

الفصل الأول: في النظرية العامة للإرث

يشتمل هذا الفصل على المباحث التالية:

- ❖ المبحث الأول: في التعريف بعلم الفرائض وبيان موضوعه وفائدته واستمداده ومشروعيته
- ❖ المبحث الثاني: مفهوم التركة وبيان الحقوق المتعلقة بها
- ❖ المبحث الثالث: أركان الإرث وأسبابه وشروطه
- ❖ المبحث الرابع: موانع الإرث

المبحث الأول: في التعريف بعلم الفرائض وبيان موضوعه وفائدته واستمداده ومشروعيته

يشتمل هذا المبحث على مجموعة من النقاط:

أولاً : التعريف بعلم الفرائض

علم الفرائض في اللغة: يجمع على فريضة كحديقة وحدائق لاشتقاقها من الفرض والفريضة فعيلة بمعنى : مفروضة مأخوذة من الفرض وهو القطع، يقال : فرضت لفلان كذا أي قطعت له شيئاً من المال، وقيل : هو من فرض القوس، وهو الحز الذي في طرفيه حيث يوضع الوتر ليثبت فيه ويلزمه ولا يزول، وقيل : الثاني خاص بفرائض الله وهي ما ألزم به عباده. وقال الراغب : الفرض قطع الشيء الصلب والتأثير فيه، وخصت المواريث باسم الفرائض من قوله تعالى " : نصيباً مفروضاً" أي مقدرًا أو معلوماً أو مقطوعاً عن غيرهم.

وفي اللسان 1: أصل الفريضة لغة: القطع، ومنه قوله تعالى: " نصيباً مفروضاً" 2 أي:

مقطوعاً. 3.

والتقدير: كما في قوله تعالى: "وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم" 4 أي قدرتم، لأن الفرائض مقدرات.

والفرائض جمع فريضة، مشتقة من الفرض الذي جمعه فروض، والفرض لغة التقدير من الفريضة التي تقع في الخشبة وهي مقدر.

وعليه فالفرائض جمع فريضة، فعيلة من الفرض، بمعنى مفروضة وهو في اللغة :

التقدير والقطع والبيان والشيء الواجب والمقطوع.

ويأتي بمعنى التبيين : ومنه قوله تعالى : "قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم " 5 أي بينة.

1 - ابن منظور : لسان العرب 232/10

2 - النساء الآية 118

3 - عبد العزيز بن عبد الله بن باز الفوائد الجلية في المباحث الفرضية ص 10 والرافعي:المصباح المنير 79/2

4 - البقرة الآية 237

5 - التحريم الآية 2

ويأتي بمعنى الإحلال: ومنه قوله تعالى: "ما كان على النبيء من حرج فيما فرض الله له"6 أي أحل. دلالة على الإباحة.

ويأتي بمعنى الإنزال: ومنه قوله تعالى: "إن الذي فرض عليك القرآن"7 أي نزل عليك القرآن.

كما يأتي بمعنى العطاء، كقول العرب: ما أصبت منه فرضا ولا قرضا.8

والفرض في اصطلاح الفرضيين: هو النصيب المقدر شرعا الذي لا يزداد عليه إلا بالرد ولا ينقص إلا ما نقصه العول.9

وعلم الفرائض هو: العلم بقسمة المواريث فقها وحسابا. والفرضي والفارض والفريض، العالم والعليم بالفرائض 10. وفي الحديث: "أفرضكم زيد"11

والفرض في الشرع: ما ثبت بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة المتواترة والإجماع، وسمي هذا النوع من الفقه فرائض لأنه سهام مقدرة مقطوعة مبينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوي أو الشرعي.

وإنما خص بهذا الاسم لوجهين: أحدهما أن الله - تعالى - سماه به، فقال بعد القسمة: "فريضة من الله" والنبي - عليه الصلاة والسلام - أيضا سماه به فقال: "تعلموا الفرائض"، والثاني أن الله - تعالى - ذكر الصلاة والصوم وغيرهما من العبادات مجملا ولم يبين مقاديرها، وذكر الفرائض وبين سهامها وقدرها تقديرا لا يحتمل الزيادة والنقصان، فخص هذا النوع بهذا الاسم لهذا المعنى.

6 - سورة الأحزاب الآية 28

7 - القصص الآية 85

8 - ابن منظور: مرجع سابق 231/10

9 - عبد العزيز بن عبد الله بن باز الفوائد الجليلة في المباحث الفرضية ص 10 ومحمد الصباغ: سلك فراند اليواقيت في الحساب والفرائض والمواقيت ص 5.

10 - ابن منظور: مرجع سابق 231/10

11 - سنن ابن ماجة 55/1

وفي اصطلاح الفقهاء: هو العلم بفقهِ الموارِيث وما ضم إلى ذلك من حسابها، وعلم الفرائض هو علم الموارِيث، يحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى ويكون فيه النوازل والفتوى، وهو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث.

وعرفه فقهاء المالكية بأنه علم قرآني، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إن الله تعالى لم يكل قسمة موارِيثكم إلى نبي مرسل ولا إلى ملك مقرب، ولكن تولى بيانها فقسّمها أبين قسم".

قال ابن مرزوق: قل من تعرض لعلم الفرائض وقد حده الإمام أبو عبد الله السبّط في شرح الحوفي بقوله: هو العلم بالأحكام العملية المختصّ تعلّقها بالمال بعد موت مالكة تحقّقاً أو تقديرًا، فتحقيق الموت والملك معلوم، وأما تقديرهما فكالْمفقود والجنين، فإن الأول ميت تقديرًا، والثاني مالك تقديرًا¹².

وعرفه ابن عرفة بقوله: "علم الفرائض لقباً للفقهِ المتعلّق بالإرث، وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق من التركة"¹³

واحترز بقوله لقباً من علم الفرائض مركباً إضافياً باقياً على حاله، فإنه أعم من هذا، فهو مثل أصول الفقهِ لقباً ومركباً إضافياً وبيوع الآجال كذلك، وقوله علم ما يوصل بالرفع عطف على الفقهِ أدخل به كيفية القسمة وعمل المناسخات وغيرها، لأن هذه كلها من علم الفرائض.

وحد علم الفرائض: العلم بالأحكام الشرعية العملية المتعلقة بالمال بعد موت مالكة تحقّقاً أو تقديرًا¹⁴.

ويسمى علم الفرائض وعلم الموارِيث، وعلم الفرائض هو: الفقهِ المتعلّق بالإرث، وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة.

¹² - الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني

¹³ - شرح حدود ابن عرفة للرصاص 687/2 الطبعة الأولى 1993 دار الغرب الإسلامي

¹⁴ - منح الجليل شرح مختصر خليل محمد بن أحمد بن محمد عليش 592/9 دار الفكر سنة النشر: 1409هـ/1989

كما عرف أيضا بأنه : هو علم المواريث وبيان من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث.15 فحقيقته مركبة من الفقه المتعلق بالإرث، ومن الحساب الذي يتوصل به إلى معرفة قدر ما يجب لكل وارث16.

وعرفه فقهاء الشافعية بأنه:الفقه المتعلق بالإرث، ومعرفة الحساب الموصل إلى معرفة ذلك،ومعرفة القدر الواجب من التركة لكل ذي حق17.

وتعريف هذا العلم هو الفقه المتعلق بالإرث والعلم الموصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق من التركة.

وفي الشرع: هو نصيب مقدر للوارث.

وعلم الفرائض يحتاج إلى ثلاثة علوم : علم الفتوى بأن يعلم نصيب كل وارث من التركة، وعلم النسب بأن يعلم الوارث من الميت بالنسب وكيفية انتسابه للميت، وعلم الحساب بأن يعلم من أي حساب تخرج المسألة، وحقيقة مطلق الحساب أنه علم بكيفية التصرف في عدد لاستخراج مجهول من معلوم.18

أما فقهاء الحنابلة فعرفوه بأنه: العلم بقسمة المواريث19. جمع ميراث وهو الحق المخلف عن الميت وأصله مواريث قلبت الواو ياء لانكسار ما قبلها يقال له أيضا التراث وأصل التاء فيه واو والإرث لغة البقاء وانتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين ويطلق بمعنى الميراث ويسمى القائم بهذا العلم فارضا وفريضا وفرضيا بفتح الراء وسكونها وفراضا وفرائضيا20.

وعرفه فقهاء الحنفية بأنه: العلم بأصول من فقه وحساب تعرف حق كل من التركة والحقوق هاهنا خمسة بالاستقراء لأن الحق إما للميت أو عليه أو لا ولا : الأول التجهيز والثاني إما أن يتعلق بالذمة وهو الدين المطلق أو لا وهو المتعلق بالعين والثالث إما اختياري وهو

15 - الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي8/ 195
16 - الحطاب" مواهب الجليل في شرح مختصر خليل "6/ 406 دار الفكر 1412هـ/1992م الطبعة: الثالثة وانظر:حاشية البناني على شرح الزرقاني لمختصر خليل 8/203
17 - الشربيني : مغني المحتاج3/2
18 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج محمد بن شهاب الدين الرملي 6/ 3 دار الفكر سنة النشر: 1404هـ/1984م
19 - البهوتي:كشاف القناع على متن الإقناع4/402
20 -كشاف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس البهوتي 4/ 403 دار الفكر سنة النشر: 11402هـ/1982م

الوصية أو اضطراري وهو الميراث وسمي فرائض لأن الله تعالى قسمه بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه ولذا سماه صلى الله عليه وسلم نصف العلم لثبوته بالنص لا غير. وأما غيره فبالنص تارة وبالقياس أخرى وقيل لتعلقه بالموت وغيره بالحياة أو بالضروري وغيره بالاختياري. 21

وعلم الفرائض هو علم المواريث يحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى ويكون فيه النوازل والفتوى. 22

وخصت المواريث باسم الفرائض من قوله تعالى : "نصيبا مفروضا " أي مقدرًا أو معلوماً أو مقطوعاً عن غيرهم.

وعليه فعلم الفرائض هو: العلم بأصول من فقه وحساب، تعرف حق كل من التركة 23. والميراث يطلق في اللغة ويورد به شيئان هما:

1- البقاء: ومنه اسم الله تعالى الوارث أي: الباقي. وقال - عليه الصلاة والسلام: " إنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم " أي على بقية من بقايا شريعته، والوارث الباقي وهو من أسماء الله - تعالى - : أي الباقي بعد فناء خلقه، وسمي الوارث لبقائه بعد المورث.

والمواريث جمع ميراث مشتق من الإرث، قال صاحب كتاب الزينة : وهي لغة الأصل والبقية، ومنه قوله - عليه الصلاة والسلام " - اثبتوا على مشاعركم فإنكم على إرث أبيكم إبراهيم عليه السلام 24 " أي على أصله وبقية شرف منه، قال الشاعر:

عفا غير إرث من رماد كأنه حمام بألباد القطار جثوم
أي بقية من رماد بقي من آثار الديار، والميراث أخذ من ذلك، لأنه بقية من سلف على خلف، وقيل لمن يحويه وارث، والعلماء ورثة الأنبياء لأن العلم بقية الأنبياء، والله سبحانه وارث لبقائه بعد خلقه حائزاً لما كان في أيديهم " وتركتكم ما حولناكم وراء ظهوركم " فلا يتخيل أن الإرث هو انتقال المال عن القرابة ونحوها فتكون هذه المواضع مجازات لغوية، بل حقائق

21 - رد المحتار على الدر المختار ابن عابدين 758/6 دار الكتب العلمية- سنة النشر: 1412هـ/1992م

22 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق ابن نجيم 408/8 دار الكتاب الإسلامي الطبعة: 2 : د.ب

23 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار 757/6

24 - مسند الإمام أحمد 37/4.

لغوية لاشتراكها كلها في البقية والأصل، نعم انتقل اللفظ في العرف لانتقال المال والحقوق المخصصة عن القرابة ونحوها، فتكون هذه المواضع في حق الله تعالى ووراثه العلماء الأنبياء مجازات عرفية لا لغوية، وقيل : سمت اليهود التوراة إرثا ؛ لأنهم ورثوه عن موسى -عليه السلام-25

2- الانتقال: إذا انتقل من قوم إلى آخر سمي ميراثا سواء كان حسيا أو معنوياً.

والإرث غير الميراث، لأن الإرث مصدر ومعناه استحقاق التركة، والميراث اسم مكان ومعناه التركة، أو حصة منها، وكل منهما موضوع الإرث26.

وفي الاصطلاح: هو علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث27.

وفي الشرع : انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، فكأن الوارث لبقائه انتقل

إليه بقية مال الميت.28

والإرث حقيقته مصير مال الميت إلى أقرب الناس إليه، ويقال : أورث الميت أقرباءه ماله، بمعنى جعلهم يرثونه عنه، لأنه لما لم يصرفه عنهم بالوصية لغيره فقد تركه لهم، ويطلق مجازاً على مصير شيء إلى أحد بدون عوض ولا غصب تشبيها بإرث الميت29.

وقد عرفته المدونة في المادة 323 بقولها: "الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعاً بلا تبرع ولا معاوضة".

يتبين من هذه المادة أن انتقال حق الإرث إلى الورثة مشروط بتحقق وثبات الأمور

التالية:

1- ثبوت واقعة الوفاة في حق المورث.

2- تحقق الحياة بالنسبة للوارث.

25 - الذخيرة :شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي7/13 دار الغرب الإسلامي سنة النشر: 1994م

26 - ترتيب القاموس المحيط مادة: ورث.

27 - الشرح الصغير للدردير443/2.

28 - الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصلني الحنفي 5/ 579 دار الخير سنة النشر: 1419هـ /

1998م

29 - التحرير والتنوير محمد الطاهر ابن عاشور 9/135 دار سحنون

3- إن انتقال حق الإرث للورثة لا يتم إلا بعد تصفية الشركة من الحقوق المتعلقة

بها30

4- حق الإرث ليس عقدا من عقود المعاوضات ولا التبرعات، فهو ينتقل إلى مستحقيه

بعد توفر شروط هذا الانتقال.

ثانياً: موضوع علم الفرائض وفائدته والغاية منه واستمداده ومشروعيته

إن موضوع علم الفرائض التركات31 لا العدد، لأنها التي يبحث فيها عن عوارضه

الذاتية كحق الميراث المتعلقة بالشركة من مؤن تجهيزه وقضاء ديونه وحق الوارث والموصى

له وغير ذلك.32

وكون موضوعه التركات، لأنه يبحث فيه عن عوارضها الذاتية من مؤن تجهيز

وقضاء دين وتنفيذ وصية وإرث.

وقال صاحب كشاف القناع موضوعه: التركات، لأنها التي يبحث فيها عن عوارضها

لا العدد، فإنه موضوع علم الحساب.33

30 - أشارت مدونة الأسرة إلى الحقوق المتعلقة بالشركة في المادة 322 وهي: تتعلق بالشركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي:

1- الحقوق المتعلقة بعين الشركة.

2- نفقات تجهيز الميراث بالمعروف.

3- ديون الميراث المطلقة.

4- الوصية الصحيحة النافذة.

5- الموارد بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

31 - والشركة: حق يقبل التجزؤ يثبت لمستحق بعد موت من كان له بقرابة أو ما في معناها كالنكاح والولاء فقولته حق يتناول المال وغيره كالخيار والشفعة والقصاص وخرج بقابل التجزؤ الولاء والولاية إذ ينتقلان إلى الأبعد بعد موت الأقرب لعدم قبولهما التجزؤ، ولا يرد القصاص والشفعة والخيار لأنه ليس المراد بقبول التجزؤ قبول الإفراز بل ما يمكن أن يقال فيه لهذا نصفه ولهذا ثلثه ونحو ذلك وهذه الثلاثة كذلك وخرج بقولنا بعد موت من كان له الحقوق الثابتة بالشراء والإيهاب وغيرهما بقولنا بقرابة الوصية على القول بأنه تملك بالموت (الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي/8/ 195)

32 - الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي/8/ 195 وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي مرجع سابق /4/ 457.

33 - كشاف القناع عن متن الإقناع منصور بن يونس البهوتي مرجع سابق /4/ 404

أما غاية علم الفرائض والفائدة منه: هو إيصال نصيب كل وارث إليه، وحصول ملكة للإنسان توجب سرعة الجواب على وجه الصحة والصواب³⁴. وإيصال كل ذي حق حقه، أي إيصال الحقوق لأربابها³⁵، من تركة الميت³⁶.

هذا ويستمد علم الفرائض مشروعيته من كتاب الله تعالى وأحاديث نبيه صلى الله عليه وسلم واجتهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم والإجماع والقياس³⁷.

فمن كتاب ربنا قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين آبائكم وأبنائكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكيما ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكن الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حلِيم، تلك حدود الله ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجري من تحتها الأنهار خالدين فيها وذلك الفوز العظيم، ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها وله عذاب مهين"³⁸

قال أبو جعفر: يعني جل ثناؤه بقوله: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" يعهد إليكم ربكم إذا مات الميت منكم وخلف أولاداً ذكوراً وإناثاً، فلولده الذكور والإناث ميراثه أجمع بينهم، للذكر منهم مثل حظ الأنثيين، إذا لم يكن له وارث غيرهم، سواء فيه صغار ولده وكبارهم وإناثهم، في أن جميع ذلك بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين. قال أبو جعفر: وقد

34 - الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي 8/ 195

35 -- رد المختار على الدر المختار ابن عابدين مرجع سابق 6/ 758

36 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي مرجع سابق 4/ 457

37 - منح الجليل شرح مختصر خليل محمد بن أحمد بن محمد عليش مرجع سابق 9/ 595.

38 - النساء: الآية 11 و12

ذكر أن هذه الآية نزلت على النبي صلى الله عليه وسلم، تبييناً من الله الواجب من الحكم في ميراث من مات وخلف ورثة، على ما بين. لأن أهل الجاهلية كانوا لا يقسمون من ميراث الميت لأحد من ورثته بعده، ممن كان لا يلاقي العدو ولا يقاتل في الحروب من صغار ولده، ولا للنساء منهم. وكانوا يخصون بذلك المقاتلة دون الذرية. فأخبر الله جل ثناؤه أن ما خلفه الميت بين من سمى وفرض له ميراثاً في هذه الآية، وفي آخر هذه السورة، فقال في صغار ولد الميت وكبارهم وإناتهم: لهم ميراث أبيهم، إذا لم يكن له وارث غيرهم، للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال السدي في قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"، كان أهل الجاهلية لا يورثون الجوارى ولا الصغار من الغلمان، لا يرث الرجل من ولده إلا من أطاق القتال، فمات عبد الرحمن أخو حسان الشاعر، وترك امرأة يقال لها أم كجة، وترك خمس أخوات، فجاءت الورثة يأخذون ماله، فشكت أم كجة ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فأنزل الله تبارك وتعالى هذه الآية: "فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف" ثم قال في أم كجة: "ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن"

قال ابن عباس: لما نزلت الفرائض التي فرض الله فيها ما فرض للولد الذكر والأنثى والأبوين، كرهها الناس أو بعضهم، وقالوا: "تعطى المرأة الربع والثمن، وتعطى الابنة النصف، ويعطى الغلام الصغير، وليس من هؤلاء أحد يقاتل القوم ولا يحوز الغنيمة!! اسكتوا عن هذا الحديث لعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ينسأه، أو نقول له فيغيره". فقال بعضهم: يا رسول الله، أعطى الجارية نصف ما ترك أبوها، وليست تترك الفرس ولا تقاتل القوم، ونعطي الصبي الميراث وليس يغني شيئاً؟! وكانوا يفعلون ذلك في الجاهلية، لا يعطون الميراث إلا من قاتل، يعطونه الأكبر فالأكبر.

وقال آخرون: بل نزل ذلك من أجل أن المال كان للولد قبل نزوله، وللوالدين الوصية، فنسخ الله تبارك وتعالى ذلك بهذه الآية.

وعن ابن عباس في قوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم" قال، كان المال للولد، وكانت الوصية للوالدين والأقربين، فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين،

وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس مع الولد، وللزوج الشطر والربع، وللزوجة الربع والثلث.

وقال مجاهد: " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين " قال، كان ابن عباس يقول: كان المال، وكانت الوصية للوالدين والأقربين، فنسخ الله تبارك وتعالى من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم ذكر نحوه 39.

وعن عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال "مرضت فعادني رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وهما ماشيان فأتاني وقد أغمي علي فتوضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم فصب علي وضوءه فأفقت فقلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي كيف أقضي في مالي فلم يجبني بشيء حتى نزلت آية المواريث "

قال ابن العربي 40: اعلموا علمكم الله أن هذه الآية ركن من أركان الدين، وعمدة من عمد الأحكام، وأم من أمهات الآيات : فإن الفرائض عزيمة القدر حتى إنها تلت العلم، وقد قال صلى الله عليه وسلم : " العلم ثلاث : آية محكمة، أو سنة قائمة، أو فريضة عادلة" وكان جل علم الصحابة وعظم مناظرتهم، ولكن الخلق ضيعوه، وانتقلوا منه إلى الإجازات والسلم والبيوع الفاسدة والتدليس، إما لدين ناقص، أو علم قاصر، أو غرض في طلب الدنيا ظاهر "

وقوله تعالى: " يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين يبين الله لكم أن تضلوا والله بكل شيء عليم" 41
قال ابن العربي: ثبت في الصحيح أن البراء بن عازب قال : آخر سورة نزلت سورة براءة، وآخر آية نزلت آية الكلالة.

وفي صحيح مسلم ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب يوم الجمعة فذكر نبي الله صلى الله عليه وسلم وذكر أبا بكر ثم قال: " إنني لا أدع بعدي شيئاً أهم عندي من

39 - انظر تفسير الطبري 365/4 وما بعدها.

40 - أحكام القرآن ص 430

41 - النساء الآية 176

الكلالة ما راجعت رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء ما راجعته في الكلالة، وما أغلظ لي في شيء ما أغلظ لي فيه حتى طعن بإصبعه في صدري وقال يا عمر: ألا تكفيك آية الصيف التي في آخر سورة النساء وإنني إن أعش أقض فيها بقضية يقضي بها من يقرأ القرآن ومن لا يقرأ القرآن".

وروي عن جابر بن عبد الله قال: "مرضت وعندني تسع أخوات لي، فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فنضح في وجهي من الماء، فأفقت فقلت: يا رسول الله؛ ألا أوصي لأخواتي بالثلثين؟ قال: أحسن. قلت: بالشطر؟ قال: أحسن ثم خرج وتركني ثم رجع فقال: لا أراك ميتا من وجعك هذا، فإن الله أنزل الذي لأخواتك فجعل لهن الثلثين "

قال قتادة: وذكر لنا أن أبا بكر قال: ألا إن الآية التي نزلت في أول سورة النساء من شأن الفرائض نزلت في الولد والوالد، والآية الثانية أنزلها الله سبحانه في الزوج والزوجة والإخوة من الأم، والآية التي ختم بها سورة النساء في الإخوة والأخوات من الأب والأم، والآية التي ختم بها سورة الأنفال أنزلها الله سبحانه في ذوي الأرحام، وما جرت الرحمة من العصبية.

وقال ابن سيرين: "نزلت والنبي صلى الله عليه وسلم في مسير له، وإلى جنبه حذيفة، فبلغها حذيفة وبلغها عمر، وهو يسير خلفه، فلما استخلف عمر سأل عنها حذيفة، ورجا أن يكون عنده تفسيرها، فقال له حذيفة والله إنك لعاجز".

قال ابن العربي: قال علماؤنا: معنى الآية إذا لم يكن للميت ولد ذكر ولا أنثى فكان موروثا كلاله، فلاخته النصف فريضة مسماة. فأما إن كان للميت ولد أنثى فهي مع الأنثى عصبية يصير لها ما كان يصير للعصبية لو لم يكن ذلك غير محدود بحد، ولم يقل الله: إن كان له ولد فلا شيء لأخته معه؛ فيكون لما قال ابن عباس وابن الزبير وجه؛ إذ قال ابن عباس إن الميت إذا ترك بنتا فلا شيء للأخت، إلا أن يكون معها أخ ذكر، وإنما بين الله سبحانه حقه إذا ورثت الميت كلاله، وترك بيان ما لها من حق إذا لم يورث كلاله؛ فبينه رسول الله

صلى الله عليه وسلم بوحى ربه، فجعلها عصابة مع إناث ولد الميت، وذلك لا يغير وراثتها في الميت إذا كان موروثا عن كلاله 42.

ومن السنة أحاديث كثير منها: ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه "عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلينا قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته" 43

وعن أبي هريرة رضي الله عنه " أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين فيسأل هل ترك لدينه من قضاء فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه وإلا قال صلوا على صاحبكم فلما فتح الله عليه الفتوح قال أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي وعليه دين فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فهو لورثته"

وعن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة "عن النبي صلى الله عليه وسلم قال :والذي نفس محمد بيده إن على الأرض من مؤمن إلا أنا أولى الناس به فأيكم ما ترك ديننا أو ضياعا فأنا مولاه وأيكم ترك مالا فإلى العصابة من كان" 44

قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الولاء لمن أعتق" 45

وقوله ﷺ "ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر" 46. وفائدة قوله صلى الله عليه وسلم " ذكر " بيان أن المراد بالرجل هنا ما قابل المرأة، فيشمل الصبي لا ما قابل الصبي المختص بالبالغ. 47

وقوله ﷺ "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم" 48

42 - انظر أحكام القرآن 1/ 430 وتفسير الطبري والقرطبي وابن كثير عند تفسير سورة النساء.

43 - انظر فتح الباري كتاب الفرائض باب قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلاهله.

44 - انظر: صحيح مسلم كتاب الفرائض باب من ترك مالا فلورثته

45 - سنن أبي داود كتاب الفرائض باب في الولاء.

46 - صحيح البخاري 6/ 2476 باب ميراث الولد من أبيه وأمه.

47 -- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج محمد بن شهاب الدين الرملي مرجع سابق 6/ 4

48 - صحيح البخاري 6/ 2484

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على مشروعية الميراث، وعلى أنه من فروض الكفاية واستوفت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم النظر فيه وكثرت مناظرتهم وأجوبتهم وفروعهم فيه أكثر من غيره، فمن استكثر منه فقد اهتدى بهديهم رضي الله تعالى عنهم.

ومن الأمور التي أجمع عليها الصحابة: أن الأخت للأب كالأخت الشقيقة عند عدمها، وأن الأخ للأب كالأخ الشقيق عند عدمه، وأن ابن الابن كالابن عند عدمه... الخ.

ويتمثل الاجتهاد في أمور اختلف فيها الصحابة، كاجتهادهم في ميراث الجد مع الإخوة، واختلافهم في مسائل العول والرد، واختلافهم في ميراث ذوي الأرحام، وفي المسائل الشاذة.

والإرث مشروع أيضا بالقياس فلقد أثبت به الجمهور عدة حالات لم يرد بشأنها نص في القرآن ولا في السنة، قال ابن العربي: ولو لم يكن من فضل الفرائض والكلام عليها إلا أنها تبتهت منكري القياس، وتخزي مبطلي النظر في إلحاق النظير بالنظير، فإن عامة مسائلها إنما هي مبنية على ذلك، إذ النصوص لم تستوف فيها ولا أحاطت بنوازلهـا.49

ثالثا: حكم تعلمه وتعليمه وفضيلته

انعقد إجماع الأمة على أن تعلم علم الفرائض والمواريث هو من فروض الكفاية إذا قام به من يكفي سقط الفرض عن بقية الناس.

وحكمة ما أجمعت عليه الأمة من فرضيته على الكفاية لاستيفاء الصحابة النظر فيه وكثرة مناظرتهم وأجوبتهم فيه، فمن أكثر منه فقد اهتدى بهديهم50.

وقد حض رسول الله صلى الله عليه وسلم على تعلمه وتعليمه فقال: " تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان في الفريضة ولا يجدان من يفصل بينهما"

49- ابن العربي : أحكام القرآن 1/330.

50 - الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني

وقال صلى الله عليه وسلم " تعلموا الفرائض وعلموها الناس فإنها نصف العلم، وإنه ينسى، وإنه أول ما ينزع من أمتي " 51

وقال " تعلموا القرآن وعلموه الناس، وتعلموا الفرائض وعلموها الناس، وتعلموا العلم وعلموه الناس، فإنني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض حتى يختلف اثنان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما " .

وعن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: " العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة" 52.

وعن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " أرحمن أمتي بأمتي أبو بكر، وأشدها في دين الله عمر، وأصدقها حياء عثمان، وأعلمها بالحلال والحرام معاذ بن جبل، وأقرأها لكتاب الله عز وجل أبي، وأعلمها بالفرائض زيد بن ثابت، ولكل أمة أمين، وأمين هذه الأمة أبو عبيد بن الجراح" 53.

وقد حض على تعلمه جماعة من الصحابة والتابعين أيضا، فقال عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه تعلموا الفرائض فإنها من دينكم.

وقال أيضا : تعلموا الفرائض والسنة واللعن كما تتعلمون القرآن والنحو واللغة.

وقال أيضا : إذا لهوتم فالهوا بالرمي، وإذا تحدثتم فتحدثوا بالفرائض.

وقال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه تعلموا القرآن والفرائض فإنه يوشك أن يفتقر الناس إلى علم من يعلمها.

وقال أبو موسى الأشعري رضي الله تعالى عنه مثل الذي يقرأ القرآن ولا يحسن الفرائض كمثل لابس برنس لا رأس له.

51 - سنن ابن ماجه باب الحث على تعلم الفرائض 908/2.
52 - أخرجه الحاكم في المستدرک على الصحيحين كتاب الفرائض 332/4 وانظر: نيل الأوطار للشوكاني كتاب الفرائض.
53 - رواه أحمد وابن ماجه والنسائي.

وقال الإمام مالك رضي الله تعالى عنه لا يكون الرجل عالماً مفتياً حتى يحكم الفرائض والنكاح والأيمان.

