



In the name of the Allah, The Beneficent, The Merciful

- 1) Sometimes the nature of the estate of a propositus is such that professional legal and financial advice is required to ensure that the assets of the estate are sufficiently protected from malicious and unwarranted claims and to ensure that the inheritors are not encumbered with an inheritance tax at a rate of 40% on all the assets of the estate. In such circumstances if a Muslim appoints a non-Muslim lawyer as a trustee and executor to his estate is this
 - a) Permitted?
 - b) Valid?

- 2) Is it permitted for a trustee and executor who is providing specialised legal and financial advice to charge a fee for his services? Sometimes the nature of the assets is such that while the total value of assets involved is quite high the net value of the estate may be quite low. For example, if an asset-rich individual [such as a highly geared property developer] also leaves a lot of debt, whilst the net value of the estate may be quite low, the total value of assets involved could be very high. Such a situation would require extensive legal input to sort out all the complications. Is there a particular fee structure that needs to be complied with? And if so, how should the costs of the professional and legal advice be met if they exceed the required fee structure? Without such professional and legal advice the inheritors would suffer a greater loss.

- 3) Is it permitted and valid for the legator to give absolute discretion to the trustees and executors to sell, call in and convert into money such parts of the estate as do not consist of money?

الجواب حامداً و مصلياً و منه الصدق و الصواب

- 1) If a Muslim legator appoints a non-Muslim as an executor to his estate then according to the majority, although such appointment is legally valid, the Qādhī is mandated to remove such an executor and appoint another competent and upright Muslim in his place. However, transactions conducted prior to removal will be upheld. The minority opinion is that the appointment of a non-Muslim as an executor to the estate of a Muslim is not valid in the first instance.

However, in the UK where Muslims live as a minority it may prove difficult to access the services of a competent Muslim lawyer for complex cases that require asset protection and tax mitigation structures. Whilst Muslims should endeavour to appoint a competent Muslim lawyer as an executor, if such is not available it will be allowed to appoint a competent non-Muslim. However, the legator should leave instructions that oblige the non-Muslim executor to adhere to Islamic principles, and if and when needed, seek the counsel of a competent Muslim scholar.

ففي المبسوط للسرخسي: وإذا أوصى المسلم إلى ذمى أو إلى حربى مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل لأن في الوصية إثبات الولاية للوصى على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمى ولا للحربى على المسلم. ثم الوصى يخلف الموصى في التصرف كما أن الوارث يخلف المورث في الملك بالتصرف. ثم الكافر لا يرث المسلم فكذلك لا يكون وصياً للمسلم. وكذلك إن أوصى الذمى إلى الحربى لم تجز لهذا المعنى. ولو أوصى الذمى إلى الذمى فهو جائز لأنه يثبت لبعضهم على البعض ولاية بالقرابة فكذلك بالتفويض، وأحدهما يرث صاحبه فيجوز أن يكون وصياً له أيضاً. ولو أوصى إلى رجل مسلم أو إلى امرأة أو أعمى أو محدود في قذف فهو جائز لأن هؤلاء من أهل الولاية والخلافة إرثاً وتصرفاً. ولو أوصى إلى فاسق منهم متخوف على ماله فالوصية باطلة لأن الإيصاء إلى الغير إنما يجوز شرعاً ليتم به نظر الموصى لنفسه ولأولاده، وبالإيصاء إلى الفاسق لا يتم معنى النظر. ولم يرد بقوله: الوصية إليه باطلة أنه لا يصير وصياً بل يصير وصياً لكون الفاسق من أهل الولاية والخلافة إرثاً وتصرفاً حتى لو تصرف نفذ تصرفه، ولكن القاضى يخرج من الوصية ويجعل مكانه وصياً آخر لأنه لم يحصل نظر الموصى لنفسه، وكان عليه أن يتدارك ذلك. وإذا لم يفعل حتى عجز عن النظر لنفسه بالموت أناب القاضى منابه في نصب وصى آخر له بمنزلة ما لو أوصى مكانه وصياً آخر لهذا. (كتاب الوصايا، باب الوصى والوصية، ب23/14-24)

