من الحنفية(٥) ، الى أن الزوج يعطى مهر المثل فما زاد عليه فهو وصية يعتبر من الثلث(٦) .

---

(١) المنتقى للباجي ٤/٦٦-٦٧ ، والمغني لابن قدامة ٧/٨٨ .

(٢) وهو : أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض بن عمرو القاضي اليحصبي أحد الأعلام في الفقه وفي أصوله والحديث والتفسير والنحو واللغة . له كتب منها : تدريب المدارك في تقريب المسالك لمعرفة أعلام المذهب والالماع في ضبط الرواية والسماع . ولد سنة ٤٩٦ هـ ، وتوفي بمراكش سنة ٥٤٤ هـ .
انظر : الديباج المذهب ٢/٤٦ ، وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ١٤٠-١٤١ .

(٣) انظر : الخرشي على خليل ٤/٢٠ ، وبلغة السالك مع الشرح الصغير ١/٤٤٥ .

(٤) انظر : روضة الطالبين ٧/٣٨٧ .

(٥) انظر : المبسوط للسرخسي ٦/١٩٢ .

(٦) انظر : روضة الطالبين ٧/٣٨٧ .

(*) وهو : أبو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري الفقيه ، من أصحاب الامام أبي حنيفة ، أصله من أصبهان ، ولد سنة ١١٠ هـ ، وتوفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ .
انظر : الفوائد البهية ص ٧٥-٧٦ ، والأعلام للزركلي ٣/٧٨ .

واستدلوا بالقياس : فقاسوا خلع المريضة على نكاح المريض باعتبار كل منهما من الحوائج الأصلية ، لما في الخلع من تخلص المختلعة من أذى زوجها[1] . فيعتبر بدل الخلع من رأس المال ان كان في حدود مهر المثل كما يحسب منه صداق المثل في نكاح المريض فما زاد عليه اعتبر من الثلث ، لأنه محاباة لغير وارث لخروج الزوج من الارث بالخلع[2] .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه القائلون بصحة خلعها بقدر ميراث الزوج منها أولى بالاختيار .

لأنها كما قالوا غير متهمة في قدرها ، لكونه حق الزوج من التركة لو لم تحصل مخالعة بينهما .

بخلاف ما لو جعل الثلث حدا أعلى كما يقول الحنفية ، لأنه في حال وفاتها بعد العدة أو حال كونها غير مدخول بها قد يكون كل من الثلث والبدل المسمى أكثر من ميراثه منها ، فتتهم بقصد ايصال الزيادة الى زوجها لأنها متسببة في اخراجه من الميراث بالخلع .

وكذلك لا تسلم من التهمة اذا جعل خلع المثل أو مهر المثل حدا أعلى للبدل ، كما يقول المالكية في رواية ابن عبد الحكم ، والشافعية وزفر من الحنفية ان كانا أكثر من ميراثه منها .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي ١٩٢/٦ .
(٢) المصدر السابق ، ومغني المحتاج لمحمد الخطيب الشربيني ٢٦٤/٣ - ٢٦٥ .

وموجب الحجر في هذا الباب هو تهمة الايثار أو الفرار بالمال .

واعتبار الزوج غير وارث بالخلع كما يقول الحنفية في بعض الحالات والشافعية ، لا يبرأ المريضة من التهمة ، لأنها متسببة في خروجه من الارث باقدامها على الاختلاع منه في مرضها .

وأما ما ذهب اليه المالكية في أحد أقوالهم من القول ببطلان جميع البدل لوجود جور في قصدها ، فيمكن أن يجاب عنه بأن الجور المذكور يمكن أن يزال برد الزائد على ميراثه منها الى الورثة ، لانتفاء الجور في اختلاعها بقدره ، لكونه حقا له ، لو لم يحصل خلع .

والله أعلم بالصواب .

****

الفصل الرابع : مسائل تتعلق بحساب تبرعات المريض من الثلث والرجوع فيها :

وفيه تسعة مباحث :

المبحث الأول :

وقت اعتبار المتبرع له وارثا أو غير وارث .

المبحث الثاني :

اجازة الورثة .

المبحث الثالث :

تلف الزائد على الثلث وما كان لوارث عند المتبرع له .

المبحث الرابع :

نماء المتبرع به قبل الموت .

المبحث الخامس :

رجوع المريض في تبرعاته .

المبحث السادس :

ما يعتبر فيه الثلث من أموال المريض .

المبحث السابع :

وقت اعتبار ثلث المريض .

المبحث الثامن :

الترتيب بين تبرعات المريض عند ضيق الثلث .

المبحث التاسع :

وجوه الاتفاق والاختلاف بين التبرعات المنجزة في مرض الموت والمعلقة بالموت .

-/-/-/-/-

المبحث الأول : وقت اعتبار المتبرع له وارثا أوغير وارث :

قد نص الحنفية (١) ، والمالكية (٢) ، والشافعية (٣) ، والحنابلة (٤) في المعتمد على أن المعتبر في كون من يتبرع له المريض وارثا أوغير وارث هو حال موته .

لأن عطية المريض وصية حكما لاعتبارها من الثلث (٥) . والموصى له لا يعتبر وارثا أوغير وارث الا عند موت الموصي ، بالاتفاق (٦) .

فان كان غير وارث عند الموت كان تبرعا على غير وارث ، ولو كان وارثا يوم التبرع .

كمريض وهب أخاه هبة وقبضها ، وهو وارثه ، ثم ولد للمريض ابن قبل موته ، صحت الهبة من الثلث بلا اجازة لحجب الأخ من الميراث بالابن .

وان كان وارثا حين الموت كان تبرعا على وارث ولو كان غير وارث يوم التبرع . كما لو كان الأخ محجوبا في المثال السابق بالابن يوم التبرع ثم مات الابن قبل موت المريض .

هذا وللحنابلة قول آخر ، وهو اعتبار حال التبرع لا حال الموت ، فعليه تصح المسألة المتقدمة بالطريقة المعاكسة (٧) .

****

---

(١) تبيين الحقائق ٦/١٨٢ ، وبدائع الصنائع ١٠/٤٨٥٤ ، والهداية مع تكملة الفتح ١٠/٤٢٣ - ٤٢٤ .
(٢) المنتقى للباجي ٦/١٧٩ .
(٣) الأم للشافعي ٤/٣٠ .
(٤) تصحيح الفروع مع الفروع ٤/٦٧٠ .
(٥) تبيين الحقائق ٦/١٨٢ .
(٦) تبيين الحقائق ٦/١٨٢ ، والخرشي على خليل ٨/١٨٠ ، وروضة الطالبين ٦/١١١ ، والانصاف ٧/٢٠٠ .
(٧) تصحيح الفروع للمرداوي ٦/٦١٠ .

المبحث الثاني : اجازة الورثـــة :

والاجازة : هي الامضاء والانفاذ .(١)

لقد شرع الاسلام الحكيم ثلث مال المريض حقا له يصرفه في وجوه الخير تفضلا عليـــه .

فاذا زاد عليه في تبرعه أو تبرع بشيء من ماله على بعض ورثته فانـــه يكون متصرفا في حق الورثة ان مات من مرضه ، فلهم أن يسترجعوه ولهـــم أن يجيزوا تصرفه فيه . لذا يوقف الى حين موته حتى تخيّر الورثـــــة بين اجازتـــه ورده .

فان أجازوه وكانوا أهلا للتبرع(٢) ، صح تصرفه ، وان أجاز بعضهـــم دون بعض جاز في حق المجيز بقدر حصته دون غيره ، لولايته على نفسه دون باقي الورثـــة .(٣)

هذا وفي هذا المبحث فرعان :

أحدهما : اجازة الورثة هل هي تنفيذ أو ابتداء عطية ؟

والثاني : وقت اعتبار اجازتهـــم .

---

(١) انظر : المصباح المنير ١١٤/١ ، وترتيب القاموس المحيط ٥٥٥/١ .

(٢) يشترط الفقهاء أن يكون المجيز أهلا للتبرع بأن يكون بالغا عاقـــلا غير مريض مرض الموت .
انظر : تبيين الحقائق ١٨٣/٦ ، وحاشية العدوي على الخرشي ١٧١/٨ ، وفتح الجواد ١٨/٢ .

(٣) تبيين الحقائق ١٨٣/٦ ، والمنتقى للباجي ١٨٠/٦ ، وفتـــح الجـواد ١٨/٢ .

الفرع الأول : اجازة الورثة هل هي تنفيذ أو ابتداء عطية :

واذا أجازت الورثة تصرف المريض في الزائد على الثلث أو تبرعه على وارثه ، فقد اختلف الفقهاء في اعتبارها تنفيذا لفعل المريض أو ابتداء عطية منهم .

١ - فذهب الحنفية (١) ، وبعض المالكية (٢) والشافعية في أظهر قوليهم (٣) والحنابلة في أصح الروايتين عن الامام أحمد (٤) : الى أنها تنفيذ لفعل المريض ، وليست ابتداء عطية منهم .

واستدلوا بالمعقول ، وهو :

أن تصرف المريض صادر من أهله وواقع في محله ، لأن ملك المال له حال حياته ، وكان الأصل فيه أن ينفذ ، وانما امتنع منه ، لمانع وهو حق الورثة المتعلق بماله .

فاذا أجازوا فقد زال المانع فينفذ بالسبب الأول ، لا بازالة المانع ، لأن ازالته شرط . والحكم بعد وجود الشرط يضاف الى السبب لا الى الشرط (٥) .

ولأن المال باق على حكم ملكه بعد موته . يدل على ذلك تقديم حوائجه كتجهيزه وقضاء ديونه على حق الورثة في تركته بعد الموت . وهم لا يملكون منها الا ما فضل عن تلك الحوائج لا ما كان مشغولا بها ، فاذا

---

(١) تبيين الحقائق ٦/١٨٣ ، وتكملة الفتح مع الهداية ١٠/٤٢٠ .
(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٤٢٧ ، وحاشية العدوى على الخرشي ٨/١٧١ ، ومنح الجليل ٤/٦٥٠ ، والمنتقى للباجي ٦/١٥٧ ، وشرح ميارة على تحفة الحكام ٢/٢١٨ .
(٣) روضة الطالبين ٦/١٠٩ ، ومغني المحتاج ٣/٤٧ ، ونهاية المحتاج ٦/ ٥٤ - ٥٥ .
(٤) الانصاف ٧/١٩٥ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٣ ، والشرح الكبير مع المغني ٦/٤٣٧ .
(٥) بدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٦ - ٤٩٢٧ .

تبرع صار المال مشغولا بتبرعه ، ولكن الشارع قد جعل لهم حق النقض فيما زاد على الثلث ، وما كان لوارث لما فيه من ابطال حقهم أو ايثار بعضهم على بعض .

فاذا تنازلوا عن حقهم فيه بالاجازة تبين أن ملك المتبرع به لم ينتقل اليهم فكانت اجازتهم تنفيذا لعقد المريض كاجازة المرتهن بيع الراهن للعين المرهونة (١) ، وكعفو الشفيع من الشفعة بعد البيع (٢) .

٢ - وذهب المالكية في المشهور (٣) الى أنها ابتداء عطية من الورثة ، فتحتاج الى شروط العطية ، قبل المانع . وهو قول للشافعية (٤) ، والرواية الثانية عند الحنابلة (٥) .

واستدلوا بأن الوصية بالزائد على الثلث وما كان لوارث تقع باطلة لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - عن الزيادة على ثلث ماله (٦) . ولقوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة) (٧) ، وما وقع باطلا لا تلحقه الاجازة (٨) .

---

(١) تبيين الحقائق ٦/١٨٣ .
(٢) نهاية المحتاج ٦/٥٤ - ٥٥ ، ومغني المحتاج ٣/٤٧ ، وحاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج ٦/٥٤ .
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٤٢٧ ، والتمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ٨/٣٨١ .
(٤) روضة الطالبين ٦/١٠٩ .
(٥) المغني لابن قدامة ٦/١٣ ، والقواعد لابن رجب ، قاعدة ١٠ ص ٣٩٦ .
(٦) تقدم حديث سعد بن أبي وقاص بطوله ، وهو مما اتفق عليه البخاري ومسلم .
(٧) انظر : السنن الكبرى للبيهقي - كتاب الوصايا - باب نسخ الوصية للوالدين ٦/٢٦٤ .
(٨) انظر : نهاية المحتاج ٦/٥٤ - ٥٥ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٣

وقد روى القول ببطلان الوصية بالزائد وط كان لوارث عن ابن عبدالحكم من أصحاب الامام مالك .(١)

الا أنه قد ورد في كتب المالكية أن اعتبار اجازة الورثة ابتداء عطيـــة متفرع على القول بصحة الوصية بزائد الثلث وللوارث ، وأن المقصود من قولهم (ابتداء عطية) هو تشبيهها بالعطية المبتدأة في الافتقار الى الحـــوز لأحقيتها ، والا لما سموها اجازة ، لأن الباطل لا يجوز .(٢)

وعلى هذا يكون مستند قول المالكية هنا غير ظاهر . لأنه يلزم مـــن القول بصحة تصرف المريض أن تكون الاجازة تنفيذا لعقده .

ويوحي القول بكون الاجازة ابتداء عطية أن يكون عقده غير معتبر ، لذا قال بعض(٣) المالكية ان اعتبار الاجازة تنفيذا أقوى من المشهور في المذهب .(٤)

ثمرة الخـــلاف :

ان من ثمار هذا الخلاف ما يلي :

١ - على القول بأن الاجازة تنفيذ يكفي فيه لفظ الاجازة ولا يحتاج الـــى تجديد القبول والقبض .

وعلى القول بأنها ابتداء عطية فانها تحتاج الى شروط العطية مـــن قبول وقبض وغيرهمـــا .(٥)

---

(١) انظر : حاشية العدوى على الخرشي ٨/١٧١ .

(٢) حاشية العدوى ٨/١٧١ ، وحاشية الدسوقي ٤/٤٢٧ .

(٣) منهم أبو علي الحسن بن رحال .

(٤) انظر : حاشية أبي علي شرح ميارة على تحفة الحكام ٢/٢١٨ .

(٥) روضة الطالبين ٦/١٠٩ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٣ .

٢ - على القول بأنها تنفيذ يملك المتبرع له العين المتبرع بها بمجرد صدور لفظ الاجازة .(١) فليس للمجيز بعد ذلك الرجوع فيها وان كان قبل قبضها منه .

وعلى القول بأنها ابتداء عطية فللمجيز الرجوع فيها قبل قبضها منه .(٢)

٣ - ولو أعتق عبدا في مرض موته ولا مال له غيره وأجازت الورثة عتقه ، فان الولاء كله للميت على القول بأن الاجازة تنفيذه ، وعلى القول بأنها ابتداء عطية فله ولاء ثلث العبد ، وللورثة ولاء الثلثين .(٣)

٤ - وعلى القول بأنها تنفيذ يكون فعل المريض محمولا على الصحة حتى يرده الورثة ، وعلى القول بأنها ابتداء عطية يكون محمولا على الرد حتى يجيزه الورثة .(٤)

المذهب المختار :

ان المذهب القائل باعتبار الاجازة تنفيذا لفعل المريض أولى بالاختيار .

لأن عقد المريض صادر من أهله حال وقوعه لكونه مالكا بالغا عاقلا وليس للورثة الا حق النقض في الزائد على الثلث ، وما كان لوارث ، فاذا تنازلوا عن حقهم بقي العقد صحيحا في الجميع .

وأما النهي الوارد في هذا الباب فلا يقتضي فساد العقد في الزائد ولا فيما كان لوارث .

---

(١) روضة الطالبين ٦/١٠٩ ، والمغني لابن قدامة ٦/١٣ .
(٢) تبيين الحقائق ٦/١٨٣ .
(٣) روضة الطالبين ٦/١٠٩ .
(٤) تبيين الحقائق ٦/١٨٣ ، وحاشية الدسوقي ٤/٤٢٧ ، وفتح الجواد ٢/١٨ .

لأن قوله صلى الله عليه وسلم (لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثة) يدل على صحة العقد ، لأن الاجازة تنافي البطلان ، لأنها امضاء وانفاذ لحاصل .

ولأن النهي يقتضي الفساد ان كان راجعا لذات المنهي عنه كالنهي عن شرب الخمر ، وأما ان كان راجعا لأمر خارج عن المنهي عنه ، فانه لا يقتضي الفساد في قول الأكثر (١) . والنهي هنا خارج عن المنهي وهو رعاية الوارث (٢) .

---

(١) جاء في الأحكام لأصول الأحكام للآمدي ما نصه : (ولا نعرف خلافا في أن ما نهى عنه لغيره أنه لا يفسد كالنهي عن البيع في وقت النداء يوم الجمعة الا ما نقل عن مذهب مالك وأحمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه) .

انظر : الأحكام للآمدي ٢/١٨٨ .

وجاء في شرح تنقيح الفصول تحت قوله : الفصل الثالث : في لازمه هو عندنا يقتضي الفساد خلافا لأكثر الشافعية والقاضي أبي بكر منا)

انظر : تنقيح الفصول للقرافي ص ١٧٣ .

وجاء في المسودة للحنابلة : (فان تعلق النهي بمعنى في غير المنهي عنه دل أيضا على الفساد كالبيع بعد النداء والصلاة في المغصوبة عند أصحابنا) .

انظر : المسودة ص ٨٣ .

قلت : في هذين النصين اشارة الى ما قاله الآمدي عن المالكية والحنابلة في المسألة .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٦/٥٤ - ٥٥ .

الفرع الثاني : وقت اعتبار اجازتهم :

ان اجازة الورثة اما أن تكون قبل الموت أو بعده .

وقد اتفق العلماء على جوازها ولزومها اذا كانت بعد الموت ، فلا تملك الورثة الرجوع عنها (١) ، لأنها بعد ثبوت الحق والملك لهم في المال .

واختلفوا فيما اذا وقعت الاجازة قبل موت المورث :

١ - فذهب الجمهور من الحنفية (٢) ، وعبد الملك (٣) من المالكية (٤) والشافعية (٥) والحنابلة في المعتمد (٦) : الى أن الاجازة في حياته غير لازمة للورثة ، فلهم الرجوع عنها بعد الموت ان شاءوا سواء كانت في مرض موته أم لا .

---

(١) المنتقى للباجي ٦/١٨١ .
(٢) تبيين الحقائق ٦/١٨٣ ، وتكملة الفتح ١٠/٤١٩ .
(٣) روى ذلك عن عبد الملك في المجموعة ، ونقله الباجي في المنتقى على الموطأ .
هذا وهناك عدد ممن سموا بعبد الملك من مشاهير المالكية ممن تقدموا على الباجي في الطبقة ، الا أنه يبدو أن المقصود هنا هو عبد الملك بن الماجشون ، من أصحاب الامام مالك من أهل المدينة . وذلك لقرينة ذكره مع أصحاب مالك في المنتقى عن المجموعة كأشهب وابن نافع ٦/١٨٠ .
وهو : أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة (ميمون) وقيل (دينار) الماجشون ، وسمي بذلك اما لحمرة وجهه أو نسب به الى موضع بخراسان . كان عبد الملك مفتي أهل المدينة في زمانه . توفي سنة ٢١٢ هـ وقيل : ٢١٣ هـ وقيل : ٢١٤ هـ .
انظر : الديباج المذهب ٢/٧ ، وشجرة النور الزكية ص ٥٦ .
(٤) المنتقى للباجي ٦/١٨١ .
(٥) المهذب للشيرازي ١/٥٨٨ ، ومغني المحتاج ٣/٤٤ .

وبه قال : عبد الله بن مسعود ، وشريح ، وابراهيم النخعي ، وسفيان الثوري (١) ، وطاوس (٢) ، واسحاق بن راهويه (٣) .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن اجازتهم قبل الموت تقع قبل ثبوت ملكهم لمال مورثهم ، لأن حقهم انما يثبت في تركته عند وجود شرطه وهو موت المورث ، لأنه وقت العلم بكون مرضه مرض موت الا أن ذلك الحق اذا ثبت عند الموت استند الى أول المرض ، والاستناد انما يظهر في القائم لا في الماضي ، واجازتهم قد مضت ساقطة لعدم مصادفتها محلها ، وكل ساقط في نفسه مضمحل وملاش ، فلا تلحقه الاجازة (٤) .

ولأن الموت هو وقت لزوم الوصية ، وعطية المريض في معناها لاعتبار كل منهما من الثلث (٥) .

---

(١) الانصاف ٢٠١/٧ ، ومطالب أولي النهى ٤٥٣/٤ .

(٢) وهو : أبو عبد الرحمن طاوس بن كيسان اليماني الحميري الجندي من سادات التابعين ، توفي سنة ١٠٦ هـ في قول الجمهور، وذلك بمكة المكرمة .
انظر : تهذيب التهذيب ٨/٥ وما بعدها ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢٥١/١ .

(٣) المصنف لعبد الرزاق ٨٧/٩ ، وسعيد بن منصور في سننه ص ١٠٠ ، والمصنف لابن أبي شيبة ١٥٢/١١ - ١٥٣ ، والاستذكار لابن عبد البر ١٦٩/٥ .

(٤) انظر : بدائع الصنائع ٤٩٢٧/١٠ ، وتبيين الحقائق ١٨٣/٦ .

(٥) انظر : مطالب أولي النهى ٤٥٣/٤ .

ولأنه قد يموت ذلك الوارث المستأذن قبل مورثه ، فلا يكون وارثـــا ، فمن أجاز فلا حق له فيه ، فليس فعله ذلك بلازم له ، وقد يكون وارثـــــه غير المجيز اما لموته قبل مورثه ، واما لحجبه بوارث آخر وجد بعد الاجازة .(١)

٢ - وذهب المالكية في المشهور الى أن اجازتهم لازمة لهم ان كانـــت في مرض موت مورثهم ، فلا يكون لهم حق الرجوع عنها بعد موتـــه .(٢)

وبـــه قال الزهري ، وابن أبي ليلى(٣) ، والحسن ، وعطاء .(٤)

الا أن المالكية استثنوا من ذلك اجازة من يعتبر رضاهم ناقصا منهم ، كمـــن في نفقة المورث مثل البنات الأبكار والزوجات ومن له عليه دين ومن تحت ساطانه وهو يخافه ، وكذلك من يجهل مثله أن له الرد ، فان اجازة هؤلاء غير لازمة لهم عندهم ، ولو وقعت في مرض موت المورث ، لدلالة القرائن على اختـــلال رضاهم بها فلهم الرجوع عنها بعد الموت ان شاءوا .(٥)

روى ذلك عن ابن القاسم وغيره عن الامام مالك .(٦)

---

(١) انظر : الاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٩ ، والمنتقى للباجي ٦/١٨١ .

(٢) انظر : المدونة ٦/٧٥ ، والمنتقى للباجي ٦/١٨١ ، والاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٩ .

(٣) وهو : محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى (يسار وقيل : داود) ابن بلال الأنصاري الكوفي ، ولد سنة ٧٤ هـ ، وكان فقيها مجتهدا وتوفي بالكوفة سنة ١٤٨ هـ .
انظر : وفيات الأعيان لابن خلكان ٣/٣١٩ - ٣٢٠ ، والأعلام ٧/٦٠ ، والفتح المبين ١/٩٩ .

(٤) انظر : المصنف لعبد الرزاق ٩/٨٧ ، وبدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٧ ، والاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٩ .

(٥) انظر : المدونة ٦/٧٥ ، والمنتقى للباجي ٦/١٨١ ، والخرشـــي على خليل ٨/١٨٠ ، والشرح الكبير ٤/٤٣٧ .

(٦) انظر :الاستذكار لابن عبد البر ٥/١٦٩ .

واستدلوا بالذريعة ، والمعقول :

أما الذريعة : فقالوا : ان القول بعدم لزوم اجازتهم في مرض موت مورثهم ذريعة يتوصل بها الناس الى منع أمر شرعي وهو جواز الوصية . كأن يوصي رجل أو يتبرع في مرض موته على بعض ورثته باجازة باقي الورثة ، ويقتصر على تلك الوصية ، ثم يختارون الرجوع عنها بعد موته .(١)

وأما المعقول : فهو أن عطايا المريض مرض الموت تعتبر بالثلث لتعلق حقوق الورثة بماله من أول نزول المرض في جسمه ، فاذا تعلق به حقهم صارت لهم شبهة ملك فيه ، فاذا أسقطوا حقهم في تلك الحالة لزمهم ذلك الاسقاط ولم يكن لهم حق المطالبة به بعد الموت لاستناد حقهم في المال الى أول المرض .(٢)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار :

لأنه يمكن أن يجاب عن الذريعة التي استدل بها المالكية ، بأن الشارع قد أباح للمورث أن يتبرع بثلث ماله على غير وارثه بلا حاجة الى اذن الورثة فلا تكون في الرجوع عن الاجازة في الوصية لوارث وما زاد على ثلثه ذريعة الى منع مطلق الوصية التي أمر بها الشارع لجوازها في الثلث دون اجازة .

---

(١) الموطأ مع المنتقى للباجي ٦/ ١٨٠ - ١٨١ .

(٢) المنتقى للباجي ٦/ ١٨١ ، والموافقات للشاطبي ١/ ١٨٤ .

ولأن القول بلزوم الاجازة قبل الموت يستلزم وجود حقيقة الملك لهم في مال مورثهم قبل شرطه ، لأن ملكهم لماله له سبب وشرط ، فسببه هو المرض المخوف ، وشرطه اتصال الموت بذلك المرض ، والحكم اذا كان متوقفا على شرط لا يثبت الا عند تحقق ذلك الشرط في قول الجمهور .(١)

فالاذن باسقاط الحق في التركة قبل اتصال الموت بالمرض فرع عن ثبوت حقيقة الملك فيها ، ولا تثبت لهم حقيقة الملك فيها الا بالموت ، فلا يلزمهم ذلك الاسقاط لعدم مصادفته محله كما قال الجمهور .(٢)

والله أعلم .

****

---

(١) انظر : الموافقات للشاطبي ١/١٨٢ .
هذا وقد ذكر الشاطبي وجها آخر لتعليل هذه المسألة على مذهب المالكية ، وهو اعتبار كل من المرض المخوف والموت سببا مستقلا يقتضي كل منهما ما لا يقتضيه الآخر .
انظر : الموافقات ١/١٨٤
قلت : الا أن اعتبار المرض المخوف سببا والموت شرطا أوضح .
والله أعلم .

(٢) انظر : تكملة الفتح على الهداية ١٠/٤١٩ .

المبحث الثالث : تلف الزائد على الثلث وما كان لوارث عند التبرع له :

وإذا قبضت تبرعات المريض المنجزة كالهبة ، وتلفت وهي عند المتبرع له ، وتبين بعد الموت أنها أكثر من ثلث التركة ، ولم تجز الورثة الزائد وما كان لوارث ، فلا يخلو الحال من ثلاثة :

١ - أن يتلفها المتبرع له بتصرفه .

٢ - أن يتلفها غيره .

٣ - أن تتلف بنفسها .

فقد أطلق الحنفية القول باعتبار المتبرع له ضامنا لما تلف عنده دون أن يفرقوا بين ما تلف بفعله أو فعل غيره أو آفة .(١)

جاء في جامع الفصولين للحنفية : (ولو زادت المنفذة " في مرض الموت " على الثلث ، فللورثة استرداد ما زاد لو قائما ويضمن القابض لو هالكا) .(٢)

وأما الشافعية فقد ذهبوا الى التفصيل فقالوا بتضمينه ما تلف بفعله ، لأن يده عندهم يد أمين ، والأمين ضامن اذا هلكت الأمانة بتعد منه فاتلافه لها بالتصرف فيها تعد منه .

وبعدم تضمينه ما تلف بفعل غيره أو تلفت بنفسها ، لأنه لا ضمان على الأمين في غير تعد .

فيضمن الغير ما أتلفه ، لأنه مباشر ، والمباشر ضامن لما فعلته يده .(٣)

****

---

(١) لعل هذا الاطلاق مبني على أن يده يد ضمان بالقبض . والله أعلم .

(٢) انظر : جامع الفصولين ٢/ ٢٤٥ .

(٣) انظر : فتح الجواد لابن حجر الهيتمي ٢/ ٢٠ .

المبحث الرابع : نماء تبرعات المريض المنجزة :

ان تبرعات المريض المنجزة موقوفة الى حين الموت ليعلم خروجها من الثلث ، فان بقيت على حالها بلا نماء الى حين الموت أعطيت المتبرع له ان خرجت من ثلث التركة ، وكانت لغير وارث أو أجازها الورثة ان كانت زائدة على الثلث أو كانت لوارث .

وان حدث فيها نماء قبل موته سواء كان متصلا كتعلم العبد المعتق في مرض الموت أو كان منفصلا ككسب البهيمة الموهوبة ولبنها وصوفها وولدها ، وثمرة الشجرة الموهوبة وأجرة العقار وغيرها .

فان للمالكية قولين فيمن يكون له ذلك النماء ، أهو المتبرع له أم المريض ؟

أحدهما : أن النماء للمتبرع له ، فلا يقوم مع الأصل في ثلث التركة ، وانما يقوم الأصل فقط فان خرج منه أعطي المتبرع له مع نمائه .

وهذا احدى روايتي ابن القاسم في المدونة (١) ، وبه قال الشافعية (٢) والحنابلة (٣) .

لأنه يملك العين المتبرع بها بالقبض (٤) ، وانما وقفت الى حين الموت رعاية لحق الورثة ، فتحدث الزيادة في ملكه (٥) .

---

(١) انظر : المدونة ٦٦/٦ .
(٢) انظر : روضة الطالبين ٢٦٤/٦ ، ٢٨٨ ، وفتح الجواد ٣٥/٢ - ٣٦ ، ومغني المحتاج ٥٠٦/٤ .
(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٨٩/٦ ، وقواعد ابن رجب الفقهية قاعدة ٨٢ ص ١٦٩ .
(٤) انظر : نهاية المحتاج ٣٩٣/٨ .
(٥) انظر : قواعد ابن رجب ، قاعدة ٨٢ ص ١٦٩ .

قال ابن القاسم لما سئل عما يفيده العبد المعتق مثلا في مـــرض الموت من الأموال بين العتق وتنفيذ الوصايا قال : (فلا يدخل ما أفـــاد العبد بعد العتق قبل موت سيده ولا بعده في شيء من ثلثه) .(١)

وجاء في المنهاج مع مغني المحتاج في معرض ذكر مسائل عتق المريض ما نصه : (ومن عتق بقرعة حكم بعتقه من يوم الاعتاق ، وتعتبر قيمته حينئذ ، وله كسبه من يومئذ غير محسوب من الثلث ، سواء كسبه في حياة المعتـــق أم بعد موتـــه) .(٢)

وجاء في المغني لابن قدامة : (أنه اذا أعتق ثلاثة في مرضه ، لم يعرف له مال غيرهم . . . . لم يعتق منهم الا ثلثهم ورق الثلثان اذا لم يجز الورثة . . . . ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا أنهم قد أعتقوا من حـــين أعتقهم . . . ، وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ ، وقد بأن أنهم ثلـــث مالـــه . . . . فعلى هذا يكون حكمهم حكم الأحرار من حين عتقهم فيكـــون كسبهم لهم) .(٣)

دلت النصوص السابقة على أن ما يكتسبه العبد المعتق في مرض الموت من الأموال بعد عتقه الى حين تنفيذ الوصايا ملك له ان خرجت رقبته من الثلث ولا يقوم معه في الثلث ، سواء اكتسبه قبل موت سيده أم بعده .

ويلحق بنماء العبد في ذلك نماء بقية تبرعات المريض من هبة وغيرها لعدم الفارق في حدوث النماء في ملك المتبرع له في كل منهما .

---

(١) انظر : المدونـــة ٦٦/٦ .
(٢) انظر : مغني المحتاج لمعرفة ألفاظ المنهاج ٥٠٥/٤ .
(٣) انظر : المغني لابن قدامـة ٣٧٣/٩ .

٢ - والقول الثاني للمالكية : أن النماء للمريض ، فيقوم مع الأصل في الثلث ، فان خرج منه الجميع نفذ وإلا فقدر ما خرج منهما من الثلث ، ويوقف الباقي منهما على الاجازة من الورثة ، فان أجازوا نفذ الجميع وإلا رد اليهم الزائد .

وهذا قول أكثر الرواة عن الامام مالك ، والرواية الثانية عن ابن القاسم في المدونة ، وقال سحنون : انه أعدل أقاويل المالكية .(١)

وعلى القول الأول ، اذا لم يخرج الأصل من الثلث ، ولم تجز الورثة الزائد عليه وما كان لوارث فقد نص الحنابلة على أن النماء في هذه الحالة يقسم بين المتبرع له والورثة حسب نصيب كل من العين المتبرع بها .