المبحث الثاني: مفهوم التركة وبيان الحقوق المتعلقة بها

يشتمل هذا المبحث على نقطتين:

أولاً: مفهوم التركة

التركة: بفتح التاء وكسر الراء ويجوز تسكين الراء مع فتح التاء وكسرها، وهو بمعنى المتروك، كالطلبة بمعنى: المطلوب وتركة الميت تراثه وهو الميراث⁵⁴.

والتركة من ترك الشيء بمعنى خلاه، وتركة الميت تراثه المتروك، وترك الميت مالا خلفه، والاسم التركة بفتح التاء وكسر الراء، أو بكسر التاء وسكون الراء، والجمع تركات. وتركة الميت ما يتركه من الميراث⁵⁵.

وفي الاصطلاح الفقهي: اختلف فقهاء المذاهب في تحديد معنى التركة، مما نتج عنه اختلافهم في تحديد آثارها.

ذهب المالكية: إلى أن التركة حق يقبل التجزؤ يثبت لمستحق بعد موت من كان له بقرابة أو ما في معناها كالنكاح والولاء⁵⁶.

وذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة إلى أن التركة: حق يقبل التجزي يثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك. وضبطه بعضهم: بأنه حق قابل للتجزيء ثبت لمستحق بعد موت من كان له لوجود قرابة بينهما أو ما في معناها⁵⁷.

وعند الشافعية: أن التركة ما يخلفه الميت من حق كجناية وحد قذف أو اختصاص أو مال كخمر تخللت بعد موته ودية أخذت من قاتله لدخولها في ملكه، وكذا ما وقع بشبكة نصبها في حياته على ما قاله الزركشي وما نظر به من انتقالها بعد الموت للورثة، فالواقع بها من زوائد التركة⁵⁸.

54 - الخطاب: مواهب الجليل 407/6.

55 - لسان العرب 319/1، مختار الصحاح ص 77، المصباح المنير 53/1.

56 - الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية الشيخ علي العدوي 195/8.

57 - مواهب الجليل 406/6.

58 - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج محمد بن شهاب الدين الرملي 6/5 دار الفكر سنة النشر: 1404هـ 1984م.

والتركة عند الشافعية أيضا: ما كان للإنسان حال حياته وخلفه بعد مماته من مال أو حقوق أو اختصاص، وكذلك ما دخل بعد موته في ملكه بسبب كان منه في حياته كصيد وقع في شبكة نصبها في حياته، وخمر صار خلا بعد موته59.

ومعنى هذا التعريف أن التركة حق، والحق جنس يتناول المال وغيره كالخيار والشفعة والقصاص والولاء والولاية، فإذا اشترى زيد سلعة بالخيار ومات قبل انقضاء أمده انتقل الخيار لوارثه، وإذا كانت دار شركة بين زيد وعمرو فباع زيد حصته وثبتت الشفعة لعمرو ومات عمرو قبل أخذه بها انتقل الحق في الشفعة لوارثه، وإذا قتل زيد عمرا وكان بكر أبا لعمرو ومات بكر انتقل الحق في القصاص لوارثه.

ومعنى قولهم: حق يقبل التجزي تخرج الحقوق التي لا تقبل التجزي كالولاء وولاية النكاح.

ومعنى قولهم: يثبت لمستحقه، أي بقراءة أو نكاح أو ولاء، ولا بد من هذا القيد لإخراج الوصية،

ومعنى قولهم: بعد موت من كان له ذلك، خرج به الحقوق الثابتة بالشراء والإيهاب ونحوهما فلا تسمى تركة.

وعلى هذا فالتركة بمعنى المتروك وتركة الميت تراثه، وهو الميراث ويتناول كذلك المال كالنفود والتمول كأصول والعروض، كما يتناول الحقوق المالية.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من مات عن حق فلورثته" وهذا اللفظ ليس على عمومه بل من الحقوق ما ينتقل إلى الوارث ومنها ما لا ينتقل، والضابط لما ينتقل إليه ما كان متعلقا بالمال، وما كان متعلقا بنفس الموروث وعقله وشهوته لا ينتقل للوارث.

وعرفها الحنفية في المشهور عندهم: بأنها ما يتركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق الغير بعينه60.

59 - الشربيني: مغني المحتاج 3/3.

60 - ابن عابدين: رد المحتار على الدر المختار 6/759.

وعرفها الحنابلة بأنها: الحق المخلف عن الميت ويقال له أيضا التراث⁶¹.

مما سبق يتبين أن التركة تشمل الأموال والحقوق مطلقا ومنها المنافع. مصداقا لقوله

صلى الله عليه وسلم "من ترك حقا أو مالا فلورثته"⁶²

ويظهر من التعريفات السابقة أن ما ذهب إليه الجمهور أرجح. وبه أخذت الشرائع

الوضعية، ومنها مدونة الأسرة في المادة 321: "التركة مجموع ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية".

وفي نفس الاتجاه ذهب القانون العربي الموحد حينما نص في المادة 234 على أن:

التركة ما يتركه الميت من مال أو حقوق مالية".

وعليه يتبين من المناقشات السابقة أن التركة شاملة للأموال والحقوق المالية المتروكة

على اختلاف أنواعها: كالعقارات، والمنقولات، والأصول التجارية، والأسهم والسندات،

وباقى الأوراق التجارية الأخرى، والتجهيزات، والأشياء الثمينة، والتحف، والحلي، والنقود

الناضة... الخ.

ثانيا: الحقوق المتعلقة بالتركة

هذه الحقوق منها ما ينتقل إلى الورثة، ومنها ما يختلف في انتقالها إلى الورثة، ومنها

حقوق لا تنتقل إلى الورثة.

فالحقوق المنتقلة إلى الورثة هي الحقوق المالية المحضة، أو التي تؤول إلى مال

كحقوق الارتفاق، وحق حبس المبيع لاستيفاء الثمن، وحق حبس الرهن لاستيفاء الدين، وحق

الديون التي في ذمة المدينين... الخ.

وهذه الحقوق لا تسقط بموت صاحب الحق بل تنتقل إلى ورثته، لأنها مال أو في معنى

المال، أو لتعلقها بالمال⁶³، والمال يورث لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى

61 - البهوتي: كشف القناع على متن الاقتناع 402/4.

62 - ابن الهمام: فتح القدير شرح على الهداية 319/6

63 - انظر تصفية التركة في الفقه الاسلامي مرجع سابق ص 32

الله عليه وسلم قال: "أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلينا قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته"

وعن ابن شهاب: "أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيقول: هل ترك لدينه قضاء؟ فإن قيل: نعم صلى عليه، وإلا قال: صلوا على صاحبكم. فلما فتح الله عليه الفتوح قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم"

وعن أبي هريرة: "ما من مؤمن إلا وأنا أولى به في الدنيا والآخرة، اقرءوا إن شئتم: النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم".

وقوله: صلى الله عليه وسلم: "ومن ترك مالا فلورثته" أي: فهو لورثته وفي رواية "فليرثه عصبته من كانوا"

وفي رواية "فإلى العصبه من كان" وفي رواية أخرى رواية "فما له لموالي العصبه" أي: أولياء العصبه، قال الداودي: المراد بالعصبه هنا الورثة لا من يرث بالتعصيب؛ لأن العاصب في الاصطلاح من له سهم مقدر من المجمع على توريثهم ويرث كل المال إذا انفرد ويرث ما فضل بعد الفروض بالتعصيب. وقيل: المراد بالعصبه هنا قرابة الرجل، وهم من يلتقي مع الميت في أب ولو علا، سموا بذلك؛ لأنهم يحيطون به، يقال: عصب الرجل بفلان أحاط به، ومن ثم قيل: تعصب لفلان أي أحاط به.

وقال الكرمانى: المراد العصبه بعد أصحاب الفروض، قال: ويؤخذ حكم أصحاب الفروض من ذكر العصبه بطريق الأولى، ويشير إلى ذلك قوله: "من كانوا" فإنه يتناول أنواع المنتسبين إليه بالنفس أو بالغير، قال: ويحتمل أن تكون من شرطية. "64.

وأصحاب المواريث بالاتفاق صنفان أصحاب الفرائض والعصبات فأصحاب الفرائض: اثنا عشر نفراً، أربعة من الرجال وثمانية من النساء. فالرجال: الأب والجد والزوج والأخ لأم، والنساء: الأم والجددة والبنات وبنات الابن والأخت لأب وأم والأخت لأب والأخت لأم والزوجة، فستة من هؤلاء صاحب فرض في عموم الأحوال، وهم الزوج والأخ لأم والأم والجددة والأخت لأم والزوجة، وستة يتردد حالهم بين الفريضة والعصوبة وهم: الأب والجد

والبنت وبنت الابن والأخت لأب وأم والأخت لأب، وأما العصابات لا يحصون عدداً، ولكن يحصون جنسا وهم أصناف ثلاثة: عصابة بنفسه وعصابة بغيره وعصابة مع غيره.

والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام " ما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر " معناه فلأقرب رجل ذكر والابن أقرب إلى الميت من الأب لأن الابن تفرع من الميت فالميت أصله والأب تفرع منه الميت فهو أصل له واتصال الفرع بالأصل أظهر من اتصال الأصل بالفرع. والفرع يتبع الأصل فيصير مذكوراً بذكر الأصل والأصل لا يصير مذكوراً بذكر الفرع فإن البناء والأشجار يدخل في البيع باعتبار الاتصال بالأصل.⁶⁵

والحقوق المختلف في انتقالها إلى الورثة تتجلى في الحقوق الشبيهة بالحق الشخصي وبالحق المالي، أي: أن هذه الحقوق تجمع بين شبهين، شبه بالحق الشخصي، وشبه بالحق المالي، وذلك كحق الشفعة، وحق الخيارات، وحق المدين في تأجيل الدين، وحق المنفعة... الخ. **أما الحقوق التي لا تنتقل إلى الورثة** بل تنتهي وتسقط بوفاة صاحب الحق فهي الحقوق الشخصية المحضة، أي التي تثبت للإنسان بالنظر إلى شخصه وذاته ولأوصاف التي تميزه عن غيره من الناس، وذلك كحق أرباب الوظائف في وظائفهم، وحق الزوج في التمتع بزوجه، وحق الولاية على النفس والمال، وحق الحضانة... الخ.

ومن المعلوم أن وقت انتقال التركة إلى الورثة من الأمور التي اختلف فيها فقهاء المذاهب، حيث ذهب المالكية والحنفية في أحد قوليه، أن شخصية الموروث تمتد إلى حين تصفية التركة، وأنها لا تنتهي في جميع الأحوال بموته، وإنما تمتد اعتبارياً خلال المدة اللازمة لتصفية تركته.

ودليلهم: قوله تعالى: "من بعد وصية يوصي بها أو دين" 66 لأن التركة لا تكون وفقا للشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون، قال ابن العربي 67: قال علماءنا: هذا فصل عظيم من فصول الفرائض، وأصل عظيم من أصول الشريعة؛ وذلك أن الله سبحانه جعل المال قواما للخلق؛ ويسر لهم السبب إلى جمعه بوجوه متعبة، ومعان عسيرة، وركب في جبالاتهم الإكثار منه والزيادة على القوت الكافي المبلغ إلى المقصود، وهو تاركه بالموت يقينا، ومخلفه لغيره، فمن رفق الخالق بالخلق صرفه عند فراق الدنيا؛ إبقاء على العبد وتخفيفا من حسرته على أربعة أوجه: الأول: ما يحتاج إليه من كفنه وجهازه إلى قبره. الثاني: ما تبرأ به ذمته من دينه. الثالث: ما يتقرب به إلى الله من خير ليستدرك به ما فات في أيام مهلته. الرابع: ما يصير إلى ذوي قرابته الدانية وأنسابه المشتبكة المشتركة.

لقد جعل الله الميراث بعد الوصية والدين، وعليه فيكون وقت الميراث وفقا لهذه الآية بعد قضاء الدين وتصفية التركة.

وبهذا القول أخذت مدونة الأسرة أثناء تعريفها للإرث في المادة 323 حيث نصت على ما يلي: "الإرث انتقال حق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع ولا معاوضة".

يستفاد من منطوق هذه المادة أن أموال الميت تبقى على ملكيته طوال المدة اللازمة لتنفيذ التزاماته، ولا تنتقل إلى الورثة إلا بعد تنفيذ تلك الالتزامات، وتصفية التركة من الحقوق المتعلقة بها، وهذا ما أيده الترتيب الوارد في المادة 322 بشأن استخراج الحقوق⁶⁸.
وبتبني المدونة لهذا الرأي تكون قد وافقت المذهب المالكي بخصوص وقت انتقال التركة إلى الورثة.

66 - النساء الآية 12.

67 - الجامع لأحكام القرآن سورة النساء 1 / 443

68 - المادة 322 ما يلي: تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي:

1- الحقوق المتعلقة بعين التركة.

2- نفقات تجهيز الميت بالمعروف.

3- ديون الميت المطلقة.

4- الوصية الصحيحة النافذة.

5- المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة.

بينما ذهب جمهور الحنابلة والشافعية ومعظم فقهاء القانون الوضعي إلى أن انتقال تركة الميت إلى الورثة يكون فور الموت أي بانتهاء شخصية الهالك.

هذا ولقد اختلفت المذاهب الفقهية في تعداد الحقوق المتعلقة بالتركة، فعلى رأي الجمهور أنها خمسة حقوق، وهي مرتبة إن ضاقت التركة حسب الترتيب الآتي:

1- الحقوق المتعلقة بأعيان التركة، كالديون الموثقة بالرهن.

2- نفقات تجهيز الميت بالمعروف من ثمن ماء تغسيله وكفنه وحنوطه وأجرة غاسله وحافر قبره.

3- الديون المطلقة كالحقوق المتعلقة بذمة الميت كالديون التي ليس فيها رهن سواء كانت لله تعالى كالزكاة أم للأدميين كالقرض.

4- الوصية الصحيحة النافذة الجائزة وهي ما كانت بالثلث فأقل لغير وارث..

5- الميراث ويقدم منه الإرث بالفرض ثم التعصيب.

قال ابن جزري: إذا مات الإنسان أخرج أولاً من رأس ماله ما يلزم في تكفينه وإقباره، ثم الديون على مراتبها، ثم تخرج الوصية من ثلثه، ثم يورث ما بقي من الأشياء التي تخرج من الثلث قبل الميراث مرتبة إن ضاق عنها الثلث⁶⁹.

قال القرطبي⁷⁰: ولا ميراث إلا بعد أداء الدين والوصية؛ فإذا مات المتوفى أخرج من تركته الحقوق المعينات، ثم ما يلزم من تكفينه وتقبيره، ثم الديون على مراتبها، ثم يخرج من الثلث الوصايا، وما كان في معناها على مراتبها أيضاً، ويكون الباقي ميراثاً بين الورثة.

وفيما سبق يقول الشيخ خليل رحمه الله: " يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لو ارثه "

قال الخرشي: ذكر المؤلف- يعني الشيخ خليل- خمسة أمور: حق تعلق بعين التركة، وحق تعلق بالميت، وحق تعلق بالذمة، وحق تعلق بالغير، وحق تعلق بالوارث. والحصص في هذه وترتيبها استقرائي، فإن الفقهاء تتبعوا مسائل الفقه فلم يجدوها تزيد على هذه المراتب

69 - القوانين الفقهية ج: 1/ 252

70 - انظر تفسير القرطبي " سورة النساء " وانظر: حاشية الرحبية في علم الفرائض ص 12 لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي

الخمسة، وبعضهم جعله عقليا وفيه نظر، لأن العقل يجوز أكثر من ذلك، إلا أن يكون مراده أنه حصر لما وجد في الخارج، أي بعد أن وجدت في الخارج حصرها العقل فيها، وبعبارة وطريق حصر هذه الأمور أن تقول: الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت، أو بالموت، والثابت قبل الموت إما أن يتعلق بالعين، أو لا.

الأول: هو الحقوق العينية، وإليه أشار بقوله: " يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون "

والثاني: الدين المطلق، وإليه أشار بقوله: " ثم تقضى ديونه " والثابت بالموت إما للميت أو لا.

والثابت بالموت للميت، وهو مؤن تجهيزه، وإليه أشار بقوله: " ثم مؤن تجهيزه بالمعروف "

أو لغيره وهو الوصية، وإليه أشار بقوله: " ثم وصاياه " أولا وهو الميراث، وإليه أشار بقوله: " ثم الباقي لوارثه " 71.

قال الحطاب 72: والطريق الثاني أن يقال " الحق إما للميت أو عليه، أو لاله ولا عليه. الأول: مؤن التجهيز، والثاني: إما أن يتعلق بالذمة فقط وهو الدين المطلق، أو لا وهو المتعلق بعين التركة، والثالث: إما اختياري وهو الوصية، أو اضطراري وهو الميراث. وذكر المصنف هذه الحقوق مرتبة فكل واحد مقدم على ما بعده، وقوله: " يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين " أي بعين من التركة أو بهما جميعا. والمراد بالعين الذات، ثم مثل للحق المتعلق بالعين بقوله: " كالمرهون " يعني إذا حيز قبل موت الراهن الحوز الشرعي.

والذي يخرج من التركة قبل وقوع المواريث فيها ينقسم على قسمين: أحدهما: ما يجب إخراجه من رأس المال.

والثاني: ما يجب إخراجه من الثلث، وما يجب إخراجه من رأس المال مقدم على ما يجب إخراجه من الثلث، وما يجب إخراجه من رأس المال على وجهين: أحدهما: حقوق معينة.

والثاني: حقوق ليست بمعينة.

فأشار إلى الوجه الأول بقوله: "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون" قال في المقدمات بعد أن ذكر التقسيم المتقدم، فأما الحقوق المعينة فتخرج كلها، وإن أتت على جميع التركة. وذلك مثل المرتهن والزكاة ثم الحائط الذي يموت عنه صاحبه وقد أزهت ثمرته وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه، وفيها السن الذي تجب فيها وما أقر به المتوفى من الأصول، والعروض بأعيانها لرجل أو قامت على ذلك بينة انتهى. فهذا ونحوه هو الذي أشار إليه المؤلف بالكاف في قوله: "كالمرهون". وزاد ابن عرفة وسكنى الزوجة مدة عدتها مسكنها حين موته بملكه أو بنقد كرائه انتهى.

وقال في الرسالة: ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث، قال الشيخ يوسف بن عمر يريد آلة الدفن من أجرة الغسال والحمال والحفار والحنوط وغير ذلك. وهذا معنى قول المصنف هنا" ثم مؤنة تجهيزه بالمعروف" ثم قال ابن رشد: ثم حقوق الأدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه انتهى.

ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور. إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته ويبدأ من ذلك في رأس ماله الأوكد فالأوكد كما يبدأ الأكد فالأكد في ذلك إذا فرط فيه في حياته وأوصى به أن يؤدي عنه بعد وفاته، وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وليس فيه السن الواجبة فيها تجري في التبدئة مجرى ما لم يخرج عند حلوله وأشهد به على نفسه في صحته انتهى.

وكذلك من أشهد أن في ذمته كفارات، وأنه قد نذر أن يعطي فلانا كذا وكذا الشيء سماه وعينه ثم مات وهو في يده أنه يؤخذ من رأس ماله بل لو أشهد أنه نذر أن يتصدق على المساكين بكذا وكذا، وأنه باق في ذمته أنه يؤخذ من رأس ماله وقد نص في المدونة وغيرها على أنه إذا نذر أن يتصدق على المساكين بجميع ماله يؤمر بإخراج ثلث ماله ولا يجبر على ذلك وإلى جميع ما تقدم أشار المؤلف بقوله: "ثم تقضى ديونه"، لأن حقوق الأدميين وحقوق الله يصدق عليها كلها ديون وكذلك عبارة الرسالة: ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث. ولهذا قال شارحه الشيخ يوسف بن عمر ثم الدين الذي بعوض والذي يثبت بالبينة أو بإقرار الميت

في صحته أو بإقراره في مرضه لمن لا يتهم عليه ثم الدين الذي بغير عوض مثل الزكاة التي فرط فيها وأقر بها في صحته والكفارات ثم بعد هذا الوصية انتهى. ولكنه ليس في كلام المؤلف ولا في كلام صاحب الرسالة ما يدل على أن حقوق الأدميين مقدمة على حقوق الله تعالى. وقوله: " ثم وصاياه من ثلث الباقي" يريد وما يخرج مع الوصايا مما هو مقدم عليها كما تقدم "ثم الباقي لورثته"، وإنما قدمت الوصية على الميراث لاحتمال أن يبقى من الثلث شيء لهم.

قال ابن العربي73: فأما تقديم الصدقة على الميراث في بعض المال ففيه مصلحة شرعية وإيالة دينية ؛ لأنه لو منع جميعه لفاته باب من البر عظيم، ولو سلط عليه لما أبقى لورثته بالصدقة منه شيئاً لأكثر الوارثين أو بعضهم ؛ فقسم الله سبحانه بحكمته المال وأعطى الخلق ثلث أموالهم في آخر أعمارهم، وأبقى سائر المال للورثة، كما قال عليه السلام: "إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس "

وقد روى البخاري عن خباب قال: هاجرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، ثم قال : ومنهم مصعب بن عمير قتل يوم أحد، فلم نجد له ما نكفنه فيه إلا نمره كنا إذا غطينا بها رأسه بدت رجلاه، وإذا غطينا بها رجليه بدا رأسه. فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "غطوا بها رأسه واجعلوا عليه من الإذخر" فبدأ بالكفن على كل شيء.

وروى الأئمة عن جابر: أن أباه استشهد يوم أحد، وترك ست بنات، وترك ديناً، فلما حضر جداد النخل أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يا رسول الله ؛ قد علمت أن والذي استشهد يوم أحد، وترك عليه ديناً، وإني أحب أن يراك الغرماء. قال : اذهب فبيدر كل ثمرة على حدة ففعلت : فلما دعوته وحضر عندي ونظروا إليه كأنما أغروا بي تلك الساعة، فلما رأى ما يصنعون طاف حول أعظمها بيديراً فجلس عليه، وقال : ادع أصحابك ؛ فما زال يكيل لهم حتى أدى الله أمانة والدي". فقدم الدين على الميراث. وروى البخاري عن سامة بن الأكوع قال " : كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتى بجنزة فقالوا : صل عليها، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : لا، فصلى عليه، ثم أتى بجنزة أخرى فقالوا : يا رسول الله، صل عليها. فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم. قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : ثلاثة دنائير، فصلى

عليه. ثم أتى بالثلاثة فقالوا : صل عليها. فقال : هل ترك شيئا ؟ قالوا : لا، قال : أعلية دين ؟ قالوا : ثلاثة دنائير، قال : صلوا على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله وعلي دينه، فصلى عليه"، فجعل الوفاء بمقابلة الدين.

ولهذه الآثار والمعاني السالفة قال علي ابن أبي طالب رواه الترمذي وغيره : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدين قبل الوصية، وأنتم تقدمون الوصية قبل الدين. فإن قيل : فما الحكمة في تقديم ذكر الوصية على ذكر الدين، والدين مقدم عليها ؟ قلنا ؛ في ذلك خمسة أوجه :

الأول : أن " أو " لا توجب ترتيبا، إنما توجب تفصيلا، فكأنه قال : من بعد أحدهما أو من بعدهما، ولو ذكرهما بحرف الواو لأوهم الجمع والتشريك ؛ فكان ذكرهما بحرف " أو " المقتضي التفصيل أولى.

الثاني : أنه قدم الوصية ؛ لأن تسببها من قبل نفسه، والدين ثابت مؤدى ذكره أم لم يذكره.

الثالث : أن وجود الوصية أكثر من وجود الدين ؛ فقدم في الذكر ما يقع غالبا في الوجود.

الرابع : أنه ذكر الوصية، لأنه أمر مشكل، هل يقصد ذلك ويلزم امتثاله أم لا ؟ لأن الدين كان ابتداء تاما مشهورا أنه لا بد منه، فقدم المشكل ؛ لأنه أهم في البيان.

الخامس : أن الوصية كانت مشروعة ثم نسخت في بعض الصور، فلما ضعفها النسخ قويت بتقديم الذكر ؛ وذكرهما معا كان يقتضي أن تتعلق الوصية بجميع المال تعلق الدين. لكن الوصية خصت ببعض المال ؛ لأنها لو جازت في جميع المال لاستغرقتة ولم يوجد ميراث ؛ فخصصها الشرع ببعض المال ؛ بخلاف الدين، فإنه أمر ينشئه بمقاصد صحيحة في الصحة والمرض، بينة المناحي في كل حال ؛ يعم تعلقها بالمال كله. ولما قام الدليل وظهر المعنى في تخصيص الوصية ببعض المال قدرت ذلك الشريعة بالثالث، وبينت المعنى المشار إليه على لسان النبي صلى الله عليه وسلم في حديث سعد "قال سعد للنبي صلى الله عليه وسلم : يا رسول الله، لي مال ولا يرثني إلا ابنة لي، أفأتصدق بثلثي مالي الحديث، إلى أن قال له النبي صلى

الله عليه وسلم : الثلث والثلث كثير، إنك أن تذر ورتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس".

وحدد الشيخ أحمد الجزولي الرسموكي هذه الحقوق بقوله:

يخرج من تركة الذي هلك حق تعلق ببعض ما ترك
ثم مؤونة فدين الذمة إيصاؤه والإرث في البقية⁷⁴

وقال صاحب التحفة القدسية⁷⁵ في الحقوق المتعلقة بالتركة وترتيبها:

حَقٌّ مُعَلَّقٌ بِعَيْنٍ قُدِّمًا فَكُلْفَةُ التَّجْهِيزِ فَالتَّالِيَهُمَا
الدَّيْنُ فَالْوَصِيَّةُ الْإِرْثُ تَلَا

وقال صاحب خلاصة الفرائض⁷⁶

قدم حقوقا علقت بالعين قبل التوى كرهنه في الدين
وما عداها تركة تعلق بها حقوق أربع قد نسقت
تجهيزه كذا الذي له يجب عليه إنفاق إذا كان عطب
قبيلة كزوجة أو الولد وإن تكن غنية في المعتمد
بكفن السنة أما إن منع دأنه فبالذي يكفي يقع
فدين خلق صحة فمرضا ثم وصية فإرث فرضا

وذهب الحنابلة ورواية غير مشهورة في المذهب الحنفي أن الحقوق المتعلقة بالتركة أربعة، وسندهم في ذلك أن الدين يشمل الديون العينية والمطلقة.

والمشرع الأسري تبنى رأي المالكية الذي يوافق رأي الجمهور، حيث جاء في المادة

322 ما يلي: "تتعلق بالتركة حقوق خمسة تخرج على الترتيب الآتي:

1-الحقوق المتعلقة بعين التركة.

2-نفقات تجهيز الميت بالمعروف.

74- أحمد الجزولي : إيضاح الأسرار المصونة في الجواهر المكنونة في صدف الفرائض المسنونة ص 4.
75 - التحفة القدسية في اختصار الرحبية لشهاب الدين أحمد المصري المقديسي الشافعي المشهور بابن الهائم

3-ديون الميت المطلقة.

4-الوصية الصحيحة النافذة.

5-المواريث بحسب ترتيبها في هذه المدونة".

ويجمع الحقوق الأربعة غير الأول، رمز: (تدوم)

التاء:تجهيز الميت.

الـدال:للدين.

الـواو:الوصية.

الميم:الميراث.

رسم بياني للحقوق المتعلقة بالتركة

1) ما ثبت قبل الموت

ما يتعلق بعين التركة

لذات الميت

كالرهن وجناية العبد

الوصية

بسبب الميت

2) ما ثبت بالموت

ما لا يتعلق بعين التركة

لغير ذات الميت

كالدين المطلق

الميراث

بغير سبب الميت

المبحث الثالث: أركان الإرث وأسبابه وشروطه

يدور الكلام في هذا المبحث على: أركان الإرث، وأسبابه، وشروطه.

أولاً: أركان الإرث

الركن لغة: جانب الشيء الأقوى. وفي الاصطلاح: جزء الشيء الذي يتوقف وجوده عليه، كالركوع والسجود في الصلاة في حق القادر عليهما.

وأركان الإرث ثلاثة: لا بد من تحققها لوجوده وهي: الموروث أو المورث، والوارث، والشيء الموروث وهو التركة، فإذا تخلف ركن من هذه الأركان لا يتحقق الميراث.

الركن الأول: الموروث أو المورث : وهو الميت حقيقة، والموت الحقيقي يكون بفقد

الحياة بعد وجودها ويثبت الموت بالمشاهدة، أو بإقامة البينة عليه المتصلة بالقضاء، أو الملحق به حكماً كالمفقود 77 الذي لا يدري مكانه ولا تعلم حياته أو موته، فإن القاضي إذا حكم بموته بناء على ما ترجح لديه من الظروف وقرائن الأحوال، فإنه يعتبر ميتاً من حين الحكم، ويرثه ورثته من كان حياً في ذلك الوقت، لا من مات قبل ذلك فلا يرثه، لأنه لم يحكم بموت المفقود، فصار كأن حياته معلومة، وفي حكم المفقود الأسير الذي يجهل أمره 78.

أما الموت التقديري فيكون في حالة الجنين الذي سقط بجناية على أمه، فإن الجنين في تلك الحالة يعتبر ميتاً تقديرياً، بالرغم من أن حاله يحتمل أنه كان حياً في بطن أمه، وأنه مات بسبب الاعتداء الذي وقع على أمه، ويحتمل أنه كان ميتاً في بطن أمه وقت الجناية، وأن الجناية على أمه لم يكن لها أثر سوى أنها حركته فنزل. ولكن ترجحت حياته على موته، لأن الاعتداء على الأم قرينة على أن الجنين مات بسبب هذا الاعتداء، ولأن الشارع الحكيم قرر عقوبة مالية تسمى الغرة على من ارتكب هذا الفعل. والغرة تكون ملكاً للأب والأم ويقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، هذا إذا كان الأب موجوداً وإلا فهي للأم وحدها.