وفي تبين الحقائق شرح كنز الدقائق: قال رحمه الله: (وإلى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم) أى إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضى ويستبدل غيرهم مكانهم. وذكر القدورى رحمه الله أن القاضى يخرجهم عن الوصية. وهذا يدل على أن الوصية صحيحة لأن الإخراج يكون بعد الدخول. وذكر محمد رحمه الله في الأصل أن الوصية باطلة. قيل: معناه سبطل. وقيل: في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه، وفي غيره معناه سبطل. وقيل: في الكافر باطلة أيضاً لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة، وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا، وولاية الكافر في الجملة، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها، والمعادة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم، واتهام الفاسق بالخيانة، فيخرجهم القاضى عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم إتماماً

للنظر. وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً منه على المال لأنه يكون عذراً في إخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لأن المكاتب في منفعه كالحجر. وإن عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في الفن. والصبي كالقن. فلو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضى عن الوصية. (كتاب الوصايا، باب الوصى، 425-424/7)

وفي حاشية الشلبي على تبين الحقائق: ذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصى إلى الذمي قال: الوصية باطلة. وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة. إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير. وذكر محمد في الأصل: وإذا أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة وإن أجاز مولاه. وقال في الأصل أيضاً: وإذا أوصى المسلم إلى ذمي أو إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل. وقال في الأصل أيضاً: ولو أوصى إلى فاسق منهم مخوف على ماله فالوصية باطلة. ثم اختلف المشايخ في معنى البطلان أنه باطل أصلاً أم معناه سيئط. قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا وفي شرحه للجامع الصغير: معناه سيئط. وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوى في شرح الجامع الصغير. وعليه عامة المشايخ. وقال بعضهم: إنه باطل أصلاً. وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي. وذلك لأن الوصية ولاية والرق مناف للولاية، ولأنه عاجز عن تحصيل مقصود الوصى لأن منفعه لمولاه، فالظاهر أنه يمنع من التبرع به على غيره. وكذلك بعد إجازته لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم. فإذا رجع عنه كان عاجزاً عن التصرف. وأما الوصية إلى الكافر فلأن في الوصية إثبات الولاية للوصى على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمي والحربي على المسلم لقوله تعالى: { ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً } . وأما الفاسق فذهب شمس الأئمة السرخسي: أيضاً أن الوصية تجوز ولكن القاضى يخرجها عن الوصاية لأن الوصاية إليه لاتتم معنى النظر. وهذا لأن الفاسق من أهل الولاية، ولهذا كان من أهل الإرث فيكون أهلاً للوصية أيضاً. (كتاب الوصايا، باب الوصى، 425-424/7)

وفي البحر الرائق: قال رحمه الله (وإلى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم) أى إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضى ويستبدل بغيرهم مكاهم. وأشار المصنف إلى شروط الولاية. فالأول: الحرية، والثاني: الإسلام. والثالث: العدالة. فلو ولى من ذكر صح ويستبدل بغيره. وذكر القدورى أن للقاضى أن يخرجهم عن الوصية. وهذا يدل على أن الولاية صحيحة؛ لأن الإخراج يكون بعد الدخول. وذكر محمد في الأصل أن الوصية باطلة. قيل: معناه سبتط، وقيل: في العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه، وفي غيره معناه سبتط. وقيل: في الكافر باطلة أيضاً لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة، وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا، وولاية الكافر تتم في الجملة، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها، والمعادة الدينية دالة على ترك النظر في حق المسلم، وإتمام الفاسق بالخيانة، فيخرجهم القاضى عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم إتماماً للنظر. وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً منه على المال؛ لأنه يكون عذراً في إخراجه وتبديله بغيره. (باب الوصى وما يملكه، ...)

وفي الدر المختار: (ولو) أوصى (إلى صبي وعبد غيره وكافر وفاسق بدل) أى بدلهم القاضى (بغيرهم) إتماماً للنظر. ولفظ بدل يفيد صحة الوصية. فلو تصرفوا قبل الإخراج جاز. سراجية. (فلو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر) أو المرتد وتاب الفاسق. مجتبي. وفيه: فوض ولاية الوقف لصبي صح استحساناً. (لم يخرجهم القاضى عنها) أى عن الوصايا لزوال الموجب للعزل إلا أن يكون غير أمين. اختيار. (كتاب الوصايا، باب الوصى وهو الموصى إليه، 701/6)