قال ابن قدامة في المغني : (ويعتبر خروج العطية من الثلث حال الموت فمهما خرجت من الثلث تبينا أن العطية صحت فيه حال العطية ، فان نما المعطى أو كسب شيئا قسم بين الورثة وبين صاحبها) .(٢)

أي ان نماء الثلث يتبعه ، فيكون لصاحب العطية ، ونماء الزائد يتبعه ، فيكون للورثة .

---

(١) المدونة ٦/٦٦ - ٦٧ .
لم أقف على تعليل لهذا القول لدى المالكية . لعله مبني على قولهم بأن تبرعات المريض مرض الموت كالوصية في مسألة القبض ، فلا يؤثر فيها عدم القبض قبل موت المريض كما تقدم ، ويقولون بوقفها اذا لم يكن للمريض مال مأمون ، فيكون هذا القول مبنيا على اعتبار التبرعات الموقوفة غير المقبوضة .
والله أعلم .

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٨٩ .

وان أجازت الورثة الزائد على الثلث في الأصل وما كان لوارث ، فان ملك نماء القدر المجاز مبني على الخلاف المتقدم في اعتبار الاجازة تنفيذا أو ابتداء عطية .(١)

فعلى القول بأنها تنفيذ لفعل المريض ، فان نماءه ملك للمتبرع له لدخول المجاز ضمن تبرعات المريض وزيادتها تابعة لها .

وعلى القول بأنها ابتداء عطية ، فنماؤه للورثة لحدوثه في ملكهم .

****

---

(١) انظر : القواعد الفقهية لابن رجب ، قاعدة ٨٢ ص ١٧٠ .

المبحث الخامس : رجوع المريض في تبرعاته المنجزة :

ان المريض مرض الموت كالصحيح في رجوعه في تبرعاته ، ان كانت مضافة لما بعد الموت كالوصية في المرض المخوف بعتق عبد أو غيره بعد الموت فله الرجوع فيها بالاتفاق (١) .

لأنها عطية لم تزل عنها يد المعطي (٢) . ولا تلزم الا بعد الموت .

وان كانت منجزة في المرض المخوف وقبضت كالهبة المقبوضة والعتق العاجل .

فقد جاء عند الحنفية ما يدل على جواز رجوعه في غير العتق عندهم .

وقد جاء في الفتاوى الهندية ما نصه : (ولو أقر المريض بالرجوع في هبته فهو مصدق ويرىء الموهوب) (٣) .

فجواز اقراره بالرجوع عندهم في تبرعه فرع عن جواز رجوعه فيه ابتداء .

وهو موافق لأصلهم في باب الهبة وهو جواز رجوع الواهب في هبته بلا ثواب بعد القبض ، (٤) مع الكراهة ما لم يمنع منه احدى الموانع السبعة التي رمزوا لها بقولهم : (دم خزقه) :

د : زيادة العين الموهوبة زيادة متصلة .

م : موت أحد المتعاقدين .

ع : أخذ العوض عنها .

خ : خروجها من يد الموهوب له ببيع أو هبة أو غير ذلك .

---

(١) انظر : مغني المحتاج ٣/٧١ .
(٢) انظر : المصدر السابق .
(٣) انظر : الفتاوى الهندية - كتاب الاقرار ٤/١٧٩ .
(٤) انظر : الهداية مع بداية المبتدى ٩/٣٩ وما بعدها . ودر المنتقى في شرح الملتقى ٢/٣٥٣ .

ز : كون الهبة لأحد الزوجين من الآخر .

ق : كون الهبة لأحد الأقرباء من ذوى الأرحام المحرمة .

هـ : هلاك العين الموهوبة .[١]

أما الجمهور من المالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] : فقد ذهبوا الى منعه من الرجوع في المنجزة كالصحيح عندهم الا اذا كانت لفرع من فروعه كالولد[٥] .

لأنه لو صح من مرضه لم يملك الرجوع فيها[٦] ، لأنها لازمة في حقه وان كثرت .[٧] والمنع من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، فلا يملك اجازتها ولا ردها .[٨]

---

(١) مجمع الأنهر - باب الرجوع عنها ٢/٣٦٠ .

(٢) انظر : منح الجليل على مختصر خليل ٤/٦٥١ ، وحاشية العدوى على الخرشي ٨/١٧٢ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٣٢٣ .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٣/٧١ ، واعانة الطالبين ٣/٢١٥ - ٢١٦

(٤) انظر : مطالب أولي النهى ٤/٤٢٨ .

(٥) انظر : مغني المحتاج ٣/٧١ .

(٦) انظر : المدونة - كتاب الصدقة ٦/١١٣ .

(٧) انظر : مطالب أولي النهى ٤/٤٢٨ .

(٨) انظر : المصدر السابق .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار لموافقته ظاهر السنة الواردة في المنع من الرجوع في الهبة والعطية لغير الولد (١) .

والله أعلم .

---

(١) من السنة المانعة من الرجوع في الهبة والعطية ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه) .
رواه البخاري في صحيحه ، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته . انظر : فتح الباري ٥/٢٣٤ - ٢٣٥ .
ورواه مسلم في صحيحه ، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة ، وهذا لفظه . انظر : شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٦٥ .

وقد روى هذا الحديث بألفاظ متعددة :
منها ما روى عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا يحل لأحد أن يعطي العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما يعطي ولده) .
رواه الترمذي وهذا لفظه - باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ٥/٣٠١ مع شرح ابن العربي . وأبو داود في سننه باب الرجوع في الهبة ٣/٨٠٨ - ٨٠٩ . والحاكم في المستدرك وقال : (هذا حديث صحيح الاسناد) ٢/٤٦ - ٤٧ . وقال الذهبي في التلخيص: (صحيح) ٢/٤٦ مع المستدرك .

ومما أيد به الحنفية مذهبهم ما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : (الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها)
رواه ابن ماجه في سننه ١/٧٩٨
علق محمد فؤاد عبد الباقي على هذا الحديث نقلا عن الزوائد قائلا : في سنده ابراهيم بن اسماعيل بن مجمع ضعيف .
انظر : تعليق محمد فؤاد عبد الباقي على سنن ابن ماجه ١/٧٩٨ .

وقد روى الحاكم في المستدرك الحديث من طريق ابن عمر رضي الله عنهما . وقال في آخره : (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، الا أن يكون الحمل فيه على شيخنا) .
المستدرك ٢/٥٢ .

قال البيهقي في رواية هذا الأثر عن ابن عمر مرفوعا : أنه وهم من عبيد الله بن موسى ، وانما المحفوظ رواية عبد الله بن وهب عن حنظلة عن سالم عن أبيه عن عمر من قوله . انظر السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٨١

.....

ـــ وممّا أيدوا به مذهبهم ما ذكره الحاكم في المستدرك عن طريق سمرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (اذا كانت لذى رحم محرم لم يرجع فيها) . وقال : "هذا حديث صحيح على شرط البخارى ولم يخرجاه" .

المستدرك ٢/٥٢ .

قال البيهقي بعد ذكره حديث الحسن عن سمرة : (لم نكتبه الا بهذا الاسناد وليس بالقوى) .

انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٨١ .

****

المبحث السادس : ما يعتبر فيه الثلث من الأموال :

جعلت الشريعة الاسلامية الحكيمة ثلث مال الانسان حقا له عند موته ، يصرفه فيما يراه من وجوه الخير زيادة في حسناته .

وهل هذا الثلث يعتبر من جميع أمواله ، سواء منها ما كانت معلومة قبل موته وما لم تكن معلومة له قبله ، أم يعتبر من المعلوم دون المجهول ؟

١ - فقد ذهب المالكية الى أنه يعتبر من المعلوم له قبل الموت دون المجهول .(١)
وبه قال أبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، ويحي بن سعيد .(٢)
واستدلوا بالمعقول ، وهو أن الناس انما يوصون فيما علموا من أموالهم ،(٣)
فاعتبار وصاياهم من ثلث ما لم يعلموا منها الزام لهم بالتبرع بما لم يلتزموا به .

٢ - وذهب الحنابلة الى اعتباره في المعلوم والمجهول ، فينفذ الوصايا وتبرعات المريض من ثلث الجميع .

واستدلوا بالمعقول أيضا ، وهو أن لفظ المال يعم معلومه ومجهوله .(٤)
فيعتبر كل منهما مالا للميت .

---

(١) المدونة ٦/٣٧ ، والخرشي على خليل - باب أحكام الدماء ٨/٢٨ .
(٢) المدونة ٦/٣٨ .
(٣) المصدر السابق .
(٤) انظر : مطالب أولي النهى ٤/٤٩٧ .

المبحث السابع : وقت اعتبار ثلث المريض :

اتفقت المذاهب الأربعة (١) على أن ثلث المال لا يعتبر في الوصية الا بعد موت الموصي .

فان كان ماله حين الوصية عشرين ألف ريال ، ونقص عند موته الى خمسة عشر ألف ريال ، اعتبر ثلث الخمسة عشر لا ثلث العشرين . وكذلك لو زاد ماله عند موته من عشرين ألفا الى ثلاثين ألف ريال اعتبر ثلث الثلاثين .

لأن الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ، فلا يثبت حكمه الا بعده (٢) .

وتبرعات المريض المنجزة كالوصية في ذلك ، لأنها وصية في الاعتبار من الثلث ، فتحسب ثلث المال الموجود عند موت المريض قل أو كثر لا الموجود حال التبرع (٣) .

ولو تبرع مريض بشيء قيمته عشرون دينارا وجميع ماله حين التبرع ثلاثون دينارا ، ثم زاد ماله عند موته حتى بلغ ستين دينارا ، فان جميع تبرعه نافذ لخروجه من الثلث عند الموت .

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/ ١٩٠ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية ١٠/ ٤٤٩ ، والشرح الكبير على خليل ٤/ ٤٢٧ ، ومنح الجليل ٤/ ٦٤٩ ، ومغني المحتاج ٣/ ٤٧ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/ ١٤ والانصاف ٧/ ١٧٣ .

(٢) تبيين الحقائق ٦/ ١٩٠ .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٦/ ١٥٦ ، ومطالب أولي النهى ٤/ ٤٩٧ ، والانصاف ٧/ ١٧٣ .

ولو كان ماله ستين دينارا عند التبرع ، ثم نقص عند الموت حتى بلغ ثلاثين دينارا ، فان تبرعه نافذ في عشرة من العشرين لخروجها من الثلث والعشرة الثانية توقف على اجازة الورثة ، لأنها زائدة على الثلث عند الموت .

هذا والمعتبر في ذلك يوم الموت عند الجمهور ، وابن الحاجب[1] من المالكية[2] . وأما جمهور المالكية فقد ذهبوا الى أن المعتبر فيه يوم تنفيذ الوصايا لا يوم الموت[3] .

وللشافعية[4] والحنابلة[5] قول آخر مرجوح وهو اعتبار الثلث في الوصية بيوم الوصية وفي عطية المريض بيوم التبرع[6] .

****

---

(١) وهو : أبو عمرو جمال الدين عثمان بن أبي بكر بن يونس الرومي المصري ثم الدمشقي ثم الاسكندري المعروف بابن الحاجب الامام الفقيه المالكي ، كان والده حاجب الأمير عز الدين موسك الصلاحي أصله من الأكراد . برع ابن الحاجب في الفقه وأصوله والقراءات والنحو والصرف وصنف في كل من هذه الفنون ، ولد سنة ٥٧٠ هـ بالاسكندرية وتوفي سنة ٦٤٦ هـ . وقيل : ٦٤٧ هـ .
انظر : الديباج المذهب ٢/٨٦ وما بعدها ، وشجرة النور الزكية ص ١٦٧ - ١٦٨ .

(٢) منح الجليل ٤/٦٤٩ ، والخرشي على خليل ٨/١٧٤ .

(٣) الخرشي على خليل ٨/١٧١ ، والشرح الصغير ٢/٤٦٧ .

(٤) مغني المحتاج ٣/٤٧ .

(٥) الانصاف ٧/١٧٣ .

(٦) المصدر السابق .

لأن العتق لا يحتمل الفسخ (١) ، والمحاباة تثبت ضمن عقد مضمون بالمعاوضة ، فكانت أقوى من التبرع بالوصية المجردة (٢) ، فالقوى يقدم على الضعيف .

جاء في بدائع الصنائع : (وان كانت الوصايا كلها للعباد ، لم يقدم بعضها على بعض الا اذا كان معها أحد الأشياء الثلاثة : العتاق المنجز في مرض الموت ، أو المعلق بالموت في المرض أو الصحة ، وهو التدبير الصحيح أو البيع بالمحاباة بط لا يتغابن الناس فيه في المرض فيقدم على سائر الوصايا) (٣) .

وان لم يوجد بينهط شيء من الأشياء الثلاثة ، فانه يسوى بين المنجزة منها والمعلقة بالموت فيقسم ثلث التركة بينها حسب القسم (٤) .

لأن تقديم بعضها على بعض يستدعي وجود مرجح (٥) ، ولا مرجح هنا ، لأن الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق ، والاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم (٦) .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٣٣ ، وتبيين الحقائق ٦/١٩٧ ، والبحر الرائق ٨/٤٩٣ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٣٣ .

(٣) انظر : المصدر السابق ١٠/٤٩٢٢ .

(٤) انظر : المصدر السابق ، وجامع الفصولين ٢/٢٤٥ .

(٥) لعل عدم ترجيح بقية المنجزة على المعلقة عندهم ، مبني على جواز فسخ كل منهط بالرجوع فيه عندهم .
والله أعلم .

(٦) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٢٢ .

وجاء في جامع الفصولين للحنفية : (وقفها -أي أرضه- في مرضه وأوصى بوصايا قسم ثلث ماله بين الوقف وسائر الوصايا بالقيمة)[1]. أي بقدر قيمة كل منها .

وجاء فيه أيضا : (تصدق بنفسه في مرضه صدقة ، ثم أوصى بالثلث تعتبر الجملة من الثلث حتى لو كان ما أعطاه بنفسه قدر الثلث)[2]. وقد جعل وقف المريض وصدقته مما تزاحم الوصايا في الثلث دون تقديم عليها .

وبتقديم العتق على بقية الوصايا قال ابن عمر ، والثوري ، وقتادة وعطاء[3] الخراساني ، وشريح ، وابراهيم[4].

وذهب المالكية[5] ، والشافعية[6] ، والحنابلة[7] ، في الصحيح : الى تقديم المنجزة في مرض الموت على المعلقة بالموت مطلقا ، عتقا كانت أو محاباة أو غيرهما .

---

(١) و(٢) جامع الفصولين ٢/٢٤٥ .

(٣) هو : أبو أيوب عطاء بن أبي مسلم (قيل : عبد الله ، وقيل : ميسرة) الخراساني البلخي ، يقال له : أبو عثمان ، ويقال : أبو محمد ويقال : أبو صالح . روى عنه معمر وابن جريج . ولد سنة ٥٠ هـ وتوفي سنة ١٣٥ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب ٧/٢١٢-٢١٣ ، وميزان الاعتدال ٣/٧٣ وما بعدها .

(٤) انظر : المصنف لابن أبي شيبة ١١/١٩٠-١٩١ ، والمصنف لعبد الرزاق ٩/١٥٨ .

(٥) انظر : حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/١٨٤ .

(٦) انظر : الأنوار لأعمال الأبرار ٤/١٨ .

(٧) انظر : الانصاف ٧/١٧٤ .

واستدلوا بالمعقول وهو : أن المنجزة تخرج من رأس المال لو صح المريض من مرضه بخلاف المعلقة ، فانها لا تكون الا في الثلث بعد الموت صح المريض أم لم يصح ، فكانت المنجزة أقوى من المعلقة ، والقوى مقدم على الضعيف .(١)

وأن عقد المنجزة يفيد الملك حال وقوعه(٢) ، وهو عقد لازم في حق المريض المعطى ، فتقدم على المعلقة ، كعطية الصحيح ، لأن المعلقة لا تلزم الا بالموت .(٣)

جاء في المنتقى للباجي على الموطأ (ومن تصدق في مرضه بصدقة على رجل بتلها وأوصى بوصايا ، فقد روى ابن وهب عن مالك في الموازية أن صدقة البتل مقدمة)(٤) .

وجاء فيه أيضا : (وقال ابن حبيب(٥) عن ابن الماجشون : اذا بتل في مرضه عطية أو صدقة أو حبسا أو ساق عمن ليس بوارث صداقا ، فذلك مبدأ على عتق الوصية .... وعلى غير ذلك من الوصايا الا عتق المبتل فالعتق أولى)(٦) .

---

(١) انظر : المنتقى للباجي ٦/ ١٧٠ .
(٢) انظر : الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤/ ٢٨ .
(٣) انظر : مطالب أولي النهى ٤/ ٤٢٤ .
(٤) انظر : المنتقى للباجي ٦/ ١٧٠ .
(٥) وهو : أبو مروان عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي القرطبي الفقيه ، سمع عددا من أصحاب الامام مالك منهم عبد الملك ابن الماجشون . له كتب كثيرة منها : الكتب المسماة بالواضحة في السنن والفقه ، وتفسير الموطأ ، وغريب الحديث ، واعراب القرآن ، والفرائض ، وفضائل الصحابة . توفي سنة ٢٣٨ هـ ، وقيل : ٢٣٩ .
انظر : الديباج المذهب ٢/ ٨ - ١٥ ، وشجرة النور الزكية ص ٧٤ - ٧٥ .
(٦) انظر : المنتقى للباجي ٦/ ١٧٠ .

وجاء في الاقناع للشافعية : (وان كانت التبرعات منجزة ومعلقة بالموت قدم المنجز لأنه يفيد الملك حالا ولا زم لا يمكن الرجوع فيه)[١] .

وجاء في غاية المنتهى للحنابلة : (وتقدم عطية اجتمعت مع وصية ضاق الثلث عنهما مع عدم اجازة)[٢] . أي عطية في مرض الموت .

تدل النصوص المتقدمة على تقديم التبرعات المنجزة في مرض الموت على المعلقة بالموت عند ضيق الثلث عند المذاهب الثلاثة المذكورة .

الا أن المالكية يجعلون المدبر في المرض في مرتبة المعتق فيه في التقديم في المشهور عندهم[٣] .

بناء على عدم صحة الرجوع في المدبر في المشهور عندهم ببيع أو هبة . فيكون لازما كالمعتق في المرض[٤] .

كما اختلفوا في تقديم المنجزة على الموصى بعتقه عينا مع كونه من المعلقة بالموت ، فذهب الامام مالك وأكثر أصحابه الى تقديم المنجزة عليه . سواء وقعت العطية قبل الوصية بعتقه أم وقعت بعد الوصية به[٥] .

---

(١) انظر : الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ٤/٢٧ - ٢٨ .

(٢) انظر : غاية المنتهى مع مطالب أولي النهى ٤/٤٢٤ .

(٣) انظر : الخرشي على خليل ٨/١٨٤ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٤٤٣ .

(٤) انظر : المنتقى للباجي ٦/١٦٩ ، وبلغة السالك مع الشرح الصغير ٢/٤٥٠ ، والخرشي على خليل ٨/١٣٥ .

(٥) انظر : المنتقى للباجي ٦/١٧٠ ، والخرشي على خليل مع حاشية العدوي ٨/١٨٤ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٤٤٣ .

لأن المنجزة أقوى من الموصى بعتقه عينا ، لأن المنجزة تخرج من رأس المال ان صح من مرضه بخلاف الموصى بعتقه فانه لا يخرج الا من الثلث صح المريض أم لا .(١)

وذهب ابن القاسم من المالكية الى تقديم الموصى بعتقه عينا على العطايا(٢) وهو اختيار الباجي(٣) في المنتقى .(٤)

٢ - وان كانت التبرعات كلها منجزة في مرض الموت :

فقد تقدم أن الحنفية يسوون بين المنجزة والمعلقة في الثلث الا ثلاثة أشياء يقدمونها على سائر الوصايا ، وهي : العتق المنجز ، والمحاباة في المرض ، والتدبير .

فيؤخذ من ذلك أنهم يقدمون العتق في المرض والمحاباة فيه على غيرهما من التبرعات المنجزة في مرض الموت .

ولو ضاق الثلث عن العتق والمحاباة فهل يشتركان فيه عندهم أو يقدمون أحدهما على الآخر فما بقي صرف الى الآخر والا سقط ؟ .

ذهب الامام أبو حنيفة الى تقديم المحاباة على العتق ان وقعت أولا ، والعتق ثانيا .(٥)

---

(١) انظر : المنتقى للباجي ٦/ ١٧٠ .
(٢) انظر : المصدر السابق .
(٣) وهو : أبو الوليد القاضي سليمان بن خلف بن سعيد الباجي التميمي الفقيه الحافظ . ولد سنة ٤٠٣ هـ ، له كتب كثيرة منها : الاستيفاء شرح الموطأ ، والمنتقى شرح الموطأ ، وهو مختصر الاستيفاء ، والايماء شرح الموطأ وهو مختصر المنتقى ، والمهذب في اختصار المدونة ، وكتاب شرح المدونة ، وأحكام الفصول في أحكام الأصول ، توفي سنة ٤٧٤ هـ . انظر : الديباج المذهب ٢/ ٢٧٧ - ٣٨٥ ، وشجرة النور الزكية ص ١٢٠ - ١٢١ .
(٤) انظر : المنتقى للباجي ٦/ ١٧٠ .
(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٠/ ٤٩٣٣ ، وبداية المبتدى مع

لأنها أقوى لاستحقاقها بعقد ضمان ، بخلاف العتق فانه تبرع محض ، فلا مزاحمة بين قوى وضعيف .(١)

وأنهما يشتركان في الثلث ان وقع العتق أولا والمحاباة ثانيا . لأن العتق لا يحتمل الدفع فاذا وجد أولا وثبت ، ثم وجدت المحاباة ثانية ، كان من ضرورة ثبوته المزاحمة مع المحاباة التي هي أقوى منه .(٢)

وذهب صاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الى تقديم العتق على المحاباة سواء وقع قبل المحاباة أم لا . وقالا : ان العتق أقوى ، لأنه لا يحتمل الفسخ .(٣)

وأما المالكية(٤) ، والشافعية(٥) ، والحنابلة(٦) في المعتمد : فقد ذهبوا الى القول بتقديم الأول فالأول ، اذا وقعت المنجزة مرتبة . وذلك كقوله وهو مريض : اعتقوا فلانا اليوم وفلانا غدا . وقوله : اعطوا فلانا كذا من مالي ، ثم اعتقوا فلانا من عبيدي . وقوله : اعطوا طلبة العلم الأصلح فالأصلح كذا من مالي . ونحو ذلك من الأساليب الدالة على الترتيب .

ـــ الهداية وتكملة الفتح والعناية ١٠/٤٦٤ ، وتبيين الحقائق ٦/١٩٧ والبحر الرائق ٨/٤٩٣ .

(١) و(٢) انظر : المصادر السابقة .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٩٣٣ ، وتحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٢٩٨ ، وتبيين الحقائق ٦/١٩٧ ، والبحر الرائق ٨/٤٩٣ .

(٤) انظر : الخرشي على خليل ٨/١٣١ ، والمنتقى للباجي ٦/١٧٠ ، ومنح الجليل ٤/٤٩١ - ٤٩٢ ، والشرح الكبير ٤/٣٧٩ .

(٥) انظر : حاشية قليوبي وعميرة على المنهاج ٣/١٦٢ ، ومغني المحتاج ٣/٤٨ ، والأنوار لأعمال الأبرار ٢/١٨ .

(٦) انظر : الانصاف في معرفة الراجح ٧/١٧١ .

فانه يقدم الأول فالأول في الثلث ، سواء كانت التبرعات كلها عتقا أم غير عتق أم اشتملت على العتق وغيره .

وبه قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ومحمد بن سيرين ، وعبد الله بن شبرمة ، وطاوس ، وعطاء (١) .

قال الباجي في المنتقى على الموطأ عقب ذكره قول ابن القاسم وأشهب في البدء بالآكد فالآكد عند تنفيذ الوصايا : (وفي اطلاقه - أي اطلاق البدء بالآكد فالآكد - نظر ، فقد قال ابن حبيب عن ابن الماجشون : أن ذلك في ماله أن يرجع عنه فأما ما لا يرجع عنه من عتق بتل في مرضه وعطية بتلت وتدبير فيه ، فلا يبدأ بالآكد ولكن بالأول) (٢) . أي بالأول فالأول حسب ترتيب الوقوع .

وقال عقب ذكره القول بتقديم العتق على المحاباة في المرض : (قال أشهب وعبد الملك : ان كان عتقه وعطيته يعني المحاباة في البيع وقعا معا ، فأما أن يبدأ بأحدهما فهو المبدأ) (٣) . أي ان محل تقديم العتق على العطية هو وقوعهما معا ، والا فالمقدم هو الأول فالأول وقوعا .

وقال النووي في روضة الطالبين : (المنجزة كالاعتاق ، والابراء ، والوقف ، والصدقة ، والهبة المقبوضة ، والمحاباة في العقود ، فان رتبت ، قدم الأول فالأول الى استغراق الثلث) (٤) .

---

(١) انظر : المصنف لابن أبي شيبة ١١ / ١٩٠ - ١٩١ ، والمصنف لعبد الرزاق ٩ / ١٥٨ .
(٢) انظر : المنتقى للباجي ٦ / ١٦٧ .
(٣) انظر : المصدر السابق ٦ / ١٧٠ .
(٤) انظر : روضة الطالبين للنووي ٦ / ١٣٥ .

وجاء في غاية المنتهى للحنابلة : (وإذا لم يف بتبرعات نجزت بدئ بالأول فالأول مرتبة)[١] . أي ان لم يف الثلث بالمنجزة قدم الأول فالأول ان كانت مرتبـــــة .

تدل النصوص المتقدمة على أن المعتبر في تقديم المنجزة هو السبق في الوقوع عند المذاهب الثلاثة المذكورة .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن الأول عقد لازم ، لا يفتقر تنفيذه الى رضا الورثة ، فكان قويا[٢] . ولو شاركه الثاني لمنعت تلك المشاركة بينهمـــا في الثلث لزوم العقد الأول في حق المعطى ، لأن ذلك يفيد أن له حـــق الرجوع عن بعض العطية الأولى بعطية أخرى ، وهو باطل .[٣]

وان وقعت بلا ترتيب بأن وقعت في لفظ واحد أو ما هو كلفظ واحد .[٤]

فان المالكية يرون تقديم العتق على غيره في هذه الحالة ان اشتملت عليـــه وعلى غـــيره .

قال الباجي في المنتقى : (وأما عتق البتل وعطية البتل في المرض ، فقد قال عبد الملك في المجموعة : ان العتق يقدم على العطية ، وقـــال أشهب : ان كان عتقه وعطيته يعني المحاباة في البيع وقعا معا)[٥] .

---

(١) انظر : غاية المنتهى مع شرح مطالب أولي النهى ٤/٤٢٤ .
(٢) انظر : روضة الطالبين ٦/١٣٥ .
(٣) انظر : مطالب أولي النهى ٤/٤٢٤ .
(٤) وقد فسره المالكية بالكلام المتصل الذي لا سكوت بينـــه .
انظر : المنتقى للباجي ٦/١٧٠ .
وفسره الشافعية بأن يوكل في عدد من التبرعات ويتصرف أولئك الوكـلاء دفعـة واحـــدة .
انظر : مغني المحتـــاج ٣/٤٩ .
(٥) انظر : المنتقى للباجـي ٦/١٧٠ .

وان كانت التبرعات كلها عتقا أقرع بينهم بالقرعة ، فمن خرج لـــه سهم الحرية أعتق من الثلث .(١)

ويرى الشافعية(٢) في أظهر قوليهم ، والحنابلة(٣) في الصحيح عندهم : عدم تقديم بعضها على بعض ، فيسقط الثلث على الجميع بقدر القيمة(٤) ، كفرماء المفلس ، لتسويتهم في سبب الاستحقاق(٥) .

مثالـه : مريض وهب حائطه لشخص وقيمته عشرون دينارا ، وأبرأ آخر من دينه وقدره عشرة دنانير وأعتق عبدا من عبيده قيمته ثلاثون دينارا ، وذلك بلا ترتيب ، وقيمة جميع تركته مائة وعشرون دينارا ، ثلثها أربعون دينارا وهو أقل من قيمة تبرعاته المنجزة البالغة ستين دينارا ، فيسقط على جميعها بنسبة الأنصباء الى الثلث .

الهبة + الابراء + العتق = المجموع + قدر الثلث = جزء السهم .

٢٠ + ١٠ + ٣٠ = ٦٠ + ٤٠ = ١ر٥ .

نصيب صاحب الهبة من الثلث = ٢٠ + ١ر٥ = ١٣ر٣٣٣ دينارا تقريبا .

نصيب صاحب الابراء من الثلث = ١٠ + ١ر٥ = ٦ر٦٦٦ دينارا تقريبا .

نصيب المعتق من الثلث = ٣٠ + ١ر٥ = ٢٠ دينارا .

هذا ويقولون بالقرعة بين العبيد في هذه الحالة(٦) كالمالكية .

---

(١) الخرشي على خليل ٨/ ١٣٠ .
(٢) انظر : روضة الطالبين ٦/ ١٣٥ .
(٣) انظر : الانصاف ٧/ ١٧١ .
(٤) انظر : روضة الطالبين ٦/ ١٣٥ .
(٥) انظر : مطالب أولي النهى ٤/ ٤٢٤ .
(٦) أي يقول الشافعية والحنابلة باجراء القرعة بين العبيد كقول المالكية ان كانت الواقعة بلا ترتيب كلها عتقا .
انظر : روضة الطالبين ٦/ ١٣٥ ، ومطالب أولي النهى ٤/ ٤٢٤ .

٣ - وأما ان كانت التبرعات كلها متعلقة بالموت ، فانه لا يقدم بعضها على بعض الا ما نص عليه الموصي ، فيقدم على الباقية (١) .

لأنها تساوت في سبب الاستحقاق ، وهو يوجب التساوي في الاستحقاق (٢) .

****

---

(١) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٩٩ ، وروضة الطالبين ٦/١٣٥ - ١٣٦ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٦/١٩٦ .

المبحث التاسع : وجوه الاتفاق والاختلاف بين المنجزة في مرض الموت والمعلقة بالموت :

يؤخذ من المباحث المتقدمة أن تبرعات المريض المنجزة تتفق مع التبرعات المعلقة بالموت في بعض الأحكام وتتخلف عنها في أحكام أخرى ، منها ما يلي :

أ - بعض وجوه الاتفاق بينهما :

١ - أن كلا منهما يعتبر خروجها من ثلث المال باتفاق المذاهب الأربعة ، فان خرجت منه نفذ جميعها والا توقف الزائد على اجازة الورثة . هذا اذا كانت لغير وارث .

٢ - أن كلا منهما لا تصح لوارث ولا بالزيادة على الثلث لغير وارث الا بالاجازة باتفاق المذاهب الأربعة .

٣ - أن كلا منهما يعتبر خروجها من الثلث يوم الموت لا يوم التبرع .

٤ - أن كلا منهما تتزاحم في الثلث حال وقوع المنجزة دفعة واحدة في منصوص الشافعية والحنابلة .

ب - بعض وجوه الاختلاف بينهما :

١ - أن المعتبر في قبول المنجزة حال وقوعها ، لأنها تصرف في الحال ، والمعتبر في قبول المعلقة ما بعد الموت ، لأنها تصرف مضاف لما بعد الموت .

٢ - أن الملك يثبت في المنجزة من حين وقوعها بشروطها قبل الموت ، لأنها عقود تمليك في الحال ، فتكون زيادتها للمتبرع له ، بخلاف المعلقة ، فلا يثبت فيها الملك الا بعد الموت ، فيكون نماؤها للمتبرع .

٣ - أنه لا يصح الرجوع في المنجزة في منصوص المالكية والشافعية والحنابلة ، لاعتبارها عقودا لازمة في حق المعطى ، بخلاف المعلقة ، فانه يصح الرجوع فيها ، لأنها غير لازمة في حق المعطى حتى تقبض بعد الموت .

٤ - أنه يبدأ بالأول فالأول في المنجزة في منصوص المالكية والشافعية والحنابلة لوقوعها لازمة ، بخلاف المعلقة ، فانه يسوى بين متقدمها ومتأخرها ، الا ما نص عليه المتبرع ، لأنها تبرع بعد الموت ، فكانت في حكم الموجود دفعة واحدة .