وجرى العمل القضائي على الحكم بالغرة أو الدية، أو التعويض للقرابة المقربة ويخضع

للسلطة التقديرية للقاضي.

77 - أو تقديراً كالجنين.

78 - الخرشي على شرح المختصر 195/4 وما بعدها.

أما المشرع المغربي في المادة 331 من مدونة الأسرة اشترط الاستهلال ورتب عن حصوله الحق في الإرث، وفي حالة انعدامه - أي الاستهلال - لا يستحق الإرث، وعليه فلا ميراث للجنين إلا إذا استهل حيا حسب منطوق المادة 331.

الركن الثاني : الوارث : وهو المستحق للإرث أي: الشخص الذي على قيد الحياة حين موت المورث، من الأحياء حقيقة أو الملحق بهم حكما كالمفقود والحمل. وتجمعها علاقة القرابة، أو النكاح، أو الولاء، وألا يوجد مانع من موانع الإرث.

الركن الثالث: الشيء الموروث : أي الحق الموروث، وهو التركة كانت أموالا أو حقوقا مالية، وتسمى التركة أو المتروك أو المتخلف، ولم تذكر مدونة الأسرة في المادة 324 التركة أو الشيء الموروث ضمن الأركان، لكون هذا الركن معلوما وبدونه لا حاجة للحديث عن الركنين الأولين، وبطبيعة الحال فلا ميراث إذا لم تكن هناك تركة 79.

وفيما سبق يقول ابن عاصم الغرناطي في تحفة الحكام:

جميعها أركانهُ ثلاثة مالٌ ومقدارٌ وذو الورائهُ

قال اليزناسني: يريد بقوله: " أركانهُ ثلاثة" المال الذي يورث، والحظ المقدر، وصاحب الوراثة، أي الوارث 80.

ثانيا: أسباب الإرث

السبب في اللغة : ما يتوصل به إلى غيره.

وفي الاصطلاح : ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته.

وأسباب الإرث ثلاثة : القرابة ويعبر بعضهم عنها بالنسب، والزوجية ويعبر بعضهم عنها بالنكاح، والولاء.

قال عيش 81: وللإرث أسباب ثلاثة القرابة والنكاح والولاء قاله الفرضيون سلفا وخلفا.

وفي هذا يقول صاحب الرحيبة 82:

أَسْبَابُ مِيرَاثِ الْوَرَى
ثَلَاثَةٌ
كُلُّ يُفِيدُ رَبَّهُ الْوَرَاثَةَ
وَهِيَ نِكَاحٌ وَوَلَاءٌ وَنَسَبٌ
وقال عبد الملك الفتني 83:

وسبب الإرث نكاح أو نسب أو الولاء ليس دونها سبب وهناك سبب رابع مختلف فيه، وهو: جهة الإسلام، فيرث به بيت المال، عند المالكية؛ ومنتظما عند الشافعية؛ وعندنا، وعند الحنفية: ليس بيت المال وارثا، وإنما هو مصرف للأموال، التي جهل مستحقها.

قال ابن رشد 84: فأما الأجناس الوارثة فهي ثلاثة: ذو نسب وأصهار، وموالي.

أولا: القرابة

وهي الدنو في النسب من الجهتين، جهة البنوة والأبوة ونحوهما، إذ بها يرث بعضهم بعضا، لقوله تعالى في سورة الأحزاب الآية 6: "وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله"، وتسمى أيضا الرحم وهي أعم من النسب الثابت للهالك، وبعض الفقهاء يعبر بالنسب 85. وفي المبسوط 86: الأسباب التي بها يتوارث ثلاثة: الرحم، والنكاح، والولاء. ثم أقوى أسباب الإرث العسوبة فإنه يستحق بها جميع المال ولا يستحق بالفريضة جميع المال والعسوبة في كونها سببا للإرث مجمع عليها بخلاف الرحم فكانت العسوبة أقوى الأسباب. والقرابة تشمل أصولا، وفروعاً، وحواشيا.

81 - انظر كتابه: منح الجليل شرح مختصر خليل 6 / 138

82 - انظر: بغية الباحث عن جمل الموارث لموفق الدين محمد الرحي ص 12

83 - انظر: خلاصة الفرائض ص 6

84 - انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 254/6

85 - انظر: المبدع شرح المقتنع 492/6

86 - المبسوط: محمد للسرخسي 9 / 139.

فالأصول: الأبوة والجدودة، وإن علوا.

والفروع: الأولاد، وأولاد البنين، وإن نزلوا.

والحواشي: الإخوة، وبنوهم، وإن نزلوا. والعمومة: وإن علوا، وبنوهم وإن نزلوا.

قال ابن رشد: فأما ذوو النسب، فمنها متفق عليها، ومنها مختلف فيها.

فأما المتفق عليها فهي الفروع: أعني الأولاد، والأصول: أعني الآباء والأجداد ذكورا كانوا أو إناثا، وكذلك الفروع المشاركة للميت في الأصل الأدنى: أعني الإخوة ذكورا أو إناثا، أو المشاركة الأدنى أو الأبعد في أصل واحد وهم الأعمام وبنو الأعمام، وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط.

والقراية أقوى سببي الإرث، وأصحابها كثيرون ويصنفون في أربعة أصناف :

أ (فروع الهالك: وهم أقاربه الذين ينتمون إليه، لكونه أصلهم فهو أبوهم أو أمهم.

وعليه ففروع الهالك هم: ولد الصلب ذكرا كان أو أنثى، ولد الابن وإن سفل، ولد البنت وإن سفلت.

ب (أصول الهالك: هم أقاربه الذين ينتمي إليهم، لكونهم أصوله، وهؤلاء الأصول تجمعهم صفة الأبوة، والمراد بها ما يشمل الأمومة على طريق التغليب، وسواء كانت هذه الأبوة مباشرة أو غير مباشرة، وتسمى الجدودة وسواء كان الموصوف بها مذكرا أو مؤنثا فتشمل: الأب، والأم، والجد من جهة الأب أو من جهة الأم، والجددة كذلك.

ج (فروع أبوي الهالك: هم أقاربه الذين ينتمون إلى أبويه، وهؤلاء الفروع تجمعهم صفة الأخوة وتكون مباشرة أو غير مباشرة، كان الموصوف بها مذكرا أو كان مؤنثا، من أبوين معا أو كان من أحدهما فقط فتشمل: الأخ الشقيق، والأخت الشقيقة، والأخ من جهة الأب، والأخت من جهة الأب، والأخ من جهة الأم، والأخت من جهة الأم، وابن الأخ، وبنت الأخ، وابن الأخت، وبنت الأخت، ومن يدلي بولد الأخ أو ولد الأخت وإن سفل.

د) فروع أجداد الميت وجداته: وهم أقاربه الذين ينتمون إلى أجداده وجداته من جهة الأب أو من جهة الأم وتجمعهم صفتان هما: العمومة والخؤولة، وكل منهما إما مباشرة أو غير مباشرة، وفي كل إما أن يكون الموصوف بها مذكرا أم مؤنثا.

وأفراد هذا الصنف كثيرون ويصنفون الأعمام والعمات والأخوال والخالات مهما علوا أو نزلوا، وسواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم⁸⁷.

وهذا العرض لأصناف القرابة شامل للورثة بالفرض والورثة بالتعصيب وأولي الأرحام.

قال ابن رشد: والوارثون من الرجال والنساء إذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة، ومن النساء سبعة.

أما الرجال: فالابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد أبو الأب وإن علا، والأخ من أي جهة كان: أعني للأم والأب أو لأحدهما وابن الأخ وإن سفل، والعم وابن العم وإن سفل والزوج ومولى النعمة.

وأما النساء: فالابنة وابنة الابن وإن سفلت والأم والجددة وإن علت والأخت والزوجة والمولاة.

وأما المختلف فيهم فهم ذوو الأرحام، وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبية، وهم بالجملة بنو البنات وبنات الإخوة وبنو الأخوات وبنات الأعمام والعم أخو الأب للأم فقط وبنو الأخوة للأم والعمات والخالات والأخوال؛ فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الأمصار وزيد بن ثابت من الصحابة إلى أنه لا ميراث لهم؛ وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة العلماء من سائر الآفاق إلى توريثهم.

والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم؛ فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى توريثهم على ترتيب العصبية، وذهب سائر من ورثهم إلى التنزيل، وهو أن ينزل كل من أدلى منهم بذئ سهم أو عصبية بمنزلة السبب الذي أدلى به. وعمدة مالك ومن قال بقوله أن الفرائض لما

كانت لا مجال للقياس فيها كان الأصل أن لا يثبت فيها شيء إلا بكتاب أو سنة ثابتة أو إجماع،
وجميع ذلك معدوم في هذه المسألة.

وأما الفرقة الثانية، فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس.

أما الكتاب فقوله تعالى وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض " وقوله تعالى "للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون " واسم القرابة ينطلق على ذوي الأرحام، ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث.

وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذي عن عمر بن الخطاب أنه كتب إلى أبي عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له".

وأما من طريق المعنى فإن القدماء من أصحاب أبي حنيفة قالوا: إن ذوي الأرحام أولى من المسلمين لأنهم قد اجتمع لهم سببان: القرابة والإسلام، فأشبهوا تقديم الأخ الشقيق على الأخ للأب، أعني أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد.

وأما أبو زيد ومتأخرو أصحابه فشبّهوا الإرث بالولاية وقالوا: لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوي الأرحام وجب أن يكون لهم ولاية الإرث، ولل فريق الأول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف.

وقد جمع الإمام الرسموكي جهات القرابة في خمسة حين قال:

جهاته أبوة أمومة بنوة أخوة عمومة 88

ثانياً: الزوجية 89

بعض الفقهاء يعبر بالنكاح وبعضهم بالعصمة، والنكاح في اللغة : الجمع بين الشئيين.
وفي الاصطلاح : عقد الزوجية الصحيح، فيتوارث به الزوجان ولو لم يحصل بينهما لقاء.

ودليل اعتبار النكاح سببا للإرث : قوله تعالى : " ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين"

قال ابن رشد: وأجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدا ولا ولد ابن النصف ذكرا كان الولد أو أنثى، إلا ما ذكرنا عن مجاهد، وأنها إن تركت ولدا فله الربع، وأن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولد ولا ولد ابن الربع، فإن ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن، وأنه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن إلا الولد 90.

وفي حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني :يعتبر النكاح سببا من أسباب الإرث ولو كان فاسدا حيث كان مختلفا فيه ولو لم يحصل دخول.

وتبطل سببية النكاح للإرث بالطلاق البائن مطلقا، سواء انتهت العدة أم لا، لأن العلاقة الزوجية تنقطع به، وبالطلاق الرجعي بعد انتهاء العدة لانقطاع العلاقة الزوجية بذلك، أما قبل انتهائها فلا يبطل الطلاق الرجعي سببية النكاح بل يتوارث الزوجان به، لأن الرجعية في حكم الزوجة.

89 - تعتبر رابطة الزوجية سببا من أسباب الإرث، حيث يرث كل من الزوجين في الآخر عند وفاته ولو لم يقع البناء، طالما أن العصمة الزوجية قائمة بينهما حتى الوفاة.

ويشترط في الزواج المعتبر كسبب من أسباب الإرث : أن يكون صحيحا، وهو ما توافرت في عقده أركانه وشروط صحته وانتفت الموانع، فإذا كان باطلا فلا يعتبر سببا للإرث.

وأما إذا كان فاسدا، وهو ما اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و61 فإنه لا يترتب عليه أي شيء قبل البناء، وترتب عليه بعد البناء آثار العقد الصحيح ومنها الإرث إلى أن يصدر الحكم بفسخه. (انظر الدليل العملي لمدونة الأسرة ص 190)

90 - انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد 258/6

والمطلقة ثلاثا في المرض ترث زوجها إن مات من مرضه ذلك، ولا يرثها وكذلك إن كان الطلاق واحدة وقد مات من مرضه ذلك بعد العدة وإن طلق الصحيح امرأته طليقة واحدة فإنهما يتوارثان ما كانت في العدة، فإن انقضت فلا ميراث بينهما بعدها ومن تزوج امرأة في مرضه لم ترثه ولا يرثها⁹¹.

وعلى هذا فالزوجية سبب لإرث أحد الزوجين في الآخر بشرط أن يكون عقدهما صحيحا عند سائر الفقهاء أو عند بعضهم ولم يصدر حكم بفسخه، فإذا كان عقدهما متفقا على صحته ومات أحد الزوجين ورثه الآخر.

وإذا كان العقد مختلفا في صحته وفساده، ومات أحد الطرفين قبل فسخ العقد فإن الآخر يرثه حتى عند من يرى فساد العقد، إلا في أربع حالات :

1- الزواج في حالة مرض الموت، لورود النهي عنه شرعا، والأصل في النهي الفساد. قال الفقيه الرسموكي :

تزوج المريض في حال المرض لا يقتضي الإرث لقصد معترض⁹²
2- الزواج المصاحب لشرط الخيار، لأنه غير لازم للمستفيد من هذا الشرط فهو كالعدم، فإذا توفي أحد طرفيه قبل الدخول وقبل فسخه لم يرثه الآخر.

3- عقد المرأة زواجها بنفسها دون تفويض لوليها الشرعي فيفسخ قبل الدخول وبعده، لضعف حجة القائل بصحته.

4- عقد المرأة الوصي، أو الكافلة زواج وليتها بنفسها دون أن توكل عليه رجلا يتوفر على شروط ولي النكاح فيفسخ كذلك⁹³.

والزوجية الصحيحة باتفاق الفقهاء هي سبب للتوارث بين طرفيها حتى ولو توفي أحدهما قبل الدخول بالآخر، لأن المعتبر هو العقد القائم على إيجاب وقبول متطابقين.

وتكون الزوجية سببا للإرث ولو بالمقاررة عليها بالنسبة إلى الطارئ على البلد.

91 - انظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن زيد القيرواني. 176/2

92 - إيضاح الأسرار المصونة في الجواهر المكنونة ص 59.

93 - الغازي الحسيني: مختصر علم الفرائض والحقوق الإرثية ص 13

هذا وقد يجتمع السببان معا عند شخص واحد مثل من يتزوج ببنت عمه ثم تموت وليس لها وارث سواه، فقد اجتمع لديه سبب الزوجية وسبب القرابة من نوع العمومة الغير المباشرة فيرث بهما ويستحق جميع التركة الصافية للإرث.

ثالثا: الولاء

الولاء في اللغة : النصره ومنه قوله تعالى : " الله ولي الذين آمنوا " أي ناصرهم ومعينهم. وفي الاصطلاح : عصبه سببها نعمة المعتق على عتيقه بالمعتق. لقول النبي صلى الله عليه وسلم "إنما الولاء لمن أعتق 94"

وعرفه الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله " الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب 95"

وثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بتوريث ابنة حمزة رضي الله عنهما في عتيقها الذي ترك بنته فقط، فأعطى للبنت النصف وللمعتقة ما بقي تعصيبا بالولاء.

قال ابن رشد: أجمع العلماء على أن من أعتق عبده عن نفسه فإن ولاءه له وأنه يرثه إذا لم يكن له وارث، وأنه عصبه له إذا كان هنالك ورثة لا يحيطون بالمال. فأما كون الولاء للمعتق عن نفسه، فلما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام في حديث بريرة "إنما الولاء لمن أعتق" وقوله عليه الصلاة والسلام "الولاء لحمه كلحمه النسب".

واختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاءه له؟ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وجماعة: لا ولاء له؛ وقال أبو حنيفة وأصحابه: له ولاءه إذا والاه، وذلك أن مذهبهم أن للرجل أن يوالي رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه، وأن له أن ينصرف من ولاءه إلى ولاء غيره ما لم يعقل عنه؛ وقال غيره: بنفس الإسلام على يديه يكون له ولاءه. فعمدة الطائفة الأولى قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الولاء لمن أعتق" وحجة من قال: الولاء يكون بنفس الإسلام فقط حديث تميم الداري قال "سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يد مسلم؟ فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته" وقضى به عمر بن عبد العزيز.

94 - أخرجه البخاري ومسلم.

95 - أخرجه ابن حبان في صحيحه والحاكم والبيهقي والطبراني.

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيهِ عليه الصلاة والسلام عن ذلك إلا ولاء السائبة.

وأجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء إلا من باشرن عتقه بأنفسهن أو ما جر إليهن من باشرن عتقه، إما بولاء أو بنسب⁹⁶.

والولاء لا يورث، وإنما يورث به في قول الأكثر، لأنه عليه السلام شبهه بالنسب، والنسب لا يورث، إنما يورث به، والرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وهبته، ولا يجوز شراؤه ولا وقفه⁹⁷.

وقد أشار ابن عاصم الغرناطي في تحفة الحكام إلى هذه الأسباب بقوله:

الإرث يستوجب شرعا ووجب بعصمة أو بولاء أو نسب
قال الإمام الزيناسني: يعني أن الإرث المستوجب شرعا يجب بأحد هذه الوجوه الثلاثة وهي: العصمة، والولاء، والنسب، وتسمى أيضا أسباب، والمراد بالعصمة النكاح.

ويُعبّر بعضهم في مكان النسب بالرحم، وهو أولى، لأنه أعم، إذ يشمل الأمومة، والجدودة من قبل الأم، بخلاف النسب فإنه لا يشملها.

وفي ذلك يقول التلمساني⁹⁸:

ولاء ورحم	وهي نكاح
تراثها هاك في النظم آت	ترتيبها هاك في النظم آت
بنوة أبوة أمومة	جدودة أخوة عمومة
فبعضهم يرث بالتنزيل	وبعضهم يرث بالرسول
وبعضهم يرث بالإجماع	لا زلت بالعلوم ذا انتقاء

قال الشارح: ولا مانع من اجتماعها يعني الثلاثة أسباب، وإن لم ينبه الشيخ - رحمه الله - عليه وبعضهم يقسم الوارثين إلى قسمين: أهل سبب، وأهل نسب.

فأهل السبب: الزوجان، ومولى النعمة، ومولاة النعمة، ومولى الولاء.

⁹⁶ - انظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد 267/6

⁹⁷ - المبدع شرح المقنع 149/7

⁹⁸ - شرح التلمسانية في الفرائض 44/1

وأهل النسب : من عداهم فيدخل الأمومة والجدودة من قبلهما في النسب في قوله :
"جميعها أركانه" الخ، يريد إن كان جميعها ثلاثة المال الذي يورث والحظ المقدر وصاحب
الوراثة، أي الوارث⁹⁹.

كما أشار إلى هذه الأسباب الفقيه الرسموكي في منظومته الإرثية حين قال¹⁰⁰:

لإرث أسباب ثلاثة نسب عقد نكاح وولاء مجتنب
وقد نصت المدونة في المادة 329 على أسباب الإرث بقولها: أسباب الإرث: كالزوجية
والقربة، أسباب شرعية لا تكتسب بتعاهد ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث
إسقاط صفة الوارث أو الموروث ولا التنازل عنه للغير.

واقترنت المدونة هنا على الزوجية والقربة دون الولاء، لكونه انقضى بمرور
الزمان، وبظهور تشريعات الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ثم إن سببية هذه الأشياء في الإرث سببية شرعية، بمعنى أن الشرع هو الذي قرر
سببيتها في الإرث، فمتى ثبت أحد هذه الأسباب، ثبت الإرث لصاحبه شرعا.

ولا يثبت الإرث بمعاودة ولا بوصية، فليس لأحد أن يتنازل لغيره عن الصفة التي
خولها الشرع إياها، وهي كونه وارثا أو موروثا بأن يجعله في محله وارثا أو موروثا ويسقط
عن نفسه تلك الصفة التي خولها الشرع إياها.

و إذا لم يكن للهالك وارث بالقربة ولا بالزوجية فتركته للخزينة العامة كرافد لها
يصرف في المصالح العامة للمواطنين.

⁹⁹ - اليزناسني: وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم بتحقيقنا 1167/3.
¹⁰⁰ - الرسموكي : إيضاح الأسرار المصونة ص 56

ثالثاً: شروط الإرث

الشرط في اللغة : العلامة. وفي الاصطلاح : ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته.

وشروط الإرث ثلاثة :

- 1- ثبوت موت الموروث حقيقة أو حكماً.
- 2- تحقق حياة الوارث حقيقة أو تقديراً عند موت موروثه،
- 3- العلم بجهة الإرث.

الشرط الأول : ثبوت موت الموروث حقيقة أو حكماً

أي :تحقق موت المورث وذلك بفقدان الحياة حيث تنعدم بالمرة قدرة الجسم على الحركة، والموت الحقيقي يثبت بمشاهدة أو استفاضة أو شهادة عدلين.

ودليل هذا الشرط قوله تعالى : "إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك" 101

ووجه الاستدلال بالآية : أنه علق الإرث على الهلاك وهو الموت.

أما الموت الحكمي فهو المحكوم بموته بحكم القاضي استناداً إلى قرائن معينة لا حقيقة، لاحتمال أن يكون لازال حياً، أي إلحاقهم بالأموال حكماً كالمفقود إذا مضت مدة انتظار، أو الأسير 102، أو المختطف 103. أو تقديراً كالجنين إذا جُني على أمه فسقط ميتاً، فإنه يجب فيه غرة عبد أو أمة فيفقد حياً ثم يقدر أنه مات لتورث عنه تلك الغرة. 104

وعن عمر بن عبد العزيز في امرأة الأسير أنها ترثه ويرثها، وأجاز وصية الأسير ما دام على دينه لم يتغير عن دينه، وعن شريح قال يورث الأسير إذا كان في أيدي العدو، وعن

101 - سورة النساء الآية 176

102 - هو الذي اختطفه العدو لدولتنا وتعذر الكشف عنه

103 - هو الذي أخذه بعض المواطنين في ظروف غامضة وتعذر الكشف عنه أيضاً، فتصدر المحكمة الحكم بإلحاق الأسير والمختطف بالأموال إذا بلغ سنهما سبعين سنة على الأقل.

104 - انظر: تلخيص فقه الفرائض مذكورة في علم الفرائض ص5، وحاشية الرحبية في علم الفرائض عبد الرحمن الحنبلي ص 12، والفوائد الجلية في المباحث الفرضية عبد العزيز بن باز ص 5

سفيان حدثني من سمع إبراهيم يقول يورث الأسير، وعن سعيد بن المسيب أنه كان لا يورث الأسير.

وفي المغني: يرث الأسير الذي مع الكفار إذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن المسيب والأسير كالمفقود إذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور 105.

أولاً: ميراث المفقود

المسألة الأولى: في تعريف المفقود

المفقود: هو الذي غاب عن بلده وانقطع خبره، أو اختفى خبره في داخل بلده وأمكن الكشف عن حاله.

قال ابن عرفة: "المفقود من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه" 106

وفي الخرشني 107: قال في الشامل: ويعمر المفقود مدة لا يبلغها غالباً، قيل سبعون، وقيل خمسة وسبعون، وقيل ثمانون، وقيل تسعون، وقيل مائة وعشرون. والحاصل أن البرزلي يفصل وهو مخالف لما قاله الشيخ أحمد من عدم الاحتياج للحكم في جميع المسائل السابقة والمعول عليه كلام البرزلي كما قاله المحققون. وفي منظومة الرسموكي:

وأشهر الأقوال في التعمير سبعون بالتحقيق أو تقدير

إن كان فقده عن أهله بلا حضور حرب ووباء حصلا

والمفقود هو: من انقطع خبره ولا يدري حياته وموته لأسر أو سفر، ونحوهما.

وله حالتان: حالة يكون الغالب عليه السلامة كمن سافر لتجارة، أو

سياحة، أو طلب علم أو نحو ذلك فيضرب له تسعون سنة منذ ولد.

105 - المغني 132/7

106 - الرصاع: شرح حدود ابن عرفة 314/1

107 - انظر: الخرشني على مختصر سيدي خليل وبهمشه حاشية الشيخ علي العدوي 212/8

والحالة الثانية: يكون الغالب عليه الهلاك، كمن غرق في مركب فسلم بعض، وتلف بعض، أو فقد من بين أهله، أو من بين الصفين، أو نحو ذلك؛ فيضرب له أربع سنين، منذ فقد، ثم بعد مضي المدة؛ يقسم ماله بين ورثته الأحياء حين يحكم الحاكم بموته دون من مات منهم قبل ذلك 108.

وفي المبسوط 109: المفقود متردد الحال بين الحياة والموت كالجنين في البطن، والأصل فيه أن يجعل حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى لا يورث عنه ماله ولا يقسم بين ورثته ما لم يعلم موته، ولا يعطى له ميراث أحد من قرابته إذا مات قبل أن يتبين حاله ولكن يوقف نصيب المفقود كما يوقف نصيب الحمل، لأن حياته كانت معلومة وما علم ثبوته فالأصل بقاءه إلا أن الحكم بحياته باعتبار استصحاب الحال فهو حجة في إبقاء ما كان على ما كان وليس بحجة في إثبات ما لم يكن ثابتا، لأن ثبوته لانعدام الدليل المزيل لا لوجود الدليل المنفي فنقول في مال نفسه يجعل حيا لإبقاء ما كان على ما كان، وفي مال غيره لا تثبت حياته، لأن الحاجة إلى استحقاق الميراث لدفع استصحاب الحال لا يكفي لذلك. واختلفت الروايات أنه متى يحكم بموته فعلى ظاهر الرواية قال: إذا لم يبق أحد من أقرانه، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة إذا مضى من مولده مائة وعشرون سنة، وفي رواية أخرى مائة سنة.

وفي التاج والإكليل: لا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتي عليه من الزمن ما لا يحيا إلى مثله، فيقسم بين ورثته حينئذ لا يوم فقد، وإن مات له ولد وقف ميراثه منه إن أتى أخذه وإن موت بالتعمير وذلك إلى ورثة الابن يوم مات ولا يرث الأب بالشك.

وفي الذخيرة 110: المفقود أو الأسير إذا انقطع خبره إن كان له مال لا يقسم على ورثته ما لم تقم بينة على موته أو لا يعيش إلى مثل تلك المدة غالبا، وحدها سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون، فيقسم على ورثته الموجودين عند الحكم، وإن مات له قريب حاضر توقفنا في نصيبه حتى نعلم حياة المفقود فيكون المال له، أو يمضي تعميره فيكون مال الميت لورثته دون المفقود وورثته، وإذا قسمنا على الحاضرين أخذنا في حقهم بأسوأ الأحوال حتى لا نورث بالشك.

108 - انظر: حاشية الرحبية في علم الفرائض لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي ص 76

109 - انظر المبسوط للسرخسي 55/29

110 - الذخيرة للقرافي 23/13

وعرفته المدونة في المادة 325 بقولها: "الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا".

هذا هو المسمى عند الفقهاء بالمفقود وتناولت المدونة الحديث عنه و عن الأحوال التي تحكم فيها المحكمة بموته وعن ميراثه في المادتين 326¹¹¹

المسألة الثانية: أنواع المفقود

تحدثت مدونة الأسرة عن أنواع المفقود في المادة 327 بقولها: " يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه فيها الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته.

أما في جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمد المدة التي يحكم بموت المفقود بعدها إلى المحكمة، وذلك كله بعد التحري والبحث عنه بما أمكن من الوسائل بواسطة الجهات المختصة بالبحث عن المفقودين".

هذه المادة من المدونة مجملة، لم توضح المراد بالحالة الاستثنائية ولا بالأحوال الأخرى، والذي يتلخص من كتب الفقه الشارحة لمختصر خليل وللتحفة وغيرها أن المفقود أربعة أنواع¹¹²:

1-المفقود في حرب مع الكفار

2-المفقود في حرب بين المسلمين

3-المفقود بأرض الكفر في غير الحرب

4-المفقود في أرض الإسلام في غير حرب

النوع الأول: المفقود في حرب مع الكفار

¹¹¹ - المادة 326 على ميراث المفقود بقولها: المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله فلا يرث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبيت في أمره.

¹¹² - انظر: محاضرات أستاذنا محمد الأبيض أقيت على طلبة كلية الشريعة فاس الموسم الجامعي 1993-1994 غير مرقونة.

وحكمه أن يحكم بموته ويورث ماله بعد البحث الشديد عنه وحصول اليأس من وجوده،
وبعد أن تمضي سنة من تاريخ اليأس منه.

قال خليل: "وفي الفقد بين المسلمين والكفار بعد السنة بعد النظر"

وفي التحفة:

وَإِنْ يَكُنْ فِي الْحَرْبِ فَالْمَشْهُورُ فِي مَالِهِ وَالزَّوْجَةُ التَّعْمِيرُ
وَفِيهِ أَقْوَالٌ لَهُمْ مَعَيَّنَةٌ أَصْحُهَا الْقَوْلُ بِسَبْعِينَ سَنَةً
وَقَدْ أَتَى قَوْلُ بَضْرَبِ عَامٍ مِنْ حِينَ يَأْسُ مِنْهُ لَا الْقِيَامِ
وَقَدْ أَتَى قَوْلُ بَضْرَبِ عَامٍ مِنْ حِينَ يَأْسُ مِنْهُ لَا الْقِيَامِ
وَيُفْسَمُ الْمَالُ عَلَى مَمَاتِهِ وَزَوْجَةٌ تَعْتَدُ مِنْ وَقَاتِهِ
وَإِذَا بِهِ الْقَضَاءُ فِي الْأَنْدَالِ لِمَنْ مَضَى فَمُقْتَوِّهِمْ مُؤْتَسٍ
يعني أن المفقود إذا كان في الحرب مع المشركين فإن حكم المفقود فيه في المال
والزوجة التعمير على المشهور.

مدة التعمير: لقد تعددت أقوال الفقهاء في مدة التعمير التي يحكم بموت المفقود بعد
انصرافها، فقيل سبعون سنة، وقيل ثمانون، وقيل تسعون، وقيل مائة، وقيل مائة وعشرون.
قال في الدر: إن الخلاف الذي في حد تعمير المفقود معلوم، ومختار الشيخين أبي محمد والقاسمي
ثمانون سنة.