وفي رد المحتار: قوله: (بدل) أى وجوباً. بحر. مسلم صالح لأن العبد يحجر، والكافر عدو، والفاسق متهم بالخيانة. قهستان. قوله: (ولفظ بدل يفيد صحة الوصية) وعبارة القدورى: أخرجهم القاضى. قال في الهداية: هذا يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعد الصحة. اهـ. وقال محمد في الأصل: إن الإيصاء باطل. واختلفوا في معناه، فقيل: إنه سيئط بإبطال القاضى في جميع هذه الصور. وقيل: سيئط في غير العبد لعدم ولايته فيكون باطلاً. وقيل: سيئط في الفاسق لأن الكافر كالعبد كما في الكافي. قهستان. والأول قول عامة المشايخ كما في العناية. (كتاب الوصايا، باب الوصى، 701/6)

وفي العناية شرح الهداية: قال: (ومن أوصى إلى عبد أو كافر إلخ) ومن أوصى إلى عبد غيره أو كافر ذمي أو مستأمن أو حربي أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصية ونصب غيرهم. وهذا اللفظ وهو لفظ القدورى يشير إلى صحة الوصية لأن الإخراج يكون بعد الصحة. وذكر محمد في الصور الثلاث أن الوصية باطلة. ثم اختلف المشايخ في أنه باطل أصلاً أم معناه سيئط. قال الفقيه أبو الليث، وإليه ذهب القدورى وفخر الإسلام البزدوى وعامة مشايخنا: أن معناه سيئط. ووجهه أن العبد أهل التصرف، ولهذا جاز توكيله. ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنوناً لكون منفعه للمولى والظاهر المنع عن

التبرع بها، وعلى تقدير الإجازة كان له الرجوع، وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية. قلنا: إنما سبتل بإخراج القاضى إياه عنها. وأما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة أنه لو قاسم شيئا قبل أن يخرج القاضى جاز. فثبت أن الإيصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة، فجاز للقاضى أن يخرج عن الوصية. وقال بعضهم: إنه باطل في العبد. وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسى. وذلك لأن الوصاية ولاية متعديّة، وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا أن يكون له ولاية على غيره. فقوله: لعدم ولايته إشارة إلى ما قبل الإجازة. وقوله: (واستبداده إلى ما بعدها) لأنها بمنزلة الإعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم. وقيل: معناه في الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم. ووجه الصحة ثم الإخراج ظاهر. وقد ذكرنا بعضا منه آنفا. (كتاب الوصايا، باب الوصى وما يملكه، 423/9)

- 2) The appointment of a trustee and executor by the legator in return for a fee is an Ijārah structure which comes into action at the death of the legator. However, a legator is not empowered to enact an Ijārah contract to be effective following his death. Thus, the trustee and executor will not be entitled to the agreed sum as a fee for his services. However, it is possible to consider the agreed fee to be a bequest in which case it will be effective proportionate to other bequests to the extent of one third of the estate remaining after meeting the expenses of last rites as approved by the Sunnah and paying the debts of the deceased. If the assets of the estate require specialized legal input and the costs thereof exceed the proportionate share of the residual one third of the estate, the inheritors may, subsequent to the death of the propositus, agree a pro-rata fee to meet the shortfall with the individual or firm providing the professional advice. However, this will be at the discretion of the inheritors.

ففي رد المختار: قوله: (وأما وصى الميت فلا أجر له على الصحيح) تعقبه الرملى فى فتاواه بما مر عن جامع الفصولين من أن الوصى لا يأكل من مال اليتيم ولو محتاجا إلا إذا كان له أجرة فىأكل بقدرها. قال: وفى الخانية والبرازية: له ذلك لو محتاجا استحسانا. وقد تقرر أن المأخوذ به الاستحسان إلا فى مسائل ليست هذه منها. ونقل القنية لا يعارض نقل قاضى خان فإنه من أهل الترجيح. اهـ ملخصا. وقال فى حاشيته على الأشباه وأواخر كتاب الأمانات بعد كلام طويل: ولا يخفى أن وصى الميت إذا امتنع عن القيام بالوصية إلا بأجر لا يجبر على العمل لأنه متبرع ولا جبر على المتبرع. فإذا رأى القاضى أن يعمل له أجرة المثل فما المانع منه؟ وهى واقعة الفتوى وقد أفنيت به مرارا. اهـ. وبه أفنى فى الحامدية أيضا. أقول: وعبرة الخانية: وعن نصير للوصى أن يأكل من مال اليتيم ويركب دوابه إذا ذهب فى حوائج اليتيم. وقال بعضهم: لا يجوز، وهو القياس. وفى الاستحسان يجوز أن يأكل بالمعروف إذا كان محتاجا بقدر ما سعى. اهـ. أقول: تقييده بالاحتياج موافقا لقوله تعالى: { ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف } لا يدل على جواز الأجرة لغير المحتاج. ويأتى تمام الكلام على الأكل فى الفروع ولم يذكر ما إذا استأجره الميت. وفى الخانية: أوصى إلى رجل واستأجره بمائة درهم لإنفاذ وصيته، قالوا: لا يكون إجارة لأنه إنما يصير وصيا بعد الموت والإجارة تبطل به، بل يكون صلة فيعطى له من الثلث. قال: لك أجر مائة على أن تكون وصيا اختلفوا فيه. قال نصير: الإجارة باطلة ولا شىء له. وقال أبو سلمة: الشرط باطل والمائة وصية له ويكون وصيا. وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث. اهـ. (كتاب الوصايا، باب الوصى 713/6)

