



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

الغامد



عليه السلام
الربيع

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

تذكرة الفقهاء

تأليف

الشيخ الأمام الحلي

الحسين بن سعيد بن الطهطاوي

المطبعة سنة ٧٢٦ هـ

الجلد ٢١

لجنت

مكتبة الإمامية في بيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تذكره الفقهاء

كاتب:

حسن بن يوسف بن مطهر علامه حلي

نشرت في الطباعة:

مؤسسه آل البيت (عليهم السلام) لآحياء التراث

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
19	تذكره الفقهاء المجلد 21
19	اشارة
19	اشارة
23	كتاب الوصايا وفيه مقدّمة و مقاصد:
23	أما المقدّمة ففي ماهيّتها و تسويغها.
29	المقصد الأول: في أركان الوصية و فيه فصول:
29	الفصل الأول: في الصيغة و فيه مباحث:
29	البحث الأول: الإيجاب.
29	اشارة
30	مسألة 1: لا تعتقد الوصية إلاّ باللفظ مع القدرة عليه،
32	مسألة 2: إذا وجدت وصية بخطّ الميت و لم يكن أشهد عليها و لا أقرّ بها،
33	مسألة 3: لو كتب وصية و قال للشهود: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة،
34	مسألة 4: ويستحبّ أن يكتب الموصي وصيته و يشهد عليها؛
36	مسألة 5: قال ابن الجنيد: لو وصّي رجل بغير خطّه و لم يشهد إليّ أن يحضره الموت
36	البحث الثاني: في القبول.
36	مسألة 6: الموصي له إن كان معيّناً،
37	مسألة 7: اختلف علماؤنا،
38	مسألة 8: لو مات الموصي له قبل موت الموصي و قبل القبول،
40	مسألة 9: إذا ردّ الموصي له الوصية،
43	مسألة 10: إذا ردّ الموصي له الوصية،
44	البحث الثالث: في سبب التملّك.
44	مسألة 11: اختلف علماؤنا في أنّ الموصي له متى يملك ما أوصي له به ؟

51 اشارة

51 مسألة 12: لو كان الموصي به عبدا كسوبا فكسب شيئا،

52 مسألة 13: لو أوصي بعبده لزيد ثم مات ثم أهل شوال قبل القبول،

53 مسألة 14: لو زوج أمته من حر ثم وصي له بها ثم مات الموصي،

55 مسألة 15: لو أوصي له بجارية فولدت،

59 مسألة 16: لو أوصي بأمة لزوجها فلم يعلم حتي وضعت له بعد موت سيدها،

60 مسألة 17: لو أوصي بجاريته لزوجها و مات الموصي له قبل القبول و الرد،

61 مسألة 18: إذا أوصي الإنسان لغيره بأبيه أو بانه،

62 مسألة 19: لو ملك ابن أخيه فأوصي به لأجنبي ولا وارث للموصي سوي أخيه أبي الابن الموصي به،

62 مسألة 20: هذا في رد الموصي له و قبوله بنفسه،

63 مسألة 21: إذا أوصي له بمن يعتق عليه،

64 مسألة 22: إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض،

69 مسألة 23: لو أوصي للمريض بمن يعتق عليه،

70 مسألة 24: لو أوصي لرجل بزوجته الحامل من الزوج وهي أمة،

72 مسألة 25: لو أوصي لإنسان بمن يعتق عليه و مات الموصي له عن ابنين،

74 مسألة 26: لو كان له أمة ذات ولد من غيره فأوصي بها لذلك الولد،

76 مسألة 27: لو أوصي بعبده لشخصين أحدهما ابن العبد،

76 مسألة 28: لو أوصي بجارية لزوجها وأولدها بعد موت الموصي،

78 مسألة 29: إذا مات الموصي له قبل القبول وقبل وارثه،

79 مسألة 30: لو أوصي لغيره بأمته ثم مات الموصي (1) قبل القبول،

81 الفصل الثاني: في الموصي

81 اشارة

81 مسألة 31: لا تصح وصية الصبي غير المميز إجماعا؛ لأنه بمنزلة المجنون،

85 مسألة 32: قال المفيد رحمه الله: المحجور عليه لسفه إذا أوصي في برّ و معروف جازت وصيته،

- مسألة 33: الكافر تصح وصيته؛ لأنه عاقل ينفذ عتقه وتمليكه وسانر تصرفاته المالية وهبته فتصح وصيته، 87
- مسألة 34: لو أوصي المسلم بمعصية - كبناء موضع لشرب الخمر أو بيعه أو الفسق أو اللهو أو القمار فيه - 87
- مسألة 35: لو جرح الإنسان نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصي، 88
- مسألة 36: الوصية بالولاية إنما تصح ممن يملكها، 89
- الفصل الثالث: الموصي له 91
- اشارة 91
- المطلب الأول: في المسائل المعنوية. 92
- اشارة 92
- البحث الأول: في الوصية للحمل 92
- مسألة 37: تصح الوصية للحمل بشرطين: وجوده حالة الوصية، 92
- مسألة 38: ويشترط في الحمل انفصاله حياة؛ لأن الميت لا يملك شيئاً، 94
- مسألة 39: إذا أوصي للحمل صحت، 95
- مسألة 40: إذا أوصي لحمل امرأة فولدت ذكراً وأنثى، 96
- البحث الثاني: في الوصية للعبد وشبهه. 97
- مسألة 41: لا تصح الوصية لمملوك الغير ولا لمكاتبه المشروط ولا المطلق 97
- مسألة 42: لو أوصي لعبد غيره ولم يستمر رقه، 99
- مسألة 43: لو أوصي لمن نصفه حرّ ونصفه لأجنبي، 100
- مسألة 44: لو أوصي لعبد نفسه، 103
- مسألة 45: لو أوصي لعبد بعين معينة من ماله، 106
- مسألة 46: لو أوصي لعبد برقبته، 107
- مسألة 47: لو أوصي له بجزء من رقبته، 108
- مسألة 48: يصح أن يوصي الإنسان لأمّ ولده، 110
- مسألة 49: ويصح أن يوصي الإنسان لمديره، 111
- مسألة 50: تصح الوصية لمكاتبه المطلق، 112
- مسألة 51: لو أوصي لمكاتبه المطلق، 114

- 114 مسألة 52: لو أوصي لمكاتب الغير،
- 115 مسألة 53: إذا أوصي لعبد وارثه،
- 116 البحث الثالث: في الوصية للدابة.
- 116 مسألة 54: لو أوصي لدابة الغير،
- 117 مسألة 55: لو أوصي لدابة الغير و قصد الصرف في علفها،
- 118 مسألة 56: إذا قلنا: إنه إذا أوصي للدابة كانت الوصية للمالك،
- 120 البحث الرابع: في الوصية للكافر.
- 120 مسألة 57: الأقوي: أنه لا تصح وصية المسلم للحربي،
- 122 مسألة 58: المرتد إن كان عن فطرة لم تصح الوصية له؛
- 122 مسألة 59: الأقوي: صحة الوصية لأهل الذمة.
- 124 مسألة 60: ويصح أن يوصي الذمي للذمي و للمسلم،
- 125 مسألة 61: لو أوصي المسلم لأهل قريته،
- 127 البحث الخامس: في الوصية للقاتل.
- 127 مسألة 62: في الوصية للقاتل قولان لعلمائنا.
- 129 مسألة 63: وهل يقع فرق بين قتل العمد و الخطأ؟
- 131 مسألة 64: لو قتلت أم الولد سيدها،
- 131 مسألة 65: لو قتل المدبر سيده،
- 132 البحث السادس: في الوصية للوارث.
- 132 مسألة 66: الوصية للوارث صحيحة عند علمائنا كافة،
- 136 مسألة 67: لو وهب الوارث في مرض موته أو أبرأه عمًا له في ذمته أو وقف عليه كذلك،
- 136 مسألة 68: تصح الوصية للوارث عندنا من الثلث و إن لم يجز الورثة
- 137 مسألة 69: لو أوصي لغيره بشيء يزيد على الثلث،
- 137 مسألة 70: العبرة عند من منع الوصية للوارث بكونه وارثًا حال الموت،
- 138 مسألة 71: لو أوصي لكل واحد من ورثته بقدر حصته من التركة،
- 140 مسألة 72: لو أوصي بثلاث ماله لأجنبي و وارث،

- مسألة 73: لو أوصي لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة أو بما دونه، 142
- مسألة 74: لو أوصي لأجنبي بثلث ماله ولأحد ابنه الحائزين بالكل، 144
- مسألة 75: لو وقف دارا في مرض موته علي ابنه الحائز، 145
- مسألة 76: لو كان له ابن و بنت فوقف ثلثي داره علي ابنه و الثلث علي البنت، 146
- مسألة 77: لو وقف الدار علي ابنه و زوجته نصفين، 147
- مسألة 78: لو أسقط المريض عن وارثه دينا له عليه، 148
- مسألة 79: لو أوصي بثلث لوارث و أجنبي و قال: إن ردّوا وصية الوارث فالثلث كله للأجنبي، 149
- مسألة 80: لو أوصي لوارثه فأجاز بعض الورثة الوصية دون بعض، 150
- المطلب الثاني: في المسائل اللَّفْظِيَّة. 151
- اشارة 151
- الأول: فيما يتعلّق بالوصية للحمل. 151
- مسألة 81: قد تقدّم 151
- مسألة 82: لو قال: إن كان حملها غلاما فأعطوه عشرة، 152
- مسألة 83: لو قال: إن كان في بطنها غلام فله كذا، 153
- البحث الثاني: في الوصية للجيران و القراء و العلماء. 154
- مسألة 84: إذا أوصي بشيء لجيرانه، 154
- مسألة 85: لو أوصي للقراء، 156
- مسألة 86: لو أوصي للعلماء أو لأهل العلم، 157
- مسألة 87: لو أوصي لأعقل الناس في البلد، 158
- البحث الثالث: في الوصية للفقراء و المساكين و باقي أصناف الزكاة. 179
- مسألة 88: إذا أوصي للفقراء، 179
- مسألة 89: لو أوصي لسبيل الله، 180
- مسألة 90: لو أوصي للفقراء و المساكين، 181
- مسألة 91: لو أوصي للغارمين، 183
- مسألة 92: لو أوصي لأصناف الزكاة، 184

185	البحث الرابع: في الوصية للواحد والجمع أو لغير المالك.
185	مسألة 93: إذا أوصي لزيد ولجماعة معه،
187	مسألة 94: هذا كله فيما إذا أطلق ذكر زيد،
188	مسألة 95: لو كان الجماعة المنضمة إلي زيد معينين،
189	مسألة 96: لو أوصي لجماعة معينين غير محصورين - كالعلوية والهاشمية والطالبيّة
191	مسألة 97: إذا أوصي لبني فلان،
191	مسألة 98: لو أوصي لزيد وجبرئيل عليه السلام،
195	مسألة 99: تصحّ الوصية للمساجد والمشاهد والمدارس والربط.
196	البحث الخامس: في الوصية للقراءة.
196	مسألة 100: تصحّ الوصية للقراءة بالإجماع والنصّ،
202	مسألة 101: إذا أوصي لأقاربه أو أقارب زيد،
203	مسألة 102: لو أوصي لأقاربه،
204	مسألة 103: لو أوصي فقال: أوصيت لأقاربي،
206	مسألة 104: لو أوصي لأقرب أقاربه أو لأقرب أقارب زيد أو أقرب الناس إليه أو أقربهم به رحماً،
210	مسألة 105: إذا أتى في وصيته بلفظ الجمع،
212	مسألة 106: إذا أوصي لجماعة من أقرب أقاربه وكان له ابن وأخ وعمّ لا غير،
212	مسألة 107: لو أوصي لآله أو لآل غيره،
214	مسألة 108: لو أوصي لأهل بيته،
216	مسألة 109: لو أوصي لآباء فلان،
218	مسألة 110: و لو أوصي لورثة فلان،
219	مسألة 111: لو أوصي لأولاده،
221	مسألة 112: لو أوصي لذريّته أو عقبه أو نسله،
223	مسألة 113: لو أوصي لأختانه،
224	مسألة 114: لو أوصي ليتامي بني فلان أو لأراملهم أو لعميّانهم أو لزمنّاهم،
226	مسألة 115: لو أوصي لثيّب

227	البحث السادس: في الوصية للمولي.
227	إشارة .
234	مسألة 116: قد يبتأ أنه إذا أوصي لجماعة بشيء تساوا فيه إذا لم يفضل، .
237	الفصل الرابع: في الموصي به الموصي به إما أن يكون مالا أو منفعة مال أو ولاية عليه، فهنا ثلاثة مطالب.
237	المطلب الأول: في الوصية بالمال.
237	إشارة .
237	الباب الأول: في الشرائط .
237	إشارة .
237	مسألة 117: يشترط في العين الموصي بها أن تكون مملوكة؛ .
238	مسألة 118: ويشترط في المال الموصي به أن يكون قابلا للنقل من شخص إلى آخر، .
239	مسألة 119: تصح الوصية بنجوم الكتابة وإن لم تكن مستقرة، .
239	مسألة 120: لو أوصي له بمال غيره، .
240	مسألة 121: كل عين يحرم الانتفاع بها ولا تقبل التغيير .
240	مسألة 122: يشترط في المال الموصي به أن لا يزيد على الثلث؛ لما يأتي.
242	مسألة 123: تصح الوصية بثمرة البستان، .
243	مسألة 124: تصح الوصية بما لا قدرة علي تسليمه، .
243	مسألة 125: لو أوصي بأحد العبدین، .
244	مسألة 126: قد ذكرنا أنه يشترط في لزوم الوصية خروج الموصي به من ثلث التركة، .
246	مسألة 127: وإنما تستحب الوصية أو تجب لمن يترك مالا؛ .
248	مسألة 128: والأولي أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان الموصي غنيا؛ .
250	مسألة 129: لو أوصي بأكثر من ثلث ماله، .
252	مسألة 130: إذا زادت الوصية على الثلث فأجاز الورثة، .
253	مسألة 131: لو لم يكن للميت وارث خاص فأوصي بجميع ماله أو بما زاد على الثلث، .
254	مسألة 132: قد عرفت أن مذهبنا يقتضي جواز الوصية للوارث، .
255	مسألة 133: قد ذكرنا أن الحق عندنا أن الإجازة تنفيذ وإمضاء لفعل الموصي، .

- مسألة 134: قد يبيّن أنّ الإجازة تنفذ، 255
- مسألة 135: لو أعتق عبداً في مرضه ولا مال له سواء، 256
- مسألة 136: الهبة في مرض الموت من الوارث والوقف عليه وإبرأه عمّا عليه من الدين 257
- مسألة 137: اختلف علماؤنا في أنّ الإجازة والرّد هل يشترط فيهما موت الموصي 258
- مسألة 138: لا يشترط في الإجازة علم الورثة بالقدر الزائد علي الثلث ولا قدر التركة، 261
- مسألة 139: إنّما تعتبر الإجازة من وارث جائز التصرف، 263
- الباب الثاني: في الوصية بالأعيان المعيّنة. 263
- إشارة 263
- البحث الأول: في الأعيان المحرّمة. 263
- مسألة 140: قد يبيّن أنّه يشترط في الوصية بالأعيان أن تكون محلّة يجوز الانتفاع بها، 263
- مسألة 141: لو أوصي بكلب الهراش، 264
- مسألة 142: لو كان له كلب يباح اقتناؤه ولا مال له سواء، 265
- مسألة 143: لو خلف مالا و كلاباً فأوصي بالكلاب لرجل و بثلت ماله لآخر، 267
- مسألة 144: لو أوصي بدفّ من دفوفه، 268
- مسألة 145: لفظة الطبل تستعمل في طبل الحرب، 269
- مسألة 146: إذا أوصي بما يقع اسمه علي المحلّل والمحرّم ولم ينصّ علي أحدهما بل أطلق، 270
- مسألة 147: اسم العود يقع علي الذي يضرب به، 272
- مسألة 148: إذا أوصي له بعود ولا عود له، 273
- مسألة 149: اسم القوس يقع علي العربية، 274
- البحث الثاني: في الوصية بالأعيان المباحة من الحيوان. 277
- إشارة 277
- القسم الأول: الحيوان غير الرقيق. 277
- مسألة 150: تصحّ الوصية بالحيوانات المملوكة، 277
- مسألة 151: البعير والجمال والناقة أسماء تشمل السليم والمعيّب والبخاتي والعراب. 280
- مسألة 152: اسم الثور للذكر من البقر خاصّة، 281

- مسألة 153: لو أوصي بكلب أو حمار، 282
- مسألة 154: الدابة في الوضع اللغوي الحقيقي اسم لكلّ ما يدبّ علي وجه الأرض، 284
- مسألة 155: تجوز الوصية بكلّ حيوان مملوك ينتفع به منفعة مقصودة في نظر الشرع، 286
- القسم الثاني: في الوصية بالريق، 286
- مسألة 156: اسم الرقيق يتناول بالوضع الصغير والكبير والسليم والمعيب والمسلم، 286
- مسألة 157: لو كان له أرقاء فأوصي بواحد منهم فماتوا أو قتلوا قبل موت الموصي، 287
- مسألة 158: لو أوصي برقيق من ماله ولم يضاف، 288
- مسألة 159: إذا قال: أعطوه عبداً، 289
- الباب الثالث: في الوصية بالعتق والحجّ وغيرهما من العبادات، 290
- إشارة، 290
- البحث الأول: في الوصية بالعتق، 290
- مسألة 160: العتق من أفضل العبادات الشرعية، 290
- مسألة 161: إذا قال: أعتقوا عني عبداً، 290
- مسألة 162: إذا قال: أعتقوا عني رقاباً، 291
- مسألة 163: لو قال: أعتقوا عدي بعد موتي، 295
- مسألة 164: إذا قال: إذا متّ فأعتقوا ثلث عدي، 295
- مسألة 165: لو كان له ثلاثة عبيد متساوية القيمة ولا شيء له غيرهم، 296
- مسألة 166: قد يبيّن أنّ الوصية تعتبر من الثلث، 299
- مسألة 167: التبرعات المنجزة - كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة، 306
- مسألة 168: لا يصحّ تعليق العتق بشرط أو وصف أو زمان، 309
- مسألة 169: هل تتقدّم الكتابة علي الهبة وسائر الوصايا؟، 310
- مسألة 170: لو قال لعهده: أنت حرّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر أو سنة، 311
- مسألة 171: لو ملك في مرض موته من يعتق عليه، 315
- مسألة 172: لو اشترى المريض من يعتق عليه، 316
- مسألة 173: لو أعتق جارية بعد الموت وهي حامل، 318

- مسألة 174: لو أوصي بعق مملوكه ولا شيء له سواه وعليه دين، 319
- مسألة 175: لو أعتق في مرض الموت أو بعد موته عبدين ولا شيء له سواههما، 320
- مسألة 176: إذا أوصي بثلاث ماله في الرقاب، 321
- مسألة 177: إذا أوصي بعق رقبة، 324
- مسألة 178: إذا أوصي بعق عبد، 325
- مسألة 179: إذا أوصي بعق وغيره، 326
- مسألة 180: لو قال: يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حرّ، 327
- مسألة 181: لو أوصي أن يشتري عبد زيد بخمسمائة و يعتق، 328
- مسألة 182: لو أوصي بشراء عبد وأطلق، 329
- مسألة 183: لو كان له عبدان اسم كلّ واحد: سعد، 330
- مسألة 184: لو قال: أحد عبيدي حرّ، 330
- مسألة 185: إذا أوصي بعق جاريته علي أن لا تزوّج ثم مات، 332
- مسألة 186: التدبير وصيّة يمضي من الثلث، 334
- مسألة 187: لو أوصي بصرف شيء في العتق، 334
- مسألة 188: ينبغي عتق من ناله منه ضرر وشدّة ليقابل ذلك بالإحسان إليه، 335
- مسألة 189: لو أوصي بعق رقبة، 335
- مسألة 190: قال ابن إدريس: وروي أنّه إذا أوصي بعق نسمة مؤمنة 336
- مسألة 191: روي الشيخ رحمه الله عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن داود بن فرقد 336
- البحث 337
- اشارة 337
- مسألة 192: الحجّ ضربان: نفل وفرض، 337
- مسألة 193: إذا أوصي بحجّ التطوع وغيره، 339
- مسألة 194: لو أوصي بالحجّ الواجب إمّا حجّة الإسلام أو المندورة أو غيرهما، 340
- مسألة 195: إذا مات وعليه حجّ واجب حجّة الإسلام وغيرها 341
- مسألة 196: إذا أوصي أن يحجّ عنه، 344

- مسألة 197: إذا أوصي أن يحج عنه واجبا أو تطوعا، 346
- مسألة 198: من وجب عليه حجة الإسلام و نذر أخرى ثم مات بعد استقرارهما 347
- مسألة 199: إذا أوصي أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث 348
- مسألة 200: لو أوصي بأن يحج عنه تطوعا أو حجة الإسلام من ثلثه 349
- مسألة 201: لو قال: حجوا عني بثلاث مالي حجة، 352
- مسألة 202: لو أوصي أن يحج عنه في كل سنة بعشرين دينارا - مثلا 354
- مسألة 203: لو أوصي أن يحج عنه فلان بعينه، 354
- مسألة 204: روي ابن أشيم عن الباقر عليه السلام في عبد مأذون له في التجارة دفع إليه 355
- مسألة 205: الحج يؤدى عن الميت إن كان فرضا إجماعا وإن لم يوص 355
- البحث الثالث: في الوصية بالصدقة وغيرها. 356
- مسألة 206: إذا أوصي بالصدقة، 356
- مسألة 207: لو أوصي في سبيل الله، 356
- مسألة 208: لو أوصي بالزكاة الواجبة، 357
- مسألة 209: الصلاة الفائتة الواجبة يصح قضاؤها عن الميت، 358
- مسألة 210: إذا أوصي بكفارة وجب إخراجها عنه. 361
- مسألة 211: الدعاء للميت ينفعه إجماعا. 363
- مسألة 212: الصوم عن الميت يحصل به نفع له من غير أن ينقص ثواب الصائم. 365
- البحث الرابع: في الوصية المبهمة. 366
- مسألة 213: إذا أوصي له بسهم من ماله و لم يبين، 366
- مسألة 214: لو أوصي له بجزء من ماله و لم يبين، 369
- مسألة 215: لو أوصي له بشيء من ماله و لم يبين، 371
- مسألة 216: لو أوصي بمال كثير، 372
- مسألة 217: الوصية بالمجهول جائزة علي ما قدّمناه 373
- مسألة 218: لو قال: أعطوه عبدا، 375
- مسألة 219: لو أوصي له بسيف و كان في جفن عليه حلية، 376

- مسألة 220: لو أوصي له بصندوق وفيه مال، 377
- مسألة 221: لو أوصي له بخاتم وفيه فص، 378
- مسألة 222: لو أوصي الإنسان بوصية وجعلها أبواباً مسمّاة، 378
- البحث الخامس: في الوصية بالنصيب. 379
- مسألة 223: إذا أوصي له بنصيب وارث، 379
- مسألة 224: لو أوصي له بمثل نصيب أحد الورثة وعيّه، 380
- مسألة 225: إذا كان له ورثة متعدّدون و أوصي لزيد بمثل نصيب أحدهم، 382
- مسألة 226: لو أوصي له بمثل نصيب بنته و لا وارث له سواها، 384
- مسألة 227: لو أوصي له بمثل نصيب وارث مقدّر لو كان موجوداً، 385
- مسألة 228: لو كان له ابنان و أوصي لزيد بمثل نصيب ابن رابع، 386
- مسألة 229: لو كان له ابنان و أوصي لزيد بمثل نصيب أحدهما، 388
- مسألة 230: لو أوصي له بمثل نصيب من لا نصيب له، 389
- مسألة 231: لو أوصي لواحد بثلث ماله، 390
- مسألة 232: لو خلف ثلاثة بنين و أوصي لثلاثة بمثل أنصبتهم، 390
- البحث السادس: في الوصية بالضعف والجزء والنصيب. 391
- مسألة 233: لو أوصي له بضعف نصيب .. 391
- مسألة 234: لو أوصي له بضعفي نصيب ابنه، 392
- مسألة 235: إذا أوصي له بحظّ أو نصيب أو قسط أو بعض أو قليل أو وافر، 394
- مسألة 236: لو قال: أعطوه ثلث مالي إلّا شيئاً، 396
- مسألة 237: لو قال: أعطوه من واحد إلي عشرة، 396
- مسألة 238: إذا أوصي بجزء من ماله معيّن و له ورثة، 397
- مسألة 239: لو أوصي بأكثر من الثلث، 399
- مسألة 240: لو استغرقت الوصايا المال بأسره، 401
- مسألة 241: لو أوصي لإنسان بعبد قيمته مائة و لآخر بجارية .. 403
- مسألة 242: لو أوصي لرجل بجزء مقدّر و لآخر بمثل نصيب وارث، 403

- مسألة 243: لو خلف ستمائة و أوصي لرجل بمائة و لآخر بتمام 405
- مسألة 244: لو وصّي لرجل بثلث ماله و لآخر بمائة و لثالث بتمام الثلث 406
- مسألة 245: لو أوصي بأجزاء من المال، 407
- مسألة 246: لو خلف ابنين و أوصي لرجل بماله كلّهُ و لآخر بنصفه و قصد التشريك، 408
- مسألة 247: لو أوصي لزيد بعبدٍ و لعمرٍ بما بقي 409
- مسألة 248: لو أوصي لرجل بمعيّن من ماله كعبد، 413
- مسألة 249: لو أوصي بجارية لزيد ثمّ أوصي لبكر بها، 417
- مسألة 250: لو أوصي له بشيء فتلف قبل موت الموصي، 418
- مسألة 251: لو أوصي له بمعيّن فاستحقّ بعضه أو تلف، 418
- مسألة 252: قد يبيّن أنّه لا يجوز نقل الصدقة عن بلدها مع وجود المستحقّ، 419
- الباب الرابع: في مسائل متبدّدة من هذا المطلب. 420
- مسألة 253: لو أوصي بفرس في سبيل الله و بألف درهم ينفق عليه فمات الفرس، 420
- مسألة 254: لو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض، 420
- مسألة 255: لو قبل المريض الوصيّة له بابنه و قيمته مائة و خلف مائتين و ابناً آخر، 425
- مسألة 256: لو اشترى أباه بألف و لا شيء له سواه، 427
- المطلب الثاني: في الوصيّة بالمنافع. 429
- مسألة 257: تصحّ الوصيّة بالمنافع، 429
- مسألة 258: الوصيّة بالمنافع تملك للمنافع بعد الموت، 431
- مسألة 259: قد يبيّن أنّ الوصايا بأسرها إنّما تخرج من ثلث المال، 432
- مسألة 260: المنفعة الموصي بها إن كانت مؤبّدة، 433
- مسألة 261: لو أوصي لرجل بدينار كلّ شهر من غلّة داره أو كسب عبده، 437
- مسألة 262: لو أوصي لإنسان بدينار كلّ سنة، 438
- مسألة 263: لو أوصي بخدمة عبده أو بمنافع دابّته، 439
- مسألة 264: فطرة هذا العبد تتبع النفقة، 442
- مسألة 265: العبد الموصي بمنفعته مدّة معيّنة أو علي التأييد يجوز للوارث إعتاقه؛ 442

444	مسألة 266: العبد الموصي بمنفعته إن كانت المنفعة معينة بمدة مضبوطة، ..
445	مسألة 267: لو أوصي بربقته لإنسان و بمنفعته لآخر، ..
445	مسألة 268: لو أوصي له بمنفعة العبد مؤبداً، ..
446	مسألة 269: لو أوصي له بمنافع أمته، ..
448	مسألة 270: إذا أوصي بمنفعة العبد، ..
449	مسألة 271: ليس للموصي له بمنفعة الأمة تزويجها، ..
449	مسألة 272: لو أوصي له بمنفعة العبد أو الأمة أو الدابة، ..
450	مسألة 273: لو جني علي العبد الموصي بمنفعته بأن قتل، ..
452	مسألة 274: لو جني هذا العبد الموصي بخدمته بما يوجب القصاص و اقتص منه، ..
453	مسألة 275: لو أوصي له بشمرة نخلة فتنازع الورثة و الموصي له في السقي، ..
453	مسألة 276: يجوز للموصي له بالمنفعة أن يؤجر العين مدة، ..
454	مسألة 277: لو أوصي بلبن شاة أو صوفها، ..
457	فهرس الموضوعات ..
501	تعريف مركز ..

سرشناسه : علامه حلي حسن بن يوسف ق 726 - 648

عنوان و نام پديدآور : تذکره الفقهاء/ تاليف العلامة الحلي الحسن بن يوسف بن المطهر؛ تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحيات التراث مشخصات نشر : قم مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحيات التراث 1400 ق = 1300.

مشخصات ظاهري : ج 22

فروست : (مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحيات التراث 127؛ 129؛ 130134)

شابك : 964-33-5503-7 (دوره ؛ 964-44-5503-2 2900 ريال (ج 4) ؛ 964-46-5503-9 (ج 6) ؛ 964-319-007-2 (ج 7) ؛ 964-319-224-5 8000 ريال (ج 11)

يادداشت : عربي يادداشت : فهرست نويسي براساس جلد چهارم 1414 ق = 1372

يادداشت : ج 1 (چاپ اول 1420 ق = 1378)؛ 8000 ريال ج 1: ISBN 964-319-197-4

يادداشت : ج 8 (چاپ اول 1417 ق = 1376)؛ 6500 ريال ج 8: ISBN 964-319-051-x

يادداشت : ج 9 (چاپ اول 1419 ق = 1377) 8000 ريال: (ج 9) ISBN 964-319-008-0

يادداشت : ج 13 (چاپ اول 1423 ق = 1381) 9500 ريال: ISBN 964-319-389-6

يادداشت : کتابنامه مندرجات : (ج 7) ISBN 964-319-007-2 (ج 12) 1422 ق = 8500: 1380 ريال موضوع : فقه جعفري -- قرن ق 8

شناسه افزوده : مؤسسه آل البيت عليهم السلام لحيات التراث رده بندي کنگره : BP182/3/ع 8ت 4 1300 ي

رده بندي ديويي : 297/342

شماره کتابشناسي ملي : م 73-2721

ص: 1

كتاب الوصايا وفيه مقدّمة و مقاصد:

أما المقدمة ففي ماهيتها و تسويتها.

الوصيّة تمليك عين أو منفعة بعد الموت تبرّعا.

وهي مشتقة من قولهم: وصي إليه بكذا يصيه صيته إذا وصل به، و أرض واصمة، أي: متصلة النبات، فسمي هذا التصرف وصيّة؛ لما فيه من وصلة القرابة الواقعة بعد الموت بالقربات المنجزة في الحياة، فكأنه وصل تصرفه في حياته بتصرفه بعد مماته، يقال: أوصيت لفلان بكذا و وصّيت، و أوصي إليه: إذا جعله وصيه(1).

وهي جائزة بالنص والإجماع.

قال الله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (2).

وقال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (3).

وقال تعالى: إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ (4).

وما رواه العامة عن سعد بن [أبي وقاص] (5) قال: جاءني

ص: 5

1- في «ل»: «وصيًا».

2- سورة البقرة: 180.

3- سورة النساء: 11.

4- سورة المائدة: 106.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «معاذ». و المثبت كما في المصادر.

رسول الله صَلَّى الله عليه و اله يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدَّ بي، فقلت:

يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما تري و أنا ذو مال و لا يرثني إلاَّ بنَّة أفأُتصدَّق بثلثي مالي ؟ قال: «لا» قلت: فالشطر يا رسول الله ؟ قال: «لا» قلت: فالثلث ؟ قال: «الثلث، و الثلث كثير، إنَّك إن تذر وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»(1).

و عن علي عليه السلام قال: «إنَّكم تقرؤون هذه الآية مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ و إنَّ النبيَّ صَلَّى الله عليه و اله قضى أنَّ الدَّين قبل الوصية»(2).

و قال رسول الله صَلَّى الله عليه و اله: «ما حقَّ امرئ [مسلم] له شيء [يوصي فيه] يبيت ليلتين إلاَّ و وصيته مكتوبة عنده»(3).

و قدم رسول الله صَلَّى الله عليه و اله المدينة فسأل عن البراء بن معرور، ف قيل: إنَّه هلك و أوصي لك بثلث ماله، فقبل ثم ردَّ علي وراثته(4).

و قال عليه السلام: «إنَّ الله أعطاكم ثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في 6.

ص: 6

-
- 1- صحيح البخاري 103:2، و 3:4، صحيح مسلم 1250:3-1251/1628، سنن أبي داود 112:3/2864، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 4:430/2116، سنن النسائي (المجتبي) 6:241-242، سنن ابن ماجه 2:903-904/2708، سنن الدارمي 2:407، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:268، مسند أحمد 1:291 - 292/1549، الموطأ 2:763/4، المغني و الشرح الكبير 6:444.
 - 2- سنن ابن ماجه 2:906/2715، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:232، المغني 6:444، الشرح الكبير 6:445.
 - 3- الموطأ 2:761/1، مسند أحمد 2:200/5487، صحيح البخاري 4:2، صحيح مسلم 3:1249/1627، سنن أبي داود 3:112/2862، سنن النسائي (المجتبي) 6:239، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:272، و ما بين المعقوفين أثبتناه منها.
 - 4- المستدرک - للحاكم - 1:353، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:276.

و من طريق الخاصة: ما رواه حمّاد بن عثمان - في الصحيح - قال:

قال الصادق عليه السلام: «ما من مَيّت تحضره الوفاة إلّا ردّ الله عليه من بصره و سماعه و عقله للوصيّة أخذ الوصيّة أو ترك، و هي الراحة التي يقال لها:

راحة الموت، فهي حقّ علي كلّ مسلم»(2).

و في الصحيح عن محمّد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام، قال: «الوصيّة حقّ علي كلّ مسلم»(3).

و عن عليّ عليه السلام قال: «الوصيّة تمام ما نقص من الزكاة»(4).

و قال الصادق عليه السلام: «مرض عليّ بن الحسين عليهما السلام ثلاث مرضات في كلّ مرضة يوصي بوصيّة، فإذا أفاق أمضي وصيّته»(5).

و قد أجمع العلماء كافّة في جميع الأمصار و الأعصار علي صحّة الوصيّة و جوازها.

إذا عرفت هذا، فعندنا أنّ الوصيّة واجبة لمن عليه حقّ؛ للآيات السابقة(6).

و لما رواه الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام قال: «من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممّن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية»(7).9.

ص: 7

1- الحاوي الكبير 320:8، العزيز شرح الوجيز 4:7.

2- الفقيه 460/133:4.

3- التهذيب 701/172:9.

4- الفقيه 464/134:4، التهذيب 706/173:9 و 707.

5- الكافي 14/56:7، الفقيه 601/172:4، التهذيب 955/246:9.

6- في ص 5.

7- الفقيه 466/134:4، التهذيب 708/174:9.

وقال رسول الله صَلَّى الله عليه و اله: «من لم يحسن وصيته عند الموت كان نقصا في مروءته وعقله»(1).

وعن أبي حمزة عن أحدهما عليهما السلام، قال: «إنَّ الله تعالى يقول: ابن آدم! تطوَّلت عليك بثلاثة: سترت عليك ما لو علم به أهلك ما واروك، وأوسعت عليك واستقرضت منك لك فلم تقدِّم خيرا، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدِّم خيرا»(2).

والأخبار في ذلك أكثر من أن تحصى.

ولأنَّ دَمته مشغولة بالحقِّ الذي عليه، فإذا لم يوص فقد فرط في أداء الحقِّ الواجب عليه، فكان مأثوما.

ولا فرق بين أن يكون الحقُّ الذي وجب عليه لله تعالى، كالزكاة والخمس والحجِّ، أو دين لآدمي.

وهل تجب علي من ليس عليه حقٌّ؟ الأقرب: العدم؛ لأصالة براءة الذمَّة.

وقيل بالوجوب مطلقا(3).

والأفضل تعجيل الصدقة في الحياة؛ لقوله عليه السلام: «أفضل الصدقة أن تتصدَّق وأنَّت صحيح صحيح تأمل الغني وتخشي الفقر، ولا تمهل حتي إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا و لفلان كذا»(4).2.

ص: 8

1- الكافي 1/2:7، الفقيه 4/482، التهذيب 9/711/174.

2- التهذيب 9/712/175.

3- الاستذكار 33211/7:23، التمهيد 14:292، المحلِّي 9:312، الجامع لأحكام القرآن 2:259، ذيل تفسير الآية 180 من سورة البقرة، المغني 6:445، الشرح الكبير 6:445-446.

4- صحيح البخاري 2:137، صحيح مسلم 2:1032/716.

وإذا أراد الوصيّة، فالأفضل تقديم من لا يرث من أقاربه، ويقدم منهم المحارم ثم غير المحارم ثم يقدم بالرضاع.

ص: 9

المقصد الأول: في أركان الوصية و فيه فصول:

الفصل الأول: في الصيغة و فيه مباحث:

البحث الأول: الإيجاب.

إشارة

لا بدّ من الإيجاب في الوصية، و لفظه الصريح: أوصيت له بكذا، أو أعطوا فلانا بعد موتي كذا، أو ادفعوا إليه بعد موتي، أو جعلت له بعد موتي أو لفلان بعد موتي كذا، و كذا كلّ لفظ دلّ علي ذلك القصد، مثل: ملكته بعد موتي، أو وهبته بعد موتي.

ولو اقتصر علي قوله: وهبت منه، و نوي الوصية، فالأقرب: أنّه يكون وصية؛ لأنّه أبلغ في التملك من قوله: أوصيت.

و أظهر وجهي الشافعية: أنّه لا يكون وصية؛ لأنّه أمكن تنفيذه في موضوعه، و هو التملك الناجز(1).

و لو قال: هو له، فهو إقرار يؤاخذ به، و لا يجعل كناية عن الوصية؛ لأنّه لا يصلح إقرارا.

ص: 11

1- الوسيط 4:429، العزيز شرح الوجيز 7:61، روضة الطالبين 5:133-134.

و يحتمل أن يرجع إلي نيّته، فإذا قال: نويت أنّه له بعد الموت، كان وصيّة؛ لاحتمال اللفظ له، وهو أعرف بنيّته وقصده، فيرجع إليه فيه.

ولو قال: عيّنته له، فهو كناية؛ لأنّه يحتمل التعيين للتمليك بالوصيّة والتعيين للإعارة والإخدام في الحال، فلا ينصرف إلي الوصيّة إلاّ بالتعيين، فإن عيّن صحّت بالكناية مع النيّة.

و للشافعيّة و جهان، أحدهما: تنفذ(1).

و تتعيّن الوصيّة بالكنايات جزماً؛ لأنّ الوصيّة في نفسها تقبل التعليق بالأغرار، فأشبهت ما يقبل التعليق بالأغرار، كالكتابة، و الخلع [فإنّه] ينعقد بالكناية مع النيّة، فالوصيّة أولي؛ لأنّها إذا قبلت التعليق بالأغرار فبأن تقبل الكنايات أولي، و لأنّ الوصيّة لا تفتقر إلي القبول في الحال، فيشبه ما يستقلّ به الإنسان من التصرفات.

مسألة 1: لا تنعقد الوصيّة إلاّ باللفظ مع القدرة عليه،

فلو كتب بخطّه: إنّي قد أوصيت لفلان بكذا، لم ينفذ إذا كان الشخص ناطقاً - قاله بعض الشافعيّة(2) - كما لو قيل له: أوصيت لفلان بكذا؟ فأشار أن نعم.

و يحتمل القبول مع قيام الإشارة مع الكتابة مقام التصريح باللفظ في العلم بما دلّ اللفظ عليه من الوصيّة، و لأنّ الكتابة بمثابة كنايات الألفاظ، و قد بيّنا جواز الوصيّة بالكناية التي ليست صريحة في دلالتها عليها مع القرينة، فإذا كتب وقال: نويت الوصيّة لفلان، أو اعترف الورثة بعد موته به، وجب أن تصحّ.

أمّا لو اعتقل لسانه و لم يتمكّن من النطق فكتب الوصيّة أو أشار بما

ص: 12

1- الوجيز 273:1، العزيز شرح الوجيز 62:7، روضة الطالبين 134:5.

2- العزيز شرح الوجيز 62:7، روضة الطالبين 134:5.

يدلّ علي الرضا بها، أو قيل له: أوصيت بكذا؟ فيشير برأسه: نعم، أو يقرأ عليه كتاب الوصية فأشار بها، فإنّها تصحّ - وبه قال الشافعي (1) - لما رواه العامة: أنّ أمانة بنت أبي العاص أصمّت، فقبل لها: فلان كذا ولفلان كذا، فأشارت أن نعم، فجعل ذلك وصية (2).

و من طريق الخاصّة: ما رواه الحلبي - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام أنّ أباه حدّثه: «أنّ أمانة بنت أبي العاص ابن الربيع، وأمّها زينب بنت رسول الله صلّي الله عليه و اله تزوّجها عليّ عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام، فخلف عليها بعد عليّ عليه السلام المغيرة بن نوفل، و أنّها توجّعت وجعا شديدا حتي اعتقل لسانها، فأتاها الحسن و الحسين عليهما السلام و هي لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان - و المغيرة كاره [لما] يقولان -: أعتقت فلانا و أهله؟ فتشير برأسها: نعم، أم: لا» قلت: فأجازا ذلك، قال: «نعم» (3).

و عن سدير عن الباقر عليه السلام قال: «دخلت علي محمّد بن الحنفية و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصية، فلم يجب» قال: «فأمرت بالطشت فجعل فيه الرمل فقلت له: فخطّ بيدك» قال: «فخطّ وصيته بيده إلي رجل و نسخت أنا في صحيفة» (4).

و لآئه غير قادر علي النطق فصحّت وصيته بالإشارة، كالأخرس.

و قال أبو حنيفة و أحمد: لا تصحّ الوصية إلّا أن يكون مأبوسا منر.

ص: 13

1- العزيز شرح الوجيز 63:7، روضة الطالبين 135:5، المغني 561:6، الشرح الكبير 451:6.

2- مختصر المزني: 208، التهذيب - للبغوي - 191:6، البيان 402:10، العزيز شرح الوجيز 63:7، المغني 13-12:9، الشرح الكبير 11:9.

3- التهذيب 936/258:8، و ما بين المعقوفين أثبتناه منه.

4- التهذيب 934/241:9، و في الفقيه 505/146:4 بتفاوت يسير.

نطقه؛ لأنّه لو لم يؤيس من نطقه فلا تقوم إشارته مقام نطقه، كالساكت(1).

والفرق: أنّ الساكت قادر علي الكلام.

مسألة 2: إذا وجدت وصية بخط الميت و لم يكن أشهد عليها و لا أقرّ بها،

لم يجب علي الورثة العمل بها، بل لهم ردّها وإبطالها، سواء عملوا بشيء منها أو لا.

وقال الشيخ رحمه الله: يتخيّر الورثة بين العمل بها وبين ردّها وإبطالها، فإن عملوا بشيء منها لزمهم العمل بجميعها(2)؛ لما رواه إبراهيم بن محمّد الهمداني قال: كتبت إلي أبي الحسن عليه السّلام: رجل كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب علي الورثة القيام بما في ذلك الكتاب بخطّه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب: «إن كان ولده ينفذون (شيئا منه وجب عليهم أن ينفذوا)(3) كلّ شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البرّ وغيره»(4).

وتحمل هذه الرواية علي أنّهم اعترفوا بصحّة هذا الخطّ، فحينئذ يجب العمل بالجميع.

واختلفت الشافعية:

فقال أكثرهم: لا تنفذ بذلك وصيّته(5).

وقال بعضهم: إذا وجد له كتاب وصيّة بعد موته و لم تقم بينة علي

ص: 14

1- الهداية - للمرغيناني - 4: 269، المغني 6: 560-561، الشرح الكبير 6: 450-451.

2- النهاية: 621-622.

3- ما بين القوسين لم يرد في المصدر.

4- الفقيه 4: 146-147/507، التهذيب 9: 242/936.

5- العزيز شرح الوجيز 7: 62، روضة الطالبين 5: 134.

مضمونه، وجب العمل به(1).

وقال أحمد: من كتب وصية ولم يشهد فيها وعرف خطه وكان مشهورا بالخط حكم بها ما لم يعلم رجوعه عنها؛ لقول النبي صلى الله عليه وآله: «ما حقّ امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلاّ ووصيته مكتوبة عنده»(2) في «ر، ل»: «يصحّ». (3) ولم يذكر شهادته، ولأنّ الوصية يتسامح فيها، ولهذا صحّ (3) تعليقها علي الخطر والغرر، وصحّت الوصية للحمل وبه وبما لا يقدر علي تسليمه و بالمعدوم والمجهول، فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخطّ، كرواية الحديث(4).

ولا دلالة فيه؛ فإنّ المراد كتابة وصية تقيد العمل بها، وذلك إنّما يتمّ بالإشهاد فيها، والتسامح فيها بما ذكر لا يوجب ثبوتها بغير بينة، ولهذا نصّ الله تعالى علي وجوب الإشهاد بقوله: إِنْ تَنَادَّ عَدْلٌ مِنْكُمْ (5).

مسألة 3: لو كتب وصية وقال للشهود: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة،

ولم يطلعهم علي ما فيها، أو أشهد جماعة أنّ الكتاب خطّي وما فيه وصيتي، ولم يطلعهم علي ما فيه، فأكثر الشافعية علي أنّه لا تنفذ الوصية بذلك، ولا يعمل بما فيه حتي تشهد به الشهود مفصلاً(6).

وقال بعضهم: يكفي الإشهاد عليه مبهما(7).

وبعضهم اكتفي بالكتاب من غير إشهاد(8).

ص: 15

1- العزيز شرح الوجيز 62:7-63، روضة الطالبين 5:134.

2- تقدّم تخريجه في ص 6، الهامش

3- .

4- المغني 6:521 و 522، الشرح الكبير 6:452.

5- سورة المائدة: 106.

6- العزيز شرح الوجيز 62:7، روضة الطالبين 5:134.

7- العزيز شرح الوجيز 62:7، روضة الطالبين 5:134.

8- العزيز شرح الوجيز 62:7-63، روضة الطالبين 5:134.

و الوجه: الأوّل.

و حكى عن أحمد: أنّ الرجل إذا كتب وصيّة و ختم عليها و قال للشهود: اشهدوا عليّ بما في هذا الكتاب لا يجوز حتي يسمعوا منه ما فيه، أو يقرأ عليه فيقرّ بما فيه، و بعض أصحابه قبله - و العجب من أحمد أنّه قبل الخطّ المجرد عن الختم و الإشهاد(1)، فمعهما أولي بالقبول - و ممّن قبل ذلك مكحول و مالك و الليث و الأوزاعي و محمّد بن مسلمة و أبو عبيد و إسحاق؛ لأنّ النبيّ صلّي الله عليه و اله كان يكتب إلي عمّاله و أمرائه في أمر ولايته و أحكامه و سننه، ثمّ [ما] عمل به الخلفاء بعده من كتبهم إلي ولاتهم بالأحكام التي فيها الدماء و الفروج و الأموال يبعثون بها مختومة، و لا يعلم حاملها ما فيها، و أمضوها علي وجوها(2).

و الوجه: الأوّل؛ لأنّه كتاب لا يعلم الشاهد ما فيه، فلم يجر أن يشهد عليه، مثل كتاب القاضي، و تلك المراسلات اعتمد فيها البناء علي العادة و غلبة الظنّ بأمر الكاتب بما فيها مع معرفة الخطّ و قلة الخطر فيها.

تذنب: إذا ثبتت الوصيّة إمّا بالإشهاد أو بالإقرار، فإنّ حكمها يثبت و يعمل بها ما لم يعلم رجوعه عنها و إن طالّت مدّته و تغيّرت أحوال الموصي، مثل أن يوصي في مرضه فيبرأ منه ثمّ يموت بعد؛ لأنّ الأصل بقاءه، فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال و الشكّ، كسائر الأحكام.

مسألة 4: و يستحبّ أن يكتب الموصي وصيّته و يشهد عليها؛

لأنّه أحفظ لها و أحوط لما فيها.

ص: 16

1- راجع: الهامش (4) من ص 15.

2- المغني 522:6-523، الشرح الكبير 453:6، و ما بين المعقوفين أثبتناه منهما.

وقد روي عنهم عليهم السّلام: «ما ينبغي لمسلم أن يبيت ليلة إلاّ وصيّته تحت رأسه»⁽¹⁾.

وينبغي تصديرها بالعهد الذي رواه الصادق عليه السّلام عن رسول الله صلّي الله عليه و اله، قال: «قال رسول الله صلّي الله عليه و اله: من لم يحسن وصيّته عند الموت كان نقصا في مروءته وعقله، قيل: يا رسول الله وكيف يوصي الميّت؟ قال: إذا حضرته وفاته واجتمع الناس إليه، قال: اللهم فاطر السموات والأرض عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، إني أعهد إليك في دار الدنيا أنني أشهد أن لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك، وأنّ محمّدا عبدك ورسولك، وأنّ الجنّة حقّ والنار حقّ، وأنّ البعث حقّ والحساب حقّ والقدّر والميزان حقّ، وأنّ القرآن كما أنزلت، وأنّك أنت الله الحقّ المبين، جزى الله محمّدا (صلّي الله عليه و اله) خير الجزاء، وحيّ الله محمّدا وآل محمّدا بالسلام، اللهم يا عدّتي عند كربتي ويا صاحبي عند شدّتي ويا وليّ نعمتي، إلهي وإله آبائي لا تكلني إلى نفسي طرفة عين أبدا فإناك إن تكلني إلى نفسي أقرب من الشرّ وأبعد من الخير، وأنس في القبر وحشتي، واجعل لي عهدا يوم ألقاك منشورا، ثمّ يوصي بحاجته، و تصديق هذه الوصيّة في القرآن في السورة التي تذكر فيها مريم في قوله عزّ وجلّ: لا يَمْلِكُونَ الشَّفَاعَةَ إِلَّا مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمَنِ عَهْدًا⁽²⁾ فهذا عهد الميّت، والوصيّة حقّ علي كلّ مسلم أن يحفظ هذه الوصيّة ويعلمها، وقال أمير المؤمنين عليه السّلام: علّميها رسول الله صلّي الله عليه و اله، وقال رسول الله صلّي الله عليه و اله: علّميها جبرئيل»⁽³⁾.5.

ص: 17

1- المقنعة: 666.

2- سورة مريم: 78.

3- الكافي 7: 2-1/3، الفقيه 4: 138-139/482، التهذيب 9: 174-175/711.

مسألة 5: قال ابن الجنيّد: لو وصّي رجل بغير خطّه و لم يشهد إليّ أن يحضره الموت

فقال لجماعة من الشهود بحضرته: قد كتبت وصيّتي و تركتها عند زيد فاشهدوا عليّ بما فيها، ثمّ مات، كانت شهادتهم كلّهم كشهادتهم عليّ شهادة زيد عليّ الموصي.

فإن قال: قد جعلتها عليّ نسختين عند زيد واحدة و عند عبد الله أخرى فاشهدوا عليّ بما فيهما، فأحضر زيد و عبد الله النسختين، قامت شهادة الشهود عليه مقام شهادتهم عليّ شاهدين غير الآخرين.

و لو كانت ممّا كتبها بخطّه و لم يسترب به، جاز للشاهدين أن يشهدا عليه بما فيها إذا أمرهما بذلك.

و لو لم يشهد فيها ثمّ ذكر حالها و أخرجها المعدّلة عنده بعد موته، أنفذت.

و لو لم يقرأ الوصيّة عليّ الشهود و طواها ثمّ قال: اشهدوا عليّ بما تضمّننته، فكتبوا، جازت الشهادة، و لو طبع عليها و قال لهم: اشهدوا عليّ بما فيها، فطبعوا مع طابعه، جاز لهم أن يشهدوا عليه بما فيها.

و في هذه الأحكام كلّها نظر، و الوجه: المنع من الجميع؛ لما سبق (1) من أنّه لا يجوز للشاهد أن يشهد بمجرّد معرفة خطّه.

البحث الثاني: في القبول.

مسألة 6: الموصي له إن كان معيّناً،

كولده و زوجته و أجنبيّ معيّّن، اشترط القبول، فلا يملك الموصي له الوصيّة إلّا بالقبول؛ لأنّ الوصيّة عقد،

ص: 18

فلا يتحقّق إلاّ بين اثنين عن تراض منهما، والرضا من الأمور الباطنة، فلا بدّ من لفظ يدلّ عليه، ولأنّ الوصيّة تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعيّن، فاعتبر قبوله، كالهبة.

و للشافعيّة خلاف (1) يأتي.

وإن كانت لغير معيّن، كالفقراء والمساكين و من لا يمكن حصرهم، كبنّي هاشم و بنّي تميم، أو عليّ مصلحة، كمسجد أو قنطرة أو حجّ، لم تقتصر إليّ القبول، ولزمت بالموت ما لم يكن قد رجع عنها؛ لأنّ اعتبار القبول من جميعهم متعذّر، فسقط اعتباره، كما لو وقف عليهم، و لا يتعيّن واحد منهم، فيكفي قبوله، ولأنّ الملك لا يثبت للموصي لهم، وإنّما يثبت لكلّ واحد منهم بالقبض، فيقوم قبضه مقام قبوله.

أمّا الآدمي المعيّن فيثبت له الملك، فيعتبر قبوله، و لا يشترط القبول لفظاً، بل يكفي من الأفعال ما يدلّ عليه، كالأخذ و الفعل الدالّ عليّ الرضا، كما في الهبة.

و يجوز القبول عليّ الفور، أي: قبل الموت عليّ خلاف، و عليّ التراخي، أي: حين موت الموصي إجماعاً.

مسألة 7: اختلف علماؤنا،

فبعضهم (2) اشترط وقوع القبول بعد موت الموصي، و لا يصحّ قبول الوصيّة و لا ردّها في حياة الموصي، و له الردّ و إن قبل في الحياة، و بالعكس - و هو المشهور عند الشافعيّة (3) - لأنّه

ص: 19

1- العزيز شرح الوجيز 63:7، روضة الطالبين 135:5.

2- السيّد ابن زهرة في الغنية: 306.

3- المهذّب - للشيرازي - 459:1، نهاية المطلب 204:11، الوسيط 429:4، حلية العلماء 75:6، التهذيب - للبغوي - 92:5، البيان 149:8، العزيز شرح الوجيز 63:7، روضة الطالبين 135:5.

لا حقّ له قبل الموت، لأنّ الوصيّة تحقيق ملك الموصي له بعد الموت، وقبل الموت باق علي ملك الموصي.

وقال أبو حنيفة: إذا قبل في الحياة لم يكن له الردّ بعد الموت، وإذا ردّ في الحياة كان له القبول بعد الموت(1).

وقال بعض علمائنا: لو قبل قبل الوفاة جاز، وبعد الوفاة أكد(2).

فعلي هذا إذا مات الموصي بعد قبول الموصي له في حياته، لم يحتج إلي تجديد قبول آخر، وكفي الأول في تماميّة الملك واستقراره، ولو مات [الموصي له] قبل موت الموصي بعد قبوله، لم يحتج الوارث إلي قبول بعد موت الموصي.

إذا عرفت هذا، فإنّه لا يشترط الفور في القبول بعد الموت؛ لأنّ الفور إنّما يشترط في العقود الناجزة التي يعتبر فيها ارتباط القبول بالإيجاب.

مسألة 8: لو مات الموصي له قبل موت الموصي و قبل القبول،

فالمشهور بين علمائنا: أنّ الموصي إذا مات بعد ذلك قبل رجوعه عن الوصيّة فإنّ الوصيّة تنتقل إلي ورثة الموصي له، وينتقل القبول إليهم - وبه قال الحسن البصري(3) - لأنّه مات بعد عقد الوصيّة، فيقوم الوارث مقامه، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول.

ولما رواه محمّد بن قيس عن الباقر عليه السّلام قال: «قضي أمير المؤمنين عليه السّلام

ص: 20

1- العزيز شرح الوجيز 63:7.

2- المحقّق الحلّي في شرائع الإسلام 243:2.

3- الحاوي الكبير 8:257، حلية العلماء 6:77، المغني 6:466، الشرح الكبير 6:474.

في رجل أوصي لآخر و الموصي له غائب فتوفي الذي أوصي له قبل الموصي، قال: الوصية لوارث الذي أوصي له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»⁽¹⁾.

ولأنّ القبول حقّ للموروث⁽²⁾، فيثبت للوارث بعد موته، كخيار الردّ بالعيب.

قال المفيد رحمه الله: إذا أوصي الإنسان لغيره بشيء من ماله فمات الموصي له قبل الموصي، كان ما أوصي به راجعاً علي ورثته، فإن لم يكن له ورثة رجع إلي مال الموصي، إلي أن قال: ولصاحب الوصية إذا مات الموصي له قبله أن يرجع فيما أوصي له به، فإن لم يرجع كان ميراثاً لمخلفي الموصي له⁽³⁾.

ورواه ابن بابويه في كتابه⁽⁴⁾، وهو مذهب اشتهر بين الأصحاب.

وقال ابن الجنيد: لو كانت الوصية لأقوام بعينهم المذكورين يشار إليهم، كالذي يقول: لولد فلان هؤلاء، فإن ولد لفلان غيرهم، لم يدخل في الوصية، وإن مات أحدهم قبل موت الموصي بطل سهمه.

وهو يعطي بطلان الوصية إذا مات الموصي له قبل الموصي، ولا بأس به - وهو قول أكثر العامة، وروي⁽⁵⁾ عن علي عليه السلام، وبه قال الزهري وحماد ابن أبي سليمان وربيعة و مالك و الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي⁽⁶⁾ - لأنها -

ص: 21

1- الكافي 1/13:7، التهذيب 9:230-231/903، الاستبصار 4:137-138/515.

2- في الطبعة الحجرية: «للمورث».

3- المقنعة: 677.

4- الفقيه 4:541/156.

5- في «ر، ص»: «ورواه».

6- المغني 6:465-466، الشرح الكبير 6:473-474، الحاوي الكبير 8:-

عطية صادفت المعطي ميتا فلم تصح، كما لو وهب ميتا، وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت، فإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا.

ولما رواه أبو بصير و محمد بن مسلم - في الصحيح - جميعا عن الصادق عليه السلام، قال: سئل عن رجل أوصي لرجل فمات الموصي له قبل الموصي، قال: «ليس بشيء»⁽¹⁾.

وفي الموثق عن منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصي لرجل بوصية إن حدث به حدث، فمات الموصي له قبل الموصي، قال: «ليس بشيء»⁽²⁾.

قال الشيخ رحمه الله: الوجه في هذين الخبرين أحد شيئين:

أحدهما: أن يكون قوله: «ليس بشيء» يعني ليس بشيء ينقض الوصية، بل ينبغي أن تكون علي حالها في الثبوت لورثته.

و الثاني: أن يكون المراد بذلك بطلان الوصية إذا كان غيرها الموصي في حالة حياته؛ لقول علي عليه السلام في الخبر الذي رواه محمد بن قيس أولا:

«إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»⁽³⁾⁽⁴⁾.

مسألة 9: إذا رد الموصي له الوصية،

فإن كان قبل موت الموصي فقد قلنا: إنه لا اعتبار بالرد، لكن لو مات الموصي له قبل موت الموصي و بعد رده و قلنا: إن القبول ينتقل إلي الوارث، ففي انتقاله هنا نظر، أقرب:

ص: 22

1- التهذيب 9:231/906، الاستبصار 4:138/518.

2- التهذيب 9:231/907، الاستبصار 4:138/519.

3- راجع: الهامش (1) من ص 21.

4- الاستبصار 4:138-139، ذيل ح 519.

الانتقال، وإن كان بعد موت الموصي، فأقسامه أربعة:

الأول: أن يردّ الوصيّة قبل القبول، فتبطل الوصيّة، ويستقرّ الملك للورثة، ولا نعلم فيه خلافاً؛ لأنّه أسقط حقّه في حال يملك قبوله وأخذه، فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع، وإبراء المديون بعد الاستدانة، بخلاف ما لو ردّ قبل القبول في حياة الموصي؛ لأنّ الوصيّة هناك لم تقع بعد، فأشبهه ردّ المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنّ ذلك الوقت ليس محلاً للقبول، فلا يكون محلاً للردّ.

