

طرق انعقاد الوصية في الشريعة والقانون

د. عبد محمود عزيز محمد الشيخ صفر الطائي

قسم الفقه وأصوله

كلية العلوم الإسلامية - جامعة الأنبار

الرمادي

ملخص باللغة العربية:

إن موضوع (طرق انعقاد الوصية في الشريعة والقانون) لم أجد في حدود اطلاعي - من بحثها بحثاً موسعاً بهذا الشكل الذي اتبعته، مقارنة مع القوانين الوضعية، لذا أجد نفسي مضطراً لأبين في ثنايا البحث إلى جنب مقارنة أقوال أئمة المذاهب الإسلامية، القوانين التي تناولت ما يخص موضوع البحث، وبالتالي كان المضمون على وفق العنوان.

عبد محمود عزيز محمد الشيخ صفر الطائي

**THE WAYS OF MAKING WILL
IN THE SHARIA AND LAW**

Ass. Prof. Dr.

Abd Mahmood Aziz Al-Ta'y

Collage of Islamic sciences / University of Anbar

Abstract

The researcher chose this subject to declare the opinions of our scholars of the Islamic doctrines and comparing these opinions widely with the positive laws. The research was divided into two chapters and each chapter was divided into four sections.

The first Chapter: Defining the will and its legitimacy, basic elements, forms and the attitude of the law. It contains four sections: The first section: Defining the will. The second section: The evidences of the will legitimacy. The third section: the basic elements of the will. The fourth section: The forms of the will and the attitude of the law. While the second chapter: The ways of making will in the Sharia and law. It also contains four sections. The first section: Making the will by using the «idiom». The second section: The active expression «writing». The third section: Making the will by using the «sign». The fourth section: The attitude of the law from making the will. Then the researcher writes the most important conclusions at the send with the list of the sources.

الحمد لله رب العالمين، العزيز الحكيم، حمداً كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على خاتم النبيين، المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد، وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحابته الغر الميامين، والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين... أما بعد:

فإن الله تعالى قد تفضل على عباده بنعم لا تعد ولا تحصى، منها نعمتي الإيجاد والإمداد، أوجد الإنسان من العدم، وأمدّه ومنتعه بأنواع النعم، وطلب منه الإتفاق في السر والعلن، كي يفوز بسعادة الدنيا، وكرامة الآخرة.

وقاعدة الثواب محطتها الإكثار من عمل الخير والسخاء، والإقدام على البر والمعروف والعطاء، ونشر الفضيلة والاهتمام بجوانب الحياة الاجتماعية والإنسانية، ذات السلبيات والمنحنيات، والفجوات الكثيرة، والوعرة أو المتعثرة.

ولأن الإنسان بطبيعة خلقه مجبول على حب الخير، وحرصه الشديد على المال، وانشغاله بالدنيا، فرط كثير منهم في جنب الله تعالى، فجعل الله تعالى -من أسباب رحمته- للإنسان سبلاً للخير؛ ليتدارك ما فاتته قبل أن تأتي منيته، وسبيل الخير في الأفق العام والنظرة الثاقبة لا العجلى الموقوتة، إنما هو الصدقة والمعروف والإحسان فيما بعد الموت؛ ليستمر تذكر فاعل الخير، وتتساقط عليه الرحمات بالسنة المرحومين الذين تتقدم رشقة ماء، ويحييهم إرواء الظما، وتتقد حياتهم اللقمة الهانئة، ويستمر جسداهم الكساء الدافئ، أو المانع من الضر في الحر والبرد. وكل ذلك نافع للإنسان إذا اقتزن بالاحتساب عند الله تعالى، وبذلك يتبين مقدار إخلاص المؤمنين لربهم بترك البخل، وطرح رداء الشح، وتطهير النفس من أدران الجمود وبذل المال، وتعويد السخاء والجود.

ولهذا كله... وقع اختياري على هذا الموضوع لأشارك في خدمة شريعتنا السمحة، ولأبين للقارئ الكريم آراء الفقهاء في هذه الجزئية المهمة، والراجح منها؛ توسعة وتسهلا في باب التبرعات المالية وغيرها، وما الوصية إلا واحد منها.

ضف إلى هذا... أن موضوع (طرق انعقاد الوصية في الشريعة والقانون) لم أجد -في حدود اطلاعي- من بحثها بحثاً موسعاً بهذا الشكل الذي اتبعته، مقارنة مع القوانين

الوضعية، لذا أجد نفسي مضطراً لأبين في ثنايا البحث إلى جنب مقارنة أقوال أئمة المذاهب الإسلامية، القوانين التي تناولت ما يخص موضوع البحث، وبالتالي كان المضمون على وفق العنوان.

الصعوبات التي واجهتني:

لم يكن البحث في هذا الموضوع أمراً ميسوراً، فقد واجهت بعض الصعوبات عند كتابته، منها دقة الموضوع، وندرة بعض مسائله وأدلتها، فهي لم تكن ظاهرة، بل تتطلب بحثاً وعناء للعثور عليها بين ثنايا الكتب، ولهذا أخذ مني مشواراً طويلاً، وسهراً من الليالي، وبذلت ما بوسعي لإتجاهه، فضلاً عما مرت به محافظة الأنبار من ظرف صعب من ، ولا يخفى على أحد ما لهذا من تأثير على طالب العلم، ولكن بفضل الله تعالى ومنه وكرمه ومدده، جعلنا نتغلب على هذه الظروف، ونواصل العطاء، وأقلامنا تتدفق بالعلم والحياة، لتعبر عن الرغبة الجادة في العلم، ابتغاء وجه الله تعالى، ونشر شرع سيدنا رسول الله ﷺ، القائل في الحديث ((بَلِّغُوا عَنِّي وَلَوْ آيَةً))^(١).

منهجي في البحث:

اتبعت خطة أحسبها جديرة بالملاحظة؛ لما فيها من عدم تشتيت ذهن القارئ، مؤداها: أنقل في بعض الأحيان اتفاق الفقهاء في بعض جزئيات المسألة المراد بحثها، ثم أعرض المسألة المختلف فيها أو الخلاف، وأبيته إن كان على قولين أو أكثر، ثم أذكر الأدلة لكل مذهب من مصادره الأم الخاصة به، ثم بعدهما أبين الرأي الراجح من هذه الأقوال بحسب قوة الدليل والمصلحة فيه من غير تعصب أو ميل لمذهب على آخر.

وأما خطة البحث:

اقتضت طبيعة البحث أن أقسمه على فصلين: تضمن كل فصل أربعة مباحث، أما الفصل الأول: فتناولت فيه التعريف بالوصية ومشروعيتها، وأركانها، وصيغتها، وفيه أربعة مباحث، تناولت في المبحث الأول: التعريف بالوصية، وفيه مطلبان، وتناولت في المبحث الثاني: أدلة مشروعيتها، ثم المبحث الثالث ذكرت فيه أركان الوصية وتحدثت في المبحث الرابع عن صيغة الوصية وشروطها، وموقف القانون منها.

أما الفصل الثاني: فهو في طرق انعقاد الوصية في الشريعة والقانون، تضمن أربعة مباحث، تناولت في المبحث الأول انعقاد الوصية بالعبارة، وفي المبحث الثاني انعقاد الوصية

(١) صحيح البخاري: ١٧٠/٤ برقم (٣٤٦١) باب ما ذكر عن بني إسرائيل.

بالكتابة، وذكرت في المبحث الثالث انعقاد الوصية بالإشارة، وآخرها المبحث الرابع تناولت فيه موقف القانون من انعقاد الوصية، ثم الخاتمة، ذكرت فيها وبشكل موجز أهم النتائج التي توصلت إليها من البحث.

وأخيرا... فهذا جهدٌ بذلت فيه ما بوسعي في سبيل أن يخرج بهذه الصورة، راجيا المولى جلّ جلاله أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم، وأن أكون قد قدمت خدمة نافعة لأمة الحبيب محمد ﷺ في هذه الجزئية التي هي من الأهمية بمكان، فإن كنت قد وقفت لما سعيت إليه، ووصلت إلى ما ابتغيت، فهذا فضل ربي العظيم، فهو المتفضل أولا وآخرا، وإن كنت قصرت، أو أخطأت، فذلك من عندي، راجيا من القارئ الكريم المعذرة إن وجد زلةً قدّم، أو سبقَ قلم، والله من وراء القصد، فهو حسبنا ونعم الوكيل، وفضله علينا جزيل، وبإجابة دعائنا قدير وجدير، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، والحمد لله رب العالمين.

الباحث

الفصل الأول:

التعريف بالوصية ومشروعيتها وأركانها

وصيقتها وموقف القانون منها

وفيه أربعة مباحث

المبحث الأول:

التعريف بالوصية وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

التعريف اللغوي للوصية

الوصية في اللغة:

وصى: الواو، والصاد، والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء، ووصيت الشيء: وصلته، ويقال: وطئت أرضا واصية، أي أن نبتها متصل قد امتلأت منه، والوصية من هذا القياس.

وتأتي أيضا بمعنى العهد، فأوصاه، ووصاه، توصيةً: عهد إليه، أي: العهد إلى الغير في القيام بأمر خلال حياته أو بعد وفاته، قال رؤبة: وصّاني العجاج فيما وصني، أراد: فيما وصّاني، فحذف اللام للقافية، والوصي: الذي يوصي، والذي يوصى له، وهو من باب الأضداد.

وسميت وصيةً: لاتصالها بأمر الميت، ولهذا قيل لسيدنا علي ﷺ وصي، لاتصال نسبه، وسببه، وسمته بنسب سيدنا رسول الله ﷺ، قال كثير:

وَصِيُّ النَّبِيِّ الْمُنْطَقِيِّ وَابْنُ عَمِّهِ

وَقَكَالُ أَغْلَالٍ وَقَاضِي مَقَارِمِ

وتقول أيضا: أوصيت إليه بمال، أي: جعلته له، وأوصيته بولده: استعطفته عليه،

وأوصيت بالصلاة: أمرته بها، والوصية من الله: الفرض والأمر، إذن فالوصية: اسم مشترك بين التذكّر والاستطاف والأمر^(١).

والوصية والإيصاء في اللغة بمعنى واحد، تقول: أوصيت لفلان بكذا، أو أوصيت إلى فلان بكذا، معنى عهدت إليه، وتكون «الوصية» اسم مفعول بمعنى الموصى به، ومنه قوله تعالى: ﴿تَمَّ بَعْدَ وَصِيِّ وَوَصِيِّ بِهَا﴾^(٢)، وتكون مصدرا بمعنى الإيصاء، ومنه قوله تعالى: ﴿شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ﴾^(٣).

ولكن الفقهاء فرقوا بين اللفظين، فقالوا: إن معنى أوصيت إليه، عهدت إليه بالإشراف على شؤون القاصرين مثلا، ومعنى أوصيت له، تبرعت له وملكته مالا أو غيره^(٤).

المطلب الثاني:

التعريف الاصطلاحي والقانوني للوصية

أولا: الوصية في الاصطلاح:

عرف فقهاؤنا الأعلام من أصحاب المذاهب الإسلامية -رحمهم الله تعالى- الوصية في معناها الاصطلاحي بتعاريف كثيرة، وسأبين هذه التعاريف الخاصة بكل مذهب، وكالاتي:

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة: ٦٣٤/٢، مادة «وصى» تأليف أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق إبراهيم شمس الدين دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣. ولقاموس المحيط: ١٢٠٨/٢ حرف الواو مادة «و ص ي»، تصنيف إمام أهل اللغة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، تحقيق يوسف الشيوخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م. ولسان العرب: ٨١١/٨-٨١٢-٨١١/٨ حرف الواو مادة «وصى»، للعلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفرقي المصري، تحقيق عامر أحمد حيدر وعبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٥م. وأئیس الفقهاء: ص ٢٩٧، في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن أمير علي المقرئ (ت ٩٧٨هـ)، تحقيق د. أحمد عبد الرزاق، وينظر: التعريفات: للجرجاني: ص ٣٥٦ علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، والمطلع على أبواب الفقه: ٢٩٤/١، محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي أبو عبد الله، تحقيق محمد بشير، بيروت، ١٤٠١هـ.

(٢) سورة النساء، الآية ١٢.

(٣) سورة المائدة، الآية ١٠٦.

(٤) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية: ٥٧/٢، د. مصطفى السباعي، وأحكام الوصية: ص ٦، د. عبد الستار حامد الدباغ، مطبعة جامعة بغداد، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

أولا: تعريف أئمة الحنفية:

عرفها الكرخي بقوله: (هو ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، أو في مرضه الذي مات فيه)^(١). وعرفها القاضي زاده: (هي تملك^(٢) مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع، عينا كان أو منفعة)^(٣). وعلى هذا، فالوصية: هي الأمر بالتصرف بعد الموت، والوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت^(٤).

ثانيا: تعريف أئمة المالكية

عرفها القرطبي بقوله: (هي عبارة عن كل شيء يؤمر بفعله، ويعهد به في الحياة وبعد الموت، وخصصها العرف بما يعهد بفعله وتنفيذه بعد الموت)^(٥). وعرفها ابن عرفة بقوله: (الوصية: هو عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده)^(٦).

(١) بدائع الصنائع: ٤٢٧/٦ في ترتيب الشرائع: العلامة علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت ٥٨٧هـ)، تحقيق محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

(٢) ومما يجب التنبه عليه: أن التملك أنواع ثلاثة، فلا بد لكل نوع من اسم خاص ليمتاز عن صاحبه:

أ. فالبيع: اسم لتملك عين المال بعوض في الحياة.

ب. والهبة والصدقة: تملك عين المال بغير عوض في حالة الحياة، بطريق التبرع.

ت. والعارية: تملك بالمنفعة بقصد التبرع في الحياة.

فتكون الوصية اسما لتملك المال بعد الموت، بطريق التبرع في العين والمنافع جميعا، ينظر: تحفة الفقهاء: ٢٨٤/٣ الإمام علاء الدين السمرقندي، تحقيق الأستاذ محمد الكتاني، ود. وهبة الزحيلي، دار الفكر العربي.

(٣) تكملة فتح القدير: ٤١١/١٠، للقاضي زاده أفندي، وهي تكملة فتح القدير للمحقق الكمال بن الهمام الحنفي على الهداية شرح بداية المبتدي لشيخ الإسلام المرغيناني، دار الفكر، بيروت، لبنان.

(٤) ينظر: الإنصاف: ١٨٣/٧، في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سلمان المرادوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق محمد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: ٩٣/٣، لأبي عبد الله محمد بن أبي أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٢/٤، للإمام شمس الدين محمد بن عرفة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٧٣هـ.

ثالثاً: تعريف أئمة الشافعية:

عرفها الإمام النووي بقوله: (هي تبرع بحق مضاف، ولو تقديراً، لما بعد الموت). فإذا استعمل تارة باللام فمعناه ملكه بعد موته، وإذا أوصى به إلى فلان، أي: جعله وصياً بتصرف في ماله بعد موته^(١).

رابعاً: تعريف أئمة الحنابلة:

عرفها أبو الخطاب الكلوزاني بقوله: (هي عبارة عن التبرع بشيء من مال يقف نفوذه على خروجه من الثلث بعد الموت)^(٢).

وعرفها ابن قدامة: (هي الأمر بالتصرف بعد الموت أو التبرع بالمال بعده)^(٣).

خامساً: تعريف الزيدية:

الوصية هي: (عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت)^(٤).

سادساً: تعريف الظاهرية:

لا يوجد نص صريح لابن حزم الظاهري رحمه الله تعالى - في تعريف الوصية تعريفاً شاملاً، كبقية الفقهاء إلا أن الواضح من عباراته في «المحلى» هي أيضاً (مضافة إلى ما بعد الموت)^(٥)، بل جعلها فرضاً على كل مسلم أن يوصي، ولا سيما لقرابته الذين لا يرثون، يرثون، إما لرق أو لكفر، وإما لأن هناك من يحجبهم من الميراث، أو لأنهم لا يرثون فيوصي لهم بما طابت به نفسه.

(١) المجموع شرح المهذب: ٢٩٢/١٦ للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق د. محمود مطرجي، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م، وينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٣٩/٦-٤٠، لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي، مطبعة مصطفى البابي، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.

(٢) الهداية على مذهب الإمام أحمد: ص ٣٥٠، للإمام أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني (ت ٥١٠هـ)، تحقيق د. عبد اللطيف مميم، د. ماهر ياسين، دار غراس، ط ١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.

(٣) المغني مع الشرح الكبير: ٤١٤/٦، للإمام ابن قدامة (ت ٦٣٠هـ)، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

(٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب الأئمة: ٤٥٩/٦، للإمام المجتهد بن المرتضى (ت ٨٤٠هـ)، تعليق محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، وينظر: نيل الأوطار: ٣٨/٦، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ).

(٥) نظر: المحلى: ٣٨٢/٩ للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي لظاهري، تصحيح محمد خليل هراس، هراس، مطبعة الإمام، مصر، د.ت.

سابعاً: تعريف الإمامية

عرفها المحقق الحلبي بقوله: (هي تملك عين أو منفعة بعد الوفاة)^(١).

ثانياً: تعريف الوصية في القانون

وأما تعريف الوصية في القوانين الوضعية، فقد عرّفت أيضاً بتعاريف عدة، سواء في القوانين العراقية أو غيرها من القوانين العربية الأخرى، وكلها تؤدي إلى معنى واحد، وأنها مضافة إلى ما بعد الموت، منها:

ما جاء في قانون الأحوال الشخصية^(٢) العراقي، ما نصه: أن الوصية (تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، مقتضاه التملك بلا عوض)^(٣).

وهذا التعريف بدوره قريب من بعض التعاريف التي ذكرناها لأئمة مذاهبا - رحمهم الله تعالى -، لاسيما تعريف الحنفية الذين عرفوا الوصية بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.

وقد عرف القانون العربي الموحد الوصية أيضاً بالتعريف نفسه في قانون الأحوال الشخصية العراقي، فقد جاء فيه أن الوصية (عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت)، وهذا التعريف هو الذي اعتمده القانون المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م، وقانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (٢٠٧)، وكذلك القانون المدني الأردني في المادة (١١٢٥)^(٤).

(١) شرائع الإسلام: ٤٨١/٤، لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، مركز الرسول الأعظم للتحقيق والنشر، بيروت، لبنان، ط ١٠، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.

(٢) صيغت هذه الكلمة «الأحوال الشخصية» مستحثة وطارئة علينا من التشريع الغربي على ما يظهر، وقد استعملت في المحاكم العراقية بعبارة «المواد الشخصية»، وذلك في بيان المحاكم لسنة ١٩١٧م بعد احتلال بغداد، أي من قبل السلطة الإنكليزية، ثم درجت القوانين المشرعة على استعمالها بعبارة «الأحوال الشخصية»، وهي تعني: تنظيم العلاقة بين أفراد الأسرة الواحدة، ابتداء وانتهاء، وبيان ما لكل على الآخر من حقوق وواجبات، لها بمفهومها القانوني في التشريع العراقي أحكام مختلفة، تنطبق على أفراد في طوائف مختلفة، بنظر: أحكام الأحوال الشخصية في العراق: ص ٦، الأستاذ محمد شفيق العاني، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية الشرعية، رقم الإيداع بدار الكتب ٣٠٧٦، المطبعة الفنية، ١٩٧٠م.

(٣) ينظر: المصدر السابق، وقانون الأحوال الشخصية العراقي وتحديثه: ص ٥٤، المادة ٦٤، طبع بمطبعة وزارة العدل، بغداد، سنة ١٩٨٤م.

(٤) ينظر: الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون: ١٤/٢ د. أحمد الكبيسي، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، طبع شركة العتاك لصناعة الكتب، القاهرة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م، والميراث المقارن: ص ١٠٣، للشيخ عبد الرحيم الكشكي، بغداد، دار النذير، ط ٢، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م، والموارث والوصايا والهبية في الشريعة والقانون: ص ١٢٦، بدران أبو العنين، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، وينظر: انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته: ص ٨٠٣، علاء الدين أحمد إبراهيم، ط ٢، المكتبة الأزهرية للتراث، د.ت. وشرح قانون الأحوال الشخصية: ٥٨/٢.