وقال ابن رشد في سماع أشهب من كتاب الوصايا من البيان وبه جرى العمل، وهو
أعدل الأقوال. ابن العطار: واختاره القضاة عندنا.

ابن الهندي: وبه كان يقضي ابن السليم، وهو الذي اعتمده الرهوني في حاشيته على
المختصر.

وتحسب مدة التعمير من يوم ولادة المفقود كما في الزرقاني، فمن غاب وهو ابن أربعين
سنة واستمر في مغيبه أربعين سنة أخرى فقد تمت في حقه مدة التعمير التي هي ثمانون سنة،
إلا أن الإمام ابن عاصم في تحفته يرى أن مدة التعمير سبعون سنة.

وقال الإمام اليزناسني في شرحه للتحفة: وفي التعمير أقوال : أصحها القول بسبعين سنة، وهو قول ابن القاسم. وقد أتى في مفقود حروب المشركين قول بضرب عام من اليأس من المفقود لا من يوم الرفع، وعبر عنه الشيخ بالقيام، وهو قول : أشهب وابن نافع، ويقسم ماله على تقدير مماته يوم الفقد، وتعدت زوجته من وفاته من يوم الحكم بتمويلته بعد انقضاء الأجل، هذا هو الذي جرى به العمل في الأندلس في الوقائع التي فقد فيها المسلمون، كوقعة الخندق في أيام الناصر الأموي ووقعة العقاب الواقعة في أيام الناصر الموحد، فما بينهما من الوقائع فالتابع لهم مقتد بهم.¹¹³

وقال ابن سلمون في وثائقه: وهذا القول هو الذي أخذ به أهل الأندلس وجرى العمل بها وهو مقتضى ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك في العتبية. ووجه هذا القول ترجيح الغالب على الأصل، ألا ترى أنه لا يقول ذلك إلا أن يثبت أنه من رأي في المعترك بين الصفيين فلما ثبت له ذلك ولم تعلم له حياة بعد البحث عنه كان الغالب من أمره الموت فرجح على الأصل وحكم بموته.

وفي العمل المطلق:

إن حضر المفقود صف	ولم يحقق هلكه فيما هلك
المعتـرك	
أجله بعد ثبوت القاضي	عاما فإن لم يأت فهو قاض
فأمر إذا بالاعتداد زوجة	وأقسم على ورثة تركته

وقال القاضي التسولي في شرح التحفة: وأما إذا لم تشهد البينة بمعابنته في المعترك بل شهدت بأنه خرج مع الجيش فقط فلا يكون حكمه ما تقدم بل حكمه حكم المفقود بأرض الإسلام في غير حرب.¹¹⁴

وعلى ما تقدم تحمل الحالة الاستثنائية في نص المدونة.

أو المراد بها التي تكون بسبب المجاعة العامة أو الأوبئة أو الكوارث الطبيعية
كزلزال أو فيضان... الخ.

¹¹³ - اليزناسني : وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم 637/2
¹¹⁴ -التسولي: البهجة في شرح التحفة 754/1

النوع الثاني: المفقود في حرب بين المسلمين

وحكمه أن يحكم بموته ويورث ماله بعد انفصال المتحاربين وبعد أن تمضي مدة يتلوم بها الحاكم باجتهاده.

ونص ابن عاصم على هذه الحالة في تحفته حين قال:

وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْفِتَنِ فِي الْمَالِ وَالزَّوْجَةِ حُكْمٌ مِنْ
فَنِي
مَعَ التَّلُومِ لِأَهْلِ الْمَلْحَمَةِ بِقَدْرِ مَا تَنْصَرِفُ الْمُنْهَزِمَةُ
وَإِنْ نَأَتْ أَمَاكِنُ الْمَلَا حِمِ تَرَبُّصُ الْعَامِ لَدَى ابْنِ الْقَاسِمِ
وَأَمْدُ الْعِدَّةِ فِيهِ إِنْ شُهِدَ أَنْ قَدَرَ أَيْ الشُّهُودُ فِيهَا مَنْ قَدَرَ

يعني: أن حكم المفقود بحرب الفتن الواقعة بين المسلمين في ماله وزوجته، كحكم من مات وفني بعد التلوم به بقدر ما يرجع من انهزم إلى موضعه، وهذا يختلف بحسب قرب المواضع وبعدها واستمرار الهزيمة وردّها، وعند ابن القاسم يتربص العام إذا بعدت أماكن الملاحم من محل المال والزوجة، وأمد العدة داخل في هذا التلوم، وهذا الحكم المتقدم مشروط بأن يشهد الشهود أنهم رأوا الذي فقد في الملحمة¹¹⁵.

وقد شرحه التاودي بقوله: أي حكم الأسير الذي لا يعلم أحي أو ميت، وحكمه أن ماله يوقف إلى أن يحكم بموته بعد انقضاء مدة التعمير.

وإلى هذا الحكم أشار ابن عاصم بقوله:

تعميره في المال والطلاق ممتنع ما بقي الإنفاق
وقوله:

وحكم مفقود بأرض الفتن في المال والزوجة حكم من فني
قال الشيخ التاودي في شرحه: أي من مات بالفعل فيورث ماله وتعتد زوجته من غير تأجيل إلا بقدر انصراف من انصرف وانهزام من انهزم كما قال:

مع التلوم لأهل الملحمة بقدر ما تنصرف المنهزمة

وشرط ذلك أن يثبت حضوره المعترك وهو قول التحفة:

..... إن شهد أن قد رأى الشهود فيها من
فق

قال ابن سلمون : والمشهور المعروف من مذهب مالك انه يحكم بموته يوم القتال.

قال مالك: ويتلوم له أمد يسير بقدر ما ينصرف من هرب ومن انهزم والتربص في ذلك

بالاجتهاد.

النوع الثالث: المفقود بأرض الكفر في غير الحرب

وحكمه أن يحكم بموته ويورث ماله بعد التعمير، وعلى هذه الحالة نص ابن عاصم

بقوله:

وَحُكْمُ مَفْقُودٍ بِأَرْضِ الْكُفْرِ فِي غَيْرِ حَرْبٍ حُكْمُ مَنْ فِي الْأَسْرِ
تَعْمِيرُهُ فِي الْمَالِ وَالطَّلَاقِ مُمْتَنِعٌ مَا بَقِيَ الْإِنْفَاقِ
وَكُلُّ مَنْ لَيْسَ لَهُ مَالٌ حَرِيٌّ بِأَنْ بِأَنْ يَكُونَ حُكْمُهُ كَالْمُعْسَرِ

يعني أن حكم المفقود بأرض الكفر في دار الحرب بغير حرب حكم الأسر في تعميره في المال والإنفاق منه على زوجته ما بقي له مال، وامتناع طلاقها، واستبقائها في عصمته وكل من ليس له مال من هؤلاء المفقودين، فحكمه حكم المعسر بالنفقة متى ذهبت زوجته إلى الانحلال من عصمته.

قال الشارح : ففي المتيطية واختلف فيمن توجه إلى أرض الحرب ففقد في توجهه أو بعد وصوله، وكان سفره في البحر، أو في البر، فقل هو : بمنزلة الفقد في أرض الإسلام، وقيل: هو كالأسير.

أقول : اعتمد الشيخ – رحمه الله – هذا القول الأخير في كونه كالأسير، وحكم الأسير، التعمير في المال والزوجة ما دام له مال ينفق منه عليها، وفي المتيطية : وأما الأسير فإن كان لامرأته شرط في المغيب طوعا أو كرها فلها أن تطلق نفسها به عليه، على ما بيناه في باب الشروط في الاختلاف من ذلك، وإن لم يكن لها شرط، ولا خلف لها نفقة قامت بعدمها وطلقها عليه الإمام كما يطلق على الحاضر، فإن كان تخلف لها ما ينفق منه عليها، ولم يكن لها عليه

وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والأول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقية فإن بان حيا أخذه ورد الفضل إلى أهله وإن علم أنه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته وإن علم أنه كان ميتا حين موت موروثه رد الوقوف إلى ورثة الأول وإن مضت المدة ولم يعلم خبرة رد أيضا إلى ورثة الأول، لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي يسقط ميتا. الثاني : من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طلب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبرة ففيه روايتان: إحداهما : لا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يتقين موته أو يمضي عليه مدى لا يعيش في مثلها وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم وهذا قول الشافعي رضي الله عنه و محمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك و أبي حنيفة و أبي يوسف، لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ولا توقيف ههنا فوجب التوقف عنه.

والرواية الثانية : أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد وهذا قول عبد الملك بن الماجشون، لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا وقال عبد الله بن عبد الحكم ينتظر به إلى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد ولعله يحتج بقول النبي صلى الله عليه و سلم : " أعمار أمتي ما بين السبعين والستين " أو كما قال ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسعين. وقال الحسن بن زياد ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة، وقال ولو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم ماله حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء، وإن مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن لهم شيء من كالمفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الوقوف إلى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود 117.

المسألة الثالثة: أمثلة تطبيقية على تقسيم تركة فيها وارث مفقود¹¹⁸

نصت المدونة في المادة 326 على ميراث المفقود بقولها: "المفقود مستصحب الحياة بالنسبة لماله فلا يورث ولا يقسم بين ورثته إلا بعد الحكم بتمويلته، ومحتمل الحياة في حق نفسه وكذلك في حق غيره، فيوقف الحظ المشكوك فيه إلى أن يبت في أمره".

تناولت هذه المادة ثلاثة مسائل:

المسألة الأولى: الإرث في المفقود.

المسألة الثانية: إرث المفقود مع غيره في الغير.

المسألة الثالثة: وهي إرث المفقود وحده في الغير لم تتناولها المادة بصريح العبارة.

أما المسألة الأولى: من مسائل المفقود أن يعتبر حيا، وذلك باستصحاب الحياة في حقه، وبالتالي لا يورث ولا تقسم تركته بين ورثته بسبب الشك في موته، ولا ميراث بسبب الشك، لأن الشك مانع من موانع الإرث.

وعليه يجب أن يبقى مال المفقود موقوفا إلى أن تحكم المحكمة بموته فيورث ماله حينئذ.

وفي المدونة قال مالك: لا يقسم ميراث المفقود حتى يأتي موته أو يبلغ من الزمان ما لا يحيا إلى مثله فيقسم ميراثه من يوم يموت وذلك اليوم يقسم ميراثه قلت: أرأيت إن جاء موته بعد الأربعة أشهر وعشر من قبل أن تنكح أتورثها منه في قول مالك أم لا؟

قال: نعم ترثه عند مالك. قلت: فإن تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر ثم جاء موته أنه مات بعد الأربعة أشهر وعشر؟

قال: إن جاء أن موته بعد نكاح الآخر وقبل أن يدخل بها هذا الثاني ورثته، وفرق بينهما واستقبلت عدتها من يوم مات، وإن جاء أن موته بعد ما دخل بها زوجها الثاني لم يفرق بينهما ولا ميراث لها منه إلا أن يكون يعلم أنها قد تزوجت بعد موته في عدة منه فإنها ترثه ويفرق

118 - انظر: محاضرات أستاذنا محمد الأبيض أقيمت على طلبة كلية الشريعة فاس الموسم الجامعي 1993-1994، وانظر أيضا محاضرات أستاذنا عبد السلام الزباني أقيمت على طلبة كلية الشريعة فاس.

بينهما، وإن كان قد دخل بها لم تحل له أبداً، وإن تزوجت بعد انقضاء عدتها من موته لم يفرق بينها وبين زوجها الثاني وورثت زوجها المفقود.

وجاء في مختصر خليل: "ومال المفقود للحكم بموته" وقد شرحه بنيس بقوله: أي: وقف قسم مال المفقود، وهو من انقطع خبره وعمي أثره، فماله لا يورث في الحال للشك فيه هل هو موجود أم لا. فيبقى ماله موقوفاً إلى مدة يحكم الشرع فيها بموته وهي مدة التعمير، فإذا انقضت مدة التعمير وحكم بموته ورثه من وجد حيا من ورثته، لا من كان منهم حيا يوم فقد، ومات بعد ذلك أو مات قبل الحكم بموت المفقود.

وقال عيش 119 عند شرحه لمختصر خليل: "ومال المفقود للحكم بموته، وإن مات مورثه، قدر حيا وميتا، ووقف المشكوك فيه فإن مضت مدة التعمير فكالجهول"

أفهم كلامه أنه لا بد من الحكم بموته ولا يكفي مضي مدة التعمير وهو كذلك، فقد سئل المازري عن مات بالتعمير فاستفتى القاضي فيه فمات أحد الورثة قبل خروج الجواب لحكم، فأجاب لا يرثه إلا من كان حيا يوم نفوذ الحكم، لأن تمويته بالسنين فيه خلاف مشهور، والمسألة اجتهادية فلا يتحقق الحكم إلا بعد نفوذه وإمضائه. والأولى التعميم في قوله "للحكم بموته" ليشمل المفقود في معترك المسلمين وبين المسلمين والكافرين.

وفي التاج والإكليل: لا يقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتي عليه من الزمن ما لا يحيا إلى مثله، فيقسم بين ورثته حينئذ لا يوم فقد، وإن مات له ولد وقف ميراثه منه إن أتى أخذه وإن مات بالتعمير وذلك إلى ورثة الابن يوم مات ولا يرث الأب بالشك. "ووقف المشكوك فيه فإن مضت مدة التعمير فكالجهول" ابن الحاجب: وقف المشكوك فيه فإن مضت مدة التعمير ولم يستتب فكالمتوتى.

وفي الذخيرة 120: المفقود أو الأسير إذا انقطع خبره إن كان له مال لا يقسم على ورثته ما لم تقم بينة على موته أو لا يعيش إلى مثل تلك المدة غالباً، وحدها سبعون وقيل ثمانون وقيل

119 - انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل 701/9

120 - الذخيرة للقرافي 23/13

تسعون، فيقسم على ورثته الموجودين عند الحكم، وإن مات له قريب حاضر توقفنا في نصيبه حتى نعلم حياة المفقود فيكون المال له، أو يمضي تعميره فيكون مال الميت لورثته دون المفقود وورثته، وإذا قسمنا على الحاضرين أخذنا في حقهم بأسوأ الأحوال حتى لا نورث بالشك.

وعند الحنابلة: إن مات مورثه في مدة التربص فإن قدم أخذ نصيبه ورد الباقي على مستحقه، وكذا إن مضت المدة، ولم يعلم خبره؛ وإن بان موته قبل موت مورثه، رد الموقوف على مستحقه.

فإذا مات شخص، وخلف ورثة، أحدهم مفقود، جعلت له مسألتي: حياة وموت، ثم تنتظر بينهما بالنسب الأربع، فما حصل بعد النظر، فهو الجامع للمسألتين؛ فمن ورث فيهما على السواء أعطي نصيبه كاملاً ومن اختلف إرثه: أعطي الأقل لأنه اليقين ومن سقط في إحداهما لم يعط شيئاً 121.

المسألة الثانية: أن يرث المفقود مع غيره في الغير، فالمفقود هنا محتمل الحياة، فيقدر

مدة حيا ومدة ميتا، ويوقف الحظ المشكوك فيه وهو نصيب المفقود وما يختلف حاله من حظ غيره من الورثة على تقدير حياة المفقود أو موته، قال عليش 122 عند شرحه لمختصر خليل: "وإن مات مورثه " بضم الميم وفتح الواو وكسر الراء مثقلة، أي الشخص الذي يرثه المفقود وحده أو مع غيره، " قدر " بضم فكسر مثقلا المفقود " حيا " ونظر ما يترتب على حياته له ولغيره من ميراث، و قدر " ميتا " ونظر لذلك أيضا ونظر بين ما يترتب على تقدير حياته وما يترتب على تقدير موته فيدفع المحقق على التقديرين لمستحقه.

" ووقف " بضم فكسر القدر " المشكوك " فيه لترتبه على أحد التقديرين دون الآخر حتى ثبتت حياته أو موته ببينة فيعمل بمقتضاه. " فإن مضت مدة التعمير فكالجهول " ولم يثبت شيء منهما فحكمه كحكم الشخص المجهول وقت موته في منعه من الإرث للشك في تأخر موته عن موت مورثه، وإنما وقف رجاء تحقق حياته بعد موت مورثه.

121 - انظر: حاشية الرحبية في علم الفرائض لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي ص 76

122 - انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل 701/9

بين الإمام الرسموكي¹²⁶ كيفية حل وتصحيح المسائل التي فيها وارث مفقود فقال:

فقدرن مومات وارث فقد	وصحن مسألة لمن وجد
وقدرن حياته وصحن	أخرى على ميراثه ثم انظرن
بينهما بوفوق أو مداخلة	أو المباينة أو مماثلة
تبد به جامعة ثم أقسما	جملة ما فيها على كليهما
يخرج لها جزء لسهم	فيه سهام وارثها الطلب
واضرب	
وادفع لمن ورث في المسألتين	قليلا أو مماثلا من خارجين
وما بقي يوقف حتى يعلما	كون نقيدا وارثا أو حرما

والمعنى: أنك إذا أردت معرفة كيفية تصحيح مسألة كان في ورثتها وارث مفقود فقدر موت المفقود قبل موت قريبه، وصحح مسألة لمن وجد حاضرا في ورثته، ثم قدر حياة ذلك المفقود حين موت قريبه، وصحح مسألة أخرى على ميراث ذلك المفقود مع الحاضرين الوارثين في مال ذلك الميت بالعمل السابق أيضا.

ولك أن تقدم ما شئت من المسألتين، لأن الواو لا تقتضي الترتيب، ثم انظر بين المسألتين
بالأنظار الأربعة موافقة، أو مداخلة، أو مباينة، أو مماثلة.

فإن تماثلتا فاستغن بإحدهما، وإن تداخلتا فاستغن بأكبرهما، وإن توافقتا فاضرب وفق أحدهما في كامل الأخرى، وإن تباينت فاضرب أحدهما في الأخرى تبدو به أي: تخرج بذلك العمل مسألة ثالثة جامعة لهما، ثم أقسم جملة ما كان فيها أي: في تلك الجامعة على كليهما أي: كل واحدة من المسألتين قبلها يخرج لها أي: لكل واحدة منهما جزء سهم يوضع فوقها، واضرب فيه أي: في جزء سهم كل منهما سهام وارثها أي: الوارثين فيها أي: في تلك الجامعة، وادفع من الجامعة لمن ورث شيئا في المسألتين أي: في الأولى والثانية معا خارجا قليلا من خارجين مختلفين، لأن أقلهما هو المحقق له أو خارجا مماثلا لغيره من خارجين متماثلين، لاستواء إرثه في التقديرين.

126 - أحمد بن سليمان الرسموكي المتوفي 1133 هـ صاحب المنظومة الشهيرة في علم الميراث المسمى "إيضاح الأسرار المصونة في الجواهر المكنونة في صدف الفرائض المسنونة"

وأما من ورث في إحداهما دون الأخرى فلا تدفع له شيئاً، لأنه لم يتحقق له في الحال شيء، واجمع تلك الأعداد التي كانت محققة لأربابها، واطرح جملتها من تلك الجامعة وما بقي منها بعد الطرح هو مشكوك فيه يوقف عند أمين حتى يعلم ببينة مقبولة كون المفقود وارثاً لذلك الميت، أو محروماً من إرثه.¹²⁷

وعند الحنابلة إذا مات شخص، وخلف ورثة أحدهم مفقود، جعلت له مسألتين: حياة وموت، ثم تنتظر بينهما بالنسب الأربعة، فما حصل بعد النظر، فهو الجامع للمسألتين؛ فمن ورث فيهما على السواء أعطي نصيبه كاملاً ومن اختلف إرثه: أعطي الأقل لأنه اليقين ومن سقط في إحداهما لم يعط شيئاً¹²⁸.

مثال التوافق بين المسألتين:

كـالزواج والـأم والأخت وأب	فقد عنهم قبل موت الأقرب
واستعملن جميع ما قد ذكرا	بأربع وعشـرتين تظفـرا
للزوج تسع ولـأم أربع	ويوقف الباقي لعلم ينفـع

ففي حاشية الدسوقي¹²⁹: كذات زوج ماتت عنه وعن أم وأخت شقيقة أو لأب، وأب مفقود.

فعلى تقدير حياته حين موت الزوجة وهي بنت المفقود فالمسألة من ستة أحد الغراوين لزوجها النصف ثلاثة وللأم ثلث ما بقي سهم هو السدس وللأب الباقي سهمان ولا شيء للأخت لحجبها بالأب، وعلى تقدير موته أي الأب المفقود قبل موت الزوجة كذلك المسألة من ستة، للزوج ثلاثة وللأخت ثلاثة وتعول من أجل ثلث الأم لثمانية.

والفريضتان متفقتان بالنصف ولذلك تضرب الوفق من أحدهما في الكل من الآخر بأربعة وعشرين، ثم تقول من له شيء من الأولى أخذه مضروباً في وفق الثانية، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في وفق الأولى.

¹²⁷ - الرسموكي: إيضاح الأسرار المصونة ص 224 وما بعدها.

¹²⁸ - انظر: حاشية الرحبية في علم الفرائض لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم الحنبلي النجدي ص 76

¹²⁹ - انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 156/4

فمن له شيء من الستة أخذه مضروبا في أربعة، ومن له شيء من الثمانية أخذه مضروبا في ثلاثة ثم يعطى الأقل، لأنه المحقق ويوقف الباقي كما قال المصنف فعلى موت الأب (للزوج تسعة) من ضرب ثلاثة في ثلاثة من الأربعة والعشرين والتسعة هي المحققة له، لأنه على حياة الأب له اثنا عشر، لأن له النصف كاملا حينئذ وعلى موته له تسعة، لأن له النصف عائلا حينئذ فحظه في حياة الأب أكثر من حظه في موته، وللام أربعة ثلث الباقي وهو في الحقيقة السدس وهذا على تقدير حياة الأب، لأن لها في غير العائلة أقل من العائلة فتأخذ المحقق لها وهو أربعة ووقف الباقي من الأربعة والعشرين وهو أحد عشر، ثلاثة من حصة الزوج، وثمانية للأب، (فإن ظهر أنه حي) بعد موت بنته (فللزوج ثلاثة) من الموقوف مضافة للتسعة التي بيده ليتم له النصف كاملا، (وللأب ثمانية) وهي تمام الأحد عشر الموقوفة ولا شيء للأخت لحجبها بالأب.

أو ظهر موته قبل موت ابنته أو مضي مدة التعمير ولم تظهر له حياة ولا موت، (فللأخت) من الموقوف تسعة كالزوج هي النصف عائلا، (وللأم) اثنان تضم إلى الأربعة التي أخذتها أو لإتمام الربع الذي عالت المسألة به على تقدير موت الأب لأجل ثلث الأم كما تقدم، والاثنان ربع بالنسبة للثمانية، وأما (الزوج) فقد أخذ ما يخصه على هذا التقدير وهو تسعة.

وأصل قول خليل وشراحه في الذخيرة 130 ونصه : إن ماتت وتركت زوجا وأما وأختا وأبا مفقودا.

فالفريضة على أن المفقود ميت من ستة، للزوج النصف ثلاثة، وللأخت ثلاثة، ويعال للأم بالثلث فتصير من ثمانية، وعلى أنه حي من ستة أيضا للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث مما يبقى سهم، وللأب سهمان، فتتفق الفريضتان بالنصف فتضرب نصف إحداهما في كامل الأخرى تكون أربعة وعشرين، فللزوج ثلاثة من ثمانية بيقين مضروبة في ثلاثة نصف الفريضة الأخرى، وإنما تكون له من ستة بصحة حياة الأب وهي غير معلومة، الأخت لا ميراث لها من أختها إلا إذا صح موت الأب قبل الأخت وهو مجهول فلا ترث، وللأم من ابنتها

السدس يقينا سهم من ستة مضروب في أربعة نصف فريضة ثمانية، وإنما يكون لها الثلث بالعدل بصحة موت زوجها قبل ابنتها وهو مجهول، ويبقى من الفريضة أحد عشر سهما إن صح أن الأب كان حيا يوم موت ابنته، فلزوج ثلاثة من ستة مضروبة في أربعة باثني عشر، في يده منها تسعة الباقي له ثلاثة من الموقوف، ولأم سهم من ستة مضروب في أربعة ففي يدها جميع حقها، ولأب سهمان من ستة مضروب في أربعة بثمانية، فتدفع له الثمانية الباقية، وإن ثبت موته قبل ابنته أو مات بالتعمير فكما تقدم : للزوج يقينا ثلاثة من ثمانية مضروبة في ثلاثة بتسعة وهي في يده، ولأم اثنان من ثمانية في ثلاثة بستة في يدها أربعة يدفع إليها سهمان من الموقوف، وللأخت ثلاثة من ثمانية في ثلاثة بتسعة، فتدفع لها التسعة الباقية.

وعليه فهذه النازلة -كذات زوج ماتت عنه وعن أم وأخت شقيقة أو لأب وأب مفقود-

تحل هكذا:

	3			4		
السهم الموقوف	24	8	6	على فرض	6	على فرض
$13=4+9$	9	3	3	$1/2$ زوج	3	$1/2$ زوج
$11=24-13$	--	--	--	أب	2	ع أب
إذن السهم	4	2	2	$1/3$ أم	1	$1/3$ ب - أم
المشكوك هو 11		3	3	$1/2$ أخت	0	ح / أخت

توضيح الجدول:

فعلى تقدير حياة الأب فالمسألة من ستة (6)، وهي إحدى الغراوين، للزوج النصف ($1/2$) ثلاثة، ولأم ثلث الباقي ($1/3$ ب) يعني واحد (1)، وهو السدس ($1/6$)، ولأب الباقي وهو الثلث ($1/3$) اثنان (2)، ولا شيء للأخت لإدلائها بالأب.

وعلى تقدير موته كذلك من ستة (6) للزوج النصف ($1/2$) ثلاثة (3) وللأخت النصف ($1/2$) ثلاثة (3) وتعول من أجل ثلث الأم ($1/3$) اثنان (2) إلى ثمانية (8).

والفريضتان متوافقتان بالنصف - أعني بذلك أصل فريضة الحياة (6) وأصل فريضة الممات (8) - ونضع وفق الثمانية (8) وهو أربعة (4) فوق أصل مسألة الحياة (6) ونضع أيضا

وفق الستة(6) وهو ثلاثة(3) فوق أصل فريضة الممات (8)وبعد ذلك نضرب الوفق من أحدهما في كامل الأخرى أي :وفق (6) وهو ثلاثة(3) في أصل فريضة الممات ثمانية(8) بأربعة وعشرين (24)، أو وفق الثمانية(8) وهو أربعة(4) نضربه في أصل فريضة الحياة ستة(6) والخارج واحد (24).

ثم نقول من كان له شيء من ستة (6) أخذه مضروبا في أربعة(4)جزء سهمها ومن كان له شيء من ثمانية (8) أخذه مضروبا في ثلاثة(3) جزء سهمها.

فعلى تقدير موت الأب للزوج تسعة(9) وهي المحققة له، لأنه على حياة الأب له اثني عشر(12) وعلى موته له تسعة (9).

وعلى تقدير حياة الأب للأم أربعة (4) إذ هي المحققة لها ووفق الباقي من الأربعة والعشرين (24) وهو أحد عشر(11)، ثلاثة(3) من حصة الزوج وثمانية(8) للأب.

فإن ظهر أنه- أي الأب- حي بعد موت ابنته فللزوج من الموقوف ثلاثة(3) مضافة للتسعة(9) التي أخذها فيكمل له نصف الأربعة والعشرين أي :اثني عشر(12) ويأخذ الأب ثمانية(8) وهي الباقية ولا شيء للأم سوى الأربعة(4) التي أخذتها أولا.

وإن ظهر موته- أي الأب- قبل ابنته أو لم تظهر حياته ولا موته ولكن حكم بموته لأجل مضي مدة التعمير ، فلأخت تسعة(9) كالزوج ويزاد للأم اثنان(2) على الأربعة(4) التي أخذتها أولا لإتمام الربع (1/4)الذي عالت به المسألة.

ومن أمثلة التوافق أيضا: توفيت امرأة عن زوجها وأمها وأختها الشقيقة وأخيها الشقيق

المفقود¹³¹.

فتحل هكذا:

ج س
×9
x4 x3

السهم الموقوف	72	18	6	على فرض الحياة	8	6	على فرض الموت
$47=08+12+27$	27	9	3	1/2 زوج	3	3	1/2 زوج
$25=72-47$	12	3	1	1/6 أم	2	2	1/3 أم
إذن السهم المشكوك هو: 25	08	2	↓2	ع أخت ش	3	3	1/2 أخت ش
	-	4		ع أخ ش (ح)	-	-	أخ ش مفقود (م)

توضيح الجدول

ما قيل في التعليق على المسألة السابقة يقاس عليه هنا.

مثال التباين (التخالف) بين المسألتين 132.

هلكت زوجة وتركت زوجا وأختين شقيقتين، وأخا شقيقا مفقودا.

تحل هكذا: ↓

ج س 4 × 7 8

السهم الموقوف	56	7	على فرض الموت	8	2	على فرض الحياة	
		6					
38=7+7+24 18=56-38 إذن السهم المشكوك هو: 18	24	3	زوج	1/2	4	1	زوج 2/1
	7	2	أخت ش	2/3	1	1	أخت ش
	7	2	أخت ش		1	↓	أخت ش
	--	--	أخ ش م		2		أخ ش م ح
							ع

توضيح الجدول

فعلى تقدير حياة الأخ الشقيق فالمسألة من اثنين (2) وصحت من ثمانية (8). للزوج النصف (1/2) أربعة (4) وللشقيق اثنان (2) ولكل شقيقة سهم واحد (1) على سنة التعصيب للذكر مثل حظ الأنثيين.

وعلى تقدير موت الأخ الشقيق فالمسألة من ستة (6) وعالت من أجل عدد سهامها إلى سبعة (7). للزوج نصفها (1/2) ثلاثة (3) وللشقيقتين ثلثاها (2/3) أربعة (4) لكل شقيقة اثنان (2).