* * * * *
* * * *
* * *
* *
*

الباب الثالث

الباب الثالث

اقرار المريض مرض الموت

وفيه أربعة فصول :

الفصل الأول :

في تعريف الاقرار لغة واصطلاحا ، وشروطه ومدى حجيته ولزومه والرجوع عنه .

الفصل الثاني :

اقرار المريض بالحقوق الطالبة .

الفصل الثالث :

اقرار المريض بالحقوق غير الطالبة .

الفصل الرابع :

وقت اعتبار العقر له وارثا أو غير وارث .

-/-/-/-/-

الفصل الأول : تعريف الاقرار لغة واصطلاحا ، وشروطه ، وحجيته ، ولزومه ، والرجوع منه .

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول :

تعريف الاقرار لغة .

المبحث الثاني :

تعريف الاقرار اصطلاحا .

المبحث الثالث :

شروط صحة اقرار المريض مرض الموت .

المبحث الرابع :

حجية اقراره ولزومه .

المبحث الخامس :

رجوعه عن اقراره .

المبحث الأول : تعريف الاقرار لغة :

وهو في اللغة : الاعتراف والاذعان والاثبات .(١) وهو مصدر من أقرّ يقرّ ، وبابه أكرم يكرم . يقال :أقر بالشيء اذا اعترف به .(٢)

جاء في تاج العروس ما نصه : (الاقرار : اثبات الشيء اما باللسان ، واما بالقلب ، واما بهما معا)(٣) .

وجاء في لسان العرب : (الاقرار : الاذعان للحق والاعتراف به)(٤) .

قلت :

ما جاء في لسان العرب ألصق بموضوعنا ، لأن المقر يعترف بثبوت حق الغير عليه ويذعن للقيام بأدائه .

****

---

(١) انظر : تاج العروس من جواهر القاموس لمحب الدين ٣/٤٨٨ ، ولسان العرب لابن منظور ٥/٨٨ ، والصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لاسماعيل الجوهري ٢/٧٩٠ .

(٢) انظر : المصباح المنير لأحمد الفيومي ٢/٤٩٧ .

(٣) انظر : تاج العروس ٣/٤٨٨ .

(٤) انظر : لسان العرب ٥/٨٨ .

المبحث الثاني : تعريفه اصطلاحا :

ان للمذاهب الأربعة تعريفات متقاربة للاقرار .

وقد عرفه الحنفية بأنه : (اخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه) (١) .

اخبار : خرج به الانشاء ، فان الاقرار ليس بانشاء .

عن ثبوت حق للغير : خرجت به الدعوى ، فانها اخبار عن حق المخبر على غيره .

على نفسه : خرجت به الشهادة فانها اخبار عن ثبوت الحق لغير المخبر على غيره .

أما المالكية ، فقد عرفه ابن عرفة بأنه : (خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه) (٣) .

قال العدوي : ان لفظ (حكم) مرفوع على أنه فاعل (يوجب) ، وأن مفعوله محذوف تقديره (حقا) (٤) .

لأن الخبر من حيث هو يحتمل الصدق ، والكذب ، فلا يوجب بنفسه صدقا على قائله (٥) .

---

(١) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق - كتاب الاقرار ٥/٢ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣١٧ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/٢٨٩ .

(٢) كشف الحقائق - كتاب الاقرار ٢/١٢٠ وهو لعبد الحكيم الأفغاني .

(٣) انظر : الخرشي على خليل ٦/٨٦ - ٨٧ ، ومواهب الجليل ٥/٢١٦ ومنح الجليل ٣/٣٩٣ .

(٤) انظر : حاشية العدوي على الخرشي ٦/٨٦ - ٨٧ .

(٥) المصدر السابق .

فيكون تعريف الاقرار عندهم : (خبر يوجب حكم صدقه حقا على قائلـــــه فقط ، بلفظه أو لفظ نائبـــه) .

خـــــبر : خرج به الانشـاء .

يوجب حكم صدقه حقا على قائله فقط : خرجت به الرواية والشهادة والدعوى .

أو لفظ نائبه : أدخل اقرار الوكيـــل .(١)

وعرفه الشافعية بأنه : (اخبار عن حق ثابت على المخبر) .(٢)

اخبـــار : خرج به الانشاء .

عن حق ثابت : خرج به الحق غير الثابت .

على المخبر : خرج به الشهادة والدعوى .

وعرفه الحنابلة بأنه : (اظهار مكلف مختار ما عليه لفظا أو كتابـــة أو اشارة أخرس) .(٣)

اظهـــار : خرج به الاثبات ، فان الاقرار يظهر حقا ثابتا من قبل ، وليس مثبتا له في الحال .

مكلـــف : خرج به اقرار الصبي والمجنون .

مختـــار : خرج به اقرار المكـــره .

ما عليـــه : خرج به الدعوى والشهادة .

---

(١) انظر : الخرشي على خليل ٦/٨٧ ، وشرح منارة على تحفة الحكـام فصل الاقرار ٢/٢٢٥ .

(٢) انظر : نهاية المحتاج ٥/٦٤ ، ومغني المحتاج ٢/٢٣٨ ، وروضـة الطالبين ٤/٣٤٠ ، وفتح الجواد ٢/٥٢٥ .

(٣) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ٦/٤٤٨ ، والزوائد لـــزاد المستقنع ٢/٩٣٤ .

يتبين من تعريفات المذاهب الأربعة المتقدمة أنها متفقة على أن الاقرار هو : اعتراف المكلف بثبوت حق الغير عليه .

سواء كان ذلك الاعتراف باللفظ ، كقوله لفلان عليّ أو عندي كذا ، أم كان بالكتابة أو الاشارة ، عند تعذر تلفظه بما يريد الاقرار به لخرس .(١)

ويلحق المريض بالأخرس في ذلك اذا تعذر عليه التلفظ بما يريد أن يقر به من حقوق العباد .

لأن المرض قد يصل به الى حالة لا يستطيع معها الكلام مع تعقله تصرفاته ، فيقبل منه الاقرار في هذه الحالة بالكتابة أو الاشارة المفهمة .

يدل على ذلك : ما جاء في جامع الفصولين للحنفية ونصه :

(عجز عن الكلام بفالج أو مرض ثم أشار بشيء أو كتبه فهو كأخرس) .(٢)

---

(١) دلت عبارات كتب المذاهب الفقهية على اعتبار الكتابة والاشارة في الاقرار عند الضرورة .
جاء في حاشية العدوي على الخرشي ٦/٨٧ : (وقوله بلفظه أو ما في معناه ، فيدخل فيه الاشارة من الأخرس) .
وجاء في فتح الجواد على الارشاد للنووي : (وفي معناه أن الكتابة مع البينة واشارة الأخرس) . أي في معنى الاقرار باللفظ الكتابة مع نية الاقرار والاشارة من الأخرس .
انظر : فتح الجواد ١/٢٥ .
واعتبار الاقرار بالكتابة والاشارة مفهوم من تعريف الحنابلة المذكور في الصلب .

(٢) انظر : جامع الفصولين - كتاب الاقرار ٢/٢٥٠ .

هذا وقد اعترض على التعريف المذكور بأنه غير جامع وغير مانع ، والتعريف ينبغي أن يكون جامعا لأفراد المعرف ، ومانعا لدخول غير أفراده (١) .

أما كونه غير جامع ، فلأنه لا يتناول الاقرار بالاسقاطات مثل : العتاق ، والطلاق ، والابراء من الديون ، والعفو عن القصاص ، واستيفاء الحق من الغير (٢) .

وأما كونه غير مانع ، فلأنه يدخل فيه اقرار المكره (٣) .

وأجيب عن الاعتراض الأول :

بأن التعريف جامع وشامل للاقرار بالاسقاطات ونحوها مما ذكر . لأنه اخبار بحق على المخبر لغيره ، وهو عدم المطالبة ، فيخبر المقرّ بأن لأصحاب هذه الحقوق حقا عليه وهو عدم مطالبتهم بالحقوق المسقوطة والمستوفاة (٤) .

وعن الاعتراض الثاني :

بأن اعتبار اقرار المكره غير صحيح شرعا ، لا يقتضي أن لا يكون اقرارا مطلقا ، فالمقصود هو تعريف ما يطلق عليه الاقرار في الشرع ، سواء كان صحيحا أم فاسدا ، فلا يعتبر دخوله ناقضا لمنع التعريف دخول غير أفراد المعرف .

---

(١) انظر : تكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣١٨ ، وحاشية ابن عابدين ٥/٥٨٨ .

(٢) انظر : المصدرين السابقين .

(٣) انظر : تكملة الفتح ٨/٣١٨ .

(٤) انظر : حاشية ابن عابدين ٥/٥٨٨ .

ونظيره كثير في التعريفات الشرعية ، كتعريف البيع والاجارة ونحوهما من العقود الشرعية ، فانها تتناول الصحيح والفاسد ، لذا يقال : هذا بيع صحيح وذلك بيع فاسد ، وهذه اجارة صحيحة ، وتلك اجارة فاسدة .(١)

****

(١) انظر : تكملة فتح القدير مع الهداية والعناية - كتاب الاقرار ٣١٨/٨ .

ملاحظة :

قال في مواهب الجليل : (بالمكلف بالمكلف اقرار المكره فانه غير مكلف على الصحيح) . انظر : مواهب الجليل ٢١٦/٥ .

وعلى هذا لا يكون المكره داخلا في التعريف .

والله أعلم .

المبحث الثالث : شروط صحة اقرار المريض :

ان اقرار المريض مرض الموت كاقرار الصحيح في صحته ولزومه[1] الا في بعض حالات . لذا فانه يشارك الصحيح في شروط صحة اقراره ، ويزيد عليه بشروط أخرى تبعا للحالات الخاصة به .

وأهم الشروط المشتركة بينهما هي ما يلي :

١ - التكليف[2] : فلا يصح اقرار الصبي والمجنون ، لانعدام أهلية الالتزام عندهما[3] . وكذلك كل مريض فقد وعيه وعقله .

٢ - الاختيار[4] : فلا يصح اقرار المكره ، مريضا كان أو صحيحا .

٣ - عدم الحجر[5] : فلا يصح اقرار المحجور عليه بافلاس في ماله مريضا كان أو صحيحا ، وان كان لازما له في ذمته[6] .

أو سفه ، فلا يصح اقراره في ماله ولا في ذمته[7] .

٤ - معرفة المقر[8] : فلا يصح الاقرار اذا كان المقر مجهولا . كقوله لفلان على أحدنا كذا . لأن المقر له لا يتمكن من المطالبة في حال جهالة المقر اذا كان من حقوق العباد . كما لا يتمكن من اقامة

---

(١) انظر : بدائع الصنائع - كتاب الاقرار ١٠/٤٥٩٢ .
(٢) انظر : الهداية مع تكملة الفتح ٨/٣٢٤ ، والشرح الصغير ٢/١٩٠ وفتح الجواد ١/٥٢٥ ، والمغني لابن قدامة ٥/١٤٩ .
(٣) انظر : الهداية مع تكملة الفتح ٨/٣٢٤ .
(٤) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٣ ، و شرح الخرشي على خليل ٦/٨٧ .
(٥) انظر : شرح الخرشي على خليل ٦/٨٧ ، والشرح الصغير ٢/١٩٠
(٦) انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/١٥٩ .
(٧) انظر : الشرح الصغير على بلغة السالك ٢/١٩٠ .
(٨) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٣ .

الحد اذا كان من حقوق الله تعالى .

٥ - معرفة المقر له[١] : فلا يصح الاقرار لمجهول كقوله لأحد الناس علي أو عندى كذا . لأنه لا يتمكن أحد في هذه الحالة من مطالبة المقر بالمقر به[٢] .

٦ - أهلية المقر له لاستحقاق المقر به كالآدمي[٣] . فلا يصح الاقرار لنحو حجر أو بهيمة .

٧ - تصديق المقر له اذا كان المقر به حقا من حقوق العباد[٤] . فان كذب المقر في اقراره ، لم يصح الاقرار . لأن الاقرار دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم لزومه ، واللزوم غير معروف الثبوت ، فلا يثبت مع الشك[٥] .

هذا ولا يشترط أن يكون المقر به معلوما ، فيصح الاقرار بالمجهول الا أنه يطلب من المقر تعيينه وتفسيره[٦] .

---

(١) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٤ ، والهداية مع تكملة الفتح ٨/٣٢٤ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٤ .

(٣) انظر : شرح الخرشي ٦/٨٧ ، والشرح الصغير ٢/١٩٠ ، وفتح الجواد ١/٥٢٧ ، والمغني لابن قدامة ٥/١٥٣ .

(٤) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٤ ، وشرح الخرشي ٦/٨٧ ، ومغني المحتاج ٢/٢٤٢ ، والمغني لابن قدامة ٥/١٦٦ .

(٥) بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٤ .

(٦) الهداية مع العناية ٨/٣٢٤ ، والمغني لابن قدامة ٥/١٨٧ .

وأما أهم الشروط الخاصة بالمريض مرض الموت فهي ما يلي :

١ - عدم تعلق حق الغير بالمقر به . فان كان مشغولا بحق الغير لم يصح الاقرار به[١] . هذا عند من يقول بتقديم ديون الصحة وما عرفت بأسباب معلومة على ديون المريض التي لم تعرف الا بمجرد اقراره[٢] .

٢ - عدم تهمة المريض بالميل الى المقر له أو بالفرار بماله عن الورثة[٣] .

لأن التهمة تخيل برجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اقراره لأن اقرار الانسان على نفسه شهادة[٤] .

وقد تفرعت على هذا الشرط شروط فرعية عند المالكية تبعا لصور التهمة عندهم وهي كما يلي :

أ - ان كان المقر له صديقا ملاطفا للمريض أو قريبا له غير وارث كالخال ، أو من جهل حاله معه ، ولم يعرف أهو صديقه الملاطف أم قريبه غير الوارث أم أجنبي عنه ، فان المالكية يشترطون لصحة اقراره لهؤلاء الأشخاص الثلاثة أن يكون له ولد ذكر وارث أو ولد ولد له .

ب - وان كان وارثا أبعد ، يشترطون في صحة اقراره له أن يكون له وارث أقرب ، سواء كان ذلك الأقرب ذكرا أم أنثى ، كابن العم من الابن أو البنت .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٤ .
(٢) وهم الحنفية - وسيأتي تفصيله ان شاء الله .
(٣) بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٢ ، ومنح الجليل - باب الاقرار ٣/٣٩٨ ، وشرح الخرشي على خليل ٦/٨٧ .
(٤) بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٢ .

جـ - وأن لا يكون للمقر له مساو في الدرجة في الارث ، كاقراره لأحد أبنائه مثلا ، فان أقر لأحدهم لم يصح عندهم .

د - وأن لا يكون المقر له أقرب في الارث ممن لم يقر له ، كاقرار المريض لابنته مع العم أو ابن العم .

هـ - وأن لا يعلم ميل المقر من الزوجين الى المقر له منهما . فان علم ذلك لم يقبل اقراره عندهم .

و - وأن يكون للمقر له منهما بنون يرثونه بالشرط أن لا تنفرد الزوجة بالولد الصغير ان كانت هي المقر لها .(١)

****

(١) هذه الشروط الفرعية مستخلصة من كتب المالكية من باب الاقرار : كمواهب الجليل المعروف بشرح الحطاب ٥/٢١٩ - ٢٢١ ، والشرح الكبير ٣/٣٩٩ - ٤٠١ ، والشرح الصغير ٢/١٩٠ - ١٩١ ، ومنح الجليل ٣/٣٩٦ - ٣٩٨ ، والكافي لابن عبد البر ٢/٢٠٤ - ٢٠٥ وشرح الخرشي ٦/٨٨ - ٩٠ .

المبحث الرابع : حجية اقرار المريض ولزومه :

ان اقرار المريض مرض الموت حجية شرعية ملزمة ، يؤاخذ به كالصحيح اذا توفرت شروطه .

جاء في بدائع الصنائع للحنفية : (والمرض ليس بمانع حتى يصح اقرار المريض في الجملة)(١) .

وقال ابن عبد البر في الكافي : (اقراره على نفسه في بدنه لما يوجب قصاصا أو حدا في مرضه وصحته سواء ، فانه جائز عليه)(٢) .

وجاء في فتح الجواد لابن حجر الهيتمي(٣) : (ونفذ الاقرار من مريض مرض الموت بمال وغيره)(٤) .

وجاء في الاقناع للحجاوي(٥) : (ومن أقر في مرض موته بشيء فكاقراره في صحته)(٦) .

تدل هذه النصوص المتقدمة على اتفاق المذاهب الأربعة على أن اقرار المريض مرض الموت حجة عليه ولازم له ، يؤاخذ به كما يؤاخذ الصحيح باقراره عند توفر شرطه .

والأصل في حجية الاقرار ولزومه هو : الكتاب ، والسنة ، والاجماع والمعقول .

---

(١) بدائع الصنائع - كتاب الاقرار ١٠/٤٥٩٢ .
(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/٢٠٤ .
(٣) تقدمت ترجمته .
(٤) فتح الجواد بشرح الارشاد ١/٥٢٨ .
(٥) تقدمت ترجمته .
(٦) الاقناع مع كشاف القناع ٦/٤٥٠ .

أما الكتاب : فقد دلت آيات قرآنية على حجيته ولزومه ، منها قوله تعالى : ((وليملل[1] الذى عليه الحق ، وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا))[2] .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة هو أن الله تعالى أمر من عليه الدين بالاملاء على الكاتب ليتولى بيان قدر ما عليه من حقوق الغير ، ولو لم يلزمه شيء بالاملاء لما أمر به ، والاملاء لا يتم الا بالاقرار .[3]

جاء في تفسير القرطبي ما نصه : (وهو المديون المطلوب ، يقر على نفسه بلسانه ليعلم ما عليه .... فأمر الله تعالى الذى عليه الحق بالاملاء ، لأن الشهادة انما تكون بسبب اقراره)[4] .

وأما السنة : فقد دلت أحاديث على حجيته ولزومه ، منها ما روى جابر بن سمرة[5] قال : (رأيت ماعز بن مالك[6] حين جيء به الى النبي صلى الله عليه وسلم رجل قصير أعضل ليس عليه رداء ، فشهد على نفسه أربع أنه زنى ،

---

(١) الاملال والاملاء بمعنى واحد ، يقال : أمللت الكاتب على الكاتب املالا ، أى ألقيته عليه ، وأمليته عليه املاء ، الأولى لغة الحجاز وبني أسد ، والثانية لغة تميم وقيس .
انظر : المصباح المنير ٢ / ٥٨٠ .

(٢) سورة البقرة - آية : ٢٨٢ (آية الدين) .

(٣) تبيين الحقائق ٥ / ٣ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨ / ٣١٩ .

(٤) تفسير القرطبي ٣ / ٣٨٥ .

(٥) وهو : أبو عبد الله ، وقيل : أبو خالد جابر بن سمرة بن جنادة بن جندب العامرى السوائي ، له ولأبيه صحبة ، أخرج له أصحاب الصحيح نزل بالكوفة وتوفى في ولاية بشير بن مروان على العراق سنة ٧٤ هـ ، وقيل : سنة ٧٣ هـ .
انظر : الاصابة ١ / ٢١٢ ، وتهذيب التهذيب ٢ / ٣٩ - ٤٠ .

(٦) وهو : أبو الفيل ماعز بن مالك الأسلمي ، ويقال ان اسمه (عريب) وماعز لقبه .
انظر : الاصابة في تمييز الصحابة ٣ / ٣٣٧ ، ٤ / ١٥٦ ، وتهذيب الأسماء واللغات ٢ / ٧٥ .

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعلك . قال : لا والله انه زنـــى . قال : فرجمـــه)[١] .

ومنها : حديث المرأة الغامدية التي اعترفت بزناها ، فأمر النـــبي صلى الله عليه وسلم برجمها[٢] .

ومنها : حديث العسيف ، وفيه (واغد يا أنيس الى امرأة هـــذا فان اعترفت فارجمها)[٣] .

---

(١) رواه البخاري في أبواب كثيرة من كتاب الحدود . انظر : فتح الباري ١٢/ ١٣٥ وما بعدها .
ورواه مسلم بطرق كثيرة في كتاب الحدود - باب حد الزنا - وهذا اللفظ لمسلم . انظر : صحيح مسلم مع شرح النووي ١١/ ١٩٥ .
ورواه أبو داود في كتاب الحدود - باب رجم ماعز بن مالك ٤/ ٥٧٣ وما بعدهـــا .

(٢) حديث المرأة الغامدية مروي في صحيح مسلم في كتاب الحـــدود ، انظر : شرح النووي على مسلم ١١/ ٢٠٣ .
والسنن الكبرى للبيهقي - كتاب الحدود - باب الحبلى لا ترجـــم حتى تضـــع ٨/ ٢٢٩ .

(٣) حديث العسيف مروي في صحيح البخاري - كتاب الحدود - بـــاب الاعتراف بالزنـــا ١٢/ ١٣٦ - ١٣٧ .
ومسلم في كتاب الحدود - باب حد الزنا ١١/ ٢٠٧ .
وأبو داود - كتاب الحدود - باب المرأة التي أمر النبي صلى اللـــه عليه وسلم برجمهـــا ٤/ ٥٩١ وما بعدها .

ووجه الدلالة من هذه الأحاديث الشريفة هو : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أثبت الحد على المقرين بموجب الحدود باقرارهم .

ولو لم يكن الاقرار حجة ملزمة لما طلبه ولا أثبت به الحد واذا كان حجة فيما يدرأ بالشبهات كالحدود ، فلأن يكون حجة في غيره مما لا يدرأ بها كالأموال أولى .(١)

أما الاجماع : فقد أجمعت الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير على كونه حجة ملزمة في حق المقر وان لم يكن حجة في حق غيره ، لعدم ولايته على الغير .(٢)

وأما المعقول : فلأنه خبر ، والخبر متردد في الأصل بين الصدق والكذب لكن ظهر رجحان جانب الصدق في الاقرار على الكذب .

لأن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجح جانب الصدق في حق نفسه لانتفاء التهمة وكمال الولاية ، فكان اقراره على نفسه حجة ملزمة ، ما لم تقم قرينة على خلافه .(٣)

والأدلة الشرعية المتقدمة الدالة على حجية الاقرار ولزومه لم تفرق بين مقر صحيح ومقر مريض ، فكانا على حد سواء في الحكم . والله أعلم .

****

---

(١) انظر : تكملة فتح القدير مع الهداية والعناية ٨/٣١٩ .
(٢) تبيين الحقائق ٥/٣ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣١٩ ، ومغني المحتاج ٢/٢٣٨ ، والمغني لابن قدامة ٥/١٤٩ .
(٣) تبيين الحقائق ٥/٣ ، وتكملة الفتح ٨/٣١٩ ، والمغني لابن قدامة ٥/١٤٩ .

المبحث الخامس : رجوع المريض عن اقراره :

المريض مرض الموت كالصحيح في حكم الرجوع عن الاقرار ، لعدم الفارق فما صح رجوع الصحيح عنه صح رجوع المريض عنه ، وما لم يصح رجوعه عنه لم يصح رجوع المريض عنه .

وتوضيح ذلك أن المقر به على ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أن يكون حقا من الحقوق الخالصة لله تعالى كحد الزنا وحد الشرب .

فهذا القسم يقبل رجوع المقر عنه ، سواء رجع قبل الحكم عليه باقامة الحد أم بعده (١) .

وذلك لما روى في بعض روايات رجم ماعز أنه هرب لما اشتدت عليه الحجارة ، ثم أدركه رجل فقتله ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ذكر له ذلك : (هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه) (٢) .

ووجه الدلالة : قوله صلى الله عليه وسلم (هلا تركتموه) فلو رجع اليه لقبل رجوعه .

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٠ ، وتبيين الحقائق ٣/ ١٦٧ ، ومواهب الجليل ٦/ ٢٩٤ ، ومنح الجليل ٤/ ٤٩٣ - ٤٩٤ ، والمهذب ٢/ ٤٤١ ، والمغني لابن قدامة ٥/ ١٦٤ .

(٢) رواه أبو داود - كتاب الحدود ٤/ ٥٧٦ ، والترمذي - كتاب الحدود ٦/ ٢٠٢ وقال : حديث حسن .

وما روى أن رجلا رفع الى النبي وقد اعترف بالسرقة ولم يوجد معه متاع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما أخالك سرقت . قال : بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا . فأمر به فقطع) .(١)

ووجه الدلالة من الحديث : أن الرجل لو رجع عن اقراره ، لقبل النبي صلى الله عليه وسلم رجوعه ، يفهم ذلك من قوله : (ما أخالك سرقت) .(٢)

ولأن حقوق الله تسقط بالشبهات ، وانكاره بالرجوع يحتمل صدقا ، فيكون الاقرار كذبا ضرورة ، فيورث شبهة في وجوب الحد فيسقط .(٣)

والقسم الثاني : أن يكون حقا من الحقوق الخاصة للعباد ، كالأموال والقصاص .

وهذا القسم لا يقبل الرجوع عنه . لأنه حق ثبت عليه لغيره بمجرد صدور الاقرار منه مع توفر الشروط ، فلم يملك اسقاطه الا برضاه .(٤)

والقسم الثالث : أن يكون لله فيه حق وللعباد حق كحد السرقة .

فهذا القسم لا يقبل الرجوع عنه مراعاة لحق العبد فيه .(٥)

****

---

(١) رواه أبو داود - كتاب الحدود ٤/٥٤٢ وما بعدها .
(٢) انظر : شرح عون المعبود على سنن أبي داود ١٢/٤٥ ، والمهذب ٢/٤٤١ .
(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٤ .
(٤) انظر : المهذب ٢/٤٤١ .
(٥) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٦١٥ .

الفصل الثاني : اقرار المريض مرض الموت بالحقوق المالية :

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول :

اقراره بما لديه من الحقوق المالية لغيره .

المبحث الثاني :

اقراره باستيفاء ماله على الغير من الحقوق المالية .

المبحث الثالث :

اقراره بالتبرعات الواقعة في مرضه المخوف .

المبحث الرابع :

اقراره بالتبرعات الواقعة في صحته .

المبحث الخامس :

اجتماع اقراره بالدين مع تبرعه بالمال .

=/=/=/=/=

المبحث الأول : اقراره بما لديه من الحقوق المالية لغيره :

اذا أقر الانسان في مرض موته بأن في قبله حقوقا مالية لغيره ، فاما أن يكون ذلك الغير المقر له غير وارث ، واما أن يكون وارثا .

والحقوق المقر بها اما أن تكون ديونا محضة أو أعيانا محضة ، أو تكون بعضها ديونا وأخرى أعيانا .

فان كانت الحقوق كلها ديونا ، فاما أن تكون جميعها ديونا لزمته في صحته ، وقبل مرضه ، أو تكون كلها ديونا لزمته في مرضه أو يكون بعضها دين الصحة وأخرى دين المرض .

لذا يتفرع هذا المبحث الى فرعين :

أحدهما : اقراره بالدين .

والثاني : اقراره بالعين .

الفرع الأول : اقراره بالدين :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول / اقراره بالدين لغير وارث .

المطلب الثاني / اقراره بالدين لوارث .

المطلب الثالث / اجتماع دين الصحة مع دين المرض .

المطلب الأول : اقراره بالدين لغير وارث :

اتفق الحنفية[١] ، والمالكية[٢] ، والشافعية[٣] ، والحنابلة[٤] في المشهور ، وأصح الروايتين عن الامام أحمد : على أنه يصح للمريض مرض الموت أن يقر لغير وارثه بما له عليه من الديون ، كقوله لفلان عليّ ألف دينار وهو غير وارث له .

واتفقوا على أن ما يقر به لغير وارثه يحسب من رأس المال كاقرار الصحيح[٥] . لأنه غير متهم في اقراره له[٦] .

---

(١) انظر : المبسوط للسرخسي - كتاب الاقرار - باب الاقرار في المرض ١٨ / ٢٤ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية - كتاب الاقرار - ٨ / ٣٨٠ .

(٢) انظر : الكافي لابن عبد البر - كتاب الاقرار ٢ / ٢٠٥ ، وشرح الخرشي على خليل ٦ / ٨٨ .

(٣) انظر : نهاية المحتاج - كتاب الاقرار ٥ / ٦٩ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٤٠ .

(٤) انظر : المحرر - كتاب الاقرار ٢ / ٣٧٦ ، والانصاف مع المقنع ١٢ / ١٣٤ هذا وللامام أحمد روايتان أخريان : احداهما : ان اقراره لغير وارثه يصح في قدر الثلث دون ما زاد عليه قياسا على تبرعه له .
والثانية : أن اقراره له غير مقبول مطلقا ، قياسا على اقراره لوارثه عندهم - كما سيأتي .
وقد ناقش ابن قدامة هاتين الروايتين ورد عليهما .
انظر : المغني لابن قدامة ٥ / ٢١٣ ، والانصاف ١٢ / ١٣٤ مع المقنع.

(٥) انظر : تنوير الأبصار مع الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٥ / ٦١٠ ، وحاشية العدوي ٦ / ٨٨ ، والمهذب للشيرازي ٢ / ٤٤٠ ، ومختصر الخرقي مع المغني لابن قدامة ٥ / ٢١٣ .

(٦) انظر : الكافي لابن عبد البر ٢ / ٢٠٥ ، والمهذب للشيرازي ٢ / ٤٤٠ .

ولأن قضاء الدين من حوائجه الأصلية (١) ، لأنه لو حجر عليه لا قراره به بسبب المرض ، لامتنع الناس عن التعامل معه في المعاوضات المالية . (٢)

وفيه ضرر عليه ، لأنه في حاجة الى تنمية ماله بالبيع والشراء ونحوهما ، والضرر لا يزال بضرر . (٣)

هذا وقد استثنى المالكية من قاعدة قبول اقراره لغير وارثه مطلقا ثلاثة من الناس ، وهم : صديقه الملاطف ، وقريبه غير الوارث ، ومن جهل حاله معه ، ولم يعلم أهو صديق ملاطف له ، أم قريب غير وارث أم أجنبي غير ملاطف ، فيشترطون مع قبول اقراره لهم أن يكون له ولد ذكر يرثه .

لأن مدار جواز اقراره ومنعه عندهم هو دلالة القرائن على وجود التهمة وانتفائها ، فان انتفت جاز اقراره ، وان وجدت منع .

فان وجد له ولد ذكر وارث قبل لهم اقراره ، لأن القرائن والحالة هذه تدل على انتفاء تهمته بالفرار بالمال ، لأن الانسان لا يؤثر غير ابنه على ابنه بماله عادة . (٤)

---

(١) انظر : العناية على الهداية - باب اقرار المريض ٨ / ٣٩٠ .
(٢) انظر : الهداية على بداية المبتدى ٨ / ٣٩٠ .
(٣) انظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٧ .

هذا وكان القياس عند القائلين بعدم قبول اقراره لوارثه كالحنفية - كما سيأتي - أن لا يجوز اقراره لغير وارث الا في قدر الثلث لأن الشرع قصر تصرفه في هذه الحالة على ثلثه الا أنهم تركوا هذا القياس للاستحسان ، وهو أنه لو صح اقراره في الثلث كان له التصرف في ثلث الباقي ، لأنه الثلث بعد الدين ، فكلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما بعده الى أن تقضى ديونه كلها أو ينتهي المال . هكذا قالوا . انظر : الهداية ٨ / ٣٩٠ - ٣٩١ ، والعناية على الهداية ٨ / ٣٩٠ .

(٤) انظر : بلغة السالك لأحمد الصاوى على الشرح الصغير - باب في الاقرار ٢ / ١٩١ .

وان لم يوجد له ولد ذكر يرثه ، فان في قبول اقراره لهم وعدمه قولين عندهم :

أحدهما : أنه يبطل مطلقا ، فلا يصح من رأس المال ولا من الثلث .

لأنه اقرار وليس بوصية ، والوصية وما في حكمها هي التي تؤخذ من الثلث .

وبهذا قال غير ابن القاسم من أصحاب الامام مالك ، وهو المعتمد في المذهب . قاله علي العدوي في حاشيته .(١)

والثاني : أنه يبطل فيما زاد على ثلثه ويصح في قدره . وذلك باعتباره وصية ، والوصية لا تبطل في قدر الثلث لغير الوارث ، وانما تبطل في الزائد عليه . وبه قال ابن القاسم من أصحاب الامام مالك .(٢)

******

---

(١) انظر : حاشية العدوي على الخرشي ٦٧/٨٨ ، وشرح ميارة على تحفة الحكام ـ فصل في الاقرار ٢/٢٢٦ ، وحاشية أبي علي الحسن ابن رحال على شرح ميارة ٢/٢٢٦ .