وبعد هذا كله، فالذي يبدو لي:

بعد إدارة النظر في التعريفات السابقة لفقهاء المذاهب الإسلامية، وأهل القانون، نجد أن عباراتهم قد تباينت واختلقت في إيجاد تعريف للوصية متفق عليه، وهذا كله ناشئ من محاولات الرامية إلى وضع تعريف يكون شاملاً جامعاً مانعاً لها، فمن الواضح أن هذه التعريفات لا تسلم من الملاحظات، لعدم اطرادها ولحاجتها إلى بعض القيود اللازمة، فالتعريفات التي تأخذ في ألفاظها قيد «التبرع» أو «التطوع» أو «التملك»، لم تكن جامعة لبعض أفراد الوصية الواجبة شرعاً، كالوصية بحقوق الله تعالى، أو حقوق العباد، وكذلك الوصية بتأجيل دين أو بيع عين معينة من ماله، أو غيره من المعاوزات، ويؤيد ذلك:

إن ما جاء في تعريف الكرخي للوصية، فقد اعترف العلامة الكاساني بأن التعريف لم يكن جامعاً، وبيّن ذلك حين قال: (فقوله: «ما أوجبه الموصي في ماله تطوعاً بعد موته»، لا يشمل على جميع أفراد الوصايا، ولا يتناول الوصية بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية، كالحج، والزكاة، والكفارات، ونحوها)^(١).

وكذا تبرع الإنسان بماله في مرضه الذي مات فيه من الإعتاق، والهبة، والمحابة، والكفالة، لا يكون وصية حقيقية؛ لأن حكم هذه التصرفات منجز نافذ في الحال قبل الموت، وحكم الوصية يتأخر إلى ما بعد الموت، فلم تكن هذه التصرفات من المريض وصية حقيقية، إلا أنها تعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث، وأما أن تكون حقيقية، فلا^(٢).

والذي أراه:

أن تعريف العلامة ابن عرفة، هو أشمل التعاريف، إذ اشتمل هذا التعريف على مجموعة من القواعد خلت منها تعاريف الفقهاء الأخرى للوصية، منها:

١. ذكر أن الوصية عقد، ومن شأن العقد إفاضة الالتزام والوفاء لما تعهد به الموصي، ولاشك أن هذا القيد في التعريف يخرج الوعد، والهم بها، فلا يعد ذلك عقداً.

٢. ذكر في التعريف تحديد الموصي به في الثلث أو ما دونه، لما قال: «حقاً في ثلث عاقده»؛ لأن التشريع جاء بالثلث^(٣)، وهو ما عليه إجماع العلماء^(٤).

(١) بدائع الصنائع: ٤٢٧/٦.

(٢) ينظر: المصدر نفسه.

(٣) يدل عليه حديث سيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (... الثلث يا سعد، والثلث كثير، إنك إن نذر ورتك أغنياء، خير من أن تترهم عائلة يتكفون الناس...)، صحيح البخاري: ٦٨/٥ برقم (٣٩٣٦) كتاب المناقب، وصحيح مسلم: ١٢٥٣/٣، الإمام مسلم بن الحجاج، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، د.ت.

(٤) ينظر: الإجماع: ص ٢٨، للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣٢٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٢٠٠٨م.

٣. ثبوت ذلك الحق «الوصية» للموصي بعد الموت في قوله «يلزم بموته»، وهو قيد يخرج هبة الإنسان ثلث المال في حياته، فهذه هبة وليست وصية، ولا يتوقف استحقاقها على موت الواهب.

إلا أن بعض العلماء، كالشيخ أبي زهرة والشيخ الكشكي، أشارا إلى أن تعريف القانون للوصية يعد أشمل وأدق وأضبط من تعاريف الفقهاء، فقال أبو زهرة -رحمه الله-: (إن القانون عندما جاء في تعريفه للوصية بأنها «تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت...» قال: هذا التعريف قد وضعه الذين أعدوا القانون في أدواره الأولى، وخالفوا فيه تعريفات الفقهاء المختلفين لها، لكنه أشمل من تعاريف الفقهاء وأدق)^(١).

ثم بيّن وجه شمولية هذا التعريف ودقته وضبطه عند قوله: (إن تعاريف بعض الفقهاء للوصية لا يشمل الإسقاطات، ولا يشمل بعض الوصايا التي اشتمل عليها القانون، كالوصية بتقسيم التركة بين الورثة، وتعريف الكرخي يجعل تبرعات المريض مرض الموت من باب الوصايا عند إنشائها، وهذا لا يتفق مع الوضع الفقهي لها؛ لأن الذي يقرره الفقهاء أن تبرعات المريض المنجزة في حال مرضه تأخذ في إنشائها حكم الهبات، فيشترط لتكوينها ما يشترط في الهبات، ولكنها في المآب تأخذ حكم الوصية إن استوفت عند إنشائها شروط الهبة، بحيث إذا لم تستوف هذه الشروط عند الانتهاء تبطل، ولا يكون لها حكم الوصايا بعد الوفاة، فالهبة في مرض الموت إذا لم تقبض ومات الواهب قبل أن يقبضها الموهوب له تبطل، ولا تأخذ حكم الوصايا، فتعريف الكرخي قد أدخل في الوصايا ما ليس منها في حقيقته، وإن أخذ حكمها في نهايته احتياطاً لحقوق الورثة وحماية لها)^(٢).

(١) شرح قانون الوصية: ص ١١، للإمام محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م، وينظر: الميراث المقارن: ص ١٠٣.

(٢) المصدر السابق.

(٣) ينظر: تفصيل ذلك كله، أي شروط الهبة، واشتراط القبض، وما إلى ذلك: تحفة الفقهاء: ٢٧٤/٣، الإمام علاء الدين الممرقندي، تحقيق الأستاذ محمد المنتصر الكتاني، ود. هبة الزحيلي، دار الفكر العربية. وإعانة الطالبين: ٣٧٣/٣. ودليل الطالب لنيل المطالب: ص ١٧٣، على مذهب الإمام أحمد، للشيخ مرعي الحنبلي، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة، ط ١، ١٩٨٩م، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٣٣٤/٢-٣٣٨، للإمام الحافظ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، دار القلم، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، والمطى: ١٢٤/٩ وأحكام المعاملات المالية على المذهب الحنبلي: ص ٥٧٢، للدكتور محمد زكي عبد البر.

ثم يضيف قائلاً: (وكان تعريف القانون أجمع من هذه التعريفات؛ لأنه يشمل كل الوصايا التي اشتمل عليها، فهو يشمل: التمليكات، والإسقاطات، وتقرير مرتبات، ويشمل تقسيم التركة بين ورثته، ويشمل ما يكون بالمنافع، ولا يكون بالأعيان، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق إن كان قد بين ذلك الوفاء، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً في التركة، إذ كلمة تصرف عامة تشمل هذا وغيره)^(١).

وبمثل هذا أيضاً أشار الدكتور مصطفى السباعي أن تعريف القانون للوصية أشمل كما جاء في المادة (٢٠٧) منه، فقال: (وبهذا كان التعريف شاملاً لجميع أنواع الوصايا، سواء كانت واجبة أو مندوبة، وسواء كانت بالمال أو بغيره، فإن لفظ «تصرف» يشمل ذلك كله)^(٢). هذا... وإن القانون المدني الجديد عد كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً فيه التبرع تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت، تسري عليه أحكام الوصية، وإذا أثبتت الورثة أن التصرف صدر في مرض الموت، عد تبرعاً حتى يقوم الدليل على خلافه، ويعد التصرف وصية أيضاً إذا كان لأحد الورثة، واشترط المتصرف، ولو كان صحيحاً، حيازة العين التي تصرف فيها، والانتفاع بها مدى الحياة، ما لم يتم دليل على خلاف ذلك، كما جاء في المادتين (٩١٦، ٩١٧)^(٣).

المبحث الثاني:

أدلة مشروعية الوصية^(١)

ثبتت مشروعية الوصية بكتاب الله تعالى، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع، والمعقول.

أولاً: من الكتاب العزيز:

وردت في كتاب الله تعالى آيات عدة تدل على مشروعية الوصية، منها:

١. قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّنَّهَا الشُّدُوسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأَبِيهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأَخِيهِ الشُّدُوسُ مِنْ بَدْوٍ وَصِيَّةٌ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ مَاتَكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمَ أَقْرَبُ لَكُمْ نَقْمًا فَرِيضَةً يَرِيكُ اللَّهُ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^(٢).

وجه الدلالة: بين الله ﷻ في هذه الآية التي هي عند العلماء عمدة الأحكام؛ لأنها تحتوي على علم الفرائض الذي هو عظيم القدر، ثم بين في آخرها جواز الوصية ودليل مشروعيتها^(٣).

٢. قال تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا^(٤) الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(٥).

(١) مقتضى القواعد الشرعية أن تكون الوصية غير جائزة؛ لأنها مضللة إلى زمن انقضاء فيه حق الموصي في ماله، وزلت ملكيته، إذ الموت مزيل للملك؛ لأنه لو أضيفت إلى حال قيامها بأن قيل ملكتك غداً، كان باطلاً، فهذا من باب أولى، لكن الشارع أجازها استحساناً لحاجة الناس إليها، ينظر: الهداية مع شرحي العناية وفتح القدير عليها: ٤١٣/١٠، وشرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابر، بهامش فتح القدير، دار الفكر، بيروت. وشرح قانون الأحوال الشخصية: ٥٩/٢.

(٢) سورة النساء، الآية ١١.

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٩٣/٦.

(٤) الخير: أي المال الكثير، روي ذلك عن سيدنا علي، وابن عباس، والسيدة عائشة ؓ، وقالوا: في سبعمئة أنه قليل، وعن سيدنا الحسن البصري: لا يجب على من ملك أقل من ألف درهم، قال شيخنا العلامة عبد الكريم المدرس: والظاهر أن المراد بالخير، المال الذي يحتل عادة التبرع بمقدار منه، مع بقاء ما ينفع من بقي من الورثة ويسد حاجتهم. ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٩٦/٣، ومواهب الرحمن في تفسير القرآن: ٣٢١/١، للعلامة مفتي العراق الشيخ عبد الكريم محمد المدرس، ط ١، ١٤٠٦م-١٩٨٦م. وينظر: موسوعة فقه الحسن البصري: ٩١٠/٢، د. محمد رواس قلعة جي، دار الفتن، ١٤١٦م-١٩٩٦م.

(٥) سورة البقرة، الآية ١٨٠.

(١) شرح قانون الوصية: ص ١١.

(٢) شرح قانون الأحوال الشخصية: ٥٨/٢، وينظر: الفقه الإسلامي وأدلته: ٧٤٤١/١٠، الأستاذ د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط ٤، ١٩٩٧م.

(٣) ينظر: المصدران السابقان، وهامش شرح قانون الوصية، لأبي زهرة: ص ١١.

وجه الدلالة: ذكر العلماء أن هذه آية شرعت للوصية، وكان نزولها قبل آيات المواريث، بل هي أتمها وأكملها، كما قال المفسرون^(١).

ثانيا: أدلة مشروعيتها من السنة النبوية:

ثبتت مشروعية الوصية من السنة النبوية الشريفة أيضا، وحدد مقدارها بما لا يزيد عن ثلث التركة في كثير من الأحاديث، وسأورد هنا حديثين منها:

١. ما ورد في الصحيحين عن سيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ((أنه كان مريضا فعاده رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، أوصي بجميع مالي؟ فقال لا، فقال: ثلثي مالي؟ قال: لا، قال: فينصف مالي؟ قال: لا، قال: فيثلث مالي؟ فقال عليه الصلاة والسلام: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون للناس))^(٢).

٢. ما ورد عن النبي ﷺ أنه قال: ((إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم، زيادة على أعمالكم، فضعه حيث شئتم))^(٣).

وجه الدلالة من هذين الحديثين:

الحديثان يدلان على مشروعية الوصية؛ ولأن الله تعالى هو لكرم الأكرمين، منح المسلم حرية التصرف في تركته بعد موته، فكان له حق التصرف في ثلث تركته، ليتدارك ما فاتته في حياته من أنواع البر، وأفعال الخير، فإذا زالت عن الثلث لا تنفذ في الزيادة إلا بإجازة الورثة^(٤).

ثالثا: الإجماع:

نقل كثير من العلماء على أن المسلمين منذ زمن البعثة النبوية إلى يومنا هذا يوصون ببعض أموالهم إلى من يشاؤون من غير إنكار من أحد، تنفيذا لمقاصد الشرع، وأن الفقهاء أجمعوا في جميع الأعصار والأمصا على جوازها في المال، قل أو كثر، شريطة أن تكون

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٩٠/٣، والمجموع شرح المهذب: ٢٩٢/١٦، وأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٩ وما بعدها، د. عبد الستار حامد الدباغ، مطبعة جامعة بغداد، ط ١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) مسند الإمام أحمد: ٤٤٠/٦، وسنن الدارقطني: ١٥٠/٤، لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، تحقيق هاشم المنني، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦م.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٤٢٣/٦، وأحكام الأسرة: ص ١١-١٢، والهداية، لأبي الخطاب: ٣٤١/١.

في حدود الثلث، إذا توافرت شروطها وأركانها، استنادا إلى النصوص الواردة في الكتاب والسنة^(١).

المعقول:

إن من ينظر في الوصية وما لها من آثار اجتماعية كبيرة على الفرد والمجتمع، يجعلك ترى أهميتها؛ لأن الإنسان دائما في تقصير في جنب الله تعالى، فيحتاج إلى أن تكون خاتمة عمله بالقرب الصالحات زيادة على أعماله الصالحة، تأييدا لما نطقت به الأحاديث الشريفة، أو تداركا لما فرط كما قلنا، وذلك يكون بالوصية، وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد إليها، فإذا مست الحاجة إليها - أي الوصية - فيبقى الأخذ بها، ثم إن الوصية استخلاف من العبد لغيره في ماله، فيجوز، كما جاز استخلاف الشرع في الميراث، إلا أن الشارع قصر استخلاف العبد لغيره على الثلث، حفظا لحقوق الورثين، فأبقى لهم الثلثين^(٢).

(١) ينظر: الإجماع: لابن المنذر: ص ٣٧-٣٨، والإقناع في مسائل الإجماع: ١٣٧٥/٣ للحافظ علي بن

القطان (ت ٦٢٨هـ)، تحقيق أ.د. فاروق حمادة، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٣٤هـ، وينظر: رحمة

الأمّة في اختلاف الأئمّة: ٢٦٠، فتاوى أئمة المذاهب الأربعة، أبو حنيفة، مالك، الشافعي، أحمد بن حنبل،

لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني، مكتبة مصر، ط ١، ١٩٩٠.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ٤٢٣/٦، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون: ٦٥/٢.

أركان الوصية

لابد من أمور لكي يتم انعقاد الوصية؛ لأنها التزام إرادة بين الأطراف، ولكي يتم الالتزام وهذا الانعقاد في الوصية، ذكر الفقهاء -رحمهم الله تعالى- أن لعقد الوصية أركان لا يتم إلا بها، وهذا هو الذي جعلني أضع هذا المبحث الخاص بالأركان؛ لأن له تماس وعلاقة في جوهر المباحث التي تليه -أعني طرق انعقاد الوصية- ولاسيما الركن الرابع منها وهو «الصيغة»، وسأتناول في هذا المبحث أركان الوصية معقبا بشيء من التعليق، وكالاتي:

فأقول، وبالله التوفيق:

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، عدا الحنفية إلى أن أركان الوصية أربعة:

الأول: الموصى. الثاني: الموصى له. الثالث: الموصى به. الرابع: الصيغة^(١).

ولكن من يتأمل إنشاء الوصية يدرك أن الموصى والموصى به أمران خارجان عن حقيقة هذا التصرف، ولم يدخل فيهما، فلا يعدان من أركانه، وإنما يعتبران من شروطه اللازمة، كما يرى ذلك بعض العلماء^(٢).

وهذا الذي جرى عليه فقهاء المذهب الحنفي، كما أشار إلى ذلك العلامة الكاساني، وابن عابدين، إذ اعتبرا أركان الوصية هي الصيغة، والإيجاب والقبول، فقد جاء في البدائع ما نصه: (وأما أركان الوصية فقد اختلف فيه -أي في المذهب- قال أصحابنا الثلاثة: هو الإيجاب، والقبول، والإيجاب من الموصى، والقبول من الموصى له، فما لم يوجد جميعا لا يتم الركن)^(٣).

(١) ينظر: التاج والإكليل: ٣٦٤/٦، لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٥، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٣٣٧/٢، وينظر: القوانين الفقهية: ٤٠٥، محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، وينظر: روضة الطالبين: ٩٣/٥، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م، والمغني: ٤١٤/٦ وما بعدها، وشرائع الإسلام: ٤٨٣/٢.

(٢) ينظر: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ٢٦.

(٣) بدائع الصنائع: ٤٢٥/٦، حاشية ابن عابدين: ٣٣٩/١٠، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.

وذهب الإمام زفر -رحمه الله تعالى- إلى أن ركن الوصية هو الإيجاب من الموصى فقط، ولا يحتاج إلى القبول من جانب الموصى له مطلقا، لا على أساس الركن، ولا على أساس الشرط^(١).

إن كما نرى: فإن هناك خلافا بين الجمهور وفقهاء الحنفية حول أركان الوصية، وهذا الخلاف ناشئ من خلافهم حول أمر آخر، حول مفهوم الركن، فركن الوصية عند الحنفية هو ما توقف عليه العقد، وكان جزءا منه، كالإيجاب والقبول لعقد البيع، فكلاهما ركن له، في حين نرى الركن عند الجمهور: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وتصوره في العقل، سواء كان جزءا منه، كالبائع والمشتري، والمبيع بالنسبة إلى عقد البيع^(٢).

والذي يبدو:

أن العقد لا يمكن أن يوجد وتتم صفتته إلا بوجود طرفين يلتزمان عقده، وهما صاحب الإيجاب وصاحب القبول، فإذا ما حصل هذان الطرفان يلزم من وجودهما وجود طرف آخر، وهو الذي يتم عليه العقد -أي المعقود عليه «أو الموصى به»- ولا شك بعد هذا كله سوف يتخذ صفة شرعية فيما إذا تحقق عنصر الرضا عند كلا طرفي العقد.

هذا ومما يجب التنبيه عليه:

إن الذي ذكره جمهور الفقهاء، من الإيجاب والقبول، واعتبروه من أركان الوصية، هذا إذا كان لمعين يمكن حصول القبول منه، أما إذا كان الموصى له غير معين، كالفقراء والمساجد، فتتم الوصية بالإيجاب فقط، وإلى هذا أشار ابن قدامة بقوله: (ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه؛ لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين فاعتبر قبوله، كالهبة والبيع، قال الإمام أحمد: الهبة والوصية واحد، فأما إذا كانت لغير معين، كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم، كبنو هاشم وتميم، أو على مصلحة، كمسجد أو حج، لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد الموت؛ لأن

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٤٢٥/٦، وحاشية ابن عابدين: ٣٣٩/١٠.

(٢) ينظر: أحكام الوصية: للشيخ علي الخفيف: ص٩، لمطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٢م، والوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي: ص٣٦.

اعتبار القبول من جميعهم متعذر، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم، فيكتفي بقبوله^(١).

وبعد هذا العرض لأئمة المذاهب في الخلاف الحاصل في أركان الوصية، كما قد رأينا، فلعل سائلا يقول: ما فائدة الخلاف في كون بعض هذه الأركان هي ركن، وبعضها شرطاً، كالقبول مثلاً؟

والجواب على هذا: أن القبول إذا كان ركناً في الوصية، كالإيجاب ينبغي أن يكون موافقاً للإيجاب في كل جزئية من جزئياته، فإذا أوصى شخص لاثنتين بنتك ماله، وبعد الوفاة قبل أحدهما، ورد الآخر، فإن عدم توافق القبول مع الإيجاب يبطله، إذا كان القبول ركناً، ولا يبطله إذا لم يكن كذلك، فهذه هي ثمرة الخلاف^(٢).

المبحث الرابع:

صيغة الوصية وشروطها وموقف القانون منها

سأمر مروراً سريعاً على هذا المعنى، ثم بعد ذلك أذكر شيئاً عن الشروط التي وضعها العلماء للصيغة، فأقول:

إن الذي يظهر من خلال بعض أقوال الفقهاء أنهم يطلقون الصيغة ويريدون بها نصوص الإيجاب من الموصي، كما في قولهم: وصيغتها -أي الوصية- أوصيت له بكذا، أو ادفعوا إليه بعد موتي كذا، أو جعلت له بعد موتي، أو هو له بعد موتي، أو كقولهم: (إن الصيغة هي كل لفظ أشعر بالوصية)^(١).

وأما القبول فقد رأينا لا يتناوله اسم الصيغة في اصطلاح بعض الفقهاء كما مر، لأن الصيغة عند هؤلاء هي مصدر العقد وصورته في الخارج، وذلك يكون بإيجاب الموصي فقط، والقول بكون الصيغة إذا أطلقت في الوصية وغيرها أريد بها الإيجاب فقط بشكل مطلق غير سديد، فقد رأينا كيف أن الفقهاء قد اعتبروها عقداً من العقود متقوماً بطرفين، الإيجاب والقبول. أما بالنسبة إلى بقية المعاملات، فلا خلاف بينهم كما ذكر ابن رشد القرطبي من إطلاق الإيجاب والقبول كليهما^(٢).