وفى الدر المختار: (إذا أوصى بثلث ماله والآخر بثلث ماله ولم تجز) الورثة فثلثه لهما نصفين اتفاقا (وإن أوصى) بثلث ماله لزيد و (لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما) أثلاثا اتفاقا. (كتاب الوصايا، باب الوصية بثلث المال، 667/6)

- 3) The 'absolute discretion' conferred upon the trustees and executors to sell, call in and convert into money such parts of the estate as do not consist of money is valid only in so far as it does not violate the laws of Sharī'ah. If the deceased has left no debt and no bequest and all the heirs are major and are present, the trustees and executors must obtain the express consent of the heirs to sell, call in and convert into money such parts of the estate as do not consist of money. However, if the deceased has left debts or lawful legacies and the heirs are refusing to discharge or otherwise unduly delaying the discharge of such debts and legacies, the trustees and executors will, if and to the extent required, sell, call in and convert into money such parts of the estate as do not consist of money without the consent of the heirs. In such case, the moveable property will be sold before the immovable property. If the inheritors are absent, the trustees and executors may do such with the movable property only. If all of the heirs are minor, the trustees and executors will, if and to the extent required, sell, call in and convert into money both movable and immovable property. If there are both major and minor heirs the trustees and executors may do the same with the movable and immovable portion of the minors only. The trustees and

executors must obtain the express consent of the major heirs to do the same for their portion. However, if the major heirs are absent, the trustees and executors will do the same for only their portion of movable property.

وفي رد المختار: قوله: (وجاز بيعه الخ) إذا لم يكن على الميت دين ولا وصية فإن الورثة كبارا حضورا لا يبيع شيئا. ولو غيبا له بيع العروض فقط. وإن كلهم صغارا يبيع العروض والعقار. وإن البعض صغارا والبعض كبارا فكذلك عنده. وعندهما يبيع نصيب الصغار ولو من العقار دون الكبار إلا إذا كانوا غيبا فيبيع العروض. وقولهما القياس، وبه نأخذ. وإن كان على الميت دين أو أوصى بدراهم ولا دراهم في التركة والورثة كبار حضور، فعنده يبيع جميع التركة، وعندهما لا يجوز إلا بيع حصة الدين. اهـ. ملخصا من غاية البيان عن نكت الوصايا لأبي الليث. قوله: (إلا الدين) أى فله بيع العقار، لكنه يوهم أنه مقيد بكون الكبير غائبا وليس كذلك كما مر. وفي العناية قيد بالغيبية لأهم إذا كانوا حضورا ليس للوصى التصرف في التركة أصلا إلا إذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم تقض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فإنه يبيع التركة كلها إن كان الدين محيطا، ومقدار الدين إن لم يحط. وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما. وينفذ الوصية بمقدار الثلث. ولو باع لتنفيذها شيئا من التركة جاز بمقدارها بالإجماع. وفي الزيادات الخلاف المذكور في الدين. اهـ. قال في أدب الأوصياء: وبقولهما يفتى كذا في الحافظة والغنية وسائر الكتب. اهـ. ومثله في البزازية. (كتاب الوصايا، باب الوصى، 710/6)

And Allah Knows best.

Mufti Mohammed Zubair Butt
Chair, Al-Qalam Shariah Panel