132 - للمزيد من الأمثلة والتطبيقات انظر رسالة زميلنا العمراني "تصفية التركة في الفقه الإسلامي" مرجع سابق.

والفريضة متخالفتان، أعني بذلك أصل فريضة الحياة ثمانية(8) وأصل فريضة الممات سبعة (7). فنضع أصل فريضة الممات ثمانية(8) فوق أصل فريضة الحياة سبعة(7) وأصل فريضة الحياة سبعة(7) فوق أصل فريضة الممات ثمانية(8) وعليه فإن أصل الفريضة يكون من خارج ضرب كامل أحد العددين في كامل الآخر أي: سبعة ضرب ثمانية (8×7) أو ثمانية ضرب سبعة(7×8) بستة وخمسين (56).

ثم نقول من كان له شيء من ثمانية(8) أخذه مضروبا في سبعة(7) ومن كان له شيء من سبعة(7) أخذه مضروبا في ثمانية(8).

فعلى تقدير وفاة الأخ الشقيق، للزوج ثمانية وعشرون(28) وهو نصف (1/2) الستة والخمسون (56) وللشقيقتين اثنا وثلاثون (32) ثلثا (2/3) الستة والخمسون (56).

وعلى تقدير حياة الأخ الشقيق، للزوج أربعة وعشرون(24) وهي المحققة له، ووقف الباقي من ثمانية وعشرين (28) وهو أربعة (4).

وللشقيقتين أربعة عشر(14) وهي المحققة لهما، ووقف الباقي من اثنين وثلاثون (32) وهو ثمانية عشر (18).

والسهم الموقوف من ستة وخمسين(56) هو : ثمانية عشر(18) وذلك بجمع الأعداد المحققة لأربابها أي: (38 = 24+07+07) ثم بطرحها من الجامعة والعمل هكذا:
(18 = 38-56)

ومن أمثلة التباين أيضا: ثلاثة بنين، أحدهم مفقود.

	3×	2×		
			على فرض الحياة	
	6	2	على فرض الموت	3
4=+2+2	2	1		ابن
2=6-4	2	1		ابن
إذن السهم المشكوك هو:		-		ابن ح د
2				

تنبيه: ما قيل في توضيح الجدول السابق يقال في هذا الجدول.¹³³

مثال التماثل بين المسألتين

	1×		1×		
	3	3	على فرض الموت	3	على فرض الحياة
2=+1+1	1	1	أم 3/1	1	أم 3/1
1=3-2	1	2	ع/ عم	1	ع/ عم
إذن السهم المشكوك هو:		-	عم ح د	1	ع/ عم ح د
1					

تنبيه: ما قيل في توضيح الجدول السابق يقال في هذا الجدول.¹³⁴

مثال آخر للتماثل بين المسألتين:

توفيت امرأة عن زوجها وبنت ابنها وأختها الشقيقة وابن لها مفقود.

فتحل هكذا: ↓

	×1		×1		
السهم الموقوف	4	4	على فرض الحياة	4	على فرض الموت
3=4-1	1	1	1/4 زوج	1	1/4 زوج
إذن السهم المشكوك هو: 3		-	ح بنت ابن	2	1/2 بنت ابن
		-	ح أخت شقيقة	1	ع أخت شقيقة
		3	ع ابن مفقود حي		ابن مفقود ميت

¹³³ -انظر : الرسموكي إيضاح الأسرار المصونة ص 228 وما بعدها

¹³⁴ -انظر : الرسموكي إيضاح الأسرار المصونة ص 227 وما بعدها

مثال التداخل بين المسألتين¹³⁵: أم وأخ شقيق وابن مفقود.

	×2		×1		
	6	3	على فرض الموت	6	على فرض الحياة
5=6-1	1	1	أم 3/1	1	أم 6/1
إذن السهم المشكوك هو:	-	2	ع /أخ ش	-	ح /أخ ش
5	-	-	ع /ابن ح د	5	ع /ابن ح د

مثال آخر للتداخل بين المسألتين: توفي رجل عن زوجته وأمه وأخيه الشقيق وابن له

مفقود.

فتحل هكذا:

	ج س × 1		ج س × 2		
السهم الموقوف	24	24	على فرض الحياة	12	على فرض الموت
7=4+3	3	3	1/8 زوجة	3	1/4 زوجة
17=24-07	4	4	أم 1/6	4	أم 1/3
إذن السهم المشكوك هو: 17	-	-	ح أخ ش	5	ع أخ ش
	-	17	ع ابن مفقود	-	ابن مفقود

المسألة الثالثة: هي التي يرث فيها المفقود وحده في الغير:¹³⁶ وحكمها هو ما أشار

إليه بنيس في شرحه لفرائض المختصر بقوله: أما إذا لم يكن له وارث سوى المفقود فإن مال هذا الميت يضم إلى مال المفقود ويأخذه من كان حيا ويقسم على ورثته إن مات.

¹³⁵ - انظر : الرسموكي إيضاح الأسرار المصونة ص 227 وما بعدها

¹³⁶ - انظر: محاضرات أستاذنا محمد الأبيض أقيمت على طلبة كلية الشريعة فاس الموسم الجامعي 1993- 1994

الشرط¹³⁷ الثاني : تحقق حياة الوارث حقيقة أو تقديرا عند موت مورثه

ومعنى هذا الشرط : تحقق حياة الوارث حين موت المورث، أو إلحاقه بالأحياء حكما

كالمفقود¹³⁸، والحمل.

ودليل هذا الشرط قوله تعالى: "ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك" ووجه الاستدلال بالآية : أن الله تعالى ذكر استحقاق الإرث باللام الدالة على التملك، والتملك لا يكون إلا للحى. فعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : "إذا استهل المولود ورث" ¹³⁹.

قال صاحب عون المعبود¹⁴⁰: "إذا استهل المولود" أي : رفع صوته يعني علم حياته ورث بضم فتشديد راء مكسور أي جعل وارثا.

قال في شرح السنة : لو مات إنسان ووارثه حمل في البطن يوقف له الميراث. فإن خرج حيا كان له وإن خرج ميتا فلا يورث منه بل لسائر ورثة الأول، فإن خرج حيا ثم مات يورث منه سواء استهل أو لم يستهل بعد أن وجدت فيه أمارة الحياة من عطاس أو تنفس أو حركة دالة على الحياة سوى اختلاج الخارج عن المضيق.

والاستهلال رفع الصوت، والمراد منه عند الآخرين وجود أمارة الحياة وعبر عنها بالاستهلال لأنه يستهل حالة الانفصال في الأغلب وبه يعرف حياته وقال الزهري أرى العطاس استهلالا.

وعن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور ابن مخرمة قالاً: "قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يرث الصبي حتى يستهل" ¹⁴¹.

137 - والشرط يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم

138 - وقد سبق بيان أحكامه.

139 - رواه أبو داود.

140 - انظر: عون المعبود محمد شمس الحق العظيم آبادي كتاب الفرائض باب في المولود يستهل ثم يموت

141 - ذكره أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبد الله.

وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي بلفظ: "إذا استهل صلى عليه وورث" وقوله: "إذا استهل" قال ابن الأثير استهل المولود إذا بكى عند ولادته وهو كناية عن ولادته حيا وإن لم يستهل بل وجدت منه إمارة تدل علة حياته.

والحديثان يدلان على أن المولود إذا وقع منه الاستهلال أو ما يقوم مقامه ثم مات ورثه قرابته وورث هو منهم وذلك ما لا خلاف فيه.

وقد اختلف في الأمر الذي تعلم به حياة المولود فأهل الفرائض قالوا بالصوت أو الحركة وهو قول الكرخي وروى عن علي وزفر والشافعي.

وروى عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وشريح والنخعي ومالك وأهل المدينة أنه لا يرث ما لم يستهل صارخا.

وفي شرح الإبانة الاستهلال عند الهادي والفريقين الحركة أو الصوت، وعند الناصر ومالك ورواية عن أبي حنيفة وأبي طالب الصوت فقط. ويكفي عند الهادوية خبر عدلة بالاستهلال، وعند مالك والهادي لابد من عدلتين وعند الشافعي أربع 142.

ثانيا: ميراث الحمل¹⁴³

سبق وأن عرفنا الموت الحقيقي والحكمي أثناء حديثنا عن الشرط الأول من شروط الإرث، وبقي أن نعرف الحياة التقديرية.

الحياة التقديرية: هي الحياة الثابتة تقديرا للجنين عند موت الموروث، وعليه فالحي تقديرا هو الحمل الذي يوضع حيا في وقت يدل على أنه كان جنينا عند موت الموروث منه، كان من زوجة الموروث منه أو من زوجة قريبة أو من أمة، فوضعه حيا دليل على أنه كان حيا عند موت موروثه.

142 - نيل الأوطار للشوكاني 243/6 الحديث رقم 2567 باب ميراث الحمل.
143 - بفتح الحاء، ويطلق على كل ما في بطن كل حبل والمراد به هنا ما في بطن الأمية من ولد، ويقال: امرأة حامل وحاملة إذا كانت حبلها فإذا حملت شيئا على ظهرها أو رأسها فهي حاملة لا غير وحمل الشجر ثمره بالفتح والكسر والحمل يرث بلا نزاع في الجملة ويثبت له الملك بمجرد موت موروثه بشرط خروجه حيا. (كشاف القناع عن متن الإقناع 4 / 462)

وعلى هذا الاعتبار فإن الحمل وهو لا يزال في بطن أمه مجهول الوصف والحال، فإما أن يولد حيا أو ميتا، وإما أن يكون ذكرا أو أنثى، وإما أن يكون واحدا أو متعددا، ولهذا لا يمكننا والحالة هذه أن نجزم بأمره إلا بعد ولادته، فإذا ولد حيا اعتبرنا حياته قائمة من وقت وفاة الموروث، وإذا ولد ميتا اعتبرناه معدوما من وقت وفاة الموروث، وكما يستحيل الجزم بحياة الجنين إلا بعد ولادته حيا يستحيل الجزم بكونه ذكرا أو أنثى¹⁴⁴، وبناء على ما سلف ذكره اشترط الفقهاء لميراث الحمل شرطين:

أولا: شروط ميراث الحمل

وعليه اشترط الفقهاء لميراث الحمل شرطين¹⁴⁵:

الشرط الأول : تحقق وجوده في الرحم حين موت المورث ولو نطفة أي : أن يعلم

أنه كان موجودا حال الموت، ويعلم وجوده في البطن إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منذ مات المورث، لأن أدنى مدة الحمل ستة أشهر، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر فلا ميراث له إذا كان النكاح قائما بين الزوجين، وإن كانت معتدة فحينئذ إذا جاءت به لأقل من سنتين منذ وقعت الفرقة بموت أو طلاق فهو من جملة الورثة، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر منذ مات المورث فإنما يرث إذا انفصل حيا¹⁴⁶.

وإذا كانت مدونة الأسرة أخذت في المادة 135 برأي محمد بن الحكم من فقهاء المالكية باعتبارها أن أقصى أمد الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، فإنها في المقابل لم تنص على أقل مدة للحمل، وإنما تركت الأمر إلى المحكمة لتثبت في وجود الحمل أو عدمه وتاريخ نشوئه، مستعينة في ذلك بدوي الاختصاص¹⁴⁷.

ونصت مدونة الأسرة في المادة 133 على أن عدة الحامل تنتهي بوضع حملها أو سقوطه.

الشرط الثاني: أن ينفصل كله حيا حياة مستقرة: ويعرف ذلك بأن يستهل صارخا، أو

يعطس أو يرضع ونحو ذلك¹⁴⁸. فإن وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا واختلف فيما يثبت

144 (انظر: تصفية التركة مرجع سابق.

145 - انظر: المغني 196/7

146 - المبسوط 51/29

147 - انظر المادة 134 من مدونة الأسرة.

148 - حاشية الرحبية في علم الفرائض عبد الرحمن الحنبلي ص 12

به الميراث من الحياة، واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه قال : " إذا استهل المولود ورث ".149

وهذا ما أكدته مدونة الأسرة في المادة 331 : " لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراخ أو رضاع ونحوهما".

ومع اتفاق الفقهاء على وجوب انفصال الحمل حيا إلا أنهم اختلفوا هل لابد من انفصاله بالكامل حيا أم يكفي انفصال بعضه حيا؟ على قولين:

القول الأول: يشترط في الحمل حتى يستحق نصيبه من مورثه أن ينفصل بالكامل حيا، فإن ولد ميتا كله أو بعضه فلا يستحق شيئا مما هو موقف على ذمته من التركة، لأن أهليته للميراث لا تتحقق إلا بالوجود الكامل، ولأنه في حكم الحمل ما لم ينفصل.

بدليل أن عدة المرأة لا تنقضي بانفصال جزء بل لابد من الانفصال الكامل، وزكاة الفطر لا تجب عليه إلا بعد انفصاله فكذلك الميراث، ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء.

القول الثاني: لا يشترط الانفصال الكامل للحمل، بل إذا استهل بعد خروج أكثره ورث، وإن خرج باقيه ميتا، لأن للأكثر حكم الكل، وكأنه خرج كله، ثم خرج بعض أعضائه بعد ذلك ذهب إلى ذلك الحنفية¹⁵⁰.

ثانيا: أقوال الفقهاء في توريث الحمل

إذا كان الفقهاء اتفقوا على توريث الحمل إذا تحققت الشروط السابقة، إلا أنهم اختلفوا في النصيب الذي يوقف للحمل اعتمادا على أنه قد يكون واحدا أو أكثر، كما أنه قد يكون ذكرا وقد يكون أنثى، وهذا تلخيص مقتضب للآراء الفقهية في الموضوع:

الرأي المشهور للمالكية وقول الشافعية¹⁵¹ أن التركة التي بها حمل توقف كلها، ولا تقسم بين الورثة حتى ينفصل الحمل ويتضح أمره من حيث الذكورة أو الأنوثة أو التعدد.

149 - سنن ابن ماجه 919/2

150 - الشربيني: مغني المحتاج 28/3، السرخسي: المبسوط 54/30. وانظر: تصفية التركة مرجع سابق.

151 - الدسوقي على الشرح الكبير 87/4، التسولي: البهجة في شرح التحفة 423/2 الشربيني : مغني المحتاج 28/3.

قال ابن عاصم :

ويُوقَفُ القِسْمُ مَعَ الحَمْلِ إِلَى أن يَسْتَهْلَ صَارِخاً فَيُعْمَلُ
قال اليزناسني: أي إذا كان بعض ورثة الميت حملاً، فإن الميراث يمنع في الحال، لأجل
الشك ويؤخر القسم إلى أن يستهل صارخاً فيعمل القسم حينئذ.

وفي الخرخشي عند قول صاحب المختصر: " ووقف القسم للحمل " المشهور أن الإنسان
إذا مات وترك ورثة وزوجة، أو أمة حاملاً منه، فإن قسم تركته يوقف إلى وضع ذلك الحمل،
ولا يعجل قسم تركته، وإنما لم يعجل القسم بين الموجودين للشك هل يوجد من الحمل وارث
أم لا، وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد، وعليهما هل هو ذكر، أو أنثى أو مختلف، وهذا
هو المشهور.

وقال أشهب: يتعجل أدنى السهمين، وهو القدر الذي لا شك فيه فيعطي أحد الزوجين أو
الأبوين أدنى سهميه، فإذا مات عن زوجة حامل وعن أبوين، فالمسألة من أربعة وعشرين،
يعجل للزوجة الثمن ثلاثة، ولكل من الأبوين السدس أربعة، ويوقف ثلاثة عشر للوضع، فإن
وضعت أنثى أخذت من الموقوف اثني عشر ورد الواحد الباقي للأب تعصيباً، وإن وضعت
ذكراً أخذ الثلاثة عشر الموقوفة كلها، وإن مات الحمل رد للزوجة من الموقوف ثلاثة تكملة
الربع، ورد للأم أربعة تكملة الثلث ورد للأب ستة. ورد ذلك القول، لأنه يحتمل تلف التركة
قبل الوضع فتأخذ الزوجة مثلاً دون غيرها، وهو ظلم، ولا يمكن الرجوع عليها بما أخذته،
لأنها تقول أخذته بوجه جائز.

قوله: " وفيهم حمل " أي يرث الميت، ولو احتمالاً كان الحمل من زوجة الميت، أو من
أمته، أو من زوجة أخيه، أو من أمته، أو من زوجة الابن المنتسب لهذا الميت، أو من أمته، أو
كان من أمه إن لم يكن هناك من يحجب ذلك الحمل 152.

فقوله من زوجة أي كان ذلك الحمل من زوجة أو من أمه بل، ولو كان من أم الميت بأن
كان أخاه لأمه.

وقوله: " ووقف القسم" أصله قسم التركة، أو قسم المال الموروث واللام للتعليل، ومن جعلها للغاية وقدر مضافا أي: لو وضع الحمل لم يصب لعدم إفادة أن اليأس من حملها كوضعه ويحصل الإياس منه بمضي أقصى أمد الحمل.

قال ابن شعبان: من هلك عن زوجة حامل فلا تنفذ وصاياه ولا تأخذ زوجته أدنى سهميها حتى تضع.

وقال أشهب: تتعجل أدنى سهميها التي لا شك فيه. وقيل: يوقف من ميراثه ميراث أربعة ذكور؛ لأنها أكثر ما تلده المرأة.

قال عيش: لو تعدوا وقسموا قبل وضع الحمل وأوقفوا له أوفر الحظين فهلك رجع عليهم أو على مليمهم، ولو هلك ما بأيديهم فلا يرجعون عليه فيما بيده، ولو نما ما بيده فلا يدخلون عليه، ولو نما ما بأيديهم فإنه يدخل عليهم فقسمتهم جازت عليهم ولم تجز عليه، قاله ابن رشد، ولو قسم الناظر له جاز عليه وعليهم.

وقال: في امرأة ولدت توأمين فشهدت امرأتان بصراخ أحدهما ولم تعرفاه فلهما ميراث أحدهما ذكرين كانا أو أنثيين ولو كانا ذكرا وأنثى ففيهما شك.

أصبح: أخاف أن لا شيء لهما. ابن رشد ليس هذا بصحيح ولهما أقل الميراثين، كقول ابن القاسم إذا كان واحدا وشهد على استهلاله ولم يدر أذكر أم أنثى 153.

وعند الشافعية: إذا مات رجل وترك حملا يرثه، نظر حالة ورثته، فإن كان الحمل يحجبهم فلا ميراث لهم، وإن كان لا يحجبهم ولكن يشاركهم، فقد اختلفت الفقهاء في قدر ما يوقف للحمل، فحكي عن أبي يوسف أنه يوقف للحمل نصيب غلام، ويؤخذ منه للورثة ضميين، وحكي عن محمد بن الحسن أنه يوقف له نصيب أنثى، وحكي عن أبي حنيفة أنه يوقف له نصيب أربعة، وبه قال أبو العباس بن سريج استدلالا بأنهم أكثر من وجد من حمل واحد.

153 - شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي 8/ 225 وانظر: منح الجليل شرح مختصر خليل عيش 9/ 698 وانظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل الحطاب 5/ 353

وروى يحيى بن آدم فقال سألت شريكا فقال: يوقف نصيب أربعة، ومذهب الشافعي أنه يوقف سهم من يشارك الحمل في ميراثه حتى يوضع فيتبين حكمه، ولا يدفع إليهم شيء إذا لم يتقدر أقل من فرضهم، لأن عدد الحمل غير معلوم على اليقين، والميراث لا يستحق بالشك ولا بالغالب المعهود، وليس لما ذكره من تقديره بالواحد أو بالاثنين أو بالأربعة وجه، لجواز وجود من هو أكثر، فعلى هذا لو ترك الميت ابنا وزوجة حاملا فللزوجة الثمن، لا ينقصها الحمل منه، ولا يدفعها عنه، وإنما الخلاف في الابن، فعلى قول أبي يوسف له النصف، ويوقف النصف، وعلى قول محمد بن الحسن له الثلث ويوقف الثلثان، وعلى قول أبي حنيفة له الخمس وتوقف الأربعة الأخماس، وعلى قول الشافعي يوقف الجميع حتى يوضع الحمل، ولو تركت الأم زوجها وابن عم وأما حاملا، وطلبت الورثة أنصباهم نظر في حمل الأم، فإن كان من غير أب أعطي الزوج النصف والأم السدس، لأنها ما تلد اثنين فيحجبانها ويوقف الثلث، فإن ولدت اثنين فأكثر دفع الثلث إليهم، فإن ولدت واحدا دفع إليه السدس، ورد السدس الباقي على الأم لتستكمل الثلث، فإن وضعت ميتا كمل للأب الثلث ودفع السدس إلى ابن العم وينبغي لزوج الأم في مثل هذه الحال أن يمسك عن وطئها ليعلم تقدم حملها، فإن لم يفعل ووطئها نظر، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الوفاة كان الولد وارثا لتقدم العلوق به على الوفاة، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر لم ترث لإمكان حدوثه بعد الوفاة إلا أن يعترف الورثة بتقدمه فيرث هذا إذا كان حملها من غير الأب.

فأما إن كانت الأم حاملا من أبي الميتة دفع إلى الزوج ثلاثة أثمان المال، وإلى الأم الثمن ووقف أربعة أثمانه : لأنها قد تلد بنتين فيكونا أختين من أب فتعول إلى ثمانية، فإن وضعت اثنين بنين أخذ الموقوف، وإن وضعت بنتا واحدة دفع إليها من الموقوف بثلاثة أثمان المال ورد الثمن الباقي على الأم، وإن وضعت ابنا كمل للزوج النصف وللأم الثلث ودفع الباقي إلى الابن، وإن وضعت ابنتين كمل للزوج النصف وللأم السدس ودفع الباقي إلى الابنتين.

ولو تركت زوجا وأختا لأب وأم وأختا لأب وزوجة أب حاملا منه أعطي الزوج ثلاثة أسباع المال، والأخت للأب والأم ثلاثة أسباعه، ووقف السبع الباقي، فإن ولدت ذكرا لم يرث

ولم ترث أخته ورد السبع الموقوف على الزوج والأخت نصفين، فإن ولدت أنثى أو إناثا دفع السبع الموقوف إلى المولودة والأخت للأب لأنهما أختان لأب، والله أعلم بالصواب 154.

وعند الحنفية: اختلفت الروايات في مقدار ما يوقف للحمل من الميراث فروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يوقف للحمل نصيب أربع بنين.

وروى هشام عن أبي يوسف أنه يوقف للحمل ميراث ابنين، وهو قول محمد، وذكر الخصاص عن أبي يوسف أنه يوقف له ميراث ابن واحد، وهذا هو الأصح وعليه الفتوى.

وفي رواية ابن المبارك لا اعتبار بما يتوهم، لأن قسمة الميراث لا تكون إلا باعتبار المتيقن ولم ينقل عن المتقدمين أن امرأة ولدت أكثر من أربع بنين.

وفي رواية هشام قال : ولادة المرأة أربع بنين في بطن واحد أندر ما يكون فلا يبنني الحكم عليه، وإنما يبنني على ما يكون في العادة، وهو ولادة اثنين في بطن واحد، وفي رواية الخصاص فإن النادر لا يعارض الظاهر، والعام الغالب أن المرأة لا تلد في بطن واحد إلا ولدا واحدا فعلى ذلك يبنني الحكم ما لم يعلم خلافه.

إذا عرفنا هذا فنقول رجل مات وترك ابنا وأم ولد حاملا، فعلى رواية ابن المبارك إنما يدفع إلى الابن خمس المال، ويجعل كأن الحمل أربع بنين، وعلى رواية هشام يدفع إلى الابن ثلث المال ويجعل كأن الحمل اثنان، وعلى رواية الخصاص يدفع إلى الابن نصف المال ويجعل كأن الحمل ابن واحد، ثم سائر الورثة مع الحمل لا يخلو حالهم إما أن يكون الوارث مع الحمل ممن لا تتغير فريضته بالحمل أو ممن تتغير فريضته بالحمل، ولا يخلو إما أن يكون ممن يسقط في بعض الأحوال أو ممن لا يسقط، فإن كان ممن لا تتغير فريضته بالحمل فإنه يعطى فريضته كمن ترك امرأة حاملا وجدة، فللجدة السدس، لأنها لا تتغير فريضتها بهذا الحمل. وكذلك إذا ترك امرأة حاملا فإنه تعطى المرأة الثمن، لأنها لا تتغير فريضتها بهذا الحمل، ولو ترك امرأة حاملا وأخا أو عما لا يعطى الأخ والعم شيئا، لأن من الجائز أن يكون الحمل ابنا فيسقط معه الأخ والعم ولا يعطى من يرث مع الحمل إلا القدر المتيقن به، لأن التوريث في موضع الشك

لا يجوز، فإذا كان ممن تتغير فريضته بالحمل فالمتيقن له أقل النصيبين فلا يعطى إلا ذلك، وإذا كان ممن يسقط بحال فأصل الاستحقاق له مشكوك فهذا لا يعطى شيئاً، ثم إن كان الأقل كنصيب سائر الورثة إن يجعل الحمل ذكراً يجعل ذكراً، وإن كان الأقل كنصيب سائر الورثة إن يجعل الحمل أنثى فإنما يوقف للحمل أوفر النصيبين ولا يعطى سائر الورثة إلا الأقل احتياطاً.

بيان ذلك في امرأة ماتت وتركت زوجاً وأماً وهي حامل من أبيها، فإن الحمل يجعل أنثى على الروايات كلها، لأننا لو جعلنا الحمل ذكراً كان للزوج النصف كاملاً ثلاثة من ستة، وللأم الثلث سهمان والباقي، وهو سهم للأخ، وإذا جعلنا الحمل أنثى فعلى رواية ابن المبارك الحمل بمنزلة أربع أخوات، وعلى رواية هشام الحمل بمنزلة أختين، فيكون لهما الثلثان، وتعول المسألة بسهمين، للزوج ثلاثة، وللأم السدس، وللأختين أربعة، ولا شك أن ثلاثة من ثمانية دون ثلاثة من ستة.

وكذلك على رواية الخصاف، لأننا إذا جعلنا الحمل أنثى فالقسمة من ثمانية، للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، فإن الأخت الواحدة لا تحجب الأم من الثلث إلى السدس، وللأخت ثلاثة فتكون القسمة من ثمانية، فهذا جعلنا الحمل أنثى ويوقف لها ثلاثة من ثمانية، فإن ولدت ابنة فالموقوف يكون لها وتبين صحة القسمة، وإن ولدت ابناً فقد بطلت القسمة الأولى، وإن ولدت ابنتين انتقصت القسمة ويسترد من الأم أحد السهمين فيكون للأختين، وإنما يقسم المال من ستة للزوج النصف ثلاثة، وللأم الثلث سهمان، والباقي وهو سهم للأخ بالعصوبة.

فإن ترك ابناً وامرأة حاملاً، فولدت الحامل ولدين أحدهما ذكر، والآخر أنثى، واستهل أحدهما ولم يستهل الآخر، أو لا يدرى أيهما استهل بأن كان ليلاً، أو لكثرة الزحمة لم يعلم من استهل منهما.

والتخريج في هذه المسألة أن نقول: هنا حالتان: فإن كان الذي استهل منهما الابن، فإنما ترك الرجل ابنتين وامرأة، فتكون القسمة من ستة عشر، للمرأة سهمان، ولكل ابن سبعة، ثم مات أحد الإخوة الاثنين عن أخ وأم، فللأم الثلث، والباقي للأخ، وقسمة سبعة أثلاثاً لا يستقيم، فتضرب ستة عشر في ثلاثة، فيكون ثمانية وأربعين، للأم ستة بالميراث من الزوج، ولكل ابن

أحد وعشرون، ثم لها سبعة من ابنها فيكون لها ثلاثة عشر، وللابن خمسة وثلاثون، وإن كان الذي استهل الابنة فإنما مات الرجل عن ابن وابنة وامرأة، فتكون القسمة من أربعة وعشرين، للمرأة ثلاثة، وللابنة سبعة، ثم ماتت الابنة عن أم وأخ، وقسمة سبعة بينهما أثلاثا لا تستقيم، فنضرب أربعة وعشرين في ثلاثة، فتكون اثنين وسبعين، للمرأة تسعة، وللابنة أحد وعشرون، وللابن اثنان وأربعون، ثم قد ورثت الأم من الابنة سبعة فيكون لها في الحاصل ستة عشر، وللابن ستة وخمسون، إلا أن بين ستة عشر وستة وخمسين موافقة بالنصف فيقتصر على الثمن من كل واحد منهما، وثمان ستة عشر اثنان، وثمان ستة وخمسين سبعة فذلك تسعة، فتكون القسمة بينهما في هذه الحالة على تسعة، وفي الحالة الأولى للأم ثلاثة عشر، وللابن خمسة وثلاثون ولا موافقة بينهما في شيء إلا أن بين تسعة وبين ثمانية وأربعين، وهو جملة السهام في الحالة الأولى موافقة بالثلث فيقتصر على الثلث من أحدهما ويضرب في جميع الآخر، وذلك إما ستة عشر في تسعة، أو ثلاثة في ثمانية وأربعين، فيكون ذلك مائة وأربعة وأربعين، ثم ضعف ذلك، لأن الحالة حالتان فيكون مائتين وثمانية وثمانين منه تصح القسمة، كان للأم سهمان من تسعة ضربناها في ستة عشر فيكون اثنين وثلاثين، ثم أضعفنا فيكون أربعة وستين فهو نصيب الأم، وكان للابن سبعة ضربنا ذلك في ستة عشر فتكون مائة واثنان عشر، ثم أضعفنا ذلك فيكون أربعة وعشرين فهو نصيب الابن فاستقام التخرج، ومتى انفصل الحمل ميتا لا يرث إذا انفصل بنفسه، فأما إذا انفصل بسبب فهو من جملة الورثة.