هذا إذا كان الموصي به عين مال أو منفعة و العين للورثة، أمّا لو أوصي بالعين لواحد وبالمنفعة لآخر فردّ الموصي له بالمنافع، فهي للورثة، وهو أظهر وجهي الشافعيّة، والثاني: أنّها للموصي له بالعين(1).

ولو أوصي بخدمة عبد لإنسان سنة، وقال: هو حرّ بعد سنة، فردّ الموصي له، لم يعتق قبل السنة، وبه قال الشافعي(2).

وقال مالك: يعتق قبل السنة(3).

الثاني: أن يقع بعد القبول وقبض الموصي له، فلا يصحّ الردّ إجماعاً؛ لأنّ ملكه قد استقرّ ولزم، فلا يخرج عنه، إلّا بعقد ناقل، وليس الردّ منه، فأشبهه ردّه لسائر ملكه، إلّا أن ترضي الورثة بذلك، فيكون هبة منه لهم، ويشترط جميع شرائط الهبة من العقد والقبض.

الثالث: أن يقع الردّ بعد القبول وقبل القبض.

قال الشيخ رحمه الله: يجوز الردّ، قال: وفي الناس من قال: لا يصحّ الردّ؛ لأنّه لمّا قبل ثبت ملكه إمّا بالموت أو بالشرطين، وإذا حصل في ملكه7.

ص: 23

1- العزيز شرح الوجيز 63:7، روضة الطالبين 5:135.

2- العزيز شرح الوجيز 63:7، روضة الطالبين 5:135.

3- العزيز شرح الوجيز 63:7.

لم يكن له الردّ، ثم قال: والصحيح أنّ ذلك يصحّ؛ لأنّه وإن كان قد ملكه بالقبول إلاّ أنّه لم يستقرّ ملكه عليه ما لم يقبضه، فصحّ منه الردّ، كما أنّ من وقف عليه شيء فإنّه متى ردّ صحّ ذلك وإن كان قد ملك الرقبة والمنفعة أو أحدهما(1).

وللشافعية وجهان، هذا أحدهما؛ لأنّه تمليك من آدمي بغير عوض، فصحّ ردّه قبل القبض، كما لو وقف، وهو نصّ الشافعي في الأمّ، و أظهرهما عندهم: المنع؛ لأنّ الملك حاصل بعد القبول، فلا يرتفع بالردّ، كما في البيع، وكما بعد القبض(2).

وهذا هو الوجه عندي؛ لأنّ الموصي له قد ملك بالوصية الجامعة للشرائط، فلا يزول ملكه عنه، إلاّ بسبب ناقل، وليس الردّ ناقلاً.

وقول الشيخ: «لم يستقرّ ملكه عليه» ممنوع؛ فإنّه عقد لا خيار فيه بحيث ينقسم إلى مستقرّ وغير مستقرّ، والقياس على الوقف باطل؛ لفساد القياس في نفسه، وقيام الفرق فيه؛ لأنّه إذا ردّ لم يحصل القبول الذي هو شرط أو جزء. نعم، لو قبل ثم ردّ لم يكن للردّ حكم.

وللحنابلة تفصيل، فقالوا: إن كان الموصي به مكيلاً أو موزوناً صحّ الردّ؛ لأنّه لا يستقرّ ملكه عليه قبل القبض، وإن كان غير ذلك لم يصح الردّ؛ لأنّ ملكه قد استقرّ عليه، فهو كالمقبوض، ولأنّه لمّا ملك الردّ من غير قبول ملك الردّ من غير قبض(3).6.

ص: 24

1- المبسوط - للطوسي - 33:4.

2- المهذب - للشيرازي - 459:1، حلية العلماء 76:6، البيان 150:8، العزيز شرح الوجيز 64:7، روضة الطالبين 135:5، المغني 468:6، الشرح الكبير 475:6.

3- المغني 468:6، الشرح الكبير 475:6.

الرابع: أن يردّ بعد القبض وقبل القبول، فإنّها تبطل؛ لأنّ القبول جزء السبب وقد حصل الردّ قبله، فيبطل العقد، كما لو لم يكن قبض؛ إذ القبض لا عبّرة به، ولا مدخل له في التملّك.

مسألة 10: إذا ردّ الموصي له الوصيّة،

ففي كلّ موضع يصحّ ردّه فيه فإنّ الوصيّة فيه تبطل بالردّ، ويرجع إلي التركة، فيكون لجميع الورثة؛ لأنّ الأصل ثبوت الحقّ لهم، وإنّما خرج بالوصيّة، فإذا بطلت الوصيّة رجع إلي ما كان عليه، كأنّ الوصيّة لم توجد.

ولو عيّن بالردّ واحدا وقصد تخصيصه بالمردود، لم يكن له ذلك، وكان لجميعهم؛ لأنّ ردّه امتناع من تملكه، فيبقي علي ما كان عليه، ولأنّه لا يملك دفعه إلي أجنبيّ فلم يملك دفعه إلي وارث يخصّه به.

وكلّ موضع امتنع الردّ؛ لاستقرار ملكه عليه، فله أن يخصّ به واحدا من الورثة؛ لأنّه ابتداء هبة و تملك، ولأنّه يملك أن يدفعه إلي أجنبيّ فملك أن يدفعه إلي وارث.

فإذا قال: رددت هذه الوصيّة لفلان، قيل له: ما أردت بقولك:

«لفلان»؟ فإن قال: أردت تملكه إيّاها و تخصيصه بها، فقبلها، اختصّ بها إذا أتى بإيجاب الهبة، وإن قال: أردت ردّها إلي جميعهم لرضا فلان، عادت إلي جميعهم إذا قبلوها، ولو قبلها بعضهم دون بعض فللقابل حصّته منها خاصّة، و حصّة غيره للرادّ.

وقالت الشافعيّة: إذا قال الموصي له: رددت الوصيّة لفلان، يعني أحد الورثة، ففي الأمّ: إن قال: أردت لرضاه، كان ردّا علي جميع الورثة،

وإن قال: أردت تخصيصه بالردّ عليه، فهو هبة منه خاصّة(1).

قال بعضهم: هذا مفرّع عليّ تصحيح الردّ بعد القبول، وإلاّ فما لا يملكه لا يمكنه أن يملكه غيره، ثمّ لم يعتبر لفظ الهبة والتمليك، ولا بدّ منه، وهو القياس عندهم(2).

ولو مات ولم يبيّن مراده، جعل ردّا عليّ جميع الورثة، فإذا لم يقبل الموصي له ولم يردّ فللوارث مطالبتة بأحد الأمرين، فإن امتنع حكم عليه بالردّ.

تنبيه: يحصل الردّ بقول الموصي له: رددت الوصيّة، أو: لا أقبل الوصيّة، وما يقوم مقام ذلك من ألفاظه ويؤدّي معناه.

آخر: لو كانت الوصيّة لاثنتين فقبل أحدهما وردّ الآخر، رجع نصيب الرادّ إليّ جميع الورثة، كالواحد.

وقال ابن الجنيّد: لا يرجع نصيب الرادّ إليّ الورثة. وليس بجيّد.

البحث الثالث: في سبب التملك.

مسألة 11: اختلف علماؤنا في أنّ الموصي له متى يملك ما أوصي له به ؟

قال في المبسوط: الأقوي أن يقال: إنّ الشيء الموصي به ينتقل إليّ ملك الموصي له بوفاة الموصي، وقد قيل: إنّ بشرطين: بالموت، وقبل الموصي له. وقيل: إنّ مراعي، فإن قبل علم أنّه انتقل بالموت إليه، وإن ردّ علم أنّه بالموت انتقل إليّ الورثة.

ص: 26

1- العزيز شرح الوجيز 64:7، روضة الطالبين 5:135-136.

2- العزيز شرح الوجيز 64:7، روضة الطالبين 5:136.

ثم قال: وعلي ما قلناه لو أهلّ هلال شوال وقد مات الموصي وقد أوصي له بجارية ولم يقبل الموصي له بعد، لزمه فطرتها، وعلي القولين الآخرين لا تلزمه، وإنما رجحنا الأول؛ لقوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (1) فأثبت الميراث بعد الوصية والدين، ولم يقل: بعد وصية وقبول الموصي له، فوجب أن لا يعتبر ذلك (2).

وقال قبل ذلك: إذا مات الموصي متي ينتقل الملك إلي الموصي له؟ قيل: فيه قولان:

أحدهما: إنه ينتقل بشرطين: بوفاة الموصي، وقبول الموصي له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول.

والقول الثاني: إنه مراعي، إن قبل الوصية تبين أنه انتقل إليه الملك بوفاته، وإن لم يقبل تبين أن الملك انتقل إلي الورثة بوفاته.

وقيل: فيه قول ثالث، وهو: إن الملك ينتقل إلي الموصي له بوفاة الموصي، مثل الميراث يدخل في ملك الورثة بوفاته، فإن قبل ذلك استقر ملكه عليه، وإن رد ذلك انتقل عنه إلي ورثته، وهذا قول ضعيف لا يفرع عليه (3)، مع أنه قال أولاً: إنه ينتقل بموت الموصي.

وقال في الخلاف: إذا أوصي له بشيء فإنه ينتقل إلي ملك الموصي له بوفاة الموصي (4).

وقال ابن الجنيّد: فإن اكتسب العبد بعد موت السيّد وقبل قبوله (8).

ص: 27

1- سورة النساء: 11.

2- المبسوط - للطوسي - 33:4 - 34.

3- المبسوط - للطوسي - 28:4.

4- الخلاف 4:146، المسألة 18.

الموصي له إياه، كان ما اكتسبه تابعا له. و هو يدلّ علي الانتقال بالموت.

وقال ابن إدريس: الأقوي: أنّه لا ينتقل بالموت، بل بانضمام القبول من الموصي له، لا بمجرد الموت(1).

والمعتمد أن نقول: إن كانت الوصيّة لغير معيّن لم يفتقر إلي القبول، ولزمت بالموت، وحصل الانتقال به، وإن كانت لمعيّن انتقل الملك إليه بوفاة الموصي انتقالا غير مستقرّ، بل متزلزلا قابلا للزوال، وإن ردّ ذلك انتقل عنه إلي ورثته؛ لأنّ الملك بعد موت الموصي إمّا أن يكون باقيا علي ملكه، وهو باطل؛ لأنّ الميّت لا يملك شيئا، واستمرار الملك مع الموت بعيد جدّا، وإمّا أن ينتقل إلي الورثة، وهو باطل، وإلاّ لكان الموصي له يتلقّي الملك من الوارث لا من الميّت، وهو بعيد، ولأنّ الوارث لو كره الانتقال إلي الموصي له لم يعتد بكراهيته في الانتقال وحكم به بغير اختيار الوارث، وإمّا أن يكون ملكا لله تعالى، فلا يختصّ بالموصي له، بل يجب انتقاله إلي سبل الخير؛ لأنّها مصبّ حقّ الله تعالى، وإمّا أن يبقى بلا مالك، وهو بعيد؛ لاستحالة بقاء ملك بغير مالك، فتعيّن انتقاله إلي الموصي له.

فنقول حينئذ: لا يجوز انتقاله إليه علي وجه اللزوم والاستقرار، وإلاّ لما ارتدّ عنه بالردّ، والتالي باطل بالإجماع فالمقدّم مثله، والملازمة ظاهرة؛ فإنّ الأملاك المستقرّة علي أربابها لا تزول عنهم بردهم إياها، ولا يمكن القول بالوقف؛ لأنّه إنّما يثبت الوقف بالنسبة إلينا؛ لعدم علمنا بالحكم، لا في نفس الأمر، ونحن قسمنا بالنسبة إلي ما في نفس الأمر، فلم يبق إلّا ما ادّعيناه.3.

ص: 28

وأما العامة فقد اختلفوا:

فللشافعي أقوال ثلاثة:

أحدها: أنه يدخل الموصي به في ملك الموصي له بموت الموصي بغير اختياره، كما يدخل الميراث في ملك الورثة، ويستقرّ بقبوله.

وهو قول غير مشهور بينهم.

وجهه: أنه يستحقّه بالموت، فأشبه الميراث، ولأنّه لا يجوز أن يبقى علي ملك الميّت؛ لأنّه صار جماداً، ولا يجوز أن ينتقل إلي الورثة؛ لأنّ الله تعالى قال: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (1) فثبت أنّه ينتقل إلي الموصي له.

والثاني: أنّ الموصي له يملك ما أوصي له بالقبول؛ لأنّه تمليك بعقد، فيتوقّف الملك فيه علي القبول، كما في البيع ونحوه، وبه قال مالك و أبو حنيفة وأحمد وأهل العراق (2).

وعلي هذا فالملك قبل القبول للوارث، أو يبقى للميّت ؟ فيه للشافعية وجهان، أصحهما: الأول.

والثالث - وهو أصحّ الأقوال عند الشافعية، وبه قال المزني -: أنّ الملك موقوف في الحال، فإن قبل تبينّا أنّه ملك من يوم الموت، وإلاّ تبينّا أنّه كان ملكاً للوارث من يومئذ؛ لأنّه لو ملك بالموت لما ارتدّ بالردّ، كالميراث، وبتقدير أن يرتدّ وجب أن يكون انتقاله إليهم بحسب الهبة منه، لا بحسب الإرث من الموصي (6).

ص: 29

1- سورة النساء 11:4.

2- المغني 471:6، الشرح الكبير 478:6.

ولو ملك بالقبول فإمّا أن يكون قبل القبول للميت، واستمرار الملك مع الموت بعيد، أو للوارث، وحينئذ فالموصي له يتلقّى الملك عن الوارث، لا عن الموصي، وهو بعيد أيضا، ولأنّ الإرث يتأخّر عن الوصايا، وإذا بطلت الأقسام وجب التوقّف (1).

والملازمة الأولى ممنوعة، وإنّما تتمّ لو كان الملك مستقرّاً لازماً، أمّا إذا قلنا بأنّه متزلزل فلا، ولا نسلّم كون الانتقال مع الارتداد بحسب الهبة، بل نقول: الارتداد رافع للملك من أصله، والقياس على الإرث باطل؛ لأنّ الإرث ليس بتمليك بإيجاب، والوصيّة بخلافه.

وقد اعترضت الشافعيّة على قولهم بأنّه لو أوصي بعق عبد معيّن بعد وفاته انتقل العبد إلى الوارث إليّ أن يعتق، ولا يجعل على الخلاف.

والفرق: أنّ الوصيّة تمليك للموصي له، فيبعد الحكم بالملك لغير من أوجب له الملك، والعق ليس بتمليك (2).

وأجابوا أيضا بأنّ الوصيّة بالعق دون الرقبة، فلم يمنع من ملك الوارث، وهنا الوصيّة بالملك، فلم ينتقل ما وصّي به إلى الوارث مع استحقاقه الوصيّة به.

ثمّ اعترضوا بأن قالوا: لم لا يبقى على حكم مال الميت؟ كما لو كان على الميت دين، فإنّه يكون باقيا في حكم ذمّة الميت. 6.

ص: 30

1- الحاوي الكبير 8:252 و 253، المهذّب - للشيرازي - 1:459، نهاية المطلب 11:204-205، حلية العلماء 6:75 و 76، التهذيب - للبغوي - 5:92-93، البيان 8:149 و 150، العزيز شرح الوجيز 7:65، روضة الطالبين 5:136، المغني 6:471-472، الشرح الكبير 6:478.

2- العزيز شرح الوجيز 7:65-66.

و أجابوا بالفرق بينهما: بأنّه يجوز أن يجدّد عليه وجوب دين، و هو إذا كان حفر بئرا في حال حياته فوقع فيها إنسان بعد موته، و لا يجوز أن يتجدّد له ملك بعد موته فلم يبق املاكه.

قيل عليه: كيف يجوز أن يتعلّق الملك بشرط مستقبل؟! و ذلك محال.

و أجابوا بأنّ هذا غير مانع، كما إذا قال لها: أنت طالق قبل موتي بشهر، فإنّه إذا مات تبيّن أنّه وقع الطلاق، أو لم يقع، و هذا لا يشبه القبول؛ لأنّ الموت ليس بشرط في وقوع الطلاق، وإنّما يتبيّن به الوقت الذي أوقع فيه، و لو قال: إذا متّ فأنت طالق قبله بشهر، لم يصح.

قالوا: و ينبغي أن يكون القبول هنا ليس بشرط في صحّة الملك، وإنّما يتبيّن (1) به اختياره للملك حال الموت، فتبيّن حصول الملك باختياره.

و بعد هذا كلّه فالقول بأنّ القبول كاشف عن الملك لا بأس به عندي.

و اعترض علي القائل بأنّ الملك ينتقل إلي الوارث بقوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (2) شرط في ملك الوارث انتفاء الوصيّة، و الوصيّة هنا ثابتة، فلا يتحقّق الملك للوارث.

و أجب بأنّ الملك يثبت (3) للوارث بالموت، و المراد بالآية: من بعد وصيّة مقبولة، و لهذا فإنّ الموصي له لو لم يقبل الوصيّة كانت ملكا للوارث إجماعا، و قبل قبولها ليست مقبولة.».

ص: 31

1- في «ص»: «تبيّن».

2- سورة النساء: 11.

3- في «ل» و الطبعة الحجرية: «ثبت».

و يحتمل أن يكون المراد بقوله تعالى: فَلَكُمْ الرُّبْعَ مِمَّا تَرَكْنَ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ (1) أي: ذلك لكم مستقر، ولا يمنع هذا ثبوت ملك غير مستقر، ولهذا لا يمنع الدّين ثبوت الملك في التركة، وهو آكد من الوصية (2).

ثمّ قال بعضهم بأنّه يبغي ملكا للميت، كما إذا كان عليه دين.

و اعترضوا علي من نفى تملكه بأنّ الملك يبغي له فيما يحتاج إليه من مؤونة تجهيزه ودفنه وقضاء ديونه و تنفيذ وصاياه، ولأنّه يتعدّر انتقاله إلي الوارث من أجل الوصية و امتناع انتقاله إلي الموصي له قبل القبول الذي هو إمّا جزء السبب أو شرطه، فإنّ ذلك يقتضي تقدّم المسبّب أو المشروط علي جزء السبب أو شرطه.

و جوّزوا أن يتجدّد للميت ملك في ديته إذا قتل، وفيما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته بحيث تنفذ وصاياه و تقضي ديونه منها، و يجهّز أيضا، فإن ردّ الموصي له أو قبل انتقال حينئذ، فإن قلنا: إنّهُ ينتقل إلي الوارث، فإنّه يثبت له الملك علي وجه لا يفيد إباحة التصرف كثبوته في العين المرهونة، فلو باع الموصي به أو رهنه أو أعتقه أو تصرف بغير ذلك، لم ينفذ شيء من تصرفاته.

و لو كان الوارث ابنا للموصي به، مثل أن تملك امرأة زوجها الذي لها منه ابن فتوصي به لأجنبي، فإذا ماتت انتقل الملك فيه إلي ابنه إلي حين القبول، و لا يعتق عليه (3).0.

ص: 32

1- سورة النساء: 12.

2- المغني 6: 472، الشرح الكبير 6: 479.

3- المغني 6: 472-473، الشرح الكبير 6: 479-480.

إشارة

قد بيّنا أنّ الأقوال في ملك الموصي له متي يكون ؟ ثلاثة:

أحدها: إنّه يملك بالموت، وهو رواية أبي ثور عن الشافعي(1).

والثاني - وبه قال أبو حنيفة و مالك و أحمد(2) -: إنّه يملك بالقبول، وعلي هذا فالملك قبل القبول للوارث، أو يبغي للميت ؟ فيه وجهان للشافعية، أصحهما: الأول.

و الثالث - وبه قال المزني، وهو الأصح عندهم(3) -: الوقف، فإن قبل ظهر أنّه ملك من حين الموت، وإلاّ تبينا أنّه كان ملكا للوارث من ذلك الوقت.

وفرّع الفقهاء علي ذلك مسائل.

مسألة 12: لو كان الموصي به عبدا كسوبا فكسب شيئا،

أو شجرة فأثمرت، أو دابة فحملت، وبالجمله سائر زوائد الموصي به إن حصلت قبل موت الموصي، فهي للموصي؛ لأنّه قبل موته مالك للعين إجماعا، فتتبعه الزيادات المتّصلة والمنفصلة، والوصية لا تتناول المنفصلة منها؛ لأنّها عين حصلت في ملك الموصي، وليست جزءا من مسمي الموصي به، فلا تندرج تحته.

وإن حصلت بعد موته وبعد القبول، فهي للموصي له؛ لأنّها حصلت وقد ملك العين.

ص: 33

1- العزيز شرح الوجيز 65:7.

2- راجع: الهامش (2) من ص 29.

3- راجع: الهامش (1) من ص 30.

وإن حصلت بعد موته وقبل القبول، فإن قلنا: الملك يحصل بالموت، فهي للموصي له، قبل الوصية أو ردّها؛ [لأنّها حصلت] (1) بعد تمام الملك للموصي له، حيث جعلنا الملك تابعا للموت خاصّة.

و للشافعية فيما إذا ردّ الوصية وجه: أنّ الزوائد تتبع العين في الردّ أيضا؛ لأنّا تبينا أنّ سبب الملك لم يستقر (2).

وإن قلنا: يحصل بالقبول، فلا تكون الزوائد للموصي له، سواء قبل الوصية أو ردّها؛ لأنّها حدثت قبل حصول ملكه.

و للشافعية فيما إذا قبل الوصية وجه: أنّها تكون للموصي له؛ لأنّ حقّ التملك من وقت الموت، فهي حادثة علي محلّ حقّه (3).

وإن قلنا بالتوقّف، فهي موقوفة أيضا، كالأصل، فطن قبل الوصية فهي له، وإلا فلا.

وكلّما قلنا: إنّ الزوائد ترتدّ فإلي من ترتدّ؟ للشافعية و جهان:

أحدهما: إلي الموصي حتي تكون من جملة تركاته تقضي بها ديونه و تنفذ وصاياه، كالأصل.

وأصحّهما: أنّها تكون للوارث؛ لحدوثها بعد زوال ملك الموصي (4)، و هو الوجه عندي.

مسألة 13: لو أوصي بعبده لزيد ثمّ مات ثمّ أهلّ شوال قبل القبول

ثمّ قبل، فإن قلنا: إنّّه ينتقل بالموت، فالفطرة علي الموصي له، وإن قلنا بالقبول، فالفطرة علي الوارث، وإن قلنا بالوقف، فإن قبل تبينا الملك حين

ص: 34

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «لأنّه حصل». و المثبت يقتضيه السياق. (2الي 4) العزيز شرح الوجيز 66:7، روضة الطالبين 5:137.

الموت، فالفطرة علي الموصي له، وإلا فعلي الوارث.

و كذا مؤونة العبد و نفقته التي يحتاج إليها بعد الموت و قبل القبول، فإن حكمها حكم الفطرة.

وقال بعض الشافعية: إنها علي الموصي له إن قبل علي كل قول، و علي الوارث إن رد علي كل قول، و لا يتأتى الوجه المذكور في الزيادات، وإن كان يحتمل أن يقال: الغرم في مقابلة الغنم، لكن إدخال شيء في الملك قهرا أهون من إلزام مؤونة قهرا(1).

و إذا توقّف الموصي له في القبول و الردّ، ألزم النفقة، فإن أراد الخلاص ردّ.

و يحتمل إلزام الوارث إن قلنا: إنّه يملك بالقبول خاصّة بعد الموت.

مسألة 14: لو زوّج أمته من حرٍّ ثمّ وصّي له بها ثمّ مات الموصي،

قال الشيخ رحمه الله: هذه المسألة تبني علي أصول ثلاثة:

أحدها: أنّ الحمل هل له حكم أم لا؟ و قد قيل: فيه قولان أحدهما:

لا حكم له، و الثاني: له حكم.

و معني ذلك إنّنا إذا قلنا: له حكم، تناوله البيع و الوصية، و جري ذلك مجري عين منفردة عن الأصل، و مجري الولد المنفصل، و إذا أوصي بها و هي حبلي فكأنّه أوصي بها و بحملها، و إذا باعها فالثمن يتقسّط عليهما.

و إذا قلنا: لا حكم للحمل، فلا يحكم بأنّ العقد تناوله، فإذا وضعته كان كأنّه نماء حدث الآن، و جري مجري السمن، و إذا أوصي بجارية حبلي فإنّ وصيته تكون بها دون الحمل، و إذا باعها فالثمن لا يتقسّط علي الحمل،

ص: 35

1- الغزالي في الوسيط 4:431، و عنه في العزيز شرح الوجيز 7:66، و روضة الطالبين 5:137.

ومتى وضعت فكأنما حدث في تلك الحالة.

والأصل الثاني: أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فمتى وضعت من حين الوصية لستة أشهر فما زاد، فالظاهر أنه حدث بعد الوصية، وإن وضعت لدون ستة أشهر من حين الوصية، تبيّن أن الحمل كان موجودا حين الوصية.

والأصل الثالث: أن من أوصي لرجل بشيء فإن ملكه لا يزول عن ذلك الشيء قبل وفاته إجماعا.

وإذا مات الموصي متى ينتقل الملك إلى الموصي له؟ فيه قولان:

أحدهما: ينتقل بشرطين: موت الموصي، وقبول الموصي له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول.

والثاني: أنه مراعي، إن قبل الوصية تبيّن أنه انتقل إليه الملك بوفاته، وإن لم يقبل تبيّن أن الملك انتقل إلى الورثة بوفاته.

وقيل: فيه قول ثالث، وهو أن الملك ينتقل إلى الموصي له بوفاة الموصي، فإن قبل ذلك استقر ملكه، وإن ردّ انتقل إلى الورثة، وضعفه الشيخ.

ثم فرّع علي الأولين، فقال: إذا زوج أمته من حرّ ثم أوصي للزوج بها، فإما أن يرّد أو يقبل.

فإن ردّ بطلت الوصية، وكانت الأمة علي الزوجية ينتقل ملكها إلى الورثة، والنكاح للزوج بحاله، إلا إذا قلنا: إن الموصي له يملك بالموت، فينفسخ النكاح من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفا؛ للتنافي بين الملك والنكاح.

وأما إن كان قبل الوصية نظرت فإن كانت الأمة حائلا فقد ملكها،

وانفسخ النكاح بينهما؛ لأنّ النكاح لا يجتمع مع ملك اليمين، لأنّ أحكامهما متضادّة، و ملك اليمين أقوي فممنع النكاح.

ومتى ينفسخ؟ يبنى علي القولين متى يملك الموصي له؟ فإن قلنا بالقبول، انفسخ يوم القبول، و من يوم الموت علي سبيل التبيين إن قلنا بالتوقّف.

وإن كانت حاملا فسيأتي(1).

وإن كان قد زوّجها من وارثه ثمّ أوصي بها لغيره، فإن قبل الموصي له الوصيّة استمرّ النكاح، إلّا إذا قلنا: إنّ الملك يحصل بالقبول وإنّ قبل القبول للوارث، ففيه للشافعيّة وجهان، أظهرهما: الانفساخ، والثاني عدمه؛ لأنّ الملك ضعيف يتعلّق باختيار الغير، بخلاف جانب الموصي له(2).

وإن ردّ انفسخ النكاح.

وفي استناده إلي حالة الموت لضعف الملك هذا الخلاف(3).

هذا إذا خرجت الأمة من الثّلاث، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة، انفسخ النكاح؛ لدخول شيء ممّا يزيد علي الثّلاث في ملك الزوج.

وإن أجازوا وقلنا بحصول الملك بالموت، أو قلنا بالتوقّف، فهل ينفسخ؟ إن قلنا: إجازتهم تنفيذ لما فعله، فلا، وإن قلنا: ابتداء عطية، فنعم؛ لكونها في ملكهم إلي أن أعطوا.

مسألة 15: لو أوصي له بجارية فولدت،

فالأقسام ثلاثة:

الأول: أن تلد قبل موت الموصي، فإن انقضي أقلّ مدّة الحمل من يوم الوصيّة - وهي ستّة أشهر - فالولد غير داخل في الوصيّة؛ لاحتمال

ص: 37

1- المبسوط - للطوسي - 27:4-29.

2- العزيز شرح الوجيز 67:7، روضة الطالبين 137:5.

3- العزيز شرح الوجيز 67:7، روضة الطالبين 137:5.

تجدّده بعد الوصيّة، والأصل عدم الحمل يوم الوصيّة، والأصل عدم تناول الوصيّة له، فلا يجعل للموصي له بالشكّ والاحتمال.

وإن وضعته لأقلّ من ستّة أشهر من حين الوصيّة، علم وجوده يوم الوصيّة، ويبيّن علي الخلاف في أنّ الحمل هل يعرف ويعطي حكماً قبل الانفصال؟ إن قلنا: لا وإنّما النظر إلي حالة الانفصال، فالولد غير داخل أيضاً، بل هو زيادة حدثت في ملك الموصي، فيكون لورثته، وإن قلنا:

نعم، فهو كما لو أوصي بالجارية ولدها بعد الانفصال، فينظر أيقبلهما الموصي له، أم يردهما، أم يقبل أحدهما دون الآخر.

والمعتمد: أنّ الحمل غير داخل في وصيّة الأمّ.

وإذا كان الموصي له زوج الجارية وقبل الوصيّة في الولد، عتق عليه بالملك، ولا ولاء له عندنا، وعند العامة يكون له ولاؤه (1)، ولا تكون الجارية أمّ ولد له؛ لأنّها علقت منه برقيق.

الثاني: أن تلد بعد موت الموصي وقبل قبول الموصي له، فإمّا أن تلد بعد انقضاء [أقلّ] مدّة الحمل من يوم موت الموصي، أو قبله، وحينئذ فإمّا أن تلد بعد انقضاء هذه المدّة من يوم الوصيّة أو قبلها، فهذه أحوال ثلاثة:

الأول: إذا ولدت بعد انقضاء أقل مدّة الحمل من يوم الموت، لم يدخل الولد في الوصيّة؛ لاحتمال حدوثه بعد الموت.

ثمّ إن كان الموصي له زوج الجارية، بني حكم الجارية علي أنّ الوصيّة بم تملك؟ إن قلنا بالقبول وإنّها قبل القبول لورثة الموصي، فالولد5.

ص: 38

لهم، لا إرثا عن الميّت، بل لحدوثه من (1) ملكهم، وإن قلنا: تملك بالموت أو توقّفنا فقبل، فيكون العلوق في ملك الموصي له، فينعتد الولد حرّاً لا ولاء عليه، وتكون الجارية أمّ ولد له.

الثاني: إذا ولدت قبل أقلّ مدّة الحمل من يوم الموت وبعد انقضاء هذه المدّة من يوم الوصيّة، فهذا لا يجوز حدوثه بعد الموت، ويجوز أن يكون بعد الوصيّة، فيجعل كأنّه حدث بعدها، فإن قلنا: الحمل يعرف ويعطي حكماً قبل الانفصال، فالولد زيادة حدثت في ملك الموصي، فهو له ولورثته بعده، وإن قلنا: لا يعرف ولا يعطي حكماً، فيبني علي أنّ الوصيّة بم تملك؟ إن قلنا بالقبول وإنّها للورثة قبل القبول، فالولد حادث في ملكهم، وإن قلنا بالموت أو توقّفنا وكان الموصي له زوج الجارية فقبل، عتق الولد عليه بالملك، ولا ولاء [له] عندنا، وعند العامة له الولاء (2)، ولا تصير الجارية أمّ ولد له؛ لأنّ العلوق حصل وهو مملوك.

الثالث: إذا ولدت قبل انقضاء مدّة الحمل من يومي الموت والوصيّة جميعاً، فإن قلنا: الحمل يعرف ويعطي حكماً قبل الانفصال، فكأنّه أوصي بالجارية والحمل جميعاً، وإلاّ فعلي الخلاف في أنّ الوصيّة بم تملك؟ علي ما تقدّم في الحالة الثانية.

القسم الثالث: أن تلد بعد الموت والقبول، فله أحوال:

الأوّل: أن تلد بعد انقضاء أقلّ مدّة الحمل من وقت القبول، فالولد للموصي له، فإن كان الموصي له زوج الجارية، انعقد الولد حرّاً، وصارت الجارية أمّ ولد. 5.

ص: 39

1- الظاهر: «في» بدل «من».

2- العزيز شرح الوجيز 68:7، روضة الطالبين 143:5.

الثاني: أن تلد قبل انقضاء هذه المدّة من وقت القبول وبعد انقضائها من وقت الموت، فإن قلنا: الوصيّة تملك بالموت أو توقّفنا فقبل، فالحكم كما في الحالة الأولى، وإن قلنا: تملك بالقبول وإنّها قبل القبول للورثة، فإن قلنا: الحمل يعرف، فهو زيادة في ملك الورثة، وإلاّ فللموصي له، فإذا كان الموصي له زوج الجارية، عتق الولد عليه، وثبت له الولاء، ولا تصير الجارية أمّ ولد.

الثالث: أن تلد قبل انقضاء هذه المدّة من وقت القبول والموت جميعاً وبعد انقضائها من يوم الوصيّة، فإن قلنا: الحمل يعرف، فالولد غير داخل في الوصيّة، وإن قلنا: لا- واعتبرنا حالة الانفصال، فالانفصال حصل في ملك الموصي له، فيكون الولد له، ويعتق عليه إن كان الموصي له زوجها، ولا استيلاد.

الرابع: أن تلد قبل انقضائها من يوم الوصيّة أيضاً، فإن قلنا: إنّ الحمل يعرف، فهو داخل في الوصيّة، وإلاّ فهو حاصل في ملك الموصي له، فيكون له، فإن كان زوجها، عتق عليه بالملك، ولا استيلاد.

ونتاج سائر الحيوان يعرف بما ذكرنا، ويرجع في مدّة حملها إلى أهل الخبرة، فإنّها تختلف.

تذنيبان:

الأول: قال بعض الشافعيّة: حيث حكمنا بمصير الجارية أمّ ولد فتعتبر حقيقة الإصابة من وقت الملك، أم يكفي إمكان الإصابة؟ فيه

ص: 40

و جهان، و الثاني هو الملائم لكلام أكثرهم(1).

الثاني: قال: حيث بقينا الولد علي ملك الوارث فالمعتبر من الثلث قيمة الجارية وحدها، وإذا لم نبقّ فالمعتبر من الثلث ما كان موجودا يوم موت الموصي، فإن كانت حائلا اعتبر قيمتها وحدها، وإن كانت حاملا اعتبر قيمتها مع قيمة الحمل، و حينئذ فالنظر إلي قيمتها حاملا يوم موت الموصي عند عامة الشافعية(2).

وقال بعضهم: تعتبر قيمتها يومئذ لو كانت حاملا، و تعتبر قيمة الحمل في أول حال الانفصال، و إذا قوّمناهما فخرجا من الثلث فذاك، وإلا فلا يقرع، و لكن تنفذ الوصية في القدر الذي يحتمله الثلث منهما علي نسبة واحدة(3).

مسألة 16: لو أوصي بأمة لزوجها فلم يعلم حتي وضعت له بعد موت سيدها

أولادا، فإن قبل عتقوا، و لم تكن أمهم أمّ ولد حتي تلد منه بعد قبوله لستّة أشهر، قاله بعض الشافعية(1).

وأشكل عليه من وجهين:

أحدهما: أنّه اعتبر عدم العلم بالوصية، و لا فرق بين أن يعلم أو لا يعلم.

والثاني: أنّه حكم بحرّية الأولاد و بأنّها لا- تصير أمّ ولد، فإن فرّع علي أنّ الملك يحصل بالموت أو علي قول التوقّف، فلم اعتبر مضيّ الأشهر في مصير الجارية أمّ ولد؟ و إن فرّع علي الحصول بالقبول، فلم حكم بحرّية

ص: 41

1- قاله المزني في مختصره: 144، و عنه في العزيز شرح الوجيز 69:7، و روضة الطالبين 144:5.

أمّا الأول فقد فرّق بعضهم بين العلم وعدمه؛ لأنّ الشافعي حكم فيما إذا وطئ أمة الغير علي ظنّ أنّها زوجته الحرّة بحرّية الولد، ولو ظنّ أنّها زوجته الرقيقة، يكون الولد رقيقاً، فاختلف الحكم باعتقاده.

و الظاهر أنّه لا فرق في ثبوت أمّية الولد بين أن يكون عالماً أو لا يكون، حتي لو وطئ أمته علي ظنّ أنّها لغيره، أو أنّها حرّة وأحبّلها، تثبت أمّية الولد، فإذا قوله: «و لم يعلم» كأنّه خرج مخرج الغالب، فإنّ الغالب أنّ الوصيّة لا تبقي المدّة الطويلة معلّقة غير مردودة ولا مقبولة، إلّا إذا لم يعلم الموصي له بالوصيّة لغيبة أو نحوها.

و أمّا الثاني فقد قيل: إنّّه تخليط من المزني، فقوله: «عتقوا» تفريع علي أنّ الملك يحصل بالموت، وقوله: «ولا تصير أمّ ولد له» تفريع علي أنّه يحصل بالقبول(1).

وقال أكثرهم: بل هو تفريع علي قول التوقّف، ويتبيّن حصول الملك بالموت، وأراد بالقبول في قوله: «بعد قبوله» الموت، سمّاه قبولاً؛ لأنّه وقت القبول(2).

مسألة 17: لو أوصي بجاريته لزوجها ومات الموصي له قبل القبول والردّ،

فقد تقدّم أنّ ورثته يقومون مقامه في الردّ والقبول.

فإن قبلوا فعلي الخلاف في أنّ الملك بم يحصل ؟ إن قلنا بالموت، أو قلنا: هو موقوف، فقبولهم كقبول الموصي له في عتق الأولاد بالملك، و في انعقادهم علي الحرّية و مصير الجارية أمّ ولد، و في بقائهم ممالك

ص: 42

1- العزيز شرح الوجيز 7:69-70، روضة الطالبين 5:144-145.

2- العزيز شرح الوجيز 7:70، روضة الطالبين 5:145.

لورثة الموصي علي اختلاف الأحوال المذكورة في المسألة بلا فرق، إلا أنّهم إذا عتقوا بقبول الموصي له ورثوه، وإذا عتقوا بقبول الورثة لم يرثوا.

وإن قلنا: يحصل الملك بالقبول، فإن كان بين الوارث والأولاد قرابة تقتضي العتق بأن كان وارث الموصي له أباه، فيعتقون عليه؛ لأنّهم حفدته، وإلا فللشافعية وجهاً(1).

وإذا لم يحصل العتق فهل تقضي ديون الموصي له منها، أم تسلم للورثة؟ فيه وجهاً(2).

مسألة 18: إذا أوصي الإنسان لغيره بأبيه أو بابه،

لم يجب عليه القبول، بل كان للموصي له أن يردّ، كما أنّ له أن يقبل؛ لأنّ قبول الوصية استجلاب ملك الأب، وهو غير لازم له، كما لو بذل بيعه فإنّه لا يجب عليه شراؤه إجماعاً، فكذا لو أوصي له به، وبه قال الشافعي(3).

وقال مالك: إنّ الموصي له يجب عليه أن يقبل الوصية؛ لأنّه يحصل لأبيه الحرّية من غير التزام مال، فلزمه ذلك لانتفاء الضرر عنه(4).

وهو ممنوع؛ فإنّ المنّة ضرر، ويلزمه نفقته وكسوته، وهو ضرر أيضاً.

وللشافعية وجه: أنّه يمتنع الردّ إذا فرّغنا علي أنّ الملك يحصل بالموت؛ لأنّه يعتق عليه(5).

ص: 43

1- العزيز شرح الوجيز 70:7، روضة الطالبين 5:145.

2- العزيز شرح الوجيز 71:7، روضة الطالبين 5:145.

3- التهذيب - للبغوي - 5:95، البيان 8:322-323، العزيز شرح الوجيز 71:7، روضة الطالبين 5:139، المغني 6:454.

4- التهذيب - للبغوي - 5:95، العزيز شرح الوجيز 71:7.

5- العزيز شرح الوجيز 71:7، روضة الطالبين 5:139.

لكن مذهب الشافعية خلافه، وأنه لا يعتق عليه قبل القبول، فإن عرف ذلك فردّ فذاك، وإن قبل وقلنا: إنّ الملك يحصل بالقبول، عتق عليه حينئذ، وإن قلنا بالموت أو قلنا بالتوقّف، تبين أنّه عتق عليه يوم الموت(1).

مسألة 19: لو ملك ابن أخيه فأوصي به لأجنبي. ولا وارث للموصي سوى أخيه أبي الابن الموصي به،

فقبل الموصي له الوصية، فالابن للأجنبي إن قلنا بحصول الملك بالموت، أو قلنا بالتوقّف، وإن قلنا بحصوله بالقبول وجعلناه قبل القبول للوارث، فقضيته العتق علي الوارث يوم الموت؛ لأنّه قد ملك ابنه.

لكن جماعة الشافعية لم يحكموا بعتقه، بل بعدم العتق؛ لأنّ تبطل الوصية(2). وفيه إشكال.

مسألة 20: هذا في ردّ الموصي له و قبوله بنفسه،

أمّا لو أوصي لإنسان بآبيه ومات الموصي له بعد موت الموصي وقبل القبول، وقلنا: إنّ الوارث يقوم مقامه في الردّ والقبول لنيابته عنه في الحقوق، فإن قبل فهو كما لو قبل الموصي له بنفسه إن قلنا بالتوقّف أو بحصول الملك بالموت.

وإن قلنا بحصوله بالقبول، فإن لم يكن بين الموصي به و وارث الموصي له قرابة تقتضي عتقه عليه بأن كان الوارث أخا للموصي له أو ابن أخيه، فهل يحكم بعتقه؟ الأقوي: ذلك؛ لأنّ الموصي إنّما أوجب الملك للموصي له في حياته، فقد أوجد سبب الملك في حياته، فأشبه ما لو نصب شبكة في حال حياته وتعلّق بها صيد بعد موته، فإنّه يحكم بثبوت الملك له.

ص: 44

1- العزيز شرح الوجيز 71:7، روضة الطالبين 139:5.

2- العزيز شرح الوجيز 71:7، روضة الطالبين 139:5.

و يحتمل المنع؛ لأنّ القبول الذي يترتب عليه الملك وجد من الوارث، فيثبت له الملك ابتداء، لا تلقياً من المورث، كما لو وُثِرَ حقّ الشفعة وأخذ بها، ينتقل الملك إليه من المشتري لا من مورّثه.

و للشافعية و جهان(1) كهذين.

وإن كان بين الموصي به و وارث الموصي له قرابة تقتضي العتق بأن كان الوارث أب الموصي له، فيحكم بعتق الموصي به لا محالة.

و يعود الوجهان في أنّه يعتق علي الموصي له أو علي وارثه، وأنّ الولاء عند مثبتيه من العامة لمن يثبت؟(2).

و إذا لم يحكم بالعتق فهل تقضي منه ديون الموصي له، أم يسلم للوارث؟ للشافعية و جهان:

أحدهما: أنّه يسلم للوارث؛ لأنّ الوارث ملك لا من جهة الموصي له.

و الثاني: أنّه تقضي منه ديون الموصي له؛ لأنّ الوارث ملكه بسبب يتعلّق بالموصي له، فهو كالدية الواجبة بقتله تقضي منها ديونه وإن قلنا:

إنّها تثبت للوارث ابتداء(3).

مسألة 21: إذا أوصي له بمن يعتق عليه،

كولده أو والده، فإن قبله في حال صحّته أو مرضه الذي لم يمت فيه، فإنّه يعتق عليه، و إذا مات ورثه.

وإن كان قبله في مرضه الذي مات فيه، احتمل أن يكون من ثلثه - و هو قول الشافعي(4) - لأنّه ملكه بالقبول ثمّ عتق عليه، فقد عتق ملكه في مرضه.

ص: 45

1- العزيز شرح الوجيز 71:7-72، روضة الطالبين 5:139. (2)الي(4) العزيز شرح الوجيز 7:72، روضة الطالبين 5:140.

فإن خرج من ثلثه نفذ عتقه، وإن لم يخرج من ثلثه فأجاز الورثة ذلك عتق، وإن لم يجيزوا جاز منه ما خرج من الثلث، ولا يرث عند الشافعي؛ لأنّ لو ورّثناه لكان عتقه وصيّة للوارث، والوصيّة للوارث لا تنفذ عندهم(1)، وإذا لم يحصل عتقه لم يرث، فأثبتنا العتق ونفيّا الميراث؛ لأنّ ثبوت الميراث يؤدّي إلي بطلان العتق من حيث إنّ الوصيّة به تكون وصيّة للوارث، وهي عندهم باطلة، وإذا بطل العتق بطل الميراث أيضا، فثبوت الميراث يؤدّي إلي نفيه، وكلّ ما كان ثبوته يؤدّي إلي نفيه كان محالا.

ويحتمل أن ينفذ عتقه من الأصل - وقوّاه الشيخ(2) رحمه الله، وهو قول بعض الشافعيّة(3) - لأنّه إنّما يعتبر من الثلث ما يخرج من ملكه، وهنا لم يخرج من ملكه شيئا، وإنّما قبل وصيّته ولم يستقر ملكه عليه، فيكون عتقه مبطلا لملكه، ولا يخرج في مقابلة ذلك شيء من ماله، فعلي هذا يرث؛ لأنّه حين وفاته حرّ.

مسألة 22: إذا ملك المريض من ينعق عليه بغير عوض،

عتق وورث، وبه قال مالك وبعض الشافعيّة، وحكي مذهبنا للشافعي، وبه قال أحمد، ولا خلاف بين هؤلاء في أنّه إذا ملكه بالميراث عتق وورث(4).

وقال أبو حنيفة: إن حمّله الثلث عتق وورث، وإلاّ سعي فيما بقي عليه ولم يرث، ولم يفرّق بين أن يملك بعوض أو بغير عوض(5).

وقال أبو يوسف ومحمد: يحسب ميراثهم من قيمتهم، فإن فضل

ص: 46

1- العزيز شرح الوجيز 72:7، روضة الطالبين 140:5.

2- المبسوط - للطوسي - 37:4.

3- العزيز شرح الوجيز 72:7، روضة الطالبين 140:5.

4- المغني 451:6 و 529-530.

5- المغني 451:6 و 530.

شيء أخذوه، وإن فضل عليهم شيء سعو فيه (1).

و الوجه: الأول؛ لأن المريض لم يصنع فيه شيئاً من ماله، وإنما تعاطي سبب ملكه علي وجه لم يستقر، و زال بغير إزالته، فلم يحسب عليه من ثلثه، كما لو أتهب شيئاً فرجع الواهب فيه، أو اشترى ما فيه غبطة بشرط خيار البائع ففسخ، أو تزوجت المرأة و طلقت قبل الدخول، و إذا لم تكن وصية تحتسب عليه من الثلث لم يمنع الميراث، كما لو ملك حال صحته.

إذا عرفت هذا، فكل موضع يدخل في ملكه بغير عوض، بل يارث أو هبة يعتق من الأصل، و هو الأظهر عند الشافعية (2).

و بعضهم (3) فرق بين أن يرثه المريض و أن يقبل الوصية به، فإن (4) الأول يعتق عليه من الأصل، و الثاني من الثلث؛ لأنه إذا قبل الوصية فقد استجلب ملكه، و إذا ورثه فقد دخل في ملكه بغير اختياره، و عتق بغير اختياره، ألا تري أنه لو (5) ورث بعضه لم يقوم عليه الباقي، و إذا أوصي له ببعضه قبله عتق عليه و قوم عليه الباقي.

و لو قبل المديون في مرض موته الوصية له بمن يعتق عليه، احتمل أن يعتق من الأصل؛ لأنه لم يتلف بذلك مالا لنفسه، و هو قول بعض الشافعية الذين قالوا بعنقه من الأصل (6)، و أن يباع في الدين إن قلنا: يعتق 7.

ص: 47

1- المغني 6: 451 و 530.

2- راجع: العزيز شرح الوجيز 7: 132، و روضة الطالبين 5: 140 و 186.

3- لم نتحققه.

4- في «ص» و الطبعة الحجرية: «في أن».

5- في النسخ الخطية: «إذا» بدل «لو».

6- العزيز شرح الوجيز 7: 132، روضة الطالبين 5: 186-187.

من الثلث؛ لأنّه حينئذ يكون وصيّة، والدّين مقدّم.

لكن الأول أحقّ؛ لأنّ العتق قهريّ، وهذا الوجه بعيد وإن صار إليه بعض الشافعيّة (1).

ولهم وجه ثالث أبعد من هذا؛ بناء علي العتق من الثلث؛ لأنّه لا يصحّ قبوله، لأنّه يؤدّي إلي بيع أبيه عليه (2).

و لو اشتري المريض من يعتق عليه، فإن خرج من ثلثه عتق عليه، وإن لم يخرج من ثلثه (3)، فإن أجاز الورثة عتق، وإن لم يجيزوا عتق منه ما يخرج من الثلث، وانتقل الباقي إلي ورثته، فإن كان فيهم من يعتق عليه عتق عليه نصيبه منه ويرقّ الباقي، قاله الشافعيّة، ولا يرث في هذه الأحوال عندهم (4)، و حكاه بعضهم عن الشافعي ومالك (5).

و حكى عن الشافعي أيضاً أنّه لا فرق بين أن يملك بعوض أو غيره، وأنّه إن خرج من الثلث عتق، وإلاّ عتق منه بقدر الثلث، ولا يرث في الحالين؛ لأنّه لو ورث لكان إعتاقه وصيّة لو ارث، فيبطل عتقه، ويبطل ميراثه؛ لبطلان عتقه، فيؤدّي توريثه إلي إبطال توريثه، فصحّحنا عتقه و لم نورّثه (6).

و مذهب أبي حنيفة وأصحابه في هذا كمذهبهم إذا ملكهم (7) بغيره.

ص: 48

1- العزيز شرح الوجيز 132:7، روضة الطالبين 187:5.

2- لم نتحقّقه في مظانّه.

3- في النسخ الخطيّة: «الثلث» بدل «ثلثه».

4- بحر المذهب 14:75-76.

5- المغني 6:452.

6- المغني 6:452.

7- كذا قوله: «ملكهم» في النسخ الخطيّة والحجريّة، والظاهر: «ملكه».

و الوجه: أنه يعتق عليه؛ لما رواه العامة عن النبي صَلَّى الله عليه و اله أنه قال: «من ملك ذا رحم محرم فهو حرّ»(2).

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السّلام: «إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمّته أو خالته أو بنت أخيه - و ذكر أهل هذه الآية من النساء(3) - عتقوا جميعاً(4)»(5) الحديث.

و لأنّه ملك وجد معه ما ينافيه فيبطل، كملك النكاح مع ملك الرقبة فيما إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه.

و إذا عتق ورث؛ لأنّ سبب الميراث - الذي هو القرابة - وجد عريّا من الموانع، فورث، كالورثة.

و قولهم: «إنّ عتقه وصيّة» باطل؛ لأنّ الوصيّة فعله، و العتق هنا يحصل بغير اختياره و لا إرادته، و لأنّ رقبة المعتق لا تحصل له، وإنّما تتلف ماليّته و تزول، فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه، أو كإتلاف بعض ماله في بناء مسجد.4.

ص: 49

1- المغني 6:452.

2- مسند أبي داود الطيالسي: 910/123، مسند أحمد 5:651/19715، سنن ابن ماجه 2:843/2524، و 2525/844، سنن أبي داود 4:26/3949، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 3:646/1365، المعجم الكبير - للطبراني - 7:248 - 6852/249، المعجم الأوسط - له أيضا - 2:125/1461، المستدرک - للحاكم - 2:214، السنن الكبرى - للبيهقي - 10:289، معرفة السنن والآثار 14:20479/406.

3- سورة النساء: 23.

4- كلمة «جميعاً» لم ترد في المصدر.

5- التهذيب 8:241/871، الاستبصار 4:15/47.

و مثال ذلك: مريض وهب له ابنه فقبل و قيمته مائة ثم مات المريض و خلف ابنا آخر و مائتين، فإنه يعتق، و يقاسم أخاه في المائتين في قول أكثر العامة(1).

و للشافعي قول: إنه يعتق و لا يرث شيئا(2).

و عند أبي يوسف و محمد: يعتق، و له نصف التركة يحتسب له(3) بقيمته، و يبقي له خمسون(4).

و لو كان باقي التركة خمسين، فعند مالك: يعتق، و له نصف الخمسين(5).

و عند أبي حنيفة: يعتق نصفه، و يسعى في باقيه، و الخمسون كلّها لأخيه(6).

و قال صاحباه: تعتق ثلاثة أرباعه(7).

و عند الشافعي في أحد القولين: يعتق نصفه، و يرقّ نصفه، و نصفه الرقيق و الخمسون بأسرها لأخيه(8).

و إن كان باقي التركة ثلاثمائة، فعند مالك: يعتق، و له مائة و خمسون(5).

و عند الشافعي: يعتق، و لا يرث شيئا(10).

و عند أبي يوسف و محمد: يعتق، و له ثلث الثلاثمائة(11).6.

ص: 50

1- المغني 453:6 و 531.

2- المغني 453:6 و 531.

3- الظاهر: «عليه» بدل «له» كما في الموضع الأوّل من المغني، راجع: الهامش التالي.

4- المغني 453:6 و 531. (5الي 8) المغني 453:6.

5- المغني 531:6. (10الي 11) المغني 453:6.

وإن كان اشترى ابنه [بمائة] (1) و مات و خلف ابنا آخر و مائة أخرى، ففي إحدى الروايتين عن أحمد: يعتق، ويقاسم أخاه المائة الباقية، و في الأخرى: يعتق منه ثلثاه، و يرث أربعين، و يعتق باقيه علي أخيه، و لا يرث بذلك [الجزء] (2) شيئاً؛ لأنّ عتقه حصل بعد موت أبيه (3).

وعند الشافعي: يعتق ثلثاه، و لا يرث (4).

وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثاه، و يسعى في باقيه، و لا يرث (5).

وعند صاحبيه: يعتق كلّ، و لا يرث شيئاً، فإن كان قد تصدّق قبل ذلك بثلثه أو حابي به، لم يعتق؛ لأنّ الثلث قد ذهب (6).

مسألة 23: لو أوصي للمريض بمن يعتق عليه،

فمات قبل القبول، فقبل وارثه، فإن حكمنا بحصول الحرّية عند القبول لم يرث من الموصي له؛ لتأخّر عتقه عن موته و انتقال التركة إلي القابل قبل العتق.

وإن حكمنا بحصولها عند الموت، فإن كان القابل من يحجبه الموصي به كالأخ لو قبل الوصية بآبن الميّت أخيه، فالأقرب: أنّه لا يرث؛ لأنّ تركة الموصي له انتقلت بموته إلي أخيه، و الابن الموصي له به بعد لم ينتقل إليه؛ لكون الموصي حيّاً، فإذا قبله ينبغي أن لا يرث؛ لأنّ عتقه لم يصادف تركة للميّت.

وأما العامة فقالوا: إنّ لا يرث أيضاً، لكن بعلّة أخرى، و هي: أنّه لو ورث لحجب الأخ و أخرجه عن أن يكون وارثاً، و إذا خرج عن أن يكون وارثاً بطل قبوله، فبقي (1) رقيقاً، فيمنع توريثه، فإذا في توريثه إبطال

ص: 51

1- في «ر»: «فبقي».

و هذا بناء علي أنّ الولد يدخل في ملك الموصي له أو لا؟

و لو كان القابل من لا يحجبه الموصي به، كابن آخر حرّ، فللشافعيّة ثلاثة أوجه:

أحدها: أنّه يرث؛ لأنّ توريثه لا يؤدّي إلي حرمان القابل، فصار كما لو مات عن ابن مشهور النسب فأقرّ بابن آخر يرثان معا، و لو مات عن أخ فأقرّ بابن للميت ثبت نسبه و لم يرث عندهم.

وأظهرها: المنع من الإرث؛ لأنّا لو ورّثناه لارتدّ حقّ القابل من القبول في الكلّ إلي القبول في النصف، و لا يصحّ من الموصي به أن يقبل نصيب نفسه؛ لأنّه إنّما يقبل إذا كان وارثا، و إنّما يكون وارثا إذا عتق، و إنّما يعتق إذا قبل، فإذا بقي نصيبه رقيقا، و من بعضه رقيق لا يرث عندهم كمن كلّه رقيق.

وفرقوا بين هذا و بين إقرار الابن بابن آخر؛ لأنّهما حينئذ يقرّان بأنّهما ابنا الميت، فورثا المال، و هنا العتق في جميعه لا يصحّ إلّا بقبول من يحوز جميع التركة، و لا مدخل للمقبول في القبول، فلو لم يكن الأوّل جائزا بطل القبول من أصله.

و الوجه الثالث: أنّه إن ثبت القبول للموصي له و هو مريض، لم يرثه؛ لأنّ قبول ورثته كقبوله، و أنّه لو قبله لكان وصيّة، و الإرث و الوصيّة لا يجتمعان، و إن ثبت و هو صحيح ورثه(2).

مسألة 24: لو أوصي لرجل بزوجه الحامل من الزوج و هي أمة

ص: 52

1- العزيز شرح الوجيز 72:7، روضة الطالبين 140:5.

2- العزيز شرح الوجيز 72:7-73، روضة الطالبين 140:5.

الموصي ولابن لها حرّ ومات وخرجت هي كلّها من الثلث فقبلا الوصيّة وهما موسران، فإن قبلاهما معا عتقت الأمة بأسرها علي ابنها، النصف بالملك، و الباقي بالسراية إن قلنا بثبوتها هنا كقول الشافعية(1)، وعليه للزوج نصف قيمتها، ويعتق الحمل عليهما بالسوية.

أمّا نصيب الزوج: فلأنّه ولده.

و أمّا نصيب الابن: فلأنّ الأم عتقت عليه، و العتق يسري في الحامل إلي ما يملكه المعتق من حملها عندهم(2)، و لا يقوم نصيب واحد منهما علي الآخر؛ لأنّ العتق عليهما حصل دفعة واحدة، فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما أو أمهما، عتق عليهما و لا تقويم.

وإن قبل أحدهما قبل الآخر، فإن قلنا: يحصل الملك بالموت، أو قلنا بالتوقّف، فالجواب كذلك؛ لأنّ وقت الملك واحد و إن اختلف وقت القبول.

وإن قلنا: يحصل الملك بالقبول، فإن تقدّم قبول الابن عتقت الأمة بالملك، و الحمل بسراية العتق من الأم إلي الحمل، وعليه للزوج نصف قيمتها.

وإن تقدّم قبول الزوج، عتق جميع الحمل عليه، النصف بالملك، و النصف بالسراية، فيغرم نصف قيمته يوم الولادة للابن، و لا يعتق عليه من الأمة شيء.

فإذا قبل الابن، عتق عليه جميعها بالملك و السراية، و غرم للزوج نصف قيمتها.7.

ص: 53

1- العزيز شرح الوجيز 73:7.

2- العزيز شرح الوجيز 73:7.

وإن قبل الزوج وحده، عتق عليه الحمل، النصف بالملك، والنصف بالسراية، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي، ولا يسري العتق من الحمل إلي الأم؛ لأنّ الحمل تبع لها، وليست هي تبعاً له.

وإن قبل الابن وحده، عتقا عليه، وغرم نصف قيمتهما لورثة الموصي.

مسألة 25: لو أوصي لإنسان بمن يعتق عليه و مات الموصي له عن ابنين،

فالقول في قبولهما تفريعاً علي الأقوال في وقت الملك كما سبق.

و الظاهر صحّته عند الشافعية (1) أيضاً، و وقوع العتق عن الميّت.

وإن قبل أحدهما دون الآخر، صحّ القبول في النصف، و يعتق علي الميّت.

ثمّ قال بعضهم: ينظر إن ورت القابل من الموصي له ما يفي بقيّة العبد قوم عليه الباقي فيما ورثه، وإلاّ لم يقوم عليه، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه، [و لا يثبت التقويم في نصيب الذي لم يقبل من التركة.

أمّا أنّه لا اعتبار بيساره في نفسه: فلاّن] العتق وقع عن الميّت، فلا يكون التقويم علي غيره.

و أمّا أنّه لا يثبت للذي لم يقبل: فلاّن سبب العتق القبول، فالذي لم يقبل لم ينتسب (2).

[و] اعترض بأنّه هب أنّه لم ينتسب إليه لكنّه غير منكر عتق نصيب القابل و اقتضاءه التقويم، و التقويم كدين يلحق التركة (3).