فالذي يترجح النظر في المقام أن يقال: إن الصيغة لما لم يكن دورها في المعاملات إلا الإبراز والإظهار والإبانة، والرضا المستقر في وعاء النفس كان إطلاقها على القبول بنفس المناط الذي أوجب أن تطلق به على الإيجاب، فكما أن الموجب يحتاج إلى مبرز لإرادته ورضاه في إحداث الأثر المقصود حصوله في الخارج، وكذلك القبول يحتاج إلى مثل هذا الإبراز، وذلك إنما يتم في الحالتين بواسطة الصيغة.

(١) المغني، لابن قدامة: ٤٤٠/٦، والهداية، لأبي الخطاب: ص ٣٤٨، والكاظمي في فقه الإمام أحمد: ٣٤٤/٢.

شيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، تخريج وقرأة لشيخ سليم يوسف، سعيد محمد اللمام، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

(٢) ينظر: أحكام الأسرة في الإسلام: ٤٨/٥، د: محمد سلام منكور، دار النهضة، ط ٢، ١٣٢٠هـ وأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٣١.

(١) ينظر: المجموع: ٤٣٠/١٦ وحاشية إعانة الطالبين على فتح المعين: ٣٥٢/٣ لشرح قرّة العين، العلامة

أبو بكر عثمان محمد شطا الدمياطي البكري، وفتح المعين العلامة زين الدين المليباري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ضبطه محمد سالم هاشم، ط ٧، ٢٠٠٩م.

(٢) ينظر: فتح باب العناية بشرح النقاية: ٤٢٧/٣، الإمام الفقيه نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد

الهروري القاري (ت ١٠١٤هـ)، والنقاية للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي

(ت ٧٤٧هـ) تقديم الشيخ خليل الميس، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان. وبداية المجتهد:

١٧٣/٢، والوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي: ص ٤٢.

إذن: الراجح في الوصية الإيجاب والقبول، واعتبار كل منها من الصيغة ينبغي المصير إليه، فالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له إذا كان معينا، وإن كانت الوصية لجهة عامة كمسجد أو للفقراء، فإنها تلزم بالموت بلا قبول كما بينا ذلك. ويكون القبول عند الجمهور بعد موت الموصي بالقبول، أو ما يقوم مقامه من التصرفات الدالة على الرضا^(١).

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الصيغة المنشئة للعقود والتصرفات تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

١. من حيث التجيز.

٢. من حيث الإضافة.

٣. من حيث التعليق.

فالصيغة المنجزة هي ما تنل على إنشاء العقد وترتيب آثاره في الحال، كالبيع والشراء، وغير ذلك من العقود التي وضعت لإنشاء الملك في الحال.

والصيغة المضافة إلى المستقبل ما تنل على إنشاء العقد في الحال، ولكن تؤخر أحكامه إلى زمن مستقبل، كإجارة تعقد في الحال وتنفيذها بعد شهرين، فلا تنفيذ إلا بعد الزمن المذكور.

والصيغة المعلقة ما تنل على ترتيب وجود العقد على وجود أمر غير مستحيل الوقوع في المستقبل^(٢).

ومن المقرر أن الوصية لا تكون منجزة حال الحياة؛ لأنها بطبيعتها عقد مضاف إلى ما بعد الموت، فكل العقود تقبل التجيز إلا الوصية والإيضاء، لكون مفهومها الإضافة إلى المستقبل أو معلقة، وقد جاء القانون العراقي والمصري والسوري على صحة إضافة الوصية إلى المستقبل، وتعليقها بالشرط، وتقييدها به إذا كان الشرط صحيحا، كما سنأتي عليه، وهذا ما جاء في القانون العراقي في المادة (٧٩)، والقانون المصري في المادة (٤)، والقانون السوري المادة (٢١٠) الفقرتان (١، ٢) أيضا^(٣).

هذا وإن الصيغة المذكورة قد يقرن بها شرط يضعه الموصي، فما حكم الشرط؟ وللإجابة على هذا يمكن قول ما يأتي:

(١) ينظر: بدائع الصناعات: ٤٢٥/٦، وبدلية المجتهد: ٣٣٩/٢، وروضة الطالبين: ١١١/٥، والمجموع: ٤٣٠/١٦، والمغني: ٤٤٠/٦.

(٢) ينظر: المهذب بشرح النووي: ٣٣٣/١٦، والمغني: ٤٤٤/٦.

(٣) ينظر: المصدران السابقان، والفقهاء وأئمتهم: ٧٤٥٧/١٠، وأحكام الأحوال الشخصية: ص ١٦٥، وشرح قانون الأحوال الشخصية: ٦٢/٢، وشرح قانون الوصية لأبي زهرة: ص ٢٥.

١. إذا كان الشرط لا يؤثر في أصل الوصية، ولا ينافي حكمها، ولا يخل بالانتفاع بالموصى به، ولا يخالف الأحكام التي جاءت بها الشريعة، فإن هذا الشرط يعد صحيحا، ويجب احترامه.

وهذا ما جاء في المادة (٧٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي، ما نصه: (كل شرط اشترطه الموصي في وصيته، لزم الوصي العمل به، إلا إذا كان الشرط مخالفا للشرع والقانون)^(١).

وكذا ما جاء في المادة (٢١٠) الفقرتان (١، ٢) من القانون السوري، ما نصه: (ويجوز أن تقيّد بشرط صحيح، وهو ما كان فيه مصلحة مشروعة للموصي، أو الموصى له، أو لغيرهما، ولم يكن منهيا عنه، ولا مخالفا لمقاصد الشريعة)^(٢).

٢. أما إذا كان الشرط المقترن بالصيغة يخل بأصل الوصية، وينافي حكمها، فإن هذا الشرط يتعارض ومقتضى عقد الوصية، ويسمى بالشرط الباطل، وتبطل الوصية به، كما إذا أوصى لأجنبي بثلث ماله على شرط أن يكون باقي هذا الثلث يذهب إلى فلان في حالة موت الموصى له، وبقاء شيء من الوصية فهذا الشرط باطل، لأن الوصية تقيّد الملكية التامة، وهذا الشرط يمنع تمام الملكية، فتبطل به الوصية.

٣. وأما إذا كان الشرط لا يؤثر في أصل الوصية، وكانت الوصية مستوفية للشروط الأخرى، ولكن يخل بمنفعة الموصى أو يخالف الشرع، فإن الشرط حينئذ يسمى بالشرط الفاسد، ويكون شرطا لاغيا وتصح معه الوصية، كمن أوصى لفلان بمبلغ من المال، على أن لا يتزوج، صحبت الوصية، وله أن يتزوج^(٣).

(١) ينظر: أحكام الأحوال الشخصية في العراق: ص ٦٥.

(٢) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية: ٦٢/٢.

(٣) ينظر: بدائع الصناعات: ٤٢٥/٦، والمهذب بشرح المجموع: ٣٣٣/١٦، والأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون: ٢٥/٢، ٢٦، وشرح قانون الأحوال الشخصية: ٦٢/٢، والفقه الإسلامي وأدلته: ٧٤٥٨، ٧٤٥٧/١٠.

طرق انعقاد الوصية في الشريعة والقانون

سأتناول في هذا الفصل طرق انعقاد الوصية وأنها تكون باللفظ (العبارة) وبغيرها من الكتابة والإشارة، وذلك من خلال المباحث التالية:

المبحث الأول: انعقادها بالعبارة.

المبحث الثاني: انعقادها بالكتابة.

المبحث الثالث: انعقادها بالإشارة المفهمة^(١).

وسأتكلم عن كل واحد من هذه الطرق الثلاث في مبحث مستقل.

المبحث الأول:

انعقاد الوصية بالعبارة

لابد للوصية من صيغة تظهر إرادة الموصي؛ لأن الإرادة الخفية لا تكون مناطا للأحكام، إلا إذا أظهرتها الصيغة وأبرزتها في الخارج بأحد المبرزات، واللفظ «العبارة» أحد هذه المبرزات التي تعد من طرق التعبير، ويمكن لنا حصر طرق التعبير هذه في أمرين:

الأول: التعبير اللفظي.

الثاني: التعبير الفعلي.

والتعبير الفعلي يندرج تحته أمور، أهمها فيما يتعلق بهذا الفصل اثنان: الأول: الكتابة. والآخر: الإشارة. والتي سنأتي على كل واحد منهما في مبحث مستقل.

ونحن إذا راجعنا كلام الفقهاء فيما تقدم، نرى أن هذه الطرق تختلف في نظرهم من حيث الاعتبار وعدمه، كما تختلف من حيث ما يعتبر فيها من شروط وقيود.

إنّ، ماذا يقصد بالتعبير اللفظي؟ يقصد بالتعبير اللفظي للوصية أو العبارة الخاصة بالوصية أمران:

١. الإيجاب.

٢. القبول.

(١) ينظر: المهذب بشرح المجموع: ٣١٢/١٦، والمنعني: ٤٢٠/٦، والكافي: ٣٤١/٢، والفتاوى الإسلامي وائلته: ٧٤٤٨/١٠.

أما الأول: فإن الظاهر من كلام الفقهاء اتفاقهم على عدم انعقاد الوصية بلفظ مخصوص، وإنما تصح بكل لفظ يدل على قصد الموصي، كان يقول: أوصيت لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وجعلت ربع داري صدقة لفلان، أو الدار الفلانية بعد موتي، أو غيرها من العبارات الأخرى التي تكون من قبل القادر عليها؛ لأن العبارة هي الأصل في الإفصاح عن القاصد وبيان الرغبات.

قال القاضي أبو يوسف -رحمه الله تعالى- في سؤال عرض عليه: (وأما قوله: «جعلت» هو وجه لا يشترط فيها القبض والإفراز)^(١). وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢).

إلا أن المالكية صححوا إنشاء الوصية بالعبارة والكتابة كذلك من قبل القادر على النطق والعاجز عنه؛ لأن الكتابة لا تقل في بيان الإرادة عن العبارة، بل هي أقوى منها عند الإتيان كما سنأتي على ذلك^(٣).

وإلى هذا ذهب الحنابلة أيضا: أن الوصية تصح بالعبارة والكتابة، ولا فرق بينهما، ومن حق الموصي أن ينشأها بأيهما شاء، وكذلك ذهب إليه الزيدية والإمامية^(٤).

قال ابن عابدين من الحنفية في شرح الدر المختار: (وركنها -أي الوصية- أوصيت بكذا لفلان، وما يجري مجراه من الألفاظ المستعملة فيها)^(٥).

والألفاظ المستعملة إذا قال: أشهدوا أنني أوصيت لفلان بألف درهم، وأوصيت أن لفلان في مالي ألف درهم، فالأولى وصية، والأخرى إقرار للوصية^(٦).

وقال ابن عرفة المالكي: (صح إيصاء حر بلفظ يدل عليها -أي الوصية- صراحة، أو كان غير صريح في الدلالة عليها، لكنه يفهم منه من إرادة الوصية بالقرينة، كأعطوا الشيء الفلاني لفلان بعد موتي)^(٧).

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار: ٣٣٨/١٠.

(٢) ينظر: المصدر نفسه، وتحفة الفقهاء: ٢٨٤/٢، وحاشية الدسوقي: ٤٢٣/٤، وحاشية الخرشى: ١٦٥/٨.

والمهذب بشرح المجموع: ٣١٢/١٦، والكافي: ٣٤١/٢.

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي: ٤٢٣/٤، وحاشية الخرشى: ١٦٥/٨.

(٤) ينظر: الكافي: ٣٤١/٢، والهداية، لأبي الخطاب: ص ٣٤٤، والبحر الزخار: ٤٦١/٦، وشرائع الإسلام:

٤٨١/٢.

(٥) حاشية ابن عابدين: ٣٣٨/١٠.

(٦) ينظر: المصدر نفسه.

(٧) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير: ٤٢٣/٤.

وقال السيد البكري من الشافعية: (وإنما تصح الوصية بأعطوه كذا، وإن لم يقل من مالي، أو وهبته له، أو جعلته له، أو هو له بعد موتي، وذلك لأن إضافة كل منها للموت صيرتها بمعنى الوصية، وتصح بأوصيت له بكذا، وإن لم يقل بعد موتي لوضعها شرعا لذلك)^(١).

وقال أبو الخطاب من الحنابلة: (ولا تتعدّد الوصية إلا بالإيجاب، كقوله: أوصيت لفلان، أو أعطوه أو ادفعوا له من مالي كذا)^(٢).

وقال الإمام أحمد بن المرتضى الزبيدي: (ويشترط الإيجاب بلفظها إجماعا، أو لفظ الأمر لبعث الموت أو ما في معناهما، إذ هو باق على ملكه، فلا يخرج إلا بالإيجاب، كالهبة، وصريحه - أي الإيجاب - أوصيت بكذا، جعلت له بعد موتي كذا، وكذايته عينت له كذا، فتتعدّد مع النية)^(٣).

وبعد هذا كله...

يتضح من كلام علمائنا رحمهم الله تعالى - اتفاق أهل المذاهب الإسلامية على عدم صحة الوصية إلا بالإيجاب من الموصي، مع اتفاقهم أيضا على عدم انعقادها بلفظ مخصوص يدل عليها، فلقد رأينا من خلال عباراتهم أن الألفاظ التي وضعت في التعاريف منها ما يكون صريحا، ومنها ما هو كناية تدل القرائن على أنها وصية، وكل ذلك مقبول، لاسيما إذا قرنت بعد الموت وصحة النية لذلك.

أما بالنسبة إلى مسألة القبول، فهل اشترط الفقهاء لفظ وجوده أم لا؟

قبل أن أذكر آراء الفقهاء في هذه المسألة، أود أن أبين أنه لا خلاف بين الفقهاء، ونقل ابن قدامة الإجماع على أنه لا يشترط القبول إذا كان الموصى له غير معين، كالقراء والمساجد، فيكتفى بالإيجاب فقط. ولا خلاف بينهم أيضا أنه لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه^(٤). وهل يتعين القبول باللفظ أم يجزئ ما قام مقامه من الفعل والأخذ، حصل خلاف للفقهاء فيه على قولين:

(١) إعانة الطالبين مع فتح المعين: ٣/٣٥٣.

(٢) الهداية في فقه الحنابلة، لأبي الخطاب: ص ٣٤٤.

(٣) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: ٦/٤٦١.

(٤) ينظر: المغني مع الشرح الكبير: ٦/٤٤١.

القول الأول: قالوا بعدم اشتراط اللفظ في القبول، بل يكفي وجوده كما في الإيجاب، فيقع به وبغيره من التصرفات الدالة عليه، كالأخذ والهبة والبيع. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء^(١).

والذي يظهر عند هؤلاء: لا فرق في حصول القبول باللفظ أو بما يقوم مقامه من أي فعل يدل عليه، دال على الرضا، لكنه لا ينحصر فيه. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١. لأنه تملك مال لمن هو أهل الملك، متعين، فاعتبر قبوله، كالبيع والهبة، قال

الإمام أحمد: (الهبة والوصية واحد)^(٢).

٢. ولأن الموصى له آدمي معين، فيثبت له الملك بكل ما قام مقامه من الفعل الدال

على الرضا، فلم يحتج إلى لفظ بعينه، كقولنا في الهبة والبيع^(٣).

قال ابن قدامة: (أما الأدمي المعين، فيثبت له الملك، فيعتبر قبوله، لكن لا يتعين القبول

باللفظ، بل يجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضا)^(٤). وهو ظاهر إطلاق بقية

الفقهاء للقبول دون تعيين أو تخصيص وسيلة للتعبير عنه، قال أبو النجا الحنبلي أيضا:

(ويحصل القبول باللفظ وبما قام به من الأخذ والفعل الدال على الرضا)^(٥).

القول الثاني: الذي يظهر من عبارات بعض الفقهاء اشتراط اللفظ في القبول، وهو

المراد عندهم كما يستشعر من كلام العلامة الرملي من الشافعية، إذ قال: (قال الزركشي:

وظاهر كلامهم أن المراد بالقبول اللفظي، ويشبه الاكتفاء بالفعل، وهو الأخذ، كالهبة،

والأوجه الأول)^(٦).

وهذه العلامة البكري أيضا في وجه إلى اشتراط اللفظ في القبول، ولا يكفي الفعل،

ولا يقوم مقامه، فقال: (وتصح بالألفاظ المذكورة من الموصي مع قبول موصى له، أي باللفظ،

ولا يكفي الفعل... وقيل يكفي)^(٧).

(١) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٤٢٥، بداية المجتهد: ٢/٣٣٩، والمجموع: ١٦/٤٣٠، والمغني مع الشرح:

٦/٤٤١-٤٤٣، والبحر الزخار: ٦/٤٦٣.

(٢) المغني: ٦/٤٤٠-٤٤١.

(٣) ينظر: المصدر نفسه.

(٤) المغني: ٦/٤٤١.

(٥) الإقناع في الفقه الحنبلي: ٣/٥١ لأبي النجا شرف الدين موسى الحجواي، الطبعة المصرية، الأزهر،

ط ١، ١٣٥١هـ. وينظر: الروض المربع: ٣٣٢ العلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتي، تحقيق بشير

محمد عيون، دار البيان، ط ٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٦/٦٦.

(٧) إعانة الطالبين مع الفتح المعين: ٣/٣٥٦.

الترجيح:

والذي يبدو لي بعد هذا، أن القول الأول الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء، القائل بأن القبول كما يقع باللفظ يقع بكل فعل يدل عليه، دال على الرضا هو الراجح، في هذه المسألة، ولخو قول أصحاب الرأي الثاني القائلين باشتراط اللفظ عن الدليل، وليس هناك من دليل قائم يصلح للتقييد بكل وسيلة من الوسائل التي ذكرناها على قيام التعبير فتعبر، والله تعالى أعلم.

بقي لنا أن نذكر مسألتين متعلقتين بموضوع انعقاد الوصية بالعبارة، وهما:

أ. وقت كل من القبول والرد.

ب. امتناع الموصى له من القبول والرد.

أما بالنسبة للأولى فالذي يتضح من خلال آراء فقهاء المذاهب الإسلامية رحمهم الله تعالى، أن كلا من القبول والرد في الوصية يكونان ويلزمان بعد الموت، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنبلية والزيدية^(١)، وحصل الإجماع على ذلك^(٢).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١. قالوا: إن القبول من الموصى له والرد يعتبر بعد الموت؛ لأن الإيجاب ينزل بعد

الموت، والقبول يشترط عند الإيجاب كما في البيع وغيره، ولأنه لا يجوز أن

يثبت الملك فيه للورث، لأن الله تعالى قال: ﴿لَيْسَ بَعْدَ وَصِيِّي بِيَأْ أَوْ دِينٍ﴾^(٣)،

ولأن الإرث بعد الوصية، ولا يبقى للميت؛ لأنه صار جمادا لا يملك شيئا^(٤).

٢. ولأنه لا يصح قبول ولا رد في حياة الموصى؛ لأن الإيجاب بعد الموت، ولا حق

له قبل الموت، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع^(٥).

هذا فيما يتعلق بالمسألة الأولى.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٤٩/١٠، والمهذب بشرح المجموع: ٣٣٤/١٦، وبدلية للمجهذ: ٣٣٩/٢، والهداية، لأبي الخطاب: ص ٣٤٤، والبحر الزخار: ٤٦٣/٦.

(٢) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع: ١٣٩٥/٣، وشرح بدلية للمجهذ: ٢٠٤٢/٤.

(٣) سورة النساء، الآية ١١.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢٨٤/٣، والمغني: ٤٤١/٦.

(٥) ينظر: المجموع مع المهذب: ٣٣٤/١٦، والشرح الكبير مع المغني: ٤٤٢/٦، والكنز: ٢٤٤/٢، والإقناع: ٥١/٣.

وأما المسألة الثانية: امتناع الموصى له من القبول والرد^(١).

في حالة توقف الموصى له عن الرد أو القبول، أو امتنع، فهل يعد توقفه وامتناعه ردا للوصية؟ أو قبولاً لها؟

والذي يظهر لي بعد الاطلاع على آراء الفقهاء في هذه المسألة، أنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: هي موقوفة -أي الوصية-، فإذا أوصى الموصي لشخص ما، ثم مات، ملكها الموصى إليه عند قبوله، وإذا لم يقبل بعد الموت، فهي موقوفة على قبوله.

وإلى هذا ذهب علماء الحنفية^(٢).

واستدلوا لذلك بما يأتي:

قالوا: لأن الوصية هي ملك الموصى إليه بعد موت الموصي، لكن بوجود القبول، وإذا لم يوجد القبول فهي موقوفة على قبوله؛ لأنها في هذه الحالة ليست في ملك الوارث، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت^(٣).