وبيانه إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا فهذا الجنين من جملة الورثة، لأن الشرع أوجب على الضارب الغرم ووجوب الضمان بالجناية على الحي دون الميت، فإذا حكمنا بحياته كان له الميراث وبعد عنه نصيبه كما يورث عنه بدل نفسه، وهو الغرة، والله أعلم بالصواب¹⁵⁵.

وعند الحنابلة: يوقف للحمل نصيب ذكرين إن كان نصيبهما أكثر، وإلا وقف له نصيب

اثنين¹⁵⁶.

155 - انظر: المبسوط 29/ 53

156 - انظر: الإنصاف لعلي بن سليمان بن أحمد المرادوي 7/ 330

ومثال كون الذكـرين نصيبهما أكثر : لو خلف زوجة حاملا وابنا، فيدفع للزوجة ثمنها، ويوقف للحمل نصيب ذكـرين، لأنه أكثر من نصيب أنثيين وتصح من أربعة وعشرين، للزوجة الثمن ثلاثة، وللابن سبعة. ويوقف للحمل أربعة عشر، وبعد الوضع لا يخفى الحال.

ومثاله في الأنثيين: كزوجة حامل مع أبوين، فالمسألة من أربعة وعشرين، وتعول إلى سبعة وعشرين إن كان الحمل أنثيين، فيوقف منها للحمل ستة عشر، ويعطى كل واحد من الأبوين أربعة، والزوجة ثلاثة، ومتى زادت الفروض على الثلث فميراث الإناث أكثر، لأنه يفرض لهن الثلثان، ويدخل النقص على الكل بالمحاصة وإن نقصت كان ميراث الذكـرين أكثر. وإن استوت: كأبوين وحمل استوى ميراث الذكـرين والأنثيين، ومن لا يحجبه الحمل يأخذ إرثه كاملا، كزوج أو زوجة مع أم حامل، ويعطى من ينقصه الحمل شيئا اليقين، كأم في المثال تعطى السدس، لاحتمال أن يكون حملها عددا فيحجبها عن الثلث إلى السدس، وكذا من مات عن زوجة حامل تعطى الثمن ؛ لأنه اليقين 157 .

يتبين من المناقشات الفقهية السابقة أن الرأي الراجح بالإتباع هو المشهور عند المالكية وقول آخر للشافعية، والذي يعتبر أن التركة التي بها حمل يجـل أن توقف كلها، ولا تقسم بين الورثة حتى ينفصل الحمل ويتضح أمره من حيث الذكورة أو الأنوثة أو التعدد. لأن مدة الحمل قصيرة غالبا، لذا لا يضار الورثة من تأخير قسمة التركة بينهم، لأن الغالب أن التركة لا تتغير في هذه المدة القصيرة المقدره للحمل، بخلاف التركة التي يكون فيها المفقود.

ثالثاً: طريقة حل المسألة المشتملة على الحمل

لما كان حال الحمل يدور تارة بين الوجود والعدم، وبين الذكورة والأنوثة، وبين الأفراد والتعدد، وبين الإرث وعدمه، وبين القلة والكثرة، كان معرفة نصيبه معرفة تامة غير متأتى، وعليه يراعى في توريثه على ما هو أفضل وأنفع وأصلح له، ويعطى لباقي الورثة أقل النصيبين.

جاء في الرحبية 158:

وهكذا حكم ذوات الحمل فابن على اليقين والأقل

وقال صاحب التحفة القدسية في اختصار الرحبية 159

وَالْحَمْلُ وَالْمَفْقُودُ ثُمَّ
الْمُشْكِلُ
فِيهِمْ وَغَيْرُ بِالْيَقِينِ يُعْمَلُ

فإذا مات شخص، وخلف ورثة فيهم حمل يرثه، وطلبوا القسمة، وقف للحمل الأكثر من إرث ذكرين أو أنثيين، وأعطى كل واحد اليقين، ومن لا يحجبه، يعطى نصيبه كاملاً كالجدة، ومن ينقصه الحمل شيئاً يعطى اليقين، ومن لا يرث إلا في بعض التقادير لم يعط شيئاً، فإذا ولد الحمل أخذ نصيبه وما بقي فهو لمستحقه والحمل: إما أن ينفصل حياً، أو لا؛ أو يكون ذكراً فقط أو ذكراً وأنثى، أو ذكراً، أو أنثيين.

وتعمل لكل تقدير مسألة على حدة ثم تنظر بين المسائل، بالنسب الأربع فما حصل بعد النظر فهو الجامعة فاقسمه على كل مسألة، فما خرج فهو جزء سهمها، ثم اضرب نصيب كل وارث، من كل مسألة في جزء سهمها، فما بلغ فهو نصيبه منها؛ ثم اعرف نصيب كل وارث من كل مسألة فمن لا يختلف نصيبه يعطاه كاملاً؛ ومن اختلف نصيبه أعطي الأقل؛ ومن لا يرث في بعض التقادير لا يعطى شيئاً.

ثالثاً: ميراث الخنثى

الكلام على الخنثى من وجوه :

أولاً: تعريف الخنثى

الخنثى :بضم الخاء المعجمة، وسكون النون، وبالثاء المثناة وبعدها ألف تأنيب مقصورة، وجمعه خنثى وخنث.160 وهو بالخاء والمثناة مأخوذ من الانخناث وهو التثني والتكسر، يقال: خنث الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود منه161 وشارك طعم غيره وسمي بذلك لاشتراك الشبهين فيه وألفه للتأنيث فهو ممنوع من الصرف وجمعه خنثى كالحبالى.

وحقيقة الخنثى : سواء كان مشكلاً أم لا، من له آلة المرأة وآلة الرجل. قال في الصحاح: الخنثى الذي له ما للرجال والنساء جميعاً.

وقال الفقهاء : هو من له ذكر الرجال وفرج النساء هذا هو المشهور فيه وقيل يوجد نوع منه ليس له واحد منهما وله ثقب بين فخذه يبول منه لا يشبه أحد الفرجين. وقيل يوجد منه نوع ليس له واحدة منهما، وله مكان يبول منه، ولا يتصور أن يكون أباً، ولا أمّاً، ولا جدّاً، ولا جدة، ولا زوجاً، ولا زوجة لأنه لا يجوز مناكحته ما دام مشكلاً وهو منحصر في سبعة أصناف الأولاد وأولادهم والإخوة وأولادهم والأعمام وأولادهم والموالي وأشار المؤلف إلى قدر ميراثه بقوله162.

ثانياً: أقسامه

الخنثى على قسمين مشكل وواضح، فأما من ليس له واحد من فرجي الرجال والنساء فقال الشافعية هو مشكل أبداً. وأما على مذهبنا فيمكن اتضاحه بنبات لحية فقط أو ثدي فقط،

160 - انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب 425/6

161 - انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش 703/9

162 - انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي،4/489 وانظر: الخرشي على مختصر

سيدي خليل وبهمشه حاشية الشيخ علي العدوي 228 /8

وأما من له الألتان فإن ظهرت فيه علامة الرجال فقط حكم بذكوريته، وإن ظهرت فيه علامة النساء فقط حكم بأنوثيته، ويسمى في الحاليين واضحا. وإن لم توجد فيه العلامتان أو وجدت فيه العلامتان واستوتا فهو مشكل.

وفي منظومة الرسموكي:

ومن له ثقبه أو فرج ذكر فمشكل إن لم يكن وصف ظهرا
يلحق بأحد الصنفين كحياة ثدي ونحو ذين
قال السرخسي رحمه الله : اعلم بأن الله تعالى خلق بني آدم ذكورا وإناثا كما قال الله
تعالى : " وبث منهما رجالا كثيرا ونساء " وقال تعالى : " يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء
الذكور "

ثم بين حكم الذكور وحكم الإناث في كتابه ولم يبين حكم شخص هو ذكر وأنتى فعرفنا
بذلك أنه لا يجمع الوصفان في شخص واحد، وكيف يجتمعان وبينهما مغايرة على سبيل
المضادة، وجعل علامة التمييز عند الولادة الآلة إلى أن يتبين سائر العلامات بمضي الزمان،
ثم قد يقع الاشتباه عند الولادة من وجهين:

أحدهما : بالمعارضة بأن يوجد في المولود الألتان جميعا فيقع الاشتباه إلى أن تترجح
إحدهما بخروج البول منه.

والوجه الثاني : أن تنعدم آلة التمييز أصلا بأن لا يكون للمولودة آلة الرجال ولا آلة
النساء وهذا أبلغ جهات الاشتباه¹⁶³.

والخنثى المشكل نوعان : نوع له الألتان واستوتت فيه العلامات، ونوع ليس له واحدة
من الألتين، وإنما له ثقب.

واختلفوا في وجود الخنثى المشكل، فالجمهور على إمكان وجوده ووقوعه وعلى ذلك
بنى أهل الفرائض والفقهاء مسائل هذا الباب، وذهب الحسن البصري من التابعين، والقاضي
إسماعيل من المالكية إلى أنه لا يوجد خنثى مشكل.

قال الحسن : لم يكن الله عز وجل يضيق على عبد من عبده حتى لا يدري أذكر هو أم أنثى.

وقال القاضي إسماعيل : لا بد له من علامة تزيل إشكاله. وقيل : إن الخنثى المشكل خلق ثالث مغاير للذكر والأنثى، أو هو أحدهما لكن أشكل علينا، واستدل على ذلك بقوله: " وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى " فلو كان هناك ثالث لذكره، لأن الآية سبقت للامتنان.

قال العقباني ولقائل أن يقول : إن الآية إنما سبقت للرد على الزاعمين أن الله تعالى ولدا فمنهم من زعم أن له ولدا ذكرا، ومنهم من زعم أن له بنات فرد الله عليهم بأنه خلق النوعين فكيف يكون له منهما ولد، وهو الخالق لهما ولم يزع أحد أن له ولدا خنثى فلم يحتج في الرد عليهم إلى ذكر الخنثى، واستدل أيضا بقوله: " وبث منهما رجالا كثيرا ونساء " وبقوله: " يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور " قالوا فلو كان هناك خلق ثالث لذكره انتهى. 164

كيفية ميراث الخنثى وطريقة حل مسأله

قال تعالى : " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا " 165 وقال تعالى: " يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير " 166

وفي سنن الدارمي 167: عن عبد الأعلى أنه سمع محمد بن علي يحدث عن علي في الرجل يكون له ما للرجل وما للمرأة من أيهما يورث فقال من أيهما بال. وعن علي في الخنثى قال: يورث من قبل مباله.

وفي سنن الدارقطني 168: سئل عامر عن مولود ولد وليس بذكر ولا أنثى ليس له ما للذكر وليس له ما للأنثى يخرج من سرته كهيئة البول والغائط سئل عن ميراثه فقال: نصف حظ الذكر ونصف حظ الأنثى.

164 - انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب 425/6 و انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش 703/9 وانظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي 489/4 وانظر: الخرشى على مختصر سيدي خليل وبهمشه حاشية الشيخ علي العدوي 8 / 228

165 - الحجرات الآية 13

166 - الشورى الآيتين 45 و46.

167 - كتاب الفرائض " باب في ميراث الخنثى "

168 - كتاب الفرائض والسير وغير ذلك " باب الفرائض والسير وغير ذلك "

وفي مصنف عبد الرزاق:169 عن قتادة، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الذي يخلق خلق المرأة وخلق الرجل كيف يورث ؟ فقال : " من أيهما بال ورث " ، قال : فقال : ابن المسيب : رأيت إن كان يبول منهما جميعا ؟ " فقلت : " لا أدري " ، فقال : " انظر من أيهما يخرج البول أسرع فعلى ذلك يورث " .

وعن ابن جريج قال : حدثت أن عامر بن الضرب العرواني وكان يقضي بين الناس في الجاهلية، فاختم إليه في خنثى ذكر، فلم يعلم حتى أشارت عليه جاريته راعية غنمه أن " انظر فمن حيث بال فورثه " .

قال ابن العربي170 : كانت الخلقة مستمرة ذكرا وأنثى إلى أن وقع في الجاهلية الأولى الخنثى، فأتى به فريض العرب ومعرها عامر بن الضرب، فلم يدر ما يقول فيه، وأرجأهم عنه، فلما جن عليه الليل تنكر موضعه، وأقض عليه مضجعه، وجعل يتقلى ويتقلب. وتجيء به الأفكار وتذهب إلى أن أنكرت الأمة حالته، فقالت : ما بك ؟ قال لها : سهرت لأمر قصدت فيه فلم أدر ما أقول فيه. فقالت له : ما هو ؟ قال لها : رجل له ذكر وفرج، كيف تكون حالته في الميراث ؟ قالت له الأمة : ورثه من حيث يبول، فعقلها، وأصبح، فعرضها لهم وأمضاها عليهم، فانقلبوا بها راضين. وجاء الإسلام على ذلك فلم تنزل إلا في عهد علي بن أبي طالب. وقد روى الفرضيون عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم " أنه سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث ؟ قال : من حيث يبول " .

قال القاضي : قال لنا شيخنا أبو عبد الله الشقاق فرضي الإسلام : إن بال منهما جميعا ورث بالذي يسبق منه البول، وقال قوم : لا دلالة في البول، فإن خرج البول منهما جميعا قال أبو يوسف : يحكم بالأكثر .

وقال إسماعيل بن إسحاق القاضي : لا أحفظ عن مالك في الخنثى شيئا. وحكى عنه أنه جعله ذكرا، وحكى عنه أنه جعل له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، وليس بثابت عنه .

قال أبو عبد الله الشقاق : ومما يستدل به على حاله : الحيض، والحبل، وإنزال المنى من الذكر، واللحية، والثديان ؛ ولا يقطع بذلك. وقد قيل : إذا بلغ زال الإشكال.

قال القاضي : وروي عن علمائنا فيه : قال مطرف، وابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وابن وهب، وابن نافع، وأصبع : يعتبر مباله. فإن بال منهما فالأسبق، وإن خرج منهما فالأكثر، ولولا ما قال العلماء هذا لقلت : إنه إن بال من ثقب إنه يعتبر به هو الآخر، لأن الولد لا يخرج من المبال بحال، وإنما ثقب البول غير مخرج الولد. ويتبين ذلك في الأنثى، وقالوا على مخرج البول ينبنى نكاحه وميراثه وشهادته وإحرامه في حجه، وجميع أمره.

وأما ظاهر القرآن فلا ينفي وجود الخنثى، لأن الله تعالى قال : " الله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء " فهذا عموم فلا يجوز تخصيصه لأن القدرة تقتضيه. وأما قوله: "يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور أو يزوجهم ذكرا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير" 171 فهذا إخبار عن الغالب في الموجودات، وسكت عن ذكر النادر لدخوله تحت عموم الكلام الأول والوجود يشهد له، والعيان يكذب منكره.

قال القرافي 172: إن كان للخنثى مبالان أعطي حكم ما بال منه، فإن بال منهما اعتبرت الكثرة، فإن استويا اعتبر السبق فإن استويا اعتبر نبات اللحية أو كبير الثديين ومشابهتهما لثدي النساء، فإن اجتمع الأمران اعتبر حال البلوغ إن حاض فامرأة أو احتلم فذكر، أو اجتمعا فهو مشكل، وإن لم يكن له فرج لا للرجال ولا للنساء بل مكان يبول منه اعتبر البلوغ.

وقال الشيخ خليل: "وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى" أي :للخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى.

ابن الشاط : إن كان الخنثى من نصف يرث منه الذكر كالأنثى فله ما لغير المشكل.

ابن علاق : مثل أن يكون أخا لأم وأخا شقيقا في المشتركة.

ابن الشاط : وإن كان من صنف يرث منه الذكر دون الأنثى فله نصف ميراث الذكر.

ابن علاق : مثل أن يكون ابن أخي الميت وابن عمه.

171 - الشورى الآيتين 45 و46.

172 - انظر: الذخيرة 24/13

ابن الشاط: وإن كان من صنف يرث منه الذكر نصف ميراث الأنثى فالنصف مجموع ميراثها.

ابن علاق: هذا الحال الثالث للخنثى أن يكون من صنف يرث فيه الذكر مثل ما ترث فيه الأنثى فذكر أنه يرث نصف مجموع ميراثها وهي معنى قولهم: يرث نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى 173.

وفيما سيق يقول الرسموكي:

ففرضه نصف نصيب الذكر ونصف سهم امرأة مقدر وفي طريقة صحيح مسألة الخنثى على التقديرات السابقة يقول الشيخ خليل في المختصر: "صحح المسألة على التقديرات ثم تضرب الوفق، أو الكل في حالتي الخنثى وتأخذ من كل نصيب من الاثنتين النصف وأربعة الربع فما اجتمع له فنصيب كل"

وفي الجواهر: وجه العمل أن يؤخذ مخرج التذكير ومخرج التأنيث، ويضرب أحدهما في الآخر إن تباينا، ويستغنى بأحدهما عن الآخر إن تماثلا وبأكبرهما إن تداخلا ويضرب أحدهما في وفق الآخر إن توافقا، فما حصل من ذلك تضربه في حالتي الخنثى أو عدد أحوال الخنثى إن زادوا على الواحد، وعدد الأحوال يعرف بالتضعيف، فكلما زدت خنثى ضعفت الأحوال كلها، فللواحد حالان وللاثنين أربعة، وللثلاثة ثمانية وللأربعة ستة عشر، وللخمس اثنتان وثلاثون، وعلى هذا الترتيب فما انتهى إليه الضرب في الأحوال فمنه القسمة، ثم لها طريقان الأولى أن تنظر بين المجتمع من الضرب كم يخص الخنثى منه على تقدير ذكوره، وما يخصه منه على تقدير أنوثته فتضم أحدهما للآخر ثم تقسمه نصفين فتعطيه نصفه، وكذلك سائر الورثة. 174.

قال الإمام الخرشي: صحح المسألة على أنه ذكر محقق، وتصححها أيضا على أنه أنثى محقق، ثم تنظر بين المسألتين كما تنظر بين العددين إذا أردت ردهما إلى عدد واحد من تداخل وتباين وتوافق وتماثل.

173 - انظر: التاج والإكليل لمختصر خليل مرجع سابق.
174 - انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش 710/9

مثال التماثل:

فإن تماثلنا اكتفيت بأحدهما كخنثى و بنت، فإن مسألة الذكورة من ثلاثة، والأنوثة كذلك.

مثال التداخل:

وإن تداخلنا اكتفيت بأكبرهما كخنثى وأخ، ففريضة التذكير من واحد، والتأنيث من اثنين.

مثال التوافق:

وإن توافقا ضربت وفق إحدهما في كامل الأخرى، ومثاله مع العول: زوج وأخوان لأم وأخ لغير أم خنثى، فبتقدير الذكورة من ستة، وبتقدير الأنوثة من ثمانية وبينهما موافقة بالنصف فتضرب وفق إحدهما في كامل الأخرى بأربعة وعشرين، ثم تضرب ذلك في حالتي الخنثى بثمانية وأربعين، ثم تقسم على الذكورة، للزوج أربعة وعشرون، وللأخوين للأم ستة عشر، وللأخ لغير أم ثمانية، وعلى الأنوثة للزوج ثمانية عشر، وللأخوين للأم اثنا عشر، وللخنثى ثمانية عشر، فحض الزوج في الحالتين اثنان وأربعون، وللأخوين للأم ثمانية وعشرون، وللخنثى ستة وعشرون لكل منهم نصف ما بيده 175.

مثال التباين:

وإن تبايننا ضربت كامل إحدهما في كامل الأخرى ومثاله: أن تضرب ذلك في عدد أحوال الخنثى ثم تقسم على التذكير وعلى التأنيث، ثم تجمع ما حصل لكل واحد وتحفظه ثم تنسب واحدا مفردا إلى أحوال الخنثى التي بيدك فيأخذ كل وارث ما خصه بتلك النسبة، فإن كان بيدك حالان فتعطي كل وارث نصف ما حصل بيده من مجموع الفرائض، فإن كان أربعة فربع ما بيده، وعلى هذه الصفة بنسبة واحد مفرد إلى مجموع الأحوال، فإن كان في الفريضة خنثى واحد فله حالان، وإن كان اثنان فلهما أربعة أحوال، لأنهما يقدران في حالة ذكرين وفي أخرى أنثيين، وفي أخرى يقدر أحدهما ذكرا والآخر أنثى بالعكس وهكذا فمهما زاد عدد الخنثى، فإنك تضعف عدد الأحوال 176.

175 - انظر: حاشية العدوي على مختصر خليل للخرشي 228/4

176 - انظر: الخرشي على مختصر خليل 228/4

وذكر الشيخ خليل بعض الأمثلة لإيضاح ما ذكره فقال: " كذكر وخنثى فالتذكير من اثنين والتأنيث من ثلاثة تضرب الاثنين فيها ثم في حالي الخنثى له في الذكورة ستة وفي الأنوثة أربعة فنصفها خمسة".

أي: كذكر واحد وخنثى واحد مات مورثها عنهما، فالتذكير أي: تقدير الخنثى ذكرا. المسألة : من اثنين والتأنيث : أي تقديره أنثى من ثلاثة، تضرب الاثنين مسألة التذكير فيها أي : في الثلاثة مسألة التأنيث لتباينهما بستة، ثم تضرب الستة في حالي الخنثى باثني عشر، تقسمها على اثنين مسألة التذكير لكل ستة، وعلى ثلاثة مسألة التأنيث له أربعة يحصل له أي للخنثى في الذكورة ستة، وفي الأنوثة أربعة مجموعها عشرة، فنصفها خمسة، يأخذها الخنثى، لأن له تقديرين ونسبة واحد لهما النصف. 177

وفي الخطاب: ثم مثل الشيخ رحمه الله لذلك بمثالين :

أحدهما: فيه خنثى واحد، والآخر فيه خنثيان.

ففي المثال الأول : إذا كان في المسألة ابن ذكر سوي، وخنثى فتقدير كون الخنثى ذكرا تكون المسألة من اثنين، وبتقديره أنثى تكون من ثلاثة، وأقل عدد ينقسم عليهما ستة لتباينهما فتضرب الاثنين فيها، أي في الثلاثة لتباينهما تحصل ستة والخنثى متحد فله حالتان فقط فتضرب الستة في اثنين يحصل اثنا عشر تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل واحد ستة، وعلى مسألة التأنيث يحصل للذكر السوي ثمانية، وللخنثى أربعة فتجمع ما حصل لكل واحد منهما في المسألتين فيجتمع لابن البنت أربعة عشر وللخنثى عشرة ونسبة الواحد إلى أحوال الخنثى النصف ؛ لأنه ليس له في مسألتنا إلا حالتان فيعطي لكل واحد نصف ما اجتمع له، فيكون لابن البنت سبعة وللخنثى خمسة ومجموعهما اثنا عشر، وإن شئت فخذ من النسبة الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التذكير نصفها وهو ثلاثة لكل واحد من الاثنين البنت، والخنثى ومن الثمانية الحاصلة لابن السوي الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التأنيث نصفها، وهو أربعة، وضمه للثلاثة التي حصلت له في مسألة التذكير يكون المجموع

سبعة وخذ نصف الأربعة الحاصلة للخنثى في مسألة التأنيث، وهو اثنان، وضمه للثلاثة الحاصلة له في مسألة التذكير يكون المجموع خمسة كما تقدم.

والمثال الثاني : إذا ترك الميت ولدين خنثيين وعاصبا فلا بد من أربعة مسائل : مسألة تذكيرهما من اثنين ولا شيء للعاصب، ومسألة تأنيثهما من ثلاثة، وكذلك مسألة تذكير أحدهما وتأنيث الآخر، وعكسه فالثلاث المسائل الأخيرة متفقة فتكتفي بأحدهما وتضربه في مسألة التذكير لتباينهما يحصل ستة تضربها في أحوال الخنثى وهي أربعة يحصل أربعة وعشرون تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل خنثى اثنا عشر ولا شيء للعاصب، وعلى مسألة التأنيث يحصل لكل من الخنثيين والعاصب ثمانية وعلى تقدير تذكير أحدهما وتأنيث الآخر يحصل للذكر ستة عشر وللأنثى ثمانية ولا شيء للعاصب، وكذا على تقدير عكسه فيحصل لكل واحد من الخنثيين في المسائل الأربع أربعة وأربعون وللعاصب ثمانية فقط ونسبة الواحد إلى أحوال الخنثى أربعة، فيؤخذ لكل وارث ربع ما حصل له، ولكل من الخنثيين ربع ما بيده وهو أحد عشر، ربع الأربعة والأربعين، وللعاصب اثنان ربع الثمانية، وإن شئت فخذ لكل واحد ربع ما يخرج له في كل مسألة واجمع ذلك يحصل أيضا أحد عشر لكل واحد من الخنثيين واثنان للعاصب، والله أعلم 178.

وذكر القرافي لحل مسألة الخنثى طريقتان :

الأولى: أن تنظر في المجتمع من الضرب كم يخص الخنثى منه على تقدير الذكورة، وكم على تقدير الأنوثة، فتضم أحدهما للآخر وتعطيه نصفه وكذلك الورثة.

الطريقة الثانية: تضرب نصيبه من فريضة التذكير في جملة فريضة التأنيث، وتضرب نصيبه من فريضة التأنيث في فريضة التذكير ثم تجمع له ما يخرج منهما فهو نصيبه، نحو خنثى وعاصب، فريضة التذكير واحد إذ يحوز الذكر جميع المال، وفريضة التأنيث من اثنين والواحد داخل فيهما تضرب اثنين في حال الخنثى بأربعة.

فعلى الطريقة الأولى: للخنثى على تقدير الذكورة جميع المال وهو أربعة، وعلى الأنوثة نصف المال فذلك مال ونصف تدفع نصف ذلك وهو ستة، وربع المال وهو ثلاثة من الأربعة،

والسهم الباقي للعاصب، لأنه على تقدير الذكورية لا يكون له شيء، وعلى الأنوثة له النصف، فلما ثبت له تارة وسقط أخرى أعطي نصفه وهو الربع.

وعلى الطريق الثاني للخنثى من فريضة التذكير سهم مضروب في فريضة التأنيث باثنين، وله من فريضة التأنيث سهم مضروبا في فريضة التذكير بسهم، فيجتمع له ثلاثة أسهم وهي ثلاثة أرباع المال، وللعاصب سهم من فريضة التأنيث مضروب في فريضة التذكير بسهم وليس له شيء من فريضة التذكير. 179

قال الإمام الرسموكي في بيان عمل تصحيح مسائل الخنثى المشكل:

وإن يكن يرث بالذكورة	خلاف ما يرث بالأنوثة
أو يكن إرثه بوصف أول	كالم أو بالثان في عول جل
فصحن مسئلة المتحد	على ذكوريته فتهتد
وصحن أخرى على تقدير	أنوثة له بلا نكير
ثم انظرنا بينهما بما غبر	من وفق وتباين أو ما ظهر
ثم اضرب الحاصل في	تخرج به جامعة اثنين
فردين	
ثم كليهما اقسام جامعه	يبد لها جزء سهم واحفظن ما كان له
ثم ادفعن لكل نصف ما انجلا	من خارج أو خارجين حصلا

وعليه فطريقة عمل تصحيح مسائل الخنثى المشكل فيما يلي:

1- أن تحل المسألة مرتين، مرة على أساس أن الخنثى ذكر ومرة على أساس أنه أنثى.

2- ننظر بين أصل المسألتين بالأنظار الأربعة (التمائل والتداخل والتوافق والتباين) ففي حالة التماثل بين أصل المسألتين نستغن بإحداهما ونضربها في اثنين حالي الخنثى تخرج لك الجامعة، واقسمها على كل منهما يكن جزء سهم كل منهما، واضرب لكل وارث ما له في جزء سهم المسألة التي ورث فيها، فإن تداخلتا فاستغن بأكبرهما واضربها في اثنين عدد حالي الخنثى تخرج لك الجامعة، ثم اقسامها على كل منهما ليخرج جزء سهمها، واضرب لكل وارث ما له

في كل منهما في جزء سهمها، فإن كان بينهما تباين ضربنا أصل المسألتين في بعضهما فما خرج يكون هو الجامعة، ثم نضربه في عدد الحلول وهو هنا (2) اثنان ثم نضرب سهام الورثة في المسألة الأولى في أصل المسألة الثانية فيخرج نصيبه على الفرض الأول، ثم نضرب سهام الورثة في المسألة الثانية في أصل المسألة الأولى فيخرج نصيبه على الفرض الثاني.

وإن كان بينهما توافق نضرب الوقف في أصل المسألة الأولى أو الثانية، ثم نضربه في عدد الحلول وهو هنا (2) اثنان فما خرج يكون هو الجامعة، ثم نضرب سهام الورثة في المسألة الأولى في وفق المسألة الثانية، وسهام الورثة في المسألة الثانية في وفق المسألة الأولى وهكذا.

3- نجمع السهام الذي خرجت من الأولى والثانية فيكون مجموع سهام الورثة.

مثال تطبيقي:

مات عن : ابن، وبنت، وولد خنثى.

تحل هكذا:

على فرض الذكورة على فرض الأنوثة

	× 5	× 4	
$40 = 2 \times 20$	4	5	
$18 = 10 + 8$	2	2	ابن
$9 = 5 + 4$	1	1	بنت
$13 = 5 + 8$	1	2	ولد خنثى

توضيح الجدول:

بالنظر إلى أصل مسألة الفرضين نجد أن بين 5 و 4 تباينا فنضرب أصل المسألتين في بعضهما والنتائج 20 نضربه في 2 عدد الحلول نتج 40، ثم نضرب سهام كل وارث في المسألة الأولى في أصل المسألة الثانية، فالبنت لها $4 = 4 \times 1$ ، وللابن له $8 = 4 \times 2$ ، والخنثى له $8 = 4 \times 2$ ، ثم نضرب سهام كل وارث من المسألة الثانية في أصل المسألة الأولى، فالبنت لها $5 = 5 \times 1$ والابن له $10 = 5 \times 2$ ، والخنثى له واحد $5 = 5 \times 1$ ، ثم نجمع سهام كل وارث على بعضهما فيكون للابن 18، وللبنات 9، والخنثى 13 كما في الجدول أعلاه.