ص: 54

1- العزيز شرح الوجيز 74:7، روضة الطالبين 5:140.

2- نفس المصدرين، و ما بين المعقوفين أثبتناه منهما.

3- العزيز شرح الوجيز 74:7، روضة الطالبين 5:140.

وقال بعضهم: يجب أن لا يقوم علي الميِّت، و يقتصر العتق علي القدر المقبول؛ لوجهين:

أحدهما: أنَّ الملك حصل للميِّت بغير اختياره، بل بقبول الوارث، فأشبهه ما إذا [ورث] (1) شقصا من عبد يعتق عليه ولا يقوم عليه.

والثاني: أنَّ العتق يحصل بعد موته، ولا مال له حينئذ، فأشبهه ما إذا أعتق شقصا من عبد بعد الموت لا يقوم عليه الباقي (2).

واعترض بأنَّ لو حكمنا بالعتق علي الميِّت لجعلنا الوارث نائبا عنه، وكيف ينتظم مع القول بالنيابة نفي اختيار المنوب؟! نعم، كلاهما حكميان، وأمَّا الثاني فلا نسلم أنَّ العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلي ما قبل الموت كما تقدّم (3).

ثمَّ ولاء ما عتق منه للميِّت.

و هل يشترك الابنان معا، أم ينفرد به القابل ؟ للشافعيَّة و جهان، أحدهما: انفراد القابل؛ لأنَّه انفراد باكتسابه، فأشبهه ما إذا شهد شاهد بدين للميِّت و حلف معه أحد الابنين، فإنَّه ينفرد الحالف بنصفه، ولا يشاركه الآخر فيه (4).

[و] اعترض بأنَّ المنفرد بالاكتساب في هذه الصورة لم ينفرد إلا بنصفه ممَّا أثبتته للميِّت، فوجب أن يكون هنا كذلك (5). 5.

ص: 55

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيَّة و الحجرية: «أعتق». و المثبت كما في المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 74:7، روضة الطالبين 5:140-141.

3- العزيز شرح الوجيز 74:7، روضة الطالبين 5:141.

4- العزيز شرح الوجيز 74:7، روضة الطالبين 5:141.

5- العزيز شرح الوجيز 74:7-75.

ولو أوصي لإنسان ببعض من يعتق عليه و مات الموصي له وقبل وارثه الوصيّة، فالقول في عتقه علي الميّت و تقويم الباقي عليه علي ما تقدّم في هذه المسألة.

مسألة 26: لو كان له أمة ذات ولد من غيره فأوصي بها لذلك الولد،

فإن كانت تخرج من الثلث وقبل الموصي له الوصيّة عتقت عليه، وإن ردّ بقيت للوارث.

وإن لم تخرج، فالجواب في قدر الثلث كذلك، وأمّا الزائد عليه فلو أعتقه الوارث و هو موسر عتق عليه.

ثم إن لم يقبل ابنها الوصيّة تبين أنّ جميعها للوارث، فيسري العتق من البعض الذي أعتقه إلي الباقي، وإن قبل عتق عليه ما قبل.

قال بعض الشافعيّة: و لا يقوم نصيبه علي الوارث و لا نصيب الوارث عليه.

أمّا الثاني: فلاّنه أعتق نصيبه قبل قبوله.

و أمّا الأوّل: فلاّنا تبينّ بالقبول حصول ملكه بالموت و تقدّمه علي إعتاق الوارث للزيادة.

و الصواب عند الشافعيّة أن يقال: إن قلنا بحصول الملك بالموت ابتداءً أو تبيناً، فيقوم نصيب الوارث عليه؛ لأنّنا تبينّا استناد عتقه إلي وقت الموت، و عتق الوارث متأخّر عنه؛ [لأنّه] (1) لا بدّ فيه من مباشرة الإعتاق، و إن قلنا بحصوله بالقبول، فيعتق الجميع علي الوارث؛ لأنّه يسري من نصيبه إلي قدر الثلث، و القبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأوّل

ص: 56

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز.

هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الإعتاق، فإن قلنا: إنَّها لا تحصل إلا بعد أداء القيمة، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة، وفيه وجهان:

أحدهما: النفوذ؛ لأنَّه يملكه ما لم يأخذ القيمة.

وأصحَّهما: المنع؛ لأنَّ الأول بإعتاق نصيبه استحقَّ تقويمه عليه للإعتاق، فصار كما لو استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة و هو موسر تصير أم ولد له، وليس للآخر إعتاق نصيبه، فعلي هذا تكون قيمة نصيبه علي الوارث، وكأنَّه قوَّته بإعتاق نصيبه(1).

ولو كانت المسألة بحالها و وارث الموصي ابن له من هذه الأمة، فإن ردَّ الموصي له عتقت علي الابن الذي هو وارث السيّد، وإن قبلها فينظر إن خرجت من الثلث عتقت علي الموصي له، وإن لم تخرج فالزائد علي الثلث منها.

وأطلق بعضهم بأنَّه يعتق في الحال علي الوارث(2).

وفصّل قوم، فقالوا: إن لم يجز الوارث الزيادة علي الثلث، فالحكم ما تقدّم، وإن أجاز فعتقه مبنيّ علي أنّ إجازة الوارث ابتداء عطية منه أو تنفيذ؟ إن قلنا بالأول، فقد حكمنا للوارث بالملك قبل أن يعطي، فيعتق عليه، وإن قلنا: تنفيذ، لم يعتق؛ لأنَّنا علي هذا القول لا نجعل الزائد علي الثلث للوارث، بل نقفه علي الردّ والإجازة، فإن أجاز تبين أنَّه لم يملكه، وأمّا قدر الثلث فإنَّه يعتق علي الموصي له، ولا يقوم نصيب أحدهما علي2.

ص: 57

1- العزيز شرح الوجيز 75:7، روضة الطالبين 5:141.

2- العزيز شرح الوجيز 75:7، روضة الطالبين 5:141-142.

الآخر.

أمّا أنّه لا يقوم علي ابن السيّد: فلاّنه ملك بالإرث، وعتق الشقص المملوك بالإرث لا يقتضي السراية.

وأمّا أنّه لا تقويم علي ابنها الموصي له: فلاّن نصيب شريكه عتق قبل عتق نصيبه إن قلنا: إنّ يملك بالقبول، و مع عتق نصيبه إن قلنا: إنّ يملك بالموت، و لا تقويم علي التقديرين(1).

مسألة 27: لو أوصي بعبد لشخصين أحدهما ابن العبد،

فإن قبلا- الوصيّة معا و قلنا بالتقويم في مثل ذلك، عتق جميعه علي القريب إن كان موسرا، النصف بالملك، و الباقي بالسراية، و يغرم للأجنبي نصف قيمته.

وإن قبل الابن أولا، عتق جميعه عليه، و غرم قيمة النصف الآخر إمّا للأجنبي إن كان قبل الوصيّة بعد ذلك، و إمّا لوارث الموصي إن لم يقبل.

فإن قبل الأجنبي أولا ملك نصيبه، و بقي نصيب الابن موقوفا إلي أن يقبل أو يردّ، فإن قبل عتق عليه الجميع، و قوم عليه حصّة الأجنبي، و إن ردّ فنصفه للوارث و الأوّل للأجنبي.

و لو أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول الابن ثمّ قبل، فإن قلنا: الملك في الوصيّة يحصل بالقبول، قوم نصيبه علي الأجنبي، و كان كما لو أعتق الشريك نصيبه و هو موسر، ثمّ أعتق الثاني نصيبه، و إن قلنا: يحصل بالموت، تبين أنّ عتق الأجنبي غير نافذ، و أنّه عتق جميعه علي الوارث، و عليه نصف القيمة للأجنبي.

مسألة 28: لو أوصي بجارية لزوجها و أولدها بعد موت الموصي

ص: 58

1- العزيز شرح الوجيز 7: 75-76، روضة الطالبين 5: 142.

وقبل القبول، فولده رقيق للوارث إن قلنا: إن الملك بالقبول، وإن قلنا:

القبول كاشف، فإن قبل تبيّن أنّ الملك ثبت حين موت الموصي، فالولد حرّ الأصل لا ولاء عليه، وأمّه أمّ ولد؛ لأنّها علقت منه بحرّ في ملكه.

وإن مات الموصي له قبل القبول والردّ، فلوارثه قبولها، فإن قبلها ملك الجارية وولدها، فإن كان ممّن يعتق الولد عليه عتق، ولم يرث من أبيه شيئاً عليّ الأوّل، وعليّ القول بالكشف تكون الجارية أمّ ولد، ويرث الولد أباه، فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه.

وقالت الشافعية: لا يرث الولد هنا شيئاً؛ لأنّ توريثه يمنع كون القابل وارثاً، فيبطل قبوله، فيفضي إليّ الدور، وإليّ إبطال [ميراثه] (1) فأشبهه ما لو أقرّ الوارث بمن يحجبه عن الميراث (2).

وليس بجيد؛ فإنّ المقرّ به يرث.

وقولهم: «إنّ توريث المقرّ به يفضي إليّ إسقاط توريثه؛ لأنّه لو ورث لخرج المقرّ به عن كونه وارثاً، فبطل إقراره، وسقط نسب المقرّ به و توريثه، فيؤدّي توريثه إليّ إسقاط نسبه و توريثه، فأثبتنا النسب دون الميراث» (3) باطل؛ لأنّا إنّما نعتبر كون المقرّ وارثاً عليّ تقدير عدم المقرّ به، و خروجه بالإقرار عن الإرث لا يمنع صحّته؛ بدليل أنّ الابن إذا أقرّ بأخ فإنّه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة.

فإن قيل: إنّما يقبل إقراره إذا صدّقه المقرّ به، فصار إقراراً من جميع 7.

ص: 59

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «ميراثهم». والمثبت كما في المصدر.

2- المغني 473:6.

3- المغني 330:5، الشرح الكبير 203:7.

الورثة، وإن كان المقرّ به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله، فقد أقرّ كلّ من يعتبر قوله.

قلنا: ومثله هنا، فإنّه وإن كان المقرّ به كبيراً فلا بدّ من تصديقه، فقد أقرّ به كلّ من يعتبر إقراره، وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر، كما لو كانا ابنين أحدهما صغير فأقرّ البالغ بأخ، لم يقبل، ولم يقولوا: إنّ لا تعتبر موافقته، كذا هنا، ولأنّه لو كان في يدي إنسان عبد محكوم له بملكه فأقرّ به لغيره، ثبت للمقرّ له وإن كان المقرّ يخرج بالإقرار عن كونه مالكا، كذا هنا.

ولو أوصي لرجل بأبيه فمات الموصي له قبل القبول فقبل ابنه، صحّ، وعق عليه الجدّ، ولم يرث من ابنه شيئاً؛ لأنّ حرّيته إنّما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره، وعلي القول بالكشف تثبت حرّيته من حين موت الموصي، فيرث من ابنه السّدس.

وقال بعض الشافعيّة: لا يرث أيضاً؛ لأنّه لو ورث لا اعتبر قبوله، ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحرّيته، وإذا لم يجز اعتباره لم يعتق، فيؤدّي توريثه إلي إبطال توريثه (1).

وهو باطل؛ فإنّه لو أقرّ جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث ثبت نسبه وورث، مع أنّه يخرج المقرّون به عن كونهم جميع الورثة.

مسألة 29: إذا مات الموصي له قبل القبول وقبل وارثه،

فإن قلنا: إنّ الموصي له يملك بالقبول، ثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصي، لا من جهة مورثه، ولم يثبت للموصي له شيء، فحينئذ لا تقتضي

ص: 60

ديونه و لا تنفذ وصاياه، و لا يعتق من يعتق عليه.

وإن كان فيهم من يعتق علي الوارث، عتق عليه، و كان ولاؤه له دون الموصي له إن أثبتنا الولاء.

و علي القول الآخر يظهر أنّ الملك كان ثابتاً للموصي له، و أنّه انتقل منه إلي وارثه، فتنعكس هذه الأحكام، فتقضي ديونه و تنفذ وصاياه و يعتق من يعتق عليه، و له ولاؤه، و يختصّ به الذكور من ورثته.

مسألة 30: لو أوصي لغيره بأمنته ثم مات الموصي (1) قبل القبول

مسألة 30: لو أوصي لغيره بأمنته ثم مات الموصي (1) قبل القبول (2)،

فوطئها الوارث فأولدها، صارت أم ولد، و ولدها حرّ؛ لأنّه وطئها في ملكه إن قلنا: إنّ الملك يتحقّق بالقبول، و عليه قيمتها للموصي له إذا قبلها.

اعترض كيف قضيتم بعقبتها هاهنا و هي لا تعتق بإعتاقها؟

أجيب بأنّ الاستيلاء أقوى، و لذلك يثبت من الراهن و الأب و الشريك و إن لم ينفذ إعتاقهم (3).

و علي القول بأنّ القبول كاشف يكون الولد رقيقاً، و الأمة باقية علي الرقّ.

و لو وطئها الموصي له قبل قبولها، كان ذلك قبولاً لها، و ثبت الملك له به؛ لأنّه لا يجوز إلّا في الملك، فأقدمه عليه دليل علي اختياره الملك، فأشبه ما لو وطئ من له الرجعة المطلقة الرجعية، أو وطئ من له الخيار في البيع الأمة المبيعة، أو وطئ من له خيار فسخ نكاح امرأته.

ص: 61

1- في النسخ الخطيّة و الحجرية زيادة: «و الموصي له». و هي كما تري.

2- أي: قبل قبول الموصي له.

3- راجع: المغني 474:6، و الشرح الكبير 481:6.

إشارة

وله شرطان:

الأول: كمال العقل، فلا تصح وصية المجنون المطبق ولا من يعتوره الجنون في وقت جنونه، و تصح في وقت إفاقته؛ لقوله عليه السلام: «رفع القلم عن ثلاثة» وذكر المجنون من جملتهم⁽¹⁾، ولأن عبارته غير معتد بها في غير الوصية فكذا فيها؛ لعدم الوثوق بقصده وإرادته.

وكذا المبرسم والمعتوه الذي لا يعقل والنائم والسكران والمغمي عليه؛ لأن هؤلاء في حكم المجنون.

مسألة 31: لا تصح وصية الصبي غير المميز إجماعاً؛ لأنه بمنزلة المجنون،

وهو أحد الثلاثة الذين رفع القلم عنهم.

وهل تصح وصية المميز؟ أكثر علمائنا⁽²⁾ عليه، و شرط الشيخ رحمه الله أموراً ثلاثة: بلوغ عشر سنين، و وضعه الأشياء مواضعها، و كونها في

ص: 63

1- مسند أبي داود الطيالسي: 90/15، مسند أحمد 1: 1187/226، و 7: 145 - 24173/146، سنن الدارمي 2: 171، سنن ابن ماجه 1: 2041/658، سنن أبي داود 4: 4403/141، سنن الدارقطني 3: 138-173/139، المستدرک - للحاكم - 1: 258، و 2: 59، و 4: 389.

2- كالشيخ المفيد في المقنعة: 667، و الشيخ الطوسي في النهاية: 611، و سلاّر في المراسم: 203، و ابن البرّاج في المهدّب 2: 119، و ابن حمزة في الوسيلة: 372.

معروف(1)، و التدبير(2) وصية في الحقيقة - و هو أحد قولي الشافعي، وبه قال مالك و أحمد(3) - لما روي العامة أن غلاما من غسان حضرته الوفاة و له عشر سنين، فأوصي لبنت عم له و له وارث، فرفعت القصة إلي عمر، فأجاز وصيته(4)، و أجاز عثمان وصية غلام ابن أحد عشر سنة(5).

و من طريق الخاصة: ما رواه أبو بصير و أبو أيوب عن الصادق عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي، قال: «إذا أصاب موضع الوصية جازت»(6).

و سأل منصور بن حازم الصادق عليه السلام، قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته»(7).

و لأن الوصية لا تزيل ملكه في الحال و تقيد الثواب بعد الموت فتصح، كسائر القربات.

و قال ابن إدريس من علمائنا: لا تصح وصية غير البالغ، سواء كان 9.

ص: 64

1- النهاية: 611.

2- أي: تدبير الصبي.

3- الحاوي الكبير 8: 189، و 18: 137، المهذب - للشيرازي - 1: 457، نهاية المطلب 11: 297، بحر المذهب 14: 120، الوسيط 4: 403، حلية العلماء 6: 69، التهذيب - للبغوي - 5: 99، البيان 8: 137 و 353، العزيز شرح الوجيز 7: 6 و 7، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1010/2062، عيون المجالس 4: 1406/1971، الاستذكار 23: 25/33314، بداية المجتهد 2: 334، عقد الجواهر الثمينة 3: 1216، المغني 6: 558، الشرح الكبير 6: 447 و 448، مختصر اختلاف العلماء 5: 22/2162، بدائع الصنائع 7: 334.

4- الموطأ 2: 762/2 و 3، السنن الكبرى - للبيهقي - 10: 317، العزيز شرح الوجيز 7: 6، المغني 6: 559، الشرح الكبير 6: 448.

5- العزيز شرح الوجيز 7: 7.

6- التهذيب 9: 181/727.

7- التهذيب 9: 182/730.

في وجوه البرّ أو غيرها؛ لأنّ وجود كلام الصبي غير البالغ كعدمه، ولأنّه محجور عليه في أمواله إجماعاً، ولقوله تعالى: وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (1) أمر بالدفع بعد البلوغ، وهو في الرجل الاحتلام أو بلوغ خمس عشرة سنة (2).

و الأظهر من قولي الشافعي - وبه قال أبو حنيفة - : أنّ وصيّته وتدبيره باطلان؛ لأنّه لا عبارة له، ولهذا لا يصحّ بيعه وإن كان فيه غبطة (3).

فروع:

أ: منع المفيد رحمه الله من هبة الصبي وإن بلغ عشر سنين مميّزاً، وجوّز وقفه وصدقته بالمعروف كالوصيّة (4) ؛ لقول أحدهما عليهما السلام: «يجوز طلاق الغلام إن كان قد عقل وصدقته ووصيّته وإن لم يحتلم» (5).9.

ص: 65

1- سورة النساء: 6.

2- السرائر 3: 206.

3- الحاوي الكبير 8: 189، و 18: 137، المهذّب - للشيرازي - 1: 457، و 2: 8، نهاية المطلب 11: 298، و 19: 334، بحر المذهب 14: 120، الوسيط 4: 403، حلية العلماء 6: 69 و 181، التهذيب - للبغوي - 5: 99، البيان 8: 137 و 353، العزيز شرح الوجيز 7: 7، روضة الطالبين 5: 93، مختصر اختلاف العلماء 5: 21/2162، مختصر القدوري: 243، المبسوط - للسرخسي - 28: 91، روضة القضاة 2: 3891/704، تحفة الفقهاء 3: 207، الفتاوي الولوالجيّة 5: 341، الفقه النافع 3: 1185/1418، بدائع الصنائع 7: 334، الهداية - للمرغيناني - 4: 234، الاختيار لتعليل المختار 5: 90، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1010/2062، عيون المجالس 4: 1406/1971، المغني 6: 558، الشرح الكبير 6: 448.

4- المقنعة: 667 و 668.

5- التهذيب 9: 182/733.

و منع سلّار من وقفه (1).

ب: قال ابن الجنيد: إذا أوصي الصبي وله ثمان سنين، والجارية ولها سبع سنين بما يوصي به البالغ الرشيد جاز.

و كأنه عوّل علي رواية الحسن بن راشد عن العسكري عليه السّلام قال: «إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك» (2).

وهذه الرواية متروكة بين الأصحاب.

ج: قال الشيخ: إذا كان سنّ الصبي أقلّ من عشر سنين لم تجز وصيّته، قال: وقد روي أنّه إذا كان ابن ثمان سنين جازت وصيّته في الشيء اليسير في أبواب البرّ، والأوّل أحوط وأظهر (3).

و كأنه أشار بذلك إلي الرواية السابقة عن العسكري عليه السّلام.

د: روي جواز وصيّة ابن سبع سنين في المعروف، رواه أبو بصير عن الصادق عليه السّلام قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصي بثلث ماله في حقّ جازت وصيّته [وإذا كان ابن سبع سنين فأوصي من ماله باليسير في حقّ جازت وصيّته]» (4).

ه: روي محمّد بن مسلم في طريق واضح عن أحدهما عليهما السّلام قال:

«يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيّته وإن لم يحتلم» (5) 9.

ص: 66

1- المراسم: 203.

2- التهذيب 9: 736/183.

3- النهاية: 611.

4- الكافي 7: 29 (باب وصيّة الغلام والجارية التي لم تدرك...) ح 4، الفقيه 4: 145-146/503، التهذيب 9: 732/182، و ما بين المعقوفين أثبتناه منها.

5- التهذيب 9: 733/182.

فسوّغ بعض علمائنا بمقتضي هذه الرواية جواز طلاقه إذا بلغ عشر سنين(1)، ولا دلالة فيها، بل في ضدّ قوله؛ لأنّ قوله عليه السّلام: «إذا عقل» يدلّ علي البلوغ بالفحوي؛ لأنّ مناط العقل بلوغ خمس عشرة سنة، وقوله عليه السّلام:

«وإن لم يحتلم» غير مناف؛ لأنّه قد يبلغ بالسنّ وإن لم يحتلم.

وقيل: إنّما تصحّ وصيّة الصبيّ لقربته، ولا تصحّ للأجانب(2)؛ لما رواه محمّد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام، قال: سمعته قال: «إنّ الغلام إذا حضره الموت ولم يدرك جازت وصيّته لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء»(3).

مسألة 32: قال المفيد رحمه الله: المحجور عليه لسفه إذا أوصي في برّ و معروف جازت وصيّته،

ولم يكن لوليّه الحجر عليه في ذلك، ولا- تجوز وصيّة الصبيّ والمحجور عليه فيما يخرج عن وجوه البرّ و المعروف، وهبتهما باطلة، و وقفهما و صدقتهما جائزة إذا وقعا موقع المعروف(4).

وقال سائر: السفیه لا تمضي وصيّته إلّا في وجوه البرّ و المعروف خاصّة، و الصبيّ إذا بلغ عشر سنين جازت وصيّته أيضا في البرّ و المعروف خاصّة، و لا تمضي هبته و لا وقفه، و كذلك السفیه(5).

وقال أبو الصلاح: لا تمضي وصيّة من لم يبلغ عشر سنين و المحجور عليه، إلّا ما تعلّق بأبواب البرّ(6).

ص: 67

1- الشيخ الطوسي في النهاية: 518، و ابن البرّاج في المهدّب 2: 288، و ابن حمزة في الوسيلة: 323.

2- راجع: الفقيه 4: 504/146.

3- الكافي 7: 2/28، التهذيب 9: 728/181.

4- المقنعة: 667-668.

5- المراسم: 203.

6- الكافي في الفقه: 364.

فقد ظهر من هذا الخلاف بين علمائنا أنّ السفيه هل تبطل وصيّته بالمعروف، أو يكون كالصبي تصحّ وصيّته فيه ؟

و للشافعية في السفيه المبذر طريقان:

أحدهما: تخريج وصيّته إذا كان محجورا علي القولين في وصيّة الصبي المميّز.

وأصحّهما: القطع بالصحة، محجورا كان أو لم يكن؛ لأنّ عبارته صحيحة، ألا تري أنّ طلاقه يقع، وإقراره بالعقوبات يقبل (1).

الشرط الثاني: الحرّية، فلا تصحّ وصيّة العبد إذا مات علي العبوديّة.

ولو عتق و ملك ثمّ مات، فوصيّته حال الرقيّة لاغية أيضا علي أقوى الاحتمالين؛ لأنّه لم يكن أهلا للوصيّة حينئذ، وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في أظهر القولين، و الثاني لهم: الصحة؛ لأنّه صحيح العبارة وقد أمكن تنفيذ وصيّته (2).

و المكاتب كالقنّ إن كان مشروطا أو مطلقا و لم يؤدّ شيئا من مال الكتابة.

و لو كان قد أدّى و تحرّر بعضه، صحّت الوصيّة بقدر ما تحرّر منه، و بطلت بقدر ما فيه من الرقيّة؛ لقول الباقر عليه السّلام: «قضي أمير المؤمنين عليه السّلام في مكاتب قضي نصف ما عليه فأوصي بوصيّة، فأجاز نصف الوصيّة، وقضي في مكاتب قضي ثلث ما عليه وأوصي بوصيّة، فأجاز ثلث 5.

ص: 68

1- العزيز شرح الوجيز 7:7، روضة الطالبين 93:5.

2- نهاية المطلب 298:11، الوجيز 269:1، الوسيط 404:4، العزيز شرح الوجيز 7:7، روضة الطالبين 93:5.

مسألة 33: الكافر تصح وصيته؛ لأنه عاقل ينفذ عتقه و تملكه و سائر تصرفاته المالية و هبته فتصح وصيته،

إلا أن يوصي بما يمنع الشرع منه، فلو أوصي بخمر أو خنزير لم تنفذ وصيته، سواء أوصي بهما لمسلم أو ذمي، علي إشكال في الذمي، و الشافعية منعوا الوصية بهما للذمي (2).

و لو أوصي في جهات المعاصي، بطلت وصيته، كما لو أوصي بعمارة كنيسة مبتكرة، أما بتجديدها فلا يجوز عند الشافعية (3) ، و فيه إشكال.

و لو أوصي بكتبة التوراة والإنجيل أو بقرءتهما، لم تصح.

و لو أوصي بدهن يشعل في البيع و الكنائس، فإن قصد تعظيم البيع لم يجز، و إن قصد انتفاع المقيمين أو المجتازين بضوئها جازت الوصية، كما لو أوصي بصرف شيء إلى أهل الذمة.

مسألة 34: لو أوصي المسلم بمعصية - كبناء موضع لشرب الخمر أو بيعه أو الفسق أو اللهو أو القمار فيه -

لم تصح وصيته؛ لأن المقصود من شرع الوصية تدارك ما فات في حال الحياة من الحسنات، فلا يجوز أن يكون في وجه المعصية.

و يجوز من المسلم و الكافر الوصية بعمارة المسجد الأقصى أو عمارة قبور الأنبياء عليهم السلام، و كذا عمارة قبور العلماء و الصالحين؛ لما فيها من إحياء الزيارة و التبرك بها.

و كذا يجوز أن يوصي المسلم و الكافر بفك أساري الكفار من أيدي

ص: 69

1- التهذيب 9: 223-224/876.

2- الوسيط 4: 404، العزيز شرح الوجيز 7: 7، روضة الطالبين 5: 93-94.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 7، روضة الطالبين 5: 93-94.

المسلمين؛ لأنّ المفاداة جائزة.

وكذا تصحّ الوصيّة ببناء رباط ينزله أهل الذمّة، أو دار تصرف غلتها إليهم.

مسألة 35: لو جرح الإنسان نفسه بما فيه هلاكها ثمّ أوصي،

لم تصح وصيّته عند أكثر علمائنا⁽¹⁾، وكذا قال المفيد رحمه الله: لو أحدث في نفسه حدث القتل من جراح أو شرب سمّ ونحو ذلك، كانت وصيّته مردودة⁽²⁾، ونقله ابن الجنيّد عن الصادق عليه السّلام.

وقال ابن إدريس: الذي تقتضيه أصولنا أنّ وصيّته صحيحة ماضية إذا كان عقله ثابتاً؛ لأنّه عاقل رشيد فتصحّ وصيّته كغيره⁽³⁾.

و الوجه: الأوّل؛ لأنّه سفيه فلا ينفذ تصرّفه، ولأنّه في حكم الأموات فلا يتصرّف في مال غيره، ولأنّه قاتل نفسه فلا يتصرّف في ماله، فإنّ الوارث يخرج عن التصرف في التركة بقتله مورثه فكذا قاتل نفسه.

ولأنّ الموصي له إنّما يملك بعد القبول و الموت فملكه عن الموصي، فيكون المال حال الموت علي حكم مال الميّت؛ لعدم استحقاق الوارث له، لأنّ الله تعالى إنّما ملكه ما قبل الوصيّة، فلم ينتقل المال إليه، ولا إلي الموصي له، وإلّا لم يزل عنه بالردّ، بل بعقد شرعيّ، فيبقي علي حكم مال الميّت، فكانّ الميّت مبذّر كالوارث، فيمنع من التصرف في التركة، كما يمنع الوارث القاتل.

ص: 70

1- منهم: الشيخ الطوسي في النهاية: 610، وأبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: 364، والقاضي ابن البرّاج في المهذب 2: 107.

2- المقنعة: 672.

3- السرائر 3: 197.

و لقول الصادق عليه السّلام: «فإن كان أوصي بوصيّة بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعلّه يموت لم تجز وصيّته»⁽¹⁾.

و يمنع الرشد.

أمّا لو أوصي الإنسان بوصيّة ثمّ قتل نفسه، فإنّ وصيّته تنفذ، ويجب العمل بها إجماعاً؛ لانتفاء المانع حالة الوصيّة ووجود المقتضي.

ولأنّ أبا ولاد سمع الصادق عليه السّلام يقول: «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنّم خالداً فيها» قلت له: أرايت إن كان أوصي بوصيّة ثمّ قتل نفسه في ساعته تنفذ وصيّته؟ قال: فقال: «إن كان أوصي قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أجزت وصيّته في ثلثه»⁽²⁾ الحديث.

مسألة 36: الوصيّة بالولاية إنّما تصحّ ممّن يملكها،

فإنّ من لا يملك شيئاً لا تصحّ وصيّته؛ إذ من ليس له التصرف في حياته الأولي أن يمنع منه بعد موته.

إذا عرفت هذا، فلا تصحّ الوصيّة علي الأطفال إلّا من الأب أو الجدّ للأب خاصّة، ولما انتفت الولاية عن الأم لم تصح وصيّتها بالولاية عليهم.

و لو أوصت لهم بمال وأقامت وصيّاً، صحّ ما أوصت به من المال في ثلث التركة وفي إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تصح وصيّتها بالولاية في ذلك المال علي الأولاد، بل يكون المتولّي فيه الأب أو الجدّ أو الحاكم.

ص: 71

1- التهذيب 820/207:9.

2- التهذيب 820/207:9.

إشارة

الوصية إن كانت لجهة عامة، فالشرط فيها أن لا تكون جهة معصية، وقد تقدّم (1)، وإن كانت لمعين فشرطه أن يتصور له الملك، وإثما يتحقق هذا الشرط لو كان الموصي له موجودا، فلو أوصي للمعدوم لم تصح وصيته إجماعا.

وكذا لو أوصي لميت أو لمن ظن وجوده فبان ميتا حال الوصية؛ لأن الوصية تمليك، وهو غير متحقق في الميت.

ولا فرق بين أن يعلم بموته حال الوصية أو يجهل ذلك ويتوهم حياته ثم يظهر موته حالة الوصية، وبه قال أكثر العامة (2).

وقال مالك: إن علم بموته صحّت الوصية له، وكان الموصي به تركته (3).

وهل يشترط التعيين؟ الأقرب: ذلك، فلو أوصي لأحد الشخصين لم يصح.

ص: 73

1- في ص 69، المسألة 34.

2- المغني 466:6، الشرح الكبير 526:6، مختصر اختلاف العلماء 5 : 2159/19، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2085/1017:2، عيون المجالس 4: 1403/1968، المعونة 3: 1634، البيان 8: 140، العزيز شرح الوجيز 7 : 33، روضة الطالبين 5: 111، المحلّي 9: 322.

3- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2085/1017:2، عيون المجالس 4: 1403/1968، المعونة 3: 1634، المحلّي 9: 322، البيان 8: 140، العزيز شرح الوجيز 7: 33، مختصر اختلاف العلماء 5: 1403/19، المغني 6: 466، الشرح الكبير 6: 526.

و كذا لو أوصي لما تحمله المرأة من بعد الوصية أو لمن يوجد من أولاد فلان.

وهنا مطلبان:

المطلب الأول: في المسائل المعنوية.

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: في الوصية للحمل.

مسألة 37: تصح الوصية للحمل بشرطين: وجوده حالة الوصية،

وانفصاله حيًا؛ لأنّ الوصية تجري مجري الميراث من حيث إنّها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلي الموصي له بغير عوض كانتقاله إلي وارثه، ولأنّ الوصية تتعلّق بغرر وخطر فصحت للحمل، كالتق، ولأنّ الوصية أوسع مجالاً من الإرث، فإنّ المكاتب والكافر والعبد لا يرثون، وتجاوز الوصية لهم، والحمل يرث بالإجماع، وإذا ثبت الميراث للحمل فالوصية بالثبوت أولى.

ولا نعلم في صحة الوصية للحمل خلافاً، وبه قال الشافعي والثوري وأحمد وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي(1).

وإنما شرطنا العلم بوجوده؛ لأنّ الأصل عدمه، فإذا لم يعلم الوجود

ص: 74

1- الأم 112:4، مختصر المزملي: 143، الحاوي الكبير 215:8، نهاية المطلب 114:11، الوجيز 269:1، الوسيط 409:4، التهذيب - للبغوي - 81:5، البيان 140:8، العزيز شرح الوجيز 9:7، روضة الطالبين 95:5، المغني 6:507، الشرح الكبير 6:504، مختصر القدوري: 244، المبسوط - للسرخسي - 87:28، روضة القضاة 3875/687:2، تحفة الفقهاء 208:3، الفقه النافع 3: 1191/1421، بدائع الصنائع 335:7.

حكم بالعدم، والمعدوم لا تصح الوصية له.

وكذا لو أوصي لحمل سيكون، فسدت الوصية، وهو أصح وجهي الشافعية(1).

وإنما يعلم وجوده حال الوصية لو وضعته لأقل من ستة أشهر من حين الوصية، فلو انفصل لستة أشهر من حين الوصية فصاعداً إلى أقصى مدة الحمل - وهو سنة علي رأي - فإن كانت المرأة فراشا لزوج أو سيد، لم يعط الحمل شيئاً؛ لجواز تجددته بعد الوصية وحدوث العلوق بعدها، والأصل عدم الحمل يوم الوصية، وإن لم تكن فراشا، بل فارقها زوجها أو سيدها قبل الوصية، فإن كان انفصاله لأكثر من سنة من وقت الوصية، فكذا لا يستحق شيئاً؛ لعلمنا بأنه لم يكن موجوداً حال الوصية.

وعند الشافعي: أقصى الحمل أربع سنين، فإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الوصية لم يعط شيئاً(2).

وإن كان انفصاله بين مدة أقل الحمل وأكثره، فالأقوي: أنه يستحق الوصية؛ لأن الظاهر وجوده حين الوصية، لندور اتفاق وطى الشبهة، ولا يحكم بأنه ولد الزنا؛ لأصالة عدم إقدام المسلم علي المحرم، وهو أظهر قولي الشافعي، وفي الثاني: بطلان الوصية؛ لاحتمال حدوث العلوق بعد الوصية، ويخالف النسب، فإنه يكفيهِ الإمكان(3).5.

ص: 75

1- الوجيز 1: 269-270، الوسيط 4: 410، التهذيب - للبغوي - 5: 82، البيان 8: 141، العزيز شرح الوجيز 7: 11، روضة الطالبين 5: 96.

2- الحاوي الكبير 8: 215، نهاية المطلب 11: 115، الوجيز 1: 269، الوسيط 4: 410، البيان 8: 141، العزيز شرح الوجيز 7: 10، روضة الطالبين 5: 95.

3- نهاية المطلب 11: 115، الوجيز 1: 269، الوسيط 4: 410، البيان 8: 141، العزيز شرح الوجيز 7: 10، روضة الطالبين 5: 95.

و لو قال الموصي: أوصيت لحمل فلانة من زيد، فكما يشترط العلم بوجوده عند الوصية يشترط أن يكون ثابت النسب من زيد، حتي لو كانت الوصية بعد زوال الفراش فأنت بولد لأكثر من سنة عندنا و من أربع سنين عند الشافعي(1) من وقت الفراق، و لأقل من ستة أشهر من يوم الوصية، فلا يستحق؛ لأن النسب غير ثابت منه، بخلاف ما إذا اقتصر علي الوصية لحمل فلانة.

و لو اقتضي الحال ثبوت النسب من زيد لكنّه نفاه باللعان، فقال بعضهم: إنّ لا شيء له؛ لأنّه لم يثبت نسبه، بل نفي نسبه عنه، وإذا لم يثبت نسبه لم يوجد شرطه(2).

وقال آخرون: إنّ يستحق؛ لأنّه كان النسب ثابتا، إلّا أنّه انقطع باللعان، و اللعان إنّما يؤثّر في حق الزوجين خاصّة، و لهذا لا يجوز لغير الزوج رميها بذلك(3).

و هذا الخلاف كالخلاف في أنّ التوأمين المنفيتين باللعان يتوارثان بإخوة الأم وحدها، أو بإخوة الأبوين؟(4).

مسألة 38: و يشترط في الحمل انفصاله حيّا؛ لأنّ الميت لا يملك شيئا،

و الوصية نوع تمليك، فلا تصحّ له.

و لا فرق بين أن يكون قد حلّته الحياة في بطن أمه أو لا؛ لأنّ الحياة المشروطة هنا ما وجدت بعد انفصاله.

و لا فرق بين أن يقع بجناية جان أو لا.

ص: 76

1- العزيز شرح الوجيز 10:7، روضة الطالبين 95:5.

2- العزيز شرح الوجيز 11:7، روضة الطالبين 95:5.

3- العزيز شرح الوجيز 11:7، روضة الطالبين 95:5.

4- العزيز شرح الوجيز 11:7.

و لو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر ثم ولدت الثاني لأقل من ستة أشهر من الولادة الأولى، صحّت الوصيّة لهما وإن زاد ما بين الثاني والوصيّة علي ستة أشهر و كانت المرأة فراشا؛ لأنّهما حمل واحد إجماعا.

مسألة 39: إذا أوصي للحمل صحّت،

و كان القابل للوصيّة أبوه أو جدّه أو من يلي أمره بعد خروجه حيّا.

و لو قبل قبل انفصاله حيّا ثم انفصل حيّا، ففي الاعتداد بذلك القبول إشكال.

و للشافعي قولان، كما لو باع مال أبيه علي ظنّ أنّه حيّ فبان أنّه ميّت (1).

هذا كلّ إذا صرّح وقال: أوصيت لحملها، أو لحملها الموجود، و لو صرّح وقال: أوصيت لحملها الذي سيحدث و يكون من بعد، فإنّ الوصيّة باطلة علي ما تقدّم (2).

و للشافعيّ وجهان:

أصحّهما هذا؛ لأنّ الوصيّة تملك علي ما بيّنّا، و تملك من لم يوجد بعد محال، و لأنّه لا متعلّق للعقد في الحال، فأشبه ما إذا وقف علي مسجد سيبني.

و الثاني: أنّ الوصيّة صحيحة، كما تصحّ بالحمل الذي سيوجد، فإذا جاز تملك [ما] (3) لم يوجد جاز تملك من لم يوجد (4).

ص: 77

1- العزيز شرح الوجيز 11:7، روضة الطالبين 96:5.

2- في ص 75، ضمن المسألة 37.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «من». و المثبت كما في العزيز شرح الوجيز.

4- الوجيز 270-269:1، الوسيط 411-410:4، البيان 141:8، العزيز شرح الوجيز 12-11:7، روضة الطالبين 96:5.

ولهم وجه ثالث، وهو النظر إلى حال الموت، فإن كان الحمل موجودا حينئذ صحّت الوصيّة، وإلا فلا(1).

وتصحّ الوصيّة بالمنافع المتجدّدة إجماعا، وكذا عندنا بثمار الأشجار، وللشافعيّة فيه قولان(2).

لا يقال: يصحّ الوقف علي المعدوم تبعا للموجود فلئن صحّ الوصيّة له أولي؛ لأنّ الوصيّة تصحّ بالمعدوم والمجهول، بخلاف الوقف.

لأنّا نقول: الوصيّة أجريت مجري الميراث، ولا- يحصل الميراث إلا- لموجود، فكذا الوصيّة، والوقف يراد للدوام، فمن ضرورته إثباته للمعدوم.

مسألة 40: إذا أوصي لحمل امرأة فولدت ذكرا وأنثي،

تساويا في الوصيّة؛ لأنّ ذلك عطية وهبة، فأشبه ما لو وهبهما شيئا بعد ولادتهما، ولو فصل بينهما أتبع كلامه، كالوقف(3).

وإن قال: إن كان في بطنها غلام فله ديناران، وإن كان فيه جارية فلها دينار، فولدت غلاما و جارية، فلكلّ واحد منهما ما وصّي له به؛ لوجود الشرط فيه، وإن ولدت أحدهما منفردا فله وصيّته.

ولو قال: إن كان حملها أو إن كان ما في بطنها غلاما فله ديناران، وإن كانت جارية فلها دينار، فولدت أحدهما منفردا، فله وصيّته، وإن ولدت غلاما و جارية فلا شيء لهما؛ لأنّ أحدهما ليس هو جميع الحمل ولا كلّ ما في البطن، وهو قد شرط الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل

ص: 78

1- العزيز شرح الوجيز 12:7، روضة الطالبين 96:5.

2- العزيز شرح الوجيز 34:7، روضة الطالبين 112:5.

3- في «ر، ص»: «كما لو وقف».

ولم يحصل، وبه قال أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي وأبو ثور(1).

البحث الثاني: في الوصية للعبد وشبهه.

مسألة 41: لا تصح الوصية لمملوك الغير ولا لمكاتبه المشروط ولا المطلق

الذي لم يؤد شيئا ولا لمدير الغير ولا لأم ولد الغير عند علمائنا.

خلافًا للعامة، فإنهم جوّزوا الوصية لعبد الغير ومكاتبه ومديره وأم ولده(2).

لنا: أنّ العبد لا يملك شيئاً؛ للآية(3)، فلا يصحّ من الغير أن يملكه، كما لا يصحّ أن يملك الميت والمعدوم والجماد.

وما رواه عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا وصية لمملوك»(4).

والعامة لما جوّزوا الوصية لعبد الغير قالوا: إن استمرّ رقه فالوصية للسيد، حتى لو قتل العبد الموصي له [لم] تبطل الوصية، ولو قتله سيّد العبد، كانت وصيته للقاتل(5).

ص: 79

-
- 1- المغني 510:6، الشرح الكبير 507:6، المبسوط - للسرخسي - 86:28، بدائع الصنائع 336:7، الحاوي الكبير 216:8 و 217، التهذيب - للبغوي - 5: 82، البيان 143:8-144، العزيز شرح الوجيز 87:7، روضة الطالبين 154:5.
 - 2- المغني 569:6، الشرح الكبير 498:6 و 500-501، الحاوي الكبير 192:8 - 193، المهذب - للشيرازي - 459:1، الوجيز 270:1، الوسيط 405:4 و 406، البيان 144:8 و 145، العزيز شرح الوجيز 12:7 و 16، روضة الطالبين 96:5 و 100.
 - 3- سورة النحل: 75.
 - 4- التهذيب 852/216:9، الاستبصار 506/134:4.
 - 5- العزيز شرح الوجيز 12:7، روضة الطالبين 96:5، وما بين المعقوفين أثبتناه منهما.

قالوا: يكون القبول للعبد؛ لأنَّ العقد مضاف إليه، فأشبهه ما لو وهبه شيئاً، فإذا قبل ثبت لسيِّده؛ لأنَّه من كسب عبده، وكسب العبد لسيِّده(1).

وليس بجيّد؛ لأنَّ الموصي إنّما قصد بالعطيّة العبد الذي لا يصحّ تملّكه، والسيّد غير مقصود له، فلا يملك.

و هل يفتقر قبول العبد إلى إذن السيّد؟ فيه للشافعيّة وجهان:

أصحّهما عندهم: المنع؛ لأنَّه كسب فصّح من غير إذن سيِّده، كالاخطاب، وهو قول أهل العراق والشافعي.

ولأصحابه وجه آخر: أنّ إذن السيّد شرط في القبول؛ لأنَّه تصرف [من] (2) العبد، فأشبهه بيعه وشراءه(3).

وليس بشيء؛ لأنَّه تحصيل مال بغير عوض، فلم يفتقر إلى إذنه، كقبول الهبة وتحصيل المباح.

و هل يصحّ من السيّد مباشرة القبول بنفسه؟ للشافعيّة وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنَّ الاستحقاق له، والفائدة تعود إليه.

وأصحّهما: المنع؛ لأنَّ الخطاب لم يجر معه(4).

و الوجهان فيما قيل(5) مخصوصان بقولنا: إنّ قبول العبد يفتقر إلى إذن 5.

ص: 80

1- المغني 569:6، الشرح الكبير 501:6.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «في». والمثبت كما في المغني.

3- الحاوي الكبير 192:8، الوسيط 405:4، حلية العلماء 74:6، التهذيب - للبغوي - 72:5، البيان 144:8-145، العزيز شرح الوجيز

7:12-13، روضة الطالبين 97:5، المغني 569:6، الشرح الكبير 501:6.

4- الوسيط 405:4، الوجيز 270:1، التهذيب - للبغوي - 72:5، البيان 8:145، العزيز شرح الوجيز 13:7، روضة الطالبين 97:5.

5- كما في العزيز شرح الوجيز 13:7، وروضة الطالبين 97:5.

السيد، ويجوز أن يعمما؛ لأنَّ الملك للسيد بكلِّ حال، فلا يبعد تصحيح الوصية منه وإن لم يسمَّ في الوصية، ألا ترى أنَّ وارث الموصي له يقبل وإن لم يسمَّ في الوصية.

و هل قبول السيد الهبة من العبد علي هذين الوجهين ؟

قال قائلون: نعم(1).

وقال بعضهم: لا، بل تبطل لا محالة؛ لأنَّ القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود، و قبول الوصية بخلافه، ألا ترى أنَّه يعتدَّ به منفصلا عن الإيجاب، و واقعا بعد خروج الموجب عن أهلية الإيجاب، و صادرا من وارث الموصي له مع أنَّه لم يخاطب(2).

و إذا صحَّحنا قبول العبد من غير إذن السيد، فلو منعه من القبول فقبل، قال بعض الشافعية: يصحَّ، و يحصل الملك للسيد، كما لو نهاه عن الخلع فخالع، و إذا قلنا: لا يصحَّ من غير إذنه، فلورّد السيد فهو أبلغ من عدم الإذن(3).

فلو بدا له أن يأذن في القبول بعد ذلك، ففيه احتمال عند بعضهم.

و لو صحَّحنا القبول من السيد، فينبغي أن يبطل ردّ العبد لو ردّ(4).

و هذه الفروع كلّها ساقطة عندنا.

مسألة 42: لو أوصي لعبد غيره و لم يستمر رقه،

لم يصح عندنا، كما لو استمرّ علي ما تقدّم.

ص: 81

1- كما في العزيز شرح الوجيز 13:7، و روضة الطالبين 97:5.

2- نهاية المطلب 245:11، العزيز شرح الوجيز 13:7، روضة الطالبين 97:5.

3- نهاية المطلب 246:11، العزيز شرح الوجيز 13:7، روضة الطالبين 97:5.

4- نهاية المطلب 246:11 و 247، العزيز شرح الوجيز 13:7، روضة الطالبين 97:5.

وعند العامة يصحّ، فإذا لم يستقرّ رقه بل أعتق، فإن كان عتقه قبل موت الموصي فالملك للعبد؛ لأنّ الوصيّة تمليك بعد الموت وهو حرّ حينئذ.

وإن عتق بعد موته فإنّما أن يتقدّم القبول علي العتق، أو بالعكس، فإن سبق القبول فالاستحقاق عندهم للسيد، وإن عتق ثمّ قبل، فإن قلنا: الوصيّة تملك بالموت، أو قلنا: يتبيّن بالقبول الملك من يوم الموت، فالاستحقاق للسيد أيضا، وإن قلنا: تملك بالقبول، فالملك للعبد.

وإذا أوصي له و المالك زيد، فباعه من عمرو، فينظر في وقت البيع، و يجاب بمثل هذا التفصيل(1).

مسألة 43: لو أوصي لمن نصفه حرّ و نصفه لأجنبي،

صحّت الوصيّة عندنا في نصيب الحرّيّة، و بطلت في نصيب الأجنبي. و عند العامة يصحّ الجميع(2).

ثمّ لا يخلو إمّا أن تكون بينه و بين السيد مهابة أو لا تكون.

فإن لم تكن و قبل بإذن السيد، فالموصي به بينهما بالسويّة، كما لو احتشّ أو احتطب.

وإن قبل بغير إذنه، فعلي الوجهين في افتقار العبد إلي إذن السيد، فإن قلنا به، فالقبول باطل في نصف السيد، و في نصفه لهم وجهان؛ لأنّ ما يملكه ينقسم علي [نصفه](3) فيلزم دخول بعضه في ملك السيد من غير

ص: 82

1- العزيز شرح الوجيز 13:7-14، روضة الطالبين 97:5.

2- البيان 158:8، العزيز شرح الوجيز 14:7، روضة الطالبين 97:5.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «نصفه». و المثبت كما في المصدر.

وإن وقعت بينهما مهاية، فإن قلنا: إنّ الاكتسابات النادرة لا تدخل في المهاية، فتكون كما لو لم تكن بينهما مهاية، وإن قلنا بالدخول، فلا حاجة إلي إذن السيد في القبول؛ لأنه لما هاية فقد أذن له في جميع الاكتسابات الداخلة في المهاية⁽¹⁾.

ثم اختلفت الشافعية في أنّ الاعتبار بأيّ يوم هو؟ فقال بعضهم بيوم الوصية، حتي إذا وقعت الوصية في يوم العبد فالوصية له وإن كان القبول في يوم السيد، وإذا وقعت الوصية في يوم السيد فالوصية للسيد وإن كان القبول في يوم العبد، كما أنّ في اللقطة الاعتبار بيوم الالتقاط.

وقال المحققون منهم: ليست الوصية كالالتقاط؛ لأنّ الالتقاط سبب ثبوت الحق، ألا تري أنّه لو أوصي لعبد فعتق قبل موت الموصي كانت الوصية للعبد؟ ولو التقط العبد ثم عتق قبل تمام الحول كان الملك للسيد.

وبنوا ذلك علي أنّ الملك في الوصية بم يثبت؟ إن قلنا بموت الموصي، أو قلنا: يتبين بالقبول الملك من يوم الموت، فالاعتبار بيوم الموت، وإن قلنا: يثبت بالقبول، فوجهان:

أحدهما: أنّ الاعتبار بيوم القبول؛ لأنه يوم الملك.

وأصحهما: أنّ الاعتبار بيوم الموت أيضا؛ لأنه يتأكد به الحق ويلزم وإن لم يثبت الملك، كما أنّ في اللقطة الاعتبار بيوم الالتقاط؛ لأنه يثبت به الحق وإن لم يثبت الملك⁽²⁾.5.

1- العزيز شرح الوجيز 14:7، روضة الطالبين 5:97-98.

2- العزيز شرح الوجيز 14:7، روضة الطالبين 5:98.

و الهبة لمن نصفه حرّ و نصفه رقيق علي القولين في دخول الاكتسابات النادرة في المهايأة أيضا، فإن أدخلناها فإذا وقع العقد في يوم أحدهما و القبض في يوم الآخر فيني علي أنّ الملك في الهبة المقبوضة يستند إلي وقت الهبة، أو يثبت عقيب القبض؟ فإن قلنا بالأوّل، فالاعتبار بيوم العقد، و إن قلنا بالثاني، فالاعتبار به أو بيوم القبض؟ فيه وجهان، كالوجهين في الوصية: [أنّ(1)] الاعتبار بيوم الموت أو بيوم القبول؟ تقرّعا علي أنّ الملك يحصل بالقبول.

لكن الأظهر في الهبة اعتبار يوم القبض؛ لأنّ الحقّ لا يلزم بالهبة، و في الوصية يلزم بالموت(2).

تذنيبان:

أ: لو قال: أوصيت لنصفه الحرّ أو لنصفه الرقيق خاصّة، فالأقرب عندنا: صحّة الوصية لنصفه الحرّ، و بطلانها في نصفه الرقيق لغيره؛ لأنّه لو أوصي له كان الحكم ما ذكرنا، فكذا إذا فصل.

و للشافعية و جهان:

أحدهما: أنّ الوصية باطلة، فإنّه لا يجوز أن يوصي لنصف الشخص، كما لا يجوز أن يرث بنصفه، و الثاني باطل عندنا.

و قال آخرون: إنّها تصحّ، و ينزل تقييد الموصي بمنزلة المهايأة، فيكون الموصي به للسيد إن أوصي لنصفه الرقيق، و للعبد إن أوصي لنصفه5.

ص: 84

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «لأنّ». و الصحيح ما أثبتناه من العزيز شرح الوجيز.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 14-15، روضة الطالبين 5: 98.

ب: لو صرح بإدراج الاكتسابات النادرة في المهايأة، فالأقرب:

دخولها قطعاً.

و للشافعية تردد في أنها تدخل لا محالة، أو يكون علي الخلاف (2).

و تردد بعضهم أيضاً فيما إذا عمّت الهبات و الوصايا في قطر أنها تدخل لا محالة كالاكتسابات العامة، أو هي علي الخلاف؛ لأنّ الغالب فيها الندور (3).

مسألة 44: لو أوصي لعبد نفسه،

فلا يخلو إمّا أن تكون الوصية بجزء شائع كثلث أو ربع، أو بعين من تركته.

فإن كانت بجزء شائع، صحّت الوصية وقوم العبد، فإن خرج العبد من الوصية عتق من الوصية إن كانت بالثلث فما دون، وإن كانت بالأزيد من الثلث صحّ بقدر الثلث.

فلو أوصي له بثلث تركته، فإن كانت قيمة العبد بقدر الثلث أيضاً عتق ولا شيء له، و كان باقي التركة للورثة، وإن كانت قيمة العبد أزيد من الثلث عتق من العبد بقدر الثلث، و استسعي في باقي قيمته للورثة، فإن عجز عن السعي رقّ منه بقدر الزائد، وإن كانت قيمة العبد أقلّ من الثلث أعتق و أعطي باقي الثلث.

و لو أوصي له بربع تركته، نسبت القيمة إلي الربع، فإن كانت بقدره عتق، و لا شيء له و لا عليه، وإن كانت قيمته أزيد من الربع عتق منه بقدر

ص: 85

1- العزيز شرح الوجيز 15:7، روضة الطالبين 98:5.

2- العزيز شرح الوجيز 15:7، روضة الطالبين 99:5.

3- العزيز شرح الوجيز 15:7، روضة الطالبين 99:5.

الرَّبع، واستسعي في باقي قيمته، وإن كانت قيمته أقل من الرَّبع عتق، وأعطى كمال الرَّبع.

ولو أوصى له بنصف تركته، بطلت في الزائد.

وبهذا قال الحسن وابن سيرين وأبو حنيفة⁽¹⁾.

لأنَّ الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها؛ لأنَّه من جملة الثلث الشائع، والوصية له بنفسه تصحّ، ويعتق، وما فضل استحقه؛ لأنَّه حرّ فيملك الوصية، فيصير كأنَّه قال: أعتقوا عبدي من ثلثي وأعطوه ما فضل.

وما رواه الحسن بن صالح عن الصادق عليه السّلام: في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: «يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد، ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة»⁽²⁾.

وقال الشيخان رحمهما الله: إذا أوصى لعبده بثلث ماله، ينظر في قيمة العبد قيمة عادلة، فإن كانت قيمته أقل من الثلث أعتق وأعطى الباقي، وإن كانت مثله أعتق، وليس له شيء ولا عليه شيء، وإن كانت القيمة أكثر من الثلث بمقدار السّدس أو الرَّبع أو الثلث أعتق بمقدار ذلك، واستسعى في الباقي لورثته، وإن كانت قيمته على الضّعف من ثلثه كانت الوصية باطلة⁽³⁾.

وقال في الخلاف: إذا أوصى لعبد نفسه، صحّت الوصية، وقوم العبد وأعتق إذا كان ثمنه أقل من الثلث، وإن كان ثمنه أكثر من الثلث استسعى⁰.

ص: 86

1- المغني 6: 567، الشرح الكبير 6: 502-503.

2- التهذيب 9: 851/216، الاستبصار 4: 505/134.

3- المقنعة: 676، النهاية: 610.

العبد فيما يفضل للورثة (1)، وأطلق، وتبعه ابن إدريس (2).

وكانَّ الشيخ رحمه الله عوّل في الحكم الأوّل علي مفهوم الرواية، حيث أمر الصادق عليه السّلام بالاستسعاء عند نقص الثّلت عن القيمة بقدر ربع القيمة (3)، فإنّه يلزم عدمه مع الزيادة.

لكن دلالة المفهوم ضعيفة، مع أنّ هذه الرواية ضعيفة السند، ولا يلزم من نفي الاستسعاء بطلان الوصيّة؛ لجواز الأمر بالاستسعاء مع قلّة الفاضل، لا مع زيادته.

وقال الشافعي: الوصيّة باطلة، إلا أن يوصي بعقته؛ لأنّه أوصي بمال يصير للورثة فلم يصحّ، كما لو أوصي له بمعيّن (4).

وليس بجيّد؛ لأنّ الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها؛ لأنّه من جملة الثّلت الشائع، والوصيّة له بنفسه تصحّ ويعتق، وما فضل استحقّه؛ لأنّه حرّ، فيملك الوصيّة، فكأنّه يقول: اعتقوا عبدا من ثلثي، وأعطوا ما فضل منه، بخلاف ما لو أوصي له بمعيّن؛ لأنّه لا يتناول شيئا منه.

وأما أصحاب الشافعي فقالوا: لو قال: أوصيت له بثلث ما أملك، أو بثلث أموالي، ولم ينصّ علي رقبته، فوجهان:

أظهرهما: أنّ رقبته تدخل في الوصيّة؛ لأنّها من جملة أمواله.

والثاني: لا تدخل؛ لأنّ قوله: «أوصيت لك بثلث أموالي» يشعر بالمغايرة بين الموصي به وبين الموصي له، وبأنّ المراد ما سوي رقبته، 6.

ص: 87

1- الخلاف 4: 165، المسألة 48.

2- السرائر 3: 198.

3- راجع: الهامش (2) من ص 86.

4- المغني 6: 567-568، الشرح الكبير 6: 503.

فعلي هذا لا يعتق منه شيء، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته، وعلي الأول الحكم كما لو قال: أوصيت له بثلث رقبته وثلث باقي أمواله. ولهم وجه ثالث: أنه تجمع الوصية في رقبته، فإن خرج كله من الثلث عتق، وإن كان الثلث أكثر من قيمة رقبته صرف الفضل إليه، وإن لم يخرج كله من الثلث عتق منه بقدر ما يخرج(1).

مسألة 45: لو أوصي لعبده بعين معينة من ماله،

فإن كانت غير نفسه فقال: أعطوه من مالي كذا، كثوب أو دار أو مائة دينار، فظاهر كلام الأصحاب: الحكم فيه كالجزء الشائع. والوجه: بطلان الوصية هنا؛ لأن الموصي قصد إعطاء عين، فلا يجوز التخطي إلي غيرها؛ لأنه يكون تبديلاً للوصية، ولأن العبد لا يملك فلا تصح له الوصية، ولا يمكن أن يحرر من قيمة العين؛ لما فيه من التبديل للوصية المنهي عنه(2)، ولا مجاناً؛ إذ لا سبب لعتقه، ولأنه إضرار بالورثة، وزيادة علي الوصية. وبهذا قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي؛ لأن العبد يصير ملكاً للورثة، فما أوصي له به فهو لهم، فكأنه أوصي لورثته بما يرثونه، ولا فائدة فيه، بخلاف ما إذا أوصي له بمشاع(3).

لكن علماؤنا يقولون: إنه تجمع الوصية في رقبته، كما قالوا في المشاع.

وعلي قول أصحابنا - وهو رواية أخرى عن أحمد(4) - إن الوصية

ص: 88

1- البيان 160:8، العزيز شرح الوجيز 15:7-16، روضة الطالبين 99:5.

2- سورة البقرة: 181.

3- المغني 568:6، الشرح الكبير 503:6.

4- المغني 568:6، الشرح الكبير 503:6.

تصحّ - وهو قول مالك وأبي ثور(1) - كالمشاع.

وقال الحسن وابن سيرين: إن شاء الورثة أجازوا، وإن شاؤا ردّوا(2).