القول الثاني: إذا لم يقبل، ولم يرد، كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد، فإن امتنع

عن القبول والرد، حكم عليه بالرد، وإليه ذهب الشافعية والزيدية^(٤).

واستدلوا لذلك بما يأتي:

(١) للشافعية تفصيل في مسألة رد الوصية، وذلك على النحو الآتي:

قال النووي: والوصية إذا ردها، فأما أن يردّها في حياة الموصي، أو يردّها بعد موت الموصي، فإن كانت في حياة الموصي لم يصح الرد؛ لأنه لا حق له في حياته، فلم يملك إسقاطه، كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع. أما إذا رد بعد الموت، فله حالتان:

إحداهما: إذا رد بعد الموت وقبل القبول، فالرد صحيح؛ لأنه ثبت له الحق، فملك إسقاطه.

الثانية: أن يرد بعد قبول الوصية، وقبل القبض، وفيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الرد على الأصح؛ لأنه ملكها ملكا تاما، فلم يصح رده، كالوقيفة.

الثانية: وهو المنصوص: أنه يصح الرد؛ لأنه تملك من جهة آدمي من غير بدل، فصح رده قبل القبض.

وهناك حالة ثالثة: وهي أن يقع الرد بعد القبول، وقبل الموصى له، فلا يصح رده، فإن رضى الورثة

فهو ابتداء تملك منه لهم.

ينظر تفصيل ذلك في: المجموع شرح المهذب: ٣٣٥-٣٣٦.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٤٩/١٠.

(٣) ينظر: المصدر نفسه.

(٤) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٣٣٥-٣٣٦، والبحر الزخار: ٤٦٣/٦.

الترجيح:

والذي يبدو لي بعد هذا، أن القول الأول الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء، القائل بأن القبول كما يقع باللفظ يقع بكل فعل يدل عليه، دال على الرضا هو الراجح، في هذه المسألة، ولخو قول أصحاب الرأي الثاني القائلين باشتراط اللفظ عن الدليل، وليس هناك من دليل قائم يصلح للتقييد بكل وسيلة من الوسائل التي ذكرناها على قيام التعبير فتعتبر، والله تعالى أعلم. بقي لنا أن نذكر مسألتين متعلقتين بموضوع انعقاد الوصية بالمعارة، وهما:

أ. وقت كل من القبول والرد.

ب. امتناع الموصى له من القبول والرد.

أما بالنسبة للأولى فالذي يتضح من خلال آراء فقهاء المذاهب الإسلامية رحمهم الله تعالى، أن كلا من القبول والرد في الوصية يكونان ويلزمان بعد الموت، وإلى هذا ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية^(١)، وحصل الإجماع على ذلك^(٢).

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١. قالوا: إن القبول من الموصى له والرد يعتبر بعد الموت؛ لأن الإيجاب ينزل بعد الموت، والقبول يشترط عند الإيجاب كما في البيع وغيره، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك فيه للوارث، لأن الله تعالى قال: ﴿لَمَّا تَدَارَوْا وَبَسَّوْا بِرُؤُوسِهِمْ أَوْ دَبَّتِ﴾^(٣)، ولأن الإرث بعد الوصية، ولا يبقى للميت؛ لأنه صار جمادا لا يملك شيئا^(٤).
٢. ولأنه لا يصح قبول ولا رد في حياة الموصى؛ لأن الإيجاب بعد الموت، ولا حق له قبل الموت، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع^(٥).

هذا فيما يتعلق بالمسألة الأولى.

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٤٩/١٠، والمهذب بشرح المجموع: ٣٣٤/١٦، وبدلية للمجهد: ٣٣٩/٢، والهداية، لأبي الخطاب: ص ٣٤٤، والبحر الزخار: ٤٦٣/٦.

(٢) ينظر: الإقناع في مسائل الإجماع: ١٣٩٥/٣، وشرح بدلية للمجهد: ٢٠٤٢/٤.
(٣) سورة النساء، الآية ١١.

(٤) تحفة الفقهاء: ٢٨٤/٣، والمعنى: ٤٤١/٦.

(٥) ينظر: المجموع مع المهذب: ٣٣٤/١٦، والشرح الكبير مع المعنى: ٤٤٢/٦، والكلبي: ٣٤٤/٢، والإقناع: ٥١/٣.

وأما المسألة الثانية: امتناع الموصى له من القبول والرد^(١).

في حالة توقف الموصى له عن الرد أو القبول، أو امتنع، فهل يعد توقفه وامتناعه ردا للوصية؟ أو قبولاً لها؟

والذي يظهر لي بعد الاطلاع على آراء الفقهاء في هذه المسألة، أنهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: هي موقوفة أي الوصية، فإذا أوصى الموصي لشخص ما، ثم مات، ملكها الموصى إليه عند قبوله، وإذا لم يقبل بعد الموت، فهي موقوفة على قبوله. وإلى هذا ذهب علماء الحنفية^(٢).

واستدلوا لذلك بما يأتي:

قالوا: لأن الوصية هي ملك الموصى إليه بعد موت الموصي، لكن بوجود القبول، وإذا لم يوجد القبول فهي موقوفة على قبوله؛ لأنها في هذه الحالة ليست في ملك الوارث، ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت^(٣).

القول الثاني: إذا لم يقبل، ولم يرد، كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد، فإن امتنع عن القبول والرد، حكم عليه بالرد، وإليه ذهب الشافعية والزيدية^(٤).

واستدلوا لذلك بما يأتي:

(١) للشافعية تفصيل في مسألة رد الوصية، وذلك على النحو الآتي:

قال النووي: والوصية إذا ردها، فيما أن يردها في حياة الموصي، أو يردها بعد موت الموصي، فإن كانت في حياة الموصي لم يصح الرد؛ لأنه لا حق له في حياته، فلم يملك إسقاطه، كالثفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع. أما إذا رد بعد الموت، فله حالتان:

إحدهما: إذا رد بعد الموت وقبل القبول، فالرد صحيح؛ لأنه ثبت له الحق، فملك إسقاطه.

الثانية: أن يرد بعد قبول الوصية، وقبل القبض، وفيه وجهان:

أحدهما: لا يصح الرد على الأصح؛ لأنه ملكها ملكاً تاماً، فلم يصح رده، كالوقوفة.

الثانية: وهو المنصوص: أنه يصح الرد؛ لأنه تملك من جهة آدمي من غير بدل، فصح رده قبل القبض. وهناك حالة ثالثة: وهي أن يقع الرد بعد القبول، وقبل الموصى له، فلا يصح رده، فإن راضى الورثة فهو ابتداء تملك منه لهم.

ينظر تفصيل ذلك في: المجموع شرح المهذب: ٣٣٥/١٦-٣٣٦.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٤٩/١٠.

(٣) ينظر: المصدر نفسه.

(٤) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٣٣٥/١٦-٣٣٦، والبحر الزخار: ٤٦٣/٦.

١. قلنا بمطالبة الورثة للموصى له؛ لأن الملك «أي ملك الموصى» متردد في هذه الحالة بينه وبين الورثة، ولا بد من القبول أو الرد، ليعرف من يستحقها.

٢. الامتناع من القبول والرد هو كمن تحجر أرضاً فامتنع من إحيائها، حكم على المتحجر بتخليه الأرض لمن يحييها إن لم يحييها هو^(١).

القول الثالث: إذا لم يقبل الموصى إليه ولم يرد، بعد موت الموصى حكم عليه بالرد، وبطل حقه من الوصية. وإلى هذا ذهب بعض علماء الجنبلة^(٢).

وبهذا جاء القانون العراقي المادة (١١١) الفصل (٤) ما نصه: (إذا سكت الموصى له بعد موت الوصي، فلم يقبل ولم يرد، يكون الموصى به موقوفاً، وليس للورثة التصرف بالموصى به، وإذا لوحظ حصول الضرر على الورثة من هذا السكوت أجبره القاضي على البيان)^(٣).

الترجيح:

بعد العرض السابق للكوال الثلاثة وأدلتها، فقد رأينا ليس هناك دليل نقلي يمكن الاعتماد عليه في حسم هذه المسألة، إذن فهي اجتهدات لأمتنا -رحمهم الله تعالى-، والذي يبدو لي أن الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، أي: تكون الوصية موقوفة عليه، ولا بد من رد أي: قبول -من قبل الموصى إليه؛ لأن الموصى قد اعتمد عليه أي الموصى- في حياته في تدبير بعض أموره وصداقاته التي يبتغي من وراثتها اجرا وثوابا؛ ولأن ينكر بالخير في الدنيا ونيل الدرجات العالية في العقبى، سيما هو في حالة أشد ما يكون إلى الأعمال الصالحة في قبره، فلا يصار إلى بطلان حقه من الوصية، كما ذهب إلى هذا أصحاب القول الثالث؛ لأن هذا تعد وإضرار بالميت لما ذكرنا.

ولرى أن هذا القبول يكون بدون مطالبة، التي يقول بها أصحاب القول الثاني؛ لأنه ربما يكون في المطالبة نوع إحراج وتضييق، وهذا يناهى سلطته على نفسه، وهي صورة من صور الإلزام، أو ربما يكون هناك ضرر يلحقه وهو يشعر بالمنة في صورة التعجل، لكن لا وقت للقواعد والأعراف، في المقام أن يعطى مهلة كافية ليفكر ويرى الأنسب له وللموصى، كي لا يضيع أو يفوت النفع المادي، ثم بعد ذلك يختار أحد الأمرين: إما القبول، أو الرد. وإذا أبى في هذه الحالة، ولوحظ حصول الضرر على الورثة من هذا السكوت، أجبره القاضي على البيان، والله تعالى أعلم.

(١) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٣٣٥/١٦-٣٣٦، والبحر الزخار: ٤٦٣/٦.

(٢) ينظر: الإقناع: ٥٢/٣، والمغني: ٤٤٨/٦.

(٣) ينظر: الوصلها والمولوث: الأستاذ حسين الأعظمي: ص ٧٣، بدون سنة طبع.

المبحث الثاني:

التعبير الفعلي للكتابة والإشهاد عليها

سيكون الكلام في هذا المبحث عن أول أقسام التعبير الفعلي وهي «الكتابة»، وحكم انعقاد الوصية بها والإشهاد عليها.

فبعد اطلاعي على مصادر المذاهب الإسلامية، وجدت ابتداءً أنه: لا خلاف بين الفقهاء -رحمهم الله تعالى- أن الوصية تتعد بالكتابة كما تتعد بالعبارة^(١). إلا أن جواز الانعقاد هذا ليس على إطلاقه، فقد وضعت له شروطاً وأحكاماً لجعله يقوم مقام العبارة، وسأبين كل ذلك عن طريق عرض الآراء الفقهية الآتية، فأقول:

قسّم بعض علماء الحنفية -القاضي زاده والعلامة علي القاري وغيرهم- الكتابة على أقسام ثلاثة، ولا يوجد هذا التقسيم -فيما أعلم- عند غيرهم، فقالوا: ثم الكتابة منقسمة على ثلاثة أقسام:

الأول: منها مستبين مرسوم، وهو أن يكتب من فلان إلى فلان أن الأمر كذا وكذا من الطلاق والعقاق ونحوهما، فهذا كالنطق. فقوله «مستبين»: احتراز عن غير المستبين، وهو الكتاب على الهواء، كما في القسم الثالث منها، وقوله «مرسوم»: أي مُعنون، أي مصدر بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان^(٢).

الثاني: مستبين غير مرسوم، كالكتابة على الجدار، وأوراق الأشجار، وعلى الكاغد - أي القرطاس-، فهذا ليس له اعتبار إلا بانضمام شيء آخر إليه، كالبينة والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتب لديه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وبهذه الأشياء يتبين أنها ليست كذلك.

(١) ينظر: المبسوط، للسرخسي: ١٤٣/٢٧، الإمام محمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ، حاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠، المدونة: ١٢/٦، للإمام مالك بن أنس، مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ. روضة الطالبين: ١٤٠/٦، والمغني مع الشرح الكبير: ٤٢١/٦-٤٨٩، والهداية لأبي الخطاب: ص ٣٤٥، والبحر الزخار: ٤٦٤/٦، وسبل السلام: ص ٥٩٤، للصنعاني، بيت الأفكار الدولية.

(٢) ينظر: الهداية مع شرحي العناية وتكملة شرح فتح القدير عليها: ٥٢٥/١٠، وفتح باب العناية بشرح النقاية: ٤٤٧/٣.

الثالث: غير مستبين، كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسوم، فلا يثبت به شيء من الأحكام، ولو انضم إليه نية^(١).

أما بالنسبة إلى القسم الأول من الكتابة «أي المستبين المرسوم»، فقد حصل خلاف بين الفقهاء في انعقاد الوصية به على قولين:

القول الأول: أن هذا النوع يعد كالنطق أو كالعبرة في انعقاد الوصية به، إذ صحوا به العقد، وإن كان العاقد قادرا على النطق.

وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية^(٢).

إلا أن الجمهور الذين صححوا العقد به، انقسموا على فريقين: فذهب بعضهم إلى اشتراط الإشهاد على الوصية لجوازها، في حين ذهب بعضهم الآخر إلى عدم اشتراط الإشهاد، كما سنأتي على تفصيل ذلك لاحقا.

وعلى هذا، فالجمهور وبعض الحنفية في هذا النوع من الكتابة قائم مقام اللفظ، سواء أكان العاقد قادرا عليه أم لا، ويستوي في ذلك الغائب والحاضر، قال العلامة الخرخشي: (إن الوصية تكون بلفظ صريح، كأوصيت، وتكون بلفظ غير صريح يفهم منه إرادة الوصية، كالإشارة، وظاهره، ولو من القادر على الكلام)^(٣).

وهذا يدل على اعتبار الكتابة مع القدرة على النطق، واكتفاؤه بذكر الإشارة مع اللفظ في المقام يدل بالأولوية على كفاية الكتابة، لأنها أقوى^(٤).

قال كل من العلامة الرملي والسيد البكري: (والكتابة كناية، فتعقد بها مع النية، ولو من ناطق، إن اعترف نطقا هو أو وارثه بنية الوصية بها)^(٥).

(١) ينظر: الهداية مع شرحي الحنفية وتكملة شرح فتح القدير عليها: ٥٢٥/١٠، وفتح باب العناية بشرح النقاية: ٤٤٧/٣، وحاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠-٤٦١، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٧٣٣/٢ الشيخ العلامة داماد أفندي، عبد الرحمن بن الشيخ محمد سليمان، والملتقى للشيخ إبراهيم الحلبي، دار السعادة.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤٦١/١٠، وحاشية الخرخشي: ١٦٩/٨، والمنقذ: ١٤٦/٦، ١٤٧، في شرح موطأ الإمام مالك، للإمام الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٣٣٢هـ. والإصناف، للمرداوي: ١٩١/٧، وإعانة الطالبين: ٣٥٦/٣، والبحر الزخار: ٨٦/٦، ٤٦٤.

(٣) حاشية الخرخشي: ١٦٩/٨، والمنقذ: ١٤٧/٦.

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٤٢٣/٤، ومواهب الجليل: ١٦٦/٦، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر، ط١، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

(٥) مغني المحتاج بشرح المنهاج: ٦٤/٦، ٦٥، وإعانة الطالبين: ٣٥٦/٣.

ونقل عن الإمام أحمد - رحمه الله - الاعتداد بالكتابة في الوصية، وأنه ساوى بين الكتابة والنطق من حيث ترتيب الأثر، لاسيما إذا ثبتت بخط الموصي، أو أقر الوارث بذلك وإن طالت المدة^(١).

واستدل الجمهور لما ذهبوا إليه بالآتي:

١. ما ورد عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: ((ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبني ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده))^(٢).

وجه الدلالة: استدلال بقوله ﷺ: «مكتوبة عنده»، على جواز الاعتماد على الكتابة والخط، وإن لم يقتزن بشهادة، كما ذهب إليه بعض الفقهاء، وأن ذلك خاص بالوصية لثبوت الخير فيها؛ لأنه لا يدري متى تأتيه منيته، فتحول بينه وبين ما يريد، ولا يخلو الإنسان غالبا من كونه له أو عليه حقوق، فتضيع ورثته، أو يضيع أرباب الحقوق عن حقه الذي عنده، إذا لم تكن بينة^(٣).

٢. ما رواه الإمام مالك رضي الله عنه أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه إذا أراد سفرا كتب وصيته وطواها، وختمها ثم رفعها إلى سالم بن عبد الله بن عمر، وقال: أشهد علي بما فيها، إن حدث لي حدث، فإذا قمت قبضها دون أن يعلموا بما فيها^(٤).

قال ابن المواز: أجازها الإمام مالك، وإن لم يقرأها عليهم إذا عرفوا أنه الكاتب بعينه، أو أن ما فيها عنه^(٥).

٣. قال العلامة الأمير الصنعاني: (والتحقيق أن المعتبر معرفة الخط، فإذا عرف خط الموصي عمل به، ومثله خط الحاكم، وعليه عمل الناس قديما وحديثا)^(٦).

قلت: يريد بذلك ليس بلزوم الإشهاد عليها وسنأتي عليه، يؤيد ذلك قوله: (وقد كان رسول الله ﷺ يبعث الكتب يدعو فيها العباد إلى الله تعالى، وتقوم عليهم الحجة بذلك، ولم يزل

(١) ينظر: المغني مع الشرح: ٤٢١/٦، والإصناف، للمرداوي: ١٩١/٧.

(٢) صحيح البخاري: ٢/٤ برقم (٢٧٣٨) بَابُ الوَصِيَّاتِ وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «وَصِيَّةُ الرَّجُلِ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»، وصحيح مسلم: ١٢٤٩/٣ برقم (١٦٢٧) كتاب الوصية.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٣٤٤/٣، وسبل السلام: ص ٥٩٣.

(٤) المدونة الكبرى: ١٣/٦.

(٥) الكاشف: ٢٣٤/٢، في معرفة من له رواية في الكتب الستة تأليف: حمد بن أحمد أبو عبد الله دمشقي، تحقيق: محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م، وينظر: المنقذ: ١٤٧/٦.

(٦) سبل السلام: ص ٥٩٤.

الناس يكتب بعضهم إلى بعض في المهمات من الدينيات والدينيويات، ويعملون بها، وعليه العمل بالوجادة، كل ذلك من دون إظهار^(١).

٤. إن إنشاء الوصية يصح بالعبارة والكتابة من القادر على النطق، والعاجز عنه؛ لأن الكتابة لا تنقل في الإرادة عن العبارة، بل هي أقوى منها عند الإثبات، ولهذا قالوا فيها: (الكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا)^(٢).

القول الثاني: عدم صحة إنشاء عقد الوصية بالكتابة؛ لأن الأصل فيها هو أن تكون بالعبارة من قبل القادر عليها، ولا سيما فيمن كان حاضرا ليس بغائب. وإليه ذهب بعض الحنفية^(٣).

واستدلوا لذلك بما يأتي:

قالوا بأن الكتابة لا تكون إلا بين الغائبين عن طريق المراسلة؛ لأن المشافهة غير ممكنة، فتقوم مقامها المكاتب، أما بالنسبة للحاضر فالأصل أن ينشأ العقد بالعبارة من قبل القادر عليها؛ لأن العبارة هي الأصل في الإفصاح عن المقاصد وبيان الرغبات^(٤).

قلت: وأما الآن في وقتنا الحاضر، فالمشافهة ممكنة، حتى ولو كان الإنسان غائبا في أقصى الأرض، ممكن الاتصال به عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وبذلك تكون مشافهة عن طريق الاتصال، ومكاتب، وفي حالة عدم القدرة على الاتصال به، لا مانع أن تقوم الكتابة مقامها في إنشاء عقد الوصية، كما ذهب أصحاب القول الأول، ولكن الأصح والمعتمد، كما ذهب إليه أعمدة المذهب الحنفي الاعتداد بالكتابة في الوصية، وهي قائمة مقام العبارة، كما ذهب الجمهور وبقيّة الحنفية، وهي حجة، سواء في الغائب أم الحاضر، وإلى هذا أشار العلامة داماد أفندي الحنفي بقوله: (وهو أي هذا المذكور من الكتابة -يعني القسم الأول- كالنطق في

(١) ينظر: سبل السلام: ص ٥٩٤.

(٢) ينظر: الهداية مع شرحي العناية وفتح القدير عليها: ٥٢٥/١٠.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤٦١/١٠، وفتح باب العناية: ٤٤٧/٣، وشرح العناية للباقر علي الهداية بهامش الفتح: ٥٢٦/١٠، وشرح قانون الوصية: ص ١٢.

(٤) ينظر: المصادر السابقة.

الغائب والحاضر، على ما قالوا، فيلزم حجة^(١). لكنه اشترط في كتاب الوصية الخاص أن يكون مختوما من قبل الموصي، إذ قال: (وفي زماننا الختم شرط لكونه معتادا)^(٢).