ولخص الإمام ابن عاصم أحكام ميراث الخنثى في تحفة الحكام فقال:

وَإِذَا خُنْثَى بِمَبَالِهِ اعْتَبِرْ وَمَا بَدَأَ عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ
وَإِنْ يُولُ بِالْجِهَتَيْنِ الْخُنْثَى اقْتَصِرْ
فَنِصْفُ حَظِّي ذَكَرٍ وَأُنْثَى

يريد أن الخنثى، وهو من له ذكر وفرج يعتبر بمباله، أي: بالمحل الذي يكون منه بوله وما ظهر من ذلك يقتصر عليه في الحكم، فإن بال من ذكره حكم له بحكم الذكور. وإن بال من فرجه حكم له بحكم النساء.

وإن بال بالالجهتين معا، أي: من ذكره وفرجه فهو الخنثى المشكل، فله نصف حظ ذكر، ونصف حظ امرأة، فإن انفرد بالميراث فله ثلاث أرباع المال.

وإن كانت فريضة فيها خنثى فأقم الفريضة على أن الخنثى ذكر لا تأنيث فيه، وعلى أنه أنثى لا تذكير فيه، ثم تضرب بعضهما في بعض، فما بلغ ذلك قسمته على تذكير الخنثى فتعرف ما صار له ولكل وارث، ثم تقسم ذلك على تأنيث الخنثى، فتعرف ما صار له ولكل وارث، فيعطى كل واحد نصف ما صار له في المنزلتين وكذلك الخنثى.

وتفسير ذلك: لو توفي عن ابن صحيح، وابن خنثى مشكل، ففريضة على أنهما ذكران من اثنين، وعلى أنهما ذكر وأنثى من ثلاثة، فتضرب اثنين في ثلاثة ستة، ثم ضعفها تكن اثنا عشر، ليكون لما بيد كل واحد في التذكير والتأنيث نصف صحيح، ثم أقسم العدد على أن أحدهما أنثى فيصير للولد ثمانية، وللخنثى أربعة، ثم أقسم العدد على أنهما ذكران فيصير للولد ستة،

وللخنثى ستة، فيكون للخنثى في أسوأ أحواله أربعة، وفي أفضلهما ستة، فيصير له شطر العددين وذلك خمسة أسهم وهو الثلث وربع الثلث، ويصير للابن في نصف المنزلتين سبعة أسهم، وذلك الثلث وثلاثة أرباع الثلث.¹⁸⁰

الشرط الثالث: العلم بجهة الإرث

هذا هو الشرط الثالث من شروط الإرث¹⁸¹، وهو العلم بالجهة المقتضية للتوارث، من قرابة، أو نكاح، أو ولاء، بأن نعلم أن هذا يرث هذا الميث لكونه زوجه أو نحوه¹⁸². والمراد بهذا الشرط معرفة سبب الإرث وجهة الوارث ودرجته والتأكد من السبب الذي به يستحق الوارث حق الميراث ونحو ذلك¹⁸³.

ودليل هذا الشرط قوله صلى الله عليه وسلم: "ورجل قضى على جهل فهو في النار". قال القرافي: شروط التوارث ثلاثة كالأسباب، تقدم موت الموروث على الوارث، واستقرار حياة الوارث بعده كالجنين، والعلم بالقرب والدرجة التي اجتمعا فيها احترازا من موت رجل من مضر أو قريش لا يعلم له قريب فإن ميراثه لبيت المال مع أن كل قرشي ابن عمه، ولا ميراث لبيت المال مع ابن عم لكنه فات شرطه الذي هو العلم بدرجته منه فما من قرشي إلا لعل غيره أقرب منه فهذه شروط لا يؤثر وجودها إلا في نهوض الأسباب لترتب مسبباتها عليها يلزم من عدمها العدم، ولا يلزم من وجودها من حيث هو وجود ولا عدم، بل الوجود إن وقع فهو لوجود الأسباب لا لها، وإن وقع العدم عند وجودها فلعدم السبب أو لوجود المانع فهذه حقيقة الشرط قد وجدت في هذه الثلاثة فتكون شروطا، والشرط إذا شك فيه يلزم من ذلك العدم، وكذلك السبب¹⁸⁴.

وعلى هذا لا بد من معرفة جهة الإرث، بأن يعلم أنه وارث من جهة القرابة، أو من جهة الزوجية أو منهما، وكذلك العلم بدرجة القرابة حتى يتأتى الحكم للعالم بقسمة الموارث، فإن

180 - اليزناسني: وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم 1197/3.

181 - شروط الإرث ثلاثة: تحقق حياة الوارث أو إلحاقه بالأحياء، وتحقيق موت المورث أو إلحاقه بالأموات، والعلم بالجهة المقتضية للإرث

182 - انظر: تلخيص فقه الفرائض مذكورة في علم الفرائض ص 5 محمد بن صالح العثيمين

183 - انظر: الفوائد الجلية في المباحث الفرضية عبد العزيز بن باز ص 5 - انظر: الدليل العملي لمدونة الأسرة ص

191.

184 - انظر: أنوار البروق في أنواع الفروق إدريس القرافي 200/4

أحكام الإرث تختلف باختلاف جهات الإرث وتفاوت درجة القرابة، فلا يكفي أن نقول مثلا فلانا أخو الميت، بل لا بد أن نعرف هل هو أخ شقيق، أم لأب، أم لأم، لأن كل واحد له حكم، فأحدهم يرث بالفرض، وأحدهم بالتعصيب، وبعضهم يحجب، وبعضهم لا يحجب وهكذا.

وقد رأى بعض الفقهاء أنه لا داعي إلى ذكر هذا الشرط، لأنه اعتبر أن العلم بجهة الإرث هو العلم بسببه، كما اعتبر بعضهم الآخر العلم بالجهة التي يرث بها الوارث هو العلم بسببه، كما اعتبر بعضهم الآخر العلم بالجهة التي يرث بها الوارث أو ذلك من اختصاص القاضي¹⁸⁵.

وقد نصت المدونة في المادة 330 على شروط الإرث بقولها: "يشترط في استحقاق الإرث ما يلي:

1- تحقق موت الموروث حقيقة أو حكما.

2- وجود وارثه عند موته حقيقة أو حكما.

3- العلم بجهة الإرث".

ونصت المادة 324 على ما يلي: "يستحق الإرث بموت الموروث حقيقة أو حكما وبتحقق حياة وارثه بعده".

أي: يستحق الوارث الإرث شرعا بأمرين:

أحدهما: موت الموروث حقيقة أو حكما.

حقيقة: كما إذا ثبت موته بالمعاينة أو بالبينة أو بالسماع.

والمتوفى حكما: ما يحكم القاضي بموته كالمفقود والأسير والمختطف بعد اتخاذ الوسائل من الإعلان في الإذاعة والصحافة، وإن ورثته هؤلاء لا يرثونهم إلا إذا وقع الحكم بموتهم.

185 - الغازي الحسيني: مختصر علم الفرائض والحقوق الإرثية ص 15، وانظر: محاضرات أستاذنا محمد الابيض، وعبد السلام الزياني ألقبت على طلبة كلية الشريعة بفاس،

ثانيهما: تحقق حياة الوارث حين موت الموروث أو بعد موته كما في الحمل الذي توفي والده ثم ولد حيا.¹⁸⁶

المبحث الرابع: موانع الإرث

المانع في اللغة : الحائل بين الشيئين.

وفي الاصطلاح : ما يلزم من وجوده العدم ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته عكس الشرط والمانع وصف بمقتضاه ينتفي الإرث عن الشخص الذي قام به سببه وتوفرت لديه شروطه، ومن قام به مانع الإرث يسمى محجوبا بالوصف، كما ينتفي الإرث لانعدام أسبابه، أو لفقدان شروطه.

وهذه الموانع سبعة، قال الشيخ أحمد بن الخياط في حاشيته على الخرشي: ثم الموانع السبع رمز لها بعضهم بقوله: (عش لك رزق).

فالعين : لعدم الاستهلال، والشين : للشك، واللام : للعان، والكاف : للكفر، والراء : للرق، والزاي : للزنا، والقاف : للقتل.

وعند القرافي أن الموانع خمسة، وجميعها مشترك في تأثير وجودها في عدم التوريث، ولا يؤثر عدمها في وجوده ولا عدمه¹⁸⁷.

وعليه سنفرد لكل مانع من هذه الموانع نقطة مستقلة.

وقد ترجمت المدونة في القسم الثاني من الكتاب السادس للأسباب والشروط فذكرت الأسباب في المادة 329 والشروط في المادة 330 كما سبقت الإشارة إلى ذلك، ولم تجمع ترجمة الموانع في فصل واحد.

وقد أشارت المدونة إلى الموانع في الفصل 328 و331 و332 و333. باستثناء أحدها وهو الرق لقلته أو انعدامه.

المانع الأول: عدم الاستهلال¹⁸⁸

186 - سبق تحليل هذه النقط.

187 - الذخيرة للقرافي 17/13

188 - سبق وأن أشرنا إلى موضوع الاستهلال عند حديثنا عن شروط الارث وخصوصا الشرط الثاني من شروط الإرث(تحقق حياة الوارث حقيقة أو تقديرا عند موت موروثه) للمزيد من التفصيل يراجع هناك.

ودليل هذا المانع من القرآن قوله تعالى: "ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك" ووجه الاستدلال بالآية: أن الله تعالى ذكر استحقاق الإرث باللام الدالة على التملك، والتملك لا يكون إلا للحي. فعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: "إذا استهل المولود ورث" 189.

وفي سنن الدارمي: "إذا استهل الصبي ورث وصلي عليه" وقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا استهل الصبي ورث وورث وصلي عليه"

وقوله صلى الله عليه وسلم: " لا يرث المولود حتى يستهل صارخا وإن وقع حيا"

وقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث المولود حتى يستهل ولا يلقى عليه حتى يستهل فإذا استهل صلي عليه وورث وكملت الدية"

قال صاحب عون المعبود 190: "إذا استهل المولود" أي: رفع صوته يعني علم حياته ورث بضم فتشديد راء مكسور أي جعل وارثا.

قال في شرح السنة: لو مات إنسان ووارثه حمل في البطن يوقف له الميراث. فإن خرج حيا كان له وإن خرج ميتا فلا يرث منه بل لسائر ورثة الأول، فإن خرج حيا ثم مات يرث منه سواء استهل أو لم يستهل بعد أن وجدت فيه أمارة الحياة من عطاس أو تنفس أو حركة دالة على الحياة سوى اختلاج الخارج عن المضيق.

والاستهلال رفع الصوت، والمراد منه عند الآخرين وجود أمارة الحياة وعبر عنها بالاستهلال لأنه يستهل حالة الانفصال في الأغلب وبه يعرف حياته وقال الزهري أرى العطاس استهلالا.

وعن سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور ابن مخرمة قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يرث الصبي حتى يستهل" 191.

189 - رواه أبو داود.

190 - انظر: عون المعبود محمد شمس الحق العظيم آبادي كتاب الفرائض باب في المولود يستهل ثم يموت

191 - ذكره أحمد بن حنبل في رواية ابنه عبد الله.

وأخرجه الترمذي والنسائي وابن ماجه والبيهقي بلفظ: "إذا استهل صلى عليه وورث" وقوله: "إذا استهل" قال ابن الأثير استهل المولود إذا بكى عند ولادته وهو كناية عن ولادته حيا وإن لم يستهل بل وجدت منه إمارة تدل علة حياته.

والحديثان يدلان على أن المولود إذا وقع منه الاستهلال أو ما يقوم مقامه ثم مات ورثه قرابته وورث هو منهم وذلك ما لا خلاف فيه.

وقد اختلف في الأمر الذي تعلم به حياة المولود فأهل الفرائض قالوا بالصوت أو الحركة وهو قول الكرخي وروى عن علي وزفر والشافعي.

وروى عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وشريح والنخعي ومالك وأهل المدينة أنه لا يرث ما لم يستهل صارخا.

وفي شرح الإبانة الاستهلال عند الهادي والفريقين الحركة أو الصوت، وعند الناصر ومالك ورواية عن أبي حنيفة وأبي طالب الصوت فقط. ويكفي عند الهادوية خبر عدلة بالاستهلال، وعند مالك والهادي لابد من عدلتين وعند الشافعي أربع 192.

واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إذا استهل المولود ورث 193".

ونصت المادة 331 من مدونة الأسرة على هذا المانع - عدم الاستهلال - بقولها: " لا يستحق الإرث إلا إذا ثبتت حياة المولود بصراخ أو رضاع و نحوهما".

وهذا يعني أن من مات وترك في بطن زوجته حملا، فإن ولد متحقق الحياة بصراخ، بأن استهل صارخا أو رضاع، أو حركة ظاهرة أو عطاس أو شبهه ورث حينئذ بتحقيق حياته في هذه الأحوال، فإن لم تتحقق حياته فلا يرث له.

قال الشيخ بنيس في شرحه لفرائض خليل: إذا ولد الجنين ميتا لم يرث ولم يرث، وإذا ولد حيا و علمت حياته بعد وضعه بصراخ أو رضاع أو حركة بينة، أو طول مكث لا يبقى الميت لمثله إذا تغير، أو عطاس لا بسه خروج ریح ورث وورث.

وإذا كان الفقهاء اتفقوا على توريث الحمل إذا تحققت الشروط السابقة¹⁹⁴، إلا أنهم اختلفوا في النصيب الذي يوقف للحمل اعتماداً على أنه قد يكون واحداً أو أكثر، كما أنه قد يكون ذكراً وقد يكون أنثى، وهذا تلخيص مقتضب للآراء الفقهية في الموضوع:

الرأي المشهور للمالكية وقول الشافعية¹⁹⁵ أن التركة التي بها حمل توقف كلها، ولا تقسم بين الورثة حتى ينفصل الحمل ويتضح أمره من حيث الذكورة أو الأنوثة أو التعدد.

قال ابن عاصم :

وَيُوقَفُ الْقِسْمُ مَعَ الْحَمْلِ إِلَى أَنْ يَسْتَهْلَ صَارِخاً فَيُعْمَلُ
قال اليزناسني: أي إذا كان بعض ورثة الميت حملاً، فإن الميراث يمنع في الحال، لأجل الشك ويؤخر القسم إلى أن يستهل صارخاً فيعمل القسم حينئذ¹⁹⁶.

وفي الخرشي عند قول صاحب المختصر: " ووقف القسم للحمل " المشهور أن الإنسان إذا مات وترك ورثة وزوجة، أو أمة حاملاً منه، فإن قسم تركته يوقف إلى وضع ذلك الحمل، ولا يعجل قسم تركته، وإنما لم يعجل القسم بين الموجودين للشك هل يوجد من الحمل وارث أم لا، وعلى وجوده هل هو متحد أو متعدد، وعليهما هل هو ذكر، أو أنثى أو مختلف، وهذا هو المشهور.

وقال أشهب: يتعجل أدنى السهمين، وهو القدر الذي لا شك فيه فيعطي أحد الزوجين أو الأبوين أدنى سهميه، فإذا مات عن زوجة حامل وعن أبوين، فالمسألة من أربعة وعشرين، يعجل للزوجة الثمن ثلاثة، ولكل من الأبوين السدس أربعة، ويوقف ثلاثة عشر للوضع، فإن وضعت أنثى أخذت من الموقوف اثني عشر ورد الواحد الباقي للأب تعصياً، وإن وضعت ذكراً أخذ الثلاثة عشر الموقوفة كلها، وإن مات الحمل رد للزوجة من الموقوف ثلاثة تكملة الربع، ورد للأم أربعة تكملة الثلث ورد للأب ستة. ورد ذلك القول، لأنه يحتمل تلف التركة

¹⁹⁴ انظر : هذه الشروط عند النقطة المخصصة لميراث الحمل.
¹⁹⁵ - انظر : الدسوقي على الشرح الكبير 4/ 87، التسولي: البهجة في شرح التحفة 2/ 423 الشريبي: مغني المحتاج 28/3.

¹⁹⁶ - انظر : اليزناسني: وشي المعاصم في شرح تحفة ابن عاصم 3/ 1195.

قبل الوضع فتأخذ الزوجة مثلاً دون غيرها، وهو ظلم، ولا يمكن الرجوع عليها بما أخذته، لأنها تقول أخذته بوجه جائز.

قوله: " وفيهم حمل " أي يرث الميت، ولو احتمالاً كان الحمل من زوجة الميت، أو من أمته، أو من زوجة أخيه، أو من أمته، أو من زوجة الابن المنتسب لهذا الميت، أو من أمته، أو كان من أمه إن لم يكن هناك من يحجب ذلك الحمل 197.

فقوله من زوجة أي كان ذلك الحمل من زوجة أو من أمه بل، ولو كان من أم الميت بأن كان أخاه لأمه.

وقوله: " ووقف القسم " أصله قسم التركة، أو قسم المال الموروث واللام للتعليل، ومن جعلها للغاية وقدر مضافاً أي: لو وضع الحمل لم يصب لعدم إفادة أن اليأس من حملها كوضعه ويحصل الإيأس منه بمضي أقصى أمد الحمل.

المانع الثاني: الشك

في سنن الدارمي: عن يحيى بن عتيق قال: قرأت في بعض كتب عمر بن عبد العزيز في القوم يقع عليهم البيت لا يدرى أيهما مات قبل قال لا يورث الأموات بعضهم من بعض ويورث الأحياء من الأموات

وفي المنتقى: قال مالك، وكذلك العمل في كل متوارثين هلكا بغرق، أو قتل، أو غير ذلك من الموت إذا لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه، فإن لم يعلم أيهما مات قبل صاحبه لم يرث أحد منهما من صاحبه شيئاً، وكان ميراثهما لمن بقي من ورثتهما يرث كل واحد منهما ورثته من الأحياء.

قال القرافي: والشك ثمانية: في الوجود كالمفقود، والحياة كاستبهاام استهلال أحد المولودين، والعدد كالحمل، والذكورة كالخنثى فيعطى ثلاثة أرباع ميراث، والنسب كالمتمداعي بين شخصين، وجهة الاستحقاق كمن أسلم على أختين ومات قبل الاختيار، وتاريخ الموت بطرء النسيان والجهل به كالغرقى 198.

قال ابن رشد: واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب، أو غرق، أو هدم ولا يدري من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون إذا كانوا أهل ميراث؟ فذهب مالك وأهل المدينة إلى أنهم لا يورث بعضهم من بعض، وأن ميراثهم جميعاً لمن بقي من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال إن لم تكن لهم قرابة ترث، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه. وذهب علي، وعمر - رضي الله عنهما - وأهل الكوفة، وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطاحوي عنه وجمهور البصريين إلى أنهم يتوارثون، وصفة توارثهم عندهم أنهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ما ورث بعضهم من بعض، (أعني: أنه لا يضم إلى مال المورث ما ورث من غيره)، فيتوارثون الكل على أنه مال واحد كالحال في الذين يعلم تقدم موت بعضهم على بعض.

مثال ذلك: زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم، فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم، وتورث المرأة من الألف التي كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التي ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون.

وأشار الشيخ خليل في المختصر لهذا المانع بقوله: ولا يرث من جهل تأخر موته عن مورثه بأن ماتا تحت هدم مثلاً، أو بطاعون ونحوه بمكان ولم نعلم المتأخر منهما فيقدر أن كل واحد لم يخلف صاحبه، وإنما خلف الأحياء من ورثته فلو مات رجل وزوجته وثلاثة بنين له منها تحت هدم وجعل موت السابق منهم وترك الأب زوجة أخرى وتركت الزوجة ابناً لها من غيره، فللزوجة الربع وما بقي للعاصب، ومال الزوجة لابنها الحي وسدس مال البنين لأخيهم لأهمهم وباقيه للعاصب وسقط بمن يسقط به الأخ للأم 199.

وفي الخرشني: من موانع الميراث جهل التأخر والتقدم في الموت، كما إذا مات قوم من الأقارب في سفر أو تحت هدم أو ما أشبه ذلك، فإننا نقدر في كل واحد منهم كأنه لم يخلف صاحبه، وإنما خلف الأحياء من ورثته، فلو مات رجل وزوجته وثلاث بنين له منها تحت هدم، وجعل السابق منهم، وترك الأب زوجة أخرى، وتركت الزوجة ابناً لها من غير زوجها الهالك معها، فللزوجة الربع (1/4) وما بقي للعاصب.

ومال الزوجة الهالكة لابنها الحي، وسدس مال البنين الثلاثة لأخيهم من أهمهم وباقيه

للعاصب.200

وفي المغني201 :إذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجهل أولهما موتا وورث بعضهم من بعض.وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض، وجعلوا ما لكل واحد للأحياء من ورثته، وبه قال عمر بن عبد العزيز، والزهري والأوزاعي و مالك و الشافعي رضي الله عنهم و أبو حنيفة وأصحابه.وإن علم خروج روحهما معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الأحياء من ورثته، لأن توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك، وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا. قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الغرقى الذين جهل حالهم وإن ادعى ورثة كل ميت أنه آخرهما موتا فهي مسألة الخرقى رضي الله عنه.

قال ابن عاصم في التحفة:

وَبَيْنُ مَنْ مَاتَ بِهَدْمٍ أَوْ غَرَقَ يَمْتَنِعُ الْإِرْثُ لَجَهْلٍ مَنْ سَبَقَ

أي :الميتين تحت هدم مثلا، أو في غرق يمتنع الإرث بينهما لجهل السابق202.

نعم يرث كل واحد من الجماعة التي ماتت من هو حي من ورثته، قال خليل: ولا من

جهل تأخر موته203.

وهذا ما نصت مدونة الأسرة على هذا المانع في المادة 328 : " إذا مات عدة أفراد وكان

بعضهم يرث بعضا ولم يتم التوصل إلى معرفة السابق منهم فلا استحقاق لأحدهم في تركة

الأخر سواء كانت الوفاة في حادث واحد أم لا".

ثالثا: اللعان

200 - انظر: الخرشي على شرح خليل 223/4.

201 - انظر: المغني 186/7

202 - اليزناسني : المصدر السابق 1196/3

203 - الشيخ خليل : المختص ص 311.

عن ابن عمر رضي الله عنهما "أن رجلا لاعن امرأته في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة" 204
وفي حديث المتلاعنين الذي يرويه سهل بن سعد قال: وكانت حاملا وكان ابنها ينسب إلى أمه فجرت السنة أنه يرثها وترث منه ما فرض الله. 205
وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم "لا مساعاة في الإسلام من ساعي في الجاهلية فقد ألحقته بعصبته، ومن ادعى ولدا من غير رشدة فلا يرث ولا يورث" 206.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: "أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها".
وفي المنتقى: عن مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنى أنه إذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل وإخوته لأمه حقوقهم، ويرث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت عربية ورثت حقها وورث إخوته لأمه حقوقهم، وكان ما بقي للمسلمين.

قال مالك: وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك. قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا.

وفي شرح المنتقى للباجي: أن ولد الملاعنة ترثه أمه وإخوته لأمه، ومعنى ذلك أنهم يتوارثونه على سنة كتاب الله تعالى، لأمه الثلث إن لم يكن له أخوان فأكثر، فإن كان له أخوان فأكثر فلأمه السدس ولأخيه السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث. وأما زوج أمه الذي انتفى منه باللعان فلا توارث بينهما ولو أكذب نفسه واستلحقه وذلك في حياة الابن، فإن الأب يجلد حد الفرية ويلحق به الولد فيتوارثان، وإن استلحقه وأكذب نفسه بعد موت الابن فلا يخلو أن يكون للابن ولد أو لا يكون له، فإن لم يكن له ولد جلد الحد ولم يرثه وإن كان له

204 - انظر: فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر باب ميراث الملاعنة
205 - انظر: نبيل الأوطار للشوكاني باب ميراث ابن الملاعنة والزانية منهما وميراثهم منهم وانقطاعهم من الأب
206 - رواه أحمد وأبو داود.

ولد ذكر، أو أنثى جلد الحد وورثه مع ولده، ووجه ذلك أنه إنما يستلحق الحي فإذا مات ولم يخلف ولدا يلحق نسبه بالاستلحاق ولم يكن للاستلحاق تأثير ولا معنى، وإذا ترك ولدا صح استلحاقه وثبت نسبه.

ولو نفى الزوج حمل امرأته بلعان فولدت توأمين فإنهما يتوارثان إخوة لأب وأم، فإن مات أحدهما وترك أمه وأخاه التوأم معه، ورثت أمه الثلث، وورث أخوه الباقي، ولو كان لأمه ولد من الزوج الذي نفى هذا الحمل ولدته قبل هذا الحمل فمات أحد التوأمين فإن الولد الذي ولدته حال الزوجية أخو المتوفى لأمه فيرث منه السدس، وترث أمه السدس، ويرث الباقي التوأم معه.

وفي المغني : وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها، فإن خلف أما وخالا فلأمه الثلث وما بقي فلخال، وجملته أن الرجل إذا لعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انتفى ولدها عنه وانقطع تعصبيه من جهة الملاعن، فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين. لا نعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافاً، وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور.

وقال الشافعي رضي الله عنه : إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا.

وقال مالك : إن مات الزوج بعد لعانه فإن لاعنت المرأة فلم ترث ولم تحد وإن لم تلاعن ورثت وحدت، وإن ماتت هي بعد لعان الزوج ورثها، وفي قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه وإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان : إحداهما : لا يتوارثان وهو قول مالك و زفر، وروي نحو ذلك عن الزهري و ربيعة و الأوزاعي و داود، لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع.

والرواية الثانية : يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفرقه، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور.

وقال أبو حنيفة وصاحباؤه إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا وقعت الفرقة وانقطع التوارث، لأنه وجد منهما معظم اللعان وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث 207.

وفي التاج والإكليل قال ابن علاق : وإذا نفى الزوج ولده من زوجته باللعان فإنه ينتفي منه ويقطع التوارث بينه وبينه وترثه أمه وأخوه لأمه وموالي أمه لا عصبه أمه. ويرث أيضا هو أمه.

وقال علي رضي الله عنه : إن لم يرثه ذو سهم كان ما تركه لعصبه أمه وتصير شقيقته أختا لأمه، إلا إذا كانا في بطن واحد وبقي الحمل فإنهما يتوارثان على أنهما شقيقان خلافا للمغيرة وابن دينار.

وفي حاشية الدسوقي عند قول صاحب المختصر "و لا يرث ملاعن من ملاعنة، ولا ترث ملاعنة من زوجها الملتعن قبلها".

معنى ذلك لا يرث ملاعن زوجته التي لاعنها إذا التعتت بعده بمجرد تمام التعانها، فإن ماتت قبل التعانها ورثها، ولا ترث ملاعنة زوجها الملتعن قبلها، فإن ابتدأت هي ومات قبل التعانها ورثته، وإن مات بعد التعانها الواقع بعد التعانها فعلى القول بإعادتها ترثه، وعلى القول بعدم إعادتها لا ترثه.

فالحاصل أنه إذا لم يقع اللعان من الجانبين توارثا، وإن حصل اللعان من كل على الوجه الشرعي لم يرث أحدهما الآخر، فإن بدأت قبله ولاعن بعدها، فعلى القول بعدم الاعتداد بلعانها ولا بد من إعادتها ومات أحدهما قبل إعادتها ورثه الآخر، وعلى مقابله لا يرث ورجع، وأما ولده الذي وقع فيه اللعان فلا توارث بينهما سواء التعتت أم لا،

وفي الخرشي : الحاصل أنه إن حصل اللعان من كل لم يرث أحدهما الآخر، وإن التعتن أحدهما فقط توارثا، ولا توارث بينه وبين، ولده الذي لاعن فيه، سواء التعتت أم لا، وأما أمه فترثه على كل حال وبعبارة واللعان بين الزوجين مانع من سبب الميراث الذي هو الزوجية فعدم الإرث فيه لانقضاء السبب وهو الزوجية لا لوجود المانع إذ اللعان ليس مانعا، وأما بين

الزوج وولده فمانع للحكم، لأنه لو استلحقه ورث، أو يقال هو مانع للسبب بشرط عدم الاستلحاق.

قال الشيخ خليل: "وتوأماها شقيقان" التوأمان هما اللذان في بطن واحد والمعنى أن توأمي الملاعنة يتوارثان على أنهما شقيقان على المشهور، وأما توأما الزانية والمغتصبة فالمشهور أنها يتوارثان على أنهما إخوة لأم وهو مذهب ابن القاسم 208.

وفي الخرشي: الحاصل أنه إن حصل اللعان من كل لم يرث أحدهما الآخر، وإن التعن أحدهما فقط توارثا، ولا توارث بينه وبين، ولده الذي لاعن فيه، سواء التعنت أم لا، وأما أمه فترثه على كل حال وبعبارة واللعان بين الزوجين مانع من سبب الميراث الذي هو الزوجية فعدم الإرث فيه لانقضاء السبب وهو الزوجية لا لوجود المانع إذ اللعان ليس مانعا، وأما بين الزوج وولده فمانع للحكم، لأنه لو استلحقه ورث، أو يقال هو مانع للسبب بشرط عدم الاستلحاق.

وعليه فإذا تم اللعان بين الزوجين بكيفيته الشرعية انتهت به عصمة الزوجية بينهما انتهاء أبديا فانقطع به سبب الإرث لكل واحد منهما في الآخر ولم يبق بينهما توارث إن مات أحدهما بعد، وانتفى به أيضا النسب بين الزوج والولد الذي لاعن فيه ما دام لم يستلحقه بعد، لأنه حلف في لعانه على نفي الولد عن نسبه، وبه انتفى سبب القرابة بينهما من نوع الأبوة والبنوة، فلا توارث بينهما بهذا السبب ولا لمن يدلي بالزوج الملعان، وهو أبوه وأمه وأخوه الشقيق أو من أب.

والواقع أن انتفاء الإرث باللعان هو لأجل انتفاء سببه الذي هو الزوجية أو القرابة، لا لوجود المانع الحقيقي 209.