وقال أصحاب الشافعي: إذا أوصي له بعين، فإن مات وهو ملكه فالوصيّة للورثة، وإن باعه الموصي فالوصيّة للمشتري، وإن أعتقه فهي للعتيق(3).

وعلي قول علمائنا لو أوصي له بالعين ثمّ باعه بطلت الوصيّة؛ لأنّها تصير وصيّة لعبد الغير، والوصيّة لعبد الغير باطلة.

مسألة 46: لو أوصي لعبده برقبته،

فالأقرب: الصّحة، ويكون بمنزلة تدبيره(4) - وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي(5) - لأنّه أوصي له بمن لا يملكه علي الدوام فصّح، كما لو أوصي به لأبيه، ولأنّ معني الوصيّة له برقبته عتق له؛ لعلمه بأنّه لا يملك رقبته، فصارت الوصيّة كناية عن إعتاقه بعد موته.

وقال أبو ثور: تبطل الوصيّة؛ لأنّه لا يملك رقبته(6).

ولو أوصي له ببعض رقبته، فهو تدبير لذلك الجزء.

وهل يعتق جميعه إذا احتمله الثلث؟ نظر.

وعن أحمد روايتان(7).

وقال أصحاب الرأي: يسعى في قيمة باقيه(8).

ص: 89

1- المغني 6:568، الشرح الكبير 6:503.

2- المغني 6:568، الشرح الكبير 6:503.

3- العزيز شرح الوجيز 7:16، روضة الطالبين 5:99.

4- في النسخ الخطيّة: «التدبير».

5- المغني 6:568، نهاية المطلب 11:255، التهذيب - للبغوي - 5:75، العزيز شرح الوجيز 7:135، روضة الطالبين 5:189.

(6) الي(8) المغني 6:568.

و كذا لو دبر بعض عبده و هو مالك كلّه.

و هل يفتقر إلي قبول العبد؟ الوجه: العدم؛ لأنّه في المعني كقوله:

أعتقوا عبدي، و هو أحد وجهي الشافعي، و أصحّهما: أنّه يفتقر إليه؛ لاقتضاء الصيغة القبول، فصار كما لو قال لعبده: وهبت منك نفسك، أو ملكتك نفسك، فإنّه يحتاج إلي القبول في المجلس(1).

و عند أبي حنيفة لا يحتاج إلي القبول في شيء من هذه الصّور(2).

و لو قال: وهبت منك نفسك، لا علي طريق التملك، بل نوي به العتق، ففي العتق نظر.

و قال الشافعي: يعتق من غير قبول(3).

مسألة 47: لو أوصي له بجزء من رقبته،

نفذت الوصية فيه، و كان ذلك تدبيراً لذلك الجزء، و عتق ذلك الجزء من الثلث.

و كذا لو قال: أوصيت له بثلث مالي، و لا مال له سواه.

و لو قال: أوصيت له بكلّ ما أملك من رقبته و غيرها من أموالي، و لا شيء له سواه، نفذت الوصية في ثلثه، و بقي باقيه رقيقاً للورثة، فتكون الوصية له بالثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه حرّاً و بعضه رقيق للوارث.

و لو خلف شيئاً غيره و أوصي له برقبته، فهو تدبير له، يخرج من الثلث، فإن وسعه الثلث عتق، و إلّا سعي في باقي قيمته للورثة عندنا.

و لو أوصي له بجزء من نفسه و كان أقلّ من الثلث و لا شيء له سواه،

ص: 90

1- نهاية المطلب 11: 255-256، العزيز شرح الوجيز 7: 135، روضة الطالبين 5: 189.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 135.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 135، روضة الطالبين 5: 189.

كأن يوصي بأن يعتق ربه أو خمس مئلا، عتق ثلثه كملا، وإن كان له مال غيره، فإن وسع ثلثه جميع قيمته عتق بأسره، وإلا فبقدر ما يحتمله الثلث، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، والثانية: لا يسري العتق إلى باقيه(1).

وقال أصحاب الرأي: يسعى في قيمة باقيه(2).

ولو قال: أوصيت له بكل ما أملك من رقبة وغيرها، عتق من الثلث عندنا، فإن قصر الثلث عن قيمته استسعى في الباقي، فإن عجز كان لورثة مولاه بقدر ما فيه من الرقبة، فإن فضل الثلث أعتق وأعطى باقي الثلث، ولو أجاز الورثة عتق الجميع.

وقال أصحاب الشافعي: تنفذ الوصية في ثلثه، ويبقى باقيه رقيقا للورثة، فتكون الوصية له بالثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه حرّ و بعضه رقيق للوارث(3).

ولو قال: أوصيت له بثلث ما أملك أو بثلث أموالي، ولم ينص على رقبته، دخل في الوصية، وعتق من الثلث عندنا.

وللشافعية وجهان:

أظهرهما: أنّ رقبته تدخل في الوصية؛ لأنّها من جملة أمواله.

والثاني: لا تدخل؛ لأنّ قوله: «أوصيت له بثلث أموالي» يشعر بالمغايرة بين الموصي به والموصي له(4)، وقد تقدّم(5).

ولو أوصي له بثلث جميع أمواله و شرط تقديم رقبته، عتق جميعه،8.

ص: 91

1- المغني 6: 568.

2- المغني 6: 568.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 15، روضة الطالبين 5: 99.

4- راجع: الهامش (1) من ص 88.

5- في ص 87-88.

و دفع إليه ما يتم به الثلث عندنا، وعند الشافعية (1) أيضا.

مسألة 48: يصح أن يوصي الإنسان لأمّ ولده،

ولا- نعلم فيه خلافا، وبه قال عامة علمائنا، وروي عن عمر وعمران بن حصين، وبه قال ميمون ابن مهران والزهري ويحيى الأنصاري و مالك و الشافعي وأحمد وإسحاق (2).

لكن اختلف علماؤنا بعد اتّفاقهم علي صحّة الوصيّة في عتقها هل تعتق من نصيب ولدها و تعطي ما أوصي لها به، أو تعتق من الوصيّة، فإن قصرت الوصيّة عن القيمة أعتق الفاضل منها من نصيب الولد؟ قال الشيخ رحمه الله بالأول (3)، وابن إدريس بالثاني (4).

وروي ابن بابويه: أنّها تعتق من الثلث و تعطي الوصيّة (5).

روي أبو عبيدة - في الصحيح - أنّه سأل الصادق عليه السّلام: عن رجل كانت له أمّ ولد له منها غلام فلمّا حضرته الوفاة أوصي لها بألفي درهم أو بأكثر، للورثة أن يسترقّوها؟ قال: فقال: «لا، بل تعتق من ثلث الميّت، و تعطي ما أوصي لها به»، وفي كتاب العباس: «تعتق من نصيب ابنها، و تعطي من ثلثه ما أوصي لها به» (6).

وهذا الذي في كتاب العباس هو الذي ذهب الشيخ إليه، و ما تقدّم في

ص: 92

1- العزيز شرح الوجيز 16:7، روضة الطالبين 5:99-100.

2- المغني 6:569، و 12:510، الشرح الكبير 6:500-501، الحاوي الكبير 8:193، المهذب - للشيرازي - 1:459، الوسيط 4:406، التهذيب - للبغوي - 5:74، البيان 8:145، العزيز شرح الوجيز 7:16، روضة الطالبين 5:100.

3- النهاية: 611.

4- السرائر 3:199-200.

5- الفقيه 4:160/559.

6- الكافي 7:29/4.

الرواية هو الذي اختاره الصدوق.

و احتج ابن إدريس بقوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (1) فجعل استحقاق الإرث بعد الوصية والدين بلا خلاف، فلو أعتقت من سهم ولدها دون الوصية فقد قدمنا الإرث علي الوصية، و هو خلاف القرآن (2).

ويمكن أن يقال: المراد في الآية استقرار الملك علي ما تقدم؛ لعدم بقاء التركة علي ملك مال الميت؛ لانتفاء صلاحيته للملك، وعدم انتقالها إلي الدين والموصي له بالإجماع، وعدم بقائها بغير مالك، فتعين انتقالها إلي الورثة.

ونمنع التقدم علي الإرث هنا، بل نقول: إنها من حين الوفاة تعتق وتحتسب قيمتها علي الولد؛ لأن العتق مبني علي التغليب والسراية، و لهذا لو لم يكن هنا وصية ولا إرث سواها فإنها تعتق علي الولد، وتستسعي لباقي الورثة، مع امتناع تقديم بعض الورث في الإرث؛ لتساويهم فيه.

وعند العامة تصح الوصية لأم الولد؛ لأنها حرة بعد موته، وهي تعتق من رأس المال، والوصية تعتبر من الثلث (3).

مسألة 49: و يصح أن يوصي الإنسان لمدبره،

فتجتمع له الوصيتان، إحداهما: التدبير؛ لأنه وصية في الحقيقة يخرج من الثلث، والثانية: الوصية بالمال الذي أوصي له به، فإن خرجت الوصيتان من الثلث عتق وأعطى ما فضل له، وإن عجز الثلث عنهما قدم العتق؛ لأنه أنفع له، ولأنه أوصي لعبده وصية صحيحة، فيقدم عتقه علي ما يحصل له من المال، كما لو

ص: 93

1- سورة النساء: 11.

2- السرائر 3: 200.

3- التهذيب - للبغوي - 5: 74، العزيز شرح الوجيز 7: 16.

أوصي لعبده القنّ بمشاع من ماله.

وقال الشافعية: يعتبر عتقه ووصيته من الثلث، فإن وفي بهما عتق، ونفذت الوصية، وإن لم يف الثلث بالمدبر عتق منه بقدر الثلث، و صارت الوصية وصية لمن بعضه حرّ وبعضه رقيق للوارث، وإن وفي الثلث بأحد الأمرين من المدبر والموصي به، مثل أن كان المدبر يساوي مائة والوصية بمائة وله سواهما مائة، فوجهان:

أحدهما: تقدّم رقبته، فيعتق كلّ، ولا شيء له من الوصية، كما اخترناه نحن.

والثاني: يعتق نصفه، والوصية وصية لمن نصفه حرّ ونصفه رقيق (1).

مسألة 50: تصحّ الوصية لمكاتبه المطلق،

سواء أذّي من مال الكتابة شيئاً أو لا، و لمكاتبه المشروط.

فإن كانت الوصية لمكاتبه المشروط، احتمل دفعه إليه بموت الموصي الذي هو مولاه؛ لأنّه نوع اكتساب، وهو من أهله، فإن عتق بالأداء أو الإبراء فلا بحث.

وإن عجز واسترق، فإن كان قد أتلفه فلا بحث أيضاً.

وإن كان قد دفعه إلي الوارث في مال الكتابة، احتمل إجراؤه مجري العبد في عتق ما قابل الوصية؛ لأنّه ليس أقلّ مرتبة منه، فحينئذ لا ينظر النسبة إلي مال الكتابة؛ لبطانها بعجزه، بل إلي قيمته، كالعبد، وأن تجري الوصية مجري اكتسابه، فله التصرف فيها كيف شاء، فإذا دفعه إلي الوارث ثمّ عجز تبيناً بطلان الوصية، وفساد الدفع، و لو لم يدفعه وعجز ردّ في

ص: 94

الرق، و كان مال الوصية للورثة؛ لظهور بطلان الوصية.

ويحتمل احتساب المدفوع من مال الكتابة؛ لأنه مكاتب ملك بالوصية المدفوع، و كان عليه دفعه في مال الكتابة، فحينئذ إن كان مال الكتابة أكثر من القيمة كان النظر إلى مال الكتابة، فإن دفع مال الكتابة بأسره عتق، وصحت الوصية و ما دفعه منها في مال الكتابة، وإن عجز رجع رقاً للوارث، و ظهر فساد الوصية وفساد الدفع.

ويحتمل مقاصدة الورثة بمال الكتابة من غير دفع إن كان مال الكتابة قد حلّ، و إلاّ فإشكال ينشأ من أولوية الدفع؛ لما في تأخيرها من التعرض لبطلان الوصية؛ لجواز عجزه، فيسترق فتبطل الوصية، و من أصالة براءة الذمة من تعجيل الدفع.

إذا عرفت هذا، فإن أجريناه مجري العبد فعجز عن دفع باقي مال الكتابة، و عجز مال الوصية عن الثلث و بقي بعضه رقيقاً، استسعي، فيحتمل الاستسعاء في باقي قيمته؛ لبطلان الكتابة بالعجز، و العتق الحاصل له إنّما كان باعتبار الوصية، كالعبد.

ويحتمل الاستسعاء في باقي مال الكتابة؛ لأنه قد دفع البعض منه و عتق به ما قبله باعتبار الوصية التي لا يقصر فيها عن العبد، فيبقي باقي مال الكتابة عليه.

وقالت العامة: تصح الوصية لمكاتبه، سواء أوصي له بجزء شائع أو بمعين؛ لأنّ ورثته لا يستحقّون المكاتب، و لا يملكون ماله، فكان مستقلاً بالملك، فصحت الوصية له، ثم إن عجز ورق صارت الوصية للورثة (1). 1.

ص: 95

مسألة 51: لو أوصي لمكاتبه المطلق،

صَحَّت الوصية له، سواء أَدَّى من كتابته شيئاً أو لا، فإن حَلَّت النجوم و اتَّحد الجنس قاصَّ مع الورثة، وإلاَّ فبقدر الحال.

ولو مات ولم يؤدِّ شيئاً، بطلت الكتابة، و ظهر بطلان الوصية، وإن كان قد أَدَّى شيئاً عتق منه بقدر ما أَدَّى، و كان له الوصية، و يؤدِّي ما عليه و ينعتق.

ولو أوصي لمكاتبه المطلق برقبته، احتمل البطلان؛ إذ لا تصرّف له في رقبته، و الصحة؛ لأنَّ هذا التصرّف يعود نفعه إلي المكاتب، فيكون محسناً و لا سبيل عليه، فحينئذ يحمل علي الإبراء من مال الكتابة.

ولو كان المكاتب مشروطاً، فأوصي له برقبته، فالجواز هنا أقوى؛ لأنَّه عبد ما بقي عليه شيء.

و كذا لو أوصي لأمِّ ولده برقبته أو لمديّره برقبته.

مسألة 52: لو أوصي لمكاتب الغير،

المشروط، لم يصح؛ لأنَّه مملوك لذلك الغير، و لا تصحّ الوصية لمملوك الغير علي ما تقدّم (1).

و يحتمل الصحة؛ لأنَّ قبول الوصية نوع كسب، و تصرفات المكاتب بالاكْتِسَاب صحيحة.

و لو كان مطلقاً، فالجواز فيه أقوى.

و عند العامة: إنَّه تصحّ الوصية لمكاتب الغير و مملوكه؛ لأنَّه مستقلّ بالملك (2).

و تصحّ الوصية لمكاتب الغير، المطلق إذا تحرّر بعضه بقدر ما فيه من

ص: 96

1- في ص 79، المسألة 41.

2- راجع: الهامش (2) من ص 79، ضمن المسألة 41.

الحرية، وتبطل بقدر ما فيه من الرقبة.

وكذا لو أوصي المكاتب المتحرر بعضه، صحّت وصيته بقدر ما تحرّر منه، وبطلت في نصيب الرقبة؛ لقول الباقر عليه السلام قال: «قضي أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب قضي بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه، وقضي في مكاتب قضي نصف ما عليه فأوصي بوصية فأجاز نصف الوصية، وقضي في مكاتب قضي ثلث ما عليه وأوصي بوصية فأجاز ثلث الوصية»⁽¹⁾.

مسألة 53: إذا أوصي لعبد وارثه،

لم تصح عندنا؛ لما تقدّم⁽²⁾ من أنّه لا تصحّ الوصية لعبد الغير، وعند العامة تصحّ⁽³⁾.

فإن باعه الوارث قبل موت الموصي، فالوصية للمشتري عندهم⁽⁴⁾.

وإن استمرّ في ملكه فهي وصية للوارث تقف علي إجازة جميع الورثة عندهم، قاله الشافعي وأبو حنيفة وأحمد⁽⁵⁾.

وقال مالك: إن كان يسيرا جاز، وقعت للعبد، وإن أوصي بمال كثير فهي كالوصية للوارث؛ لأنّ العبد يملك، وإنّما لسيّده أخذه، فإذا وصّي له بشيء يسير علم أنّه قصد بذلك العبد دون سيّده⁽⁶⁾.

ص: 97

1- التهذيب 9: 223-224/876.

2- في ص 79، المسألة 41.

3- المغني 6: 569، الشرح الكبير 6: 501، التهذيب - للبغوي - 5: 74، العزيز شرح الوجيز 7: 17، روضة الطالبين 5: 100.

4- التهذيب - للبغوي - 5: 74، العزيز شرح الوجيز 7: 17، روضة الطالبين 5: 100.

5- العزيز شرح الوجيز 7: 17، روضة الطالبين 5: 100، المغني 6: 569، الشرح الكبير 6: 501.

6- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1012/2072، المغني 6: 569-570، الشرح الكبير 6: 501.

و كذا لو أوصي لعبد أجنبي فاشتره وارث الموصي ثم مات الموصي.

ولو أوصي لمن نصفه حرّ و نصفه لوارثه، صحّ له نصف الوصية بالجزء الحرّ و بطلت في نصف الرقبة عندنا.

وعند العامة: إن لم تكن بينه وبين السيد مهايأة أو كان بينهما مهايأة و قلنا: إنّ الوصية لا تدخل في المهايأة، فهي كالوصية للوارث؛ لأنّ ما يثبت له بالوصية يكون نصفه للوارث، و لهذا قلنا: إنّ لا يرث؛ لأنّه لو ورث شيئاً لملك السيد نصفه، و هو أجنبي عن الميت.

قال الجويني: و كان يحتمل أن تتبعض الوصية كما لو أوصي بأكثر من الثلث(1).

و إن جرت بينهما مهايأة و قلنا: إنّها تدخل في المهايأة، فقد تقدّم أنّ العبرة بيوم الموت علي ظاهر مذهبهم، فينظر يوم موت الموصي، فإن مات في يوم العبد فالوصية صحيحة، و إلّا فهي للوارث، و لا فرق بين أن تكون بينهما مهايأة يوم الوصية أو لا تكون ثم يحدثها قبل موت الموصي(2).

و لو أوصي لمكاتب وارثه، فإن عتق قبل موت الموصي نفذت الوصية، و كذا لو أعتق بعده بأداء النجوم، و إن عجز رقّ و صارت وصيته للوارث.

البحث الثالث: في الوصية للدابة.

مسألة 54: لو أوصي لدابة الغير،

فإن قصد تملكها فالوصية باطلة؛ لأنّها وصية بالمستحيل، و لا يجوز صرف الوصية إلي مالكها؛ لأنّه غير

ص: 98

1- نهاية المطلب 11: 252.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 17، روضة الطالبين 5: 100.

مقصود للموصي، فلا فرق بين المالك وغيره، فكما لا يصرف ذلك إلي الغير لا يصرف إلي المالك.

ولو أوصي للدابة وأطلق، فالأقوي: البطالان أيضا؛ لأن مفهوم اللفظ المطلق التملك، والدابة لا يتصور فيها ذلك، و مطلق اللفظ إنما يحمل علي مفهومه.

وكذا عندنا لو أوصي لعبد الغير.

وأما المجوزون من العامة لوصية العبد فإنهم فرّقوا بينه وبين الدابة؛ لأنّ العبد عاقل من أهل الخطاب، ويمكن القبول منه، وربما يعتق قبل موت الموصي فيثبت الملك له، بخلاف الدابة التي لا يتصور فيها ذلك(1).

لكن للشافعية وجهان في الوقف علي الدابة: هل يكون وقفا علي مالها، أم لا، ويشبه أن تكون الوصية علي ذلك الخلاف(2).

وقد فرّق بعضهم بين الوصية والوقف بأن الوصية تملك محض، فينبغي أن يضاف إلي من يملك، والوقف ليس بتمليك محض، بل هو عند بعضهم ليس بتمليك، حيث قالوا بانتقاله إلي الله تعالى، فيجوز أن يترخص فيه بالإضافة إلي من لا يملك(3).

مسألة 55: لو أوصي لدابة الغير و قصد الصرف في علفها،

فالأقرب:

الجواز - وبه قال الشافعي(4) - لأنّ علف الدابة واجب علي مالها، فالتقصد بهذه الوصية المالك.

ص: 99

1- التهذيب - للبغوي - 82:5، العزيز شرح الوجيز 18:7، روضة الطالبين 101:5.

2- العزيز شرح الوجيز 18:7، روضة الطالبين 101:5.

3- العزيز شرح الوجيز 18:7، روضة الطالبين 101:5.

4- نهاية المطلب 290:11، الوسيط 406:4، التهذيب - للبغوي - 82:5، البيان 212:8، العزيز شرح الوجيز 18:7، روضة الطالبين 101:5.

لكن للشافعية في الوقف علي علف دابة الغير و جهان في صحة الوقف، و الوصية تشبهه؛ لأنها في معناه(1).

وعلي القول بالصحة فالأقوي: اشتراط قبول مالك الدابة؛ لأن الوصية في الحقيقة هنا للمالك، فاشتراط قبوله، كما في الوصايا، كما لو أوصي بعمارة داره، و هو أظهر وجهي الشافعية، و الثاني: أنه لا يشترط قبوله؛ لأنها وصية للدابة نفسها، ففي كل كبد حرّي أجر(2).

و هو بعيد؛ فإن حدوث الاستحقاق لملكه من غير رضاه بعيد جدًا.

وعلي تقدير القبول هل يتعين صرف الموصي به إلي جهة الدابة؟ الأولي ذلك؛ لأنها وصية صحيحة، فلا يجوز تغييرها؛ لقوله تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ (3) ولما فيه من رعاية غرض الموصي، و هو أحد وجهي الشافعية، و الثاني: أنه لا يتعين علي المالك صرف ذلك في العلف، بل له إمساكه و التصرف فيه كيف شاء، و ينفي علي الدابة من موضع آخر(4).

وعلي القول بالتعيين يتولّى الإنفاق علي الدابة الوصي إن كان له وصي علي ذلك، و لو لم يكن تولاه الحاكم أو من يأمره به من المالك أو غيره.

و هل للمالك أخذه من غير إذن الحاكم؟ إشكال أقربه ذلك؛ لأنّا قد جعلنا هذه الوصية وصية للمالك.

مسألة 56: إذا قلنا: إنه إذا أوصي للدابة كانت الوصية للمالك،

يشترط في الوصية للدابة أن تكون مملوكة، فلا تصح الوصية للوحوش

ص: 100

1- العزيز شرح الوجيز 18:7، روضة الطالبين 101:5.

2- نهاية المطلب 290:11، الوجيز 270:1، الوسيط 406:4 و 407، البيان 8: 212، العزيز شرح الوجيز 18:7-19، روضة الطالبين 101:5.

3- سورة البقرة: 181.

4- العزيز شرح الوجيز 19:7، روضة الطالبين 101:5.

و الصيود المباحة؛ إذ لا مالك لها، وإن قلنا: إنّ الوصية للدابة، فالأقرب ذلك أيضا؛ لأنّ فيه نوع إضاعة للمال؛ لاستغناء الوحوش في البراري عن العلف.

و للشافعية وجه: أنّه تصحّ الوصية لها علي هذا التقدير، مع اتفاقهم علي أنّه لا يصحّ الوقف عليها(1).

و لو أوصي للبهيمة المملوكة فانتقلت الدابة من مالكةا إلي غيره، فإن قلنا: الوصية للدابة، استمرت الوصية لها، وإن قلنا: للمالك، اختصّت الوصية بالمشتري.

و لو أوصي لدار زيد، فإن قصد تملك الدار لم تصح، وإن قصد مالكةا أو عمارتها له، فالأقرب: الجواز، فحينئذ هل له صرف الوصية إلي غير تلك الجهة ؟ الأولي المنع.

و لو أوصي للمسجد وفسّر بالصرف إلي عمارته أو مصلحته، صحّت الوصية.

و لو أطلق، فللشافعية وجهان:

أحدهما: البطلان، كالوصية للدابة.

و أظهرهما: الصحة؛ لأنّ مقتضي العرف تنزيهه علي الصرف إلي عمارته و مصلحته، ثمّ القيم يصرف إلي الأهمّ و الأصلح باجتهاده(2).

و لو قال: أردت به تملك المسجد، قال بعضهم: إنّ الوصية لاغية(3).5.

ص: 101

1- العزيز شرح الوجيز 19:7.

2- الوسيط 408:4، العزيز شرح الوجيز 19:7، روضة الطالبين 102:5.

3- العزيز شرح الوجيز 19:7، روضة الطالبين 102:5.

و يحتمل أن يملك المسجد، كالوقف عليه، قاله بعض الشافعية(1).

البحث الرابع: في الوصية للكافر.

مسألة 57: الأقوي: أنه لا تصح وصية المسلم للحربي،

و هو قول الشيخ رحمه الله في الخلاف(2).

وقال في المبسوط: لا تصح الوصية للكافر الأجنبي(3).

وفي النهاية: إذا أوصي لأحد أبويه أو بعض قراباته بشيء من ثلثه وجب إيصاله إليهم وإن كانوا كفاراً ضاللاً(4).

وقال المفيد: إذا أوصي لغيره بشيء من ثلثه وجب دفعه إليه وإن كان الموصي له كافراً(5).

وقال ابن الجنيّد: إذا أوصي بفداء بعض أهله من يد أهل الحرب من أهل الكتاب والمشرّكين جاز، ولا تصح الوصية لحربي.

وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية(6).

لقوله تعالى: لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ

ص: 102

1- العزيز شرح الوجيز 19:7، روضة الطالبين 102:5.

2- الخلاف 153:4، المسألة 26.

3- المبسوط - للطوسي - 4:4.

4- النهاية: 609.

5- المقنعة: 671.

6- روضة القضاة 8354/684:2، بدائع الصنائع 341:7، الحاوي الكبير 193:8، المهذب - للشيرازي - 458:1، نهاية المطلب

287:11، حلية العلماء 6:71-72، التهذيب - للبغوي - 72:5، البيان 138:8، العزيز شرح الوجيز 20:7، المغني 562:6، الشرح

الكبير 497:6، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2079/1015:2.

وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ - إِي قَوْلُهُ تَعَالَى - إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ (1) الْآيَةَ، أَشْعَرُ ذَلِكَ بِالنَّهْيِ عَنْ أَنْ نَبَرَّهُمْ إِذَا قَاتَلُونَا.

وَلَا تَمَّا مَأْمُورُونَ بِقَتْلِهِمْ، فَلَا مَعْنَى لِلتَّقَرُّبِ إِلَيْهِمْ بِالْوَصِيَّةِ، وَلَئِنْ تَمَلَّكَ الْحَرْبِيُّ غَيْرَ لَازِمٍ، وَمَالُهُ غَيْرُ مَعْصُومٍ، وَلَا يَجُوزُ دَفْعُ مَالِهِ، بَلْ يَجُوزُ الْاِسْتِيلَاءُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الذَّمِّ، وَلَوْ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْحَرْبِيِّ لَكَانَ إِذَا أَنْ يَجِبُ عَلَيَّ الْوَصِيَّةِ الدَّفْعُ إِلَيْهِ، وَهُوَ مُحَالٌ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ، أَوْ لَا، وَهُوَ الْمَطْلُوبُ؛ إِذْ مَعْنَى بَطْلَانِ الْوَصِيَّةِ عَدَمُ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ.

وَقَالَ أَحْمَدُ وَمَالِكُ وَأَكْثَرُ الشَّافِعِيَّةِ: تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَرْبِيِّ، كَمَا يَجُوزُ الْبَيْعُ وَالْهَبَةُ مِنْهُمْ، كَالذَّمِّ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ أَعْطَى خَالَهُ الْحَرْبِيَّ حَلَّةً مِنْ حَرِيرٍ بِمَكَّةَ، وَعَنْ أَسْمَاءَ بِنْتِ أَبِي بَكْرٍ قَالَتْ: أَتَنَّى أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ، يَعْنِي عَنِ الْإِسْلَامِ، فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ، فَقُلْتُ:

يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتَنَّى أُمِّي وَهِيَ رَاغِبَةٌ أَفَأَصْلُهَا؟ قَالَ: «نَعَمْ» (2).

وَعَلِمَ أَنَّ أَصْحَاحَ الْوَجْهَيْنِ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ فِي الْوَقْفِ عَلَيَّ الْحَرْبِيِّ:

الْمَنْعُ، وَفِي الْوَصِيَّةِ: الْجَوَازُ، وَفَرَّقُوا بَوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْوَقْفَ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ، فَاعْتَبِرَ فِي الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ الدَّوَامُ، كَمَا اعْتَبَرَ فِي الْوَقْفِ. 5.

ص: 103

1- سورة الممتحنة: 8 و 9.

2- المغني 6: 562، الشرح الكبير 6: 496 و 497، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 1015/2097، الحاوي الكبير 8: 193، المهذب - للشيرازي - 1: 458، نهاية المطلب 11: 287، الوجيز 1: 270، الوسيط 4: 408، حلية العلماء 6: 71-72، التهذيب - للبغوي - 5: 72، البيان 8: 138، العزيز شرح الوجيز 7: 20، روضة الطالبين 5: 102.

و الثاني: أنّ معني التملّيك في الوصيّة أظهر منه في الوقف، ألا تري أنّ الموصي له يملك الرقبة والمنفعة و التصرف كيف شاء، و الموقوف عليه بخلافه، فألحقت الوصيّة بسائر التمليكات(1).

مسألة 58: المرتدّ إن كان عن فطرة لم تصح الوصيّة له؛

لأنّه واجب القتل في كلّ حال، ولا يجوز إبقاؤه؛ لأنّه لا تقبل توبته، فلا يتحقّق زمان يثبت له الملك فيه، و لأنّ جواز الملك فيه ينافي وجوب القتل، و لأنّ أمواله زالت عنه و لم يبق أهلا لاستمرار التملّك، فلا يكون أهلا لابتدائه.

و إن كان عن غير فطرة، ففي جواز الوصيّة له إشكال، أقرب: المنع، كالحربيّ.

و يحتمل الجواز؛ لأنّ أمواله لا تزول عنه إلّا بالقتل، و القتل إنّما يجب بعد الامتناع عن التوبة بعد الاستتابة.

و الوجهان اللذان ذكرناهما للشافعيّة في الوصيّة للحربيّ جاريان في المرتدّ:

أحدهما: أنّه تصحّ الوصيّة له، كما تجوز له الهبة.

و الثاني: المنع؛ لأنّ ملكه غير مستقرّ، و لا يرث، فهو كالميّت، و لأنّ ملكه يزول عن ماله برّدّه، فلا يثبت له الملك بالوصيّة(2).

مسألة 59: الأقوي: صحّة الوصيّة لأهل الذمّة.

قال الشيخ في الخلاف: الوصيّة لأهل الذمّة جائزة بلا خلاف، و في أصحابنا خاصّة من قيّد إذا كان من قراباته، و لم يشترط الفقهاء ذلك(3).

ص: 104

1- العزيز شرح الوجيز 20:7.

2- العزيز شرح الوجيز 20:7، روضة الطالبين 102:5.

3- الخلاف 153:4، المسألة 36.

وقال في المبسوط: لا تصحّ الوصية من الكافر الذي لا رحم له من الميت (1).

و جوّز أبو الصلاح الوصية للكافر إذا لم يكن صدقة (2).

وقال ابن إدريس: تصحّ الوصية للكافر وإن لم يكن ذا رحم (3).

وهو قول العامة منهم: شريح والشعبي والثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي (4)، ولا نعلم بينهم خلافاً.

قال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة في قوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَقُولُوا إِلَيَّ أُولِيَانِكُمْ مَعْرُوفاً (5): هي وصية المسلم لليهودي والنصراني (6).

وروت العامة عن عكرمة أنّ صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف و كان لها أخ يهودي فعرضت عليه أن يسلم فيرث، فأوصت له بثلاث المائة (7).

و من طريق الخاصة: ما رواه محمد بن مسلم - في الصحيح - عن 2.

ص: 105

1- المبسوط - للطوسي - 4:4.

2- الكافي في الفقه: 364.

3- السرائر 3:186.

4- المغني 6:561، الشرح الكبير 6:496، الحاوي الكبير 8:193، المهذب - للشيرازي - 1:458، نهاية المطلب 11:287، الوجيز 1:270، التهذيب - للبغوي - 5:72، البيان 8:138، العزيز شرح الوجيز 7:20، روضة الطالبين 5:102.

5- سورة الأحزاب: 6.

6- جامع البيان 21:78، تفسير القرآن العظيم - لابن أبي حاتم - 9:3115، الكشف والبيان (تفسير الثعلبي) 8:10، النكت والعيون (تفسير الماوردي) 4:376، معالم التنزيل (تفسير البغوي) 4:434، الجامع لأحكام القرآن 14:126، المغني 6:561، الشرح الكبير 6:496.

7- المغني 6:561-562.

أحدهما عليهما السلام: في رجل أوصي بماله في سبيل الله، قال: «أعط لمن أوصي له وإن كان يهوديًا أو نصرانيًا، إنَّ الله تعالى يقول: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (1) (2).

وقال الصادق عليه السلام في آخر حديث: «لو أنَّ رجلاً أوصي إليَّ أن أضع في يهوديٍّ أو نصرانيٍّ لوضعت فيه، إنَّ الله تعالى يقول: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» (3).

وكتب الخليل بن هاشم إلي ذي الرئاستين - وهو والي نيسابور -: إنَّ رجلاً من المجوس مات وأوصي للفقراء بشيء من ماله، فأخذه قاضي نيسابور فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلي ذي الرئاستين بذلك، فسأل المأمون عن ذلك، فقال: ليس عندي في ذلك شيء، فسأل أبا الحسن عليه السلام، فقال أبو الحسن عليه السلام: «إنَّ المجوسيَّ لم يوص لفقراء المسلمين، ولكن ينبغي أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقة فيردَّ علي فقراء المجوس» (4).

مسألة 60: و يصح أن يوصي الذمي للذمي. و للمسلم،

و المسلم للمسلم إجماعاً، و للذمي علي الخلاف.

و كذا يصح أن يوصي الحربي للحربي علي إشكال.

و لا تصح الوصية لكافر بمصحف و لا عبد مسلم؛ لأنَّه لا يصح له

ص: 106

1- سورة البقرة: 181.

2- التهذيب 9: 201-804/202، الاستبصار 4: 484/128.

3- الكافي 7: 14-4/15، الفقيه 4: 515/148، التهذيب 9: 805/202، الاستبصار 4: 128-485/129.

4- الكافي 7: 16 (باب آخر منه) ح 1، التهذيب 9: 202-807/203، الاستبصار 4: 487/129.

تملكهما بالهبة و البيع وغيرهما من أسباب الملك؛ لعموم السبب في جميع الأسباب، وهو تعظيم الكتاب العزيز، و انتفاء السبيل للكافر علي المسلم(1).

فإن أوصي للكافر بعبد كافر فأسلم العبد قبل موت الموصي، بطلت الوصية، وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول، بطلت إن قلنا: إن الملك لا يثبت إلا بالقبول؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ الملك علي المسلم، وإن قلنا:

يثبت الملك بالموت قبل القبول، فالوصية صحيحة عنده(2)؛ لأننا نتبين أن الملك يثبت بالموت؛ لأنه أسلم بعد أن ملكه.

مسألة 61: لو أوصي المسلم لأهل قريته،

لم يعط من فيها من الكفار إذا كان أهل القرية مسلمين، وكذا لو أوصي لقاربه وفيهم كافر و مسلم، لم يعط الكافر شيئاً، واختصت الوصية بالمسلمين - وبه قال أحمد(3) - لقوله تعالى: يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ(4) ولم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلماً، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ فكذا في وصية المسلم.

و لأن الظاهر من حال المسلم عدم إرادة الكفار؛ للعداوة الدينية الراسخة بينه وبينهم، وعدم الوصلة المانعة من الميراث و وجوب النفقة علي فقيرهم، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والإخوة والأزواج و سائر الألفاظ العامة في الميراث، فكذا هنا؛ لأن الوصية أجريت مجري الميراث.

ص: 107

1- سورة النساء: 141.

2- أي: عند من قال بثبوت الملك بالموت قبل القبول، كما في المغني 6: 563.

3- المغني 6: 564.

4- سورة النساء: 11.

ولو صرّح الموصي بدخولهم، دخلوا؛ لأنّ صريح المقال أقوى من دلالة الحال.

ولو أوصي لأهل قريته وكلّهم كفّار أو لقربته وهم كفّار، صحّت الوصيّة، ولا يمكن تخصيصهم كما قلنا بتخصيصهم لو كانوا بعض أهل القرية أو بعض القرابة؛ لأنّ في تخصيصه رفع اللفظ بالكلّيّة.

ولو كان فيها مسلم واحد والباقي كفّار، دخلوا في الوصيّة أيضا؛ لبعد إخراجهم بالتخصيص هاهنا؛ لما فيه من مخالفة الظاهر الذي هو العموم، وحمل اللفظ الدالّ علي الجمع علي المفرد.

ولو كان أكثر أهل القرية كفّارا، فالأقوي: تخصيص المسلمين بالوصيّة؛ لأنّ حمل اللفظ عليهم ممكن، وصرفه إليهم والتخصيص يصحّ وإن كان بإخراج الأكثر.

ويحتمل الدخول؛ لأنّ التخصيص في مثل هذا بعيد؛ فإنّ تخصيص الصورة النادرة قريب، وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلي التنصيص.

وكذا الحكم في باقي ألفاظ العموم، كما لو أوصي لإخوته أو عمومته أو بني عمّه، أو لليتامي، أو للفقراء.

والأقرب في هذا كلّه: صرف الوصيّة إلي المسلمين، وكذا الكافر.

ولو أوصي للفقراء، انصرف إلي فقراء ملّته؛ عملا بالعرف، ولقضيّة الرضا عليه السّلام، المذكورة في الخبر السابق (1).

ولو وجدت قرينة تدلّ علي دخول المسلمين دخلوا، كما لو أوصي لأهل قريته أو لقربته وكلّهم مسلمون، وكذا يدخلون لو لم يكن فيهم إلّا كافر واحد. 6.

ص: 108

ولو انتفتت القرائن، فالأقرب: عدم الدخول [كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم.

ويحتمل الدخول](1)؛ لتناول اللفظ لهم وهم أحق بالوصية من غيرهم، ولا يصرف اللفظ عن مقتضاه وعمّن هو أحقّ بحكمه إلي غيره.

ولو كان في القرية [كافر](2) من غير أهل دين الموصي، لم يدخل في الوصية؛ لأنّ قرينة حال الموصي تخرجه، ولم يوجد [فيه](3) ما وجد في المسلم من الأولوية، فيبقى خارجا بحاله.

ويحتمل عدم الخروج؛ لأنّ الكفار يتوارثون وإن اختلفوا في الأديان.

وكذا يدخلون لو وجدت قرينة الدخول، كما لو لم يكن في قريته إلا أولئك.

البحث الخامس: في الوصية للقاتل.

مسألة 62: في الوصية للقاتل قولان لعلمائنا.

قال الشيخ رحمه الله: تصحّ؛ لقوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ (4) ولم يفرّق، و قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (5) ولم يفرّق، والمنع يحتاج

ص: 109

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني 6: 565، حيث يقتضيه السياق.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «كفار». والمثبت يقتضيه السياق.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فيهم». والمثبت يقتضيه السياق.

4- سورة البقرة: 180.

5- سورة النساء: 11.

و هو أظهر قولي الشافعي؛ لأنّ التملّك بالوصيّة تملّك بإيجاب وقبول، فأشبهه التملّك بالبيع والهبة(2)، وبه قال مالك(3) أيضا.

وروي عنه: تخصيص الجواز بما إذا كان القتل خطأ(4).

و القول الثاني للشافعي: لا تصحّ الوصيّة للقاتل - وبه قال أبو حنيفة(5) وابن الجنيّد من علمائنا، إلّا أنّه خصّص، فقال: لا وصيّة للقاتل عمد، وهو موافق لما روي عن مالك(6)، وعن أحمد روايتان(7) كالمذهبيين - لما روي عن النبيّ صلّي الله عليه و اله قال: «ليس للقاتل وصيّة»(8) ولأنّ القتل يمنع الميراث الذي».

ص: 110

- 1- الخلاف 4:154، المسألة 27.
- 2- الحاوي الكبير 8:191، المهدّب - للشيرازي - 1:458، نهاية المطلب 11:284-285، الوسيط 4:409، حلية العلماء 6:72-73، التهذيب - للبغوي - 5:73، البيان 8:139، العزيز شرح الوجيز 7:21، روضة الطالبين 5:102، المغني 6:570، الشرح الكبير 6:508.
- 3- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:2087/1018، التلقين: 556، المعونة 3:1631، الحاوي الكبير 8:191، التهذيب - للبغوي - 5:73، البيان 8:139، العزيز شرح الوجيز 7:21، المغني 6:570، الشرح الكبير 6:508.
- 4- كما في العزيز شرح الوجيز 7:21، وينظر: المدوّنة الكبرى 6:34-35، والكافي في فقه أهل المدينة: 545-546، ومختصر اختلاف العلماء 5:2160/20.
- 5- مختصر اختلاف العلماء 5:2160/19، مختصر القدوري: 242، المبسوط - للسرخسي - 27:175-176، روضة القضاة 2:3858/685، تحفة الفقهاء 3:208، الفقه النافع 3:1171/1406، بدائع الصنائع 7:339، الهداية - للمرغيناني - 4:232، الحاوي الكبير 8:191، حلية العلماء 6:72، التهذيب - للبغوي - 5:73، البيان 8:139، العزيز شرح الوجيز 7:21.
- 6- راجع: الهامش السابق.
- 7- المغني 6:570، الشرح الكبير 6:508.
- 8- سنن الدارقطني 4:236-237/115، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:381، وفيهما: «... لقاتل...».

هو آكد من الوصية، فالوصية أولى [و](1) لأن الوصية أجريت مجري الميراث، فمنعها ما يمنع (2).

و الوجه: التفصيل، و هو أنه إن أوصي قبل القتل أو الجرح الموجب للقتل لم تصح الوصية، كما لو قال: أعطوا زيدا كذا، ثم قتله زيد - و هو قول الحسن بن صالح بن حي (3) - لأن القتل طرأ على الوصية فأبطلها؛ لأنه يبطل ما هو آكد منها.

و تحقيقه: أن القتل إنما منع الميراث لأن القاتل بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه، فعورض بنقيض قصده، و هو منع الميراث، دفعاً لمفسدة قتل الموروث، و لهذا بطل التدبير بالقتل الطارئ عليه، و هذا المعنى متحقق في القتل الطارئ على الوصية، فإنه ربما طلب تعجيل الوصية، فبادر إلى قتله ليبلغ غرضه، فافتضت الحكمة منعه، بخلاف ما لو جرحه بالمهلك ثم أوصي له، فإن الموصي له لم يقصد بقتله استعجال مال؛ لعدم سببه، و الموصي راض بالوصية بعد صدور ما فعله في حقه.

مسألة 63: و هل يقع فرق بين قتل العمد و الخطأ؟

الأقرب: ثبوت الفرق، فيمنع من الوصية مع العمد، دون الخطأ، و عليه دلّ قول ابن الجنيد، و لأن مقتضى المنع في العمد إنما هو الاستعجال، و هذا إنما يكون بقصد القتل، و لا يتحقق في الخطأ، فكان الأولى قبول الوصية فيه،

ص: 111

-
- 1- ما بين المعقوفين أثبتناه كما في المغني 571:6، و الشرح الكبير 508:6.
 - 2- الحاوي الكبير 191:8، المهذب - للشيرازي - 458:1، نهاية المطلب 11: 284-285، الوسيط 409:4، حلية العلماء 72:6، التهذيب - للبخاري - 73:5، البيان 139:8، العزيز شرح الوجيز 21:7، روضة الطالبين 102:5، المغني 570:6-571، الشرح الكبير 508:6.
 - 3- المغني 571:6، الشرح الكبير 508:6.

كما قلنا: إنَّ الأولي قبول الوصية لو تجددت بعد القتل.

و الشافعية لم يفرقوا بينهما، بل جعلوا القولين فيهما معا(1)راجع: الهامش (7) من ص 110.(2)، و هو قول أحمد(2).

ثم تكلم الشافعية في موضع القولين من وجهين:

أحدهما: هل من فرق بين أن يكون القتل بحق كالقصاص، أو لا يكون؟ سكت أكثرهم عنه.

وقال بعضهم: تجوز الوصية للقاتل بالحق، والخلاف في غيره.

و الوجه: أنَّ الوصية تصح للقاتل بالحق كما يصح له الميراث.

و أحال بعض الشافعية الوصية علي الإرث، فقال: إن ورثنا القاتل بالحق جؤزنا الوصية له، وإلا ففيه الخلاف.

و الثاني: قال بعض الشافعية: القولان فيما إذا أوصي المجرع لجارحه ثم مات، فأما إذا أوصي لإنسان فجاء و قتله بطلت الوصية قولاً واحداً، فإنه مستعجل بالقتل فيحرم، كالوارث.

و منهم من عكس، فصح الوصية جزماً فيما إذا أوصي لجارحه، و خصص القولين بما إذا أوصي لإنسان فجاء و قتله.

و الأكثرون طردوا القولين في الحالتين(3).

فحينئذ يكون للشافعي ثلاثة أقوال، أحدها: الصحة، و الثاني: المنع، و الثالث: الصحة إن تقدمت الجراحة، و تبطل إن تأخرت(4).7.

ص: 112

1- راجع: الهامش

2- من ص 110.

3- العزيز شرح الوجيز 21:7، روضة الطالبين 102:5.

4- كما في العزيز شرح الوجيز 21:7.

مسألة 64: لو قتلت أمّ الولد سيّدها،

عتقت من نصيب الولد وإن استعجلت - وبه قال الشافعي (1) - لأنها لا تعتق علي الميّت عندنا، وإنما تعتق علي الولد، وهو غير قاتل، فورثها، وكلّ من ورث أمّه عتقت عليه.

وعند العامة تعتق أيضا وإن استعجلت؛ لأنّ الإحبال منزلته منزلة الإعتاق، ألا تري أنّ الشريك، إذا أحبل الجارية المشتركة سري الاستيلاد إلي نصيب الشريك، كما لو أعتق نصيبه، وإذا كان كالإعتاق لم يقدح القتل فيه، كما إذا أعتق العبد ثمّ قتله العبد (2).

وكذا مستحقّ الدين المؤجل إذا قتل المديون حلّ أجله؛ لأنّ الأجل حقّ من عليه الحقّ، أثبت ليرتفق به بالاكتساب في المدة، فإذا هلك، فالحظّ له في التعجيل لتبرأ ذمّته.

مسألة 65: لو قتل المدبّر سيّده،

فهو كما لو أوصي لإنسان فقتل الموصي له الموصي هل تبطل وصيّته، أم لا؟ علي ما تقدّم من الخلاف؛ لأنّ التدبير عندنا وصيّة.

وقالت الشافعية: إنّ بني علي أنّ التدبير وصيّة أو تعليق عتق بصفة، إن قلنا بالأوّل، فهو كما لو أوصي لإنسان فجاء وقتله، وإن قلنا بالثاني، عتق، كالمستولدة (3).

وقال بعض الشافعية: إن صحّحنا الوصيّة للقاتل، عتق المدبّر إذا قتل

ص: 113

1- المهذّب - للشيرازي - 458:1، نهاية المطلب 286:11، التهذيب - للبغوي - 73:5، البيان 140:8، العزيز شرح الوجيز 21:7، روضة الطالبين 103:5.

2- العزيز شرح الوجيز 21:7-22، روضة الطالبين 103:5.

3- المهذّب - للشيرازي - 458:1، نهاية المطلب 286:11-287، الوسيط 4:409، حلية العلماء 6:73-74، البيان 140:8، العزيز شرح الوجيز 22:7، روضة الطالبين 103:5.

سيّده، وإن لم نصحّحها، لا يعتق، ويبطل التدبير، سواء جعلنا التدبير وصيّة أو تعليقاً للعتق؛ لأنّه وإن كان تعليقاً فهو في حكم الوصيّة؛ لأنّه يعتبر من الثلث، وهذا إثبات للخلاف، سواء جعلناه وصيّة أو تعليقاً (1).

وإذا أوصي لعبد جارحه أو لمديره أو مستولده، فإن عتق قبل موت الموصي صحّت الوصيّة له، وإن انتقل منه إلى غيره صحّت الوصيّة لذلك الغير، وإلا فهي وصيّة للجارح.

ولو أوصي لعبد بشيء فجاء العبد وقتله، لم تتأثر به الوصيّة، وإن جاء السيّد وقتله، فهي وصيّة للقاتل.

ولو [أوصي] (2) لمكاتب، فقتل المكاتب الموصي، فإن عتق فهي وصيّة للقاتل، وإن عجز فالوصيّة صحيحة للسيّد، فإن جاء سيّد المكاتب فقتله فالحكم بالعكس، و تجوز الوصيّة للعبد القاتل؛ لأنّها تقع للسيّد عند العامّة (3).

البحث السادس: في الوصيّة للوارث.

مسألة 66: الوصيّة للوارث صحيحة عند علمائنا كافّة،

سواء أجاز الورثة أو لا؛ لقوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ * فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ

ص: 114

1- التهذيب - للبغوي - 73:5، العزيز شرح الوجيز 22:7، روضة الطالبين 5:103.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «قال». و الصحيح ما أثبتناه.

3- العزيز شرح الوجيز 22:7، روضة الطالبين 5:103.

عَلَيْهِمْ (1) فأوجب تعالى الوصية للوالدين اللذين هما أقرب الناس إلي الميت، ثم قال تأكيداً للوجوب بقوله تعالى: حَقًّا عَلَيِ الْمُتَّقِينَ وهو يعطي عدم انتفاء من لا يعتقد حقيقتها، ثم ثني التأكيد بقوله تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ثُمَّ أَكَّدَ هذه الجملة بقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ وهذه الآية نص في الباب.

و ما رواه العامة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه و اله قال: «لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة» (2) وقال عليه السلام: «لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة» (3) والاستثناء من النفي إثبات، وهو يدل على صحة الوصية عند الإجازة؛ لأن الإجازة لا تصير ما ليس بصحيح في نفسه صحيحاً.

ولأن الإجازة متأخرة، فحين وقوع الوصية المتقدمة علي الإجازة إن وقعت باطلة لم تصح بالإجازة المتأخرة، فإن الباطل لا عبرة به ولا اعتبار له في نظر الشرع، فوجب أن تكون صحيحة.

و من طريق الخاصة: ما رواه محمد بن مسلم - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن الوصية للوارث؟ فقال: «تجوز» (4).

وفي الصحيح عن أبي بصير، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز للوارث وصيته؟ قال: «نعم» (5).

وفي الصحيح عن أبي ولاد الحنّاط، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن 4.

ص: 115

1- سورة البقرة: 180 و 181.

2- سنن الدارقطني 4: 89/97، و 9/152، السنن الكبرى - للبيهقي - 6: 263 - 264 بتفاوت.

3- سنن الدارقطني 4: 10/152، السنن الكبرى - للبيهقي - 6: 264 بتفاوت.

4- الكافي 7: 4/10، التهذيب 9: 791/199، الاستبصار 4: 126-127/476.

5- التهذيب 9: 794/199، الاستبصار 4: 127/477.

الميت يوصي للبت بشيء؟ قال: «جائز» (1).

ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصَحَّ، كما لو أوصي لأجنبي.

وقالت العامة: لا تصح الوصية للوارث (2).

وللشافعية طريقتان:

أصحهما: أن الحكم في الوصية للوارث كالحكم فيما لو أوصي بزيادة علي الثلث، فإن الوصية بالزيادة لا تقع باطلة، بل إن أجازها جميع الورثة صحت، وإلا فلا، وكذا هنا، فيرتدّ برد سائر الورثة.

وإن أجازوا، فعلي قولين:

أحدهما: أن إجازتهم ابتداء عطية، والوصية باطلة؛ لما روه عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: «إن الله قد أعطي كل ذي حق حقه، ألا لا وصية لوارث» (3).

والأصح - وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد -: أنها تنفيذ لما فعله الموصي، وللذي فعله انعقاد [و] (4) اعتبار؛ لما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «لا تجوز الوصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة» (5) ويروي:

«لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة» (6).

والطريق الثاني: أنها باطلة وإن أجازها جميع الورثة، بخلاف الوصية 5.

ص: 116

1- الاستبصار 4: 478/127، وفي التهذيب 9: 798/200: «للوارث» بدل «للبت».

2- المغني 6: 449، الشرح الكبير 6: 463.

3- سنن ابن ماجه 2: 2713/905، سنن أبي داود 3: 2870/114، و 296 - 3565/297، الجامع الصحيح (سنن الترمذي)

4: 2120/433، سنن النسائي (المجتبي) 6: 247، السنن الكبرى - للبيهقي - 6: 265.

4- ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز.

5- راجع: الهامش (2 و 3) من ص 115.

6- راجع: الهامش (2 و 3) من ص 115.

للأجنبي بما زاد علي الثلث، والفرق: أن المنع من الزيادة لحق الورثة، فإذا رضوا جَوَزنا، والمنع هنا لتغيير الفروض التي قدّرها الله تعالى للورثة علي ما أشعر به الخبر، فلا تأثير لرضاهم، وهو قول المزني وابن أبي هريرة منهم (1).

ثم فرّعوا علي القولين، فقالوا: إن قلنا: إن الإجازة تنفيذ وإمضاء، كفي لفظ الإجازة، ولا حاجة إلي هبة و تجديد قبول وقبض من الموصي له، وليس للمجيز الرجوع و إن لم يحصل القبض بعد، وإن قلنا: إنها ابتداء عطية منهم، فلا يكفي قبول الوصية أولاً، بل لا بدّ من قبول آخر في المجلس و من القبض، و للمجيز الرجوع قبل القبض.

و هل يعتبر لفظ التملك و لفظ الإعاق إذا كان الموصي به العتق ؟ وجهان:

أظهرهما: لا يكفي لفظ الإجازة، بل يعتبر لفظ التملك، كما لو تصرف فاسدا من بيع أو هبة ثم أجازه، وهو قول مالك و المزني.

و الثاني: أنه يكفي لفظ الإجازة؛ لظاهر الخبر.

و لو خلف زوجة هي بنت عمّه و أباه و كان قد أوصي لها فأجاز أبوها الوصية، فلا رجوع للأب إن جعلنا الإجازة تنفيذاً، و إن جعلناها ابتداء عطية فله الرجوع، بناء علي مذهبهم من جواز رجوع الأب في هبة الابن.

و لو أعتق عبدا في مرضه أو أوصي بعتقه و لا مال [له] (2) سواه، أو زادت قيمته علي الثلث، فإن جعلنا الإجازة ابتداء عطية من الورثة فولاء ما زاد علي الثلث للمجيزين ذكورهم و إناثهم بحسب استحقاتهم، و إن جعلناها ر.

ص: 117

1- العزيز شرح الوجيز 24:7-25، روضة الطالبين 103:5-104.

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

تنفيذاً فولاء الكلّ للميت يرثه ذكور العصبات.

ولهم وجه آخر: أن يكون الولاء للميت علي القولين جميعاً؛ لأننا وإن جعلنا إجازتهم ابتداء عطية فإجازتهم إعتاق الميت كإعتاقهم عن الميت بإذنه، و من أعتق عبده بإذنه و التماسه كان الولاء للآذن.

و استبعدوه بأن اعتبار الإذن بعد موت الآذن كالمستبعد.

و لو أعتق العبد في المرض ثم مات العبد قبل موته، فيموت، كله حرّ، أم كيف الحال ؟ وفيه خلاف بينهم(1).

و كلّ هذه التفريعات عندنا باطلة؛ لعدم الفرق عندنا بين الوارث والأجنبيّ.

مسألة 67: لو وهب الوارث في مرض موته أو أبرأه عملاً له في ذمته أو وقف عليه كذلك،

كان حكمه حكم الوصية علي الأقوي عندنا، و حينئذ يصحّ من الثلث، سواء أجاز باقي الورثة أو لا.

و عند العامة أنّها كالوصية أيضاً، لكن تبطل، إلا أن يجيز الورثة بأسرهم(2).

مسألة 68: تصحّ الوصية للوارث عندنا من الثلث وإن لم يجز الورثة

علي ما تقدّم(3)، و عند العامة لا تصحّ إلا بإجازتهم(4).

و لا اعتبار بإجازتهم و لا بردّ الورثة في حياة الموصي عندهم، فإذا أجازوا في الحياة أو أذنوا له في الوصية ثم أرادوا الردّ بعد الموت فلهم

ص: 118

1- العزيز شرح الوجيز 7: 25-26، روضة الطالبين 5: 104-105.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 26، روضة الطالبين 5: 105.

3- في ص 114، المسألة 66.

4- راجع: الهامش (2) من ص 116.

ذلك؛ لأنّه لا يتحقّق استحقاقهم قبل الموت؛ لجواز أن يبرأ المريض أو يموتوا قبل موته(1).

وقال مالك: إنّ الإجازة قبل الموت تلزم، إلّا أن يكون الوارث في نفقته(2).

وعنه أيضاً أنّهم إذا أذنوا له في الوصيّة وهو صحيح فلهم الرجوع، وإن أذنوا وهو مريض فلا رجوع لهم(3).

ولو أجازوا بعد الموت وقبل القسمة، ففي تنزيلها منزلة الإجازة قبل الموت قولان مخترجان، والظاهر عندهم لزومها(4).

مسألة 69: لو أوصي لغيره بشيء يزيد على الثلث،

اشترط فيه معرفة الورثة بمقدار الزائد على الثلث و مقدار التركة، فإن لم يعرف قدر الزائد وقدر التركة لم تصح الإجازة إن جعلناها ابتداء عطية، وإن جعلناها تنفيذا فهي كالإبراء من المجهول يصحّ عندنا، وإن جوّزنا هبة المجهول لم يشترط العلم بشيء من ذلك.

ولو أجاز الوصيّة بما زاد على الثلث ثمّ قال: ظننت قلة التركة فظهرت أكثر ممّا ظننت، أحلف، ونفذت الوصيّة في القدر الذي كان يتحقّقه.

مسألة 70: العبرة عند من منع الوصيّة للوارث بكونه وارثاً حال الموت،

فلو أوصي لأخيه وليس له ولد فولد له ابن بعد ذلك، قبل موت الموصي، فالوصيّة صحيحة عندهم(5)؛ لأنّه ظهر أنّ الوصيّة ليست للوارث.

ولو أوصي لأخيه وله ابن فمات الابن قبل موت الموصي، فالوصيّة

ص: 119

1- العزيز شرح الوجيز 26:7، روضة الطالبين 105:5.

2- العزيز شرح الوجيز 26:7.

3- العزيز شرح الوجيز 26:7.

4- العزيز شرح الوجيز 26:7، روضة الطالبين 105:5.

5- العزيز شرح الوجيز 27:7، روضة الطالبين 106:5.

للوارث.

و كذا لو أوصي لابنه ثم قتل الابن و قلنا: إنَّ القتل لا يمنع الوصية، نفذت الوصية عندهم؛ لأنَّه يوم الموت ليس بوارث(1).

و لو أقرَّ للوارث، فللشافعية قولان، أحدهما: أنَّ العبرة بيوم الإقرار، والثاني: أنَّ العبرة بيوم الموت، و فرَّقوا بأنَّ استقرار الوصية بالموت، و لا ثبات لها قبله(2).

و هذا التفريع ساقط عندنا؛ لصحة الوصية للوارث.

مسألة 71: لو أوصي لكل واحد من ورثته بقدر حصته من التركة،

لغت الوصية؛ لأنَّهم مستحقون لها و إن لم يوص، و هو قول الشافعية(3).

و لهم [وجهان](4) فيما إذا لم يكن له إلاَّ وارث واحد فأوصي له بماله.

و المذهب عندهم: أنَّ الوصية لاغية، و يأخذ التركة بالإرث.

و الثاني: أنَّه يأخذها بالوصية إذا لم يتقضاها(5).

و تظهر الفائدة فيما إذا ظهر دين، إن قلنا: إنَّه يأخذ التركة بالإرث، فله إمساكها و قضاء الدين من موضع آخر، و إن قلنا: إنَّه يأخذها بالوصية قضاء منها، و لصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها(6).

ص: 120

1- راجع: التهذيب - للبغوي - 74:5.