(٢) انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/٢٠٥ ، وشرح ميارة على تحفة الحكام ٢/٢٢٦ .

هذا ولهم قول ثالث في المسألة غير مشهور وهو صحة اقراره له مطلقا وهو كاطلاق الجمهور . يدل على ذلك قول صاحب تحفة الحكام :

ولصديق أو قريب .·. يبطل ممن بكلالة ورث
وقيل بل يمضي بكل حال .·. وعندما يؤخذ بالابطال
قيل باطلاق ولابن القاسم .·. يمضي من الثلث بحكم جازم

انظر : تحفة الحكام مع شرح ميارة وحاشية أبي علي ٢/٢٢٦ .

المطلب الثاني : اقراره بالدين لوارثه :

واذا كان المقر له في مرض الموت وارثا من ورثة المريض ، كقوله : لابني زيد عليّ خمسة آلاف درهم مثلا ، فان في قبول اقراره له وعدم قبوله ثلاثة مذاهب للفقهاء :

أحدها : أنه غير مقبول وغير نافذ .

وبه قال شريح ، وابراهيم النخعي ، والثوري ، والحسن بن صالح (١) .

وهو مذهب الحنفية اذا لم يصدق بقية الورثة المريض في اقراره ، ولم يجيزوه (٢) .

وقول للشافعية (٣) ، والمذهب المعتمد عند الحنابلة اذا لم تقم بينة على صدقه ولم تجزه الورثة (٤) .

واستدلوا بالسنة وفتاوى الصحابة والمعقول :

أما السنة فما رواه الدارقطني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لا وصية لوارث ولا اقرار بدين) (٥) .

ووجه الدلالة من الحديث هو قوله صلى الله عليه وسلم (ولا اقرار بدين) فانه معطوف على قوله (لا وصية لوارث) فدل على منعه

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة - كتاب الاقرار ٥/٢١٤ ، وفتح الباري على صحيح البخاري ٥/٣٧٦ ، وعمدة القاري على صحيح البخاري ١٤/٤١ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٥ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية وبداية المبتدي ٨/٣٨٧ .

(٣) روضة الطالبين ٣/٣٥٣ ، والمهذب ٢/٤٤٠ .

(٤) كشاف القناع ٦/٤٥٠ - ٤٥١ ، والانصاف ١٢/١٣٥ .

(٥) رواه الدارقطني في الوصايا مع شرح بطانني ٤/١٥٢ .

صلى الله عليه و سلم من الاقرار بالدين للوارث كما منع من الوصية لـــــه ، لاشتراك المعطوف والمعطوف عليه في الحكم .

قلـــت : قال البيهقي في سننه : انه حديث ضعيف لا يحتج به .(١)

وأما فتاوى الصحابة فما روى عن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ، أنهما قالا : اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز ، وان أحاط ذلك بماله ، وان أقر لوارث فهو باطل ، الا أن يصدقه الورثـــــة .(٢)

ووجه الدلالة من هذا الأثر هو قولهما : (وان أقر لوارث فهـــــو باطل) وقد حكما ببطلان اقراره لوارثه حال تكذيب بقية الورثة له ، ولم يـــرو عن غيرهما من الصحابة خلاف ذلك ، فيكون اجماعا منهم .(٣)

قلـــــت : الأثر المذكور عن عمر وابنه قد ورد في كتب الحنفيـــــة دون سند ولا عزو الى كتاب من كتب الآثار حتى يعرف أهو صحيـــــح أم لا .(٤)(٥)

---

(١) انظر : السنن الكبرى للبيهقي - كتاب الاقرار - باب ما جاء في اقـــرار المريض لوارثـــه ٦/٨٥ .
والحديث مروى من طريق نوح بن دراج قال فيه يحي بن معـــين : نوح بن دراج كذاب خبيث قضى سنين وهو أعمى . وقال في موضع آخـــر : ثلاث سنين وكان لا يخبر الناس أنه أعمى من خبثه . قال : ولم يكن يدري ما الحديث ولا يحسن شيئا .
انظر : السنن الكبرى للبيهقي ٦/٨٥ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٥ ، وتكملة الفتح ٨/٣٨٨ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٥ .

(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٥ .

(٤) كبدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٥ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٥ وغيرهمـــا من كتبهـــم .

(٥) لم أقف على الأثر المذكور في كتب السنن حسب اطلاعي .

وأما المعقول فمنه ما يلي :

١ - لأن المريض متهم في اقراره ، لجواز أن يكون قد آثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع ، والوصية . فأراد تنفيذ مقصوده بصورة الاقرار دون أن يكون عليه دين في حقيقة الأمر لوارثه ، فيرد اقراره له لمكان هذه التهمة .(١)

ويمكن أن يجاب عنه بأن ما قالوه في حق الوارث موجود في حق غير الوارث لجواز قصده في اقراره لغير وارثه الفرار بماله عن الورثة دون أن يكون عليه له دين في حقيقة الأمر ، فقد أجازوا اقراره للأجنبي وجعلوا تلك التهمة عديمة الاعتبار ، فليكن اقراره لوارثه كذلك .

٢ - ولأن الوصية لا تجوز لوارث لما فيها من ايثار بعض الورثة بالطال على بعض ، والاقرار له أولى بعدم الجواز . لأن الوصية لا تذهب الا بثلث الطال ، والاقرار قد يذهب بجميعه .(٢)

يجاب عنه بأن الاقرار يفارق الوصية ، لأن الوصية تبرع من الموروث بلا مقابل ، والدين المقر به حق في ذمته ومطالب به ، وهو أولى بماله من الورثة .

٣ - ولأن اقراره لوارثه ايصال لماله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير اذن بقية الورثة كهبته له بغير رضاهم .(٣)

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٥ .

(٢) انظر : المصدر السابق .

(٣) انظر : المغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .

يجاب عنه بأن الاقرار بالدين يفارق الهبة ، لأن الهبة تبرع من المورث بلا عوض فتحتاج الى رضا بقية الورثة بخلاف الاقرار بالدين ، لأن المريض ليس في حاجة الى اذن ورثته في أداء ما عليه من الحقوق .

٤ - ولأن حال مرض الموت حال تعلق حق الورثة بماله لاستغنائه عنه بعد الموت ، ولذا منع من التبرع على الورثة أصلا ، ففي تخصيص بعضهم بالمال عن طريق الاقرار ابطال حق الباقين فلا يمكن منه كالهبة .(١)

يجاب عنه بأن حق الورثة يتعلق بما فضل من مال المريض بعد قضاء حوائجه الأصلية ، وقضاء الدين من حوائجه الأصلية ، لأنه في حاجة الى ابراء ذمته منه ، لقوله صلى الله عليه وسلم (نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه)(٢) . والاقرار به وسيلة الى قضائه .

هذا وقد استثنى الحنفية والحنابلة من قاعدة عدم قبول اقراره لوارثه حالتين ، يقولون فيهما بلزوم المقر به للوارث المقر له ، ولكن بأمر آخر غير الاقرار :

احداهما : أن يقر المريض لزوجته بصداقها ، فانه يلزم لها صداق المثل بمقتضى الزوجية عندهم ، لا باقراره .(٣)

---

(١) انظر : تكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣٨٩ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٥ .

(٢) رواه الترمذي من حديث أبي هريرة - كتاب الجنائز ٤/٢٩٧ . وابن ماجه - كتاب الصدقات - باب التشديد في الدين ٢/٨٠٦ .

(٣) المبسوط - باب اقرار المريض للوارث وغيره ١٨/٣٦ - ٣٧ ، وكشاف القناع ٦/٤٥١ .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أنه لو ادعى الزوج المريض قضاءه وأنكرت الزوجة قبضه لقبل قولها ، لأن الأصل عدم القبض ،(١)

ولأن الزوجية دلت على وجوب المهر عليه لزوجته ، والأصل بقاؤه في ذمته .(٢)

وان كان المقر به أكثر من صداق المثل ، فالزائد باطل عند الحنفية لوجوبه باقراره وهو متهم في حقها لكونها وارثة .(٣)

وبه قال الحنابلة الا اذا قامت بينة على وقوع العقد عليه ، أو أجازت الورثة الزائد على مهر المثل .(٤)

والثانية : أن يستقرض من وارثه في صحته أو يشترى منه شيئا ، ويقر له بالبدل في مرض موته ، فان البدل المقر به يلزم للوارث عندهم ، ولكن بالمعاينة عند الحنفية لا بالاقرار ، لذا يشترطون حصول هذه المعاملة منه بمعاينة شهود .(٥)

وأما الحنابلة ، فانهم يقولون بلزومه بمقتضى عقد المعاوضة لا بالاقرار منه .(٦)

لأنه لو ادعى المريض قضاءه وأنكره الوارث لقبل قول الوارث ، لأن الأصل عدم القبض .(٧)

---

(١) انظر : المبسوط - باب اقرار المريض للوارث وغيره ١٨/٣٦ - ٣٧ .
(٢) انظر : الانصاف ١٢/١٣٦ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦١ .
(٣) المبسوط ١٨/٣٧ .
(٤) مطالب أولي النهى ٦/٦٦١ .
(٥) انظر : المبسوط ١٨/٣٦ .
(٦) انظر : كشاف القناع ٦/٤٥١ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .
(٧) انظر : المبسوط ١٨/٣٧ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .

هذا وقد استثنى الحنفية حالة ثالثة ، وهي أن لا يكون لـــه وارث آخر غير المقر له ، ففي هذه الحالة يصح اقراره لوارثه في جميع المقـــر بـه ، لأن ابيت المال ليس وارثا عندهـــم .(١)

ويقول الحنابلة بوجوب اقراره بما عليه لوارثه من الحقوق ان كـــان محقا فيه ، ويوصلها اليه بطريق من الطرق المتاحة له .(٢)

لأن حكم الحاكم بما ظهر له لا يغير شيئا من الحقائق الثابتة ، فعليـــه أن يتخلص من الظلم باطنـــا .

والثانـــي : أنه مقبول ونافذ ، ان دلت القرائن على انتفاء تهمة الايثـار وغير مقبول ان دلت على وجودها القرائن ، الا اذا ثبت المقر بـــه ببينـــة .(٣)

والى هذا ذهب المالكيـة(٤) ، والروياني(٥) ، والأذرعـي(٦)

---

(١) انظر : تكملة حاشية ابن عابدين ٨/١٦٧ - ١٦٨ .
(٢) انظر : كشاف القناع ٦/٤٥١ ، والنكت على الفوائد السنية ٢/٣٧٢
(٣) انظر : المدونة ٥/٢١٣ ، ٢٢٧ .
(٤) انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/٢٠٤ ، والخرشي على خليل ٦/٨٧ - ٩٠ .
(٥) ذكر في طبقات الشافعية عدد ممن نسب الى الريان ، ولكن يبـــدو أن المقصود هنا هو أبو المحاسن فخر الاسلام عبد الواحد بـــن اسماعيل . ومما يدل على أنه المقصود هنا ما جاء في تهذيب الأسماء واللغات في معرض وصفه : (فانه أمعن في الاختيار حتى اختـــار كثيرا من مذاهب العلماء غير الشافعي) . ولد سنة ٤١٥ هـ ، وتوفي سنة ٥٠٢ هـ .
انظر : طبقات الشافعية للاسنوي ١/٥٦٥ ، وتهذيـــب الأسماء واللغات ٢/٢٧٧ ، وطبقات الشافعية لابن هداية اللـــه ص ١٩٠ .
(٦) وهو : أبو العباس ، وقيل : أبو الوليد أحمد بن حمدان بن أحمـــد شهاب الدين الأذرعي الفقيه الشافعي ، له مؤلفات منها : غنيـــة المحتاج شرح المنهاج وقوة المحتاج شرح المنهاج . ولد سنة ٧٠٨هـ بأذرعات الشام وتوفي في حلب سنة ٧٨٣ هـ . انظر : طبقات الشافعية لابن هداية الله ص ٢٣٧ - ٢٣٨ ، والأعلام ١/١١٧ .

من الشافعيـــة (١) .

وأبو الخطاب (٢) ، والمـــرداوى من الحنابلـــة (٣) .

لأن الحجر على المريض مرض الموت لمكان تهمته بالفرار بماله عـــن الورثة ، أو تهمة ايثاره بعض ورثته على بعض . والأحكام تبنى على الظاهـــر فمتى ظهرت قرائن التهمة في تصرف من تصرفاته حجر عليه فيه ، فان انتفـت في تصرف منه انتفى فيه الحجر عليـــه .

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢٤٠ ، ونهاية المحتاج ٥/٧٠ ، وروضـــــة الطالبين ٤/٣٥٣ .

(٢) وهو : أبو الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلوذاني البغدادى الفقيه الحنبلي . له كتب منها : الهداية والانتصار فـــي المسائل الكبار ، ورؤوس المسائل . ولد سنة ٤٣٢ هـ في بغـــداد وتوفى سنة ٥١٠ هـ ببغداد أيضا .
انظر : طبقات الحنابلة لأبي يعلى ٢/٢٥٨ ، والذيل عـــلى طبقات الحنابلة لابن رجب ١/١١٦ ، والأعلام ٦/١٧٨ .

(٣) الانصـاف ـ كتاب الاقـرار ١٢/١٣٥ .

وعلى هذا المذهب يحمل اقراره لوارثه على الصحة حتى تظهر قرائن التهمة في أصح القولين للامام مالك . قاله ابن عبد البر في الكافي (١) .

ومن صور دلالة القرائن على انتفاء تهمة الايثار أو وجودها عند المالكية ما يلي :

١ - اقراره لوارثه الأبعد كالعم وابنه مقبول مع وجود وارث أقرب ، سواء استغرق ذلك الأقرب التركة كالابن ، أم لم يستغرقها كالبنت ، وغير مقبول لوارث أقرب مع وجود وارث أبعد . كاقراره لابنته مع وجود العم . لأن قرينة القرب مع الثاني تدل على تهمة الايثار ، وقرينة البعد في الأول تدل على انتفائها .

٢ - اقراره مقبول لولده العاق مع وجود ولده البار ، وأما اقراره لولده البار مع وجود ولده العاق فغير مقبول .

لأن قرينة البر في الثاني تدل على تهمة الايثار ، وقرينة العقوق في الأول تدل على انتفائها .

٣ - اقراره مقبول لزوجته اذا عرف بغضه لها ، وغير مقبول اذا عرف ميله اليها . وكذلك اذا كانت الزوجة هي المريضة المقرة .

لأن قرينة الميل في الثاني تدل على تهمة الايثار ، وقرينة البغض في الأول تدل على انتفائها (٢) .

---

(١) انظر : الكافي لابن عبد البر ٢/٢٠٤ .

(٢) انظر : الخرشي - باب الاقرار ٦/٨٨ ، ومنح الجليل ٣/٣٤٧ .

والثالث : أنه مقبول ونافذ مطلقـــا :

وبهذا قال الأوزاعي ، واسحاق ، وعطاء ، وطاووس ، والحســـــن البصري ، وأبو ثور ، وعبد الرحمن بن أذينـــة[1] ، والامام البخاري[2] .[3]

وهو الصحيح الراجح عند الشافعيـــة[4] ، سواء صدقه بقية الورثـــة أم لا .[5] وهو قول عند الحنابلـــة .[6]

واستدلوا بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

أما الكتاب : فقوله تعالى ((ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها))[7] .

ووجه الدلالة من الآية الكريمة : هو أن الله تعالى لم يفرق بين وارث وغـــيره في وجوب أداء الأمانة اليه ، فدل على صحة الاقرار سواء كان لوارث أم لغيره لما فيه من أداء حق الغير على المقـــر .[8]

---

(١) وهو : عبد الرحمن بن أذينة بن سلمة العبدي الكوفي قاضي البصرة التابعي ، توفي سنة ٩٥ هـ .
انظر : تهذيب التهذيب لابن حجر ٦/ ١٣٤ - ١٣٥ .

(٢) وهو : أبو عبد اللـــه محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة ، البخاري صاحب الرواية في الحديث ، وكتابه المشهور (الجامـــع) على مكانة عظيمة لدى المسلمين . ولد سنة ١٩٤ هـ وتوفي سنة ٢٥٦هـ في قرية قريبـــة من سمرقند .
انظر : تهذيب الأسماء واللغات ٢/ ٦٧ وما بعدها .

(٣) انظر : صحيح البخاري - كتاب الوصايا مع فتح الباري ٥/ ٣٧٥ - ٣٧٦

(٤) انظر : المهذب للشيرازي ٢/ ٤٤٠ ، وروضة الطالبين ٤/ ٣٥٣ ، ونهاية المحتاج ٥/ ٦٩ .

(٥) انظر : نهاية المحتاج ٥/ ٦٩ .

(٦) انظر : الانصاف ١٢/ ١٣٥ .

(٧) سورة النساء - آية : ٥٨ .

(٨) انظر : عمدة القاري شرح صحيح البخاري ١٤/ ٤٢ .

يمكن أن يجاب من هذا الدليل بأن الآية الكريمة دليل على وجوب أداء ما ثبت عليه للغير ، والكلام هنا في تحقيق ثبوته ، لأنه يحتمل أنه ثابت حقيقة ويحتمل أنه غير ثابت حقيقة ، فلا تكون الآية الكريمة دليلا على ما نحن فيه .

وأما السنة : فقوله صلى الله عليه وسلم (اياكم والظن فان الظن أكذب الحديث) (١) .

ووجه الدلالة من الحديث الشريف : هو أنه لا يجوز ظن الايثار في اقراره لوارثه ، لأن الظن مذموم بهذا الحديث .

ويمكن أن يجاب عنه : بأن الظن المذموم بالحديث هو ظن السوء والفاسد العار من القرائن ، وما نحن فيه ليس من الظن الفاسد لبنائه على القرائن ، وفيه رعاية الحقوق ، وهي مقصد من مقاصد الشرع .

وأما المعقول : فقالوا : ان الظاهر يدل على أنه صادق في اقراره لما انتهى اليه من حال يصدق فيه الكاذب ، ويتوب فيه الفاجر ، فيرجح في اقراره جانب الصدق على جانب الكذب (٢) .

ولأن من صح اقراره له في الصحة صح اقراره له في المرض كالأجنبي (٣) .

---

(١) انظر : صحيح البخاري - كتاب الوصايا - مع شرح عمدة القاري ١٤/٤١ .

(٢) مغني المحتاج ٢/٢٤٠ ، وفتح الجواد ١/٥٢٨ ، ونهاية المحتاج ٥/٦٩ .

(٣) المهذب للشيرازي ٢/٤٤٠ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .

يمكن أن يجاب عن المعقول الأول بأنه أمر باطني ، ولا يحكم الا بالظاهر ، ولأن هذه الحالة لم تمنع من الحجر عليه في التبرعات لوارث ولغير وارث عند ظهور قرائن التهمة ، فليكن اقراره كذلك .

وعن المعقول الثاني بأنه يصح التبرع للأجنبي وللوارث في الصحة من رأس المال ، ويصح للأجنبي في المرض من الثلث ولا يصح للوارث في المرض مطلقا الا باجازة باقي الورثة ، فقياس الوارث على غيره في ذلك ، قياس مع الفارق .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الطلكية ومن معهم أولى بالاختيار ، لأن لدى المريض أهلية الالتزام الكاملة بالحقوق ، وانما حجر عليه في حالات خاصة لمكان تهمة الفرار أو الايثار ، فينبغي أن يدور معها ذلك الحجر وجودا وعدما ، بواسطة القرائن التي تظهر للحاكم .

والله أعلم .

المطلب الثالث : اجتماع ديون الصحة مع ديون المرض :

تقدم أن الحقوق المالية التي يقر بها الانسان في مرض موته ، تكون ديونا محضة ، وتكون أعيانا محضة ، وتكون مشتملة على النوعين معا .

فان كانت ديونا محضة ، وكان جميعها ديون الصحة ، بأن ثبتت باقراره أو ببينة في صحته ، أو كان جميعها ديون المرض (١) ، فان كان في التركة وفاء بها ، فان كل واحد من الغرماء يأخذ حقه كاملا مقدما على الوصايا والميراث .

وان لم يكن فيها وفاء بها ، فان الغرماء يتحاصون فيما وجد على قدر ديونهم .

كمريض أقر في صحته أو مرضه بدين عليه لثلاثة أشخاص ، دين أحدهم مائة دينار ، ودين الثاني خمسون دينارا ، ودين الثالث مائة وخمسون دينارا .

ثم مات من مرضه وترك مائة وعشرين دينارا ، فانهم يقتسمون التركة بينهم بنسبة التركة الى ديونهم ، فيعطى الأول أربعين دينارا وهو ثلث التركة ، والثاني عشرين دينارا وهو سدسها ، والثالث ستين دينارا وهو نصفها .

حل المسألة بالأرقام :

دين الأول	دين الثاني	دين الثالث	مجموع الديون الثلاثة	كامل التركة
١٠٠	+ ٥٠	+ ١٥٠	= ٣٠٠	+ ١٢٠

جزء السهم

٢ر٥ .

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .

نصيب الأول = ١٠٠ ÷ ٥ر٢ = ٤٠ دينارا .

نصيب الثاني = ٥٠ ÷ ٥ر٢ = ٢٠ ،،

نصيب الثالث = ١٥٠ ÷ ٥ر٢ = ٦٠ ،،

وان كانت مشتملة على النوعين ، ديون الصحة وديون المرض ، وكان في التركة وفاء بها ، فان كلا من الغرماء يأخذ حقه كاملا .

وان لم يكن فيها وفاء بها فهل يتحاص غرماء المرض مع غرماء الصحة فيما وجد أولا ؟ اختلف فيه الفقهاء :

١ - فذهب الحنفية (١) ، والحنابلة (٢) في الصحيح المعتمد عندهم الى أنه تقدم ديون الصحة الثابتة بالبينة أو الاقرار مع ديون المرض الثابتة بأسباب معلومة كبدل قرض وبدل مبيع ومهر امرأة على ديون المرض الأخرى الثابتة بمجرد اقراره .

وبهذا قال ابراهيم النخعي ، والشورى (٣) .

جاء في المبسوط للسرخسي : (ولو أقر في مرضه بدين أو وديعة وعليه دين الصحة كان مقدما على ما أقر به في المرض عندنا) (٤) أي عند الحنفية .

وجاء في كشاف القناع للحنابلة : (ولا يحاص المقر له ولو كان أجنبيا غرماء الصحة ، بل يقدمون عليه) (٥) .

---

(١) تبيين الحقائق ٥/٢٣ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣٨٠ .
(٢) الانصاف ١٢/١٣٤ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦٠ .
(٣) المغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .
(٤) المبسوط للسرخسي ١٨/٢٦ .
(٥) كشاف القناع عن متن الاقناع ٦/٤٥١ .

فان وفت التركة بدين الصحة والثابتة في المرض بأسباب معلومة أعطيت لأصحابها كاملة ، فان بقي منها شيء بعدها صرف لأصحاب ديون المرض التي لم تعرف الا بمجرد اقراره .

وان لم تف التركة بدين الصحة ، والمعلومة الأسباب في المرض تحاص أصحابها فيما وجد وسقطت دين المرض المجهولة الأسباب .

واستدل الحنفية والحنابلة على ما ذهبوا اليه بالمعقول :

فاستدلوا على تقديم دين الصحة ، بأن حق غرماء الصحة يتعلق بمال المريض استيفاء من أول نزول المرض في جسمه ، لذا منع من التبرع .

وفي اقراره بدين حال مرضه ابطال لذلك الحق ، والاقرار لا يكون دليلا معتبرا اذا تضمن ابطال حق للآخرين (١) . فوجب أن لا يشارك المقر له حال المرض غرماء الصحة (٢) ، كمن أقر له المفلس حال الافلاس .

واستدلوا على تقديم دين المرض المعلومة الأسباب بأنها ثابتة لا تحتمل الرد ، فيظهر وجوبه باقراره وتعلقه بالتركة من أول مرضه (٣) .

٢ - وذهب المالكية (٤) ، والشافعية (٥) : الى أنها لا يقدم بعضها

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٧ ، وتكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣٨١ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٤ - ٢٥ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٢١٤ .

(٣) بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٧ - ٤٥٩٨ .

(٤) المدونة الكبرى - كتاب التفليس - باب المفلس يقر بالدين لرجل ٥/٢٢٧ هذا وقد قال المالكية بعدم قبول اقراره لكل من يتهم عليه اذا كان عليه دين يحيط بماله الا ببينة ، مثل صديقه الملاطف وقريبه غير الوارث ومن جهل حاله معه . لأنه يتهم في هذه الحالة بقصد ادخال النقص على غرمائه الآخرين .
انظر : المدونة ٥/٥١٤ ، ومواهب الجليل ٥/٢٢٠ .

(٥) المهذب ٢/٤٤٠ ، وفتح الجواد ١/٥٣٠ ، ونهاية المحتاج ٥/٧٠

على بعض ، بل يحاص غرماء المرض مع غرماء الصحة ، ولم يفرقوا في ذلك بين ما علمت أسبابه من ديون المرض وما لم تعلم أسبابه منها .

وبهذا قال ابن أبي ليلى[١] ، وجماعة من الحنابلة[٢] .

قال ابن القاسم لما سئل عن رجل عليه دين في صحته ببينة أو اقرار منه ، ثم أقر في مرضه بدين الوارث ، وغير وارث أيتحاصون في ماله ؟

قال : (ان أقر في مرضه لوارث أو لذى قرابة أو لصديق ملاطف لم يقبل قوله الا ببينة ، وان كان انما أقر في مرضه لأجنبي من الناس فانه يحاص الغرماء الذين ديونهم ببينة والذين أقر لهم في الصحة ، وهو قول مالك)[٣] .

لقد جعل ابن القاسم ديونه اللازمة في صحته وقبل مرضه والثابتة في مرضه بالبينة وبالأسباب المعلومة ، وديونه التي لم تثبت الا بمجرد اقراره سواء في الاشتراك فيما وجد من المال .

وقال النووى في روضة الطالبين : (ولو أقر في صحته بدين لرجل وفي مرضه لآخر فهما سواء)[٤] أى لا يقدم أحدهما على الآخر عند عجز التركة عن الوفاء بهما ، بل يشتركان فيما وجد على قدرهما .

---

(١) انظر : المبسوط - كتاب الاقرار ١٨ / ٢٦ .

(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٥ / ٢١٣ ، والنكت والفوائد مع المحرر كتاب الاقرار ٢ / ٣٧٦ . والانصاف ١٢ / ١٣٤ .

(٣) انظر : المدونة - كتاب التفليس - باب في المفلس يقر بالدين لرجل ٥ / ٢٢٧ .

(٤) انظر : روضة الطالبين للنووى ٤ / ٣٥٤ ، ومثله في نهاية المحتاج ٥ / ٧٠ .

ولو أن مريضا مات وترك مائة وعشرين ألف ريال ، وعليه خمسون ألف ريال ثبت لشخص في صحته ، وخمسون ألف ريال ثبت لآخر في مرضه ببينة ومائة ألف ثبت عليه في مرضه بمجرد اقراره . وخمسون ألف ريال مهر امرأة زوجها ، وخمسون ألف ريال ثبت لشخص خامس في مرضه بمجرد اقراره فان جميع فرمائه يتحاصون فيما وجد على قدر ديونهم ويدخل النقص على جميعهم ، فيعطى كل واحد من أصحاب الخمسين عشرين ألف ريال ، وصاحب المائة أربعين ألف ريال ، ومجموعها مائة وعشرين ألف ريال .

حل المسألة بالأرقام :

دين الأول دين الثاني دين الثالث دين الرابع دين الخامس = المجموع

٥٠٠ر٠٠٠ + ٥٠ر٠٠٠ + ١٠٠ر٠٠٠ + ٥٠ر٠٠٠ + ٥٠ر٠٠٠ = ٣٠٠ر٠٠٠ +

كامل التركة = جزء السهم .

١٢٠ر٠٠٠ = ٢ر٥

نصيب الأول = ٥٠ر٠٠٠ + ٢ر٥ = ٢٠ر٠٠٠ ريال

نصيب الثاني = ٥٠ر٠٠٠ + ٢ر٥ = ٢٠ر٠٠٠ "

نصيب الثالث = ١٠٠ر٠٠٠ + ٢ر٥ = ٤٠ر٠٠٠ "

نصيب الرابع = ٥٠ر٠٠٠ + ٢ر٥ = ٢٠ر٠٠٠ "

نصيب الخامس = ٥٠ر٠٠٠ + ٢ر٥ = ٢٠ر٠٠٠ "

واستدلوا على ما ذهبوا اليه بالمعقول ، وهو أن دين الصحة ودين المرض حقان يجب على المدين قضاؤهما من رأس المال ، فلم يقدم أحدهما على الآخر ، كما لو أقر بهما في الصحة .(١)

---

(١) انظر : المهذب للشيرازي ٢ / ٤٤٠ .

ويمكن أن يجاب عنه ، بأن ما ثبت عليه في صحته من الديـــــون غير متهم فيه ، لأمله في استمرار الحياة حال وقوعه ، الذى من شأنـــه أن يكون شحيحا على ماله ، بخلاف ما لم يثبت عليه الا بمجرد اقراره حـال المرض ، فانه يتهم فيه بقصد ادخال النقص على غرماء الصحة ليأســـه من الحيـــة .

المذهـــب المختـــار :

ان ما ذهب اليه الحنفية والحنابلة ومن معهم من القول بتقديم ديون الصحة وديون المرض المعلومة الأسباب على الديون التي لم تثبت الا بمجـرد الاقرار في المرض أولى بالاختيـار .

لأن ما ثبت عليه في صحته من الديون وما ثبت عليه منها في مرضـــه بأسباب معلومة أقوى مما لم يثبت عليه الا بمجرد اقراره حال المرض .

لأن الأولى والثانية سالمتان من قرينة التهمة ، بخلاف الثالثـــة فهو متهم فيها ، نظرا ليأسه من الحياة ، والقوى وجه من وجوه التقديم في هذا الباب ، لذا قدمت التبرعات المنجزة على المعلقة ، عند ضيـــق الثلث عنهمـــا .

والله أعـــلم .

****

الا أن الحنفية استثنوا من ذلك حالة واحدة ، وهي أن يقـــــر مريض باستهلاكه وديعة معروفة كانت لديه لوارث من ورثته .

كرجل أودع عند أبيه ألف درهم بشهادة شهود ، فأقر الأب في مرض موتـــه أنه قد استهلك ذلك المبلغ ، ثم مات من مرضه ، فانهم يقولون بقبول اقـــراره لوارثه في هذه الحالة ، سواء صدقه بقية الورثة أم لا ، فيعطى ذلك الوارث قيمة وديعته من التركـــة .

وعللوا ذلك بأن رد اقراره في هذه الحالة غير مفيد ، لأنـه لو مـات ولم يقر باستهلاكه للوديعة ، ثم بحث عنها بعد موته ولم توجد لوجـــــب ضمانها من تركته ، لأنه لم يدع تلفها قبل موته بما يسقط ضمانها .(١)

وأما المالكية فانهم يقبلون اقراره بها لكل من لا يتهم عليه وارثـــا كان أو غير وارث ، اذا كانت العين المقر بها مما لم يعلم ملكه لها .(٢)

وان كانت العين المقر بها مما علم ملكه لها ، فانهم يعتبرون اقراره بهـــا تبرعا لـه حكم الوصيـــة .(٣)

وأما الشافعية فانهم يقبلونه مطلقا ، سواء كان المقر له وارثا أم غـير وارث كأرجح القولين عندهم في الاقرار بالدين . وذلك اذا كانت العـــين المقر بها مما لم يعلم ملكه لها ، فان علم ملكه لها اعتبروا الاقرار بها تبرعـا

---

(١) تكملة الفتح مع الهداية والعناية ٨/٣٨٨ .

(٢) المدونة ـ كتاب الوديعة ٦/١٤٩ ـ ١٥٠ .

(٣) مواهب الجليل المعروف بشرح الحطاب ـ كتاب الاقرار ٥/٢٢ .

الفرع الثاني : اقراره بالعين :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : اقراره بالعين وحدها .

المطلب الثاني : اقراره بالعين مع الدين .

المطلب الثالث : اقراره بالعين أو الدين لوارثه مع الأجنبي .