وأما القسم الثاني من الكتابة على ما ذهب إليه الحنفية في تسمياتهم للكتابة، فهو: «مستبين غير مرسوم»، كالكتابة على الجدار وأوراق الأشجار وعلى الكاغد... فهذا عندهم هو أيضا بمنزلة الكتابة، لكن ليس بحجة إلا بالبينة، والبيان فقد قالوا فيه: فهذا ليس له اعتبار إلا بانضمام شيء آخر إليه، كالبينة، والنية، والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة ونحوها، وبهذه الأشياء تتعين الجهة، وقبل الإملاء بلا إظهار لا يكون حجة^(٣).

وأما القسم الثالث من الكتابة عندهم وهو «غير المستبين، كالكتابة على الهواء والماء». وهذا عندهم -أي الحنفية- يعد كلاما غير ممنوع، فلا يثبت به شيء من انعقاد الوصية والأحكام الأخرى، وإن كانت هناك نية في كتابته، والحاصل: أن القسم الأول صريح، والثاني كناية، والثالث يعد من قبيل اللغو^(٤).

هذا، ويحسن أن تذكر أن الذين ذهبوا إلى الاعتداد بكتابة الناطق لا يفرقون بين أن يكتبه بنفسه أو يكتبها غيره بإذنه، متمسكين بإطلاق ما ورد عنه ﷺ في حديث عبد الله بن عمر ؓ ((إلا ووصيته عنده مكتوبة))^(٥)، وأما إذا كتبها غيره بدون إذنه فيجري عليها حكم الفضولي، من وجوب إجازته لها بعد قراءتها عليه وإقراره بما ورد فيها.

الترجيح:

بعد العرض السابق للأدلة ومناقشتها في انعقاد الوصية بالكتابة، أرى أن القول الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أعني أصحاب القول الأول، القائمون بالاعتداد بالكتابة في الوصية، وهي قائمة مقام العبارة لا فرق في ذلك، وإن كانت من الناطق؛ لأننا كما ذكرنا بأن الرضا الكامن في النفس يحتاج إلى مبرز ومظهر في الخارج، ليرتبط عليه أثره المقصود منه؛ لأن الإبراز يمكن أن يحصل بأي شكل من الأشكال، وبأية صورة كانت، لا فرق بين قول وفعل، والكتابة منها. هذا من جانب.

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٧٣٣/٢.

(٢) ينظر: المصدر نفسه.

(٣) ينظر: فتح باب العناية: ٤٤٧/٣، وتكملة شرح فتح القدير مع العناية: ٢٢٥/١٠ المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ومجمع الأنهر في ملتقى الأبحر: ٧٣٣/٢، وحاشية ابن عابدين: ٤٦١/١٠، ٤٦١.

(٤) ينظر: المصادر السابقة نفسها.

(٥) الحديث تقدم تخريجه ص ٣٣.

ومن جانب آخر، فإن الكتابة هي كما علمنا من كتابات الألفاظ، وقد بينا سابقاً جواز الوصية بالكتابة إذا كانت هناك قرينة تدل على الوصية، كما قد مر.. والله تعالى أعلم.

فرع: الإشهاد على الوصية المكتوبة

علمنا فيما مضى عند عرضنا لأراء الفقهاء ومذاهبهم، انعقاد الوصية بالكتابة كما في انعقادها باللفظ، إلا أنه قد حصل خلاف بين الفقهاء في اشتراط الإشهاد عليها، على قولين: القول الأول: الإشهاد على الوصية المكتوبة شرط في قبولها وانعقادها، واشترطوا أيضاً قراءتها على الشهود واطلاعهم عليها، فإذا لم يطلع الشهود عليها، ولم يشهدوا لم تتعد الوصية، وتعد باطلة.

وإلى هذا ذهب الحنفية، والمالكية، والشافعية، وإحدى الروايتين عن الحنابلة^(١). إلا أن المالكية، وقول للحنفية أجازوها، وإن لم يطلع الشهود على كتاب الوصية^(٢).

واستدل الجمهور القائلين باشتراط الإشهاد في الوصية بما يأتي:

بقوله تعالى: ﴿شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ بَيْنَ الرَّيْسَةِ أَشَانٌ ذَوًّا عَدْلًا بَيْنَكُمْ﴾^(٣).

فهذا يدل على اعتبار الإشهاد في الوصية، وإذا لم يشهد لا يعتد بها، ولهذا نقل بعضهم قول جمهور العلماء في اشتراط الإشهاد على ما يكتب^(٤).

وقال ابن عابدين: (إن الكتابة كناية، وقد تكون للتجربة ونحوها، فلا بد من الإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه، وبهذه الأشباه تتعين الجهة)^(٥).

هذا، وقد نص الحنفية على اطلاع الشهود على مضمون الوصية، فقال ابن نجيم: (رجل كتب صك وصية، وقال للشهود: اشهدوا بما فيه، ولم يقرأ وصيته عليهم، قال علماؤنا:

(١) ينظر: فتح باب العنابة: ٤٤٧/٣، مجمع الأنهر: ٧٣٣/٢، والمدونة: ١٣/٦، وحاشية إعاة الطالبين: ٣٥٦/٣، والهداية، لأبي الخطاب: ص ٣٤٥، والشرح الكبير مع المغني: ٤٢٠/٦-٤٨٨.

(٢) ينظر: المدونة: ١٣/٦، والأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، لابن نجيم: ص ٣٥٠، لابن نجيم الحنفي، زين العابدين بن إبراهيم، على مذهب أبي حنيفة للنعمان، تحقيق عادل سعد، المكتبة التوفيقية، مصر.

(٣) سورة المائدة، الآية ١٠٦.

(٤) سبل السلام: ص ٥٩٤، وتوير الحوالمك في شرح موطأ الإمام مالك، للإمام السيوطي: ١٣٠/٢، وحاشية الدسوقي، ٤٤٩/٤، على الشرح الكبير، للإمام شمس الدين محمد بن عرفة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٧٣هـ.

(٥) حاشية ابن عابدين على الدر المختار: ٤٦١/١٠.

لا يجوز للشهود أن يشهدوا بما فيه، وقال بعضهم: يسعهم أن يشهدوا، والصحيح أنه لا يسعهم^(١). قال ابن عابدين: لأن الشهادة لا تكون إلا عن علم^(٢).

ثم قال: وإنما يصح أن يشهدوا في أحد حالات ثلاث:

الأولى: إما أن يقرأ الكتاب عليهم.

الثانية: أو كتب الكتاب غيره، وقرئ عليه بين يدي الشهود، ويقول لهم: اشهدوا على ما فيه.

الثالثة: أن يكتب هو بين يدي الشاهد، والشاهد يعلم بما فيه، ويقول: هو اشهدوا علي بما فيه، وتامه فيها^(٣).

وقال العلامة الزرقاني: (إذا وجدت وصية بخط الميت، من غير إشهاد وعلم أنها خطه بشهادة عدلين، لا يثبت شيء منها، لأنه قد يكتب ولا يعزم)^(٤).

وأما دليل المالكية على عدم اشتراط قراءة الشهود لكتاب الوصية: أن الموصي قد يريد التسرّع عنهم بما فيها، وقد يطول عقد الوصية، فيشق على كل شاهد أن يقرأه مع غناه عن ذلك؛ لأنه إنما يشهد على الموصي بما أشهده، فإن كان مما يجوز إنفاذه، وإن كان مما لا يجوز إنفاذه، رد، فلا شيء في ذلك على الشاهد^(٥).

وقال العلامة الرملي: (ولا يسوغ للشاهد التحمل حتى يقرأ عليه الكتاب، أو يقول: أنا عالم بما فيه، وقد أوصيت به)^(٦).

ودليل رواية الحنابلة الأولى:

قال الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله: (إن الرجل إذا كتب وصيته، وختم عليها، وقال للشهود: اشهدوا علي بما في هذا الكتاب، لا يجوز حتى يسمعوا منه ما فيه، أو يقرأ عليه، فيقرأ بما فيه)^(٧).

(١) الأشباه والنظائر: ص ٣٥٠.

(٢) حاشية ابن عابدين: ٤٦١/١٠.

(٣) الأشباه والنظائر: ص ٣٥٠.

(٤) شرح الزرقاني على الموطأ: ٥٩/٤.

(٥) ينظر: المنقذ: ١٤٧/٦.

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: ٦٥/٦.

(٧) المغني لابن قدامة: ٤٨٩/٦.

القول الثاني: عدم اشتراط الإشهاد في الوصية المكتوبة، فإذا وجدت الوصية بخطه - أي الموصي - وعلم أنه خطه، عمل بها، وإن لم يشهد عليها، وبه قال الحنابلة في الرواية الثانية، وإليه ذهب الزيدية^(١).

واستدلوا بما يأتي:

١. بما ورد عن سيدنا عبد الله بن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: ((ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلا ووصيته مكتوبة عنده))^(٢).
والحديث تقدم في أول الباب.

وجه الدلالة: فقوله ﷺ: «مكتوبة عنده» يدل على جواز الاعتماد على الكتابة والخط، وإن لم يقترن بشهادة، وأن الوصية يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث^(٣).

وأجيب: عدم ذكر الشهادة في الحديث لا يدل على أنه لا يشترط الإشهاد، لاسيما إذا علمنا استدلال الجمهور باشتراط الإشهاد في قوله تعالى ﴿شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ﴾^(٤)، الدال على اعتبار الإشهاد في الوصية، وهو الأقوى.

٢. وقالوا أيضا: كان رسول الله ﷺ يبعث بالكتب إلى الأمصار الإسلامية، وإلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه، ثم ما عملت به الخلفاء الراشدون المهديون بعده من كتبهم إلى ولايتهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال، يبعثون بها مختومة لا يعلم حاملها ما فيها وأمضوها على وجوهها، وذكر استخلاف سليمان بن عبد الملك عمر بن عبد العزيز بكتاب كتبه وختم عليه، ولا نعلم أحدا أنكر ذلك مع شهرته وانتشاره في علماء العصر، فكان إجماعا^(٥).

(١) ينظر: المغني مع الشرح الكبير: ٤٤٨/٦، والهداية لأبي الخطاب: ص ٣٤٥.

(٢) الحديث تقدم تخريجه ص ٣٣.

(٣) سبل السلام: ص ٥٩٤، والمغني: ٤٨٩/٦.

(٤) سورة المائدة، الآية ١٠٦.

(٥) ينظر: المغني مع الشرح الكبير: ٤٨٩/٦، وسبل السلام: ص ٥٩٤.

الترجيح:

بعد العرض السابق لأدلة القولين أرى أن الأرجح فيها ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الذين قالوا باشتراط الإشهاد على الكتابة في الوصية، وذلك لأمرين:

١- لكونه المتيقن من بناء العقلاء.

٢- ولأنه في زماننا قد ضاعت وخربت كثير من الذمم بسبب الطمع اللامحدود، وعدم الامتثال للشرع، والإيفاء بكثير من الالتزامات، والإشهاد إثبات حق للموصي له أراد من ورائه الموصي خيري الدنيا والآخرة.

ولهذا كله أرى أيضا الأخذ بقول من قال من الفقهاء باطلاع الشهود على مضمون الوصية؛ لأن الوصية مشروطة بالعلم. والله تعالى أعلم.

انعقاد الوصية بالإشارة

هذا هو القسم الثاني من قسمي التعبير النقلي، ألا وهي إشارة الأخرس، وقيامها مقام التعبير اللفظي، فقد علمنا مما سبق أن الفقهاء عندما اشترطوا اللفظ في إحداث العقد، وذلك لأثره المترتب عليه في الخارج، وإنما اشترطوه في صورة العقد عليه، أما العجز عنه فلا شك ينتقل إلى وسائل أخرى، كالكتابة والإشارة، وبما أن البحث هنا في موضوع الإشارة، فسيكون الكلام في المواضع الآتية:

الأول: إشارة غير الأخرس «الناطق».

الثاني: إشارة الأخرس، وله حالتان:

الأولى: كونه غير قادر على الكتابة.

الثانية: كونه قادرا على الكتابة.

الثالث: إشارة معتقل اللسان.

وسأتناول كل واحدة من هذه المفردات بالتفصيل، وكالاتي:

أولا: إشارة غير الأخرس، أو الناطق:

نقل ابن القطن إجماع العلماء على عدم جواز وصية الإنسان المغلوب على عقله^(١)، وأما الإنسان العاقل الذي له القدرة على الكلام فهل تصح انعقاد وصيته بالإشارة أو لا؟ حصل خلاف بين العلماء على قولين:

القول الأول: إن إشارة الناطق في انعقاد الوصية باطلة، لا تصح منه، ولا يعتد بها، وليس لها اثر في ثبوت الأحكام.

وإليه ذهب أكثر الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية^(٢)، ونقل ابن قدامة الإجماع في أن إشارة القادر على النطق لا تصح، فقال: (ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصية ولا إقرار، ففارق الأخرس؛ لأنه ميؤوس من نطقه)^(٣).

(١) الإقناع في مسائل الإجماع، ابن القطن: ١٣٨٦/٣.

(٢) ينظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٢٩٩، ونهاية المحتاج: ٦/٦٤، والأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٣٩٢، في قواعد وفروع الشافعية، للإمام أبي الفضل جلال الدين السيوطي، دار الفكر، ط ٣. والمغني: ٦/٤٢٠، والبحر الزخار: ٦/٤٦٤.

(٣) ينظر: المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة: ٦/٤٢١، ٥٢٩.

قلت: وما نقله ابن قدامة -رحمه الله تعالى- الإجماع على عدم صحة إشارة الناطق فيه نظر، فهناك من الفقهاء من اعتبر الإشارة من الناطق، لاسيما أصحاب المذهب الثاني، كما سنأتي عليه، إلا إذا قصد بالإجماع ما ذهب إليه أكثر الفقهاء، فهو كذلك.

واستدل الجمهور على عدم صحة انعقاد الوصية بالإشارة من الناطق،

فقالوا: بأن الأصل في إنشائها العبارة، أو ما يقوم مقامها من الكتابة -كما مر علينا-، وأما الإشارة مع القدرة على اللفظ فعبث لا تصح إلا في حالات، كما ذكرها ابن نجيم، فقال: (الإشارة من الناطق باطلة في وصية وغيرها، إلا في الإفتاء والإقرار بالنسب والإسلام والكفر)^(١).

وإلى هذا ذهب الإمام السيوطي أيضا، فبين حالات تصح بالإشارة من الناطق، فقال: وأما القادر على النطق فإشارته لغو، إلا في صور:

الأولى: إشارة الشيخ في رواية الحديث، كنطقه، وكذا المفتي.

الثانية: أمان الكفار، ينعقد بالإشارة تغليبا لحقن الدماء.

الثالثة: إذا سلم عليه في الصلاة يرد بالإشارة.

الرابعة: قال أنت طالق، وأشار بأصبعين أو ثلاث وقصد، وقع ما أشار به^(٢). وحيث طلبت الإشارة من الناطق وغيره لم يقدّم مقامها شيء، كالإشارة بالمسبحة في التشهد، والإشارة إلى الحجر الأسود، والركن اليماني عند العجز عن الاستلام^(٣).

القول الثاني: إن الإشارة في انعقاد الوصية صحيحة يعتد بها حتى من القادر على النطق، إذا كانت صريحة دالة على المراد. وإليه ذهب المالكية^(٤).

وقد مرت علينا بعض عباراتهم الدالة على ذلك في معرض كلامنا على انعقاد الوصية بالكتابة. قال العلامة الخرشي على مختصر سيدي خليل، وهو يتكلم على أركان الوصية ما نصه: (هذا الركن الثالث، وهو الصيغة، والمعنى أن الوصية تكون بلفظ صريح، كأوصيت، وتكون بلفظ غير صريح يفهم من إرادة الوصية، كالإشارة وظاهره، ولو من القادر، خلافا لابن شعبان)^(٥).

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي: ص ٢٩٩.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٣٩٢.

(٣) ينظر: المصدر نفسه.

(٤) حاشية الخرشي: ٨/١٦٩، ومواهب الجليل: ٦/٣٦٦.

(٥) حاشية الخرشي: ٨/١٦٩.

وقال العلامة الدردير في شرحه: (وذكر الركن الثالث بقوله: بلفظ يدل أو إشارة مفهومة ولو من القادر على النطق)^(١).

فعند ذكرهم الإشارة مع اللفظ في جواز انعقاد الوصية من القادر على النطق يدل على اعتبارها وصحة إنشاء عقد الوصية بها طالما هي مفهومة دالة على المراد، فتقوم مقام العبارة، ولها الأثر في ثبوت الأحكام المترتبة عليها، كالعبارة والكتابة، هذا أولاً.
ثانياً: ولأن الإشارة أداة من أدوات التعبير^(٢).

وبهذا يسوي المالكية بين العبارة والإشارة في انعقاد الوصية؛ لأنهم يتوسعون في باب التبرعات والوصية واحدة منها^(٣).

الترجيح:

والذي يبدو لي بعد عرض القولين السابقين في مسألة انعقاد الوصية بالإشارة من الناطق، أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم انعقاد الوصية بالإشارة لمن له القدرة على الكلام هو الراجح في مسألتنا هذه؛ وذلك لأن الأصل في إنشاء الوصية هو العبارة، أو ما يقوم مقامها، وهي الكتابة التي عدّها بعض الفقهاء أقوى من العبارة في الإثبات، وأدل على المقصود، ولورود النصوص الشرعية فيها.

واشترط اللفظ في صحة العقود دون غيره إما بشرط في صورة القدرة عليه، فإذا انتفت القدرة ينتقل إلى البدل، والقول بجواز انعقاد الوصية بالإشارة مع القدرة على اللفظ والكتابة، لا مبرر ولا مسوغ له، والله تعالى أعلم.

ثانياً: إشارة الأخرس:

الحالة الأولى: غير القادر على الكتابة:

وأما انعقاد الوصية بالإشارة من قبل الأخرس الذي لا يعرف الكتابة، فقد أجمع جمهور الفقهاء -رحمهم الله تعالى- على صحتها وقبامها مقام التعبير اللفظي في الوصية وثبوت الأحكام بها، شريطة أن يفهم منها أنه يريد الوصية لزيد أو لعمر.

وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والإمامية^(١).

ثم بين لنا بعض الفقهاء العلامات التي نستطيع من خلالها التعرف على إشارة الأخرس، قال القاضي زاده: والذي يأتي من الأخرس ومعتقل اللسان على نوعين:
الأول: ما يكون ذلك منه دلالة لإنكار، مثل: أن يحرك رأسه عرضاً.
الثاني: ما يكون منه دلالة لإقرار، بأن يحرك رأسه طولاً، إذا كان ذلك معهوداً منه في «نعم»^(٢).

لكن لا تنحصر إشارة الأخرس في حركة الرأس فقط في الإقرار أو الإنكار أو غيرها، وإنما يمكن أن تكون بغيرها من الإشارات الأخرى في حركاته، لاسيما إذا كان يعرف ذلك منه، أو من هو قريب عليه من الأهل وغيرهم أن يبينها إذا استلزم الأمر للاطلاع على مراده.

قال ابن عابدين: (وإيماء الأخرس، أي إشارته بحاجب، أو يد أو غير ذلك، إذا عرف القاضي إشارته، وإلا ينبغي أن يستخبر ممن يعرفها من إخوانه، وأصدقائه وجيرانه... وينبغي أن يكون عدلاً مقبول القول، لأن الفاسق لا قول له)^(٣).

ثم إن إيماء الأخرس أو إشارته هي كالتبيان باللسان، معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل تصرفاته، كما يرى هذا أئمة المذاهب الإسلامية، وإليك بعض هذه النصوص:

قال الإمام محمد بن الحسن الشيباني -رحمه الله-: (أخرس يكتب كتاباً، أو يومي برأسه إيماء يعرف، فإنه يجوز نكاحه، وطلاقه، وبعثه، وشرائه، ويقتص منه، ولا يحد له)^(٤).

قال ابن نجيم في أحكام الإشارة: (الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء، من بيع، وإجارة، وهبة، ورهن، ونكاح، وطلاق، وعتاق، وإبراء، وإقرار، وقصاص)^(٥).

(١) ينظر: الجامع الصغير: ص ٥٣٣، الإمام محمد بن الحسن الشيباني، عالم الكتب، ط ١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، والمبسوط للسرخسي: ١٤٤/٢٧ وما بعدها، مواهب الجليل: ٣٦٦/٦، وحاشية الخرخشي: ١٦٥/٨، وروضة الطالبين: ٩٨/٦، ونهاية المحتاج: ٦٤/٦، والمغني مع الشرح: ٤٢٠/٦، والروض المربع: ص ٢٣١، والبحر الزخار: ٤٦٤/٦، وفقه الإمام جعفر الصادق: ٢٥٤/٦، وأحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٢٣، وشرح قانون الوصية: ص ٥.