2- التهذيب - للبغوي - 262:4، البيان 394:13، العزيز شرح الوجيز 281:5، و 27:7، روضة الطالبين 8:4، و 106:5.

3- الوجيز 271:1، الوسيط 412:4، العزيز شرح الوجيز 27:7، روضة الطالبين 106:5-107.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «وجه آخر». و المثبت يقتضيه السياق و كما في المصدر.

5- العزيز شرح الوجيز 28:7، روضة الطالبين 107:5.

6- العزيز شرح الوجيز 28:7، روضة الطالبين 107:5.

قال بعضهم: معلوم أنه لا فرق بين أن يتحد الوارث أو يتعدّد(1).

ولو أوصي لكل واحد من الورثة بعين هي قدر حصّته من غير ترتيب، كما لو أوصي لابنه بعبد قيمته مائتان، ولبنته بأمة قيمتها مائة ولا وارث غيرهما ولا مال سواهما، فالأقرب: أنه يحتاج إلى إجازة الورثة في تخصيص كل واحد بما عيّنه؛ لتفاوت الأغراض بأعيان الأموال و المنافع الحاصلة منها، فكما لا يجوز إبطال حقّ الوارث من قدر حقّه لا يجوز من عينه، وهو أظهر وجهي الشافعية.

والثاني: أنه لا يحتاج إلى الإجازة، ويختصّ كل واحد بما عيّنه الموصي بمجرد الوصية وإن لم يجر الورثة؛ لأنّ حقّ الورثة يتعلّق بقيمة التركة لا بعينها، ولهذا فإنّ المريض لو باع عين التركة بثمن المثل صحّ وإن تضمّن فوات عين المال - وفيه قوّة - وتعلّقت حقوقهم بالقيمة موقّاة هنا(2).

ولو أوصي أن تباع عين ماله من إنسان، صحّت الوصية؛ لأنّ الأغراض تتعلّق بالعين كما تتعلّق بالقدر، فتصحّ الوصية بها كما تصحّ بالقدر. وللشافعية وجه آخر: أنها لا تصحّ - وبه قال أبو حنيفة - لأنّه لو باع ماله في مرض الموت لا يعتبر من الثلث، ولو صحّت الوصية لاعتبر من الثلث(3).

ولو باع المريض ماله من وارثه بثمن المثل، نفذ - وهو قول5.

ص: 121

1- الرافعي في العزيز شرح الوجيز 28:7.

2- نهاية المطلب 113:11-114، الوجيز 1:271، الوسيط 4:412، البيان 8:136، العزيز شرح الوجيز 7:28، روضة الطالبين 5:107.

3- الوجيز 1:271، الوسيط 4:412، العزيز شرح الوجيز 7:28، روضة الطالبين 5:107.

الشافعي(1) - لأنه لا تبرّع فيه، فإنه يجوز بيعه من الأجنبيّ بثمن المثل.

وقال أبو حنيفة: إنه وصيّة يتوقّف علي إجازة سائر الورثة(2).

مسألة 72: لو أوصي بثلث ماله لأجنبي و وارث،

صحّت الوصيّة عندنا، واشتركا في الثلث.

وقالت الشافعيّة: إن صحّحنا الوصيّة للوارث مع الإجازة فأجاز جميع الورثة، فالثلث بينهما، وإن أبطلناها أو ردّها سائر الورثة، ففي أحد الوجهين: أنها تبطل في حقّ الأجنبيّ أيضا؛ أخذا من منع تفريق الصفقة، لكنّه ضعيف عندهم؛ لأنّ العقد مع شخصين كعقدين، بل للأجنبيّ السّدس، وبه قال مالك وأبو ثور(3).

وقال أبو حنيفة: له تمام الثلث(4).

ولو أوصي لهذا بالثلث و لهذا بالثلث، فإن أجاز الورثة صحّت الوصيّة لهما، وإلاّ بطلت الثانية علي ما يأتي.

وقالت الشافعيّة: إن اعتبرنا الوصيّة للوارث و أجاز سائر الورثة فلكلّ واحد منهما الثلث، وإن أبطلناها أو ردّوا، فلا شيء للوارث. ثمّ ينظر في كيفية الردّ، فإن ردّوا وصيّة الوارث سلّم للأجنبيّ تمام الثلث؛ لأنّهم خصّوا الوارث بالإبطال.

وفيه وجه بعيد لهم: أنّه لا يسلم إلاّ السّدس.

ص: 122

1- الوجيز 1:271، العزيز شرح الوجيز 7:28، روضة الطالبين 5:107.

2- العزيز شرح الوجيز 7:28.

3- نهاية المطلب 11:110، الوسيط 4:413، البيان 8:219، العزيز شرح الوجيز 7:29، روضة الطالبين 5:107، المغني 6:454، الشرح الكبير 6:528.

4- نهاية المطلب 11:111، الوسيط 4:413، العزيز شرح الوجيز 7:29.

وإن قالوا: ردنا ما زاد علي الثلث من الوصيتين، فللشافعية وجهان:

أحدهما: أنه ليس للأجنبي إلا السدس - وبه قال مالك - فإن الزيادة قد بطلت بالرد، فكأنه أوصي بالثلث لهما؛ لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين، فيكون لكل منهما الثلث، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد كان البطلان راجعا إليهما، وما بقي منهما بينهما، كما لو تلف ذلك بغير الرد.

و أرجحهما عند أكثرهم: أن للأجنبي تمام الثلث - وبه قال أبو حنيفة - لأن القابل للرد في حق الأجنبي الزائد علي الثلث، وفي حق الوارث الجميع، فكان الانصراف إلي نصيب الوارث أولي (1).

ولو صرح الورثة فقالوا: أجزنا الثلث لكما ورددنا الزائد عليه من وصيتكما، كان ذلك أكد في جعل السدس لكل واحد منهما؛ لتصريحهم به، وإن قالوا: أجزنا وصية الوارث كلها ورددنا نصف وصية الأجنبي، فهو علي ما [قالوا] (2) وكذا يجوز العكس.

ولو أجازوا للوارث نصف وصيته وللأجنبي الجميع، جاز.

ولو أرادوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته، لم يملكوا ذلك عندهم، سواء أجازوا للوارث أو ردوا عليه (3).

وإن ردوا جميع وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي، فعلي أحد وجهي الشافعي: لهم ذلك؛ لأن لهم أن يجيزوا الثلث لهما، فيشتركان فيه، 6.

ص: 123

1- العزيز شرح الوجيز 29:7، روضة الطالبين 107:5-108، المغني 455:6، الشرح الكبير 528:6-529.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «قال». والصحيح ما أثبتناه.

3- المغني 455:6، الشرح الكبير 529:6.

و يكون لكلّ منهما نصفه، ثمّ إذا رجعوا فيما للوارث لم يزد الأجنبيّ علي ما كان له حالة الإجازة للورثة.

وعلي الآخر: يتوفّر الثلث كلّهُ للأجنبيّ؛ لأنّه إنّما ينقص بمزاحمة الوارث، وإذا زالت المزاحمة وجب توفير الثلث عليه؛ لأنّه قد أوصي له به(1).

مسألة 73: لو أوصي لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة أو بما دونه،

صحّ عندنا إن كانت بقدر الثلث فما دون، وإن زاد احتاج في الزيادة إلي إجازة باقي الورثة، وكان للموصي له مشاركة باقي الورثة في باقي التركة، أمّا لو حصر نصيبه فيه انحصر علي ما تقدّم.

وقالت الشافعيّة: إذا أوصي لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة أو بما دونه وأجاز الباقي، سلّم له الموصي به، والباقي مشترك بينهم(2).

قال الجويني: وذلك القدر خرج عن كونه موروثاً باتّفاق الورثة، أمّا الموصي له: فلاّنه أوقعه عن جهة الوصيّة حيث قبلها، وأمّا غيره: فلاّنه أجازها(3).

ولو أوصي لبعض الورثة بأكثر من نصيبه، فإن قصد منعه من الإرث بعده صحّت الوصيّة إن كانت الزيادة بقدر الثلث فما دون، وإلاّ بطلت في الزائد، وإن لم يقصد اعتبار ما أوصي به من الثلث.

وللشافعيّة وجهان:

ص: 124

1- راجع: المغني 455:6، والشرح الكبير 529:6.

2- العزيز شرح الوجيز 30:7، روضة الطالبين 108:5.

3- نهاية المطلب 103:11، وعنه في العزيز شرح الوجيز 30:7، وروضة الطالبين 108:5.

أصحهما: أنه إن أجاز الباقيون، سلّم له الموصي به، و الباقي مشترك بينهم، و خرج ذلك القدر عن كونه موروثا باتّفاق الورثة.

و الثاني: أن الباقي لمن لم يوص له؛ لاحتمال أن غرضه من الوصية تخصيصه بتلك الزيادة، لا بجميع الموصي به (1).

و يتخرّج علي هذا الأصل ما إذا أوصي لأجنبي بنصف ماله و لأحد ابنيه الحائزين بالنصف و أجاز الوصيتين، فلأجنبي النصف، و أمّا الابن ففيما يستحقّه و جهان للشافعية، أحدهما: النصف، و الثاني: الربع و السدس، و الباقي - و هو نصف السدس - للذي لم يوص له؛ لأنّ الثلث مسلّم للأجنبي، لا حاجة فيه إلي إجازة الابنين، و الباقي بينهما لو ردّ لكل واحد منهما الثلث، فإذا أوصي لأحدهما بالنصف فقد زاد علي ما يستحقّه سدسا، فإن قلنا: الباقي بعد الوصية لهما جميعا، فالسدس بينهما، لكنّهما إذا أجازا لزم كلّ واحد منهما أن يدفع نصف السدس إلي الأجنبي ليتمّ له النصف، و حينئذ فيعود ما كان للموصي له إلي النصف، و لا يبقى للآخر شيء، و هذا هو الوجه الأوّل.

و إن قلنا: إنّ السدس الباقي يختصّ بالذي لم يوص له، فيعود بإجازتهما وصية الأجنبي نصف الابن الموصي له إلي ربع و سدس، و للابن الآخر نصف سدس، و هذا هو الوجه الثاني.

و لو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين معا و لم يجز الموصي له وصية الأجنبي، صحّت المسألة من اثني عشر، للأجنبي الثلث: أربعة بلا إجازة، و يأخذ سهمًا آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، 5.

ص: 125

1- العزيز شرح الوجيز 30:7، روضة الطالبين 108:5.

و للابن الموصي له سبعة، ستة منها بحكم الوصية، و واحد؛ لأنه لم يجر وصية الأجنبي، وهذا قياس الوجه الأول، و قياس الثاني أن يأخذ الابن الموصي له ستة أسهم، و يبقى للابن الآخر سهم.

و لو لم يجر الابن الذي لم يوص له وصية الأجنبي، فللموصي له خمسة.

ثم علي قياس الأول، للابن الموصي له ستة، و للآخر سهم، و علي قياس الثاني، للموصي له خمسة، و للآخر سهمان(1).

مسألة 74: لو أوصي لأجنبي بثلث ماله و لأحد ابنيه الحائزين بالكل،

و أجازا الوصيتين، و قصد العول في الوصايا، فللأجنبي الثلث كاملاً عند الشافعية، و الثلثان للابن الموصي له، و ليس له زحمة الأجنبي في الثلث؛ فإن الوصية بالثلث للأجنبي مستغنية عن الإجازة(2).

و فيه احتمال لمتأخريهم(3).

و يحتمل عندي القسمة علي العول، و يقسم علي أربعة.

و لو ردّ الابنان، فثلث الأجنبي بحاله، و لا شيء للابن الموصي له بالوصية.

و لو أوصي لأجنبي بالثلث و لكل واحد من ابنيه بالثلث فرداً، لم يؤثر ردّهما في حق الأجنبي.

و لهم وجه آخر: أنه ليس له إلا ثلث الثلث بالشيوع(4).

ص: 126

1- العزيز شرح الوجيز 30:7-31، روضة الطالبين 108:5.

2- العزيز شرح الوجيز 31:7، روضة الطالبين 108:5.

3- العزيز شرح الوجيز 31:7، روضة الطالبين 108:5.

4- نهاية المطلب 112:11، البيان 221:8، العزيز شرح الوجيز 31:7، روضة الطالبين 108:5.

صحّ الوقف عندنا.

وقالت الشافعية: إن أبطلنا الوصية للوارث، فالوقف باطل، وإن اعتبرناها موقوفة علي الإجازة، قال بعضهم: إن احتملها ثلث ماله لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها؛ لأنّ تصرف المريض في ثلث المال (1) نافذ، فإذا تمكّن من قطع حقّ الوارث عن الثلث بالكلية فلاّن يتمكّن من وقفه عليه و تعليق حقّ الغير به كان أولي، وإن زادت علي الثلث لم يبطل الوقف في قدر الثلث، وأمّا الزيادة فليس للمريض تقويت ملكها علي الوارث، و للوارث الردّ و الإبطال، فإن أجاز فإجازته وقف منه علي نفسه إن جعلنا إجازة الوارث ابتداء عطية منه، وإن جعلناها تنفيذا، لزم الوقف.

وقال بعضهم: له ردّ الوقف في الكلّ؛ لأنّ الوصية بالثلث في حقّ الوارث كهي بالزيادة في حقّ غيره عندهم، و لهذا فإنّه لو أوصي لأحد الوارثين بشيء قليل، كان للآخر الردّ، فإن أجاز الابن فالحكم في الكلّ علي الخلاف في كيفية الإجازة (2).

و أجاب بعضهم عن هذا: بأنّا إنّما جوّزنا لأحد الوارثين إبطال الوصية علي الثاني؛ لأنّه بالوصية فضّله عليه، و نقص حقّ الذي لم يوص له عن عطية الله تعالى، و هنا لا تفضيل (3).

و التفريع علي جواز الوصية للوارث في الجملة، فلينفذ تصرفه في

ص: 127

1- في الطبعة الحجرية: «ماله» بدل «المال».

2- العزيز شرح الوجيز 31:7، روضة الطالبين 109:5.

3- العزيز شرح الوجيز 31:7.

الثَّلاثُ المستحقُّ في النقل المشهور عن ابن الحدَّاد، وعليه تتفرَّع [الصَّور] (1) المذكورة من بعد (2).

قال الجويني: المسألة مصوَّرة فيما إذا نَجَزَ الوقف في مرض موته [وكان الابن إذ ذاك] (3) طفلاً فقبله [له] (4) ثم مات فحاول الابن الرَّدَّ أو الإجازة (5).

لكنَّه لا- حاجة إلى هذا الفرض؛ لأنَّه وإن كان بالغاً وقبل بنفسه لم يمتنع عليه الرَّدُّ بعد الموت؛ إذ الإجازة المعتبرة هي الواقعة بعد الموت (6).

مسألة 76: لو كان له ابن و بنت فوقف ثلثي داره علي ابنه و الثلث علي البنت،

فإن خرجت الدار من الثلث لم يكن لهما الرَّدُّ؛ لأنَّه لم يفضَّل ولم يغيَّر عطية الله تعالى، وإن زادت علي الثلث فلهما ردُّ الوقف في الزيادة.

ولو وقفها عليهما نصفين واحتملها الثلث، صحَّ عندنا أيضاً،

ص: 128

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيَّة والحجريَّة: «الصورة». والمثبت كما في العزيز شرح الوجيز 31:7، وروضة الطالبين 109:5.

2- العزيز شرح الوجيز 31:7، روضة الطالبين 109:5.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيَّة والحجريَّة: «أمَّا إذا كان الابن». وهي كما تري، والمثبت كما في نهاية المطلب للجويني و كما هو موافق لما في روضة الطالبين نقلاً عنه، وفي العزيز شرح الوجيز كما في النسخ الخطيَّة والحجريَّة.

4- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

5- نهاية المطلب 98:11، وعنه في العزيز شرح الوجيز 31-32، وروضة الطالبين 109:5.

6- قوله: «لكنَّه... الموت» من كلام الرافعي في العزيز شرح الوجيز 32:7، ونقله النووي أيضاً في روضة الطالبين 109:5.

ولم يكن لهما الردّ.

وقالت الشافعية: إن رضي الابن فهي كما لو وقف، وإلا فظاهر قول ابن الحدّاد: أنّ له ردّ الوقف في ربع الدار؛ لأنّه لمّا وقف عليه النصف كان من حقّه أن يقف علي البنت الربع، فإذا زاد كان للابن ردّه، ثم لا يصير شيء منه وقفاً عليه، فإنّ الأب لم يقف عليه إلا النصف، بل يكون الربع المردود بينهما أثلاثاً ملكاً، ويقسم من اثني عشر؛ للحاجة إلي عدد له ثلث ربع، فتسعة منها وقف عليهما، وثلاثة ملك، وكلاهما بالأثلاث(1).

وقال بعضهم: ليس للابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار؛ لأنّه إنّما يحتاج إلي إجازته فيما هو حقّه، وحقّه منحصر في ثلثي الدار، وقد وقف عليه النصف، فله استخلاص تمام حقّه، وهو السدس، أمّا الثلث الآخر فهو حقّها، فلا معني لتسلّطه علي بطلان الوقف فيه. نعم، تتخيّر إن شاءت أجازت، فيكون كلّ وقفاً عليها، وإن شاءت ردّت الوقف في نصف سدس الدار، وحينئذ فتكون القسمة علي ما سبق، والنسبة بين وقفها وملكها كالنسبة بين وقفه وملكه(2).

مسألة 77: لو وقف الدار علي ابنه و زوجته نصفين،

ولا وارث له غيرهما، فإن أجازا و خرجت من الثلث صحّ الوقف، وإلا صحّ في قدر الثلث، وكان الباقي طلقاً.

وقال ابن الحدّاد من الشافعية: قد نقص عن حقّ الابن ثلاثة أثمان الدار، وهي ثلاثة أسباع حقّه؛ لأنّ سبعة أثمان الدار له، ولم يقف عليه إلا أربعة أثمانها، وهي أربعة أسباع حقّه، فله ردّ الوقف في حقّها من الدار

ص: 129

1- البيان 8:84، العزيز شرح الوجيز 7:32، روضة الطالبين 5:109-110.

2- العزيز شرح الوجيز 7:32، روضة الطالبين 5:110.

- وهو الثمن - إلى أربعة أسباعه، ليكون الوقف عليها من نصيبها كالوقف عليه من نصيبه، ويكون الباقي بينهما أثمانا ملكا، فتكون الفريضة من ستة وخمسين؛ لأننا نفتقر إلى عدد لثمنه سبع، فيكون أربعة أسباع الدار كلّها - وهي اثنان و ثلاثون - وقفا، ثمانية وعشرون منها وقف علي الابن، وأربعة علي الزوجة، و الباقي - وهو أربعة وعشرون - ملكا بينهما، منها أحد وعشرون للابن، و ثلاثة للزوجة(1).

وقال بعضهم: ليس له ردّ الوقف إلّا في تتمّة حقّه، وهو ثلاثة أثمان الدار، و أمّا الثمن فالخيار فيه للزوجة(2).

ولو وقف ثلث الدار علي ابنه و ثلثيها علي ابنته و لا - وارث له سواهما، فعلي قول ابن الحدّاد أنّه نقص من نصيب الابن ثلث الدار؛ لأنّه يستحقّ ثلثيها، و لم يقف عليه إلّا الثلث، و ذلك نصف نصيبه، فله ردّ الوقف في نصف نصيبها، و هو سدس الدار، و الباقي يكون بينهما أثلاثا ملكا، و تقع القسمة من ستة؛ لأننا نحتاج إلى عدد لثلثه نصف، فيكون نصف الدار وقفا و نصفها ملكا أثلاثا، و علي القول الآخر لا يرّد الوقف إلّا في تتمّة نصيبه، و هي الثلث، و لها الخيار في السدس(3).

مسألة 78: لو أسقط المريض عن وارثه ديناً له عليه،

أو أوصي بقضاء دينه الذي عليه للأجنبي، أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها، أو عفا عن جناية موجبها المال، صحّ ذلك كلّ من الثلث، و كان كالوصيّة للوارث تصحّ عندنا من الثلث من غير إجازة، خلافا للعامة(4).

ص: 130

1- العزيز شرح الوجيز 32:7-33، روضة الطالبين 110:5.

2- العزيز شرح الوجيز 33:7، روضة الطالبين 110:5.

3- العزيز شرح الوجيز 33:7، روضة الطالبين 110:5.

4- المغني 449:6، الشرح الكبير 463:6.

وإن عفا عن القصاص وقلنا: الواجب القصاص عينا، سقط إلي غير بدل، وإن قلنا: الواجب القصاص أو الدية - كما هو مذهب بعض العامة(1) - سقط القصاص، ووجب المال.

ولو عفا عن حدّ القذف، سقط مطلقا.

ولو أوصي لغريم وارثه، صحّت الوصيّة، وكذلك إن وهب له، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد(2).

وقال أبو يوسف: إنّه وصيّة للوارث؛ لأنّ الوارث ينتفع بهذه الوصيّة، ويستوفي دينه منها(3).

وليس بجيّد؛ لأنّ الوصيّة إنّما وقعت للأجنبيّ، فصحّ، كما لو أوصي لأجنبيّ عادت الإحسان إلي وارثه.

ولو أوصي لولد وارثه، صحّ.

وقالت العامة: إن قصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى(1).

مسألة 79: لو أوصي بثلث لوارث وأجنبيّ وقال: إن ردّوا وصيّة الوارث فالثلث كلّ للأجنبيّ،

لم يصح ردّهم؛ لأنّها لم تزد علي الثلث، والوصيّة للوارث عندنا صحيحة.

ومن منع الوصيّة للوارث جوّز لهم الردّ، فيكون الثلث كلّ للأجنبيّ؛ عملا بالوصيّة(2).

ولو قال: أوصيت لفلان بثلثي فإن مات قبلي فهو لفلان، صحّ.

ص: 131

1- المغني 6: 451، الشرح الكبير 6: 464-465.

2- المغني 6: 456.

وإن قال: وصّيت بثلاثي لفلان فإن أقبل فلان الغائب فهو له، صحّ، فإن قدم الغائب قبل موت الموصي فالوصيّة له، وبطلت وصيّة الأول، سواء عاد إلي الغيبة أو لم يعد؛ لأنّه قد وجد شرط انتقال الوصيّة إليه، فلم تنتقل عنه بعد ذلك.

ولو مات الموصي قبل قدوم الغائب، فالوصيّة للحاضر، سواء قدم الغائب بعد ذلك أو لم يقدم، قاله بعضهم (1).

ويحتمل أنّ الغائب إن قدم بعد موت الموصي كانت الوصيّة له؛ لأنّه جعلها له بشرط قدومه وقد وجد ذلك.

مسألة 80: لو أوصي لوارثه فأجاز بعض الورثة الوصيّة دون بعض،

نفذ في نصيب المجيز دون من لم يجز إذا كانت بأكثر من الثلث عندنا، و مطلقا عند العامة (2).

قالوا: لو أجاز بعضهم بعض الوصيّة وأجاز بعضهم جميعا أو ردّها، فهي علي ما فعلوا من ذلك (3).

فلو خلف ثلاثة بنين و عبدا لا يملك غيره فوصّي به لأحدهم أو وهبه إياه في مرض موته، صحّ له الثلث عندنا من غير إجازة، وعندهم لا بدّ من الإجازة، فإن أجاز الأخوان له فالعبد له، وإن أجاز له أحدهما وحده فله ثلثاه (4).

ولو أجاز له نصف العبد، فله نصفه عندهم، ولهما النصف (5).

ولو أجاز أحدهما له نصف نصيبه وردّ الآخر، فله النصف كملا:

الثلث بنصيبه، والسدس بنصيب المجيز.

ص: 132

1- المغني 6:456، الشرح الكبير 6:490. (2) الي 5) المغني 6:456، الشرح الكبير 6:530.

ولو أجازا له نصف نصيبهما، فله الثلثان: ثلث بالميراث، و ثلث بإجازة أخويه.

ولو أجاز أحدهما له نصف نصيبه و الآخر ثلاثة أرباع نصيبه، كمل له ثلاثة أرباع العبد.

ولو أوصي بالعبد لاثنتين منهما، فللثالث أن يجيز لهما أو يردّ عليهما، أو يجيز لهما بعض وصيّتهما إن شاء متساويا و إن شاء متفاضلا، أو يردّ علي أحدهما و يجيز للآخر وصيّته كلّها أو بعضها، أو يجيز لأحدهما جميع وصيّته و للآخر بعضها، كلّ ذلك جائز له؛ لأنّ الحقّ له، فكيفما أراد فعل فيه.

المطلب الثاني: في المسائل اللفظية.

إشارة

وفيه مباحث:

الأول: فيما يتعلق بالوصية للحمل.

مسألة 81: قد تقدّم

مسألة 81: قد تقدّم (1) البحث في شرائط الوصية للحمل،

و النظر الآن في قضية اللفظ باعتبار العدد و الذكورة و الأنوثة.

فإذا قال: أوصيت لحمل فلانة بكذا، فأنت بولدين، ورّع عليهما بالسوية، و لا يفصل الذكر علي الأنثي، كما لو وهب شيئا لرجل و امرأة، و إنّما التفضيل في التوريث بالعصوبة.

و لو فصل أحدهما صريحا، اتّبع قوله، سواء فصل الأنثي أو الذكر.

و لو خرج حيّ و ميت، فالكلّ للحيّ؛ لأنّ الميت كالمعدوم، و لهذا لو كان الخارج واحدا ميّتا بطلت الوصية، و لم يكن لورثته شيء، و كان

ص: 133

كالميراث الموقوف للحمل، وهو أظهر وجهي الشافعية، والثاني: أنه يسقط النصف، ويكون للوارث، ويصرف النصف إلى الحي أخذًا بالأسوأ في حقّه (1).

مسألة 82: لو قال: إن كان حملها غلاما فأعطوه عشرة،

وإن كان جارية فأعطوه (2) خمسة، واقتصر على أحد الطرفين، فولدت غلامين، فالأقرب: أنه لا شيء لهما؛ لأن التنكير يشعر بالتوحيد، وصدق أن يقال:

إن حملها غلامان لا غلام، وهو أظهر وجهي الشافعية، والثاني: أنه يكون العشرة بينهما؛ لأن الشافعي [ذكر] (3) في باب الطلاق: لو قال: إن كان حملك ذكرا فأنت طالق طلقة وإن كان أنثى فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكرا، وجهين، أحدهما: أنها لا تطلق؛ لهذا المعني، والثاني: أنها تطلق واحدة، والمعني إن كان جنس حملك ذكرا، ولا فرق بين البابين، فالوجهان آتيان فيهما (4).

قالوا: ولو قال: إن كان حملها ابنا فله عشرة، وإن كان بنتا فخمسة، فولدت ابنتين، فلا شيء لهما.

وفرقوا بين الابن والبنت وبين الذكر والأنثى بأن الذكر والأنثى اسما جنس، فيقع على الواحد والعدد، بخلاف الابن والبنت (5).

ص: 134

- 1- نهاية المطلب 11:117، الوسيط 4:444، الوجيز 1:275، العزيز شرح الوجيز 7:87، روضة الطالبين 5:154.
- 2- تذكير الضمير في «فأعطوه» باعتبار الحمل.
- 3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجرية: «قال». والمثبت كما في المصدر وحيث يقتضيه السياق.
- 4- العزيز شرح الوجيز 7:87-88، روضة الطالبين 5:154.
- 5- العزيز شرح الوجيز 7:88، روضة الطالبين 5:154.

و ليس بشيء.

ولا فرق بين ألفاظ العموم في ذلك، مثل: إن كان ما في بطنها ذكرا، والذي في بطنها.

مسألة 83: لو قال: إن كان في بطنها غلام فله كذا،

فولدت غلاما و جارية، استحقَّ الغلام ما ذكره، و لا شيء للجارية.

و لو ولدت غلامين، لم تبطل الوصية - وهو أظهر وجهي الشافعية - لوجود ما شرطه، و الثاني للشافعية: أنَّ الوصية باطلة؛ لأنَّ التنكير يقتضي التوحيد(1).

و علي الصحيح يحتمل توزيع الموصي به عليهما؛ لعدم الأولوية، و تخير الوارث في الصّرف إلي من شاء منهما، كما لو وقع الإبهام في الموصي به يرجع إلي الوارث، و الإيقاف إلي أن يبلغا فيصطلحا.

و للشافعية مثل هذه الاحتمالات أقوال ثلاثة(2).

و كذا لو أوصي لأحد الشخصين و جوّزنا الإبهام في الموصي له فمات قبل البيان، ففي وجه: يورّع، و في آخر: يعين الوارث، و في آخر: يوقف بينهما إلي أن يصطلحا.

و لو قال: إن كانت حاملا بغلام أو إن ولدت غلاما، فهو كما لو قال:

إن كان في بطنها غلام.

و لو قال: إن ولدت ذكرا فله مائتان، و إن ولدت أنثى فمائة، فولدت خنثى مشكلا، دفع [إليه](3) الأقل.

و لو ولدت ذكرا و أنثى، فلكل واحد منهما ما ذكر.

ص: 135

1- العزيز شرح الوجيز 88:7، روضة الطالبين 155:5.

2- العزيز شرح الوجيز 88:7، روضة الطالبين 155:5.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «إليها»، و الظاهر ما أثبتناه.

ولو ولدت ذكرين وأنثيين، فللشافعية وجهان (1) تقدّما (2).

البحث الثاني: في الوصية للجيران والقراء والعلماء.

مسألة 84: إذا أوصي بشيء لجيرانه،

صحت الوصية إجماعاً، ويصرف إلي من يطلق عليه أنه جار عرفاً؛ إذ الألفاظ إنما تحمل علي معانيها العرفية إذا لم يكن هناك عرف شرعي.

وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط: إذا أوصي لجيرانه فإنه يفرّق علي من بينه وبينه أربعون ذراعاً، وقد روي أربعون داراً، وفيه خلاف (3).

والمشهور عند الشافعية: أنه يفرّق علي من (4) يلي داره إلي أربعين داراً من كلّ جانب من الجوانب الأربعة (5)، وبه قال أحمد والأوزاعي (6)؛ لما روه عن النبي صلي الله عليه وآله أنه قال: «حقّ الجوار أربعون داراً» هكذا وهكذا وهكذا وهكذا، وأشار قدّاماً وخلفاً ويمينا وشمالاً (7).

وروي العامة عن علي عليه السلام في قول النبي صلي الله عليه وآله: «لا صلاة لجار

ص: 136

1- العزيز شرح الوجيز 88:7، روضة الطالبين 155:5.

2- في ص 134، ضمن المسألة 82.

3- المبسوط - للطوسي - 41:4.

4- في «ص، ل»: «في من» بدل «علي من».

5- المهذب - للشيرازي - 462:1، نهاية المطلب 318:11، الوجيز 276:1، الوسيط 445:4، حلية العلماء 95:6، التهذيب - للبغوي

- 79:5، البيان 204:8، العزيز شرح الوجيز 89:7، روضة الطالبين 155:5، مختصر اختلاف العلماء 2185/50:5، التنف 824:2،

الإفصاح عن معاني الصحاح 62:2، المغني 585-586:6، الشرح الكبير 521:6.

6- الإفصاح عن معاني الصحاح 62:2، المغني 585:6 و 586، الشرح الكبير 521:6.

7- مسند أبي يعلي 5982/385:10.

المسجد إلا في المسجد» قال: «من سمع النداء»(1).

وقال سعيد بن عمرو بن جعدة: من سمع الإقامة(2).

وقال أبو حنيفة: الجار هو الملاصق؛ لأن النبي صلى الله عليه واله قال: «الجار أحق بصقبة»(3) يعني الشفعة، وإنما تثبت للملاصق، و لأن الجار مشتق من المجاورة(4).

وليس بجيد؛ لأن الله تعالى قال: وَ الْجَارِ ذِي الْقُرْبَى وَالْجَارِ الْجُنْبِ (5) فأثبت الجوار مع البعد.

وقال قتادة: الجار: الدار والداران(6).

وقال أبو يوسف: الجيران أهل المحلة إن جمعهم مسجد، فإن تفرق أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين فالجميع جيران، وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران، وأما الأمصار التي فيها القبائل فالجوار(6).

ص: 137

1- المغني 586:6، الشرح الكبير 521:6.

2- المغني 586:6، الشرح الكبير 521:6.

3- مسند أحمد 26639/536:7، وفيه: «... بصقبة أو سقبه»، مسند أبي داود الطيالسي: 973/131، سنن أبي داود 3516/286:3، سنن النسائي (المجتبي) 320:7، سنن الدارقطني 74/224:4 و 75، السنن الكبرى - للبيهقي - 6: 105، وفيها: «... بسقبة».

4- الإفصاح عن معاني الصحاح 62:2، المغني 586:6، الشرح الكبير 521:6، مختصر اختلاف العلماء 2185/50:5، مختصر القدوري: 243، التنف 824:2، روضة القضاة 4017/707:2، الفتاوى الولوالجية 392:5، الفقه النافع 1186/1418:3، بدائع الصنائع 351:7، شرح الزيادات 1614:5، الهداية - للمرغيناني - 249:4، الاختيار لتعليل المختار 109:5، نهاية المطلب 318:11، الوجيز 276:1، حلية العلماء 96:6، التهذيب - للبغوي - 79:5، البيان 204:8، العزيز شرح الوجيز 89:7.

5- سورة النساء: 36.

6- حلية العلماء 96:6، المغني 586:6، الشرح الكبير 521:6.

علي الأفخاذ(1).

وروي الشافعية وجها مثل قول أبي حنيفة(2).

وقال بعض الشافعية: من تلاصق داره من الجوانب جار، وفي من ليس بملاصق - كالذي باب داره حذاء باب داره، والذين هم في زقاق واحد غير نافذ - اختلاف للأصحاب(3).

وعن أحمد رواية: أن جيرانه هم الذين يحضرون مسجده(4).

فروع:

أ: لو أوصي لأهل دربه أو سكته، فهم أهل المحلة الذين طريقتهم في دربه.

ب: لو أوصي لجيران قريته أو لجيران بلده، لم يكن لأهل القرية ولا لأهل بلده شيء، وصرف إلي أقرب الناس إلي قريته وبلده مكانا.

ج: لو أوصي لجيران قريته، ففي الانصراف إلي القرايا(5) القرية إشكال، أقربه: صرفه إلي أقرب القرايا إلي قريته من جهة واحدة، فإن تساوت قريتان أو أربع من الجوانب قربا اشتركوا.

مسألة 85: لو أوصي للقراء،

انصرف إلي من يقرأ جميع القرآن، لا إلي من يقرأ بعضه، عملا بالعرف، فإنه لا يفهم منه إلا الكل، لأنهم الذين

ص: 138

1- مختصر اختلاف العلماء 5: 2185/50، المغني 6: 586، الشرح الكبير 6: 521.

2- نهاية المطلب 11: 318، الوجيز 1: 276، العزيز شرح الوجيز 7: 89، روضة الطالبين 5: 155.

3- نهاية المطلب 11: 318، العزيز شرح الوجيز 7: 89، روضة الطالبين 5: 155.

4- التهذيب - للبعوي - 5: 79، العزيز شرح الوجيز 7: 89.

5- كذا قوله: «القرايا» - وكذا فيما يأتي - في النسخ الخطية والحجيرية، والقرية تجمع علي «قري» علي غير القياس، كما في تهذيب اللغة 9: 270، والصحاح 6: 2460 «قرا».

يقع عليهم الاسم في العادة.

و هل يدخل فيه من لا يحفظه وإّما يقرأ من المصحف ؟ إشكال ينشأ: من معارضة العرف للوضع.

و للشافعية وجهان(1).

و الأقرب: الرجوع إلي العرف، و هو الآن ينصرف إلي الحفظ الذين يقرأون بالألحان، و أمّا من حيث الوضع فإنّه لا يشترط في إطلاق اللفظ الحفظ عن ظهر القلب، بل يصدق علي من يقرأ في المصحف، و لا يشترط أيضا قراءة جميع القرآن؛ لأنّه مأخوذ من القرء، و هو الجمع، و هو صادق في البعض كما يصدق في الجميع.

مسألة 86: لو أوصي للعلماء أو لأهل العلم،

صرف إلي العلماء بعلوم الشرع، و هي التفسير و الحديث و الفقه.

و لا يدخل في هذا الاسم الذين يسمعون الحديث و لا علم لهم بطرقه(2)، و لا بأسامي الرواة و لا بمتن الأحاديث، فإنّ السماع المجرد ليس بعلم، و كذا لا يدخل فيه المقرئون و المعبرون(3).

قالت الشافعية: و لا يدخل فيه الأدباء و الأطباء و المنجمون و الحساب و المهندسون(4)، و هكذا ذكر أكثرهم في المتكلمين(5).

و قال بعضهم: إنّ علم الكلام داخل في العلوم الشرعية(6).

و الوجه: دخول الجميع فيه.

ص: 139

1- الوسيط 4:446، التهذيب - للبخاري - 5:79-80، العزيز شرح الوجيز 7:89، روضة الطالبين 5:155.

2- في الطبعة الحجرية: «بطريقه».

3- أي: المعبرون للرؤيا. (4الي 6) العزيز شرح الوجيز 7:90، روضة الطالبين 5:156.

وفي المنجّم إشكال من حيث تحريم صنّعه، و من حيث إنّ الوصيّة له لا في التنجيم.

ولو أوصي للفقهاء، فالأقرب: اندراج من يصدق عليه أنّه فقيه عرفاً، وهو لمن يعلم أحكام الشرع من كلّ نوع شيئاً.

و للشافعيّة أقوال:

أحدها: ما ذكرناه.

و الثاني: أنّه يدخل فيه من حصّل شيئاً من الفقه وإن قلّ حتي المسألة الواحدة.

و الثالث: أنّ من حفظ أربعين مسألة فهو فقيه؛ لما روي عن النبيّ صلّي الله عليه و اله أنّه قال: «من حفظ علي ديني (1) أربعين حديثاً كتب فقيها» (2).

مسألة 87: لو أوصي لأعقل الناس في البلد،

فهو لأجودهم تدبيراً في دينه و دنياه.

وقال الشافعي: يصرف إليّ أزهدهم (3).

و لو قال: لأجهل الناس، قال بعض الشافعيّة (4): يصرف إليّ عبدة الأوثان (5).

فإن قال: لأجهل الناس من المسلمين، قال بعض الشافعيّة: يصرف إليّ من يسبّ الصحابة (6).

ص: 140

1- في العزيز شرح الوجيز 91:7: «أمتي» بدل «ديني».

2- العزيز شرح الوجيز 91:7، روضة الطالبين 157:5.

3- البيان 205:8، العزيز شرح الوجيز 91:7، روضة الطالبين 157:5.

4- في النسخ الخطيّة: «بعض أصحابه» بدل «بعض الشافعيّة».

5- العزيز شرح الوجيز 91:7، روضة الطالبين 157:5.

6- البيان 205:8، العزيز شرح الوجيز 91:7، روضة الطالبين 157:5.

وقال صاحب التتمة من الشافعية: يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم(1).

وكلا القولين خطأ.

أمّا بيان خطأ الأول: فلأنّ السبّ لا يخرج السابّ عن كونه عاقلاً، أقصي ما في الباب أنّه ارتكب ما لا يجوز، وليس ذلك سبباً في سلب العقل(2)، وإلاّ لكان كلّ فسق كذلك، وهو باطل قطعاً، مع أنّ السبّ بين الصحابة قد وقع، فقد سبّ معاوية وبنو أمية أمير المؤمنين عليّ بن أبي طالب عليه السلام علي المنابر ثمانين سنة، وكذا سبّ أمير المؤمنين عليه السلام معاوية، مع كمال عقله وسبقه في العلم وبلوغه أقصي الغايات فيه.

ثمّ قتل الصحابة أعظم كثيراً من سبّهم، وقد قتل يزيد بن معاوية الحسين عليه السلام ونهب حريمه مع إظهار النبيّ صلّي الله عليه واله محبّته له(3)، واشتهر أمره وأمر أخيه، وجعل الله تعالى مودّتهم أجر الرسالة(4)، التي هي أعظم الألفاف الربّانية علي العبيد، فإنّ بسببها يحصل الثواب الدائم والخلاص من العقاب السرم، مع أنّ يزيد لم يخرج بذلك عن حدّ العقلاء، بل كان إماماً عند بعضهم.

وكان عمر بن الخطّاب عندهم ثاني الخلفاء صاحب الفتوح الكثيرة3.

ص: 141

1- عنه في العزيز شرح الوجيز 91:7، وروضة الطالبين 157:5.

2- في الطبعة الحجرية: «السلب» بدل «سلب العقل».

3- راجع علي سبيل المثال: المصنّف - لابن أبي شيبة - 97:12-12231/98 و 12232، وفضائل الصحابة - لأحمد بن حنبل - 1356/769:2، و 770 - 1358/771، و سنن ابن ماجه 142/51:1، والجامع الصحيح (سنن الترمذي) 5: 3769/657-656.

4- سورة الشوري: 23.

و السياسات العظيمة وقد سب رسول الله صلى الله عليه و اله في مرضه الذي توفي فيه صلى الله عليه و اله، حيث قال رسول الله صلى الله عليه و اله: «اتتوني بدواة و كتف لأكتب فيه كتابا لن تضلّوا بعده أبدا» فقال عمر: إنّ الرجل ليهجر، حسبنا كتاب الله، فأعرض النبي صلى الله عليه و اله عنه مغضبا، ثم وقع التشاجر بين الصحابة، فقال بعضهم: القول ما قاله عمر، و قال آخرون: القول ما قاله رسول الله صلى الله عليه و اله، و أمرهم النبي صلى الله عليه و اله بالانصراف عنه؛ حيث آذوه بالصياح عنده، فسألوا منه الكتابة، ففتح عينيه صلى الله عليه و اله و قال: «أبعد ما سمعت»⁽¹⁾.

و قال يوما: إنّ رسول الله صلى الله عليه و اله شجرة نبتت في كبا، أي: في مزبلة، و عني بذلك رذالة أهله، فسمع رسول الله صلى الله عليه و اله ذلك فاشتد غيظه ثم نادى:

«الصلاة جامعة» فحضر المسلمون بأسرهم، فصعد رسول الله صلى الله عليه و اله المنبر، ثم حمد الله و أثني عليه، و قال: «أيها الناس ليقيم كلّ منكم ينتسب إلي أبيه حتي أعرف نسبه» فقام إليه شخص من الجماعة و قال: يا رسول الله، أنا فلان بن فلان بن فلان، فقال: «صدقت» ثم قال آخر فقال: يا رسول الله، أنا فلان بن فلان، فقال: «لست لفلان، و إنّما أنت لفلان، و انتحلك فلان ابن فلان» فقعد خجلا، ثم لم يقم أحد، فأمرهم عليه السلام بالقيام و الانتساب مرّة و اثنتين، فلم يقم أحد، فقال: «أين الساب لأهل بيتي ليقم إليّ و ينتسب إلي أبيه؟» فقام عمر و قال: يا رسول الله، اعف عتّا الله عنك، اغفر لنا غفر الله لك، احلم عتّا أحلم الله عنك، و كان رسول الله صلى الله عليه و اله كثير الحياء، فقال:

«إذا كان يوم القيامة سجدت سجدة لا أرفع رأسي حتي لا يبقى أحد من بنير.

ص: 142

1- الطبقات الكبرى - لابن سعد - 2: 242 و 244، مسند أحمد 1: 2983/534، صحيح البخاري 7: 156، صحيح مسلم 3: 21/1259 و 22، سرّ العالمين: 11، الوفا بأحوال المصطفى 2: 779-780، و فيها بتفاوت و اختصار.

وأيضا فقد سبّ أهل السّنة و الجماعة النّبّي صلّي الله عليه و اله، حيث نسبوا إليه الكفر؛ لأنّه صلّي الله عليه و اله صلّي يوما صلاة الصبح و قرأ فيها سورة النجم إلي أن وصل إلي قوله تعالى: وَمَنَاءُ الثَّالِثَةِ الْأُخْرَى (2) قالوا: فقرأ بعد ذلك: تلك الغرانيق العلي منها الشفاعة ترتجي(3)، و هذا عين الكفر، و أيّ سبّ أعظم ممّن نسب الكفر إلي من قال الله تعالى فيه قبل هذه الآية بكلمات و ما يُنطقُ عن الهوي * إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى (4).

و نسبوا أباه إلي الكفر(5)، و أيّ سبّ أعظم من أن يقال للشخص:

يا ابن الكافر، بل سبّوا الله تعالى، حيث أسندوا جميع الموجودات من الحسن و القبيح إليه تعالى، فجميع شرّ في العالم أو ظلم أو غير ذلك فهو صادر منه، تعالى الله عن ذلك، و إذا سبّ الإنسان غيره فقال: أنت كافر، كان معناه أنّك أوجدت الكفر و فعلته، فبأيّ شيء يسبّ الله تعالى بأعظم من ذلك.

و أمّا بيان بطلان القول الثاني: فلأنّ الجهل ليس باعتبار اعتقاد الإمامة؛ لأنّ العقل و النقل متطابقان عليها، و لا باعتبار اعتقادهم في صفات الإمام من العصمة و الانحصار في عدد معيّن؛ لدلالة العقل و النقل معا عليه، فإنّ غير المعصوم يحتاج إلي إمام معصوم كما احتاجت الأمة إليه، و قد نصّ 2.

ص: 143

1- لم نعر عليه فيما بين أيدينا من المصادر.

2- سورة النجم: 20.

3- ينظر: جامع البيان 131:17 و ما بعدها، و الوسيط - للواحد - 276:3، و النكت و العيون (تفسير الماوردي) 35:4-36.

4- سورة النجم: 3 و 4.

5- دلائل النبوّة - للبيهقي - 192:1، و ينظر: البداية و النهاية 280:2.

النبيّ صلّي الله عليه و اله في عدّة مواطن علي تعيين الإمام و علي تعدّده و انحصاره في الاثني عشر عليهم السّلام، و الإجماع المركّب الدالّ عليه، فإنّ كلّ من يعتقد وجوب العصمة في الإمام قال بانحصار الأئمّة فيهم، و قد ثبت بالدليل وجوب العصمة، فثبت الإجماع، و لا باعتبار اعتقادهم طول عمره؛ لأنّ ذلك أمر ممكن و واقع، و قد نصّ القرآن العزيز علي وقوعه في نوح، حيث قال تعالى: فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عاماً (1) و نقل أنّه عاش ألف سنة و ثلاثمائة سنة (2)، و عاش آدم عليه السّلام تسعمائة و ثلاثون سنة، مذكور في التوراة (3)، و عاش شيث تسعمائة و اثنتي عشرة سنة (4)، و عاش إدريس ثلاثمائة و خمسا و ستين سنة (5)، و كان عمر إبراهيم عليه السّلام مائتي سنة (6)، و قيل:

مائة و خمس و تسعون سنة (7)، و عمر الخضر إلي الآن، و ليس له القرب الذي للإمام المنتظر عليه السّلام من النبيّ صلّي الله عليه و اله، و هو أقدم ولادة منه عليه السّلام بعدّة ألوف من السنين.

و بالجملة، فطول العمر من الأمور الممكنة بلا- خلاف، و كلّ ممكن فهو مقدور لله تعالى بلا خلاف، و من أنكر هذين الحكمين كان خارقاً1.

ص: 144

1- سورة العنكبوت: 14.

2- تاريخ الطبري 1: 179، الإنباء بأنباء الأنبياء: 55، الكامل في التاريخ 1: 68.

3- تاريخ الطبري 1: 158 و 159، البدء و التاريخ 3: 11، الإنباء بأنباء الأنبياء: 51، الكامل في التاريخ 1: 51، البداية و النهاية 1: 95.

4- تاريخ الطبري 1: 162-163، الإنباء بأنباء الأنبياء: 52، الكامل في التاريخ 1: 54.

5- تاريخ الطبري 1: 170، الإنباء بأنباء الأنبياء: 54، الكامل في التاريخ 1: 62.

6- تاريخ الطبري 1: 312، المنتظم 1: 303، الكامل في التاريخ 1: 124، البداية و النهاية 1: 174.

7- الإنباء بأنباء الأنبياء: 61.

للاجتماع، وإذا كان ممكنا كيف ينسب من يعتقد وقوعه - مستندا إلى هذا الإمكان وإلى أخبار كثيرة وردت عليه من جماعة يعتقد عدالتهم وأمانتهم وصدقهم - إلى الجهل؟! بل لو اجتمعت هذه المعلومات (1) عند من حكم بالجهل ثم لم يعتقد النتيجة منها كان أجهل الناس، بل الأولي صرف هذه الوصية إلى منكري الضروريات، كالسوفسطائية ومن ضارعهن من أهل السنة والجماعة.

ولو خصص الوصية، فقال: يعطي هذا لأجهل المسلمين، قالوا:

ينبغي أن يصرف إلي من ضارع السوفسطائية في إنكار الضروريات من أهل السنة والجماعة (2).

وبيان ذلك: أن أهل السنة والجماعة التزموا برؤية الله تعالى، وهذا اعتقاد مخالف لما قضت به بديهية العقل، فإن الضرورة قاضية بأن الرؤية إنما تكون للمقابل أو في حكمه، وهو مخصوص بذوات الأوضاع، فما لا وضع له لا يمكن رؤيته بضرورة العقل، وكيف يحكم عاقل بأننا نري ما ليس في جهة ولا يشار إليه بإشارة حسية أنه هنا أو هناك؟

وأيضا ذهبوا إلى أنه يجوز أن يكون بين أيدينا جبال شاهقة من الأرض إلى السماء وهي مشرقة بألوان مختلفة ولا حاجب بينها وبينها ونور الشمس قد سطع عليها وأشرقت به وصاحب الحاسة السليمة لا يشاهدها وبينها وبينه أقل من شبر، وأنه يجوز أن يشاهد الأعمى الذي لم يخلق الله تعالى له حاسة البصر وهو علي طرف المشرق - مثلا - - نملة بقدر رأس الإبرة تمشي علي صخرة سوداء في طرف قطر المغرب. 5.

ص: 145

1- في النسخ الخطية: «المقدمات» بدل «المعلومات».

2- ينظر: العزيز شرح الوجيز 91:7، وروضة الطالبين 157:5.

و كذا جَوَّزُوا أن يكون صحيح السمع في الغاية لا يسمع الأصوات الهائلة التي هي أقوى من أشدّ الصواعق صوتا ولا حائل بينه وبينها، و يخفي عليه ذلك ولا صمم بأذنه، ثم يسمع الأصمّ الذي لا يسمع شيئا ألبتة من أوّل عمره و هو علي طرف قطر المشرق أدني مشاورة بين اثنين لا يسمع ثالث عندهما و هما علي طرف قطر المغرب.

و جَوَّزُوا أن تكون البرية الخالية من البشر، التي قدرها طولاً و عرضاً مائة فرسخ - مثلاً - قد امتلأت ألوفاً من الخلائق التي لا حصر لعددهم و هم في غاية المحاربة و المسابقة و المراماة بالمناجيق و المصاولة بالحراش و السيوف و الخيول التي يركبونها و لا حصر لها و الإنسان السائر في تلك البرية طولاً و عرضاً و مستقيماً و معوجاً و علي خطّ مستقيم و مستدير و يحيط تلك البرية و يجول فيها بفرسه و لا يسمع لأولئك حسيماً، و لا يدرك لهم صورة، و لا يصدّم منهم إنساناً و لا دابة، بل تتواري (1) عنه و تنحرف يمينا و شمالاً و في جميع المسامات تبعد عنه.

و جَوَّزُوا أن الواحد ممّا يري جوع غيره و شبعه و يدرك ذلك منه و كذا يدرك لذّة الغير و ألمه و فرحه و غمّه و سروره و يري علمه و ظنّه و وهمه و شكّه و خوفه و اعتقاده و إحساسه و جميع الكيفيات النفسانية التي للغير و لا يشاهد لون بشرته و لا يري أنّها سوداء أو بيضاء مع عدم الحاجب عنها و وقوع الضوء عليها، و بالجملة يشاهد ما وقع بينه و بينه حجاب عرضه ألف ذراع من الحديد - مثلاً - في الليلة الظلماء و لا ضوء هناك و لا يشاهد ما هو إلي جانبه و لا حاجب له و نور الشمس مشرق عليه و هو ملوّن، و كذا يشاهد».

ص: 146

1- في «ر، ص»: «تنزوي» بدل «تتواري».

الدَّرة في المشرق و هو بالمغرب و لا يدرك الجبل العظيم الحاضر عنده و لا مانع من رؤيته.

و أيضا ذهبوا إلى انتفاء صدور المسببات عن أسبابها، و نفوا العلّة مطلقا بين العلّة و المعلول، فقالوا: الإنسان إذا نزل في الثلج إلى حدّ رأسه قد لا يحصل له البرد، بل يكون حاله هناك كحالته إذا وقع في تنّور مسعر قد اشتعل فيه الخشب العظيم مدّة أيام، و أن يكون حاله إذا وقع في ذلك التّنور بمنزلة ما إذا وقع في بحر الثلج بحيث يحسّ في الثلج بالحرّ المفرط و في التّنور المسعر بالبرد المفرط، و إنّ الضرب ليس سببا في الألم، بل قد يضرب الإنسان أشدّ الضرب بأقوي الآلات المؤلمة و لا يحصل له ألم ألبتّة، بل قد يحصل له اللدّة العظيمة التي يدركها عند مباشرته لأحسن الصّور حالة الوقاع، و بالعكس.

و هؤلاء في الحقيقة أعظم سفسطة من السوفسطائية؛ لأنّ جماعة من الحكماء لمّا عجزوا عن مجادلة منكري البديهيّات من السوفسطائية التجأوا إلى ضربهم بالخشب و إحراقهم بالنار بحيث يدركون الألم الشديد و يفرّقون بين حالهم عند الضرب و الإحراق و حالهم عند الخلوّ عنهما، و إذا فرّقوا بين الإحساس و عدمه حصل الفرق بالعقل بين المعلوم بالضرورة و ما لا يعلم بالضرورة، و هؤلاء اعترفوا علي أنفسهم بأنّه قد يحصل لهم عند الضرب العظيم و الإحراق بالنيران الكثيرة ضدّ الألم، و هو اللدّة العظيمة، فصاروا بهذا الاعتبار أشدّ عنادا للحقّ من السوفسطائية.

وقالوا: إنّ المدلول لا يحصل من سببه، و هو الدليل، بل قد يحصل من خلافه، أو يحصل ضدّه، فإذا قال الإنسان: العالم متغيّر و كلّ متغيّر

محدث، لا يلزم حصول اعتقاد أنّ العالم محدث، بل قد يحصل أنّ العالم قديم، أو يحصل أنّ الإنسان جسم مثلاً، وإذا اعتقد أنّ الإنسان حيوان وأنّ كلّ حيوان جسم لا يحصل أنّ الإنسان جسم، بل قد يحصل أنّ الإنسان عرض أو أنّ العالم محدث، وأيّ جهل أعظم من ذلك ؟

و أيضاً قالوا: إنّ الله تعالى هو الخالق (1) لأفعال العباد بأسرها خيرها وشرّها، حسننها وقبيحها، وقد خالفوا الضرورة في ذلك، فإنّ كلّ عاقل يجزم جزماً ضرورياً بأنّه الفاعل لأفعال نفسه بحسب اختياره وإرادته، وأنّ الضرورة فرّقت بين وقوع الإنسان من سطح الدار ونزوله بالدرج، ونعلم بعدم اختياره في الأوّل، وأنّه مختار في الثاني.

قال أبو الهذيل العلاف: حمار بشر أعقل من بشر؛ لأنّ حمار بشر إذا أتيت به إلي جدول صغير و حملته علي طفره طفره، و لو أتيت به إلي جدول كبير و حملته علي طفره لم يطره، و لو بالغت في ضربه عدل يمينا و شمالا، و لم يطعك علي طفره؛ لأنّه فرّق بين ما يقدر عليه و ما لا يقدر عليه، و بشر لم يفرّق بينهما (2).

ولزمهم من ذلك ارتكاب محالات:

أحدها: نسبة الله تعالى إلي الظلم، حيث يعذب الكافر أشدّ العذاب من غير صدور ذنب منه؛ إذ لا فرق بين فعله و شكله، فجوزوا تعذيب الكافر علي لونه و طوله و قصره و غير ذلك من الأفعال التي فعلها الله تعالى فيه، كما يعذبه علي الذنوب.

و ثانيها: أنّه تعالى كلّف العبد ما لا قدرة له عليه، و أمره و نهاه بما2.

ص: 148

1- في «ل» و الطبعة الحجرية: «الخالق» بدل «الخالق».

2- الفائق في أصول الدين: 242.

لا يمكن صدوره عنه، و أيّ ظلم أعظم من ذلك ؟ تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

وثالثها: أنهم جوّزوا بواسطة ذلك تكليف الأعمى قراءة المصحف ونقطها، والتمييز بين الألوان، و تكليف الرّمن من العدو، و تكليف الإنسان الطيران إلى السماء، و يعدّ علي ترك ذلك، و هذا من أعظم أنواع الظلم.

ورابعها: أنهم يلزمهم تكذيب القرآن العزيز، فإنّ الله تعالى يقول:

وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِّلْعَبِيدِ (1) وَمَا اللَّهُ يُرِيدُ ظُلْمًا لِّلْعِبَادِ (2) وَمَا ظَلَمْنَاهُمْ وَلَكِنْ كَانُوا هُمُ الظَّالِمِينَ (3) وأهل السّنة و الجماعة يقولون:

لم يكونوا ظالمين، بل الله تعالى ظلمهم.

و خامسها: أنّه يلزمهم نفي صفات الكمال عن الله تعالى، مثل قوله تعالى: غَفُوراً رَّحِيماً (4) حَلِيماً (5) لأنّ هذه الصفات إنّما تثبت لو استحقّ العبد العذاب ثمّ عفا الله تعالى عنه و غفر له و رحمه، لكن استحقاق العقاب إنّما يكون علي ارتكاب ما نهى الله تعالى عنه، فإذا كان الفعل من الله تعالى لم يتحقّق شيء من ذلك.

و سادسها: أنّه يلزم منه تكذيب القرآن العزيز في مواضع لا- تحصى كثرة، كآيات التي أضاف الله تعالى الفعل فيها إلي العبد: فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ (1).

ص: 149

1- سورة فصلت: 46.

2- سورة غافر: 31.

3- سورة الزخرف: 76.

4- سورة النساء: 23 و 96 و 106 و 110 و 129 و 152، سورة الفرقان: 6 و 70، سورة الأحزاب: 5 و 24 و 50 و 59 و 73، سورة الفتح: 14.

5- سورة الإسراء: 44، سورة الأحزاب: 15، سورة فاطر: 41.

يَكْتُبُونَ الْكِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ (1) بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْراً (2) والتي مدح المؤمن فيها علي إيمانه، وذم العاصي علي عصيانه و الجزء عليهما (3)، والتي نزه الله تعالي فيها نفسه عن مساواة فعله لأفعالنا (4)، والتي ذم العباد فيها علي فعلهم، وكيف يوبّخهم في قوله: فَأَنِّي تُؤْفِكُونَ (5) والإفك منه تعالي، لَمْ تَصُدُّونَ (6) لَمْ تُحَرِّمْ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ (7) لَمْ تَكْفُرُونَ (8) لَمْ تَلْبِسُونَ (9) لَمْ أَذْنَبْ (10) والآيات التي فيها الجزاء:

فَيُظْلَمُ مِنَ الَّذِينَ هَادُوا (11) بِمَا كُنْتُمْ تَكْسِبُونَ (12).

و أيضا فإن هؤلاء الذين هم أهل السنة و الجماعة يلزمهم أحد الأمرين المحالين: إما كونه تعالي موجبا لأفعاله غير مختار فيها، أو التناقض بين كلامهم، والأول محض الكفر، والثاني أعظم المحالات.2.

ص: 150

-
- 1- سورة البقرة: 79.
 - 2- سورة يوسف: 18.
 - 3- سورة البقرة: 86، سورة آل عمران: 90، سورة الأنعام: 160، سورة طه: 15 و 124، سورة النمل: 90، سورة غافر: 17، سورة الطور: 16، سورة النجم: 37 و 38، سورة الرحمن: 60.
 - 4- سورة النساء: 40 و 49، سورة هود: 101، سورة الحجر: 85، سورة الإسراء: 71، سورة غافر: 17، سورة فصلت: 46، سورة الملك: 3.
 - 5- سورة الأنعام: 95.
 - 6- سورة آل عمران: 99.
 - 7- سورة التحريم: 1.
 - 8- سورة آل عمران: 70 و 98.
 - 9- سورة آل عمران: 71.
 - 10- سورة التوبة: 43.
 - 11- سورة النساء: 160.
 - 12- سورة الأعراف: 39، سورة يونس: 52.