=======

المطلب الأول : اقراره بالعين وحدها :

اذا كانت الحقوق المالية المقر بها في مرض موت الانسان لغيره أعيانا محضة ، كالودائع أو مال المضاربة ، والعين المغصوبة والبضاعة ، كقوله في مرض موته : هذه الدراهم وديعة لزيد ، وهذه الدنانير مال مضاربة لعمرو ، وهذا الثوب غصبته من بكر ، وهذه البضائع لابني محمود .

فان مذاهب الفقهاء في قبول الاقرار بها وعدم قبوله ، كمذاهبهم في قبول اقراره بدين الغير .

فلا يقبل لوارث عند الحنفية (١) ، والحنابلة (٢) ، ويقبل لغير الوارث اذا لم يكن عليه دين في صحته يحيط بتركته ، فان كان عليه دين يحيط بها لم يقبل لغير وارثه أيضا (٣) .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٥٩٥ - ٤٥٩٦ ، وتكملة الفتح مع العناية والهداية ٨/٣٨٥ - ٣٨٧ ، وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٢٣ .

(٢) كشاف القناع ٦/٤٥١ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦١ .

(٣) تكملة الفتح مع الهداية ٨/٣٨٥ ، وحاشية الشلبي ٥/٢٣ .

في المرض كقول المالكيـــة .(١)

======

المطلب الثاني : اقراره بالعين مع الدين :

ولو كانت الحقوق المالية المقر بها مشتملة على العين والدين وكـان جميع المقرين لهم ممن يقبل له اقرار المريض على اختلاف وجهات نظـــــر المذاهب الأربعة ، فان وقع الاقرار بالعين أولا ، ثم أقر بالدين ، فان العين تقدم على الدين فتسلم لصاحبها كاملة بلا خلاف بين المذاهب الأربعـــة .(٢) سواء وفت التركة بما على المريض من الحقوق أم لا . لأنها أقوى لتقدمهـــا في الاقرار مع وجود ذاتها .

وان وقع الاقرار بالدين أولا ، ثم أقر بالعين ثانيا ، والتركة لا تفي بهما ، فهل تقدم على الدين أو لا ؟ للفقهاء في ذلك مذهبان :

١ - فذهب الحنفيـــة(٣) الى اعتبارهما دينين أقر بهما المريض فيقســـم بينهما ما وجد بالتساوي .(٤)

واستدلوا بالمعقول وهو : أنه لما سبق الاقرار بالدين وصح ، وجب تعلقـه بتركة المريض ، والعين التي بيده تركته من حيث الظاهر ، لأن حق الغرماء يصان عن الابطال ما أمكن ، وقد أمكن أن يجعل اقراره بها اقرارا بديـــن باعتباره اقرارا باستهلاك العين ، لتقديم الاقرار بالدين عليه .(٥)

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٢٤٠ ، وروضة الطالبين ٤/ ٣٥٣ ، ونهايـــة المحتاج ٥/ ٦٩ ،وفتح الجواد ١/ ٥٢٩ ، وحواشي التحفة ٥/ ٣٥٨
(٢) المبسوط ١٨/ ٢٥ - ٢٦ ، والمدونة - اقرار المريض بالوديعـــة والقراض ٥/ ١٣١ . ومغني المحتاج ٢/ ٢٤٠ ، ومطالب أولي النهي ٦/ ١٦٠ ، والانصاف ١٢/ ١٣٥ .
(٣) المبسوط ١٨/ ٢٥ ، وبدائع الصنائع ١٠/ ٤٥٩٦ .
(٤) انظر : الفتاوى الهندية ٤/ ١٧٨ ، والفتاوى البزازية ٥/ ٤٥٧ .
(٥) انظر : المبسوط ١٨/ ٢٥ ، وبدائع الصنائع ١٠/ ٤٥٩٦ .

٢ - وذهب الجمهور من المالكية[١] ، والشافعية[٢] ، والحنابلة[٣] : الى تقديمها على الدين مطلقا ، أقر بها أولا أو لا .

قال ابن القاسم لما سئل عن رجل أقر بدين في مرضه ثم أقر بوديعة أو مال قراض بعينه بعد ما أقر بالدين قال : (كل شيء من هذا أقر به بعينه فلا أبالي كان اقراره قبل الدين أو بعد الدين أصحابه أولى به)[٤] .

وجاء في مغني المحتاج : (ولو أقر المريض لانسان بدين ولو مستغرقا ثم أقر لآخر بعين قدم صاحبها كعكسه)[٥] ، أي كما تقدم اذا وقع الاقرار بها أولا .

وجاء في كشاف القناع للحنابلة : (لو أقر لأجنبي في مرضه بعين ثم بدين أو عكسه ..... فرب العين أحق بها)[٦] ، أي سواء أقر بها أولا أم لا .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن المريض غير متهم في اقراره بها لوجود ذاتها[٧] . وأن العين أقوى في الجملة من الدين ، لأنه يجوز للوارث

---

(١) المدونة ٥/١٣١ .
(٢) روضة الطالبين ٤/٣٥٥ ، وفتح الجواد ١/٥٣٠ ، ونهاية المحتاج ٥/٧١ ، والوجيز للغزالي ١/١٩٥ .
(٣) الانصاف ١٢/١٣٥ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦٠ ، والنكت والفوائد مع المحرر ٢/٣٨٠ .
(٤) المدونة ٥/١٣١ .
(٥) مغني المحتاج ٢/١٤٠ .
(٦) كشاف القناع ٦/٤٥١ .
(٧) المدونة ٥/١٣١ .

امساك التركة وقضاء دين الدائنين من مال نفسه ، بخلاف العين فليس له امساكها واعطاء بدلها من ماله .(١)

وأن الاقرار بالدين يتعلق بالذمة ، والاقرار بالعين يتعلق بذاتها ، فما تعلق بالذات أقوى ، فالقوي مقدم على غيره .(٢)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار .

لأنه لما صح اقراره بها وقبل ، دل ذلك على أنها ملك لغيره ، وليست من تركته ، فلا تتعلق بها حقوق غرمائه ، لأن الديون الثابتة في ذمة الانسان تتعلق بملكه في مرض موته ، لا بملك غيره .

والله أعلم .

****

---

(١) فتح الجواد ١/٥٣٠ .

(٢) كشاف القناع ٦/٤٥١ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦٠ .

المطلب الثالث : اقراره بالعين أو الدين لوارثه مع أجنبي :

علمنا مما سبق أن الحنفية والحنابلة يقبلون اقرار المريض بالدين لغير وارثه ، ولا يقبلونه لوارثه ، سواء كان المقر به عينا أم دينا .

فلو أقر بحق مالي مشترك بين وارثه وأجنبي ، فهل يقبل في حق الأجنبي دون الوارث أو لا يقبل مطلقا ؟

فقد ذهب الامام أبو حنيفة وأبو يوسف الى القول ببطلان الاقرار في حقهما جميعا ، سواء صدّقا بوجود الشركة بينهما في ذلك الحق أم كذبا وجودها .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن اقراره صدر منه فاسدا لقصده ايصال المال لوارثه ، فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك في حق الأجنبي لمعنى من جهته وهو كونه غير وارث .

فاذا لم يمكن اثبات الدين المقر به الا مشتركا بينهما فجهود ط للشركة وتصادقهما عليها ، سواء .(١)

وذهب محمد بن الحسن صاحب الامام أبي حنيفة الى بطلانه في حقهما ان تصادقا على الشركة في الحق ، والى صحته في حق الأجنبي اذا كذبا الشركة أو أنكرها الأجنبي .

واستدل بالمعقول ، وهو أن المانع من صحة الاقرار هو منفعة الوارث فقد انتفت بانتفاء الشركة بينهما .

---

(١) المبسوط للسرخسي - باب الاقرار لوارث وغيره في المرض ١٨ / ٣٥-٣٦

لأن المريض أقر لهما بالمال وادعى عليهما بالشركة في المقر به ، وقد صدقاه فيما أقر لهما وهو الحق المالي ، فكذباه فيما ادعى عليهما من الشركة أو أنكرها الأجنبي ، فلم تثبت بقوله ، فاذا لم تثبت الشركة بينهما بقي اقراره للأجنبي صحيحا ، لانتفاء المانع بانتفاء الشركة .(١)

وأما الحنابلة فقد ذهبوا في الصحيح عندهم الى صحة الاقرار في حق غير الوارث من غير اجازة ، كما لو انفرد به لانتفاء التهمة في حقه ،(٢) وقياسا على جواز تفريق الصفقة في البيع عند انتفاء الجهالة .(٣) ولم يفرقوا في ذلك بين ما تصادقا على وجود الشركة فيه بينهما ، وما كذبا وجودها فيه .

وأما حصة الوارث فقد قالوا بوقفها على اجازة باقي الورثة ، كما لو انفرد بالاقرار له ، فان أجازوها صحّ ، والا بطل .(٤)

****

---

(١) المبسوط ١٨/ ٣٦ .
(٢) كشاف القناع ٦/ ٤٥١ ، والانصاف ١٢/ ١٣٧ ، ومطالب أولي النهى ٦/ ٦٦٠ .
(٣) النكت والفوائد ٢/ ٣٧٥ .
(٤) كشاف القناع ٦/ ٤٥١ ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٣١٥ .

المبحث الثاني : اقراره باستيفاء ماله على الغير من الحقوق المالية :

ان الانسان كما تكون عليه حقوق مالية للآخرين نتيجة تعامله معهم في حياته بأنواع المعاملات المالية لسد حاجته البشرية ، تكون له حقوق مالية على الآخرين للسبب نفسه .

ولو أقر في مرض موته باستيفاء حقوقه المالية الثابتة على الغير ، فهل يصح ذلك الاقرار ويقبل أو لا ؟ .

في ذلك للفقهاء مذاهب مختلفة تبعا لمذاهبهم في اقراره بحقوق غيره :

١ - فذهب الحنفية الى عدم قبوله مطلقا ، اذا كان المستوفى منه وارثا ولم يصدقه باقي الورثة الا بالبينة (١) . سواء وجب له ذلك الحق على وارثه حال الصحة ، أم وجب عليه حال المرض . وسواء كان الحق المقر باستيفائه بدلا عن مال كالقرض وثمن المبيع أم لا ، كأرش الجناية (٢) .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن اقراره باستيفاء حقه من غيره اقرار له بدين ، لأن الديون تقضى بأمثالها فيجب للمدين على الدائن عند القبض مثل ما كان له عليه ، ثم يتماثلان فيتساقطان ، والاقرار بالدين للوارث حال المرض غير صحيح وغير مقبول (٣) .

---

(١) المبسوط ١٨/٨٢ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٥ .

(٢) بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٣ ، وكشف الأسرار عن أصول البزدوي ٤/٣١٠ .

(٣) المبسوط ١٨/٨٢ ، وبدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٢ ، وكشف الأسرار ٤/٣١٠ .

ومثله عندهم في عدم القبول اقراره باستيفاء حقه من كفيل وارثه الأجنبي أو من وارثه الكفيل عن الأجنبي (١). لأنه يتضمن براءة الوارث عن الدين في كلتا الحالتين . لأن براءة الأصيل عن الدين توجب براءة الكفيل عنه ، وبراءة الكفيل بالاستيفاء منه توجب براءة الأصيل (٢).

وكذلك اقراره بقبض عينه المضمونة من وارثه كالمغصوبة .

لأن وارثه لو ادعى ردها ، لم تقبل دعواه ، ولو سقطت عنه باقراره في مرضه لكان في قوله ايصال منفعة مالية لوارثه ، وهو باطل (٣).

وأما الأعيان غير المضمونة كالوديعة فاقراره باستيفائها من وارثه مقبول عندهم ، لانتفاء مانع ايصال منفعة مالية اليه فيه .

لأن الوارث مصدق في دعوى ردها ، لكونه أمينا ، والأمين غير ضامن (٤).

وان كان المستوفى منه أجنبيا غير وارث ، فان الحنفية يقبلون اقراره باستيفاء ما وجب له عليه حال الصحة ، سواء كان بدلا عن مال كثمن المبيع أم لا كأرش الجناية . وسواء كان على المريض دين في صحته يستغرق ماله أم لا (٥).

وكذلك يقبلون اقراره باستيفاء ما وجب له على الأجنبي حال المرض اذا لم يكن بدلا عن مال (٦).

---

(١) المبسوط ١٨/ ٨١ ، وكشف الأسرار ٤/ ٣١٠ .
(٢) كشف الأسرار ٤/ ٣١٠ .
(٣) انظر : المبسوط ١٨/ ٨٥ .
(٤) انظر : المبسوط ١٨/ ٨٤ ، وحاشية أحمد الشلبي مع تبيين الحقائق ٥/ ٢٥ .
(٥) انظر : المبسوط ١٨/ ٨٢ ، وبدائع الصنائع ١٠/ ٤٦٠١ .
(٦) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٦٠١ - ٤٦٠٢ .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن المدين الأجنبي استحق براءة ذمته عند اقرار الطالب بقبض الحق منه ، وذلك الاستحقاق لا يبطل بمرض الطالب .(١)

وأن ما كان بدلا عن غير مال لا يتعلق به حق الغرماء لعدم تعلقه بالمبدل ، فاذا لم يتعلق به حقهم صحّ اقراره به ، لعدم تضمنه ابطال شيء من الحقوق .(٢)

وأما ما وجب له على الأجنبي بدلا عن مال حال المرض ، فلا يقبلون اقراره باستيفائه منه .

وعللوا ذلك بأنه لما مرض تعلق حق غرماء الصحة بالمبدل استيفاء كالعين المبيعة ، فكان البيع بعد ذلك ابطالا لحقهم عن المبدل ، الا أن يصل اليهم البدل ، وهو الدين لقيامه مقام المبدل ، ولو أقر باستيفاء البدل من المدين وقبل اقراره للزم من ذلك عدم وصول البدل الى غرماء الصحة فلم يصح لتضمنه ابطال حقوقهم .(٣)

٢ - وأما المالكية : فقد ذهبوا الى قبول اقراره باستيفاء حقه من الغير ان كان المستوفى منه ممن لا يتهم في الاقرار له ، والى عدم قبوله ان كان ممن يتهم في الاقرار له كصديقه الملاطف حال عدم وجود ولد ذكر وارث له .(٤)

---

(١) انظر : المبسوط ١٨/ ٨٢ - ٨٣ ، وبدائع الصنائع ١٠/ ٤٦٠١ .
(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٦٠١ .
(٣) انظر : بدائع الصنائع ١٠/ ٤٦٠١ .
(٤) انظر : المدونة - كتاب المديان - باب المريض يقر أنه قبض دينه ٥/ ٢١٢ - ٢١٣ ، ومنح الجليل - باب الاقرار ٣/ ٣٩٧ .

٣ - وذهب الحنابلة الى قبول اقراره باستيفاء دين الصحة والمرض من الأجنبي .(١)

ولم يفرقوا في ذلك بين ما وجب له بدلا عن مال وما وجب له بدلا عن غير مال .

وعللوا ذلك بأن المريض غير متهم في الاقرار للأجانب غير الوارثين .(٢)

وأما اذا كان المستوفى منه وارثا ، فلا يقبلون اقراره باستيفائه الا ببينة أو اجازة من بقية الورثة .(٣)

وعللوه بأن اقراره بالاستيفاء من وارثه يعتبر ابراء له من الدين وابراءه في مرض الموت من الدين غير مقبول .(٤)

****

---

(١) كشاف القناع ٦/٤٥١ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦٠ ، والنكت والفوائد ٢/٣٧١ ، والانصاف ١٢/١٣٩ ، والمبدع لشرح المقنع ١٠/٣٠١ .

(٢) كشاف القناع ٦/٤٥١ ، ومطالب أولي النهى ٦/٦٦٠ .

(٣) كشاف القناع ٦/٤٥٢ ، والنكت والفوائد ٢/٣٧٠ - ٣٧٢ .

(٤) مطالب أولي النهى ٦/٦٦١ .

المبحث الثالث : اقراره بالتبرعات الواقعة في مرض موته :

ان ما يقر الانسان أنه فعله في مرض موته من التبرعات المنجزة ، كالهبة ، والصدقة ، والكفالة ، والمحاباة ، والوقف ، ونحوها له حكم الوصية[1] ، كما لو ظهر منه هذا التصرف بلا اقرار . نص عليه المالكية[2] ، لأنه تبرع في مرض الموت .

قال ابن القاسم : (كل ما أقر به أنه فعله في مرضه فهو وصية[3]) أي من التصرفات المالية بلا عوض .

****

---

(١) انظر : الفتاوى الهندية - كتاب الاقرار ٤/١٧٨ .

(٢) انظر : المدونة الكبرى - كتاب الكفالة ٥/٢٧٥ - ٢٧٦ .

ملاحظة :

يصح الاقرار لصديق المريض الملاطف في هذه الحالة من الثلث عند المالكية . انظر : المدونة ٥/٢٧٦ .

(٣) المدونة ٥/٢٧٦ .

المبحث الرابع : اقراره بالتبرعات الواقعة في صحته :

وان أقر في مرض موته أنه وهب أو أهدى أو أبرأ غريمه أو أعتق عبده أو وقف في صحته ، فهل يصح ويقبل أو لا ؟ اختلف فيه الفقهاء :

١ - فذهب الحنفية الى اعتباره تبرعا في المرض له حكم الوصية اعتبارا بوقت الاقرار ، فيصح للأجنبي من الثلث ، ولا يصح لوارثه ولا لأجنبي بأكثر من الثلث الا بالاجازة من الورثة .(١)

لأنه لا يملك انشاء التبرع لوارثه حال المرض وللأجنبي بأكثر من الثلث الا بالاجازة فكذلك الاقرار به .(٢)

وبقبوله وصحته للأجنبي قال الحنابلة(٣)

---

(١) انظر : جامع الفصولين ٢/٢٥٤ - ٢٥٥ .
قال علاء الدين محمد أفندي في تكملة ابن عابدين : ان المراد من قولهم (أقر المريض أنه كان أبرأ فلانا من الدين الذي عليه في صحته لا يجوز) كما في بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٤ ، وجامع الفصولين ٢/٢٥٦ : ان المراد منه عدم جوازه من كل المال لغير الوارث ولكنه يجوز له من الثلث .
انظر : تكملة ابن عابدين ٨/١٦٢ .

(٢) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٤ ، وجامع الفصولين ٢/٢٥٦ .

(٣) انظر : الفروع - كتاب الاقرار ٦/٦٠٩ ، والانصاف ١٢/١٣٩ ، والنكت والفوائد ٢/٣٧١ .

وأما قبوله للوارث ففيه قولان للشافعية ، ووجهان للحنابلة :

أحدهما : أنه لا يقبل لوارثه كقول الحنفية[١] . وهو اختيار الغزالي في الوجيز[٢] . لأنه لا يملك انشاءه له فلا يملك الاقرار له به[٣] .

والثاني : أنه يصح ويقبل له اذا كان قبضه قد تم حال الصحة[٤] . وهو اختيار جماعة من الشافعية منهم الامام النووي في روضة الطالبين[٥] .

٢ - وذهب المالكية الى عدم قبوله مطلقا ، لا من رأس المال ولا من الثلث[٦] .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن اقراره صدر منه بعد الحجر عليه الا في ثلث ماله ، فلا يكون من رأس المال ، لقصة[٧] أبي بكر الصديق مع ابنته عائشة رضي الله عنهما ، لا من الثلث ، لأنه لم يقصد به الوصية ، ولا يعتبر من الثلث الا ما كان وصية أو فعل في مرض الموت[٨] .

---

(١) انظر : الوجيز للغزالي ١/ ١٩٥ ، والأنوار لأعمال الأبرار ١/ ٣٣٣ ، والفروع ٦/ ٦١٠ ، والمبدع - كتاب الاقرار ١٠/ ٣٠٣ .

(٢) انظر : الوجيز للامام الغزالي ١/ ١٩٥ .

(٣) روضة الطالبين ٤/ ٣٥٣ ، والفروع ٦/ ٦١٠ ، والمبدع ١٠/ ٣٠٣ ، والانصاف ١٢/ ١٣٩ .

(٤) روضة الطالبين ٤/ ٣٥٣ ، وفتح الجواد ١/ ٥٢٩ ، ونهاية المحتاج ٥/ ٧٠ ، والفروع ٦/ ٦١٠ ، والمبدع ١٠/ ٣٠٣ ، والانصاف ١٢/ ١٣٩ .

(٥) روضة الطالبين ٤/ ٣٥٣ .

(٦) انظر : المدونة - كتاب الكفالة والحمالة ٥/ ٢٧٦ .

(٧) تقدمت القصة المذكورة بتمامها في مبحث الهبة في مرض الموت ص ١١٧

(٨) انظر : المدونة - كتاب أمهات الأولاد ٣/ ٣١٧ .

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الحنفية ومن معهم أولى بالاختيار .

لأنه أكثر رعاية للحقوق ، حيث ينفذ تصرفه فيما لا يمس حقوق الآخرين ويمنع فيما يمس حقوقهم .

وما ذهب اليه المالكية من القول ببطلان تصرفه مطلقا في هذه الحالة ، فيه منع للمريض من التصرف فيما جعله الشارع حقا له وهو ثلث ماله .

والله تعالى أعلم .

****

المبحث الخامس : اقراره بالدين مع التبرع :

وان أقرّ في مرض موته بدين كقوله لفلان عليّ ألف درهم ، ثم وهب أو أعتق ، أو وهب أولا ثم أقرّ بالدين ثانيا ، فهل تبطل التبرعات بالدين أو لا ؟ .

فقد ذهب الحنفية الى أن تبرعه في هذه الحالة لا يصح ولا يقبل حتى تقضى ديونه المقر بها من التركة ، سواء أقر بها قبل التبرع أم بعده .(١)

لأن الدين مقدم على الوصايا ، وهو من رأس المال ، والتبرعات في مرض الموت في حكم الوصايا ، وهي لا تحسب الا من ثلث التركة .

وذهب الحنابلة الى أن اقراره بالدين غير مبطل لتبرعاته اذا وقعت أولا والاقرار ثانيا .(٢)

لأن الحق يثبت للمتبرع له في العين المتبرع بها في الظاهر بمجرد صدور التبرع منه ، فلا يقبل اقراره بعد ذلك فيما يبطل به .(٣)

ومفهومه أن ما أقر به أولا مبطل لتبرعاته المتأخرة عنه عندهم .

قلت : ان ما ذهب اليه الحنفية أولى ، لأن الدين أقوى وهو واجب بخلاف التبرع ، فانه جائز ابتداء . والله أعلم .

****

---

(١) انظر : المبسوط - كتاب الاقرار ١٨/ ٢٥ ، والفتاوى البزازية ٥/ ٤٥٧

(٢) انظر : المغني لابن قدامة - كتاب الوصايا ٦/ ٨٤ ، والنكت والفوائد ٦/ ٣٧٦ .

(٣) انظر : المصدرين السابقين .

الفصـــل الثـــالث

اقـراره بالحقـوق غـير الماليـــة

وفيـــه خمســـة مباحـــث :

المبحـــث الأول :

اقـــراره بما يوجب عقوبة بدنيـــة .

المبحث الثانـــي :

اقـــراره بالنكـــاح .

المبحـــث الثالث :

اقـــراره بالطـــلاق .

المبحث الرابـــع :

اقـــراره بالنســـب .

المبحث الخامس :

اقـــراره بالاستيـــلاد .

=/=/=/=/=

المبحث الأول : اقراره بما يوجب عقوبة بدنية :

ان اقرار المريض مرض الموت بما يوجب عليه عقوبة بدنية صحيح ولازم له اذا توفرت الشروط كاقرار الصحيح (١) .

وذلك كاقراره بالجناية على النفس ، أو الطرف عمدا عدوانا ، وغيرها من الجنايات التي توجب عقوبة بدنية على الجاني .

ومما يدل على أن اقراره بموجب العقوبة حجة ملزمة السنة والمعقول :

فأما السنة فما روى عن (بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الأنصار أنه اشتكى رجل منهم حتى أضنى (٢) ، فعاد جلدة على عظم فدخلت عليه جارية لبعضهم ، فهش (٣) لها فوقع عليها ، فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك ، وقال : استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فاني وقعت على جارية دخلت عليّ فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقالوا : ما رأينا بأحد من الناس من الضرّ مثل الذي هو به ، لو حملناه اليك لتفسخت (٤) عظامه ما هو الا جلد على عظم ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/٢٠٤ ، والمهذب ٢/٤٤٠ ، ونهاية المحتاج ٥/٧٠ .

(٢) أضنى : معناه أصابه الضنى وهو شدة المرض وسوء الحال .
انظر : معالم السنن على أبي داود للخطابي ٤/٦١٦ .

(٣) فهش : نشط وارتاح .
انظر : ترتيب القاموس المحيط ٤/٥١٢ ، والمصباح المنير ٢/٦٣٨ .

(٤) لتفسخت عظامه : لتفرقت عظامه . يقال : فسخت الشيء اذا فرقته .
المصباح المنير ٢/٤٧٢ .

أن يأخذوا له مائة شمراخ[1] ، فيضربوه ضربة واحدة)[2] .

فقوله (فلما دخل عليه رجال قومه يعودونه أخبرهم بذلك ، وقال استفتوا لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإني وقعت على جارية دخلت علي) اقرار واعتراف منه بوقوعه في الزنا .

وقولهم (ما رأينا بأحد من الناس من الضرّ مثل الذي هو به) الى قولهم (ما هو الا جلد على عظم) بيان لمدى خطورة مرضه ، وأنه كان مما يخاف منه الموت .

وقوله (فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه بها ضربة واحدة) الزام له بموجب اقراره حال مرضه .

---

(١) الشمراخ : العثكال الذي عليه البسر ، وهو غصن دقيق رخص .
انظر : لسان العرب ٣ / ٥٠٩

(٢) رواه أبو داود - كتاب الحدود - باب اقامة الحد على المريض .
وهذا لفظه ٤ / ٦١٥ - ٦١٧ .
والامام أحمد في مسنده من حديث سعد بن عبادة ، قال أحمد بن عبد الرحمن البناء في الفتح الرباني على مسند أحمد عن حديث سعد : (الحديث له طرق كثيرة مرفوعة ومرسلة يعضد بعضها بعضا) .
انظر : بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني - كتاب الحدود - باب اقامة الحد على المريض ١٦ / ٩٩ .
وقال الحافظ ابن حجر بعد ذكر حديث سعد في بلوغ المرام : اسناده حسن . انظر : سبل السلام ٤ / ١٣ .
ورواه البيهقي في سننه الكبرى - كتاب الحدود ٨ / ٢٣٠ .

وأما المعقول ، فهو أن المريض له كامل أهلية الالتزام بالحقوق ، وحجر عليه في الحقوق المالية حال دلالة القرائن على التزامه قصد به الحاق الضرر بالغير من الغرماء والورثة ، والنفس ليست محلا لتعلق حقوقهم ، فلا يمنع المرض من صحة الاقرار بما يستوفى منها لانتفاء التهمة .(١)

واذا ثبتت عليه العقوبة باقراره وكانت مما تذهب بنفسه كالقصاص في النفس والرجم للمحصن ، فانها تنفذ عليه في الحال دون انتظار، لأن اتلاف ذاته مستحق ، فلا يمنع بسبب المرض .(٢) الا الحامل فانها تؤخر عنها العقوبة المتلفة لحق جنينها .(٣)

وان كانت مما لا تذهب بنفسه ، فاما أن تكون من حقوق العباد ، كالقصاص في الطرف ، واما أن تكون من حقوق الله تعالى كحد شرب الخمر. فان كان من حقوق العباد فقد اختلف الفقهاء في تنفيذها في الحال وتأخيرها :

---

(١) انظر : المهذب للشيرازي ٢/ ٤٤٠ .

(٢) انظر : المبسوط - كتاب الحدود - باب الاقرار بالزنا ٩/ ١٠٠ وبداية المبتدي مع الهداية والفتح ٥/ ٢٤٥ ، وبلغة السالك مع الشرح الصغير ٢/ ٣٩٢ ، ومغني المحتاج ٤/ ١٥٤ .

(٣) انظر : المبسوط ٩/ ١٠٠ ، ومغني المحتاج ٤/ ١٥٤ .

١ - فذهب المالكية الى تأخيرها حتى يبرأ من مرضه .(١)

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن العقوبة اذا نفذت عليه حال المرض وأدى انضمام ألم القصاص الى ألم المرض الى هلاكه لكانت نفس قد أخذت بغير نفس ، فهو غير جائز .(٢)

٢ - وذهب الشافعية(٣) ، والحنابلة(٤) الى تنفيذها عليه في الحال الا اذا كان الجاني امرأة حاملا ، فانها تؤخر عنها لحق الجنين .(٥)

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن حق الآدمي مبني على المضايقة ، فيجب الأخذ به في الحال ، لأن تأخيره قد يؤدي الى فواته بالكلية بموت الجاني من المرض .(٦)

---

(١) انظر : الخرشي على خليل ٨/٢٤ ، والشرح الصغير ٢/٣٩٢ .

(٢) انظر : الشرح الصغير ٢/٣٩٢ .

(٣) انظر : الوجيز للغزالي ٢/١٣٦ ، وروضة الطالبين ٩/٢٢٥ .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٨/٢٦١ .

(٥) انظر : مغني المحتاج ٤/٤٣ ، وكشاف القناع ٦/٦٢٥ .

(٦) انظر : مغني المحتاج ٤/٤٣ ، ونهاية المحتاج ٧/٣٠٣ ، والمغني لابن قدامة ٨/٢٦١ .

وان كانت العقوبة الواجبة من حقوق الله تعالى ، فقد اختلف الفقهاء في تنفيذها في الحال على مذاهب :

١ - فذهب الحنفية (١) ، والشافعية (٢) : الى تأخيرها عمن يرجى بروءه حتى يبرأ وتنفيذها في الحال على من لا يرجى له بروء بصورة تتناسب مع حاله المرضية .

واستدلوا بالسنة :

فاستدلوا على القول بتأخيرها عمن يرجى بروءه بما رواه مسلم أن عليا رضي الله عنه خطب فقال : (يا أيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد من أحصن منهم ومن لم يحصن ، فان أمة لرسول الله صلى الله عليه و سلم زنت فأمرني أن أجلدها ، فاذا هي حديث عهد بنفاس فخشيت ان أنا جلدتها أن أقتلها ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه و سلم فقال : أحسنت) (٣) .

لقد صرح علي رضي الله عنه بأن سبب تأخيره الحد عنها هو خشية موتها ان هو ضربها في نفاسها ، والنفاس مرض من الأمراض التي يرجى بروءها . وقد استحسن رسول الله صلى الله عليه و سلم ما صنع عليّ رضي الله عنه وهو لا يستحسن منكرا ولا يقر عليه ، فدل ذلك على مشروعية تأخير الحد عن المريض الذى يرجى بروءه .

---

(١) تبيين الحقائق ٣ / ١٧٤ ، والدر المختار مع تنوير الأبصار ، وابن عابدين ٤ / ١٦ ، والمبسوط ٩ / ١٠٠ .

(٢) المهذب للشيرازى - كتاب الحدود ٢ / ٣٤٦ - ٣٤٧ ، وفتح الجواد ٢ / ٣٠٥ ، ومغني المحتاج ٤ / ١٥٤ .

(٣) رواه مسلم - كتاب الحدود - باب حد الزنا . انظر : شرح النووى على صحيح مسلم ١١ / ٢١٤ وهذا لفظه .
وأبو داود - كتاب الحدود - باب اقامة الحد على المريض ٤ / ٦١٧ .
والامام أحمد في مسنده من حديث علي - كتاب الحدود - باب تأخير الحد عن الحبلى حتى تضع حملها .
انظر : الفتح الرباني مع بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني ١٦/٧

وأما المعقول : فهو أن العقوبة اذا نفذت عليه حال المرض ربما انضم ألم الجلد الى ألم المرض فيؤدي الى هلاكه ، والحد انما يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا ، وحقوق الله مبنية على المسامحة .(١)

واستدلوا على تنفيذها على من لا يرجى بروءه بصورة خفيفة بحديث الأنصاري المتقدم ، حيث أمر النبي باقامة الحد عليه حال مرضه الشديد بما يؤمن معه تلفه ، لليأسه من برئه .(٢)

وأما المعقول فهو أن مرضه لا ينتهي الى غاية(٣) ينتظر ، وترك الحد بالكلية تعطيل لما شرعه الله ، فيقام بقدر الامكان حسب حال كل من الجناة .