208 - انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4/ 486 وانظر: الخرشي على شرح خليل 4/ 221.

209 - كما سبقت الإشارة إلى ذلك.

المراد باختلاف الدين أن يكون دين الوارث غير دين المورث، كأن يكون أحدهما مسلماً والآخر كافراً، أو يكون أحدهما يهودياً والآخر نصرانياً.

ودليل اعتبار الاختلاف في الدين مانعاً من الإرث قوله صلى الله عليه وسلم: "لا توارث بين أهل ملتين"

وفي سنن الدارمي: عن محمد بن الأشعث أن عمه له توفيت يهودية باليمن فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقال: "يرثها أقرب الناس إليها من أهل دينها"

وعن عمر بن الخطاب: "أهل الشرك لا يرثهم ولا يرثوننا"، وعن الشعبي: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر قالوا: "لا يتوارث أهل دينين"، وعن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يرث أهل الكتاب ولا يرثوننا إلا الرجل يرث عبده أو أمته"، وعن مسروق: قال كان معاوية يورث المسلم من الكافر ولا يورث الكافر من المسلم.

وعن عمر بن الخطاب: لا يتوارث ملتان شتى ولا يحجب من لا يرث. وعن أسامة بن زيد: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم" 212 وفي رواية: قال يا رسول الله أنتزل غدا في دارك بمكة قال: وهل ترك لنا عقيل من رباح أو دور، وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرث جعفر ولا علي شيئا، لأنهما كانا مسلمين، وكان عقيل وطالب كافرين. وعن عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: "لا يتوارث أهل ملتين شتى" 213.

وعن جابر: أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: "لا يرث المسلم النصراني إلا أن يكون عبده أو أمته".

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم "كل قسم في الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه الإسلام فإنه على ما قسم الإسلام" 214

212 - انظر: سنن الدارمي لعبد الله بن عبد الرحمن الدرامي السمرقندي باب في ميراث أهل الشرك وأهل الإسلام

213 - رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه. وللترمذي مثله من حديث جابر.

214 - رواه أبو داود وابن ماجه.

قال الشوكاني: والحاصل أن أحاديث الباب قاضية بأنه لا يرث المسلم من الكافر من غير فرق بين أن يكون حربيا أو ذميا أو مرتدا فلا يقبل التخصيص إلا بدليل.

وظاهر قوله: "لا يتوارث أهل ملتين" أنه أهل ملة كفرية من أهل ملة كفرية أخرى، وبه قال الأوزاعي ومالك وأحمد والهادوية، وحمله الجمهور على أن المراد بإحدى الملتين الإسلام، وبالأخرى الكفر.

قال ابن حجر في الفتح: وحملها الجمهور على أن المراد بإحدى الملتين الإسلام وبالأخرى الكفر، وهو أولى من حملها على ظاهر عمومها حتى يمتنع على اليهودي مثلا أن يرث من النصراني.

والأصح عند الشافعية أن الكافر يرث الكافر وهو قول الحنفية والأكثر، ومقابله عن مالك وأحمد وعنه التفرقة بين الذمي والحربي وكذا عند الشافعية، وعن أبي حنيفة لا يتوارث حربي من ذمي فإن كانا حربيين شرط أن يكونا من دار واحدة، وعند الشافعية لا فرق، وعندهم وجه كالحنفية، وعن الثوري وربيعه وطائفة: الكفر ثلاث ملل يهودية ونصرانية وغيرهم، فلا ترث ملة من هذه من ملة من الملتين. واختلف في - ميراث - المرتد، فقال الشافعي وأحمد يصير ماله إذا مات فيئا للمسلمين، وقال مالك: يكون فيئا إلا إن قصد برده أن يحرم ورثته المسلمين فيكون لهم، وكذا قال في - ميراث - الزنديق.

وقال النووي: في قوله صلى الله عليه وسلم: " لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم أجمع المسلمون على أن الكافر لا يرث المسلم، وأما المسلم فلا يرث الكافر أيضا عند جماهير العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وذهبت طائفة إلى توريث المسلم من الكافر، وهو مذهب معاذ بن جبل ومعاوية وسعيد بن المسيب ومسروق وغيرهم. وروي أيضا عن أبي الدرداء والشعبي والزهري والنخعي نحوه على خلاف بينهم في ذلك، والصحيح عن هؤلاء كقول الجمهور. واحتجوا بحديث " الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ".

وحجة الجمهور هذا الحديث الصحيح الصريح، ولا حجة في حديث " الإسلام يعلو ولا يعلى عليه " لأن المراد به فضل الإسلام على غيره، ولم يتعرض فيه لميراث، فكيف يترك به نص حديث " لا يرث المسلم الكافر "

وأما المرتد فلا يرث المسلم بالإجماع، وأما المسلم فلا يرث المرتد عند الشافعي ومالك وربيعة وابن أبي ليلى وغيرهم، بل يكون ماله فينا للمسلمين.

وقال أبو حنيفة والكوفيون والأوزاعي وإسحاق : يرثه ورثته من المسلمين، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وجماعة من السلف، لكن قال الثوري وأبو حنيفة : ما كسبه في رده فهو للمسلمين.

وقال الآخرون : الجميع لورثته من المسلمين. وأما توريث الكفار بعضهم من بعض كاليهودي من النصراني وعكسه والمجوسي منهما، وهما منه، فقال به الشافعي وأبو حنيفة - رضي الله عنهما - وآخرون، ومنعه مالك.

قال الشافعي : لكن لا يرث حربي من ذمي، ولا ذمي من حربي، قال أصحابنا وكذا لو كانا حربيين في بلدين متحاربين لم يتوارثا.

وقال الباجي في المنتقى: معنى قوله: " لا يرث المسلم الكافر " يعني ميراث المسلم ما لا يخلفه كافر ممن كان يرثه لو كان مسلما من أب، أو ابن، أو أخ أو غيرهم وإلى هذا ذهب جماعة العلماء تعلقا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم فانتهى إلى قوله فكذلك " لا يرث الكافر المسلم " على هذا الوجه لكونهما أهل ملتين مختلفتين، وإذا كان لا يرث المسلم الكافر فبأن لا يرث الكافر المسلم أولى.

وروي عن معاذ ومعاوية ومحمد بن الحنفية يرث الكافر المسلم وقد انعقد الإجماع على ما ذهب إليه الجمهور من أهل عصرهم.

قال القرافي :وميراث المرتد للمسلمين عند مالك مات أو قتل، وقال علي وابن مسعود وغيرهما لورثته من المسلمين، اكتسبه قبل رده أو بعدها، وقيل ما بعد الردة للمسلمين، واتفقوا على أنه لا يرث ورثته المسلمين.

وميراث الذمي إذا مات لبيت المال عند مالك. وقال عمر - رضي الله عنه - للذين يؤدون جزيته. وقال النخعي : لأهل قريته قوة على خراجهم، وإذا مات أحد من أهل الصلح ولا وارث له ورثه المسلمون، وعن مالك لأهل مؤداه لأن موته لا يضع عنهم شيئا، واتفق مالك والأئمة على أن التوارث منقطع بين المسلم والكافر، وقال عمر وجمهور الصحابة - رضوان الله عليهم

أجمعين - وعن معاوية ومعاذ بن جبل " يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم بفضل الإسلام، كما نتزوج نساءهم ولا يتزوجون نساءنا215"

وروي من حديث عطاء "أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن يقسم، فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه، وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم.

وفي المبسوط : أن الكفار يتوارثون فيما بينهم بالأسباب التي يتوارث بمثلها المسلمون فيما بينهم، وقد يتحقق فيما بينهم جهات للإرث لا يرث بها المسلمون من نسب أو سبب أو نكاح ولا خلاف أنهم لا يتوارثون بالأنكحة التي لا تصح فيما بين المسلمين بحال نحو نكاح المحارم بنسب أو رضاع ونكاح المطلقة ثلاثا قبل زوج آخر، ويختلفون في التوارث بحكم النكاح في العدة والنكاح بغير شهود، وكذلك لا يرث المسلم الكافر في قول أكثر الصحابة، وهو مذهب الفقهاء.216

وقال ابن قدامة : لا يرث مسلم كافر ولا كافر مسلما إلا أن يكون معتقا فيأخذ ماله بالولاء، أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر يروى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم، وبه قال عمرو بن عثمان و عروة و الزهري و عطاء و طاوس و الحسن و عمر بن عبد العزيز و عمرو بن دينار و الثوري و أبو حنيفة وأصحابه و مالك و الشافعي و عامة الفقهاء وعليه العمل.

والمرتد لا يرث أحدا إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث، لا نعم خلافا بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحدا وهذا قول مالك و الشافعي و أصحاب الرأي ولا نعم عن غيرهم خلافاً، وذلك لأنه لا يرث مسلما لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " لا يرث كافر مسلما " ولا يرث كافرا، لأنه مخالفة في حكم الدين، لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه 217.

215 - انظر: الذخيرة 13 / 22

216 - انظر : السرخسي : المبسوط 29 / 30

217 - انظر : المغني لابن قدامة 7 / 166

وعليه إذا اختلف الوارث والموروث في الدين بأن كان أحدهما مسلماً والآخر غير مسلم فلا توارث بينهما قال خليل في مختصره: ولا مخالف في دين كمسلم مع مرتد أو غيره 218.

قال الدسوقي: ولا يرث مخالف في دين كمسلم مع مرتد أو غيره من يهودي أو نصراني أو مجوسي، وكيهودي مع نصراني، فلا توارث بينهما إذ كل ملة مستقلة، وسواهما كله ملة فيقع التوارث بين مجوسي وعابد وثن أو دهري أو نحو ذلك 219.

قال بنيس: الوارث إذا كان مخالفاً في الدين لموروثه لا يرثه، لأن المخالفة في الدين مانعة من الإرث، فلا يرث الكافر المسلم إجماعاً، وكذا لا يرث المسلم الكافر، لا بقرابة ولا بولاء ولا بنكاح.

وبناء على هذا فالمسلم إذا كان متزوجاً بنصرانية أو يهودية ثم توفي أحدهما فلا توارث بينهما، كما لا توارث بين هذه الزوجة وبين أولادها المسلمين ما دامت مصرة على الكفر، وإذا ارتد المسلم عن الإسلام فلا توارث بينه وبين وارثه المسلم، بل إن الحكم فيه أن يستتاب، فإن لم يتب قتل، وإذا توفي كان ماله لبيت المال، ولا يرثه الكافر الذي انتقل إلى دينه، لأن الإسلام لا يقره على رده.

و في حاشية الخرشي عند قول خليل: كمسلم مع مرتد 220 أراد أن المخالفة في الدين لا فرق في كونها مانعة من الإرث بين أن تكون أصلية كما في المسلم مع الكافر غير المرتد أو عارضة كالمسلم مع المرتد 221.

ولخص ابن رشد الآراء الفقهية السابقة فقال: واختلفوا في الوارث الذي ليس بمسلم يسلم بعد موت مورثه المسلم وقبل قسم الميراث، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام، فقال الجمهور: إنما يعتبر في ذلك وقت الموت، فإن كان اليوم الذي مات فيه المسلم وارثه ليس بمسلم لم يرثه أصلاً سواء أسلم قبل الميراث أو بعده، وكذلك إن كان مورثه على غير دين الإسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان إسلامه قبل القسم أو بعده.

218 - الشيخ خليل: المختصر ص 311

219 - انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 4/ 487

220 - خليل: المصدر السابق ص 311.

221 - الخرشي: على شرح خليل 4/ 323.

وقالت طائفة منهم الحسن وقتادة وجماعة: المعتبر في ذلك يوم القسم، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب.

وعمة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم "أيما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية، وأيما دار أو أرض أدركها الإسلام ولم تقسم فهي على قسم الإسلام" فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الإسلام، ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الإسلام.

وإلى هذا المانع أشارت المدونة في المادة 332 بقولها: "لا توارث بين مسلم و غير المسلم... الخ".

المانع الخامس: الرق

الرق في اللغة : العبودية، والملك.

وفي الاصطلاح : عجز حكمي يقوم بالإنسان بسبب كفره بالله تعالى.

قال الخطاب: وفي المدونة: إذا أعتق المديان ولم يعلم الغرماء حتى مات بعض قرابة المعتق لم يرثه، لأنه عبد حتى يجيز الغرماء العتق، فهو متردد بين الحرية والرق وقريبه حر صرف، وإذا بتل عتق عبده في مرضه وله أموال متفرقة إذا جمعت خرج العبد من ثلثها فلا يرث قبل جمعها، لأن المال قد يهلك فلم تتحقق الحرية، قاله في العتق الأول.

وقال ابن يونس : إذا اشتريت عبدا فأعتقته وورث وشهد، ثم استحق فإن أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث، وإلا بطل الجميع، والفرق أن المديان متعد على الغرماء بخلاف المشتري، فلو علم المشتري بملك المستحق استوت المسألتان عند العتق.

قال ابن يونس : وإن لم يعلم الغرماء حتى ورث ثم أجازوا نفذت الأحكام انتهى. 222

وقال ابن قدامة : والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه، لا نعم خلافا في أن العبد لا يرث إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا مملوكا يشتري من ماله ثم يعتق فيرث. وقال

الحسن وحكي عن طاوس : أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككسبه وكما لو وصى له، ولأنه تصح الوصية له فيرث كالحمل.

ولنا أن فيه نقصا منه كونه موروثا فممنوع كونه وارثا كالمرتد، ويفارق الوصية فإنها تصح لمولاه ولا ميراث له، وقياسهم ينتقص بمختلفي الدين، وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب، وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم، وأجمعوا على أن المملوك لا يرث، وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك، ومن قال أنه يملك بالتمليك فملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبتة بدليل قوله عليه السلام : " من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع " ولأن السيد أحق بمنافعه وأكسابه في حياته فكذلك بعد مماته وممن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يرث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري و مالك و الشافعي و إسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي. 223

وعليه فالرقيق هو الإنسان المملوك لغيره، فلا توارث بينه وبين سيده المالك له، كما لا توارث بينه وبين أحد من أقاربه، لأنه إذا ورث شيئا أخذه سيده، وقد اشتهر عن الفقهاء قولهم: العبد وما ملكت يده لسيده.

وقد انعدم هذا المانع وانقرض بمرور الزمان، لذا لم تنص عليه المدونة.

المانع السادس: الزنى

عن الشعبي "ولد الزنا بمنزلة ابن الملاعنة" وعن الحكم : " أن ولد الزنا لا يرثه الذي يدعيه ولا يرثه المولود" وعن الزهري عن علي بن حسين : " أنه كان لا يرث ولد الزنا وإن ادعاه الرجل "

وعن سليمان بن يسار قال: أيما رجل أتى إلى غلام يزعم أنه ابن له وأنه زنى بأمه ولم يدع ذلك الغلام أحد فهو يرثه. قال بكير: وسألت عروة عن ذلك فقال مثل قول سليمان بن يسار وقال عروة: بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "الولد للفراش وللعاهر الحجر"

وعن الحسن قال: "ابن الملاعنة مثل ولد الزنا ترثه أمه وورثته ورثة أمه"، وعن مغيرة عن إبراهيم قال "لا يورث ولد الزنا"

وعن الزهري في أولاد الزنا قال: يتوارثون من قبل الأمهات وإن ولدت توأما فماتت ورث السدس.

وعن مغيرة عن شباك عن إبراهيم قال: "لا يرث ولد الزنا لا يرث من لم يقم على أبيه الحد أو تملك أمه بنكاح أو شراء"

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لكل مستلحق استلحق بعد أبيه الذي ادعاه ورثته بعده فقضى إن كان من أمة يملكها يوم يطؤها فقد لحق بمن استلحقه وليس له مما قسم قبله من الميراث شيء وما أدرك من ميراث لم يقسم فله نصيبه ولا يلحق إذا كان الذي يدعى له أنكره وإن كان من أمة لا يملكها أو حرة عاها فإنه لا يلحق ولا يرث وإن كان الذي يدعى له هو ادعاه وهو ولد زنا لأهل أمه من كانوا حرة أو أمة" 224

وعن زيد بن وهب عن علي أنه قال: في ولد الزنا لأولياء أمه خذوا ابنكم ترثونه وتعقلونه ولا يرثكم.

حدثنا قتيبة حدثنا بن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله قال "أيما رجل عاها بحرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث"

قال أبو عيسى وقد روى غير بن لهيعة هذا الحديث عن عمرو بن شعيب والعمل على هذا عند أهل العلم أن ولد الزنا لا يرث من أبيه. 225

224 - انظر: سنن الدارمي باب في ميراث ولد الزنا.
225 - انظر: سنن الترمذي باب ما جاء في إبطال ميراث ولد الزنا

وفي المنتقى: عن مالك أنه بلغه أن عروة بن الزبير كان يقول في ولد الملاعنة وولد الزنى أنه إذا مات ورثته أمه حقها في كتاب الله عز وجل وإخوته لأمه حقوقهم، ويرث البقية موالى أمه إن كانت مولاة وإن كانت عربية ورثت حقها وورث إخوته لأمه حقوقهم، وكان ما بقي للمسلمين.

قال مالك: وبلغني عن سليمان بن يسار مثل ذلك. قال مالك وعلى ذلك أدركت أهل العلم ببلدنا.

وأما ولد الزنى فلو أن مغتصبة، أو زانية ولدت توأمين في بطن فإنهما يتوارثان بالأمومة خاصة، والفرق بينهما أن ولد الملاعنة عن وطء شبهة درأت الحد عنها فلذلك ترث ولدها على ما قدمناه، وأما ولد المغتصبة وولد الزانية فليس في الوطاء الذي هما عنه شبهة، وإنما هو محض الزنى فليس بينهما نسب إلا بالأمومة، والفرق بين توأمي الزنى والمغتصبة أنهما وإن كانا لا يعرف لهما أب الآن، فإنه يجوز أن يعرف بعد هذا بخلاف توأمي الزنى فإنه لا يثبت لهما أب بوجه.

قال ابن رشد: واتفق الجمهور على أن أولاد الزنى لا يلحقون بأبائهم إلا في الجاهلية على ما روي عن عمر بن الخطاب على اختلاف في ذلك بين الصحابة؛ وشذ قوم فقالوا: يلتحق ولد الزنى في الإسلام، أعني الذي كان عن زنى في الإسلام.

واتفقوا على أن الولد لا يلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر، إما من وقت العقد، وإما من وقت الدخول، وأنه يلحق من وقت الدخول إلى أقصر زمان الحمل، أو إن كان قد فارقتها واعتزلها.

واختلفوا في أطول زمان الحمل الذي يلحق به الوالد الولد، فقال مالك: خمس سنين؛ وقال بعض أصحابه: سبع؛ وقال الشافعي: أربع سنين؛ وقال الكوفيون: سنتان. وقال محمد بن الحكم: سنة؛ وقال داود: ستة أشهر، وهذه المسألة مرجوع فيها إلى العادة والتجربة.

وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، وبه أخذت مدونة الأسرة في المادة 135، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا.

وذهب مالك والشافعي إلى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأنت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول أنه لا يلحق به، إلا إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من ذلك من وقت الدخول. وقال أبو حنيفة: هي فراش له ويلحقه الولد.

وعمدت مالك أنها ليست بفراش إلا بإمكان الوطء وهو مع الدخول. وعمدة أبي حنيفة عموم قوله عليه الصلاة والسلام "الولد للفراش" وكأنه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في إلحاق الولد بالوطء الحلال.

قال ابن قدامة: والحكم في ميراث ولد الزنا كالحكم في ولد الملاعنة، إلا أن الحسن بن صالح قال: عصبه ولد الزنا سائر المسلمين، لأن أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملاعنة. والجمهور على التسوية بينهما لانقطاع نسب كل واحد منهما من أبيه، إلا أن ولد الملاعنة يلحق الملعن إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور. وقال الحسن و ابن سيرين يلحق الواطئ إذا أقيم عليه الحد ويرثه، وقال إبراهيم يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة، وقال إسحاق يلحقه وذكر عن عروة و سليمان بن يسار نحوه، وروى علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال: لا أرى بأسا إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع حملها ويستتر عليها والولد ولد له، وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش فادعاه آخر أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش، ولنا قول النبي صلى الله عليه و سلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحد عند من اعتبره 226.

وعليه فلا توارت بين الزاني وولد الزني، إذ لا نسب شرعيا بينهما، نعم يرث ولد الزني أمه وترثه، لأن الولد ملحق بأمه على كل حال، فيرث فيها وفي أمها وإن علت، وفي سائر أولادها بصفة أنه أخوهم من الأم.

و في شرح بنيس لفرائض المختصر: إن ولد الزني لا يرث، الذي زنى بأمه حتى حملت به، وأما أمه فيرثها بلا خلاف.

وإلى هذا المانع أشارت المدونة في المادة 332 بقولها: "... ولا بين من نفى الشرع نسبه".

سابعاً: القتل العمد

القتل : القتل هو إزهاق الروح. والمراد بالقتل المانع من الإرث : القتل المؤثر في المنع من الإرث هو ما أوجب قصاصاً أو دية أو كفارة. ودليل اعتبار القتل مانعاً من الإرث قوله صلى الله عليه وسلم : "ليس للقاتل من الميراث شيء".

وعن عبد الكريم عن الحكم قال: إذا قتل الرجل أخاه عمداً لم يورث من ميراثه ولا من ديته فإذا قتله خطأ ورث من ميراثه ولم يورث من ديته قال وكان عطاء يقول ذلك.

وعن قتادة عن خلاس عن علي قال: رمى رجل أمه بحجر فقتلها فطلب ميراثه من إخوته فقال له إخوته لا ميراث لك فارتفعوا إلى علي فجعل عليه الدية وأخرجه من الميراث.

وعن الحكم: أن الرجل إذا قتل امرأته خطأ أنه يمنع ميراثه من العقل وغيره.

وعن ابن عباس قال: لا يرث القاتل من المقتول شيئاً.

وعن علي قال: القاتل لا يرث ولا يحجب.

قال: لا يورث القاتل.

وعن عمر: لا يرث قاتل خطأ ولا عمداً. 227

قال السرخسي 228 : القاتل بغير حق لا يرث من المقتول شيئاً عندنا سواء قتله عمداً أو خطأً. وقال مالك إن قتله خطأً فله الميراث لا من الدية. وأما في العمد لا ميراث له لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم "قضى بأن لا ميراث للقاتل"

وعند الشافعي لا يرث القاتل مطلقاً ولو مات القاتل قبل المقتول ورثه المقتول

إجماعاً 229.

227 - انظر: سنن الدارمي لعبد الله بن عبد الرحمن الدرامي السمرقندي باب ميراث القاتل

228 - انظر: المبسوط 29 / 47

229 - رد المختار على الدر المختار المعروف بحاشية ابن عابدين 10 / 427

قال ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب و ابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج، لأن آية الميراث تتناوله بعمومها فيجب العمل بها فيه، ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه، فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيفه فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تنكر فكانت إجماعاً. و قال عمر: سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول: " ليس للقاتل شيء " رواه مالك في موطنه. والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أودية أو كفارة كالعمد وشبه العمد، والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث، كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعا عن نفسه 230.

واتفق العلماء أن قاتل العمد لا يرث من المال ولا من الدية، وأن قاتل الخطأ لا يرث من الدية، وورثه مالك من المال ومنعه من المال، قال: إلا أن يكون القاتل صبياً أو مجنوناً لعدم التكليف 231.

ورد الحديث عن هذا المانع في المادة 333 من مدونة الأسرة: " من قتل موروثه عمداً عدواناً وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله و لا ديته و لا يحجب وارثاً، و من قتل خطأ ورث من المال دون الدية و حجب".

تناولت هذه المادة الكلام عن أحد موانع الإرث وهو القتل العمد العدوان، وما ذكرته المدونة في المادة 333 أصله عند خليل في المختصر: " ولا قاتل عمداً عدواناً وإن أتى بشبهة بمخطئ من الدية".

يعني أن قاتل العمد العدوان لا يرث من المقتول شيئاً لا من المال، ولا من الدية إن عفي عنه، وإن أتى بشبهة تدرأ عنه القتل كرمي الوالد ولده بحديدة مثلاً فالضمير في أتى للقاتل لا بقيد العدوان إذ مع الشبهة لا عدوان، وإن أبا من الأبوة مبالغة أيضاً في القاتل لا بقيد العدوان،

وأما قاتل الخطأ فيرث من المال الذي لمورثه، ولا يرث من الدية ويرث قاتل العمد والخطأ
الولاء 232

وإذا قامت بينة على وارث أنه قتل مورثه عمدا فأبرأه المقتول فإنه يتهم في إبرائه، لأن
ولده يرى أنه يوجب له ميراثا زال عنه بالقتل، وهو عفو جائز لا يقتل به ولكن لا يرثه بذلك
ولا يكون مصابه وصية له من ثلثه، لأنه يتهم ولكن لو لم يبرئه، وقال : نصيبه من الميراث
هو له وصية فذلك له جائز، وإذا قامت بينة على وارث بالقتل عمدا فكذبهم بعض الورثة،
وصدقهم البعض فإن ما صار للمكذبين من ميراثهم يريد من الدية فهو للقاتل وكذلك الموصى
له بالوصية كما لو أقر الميت بدين لو ارثه وصدقه بعض ورثته.

ومذهب مالك أن قاتل العمد بلا شبهة لا يرث من مال ولا دية بالغا أو صبيا أو
مجنونا 233 واحترز بقوله : " عمدا عدوانا " مما لو كان عمدا غير عدوان قال الفاكهاني نحو
أن يقتل الحاكم ولده قصاصا ونحوه، فهذا يورث عندنا بلا خلاف أعلمه.

وإذا قتل الأبوان ابناهما على وجه الشبهة، وسقط عنهما القتل فالدية عليهما ولا يرثان
منها ولا من المال، لأنه عدوان من الأجنبي 234.

وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : وإن أتى بشبهة تدرأ عنه القصاص كرمي
الوالد ولده بحجر فمات منه، فالضمير في أتى للقاتل لا بقيد العدوان إذ لا عدوان مع الشبهة،
وقد يقال جعله عدوانا من حيث التعمد كمخطئ لا يرث من الدية ويرث من المال، وألحق
بالخطأ ما لو قصد وارث قتل مورثه وكان لا يندفع إلا بالقتل فقتله المورث فإنه يرث من المال
لا من الدية. 235

وأما منع القاتل الخطأ من الإرث في الدية فقط فقال عبد الحق عن بعض البغداديين:
إنما لم يرث قاتل الخطأ من الدية لثلاثة أوجه:

232 - انظر: الخرشبي على شرح خليل 221/4.
233 - انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش 690/9
234 - انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل للحطاب 423/6
235 - انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 486 /4

أحدها: أن الدية لما كانت واجبة عليه وكانت عنه تؤدى، وكان محالاً أن يؤدي الإنسان شيئاً يجب عليه لنفسه.

ثانيها: أن القصاص عوض عن القتل كما أن الدية عوض عن القتل، وقد وقع الإجماع على أنه لا يرث القصاص فكذلك لا يرث الدية.

ثالثها: أن قاتل العمد لا يرث، لأنه سبب الميراث وكذلك قاتل الخطأ لا يرث من الدية، لأنه سببها.

وقال ابن عرفة: وقاتل العمد لا يرث من مال ولا دية ولا يحجب وقاتل الخطأ يرث من المال دون الدية ويحجب.

قال ابن رشد: واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال: فقال قوم: لا يرث القاتل أصلاً من قتله.

وقال آخرون: يرث القاتل وهم الأقل.

وفرق قوم بين الخطأ والعمد، فقالوا: لا يرث في العمد شيئاً ويرث في الخطأ إلا من الدية، وهو قول مالك وأصحابه. وفرق قوم بين أن يكون في العمد قتل بأمر واجب أو بغير واجب، مثل أن يكون من له إقامة الحدود، وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم.

وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحي، وذلك أن النظر المصلحي يقتضي أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث إلى القتل واتباع الظاهر، والتعبد بوجوب أن لا يلتفت إلى ذلك، فإنه لو كان ذلك مما قصد لالتفت إليه الشارع "وما كان ربك نسياً" كما تقول الظاهرية.

وقال ابن عاصم في تحفته:

وَإِنْ هُمَا بَعْدَ الْمَمَاتِ ارْتَفَعَا	الْكُفْرُ وَالرِّقُّ لِإِرْثٍ مَنَعَا
وَمُطْلَقاً يَمْنَعُ قَتْلُ الْعَمْدِ	وَمِثْلُ ذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمُرْتَدِّ
وَحَالُهُ الشَّكُّ بِمَنْعِ مُغْنِيهِ	وَإِنْ يَكُنْ عَنِ خَطَا فَمَنْ دِيَةِ

قال اليزناسني: ذكر الشيخ في هذه الأبيات الثلاثة، موانع الميراث وهي :

الكفر : إذ لا ميراث بين ملتين.

والرق : فيمنعان الميراث، وإن ارتفعا بعد الموت، بأن أسلم الوارث أو أعتق، فإن
المعتبر حال الموت.

وحكم المرتد في المنع حكم الكافر الأصلي.

والقتل : فيمنع قتل العمد مطلقاً، أي : في الإرث في المال وفي الدية، ويمنع قتل الخطأ
من الإرث في الدية خاصة دون المال.

والشك: وإليه أشار الشيخ "الشك بمنع مغنيه " كأن شك مثلاً في القتل، هل كان عمداً
أو خطأ؟ فإنه يمنع الإرث من المال والدية، إذ لا ميراث إلا بيقين.

قال الرسموكي:

يمنع الإرث عدم استهلال شك لعان كفر ذي اعتزال
رق زنا وقتل ظلم مسجلاً إلا الولا عن معتق قد قتلا
ويمنع الخطأ إرث الدية وقاتل الحق من الورثة
وقال صاحب الرحبية :

ويمنع الشخص من الميراث واحدة من علي ثلاث
رق وقتل واخْتِلافُ دين فافهم فليس الشك كاليقين