و بيان ذلك: أنّهم استدلّوا علي إسناد أفعال العباد إلي الله تعالى بوجوه أقواها عندهم: وجهان:

أحدهما: أنّ الفعل الذي صدر عن العبد إن علم الله تعالى وقوعه وجب وقوعه، وإلاّ لجاز أن لا يقع، فيلزم الجهل علي الله تعالى، وهو محال، وإذا وجب وقوعه انتفت قدرة العبد، وإن علم الله تعالى عدم الفعل استحال وقوعه؛ إذ لو جاز وقوعه لزم تجويز الجهل علي الله تعالى، وهو محال، وإذا استحال وقوعه انتفت قدرته عليه.

وثانيهما: أنّ الفعل الصادر عن العبد إن وجب صدوره عنه انتفت قدرته عليه، فإنّ الواجب غير مقدور؛ لامتناع عدمه، و كلّ مقدور فهو غير ممتنع العدم، وإن لم يجب [صدوره] عنه كان ممكنا، فترجّح وجوده علي عدمه إن كان لا لسبب لزم وقوع الممكن الجائز من غير سبب، وهو باطل بالضرورة، ومقتض لا انتفاء دليل إثبات الصانع تعالى، وإن كان لسبب فإمّا أن يجب وجوده مع ذلك السبب، فيلزم نفي القدرة عليه أيضا، وإن لم يجب أمكن فرض عدمه في وقت وجوده في آخر، فإنّ ترجّح الوجود علي العدم لا لسبب لزم المحال السابق، وإن كان لسبب لم يكن ما فرضناه سببا بسبب، وأيضا يعود الكلام فيه، وعلي كلّ تقدير تنتفي قدرة العبد.

وهذان الوجهان إن أوجبا نفي قدرة العبد أوجبا نفي قدرة الله تعالى، وذلك عين الكفر أو التناقض إن أثبتوا قدرة لله تعالى لا للعبد، ولا يمكنهم الفرق بين الله تعالى والعبد في ذلك؛ لتناول الدليلين لهما بالسويّة.

وطريق الجواب فيهما واحد، وهو أنّ العلم تابع، فلا يؤثر في المتبوع وجوبا ولا إمكانا ولا امتناعا، والوجوب المستند إلي الاختيار مع القصد لا ينافي الإمكان الذاتي.

و أيضا فهؤلاء أهل السّنة و الجماعة ارتكب بعضهم في باب أفعال العباد ما يخالف العقل، و هو أنّهم لمّا لزمهم الشناعات العظيمة السابقة و غيرها التجأوا إلي إثبات شيء لا يعلمونه، و هو الكسب، فقالوا: العبد غير فاعل للفعل لا بالاستقلال و لا بالشركة، و لكنّه مكتسب له، فسئلوا عن معني الكسب ما هو؟ فقال بعضهم: إنّ صفة الفعل من كونه طاعة أو معصية، و قال آخرون: إنّ عبارة عن اختيار الفعل، فقليل لهما: هذا الصادر إن لم يكن شيئا فلا صدور و لا صادر و لا مؤثّر فيه، و إن كان شيئا صادرا عن العبد فقد اعترفتكم بكون العبد فاعلا، فلم خالفتكم الضرورة في إسناد الفعل إلينا؟ فالتجأ بعضهم إلي عدم العلم بهذا الكسب، و قالوا: إنّ غير معلوم، و هذا أشدّ استحالة من الأوّل، فإنّ إثبات ما ليس بمعلوم كنفي ما هو معلوم في الاستحالة، و أيّ جهل أعظم من ذلك ؟

و أيضا ارتكب أهل السّنة و الجماعة في باب الكلام أشياء مخالفة للعقل، و الضرورة قاضية بطلانها.

منها: أنّهم قالوا: إنّ الكلام الذي تعرفه الناس بأسرهم ليس هو الكلام بالحقيقة، و إنّما الكلام بالحقيقة عبارة عن صفة نفسانيّة قائمة بالمتكلّم مغايرة للإرادة و التخيّل و العلم، و هذه الحروف و الأصوات عبارة عنها و كناية لها.

و منها: أنّهم قالوا: إنّ هذا الكلام ليس بأمر و لا خبر و لا استخبار و لا نهى، و إنّ جميع أساليب الكلام مسلوبة عنه، و إنّ شيء واحد. و هذا غير معقول.

و منها: أنّهم قالوا: إنّ ذلك الكلام قديم، ثمّ ذهب بعضهم إلي أنّه في الأزل أمر و نهى و خبر و غير ذلك، و بعضهم نفى هذه الصفات عنه، و أثبتوا

قدم أصل الكلام وقدم الأمر والنهي والخبر غير المعقول الصدور من الحكيم، فإن الواحد منا لو جلس في داره وحده ثم قال: يا سالم قم، يا غانم اخرج، ولم يكن عنده أحد، عدّه العقلاء سفيهاً، والضرورة قاضية بذلك، فهؤلاء قد خالفوا، ومع ذلك يلزم أن يكون الله تعالى كاذباً؛ لأنه أخبر بقوله تعالى: [إِنَّا أَرْسَلْنَا نُوحًا \(1\)](#) وغيره من الإخبارات الماضية مع أنه لا سابق علي الأزلي، فقد أخبر تعالى بما لم يكن، و لا معني للكذب سوي ذلك، و من جَوَز ذلك علي الله تعالى فهو أجهل الناس.

و منها: أنهم أثبتوا للأمر معني مغايراً للإرادة سمّوه الطلب، وللنهي معني آخر غير الكراهة سمّوه الطلب، وجوّزوا أن يأمر الله تعالى بما يكرهه وأن ينهي عمّا يريده، بل الله تعالى كاره للطاعات التي لم يفعلها الكافر، و مريد للمعاصي التي فعلها وقد قال الله تعالى: [كُلُّ ذَلِكَ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْدَ رَبِّكَ مَكْرُوهًا \(2\)](#) وهذا هو عين السفه والجهل، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

و أيضاً فإنهم نفوا الحسن والقبح العقليّين، ولزمهم من ذلك محالات:

منها: مخالفة الضرورة في ذلك، فإن كلّ عاقل يعلم بالضرورة حسن الصدق النافع وقبح الكذب الضارّ و حسن الإحسان إلي الغير وقبح الظلم له، وأنّه يقبح تكليف الأعمى بنقط المصاحف و تعذيبه علي تركه، و تكليف الرّمن الطيران إلي السماء و تعذيبه علي تركه، ولأنّ كلّ عاقل يعلم بالضرورة الفرق بين المحسن والمسيء، وأنّ المحسن يستحقّ المدح والثناء8.

ص: 153

1- سورة نوح: 1.

2- سورة الإسراء: 38.

و الشكر، و المسيء يستحقّ الذمّ و اللوم، و يعدّ ذامّ المحسن إليه دائماً و شاكر المسيء إليه دائماً من أسفه الناس و أجهلهم، و أنّ من خيّر بين الصدق و الكذب مع تساويهما في جميع المنافع فإنّه يختار الصدق علي الكذب، و لو لا قضاء الضرورة بالفرق بينهما لما اختار العاقل الصدق علي الكذب.

و منها: أنّه يجوز من الله تعالى علي تقدير نفي الحسن و القبح العقليّين تعذيب المطيع دائماً و إثابة العاصي دائماً، فيدخل محمّدا صلّي الله عليه و اله النار حيث أطاعه و يعذبّه فيها دائماً، و يدخل إبليس الجنّة حيث عصاه و يخلّده فيها دائماً، و من يجوز ذلك فإنّه لا شكّ [أنّه] من أجهل الناس.

و منها: أنّهم قالوا: إنّ الله تعالى لا يعذبّ العاصي بعصيانه و لا يثيب المطيع بطاعته، بل قبضه إلي الجنّة و لا يبالي و قبضه إلي النار و لا يبالي، و حينئذ لا أسفه و لا أشدّ بلها و لا جهلا من الزاهد في الدنيا الباذل ماله في عمارة المساجد و الرّبط و القناطر و معونة الحاجّ و مساعدة العلماء و القرّاء و المشايخ و بذل المعروف، و التارك للملاهي و أنواع المعاصي و الطرب و القمار و الزنا و شرب الخمر و الظلم، الخائف من الله تعالى، حيث إنّ ذلك قد يكون سببا لأشدّ العذاب، و لا عقل أتمّ ممّن يتعجّل باستعمال الملاذّ و الملاهي المحرّمة و سائر أنواع اللعب و الظلم و الجور و أخذ الأموال من غير مظانّها، و اعتماد كلّ محرّم فيه منفعة دنيويّة، حيث إنّ ذلك قد يكون سببا للنعيم المخلّد، و بالجملة لا فرق في التأديّة إلي النعيم أو العذاب بين غاية الطاعات و نهاية المعاصي، و أيّ جهل أعظم من اعتقاد ذلك ؟

و منها: تجويز صدور أنواع الظلم و العذاب من الله تعالى في حقّ من لا يستحقّ ذلك؛ لأنّه ليس بقبيح، و أن يمنع كلّ مستحقّ عن حقّه حيث

لا قبح فيه، بل هو عندهم نفس الواقع، حيث كلف من لا يقدر علي فعل ولا يتمكّن من ترك.

و هذا أيضا لازم لهم من جهة أخرى، فإنّهم قالوا: القدرة غير متقدّمة علي الفعل، فحينئذ الفعل حالة وقوعه يكون واجبا، و حال عدمه يكون ممتنعا، و الواجب غير مقدور عليه، و قبل وقوع الفعل لا قدرة، و حال القدرة لا فعل، و التكليف عندهم لا يتقدّم الفعل، فقد كلف ما لا يطاق، و يلزمهم من هذه الحيثيّة انتفاء العصيان من الكافر و الفاسق؛ لأنّ المعصية هي ترك ما أمر به، و الفعل قبل وقوعه غير مكلف به، فلا يكون تاركه مخالفا للأمر، فلا يكون عاصيا.

و منها: أنّه يلزم انتفاء فائدة التكليف؛ لأنّ التكليف هو البعث علي فعل الطاعة و الانتهاء عن المعصية حتي يحصل الثواب و العقاب، و مع انتفاء الحسن و القبح العقليّين يجوز الخلف في خبر الله تعالى و وعده و وعيده و بعثه الرّسل الكذّابين، و إذا لم يبق وثوق بوعد الله تعالى و وعيده و لا بصدقه و لا بصدق رسله كيف يمثل العبد ما كلف به، فإنّ في المشاهد لو كلف السيّد عبده بشيء و تهدّده علي تركه و وعده علي فعله و علم العبد أنّ سيّده يكذب في ذلك كلّّه و أنّه يجوز أن يفعل السيّد به أنواع العذاب لو امتثل أمره لعلم بالضرورة عدم إقدام العبد علي ذلك الفعل، بل يتعجّل راحة ترك التكليف.

و منها: أنّه يلزم أن لا يحصل الجزم بصدق أحد من الأنبياء البتّة؛ لأنّه علي تقدير نفي الحسن و القبح العقليّين يجوز إظهار المعجزات علي يد الكذّاب، فإذا ادّعي الرسول الرسالة ثمّ ظهرت علي يده المعجزات الباهرة جاز أن يكون كاذبا و أن يكون الله تعالى قد أقدره علي ذلك طلبا لإضلال

عباده؛ إذ لا قبح فيه، ولا فرق بين طلب الإضلال و طلب الإرشاد، فيكون الجزم بصدق مدّعي الرسالة جهلاً، ولا فرق بين مدّعي الرسالة مع إظهار المعجزات و مدّعيها بغير معجزة ألبتّة، فإنّ الجزم بصدق أحدهما و كذب الآخر جهل، و كلّ ذلك من أعظم الجهالات.

و أيضاً قال أهل السنّة و الجماعة: إنّ الغرض علي الله تعالى في أفعاله محال، وإنّّه تعالى يفعل لا لغرض.

و هذا يلزم منه محالات:

أحدها: أنّه يلزم منه محالات:

أحدها: أنّه يلزم منه العبث علي الله تعالى و اللعب في أفعاله، و هو محال؛ لوجهين:

الأوّل: أنّه يدلّ علي النقص العظيم، فإنّ المشتغل دائماً باللعب و العبث يعدّ سفيهاً جاهلاً، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، و من أجهل ممّن يعتقد الجهل في حقّ الله تعالى ؟

الثاني: أنّه يدلّ علي تكذيب القرآن في قوله تعالى: وَ مَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا لِاعْيَيْنَ (1) وَ مَا خَلَقْنَا السَّمَاءَ وَ الْأَرْضَ وَ مَا بَيْنَهُمَا بَاطِلًا- ذَلِكَ ظَنُّ الَّذِينَ كَفَرُوا فَوَيْلٌ لِلَّذِينَ كَفَرُوا مِنَ النَّارِ (2) فنسب من قال بهذه المقالة إلي الكفر، و وعدهم بالويل من النار فما لهؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثاً (3).

و ثانيها: أنّه يلزم منه تكذيب القرآن العزيز في الآيات التي ذكر فيها8.

ص: 156

1- سورة الأنبياء: 16.

2- سورة ص: 27.

3- سورة النساء: 78.

الغايات، نحو قوله تعالى: وَ مَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ (1) الْيَوْمَ تُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ (2) فَبَطُلُوا مِنْ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَ بَصَدَّاهُمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا (3) هَلْ تُجْزَوْنَ إِلَّا مَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ (4) لَتُجْزَى كُلُّ نَفْسٍ بِمَا تَسْعَى (5) هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَانِ إِلَّا الْإِحْسَانُ (6) مَنْ جَاءَ بِالْحَسَنَةِ فَلَهُ عَشْرُ أَثْمَالِهَا (7) و الجزاء إنما يكون مع الغاية و الغرض.

و كذا قوله تعالى: أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنْكُمْ سُوءًا بِجَهَالَةٍ ثُمَّ تَابَ مِنْ بَعْدِهِ وَأَصْلَحَ فَأَنَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (8) إِنَّهُ مَنْ يَأْتِ رَبَّهُ مُجْرِمًا فَإِنَّ لَهُ جَهَنَّمَ (9) مَنْ يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ (10).

و كل ذلك و أشباهه يدلّ علي الغاية و الغرض.

و ثالثها: أَنَّهُ تَنْتَفِي فائدة التكليف، فلا تبقي فائدة في بعثه الرّسل؛ لأنّه إذا لم يكلف بالواجب لأجل إيصال الثواب إلي فاعله و لا بالامتناع عن المحرّم لأجل ترك عقابه لم يقدم المكلف علي فعل الواجب و لم يمتنع من فعل المحرّم، و كل ذلك ينفي الحكمة و يضادّها.3.

ص: 157

- 1- سورة الذاريات: 56.
- 2- سورة غافر: 17.
- 3- سورة النساء: 160.
- 4- سورة النمل: 90.
- 5- سورة طه: 15.
- 6- سورة الرحمن: 60.
- 7- سورة الأنعام: 160.
- 8- سورة الأنعام: 54.
- 9- سورة طه: 74.
- 10- سورة النساء: 123.

ورابعها: أنه يلزم منه انتفاء الغايات المعلوم ثبوتها لكل العقلاء، فإن كل عاقل يجزم جزماً ضرورياً أن الله تعالى خلق العين لأجل الإبصار بها، وخلق اليد لأجل البطش بها، وخلق آلات السمع للسمع، واللسان للنطق، والذوق لذوق الطعام⁽¹⁾، والرجل للمشى، وآلات التناسل لأجله، وآلات الإحساسات الظاهرة والباطنة لإدراك المحسوسات الظاهرة والباطنة، ومن كابر ذلك فقد خالف مقتضى عقله، و كان من أجهل الناس.

وخامسها: أنه يلزم نفي الغايات في خلق السماوات والأرض وما بينهما، ومن المعلوم بالضرورة عند كل عاقل أن الله تعالى خلق النار للإحراق بها، والماء للتبرّد⁽²⁾، والثمار للأكل، والشمس والقمر للاستنارة بهما وللمنافع المتعلقة بهما.

وسادسها: أنه يلزم منه نفي علم الهيئة والطب؛ لأن الأغذية والأدوية علي قولهم لم تخلق لما تعدّ منافع لها، وكذا علم الهيئة وغير ذلك. وسابعها: أنه يلزمهم التناقض في أقوالهم، وذلك في غاية الجهل.

وبيان ذلك: أنهم نصّوا علي جواز القياس، وذلك إنما يتم بتعليل أفعال الله تعالى بالأغراض، فإنه لو لا تعليل تحريم الخمر بالإسكار لم يمكن التعدية إلي تحريم النبيذ، وذلك نصّ في تعليل أفعال الله تعالى بالأغراض.

وأيضاً فإن هؤلاء أهل السنّة والجماعة يلزمهم أن لا يجزموا بنبوّة أحد من الأنبياء عليهم السّلام، وأن لا يكونوا مسلمين ولا غيرهم من أرباب الملل.

وبيان ذلك: أنهم ذهبوا إلي نفي الحسن والقبح العقليّين، وإلي أن.

ص: 158

1- في «ر، ص»: «الطعوم».

2- في النسخ الخطيّة: «للتبريد».

أفعال الله تعالى غير معللة بشيء من العلل والأغراض، و دليل النبوة إنما يتم بهاتين المقدمتين، و ذلك لأننا إذا أردنا أن نستدلّ علي نبوة بعض الأنبياء فإننا نلتجئ إلي قولنا: إنّ محمداً عليه السلام نبي؛ لأنه ادّعي النبوة و ظهر علي يده المعجزة المخلوقة لله تعالى، و كلّ من كان كذلك كان نبياً مبعوثاً من عند الله تعالى.

أمّا ادّعاء النبوة: فظاهر.

و أمّا أنّه ظهر علي يده المعجزة: فلأنّه ظهر علي يده فعل خارق للعادة لأجل تصديقه، و كلّ من كان كذلك فهو صادق؛ لأنّه لو ادّعي إنسان أنّه رسول الملك لمهمّ له و قال له: أيّها الملك إن كنت صادقاً في دعواي فارم قلنسوتك عن رأسك، فرمي الملك قلنسوته عن رأسه و كان ذلك غير عادة للملك، ثمّ قال: أيّها الملك إن كنت صادقاً في دعواي فانزع خاتمك من إصبعك، ففعل الملك ذلك، و تكرّر من الملك مثل هذه الأفعال عقيب طلب ذلك الرسول منه لغرض تصديقه، فإنّ كلّ عاقل يجزم بصدق ذلك الرسول و أنّه مبعوث من عند الملك، كذا مدّعي النبوة إذا ظهر منه الفعل الخارق للعادة الذي لا يمكن للبشر معارضته عقيب ادّعائه مرّة بعد أخرى، فإنّنا نجزم بصدقه، و مع عدم القول بالمقدمتين المذكورتين لا يتمّ هذا الدليل، فإنّ مع القول بنفي الحسن و القبح جاز أن يخلق الله تعالى المعجز علي يد الكاذب (1)، فلا يمكن الاستدلال به علي الصدق، خصوصاً مع قولهم بأنّ كلّ قبيح و كلّ إضلال في العالم فإنّه من فعله، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً.

ص: 159

1- في «ر، ل»: «الكذاب».

و مع هذا الاعتقاد كيف يحصل الجزم بالصدق؟! و مع القول بأنّه تعالى لا يفعل لغرض كيف يمكن القول بأنّه تعالى فعل المعجز لأجل التصديق؟! فإنّ بينهما تناقضا ظاهرا، وإذا لم يثبت شيء من المقدّمين لم يمكن الاستدلال علي نبوة أحد من الأنبياء عليهم السّلام البتّة، و لا جهل أعظم من ذلك.

و أيّ نسبة لاعتقاد طول عمر إنسان قد وقع مثله كثيرا إلي اعتقاد هذه الجهالات ؟ لكن لا استبعاد في ذلك كلّ ممّن يغيّر شرع الله تعالى و أحكامه غرضا و تعصّبا علي قوم مؤمنين باعتبار محبتهم لأهل بيت رسول الله صلّي الله عليه و اله، فإنّ الغزالي مع عظم قدره و وفور علمه علي مذهب الشافعي قال: إنّ السّنّة تسطيح القبور، لكن لما فعلته الرافضة تركناه و قلنا بالتسليم(1)، و كذا في حجّ التمتع: إنّّه أفضل من القران و الأفراد، لكن لما استعملته الرافضة تركوه.

و قال أبو عبد الله محمّد بن علي بن عمر التميمي المغربي المالكي في كتابه الموسوم ب «المعلم بفوائد مسلم» المحدث في حديث مسلم: إنّ زيدا كبر خمساً علي جنازة و قال: كان رسول الله صلّي الله عليه و اله يكبرها و قد قال به بعض الناس، و هذا المذهب الآن متروك؛ لأنّ ذلك صار علما علي القول بالرفض(2).

و قال الزمخشري - و هو من أئمة الحنفيّة - اعتراضا علي نفسه في تفسير قوله تعالى: هُوَ الَّذِي يُصَلِّي عَلَيْكُمْ وَ مَلَائِكَتُهُ (3) هل يجوز أن3.

ص: 160

1- الوجيز 1:78، الوسيط 2:389.

2- المعلم بفوائد مسلم 1:326.

3- سورة الأحزاب: 43.

يصلّي علي آحاد المسلمين بمقتضي هذه الآية ؟ فأجاب: ب «نعم، إلا أنّ جماعة الشيعة لمّا اتّخذوا أئمّة وصلّوا عليهم منعنا من ذلك»(1).

فانظر إلي هؤلاء القوم واقض العجب من آرائهم ومذاهبهم ونسبة المحقّقين إلي الجهل.

وهذه المسألة ليست من هذا العلم، وإنّما طوّلتنا فيها؛ إظهارا لخطأ من أخطأ، فالحمد لله الذي هدانا لطرق الرشاد، ومنعنا من ارتكاب الخطأ والخلل والعناد.

البحث الثالث: في الوصية للفقراء والمساكين وباقي أصناف الزكاة.

مسألة 88: إذا أوصي للفقراء،

صرف إلي فقراء أهل نحلته، فإن كان الموصي مسلماً فالإي فقراء المسلمين، وإن كان كافراً فالإي فقراء ملّته، فلا يدخل فقراء النصاري في وصية اليهودي للفقراء، وبالعكس.

هذا مع الإطلاق، وإن نصّ الموصي علي قبيل، وجب اتّباع نصّه.

و الفقير هو الذي لا يملك قوت السنة، أو الذي لا يملك نصاب زكاة المال علي اختلاف الرأيين.

و هل يدخل المساكين في الوصية للفقراء؟ إشكال، أقرب: الدخول إن جعلنا المسكين أسوأ حالا من الفقير.

وكذا لو أوصي للمساكين، ففي دخول الفقراء إشكال، أقرب:

الدخول إن جعلنا الفقير أسوأ حالا من المسكين.

وقال بعض الشافعية: إذا أوصي للفقراء، دخل فيه المساكين، وبالعكس، حتي يجوز الصرف إلي هؤلاء وإلي هؤلاء؛ لأنّ كلّ واحد من

ص: 161

الاسمين يقع علي الفريقين عند الانفراد(1).

وقال بعضهم نقلا عن الشافعي: إنّ ما أوصي به للفقراء لا يجوز صرفه إلي المساكين، وبالعكس يجوز؛ لأنّ حاجة الفقراء أشدّ(2).

و لو جمع بينهما، صرف إليهما إجماعا.

و لو فضّل أحدهما علي الآخر، فقال مثلا: أعطوا الفقراء مائة وأعطوا المساكين مائتين، وجب متابعتة، فلا يجوز حينئذ تساويهما في العطاء، بل يصرف إلي كلّ واحد من القبيلين، فيجب التمييز بينهما.

مسألة 89: لو أوصي لسبيل الله،

أو قال: ضعوا ثلثي في سبيل الله، فهو للغزاة الذين يصرف إليهم الزكاة عند بعض علمائنا القائلين بأنّ سبيل الله المراد به المجاهدون(3)، و به قال الشافعي(4).

وقال آخرون: يجب صرفه في الحج(5)؛ لما رواه الحسين بن عمر قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّ رجلا أوصي إليّ بشيء في السبيل، فقال:

«اصرفه في الحج» قال: فقلت له: أوصي إليّ في السبيل، فقال لي: «اصرفه في الحج» قال: فقلت له: أوصي إليّ في السبيل، فقال: «لا أعلم شيئا من

ص: 162

-
- 1- الحاوي الكبير 270:8، المهذب - للشيرازي - 463:1، نهاية المطلب 319:11 و 539-540، الوجيز 276:1، الوسيط 447:4، التهذيب - للبغوي - 80:5، البيان 207:8، العزيز شرح الوجيز 92:7، روضة الطالبين 158:5.
 - 2- البيان 207:8، العزيز شرح الوجيز 92:7، روضة الطالبين 158:5.
 - 3- المبسوط - للطوسي - 36-35:4، الخلاف 148:4، المسألة 20.
 - 4- الأم 94:4، الحاوي الكبير 511:8، المهذب - للشيرازي - 463:1، نهاية المطلب 319:11 و 557، الوجيز 276:1، الوسيط 447:4، التهذيب - للبغوي - 80:5، البيان 439:3 و 280:8، العزيز شرح الوجيز 92:7، روضة الطالبين 158:5.
 - 5- راجع: الفقيه 153:4، ح 531 و ذيله.

سبيله أفضل من الحج»(1).

و يحتمل صرفه إلى كل قربة و مصلحة للمسلمين، كبناء القناطر، و عمارة المساجد، و المجاهدين وغيرهم؛ لما رواه الحسن(2) بن راشد قال:

سألت العسكري عليه السلام بالمدينة عن رجل أوصي بمال في سبيل الله، فقال:

«سبيل الله شيعتنا»(3).

قال الشيخ: الوجه في الجمع بينهما ما ذكره أبو جعفر ابن بابويه، و هو أنه يعطي رجل من الشيعة ليحج به، فيكون قد انصرف في الوجهين معا(4)(5).

و لو أوصي للرقاب، أو قال: ضعوا ثلثي في الرقاب، فهو للمكاتبين و العبيد الذين في الشدة. و بالجملة، من هو مستحق في الزكاة.

فإن دفع إلي مكاتب فعاد إلي الرق و المال باق في يده أو في يد السيد استردّ، قاله الشافعية(6)، و فيه إشكال.

و لو أوصي للغارمين أو لأبناء السبيل، صرف إلي من يصرف إليه الزكاة منهم.

و الأصل في ذلك كله اتباع عرف الشرع فيه.

مسألة 90: لو أوصي للفقراء و المساكين،

جعل المال بين الصنفين

ص: 163

1- التهذيب 9:203/809، الاستبصار 4:130/491.

2- في النسخ الخطيّة: «الحسين».

3- الكافي 7:15-16/2، الفقيه 4:153/530، التهذيب 9:204/811، الاستبصار 4:130/492.

4- الفقيه 4:153، ذيل ح 531.

5- التهذيب 9:204، ذيل ح 811، الاستبصار 4:130-131، ذيل ح 492.

6- العزيز شرح الوجيز 7:92، روضة الطالبين 5:158.

نصفين، ولو أوصي لبني زيد و بني عمرو، قسّم علي عددهم، قاله الشافعية، ولا ينصف كما ينصف الأول(1). وفيه إشكال.

ولا يجب الاستيعاب، ويكفي الصرف من كلّ جنس إلي ثلاثة؛ لأنّه أتي بالجمع، وأقلّه ثلاثة، ولا يجب التسوية بين الثلاثة، ولو صرف إلي اثنين غرم للثالث إمّا الثلث إن أوجبنا التسوية، أو أقلّ ما يتموّل إن لم نوجبها، وإذا غرم للثالث إمّا الثلث أو أقلّ ما يتموّل لم يكن له دفعه إلي ثالث بنفسه، بل يسلمه إلي الحاكم ليدفع بنفسه أو يرده إليه، ويأتمنه في الدفع، لتفريطه بالمخالفة للموصي.

وكذا لا يجب الاستيعاب لو أوصي للعلماء أو الفقهاء و من عداهم من الموصوفين، بل يقتصر علي ثلاثة.

نعم، الأولي استيعاب الموجودين عند الإمكان كما في الزكاة، قاله الشافعية(2).

والأولي أن يقال: إن نصّ علي بيان المصرف أجزاء الصرف إلي واحد، وإن قصد التعميم بالعطية وجب الاستيعاب، ويظهر ذلك بنصّه علي القصد، فإن أطلق فالأولي التعميم؛ لصلاح اللفظ، و تساوي نسبته إلي كلّ واحد في تناوله له، فالتخصيص ببعض يكون ترجيحاً من غير مرجح.

ولو أوصي لفقراء بلدة بعينها و هم محصورون، وجب استيعابهم و التسوية بينهم؛ لتعيّنهم.

ويشترط القبول في هذه الوصية، بخلاف الوصية لمطلق الفقراء.

وإذا أوصي للفقراء و المساكين، لم يجب تتبّع من غاب عن البلد،9.

ص: 164

1- العزيز شرح الوجيز 92:7، روضة الطالبين 158:5.

2- العزيز شرح الوجيز 92:7، روضة الطالبين 158:5-159.

سواء أطلق أو قال: لفقراء هذه البلدة، بل يفرّق علي الحاضرين في ذلك البلد؛ حذرا من الضرر بالحمل.

ولا يجوز نقل المال الموصي به للفقراء والمساكين عن بلد الوصية مع وجودهم فيه، فإن نقل ضمن وإن أجزأ (1) إن كانت الوصية للمطلق، وإن كانت لفقراء تلك البلدة وجب أن يصرف بعضه فيهم، ويجوز حمل الباقي إلي من غاب عنها من الفقراء لا بعزم الاستيطان، ولو عزموا علي الاستيطان في غير تلك البلدة لم يدخلوا في الوصية وإن وجدت قبل خروجهم عنها.

مسألة 91: لو أوصي للغارمين،

فالأقوي: الصرف إلي من تصرف إليه الزكاة منهم حتي يشترط إنفاق مال الغرم في غير المعصية.

وهل يجب الاستيعاب مطلقا، أو يشترط انحصارهم؟ إشكال، فإن لم نوجبه مع عدم الانحصار فلا بدّ من مراعاة اسم الجمع، فلا يعطي أقلّ من ثلاثة، ولو كانوا محصورين وجب الاستيعاب.

فإن اقتصر الوصي علي ثلاثة، ضمن حصص الباقين، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني: أنّه يجزئه الدفع (2).

وعلي ما اخترناه من الضمان، فالأقرب: أنّه يضمن علي عدد رؤوسهم، وهذا أحد وجهي الشافعية، والثاني: أنّه يحسب علي قدر ديونهم (3).

ولو أوصي لثلاثة معيّنين، وجبت التسوية بينهم، بخلاف الثلاثة المصروف إليهم من الفقراء وسائر الأصناف، فإنّا عرفنا ذلك من معهود الشرع في الزكاة، وهاهنا الاستحقاق مضاف إلي أعيانهم.

ص: 165

1- في «ص، ل»: «و أجزأ».

2- العزيز شرح الوجيز 93:7، روضة الطالبين 159:5.

3- العزيز شرح الوجيز 93:7، روضة الطالبين 159:5.

ولو أوصي لسبيل البرّ أو الخير أو الثواب، فعلي ما تقدّم في الوقف.

ولو قال: ضع ثلثي فيما رأيت أو فيما أراك الله، جاز أن يضعه في نفسه؛ لدخوله تحت اللفظ.

وقالت الشافعية: لا يجوز، كما لو قال: بع بكذا، لا يبيعه من نفسه⁽¹⁾.

والفرق: أنّ العقد يفتقر إلي اثنين، بخلاف الوضع.

وعلي قولهم الأولي صرفه إلي أقارب الموصي الذين لا يرثون منه، ثمّ إلي محارمه من الرضاع، ثمّ إلي جيرانه⁽²⁾.

أمّا لو قال: أعط من شئت، لم يكن له إعطاء نفسه، وله إعطاء أهله و من يلزمه نفقته؛ لصدق التعدّد.

مسألة 92: لو أوصي لأصناف الزكاة،

صرف إلي الأصناف الثمانية المذكورة في القرآن⁽³⁾، ويجعل لكلّ صنف شيئاً من الوصية.

والفرق بين هذا وبين أصناف الزكاة حيث يجوز الاقتصار فيها علي واحد: أنّ آية الزكاة أريد بها بيان المصروف و من يجوز الدفع إليه، و الوصية أريد بها من يجب الدفع إليه.

و يجوز الاقتصار من كلّ صنف علي واحد؛ لتعدّد استيعابهم، و به قال أصحاب الرأي و أحمد في إحدَي الروايتين⁽⁴⁾.

وروي عن محمّد بن الحسن: أنّه يجب [الدفع] إلي اثنين من كلّ صنف⁽⁵⁾.

ص: 166

1- المهذب - للشيرازي - 1:463، التهذيب - للبخاري - 5:80، العزيز شرح الوجيز 7:93، روضة الطالبين 5:160.

2- المهذب - للشيرازي - 1:463، التهذيب - للبخاري - 5:80، العزيز شرح الوجيز 7:93، روضة الطالبين 5:160.

3- سورة التوبة: 60.

4- المغني 6:586، الشرح الكبير 6:509-510.

5- المغني 6:586، الشرح الكبير 6:510، و ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

وقال الشافعي: يجب الثلاثة من كل صنف، وهو رواية عن أحمد(1).

البحث الرابع: في الوصية للواحد و الجمع أو لغير المالك.

مسألة 93: إذا أوصي لزيد و لجماعة معه،

فإنما أن يكونوا موصوفين أو معيّنين(2).

فإن كانوا موصوفين غير منحصرين، كالفقراء و المساكين، فقال:

أعطوا زيدا و الفقراء كذا، صحّت الوصية في حقّ زيد و الفقراء، و هو قول المحصّلين(3)؛ لأنّ زيدا ممّن يصحّ أن يوصي له، و كذا الفقراء، و لا تنافي بين جمعهما، كما لو أوصي لزيد و عمرو، أو للفقراء و الفقهاء.

وقال بعض من لا مزيد تحصيل له من الشافعية: تبطل الوصية في حقّ زيد؛ لجهالة ما أضيف إليه(4).

والتعليل باطل، و لو سلّم فلا استبعاد في الوصية بالمجهول.

إذا عرفت هذا، فقال بعض علمائنا: يدفع إلي زيد النصف، و إلي الفقراء النصف(5)؛ لأنّه جعل الوصية لجهتين، فوجب أن يقسم بينهما، كما لو قال: لزيد و عمرو، و لأنّه لو وصّي لقريش و تميم، لم يشرك بينهم علي قدر عددهم و لا علي قدر من يعطي منهم، بل يقسم بينهم نصفين، كذا هنا، و به قال أبو حنيفة و محمّد(6).

ص: 167

1- المغني 586:6-587، الشرح الكبير 510:6.

2- يأتي حكم المعيّنين في ص 170، المسألة 95.

3- التهذيب - للبغوي - 77:5، العزيز شرح الوجيز 94:7، روضة الطالبين 168:5.

4- العزيز شرح الوجيز 94:7، روضة الطالبين 168:5.

5- الشيخ الطوسي في المبسوط 39:4.

6- الجامع الصغير: 520، مختصر اختلاف العلماء 2168/28:5، الهداية -

وعن محمد رواية أخرى: أن لزيد الثلث، ولفقراء [الثلاثين] (1)؛ لأن أقل الجمع عنده اثنان (2).

وللشافعي قولان:

أحدهما - نقله المزي، وهو أظهرهما عند أصحابه -: أنه قال:

القياس أنه كأحدهم، كما لو أوصي لزيد ولأولاد عمرو، فإن زيدا يكون كأحدهم.

ثم اختلف أصحابه في تفسير ما ذكره علي وجوه.

أحدها: أن معناه أن الوصي يعطيه سهمًا من سهام القسمة، إن قسم المال علي أربعة من الفقراء أعطاه الخمس؛ لأن جملة المصروف إليهم خمسة، وإن قسمه علي خمسة منهم أعطاه السدس، وهكذا.

وأظهرها: أنه كواحد منهم في أنه يجوز أن يعطي أقل ما يتموّل، إلا أنه لا يجوز حرمانه؛ للنص عليه، ويعطي غنيًا كان أو فقيرًا.

والثالث - وبه قال مالك -: أن لزيد الربع، والباقي للفقراء؛ لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة، وكأنه أوصي لزيد وثلاثة معه، ثم نصيب الفقراء يقسم بينهم كما يراه الوصي من تساوي وتفاوت.

ولا بدّ علي اختلاف الأوجه من الصرف إلي ثلاثة من الفقراء.

والثاني: أنه يعطي زيد النصف، والفقراء النصف - كما ذهبنا إليه - 7.

ص: 168

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «الثلاثان». والصواب ما أثبتناه.

2- الهداية - للمرجيناني - 4: 240، الاختيار لتعليل المختار 5: 108، المغني 6: 587.

لأنّه قابل بينه وبينهم في الذكر، فأشبهه ما إذا أوصي لزيد وعمرو(1).

وقال بعضهم: إنّ زيدا إن كان فقيرا فهو كأحدهم، وإلاّ فله النصف(2).

وقال صاحب التّمّة منهم: إنّ زيدا إن كان غنياّ فله الرّبع؛ لأنّه لا يدخل في الفقراء، فهم ثلاثة وهورابعهم، وإن كان فقيرا فله الثّلت؛ لدخوله فيهم(3).

فهذه أربعة أوجه للشافعيّة.

مسألة 94: هذا كلّ فيما إذا أطلق ذكر زيد،

أمّا إذا وصفه بمثل صفة الجماعة، فقال: لزيد الفقير و للفقراء، جري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيرا.

و منهم من خصّ الأوجه الثلاثة بهذه الحالة، ونفي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق(4).

ونحن لا نفرّق بين أن يطلق أو يقيّد، بل احتمال التنصيف والتربيع قائم.

وإن كان غنياّ، لم يصرف إليه شيء، ونصيبه للفقراء إن قلنا: إنّ أحدهم، وإلاّ فهو لورثة الموصي.

ولو وصف زيدا بغير وصف الفقراء، فقال: لزيد الكاتب و للفقراء كذا، فالأقرب: مجيء الخلاف.

وقال بعض الشافعيّة: يكون له النصف قولا واحدا(5).

والأقرب: احتمال الرّبع.

ص: 169

-
- 1- مختصر المزنّي: 145، الحاوي الكبير 8:300، المهدّب - للشيرازي - 1:463، الوجيز 1:276، الوسيط 4:448، حلية العلماء 6:98، البيان 8:208، العزيز شرح الوجيز 7:94-95، روضة الطالبين 5:168.
 - 2- العزيز شرح الوجيز 7:95، روضة الطالبين 5:168.
 - 3- عنه في العزيز شرح الوجيز 7:95، وفي روضة الطالبين 5:168 من دون نسبة.
 - 4- العزيز شرح الوجيز 7:95، روضة الطالبين 5:168.
 - 5- العزيز شرح الوجيز 7:95، روضة الطالبين 5:168.

ولو أوصي لزيد دينار و للفقراء بثلث ماله، لم يصرف إلي زيد غير الدينار وإن كان فقيراً؛ لأنّه قطع اجتهاد الوصي بالتقدير.

ويمكن أن يقال: إذا جاز أن يكون التتصيص علي زيد في قوله:

«لزيد و للفقراء» لثلاثٍ يحرم زيد جاز أن يكون التقدير هاهنا لثلاثٍ ينقص المصروف إليه عن دينار، و أيضاً فيجوز أن يقصد عين زيد [بالدينار](1) وجهة الفقراء للباقي، فيستوي في غرضه الصرف إلي زيد و غيره.

ولو أوصي لزيد و الفقراء و المساكين، فإن جعلناه كأحدهم في الصورة الأولى فكذا هنا، وإن جعلنا له النصف هناك فله الثلث هاهنا، وإن جعلنا له الربع هناك فله السبع هنا.

مسألة 95: لو كان الجماعة المنضمة إلي زيد معيّنين،

فإن لم يكونوا محصورين - كالعلويين و الطالبين - صحّت الوصيّة عندنا علي ما سيأتي، خلافاً للشافعية في بعض أقوالهم(2)، و يكون الحكم هنا كما تقدّم في الموصوفين، كالفقراء.

وعلي أحد قولي الشافعية بالبطان يكون بمثابة ما لو أوصي لزيد و للملائكة(3).

وإن كانوا محصورين، فهو كأحدهم، أو يكون له النصف؟ علي ما تقدّم.

و للشافعية الوجهان، و أظهرهما عندهم: الثاني(4).

ص: 170

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الدينار». و الظاهر ما أثبتناه.

2- نهاية المطلب 282:11، الوسيط 450:4، العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 168:5.

3- نهاية المطلب 282:11، الوسيط 450:4، العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 168:5.

4- العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 168:5-169.

و هل يقسّم النصف الذي للجماعة المحصورين بينهم بأسرهم، أو يجوز صرفه إلي ثلاثة منهم؟ المشهور عندهم: لزوم القسمة علي الجميع(1).

تذنب: لو كانت له ثلاث أمّهات أولاد فأوصي لأمّهات أولاده و للفقراء و المساكين، أو كان له ثلاثة أولاد - عندنا - فأوصي لأمّهات أولاده و للفقراء و المساكين، قسّم المال أثلاثا، لأمّهات الأولاد الثلث، و للفقراء الثلث، و للمساكين الثلث الباقي، و هو أحد قولي الشافعيّة، و الثاني: أنّه يقسّم علي خمسة؛ لأنّ أمّهات الأولاد محصورات و يجب استيعابهنّ، و الفقراء و المساكين غير محصورين، فيجعل كلّ واحد من الصنفين مصرفا، و كلّ واحدة من أمّهات الأولاد مصرفا، و به قال أبو حنيفة و أبو يوسف(2).

و قال محمّد: يقسّم علي سبعة، للفقراء سهمان، و للمساكين سهمان، و ثلاثة لأمّهات الأولاد(3).

و الأقوي: قسمته علي تسعة؛ لأنّ أقلّ الجمع ثلاثة.

مسألة 96: لو أوصي لجماعة معيّنين غير محصورين - كالعلويّة و الهاشميّة و الطالبية

- صحّت الوصيّة عند علمائنا - و هو أصحّ قولي الشافعي، و به قال أحمد(4) - كالوصيّة للفقراء و المساكين.

ص: 171

1- العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 169:5.

2- العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 169:5، الجامع الصغير: 520، مختصر اختلاف العلماء 2168/28:5، الهداية - للمرغيناني - 239:4.

3- الهداية - للمرغيناني - 239:4.

4- الحاوي الكبير 301:8، المهذب - للشيرازي - 463:1، نهاية المطلب 11:282، الوجيز 1:276، الوسيط 4:449، حلية العلماء 6:99، التهذيب - للبغوي - 5:75، البيان 8:209، العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 5:169، المغني 6:506.

و الثاني: أن الوصية باطلة - وبه قال أبو حنيفة - لأن التعميم يقتضي الاستيعاب، وأنه ممتنع، بخلاف الفقراء، فإننا عرفنا هناك عرفا للشرع مخصّصا بثلاثة فاتّبعناه(1).

و ليس بجيد؛ لأن ذلك العرف إنّما يثبت في الفقراء وأصناف الزكاة، ثم ألحق به العلماء ونحوهم بالاتفاق، فلم لا يلحق بهم العلوية و من في معناهم؛ لتعذر الاستيعاب؟

قال أبو حنيفة: لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها؛ لأنه يدخل فيها الفقراء والأغنياء، وإذا وقعت للأغنياء لم تكن قرابة، وإنّما تكون حقاً لأدمي، و حقوق الأدميين إذا دخلت فيها الجهالة لم تصح، كما لو أقرّ لمجهول(2).

و هذا ضعيف جداً؛ لأنّها وصية لجماعة محصورة، فصحت لهم الوصية وإن كانوا غير محصورين، كالفقراء، و الوصية للأغنياء قرابة، و قد ندب النبي صلى الله عليه و اله إلي الهدية(3) و إن كانت لغني.4.

ص: 172

1- الحاوي الكبير 301:8، المهذب - للشيرازي - 463:1، نهاية المطلب 11:282، الوجيز 1:276، الوسيط 4:449، حلية العلماء 6:99، التهذيب - للبغوي - 5:75-76، البيان 8:209، روضة الطالبين 5:169، الننف 2:825، الاختيار لتعليل المختار 5:113، المغني 6:506.

2- مختصر اختلاف العلماء 5:2157/17، المبسوط - للسرخسي - 27:158، روضة القضاة 2:3944/699، بدائع الصنائع 7:342 و 344، المغني 6:506.

3- مسند أبي داود الطيالسي: 307/2333، مسند أحمد 3:122/8997، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 4:2130/441، مسند أبي يعلى 11:9/6148، المعجم الكبير - للطبراني - 25:162-163/393، المعجم الأوسط - له أيضا - 7:7240/234، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:169، الكافي - للكليني - 5:7/143، و 14/144.

وفَرَعَ الشافعية علي الصّحة عدم وجوب الاستيعاب، ويجوز الاقتصار علي ثلاثة منهم - ولا بأس به؛ لاستحالة استيعابهم، مع احتمال عموم صرفه في أهل البلد، ولا ريب في أولويته - ولا تجب التسوية كما في الفقهاء، ولا يشترط القبول(1).

مسألة 97: إذا أوصي لبني فلان،

فإن كانوا قبيلة منتشرين - كبنّي هاشم وبنّي تميم وبنّي عليّ عليه السّلام - فهي كالوصية للعلوية، ويجوز الصرف إلي إناثهم - وهو أظهر وجهي الشافعية(2) - لاندراجهم تحته، والثاني: لا يندرج الإناث(3).

أمّا عندنا هل يجوز تخصيص الإناث به؟ الأقرب ذلك أيضا، مع احتمال المنع.

ولو لم يكونوا قبيلة - كبنّي زيد وبنّي خالد - اشترط قبولهم، ووجب الاستيعاب والتسوية، ولا يجوز الصرف إلي الإناث.

مسألة 98: لو أوصي لزيد و جبرئيل عليه السّلام،

بطلت الوصية في حقّ جبرئيل عليه السّلام؛ لأنّه لا يوصف بالملك، ويكون لزيد النصف، وتبطل الوصية في حقّ جبرئيل.

وكذا لو ضمّ إلي زيد من لا يملك، كالمتّ، كقوله: أعطوا زيدا وعمروا، وكان عمرو ميّتا، أو قال: لزيد والريح، أو لزيد والشيطان، أو لزيد والحائط، أو لزيد والدابة، صحّ لزيد النصف، وبطلت الوصية في المضموم.

وهو أصحّ وجهي الشافعية، والثاني: أنّ الجميع يكون لزيد - وبه قال

ص: 173

1- العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 169:5.

2- الحاوي الكبير 8:301، العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 169:5.

3- الحاوي الكبير 8:301، العزيز شرح الوجيز 96:7، روضة الطالبين 169:5.

أبو حنيفة - ويلغو ذكر من لا يثبت له الملك(1).

وكذا لو أوصي لابن زيد وابن عمرو ولم يكن لعمرو ابن، أو لزيد وعمرو ابني خالد ولم يكن لخالد إلا ابن يسمي زيدا، أو له ولمن في هذا البيت وليس فيه أحد، فإن النصف لزيد، ويبطل الباقي في ذلك كله.

وقال أبو حنيفة: يكون الكل لزيد، سواء علم موت المنضم إلي زيد أو لا؛ لأن المعدوم والميت لا يصلح مستحقا، فلم تثبت المزاومة لزيد، وصار كما لو أوصي لزيد وجدار(2).

وكذا لو قال: لزيد ولعقبه، فمات ولده قبل موت الموصي؛ لأن العقب من يعقبه بعد موته، فيكون معدوما في الحال.

وقال أبو حنيفة: لو قال: ثلث مالي بين زيد وبكر، وهو ميت، أو لابني زيد، وله ابن واحد، فلزيد هنا نصف الثلث؛ لأن لفظة «بين» توجب التنصيف، فلا يتكامل بعدم المزاوم، بخلاف قوله: لفلان وفلان؛ لأن العطف يقتضي المشاركة في الحكم المذكور، والمذكور وصية بكل الثلث، والتنصيف بحكم المزاومة، فإذا(3) زالت المزاومة يتكامل، ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لفلان، وسكت، يستحق الثلث، ولفظة «ابني زيد» لا تنطلق علي الواحد، فكأنه قال: بين فلان وفلان، وأحدهما ميت.

ص: 174

-
- 1- الحاوي الكبير 301:8، المهذب - للشيرازي - 463:1، نهاية المطلب 11:284، الوجيز 1:276، الوسيط 4:449-450، حلية العلماء 6:99-100، التهذيب - للبغوي - 5:77، البيان 8:211، العزيز شرح الوجيز 7:97، روضة الطالبين 5:169-170.
 - 2- مختصر القدوري: 244، المبسوط - للسرخسي - 27:159، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاوي الهندية - 3:496، الفتاوي الولوالجية 5:379، الهداية - للمرغيناني - 4:238، الاختيار لتعليل المختار 5:107، البيان 8:212.
 - 3- في الطبعة الحجرية: «فإن».

ثم قال: لو قال: ثلث مالي بين بني زيد وبني بكر، وليس لأحدهما بنون، فكلّ الثلث لبني الآخر؛ لأنّه جعل كلّ الثلث مشتركاً بين بني زيد، حتّى لو اقتصر عليه كان كلّ الثلث بينهم، بخلاف قوله: بين فلان وفلان؛ لما مرّ (1).

وقال أبو يوسف: إذا أوصي لزيد وبكر بثلث ماله وعلم موت بكر حالة الوصيّة، كان لزيد الثلث بأسره، وإن لم يعلم كان لزيد نصف الثلث؛ لأنّه مع العلم تكون الوصيّة للميت لغواً، فيكون راضياً بالثلث كلّّه للحّيّ، وإذا لم يعلم لم يرض (2) للحّيّ إلاّ بنصف الثلث (3).

ولو أوصي للأجنبيّ والوارث بثلث ماله، صحّت الوصيّة لهما عندنا.

وعند العامّة تبطل في حقّ الوارث (4).

ويكون الثلث بأسره للأجنبيّ عليّ أحد قوليّ الشافعيّ (5).

وقال أبو حنيفة: يكون له نصف الوصيّة، بخلاف ما إذا أوصي لزيد وبكر وكان بكر ميتاً، فإنّ لزيد الثلث بأسره؛ لأنّ الوصيّة أضيفت إليّ من 2.

ص: 175

-
- 1- روضة القضاة 2: 687-688/3877 و 3880، الفتاويّ الولولويّة 5: 379، بدائع الصنائع 7: 381، الهداية - للمرغيناني - 4: 239، الاختيار لتعليل المختار 5: 107.
 - 2- في «ص، ل» والطبعة الحجرية: «لم يوص» بدل «لم يرض».
 - 3- المبسوط - للسرخسي - 27: 159، روضة القضاة 2: 3878/688، فتاوي قاضيخان - بهامش الفتاويّ الهنديّة - 3: 496، الهداية - للمرغيناني - 4: 238 - 239، الاختيار لتعليل المختار 5: 109.
 - 4- الجامع الصغير: 522، مختصر اختلاف العلماء 5: 2177/38، المبسوط - للسرخسي - 27: 175-176، بدائع الصنائع 7: 338، الهداية - للمرغيناني - 4: 241، الاختيار لتعليل المختار 5: 109، وراجع: الهامش (3) من ص 122.
 - 5- لاحظ: الهامش (3) من ص 122.

يملك و من لا يملك، فتصحّ فيما يملك، و تبطل فيما لا يملك، بخلاف الميّت؛ لأنّ الميّت ليس من أهل الوصيّة، فلا يزاحم الحيّ، فيكون الكلّ للحيّ، أمّا الوارث فمن أهل الوصيّة، حتي لو أجازت الورثة جازت، فيزاحمه الأجنبيّ، و كذا لو أوصي لقاتل و لأجنبيّ، و هذا بخلاف ما إذا أقرّ المريض لوارثه و لأجنبيّ بعين أو دين، فإنّه عند أبي حنيفة و أبي يوسف يبطل الجميع بكلّ حال، بخلاف الوصيّة للوارث و الأجنبيّ، حيث يصحّ النصف عندهما؛ لأنّ الوصيّة إنشاء تصرف، و الشركة تثبت حكما له، فتصحّ في حقّ من يستحقّ منهما، و لا تصحّ في حقّ من لا يستحقّ منهما، و لا يلزم من بطلان بعض الحكم بطلان الإيجاب، كما إذا أوصي لرجلين و ردّ أحدهما و قبله الآخر، أمّا الإقرار فأخبار عن أمر كائن و قد أخبر بوصف الشركة فيما مضى، فلو ثبت بهذا الوصف يصير الوارث فيه شريكا و أنّه ممتنع، و لو ثبت بدون هذا الوصف لثبت علي خلاف ما أخبر به، فيكون التزاما علي المقرّ غير ما أقرّ به، و هو باطل (1).

وعندنا: أنّه يصحّ الإقرار في حقّ الأجنبيّ و الوارث.

و بعض الشافعيّة فرّق بين قوله: لزيد و الريح، و بين قوله: لزيد و جبرئيل: بأنّ الريح لا حياة لها و لا قدرة، فتلغو الإضافة إليها من كلّ وجه، بخلاف جبرئيل، فإنّه قادر حيّ، فصحت الإضافة إليه (2).

و أكثر الشافعيّة لم يفرّقوا، و ذكروا فيها وجهين، و طردوا الوجهين في 7.

ص: 176

-
- 1- الجامع الصغير: 522، المبسوط - للسرخسي - 175:27-176، بدائع الصنائع 338:7، الهداية - للمرغيناني - 241:4، الاختيار لتعليل المختار 5: 109.
 - 2- نهاية المطلب 11:284، العزيز شرح الوجيز 7:97.

كل صورة أوصي لزيد ولمن لا يوصف بالملك(1).

ولو أوصي لزيد والملائكة، أو لزيد والرياح، أو لزيد والحيطان، فإن جعلنا الكلّ لزيد فلا بحث، وإن قلنا: له النصف، احتمال هنا أن يكون له النصف أو الربع، أو للوصي أن يعطيه أقلّ ما يتموّل علي ما تقدّم من الخلاف فيما إذا أوصي لزيد والفقراء.

ولو قال: لزيد ولله تعالى، فإن قصد التبرّك به فالكلّ لزيد، وإلا فالنصف.

وللشافعية وجهان:

أحدهما: أنّ الكلّ لزيد، وذكر الله للتبرّك.

والثاني: أنّ لزيد النصف، والباقي للفقراء [فإنّهم] (2) مصّبّ حقوق الله تعالى (3).

والوجه عندي: عدم اختصاص الفقراء به، بل يصرف في وجوه القرب بأسرها.

وقال بعض الشافعية: إنّ النصف المضاف إلى الله تعالى يرجع إلى ورثة الموصي (4).

مسألة 99: نصّ الوصية للمساجد والمشاهد والمدارس والربط

ص: 177

1- العزيز شرح الوجيز 97:7، روضة الطالبين 169:5-170.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «فإنّها». والمثبت هو الصحيح كما في الوجيز والعزيز شرح الوجيز.

3- الحاوي الكبير 301:8، المهذب - للشيرازي - 463:1، الوجيز 276:1، الوسيط 450:4، حلية العلماء 100:6، التهذيب - للبغوي

- 78:5، البيان 8:212، العزيز شرح الوجيز 97:7-98، روضة الطالبين 170:5.

4- العزيز شرح الوجيز 98:7، روضة الطالبين 170:5.

وأشبه ذلك من القناطر وغيرها؛ لأنّ ذلك في الحقيقة وصيّة للمسلمين، لكن خصّص بجهة معيّنة.

فلو أوصي للكعبة، صرف في عمارتها وفي معونة الحاجّ والزائرين؛ لقول الصادق عليه السّلام: «إنّ الكعبة لا تأكل ولا تشرب، وما إذا أهدي إليها فلزوّارها»⁽¹⁾.

وسأل عليّ بن جعفر - في الصحيح - أخاه الكاظم عليه السّلام: عن رجل جعل ثمن جاريته هديا للكعبة [كيف يصنع؟ قال: «إنّ أبي أتاه رجل وقد جعل جاريته هديا للكعبة» فقال له أبي: مر مناديا فينادي علي الحجر: ألا من قصرت به نفقته أو نفذ طعامه فليأت فلان بن فلان، وأمره أن يعطي الأول فالأول حتي ينفد ثمن جاريته»⁽²⁾.

البحث الخامس: في الوصية للقراءة.

مسألة 100: تصحّ الوصية للقراءة بالإجماع والنصّ،

قال الله تعالى:

الْوَصِيَّةُ لِلْوَالدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ⁽³⁾.

لكن الخلاف في القراءة من هم؟

وتحقيقه: أنّه إذا أوصي لأقاربه أو لأقارب زيد، دخل فيه كلّ من يعرف بنسبه، سواء الذكر والأنثى، والفقير والغني، والوارث وغير الوارث، والمحرم وغير المحرم، والقريب والبعيد، والمسلم والكافر من قبل الأب والأم أو من قبل أحدهما؛ عملا بإطلاق اللفظ، فإنّ الاسم يتناول الجميع علي

ص: 178

1- التهذيب 842/213:9.

2- التهذيب 843/214:9، وما بين المعقوفين أثبتناه منه.

3- سورة البقرة: 180.

السواء، و لم يعهد في الشرع معني آخر وضع هذا اللفظ له، فوجب صرفه إلي المتعارف بين الناس، كما هو المعهود من عادة الشرع، وبه قال الشافعي(1).

قال الشافعي: وإذا كان الموصي لقربته من قريش، قيل [له]: قريش تقترق فمن أيها؟ فقال: من بني عبد مناف، فقيل: من أيها؟ فقال: من بني عبد المطلب، قيل: هم يفترقون فمن أيها؟ فقال: من بني عبد يزيد، فقيل: من أيها؟ قال: من بني السائب بن عبيد، فقيل: من أيها؟ فقال: من بني شافع، قال الشافعي: و بنو شافع لا يفترقون، فتكون قربته من ينتسب إلي شافع، و هو الأب الأدنى(2).

وقال الشيخ في الخلاف: إذا أوصي بثلثه لقربته، فمن أصحابنا من قال: إنه يدخل فيه كل من يقرب إليه إلي آخر أب وأم في الإسلام.

و اختلف الناس في القرابة، فقال الشافعي: إذا أوصي بثلثه لقربته ولأقربائه ولذي رحمه ولأرحامه، فإنها تنصرف إلي المعروفين من أقاربه في العرف، فيدخل فيه كل من يعرف في العادة أنه من قربته، سواء كان وارثاً أو غير وارث. قال: وهذا قريب يقوي في نفسي، وليس لأصحابنا فيها نص عن الأئمة عليهم السلام(3)، ونحوه قال في المبسوط(4)، واختاره ابن إدريس(5).

وقال ابن الجنيّد: و من جعل وصيته لقربته وذوي رحمه غير مسمّين(3).

ص: 179

-
- 1- الحاوي الكبير 8:302، نهاية المطلب 11:299، الوجيز 1:276، الوسيط 4:451، العزيز شرح الوجيز 7:98، روضة الطالبين 5:160، المغني 6:579.
 - 2- الأم 4:111، مختصر المزني: 145.
 - 3- الخلاف 4:150، المسألة 24.
 - 4- المبسوط 4:40.
 - 5- السرائر 3:187.

كانت لمن يقرب إليه من جهة ولده أو والديه، ولا أختار أن يتجاوز بالتدلية ولد الأب الرابع؛ لأنّ رسول الله صلّي الله عليه و اله لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذوي القربى من الخمس.