٢ - وذهب المالكية(٤) الى تأخيرها عنه حتى يبرأ كقولهم في المسألة السابقة ، ولم يفرقوا بين مريض يرجى بروءه ومريض لا يرجى بروءه .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن اقامة الحد على مرضه قد يؤدي الى اتلافه بسبب اجتماع الألمين ، فيكون قد أخذت نفس بلا نفس ، فلا يجوز .(٥)

---

(١) انظر : المبسوط ٩/ ١٠٠ - ١٠١ ، وروضة الطالبين ٩/ ٢٢٥ ، ونهاية المحتاج ٧/ ٣٠٣ .

(٢) تقدم تخريج الحديث في أول هذا المبحث .

(٣) انظر : مغني المحتاج ٤/ ١٥٤ .

(٤) انظر : المدونة - كتاب الرجم - باب اجتماع الحدود ٦/ ٢٤٨ .

(٥) انظر : الشرح الصغير ٢/ ٣٩٢ .

٣ - وذهب الحنابلة في المعتمد[(١)] الى تنفيذها في الحال مطلقا بما يؤمن معه تلفه ، دون تفريق بين من يرجى برؤه ومن لا يرجى برؤه الا القطع في السرقة ، فانهم يقولون بتأخيره الى وقت برئه.[(٢)]

واستدلوا بأثر عمر رضي الله عنه ، أنه أقام الحد على المريض ولم يؤخره وأن ذلك قد انتشر بين الصحابة ولم ينكر ، فكان اجماعا منهم.[(٣)]

واستدلوا بالمعقول ، وهو أنه لا يجوز ترك العقوبة بالكلية ولا تجوز اقامته عليه تامة كي لا تفضي الى اتلافه فتعين أن تقام عليه خفيفة على كل حال على الفور فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة.[(٤)]

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الحنفية والشافعية أولى بالاختيار ، لما فيه من الجمع بين الأدلة ، والجمع أولى من الترجيح .

ولأن فيه احتياطا لحق الجاني وهو عدم التسبب في مضاعفة آلام مرضه بتأخير العقوبة عنه حال رجاء برئه .

كما فيه احتياط لحق الله تعالى من الفوات باقامتها عليه خفيفة حال اليأس من برئه .

ولو فاتت بموت الجاني المفاجيء حال رجاء البرء أو مات اثر اقامتها خفيفة لم يعتبر تفريطا أو افراطا ، لأن المقصود هو الاحتياط للحقين بقدر الامكان . والله أعلم .

******

---

(١) انظر : المغني لابن قدامة ٨/١٧٣ ، والانصاف ـ كتاب الحدود ١٠/١٥٨ ، ومطالب أولي النهى ٦/١٦٤ .
(٢) انظر : المغني لابن قدامة ٨/٢٦١ .
(٣) انظر : كشاف القناع ٦/٨٢ ، ومطالب أولي النهى ٦/١٦٤ .
(٤) انظر : المصدرين السابقين .

المبحث الثاني : اقراره بالنكاح :

نص الحنفية (١) ، والشافعية (٢) على أن اقرار المريض بالنكاح صحيح كاقرار الصحيح به ، اذا صدقه الطرف الثاني في دعواه .

وهو مفهوم من عبارة الحنابلة حيث يصححون اقراره بكل ما يملك انشاءه في مرضه وهو انشاء النكاح بمهر المثل عندهم (٣) .

ولو رجع بعد ذلك عن اقراره لم يبطل النكاح ، لظهوره في حقه باقراره والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد باطل (٤) .

وللمرأة المقر لها بالزوجية الميراث وصداق مثلها ، وما زاد عليه فهو موقوف على اجازة الورثة عند الحنفية .

لأنها وارثة ، ولا يصح الاقرار بطل عندهم لوارث ، والزائد على مهر المثل ، لا يثبت الا باقراره (٥) .

ويصح تصديق المرأة المقر لها بالزوجية ، سواء وقع قبل موت المريض أم بعده باتفاق أئمة الحنفية الثلاثة أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ابن الحسن (٦) .

---

(١) المبسوط - كتاب الاقرار ١٨/ ١٤٢ - ١٤٣ ، وبدائع الصنائع - كتاب الاقرار ١٠/ ٤٦٠٦ ، وتبيين الحقائق ٥/ ٢٧ .
(٢) مغني المحتاج - كتاب الاقرار ٢/ ٢٤٠ ، ونهاية المحتاج ٥/ ٧٠ .
(٣) كشاف القناع ٦/ ٤٥٣ ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٢١٦ ، ومطالب أولي النهى ٦/ ٦٦٢ .
(٤) المبسوط ١٨/ ١٤٢ .
(٥) المصدر السابق ١٨/ ١٤٣ .
(٦) المصدر السابق ١٨/ ١٤٢ - ١٤٣ ، وبدائع الصنائع ١٠/ ٤٦٠٦ وتبيين الحقائق ٥/ ٢٧ .

لأن النكاح باق بعد موته من وجه لبقاء بعض أحكامه ، كالعدة فكان محلا للتصديق[١] . فاذا صدق أسند التصديق الى وقت الاقرار ، فيصح كالموجود حال الاقرار[٢] .

وكذلك ان كان المقر له زوجا وصدق المقرة قبل موتها .

وان لم يصدقها الا بعد موتها فقد اختلف في صحته الحنفية فيما بينهم :

فذهب الامام أبو حنيفة الى أنه لا يصح .

واستدل بأن حقيقة النكاح معدومة بعد الموت فلا يكون محلا للتصديق ولا عدة عليه ولا يصح على اعتبار الارث لأنه لم يكن موجودا حال الاقرار[٣] .

وذهب صاحباه أبو يوسف ومحمد بن الحسن الى صحته .

واستدلا بأن النكاح باق بعد الموت من وجه وهو الارث ، فيحتمل التصديق كما لو أقر الزوج بالزوجية وصدقته بعد موته[٤] .

وأما المالكية فلهم قولان في قبوله :

أحدهما : أنه لا يثبت به النكاح ولا التوارث بين المقر والمقر له بالزوجية .

سواء صدقه الطرف الثاني أم لا ، وسواء كانا من أهل البلد أم طارئين . قطع بهذا في الخرشي ومنح الجليل على خليل[٥] .

واستدلوا عليه بأن الاقرار بالزوجية في المرض كانشاء النكاح فيه ، وانشاؤه

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤٦٠٦/١٠ ، وتكملة فتح القدير ٣٩٧/٨ .
(٢) المبسوط ١٤٢/١٨ .
(٣) المبسوط ١٤٣/١٨ ، وبدائع الصنائع ٤٦٠٦/١٠ ، وتبيين الحقائق ٢٧/٥ ، وتكملة الفتح ٣٩٧/٨ .
(٤) المصادر السابقة .
(٥) انظر : الخرشي ٢٩٦/٤ ، ومنح الجليل ١٥٧/٢ .

في المرض ولو بين زوجين غير بلد بين غير صحيح و يفسخ .(١)

والثاني : أنه يصح في حق رجل وامرأة من غير أهل البلد ان تصادقا عليه ويتوارثان به . لأن خبرهما غير معلوم ، والأصل فيهما الصدق .

وان كان بين شخصين من أهل البلد لم يصح ، لأنهما لو كانا زوجين حقيقة لشاع خبره بين أهل البلد ، فكان المريض متهما في اقراره بقصد ادخال وارث على ورثته .(٢)

قلت :

القول الأول أشبه بمذهبهم في مسألة نكاح المريض .

****

---

(١) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢/٣٣٢ .

(٢) انظر : الشرح الكبير - باب النكاح - مع حاشية الدسوقي ٢/٣٣١ - ٣٣٢ . وحاشية العدوي على الخرشي - باب النكاح ٤/٢٩٦ .

المبحث الثالث : اقراره بالطـــلاق .

اذا أقر رجل في مرض موته بأنه طلق زوجته طلاقا رجعيـــــا أو بائنا في صحته ، صحّ ولزم كالصحيح .

لأنه يملك انشاءه فملك الاقرار به .

قال ابن الحاجب : (وطلاق المريض واقراره به كالصحيح في أحكامه)[1] .

وهل يعتبر فارا باقراره من ميراث البائنة ، فيكون لها حكم البائنة في مرض الموت اعتبارا بوقت الاقرار ، أولا يعتبر فارا فيكون لها حكم البائنة في الصحة اعتبارا بوقت الطلاق ؟

١ - ذهب الحنفية[2] ، والمالكية[3] ، والحنابلة[4] : الى اعتباره فارا كمن أبان زوجته في مرض موته ، وهو وجه عند الشافعية[5] .

فان مات من مرضه ورثته ان كانت في عدتها عند الحنفية[6] ، وورثته مطلقا عند المالكية مات في عدتها أو بعدها ، تزوجت بغيره أولا[7] .

---

(١) انظر : مواهب الجليل المعروف بشرح الحطاب - كتاب الطلاق - باب الخلع ٤/٢٨ .
(٢) انظر : جامع الفصولين - كتاب الطلاق ٢/٢٤٠ ، وحاشية ابن عابدين ٣/٣٨٧ .
(٣) انظر : المدونة - كتاب الايمان بالطلاق وطلاق المريض ٣/٣٥ ، ومنح الجليل ٢/١٩١ .
(٤) انظر : كشاف القناع - كتاب الاقرار ٦/٤٥٢ ، وكتاب الفرائض ٤/٥٣٣ ، والانصاف ١٢/١٤٠ .
(٥) روضة الطالبين - كتاب الطلاق ٨/٧٥ .
(٦) انظر : كنز الدقائق مع تبيين الحقائق - كتاب الطلاق ٢/٢٤٥ .
(٧) انظر : الشرح الكبير - فصل في الكلام على الخلع ٢/٣٥٤ .

وعند الحنابلة ط لم تتزوج بغيره [١] ، وذلك معاملة له بنقيض قصده [٢] .

لأنه متهم بقصد حرمانها من الارث [٣] ، كما يتهم في انشاء الطلاق [٤] .

ولأنه اقرار بما يسقط حق غيره ، فهو غير أمين عليه ، فلا يسقط الحق بقوله كما لو أقر ببطل غيره [٥] .

هذا اذا لم تصدقه المطلقة في دعوى وقوع الطلاق في صحته ، ولم يقم بينة على صدقه .

وعليه فان عدتها تعتبر من يوم الاقرار عند المالكية ، لا يوم الطلاق ، ولو كان بعضها أو كلها قد انتهى على مقتضى اقراره ، لكونه متهما في اقراره ، والعدة حق لله فلا يسقطها كلها أو بعضها اقراره الذى يتهم فيه [٦] .

وان صدقته في دعواه ، أو قامت بينة على صدقه ، اعتبرت العدة من يوم الطلاق ، وسقط حقها في الارث ، لاسقاطها له بالتصديق بالبينونة في الصحة ، لأن البائنة في الصحة لا ترث ، ولانتفاء تهمة الفرار حال قيام البينة على صديق دعواه [٧] .

---

(١) انظر : كشاف القناع - باب ميراث المطلقة ٥/٤٣٤ ، والمغني لابن قدامة ، والمحرر - باب ميراث المطلقة ١/٤١١ .

(٢) انظر : مغني المحتاج - كتاب الطلاق ٣/٢٩٤ .

(٣) انظر : منح الجليل - فصل في الخلع ٢/١٩١ ، والشرح الكبير ٥/٢٧٩ .

(٤) انظر : كشاف القناع - كتاب الاقرار ٦/٤٥٢ .

(٥) انظر : المغني لابن قدامة - كتاب الفرائض - فصل في الطلاق ، والنكت والفوائد ٢/٣٧٣ - ٣٧٤ .

(٦) انظر : منح الجليل على خليل ٢/١٩١ ، والشرح الكبير ٢/٣٥٤ ، والتاج والاكليل ٤/٢٨ .

(٧) انظر : منح الجليل ٢/١٩١ ، والشرح الكبير ٢/٣٥٤ .

ولو ادعى الزوج انتهاء عدتها ، ثم أقرّ لها بدين ، فصدقته المطلقة في وقوع الطلاق ولم تصدقه في انتهاء العدة كان لها عند الحنفية الأقل من أمرين :

١ - المقرّ به .

٢ - ميراثها منه .

لبقاء آثار الزوجية بينهما ببقاء العدة بناء على عدم صحة الاقرار بالدين لوارث المريض عندهم .(١)

وان صدقته في الطلاق ودعوى انتهاء العدة كان لها الأقل منهما عند الامام أبي حنيفة كالمسألة السابقة .

وعلل ذلك بأن الزوجين قد يتفقان ويتواضعان على الاقرار بالطلاق وانتهاء العدة ليحسن الزوج الى زوجته بما هو أكثر من ميراثها منه بطريق الاقرار فيكون متهما في الزائد عليه .(٢)

وأما أبو يوسف ومحمد بن الحسن وزفر فانهم يجعلون لها المقرّ به في هذه الحالة كان مثل ميراثها منه أو أكثر .

وعللوه بأن المرأة صارت أجنبية منه بانتهاء العدة حتى جاز له التزوج بأختها ، فانعدمت التهمة لانعدام سببها .(٣)

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين ٣/٣٩٢ .

(٢) انظر : فتح القدير - كتاب الطلاق - باب طلاق المريض ٤/١٤٩ ، وجامع الفصولين ٢/٢٥٦ ، وتبيين الحقائق - باب طلاق المريض ٣/٢٤٧ - ٢٤٨ .

(٣) انظر : المصادر السابقة .

٢ - وذهب الشافعية في الصحيح عندهم الى عدم اعتباره فارا باقراره من ميراثها ، وأن العدة تحسب من يوم الطلاق ، فلا ترثه البائنة مطلقا ولا الرجعية بعد انقضاء عدتها .(١)

وذلك بناء على أصلهم من عدم توريث المطلقة طلاقا بائنا في مرض الموت ، لانقطاع آثار الزوجية بينهما .(٢)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار .

لأن قرينة المرض تدل على أنه متهم في تصرفه بقصد حرمان المطلقة من ميراثه ، وهو مدار الحكم في هذا الباب .

والله أعلم .

****

(١) روضة الطالبين - كتاب الطلاق ٨/٧٥ .

(٢) مغني المحتاج - كتاب الطلاق ٣/٢٩٤ . هذا هو الجديد في قول الشافعي . وفي القديم يقول بتوريثها فيه كقول الجمهور ان كان الطلاق واقعا في مرض الموت ، وان كان مقرا به في المرض مستندا الى الصحة ، فلا ترثه كالقول الجديد .
انظر : مغني المحتاج ٣/٢٩٤ .

المبحث الرابع : اقراره بالنسب :

اذا أقر في مرض موته بنسب على نفسه ، كقوله لغلام مجهول النسب : هذا ابني صحّ كاقرار الصحيح (١) ، ان توفرت شروطه (٢) .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ٤٦٠٥/١٠ ، وبداية المبتدى مع الهداية وتكملة فتح القدير ٣٩٣/٨ ، وغاية المنتهى مع مطالب أولي النهى ٦٥٩/٦ ، والمقنع مع الانصاف ١٣٩/١٢ .

(٢) وأهم شروط ثبوت النسب بالاقرار ما يلي بالاقتصار :

١ - كون المقر مكلفا حتى يعتبر تصديره . انظر : أقرب المسالك مع الشرح الصغير ١٩٥/٢ ، وفتح الجواد ٥٣٩/١ .

٢ - كون المقر به مجهول النسب . لأن النسب الثابت لشخص لا ينتقل لشخص آخر . انظر : بدائع الصنائع ٤٦٠٥/١٠ وأقرب المسالك ١٩٥/٢ ، وفتح الجواد ٥٣٩/١ ، ومطالب أولي النهى ٦٦٧/٦ .

٣ - أن يكون المقر به حرّاً . فلا يثبت نسب مملوك ولا عتقه بالاقرار محافظة على حق الولاية للسيد . انظر : فتح الجواد ١ ٥٣٩/١ .

٤ - كون النسب محمولا على المقر وحده . لأن اقراره حجة على نفسه دون غيره . انظر : بدائع الصنائع ٤٦٠ى/١٠ .

٥ - أن يصدقه المقر به ان كان أهلا للتصديق كالبالغ العاقل . انظر : فتح الجواد ٥٣٩/١ ، وذلك خلافا للمالكية . انظر: الشرح الكبير ٤١٢/٣ ، ومنح الجليل ٤٢٧/٣ .

٦ - كون المقر به يولد لمثل المقر . انظر : بدائع الصنائع ٤٦٠٤/١٠ ، وفتح الجواد ٥٣٩/١ .

٧ - أن لا ينازع في نسبه اثنان . لأنه لا يكون الحاقه بأحدهما أولى من الآخر . انظر : المغني لابن قدامة ٢٠٠/٥ .

لأن اقراره يمنع فيما يتهم فيه بابطال حق الآخرين (١) ، واقراره بالنسب من حوائجه الأصلية لحاجته الى بقائه ، وحوائجه الأصلية مقدمة على حق الغير (٢) .

واذا صح الاقرار وثبت به النسب ثبت التوارث بين المقر والمقر به فيشارك المقر به بقية ورثة المريض في تركته . لأن الارث من ضرورة ثبوت النسب ، ما لم يمنع منه مانع من موانع الارث (٣) .

وان أقر بنسب غيره ، كأن يقر بأخ أو عم ، لم يصح الاقرار ولم يرث به المقر به عند الحنفية ان كان له وارث معروف النسب كأخ معلوم النسب وعمة وخالة ومولى الموالاة (٤) ومولى المعاقدة . وجميع تركته لوارثه المعلوم نسبه ، ولا شيء للمقر به ، لأن الأول وارث يقينا بخلاف المقر به فانه وارث بالظن ولا مزاحمة بين الثابت يقينا والثابت ظنا (٥) .

وبه قال المالكية ان كان له وارث ثابت النسب حائز لجميع التركة ، من الأقارب والموالي ، لأنه يتهم في هذه الحالة باخراج الارث الى غير من كان له (٦) .

---

(١) انظر : تكملة فتح القدير ٨/٣٩٣ .

(٢) انظر : تبيين الحقائق ٥/٢٧ .

(٣) انظر : كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ٥/٢٧ ، وتكملة الفتح مع الهداية وبداية المبتدى ٨/٣٩٤ .

(٤) وهذا مبني على توريث ذوى الأرحام والمولى بالموالاة ، وهو معمول به عند الحنفية .

(٥) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٦ - ٤٦٠٧ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٨ .

(٦) انظر : الخرشي على خليل ٦/١٠٤ .

وان لم يكن له وارث أصلا ، فان المقر به يأخذ تركته ، ويقدم على الموصى له بجميع المال عند الحنفية . لأنه وارث في زعم المقر وظنه واقراره حجة في حق نفسه ، والوارث مقدم على الموصى له في ثلثي التركة .(١)

وللمالكية قولان في توريثه في هذه الحالة ، وكذلك اذا كان للمقر وارث ثابت النسب غير حائز للمال .(٢)

أحدهما : أنه لا يرثه في أي من الحالين ، بناء على أنه بيت مال المسلمين كالوارث المعروف في منعه من الميراث ، فيصرف تركته الى بيت المال ان لم يكن له وارث أصلا ، والباقي منها ان كان له وارث غير حائز لجميعها .

والثاني : أنه يرثه ، فيأخذ جميع التركة ان لم يكن له وارث أصلا ، وما بقي ان كان له وارث غير حائز لجميعها . وذلك بناء على أن بيت المال ليس كالوارث المعروف في القوة حتى يمنعه من الميراث .(٣)

وأما الحنابلة فظاهر كلامهم يشير الى أنه يرث المقر مطلقا ، اذا توفرت فيه شروط الاقرار ، سواء كان لوارثه ثابت النسب أم لا .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع ١٠/٤٦٠٦ - ٤٦٠٧ ، وتبيين الحقائق ٥/٢٨ .

(٢) انظر : الخرشي على خليل ٦/١٠٤ .

(٣) انظر : الخرشي على خليل ٦/١٠٤ .

(٤) انظر : مطالب أولي النهى ٦/٦٥٩ .

لأنهم أطلقوا القول بصحة اقرار المريض بوارث في أصح الروايتين عن الامام أحمد ، دون تفريق بين وارث من نسب نفسه كالابن ، ووارث من نسب غيره كالأخ والعم .(١)

ولأنهم يقولون بثبوت نسب من أقربه شخص في حياته ليثبت نسبه منه بعد الموت(٢) ، والتوارث من ضرورة ثبوت النسب ، ما لم يمنع منه مانع من موانع الارث .

****

(١) انظر : المحرر مع النكت والفوائد ٢/٣٨٠ - ٣٨١ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢١٦ .

(٢) انظر : المغني - كتاب الفرائض ٦/٢٧٨ - ٢٧٩ .

المبحث الخامس : اقراره بالاستيلاد :

اذا أقر الانسان في مرض موته بأن أمته أم ولده ، كقوله : هذه أم ولدى ، صحّ اقراره وعتقت بعد موته من رأس المال ، ان كان معها ولد أو حمل يدعيه السيد . سواء استولدها في صحته أم في مرضه[1] ، كان للمريض ولد من غيرها يرثه أم لا[2] . وسواء كان لسيدها مال غيرها أم لا[3] .

لأن وجود الولد معها دليل الاستيلاد ، فيكون الظاهر شاهدا على صحة دعواه .

ولأن التسبب في وجود الولد منها من حوائجه الأصلية ، وتصرف المريض فيما يحتاج اليه حاجة أصلية نافذ من رأس ماله ، كشراء الطعام والكسوة[4] ، فاذا ملك استيلادها في مرض الموت ، ملك الاقرار به[5] .

---

(١) انظر : بدائع الصنائع - كتاب العتق - باب الاستيلاد ٥/٤٦٣ ، والخرشي على خليل - أحكام أم الولد ٨/١٥٩ ، ومنح الجليل ٤/٦٣٣ - ٦٣٤ ، وروضة الطالبين - كتاب الوصايا ٦/١٣٤ ، والمغني لابن قدامة - كتاب الاقرار ٥/٢١٦ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٤١١ .

(٣) المدونة - كتاب أمهات الأولاد ٣/٣١٦ .

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٤٦٣ .

(٥) روضة الطالبين ٦/١٣٤ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢١٦ .

وان لم يكن معها ولد ولا حمل :

فقد ذهب الحنفية الى أن اقراره باستيلادها له حكم الاقرار بالعتق في المرض فتعتق من الثلث لا من رأس المال ، لأنه متهم في هذه الحالة بقصد تفويتها على ورثته (١) ، لأنه متهم في اقراره أصلا في حق الورثة ، وقد قبل حال وجود الولد لانتفاء التهمة في الظاهر ، فاذا لم يوجد بقيت التهمة قائمة ، فاعتبر تصرفه عتقا حال المرض (٢) .

وأما المالكية فلهم ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تعتبر من الثلث اذا لم يكن للمريض ولد من غيرها يرثه ، وهو قول الامام مالك في رواية ابن عبد الحكم عنه (٣) .

والثاني : أنها لا تعتق من رأس المال ولا من الثلث اذا لم يكن لسيدها ولد من غيرها يرثه ، ولم تقم بينة على صدق دعواه (٤) .

فان كان لسيدها ولد من غيرها يرثه ، ذكرا كان أو أنثى أو قامت بينة على صدق دعواه ، فانها تعتق من رأس المال . وبهذا قال الامام مالك في رواية ابن القاسم في المدونة ، وصححه ابن الحاجب (٥) . وذلك لانتفاء تهمة الفرار بوجود ولده (٦) ، لأن الانسان لا يفر بماله عن ولده عادة .

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٣/٧٠١ .
(٢) بدائع الصنائع ٥/٢٤٦٣ ، وحاشية ابن عابدين ٣/٧٠١ .
(٣) انظر : منح الجليل ٤/٦٣٤ .
(٤) انظر : المدونة ٣/٣١٦ .
(٥) المدونة - كتاب أمهات الأولاد ٣/٣١٦ ، والشرح الكبير ٤/٤١١ ، والخرشي ٨/١٥٩ ، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/٤١٢ ، وبلغة السالك مع الشرح الصغير ٢/٤٦٠ .
(٦) الشرح الكبير ٤/٤١١ .

والثالث : أنها لا تعتق مطلقا لا من رأس المال ولا من الثلث اذا لم يكن له ولد منها ولم تقم بينة على صدق دعواه (١) . سواء كان له ولد من غيرها أم لا (٢) .

لأنه اقرار بعد أن حجر عليه في التصرفات المالية بلا مقابل الا في قدر الثلث ، فليس له أن يعتق من رأس ماله ، لأنه تصرف مالي بلا مقابل ، فلم تعتق من رأس المال ، ولا من الثلث لأنه بإقراره الوصية لا يحسب من الثلث الا الوصية وما في معناها (٣) .

****

---

(١) الشرح الكبير ٤/٤١١ ، والخرشي ٨/١٥٩، ومنح الجليل ٤/٦٣٣ - ٦٣٤ ، وحاشية الدسوقي ٤/٤١٢ ، وبلغة السالك ٢/٤٦٠ .

(٢) المدونة ٣/٣١٧ .

(٣) المدونة ٣/٣١٧ .

الفصل الرابع : وقت اعتبار المقر له وارثا أو غير وارث :

وفيه مبحث واحد .

اختلف الفقهاء في وقت اعتبار المقر له وارثا أو غير وارث على مذهبين :

فذهب الحنفية (١) ، والمالكية (٢) ، والحنابلة في المعتمد من روايتي الامام أحمد (٣) الى أن المعتبر فيه هو حال الاقرار لا حال الموت .

ولو أقر مريض لشخص وهو غير وارث حين الاقرار ، ثم صار وارثا له عند الموت ، لم يؤثر ذلك في صحة اقراره له .

كمن أقر لأخيه وله ابن ، ثم مات الابن قبل أبيه فصار الأخ وارثا عند الموت .

وان أقرا لمن هو وارثه وقت الاقرار ، ثم صار غير وارث عند الموت ، لم يصح اقراره له على قول من يقول بعدم صحة اقرار المريض لوارثه مطلقا كالحنفية والحنابلة ، أو عند فقد شرط صحته له كالمالكية .

كما لو كان الأخ وارث المريض في المثال الأول ، ثم ولد له ابن قبل موته .

---

(١) بدائع الصنائع ـ كتاب الوصايا ١٠/٤٨٥٤ ، وتبيين الحقائق ٦/١٨٢ .

(٢) المنتقى للباجي على الموطأ ـ كتاب الوصايا ٦/١٧٩ .

(٣) كشاف القناع ٦/٤٥٢ ، والمغني لابن قدامة ٥/٢١٥ ، والانصاف ١٢/١٣٨ ، والفروع ـ كتاب الاقرار ٦/٦٠٥ .

واستدلوا بالمعقول ، وهو أن الاقرار قول تعتبر فيه التهمة ، فاعتبر بحال وجوده كالشهادة .(١)

ولأنه اذا أقر لغير وارثه وصح وثبت لوجوده من أهله خاليا من التهمة وظهر به الحق للمقر له ، فلا يسقط بعد ذلك . واذا أقر لوارثه وقع باطلا لاقتران التهمة به ، فلا يصح بعد ذلك لعدم وجود محل تسند اليه الصحة .(٢)

وذهب الشافعية(٣) في أشهر قوليهم الى أن المعتبر فيه هو حال الموت ، وهو الرواية الثانية عن الامام أحمد ، وبه قال الثورى .(٤)

واستدلوا بالمعقول أيضا ، وهو أن الاقرار معنى يعتبر فيه عدم الميراث ، فيعتبر بحال الموت كالوصية .(٥)

المذهب المختار :

ان ما ذهب اليه الجمهور أولى بالاختيار .

لأن الاقرار اظهار لحق ثابت من قبل ، والتزامه في الحال ، فينبغي

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١٥ ، وتبيين الحقائق ٦/١٨٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٢١٥ .

(٣) روضة الطالبين ٤/٣٥٣ ، وفتح الجواد ١/٥٢٩ . وهذا مبني على عدم قبول اقرار المريض لوارثه وهو مرجوح عند الشافعية .
انظر : روضة الطالبين ٤/٣٥٣ .

(٤) انظر : المغني لابن قدامة ٥/٢١٥ .

(٥) المصدر السابق .

أن يترتب عليه آثاره في الحال ، وهو لزوم المقر به للمقر له اذا توفرت شروطه وانتفت الموانع ، وتنتفي ان وجدت .

بخلاف الوصية ، فانها عطية وتصرف لا يثبت أثره الا بعد الموت فتعتبر بحال وجودها ، وهو وقت الموت .

ولأن المانع من قبول اقراره لوارثه هو تهمة ايثار بعض الورثة بشيء من المال ، وهي غير ظاهرة اذا كان المقر له غير وارث حال الاقرار ، وظاهرة ان كان وارثا عنده ، فيمنع عما ظهرت فيه التهمة دون غيره .

والله أعلم .

****
****
** تمت **
****
****

الخاتمة

الخاتمـــــــــة

وتشتمل على أهم ما توصلت اليه من نتائج ، وهي كالتالي :

١ - ان مرض الموت هو كل مرض لا يعد الموت بسببه نادرا ، وكل مرض يخاف الموت من حال المصاب به ، وكل مرض أخبر أطباء عدول أنه مرض مـوت اذا اتصل بـه المـــوت .

٢ - انه يرجع الى أهل الخبرة والمعرفة من الأطباء في تحديد كل مـــرض تردد بين كونـه مخوفا و غير مخوف . وأن أقل من يقبل قوله في ذلـك طبيبان مسلمان بالغان عدلان ، الا اذا تعذر العدد ، فيقبل قـول طبيب واحد . وفي حال اختلافهم فيما بينهم يقبل قول الأعلم ثم الأكثـر ثم المثبـت .

٣ - ان الورثة والمتبرع له اذا اختلفوا بعد الموت في وقت وقوع التبرع ، فقالت الورثة انه زمن مرض مورثهم ، وقال المتبرع له انه زمن صحته نظر الـى حال الوفاة ، فان حملت على المفاجأة قبل قول المتبرع له ، وان كـان قد مات من مرض مخوف قبل قول الورثـة .

٤ - ان هناك عددا من الأمراض نص الفقهاء القدماء على اعتبارها أمراض موت ، كالسل في درجته الأخيرة ، والاسهال المتواتر ، والرعاف الدائـم ونحوها . كما ظهرت في العصر الحاضر أمراض اعتبرها الطب الحديث أمراض موت ، كارتفاع ضغط الدم ، وتليف الكبد ، والسرطان ، ونحوها .

٥ - ان الفقهاء قد ألحقوا بالمرض المخوف حالات توجد فيها علة الحجر على المريض وألحقوا أصحابها بالمريض في الأحكام ، كحضور ميدان القتـال

والحبس للقتل ، وركوب البحر حال تلاطم الأمواج ، وطلق المـــرأة الحامـــل .

٦ - ان المريض مرض الموت من المحجور عليهم لحق غيرهم ، وهم الورثـــة والغرماء هنـــا .

٧ - ان حق الورثة والغرماء يتعلق بمالية تركة المريض دون عينها وصورتها ، فله أن يبيع ويشترى ممن أراد بثمن المثل وارثا كان أو غير وارث .

٨ - ان للمريض كامل الأهلية ، فتصح عقوده ، ولا يحجر عليه في التصرفات الا ما يمس حقوق الورثة والغرمـاء .

٩ - ان له التبرع بجميع ماله اذا لم ينتظم بيت المال بيد امام عادل ، وان انتظم بيد امام عادل لم يكن له التبرع الا بقدر الثلث .

١٠ - ان مال المريض باق على ملكه حتى يموت ، فله أن ينفق منه ما يحتاجه لنفسه ولمن تلزمه نفقتـــه .

١١ - ان التبرع يشمل جميع معاملات المريض المالية بلا عوض ، ومعاملاتـــه المالية بالعوض اذا اشتملت على محاباة من طرفـــه .

١٢ - ان الوصية بالمال في مرض الموت كالوصية في الصحة في اعتبارها مـــن الثلـــث .

١٣ - ان ما وهب في صحة الواهب ولم يقبض الا في مرض موتـــه ، اعتبر هبـــة في المرض . وما وهب في مرضه ولم يقبض الا بعد موته صحت هبته وقـــام الوارث مقام الواهب في اقباضها .

١٤ - ان المريض يحجر عليه في التبرع بمنافع أمواله كما يحجر عليه في التـــبرع بأعيانهـــا .

١٥ - انه يحجر عليه في الكفالة بالمال مطلقا كان له حق الرجوع أو لا ، وكـــان

المكفول عنه موسرا أو لا .

١٦ - ان وقفه على وارثه يصح اذا تعلق به حق غيره وكان في حدود الثلث .