(٢) تكملة شرح فتح القدير: ٥٢٤/١٠.

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠.

(٤) الجامع الصغير، للشيباني: ص ٥٣٣.

(٥) الأنبياء والنظائر، لابن نجيم: ص ٣٥١.

(١) الشرح الكبير للدردير مع حاشية للسوفلي عليه: ٤٢٣/٤.

(٢) مواهب الجليل: ٣٦٦/٦.

(٣) ينظر: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٢٣.

(٤) ينظر: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٢٣.

(٥) ينظر: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٢٣.

وقال المرغيناني بعد أن ذكر إيماء الأخرس وأنه يجوز به نكاحه، وطلاقه، وعناقه... الخ: (وأما الإشارة فجعلت حجة في حق الأخرس، في حق هذه الأحكام للحاجة إلى ذلك؛ لأنها من حقوق العباد، ولا تختص بلفظ دون لفظ، وقد تثبت بدون لفظ، والقصاص حق العبد أيضاً، ولا حاجة إلى الحدود؛ لأنها حق الله تعالى، ولأنها تدرأ بالشبهات)^(١).

يريد بذلك أن الأخرس لا يحد ولا يحد له، كما أشار إلى هذا الإمام محمد بن الحسن الشيباني رحمه الله تعالى في قوله المتقدم.

واعترض: لم تعتبر إشارة الأخرس في الحدود؛ لأنها حق الله تعالى، لكن اعتبرت إشارته في الطلاق على ما صرح به في وضع المسألة، وهو -أي الطلاق- أيضاً من حقوق الله تعالى؛ لأن فيه تحريم الفرج، وهو حق الله تعالى، لهذا لم تشترط الدعوى في الشهادة عليه بالاتفاق.

وأجيب: ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة، بل فيه حق العبد أيضاً لتعلق حق الزوجين به، فجاز أن يكون مدار القول أنها من حقوق العباد على ذلك.

وتعقب: مجرد تحقق حق العبد في شيء لا يكفي في كون إشارة الأخرس حجة فيه، ألا يرى أن إشارته لا تكون حجة في حق مد القذف مع أن فيه حق العبد، وهو دفع العار عن المقدوف، كما أن فيه حق الله تعالى، بل لابد في كون إشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط، أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص، لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ما عرف في موضعه، وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع^(٢).

ومن نصوص الفقهاء الأخرى الدالة على اعتبار إشارة الأخرس وإيماءه، وأن لها حكم العبارة في كل تصرفاته، ما ذهب إليه أئمة الزيدية، قال الإمام أحمد بن المرتضى الزيدي: (وتصح -أي الوصية- بإشارة الأخرس إجماعاً، كعموده)^(٣).

وهنا لابد من الإشارة إلى أن الناظر في عبارات الفقهاء الذين تكلموا حول إشارة الأخرس يجد أنهم يشترطون في الإشارة أن تكون معلومة ومعروفة ومعهودة من قبل الأخرس، ومفهومة، ودالة على مراده، وإلا لا تقبل منه، وبالتالي تبطل المعاملة التي أراد أن يوقعها في عموده وتصرفاته.

(١) الهداية بهامش الفتح: ٥٢٥/١٠، وينظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٧٣٤/٢، والنقابة بشرح فتح العناية: ٤٤٦/٣.

(٢) ينظر: الهداية مع شرحي العناية وفتح القدير عليها: ٥٢٥/١٠.

(٣) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: ٤٦٤/٦.

وإلى هذا أشار بعض الفقهاء، قال ابن قدامة المقدسي: (وتصح وصية الأخرس إذا فهمت إشارته؛ لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما، فإن لم تفهم إشارته فلا حكم لها)^(١).

وقال ابن نجيم: (ولابد في إشارة الأخرس من أن تكون معهودة، وإلا لا تعتبر)^(٢)، وقال العلامة الخرشي: (يتحقق ركن الوصية من الأخرس بإشارته المفهومة)^(٣).

والذي يظهر لنا أيضاً أنه لا فرق عند الفقهاء -رحمهم الله تعالى- بين أن تكون إشارة الأخرس مفهومة للمراد بنفسها، أو بالقرائن الدالة على فهمها، وتستخبر غيره كما أشار إلى هذا ابن عابدين في قوله المتقدم.

وإلى هذا ذهب بعض الحنفية إلى وجوب اقتران الإشارة من الأخرس بتصويته ل يتم نفي ما قد يكون فيها من جهالة، كما أشار إلى هذا المعنى العلامة قاضي زاده من الطلاق، بقوله: (ولا يخفى أن المراد بالإشارة التي يقع بها طلاقه الإشارة المقرونة بتصويت منه؛ لأن العادة منه ذلك، فكانت بيانا لما أجمله الأخرس)^(٤).

وذهب بعض أئمة الشافعية إلى أن إشارة الأخرس منقسمة على إشارة صريحة مغنية عن النية، وهي التي يفهم المقصود منها كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية، وهي التي يختص بفهم المقصود بها ذو الفطنة والذكاء^(٥).

واستدل الجمهور بأدلة نقلية وعقلية على اعتبار الإشارة من الأخرس والاعتداد بها، نذكر منها:

١. ما ورد عن سيدنا أنس ؓ: (أن يهودياً رضى رأس جارية بين حجرين، فقيل لها من فعل بك؟ أفلان أو فلان؟ حتى سمي اليهودي، فأومات برأسها، فجيء به، فلم يزل به حتى اعترف، فأمر النبي ﷺ فرض رأسه بالحجارة)^(٦).
- وجه الدلالة: أن النبي ﷺ اعتبر الإشارة منها، وجعلها كدعواها وعلق الحكم بها^(٧).

(١) المغني لابن قدامة: ٥٢٩/٦.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم: ص ٣٥١.

(٣) حاشية الخرشي: ٤١١/٥.

(٤) ينظر: الهداية مع تكملة شرح فتح القدير: ٤٩٢/٣.

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر، للسيوطي: ص ٣٩١.

(٦) صحيح البخاري بشرح فتح الباري: ٢٣/٦ برقم (٢٧٤٦) باب إذا أوما المريض برأسه، دار الفكر، ط ١، ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.

(٧) ينظر: البحر الزخار: ٤٦٤/٦.

٢. أن النبي ﷺ كما أدى ما وجب عليه بالعبارة، وكما أدى ما عليه بالكتابة ككتبه إلى ملوك الدول لهرقل وغيره، أدى ما عليه بالإشارة أيضا، فقال ﷺ: ((الشهر هكذا، وهكذا، وهكذا))^(١).

٣. حصل الاتفاق على صحة الكتابة في الوصية بالنسبة للغائب، والمجوز في حق الغائب العجز، وهو -أي العجز- في حق الأخرس أظهر وألزم منه في حق الغائب؛ لأن الظاهر في حال الغائب الحضور والظاهر من حال الأخرس عدم زوال خرسه، فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الأحكام مع رجاء الحضور، فلأن يقبل في حق الأخرس مع اليأس عن زوال الخرس لولي^(٢).

٤. ولأن العلم بالكتابة -أي في انعقاد الوصية- إنما يحصل بآثار الأقدام، وهي منفصلة عن آثار المتكلم، وأما العلم بالإشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم، وهو إشارته بيده أو برأسه، والمتصل بالمتكلم أقرب إليه من المنفصل عنه، فكان أولى بالاعتبار^(٣).

ب. الحالة الثاقبة: القادر على الكتابة:

أما إذا كان الأخرس قادرا على الكتابة فهل يعد بها كالإشارة منه؟ فيتساويان أم تقدم إحداهما على الأخرى؟ حصل خلاف بين الفقهاء في هذه المسألة، فكان للحنفية ومن وافقهم في إنشاء الوصية قولان:

القول الأول: لا يصح إنشاء عقد الوصية بالإشارة من قبل الأخرس، إذا كان قادرا على الكتابة، وهي رواية الأصل عند الحنفية^(٤)، وبه قال بعض الشافعية، وبعض الإمامية، إلا

إلا أنهم -أي الشافعية- اشترطوا عدم إمكان الإشارة المفهمة والقدرة عليها شرطا في قبول الكتابة منه^(١)، واستدلوا لذلك بالآتي:

١. لأن الكتابة أولى من الإشارة على الإرادة، ووجودها -أي الإشارة- مع الكتابة فليست بشيء.

٢. وقالوا في طلاقه: إذا كان يحسن الكتابة، لا يقع طلاقه بالإشارة، لاندفاع الضرورة بما هو أدل على المراد من الإشارة^(٢).

قال الشيخ سليمان الجمل: (وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التي لا تختص بفهمها الفطن، وكذا بكتابه على ما في المجموع، وهو محمول على ما إذا لم تكن له إشارة مفهمة)^(٣).

هذا، واعترض بعضهم: بأن الأخرس الخلقي لا يعرف الكتابة، ولا يمكن تعرفه إياها، لأنها بإزاء الألفاظ المركبة من الحروف، وهو لا ينطق ولا يسمع النطق.

وأجيب: يمكن ذلك بتعريفه أن المعنى الفلاني يدل عليه بهذه الحروف المنقوشة على هذه الصورة^(٤).

القول الثاني: أن كلا من إشارة الأخرس وكتابه كافية ومعبرة في إنشاء عقد الوصية، وهي رواية الجامع الصغير عند الحنفية، فالإشارة معتبرة، وإن كان قادرا على الكتابة. وإليه ذهب المالكية، وبعض الشافعية وبعض الإمامية^(٥).

وبالتالي، بناء على هذه الرواية عند السادة الحنفية ومن وافقهم، يصحون إنشاء عقد الوصية بالإشارة، حتى ممن يقدر على الكتابة، وهذا يدل على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس في ترتيب الأثر المقصود إحداثه، وعليه الفتوى، وهو المعتمد، كما أشار إلى هذا أشياخ المذهب الحنفي، كالمرغيناني، وابن عابدين، وابن نجيم، والقاضي زاده وغيرهم.

(١) ينظر: المبسوط: ٢٧/١٤٤، الهداية مع تكملة فتح القدير: ١٠/٥٢٦، ٣/٥٢٧، وينظر: المجموع:

١٩/٨٢، ٨٣، حاشية الجمل على شرح المنهج: ٤/١٣٣، للشيخ سليمان الجمل، مطبعة مصطفى محمد،

مصر، فقه الإمام جعفر الصادق: ٦/٢٥٤، وينظر: أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: ص ٢٤.

(٢) ينظر: المصادر السابقة، الهداية مع فتح القدير: ٣/٤٩٢.

(٣) للمجموع: ١٩/٨٣، حاشية الجمل: ٤/١٣٣.

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين: ١٠/٤٦٠.

(٥) ينظر: الجامع الصغير: ص ٥٣٣، والفتاوى الهندية: ٦/٩٤، وحاشية ابن عابدين: ١٠/٤٦٠، ومواهب

الجليل: ٦/٣٦٦، وحاشية الخرشى: ٥/٤١١، والمجموع: ١٩/٨٣.

(١) صحيح مسلم: ٢/٥٧٩ برقم (١٠٨٠)، كتاب الصوم، باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال.

(٢) ينظر: فتح باب العتابة بشرح النقلية: ٣/٤٤٦.

(٣) ينظر: الهداية مع شرحي العتابة وتكملة فتح القدير عليها: ١٠/٥٢٥.

(٤) ينظر: الهداية مع شرحي العتابة وتكملة فتح القدير عليها: ١٠/٥٢٧.

(٥) «الأصل» و«الجامع الصغير» من كتب الإمام المجتهد الرباني محمد بن الحسن الشيباني الستة التي فيها فيها مسائل الأصول، وهي مسائل ظاهر الرواية، ينظر: مقدمة للنفع الكبير شرح الجامع الصغير:

ص ١٧، للكنوي، عالم للكتب، ط ١، ١٩٨٦ م.

قال العلامة ابن عابدين في شرح الدر: (وإيماء الأخرس وكتابته كالبيان باللسان، وإطلاقه يفيد اعتبار الإيماء مع قدرته على الكتابة، وهو المعتمد؛ لأن كلا منهما حجة ضرورية)^(١).

وقال ابن نجيم: (كتابة الأخرس كإشارته، واختلفوا في أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولا، والمعتمد لا)^(٢).

وقال العلامة الخرشي: (يتحقق ركن الوصية من الأخرس بإشارته المفهمة، ولو كانت ممن يقدر على الكتابة)^(٣).

واستدلوا لذلك بما يأتي:

١. قالوا في طلاقه: وطلاق الأخرس واقع بالإشارة؛ لأنها صارت مفهومة فكانت كالعبارة في الدلالة استحسانا، فيصح بها نكاحه، وطلاقه، وبعقه، وشرأوه، سواء قدر على الكتابة أو لا، وهذا استعسان بالضرورة، فإنه لو لم يعتبر منه ذلك أدى إلى موته جوعا وعطشا وعريا، ثم رأينا أن الشرع اعتبرها منه في العبادات، ألا ترى أنه إذا حرك لسانه بالقراءة والتكبير كان صحيحا معتبرا، فكذا في المعاملات وغيرها^(٤).

٢. إن صحة العقد بالإشارة معتبر مع القدرة على الكتابة، ما أشار إليه شيخ الإسلام المرغيناني أيضا في معرض حديثه على حجية الكتابة في انعقاد الوصية من الغائب، فقال: (ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة، وإن كان قادرا على الكتابة، بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا -رحمهم الله تعالى- أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة)، ثم قال: (لأنه حجة ضرورية، لأنه جمع هاهنا بينهما، فقال: أشار أو كتب - كما في رواية الجامع الصغير وسنأتي عليها- وإنما استويا؛ لأن كل واحد منهما حجة ضرورية، وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة، وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتاب، لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقدام فاستويا)^(٥).

(١) رد المحتار على الدر المختار: ٤٦٠/١٠.

(٢) الأشباه والنظائر: ص ٣٥١.

(٣) حاشية الخرشي: ٤١١/٥.

(٤) ينظر: شرح فتح القدير على الهداية لابن الهمام: ٤٩٢/٣، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم المسكندي المعروف بابن الهمام الحنفي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

(٥) ينظر: الهداية بشرح تكملة فتح القدير: ٥٢٦-٥٢٧/١٠.

قلت: إن الناظر في كلام العلامة المرغيناني -رحمه الله تعالى- يجد في ظاهر الأمر عدم اعتبار الرواية الأولى للإمام محمد بن الحسن الشيباني، التي أوردناها في القول الأول، وهي رواية الأصل، التي تقول بعدم صحة إنشاء الوصية بالإشارة مع القدرة على الكتابة، هذا من جهة.

من جهة أخرى، يرى القارئ أيضا أن صاحب الهداية قد نسب الوهم لمن قال بهذه الرواية، لاسيما في قوله: (بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم الله تعالى أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة)، وهذا مشكل كما يبدو، فالرواية ثابتة عن إمام المذهب كما دللنا عليها، وبالفعل هذا ما استشكله بعض العلماء، إذ راح يستدرك على المصنف قوله هذا، كما سنأتي عليه.

وهو ليس كذلك، فالأمر لا كما يتصوره بعضهم بأنه أخطأ، فما يراه بعضهم مشكلا وجانب الصواب من وجهة نظره، قد يكون ليس فيه إشكال لدى بعضهم الآخر، فالإنسان مهما بلغ من العلم يفوته أحيانا الشيء الكثير، لاسيما أن النفس الإنسانية هي محطة الوهم والخطأ والنسيان والغفلة.

ولعل هذا الذي تظن له العلامة قاضي زاده -رحمه الله تعالى-، وحل الإشكال الذي حصل لدينا في الفهم الظاهر لنص المصنف، صاحب الهداية رحمه الله تعالى، وقبل أن أورد كلام المعترض على المرغيناني والإجابة عليه، وإتماما للفائدة، أود أن أذكر رواية الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني كاملة من كتابه الجامع الصغير، إذ قال -ترحت عنوان: مسائل متفرقة ليس لها أبواب- ما نصه: (أخرس يكتب كتابا أو يومئ برأسه إيماء يعرف، فإنه يجوز نكاحه، وطلاقه، وبعقه، وشرأوه، ويقتص منه وله، ولا يحد له)^(١).

ثم نرجع إلى كلام المرغيناني إذ قال: (ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة، وإن كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه... إلى قوله: لأنه جمع هاهنا بينهما، فقال: أشار أو كتب)^(٢).

واعترض عليه: قال صاحب الغاية: ولنا في دعوى الجمع بينهما نظراً؛ لأنه قال في الجامع الصغير: (وإذا كان الأخرس يكتب أو يومئ)، وكلمة «أو» لأحد الشيين لا الجمع، على إنا نقول: قال في الأصل: (وإن كان الأخرس لا يكتب، وكانت له إشارة تعرف في

(١) الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني: ص ٥٢٣-٥٢٤.

(٢) ينظر: الهداية بشرح تكملة الفتح: ٥٢٦-٥٢٧/١٠.

نكاحه وطلاقه وشرائه، وبيعه، فهو جائز)، فيعلم من إشارة رواية الأصل أن الإشارة من الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة؛ لأنه بين حكم إشارة الأخرس بشرط أن يكتب، فافهم إلى هنا لفظه. أ.هـ.

وأجيب: بأن نظره ليس في محله، إذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما، الجمع بينهما في كل مادة من مواد إعلام الأخرس، بل مراده الجمع بينهما في جواز إعلام الأخرس مراده بأي واحد منهما، ولاشك في دلالة كلمة «أو» على هذا المعنى؛ لأنها لأحد الأمرين بلا تعيين، فإذا أتى الأخرس بأي واحد منهما على انفراد يتحقق الإتيان بأحد الأمرين، ويجوز ذلك بحسب الشرع، أي يقبل ويعمل به بموجب قول الإمام محمد في جواب هذه المسألة، فهو جائز.

وأما علاوته التي ذكرها بقوله: على أنا نقول... الخ، فليست بشيء أيضاً؛ لأن مراد المصنف دلالة مسألة الجامع الصغير على استواء الإشارة والكتابة من الأخرس، ومعنى قوله (لأنه جمع هاهنا بينهما)، أنه جمع في الجامع الصغير بينهما، كما صرح به الشارح المنكور، إذ قال في شرح قوله: لأنه جمع هنا بينهما، أي: جمع في الجامع الصغير بين الإشارة والكتابة، ولا ريب أن هذا لا ينافي إشارة مسألة الأصل إلى أن إشارة الأخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة، غاية الأمر أن يكون في المسألة روايتان، ومثل ذلك كثير.

فإن قيل: فعلى هذا كيف يتم قول المصنف (بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة)، فإن ما ذهب إليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيًا على رواية الأصل، فما معنى نسبة التوهم إليهم؟

أجيب: أن مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا، أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة أصلاً، أي في رواية ما، ولك أن تقول: يجوز أن يكون نسبة التوهم إليهم بالنظر إلى الدراية دون الرواية، فلي تأمل^(١).

الترجيح:

والذي يظهر لي بعد هذا كله: أن الراجح من هذين القولين هو ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، الذين قالوا بالمساواة بين الإشارة والكتابة في إنشاء عقد الوصية؛ لأن العبارة كما ذكرنا سابقاً هي الأصل في إنشاء العقود، فإذا لم تكن ممكنة ورخص له في غيرها، قام

(١) ينظر تفصيل ذلك كله في الهدية مع شرحي العناية وتكملة فتح القدير عليها: ٥٢٦/١٠، ٥٢٧، والجامع الصغير للإمام الشيباني: ص ٥٣٣، ٥٣٤، وللقاية مع فتح باب العناية: ٤٤٦/٣.

كل ما يدل على العقد مقامها، والإشارة المفهمة الدالة على مقصوده، والكتابة يقوم مقام العبارة، وبه نأخذ توسعة وتسهيلاً في باب التبرعات، وما الوصية إلا واحدة من هذه التبرعات، كما ذهب إلى هذا بعض الفقهاء.

على أننا نقول: لا يخلو ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من وجاهة؛ لأن الكتابة تعبير بالقلم، فهي كالنطق في قوة الدلالة والإشارة أضعف منها، ولا يعدل عن الأقوى إلى الضعيف من طرق الإقحام ما دام الإقحام بالأقوى ممكناً، والله تعالى أعلم.

الثالث: إشارة معتقل اللسان

يذكر الفقهاء من ضمن تصنيفاتهم للأخرس نوعاً يطلقون عليه «المصمت» أو «معتقل اللسان»، وهو آخر الأقسام الثلاثة التي حصل خلاف بين الفقهاء في صحة انعقاد الوصية بإشارته. فماذا نعني بمعتقل اللسان؟

يقال: اعتقل لسانه، بضم التاء، أي: احتبس وارتيح عليه فلم يقدر على الكلام^(١)، وقال بعض العلماء: هو الذي اعترض له احتباس اللسان حتى لا يقدر على الكلام والبيان^(٢).