وقال أبو حنيفة: إذا أوصي لأقاربه أو لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو لذوي أنسابه، كان للأقرب فالأقرب من كلّ [ذي] رحم محرم منه؛ لأنّ المقصود من الوصيّة صلة القريب، فيختصّ بها ذو المحرم، ويدخل فيه الجدّ والجدة و ولد الولد في ظاهر الرواية.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنّ الجدّ و ولد الولد لا يدخل، ولا يدخل الوالدان و الولد؛ لأنّهم لا يطلق عليهم اسم القريب، و من سمّي والده قريباً كان عاقاً؛ لأنّ القريب في العرف من يتقرّب إلي غيره بواسطة الغير، و تقرّب الوالد و الولد بنفسيهما لا بغيرهما؛ لقوله: وَالْأَقْرَبِينَ (1) عطفه علي الأبوين. و لا حجة فيه.

و لا يدخل الوارث، و لا يدخل فيه الغني و لا غير المحرم، و لا يسوّي بين القريب و البعيد، بل يقدّم الأقرب فالأقرب، فلا يصرف إلي العمّ شيء مع ولد الأخ، و لا إلي ابن العمّ مع العمّ، و يكون للاثنين فصاعداً، و يستوي فيه الصغير و الكبير، و الحرّ و العبد، و الذكر و الأنثى، و المسلم و الكافر، فيعطي من أدناهم اثنان فصاعداً، فإذا كان له عمّان و خالان فالوصيّة لعمّيه، و إن كان له عمّ و خالان فلعمّه النصف، و لخاليه النصف؛ لأنّه لا بدّ من اعتبار الجمع، و أقلّه اثنان في الوصيّة و الإرث (2). -

ص: 180

1- سورة البقرة: 180.

2- مختصر اختلاف العلماء 5: 2178/39، مختصر القدوري: 243-244، -

وقال قتادة: للأعمام الثلثان، وللأخوال الثلث، وبه قال الحسن، قال: ويزاد الأقرب بعض الزيادة(1).

وقال مالك: يقسم علي الأقرب فالأقرب بالاجتهاد(2).

وقال أحمد: إذا أوصي لقربته أو لقربة فلان، كانت لأولاده وأولاد أبيه وأولاد جدّه وأولاد ابنه، ويستوي فيه الذكر والأنثى، ولا يعطي من هو أبعد منهم شيئاً، فلو وصّي لقربة النبي صلي الله عليه وآله أعطى أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم، ولم يعط بنو عبد شمس ولا بنو نوفل شيئاً؛ لأن الله تعالى لما قال: ما أفاء الله علي رسوله من أهل القرى - إلي قوله - وليذي القربى (3) يعني قربي النبي صلي الله عليه وآله، وأعطى النبي صلي الله عليه وآله هؤلاء الذين ذكرناهم، ولم يعط من هو أبعد منهم - كبنو عبد شمس ونوفل - شيئاً، إلا أنه أعطى بني المطلب، وعلل عطيتهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشم في جاهلية ولا إسلام، ولم يعط قرابة أمّه - وهم بنو زهرة - شيئاً(4)، ولم يعط منهم إلا مسلماً، فحمل مطلق كلام الموصي علي ما حمل عليه المطلق من كلام الله تعالى، وفسر بما فسر به، ويستوي القريب والبعيد، والذكر(5).

ص: 181

1- المغني 6:580، الشرح الكبير 6:252.

2- - المبسوط - للسرخسي - 27:155-156، تحفة الفقهاء 3:212، الفتاوي الولوالجية 5:389، الفقه النافع 3:1419-1420/1187 و 1188، بدائع الصنائع 7:348-349، الهداية - للمرغيناني - 4:249-250، الاختيار لتعليل المختار 5:111-112، المغني 6:580، الشرح الكبير 6:252.

3- سورة الحشر: 7.

4- مسند أحمد 5:36/16299، سنن أبي داود 3:146/2980، سنن النسائي (المجتبي) 7:131، السنن الكبرى - للنسائي - 3:4439/45:5، مسند أبي يعلى 13:396/7399، المعجم الكبير - للطبراني - 2:140/1591، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:341 و 365.

والأنثى، والصغير والكبير، والغني والفقير(1).

وعن أحمد رواية أخرى: أنه يصرف إلي قرابة أمّه إن كان يصلهم في حياته، كأخواله و خالاته وإخوته من الأمّ، فإن كان لا يصلهم لم يعطوا شيئاً؛ لأنّ عطيتهم لهم في حياته قرينة دالّة علي صلته لهم بعد موته، وإلا فلا(2).

وعنه رواية ثالثة: أنّه يجاوز بها أربعة آباء، وإعطاء النبيّ عليه السّلام لا يمنع من العمل بالعموم في غير ذلك الموضع(3).

والتخصيص بالصلة لا دليل عليه، بل علي ضده، فربما استدرك أمره في إعطاء من حرمه حال حياته، والتخصيص بالأربعة تحكّم محض، فإذا الوجه ما اخترناه من الصرف إلي المتعارف بين الناس في ذلك، ولا وجه لتخصيصه بذوي الرحم المحرم، فإنّ اسم القرابة يقع علي غيرهم.

فروع:

أ: قد بيّنا أنّه لا يشترط في القرابة المحرميّة، خلافاً لأبي حنيفة(4)، فعلي قوله لو لم يكن للموصي ذو رحم محرم فالوصيّة عنده باطلة؛ لأنّ الوصيّة عنده إنّما هي لذوي الرحم، فإذا لم يكن له ذو رحم محرم كانت الوصيّة للمعدوم، والوصيّة للمعدوم باطلة.

ب: إذا أوصي لأقاربه، صرف إلي جميع أقاربه البعيد والقريب علي6.

ص: 182

1- المغني 579:6.

2- المغني 579:6.

3- المغني 579:6-580.

4- مختصر اختلاف العلماء 2178/39:5، مختصر القدوري: 243-244، النتف 824:2، المبسوط - للسرخسي - 155:27، تحفة الفقهاء 212:3، الفقه النافع 3:1419-1187/1420، بدائع الصنائع 7:348، شرح الزيادات 5:1597 - 1598، الهداية - للمرغيناني - 250:4، الاختيار لتعليل المختار 5:111، التهذيب - للبغوي - 5:78، العزيز شرح الوجيز 7:98، المغني 6:580، الشرح الكبير 6:252.

ما تقدّم بيانه.

وعلي قول أبي حنيفة إذا كان له عمّان وخالان فالوصيّة لعمّيه؛ لأنّه يعتبر الأقرب كالإرث(1).

وعندنا وعند أبي يوسف ومحمّد(2) يكون أرباعا.

ولو كان له عمّ واحد، فله نصف الثلث عند أبي حنيفة(3)، وبقي الآخر لا مستحقّ له؛ لأنّ أقلّ الجمع اثنان.

ج: لو خلف عمّا وعمّة وخالاً وخالة وأوصي لأقاربه، فالوصيّة بينهم أرباعا عندنا وعند الشافعي(4).

وقال أبو حنيفة: تكون الوصيّة للعمّ والعمّة علي السواء؛ لاستواء قرابتهما، وقرابة العمومة أولى من قرابة الخؤولة، والعمّة وإن لم تكن وارثة عنده فهي مستحقّة للوصيّة، كما لو كان القريب رقيقاً أو كافراً(5).

د: لو أوصي لذي قرابته، لم يشترط فيه الجمع - وبه قال أبو حنيفة -5.

ص: 183

1- مختصر اختلاف العلماء 5:2178/39، مختصر القدوري: 244، المبسوط - للسرخسي - 156:27، تحفة الفقهاء 3:212، الفتاوي الولوالجيّة 5:389، بدائع الصنائع 7:349، شرح الزيادات 5:1605، الهداية - للمرغيناني - 4:250، الاختيار لتعليل المختار 5:112، المغني 6:580.

2- المبسوط - للسرخسي - 156:27، تحفة الفقهاء 3:212، الفتاوي الولوالجيّة 5:389، بدائع الصنائع 7:349، شرح الزيادات 5:1605، الهداية - للمرغيناني - 4:250، الاختيار لتعليل المختار 5:112.

3- مختصر اختلاف العلماء 5:2178/39، المبسوط - للسرخسي - 156:27، تحفة الفقهاء 3:213، بدائع الصنائع 7:349، الهداية للمرغيناني - 4:250، الاختيار لتعليل المختار 5:112.

4- راجع: نهاية المطلب 11:308.

5- شرح الزيادات 5:1606، الهداية - للمرغيناني - 4:250، الاختيار لتعليل المختار 5:112.

لاستحقاق الكلّ، حتي لو كان له عمّ و خالان فكّله للعمّ عند أبي حنيفة؛ لأنّ اللفظ للمفرد، فيحرز(1) العمّ الكلّ؛ لأنّه أقرب عنده(2)، و عندنا يشتركون أو يخصّص الوارث من شاء.

ه: لو أوصي لأقارب زيد، دخل فيه وراث زيد إجماعاً.

و لو أوصي لأقارب نفسه، فكذلك عندنا؛ لصحّة الوصيّة للوارث عندنا.

و هو أحد وجهي الشافعيّة؛ لتناول الاسم لهم، و وقوعه عليهم كوقوعه علي غير الوارث، ثمّ يبطل نصيبهم عنده، و يصحّ الباقي لغير الورثة، و الثاني: أنّهم لا يدخلون؛ لقريظة الشرع؛ لأنّ الوارث لا يوصي له خاصّة، فلا يدخل في عموم اللفظ، فعلي هذا تختصّ الوصيّة بالباقيين.

و هذا الثاني إنّما يتمّ علي أحد قولي الشافعي: إنّ الوصيّة للوارث باطلة، أمّا إذا قلنا: إنّها تقف علي الإجازة - كالقول الثاني له - فإنّه يتعيّن الوجه الأوّل(3).

مسألة 101: إذا أوصي لأقاربه أو أقارب زيد،

دخل فيه الأصول و الفروع عندنا - و هو أحد وجوه الشافعيّة(4) - لتناول الاسم لهم.

و الثاني: أنّ الأبوين و الأولاد لا يدخلون، و يدخل الأحفاد و الأجداد

ص: 184

1- في «ر، ل» و الطبعة الحجرية: «فيحوز».

2- مختصر اختلاف العلماء 5: 2178/39، شرح الزيادات 5: 1607، الهداية - للمرغيناني - 4: 250، الاختيار لتعليل المختار 5: 112.

3- الوجيز 1: 277، الوسيط 4: 452، العزيز شرح الوجيز 7: 98-99، روضة الطالبين 5: 160.

4- الوجيز 1: 277، الوسيط 4: 451، العزيز شرح الوجيز 7: 99، روضة الطالبين 5: 160.

- وبه قال أبو حنيفة(1) وأبو إسحاق من الشافعية - لأنّ الوالد والولد لا يعرفان بالقرب في العرف، بل القريب من ينتمي إليه بواسطة(2) العزيز شرح الوجيز 99:7، روضة الطالبين 160:5-161(3).

وهو خطأ؛ لأنّه لو أوصي لأقرب الأقارب، دخل الأبوان والولد إجماعاً، فكيف يكون الشخص من أقرب الأقارب ولا يكون من الأقارب؟! والثالث: أنّه لا يدخل واحد من الأصول والفروع؛ إذ لا يسمّون أقارب(4).

والأظهر عندهم: الوجه الثاني من الوجوه، حتّى أنّ بعض الشافعية ادّعى إجماع أصحابه علي عدم دخول الآباء والأولاد(4).
والحقّ ما قلنا نحن أولاً.

مسألة 102: لو أوصي لأقاربه،

فقد قلنا: إنّّه يصرف إلي المعروفين بنسبه.

وقالت الشافعية: يعتبر أقرب جدّ ينسب إليه الرجل ويعدّ أصلاً وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من [فوقه](5)، حتّى لو أوصي لأقارب حسنيّ أو أوصي حسنيّ لأقارب نفسه، لم يدخل الحسينيّون في الوصية، وكذلك وصية المأمونيّ لأقاربه، والوصية لأقارب

ص: 185

1- مختصر القدوري: 243-244، المبسوط - للسرخسي - 155:27، روضة القضاة 2:3928/696، تحفة الفقهاء 3:212، الفقه النافع 3:1419 - 1187/1420، بدائع الصنائع 7:348، الهداية - للمرغيناني - 4:249، الاختيار لتعليل المختار 5:111، العزيز شرح الوجيز 99:7.

2- نفس المصادر في الهامش

3- من ص 184.

4- نفس المصادر في الهامش (4) من ص 184.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «قومه»، وفي الطبعة الحجرية: «قوم». والصواب ما أثبتناه من المصدر.

المأموني لا يدخل فيها أولاد المعتصم و سائر العبّاسيّة(1).

و الوصيّة من العجم و العرب واحدة.

وقالت الشافعيّة: وصيّة العجم تدخل فيها قرابة الأب و الأم، وفي وصيّة العرب و جهان:

أحدهما: أنّ قرابة الأم لا تدخل - و به قال أحمد - لأنّ العرب لا تعدّها قرابة، و لا تفتخر بها، وإنّما تفتخر بمن ينتمي إليهم من جهة الأب.

و الثاني - و به قال أبو حنيفة -: أنّهم يدخلون - كما ذهبنا نحن إليه - كما في وصيّة العجم(2).

تذنب: قال الشيخ رحمه الله في النهاية: إذا أوصي لأقاربه، دخل فيه كلّ من تقرب إليه إلي آخر أب و أم في الإسلام(3).

و هذا يعطي اشتراط إسلام أقصى الأب.

و للحنفيّة قولان، أحدهما: هذا، و الثاني: أنّه لا يشترط، لكن يشترط إدراكه الإسلام(4).

و يحتمل كلام الشيخ هذا أيضا، فلا يدخل أولاد عبد المطلب علي القولين في وصيّة العلويّ لذوي قرابته؛ لأنّه لم يدرك الإسلام، و يدخل فيه أولاد عقيل و أولاد جعفر.

مسألة 103: لو أوصي فقال: أوصيت لأقاربي،

أو لقرايتي، أو لذوي

ص: 186

1- العزيز شرح الوجيز 99:7، روضة الطالبين 161:5.

2- نهاية المطلب 301-300:11، الوجيز 277:1، التهذيب - للبغوي - 5:78، العزيز شرح الوجيز 100:7، روضة الطالبين 161:5.

3- النهاية: 614.

4- شرح الزيادات 1601:5، الهداية - للمرغيناني - 4:249-250.

قرايتي، أو لذي رحمي، لم يكن فرق في جميع ما ذكرنا من هذه الألفاظ، لكن قرابة الأم تدخل في ذي الرحم إجماعاً في وصية العرب و العجم جميعاً؛ لأنّ لفظ الرحم لا يختصّ بطرف الأب.

وإذا لم يوجد إلاّ قريب واحد، صرف المال إليه إن أوصي لذي قرابته، أو لذي رحمه، أو لقرايته، فإنّ القرابة مصدر يوصف بها الواحد و الجمع.

أمّا إذا كان اللفظ: «لأقاربي» أو «لأقربائي» أو «ذوي قرايتي» أو «ذوي رحمي» فوجهان للشافعية في أنّه هل يكون الكلّ له ؟

أظهرهما عندهم: نعم؛ لأنّ الجمع ليس مقصوداً هنا، وإنّما المقصود الصرف إلى جهة القرابة.

ويشكل بأنّه لو كان كذلك لما وجب الاستيعاب، كالوصية للفقراء.

وعلي القول بأنّه لا يكون الجميع لذلك الواحد فله (1) الثلث، ويبطل الباقي (2).

ولهم وجه آخر: أنّه يكون له النصف (3)، وبه قال أبو حنيفة (4).

ولو كان هناك جماعة محصورون، فالأقوي: أنّه يقسم المال بينهم بالسوية.

ولا بدّ من استيعابهم، وبه قال الشافعي (5).

خلافاً لأبي حنيفة؛ حيث جوّز صرف المال إلى ثلاثة منهم (6).

وللشافعية وجه آخر مثله (7) 5.

ص: 187

1- في «ر»: «يكون له» بدل «فله».

2- العزيز شرح الوجيز 100:7، روضة الطالبين 161:5.

3- العزيز شرح الوجيز 100:7، روضة الطالبين 161:5.

4- لم نعثر علي قوله في مظانّه.

5- العزيز شرح الوجيز 100:7، روضة الطالبين 161:5.

6- العزيز شرح الوجيز 100:7.

7- العزيز شرح الوجيز 100:7، روضة الطالبين 161:5.

ولو كانوا غير محصورين، كالوصية للعلوية والقبائل العظيمة، فلا يجب الاستيعاب.

مسألة 104: لو أوصي لأقرب أقاربه أو لأقرب أقارب زيد أو أقرب الناس إليه أو أقربهم به رحماً،

لم يدفع إلي الأبعد مع وجود الأقرب، فيقدم الأب علي كل من أدلي به من الأجداد والإخوة والأعمام، وكذا تقدم الأم علي كل من يدلي بها منهم، ويقدم الابن علي كل من أدلي به وعلي كل من يدلي بالأب.

ولا خلاف في دخول الأبوين وكذا الولد.

ولو اجتمع الأبوان والولد، تساوا في الاستحقاق؛ لأن كل واحد من هؤلاء يدلي بنفسه من غير واسطة - وهو أحد قولي الشافعي (1) - لاستوائهما في الرتبة، وعلي هذا يقدم الأب علي ابن الابن.

والثاني: أنه يقدم الابن علي الأبوين؛ لقوة إرثه وعصوبته، فإنه يسقط تعصيب الأب (2).

والأول أولي عند أحمد؛ لأن إسقاطه تعصبيه لا يمنع مساواته في القرب، ولا يصير أقرب منه؛ بدليل أن ابن الابن يسقط تعصبيه مع بعده (3).

وعلي هذا القول للشافعي فالأولاد مقدمون علي من عداهم مطلقاً، ثم يليهم البطن الثاني أولاد الأولاد، ثم البطن الثالث إلي حيث انتهوا، فيقدم ابن ابن الابن وإن نزل عدة مراتب علي الأبوين (4).

والحق خلافه، بل يقدم الأب؛ لأنه يدلي بنفسه ويلي ابنه من غير

ص: 188

1- التهذيب - للبغوي - 79:5، العزيز شرح الوجيز 101:7، روضة الطالبين 162:5.

2- التهذيب - للبغوي - 79:5، العزيز شرح الوجيز 101:7، روضة الطالبين 162:5.

3- المغني 580:6.

4- التهذيب - للبغوي - 79:5، العزيز شرح الوجيز 101:7، روضة الطالبين 162:5.

حاجب، ولا يسقط ميراثه بحال، بخلاف ابن الابن.

فروع:

أ: يستوي أولاد البنين وأولاد البنات، وبه قال الشافعي(1).

وهو ينقض عليهم ما ذكروه من تقديم الابن علي الأب؛ لأنّ قوّة الإرث والعصوبة في الابن إذا اقتضت تقدّمه علي الأب فهلاً اقتضي أصل الإرث والعصوبة في أولاد البنين تقدّمهم علي أولاد البنات؟(2).

ب: الأب والأمّ سواء في هذه الوصيّة، وكذا الابن والبنات، والجّد أبو الأب مساو للجّد أبي الأمّ، وكذا أبو الأمّ وأمّ الأمّ وأمّ الأب كلّهم سواء، ثمّ من بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب، الذكور والإناث سواء، وكذا أولاد البنات عندنا.

ج: لو لم يكن أحد من الأولاد والأحفاد والأبوين، قدّم الأجداد والجّدات والإخوة والأخوات الأقرب فالأقرب.

وقالت الشافعيّة: إذا لم يوجد أحد من الأولاد والأحفاد قدّم الأبوان وبعدهما الأجداد والجّدات إن لم توجد الإخوة والأخوات علي شرط تقديم الأقرب فالأقرب منهم، أو الإخوة والأخوات إن لم توجد الأصول(3).

وإن اجتمع الجّد والأخ، فأظهر الطريقتين عندهم: أنّ المسألة علي قولين:

أحدهما: أنّهما يستويان؛ لاستوائهما في الدرجة.

وأصحّهما: تقديم الأخ؛ لقوّة البنوّة.5.

ص: 189

1- التهذيب - للبغوي - 79:5، العزيز شرح الوجيز 101:7، روضة الطالبين 162:5.

2- التهذيب - للبغوي - 79:5، العزيز شرح الوجيز 101:7، روضة الطالبين 162:5.

3- العزيز شرح الوجيز 101:7، روضة الطالبين 162:5.

وهما كالقولين فيما إذا اجتمع جدّ المعتق وأخوه.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني.

وعلي القول بالتسوية فالجدّ أولي من ابن الأخ؛ لقربه (1)، وهو مذهبنا أيضا.

ولو قدّم الأخ علي الجدّ - كما ذهبوا إليه - قدّم ابن الأخ وإن سفل علي الجدّ (2).

د: ابن الأخ وأبو الجدّ متساويان، وهو أحد قولي الشافعية (3).

والظاهر تقديم ابن الأخ عندهم، ثمّ يقدّم بعد الأجداد والجدّات إذا لم يكن إخوة وأخوات، وأولاد الإخوة والأخوات، ثمّ الأعمام والعَمّات، ويساويهم الأحوال والخالات، ثمّ أولاد العمومة والعَمّات وأولاد الخؤولة والخالات (4).

وقالت الحنابلة: بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا، الأقرب فالأقرب، الذكور والإناث، وفي أولاد البنات لهم وجهان؛ بناء علي دخولهم في الوقف، ثمّ من بعد الولد الأجداد، الأقرب فالأقرب؛ لأنّهم العمود الثاني، ثمّ الإخوة والأخوات؛ لأنّهم من ولد الأب أو من ولد الأمّ، وأولادهم وإن سفلوا، ولا شيء لأولاد الأخوات علي تقدير القول بعدم دخول ولد البنات، والأخ للأب أولي من ابن الأخ للأبوين - وهو مذهبنا - كما في الميراث، ثمّ من بعدهم الأعمام، ثمّ بنوهم وإن سفلوا، ويستوي العمّ من الأب والعمّ من الأمّ، وكذا [أبناؤهما] (5) ثمّ علي هذا الترتيب.ر.

ص: 190

1- العزيز شرح الوجيز 102:7، روضة الطالبين 162:5.

2- العزيز شرح الوجيز 102:7، روضة الطالبين 162:5.

3- العزيز شرح الوجيز 102:7، روضة الطالبين 162:5.

4- العزيز شرح الوجيز 102:7، روضة الطالبين 162:5.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «أبناؤهم». والمثبت كما في المصدر.

وهذا علي الرواية التي تضمّنت جعل القرابة فيها كلّ من يقع عليه اسم القرابة، فأما علي الرواية التي خصّصت القرابة بمن كان من أولاد الآباء فلا تدخل فيه الأمّ ولا أقاربها؛ لأنّ من لم يكن من القرابة لم يكن من أقرب القرابة، فعلي هذه الرواية تتناول الوصيّة من كان أقرب من أولاد الموصي و أولاد آبائه إلي أربعة آباء(1).

ه: الأخ من الأبوين أقرب من الأخ من الأب خاصّة، ولهذا قدّم عليه في الميراث.

وهل هو أقرب من الأخ من الأمّ؟ الأقوي ذلك وإن شاركه في الميراث.

و للشافعيّة قولان، أحدهما: أنّ الأخ من الجهتين يقدّم علي الأخ من جهة واحدة؛ لزيادة قرابته(2).

وقال بعض الشافعيّة: إنّ للشافعي قولين، كما في ولاية التزويج(3).

و: الأخ من الأب والأخ من الأمّ متساويان، وكذا القول في أولاد الإخوة وأولاد الأعمام والأخوال، ومشاركة الأخ من الأمّ للأخ من الأبوين دون الأخ من الأب معارضة بكثرة نصيبه.

ز: في تقديم الجدّة من الجهتين علي الجدّة من جهة واحدة إشكال، أقرب: العدم، كما في الإخوة.

و للشافعيّة وجهان، كالوجهين في الميراث: أنّ السدس بينهما، أم يفصّل صاحب الجهتين؟(4).5.

ص: 191

1- المغني 6:581. (2الي4) العزيز شرح الوجيز 7:102، روضة الطالبين 5:162.

ويخرج للشافعية مّا قالوه أنّه إذا اجتمع أولاد إخوة متفرّقين وأولاد أخوات متفرّقات، فالمال لولد الأخ من الأبوين وولد الأخت من الأبوين، وإن لم يوجد أولاد الإخوة والأخوات من الأبوين فأولادهم من الأب وأولادهم من الأمّ سواء.

هذا إذا استوت الدرجة، فإن اختلفت قدّم الأقرب منهم من أيّ جهة كان، حتي لا يقدّم ابن ابن الأخ من الأبوين علي الأخ من الأب ولا علي ابنه، بل يقدّمان عليه، وكذا يقدّم الأخ من الأمّ وابنه؛ لأنّ جهة الأخوة واحدة، فيراعي قرب الدرجة.

وأما إذا اختلفت الجهة، فالبعيد من الجهة القريبة مقدّم علي القريب من الجهة البعيدة، فيقدّم ابن ابن الابن وإن نزل علي الأخ، وابن ابن الأخ وإن سفل علي العمّ.

ولا يرجّح في هذا الباب بالذكورة، ولا ينظر إلي الورثة، بل يستوي في الاستحقاق الأب والأمّ والابن والبنت والأخ والأخت، ويقدّم ابن البنت علي ابن ابن الابن؛ لأنّ الاستحقاق منوط بزيادة القرب(1).

ح: العمّ من الأب لا يرث مع ابن العمّ من الأبوين علي ما نصّ عليه علماؤنا أجمع.

وهل يحرم العمّ من الأب في الوصيّة بابن العمّ من الأبوين؟ الأقرب:

المنع، وحرمانه في الإرث قضية خاصّة لا تتعدّي؛ لأنّها مخالفة للقياس.

مسألة 105: إذا أتى في وصيته بلفظ الجمع،

فإن كان ممّا يعمّ وجب فيه الاستيعاب مع الحصر وإمكانه، وإن كان ممّا لا يعمّ أو لم يمكن الاستيعاب؛ لعدم الحصر، وجب صرفه إلي من يصدق اسم الجمع فيه،

ص: 192

و هو إمّا ثلاثة علي الأقوي، أو اثنان علي الخلاف.

إذا عرفت هذا، فإذا أوصي لجماعة من أقرب أقاربه أو أقرب أقارب زيد، فلا بدّ من الصرف إلي ثلاثة، فإن كان في الدرجة القريبة ثلاثة دفع إليهم، وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالأقرب: عدم وجوب التعميم؛ لأنّ الجماعة تحصل بثلاثة، فيختار الوصي ثلاثة منهم، كما لو أوصي للفقراء، وهو أحد وجهي الشافعيّة، والثاني: أنّه يجب التعميم، وإلاّ صارت الوصيّة لغير معيّن، بخلاف الوصيّة للفقراء؛ لأنّ المرعيّ هناك جهة الفقر، ولأنّ الاسم يتناول الجميع علي السواء، فلا وجه للترجيح بالبعض (1).

و إن كانوا دون الثلاثة، تّممنا الثلاثة ممّن يليهم، فإن كان له ابنان و ابن ابن دفع إليهم، وإن كان له ابن و ابن ابن و ابن ابن ابن، دفع إليهم، و إن كان له ابن و ابنا ابن دفع إليهم، و هو قول الشافعيّة (2).

و يحتمل بطلان الوصيّة في حصّة البعيد، فلو كان له ابن و ابنا ابن دفع إلي الابن الثّلاث، و بطل الثّلاثان، كما لو أوصي لجماعة من العلماء، و ليس إلّا عالم واحد، فإنّه تصحّ الوصيّة في الثّلاث خاصّة.

و لو كان له ابن و ابن ابن و ابنا ابن ابن، فللشافعيّة وجهان:

أحدهما: أنّه يدفع إلي الابن و ابن الابن و واحد من الذين هم في الدرجة الثالثة.

و الثاني: أنّه يدفع إلي الجميع.

و علي الدفع إلي الجميع فالقياس التسوية بين كلّ المدفوع إليهم، و هو أحد وجهي الشافعيّة، و الثاني: أنّ الثّلاث لمن في الدرجة الأولى،

ص: 193

1- العزيز شرح الوجيز 103:7، روضة الطالبين 163:5.

2- العزيز شرح الوجيز 103:7، روضة الطالبين 163:5.

و الثلث لمن في الثانية، و الثلث لمن في الثالثة(1).

وقال بعضهم: إنّها وصيّة لغير معيّن؛ لأنّ لفظ الجماعة منكر، فصار كما لو أوصي لأحد الرجلين أو لثلاثة [لا] (2) علي التعيين من جماعة معيّنين(3).

و لو كانت الوصيّة لأقرب أقارب نفسه، فالترتيب علي ما تقدّم.

لكن لو كان الأقرب وارثا صرف إلي من يليه ممّن ليس بوارث عند العامّة القائلين بمنع الوصيّة للوارث(4).

وعندنا أنّ الإرث لا يمنع الوصيّة، فيكون للوارث.

مسألة 106: إذا أوصي لجماعة من أقرب أقاربه و كان له ابن وأخ وعم لا غير،

فالوصيّة بينهم أثلاثا علي إشكال.

و كذا لو كان له ابن وأخوان.

وإن كان له ابن و ثلاثة إخوة، دخل جميعهم في الوصيّة، وينبغي أن يكون للابن ثلث الوصيّة، و لهم ثلثاها.

وإن كان الابن وارثا صحّت عندنا، سواء أجاز باقي الورثة أو لا إذا لم يزد علي الثلث، خلافا للعامّة(5).

و لو أوصي لعصبته، فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة، سواء كانوا ممّن يرث في الحال أو لم يكن، و سواء القريب منهم و البعيد؛ لشمول اللفظ لهم، و لا خلاف في أنّهم لا يكونون من جهة الأمّ.

مسألة 107: لو أوصي لآله أو لآل غيره،

صحّت الوصيّة، و صرفت

ص: 194

1- العزيز شرح الوجيز 103:7، روضة الطالبين 163:5.

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز.

3- العزيز شرح الوجيز 103:7، روضة الطالبين 163:5.

4- العزيز شرح الوجيز 103:7، روضة الطالبين 163:5.

5- المغني 582:6، الشرح الكبير 524:6.

إلي قرابته؛ قضية للعرف.

قال زيد بن أرقم: آل رسول الله صلى الله عليه وآله وأهله وعشيرته الذين حرموا الصدقة بعده: آل علي عليه السلام وآل العباس وآل جعفر وآل عقيل(1).

وأصل «آل»: «أهل» قلبت الهاء همزة.

وآل رسول الله صلى الله عليه وآله وأهله قرابته، كبنى هاشم وبنى المطلب، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني: أنه جميع أمته، والأصح عندهم: الأول(2).

وعن مالك: أن آل أصحابه(3).

فلو أوصى لآل غير النبي صلى الله عليه وآله وأهله، صحّ عندنا - وهو أحد قولي الشافعية(4) - لظهور أصل له في الشرع، والثاني: بطلان الوصية؛ لإبهام اللفظ وتردده بين القرابة وأهل الدين وغيرهما(5).

وعلي الأول - وهو الصحة - يحتمل عندهم أن يكون كالوصية للقرابة، وأن يفوض إلي اجتهد الحاكم(6).

فإن كان هناك وصي، احتمل اتباع رأيه؛ حيث جعل الأمر إليه، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني: اتباع رأي الحاكم(7).

وينبغي أن يتبع الحاكم والوصي معا مراد الموصي إن ظهر لهما بقرينة5.

ص: 195

1- المغني 583:6.

2- الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (مقدمة الحاوي الكبير): 227، الحاوي الكبير 517:7، نهاية المطلب 311:11، بحر المذهب 186:2، البيان 236:2، العزيز شرح الوجيز 534:1، و 104:7، روضة الطالبين 368:1، و 163:5، المجموع 466:3، صحيح مسلم بشرح النووي 124:4.

3- نهاية المطلب 311:11، العزيز شرح الوجيز 104:7.

4- نهاية المطلب 312:11، العزيز شرح الوجيز 104:7، روضة الطالبين 163-164.

5- نهاية المطلب 312:11، العزيز شرح الوجيز 104:7، روضة الطالبين 163-164.

6- نهاية المطلب 312:11، العزيز شرح الوجيز 104:7، روضة الطالبين 164:5.

7- نهاية المطلب 312:11، العزيز شرح الوجيز 104:7، روضة الطالبين 164:5.

حال وشبهها، ولا يتبعان أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال، إلا مع عدم التمكن من معرفة مراده.

مسألة 108: لو أوصي لأهل بيته،

صرف إلي أقاربه من قبل الأب ومن قبل الأم، فيعطي الأبوان وآباؤهم من الجدات والأجداد، وأبناؤهم من الأعمام والأخوال ذكورهم وإنثاهم، ويعطي الأولاد وأولاد الأولاد الذكور والإناث، وبالجملة، كل من يعرف بقربته.

وقال أحمد بذلك، قال ابن المنذر: إنه إذا أوصي بثلث ماله لأهل بيته، كان بمثابة قوله: لقرايتي، عند أحمد (1).

قال أحمد: قال النبي صلى الله عليه وآله: «لا تحل الصدقة لي ولأهل بيتي» فجعل سهم ذي القربى لهم عوضاً من الصدقة التي حرمت عليهم، فكان ذوو القربى الذين سمّاهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة.

وذكر حديث زيد بن أرقم: أن النبي صلى الله عليه وآله قال: «أذكركم الله في أهل بيتي» قال (2): قلنا: من أهل بيته؟ نساؤه؟ قال (3): لا، أصله وعشيرته الذين حرمت عليهم الصدقة بعده: آل علي وآل عقیل وآل جعفر وآل العباس (4).

قال ثعلب: أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم، كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي فيه الذكور والإناث (5).

ص: 196

-
- 1- المغني 582:6، الشرح الكبير 253:6.
 - 2- القائل هو حصين بن سبرة - سمرة -، راجع: صحيح مسلم 4:2408/1873، والسنن الكبرى - للنسائي - 5:51/8175-3، و صحيح ابن خزيمة 4:62 - 63/2357، والسنن الكبرى - للبيهقي - 2:148، و 7:30-31.
 - 3- القائل هو زيد بن أرقم، راجع الهامش السابق.
 - 4- المغني 582:6، الشرح الكبير 253:6.
 - 5- عنه في المغني 582-583:6، والشرح الكبير 253:6.

قال بعض الحنابلة: إنّ أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القرابة ولا أهل بيته(1).

وخطأه باقيهم؛ لأنّ ولد النبيّ صلّي الله عليه و اله من أهل بيته وأقاربه الذين حرموا الصدقة و أعطوا من سهم ذي القربي و هم من أقرب أقاربه، فكيف لا يكونون من أقاربه؟ وقد قال النبيّ صلّي الله عليه و اله لفاطمة و ولديها و زوجها عليهم السّلام:

«اللّهم هؤلاء أهل بيتي فأذهب عنهم الرجس و طهرهم تطهيرا»(2)(3).

و روي العامّة في الصحاح عن النبيّ صلّي الله عليه و اله أنّه قال لعليّ و فاطمة و الحسن و الحسين عليهم السّلام: «اللّهم هؤلاء أهل بيتي»(4).

و لو وقف عليّ أقارب رجل أو وصّي لأقاربه، دخل فيه ولده بغير خلاف نعلمه.

قال بعضهم: لا يجاوز به أربعة آباء؛ لأنّ النبيّ صلّي الله عليه و اله لم يجاوز بني هاشم بسهم ذي القربي، فجعل هاشما الأب الرابع، وإنّما يكون رابعا لو كان للنبيّ صلّي الله عليه و اله ابن؛ لأنّ هاشما إنّما هو رابع النبيّ صلّي الله عليه و اله(5).

و عند الشافعيّة لو أوصي الرجل لأهل بيته وجهان:

أحدهما: الحمل عليّ ما يحمل عليه الآل.6.

ص: 197

1- المغني 583:6، الشرح الكبير 253:6.

2- مسند أحمد 415:7-416/25969، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 5: 3205/351، و 3787/663، السنن الكبرى - للنسائي - 5: 112-8409/113، المعجم الكبير - للطبراني - 3: 47-2666/48، و 2668/49، و 9: 25 - 8295/26، و 22: 65-159/66.

3- المغني 583:6، الشرح الكبير 253:6-254.

4- أورده الحاكم النيسابوري في المستدرک عليّ الصحيحين 2: 416، و 3: 147، و راجع أيضا: الهامش (2).

5- المغني 583:6، الشرح الكبير 254:6.

و الثاني: دخول الزوجة أيضا، و هو أشبه عندهم (1).

وفي أهله دون لفظ البيت و جهان للشافعية:

أحدهما: الحمل علي الزوجة خاصّة، و به قال أبو حنيفة (2) ؛ لقوله تعالى: قَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا (3) و المراد امرأته، و يقال: تأهل، أي: تزوّج.

و الثاني: علي كلّ من تلزمه نفقته؛ لقوله تعالى: فَأَنْجِبْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ (4) و المراد من كان في عياله، فعلي الأوّل لو صدرت الوصيّة من امرأة بطلت (5).

مسألة 109: لو أوصي لآباء فلان،

دخل فيه أجداده من الجهتين، و لو أوصي لأمّهات فلان، دخل فيه جدّاته من الجهتين، و به قال بعض الشافعية (6).

و حكى بعضهم عن أصحاب الرأي أنّ الأجداد من جهة الأمّ لا يدخلون في الآباء، و الجدّات من جهة الأب لا يدخلن في الأمّهات (7).

و جعل الجويني المذهبين وجهين، و رأي الأظهر ما نسب إلي أهل الرأي (8).

ص: 198

1- نهاية المطلب 312:11، العزيز شرح الوجيز 104:7، روضة الطالبين 164:5.

2- تحفة الفقهاء 213:3، الفتاوي الولوالجية 391:5، بدائع الصنائع 350:7، الهداية - للمرغيناني - 250:4، الاختيار لتعليل المختار 110:5.

3- سورة القصص: 29.

4- سورة الأعراف: 83.

5- نهاية المطلب 312:11-313، العزيز شرح الوجيز 104:7-105، روضة الطالبين 164:5.

6- العزيز شرح الوجيز 105:7، روضة الطالبين 164:5.

7- العزيز شرح الوجيز 105:7.

8- نهاية المطلب 315:11، العزيز شرح الوجيز 105:7، روضة الطالبين 164:5.

ولا خلاف في شمول الأجداد والجَدَّات الجهتين.

ولو أوصي لجنسه أو لأهل بيته أو لآله، دخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه وأمهاته إلي أقصي أب وأم له في الإسلام؛ عملاً بالعرف.

وفي اشتراط القرابة في الجنس إشكال.

وقالت الحنفية: لو أوصي لجنسه أو لأهل بيته أو لآله، دخل فيه كل من ينتسب إليه من قبل آبائه إلي أقصي أب له في الإسلام، الأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الأخوات ولا أحد من أيتام الموصي؛ لأنهم لا ينتسبون إلي أب الموصي الأكبر، وإنما ينتسبون إلي آبائهم، فكانوا من جنس آخر أو من أهل بيت آخر؛ لأن النسب يعتبر من الآباء، والأب الأكبر لو كان حيًا لا يدخل تحت الوصية؛ لأن هذه الوصية للمضاف لا للمضاف إليه(1).

ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها، قالت الحنفية: لا يدخل ولدها؛ لأن ولدها ينسب إلي أبيه، لا إلي أبيها الأكبر، إلا أن يكون أبوه من قومها(2).

ولو أوصي لبني فلان، فالأقرب: دخول الإناث - وبه قال محمد بن الحسن وأبو حنيفة وأول(3) - لتناول الاسم الجميع، قال الله تعالى: وَ إِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَ نِسَاءً(4).

وقال أبو حنيفة أخيراً وأبو يوسف: لا تدخل فيه الإناث؛ عملاً(6).

ص: 199

1- شرح الزيادات 5: 1608-1609.

2- شرح الزيادات 5: 1609.

3- الفتاوي الولوالجية 5: 391، بدائع الصنائع 7: 344، الهداية - للمرغيناني - 4: 251.

4- سورة النساء: 176.

هذا إذا كانوا محصورين، وأما إن كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ، فإنه يدخل فيه الذكور والإناث إجماعاً.

ولا يدخل فيه مولي العتاقة والموالة؛ لعدم تناولهم عرفاً وحقيقة.

وقالت الحنفية: يدخلون؛ لأن المراد الانتساب، كما في: بني آدم(2).

وهو ممنوع.

ولو أوصي لولد فلان، فالوصية للذكر والأنثى علي السواء؛ لشمول اسم الولد لهما.

مسألة 110: ولو أوصي لورثة فلان،

صحّت، ودخل فيه كلّ من يرثه ذكراً وأنثى بنسب أو سبب بالسوية، سواء تفاوتت الورثة في الميراث، كابن وبنت، أو اتفقوا، كابنين أو بنتين، ولا يعتبر تفاوتهم في الإرث.

وقالت الحنفية: الوصية بينهم للذكر مثل حظّ الأنثيين، كما في الإرث(3). وليس بمعتمد.

ولو لم يكن له وارث خاصّ وصرف ماله إلي بيت المال، بطلت الوصية عند الشافعية(4).

وأما علي مذهبنا فمقتضاه أنّه يكون للإمام؛ لأنّه وارث من لا وارث

ص: 200

1- الفتاوي اللولوجية 5:391، بدائع الصنائع 7:344، الهداية - للمرغيناني - 4:251.

2- الفتاوي اللولوجية 5:390، الهداية - للمرغيناني - 4:251، الاختيار لتعليل المختار 5:114.

3- الهداية - للمرغيناني - 4:251، الاختيار لتعليل المختار 5:115.

4- نهاية المطلب 11:325، العزيز شرح الوجيز 7:106، روضة الطالبين 5:165.

له، فهو وارث خاص.

و لو لم يكن له إلا بنت واحدة، صرف إليها؛ لصدق الاسم عليها، و المال بأسره لها.

وقالت الشافعية: إن لم يحكم بالردّ ففي استحقاقها لجميع الوصية أم لبعضها و جهان، أصحهما عندهم: الأول (1).

و لو مات الموصي، و الذي أوصي لورثته أو لعقبه حيّ، فللشافعية قولان، أشهرهما (2) عندهم: بطلان الوصية؛ لأنّ الإنسان لا يرثه، و لا يعقبه أحد و هو حيّ (3).

و قال بعضهم: تصحّ الوصية في لفظ العقب إن كان له أولاد؛ لأنّهم يسمّون أعقاب الشخص في حياته، قال: و مثل هذا يحتمل في لفظ الورثة، فعلي هذا يوقف إلي أن يموت فيتبيّن من يرثه (4).

و الأقرب عندي: الصحة؛ لأنّ الظاهر أنّ مراده من يرثه بعد موته، فيصرف اللفظ إليه عرفاً.

مسألة 111: لو أوصي لأولاده،

دخل فيه الذكور و الإناث بالسوية.

و هل يدخل أولاد الأولاد؟ الأقرب: المنع - و هو أصحّ وجهي الشافعية (5) - لأنّ اسم الولد إنّما هو حقيقة في الولد للمصلب، و لهذا يصحّ

ص: 201

1- العزيز شرح الوجيز 106:7، روضة الطالبين 165:5.

2- في الطبعة الحجرية: «أشبههما» بدل «أشهرهما».

3- نهاية المطلب 324:11، العزيز شرح الوجيز 106:7، روضة الطالبين 165:5.

4- الجويني في نهاية المطلب 324:11-325، و عنه في العزيز شرح الوجيز 106:7، و روضة الطالبين 165:5.

5- نهاية المطلب 316:11، و ذكره الرافعي في العزيز شرح الوجيز 278:6، -

سلبه عن ولد الولد، فيقال: إنّه ليس ولده، بل ولد ولده.

و الثاني للشافعية: أنّه يدخل؛ لصدقه عليه، كما في قوله تعالى:

يا بَنِي آدَمَ (1) (2).

و علي القول بدخول أولاد الأولاد فالأقرب: دخول أولاد البنات أيضا.

و للشافعية علي تقدير القول بالدخول و جهان (3).

و لو أوصي لأولاده، و ليس له إلاّ أولاد أولاد، فالأقرب: صرف الوصية إليهم؛ لأنّه قد يستعمل فيهم مجازا أو حقيقة علي الخلاف، و عند القائلين بالمجاز إذا تعذّر حمله علي الحقيقة صرف إلي المجاز إجماعا؛ صونا لكلام المكلف عن الإلغاء.

و كذا لو أوصي لأولاده و أولاد أولاده، ففي دخول أولاد أولاد الأولاد الخلاف، لكن [عند] (4) القائلين بالدخول أولا يكون الدخول هنا في الوصية أولي.

و لو أوصي لأولاده، دخل البنون و البنات و الخناثي المشكلون؛ لتناول الاسم لهم حقيقة.

و لو أوصي للبنين حقيقة، لم تدخل البنات و لا الخناثي المشكلون.

و في دخول بني البنين و جهان (5)، كما في الأولاد.4.

ص: 202

1- سورة الأعراف: 26 و 27 و 31 و 35.

2- نهاية المطلب 316:11، و ينظر: العزيز شرح الوجيز 278:6، و روضة الطالبين 401:4.

3- نهاية المطلب 316:11، و ينظر: العزيز شرح الوجيز 278:6، و روضة الطالبين 401:4.

4- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

5- و النووي في روضة الطالبين 401:4 في الوقف، و كذا الوجه الثاني الآتي و الفروع الآتية، مضافا إلي غيرهما في غيرهما.

و هل يدخل بنو البنات ؟ للشافعية وجهان، أحدهما: الدخول؛ لقول النبي صَلَّى الله عليه و اله للحسن بن عليّ عليهما السلام: «إنّ ابني هذا سيّد» (1) - (2).

ولو أوصي للبنات، لم يدخل الأبناء ولا الخنثائي.

وفي دخول بنات الأولاد للشافعية الوجهان (3).

ولو أوصي للخنثائي، لم يدخل البنون ولا البنات.

ولو أوصي للبنين و البنات، فالأصحّ عند الشافعية - وهو الأقوي عندي -:- دخول الخنثائي؛ لأنّهنّ لا يخرجن عن الصنفين، والثاني للشافعية:

المنع؛ لأنّ الخنثي لا يعدّ من البنين ولا من البنات (4).

ولو أوصي لبني تميم، فالأقوي: دخول البنات - وهو الأشبه عند الشافعية (5) - لأنّه يعبر به عن القبيلة، والثاني: عدمه، كما لو أوصي لبني زيد (6).

مسألة 112: لو أوصي لذريّته أو عقبه أو نسله،

دخل فيه أولاد البنين

ص: 203

1- المصنّف - لعبد الرزّاق - 20981/452:11، المصنّف - لابن أبي شيبة - 12227/96:12، مسند أحمد 19879/17:6، صحيح البخاري 244:3، سنن أبي داود 4662/216:4، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 3773/658:5، سنن النسائي (المجتبي) 107:3، السنن الكبرى - للنسائي - 1718/532-531:1 - 2، المعجم الصغير - للطبراني - 271:1، المعجم الأوسط - له أيضا - 162:2 - 1554/163، المستدرک - للحاكم - 175:3، السنن الكبرى - للبيهقي - 165:6.

2- ينظر: العزيز شرح الوجيز 279:6، وروضة الطالبين 401:4.

3- ينظر: العزيز شرح الوجيز 279:6، وروضة الطالبين 401:4.

4- ينظر: المهذّب - للشيرازي - 451:1، والوسيط 252:4، وحلية العلماء 27:6، و التهذيب - للبغوي - 520:4، والبيان 74:8، و العزيز شرح الوجيز 279:6، وروضة الطالبين 401:4.

5- ينظر: المهذّب - للشيرازي - 451:1، والوسيط 253:4، وحلية العلماء 28:6، و التهذيب - للبغوي - 523:4، والبيان 74:8-75، و العزيز شرح الوجيز 279:6، وروضة الطالبين 401:4.

6- ينظر: المهذّب - للشيرازي - 451:1، والوسيط 253:4، وحلية العلماء 28:6، و التهذيب - للبغوي - 523:4، والبيان 74:8-75، و العزيز شرح الوجيز 279:6، وروضة الطالبين 401:4.

وأولاد البنات قريتهم وبعيدهم - وبه قال الشافعي (1) - لتناول الاسم لهم.

وقال مالك وأحمد: لا يدخل أولاد البنات (2).

ويطل بقوله تعالى: وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ - إلي قوله - وعيسى (3) وليس هو إلا ولد البنت.

ولو أوصي لعترته، قال ابن الأعرابي وثلث: إنهم ذريته (4).

وقال ابن قتيبة: إنهم عشيرته (5).

وفيه للشافعية وجهان، أظهرهما عندهم: الثاني (6)، وبه قال زيد بن أرقم (7).

ولو أوصي لعشيرته، فهم القرابة.

وقال بعض الشافعية: إن العشيرة والقبيلة لا يدخل فيهما إلا قرابة الأب (8). 4.

ص: 204

-
- 1- نهاية المطلب 323:11، وينظر: الحاوي الكبير 528:7، والمهذب - للشيرازي - 451:1، والوسيط 252:4، والتهذيب - للبغوي - 521:4، والبيان 73:8، والعزیز شرح الوجيز 280:6، وروضة الطالبين 402:4.
 - 2- ينظر: العزیز شرح الوجيز 280:6، والمغني 229:6، والشرح الكبير 246:6.
 - 3- سورة الأنعام: 84 و 85.
 - 4- الزاهر (مقدمة الحاوي الكبير): 319، المهذب - للشيرازي - 451:1، نهاية المطلب 326:11، الوسيط 253:4، التهذيب - للبغوي - 521:4، البيان 74:8، العزیز شرح الوجيز 280:6، روضة الطالبين 402:4، المغني 583:6، لسان العرب 538:4 «عتر».
 - 5- المهذب - للشيرازي - 451:1، نهاية المطلب 326:11، الوسيط 253:4، التهذيب - للبغوي - 521:4، البيان 74:8، العزیز شرح الوجيز 280:6، روضة الطالبين 402:4، المغني 583:6.
 - 6- العزیز شرح الوجيز 280:6، روضة الطالبين 402:4.
 - 7- العزیز شرح الوجيز 280:6، روضة الطالبين 402:4.
 - 8- العزیز شرح الوجيز 281:6، روضة الطالبين 403:4.

ولو أوصي لأخواته، لم يدخل الإخوة، أمّا لو أوصي لإخوته ففي دخول الأخوات إشكال.

مسألة 113: لو أوصي لأختانه،

فهي لأزواج البنات، ولا يدخل فيه أزواج العمّات والخالات عند الشافعية(1).

وفي أزواج الأخوات وجهان عندهم، أصحهما عند الجويني:

المنع(2).

ويدخل أزواج الأحفاد إن قلنا بدخول الأحفاد في الوصية للأولاد.

وقال أبو حنيفة: إنّه يدخل زوج كلّ ذات رحم محرم، كأزواج البنات والأخوات والعمّات والخالات(3)، وهو قول آخر للشافعية(4).

ويستوي فيه الحرّ والعبد والأقرب والأبعد؛ لأنّ اللفظ يشمل الكلّ.

ثمّ الاعتبار بكونه زوجاً عند الموت، فلو كانت خلية يوم الوصية منكوحة يوم الموت استحقّ زوجها.

ولو كانت مزوّجة يوم الوصية مطلّقة يوم الموت، فإن كان الطلاق رجعيّاً فالاستحقاق بحاله، وإلاّ فلا شيء له.

ولو طلق بين الموت والقبول، استحقّ إن قلنا: الملك في الوصية يحصل بالموت أو توقّفنا، وإن قلنا: يحصل بالقبول، فعلي وجهين.

ص: 205

1- نهاية المطلب 313:11، العزيز شرح الوجيز 105:7، روضة الطالبين 164:5.

2- نهاية المطلب 313:11، العزيز شرح الوجيز 105:7، روضة الطالبين 164:5.

3- تحفة الفقهاء 215:3، الفتاوي الولولجية 391:5، الفقه النافع 3:1187/1419، بدائع الصنائع 351:7، شرح الزيادات 1611:5، الهداية - للمرغيناني - 249:4، الاختيار لتعليل المختار 110:5، نهاية المطلب 113:11، العزيز شرح الوجيز 105:7.

4- العزيز شرح الوجيز 105:7، روضة الطالبين 164:5.

و يجري الخلاف في من تزوّجت بعد موت الموصي ثمّ قبل زوجها.

ولو أوصي لأصهاره، فهو لأبوي زوجته عند الشافعية، وفي دخول أجدادها و جدّاتها تردّد (1).

وقال أبو حنيفة: إنّها لكلّ ذي رحم محرم من امرأته؛ لأنّه عليه السّلام لمّا تزوّج صفية أعتق كلّ من ملك من ذوي محرم منها إكراماً لها، و كانوا يسمّون أصهار النبيّ صلّي الله عليه و اله، و كذا يدخل فيه كلّ ذي رحم محرم من زوجة أبيه و زوجة ابنه و زوجة كلّ ذي رحم محرم منه؛ لأنّ الكلّ أصهار (2).

وقال بعض الشافعية: إنّ كلّ رجل من رجال المحارم فأبوي زوجته:

حمو، و إنّ الأصهار يشمل الأختان و الأحماء (3).

و يدخل في المحارم كلّ محرم بالرضاع أو بالمصاهرة.

مسألة 114: لو أوصي ليتامي بني فلان أو لأراملهم أو لعميانهم أو لزمناهم،

صحّت الوصية، سواء كانوا عددا محصورا أو غير محصور، و يستحقّ الغني و الفقير و الذكر و الأنثى، عند علمائنا؛ لتناول الاسم للجميع علي السواء.

وقالت الحنفية: إنّ كانوا عددا محصورين فكما قلنا، و إنّ كانوا غير محصورين اختصّت الوصية بالفقراء منهم؛ لأنّ الوصية إذا وقعت باسم ينبئ عن الحاجة كانت واقعة لله تعالى، فصّح و إنّ كانوا لا يحصون عددا؛ لأنّه معلوم، و إنّ كان لا ينبئ عن الحاجة، فإن كانوا يحصون صحّت الوصية،

ص: 206

1- نهاية المطلب 11:314 و 315، العزيز شرح الوجيز 7:105، روضة الطالبين 5:165.

2- الفتاوي الولوالجية 5:391-392، بدائع الصنائع 7:351، الهداية - للمرخيناني - 4:249، الاختيار لتعليل المختار 5:110.

3- العزيز شرح الوجيز 7:105، روضة الطالبين 5:165.

وإلا بطلت، ثم إن هذه الأسامي تنبئ عن الحاجة، أمّا اليتيم والعمي والزمانة فظاهر، وكذا الأرامل؛ لأنها جمع الأرملة، وهي المرأة التي مات زوجها وهي فقيرة، فأمكن حملها علي الفقراء؛ تصحيحاً للوصية(1).

وليس بشيء؛ لأن الاعتبار عندنا إنّما هو بما دلّ اللفظ عليه، وقد بيّنا أنّ الوصية للعدد الذي لا ينحصر جائزة، مع أنّ تخصيص الأرملة بالفقر ممنوع.

وقال بعض الشافعية: اسم الأرامل يقع علي المحتاجات والميتومات(2)(3).

ولو أوصي لشبان بني فلان أو لأيامي بني فلان أو لتيهم أو لأبكارهم، صحّت الوصية مطلقاً عندنا؛ عملاً بمقتضي الأصل.

وقالت الحنفية: تصحّ إن انحصر وعدداً، وإلا فلا؛ لأنّ هذه الأسامي لا تنبئ عن الحاجة، فلا يمكن صرفها إلي الفقراء، ولا يمكن تصحيحها تمليكا في حق الكل؛ لتفاحش الجهالة(4).

وقد تقدّم(5) بطلانه.

وقال بعض الشافعية: الأيامي غير ذوات الأزواج، والفرق بينها وبين الأرملة علي تفسيرهم بدخول المحتاجة والميتومة(6): [أنّ(7) الأرملة: التي كان لها زوج، والأيم لا يشترط فيها تقدّم زوج، وتشتركان في اعتبار الخلور.

ص: 207

1- الفتاوي الولوالجية 5:392، بدائع الصنائع 7:346، الهداية - للمرغيناني - 4:251، الاختيار لتعليل المختار 5:114.

2- في المصدر بدل «الميتومات»: «المبتوتة».

3- العزيز شرح الوجيز 7:107، روضة الطالبين 5:166.

4- الهداية - للمرغيناني - 4:251.

5- أنفا.

6- في العزيز شرح الوجيز وروضة الطالبين: «المبتوتة»، راجع: الهامش (3).

7- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «إذ»، والمثبت كما في المصدر.

عن الزوج في الحال(1).

وقال الفراء: لا يعتبر تقدّم الزوج في الأرامل(2).

وذكروا في دخول من لا زوجة له من الرجال في لفظ الأرامل وجهين(3)؛ لقول الشاعر:

أري الأرامل قد تقضي حوائجهم فما لحاجة هذا الأرملة الذكر(4)

والمشهور غير ذلك؛ لأنّ العرف خصّصه بالإناث.

وهل يشترط الفقر؟ الأقوي: المنع.

و للشافعية وجهان(5).

مسألة 115: لو أوصي لثيب

مسألة 115: لو أوصي لثيب(6) في القبيلة،

فالأوصية للنساء اللاتي دخل بهنّ الرجال - وهو أظهر وجهي الشافعية(7)، وبه قال أبو حنيفة(8) - عملاً بالعرف.

ص: 208

1- نهاية المطلب 320:11، العزيز شرح الوجيز 107:7، روضة الطالبين 166:5.

2- عنه في العزيز شرح الوجيز 107:7.

3- الحاوي الكبير 531:7، المهذب - للشيرازي - 463-462:1، حلية العلماء 98:6، البيان 207-206:8، العزيز شرح الوجيز 107:7، روضة الطالبين 167:5.

4- البيت لجريز، كما في العين 266:8، ومعجم مقاييس اللغة 442:2، ولسان العرب 297:11 «رمل». وصدره في الأولين هكذا: هذي الأرامل قد قضيت حاجتها. وفي الأخير: كلّ الأرامل...

5- نهاية المطلب 320:11، العزيز شرح الوجيز 107:7، روضة الطالبين 167-166:5.

6- في «ر، ص»: «لثيب».

7- نهاية المطلب 321:11، العزيز شرح الوجيز 108:7، روضة الطالبين 167:5.

8- بدائع الصنائع 348:7، نهاية المطلب 321:11، العزيز شرح الوجيز 108:7.

و الوجه الثاني للشافعية: أنه يدخل الرجال الذين أصابوا النساء (1).

و ليس بجيد؛ لأنه مخالف للعرف.

و في الأبقار هذان الوجهان (2).

و لو أوصي للمعتزين من الأقارب، فهي للذين يتعرضون و لا يسألون.

و ذوو القنوع: الذين يسألون، و غلمان القوم و صبيانهم الذين لم يبلغوا، و كذا الأطفال و الذراري.

و اختلفت الشافعية في الشيوخ و في الفتيان و [الشبان] (3) فقال بعضهم:

الشيوخ هم الذين جاوزوا الأربعين، و الفتيان و الشبان: الذين جاوزوا البلوغ إلى الثلاثين (4).

و يفهم منه أن الكهول هم الذين بين الثلاثين إلى الأربعين.

و المعتمد: الرجوع إلى اللغة أو العرف.

البحث السادس: في الوصية للمولي.

إشارة

اعلم أن لفظة المولي مشتركة بين معان، أحدها: الأولي، و الثاني:

ابن العم، و الثالث: الحليف، و الرابع: الجار، و الخامس (5): المعتق، و السادس (6): العتيق.

فإن أوصي لمولاه، فإن وجد منه قرينة، صرف إلى ما دلّت القرينة

ص: 209

1- نهاية المطلب 321:11، العزيز شرح الوجيز 108:7، روضة الطالبين 167:5.

2- نهاية المطلب 321:11، العزيز شرح الوجيز 108:7، روضة الطالبين 167:5.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «الصبيان». و المثبت يقتضيه السياق، و كما ورد ذلك في العزيز شرح الوجيز و روضة الطالبين و غيرهما.

4- المهذب - للشيرازي - 463:1، التهذيب - للبخاري - 80:5، البيان 207:8، العزيز شرح الوجيز 108:7، روضة الطالبين 167:5.

5- في النسخ الخطية و الحجرية زيادة: «علي». و هي كما تري.

6- في النسخ الخطية و الحجرية زيادة: «علي». و هي كما تري.

عليه.

ولو لم يكن له إلاّ مولّي واحد من هؤلاء، صرف إليه؛ لأنّ تفرّده قرينة دالّة علي إرادته.