١٧ - ان المريض اذا عفا عن جرحه وما يتولد منه ، ثم سرى الى النفس ، سقط حق الورثة في دية النفس ، وان عفا عنه فقط أو سكت عن التطرق الى ما يتولد منه ، كان للورثة حق المطالبة بدية النفس الا أرش الجرح ان مات منه .

١٨ - ان المريض اذا أعتق عبده منجزا وليس له مال غيره ثم مات ولم تجز الورثة الزائد على الثلث ، استسعى العبد في باقيه للورثة . وان كان المعتق عددا جمعت الحرية في بعضهم بالقرعة ، وبقي الآخرون أرقاء للورثة .

١٩ - انه ان كان عليه دين مستغرق لماله وأعتق عبدا له بطل عتقه وبيع في ديون الغرماء .

٢٠ - ان التدبير في مرض الموت كالتدبير في الصحة في اعتباره من الثلث .

٢١ - ان الكتابة تعتبر من عقود التبرعات ، لأن رقبة العبد وما يدفعه بدلا عنها ملك للسيد في حقيقة الأمر ، فيعتبر من الثلث في مرض الموت .

٢٢ - ان ما باعه المريض بالمحاباة اذا لم تجز الورثة قدر الزائد على الثلث صح البيع في بعضه بقدره من الثمن ، وبطل في الباقي فيما زاد عن الثلث ، وما بطل فيه رد ما يقابله من الثمن الى المشترى .

٢٣ - ان ما باعه بالمحاباة على أجنبي وشفيعه وارثه صح البيع ومنع الوارث من الشفعة .

٢٤ - ان من باع في صحته بالمحاباة بشرط الخيار ثم مرض أثناءه مرض موته وأمضى البيع أو سكت عن فسخه حتى مضت المدة اعتبرت محاباته من الثلث اعتبارا بوقت اللزوم .

٢٥ - انه اذا اجتمعت محاباتان من المريض ، احداهما بالأجل والأخرى بالعين ، وضاق عنهما الثلث قدمت المحاباة بالعين ان كانتا لشخصين في عقدين مختلفين ، وان كانت لشخص واحد فوض أمرهما اليه فيحسب ما شاء منهما من الثلث .

٢٦ - ان للمريض أن يتزوج بمهر المثل ان ظهرت حاجته الى المرأة والا منع منه .

٢٧ - ان الخلع في مرض موت الزوج جائز سواء كان البدل لخلع المثل أم أقل أم أكثر منه ، وكذلك هو جائز في مرض موت الزوجة بقدر ميراثه منها .

٢٨ - ان المعتبر في كون المتبرع له أو غير وارث هو حال موت المريض لا حال التبرع .

٢٩ - ان اجازة الورثة تنفيذ لفعل المريض لا ابتداء عطية منهم .

٣٠ - ان اجازتهم قبل الموت غير لازمة فلهم الرجوع عنها بعد الموت .

٣١ - ان ما تلف عند المتبرع له مما للورثة حق فيه يضمنه مطلقا ان اعتبرت يده يد ضمان بالقبض ، ويضمن ما تلف بتعد منه ان اعتبرن يده يد أمين .

٣٢ - ان نماء المتبرع به للمتبرع له ان خرج الأصل من الثلث ، وان لم يخرج منه ولم تجز الورثة الزائد قسم النماء بينه وبين الورثة حسب ما لكل من العين المتبرع بها . وان اجازوا الزائد كان نماؤه للمتبرع له على القول بأن اجازتهم تنفيذ وللورثة على القول بأن اجازتهم ابتداء عطية منهم .

٣٣ - انه ليس للمريض الرجوع في تبرعاته المنجزة بعد قبضها .

٣٤ - ان ثلث المريض يعتبر بحال موته لا حال التبرع .

٣٥ - ان تبرعاته المنجزة تقدم على المعلقة عند ضيق الثلث ، ويقدم الأول فالأول من المنجزة ان وقعت مرتبة ، ويقسط الثلث على جميعها ان وقعت غير مرتبة .

٣٦ - انه يقبل من المريض الاقرار بالكتابة والاشارة المفهمة ان تعذر عليه التلفظ مع تعقله تصرفاته .

٣٧ - ان المريض يشارك الصحيح في شروط الصحة اقراره ،كالتكليف والاختيار ونحوهما ويزيد عليه بشروط ، كعدم التهمة ونحوها .

٣٨ - ان اقرار المريض حجة ملزمة كاقرار الصحيح في الحقوق المالية وفي الحقوق غير المالية كالقصاص والنكاح .

٣٩ - ان له الرجوع من اقراره بحقوق الله كالصحيح ، وليس له الرجوع عنه بحقوق العباد .

٤٠ - ان اقراره يصح للأجنبي وللوارث بالدين والعين ما لم تدل القرائن على أنه متهم فيه .

٤١ - انه اذا أقر بالدين والعين قدمت على العين على الدين مطلقا سواء أقر بها أولا أم لا .

٤٢ - انه يصح اقراره باستيفاء حقه من الأجنبي والوارث ما لم تدل القرائن على أنه متهم فيه .

٤٣ - ان ما أقر أنه فعله في مرضه من التبرعات المنجزة كانت في حكم الوصية ، وكذلك ما أقر أنه فعله في صحته .

٤٤ - ان المريض اذا أقر بالدين وتبرع بشيء من ماله ، فان الدين يقدم على التبرع ، سواء أقر بالدين أولا أم لا .

٤٥ - ان المريض اذا أقر بما يوجب عليه عقوبة بدنية فان العقوبة تقام عليه في الحال بصورة خفيفة ان كان مرضه مما لا يرجى بروءه ، وتأخر عنه ان كان مما يرجى بروءه .

٤٦ - ان اقراره بالنكاح يصح اذا صدقه المقر له بالزوجية .

٤٧ - ان اقراره بالطلاق كايقاعه اياه حال المرض فترثه المطلقة .

٤٨ - ان اقراره بنسب على نفسه يصح ويرثه المقر به .

٤٩ - ان اقراره يصح باستيلاد أمته ، فتعتق من رأس المال ان كان معها ولد ،أو حمل ، والا عتقت من الثلث .

٥٠ - ان المعتبر في كون المقر له وارثا أو غير وارث هو حال الاقرار لا حال الموت .

والحمد لله أولا وآخرا ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم باحسان الى يوم الدين .

****
****
*****
***
*

فهارس

فهرس الآيات القرآنية

السورة	رقم الآية	نص الآية	الصفحة
البقرة	١٣٣	والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين	٤٣
	١٨٠	كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ...	١٠١
	٢٣٧	ولا تنسوا الفضل بينكم	٨٥
	٢٧٥	وأحل الله البيع وحرم الربا	٨٥
	٢٨٢	وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا	٣٢١
آل عمران	٤٤	وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم	١٧٩
	١٦٩	ولا تحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتا	٤
النساء	٥٨	ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها	٣٣٩
يونس	٢٢	هو الذى يسيركم في البر والبحر حتى اذا كنتم في الفلك ...	٣٩
مريم	٦٤	وما كان ربك نسيا	٨٥
الحج	٧٧	وافعلوا الخير	٨٥
الفرقان	٢٢	ويقولون حجرا محجورا	٥٩

السورة	رقم الآية	نص الآية	الصفحة
الروم	٥٢	فانك لا تسمع الموتى .	٤
الزمر	٣٠	انك ميت وانهم ميتون .	٤
الأحقاف	١٥	وحمله وفصاله ثلاثون شهرا	٤٣
الحشر	٩	ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة .	٧١

* * * *

* * *

* *

*

فهرس

الأحاديث النبوية

فهرس الأحاديث الشريفة

م	الصفحة	نص الحديث
١	٢٩١	اذا كانت لذى رحم محرم لم يرجع فيها .
٢	١٠١	أنا مولى من لا مولى لـه ...
٣	٧٤	ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم .
٤	١٢٢	ان الله أعطى كل ذى حق حقه ولا وصية لوارث .
٥	١٨٦	ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية ...
٦	٦٦	أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ...
٧	١٨٧	أن رجلا أعتق غلاما له عند موتـه ...
٨	١٧٠	من رجل من بني عذرة (أن رجلا منهم أعتق غلامـا لـه عند موتـه ...
٩	٣٤٠	اياكم والظـن فان الظن أكذب الحديث ...
١٠	٣٢١	حديـث الغامديـة .
١١	٧١	خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى ...
١٢	٣٢١	رأيت طعـز بن مالك حين جيء به الى النبي صـلى الله عليه وسلم ....
١٣	٢٩٠	الرجـل أحق بهبتـه ما لم يثب منهـا .

م	الصفحة	نص الحديث
١٤		السفر قطعة من العـــذاب . . .
١٥	٢٩٠	العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه . . .
١٦	٦١	عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الـــوداع من وجـــع . . . .
١٧	٣٦٥	عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم مـــن الأنصـــار أنه اشتكى رجل منهم . . . . .
١٨	١٧٧	فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم . . . . .
١٩	١٧٧	فجاء ورثته من الأعراب فأخبروا رسول الله صلى الله عليـــه وســـلم . . . . .
٢٠	١٧٩	كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد سفـــــرا أقرع بين نسائـــه . . . .
٢١	١٢٢	لا تجوز وصية لوارث الا أن يشاء الورثـــة .
٢٢		لا ضـــرر ولا ضـــرار .
٢٣	٢٧٤	لا وصية لوارث الا أن يجيز الورثـــة .
٢٤	٣٣١	لا وصية لوارث ولا اقرار بدين .
٢٥	٢٩٠	لا يحل لأحد أن يعطي العطية فيرجع فيها الا الوالـــد فيما يعطي ولـــده .

م	الصفحة	نص الحديث
٢٦	١٧٢	من أعتق شركا له في عبد ....
٢٧	١٧٢	من أعتق شقصا له في عبد فخلاصه من ماله ...
٢٨	٣٢٢	واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها .
٢٩	١١٥	وهو عليها صدقة وهو لنا هدية ...

****

****

****

*

فهرس الآثار

فهرس آثار الصحابة

م	الصفحة	نص الأثر	صاحب الأثر
١		ادرأوا الحدود والقتل عن المسلمين ما استطعتم	ابن مسعود رضي الله عنه .
٢	٣٣٢	اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط بماله	عمر بن الخطاب رضي الله عنه وابنه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .
٣	٧٦	اذا التقى الزحفان ...	عمر بن الخطاب رضي الله عنه .
٤	٧٨	اذا قالت المرأة لزوجها وهي مريضة...	ابن عباس رضي الله عنه .
٥	٨٧	أي امرأة كانت امرأتك ؟...	أبو موسى الأشعري رضي الله عنه .
٦	١٨٨	سعي العبد في ثمنه .	ابن مسعود
٧		كانا يجيزان لمن ليس له وارث خاص أن يضع ماله حيث شاء .	علي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهما .
٨	١١٩	ما بال رجال ينحلون ...	عمر بن الخطاب رضي الله عنه .
٩	١١٧	والله يا بنية ما من الناس أحد أحب إلي ...	أبو بكر الصديق رضي الله عنه

م	الصفحة	نص الأثر	صاحب الأثر
١٠	٣٦٩	يا أيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد	علي بن أبي طالب رضي الله عنه .
١١	٧٧	يعتق ثلثه .	ابن مسعود رضي الله عنه.
١٢	٧٧	يعتق ويسعى في القيمة .	علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

* * * * *

* * *

*

فهرس الأعلام

فهرس الأعلام

م	الاسم	تاريخ الولادة	تاريخ الوفاة	الصفحة
١	أبان بن عثمان بن عفان		١٠٥	١٧٥
٢	ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي	٨١٦	٨٨٤	٥٦
٣	ابراهيم بن يزيد بن قيس النخعي	٥٠	٩٦	٤٦
٤	أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي		٥٨٧	؟
٥	أحمد بن حمدان الأذرعي الشافعي	٧٠٨	٧٨٣	٣٣٦
٦	أحمد بن علي بن حجر العسقلاني	٧٧٣	٨٥٢	٧٥
٧	أحمد بن محمد بن حنبل - أحد الأئمة الأربعة رحمه الله	١٦٤	٢٤١	١٥٢
٨	أحمد بن محمد بن علي بن أحمد الهيتمي الشافعي	٩٠٩	٩٧٤	٢٥٧
٩	اسحاق بن ابراهيم بن مخلد ابن راهويه	١٦١	٢٣٨	٣٧
١٠	أشهب بن عبد العزيز - من أصحاب الامام مالك	١٤٠	٢٠٤	٤٠
١١	حجاج بن أرطأة		١٤٥	١٨٧
١٢	الحسن بن زياد اللؤلؤ - من أصحاب الامام أبي حنيفة		٢٠٤	٨
١٣	الحسن بن صالح بن حي	١٠٠	١٦٨	١٠٤
١٤	الحسن بن مسعود البغوي	٤٣٦	٥١٦	٢٣

م	الاسم	تاريخ الولادة	تاريخ الوفاة	الصفحة
١٥	الحسن بن يسار البصري	٢١	١١٠	٣٧
١٦	داود بن سليمان بن خلف الظاهري	٢٠٢	٢٧٠	٦٠
١٧	زفر بن الهذيل بن قيس الحنفي	١١٠	١٥٨	٢٦٧
١٨	زيد بن ثابت رضي الله عنه		٤٥	١٠٣
١٩	سعد بن مالك = سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.		٥٥	٦١
٢٠	سعيد بن منصور			
٢١	سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري	٩٧	١٦٠	٣٤
٢٢	سليمان بن خلف الباجي الطلكي	٤٠٣	٤٧٤	٣٠٠
٢٣	شريح بن الحارث بن قيس		٧٨	٤٢
٢٤	شريك بن عبد الله	٩٥	١٧٧	١٠٠
٢٥	طاووس بن كيسان		١٠٦	٢٧٩
٢٦	عائشة بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنها	٤ق بعثة	٥٨	١١٧
٢٧	عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار	١٩	١٠٣	٤٥
٢٨	عبد السلام سحنون بن سعيد التنوخي الطلكي	١٦٠	٢٤٠	٣٩
٢٩	عبد الرحمن بن أذينة		٩٥	٣٣٩
٣٠	عبد الرحمن بن صخر = أبو هريرة رضي الله عنه.		٥٧	٧٣

م	الاسم	تاريخ الولادة	تاريخ الوفاة	الصفحة
٣١	عبدالرحمن بن القاسم بن خالد الطالكي	٩٣	١٩١	١٢
٣٢	عبد الرحمن بن عمر بن محمد الأوزاعي	٨٨	١٥٧	٣٤
٣٣	عبدالله بن أحمد بن قدامة الحنبلي	٥٤١	٦٢٠	١٩
٣٤	عبدالله بن شبرمة	٧٢	١٤٤	١٠٣
٣٥	عبدالله بن عباس رضي الله عنهما	٣ق هـ	٦٨	٧٨
٣٦	عبدالله بن عبد الحكم	١٥٥	٢١٤	٢٦٥
٣٧	عبدالله بن عثمان = أبو بكر الصديق رضي الله عنه .		١٣	١١٦
٣٨	عبدالله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما		٦٣	١٧١
٣٩	عبدالله بن قيس = أبو موسى الأشعري رضي الله عنه .		٤٢	٨٧
٤٠	عبدالله بن مسعود رضي الله عنه		٣٢	٧٧
٤١	عبدالله بن وهب بن مسلم الطالكي	١٢٥	١٩٧	٤٠
٤٢	عبدالله بن نافع الصائغ الطالكي		١٨٦	٢٦٦
٤٣	عبدالملك بن حبيب الطالكي		٢٣٨	٢٩٨
٤٤	عبدالملك بن عبدالعزيز بن الطجشون المالكي		٢١٢	٢٧٨
٤٥	عبدالملك بن عبدالعزيز امام الحرمين الشافعي	٤١٩	٤٧٨	٢٢٥
٤٦	عبدالواحد بن اسطعيل الروياني الشافعي	٤١٥	٥٠٢	٣٣٦
٤٧	عبيدة بن عمرو السليطاني		٧٢	١٠٠
٤٨	عبيدالله بن الحسن الكرخي الحنفي	٢٦٠	٣٤٠	٩

م	الاسم	تاريخ الولادة	تاريخ الوفاة	الصفحة
٤٩	عثمان بن أبي بكر بن الحاجب الطلكي	٥٩٠	٦٤٦	٢٩٤
٥٠	عطاء بن أبي رباح	٢٧	١١٤	٢٣
٥١	عطاء بن أبي مسلم الخراساني	٠٥٠	١٣٥	٢٩٧
٥٢	علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني الحنفي		٥٩٣	٣١
٥٣	علي بن أبي طالب - رضي الله عنه .		٤٠	٧٧
٥٤	علي بن أحمد بن العدوى الطلكي	١١١٢	١١٨٩	١١
٥٥	علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري	٣٨٤	٤٥٦	٦٠
٥٦	علي بن سليمان المرداوي الحنبلي	٨١٧		٢٥٨
٥٧	عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي الحنبلي		٣٣٤	٤٢
٥٨	عمر بن الخطاب رضي الله عنه		٢٣	٧
٥٩	عمر بن عبد العزيز الأموي رضي الله عنه	٦١	١٠١	١٠١
٦٠	عمران بن حصين		٥٢	٦٦
٦١	عياض بن موسى اليحصبي القاضي	٤٩٦	٥٤٤	٢٦٧
٦٢	عيسى بن أبان الحنفي		٢٢١	١٨
٦٣	القاسم بن عبد الرحمن بن مسعود		١٢٠	١٨٨
٦٤	قتادة بن دعامة السدوسي	٦١	١١٨	٤٢
٦٥	الليث بن سعد	٩٤	١٧٥	٧٨

م	الاسم	تاريخ الولادة	تاريخ الوفاة	الصفحة
٦٦	مالك بن أنس ـ أحد الأئمة الأربعة . رحمه الله	٩٣	١٧٩	١٢
٦٧	محفوظ بن أحمد أبو الخطاب الحنبلي .	٤٣٢	٥١٠	٣٣٧
٦٨	محمد بن ابراهيم المعروف بابن المواز المالكي .	١٨٠	٢٦٩	٢٦٥
٦٩	محمد بن أحمد بن الأزهر	٢٨٢	٣٧٠	١٢٦
٧٠	محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي .		١٢٣٠	١٢٨
٧١	محمد بن أحمد بن محمد	١٢١٧	١٢٩٩	١٤٨
٧٢	محمد بن ادريس بن العباس الشافعي ـ أحد الأئمة الأربعة رحمه الله	١٥٠	٢٠٤	٢٢
٧٣	محمد بن اسماعيل البخاري	١٩٤	٢٥٢	٣٣٩
٧٤	محمد بن الحسن الشيباني الحنفي .	١٣١	١٨٩	٩٣
٧٥	محمد بن سيرين		١١٠	٨٧
٧٦	محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى	٧٤	١٤٨	٣٧
٧٧	محمد بن عبد الواحد = كمال الدين بن الهمام	٧٩٠	٨٦١	٣١
٧٨	محمد بن علي بن عمر المازري الطالكي .	٤٥٣	٥٣٦	١١
٧٩	محمد بن محمد بن عرفة الورغمي المالكي .	٧١٦	٨٠٣	١٤٦
٨٠	محمد بن محمد بن محمد الغزالي .	٤٠٥	٥٠٥	٢٣
٨١	محمد بن مسلم بن عبيد الله الزهري .	٥١	١٢٤	٣٦

م	الاسم	تاريخ الولادة	تاريخ الوفاة	الصفحة
٨٢	مسروق بن الأجدع بن مالك		٦٣	٤٥
٨٣	معاذ بن جبل الأنصاري رضي الله عنه.		١٧	٧٤
٨٤	موسى بن أحمد الحجاوي الحنبلي .		٩٦٠	٤٩
٨٥	النعمان بن ثابت = أبو حنيفة أحد الأئمة الأربعة - رحمه الله.	٨٠	١٥٠	٩
٨٦	هشيم بن بشير بن القاسم	١٠٤	١٨٣	٤٦
٨٧	همام بن غالب = الفرزدق	١١٤		٢٠١
٨٨	يحي بن سعيد الأنصاري		١٤٣	٤١
٨٩	يحي بن شرف النووي	٦٣١	٦٧٦	٢٢، ١٢٩
٩٠	يعقوب بن ابراهيم = أبو يوسف صاحب أبي حنيفة .	١١٣	١٨٢	٩٣
٩١	يوسف بن عبد البر المالكي .	٣٦٨	٤٦٣	١٤٧

* * * *

* * *

* *

*

فهرس المراجع والمصادر

فهرس المراجع والمصادر

١ القـــرآن الكريـــم .

مراجع التفســـير :

٢ الجامع لأحكام القرآن :

لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطـــبي .

دار القلم - الطبعة الثالثة عن طبعة دار الكتب المصريـــة

سنة ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .

مراجع الأحاديث والآثار :

٣ بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام :

للحافظ أحمد بن علي بن حجر (ت ٨٥٢ هـ) مطبوع عـــلى

سبل السلام . مطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعـــة

الرابعة ١٣٧٩ هـ / ١٩٦٠ م .

٤ التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد :

لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري الفرطاطي .

تحقيق محمد الفـلاح - وزارة الأوقاف والشئون الاسلاميـــة

المملكة المغربية ١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م .

٥ زهر الفردوس (الفرائد الملتقطة من مسند الفردوس) :

للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . مخطوط تحـــت

رقم ١٤٥٠ - بقسم المخطوطات بالمكتبة المركزية بالجامعـــة

الاسلامية بالمدينة المنورة .

٦ سنن ابن ماجـــه :

للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥ هـ)

ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . دار احياء التراث العربـــي

١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م - بيروت - لبنان .

٧ سنن أبي داود :

للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي
(ت ٢٧٥ هـ) . مطبوع مع معالم السنن - نشر وتوزيع
محمد علي السيد - حمص - الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٩م.

٨ سنن الترمذي :

للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي ت ٢٧٩هـ
مطبوع مع شرح ابن العربي - المطبعة المصرية بالأزهر
الطبعة الأولى / ١٣٥٠ هـ .

٩ سنن الدارقطني :

للحافظ علي بن عمر الدارقطني (ت ٣٨٥ هـ) - شركة
الطباعة الفنية المتحدة / ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .

١٠ سنن الدارمي :

للامام أبي عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل الدارمي
(ت ٢٥٥ هـ) - مطبعة الاعتدال ١٣٤٩ هـ / دمشق .

١١ السنن الكبرى :

لأبي بكر بن أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ)
دار الفكر / بيروت / لبنان .

١٢ سنن النسائي :

للحافظ أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي
(ت ٣٠٣ هـ) / دار احياء التراث العربي / بيروت / لبنان .

١٣ شرح السنة :

لأبي محمد الحسين بن مسعود البغوي (ت ٥١٦ هـ) .
تحقيق وتعليق شعيب الأرناؤوط ومحمد زهير الشاويش .
المكتب الاسلامي - الطبعة الأولى / ١٣٩٠ هـ / ١٩٧١ م .

١٤ شرح النووى على صحيح الامام مسلم :
لأبي زكريا يحي بن شرف النووى (ت ٦٧٦ هـ) المطبعة المصرية / القاهرة .

١٥ صحيح الامام البخارى :
للامام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخارى (ت ٢٥٦ هـ) . ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي - مطبوع مع فتح البارى - المطبعة السلفية بالروضة ١٣٨٠ هـ / القاهرة .

١٦ صحيح الامام مسلم :
للامام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى (ت ٢٦١ هـ) . مطبوع مع شرح النووى . المطبعة المصرية / القاهرة .

١٧ عارضة الأحوذى بشرح صحيح الترمذى :
لأبي بكر محمد بن عبد الله الاشبيلي المعروف بابن العربي (ت ٥٤٣ هـ) . المطبعة المصرية بالأزهر - الطبعة الأولى ١٣٥٠ هـ / ١٩٣١ م .

١٨ عون المعبود شرح سنن أبي داود :
لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادى - ضبط وتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان . الناشر : محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفية / الطبعة الثانية ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٨م .

١٩ فتح البارى بشرح صحيح الامام البخارى :
للحافظ أحمد بن علي بن حجر - المطبعة السلفية / القاهرة .

٢٠ الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد :
لأحمد بن عبد الرحمن البنا الشهير بالساعاتي - مطبعة الاخوان المسلمين / الطبعة الأولى ١٣٥٣ هـ .

٢١ كتاب السنن :

للحافظ سعيد بن منصور الخراساني (ت ٢٢٧ هـ) . تحقيق وتعليق حبيب الرحمن الأعظمي . مطبعة علمي بريس مالیکاؤن . ١٣٨٧ هـ / ١٩٦٧م .

٢٢ الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار :

للحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت ٢٣٥ هـ) تحقيق وطبع ونشر مختار أحمد الندوي ـ الدار السلفية / الهند الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م .

٢٣ المستدرك على الصحيحين في الأحاديث :

للحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله المعروف بالحاكم دار الفكر ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م / بيروت ـ لبنان .

٢٤ مسند الامام أحمد :

للامام أحمد بن حنبل (ت ٢٤١ هـ) مع ترتيب الشيخ ناصر الدين الألباني ـ المكتب الاسلامي للطباعة والنشر ـ الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨م بيروت / لبنان .

٢٥ المصنف :

للحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (ت ٢١١ هـ) تحقيق وتخريج وتعليق حبيب الرحمن الأعظمي ـ المكتب الاسلامي ـ الطبعة الأولى ١٣٩٠ هـ ١٩٧٠ م بيروت / لبنان

٢٦ معالم السنن بشرح سنن أبي داود :

لأحمد بن محمد بن ابراهيم الخطابي (ت ٣٨٨ هـ) نشر وتوزيع محمد علي السيد ـ حمص / سوريا ـ الطبعة الأولى ١٣٨٨ هـ / ١٩٦٩ م .

٢٧ الموطـــــأ :

للامام مالك بن أنس بن مالك (ت ١٧٩ هـ) ترقيم محمـــد فؤاد عبد الباقي / دار احياء التراث العربي .

٢٨ نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار :

لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ) .

دار الجيل ١٩٧٣م . بيروت / لبنان .

كتب فقه الحنفيـــــة :

٢٩ الاختيار لتعليل المختـــار :

لمحمود بن مودود الموصلي ـ تعليق محمود أبي دقيقـــة .

الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر . الطبعة الثالثـــة ١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م . بيروت / لبنان .

٣٠ الأشباه والنظائر على مذهب الامام أبي حنيفة :

لزين العابدين بن ابراهيم بن نجيم . دار الكتب العلميـــة بيروت / لبنـــان .

٣١ البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

لزين الدين بن نجيم . دار المعرفة للطباعة والنشـــــر . الطبعة الثانية . بيروت / لبنـــان .

٣٢ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :

لأبي بكر بن مسعود الكاساني (ت ٥٨٧ هـ) . الناشـــر : زكريا يوسف ـ مطبعة الامـــام ـ القاهـــرة .

٣٣ تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق :

لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي . المطبعة الكبرى الأميرية الطبعة الأولى ١٣١٣ هـ بولاق المحمية / القاهرة / مصر .

٣٤ تحفـــة الفقهـــاء :

لمحمد بن أحمد السمرقندي (ت حوالي ٥٧٥ هـ) .

تحقيق محمد المنتصر الكتاني ، والدكتور وهبة الزحيـــلي .

دار الفكـــر / دمشـــق .

٣٥ جامع الفصولـــين :

لمحمود بن اسطعيل - وقيل : اسرائيل - المعروف بابـــن قاضي سماونـــة . المطبعة الأزهرية / الطبعة الأولى ١٣٠٠ هـ .

٣٦ حاشية الشلبي على تبيين الحقائق :

لشهاب الدين أحمد الشلبي . المطبعة الكبرى الأميريـــة - الطبعة الأولى ١٣١٥ هـ - بولاق / مصر . أعيد طبعـــه الطبعة الثانيـــة .

٣٧ الحجـــة على أهل المدينـــة :

لمحمد بن الحسن الشيبلني (ت ١٨٩ هـ . ترتيب وتصحيح وتعليق مهدى حسن الكيلاني - مطبعة المعارف الشرقيـــة ١٣٨٥ هـ / ١٩٦٥ م حيدرآباد الدكن / الهند .

٣٨ درر الحكام شرح غرر الأحكام :

لمحمد بن فراموز الشهير بمـلا خسرو (ت ٨٨٥ هـ) مطبعة أحمد كامل - دار السعادة ١٣٢٩ هـ .

٣٩ در المنتقى شرح الملتقى :

لمحمد بن علي الحصكفي (ت ١٠٨٨ هـ) . دار الطباعـــة العامرة - دار احياء التراث العربي للنشر والتوزيع - بيروت - لبنـــان .

٤٠ رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) :

لمحمد أمين بن عابدين . مطبعة مصطفى البابي الحـــلبي وأولاده - الطبعة الثانية - ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .

٤١ العنايـــة على الهدايـــة :

لمحمد بن محمود البابرتي (ت ٧٨٦ هـ) . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ الطبعة الأولى مع فتح القدير ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م

٤٢ الفتاوى البزازيـــــة (الجامع الوجـــيز) :

لمحمد بن محمد بن شهاب الشهير بابن البزاز (ت ٨٢٧ هـ) المطبعة الكبرى الأميرية ـ بولاق ـ الطبعة الأولى ١٣١٠ هـ أعيد طبعه بالأوفست / الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣م

٤٣ الفتـــاوى الخانيـــة (فتاوى قاضي خان) :

لحسين بن منصور الأوزجند الفرغـــاني (ت ٢٩٥ هـ) . المطبعة الكبرى الأميرية / بولاق ـ الطبعة الأولى ١٣١٠هـ أعيد طبعه الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م .

٤٤ الفتـــاوى الهنديـــة (العالمكيريـــة) :

لجماعة من مشاهير علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ، بأمر من السلطان محمد أورنك عالمكير ـ المطبعة الكبرى الأميريـــة ـ الطبعة الأولى ١٣١٠ هـ ـ بولاق . أعيد طبعه الطبعـــــة الثالثة ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م .

٤٥ فتح القدير على الهدايـــة :

لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بابـــن الهمام (ت ٦٨١ هـ) . مطبعة مصطفى البابي الحلبي ـ الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠ م ـ القاهرة / مصـــر .

٤٦ كشف الحقائق شرح كنز الدقائق :

لعبد الحكيم الأفغاني . المطبعة الأدبية ـ الطبعـــــة الأولى ١٣١٨ هـ ـ القاهرة / مصـــر .

٤٧ كـــنز الدقائـــق :

لعبد الله بن أحمد بن محمود النسفي ـ دار المعرفة للطباعة والنشر ـ الطبعة الثانية ـ بيروت / لبنان .

٤٨ اللآلئ الدرية في الوقائع الخيرية :
لخير الدين الرملي . المطبعة الأزهرية - الطبعة الأولى ١٣٠٠ هـ .

٤٩ المبسوط :
لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي (ت ٤٩٠ هـ) مطبعة السعادة ١٣٢٤ هـ - القاهرة / مصر .

٥٠ مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر :
لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان . مطبعة عثمانية ١٣٢٧هـ

٥١ منلا مسكين على كنز الدقائق :
لمعين الدين الهروى الشهير بمنلا مسكين . المطبعة الحسينية المصرية - الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ القاهرة .

٥٢ الهداية على بداية المبتدى :
لعلي بن أبي بكر المرغيناني (ت ٥٩٣ هـ) . مطبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الأولى ١٣٨٩هـ/ ١٩٧٠م.

كتب فقه المالكية :

٥٣ الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار لما تضمنه الموطأ من معاني الرأى والآثار :
ليوسف بن عبد البر . مخطوط تحت رقم ٦ ر ٢١٣ (ب رأ) بقسم المخطوطات بالمكتبة المركزية بالجامعة الاسلامية بالمدينة المنورة .

٥٤ أقرب المسالك الى مذهب الامام مالك :
لأحمد الدردير . دار المعرفة للطباعة والنشر مع الشرح الصغير . ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م . بيروت / لبنان .

٥٥ بداية المجتهد ونهاية المقتصد :
لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد القرطبي . الناشر مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٩هـ/١٩٦٩م القاهرة .

٥٦ بلغة السالك لأقرب المسالك :

لأحمد بن محمد الصاوى . دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م . بيروت / لبنان .

٥٧ التاج والاكليل لمختصر خليل :

لمحمد بن يوسف الشهير بالمواق (ت ٨٩٧ هـ) مع شرح الحطاب - ملتزم الطبع والنشر مكتبة النجاح . طرابلس/ليبيا .