والمعنيان للتعريفين لا يبعد أحدهما عن الآخر، إلا أن التعريف الثاني قد ذكر فيه كلمة «اعترض له احتباس» في إشارة إلى الأخرس الذي كان خرسه حادثاً أو عارضاً ولم يكن أصلياً كما سنأتي على قسميه.

والفقهاء رحمهم الله تعالى - يقسمون معتقل اللسان على قسمين:

- الأول: ما كان خرسه أصلياً، أي أخرس بالخلقة، وهو الذي لا يرجى زوال علته^(٣).
الثاني: ما كان خرسه حادثاً أو طارئاً، كأن أصابه فالج فذهب لسانه، أو مرض فلم يقدر على الكلام بضعفه، وقد يقدر عليه^(٤).
ولا خلاف بين الفقهاء رحمهم الله تعالى - كما قد ذكرنا من قبل أن إشارة الأخرس «الأصلي» إذا كانت مفهومة ومعهودة ومعروفة، هي معتبرة وقائمة مقام اللفظ، وعليها يترتب الأكثر في ثبوت الأحكام.

(١) ينظر: طلبية الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: ص ٣٤٣، تأليف الشيخ نجم الدين بن حفص النسفي (ت ٥٣٧هـ)، تحقيق الشيخ خليل الميس، دار القلم، بيروت، ط ١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، حاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠.

(٢) ينظر: فتح باب العناية: ٤٤٧/٣.

(٣) ينظر: مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: ٧٣٢/٢، والمجموع شرح المهذب: ٨٣/١٩.

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤٦١/١٠، والنافع الكبير شرح الجامع الصغير: ص ٥٣٣.

وأما الناطق الذي اعتقل لسانه، فصار خرسه «عارضاً»، ولم يقدر على الكلام، لكن له إشارة معلومة، فهل يعد بإشارته في إنشاء عقد الوصية أولاً؟ حصل خلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: الذي اعتقل لسانه فأشار بإشارة معلومة ومعهودة، وفهمت إشارته صحت وصيته، واعتد بها في جميع تصرفاته. وإليه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، وإحدى الروایتين لكل من الشافعية والحنابلة، وبه قال الزيدية والإمامية^(١).

إلا أن الحنفية والحنابلة في إحدى الروایتين والزيدية، اشترطوا لقبولها وصحتها أن تطول مدة الاعتقال، وفيها روايتان عن الحنفية:

الأولى: أن تمتد عقلة لسانه إلى الموت، والذي قال به الحنابلة في روايتهم.

الثاني: أن تمتد لمدة سنة، وبه قالت الزيدية^(٢).

وبعكس هذا، أي: إذا لم تكن هناك مدة، فلا تصح وصيته بالإشارة، وإن كانت مفهومة دالة على المراد.

والرواية الأولى هي عن الإمام أبي حنيفة، وعليها الفتوى في المذهب، وأما الرواية الثانية: إن استمرت إلى سنة تقبل إشارته، وإلا فلا، كذا ذكره الإمام التمرتاشي، إلا أنها ضعيفة^(٣).

وعلى هذا، إذا طال الاعتقال ضمن المدة المذكورة، يجوز الإشهاد عليه بأنه عجز عن النطق، بمعنى لا يرجى زواله، فكان كالأخرس، ويجري عليه نفس أحكامه.

قال ابن نجيم: (وأما إشارة غير الأخرس، فإن كان معتقل اللسان فيه اختلاف، والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت الموت، يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، ومنهم من قدر الامتداد بسنة، وهو ضعيف)^(٤).

(١) ينظر: الهداية مع شرحي العناية وفتح القدير عليها: ٥٢٤/١٠، وحاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠-٤٦١،

مواهب الجليل: ٣٦٦/٦ وما بعدها، وشرح الخرشى: ١٦٥/٨، والمهذب بشرح المجموع: ٨٠/١٩، وإعانة الطالبين: ٣٥٦/٣، ونهاية المحتاج: ٦٥/٦، والمغني مع لشرح الكبير: ٤٢٠/٦، ٥٢٩، والبحر الزخار: ٤٦٤/٦.

(٢) ينظر: الهداية مع شرحي العناية وفتح القدير عليها: ٥٢٤/١٠، وحاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠-٤٦١، والبحر الزخار: ٤٦٤/٦.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين: ٤٦١/١٠.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم الحنفي: ص ٣٥١.

وفي الدر المختار، وهو يتكلم عن الأصناف الذين لا تصح منهم الوصية، قال: (ولا من معتقل اللسان بالإشارة، إلا إذا امتدت عقلة حتى صارت له إشارة معهودة، فهو كأخرس، وقدر الامتداد سنة، وقيل إن امتدت لموته جاز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه، وكان كأخرس، قالوا: وعليه الفتوى)^(١). فقد ذكر الروایتين كما نرى هنا.

وأما بقية المذاهب الأخرى غير الحنفية والحنابلة والزيدية، فقد ذهبوا إلى الاعتداد بإشارة معتقل اللسان من دون تقييد بشيء من المدة، إلا أن الشافعية طلبوا فيمن كانت علة الخرس حادثة بأن يعرض على أطباء عدول، فإذا حكموا باستحالة برئه جرت عليه أحكام الأخرس. فقالوا في طلاق الزوج ولعانه بالنسبة للأخرس: إذا كان الزوج أخرس بالخلقة، لا يرجى برؤه، فإن أحكامه تعتبر بالإشارة.

وأما إذا كانت علة الخرس حادثة لمرض أصابه، فينظر إذا شهد أو قرر أطباء مشهود بعدلتهم باستحالة برئه، جرى عليه ما تقدم من قبول إشارته، أما إذا شهد الأطباء بحدوث برئه وأن العلة عارضة، لم يجز الأخذ بإشارته، وكان الانتظار لشفاؤه وبرئه^(٢).

ولعل هذا الذي جعل أئمة الحنفية والحنابلة من اعتبار مدة، لأنه ربما يتكلم بعدها، أو في أثنائها بعد زوال عقلة، ويسأل عن مراده من الإشارة. وهذا ما أشار إليه الإمام النووي بقوله: (ولو نطق بعد خرسه، فإنه يسأل عن إشارته، بالقذف واللعان في حال الخرس، فإذا اعترف بالقذف واللعان فيكون جوابه موافقاً لإشارته، أما إذا أنكر بنطقه ما أشار إليه في خرسه، فصار كالناطق إذا لاعن ثم رجع)^(٣).

وقال أبو الخطاب الحنبلي، في وصية من اعتقل لسانه بالإشارة: (ويحتمل أن تصح وصيته بالإشارة، إذا اتصل باعتقال لسانه الموت)^(٤)، وقال ابن قدامة: (وخرجه ابن عقيل وجهاً إذا اتصل باعتقال لسانه الموت)^(٥). ويقال الإمام أحمد بن المرتضى الزبيدي: (وتصح من المصمت بالإشارة، فإن طال إصماته سنة صحت، كالأخرس)^(٦).

(١) حاشية ابن عابدين على الدر: ٣٤٩/١٠.

(٢) ينظر: المجموع شرح المهذب: ٨٣/١٩.

(٣) ينظر: المصدر نفسه.

(٤) الهداية، لأبي الخطاب: ص ٣٤٤.

(٥) المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة: ٥٢٩/٦.

(٦) البحر الزخار: ٤٦٤/٦.

واستدل الجمهور بما ذهبوا إليه بالآتي:

١. ما ورد ((أن رسول الله ﷺ صلى وهو قاعد، فأشار إليهم فقعوا))^(١).

فهذا حال رسول الله ﷺ، لم يقدر على الكلام، فأشار فاعتبرت إشارته بعد أن فهموا، فقعوا.

واعترض: بأن الخبر الذي ورد في إشارة النبي ﷺ لا يلزم ولا يمكن أن يقاس عليه، لأنه كان قادراً على الكلام، ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصيته، ولا إقراره، وفارق الأخرس فإنه ميؤوس من نطقه^(٢).

٢. عمل رسول الله ﷺ بإشارة الجارية التي رض رأسها اليهودي، فأشارت إليه^(٣). فجعلها كدعواها، وعلق الحكم بها^(٤).

٣. ما روي أن أمامة بنت أبي العاص أسكتت، فقيل لها: لفلان كذا، ولفلان كذا ولفلان كذا؟ فأشارت: أي نعم، فجعل ذلك وصية^(٥).

٤. ولأن معتقل اللسان غير قادر على الكلام، ولا يستطيع أن يوصل ما يريد إلا عن طريق الإشارة، فأشبه الأخرس^(٦).

القول الثاني: لا تصح وصية معتقل اللسان بالإشارة ولا يعتد بها في تصرفاته وإن فهمت.

وإليه ذهب الشافعية والحنابلة في إحدى الروايتين عنهما^(٧)، ونسبه ابن قدامة إلى الثوري والأوزاعي^(٨).

(١) والحديث بتمامه: ((عَنْ جَابِرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: اشْتَكَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّيْنَا وَرَأَاهُ وَهُوَ قَاعِدٌ، وَهُوَ يَكْرَهُ أَنْ يَنْبَغَ النَّاسُ تَكْبِيرَهُ، فَلَتَمَّتْ إِلَيْنَا فَرَأَانَا قِيَامًا، فَأَشَارَ إِلَيْنَا فَقَعْنَا بِصَلَاتِهِ فَعُوْدًا لَمَّا سَلَّمَ قَالَ: «بَيْنَ كَيْفَ أَنْفًا لَتَقْعَلُونَ فَبَلَ فَرَسَ وَالرُّومَ يَقُومُونَ عَلَى مَلُوكِهِمْ، وَهُمْ قَعُودٌ فَلَا تَقْعَلُوا قَتْنُوا بِأَيْدِيكُمْ بَيْنَ صَلَاتِنَا فَصَلُّوا قِيَامًا وَبَيْنَ صَلَاتِنَا قَاعِدًا فَصَلُّوا قَعُودًا»))، صحيح مسلم: ٣٠٩/١ رقم (٤١٣)، باب لتنام للموم بالإمام.

(٢) ينظر: المغني مع الشرح الكبير: ٤٢٠/٦، ٥٢٩.

(٣) الحديث تقدم تخريجه.

(٤) ينظر: البحر الزخار: ٤٦٤/٦.

(٥) جواهر الأخبار والآثار بهامش البحر الزخار: ٤٦٤/٦، والمهذب بشرح المجموع: ٨٠/١٩، وينظر:

المغني مع الشرح الكبير: ٤٢٠/٦.

(٦) ينظر: المجموع: ٨١/١٩.

(٧) المهذب بشرح المجموع: ٨٠/١٩، والمغني مع الشرح الكبير: ٥٢٩/٦.

(٨) المغني مع الشرح الكبير: ٥٢٩/٦.

قال الإمام الشيرازي في باب ما يصح لعانه: (وأما من اعتقل لسانه فإنه إن كان مأبوساً منه صح لعانه بالإشارة كالأخرس، وإن لم يكن مأبوساً ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لعانه؛ لأنه غير مأبوس من نطقه فلم يصح لعانه بالإشارة كالساكت)^(١).

وقال ابن قدامة: (فأما الناطق إذا اعتقل لسانه فعرضت عليه وصيته فأشار بها وفهمت إشارته لم تصح وصيته، ذكره القاضي وابن عقيل)^(٢).

وقال أبو الخطاب: (ولا تصح وصية من اعتقل لسانه بالإشارة نص عليه)^(٣).

واستدلوا لما ذهبوا إليه بأدلة عقلية، منها:

١. لأنه غير مأبوس من نطقه. فلم تصح وصيته بإشارته كالقادر على الكلام أو الساكت^(٤).

٢. قالوا: ولأنها علة عارضة على شرف الزوال، وهي دون الخرس الأصلي، فلا قياس عليه^(٥).

الترجيح: بعد العرض السابق لأدلة كلا الفريقين، فالذي يبدو لي أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء القائلين بصحة الإشارة المعهودة من معتقل اللسان، والاعتداد بها في تصرفاته هو الراجح في هذه المسألة، وذلك للأدلة النقلية والعقلية التي استدلوها بها، إلا أنني أميل مع الفقهاء الذين ذهبوا إلى الاعتداد بإشارة معتقل اللسان، دون تقييده بشيء من المدة، وأرى ما رآه أئمة الشافعية أن معتقل اللسان يعرض على أطباء عدول فإذا حكموا باستحالة برئه جرت عليه أحكام الأخرس، لأن في اعتبار المدة -ربما يطول عليه الأمر فيلحقه الضرر إذا لم نجز له تصرفاً، ولأن النصوص التي أوردناها في الأدلة، نصوص مطلقة، لم يأت شيء منها فيه دلالة على اعتبار المدة، والله تعالى أعلم.

(١) المهذب بشرح المجموع: ٨٠/١٩.

(٢) المغني لابن قدامة: ٥٢٩/٦.

(٣) الهداية لأبي الخطاب الحنبلي: ص ٣٤٤.

(٤) ينظر: المهذب بشرح المجموع: ٨٠/١٩، والمغني: لابن قدامة: ٥٢٩/٦.

(٥) ينظر: الهداية بشرح تكملة فتح القدير: ٥٢٤/١٠، وحاشية ابن عابدين: ٤٦٠/١٠.

المبحث الرابع:

موقف القانون من طرق انعقاد الوصية

بحثنا فيما تقدم عن طرق انعقاد الوصية سواء في العبارة أم الكتابة أم الإشارة، وعلما بموقف الشريعة الإسلامية الغراء منها، وذلك من عرض الآراء والنصوص الفقهية لأصحاب المذاهب الإسلامية المختلفة، ونريد في هذا المبحث أن نتطرق إلى موقف القانون من طرق انعقاد الوصية.

ولكن الذي أريد أن أبينه أن القانون لم يتطرق أو يبحث في بعض الجزئيات التي تناولناها في بحثنا من الآراء الفقهية والمذاهب المختلفة لبعض المسائل، لكنه أشار إلى الخطوط العريضة لها كما سنرى عند رجوعنا إليه وقراءة نصوصه.

أما بالنسبة إلى طرق انعقاد الوصية، فإن القانون العراقي قد سوى بين العبارة والكتابة، والإشارة في انعقاد الوصية، واعتبرها كوسائل للتعبير عن الإرادة الباطنة، فقد نصت المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي على أنه: (كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة، يكون بالمكاتبه أو بالإشارة الشائعة الاستعمال، ولو من غير الأخرس)^(١).

وقد جرى القانون السوري على رأي الجمهور، فنصت المادة (٢٠٨) على انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة، فإن كان عاجزا عنها انعقدت بإشارته المفهمة^(٢).

وذكر القانون المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ من قانون الوصية المادة (٢) الفقرة (١)، ذكرت هذه الفقرة أن الوصية تنعقد بالعبارة أو الكتابة لمن قدر عليها، فإن لم يكن قادرا عليها انعقدت الوصية بالإشارة الدالة على ذلك، سواء كان العجز بسبب أنه أخرس، أم اعتقل لسانه لمرضه، ولم يكن يعرف القراءة والكتابة، أو عجز عن الكتابة، ففي كل هذه الأحوال تغني الإشارة عن العبارة في إنشاء الوصية^(٣).

فالكلام هنا يكون في أمرين بالنسبة للقانون:

أحدهما: في العبارة التي تنشئ الوصية وما يقوم مقامها.

الثاني: في ركن الوصية، أهو الإيجاب فقط من الموصي، أم تصرف ينشأ بيجاب وقبول؟ وما وقت هذا القبول؟ إن كان ثمة حاجة إليه.

أما الأمر الأول، فمن المقرر عند الحنفية أن التصرف ينشأ بالعبارة، إن كان المتصرف قادرا عليها، ولا تغني الكتابة إلا إذا كان العقد بالمراسلة، فإن المشافهة حينئذ تكون غير ممكنة، فتقوم مقامها المكاتبه، وقد بينا الراجح من هذا كما مر.

فإذا كان عاجزا عن العبارة، كالأخرس والمعتقل كما ذكرنا، قامت الإشارة المفهمة أو الكتابة مقام اللفظ، وإذا كان من لا يستطيع النطق لا يعرف الكتابة، اكتفى بالإشارة بلا كلام، والذي قال به جمهور الفقهاء والحنفية. وإن كان يعرف الكتابة، ففي المذهب الحنفي رأيان كما بينا ذلك:

الأول: عدم إمكان الإشارة والقدرة عليها شرط في قبول الكتابة في إنشاء الوصية.

الثاني: الإشارة تكفي في إنشاء العقد؛ لأن العبارة هي الأصل، فإذا لم تكن ممكنة ورخص له في غيرها قام كل ما يدل على العقد بمقامها، ومنهم من قال بالتسوية بينهما^(١).

والقول الأول رواية الأصل، والقول الثاني هو رواية الجامع الصغير، فكان منشأ القولين هو اختلاف الرواية. هذا مذهب سيدنا أبي حنيفة في أحكام العقود العامة، وتراه يخالف ما جاء بالمادة الثانية من القانون من ناحيتين:

الأولى: أنه لا يجوز العقد بغير النطق، إلا عند العجز عنه عند بعض الحنفية، بينما القانون في الوصية يجعل الكتابة في مقام العبارة بلا فارق بينهما.

ثانيهما: أنه قرر أن الإشارة لا يتجه إليها عند العجز عن الكتابة، وهذا يخالف الرواية الثانية للمذهب، وهي رواية الجامع الصغير، ولكن بالنسبة للوصية في المذهب جواز إنشائها بالكتابة، ثم قراءتها عليه، وإن هذا الحكم أيضا يتفق مع قول الإمام مالك، وقول في مذهب الإمام أحمد رحمهما الله تعالى^(٢).

ففي المدونة الكبرى في كتاب الوصايا الأول: (قلت رأيت رجلا كتب وصيته، ولم يقرأها على الشهود، ودفعها إليهم مكتوبة وقال لهم: اشهدوا علي بما فيها، ولم يعاينوه حين كتبها، إلا أنه دفعها إليهم مكتوبة، وقال: اشهدوا علي بما فيها، قال مالك: ذلك جائز إذا عرفوا أنه الكتاب بعينه، وقال ابن وهب عن مالك مثله، إذا طبع عليها ودفعها إلى نفر، وأشهدهم أن ما فيها عنه، وأمرهم أن يكفلوا خاتمه حتى يموت، قال: ذلك جائز إذا أشهدهم أن ما فيه

(١) ينظر تفصيل ذلك في بحثنا من موضوع انعقاد الوصية بالإشارة.

(٢) ينظر: المدونة الكبرى: ١٣/٦ كتاب الوصايا الأول، والأشباه والنظائر: ص ٣٥٠، والمغني: ٤٨٩/٦،

وشرح قانون الوصية: ص ١٣، ١٤.

(١) ينظر: الوصية: ص ٢٣٣، للدكتور مصطفى الزلمي من كتاب شرح قانون الأحوال الشخصية.

(٢) ينظر: شرح قانون الأحوال الشخصية السوري: ٦٢/٢.

(٣) ينظر: شرح قانون الوصية، لأبي زهرة: ص ١٢.

منه... عن سيدنا عاصم بن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان إذا أراد سفراً، كتب وصيته وطبعها، ثم دفعها إلى سالم بن عبد الله بن عمر رضي الله عنه، وقال: «اشهدوا علي بما فيها، إن حدث لي حدث، فإذا قدم قبضها منه»^(١).

وقال ابن قدامة: (ومن كتب وصيته ولم يشهد فيها حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها، نص أحمد على هذا في رواية إسحاق بن إبراهيم، فقال: ومن مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه، ولم يشهد فيها، وعرف خطه، وكان مشهور الخط، يقبل ما فيها، وروي عن أحمد: لا يقبل الخط في الوصية، ولا يشهد على الوصية مختومة حتى يسمعها الشهود منه، أو تقرأ عليه فيقر بما فيها)^(٢).

ونرى من هذا أن إحدى الروايتين عن الإمام أحمد صريحة في موافقة القانون، والثانية كراي الإمام مالك وأبي حنيفة توافق القانون، ولكن بشرط أن يعلن أن الخط خطه، ويقرأ عليه، وبهذا تكون المذاهب الثلاثة موافقة للقانون في الجملة، وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد أوضح في الموافقة؛ لأنها مطلقة كإطلاق القانون.

ولقد جاء في المذكرة الإيضاحية: أن هذا الجزء من القانون المصري مأخوذ من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، فقد قالت: (لا يشترط فيمن يعرف الكتابة أن يكتب وصيته بخطه، بل يكفي أن يكتبها له غيره فيقرأها، أو يقرأها له غيره، فيوقع عليها أخذاً من مذهب الإمام أحمد بن حنبل، فعنده الإيجاب يكون بالقول، أو بالفعل الذي يدل على الرضا، والتوقيع فعل يدل على الرضا بالمكتوب)^(٣).