٥٨ تحفة الحكام :

لمحمد بن محمد بن عاصم الأندلسي - مع شرح ميارة . مطبعة الاستقامة . القاهرة .

٥٩ تسهيل منح الجليل :

لمحمد عليش (ت١٢٩٩ هـ) . منح الجليل . الناشر: مكتبة النجاح . طرابلس / ليبيا .

٦٠ حاشية أبي علي رحال على شرح ميارة :

للشيخ أبي علي سيدى الحسن بن رحال . مطبوع مع شرح ميارة . مطبعة الاستقامة / القاهرة .

٦١ حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (ت ١٢٣٠ هـ) . دار احياء الكتب العربية . عيسى البابي الحلبي / القاهرة .

٦٢ حاشية العدوى على الخرشي :

لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدى العدوى المصرى (ت١١٨٩ هـ) . دار صادر - بيروت / لبنان .

٦٣ سراج السالك شرح أسهل المسالك :

لعثمان بن حسين بن سرى الجعلي . مطبعة مصطفى البابي الحلبي - الطبعة الأخيرة / القاهرة .

٦٤ شرح الزرقاني على مختصر خليل :

لعبد الباقي الزرقاني . دار الفكر - بيروت / لبنان ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

٦٥ الشرح الصغير على أقرب المسالك :

لأحمد بن محمد بن أحمد الدردير . مطبوع مع بلغة السالك دار المعرفة للطباعة والنشر . بيروت / لبنان ١٣٩٨هـ/١٩٧٨م

٦٦ الشرح الصغير على مختصر خليل (المعروف بالخرشي على خليل) :

لمحمد بن عبد الله بن علي الخرشي المصري (ت ١١٠١هـ)

دار صادر - بيروت / لبنان .

٦٧ شرح ميارة على تحفة الحكام :

لمحمد بن أحمد ميارة الفاسي . مطبعة الاستقامة / القاهرة .

٦٨ قوانين الأحكام الشرعية و مسائل الفروع الفقهية :

لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي . شركة الطباعة الفنية المتحدة . الطبعة الأولى / القاهرة .

٦٩ الكافي في فقه أهل المدينة المالكي :

لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري (ت ٤٦٣هـ)

دار الهدى للطباعة . القاهرة ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م .

٧٠ مختصر خليل :

لخليل بن اسحاق بن يعقوب . مطبوع مع الخرشي على خليل

دار صادر - بيروت / لبنان .

٧١ المدونة الكبرى :

للامام مالك بن أنس . رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقي . مطبعة السعادة / القاهرة ١٣٢٣ هـ .

٧٢ المنتقى شرح موطأ مالك :
لأبي داود سليمان بن خلف بن سعد الباجي الأندلسي (ت ٤٧٤هـ)
طبعة مصورة من الطبعة الأولى ، وطبعت الطبعة الأولى
بمطبعة السعادة ١٣٣٢ هـ / القاهرة .

٧٣ منح الجليل على مختصر خليل :
لمحمد بن أحمد بن محمد عليش (ت ١٢٩٩ هـ) . الناشر :
مكتبة النجاح . طرابلس / ليبيا .

٧٤ مواهب الجليل شرح مختصر خليل (شرح الحطاب) :
لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي (ت ٩٥٤ هـ)
ملتزم الطبع والنشر - مكتبة النجاح . طرابلس / ليبيا .

كتب فقه الشافعية :

٧٥ اعانة الطالبين في حل ألفاظ فتح المعين :
لأبي بكر بن محمد شطا الدمياطي . مطبعة مصطفى البابي الحلبي
الطبعة الثانية ١٣٥٦ هـ / ١٩٣٨م / القاهرة .

٧٦ الاقناع في حل ألفاظ أبي شجاع :
لمحمد بن أحمد الشربيني القاهرى . مكتبة ومطبعة محمد علي
صبيح وأولاده . القاهرة .

٧٧ الأم :
للامام محمد بن ادريس الشافعي (ت ٢٠٤ هـ) . طبعة
مصورة عن طبعة بولاق . الدار المصرية للتأليف والترجمة .

٧٨ الأنوار لأعمال الأبرار :
ليوسف الأردبيلي . مطبعة مصطفى محمد / القاهرة .

٧٩ تحفة المحتاج شرح المنهاج :
لأحمد بن حجر الهيتمي . مطبعة مصطفى محمد .
القاهرة .

٨٠ حاشية ابراهيم على الأنوار لأعمال الأبـــرار :

للحاج ابراهيم . مطبعة مصطفى محمد / القاهرة .

٨١ حاشية أبي الضياء على نهاية المحتاج :

لنور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري (ت ١٠٨٧ هـ)

مطبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الأخيرة ١٣٨٦ هـ/ ١٩٦٧ م
القاهـــــــرة .

٨٢ حاشية الجمل على شرح المنهـــج :

لسليمان الجمل . مطبعة مصطفى محمد / القاهـــرة .

٨٣ حاشية الشرواني على تحفة المنهاج :

لعبد الحميد الشرواني . مطبعة مصطفى محمد / القاهـــرة .

٨٤ حاشية القليوبي على المنهاج :

لشهاب الدين القليوبي . مطبعة دار احياء الكتب العربيـــة
القاهـــــــرة .

٨٥ حاشية عميرة على المنهاج :

لعميرة . مطبعة دار احياء الكتب العربية / القاهرة .

٨٦ روضة الطالبين وعمدة المفتين :

ليحي بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) . المكتب الاسلامي .

٨٧ الغاية القصوى في دراية الفتوى :

لعبد الله بن عمر البيضاوي (ت ٦٨٥ هـ) . تحقيق صـــلي
محي الدين علي القرة داغي . طبع بمساعدة اللجنة الوطنيـــة
فـــي العـــراق .

٨٨ فتح الجواد شرح الارشـــاد :

لأحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمي . مطبعة مصطفـــى
البابي . الطبعة الثانية ١٣٩١ هـ / ١٩٧١ م .

٨٩ فتح المعين بشرح قرة العـــين :

لزين الدين بن عبد العزيز الملباري . مطبوع مع اعانـــــة
الطالبين . مطبعة مصطفى البابي . الطبعة الثانية ١٣٥٦ هـ/ ١٩٣٨م

٩٠ فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب :
لأبي زكريا الأنصاري (ت ٩٢٥ هـ) . مطبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الأخيرة ١٣٦٧هـ/١٩٤٨م. القاهرة .

٩١ مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج :
لمحمد الخطيب الشربيني . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

٩٢ المنثور في القواعـــــد :
لبدر الدين محمد بن بهادر الزركشي (ت ٧٩٤ هـ) .
تحقيق الدكتور تيسير فائق أحمد محمود . وزارة الأوقـــاف والشئون الاسلامية . دولة الكويت .

٩٣ منهاج الطالبـــين :
ليحي بن شرف النووي . مطبوع مع مغني المحتاج . دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م .

٩٤ المهذب في فقه الامام الشافعي :
لابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦ هـ) .
مطبعة البابي الحلبي . القاهرة .

٩٥ نهاية المحتاج الى شرح المنهاج :
لمحمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة (ت ١٠٠٤ هـ) .
مطبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الأخـــــــيرة ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٧ م .

٩٦ الوجـــيز في فقه الامـــام الشافعـــي :
لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥ هـ) .
دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت / لبنان ١٣٩٩هـ/١٩٧٩م

كتب فقه الحنابلة :

٩٧ الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية :

اختارها علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي ت ٨٠٣ هـ

تحقيق : محمد حامد الفقي . دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت / لبنان .

٩٨ الافصاح عن معاني الصحاح :

ليحي بن محمد بن هبيرة (ت ٥٦٠ هـ) . ملتزم الطبع والنشر : المؤسسة العيدية بالرياض .

٩٩ الاقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل :

لشرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (ت ٩٦٨ هـ) .

تصحيح وتعليق عبداللطيف محمد موسى . المطبعة المصرية الأزهرية .

١٠٠ الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد :

لعلي بن سليمان المرداوي . تصحيح وتحقيق محمد حامد الفقي . مطبعة السنة المحمدية . الطبعة الأولى ١٣٧٧ هـ / ١٩٥٧ م . القاهرة .

١٠١ تصحيح الفروع :

لعلي بن سليمان المقدسي (ت ٨٨٥ هـ) . دار مصر للطباعة . الطبعة الثانية .

١٠٢ تعليقات على الزوائد :

لمحمد بن عبد الله بن حسين بن صالح (ت ١٣٨١ هـ) . المطبعة السلفية ومكتبتها . الروضة / القاهرة .

١٠٣ الحاشية المنقولة مع المقنع :

بخط سليمان بن عبد الله بن محمد بن عبد الوهاب . وهي غير منسوبة لأحد ، ويبدو أنها لناقلها .

١٠٤ الروض الندى شرح كافي المبتدى :

لأحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي (ت ١١٠٨ هـ) .

المطبعة السلفية . الروضة / القاهرة .

١٠٥ الزوائد على زاد المستنقع :

لمحمد بن عبد الله بن حسين بن صالح . المطبعة السلفية الروضة / القاهرة .

١٠٦ غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والمنتهى :

لمرعي بن يوسف (ت ١٠٣٣ هـ) .

١٠٧ الفروع في الفقه على مذهب الامام أحمد :

لمحمد بن مفلح (ت ٧٦٣ هـ) . دار مصر للطباعة . الطبعة الثانية .

١٠٨ القواعد في الفقه الاسلامي :

لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب (ت ٧٩٥ هـ) . الناشر : دار المعرفة للطباعة والنشر - بيروت / لبنان .

١٠٩ الكافي في فقه الامام أحمد :

لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠ هـ) .

المكتب الاسلامي للطباعة والنشر . الطبعة الأولى ١٣٨٢هـ/ ١٩٦٣ م . دمشق .

١١٠ كشاف القناع عن متن الاقناع :

لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي (ت ١٠٤٦ هـ) .

مطبعة الحكومة ١٣٩٤ هـ مكة المكرمة .

١١١ المبدع في شرح المقنع :

لبرهان الدين ابراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح .

الناشر : المكتب الاسلامي ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م . دمشق سوريا .

١١٢ المحـــرر في الفقـه على مذهب الامام أحمـد :
عبد السلام بن عبد الله
لمجد الدين أبي البركات ، مطبعة السنة المحمديـــــــة
١٣٦٩هـ / ١٩٥٠ م القاهـــرة .

١١٣ مختصـــر الخرقـــي :
لعمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي :
مطبوع مع المغني لابن قدامة . مكتبة الرياض الحديثـــة .
١٤٠٠ هـ / ١٩٨٠ م .

١١٤ مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى :
لمصطفى بن سعد السيوطي (ت ١٢٤٣ هـ) . منشـــورات
المكتب الاسلامي . الطبعة الأولى ١٣٨٠ هـ / ١٩٦١ م .

١١٥ المغـني لابن قدامـة شرح مختصر الخرقي :
لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠هـ)
مكتبة الرياض الحديثـة / الريـاض .

١١٦ المقنـع في فقه الامـام أحمـد :
عبد الله بن أحمد بن قدامة . المطبعة السلفية . الطبعـة
الثانيـة . القـاهرة .

١١٧ منـار السبيل في شرح الدليـــل :
لابراهيم بن محمد بن سالم . تحقيق زهير الشاويـــش .
المكتب الاسلامي . الطبعة الخامســة .

١١٨ منتهى الارادات :
لمحمد بن أحمد الفتوحي المصري (ابن النجار) . مكتبـة
دار المعرفـة / القاهـــرة .

١١٩ النكـت والفوائـــد :
لشمس الدين محمد بن مفلح المقدسي (ت ٧٦٣ هـ) .
مطبعـة السنة المحمدية ١٣٦٩ هـ / ١٩٥٠ م . القاهرة .

كتب فقه الظاهرية :

١٢٠ المحلى :

لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (ت ٤٥٦ هـ)

دار الاتحاد العربي للطباعة . الناشر : مكتبة دار الجمهورية

العربية / مصر . ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٠ م .

مراجع فقهية معاصرة :

١٢١ ابن حزم :

لمحمد أبي زهرة . ملتزم الطبع والنشر : دار الفكر العربي .

١٢٢ أحكام العقود في الشريعة الاسلامية :

لعلي قراعة . دار مصر للطباعة / القاهرة .

١٢٣ أحكام الوصية :

للدكتور حسين حامد حسان . دار النهضة العربية .

الطبعة الأولى ١٩٧٣ م القاهرة .

١٢٤ الأموال ونظرية العقد في الفقه الاسلامي :

للدكتور محمد يوسف موسى . مطابع دار الكتاب العربي .

الطبعة الأولى ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م . القاهرة .

١٢٥ حق الابتكار في الفقه الاسلامي المقارن :

للدكتور فتحي الدريني وفئة من العلماء . مؤسسة الرسالة

للطباعة والنشر والتوزيع . بيروت / لبنان .

١٢٦ مرض الموت وأثره في التصرفات :

رسالة . لأحمد بن عبد الله بن حميد .

١٢٧ الملكية ونظرية العقد :

لمحمد أبي زهرة . ملتزم الطبع والنشر : دار الفكر العربي .

مراجع أصـــول الفقـــه :

١٢٨ الأحكام في أصول الأحـــكام :

لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري . طبعـــــة العاصمة / القاهرة .

١٢٩ الأحكام في أصول الأحكام :

لعلي بن محمد الآمـدي (ت ٦٣١ هـ) .

مؤسسة الحلبي للنشـــر ١٣٨٧ هـ / القاهـــرة .

١٣٠ أصـــول السرخســـي :

لأبي بكر محمد بن أحمد السرخسي (ت ٤٩٠ هـ) .

تحقيق أبي الوفاء الأفغاني . دار المعرفة للطباعة والنشـــر ١٣٩٣ هـ / ١٩٧٣ م . بيروت / لبنـان .

١٣١ التلويح في كشف حقائق التنقيح (على التوضيح) :

لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني (ت ٧٩٢ هـ) .

طبعة محمد علي صبيح . القاهرة .

١٣٢ التوضيح لمتن التنقيح :

لصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخـــارى (ت ٧٤٧ هـ) . طبعة محمد علي صبيح وأولاده /القاهرة .

١٣٣ شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول :

لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن القرافي (ت ٦٨٤ هـ) . تحقيق طه عبد الرؤوف سعـــد دار الفكر للطباعة والتوزيع . الطبعة الأولى ١٣٩٣هـ/١٩٧٣م

١٣٤ كشف الأسرار عن أصول البزدوى :

لعبد العزيز بن أحمد البخارى (ت ٧٣٠ هـ) . دار الكتاب العربي . بيروت / لبنان ١٣٩٤ هـ / ١٩٧٤ م .

١٣٤أ المسودة في أصول الفقه ، جمع وبعض شيوخ الدين أحمد بن محمد بن أحمد الحراني الدمشقي ت ٦٥٤ هـ . تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد . مطبعة المدني . القاهرة .

١٣٥ مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول :

لمحمد بن فراموز الشهير بملا خسرو (ت ٨٨٥ هـ) .

طبعة الحاج محرم أفندى البوسنوى ١٣٠٢ هـ .

١٣٦ المستصفى من علم الأصول :

لأبي حامد محمد بن محمد الغزالي . دار احياء التراث العربي . بيروت / لبنان .

١٣٧ الموافقات في أصول الأحكام :

لأبي اسحاق ابراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي (ت. ٧٩٠هـ)

تحقيق محي الدين عبد الحميد . طبعة المدني / القاهرة .

الناشر : مكتبة وطبعة محمد علي صبيح .

المراجع اللغوية :

١٣٨ ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة :

للظاهر أحمد الزاوي . وأصل القاموس لأبي محمد بن يعقوب الفيروزآبادى . دار الكتب العلمية ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م .

بيروت / لبنان .

١٣٩ التعريفات :

للشريف علي بن محمد الجرجاني . دار الكتب العلمية .

الطبعة الأولى ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م . بيروت / لبنان .

١٤٠ الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية :

لاسماعيل بن حماد الجوهرى . تحقيق أحمد عبد الغفور عطار

طابع دار الكتاب العربي / مصر .

١٤١ الصحاح في اللغة والعلوم (تجديد صحاح الجوهرى) والمصطلحات العلمية والفنية :

اعداد وتصنيف : نديم مرعشلي ، وأسامة مرعشلي .

دار الحضارة العربية . الطبعة الأولى ١٩٧٤ م . بيروت / لبنان .

١٤٢ لسان العرب :

لجمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري الشهير بابن منظور (ت ٧١١ هـ) . طبعة مصورة عن طبعة بولاق الدار المصرية للتأليف والترجمة .

١٤٣ مختار الصحاح :

لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي . ترتيب محمود خاطر بك . الطبعة الأميرية . الطبعة السابعة ١٣٣٦ هـ / ١٩١٨م القاهرة .

١٤٤ محيط المحيط (قاموس مطول في اللغة العربية) :

للعلم بطرس البستاني . مؤسسة جواد للطباعة . بيروت/ لبنان .

١٤٥ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي :

لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي (ت ٧٧٠ هـ) .

تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي . الناشر : دار المعارف القاهرة .

١٤٦ معجم مقاييس اللغة :

لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا (ت ٣٩٥ هـ) .

تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون . طبعة مصطفى البابي الحلبي . الطبعة الثانية ١٣٨٩ هـ / ١٩٦٩ م .

مصر .

١٤٧ المعجم الوسيط :

مجمع اللغة العربية - لجنة المعجم الوسيط .

مطابع دار المعارف - الطبعة الثانية ١٣٩٢هـ/١٩٧٢م

القاهرة .

مراجع ترجمة الأعلام :

١٤٨ الاصابة في تمييز الصحابة :

للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢ هـ) .

الطبعة الأولى ١٣٢٨ هـ .

١٤٩ الأعلام (قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين) :

لخير الدين الزركلي . طبع على الأوفست في ١٣٨٩هـ/١٩٦٩م

بيروت / لبنان .

١٥٠ تاج التراجم في طبقات الحنفية :

لأبي العدل زين الدين قاسم بن قطلوبغا (ت ٨٧٩ هـ) .

طبعة العاني - بغداد ١٩٦٢ م .

١٥١ تهذيب الأسماء واللغات :

للامام يحي بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) .ادارة الطباعة المنيرية . بيروت / لبنان .

١٥٢ تهذيب التهذيب :

للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني . طبعة مجلس دائرة المعارف النظامية . حيدرآباد ١٣٢٥ هـ / الهند .

دار صادر / بيروت . لبنان .

١٥٣ الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية :

لمحي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد بن محمد (ت ٧٧٥ هـ) . تحقيق الدكتور عبد الفتاح محمد الحلو

طبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٩٨ هـ / ١٩٧٨ م.

١٥٤ الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب :

لبرهان الدين ابراهيم بن علي بن محمد بن محمد بن فرحون (ت ٧٩٩ هـ) . تحقيق الدكتور محمد الأحمدي أبي النور . مكتبة دار التراث للطبع والنشر / القاهرة .

١٥٥ الذيل على طبقات الحنابلة :

لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب (ت ٧٩٥ هـ) . مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٢ هـ / ١٩٥٢ م / القاهرة .

١٥٦ شجرة النور الزكية :

لمحمد بن محمد مخلوف . المطبعة السلفية ـ الطبعة الأولى ١٣٤٩ هـ . الناشر : دار الكتاب العربي . بيروت / لبنان .

١٥٧ طبقات الحنابلة :

للقاضي أبي الحسن محمد بن أبي يعلى . مطبعة السنة المحمدية ١٣٧١ هـ / ١٩٥٢ م . القاهرة .

١٥٨ طبقات الشافعية :

لجمال الدين عبد الرحيم الاسنوى (ت ٧٧٢ هـ) . تحقيق : عبد الله الجبوري . مطبعة الارشاد . الطبعة الأولى سنة ١٣٩٠ هـ . / ١٣٩٠ هـ / ١٩٧٠ م بغداد .

١٥٩ الطبقات الكبرى :

لمحمد بن سعد بن منيع البصرى الزهرى . دار صادر بيروت / لبنان .

١٦٠ الفتح المبين في طبقات الأصوليين :

لعبد الله مصطفى المراغي . الطبعة الثانية ١٣٩٤ هـ/١٩٧٤م الناشر : محمد أمين رجب وشركاه . بيروت / لبنان .

١٦١ الفوائـــد البهيـــة :

لأبي الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوى الهنـــــدى .

دار المعرفة - بيروت / لبنـــان .

١٦٢ ميزان الاعتدال في نقد الرجال :

لأبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ)

تحقيق علي محمـــــــــــــد . دار احياء الكـــــتب

العربية . الطبعة الأولى ١٣٨٢ هـ / ١٩٦٣ م .

١٦٣ وفيـــات الأعيـــان :

لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بـــــن

خلكان (ت ٦٨١ هـ) . مطبعة السعادة - مكتبة النهضـــة

المصرية - الطبعة الأولى ١٣٦٧ هـ / ١٩٤٩ م القاهـــرة .

١٦٤ النعت الأكمل لأصحاب الامام أحمد بن حنبل :

لمحمد كمال الدين بن محمد الغزى العامرى (ت ١٢١٤هـ)

تحقيق محمد مطيع الحافظ ، ونزار أباظـة . دار الفكـــــر

١٤٠٢ هـ / ١٩٨٢ م دمشـــق .

مراجـــع الأدب :

١٦٥ ديـــوان الفـــــرزدق :

لهمام بن غالب بن صعصعة الملقب بالفرزدق (ت ١١٤ هـ)

دار صادر . بيروت / لبنان ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ م .

****
****
****

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات .

الموضوع	الصفحة
المقدمة	أ
سبب اختيار الموضوع	جـ
منهج البحث	د
خطة البحث	و
شكر وتقدير	م
الباب الأول	
في التعريف بالمريض مرض الموت ومن يلحق به والحجر عليه	١
الفصل الأول / في التعريف بالمريض مرض الموت ومن يلحق به	٢
المبحث الأول : تعريف المريض مرض الموت لغة	٣
المبحث الثاني : تعريف المريض مرض الموت اصطلاحا	٥
المبحث الثالث : بيان جملة من أمراض الموت	٢١
المبحث الرابع : بيان من يلحقون بالمريض مرض الموت في أحكامه	٣١
المبحث الخامس : العمل عند اشتباه المرض :	٤٨
الفرع الأول : فيمن يرجع اليه في تحديد المرض المشتبه	٤٨
الفرع الثاني : العمل عند اختلاف من يرجع اليهم فيما بينهم	٥٢
الفرع الثالث : العمل عند اختلاف الورثة والمتبرع له بعد الموت	٥٣
الفصل الثاني / في الحجر على المريض مرض الموت :	٥٨
المبحث الأول : اثبات الحجر على المريض مرض الموت	٥٩

الموضـــــوع	الصفحـــة
المبحث الثاني : سبب الحجر على المريض مرض الموت وأثره :	٩٠
الفرع الأول : في بيان موجب الحجر عليه	٩٠
الفرع الثاني : جهة تعلق حقوق الغرماء بماله	٩٢
الفرع الثالث : جهة تعلق حقوق الورثة بماله	٩٣
المبحث الثالث : أهلية المريض مرض الموت	٩٦
المبحث الرابع :المقدار المحجور على المريض مرض الموت	٩٩
=======	
الباب الثاني	
تبرعات المريض مرض الموت	١٠٨
الفصل الأول / في تعريف التبرع	١٠٩
المبحث الأول : تعريفه لغة	١١٠
المبحث الثاني : تعريفه اصطلاحا	١١١
الفصل الثاني / عقود التبرعات الأصلية	١١٢
المبحث الأول : الوصية بالمال في مرض الموت	١١٣
المبحث الثاني : الهبة في مرض الموت	١١٤
المسألة الأولى : اذا وقعت الهبة في صحة الواهب ولم تقبض الا في مرض الموت	١١٦
المسألة الثانية : اذا وقعت في مرض الموت ولم تقبض حتى مات الواهب	١٢٣
المبحث الثالث : العارية في مرض الموت	١٢٦
المبحث الرابع : الكفالة بالمال في مرض الموت	١٣٥
المبحث الخامس : الوقف في مرض الموت	١٤٠
المبحث السادس : الابراء من الدين في مرض الموت	١٥٥
المبحث السابع : العفو عن الجناية الموجبة مالا في مرض الموت	١٥٦

الموضـــــــوع	الصفحـــة
المبحث الثامن : العتق في مرض الموت	١٦٨
الفرع الأول : اذا لم يخرج العتق من الثلث ولم تجز الورثة الزائد	١٦٩
المطلب الأول : أن يكون العتق واحدا	١٦٩
المطلب الثاني : أن يكون العتق عددا وقع عتقهم دفعة واحدة	١٧٥
المسألة الأولى : هل تستعمل القرعة في تحرير قدر الثلث منهم أولا ؟	١٧٥
المسألة الثانية : المعتبر في القرعة هل هو القيمة أو العدد ؟	١٨٣
الفرع الثاني : فيما اذا أعتق في مرض موته وعليه ديـن مستغرق لمالـــه	١٨٦
الفرع الثالث : فيما لو علق شخص عتق عبده في صحتـه على صفة ووجدت في مرض موتـــه	١٩١
المبحث التاسـع : التدبير في مرض الموت	١٩٣
المبحث العاشـر : الكتابة في مرض المـــوت	١٩٤
الفرع الأول : اذا كاتب عبده بلا محاباة وقبض قيمـــة الكتابة قبل موتـــه	١٩٦
الفرع الثاني : اذا كاتبه بلا محاباة ومات قبل قبـــض نجوم الكتابـــة	١٩٧
الفرع الثالث : اذا كاتبه بمحابـــاة	١٩٨
الفرع الرابع : اذا كاتبع في صحته ثم أبرأه من قيمـــة الكتابة أو أعتقه في مرض موتـــه	١٩٩

الموضـــوع	الصفحـــة
الفصل الثالث : عقود التبرعات غير الأصلية :	٢٠١
المبحث الأول : البيع بالمحاباة في مرض الموت	٢٠٣
القسم الأول : محاباة في العوضين (الثمن والمثمن)	٢٠٣
الفرع الأول : بيع المريض بالمحاباة وعليه دين	٢٠٤
الفرع الثاني : بيع المريض بالمحاباة مع وارثه	٢٠٦
الفرع الثالث : بيعه بالمحاباة مع غير وارثه	٢١٠
الفرع الرابع : حالات ثمن مبيعه بالمحاباة عند موته	٢١٧
الفرع الخامس : حالات مبيعه بالمحاباة عند موته	٢٢١
الفرع السادس : الشفعة في مبيعه بالمحاباة	٢٢٨
الفرع السابع : بيع الخيار بالمحاباة في الصحة ومرض المحابي مدة الخيار	٢٣٣
القسم الثاني : المحاباة بتأخير أحد العوضين	٢٣٦
الفرع الأول : محاباته بتأخير الثمن	٢٣٦
الفرع الثاني : محاباته بتأخير المثمن	٢٣٨
الفرع الثالث : اجتماع محاباته في عين العوض والأجل	٢٤٠
تنبيه : الاقالة في مرض الموت كالبيع فيه	٢٤٣
المبحث الثاني : الاجارة بالمحاباة في مرض الموت	٢٤٤
الفرع الأول : اجارة العين	٢٤٤
الفرع الثاني : اجارة البدن	٢٤٨
المبحث الثالث : المضاربة في مرض الموت	٢٤٩
المبحث الرابع : المساقاة بالمحاباة في مرض الموت	٢٥١
المبحث الخامس : المزارعة بالمحاباة في مرض الموت	٢٥٣
المبحث السادس : النكاح بالمحاباة في مرض الموت	٢٥٥
المبحث السابع : الخلع بالمحاباة في مرض الموت	٢٦٢

الموضـــــوع	الصفحـــة
الفصل الرابع / مسائل تتعلق بحساب تبرعات المريض من الثلث والرجوع فيها :	٢٧٠
المبحث الأول : وقت اعتبار المتبرع له وارثا أو غير وارث	٢٧١
المبحث الثاني : اجازة الورثـة :	٢٧٢
الفرع الأول : اجازة الورثة هل هي تنفيـــذ أو ابتداء عطية ؟	٢٧٣
الفرع الثاني : وقت اعتبار اجازتهم	٢٧٨
المبحث الثالث : تلف الزائد على الثلث وما كان لوارث عند المتبرع لـه	٢٨٣
المبحث الرابع : نماء تبرعات المريض المنجزة	٢٨٤
المبحث الخامس : رجوع المريض في تبرعاته المنجزة	٢٨٨
المبحث السادس : ما يعتبر فيه الثلث من الأموال	٢٩٢
المبحث الثامن : الترتيب بين تبرعات المريض عنـــد ضيق الثلث	٢٩٥
المبحث التاسع : وجوه الاتفاق والاختلاف بـــين المنجزة في مرض الموت والمعلقـــة بالمـــوت .	٣٠٦
الباب الثـــالث اقرار المريض مرض المـــوت	
الفصل الأول / تعريف الاقـرار لغة واصطلاحا ، وشروطـــه وحجيتـه ، ولزومـه ، والرجوع عنـه	٣٠٩
المبحث الأول : تعريف الاقرار لغـة	٣١٠
المبحث الثاني : تعريفـه اصطلاحـا	٣١١

الموضـــــوع	الصفحـــة
المبحث الثالث : شروط صحة اقرار المريض	٣١٦
المبحث الرابع : حجية اقرار المريض ولزومه	٣٢٠
المبحث الخامس : رجوع المريض من اقراره	٣٢٤
الفصل الثاني / اقرار المريض مرض الموت بالحقوق الطالبة	٣٢٦
المبحث الأول : اقراره بما لديه من الحقوق الطالبة لغيره :	٣٢٧
الفرع الأول : اقراره بالدين	٣٢٧
المطلب الأول : اقراره بالدين لغير وارث	٣٢٨
المطلب الثاني : اقراره بالدين لوارثه	٣٣١
المطلب الثالث : اجتماع دين الصحة مع دين المرض	٣٤٢
الفرع الثاني : اقراره بالعين	٣٤٨
المطلب الأول : اقراره بالعين وحدها	٣٤٨
المطلب الثاني : اقراره بالعين مع الدين	٣٥٠
المطلب الثالث : اقراره بالعين لوارثه مع الأجنبي	٣٥٣
المبحث الثاني : اقراره باستيفاء ماله على الغير من الحقوق الطالبة	٣٥٥
المبحث الثالث : اقراره بالتبرعات الواقعة في مرض موته	٣٥٩
المبحث الرابع : اقراره بالتبرعات الواقعة في صحته	٣٦٠
المبحث الخامس : اقراره بالدين مع التبرع	٣٦٣

الموضـــــوع	الصفحـــة
الفصل الثالث / اقراره بالحقوق غير المالية	٣٦٤
المبحث الأول : اقراره بما يوجب عقوبة بدنية	٣٦٥
المبحث الثاني : اقراره بالنكاح	٣٧٢
المبحث الثالث : اقراره بالطلاق	٣٧٥
المبحث الرابع : اقراره بالنسب	٣٧٩
المبحث الخامس: اقراره بالاستيلاد	٣٨٣
الفصل الرابع : وقت اعتبار المقر له وارثا أو غير وارث	٣٨٦
الخاتمة : وفيها أهم النتائج التي توصلت اليها	٣٨٩
الفهارس :	٣٩٦
فهرس الآيات القرآنية	٣٩٧
فهرس الأحاديث الشريفة	٤٠٠
فهرس الآثار	٤٠٤
فهرس الأعلام	٤٠٧
فهرس المصادر والمراجع	٤١٤
فهرس الموضوعات	٤٣٨

((تم بحمد الله وحسن توفيقه طبع هذه الرسالة في يوم الجمعة العاشر من شهر شعبان من السنة الرابعة بعد المائة الرابعة عشرة من هجرة الرسول الكريم صلى الله عليه وآله وصحبه وسلم (الموافق ١١/٥/١٩٨٤ م) وقام بطبعها العبد الفقير الى رحمة الله تعالى / سعيد بن عطية بسيوني حسنين غفر الله له ولوالديه ولذريته ولصاحب الرسالة ولمن قرأها أو اطلع عليها ، ونفع الله بها الاسلام والمسلمين . وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين . وصل اللهم وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اتبعهم وسار على نهجهم الى يوم الدين . اللهم آمين .))