ولكن هذه الأحكام أيضاً قد وجد مثلها في مذهب أبي حنيفة، ومالك، كما مر علينا.

الثاني: في الإيجاب والقبول

القانون يعتبر الوصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة، إذ إنه بمجرد وجود العبارة الدالة على إرادة الشخص لتصرف معين في تركته بعد وفاته تعتبر الوصية قد وجدت بحكم القانون. ولكن الملكية بمقتضى الوصية لا تثبت للموصى له إلا بقبوله للوصية صراحة، أو دلالة بعد وفاة الموصي، ولا عبارة لقبوله أو رده قبل وفاته؛ لأن الوصية تصرف لا تظهر آثاره إلا بعد الوفاة، فلا عبارة بالقبول أو الرد إلا وقت التنفيذ؛ ولأن القبول إما هو لثبوت الملكية، لا لإنشاء التصرف، فكان لا عبارة به إلا عند تنفيذ أحكامه.

(١) ينظر: المدونة: ١٣/٦.

(٢) المغني، لابن قدامة: ٤٨٩/٦، وقد بينا ذلك في الإشهاد على الوصية، في موضوع بحثنا، لتبراج.

(٣) ينظر: شرح قانون الوصية: ص ١٤.

وهذه كلها مستمدة من آراء فقهاءنا -رحمهم الله تعالى-، كما علمنا ذلك سابقاً، وما ذكرناه قد أشار إليها القانون المصري في المواد: (٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥).

فالمادة (٢٠): تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي.

المادة (٢١): إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية وردها قام ورثته مقامه في ذلك.

المادة (٢٢): لا يشترط في القبول ولا في الرد أن يكون فور الموت، ومع ذلك تبطل

الوصية إذا بلغ الوارث أو من له تنفيذ الوصية الموصى له بإعلان رسمي يشتمل على بيان كاف عن الوصية وطلب من قبولها أو ردها، ومضى على علمه بذلك ثلاثون يوماً كاملة خلاف مواعيد المسافة القانونية، ولم يجب بالقبول أو الرد كتابة دون أن يكون له عذر مقبول، بهذا قال القانون السوري أيضاً في (الفقرة الأولى، المادة ٢٢٧)^(١).

المادة (٢٣): إذا قبل الموصى له بعض الوصية ورد البعض الآخر، لزم الوصية

فيما قبل، وبطلت فيما رد، وإذا قبلها بعض الموصى لهم، وردها الباقي لزم بالنسبة لمن قبلوا، وبطلت بالنسبة لمن ردوا.

وأما المادة (٢٤): لا تبطل الوصية بردها قبل موت الموصي، فإذا رد الموصى له

الوصية كلها أو بعضها بعد الموت وقبل القبول، بطلت، وهذا ما جرى عليها القانون العراقي على وفق المادة (٧٢)^(٢).

واتفق القانون العراقي المادة (٦٩) والقانون السوري على وفق المادة (٢٢٥)

و(٢٢٦) والقانون المصري على وفق المواد التي ذكرناها سابقاً، أنه إذا كانت الوصية لغير

معين، كالوصية للفقراء، فلا تحتاج إلى قبول، ولا ترتد برد أحد، وإن كانت لشخص طبيعي

معين ترتد الوصية بردها منه بشرط أن يكون كامل الأهلية حين وفاة الموصي^(٣)، وهذه أيضاً

مستمدة من آراء جمهور الفقهاء الذين أجمعوا على هذا الرأي.

(١) ينظر: شرح قانون الوصية: ص ١٤، ١٥، وشرح قانون الأحوال الشخصية: ٦٢/٢، ٦٣.

(٢) ينظر: المصدر الأول نفسه، وأحكام الأحوال الشخصية في العراق: ص ١٥٥.

(٣) ينظر: أحكام الأحوال الشخصية: ص ١٥١ وما بعدها، وشرح قانون الأحوال الشخصية: ٦٣/٢، وشرح

قانون الوصية: ص ١٥، والأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون: ٣٢/٢.

وتتحقق صحة الوصية عند الفقهاء بالإشهاد عليها، كما ذهب إلى هذا الحنفية، والمالكية، والشافعية، وإحدى الروايتين عن الحنابلة، فتثبت بشهادة عدلين^(١).

وجاء في قانون الأحوال الشخصية العراقي: فقد نصت المادة (٦٥) من قانون الوصية العراقي في الفقرة الأولى: (أنه لا تعتمد الوصية إلا بدليل كتابي موقع عليه من الموصي، أو مبصوم بختمه، أو طبعة إيهامه، وفي حالة كون الموصى به عقارا أو ما تزيد قيمته على خمسمائة ينار، أو يجب تصديقه من الكاتب العدل، أو محكمة الأحوال الشخصية، وفي الفقرة الثانية أجاز إثبات الوصية بالشهادة إذا وجد مانع مقبول من الكتابة^(٢)).

فقد اشترط المشرع العراقي لاعتماد الشهادة دون الكتابة وجود مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي، موقع من الموصي، ومصدق من جهة شرعية^(٣).

وفي المادة (٦٩) من قانون الأحوال الشخصية العراقي الفقرة (٦) (أن يكون الموصي معتقل اللسان، فإذا طرأ على لسانه مرض منعه من النطق، فإن وصيته لا تصح إلا إذا استمر زمنا طويلا، فصار كالأخرس، بحيث يتكلم بالإشارة المعهودة، وحينئذ تكون إشارته وكتابه كالنطق^(٤)).

وهذا ما قاله جمهور الفقهاء، واشترطهم المدة إما لسنة، أو إلى الموت لقبول إشارة معتقل اللسان الذي يعامل عندها معاملة الأخرس وتصح وصيته ويعتد بها في جميع تصرفاته.

الخاتمة:

بعد حمد الله تعالى على إكمال هذا البحث، أرى أن أضع في خلاصته أهم النتائج التي توصلت إليها، وهي:

١. الوصية عقد من العقود الجائزة بين الموصي والموصى له، اتفق جمهور الفقهاء على أن القبول والرد فيها يكونان بعد الموت، ولا عبرة لمن قال قبله.

٢. اتفقت عبارات الفقهاء -رحمهم الله تعالى- في تعريفهم للوصية في بعض أجزائها بأنها ما أوصاه الموصي في ماله تطوعا بعد وفاته، أو في مرضه الذي مات فيه، لكنها تباينت في الأجزاء الأخرى، لاسيما القيود التي ذكرها في تعريفاتهم، وكل ذلك ناشئ من محاولاتهم الرامية لإيجاد تعريف يكون شاملا، جامعا مانعا، كان أشملها شرعا وقانونا (بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت).

٣. لا خلاف بين جمهور الفقهاء أن الوصية تشتمل على أركان أربعة، هي: الموصي، والموصى له، والموصى به، وصيغة متمثلة بالإيجاب والقبول، أجمع فقهاؤنا على أنه - أي الإيجاب- لا بد منه لعقد الوصية، ولا يشترط فيه لفظ مخصوص، بل يصح بكل لفظ يدل على قصد الموصي من العبارات الدالة عليه، وكذا الحال في اشتراط القبول إذا كان الموصى له معينا بخلاف غير المعين، وأنها ركنان على رأي الجمهور، وقد أخذ القانون برأي الجمهور.

٤. أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية -رحمهم الله تعالى- على أن الوصية تتعقد ابتداء بطرق ثلاث: العبارة، والكتابة، والإشارة، جاء القانون أيضا بانعقادها بهذه الطرق الثلاث، وأن الكتابة قائمة مقام العبارة في إنشاء الوصية في قول جمهور الفقهاء، إذ صححوا العقد بها.

٥. حصل خلاف بين الفقهاء في اعتبار الإشارة من الناطق، وذهب أكثر الفقهاء إلى عدم اعتبارها، وهو الراجح؛ لأن الأصل هو العبارة، ولا يعدل إلى غيرها مع القدرة عليها.

٦. أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على أن إشارة الأخرس غير القادر على الكتابة صحيحة قائمة مقام التعبير اللفظي في الوصية، شريطة أن تكون مفهومة ومعهودة.

٧. حصل خلاف بين الفقهاء في إشارة الأخرس القادر على الكتابة، كان للحنفية ومن وافقهم فيها قولان: أحدهما: لا تصح مع القدرة على الكتابة، والثانية: الإشارة كاتبة في

(١) ينظر: تفصيل ذلك في بحثنا من موضوع الإشهاد على الوصية للمكتوبة.

(٢) ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته: المادة (٦٥) من الفصل الأول من الوصية: ص ٤٤.

(٣) ينظر: الفقرة (٢) من المادة (٦٥) من الفصل الأول من القانون السابق، والأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون: ١٩/٢.

(٤) أحكام الأحوال الشخصية: ص ١٥١.

إنشاء العقد مع غيرها، خالف القانون ما جاء في إحدى الروايتين في المذهب، إذ جعل الإشارة لا يتجه إليها عند العجز عن الكتابة.

٨. ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة إشارة معتقل اللسان، ويعتد بها في جميع تصرفاته، بشرط امتداد عقلة لسانه إلى الموت، أو إلى مدة سنة، وهناك من لم يشترط مدة، وبهذا جاء قانون الأحوال الشخصية العراقي أيضا في اشتراط المدة، إلا أنه لم يحددها بزمن.
٩. وأخيرا... إن الخلاف الحاصل بين فقهاء المذاهب الإسلامية -رحمهم الله تعالى- في هذه المسائل وغيرها في الفقه الإسلامي، هو خلاف رحمة، وتوسعة، هدفه إصابة للحق، ولم يكن مبنيا على عصبية أو هوى، أو انتصار للنفس؛ لأن ذلك ليس من شأن أولئك الأئمة الأكابر الأعلام من علماء هذه الأمة.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

المصادر

- الإجماع: للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري (ت ٣١٨هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٣، ٢٠٠٨م.
- أحكام الأحوال الشخصية في العراق: الأستاذ محمد شفيق العاني، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية الشرعية، رقم الإيداع بدار الكتب ٣٠٧٦، المطبعة الفنية، ١٩٧٠م.
- أحكام الأسرة في الإسلام: د. محمد سلام مذكور، دار النهضة، ط ٢، ١٣٩٠هـ.
- أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي: د. عبد الستار حامد الدباغ، مطبعة جامعة بغداد، ط ١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- أحكام المعاملات المالية على المذهب الحنبلي: للدكتور محمد زكي عبد البر.
- أحكام الوصية: د. عبد الستار حامد الدباغ، مطبعة جامعة بغداد، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- أحكام الوصية: للشيخ علي الخفيف: المطبعة العالمية، مصر، ١٩٦٢م.
- الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون: د. أحمد الكبيسي، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، طبع شركة العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان: تأليف الشيخ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق عادل سعد، المكتبة التوفيقية، مصر.
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، للإمام أبي الفضل جلال الدين السيوطي، دار الفكر، ط ٣.
- الإشراف على نكت مسائل الخلاف: للقاضي أبي محمد عبد الوهاب المالكي، تحقيق د. محمود مجيد الكبيسي، دار الإمام مالك، أبو ظبي، ط ١، ١٤٣٢هـ-٢٠١١م.
- الإقناع في الفقه الحنبلي: لأبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي، الطبعة المصرية، الأزهر، ط ١، ١٣٥١هـ.
- الإقناع في مسائل الإجماع: للحافظ علي بن القطان (ت ٦٢٨هـ)، تحقيق أ.د. فاروق حمادة، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٤٣٤هـ.
- انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته: علاء الدين أحمد إبراهيم، ط ٢، المكتبة الأزهرية للتراث.
- الإثنا عشرية: في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، علي بن سلمان المرادوي (ت ٨٨٥هـ)، تحقيق محمد الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٢، ١٣٩٣هـ.

- حاشية ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤١٥هـ-١٩٩٤م.
- حاشية إعانة الطالبين على فتح المعين: لشرح قرة العين، العلامة أبو بكر عثمان محمد شطا الدمياطي البكري، وفتح المعين العلامة زين الدين المليباري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ضبطه محمد سالم هاشم، ط ٧، ٢٠٠٩م.
- حاشية الجمل على شرح المنهج: للشيخ سليمان الجمل، مطبعة مصطفى محمد، مصر.
- حاشية النسوقي على الشرح الكبير: للإمام شمس الدين محمد بن عرفة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٧٣هـ.
- حاشية النسوقي على الشرح الكبير، للإمام شمس الدين محمد بن عرفة، المكتبة التجارية الكبرى، القاهرة، ١٣٧٣هـ.
- دليل الطالب لنيل المطالب: على مذهب الإمام أحمد، للشيخ مرعي الحنبلي، المكتبة الفيصلية، مكة المكرمة، ١٩٨٩م.
- رحمة الأمة في اختلاف الأئمة: فتاوى أئمة المذاهب الأربعة، أبو حنيفة، مالك، الشافعي، أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني، مكتبة مصر، ١٩٩٠م.
- الروض المربع: العلامة الشيخ منسيور بن يونس البهوتي، تحقيق بشير محمد عيون، دار البيان، ط ٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م.
- روضة الطالبين: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، تحقيق الشيخ عادل عبد الموجود، وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط ٣، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.
- سبل السلام: العلامة محمد بن إسماعيل الأمير للصنعاني، بيت الأفكار الدولية، عمان.
- سنن الدارقطني: لأبي الحسن علي بن عمر الدارقطني البغدادي، تحقيق هاشم المدني، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٦م.
- شرائع الإسلام: لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن، مركز الرسول الأعظم للتحقيق والنشر، بيروت، لبنان، ط ١٠، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط ١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.
- شرح العناية على الهداية: الإمام أكمل الدين محمد بن محمود البابرّي، بهامش فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان.

- أنيس الفقهاء: في التعريفات المتداولة بين الفقهاء، قاسم بن عبد الله بن لمير علي المقرئ (ت ٩٧٨هـ)، تحقيق د. أحمد عبد الرزاق.
- البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار: للإمام المجتهد بن المرتضى (ت ٨٤٠هـ)، تعليق محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد: للإمام الحافظ أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي، دار القلم، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.
- بدائع الصنائع: في ترتيب الشرائع: العلامة علاء الدين أبي بكر بن سعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت ٥٨٧هـ)، تحقيق محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- التاج والإكليل: لمختصر خليل، لأبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبري، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت.
- تبين الحقائق: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ)، القاهرة، ط ١، ١٣١٥هـ.
- تحفة الفقهاء: الإمام علاء الدين السمرقندي، تحقيق الأستاذ محمد الكتاني، وروية الزحيلي، دار الفكر العربي.
- التعريفات: علي بن محمد بن علي الجرجاني (ت ٨١٦هـ)، تحقيق إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ١، ١٤٠٥هـ.
- تكملة شرح فتح القدير: المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار، لشمس الدين أحمد بن قوادر المعروف بقاضي زاده أفندي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- تنوير الحوالك في شرح موطأ الإمام مالك، للإمام السيوطي.
- الجامع الصغير: الإمام المجتهد الرباني محمد بن الحسن الشيباني، عالم الكتب، ط ١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه «صحيح البخاري»: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي، دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢هـ.
- الجامع لأحكام القرآن: لأبي عبد الله محمد بن أبي أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط ١، ١٤٢٧هـ-٢٠٠٦م.

- الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل، مع حاشية الدسوقي عليه محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي (ت ١٢٣٠هـ)، دار الفكر، دت.
- شرح فتح القدير على الهداية: الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، دار الفكر، بيروت، لبنان.
- شرح قانون الأحوال الشخصية: الدكتور مصطفى السباعي، أحكام الأهلية والوصية والموارث، المكتب الإسلامي، دار الوراق، ط٧، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
- شرح قانون الوصية: للإمام محمد أبي زهرة، دار الفكر العربي، ١٤٠٩هـ-١٩٨٨م.
- شرح مختصر خليل للخرشي: محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله (ت ١١٠١هـ)، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- طلبه الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: تأليف الشيخ نجم الدين بن حفص النسفي (ت ٥٣٧هـ)، تحقيق الشيخ خليل الميس، دار القلم، بيروت، ط١، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- فتح المعين شرح قرّة العين، للعلامة زين الدين الملباري، مطبوع مع إعانة الطالبين.
- فتح باب العناية بشرح النقاية: الإمام الفقيه نور الدين أبي الحسن علي بن سلطان محمد الهروي القاري (ت ١٠١٤هـ)، والنقاية للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي (ت ٧٤٧هـ) تقديم الشيخ خليل الميس، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم، بيروت، لبنان.
- الفقه الإسلامي وأدلته: الأستاذ د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، دمشق، ط٤، ١٩٩٧م.
- القاموس المحيط: تصنيف إمام أهل اللغة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي (ت ٨١٧هـ)، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م.
- قانون الأحوال الشخصية العراقي وتعديلاته: طبع بمطبعة وزارة العدل، بغداد، سنة ١٩٨٤م.
- القوانين الفقهية: محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي (ت ٧٤١هـ).
- الكاشف: في معرفة من له رواية في الكتب الستة، حمد بن أحمد أبو عبد الله الدمشقي، تحقيق محمد عوامة، دار القبلة للثقافة الإسلامية، ط١، ١٤١٣هـ-١٩٩٢م.
- الكافي في فقه الإمام أحمد: شيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.

- لسان العرب: العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأثري المصري، تحقيق عامر أحمد حيدر، وعبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٥م.
- المبسوط: الإمام محمد بن أبي سهل أبو بكر السرخسي، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ.
- مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر: الشيخ العلامة داماد أفندي، عبد الله بن عبد الرحمن بن الشيخ محمد سليمان، دار السعادة.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر: إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحلبي الحنفي (ت ٩٥٦هـ)، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، ط١، ١٤١٩هـ-١٩٩٨م.
- المجموع شرح المهذب: للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ)، تحقيق د. محمود مطرجي، دار الفكر للطباعة والنشر، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٥م.
- المحلى: للحافظ أبي محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، تصحيح محمد خليل هراس، مطبعة الإمام، مصر، دت.
- المدونة الكبرى: الإمام مالك بن أنس الأصبحي رحمه الله، مطبعة السعادة، ١٣٢٣هـ.
- مسند الإمام أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني (ت ٢٤١هـ)، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد وآخرون، إشراف: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠١م.
- المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ: مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فواد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- المطلع على أبواب الفقه: محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي أبو عبد الله، تحقيق محمد بشير، بيروت، ١٤٠١هـ.
- معجم مقاييس اللغة: لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا الرازي، تحقيق إبراهيم شمس الدين دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط٣.
- المغني مع الشرح الكبير: للإمام ابن قدامة (ت ٦٣٠هـ)، والشرح الكبير لابن قدامة المقدسي (ت ٦٨٢هـ)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دت.
- المنتقى: في شرح موطأ الإمام مالك، للإمام الباجي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط١، ١٣٣٢هـ.
- المنهاج بشرح نهاية المحتاج للإمام النووي.

- المهذب بشرح المجموع للإمام الشيرازي، مطبوع مع المجموع.
- المواريث والوصايا والهيئة في الشريعة والقانون: بدران أبو العينين، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُعيني المالكي (ت ٩٥٤هـ)، دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.
- مواهب الرحمن في تفسير القرآن: للعلامة مفتي العراق الشيخ عبد الكريم محمد المدرس، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.
- موسوعة فقه الحسن البصري: للدكتور محمد رواس قلعه جي، دار النفائس، ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
- الميراث المقارن: للشيخ عبد الرحيم الكشكي، بغداد، دار النذير، ط٢، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م.
- النقاية للإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي (ت ٧٤٧هـ)، مطبوع مع فتح باب العناية.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: لإيمن الدين محمد بن أبي العباس الرملي، مطبعة مصطفى البابي، ١٣٥٧هـ-١٩٣٨م.
- نيل الأوطار: شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، للإمام محمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ).
- الهداية على مذهب الإمام أحمد: للإمام أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني (ت ٥١٠هـ)، تحقيق د. عبد اللطيف هميم، د. ماهر ياسين، دار غراس، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م.
- الهداية في شرح بداية المبتدي: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (ت ٥٩٣هـ)، تحقيق: طلال يوسف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- الهداية مع شرحي العناية وفتح القدير عليها: وشرح العناية على الهداية للإمام كامل الدين محمد بن محمود البابرتي، بهامش فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- الوصايا والمواريث: الأستاذ حسين الأعظمي، (بدون سنة طبع).
- الوصية: للدكتور مصطفى الزلمي من كتاب شرح قانون الأحوال الشخصية، (بدون سنة طبع).