والفقهاء لم يذكروا سوي الخامس و السادس، فلنحذ حذوهم، فإنّ به يظهر الحكم في الجميع.

فنقول: لفظ المولي يقع علي المعتق، ويسمّي المولي الأعلي، و علي العتيق، ويسمّي المولي الأسفل، فإذا أوصي لمواليه و ليس له إلاّ أحدهما، فالوصيّة له خاصّة.

ولو وجدا معا، احتمل وجوها.

أحدها: بطلان الوصيّة إن قلنا: إنّ الوصيّة من شرطها تعيين الموصي له؛ لما في المصرف من الإبهام و الإجمال، و امتناع حمل اللفظ الواحد علي المعنيين معا، و هو الأقوي عندي.

و الثاني: أنّه تصحّ الوصيّة، و يقسم بينهما - و هو قول الشيخ في المبسوط(1) - لتناول الاسم لهما.

و الثالث: أنّه للمعتق؛ لأنّ المعتق أنعم عليه بالإعتاق، فهو أحقّ بالمكافأة.

و الرابع: أنّه للعتيق؛ لأطراد العادة بالإحسان من السيّد إلي عبده العتيق.

و الخامس: أنّه يوقف إلي الاصطلاح.4.

ص: 210

و هذه الوجوه للشافعية مثلها (1).

و الحنفية قالوا بالبطلان، إلا أن يبين ذلك في حياته (2).

وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف التسوية بينهما، كاحتمال الثاني - وهو قول زفر - لتناول الاسم، فصار كما لو أوصي لإخوته وهم ستة يختلفون (3)، فإن الوصية لهم، وهم في ذلك علي السواء (4).

وهو ممنوع؛ فإن هذا اسم مشترك، فلا عموم له؛ لأن العام ما يشمل جمعا لمعني واحد، وبطل التعيين؛ لاختلاف مقاصد الناس، فمنهم من يقصد الأعلى مجازاة وشكرا لإنعامه، ومنهم من يقصد الأسفل لزيادة (5) الإنعام، فوجب الوقف إلي أن يبين، ولم يوجد البيان فيبطل.

وفرت الحنفية بين ذلك وبين ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان، فإنه يتناول الأعلى والأسفل، ويحث بكلام أيهما وجد؛ لأنه في مقام النفي، والاسم المشترك يعم في النفي؛ لأنه لا تنافي فيه (6).

وهو ممنوع.4.

ص: 211

1- العزيز شرح الوجيز 280:6 و 106:7، روضة الطالبين 403:4، و 166:5، وينظر: نهاية المطلب 317:11.

2- مختصر اختلاف العلماء 2191/57:5، المبسوط - للسرخسي - 160:27، روضة القضاة 3933/697:2، الهداية - للمرغيناني - 252:4، الاختيار لتعليل المختار 117:5، نهاية المطلب 317:11، المغني 584:6، الشرح الكبير 6:260.

3- في «ر، ل»: «مختلفون». والمراد أن بعضهم أخ لأب ولأم، وبعضهم أخ لأب، وبعضهم أخ لأم.

4- المبسوط - للسرخسي - 160:27، روضة القضاة 3936/698:2، الاختيار لتعليل المختار 117:5، العزيز شرح الوجيز 280:6، و 106:7.

5- في الطبعة الحجرية علي كلمة «لزيادة»: «ظ: لعادة».

6- الهداية - للمرغيناني - 251:4.

قالوا: وهذا بخلاف الإخوة؛ لأنَّ اسم الأخ يطلق علي كلِّ واحد لمعني واحد، وهو المتفرِّع من أصله، فصار الاسم عامًّا لا مشتركاً(1).

وعند أبي يوسف: أنَّها تصرف إلي المعتق؛ لأنَّ شكر الإنعام واجب، وفضل الإنعام مندوب، فصار صرف الوصية إلي أداء الواجب أولى(2).

وليس بشيء، وإلاَّ لوجبت الوصية للمنع بالعتق، وليس إجماعاً.

وعن محمّد: أنَّه إذا اصطلح علي أحد صحَّ؛ لأنَّ الجهالة تزول به، كما في مسألة الإقرار لأحد هذين(3).

والفرق: قبول الإقرار للمجهول، دون الوصية إن شرطنا العلم.

فروع:

أ: يجب البحث عن موضع الأوجه الخمسة، فيقال: إن قصد أحدهما وجب أن يحمل اللفظ عليه، ولا يجيء فيه الخلاف، وإن فرض الكلام فيما إذا لم يقصد واحداً منهما فلا معني لقولنا: إنَّ الظاهر الإحسان إلي المعتق مكافأة، أو أنَّ العادة الإحسان إلي المماليك، بل لا يتَّجه إلاَّ القسمة عليهما، أو الإبطال، أو باقي الوجه.

ب: لو لم يوجد إلاَّ أحدهما، فالأقرب: صرف اللفظ إليه.

ويحتمل أن يفرَّع علي الوجه، فيقال: إن قلنا بالقسمة، فينبغي أن يصرف الآن إلي الذي وجد النصف، وإن قلنا بالحمل علي المعتق أو المعتق، فإن كان الموجود هو المحمول عليه فذاك، وإلاَّ بطلت الوصية، وإن قلنا بالبطلان، فكذلك هاهنا؛ لأنَّ إبهام اللفظ لا يختلف بين أن توجد محامله أو لا توجد.

ص: 212

1- لم نعثر عليه في مظانّه.

2- لم نعثر عليه في مظانّه.

3- لم نعثر عليه في مظانّه.

ج: إذا اقتضى الحال الحمل علي الموالي من الأسفل، أو صرّح الموصي به، ثبت الاستحقاق لكل من عتق عليه، سواء تبرّع بإعتاقه أو أدي به كفارة أو نذر إعتاقه أو عتق عليه بالملك.

د: يدخل في الوصية من أعتقه في الصحة والمرض.

وفي أمّهات أولاده ومدبريه - وهم الذين يعتقدون بموته - للشافعية وجهان، أشبههما عندهم: الدخول (1).

وقالت الحنفية: لا يدخلون؛ لأنّ عتق هؤلاء يثبت بعد الموت، والوصية مضافة إلى حالة الموت، فلا بدّ من تحقّق الاسم قبله ليثبت الاستحقاق (2).

وعن أبي يوسف: أنّهم يدخلون في الوصية؛ لأنّ سبب الاستحقاق لازم في حقّ هؤلاء، فينطلق اسم المولي عليهم (3).

ه: اشترط بعض الشافعية الفقر (4).

و ليس بجيد؛ لتناول الاسم الجميع.

و: لا بدّ من تعميم المستحقّين إن انحصروا، وإلّا جاز الاقتصار عليهم.

ص: 213

1- نهاية المطلب 317:11، العزيز شرح الوجيز 107:7، روضة الطالبين 5:166.

2- الجامع الكبير: 289، بدائع الصنائع 352:7، الهداية - للمرغيناني - 4:251، الاختيار لتعليل المختار 5:116، نهاية المطلب 317:11.

3- بدائع الصنائع 352:7، الهداية - للمرغيناني - 4:251-252، الاختيار لتعليل المختار 5:116، نهاية المطلب 317:11.

4- لم نعثر علي قائله، و ينظر: العزيز شرح الوجيز 107:7، و روضة الطالبين 5:166، ففيهما ورد الاشتراط المزبور فيما إذا كان الموصي له يتامي القبيلة، و هم الصبيان الفاقدون لأبائهم.

ز: لو نذر عتق عبده إن لم يضربه، فمات قبل ضربه، دخل في الوصية؛ لأنّ العتق يثبت في آخر جزء من أجزاء حياته، لتحقق العجز عنده، فيثبت اسم المولي قبل الموت، هذا عند الحنفية (1)، وفيه نظر.

ح: لو كان الموصي رجلاً من العرب فأوصي لمواليه بثلث ماله، صحّت الوصية؛ لأنّ العرب لا تسترقّ ولا تسي، فلا يكون له إلاّ المولي من الأسفل، فيبطل الاشتراك، فتصحّ الوصية.

ط: لو أوصي لمواليه وقصد الأسفل أو كان عربياً، صرف إليه.

و هل يدخل ولده؟ قالت الحنفية: نعم (2). وفيه نظر.

ي: لو أوصي لمواليه، لم يدخل فيه مولي الموالاة ولا معتق المعتق؛ لأنّ الأصل الحمل علي الحقيقة، فيبطل المجاز.

و عن أبي يوسف: أنّ مولي الموالاة يدخل، والكلّ شركاء؛ لأنّ الاسم يتناولهم علي السواء (3).

قال باقي الحنفية: سبب ثبوت أحدهما الإعتاق، وسبب الآخر العقد، وهما معنيان مختلفان، وإنّما حمل علي الإعتاق لأنّ السبب فيه لازم، فكان الاسم له أحقّ، بخلاف ولد المعتق؛ لأنّه ينسب إليه بإعتاق وجد منه، فإنّ الحكم في الفرع يثبت في الحرّية للحرّية، فصار كالأصل، بخلاف مولي 5.

ص: 214

1- بدائع الصنائع 352:7، الهداية - للمرغيناني - 252:4، الاختيار لتعليل المختار 116:5.

2- الجامع الكبير: 288، مختصر اختلاف العلماء 2190/55:5، الهداية - للمرغيناني - 252:4، الاختيار لتعليل المختار 117:5.

3- الهداية - للمرغيناني - 252:4، الاختيار لتعليل المختار 117:5.

الموالي؛ لوجود السبب المقصود من الغير فيهم، فنزلوا منزلة ولد الولد مع ولد الصلب(1).

وإن لم يكن له موال ولا أولاد الموالي، فالثلث لموالي مواليه؛ لأنَّ الاسم يتناولهم بطريق المجاز، فنصير إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة.

يأ: لو كان له معتق واحد و موالى الموالى، فالنصف لمعتقه، و ما بقي للورثة؛ لتعذر الجمع بين الحقيقة و المجاز، و الحقيقة مرادة، فينتفي المجاز، بخلاف ما قال أبو حنيفة في من أوصى لأقاربه و له عم و خالان، فإنَّ للعمَّ النصف، و للخالين النصف؛ لأنَّ اسم الأقارب ينطلق علي الكلِّ بالحقيقة، إلاَّ أنَّه اعتبر الترتيب بالقوة، فصَحَّ الجمع(2).

يب: لو أوصى لمواليه، لم يدخل فيهم موال أعققتهم أبوه أو ابنه؛ لأنَّهم ليسوا بمواليه لا- حقيقة و لا- مجازا، وإنَّما يحرز ميراثهم بسبب العصوبة، بخلاف معتق المعتق؛ لأنَّه ينسب إليه بالولاء.

وقال زفر: يدخل في الوصية مع مواليه موالى أبيه؛ لأنَّهم يسمون مواليه(3).

وقال أبو يوسف: إذا أوصى لمواليه و له موالى أب و قد مات أبوه و ورث ولاءهم، فالوصية لهم؛ لأنَّهم مواليه حكما(4).ه.

ص: 215

1- الهداية - للمرغيناني - 252:4، الاختيار لتعليل المختار 117:5.

2- مختصر اختلاف العلماء 2178/39:5، مختصر القدوري: 244، المبسوط - للسرخسي - 156:27، تحفة الفقهاء 212:3-213، الفتاوى الولوالجية 5: 389، الفقه النافع 1188/1420:3، بدائع الصنائع 349:7، الهداية - للمرغيناني - 250:4، الاختيار لتعليل المختار 112:5، المغني 580:6، الشرح الكبير 252:6.

3- مختصر اختلاف العلماء 2190/56:5.

4- لم نثر عليه في مظانّه.

يج: لو أوصي لموالي بني فلان لفخذ محصور، دخل فيهم المعتق و معتق المعتق.

قالت الحنفية: و يدخل أيضا من علق عتقه بعدم ضربه؛ لأنّ المراد مجرد الانتساب، و الكلّ ينسبون إليه. و لا يدخل المدبر و أمّ الولد؛ لما مرّ(1).

مسألة 116: قد بينّا أنّه إذا أوصي لجماعة بشيء تساوا فيه إذا لم يفضّل،

سواء كانوا ورّاثا أو لا، و سواء تساوا في الإرث أو تفاضلوا فيه، فلو أوصي لأبويه بشيء تساوا فيه؛ عملا بالأصل - و هو التسوية - و قضية اللفظ المقتضي للتشريك في الجميع، كما في الأبوين و الأولاد.

و كذا لو أوصي لابنه و بنته بشيء، تساويا.

و لو قال: علي كتاب الله تعالى، كان للذكر ضعف الأنثى؛ لأنّه المتعارف من هذا اللفظ.

و لو أوصي لأعمامه و أخواله بشيء معيّن، فكذلك يتساوي الأعمام و الأخوال فيه.

و قال الشيخ: كان لأعمامه الثّلثان، و لأخواله الثّلث(2).

و احتجّ بما رواه زرارة عن الباقر عليه السّلام: في رجل أوصي بثلث ماله في أعمامه و أخواله، فقال: «لأعمامه الثّلثان، و لأخواله الثّلث»(3).

و الجواب: إنّنا نحمل الرواية علي ما إذا قيّد الموصي، فقال: علي كتاب الله تعالى، مع أنّ في طريق الرواية سهل بن زياد، و هو ضعيف، إلّا

ص: 216

1- راجع: الهامش (2) من ص 213، و الهامش (1) من ص 214.

2- النهاية: 614.

3- التهذيب 845/214:9.

أنّ ابن بابويه روي هذا المعني في الصحيح عن زرارة عن الباقر عليه السّلام (1)، ورواه ابن يعقوب (2) في الحسن.7.

ص: 217

1- الفقيه 4:154/535.

2- الكافي 7:45/3.

الفصل الرابع: في الموصي به الموصي به إما أن يكون مالا أو منفعة مال أو ولاية عليه، فهنا ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: في الوصية بالمال.

إشارة

و أبوابه ثلاثة.

الباب الأول: في الشرائط

إشارة

الباب الأول: في الشرائط(1).

مسألة 117: يشترط في العين الموصي بها أن تكون مملوكة؛

لأنّ غير المملوك لا يعدّ مالا، فلو أوصي بما لا يصحّ تملكه إمّا لخروجه عن كونه مقصود التملك - كفضلات الإنسان، مثل شعره و ظفره و العذرات وغيرها - لم تصحّ الوصية إجماعا، أو تكون المنفعة محرّمة، كما لو أوصي بالخمير أو الخنزير أو كلب الهراش؛ لأنّ المنفعة المحرّمة غير مطلوب للشارع انتقالها ببيع وغيره، فصارت كالمعدومة.

و أمّا ما يكون مقصودا فإنّه تصحّ الوصية به وإن حرم بيعه، كالفيل والأسد وغيرهما من المسوخ والمؤذيات إن منعنا من بيعها تبعا للانتفاع بجلودها.

وكذا تصحّ الوصية بما يحلّ الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلّم والزيت النجس لإشعاله تحت السماء، والزّبيل للانتفاع بإشعاله و التسميد به، و جلد الميتة إن سوّغنا الانتفاع به، و الخمر المحترمة، لثبوت

ص: 219

1- في الطبعة الحجرية: «شرائطه».

الاختصاص فيها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث وغيره، وكذا شحم الميتة لتدهين السفن إن سَوَّغنا الانتفاع به.

وكذا تصحّ الوصية بالجرو الذي يتوقع الانتفاع به.

وللشافعية في الأخير و جهان، بناء على أنه هل يجوز إمساكه و تربيته لما يتوقع في المستقبل ؟ و الأظهر عندهم: الجواز(1).

أمّا ما لا يحلّ اقتناؤه - كالخمر و الخنزير و الكلب العقور - فلا تجوز الوصية به عندهم(2) كما ذهبنا إليه.

و نقل الحنّاطي من الشافعية وجها لهم: أنّه تجوز الوصية بالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه أيضا، وقولا: إنّ لا تجوز الوصية بالمقتني المنتفع به من الكلاب، كما لا تجوز هبته على رأي(3).

و هما عندهم غريبان(4).

مسألة 118: و يشترط في المال الموصي به أن يكون قابلا للنقل من شخص إلى آخر،

فلا تصحّ الوصية بما لا يقبل النقل، سواء كان مالا أو حقّا، كالوقف و أمّ الولد و المنذور عتقه، و تصحّ الوصية بما يقبل النقل و إن تعلّق به حقّ الغير، كالموصي به، فتبطل الأولى، و كالمستأجر و المستعار.

و لا تصحّ الوصية بحقّ القصاص و لا بحدّ القذف، فإنّهما و إن قبلا الانتقال بالإرث فإنّه لا يتمكّن مستحقّهما من نقلهما إلى غيره؛ لأنّهما شرعا

ص: 220

1- الحاوي الكبير 8:236، العزيز شرح الوجيز 7:35، روضة الطالبين 5:113.

2- الحاوي الكبير 8:237، المهذب - للشيرازي - 1:459، الوسيط 4:417، التهذيب - للبغوي - 5:88، العزيز شرح الوجيز 7:35، روضة الطالبين 5:113.

3- العزيز شرح الوجيز 7:35-36، روضة الطالبين 5:113.

4- العزيز شرح الوجيز 7:36، روضة الطالبين 5:113.

لتشفي المنتقم بهما واستيفائهما، فليس للموصي له ذلك، كما كان للوارث، فإذا انتفي المعني المسوّغ لهما في حق غير الوارث انتفيا.

و منع الشافعية من الوصية بالحقوق التابعة للأموال، كالأخيار و حق الشفعة إذا لم يبطل بالتأخير، كتأجيل الثمن(1).

مسألة 119: تصح الوصية بنجوم الكتابة و إن لم تكن مستقرة،

فإن عجز فلا شيء للموصي له، و تبطل الوصية، فلا يكون له تعلق برقبة المكاتب؛ لأنها غير الوصية.

و كذا تصح الوصية برقبة المكاتب بمعنى أنه لو عجز ردّ في الرق، فيتعلق بها الموصي له برقبته، و يصح جمعهما لواحد و تفريقهما علي اثنين.

وقالت الشافعية: تصح برقبة المكاتب إن جوّزنا بيعه، و إلاّ فهي كما لو أوصي له بمال غيره(2).

مسألة 120: لو أوصي له بمال غيره،

فقال: أوصيت لك بهذا العبد، و هو ملك لغيره، أو قال: أوصيت لك بهذا العبد إن ملكته، فللشافعية و جهان:

أحدهما: الصحة؛ لأنّ الوصية بغير الموجود جائزة، فبغير المملوك أولى؛ لأنّه موجود، و غير الموجود غير مملوك أيضا.

و الثاني: المنع؛ لأنّ مالكة يتمكّن من الوصية، و الشيء الواحد لا يجوز أن يكون محلاً لتصرف شخصين(3).

و يحتمل عندي القول الأول فيما إذا قيّد بالتملك، و الثاني فيما إذا

ص: 221

1- العزيز شرح الوجيز 36:7، روضة الطالبين 111:5.

2- العزيز شرح الوجيز 36:7، روضة الطالبين 113:5.

3- العزيز شرح الوجيز 36:7، روضة الطالبين 114:5.

أطلق، و تصرف الشخصين إن تضادًا انتفي أحدهما.

مسألة 121: كل عين يحرم الانتفاع بها و لا تقبل التغير

لا تصح الوصية بها، كما لو أوصي له بصنم لا يقبل التغير عن هيئته، أو بآلات اللهو والقمار واللعب، كالطبل والزمر والشطرنج والنرد و هياكل العبادة وقوس البندق وأشباه ذلك؛ لما في ذلك من المساعدة والإعانة علي فعل المحرّم.

وكذا لا تجوز الوصية بما يحرم نقله بغيرها، كالسلاح لأعداء الدين من الحربي وغيره، وكذا الوصية بالعبد المسلم والمصحف للكافر؛ لأنّ ذلك كله بمثابة بيعها.

مسألة 122: يشترط في المال الموصي به أن لا يزيد علي الثلث؛ لما يأتي.

و لا يشترط وجود الموصي به حالة الوصية، فلو أوصي بالحمل فإمّا أن يوصي بالحمل الموجود في الحال، أو بالحمل الذي سيحدث.

فإن أوصي بالحمل الموجود في الحال، صحّت الوصية، سواء أطلق، فقال: أوصيت لك بحمل فلانة، أو قيّد فقال: أوصيت لك بحملها الموجود في الحال؛ لأنّه يجوز إعتاقه فتجوز الوصية به؛ إذ لا فرق بين التملكين.

ثمّ الشرط في الوصية بالحمل الموجود أن ينفصل لوقت يعلم وجوده عند الوصية، وأن ينفصل حيّا، وذلك بأن تضعه لأقلّ من ستّة أشهر من حين الوصية، فلو وضعته لأكثر من ستّة أشهر لم تصح؛ لإمكان تجلّده بعد الوصية، والأصل تبعية الولد للأمّ في الملك.

ولو انفصل ميتا، فإن لم يكن بجناية جان بطلت الوصية إجماعا؛ لتلف متعلّقها.

وإن كان بجناية جان، قيل: لا تبطل الوصية، وهو قول بعض

الشافعية، و تنفذ الوصية من الضمان؛ لأنه انفصل متقوماً، بخلاف ما إذا أوصي لحمل و انفصل ميتاً بجناية جان فإنّها تبطل الوصية؛ لأنّ المعبر هناك المالكية(1).

و هل يصحّ قبول الموصي له قبل الوضع ؟ للشافعية خلاف مبني علي أنّ الحمل هل يعرف ؟(2).

وإن كانت الوصية بالحمل الذي سيكون، صحّت الوصية به - و به قال أحمد و الشافعية في أصحّ الوجهين(3) - لأنّ الغرر و الجهالة لا يمنعان صحّة الوصية، و كما تصحّ الوصية بالمنافع المتجدّدة، و لأنّ الوصية إنّما جوّزت لإرفاق الناس، و لذلك احتمل فيها وجوه الغرر، فكما تصحّ بالمجهول تصحّ بالمعدوم.

و قال أبو حنيفة: إنّها باطلة - و هو القول الثاني للشافعية - لأنّ الاعتبار بحال الوصية، و حال الوصية لا ملك حينئذ بل لا وجود، و التصرف يستدعي متصرفاً فيه(4).

و ينتقض بالمنافع المتجدّدة.

و كذا تصحّ الوصية بحمل الدابة الموجود حال الوصية إجماعاً، و بالمتجدّد في السنة الأخرى عندنا، و فيه خلاف - كالأمة - تقدّم.5.

ص: 223

1- الحاوي الكبير 8:219، الوسيط 4:436، العزيز شرح الوجيز 7:34، روضة الطالبين 5:112.

2- العزيز شرح الوجيز 7:34، روضة الطالبين 5:112.

3- المغني 6:507، الشرح الكبير 6:532، المهذّب - للشيرازي - 1:459، التهذيب - للبغوي - 5:85، العزيز شرح الوجيز 7:34، روضة الطالبين 5:112.

4- المبسوط - للسرخسي - 28:86، المهذّب - للشيرازي - 1:459، التهذيب - للبغوي - 5:85، العزيز شرح الوجيز 7:34، روضة الطالبين 5:112.

الحاصلة في الحال إجماعاً.

و كذا تصح عندنا الوصية بالثمره المتجددة فيما بعد.

و هو قول أكثر العامة، منهم: مالك و الثوري و الشافعي و أحمد و أصحاب الرأي (1).

لأنه يصح تملكها بعقد المعاوضة، فتصح الوصية بها، كالأعيان، و كالوصية بالمنافع.

و للشافعية طريقان:

أظهرهما: أنها علي الوجهين في الحمل الذي سيحدث.

و الثاني: القطع بالصحة؛ لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها، و الولد لا يحدث إلا بإحداث أمر في أصله، و لهذا تجوز المساقاة علي الثمار التي ستحدث، و لا تجوز المعاملة علي النتائج الذي سيحدث (2).

و قال ابن أبي ليلى: لا تصح الوصية بالمنفعة؛ لأنها معدومة (3)، و هو أحد قولي الشافعية (4).

ص: 224

-
- 1- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 2071/1012، بداية المجتهد 2: 335، مختصر المزني: 141، الحاوي الكبير 8: 220، الوجيز 1: 271، التهذيب - للبخاري - 5: 82 و 85، البيان 8: 146، المغني 6: 510، الشرح الكبير 6: 543، مختصر اختلاف العلماء 5: 32-33/2171، المبسوط - للسرخسي - 28: 2، الهداية - للمرغيناني - 4: 255، الاختيار لتعليل المختار 5: 101.
 - 2- نهاية المطلب 11: 124، الوسيط 4: 416-417، العزيز شرح الوجيز 7: 34، روضة الطالبين 5: 112.
 - 3- المغني 6: 510، الشرح الكبير 6: 543، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 2071/1012، بداية المجتهد 2: 335، مختصر اختلاف العلماء 5: 33/2171، البيان 8: 146.
 - 4- راجع: الهامش (2).

ولو أوصي له بثمره بستانه فمات وفيه ثمرة، فله هذه الثمرة وحدها.

ولو أوصي بالثمرة مدة معينة، صحّ، وكذا لو قال: أبداً، وهو قول العامة (1)، خلافاً لابن أبي ليلى، علي ما تقدّم (2).

مسألة 124: تصحّ الوصية بما لا قدرة علي تسليمه،

كالمغصوب، سواء كانت الوصية للغاصب أو لغير الغاصب؛ لأنّ القبض ليس شرطاً في الصحة، ولأنّه تصحّ الوصية بالمعدوم فبالموجود الذي لا يقدر (3) عليه أولى.

وكذا تصحّ بالعبد الآبق والطير المنفلت في الهواء.

وكذا تصحّ الوصية بالمجهول، مثل أن يقول: عبداً أو ثوباً، ويجوز أن يتوغلّ في الإبهام إلي غايته، كأن يقول: أعطوه شيئاً أو حظّاً أو قسطاً أو نصيباً أو جزءاً أو سهماً أو قليلاً أو كثيراً، إلي غير ذلك؛ لأنّ الله تعالى أعطانا ثلث أموالنا في آخر أعمارنا (4)، وقد يشتهر علينا قدر الثلث إمّا لكثرة المال أو غيبته، فدعت الحاجة إلي تجويز الوصية بالمجهول، ولا نعلم فيه خلافاً.

مسألة 125: لو أوصي بأحد العبدین،

صحّت الوصية؛ لأنّ الوصية محتملة للجهاالة والغرر، فلا يقدح الإبهام، بخلاف ما لو أوصي لأحد الشخصين، فإنّ فيه خلافاً، منهم من منع كما في التمليكات (5)، وقد

ص: 225

1- المغني 510:6، الشرح الكبير 543:6.

2- في ص 224.

3- في النسخ الخطيّة: «لا قدرة».

4- إشارة إلي الحديث النبوي المتقدّم تخريجه في ص 7، الهامش (1).

5- الوجيز 271:1، البيان 144:8، العزيز شرح الوجيز 35:7، روضة الطالبين 112:5.

يحتمل في الموصي به ما لا يحتمل في الموصي له، ولذلك كان الأظهر عند العامة في الوصية بحمل سيكون الجواز، وفي الوصية لحمل سيكون المنع (1).

ولا فرق بين أن يقول: أوصيت لأحد الرجلين، وبين أن يقول:

أعطوا هذا العبد لأحد (2) هذين الرجلين في المنع أو الجواز.

وبعض الشافعية فرق، فجوز في الثانية دون الأولى، تشبيها بما إذا قال لوكيله: بع هذا العبد من أحد الرجلين (3).

وإذا أبهم الموصي به، عيّن الوارث من شاء من العبدین، أمّا لو أبهم الموصي له وقلنا بصحته، فإنه يحتمل ذلك، والقرعة، والإيقاف حتي يصطلحا.

مسألة 126: قد ذكرنا أنه يشترط في لزوم الوصية خروج الموصي به من ثلث التركة،

فلو أوصي بأزيد منه وقف علي إجازة الورثة، فإن أجازوا صحت الوصية بأسرها، وإلا بطلت في الزائد إجماعاً؛ لما رواه العامة عن سعد بن [أبي وقاص] (4) قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه و اله يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتدّ بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي من الوجع ما تري وأنا ذو مال ولا يرثني إلا بنيتي (5) أفأصدق بثلاثي مالي؟ قال: «لا» قلت:

ص: 226

1- العزيز شرح الوجيز 35:7.

2- في «ص»: «أحد» بدل «لأحد».

3- المهذب - للشيرازي - 1: 458-459، التهذيب - للبغوي - 5: 76-77، العزيز شرح الوجيز 35:7، روضة الطالبين 5: 112.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «معاذ». والمثبت كما في المصادر.

5- في بعض المصادر: «ابنتي»، وفي بعضها الآخر: «ابنة».

فالشطري يا رسول الله، قال: «لا» قلت: فالثلث، قال: «الثلث و الثلث كثير، إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»(1).

وعن علي عليه السلام أنه قال: «لأن أوصي بالخمس أحب إلي من أن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث، فمن أوصي بالثلث فلم يترك»(2).

ومن طريق الخاصة: ما رواه هشام بن سالم وحفص بن البختري وحماد بن عثمان - في الحسن - عن الصادق عليه السلام قال: «من أوصي بالثلث فقد أضرب بالورثة، والوصية بالخمس والربع أفضل من الوصية بالثلث، ومن أوصي بالثلث فلم يترك»(3).

وفي الصحيح عن شعيب بن يعقوب أنه سأل الصادق عليه السلام: عن الرجل يموت ما له في ماله؟ قال: «له ثلث ماله، وللمرأة أيضاً»(4).

وفي الحسن عن عاصم [بن حميد عن محمد] (5) بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: [لأن] (6) أوصي بخمس مالي أحب إلي من أن أوصي بالربع، ولأن أوصي بالربع أحب إلي من أن أوصي بالثلث، ومن أوصي بالثلث فلم يترك وقد بالغ» ر.

ص: 227

1- صحيح البخاري 8:187، صحيح مسلم 3:1250-1251/1628، سنن أبي داود 3:112/2864، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 4:430/2116، سنن النسائي (المجتبي) 6:241-242، السنن الكبرى - للبيهقي - 6:268، الموطأ 2:763/4، المغني والشرح الكبير 6:444.

2- المصنف - لابن أبي شيبة - 11:202/10972، العزيز شرح الوجيز 7:41.

3- التهذيب 9:191/769، الاستبصار 4:119/451، وفي الكافي 7:11/5، والفقيه 4:136/475 عن حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام.

4- الكافي 7:11/3، التهذيب 9:191/770، الاستبصار 4:119/452.

5- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

6- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

قال: «وقضي أمير المؤمنين عليه السلام في رجل توفي وأوصي بماله كله أو أكثره، فقال: له الوصية تردّ إلي المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه وأتي في وصيته المنكر والحيث فإنها تردّ إلي المعروف، ويترك لأهل الميراث ميراثهم».

وقال: «من أوصي بثلث ماله فلم يترك وقد بلغ المدي» ثم قال: «لأن أوصي بخمس مالي أحبّ إليّ من أن أوصي بالربع»⁽¹⁾.

مسألة 127: وإنما تستحبّ الوصية أو تجب لمن يترك مالا؛

لأنّ الله تعالى قال: **إِنْ تَرَكَ خَيْرًا**⁽²⁾.

ولما رواه العائمة [عن ابن عمر]⁽³⁾ قال: قال رسول الله صلّي الله عليه و اله: «[إنّ الله عزّ وجلّ يقول: ⁽⁴⁾ يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك⁽⁵⁾ لأطهرّك وأزكّيك⁽⁶⁾».

فأما الفقير الذي له ورثة محتاجون ولا حقّ عليه واجب فلا تستحبّ له؛ **للاية**⁽⁷⁾.

ولقوله عليه السلام لسعد: «إنّك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم

ص: 228

1- الكافي 4/11:7، التهذيب 9:192-773/193، الاستبصار 4:119 - 453/120.

2- سورة البقرة: 180.

3- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصادر.

4- ما بين المعقوفين أثبتناه من سنن الدارقطني.

5- كظم - بالتحريك -: مخرج النفس من الحلق. النهاية - لابن الأثير - 4:178 «كظم».

6- سنن الدارقطني 4:149/1، سنن ابن ماجه 2:2710/904، المغني 6:445 - 446، الشرح الكبير 6:455.

7- سورة البقرة: 180.

عالة يتكففون الناس»(1).

وقال: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»(2).

وروا عن علي عليه السلام أنه قال: «أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة»(3).

وعن ابن عباس قال: من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية(4).

وقال عروة: دخل علي عليه السلام علي صديق له يعود، فقال الرجل: إني أريد أن أوصي، فقال له عليه السلام: «إن الله تعالى يقول: إِنَّ تَرَكَ خَيْرًا(5) وإنك إنما تدع شيئاً يسيراً فدعه لورثتك»(6).

واختلف الناس في القدر الذي لا تستحب الوصية لمالكه.

والضابط عند علمائنا ما روي عن علي عليه السلام أنه قال: «من أوصي ولم يحف(7) ولم يضار كان كمن تصدق(8) به في حياته»(9).

وروي العامة عنه أنه أربعمائة دينار(10).

وعن ابن عباس أنه إذا ترك الميت سبعمائة درهم لا يوصي، وقال:

من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً(11).6.

ص: 229

1- تقدّم تخريجه في ص 227، الهامش (1).

2- المغني 446:6، الشرح الكبير 456:6.

3- المغني 446:6، الشرح الكبير 456:6.

4- السنن الكبرى - للبيهقي - 270:6، المغني 446:6، الشرح الكبير 456:6.

5- سورة البقرة: 180.

6- السنن الكبرى - للبيهقي - 270:6، المغني 446:6، الشرح الكبير 456:6.

7- الحيف: الجور والظلم. الصحاح 1347:4، لسان العرب 60:9 «حيف».

8- في النسخ الخطية والتهذيب: «صدق».

9- الكافي 18/62:7، الفقيه 465/134:4، التهذيب 709/174:9.

10- المغني 446:6، الشرح الكبير 456:6.

11- المغني 446:6، الشرح الكبير 456:6.

وقال طاوس: الخير ثمانون ديناراً(1).

وقال النخعي: ألف إلى خمسمائة(2).

وقال أبو حنيفة: القليل أن يصيب أقلّ الورثة سهمًا: خمسون درهماً(3).

وقال أحمد بن حنبل: إذا ترك دون ألف لا تستحبّ له الوصية(4).

و لا يبعد عندي التقدير بأنّه متي كان المتروك لا يفضل عن غني الورثة لا تستحبّ الوصية؛ لأنّ النبيّ صلّي الله عليه و اله علّل المنع من الوصية بقوله: «لئن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة»(1).

و لأنّ إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبيّ، فمتي لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيّتهم، فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم، فحينئذٍ يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلّتهم و غناهم و حاجتهم، فلا يتقدّر(2) بقدر من المال.

مسألة 128: و الأولي أن لا يستوعب الثلث بالوصية و إن كان الموصي غنيًا؛

لقول النبيّ صلّي الله عليه و اله: «و الثلث كثير» رواه العامة(3).

و من طريق الخاصّة: قول الصادق عليه السّلام: «من أوصي بالثلث فقد أضّرّ بالورثة»(4).

و هذا عامّ في الغني و الفقير، خصوصًا قوله في حديث سعد:

«و الثلث كثير» مع إخبار سعد بكثرة ماله و قلّة عياله، حيث قال في

ص: 230

1- تقدّم تخريجه في ص 227، الهامش (1).

2- في «ص»: «فلا يقدر».

3- تقدّم تخريجه في ص 227، الهامش (1).

4- تقدّم تخريجه في ص 227، الهامش (3).

الحديث: إنَّ لي مالا كثيرا ولا يرثني إلا ابنتي(1).

وعن سعد بن مالك قال: مرضت مرضا فعادني رسول الله صَلَّى الله عليه و اله فقال لي: «أوصيت؟» فقلت: نعم، أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و اله: «أوص بالعشر» فقلت: يا رسول الله، إنَّ مالي كثير و ورثتي أغنياء، فلم يزل رسول الله صَلَّى الله عليه و اله يناقصني و أناقصه حتي قال:

«أوص بالثلث، و الثلث كثير»(2).

إذا عرفت هذا، فالأفضل للغني الوصية بالخمس، و هو قول علي عليه السلام و أبي بكر(3)، و هو ظاهر قول السلف و علماء أهل البصرة(4).

و روي عن عمر أنه جاءه شيخ فقال له: أنا شيخ كبير و مالي كثير و يرثني أعراب موالي كلَّ يروح بسهم أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا، فلم يزل يحطه حتي بلغ العشر(5).

و قال إسحاق: السنة الربع، إلا أن يكون رجلا يعرف في ماله مزية شبهات أو غيرها فله استيعاب الثلث(6).

و الأولي الخمس (لأنَّ عليا عليه السلام قال)(7): «لأن أوصي بالخمس أحب».

ص: 231

-
- 1- تقدّم تخريجه في ص 227، الهامش (1).
 - 2- نقله ابن اقدمية في المغني 6: 447، و الشرح الكبير 6: 457-458 عن سعيد، و بتفاوت في الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 3: 975/305، و مسند أبي يعلي 2: 779/115.
 - 3- المغني 6: 447، الشرح الكبير 6: 458.
 - 4- كما في المغني 6: 447، و الشرح الكبير 6: 458.
 - 5- المغني 6: 447-448، الشرح الكبير 6: 458 بتفاوت في بعض الألفاظ.
 - 6- المغني 6: 448، الشرح الكبير 6: 458، وفيهما: «حرمة» بدل «مزية».
 - 7- بدل ما بين القوسين في «ر»: «لقول علي عليه السلام».

إِلَيَّ مِنْ (أَنْ أَوْصِيَ بِالرَّبْعِ) (1) «(2)».

وَأَوْصِيَ أَبُو بَكْرٍ بِالْخُمْسِ، وَقَالَ: وَصَّيْتُ بِمَا وَصَّيْتُ بِهِ لِنَفْسِهِ (3)، يَعْنِي قَوْلَهُ تَعَالَى: وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ (4).

مسألة 129: لو أوصي بأكثر من ثلث ماله،

فإن أجاز الورثة بأسرهم بعد موت الموصي صحّت الوصيّة فيما أوصي به بإجماع العلماء، وإن ردّوا الزائد أو الوصيّة بطلت في الزائد علي الثلث إجماعاً.

والأصل فيه قول النبي صَلَّى الله عليه و اله لسعد حين أوصي بماله كلّ قال: «لا» قال: فبالثلثين، قال: «لا» قال: فبالنصف، قال: «لا» قال: فبالثلث، قال:

«الثلث و الثلث كثير» وقال عليه السّلام: «إنّ الله تعالى تصدّق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة في حسناتكم» رواهما العامة (5).

و من طريق الخاصّة: ما تقدّم (6) من ردّ عليّ عليه السّلام وصيّة من أوصي بماله كلّ أو أكثره إلي المعروف، و هو الثلث.

و عن محمّد بن مسلم - في الموثّق - أنّه سأل الصادق عليه السّلام: عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصي بوصيّة و كان أكثر من الثلث، قال:

«يمضي العتق في الغلام، و يكون النقصان فيما بقي» (7).

و عن الصادق عليه السّلام: عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له

ص: 232

1- بدل ما بين القوسين في «ص، ل» و المغني: «الرّبع».

2- المغني 448:6، الشرح الكبير 458:6.

3- المغني 448:6، الشرح الكبير 458:6.

4- سورة الأنفال: 41.

5- الأوّل في: الأدب المفرد - للبخاري -: 181-182/520، و صحيح مسلم 3: 8/1253، و الثاني في: سنن الدارقطني 4: 3/150.

6- في ص 228.

7- التهذيب 9: 780/194، الاستبصار 4: 454/120.

غيره، فأبي الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه ؟ قال: « ما يعتق منه إلا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحقّ بذلك، ولهم ما بقي»⁽¹⁾.

ولا نعلم في هذين الحكمين خلافاً.

ولو أجازوا صحّت الوصية بأسرها إجماعاً؛ لأنّ الحقّ لهم، ولو لم يجيزوا مضت في الثلث خاصّة، وبطلت في الزائد.

ولا فرق في ذلك عندنا بين الوارث وغيره، خلافاً للعامة، فإنّهم شرطوا في الوصية للوارث إجازة الورثة وإن كانت بالثلث فما دون، وقد تقدّم⁽²⁾ البحث معهم.

واعلم أنّ ما قلناه لا ينافي قول الشيخ عليّ بن بابويه رحمه الله من أنّه لو أوصي بالثلث فهو الغاية في الوصية، فإن أوصي بماله كلّهُ فهو أعلم وما فعله، ويلزم الوصي إنفاذ وصيته عليّ ما أوصي؛ لرواية عمّار الساباطي عن الصادق عليه السلام قال: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح إن أوصي به كلّهُ فهو جائز له»⁽³⁾ لأنّ قول ابن بابويه لا دلالة فيه عليّ مخالفة ما قلناه، فإنّا نسلم أنّ الموصي أعلم بما فعل، وأمّا إنفاذ الوصية فنحن نقول بموجبه؛ لأنّا نوجب عليّ الوصي إنفاذ وصيته بمقتضى الشرع، وهو أنّ الورثة إن أجازوا الوصية أخرجت بأسرها، وإن ردّوا مضت من الثلث، فهذا تنفيذ الوصية.

وقول الصادق عليه السلام: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح» لا يدلّ عليّ مخالفة ما تقدّم، فإنّ المريض أحقّ بماله يصنع به مهما شاء من البيع¹.

ص: 233

1- التهذيب 9: 781/194، الاستبصار 4: 455/120.

2- في ص 116، ضمن المسألة 66، وص 118، المسألة 68.

3- الكافي 7: 2/7، الفقيه 4: 520/150، التهذيب 9: 753/187، الاستبصار 4: 459/121.

وغيره، فإن أوصي به كلّه جاز، فإن أجاز الورثة نفذ ما أوصي به، وإلاّ فسخت الوصية في الثلثين، ويؤيد ذلك قول ابن بابويه: فإن أوصي بالثلث فهو الغاية في الوصية.

مسألة 130: إذا زادت الوصية علي الثلث فأجاز الورثة،

لزمت الوصية.

و هل الإجازة تنفيذ وإمضاء لتصرف الموصي، أم ابتداء عطية من الورثة ؟

الحقّ عندنا: الأول - وهو أصحّ قولي الشافعي(1) - لأنّ الملك باق علي المريض، لم يخرج عنه بمرضه، فتصرفه فيه صحيح؛ لأنّه تصرف مصادف للملك، و حقّ الوارث إنّما يثبت في ثاني الحال، فأشبه بيع الشقص المشفوع، وأيضا لو برأ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة، و لم يفتقر إلي الاستئناف.

و القول الثاني للشافعي: إنّ الإجازة ابتداء عطية من الورثة، و تصرف الموصي لاغ في الزيادة علي الثلث، لأنّه منهّي عنه، و النهي يقتضي الفساد، و لأنّ الزيادة متعلّق حقّ الورثة، فيلغو تصرفه فيها، كتصرف الراهن في المرهون(2).

و نمنع النهي مطلقا، بل إنّما يثبت لحقّ الوارث، فإذا رضي به زال سبب النهي، و نمنع اقتضاء النهي الفساد، و نمنع تعلّق حقّ الورثة بالزيادة حالة حياة الموصي، سلّمنا لكن نمنع بطلان تصرف الموصي، أقصي ما في الباب أنّه يكون تصرف المتبرّع الفضولي، و نمنع تصرف الراهن أيضا.

ص: 234

1- نهاية المطلب 95:11، البيان 132:8، العزيز شرح الوجيز 23:7، روضة الطالبين 104-103:5.

2- نهاية المطلب 95:11، البيان 132:8، العزيز شرح الوجيز 23:7، روضة الطالبين 104-103:5.

مسألة 131: لو لم يكن للميت وارث خاص فأوصي بجميع ماله أو بما زاد علي الثلث،

اختلف علماؤنا فيه علي قولين.

أحدهما: أنها كالأولي لا تمضي إلا في الثلث - وبه قال الشافعي (1) - لقوله عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم» (2) ولم يفرق بين أن يكون له وارث أو لا، ولأنه لا مجيز، والمال للمسلمين عند العامة (3)، وعندنا للإمام، فتعتبر إجازته.

و الثاني: أنها صحيحة - وبه قال أبو حنيفة وأحمد في أصح الروايتين، وللشافعية وجه آخر مثله (4) - لما رواه السكوني عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يموت ولا وارث له ولا عصة، قال:

«يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل» (5).

و الجواب: ضعف السند، سلمنا لكن الوارث هنا متحقق، وهو الإمام، فاعتبرت إجازته، سلمنا لكن الأمر بالوصية لا يستلزم النفوذ.

ص: 235

1- الحاوي الكبير 8:195، المهدب - للشيرازي - 1:457، نهاية المطلب 10:10، حلية العلماء 6:69، البيان 8:133، العزيز شرح الوجيز 7:23، روضة الطالبين 5:104، المحلّي 9:317-318، المغني 6:566، الشرح الكبير 6:460.

2- سنن الدارقطني 4:150/3.

3- المهدب - للشيرازي - 1:457، نهاية المطلب 10:10، البيان 8:133، العزيز شرح الوجيز 7:24، روضة الطالبين 5:104.

4- مختصر اختلاف العلماء 5:2188/53، أحكام القرآن - للجصاص - 2:99، الحاوي الكبير 8:195، نهاية المطلب 10:10، حلية العلماء 6:69، البيان 8:133، العزيز شرح الوجيز 7:24، روضة الطالبين 5:104، المغني 6:566، الشرح الكبير 6:460، المحلّي 9:317، المعونة 3:1620، بداية المجتهد 2:336.

5- الفقيه 4:150/521، التهذيب 9:188/754، الاستبصار 4:121/460.

وقال بعض الشافعية: للإمام ردّ مثل هذه الوصية، وهل له إجازتها؟ يبنى علي أنّ الإمام هل يعطي حكم الوارث الخاص؟(1).

مسألة 132: قد عرفت أنّ مذهبنا يقتضي جواز الوصية للوارث،

فإنّه لا فرق بين الوصية له وللاجنبي، بل للوارث أولى.

والعامة منعوا من ذلك، إلّا أن يجيز باقي الورثة(2).

فحينئذ لو أوصي للوارث بالثلث فما دون، صحّت عندنا من غير اعتبار إجازة الورثة، وعند العامة يجب اعتبار إجازتهم.

وللشافعية طريقتان:

أصحهما عندهم: أنّ الحكم كما لو أوصي لأجنبي بالزيادة علي الثلث حتي يرتدّ برّد سائر الورثة.

وإن أجازوا فعلي القولين، وقد ذكرهما الشافعي في الأم:

أحدهما: أنّ إجازتهم ابتداء عطية، و الوصية باطلة.

والأصحّ - وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد -: أنّها تنفيذ لما فعله الموصي، والذي فعله انعقاد اعتبار(3).

والطريق الثاني للشافعية: أنّها باطلة وإن أجاز الورثة، بخلاف الوصية للأجنبي بما زاد علي الثلث، والفرق: أنّ المنع من الزيادة لحقّ الورثة، فإذا رضوا جوّزنا، والمنع هنا لتغيير الفروض التي قدرها الله تعالى للورثة، فلا تأثير لرضاهم(4).

ص: 236

1- العزيز شرح الوجيز 24:7، روضة الطالبين 104:5.

2- المغني 449:6، الشرح الكبير 462:6.

3- في العزيز شرح الوجيز: «وللذي فعله انعقاد واعتبار».

4- العزيز شرح الوجيز 24:7-25، روضة الطالبين 104:5.

مسألة 133: قد ذكرنا أنَّ الحقَّ عندنا أنَّ الإجازة تنفيذ و إمضاء لفعل الموصي،

و ليس ابتداء عطية، فيكفي فيه لفظ الإجازة و الإنفاذ و الإمضاء و أشباه ذلك، و لا حاجة إلي هبة و تجديد قبول و قبض من الموصي له، و ليس للمجيز الرجوع و إن لم يحصل القبض بعد، و به قال الشافعي علي تقدير أنَّها تنفيذ، و أحمد كذلك (1).

و قال علي تقدير أنَّها ابتداء عطية من الورثة: لا يكفي قبول الوصية أولاً، بل لا بدّ من قبول آخر في المجلس و من القبض، و للمجيز الرجوع قبل القبض (2).

و هل يعتبر لفظ التملك و لفظ الإعناق إذا كان الموصي به العتق؟ وجهان للشافعية:

أحدهما: لا يعتبر، بل يكفي لفظ الإجازة.

و أظهرهما عندهم: نعم، و لا يكفي لفظ الإجازة، كما لو تصرف فاسداً من بيع أو هبة ثمّ أجازته (3).

و ينسب هذا الوجه إلي مالك، و هو اختيار المزني (4).

مسألة 134: قد بيّنا أنَّ الإجازة تنفيذ،

و بيّنا في كتاب الهبة (5) أنّه إذا كانت الهبة لذي الرحم أبا كان أو ولداً أو غيرهما تلزم بالإقباض.

ص: 237

1- المغني 450:6، الشرح الكبير 464:6.

2- نهاية المطلب 9-8:10، البيان 134:8، العزيز شرح الوجيز 25:7، روضة الطالبين 104-105:5.

3- العزيز شرح الوجيز 25:7، روضة الطالبين 105:5.

4- كما في العزيز شرح الوجيز 25:7.

5- راجع: ج 20، ص 37.

و العامة نازعوا في الحكمين، و لهم فيهما قولان(1).

فعلي ما اخترناه لو خلف زوجة - هي بنت عمّه - و أباه - و كان وارثا - و كان قد أوصي لها و أجاز أبوها الوصيّة، فلا رجوع له عندنا و عند من قال:

إنّها تنفيذ من العامة(2).

و أمّا علي قول من قال: إنّها ابتداء عطية، فله الرجوع(3)؛ لأنّ هبة الابن يجوز للأب الرجوع فيها عندهم(4).

مسألة 135: لو أعتق عبدا في مرضه و لا مال له سواه،

أو زادت قيمته علي الثلث، أو أوصي بعنقه فأجازوا عتقه، أو وصيّته بالعتق، صحّ العتق، و يكون الولاء بأسره للميت يرثه من يرث الولاء عنه، و هو قول من جعل الإجازة تنفيذا من العامة(5).

و من جعلها ابتداء عطية قال: إنّ ما زاد علي الثلث يكون ولاؤه للمجيزين ذكورهم و إناثهم بحسب استحقاتهم؛ لأنّهم باشره بالإعتاق(6).

و قال بعض الشافعية: يحتمل أن يكون الولاء للميت علي القولين جميعا؛ لأنّا و إن جعلنا إجازتهم ابتداء عطية فإجازتهم إعتاق الميت كإعتاقهم عن الميت بإذنه، و من أعتق عبده عن غيره بإذنه و التماسه كان

ص: 238

1- راجع: ج 20، ص 37 و ما بعدها.

2- العزيز شرح الوجيز 25:7، روضة الطالبين 105:5.

3- العزيز شرح الوجيز 25:7، روضة الطالبين 105:5.

4- الإشراف علي مذاهب أهل العلم 2:221، الحاوي الكبير 7:545، المهذب - للشيرازي - 1:454، نهاية المطلب 8:423 و 424، الوجيز 1:249، الوسيط 4:272، حلية العلماء 6:52، التهذيب - للبغوي - 4:537، البيان 8:106، العزيز شرح الوجيز 6:322، روضة الطالبين 4:440، الإفصاح عن معاني الصحاح 2:51، المغني 6:305، الشرح الكبير 6:302.

5- العزيز شرح الوجيز 7:25-26، روضة الطالبين 5:105.

6- العزيز شرح الوجيز 7:26، روضة الطالبين 5:105.

الولاء للآذن، إلا أن اعتبار الإذن بعد موت الآذن كالمستبعد(1).

و كذا لو تبرّع بثلث ماله ثم أعتق أو أوصي بالإعتاق، فالحكم فيه كما تقدّم.

و لو أوصي لابن وارثه بعد تبرّعه بثلث ماله، أو أعطاه عطية في مرضه فأجاز أبوه وصيته و عطيته ثم أراد الرجوع فيما أجازته، فله ذلك إن قلنا: إنّه عطية مبتدأة، و ليس له ذلك علي القول بأنّها إجازة مجرّدة.

و لو تزوّج ابنة عمّه فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها ثم ماتت و خلفته و أباه فأجاز أبوه وصيته و عطيته، فالحكم فيه عندهم (2) علي ما ذكرنا.

و لو وقف علي ورثته في مرضه فأجازوا الوقف، صحّ عندنا مطلقا، و عند العامة كذلك إن قلنا: إن إجازتهم تنفيذ، و لم يصح علي تقدير أن تكون إجازتهم عطية مبتدأة، لأنّهم يكونون واقفين علي أنفسهم(3).

و لا فرق في الوصية بين الصحة و المرض في أنّها تخرج من الثلث.

و روي حنبل عن أبيه أحمد أنّه قال: إن وصّي في المرض فهو من الثلث، و إن كان صحيحا فله أن يوصي بما شاء(4).

قال بعض أصحابه: يعني به العطية، أمّا الوصية فإنّها عطية بعد الموت، فلا يجوز منها إلا الثلث علي كلّ حال(5).

مسألة 136: الهبة في مرض الموت من الوارث و الوقف عليه و إبرأؤه عمّا عليه من الدين

كالوصية له، و قد بيّنا جوازها.

و للعامة قولان(2) تقدّما.

ص: 239

1- العزيز شرح الوجيز 26:7، روضة الطالبين 105:5. (2الي 5) المغني 458:6، الشرح الكبير 468:6.

2- العزيز شرح الوجيز 26:7، روضة الطالبين 105:5.

ولو أوصي لامرأة أجنبية وأوصت له ثم تزوجها، جازت وصيتها له عندنا.

وعند العامة لا تجوز إلا مع إجازة الورثة(1).

ولو أوصي أحدهما للآخر ثم طلقها، جازت الوصية عندهم؛ لخروجه عن كونه وارثا، إلا أنه إذا طلقها في مرض موته فقياس مذهب العامة أنها لا تعطي أكثر من ميراثها؛ لأنه يتهم في أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية، فلم ينفذ ذلك لها، كما لو طلقها في مرض موته وأوصي لها بأكثر مما كانت ترث(2).

مسألة 137: اختلف علماؤنا في أن الإجازة و الرد هل يشترط فيهما موت الموصي

بحيث لو أجاز الورثة الوصية بالجميع أو بالزائد علي الثلث في حياة الموصي لم يكن بإجازتهم اعتبار، بل لهم الرجوع في الإجازة، وكذا في الردّ لو ردّ الورثة الوصية ثم مات الموصي فأجازوا، صحّت الإجازة وبطل الردّ، أو لا يشترط موت الموصي فيهما، بل متى أجازوا لم يكن للورثة الردّ بعد موت الموصي؟

فقال المفيد وسلاّر وابن إدريس من علمائنا بالأوّل(3) - وبه قال ابن مسعود وشريح وطاوس والحكم والثوري والحسن بن صالح بن حيّ والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأبو حنيفة وأصحابه(4) - لأنّهم أسقطوا

ص: 240

1- المغني 6:460، الشرح الكبير 6:469.

2- المغني 6:460، الشرح الكبير 6:469-470.

3- المقنعة: 669-670، المراسم: 203، السرائر 3:194.

4- المغني 6:458، الشرح الكبير 6:470، المهذب - للشيرازي - 1:457، حلية العلماء 6:70، البيان 8:135، العزيز شرح الوجيز 7:26، روضة الطالبين 5:-

حقوقهم فيما لم يملكوه، فلم يلزمهم، كالمراة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو أسقط الشفيع حقّه من الشفعة قبل البيع، ولأنّها حالة لا يصحّ فيها [ردّهم] (1) للوصيّة فلم يصح فيها [إجازتهم] (2) كما قبل الوصيّة.

و الجواب: لو لا تعلّق حقّ الوارث لم يمنع المريض، و الإجازة إنّما هي تنفيذ فعل قد حصل، فلا يتحقّق قبل الوصيّة، و الفرق بين الردّ و الإجازة ظاهر؛ فإنّ الردّ إنّما لم يعتبر حال حياة الموصي؛ لأنّ استمرار الوصيّة يجري مجرى تجدّدها حالا فحالا، بخلاف الردّ بعد الموت و الإجازة حال الحياة.

و قال الشيخ رحمه الله: لا يشترط في الإجازة موت الموصي، فليس لهم الرجوع بعد موت الموصي فيما أجازوه حال حياته (3)، و به قال ابن حمزة (4) و ابن الجنيّد و الصدوق (5) من علمائنا، و هو المعتمد عندي، و هو أيضا قول الحسن البصري و عطاء و حماد بن أبي سليمان و عبد الملك بن يعلي و الزهري و ربيعة و الأوزاعي و ابن أبي ليلى (6)؛ لعموم قوله تعالى: مِنْ بَعْدِ 8.

ص: 241

-
- 1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «ردّها». و الصحيح ما أثبتناه.
 - 2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «إجازته». و الصحيح ما أثبتناه.
 - 3- الخلاف 4: 144، المسألة 14.
 - 4- 105، أحكام القرآن - للجصاص - 2: 98-99، التنف 2: 819، المبسوط - للسرخسي - 27: 154، مختصر اختلاف العلماء 5: 2150/5، المحلّي 9: 319.
 - 5- الفقيه 4: 147-148/512.
 - 6- المغني 6: 458-459، الشرح الكبير 6: 470، مختصر اختلاف العلماء 5: 2150/5، أحكام القرآن - للجصاص - 2: 99، المبسوط - للسرخسي - 27: 154، المحلّي 9: 319، حلية العلماء 6: 70، البيان 8: 135.

ولأنَّ الردَّ حقٌّ للورثة، فإذا رضوا بالوصية سقط حقُّهم، كما لو رضي المشتري بالعيب، ولأنَّ الأصل عدم اعتبار إجازة الوارث؛ لأنَّه تصرف من المالك في ملكه، لكن منع من الزيادة علي الثلث إرفاقاً للوارث (2)، فإذا رضي الوارث زال المانع، ولأنَّ المال الموصي به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة؛ لأنَّه إن برأ كان المال له، وإن مات كان للورثة، فإن كان للموصي فقد أوصي به، وإن كان للورثة فقد أجازوه.

وما رواه الخاصَّة - في الصحيح - عن منصور بن حازم عن الصادق عليه السَّلام: في رجل أوصي بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك فلمَّا مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال: «ليس لهم ذلك، الوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته» (3).

قالوا: لم يتحقّق استحقاق الورثة قبل الموت؛ لجواز أن يبرأ المريض أو يموتوا قبل موته (4).

قلنا: قد بيّنا أنَّ لهم تعلّقاً ما، ولهذا منع المريض من التصرف فيه.

وقال مالك: إنَّ الإجازة قبل الموت تلزم، إلّا أن يكون الوارث في نفقته (5).

تذنب: لو أذن الورثة للموصي في أن يوصي بأكثر من الثلث، كان حكم إذنبهم كحكم إجازتهم قبل الموت تمضي عندنا. 7.

ص: 242

1- سورة النساء: 11.

2- في النسخ الخطيّة: «للورثة».

3- الكافي 12:7، ح 1 و ذيله، الفقيه 4:147-148/512 و 513، التهذيب 9:775/193 و 776، الاستبصار 4:464/122 و 465.

4- العزيز شرح الوجيز 26:7.

5- العزيز شرح الوجيز 26:7.

و القائلون ببطلان الإجازة قالوا: لهم الرجوع في الإذن بعد الموت(1).

وقال مالك: إذا أذنوا له في الوصية وهو صحيح فلهم الرجوع، وإن أذنوا وهو مريض فلا رجوع لهم؛ لأنه حالة المرض حالة الحجر عليه، فإذا أزالوا حجره بإذنهم له لزمهم حكم الإذن(2).

آخر: إذا أجازوا بعد الموت وقبل القسمة، لزم الوصية.

و للشافعي في تنزيلها منزلة الإجازة قبل الموت قولان مخترجان، و الظاهر لزومها(3).

مسألة 138: لا يشترط في الإجازة علم الورثة بالقدر الزائد علي الثلث و لا قدر التركة،

فلو لم يعرف الورثة قدر الزائد و لا قدر التركة صحّت الإجازة عند علمائنا - و هو قول أكثر الشافعية(4) - لأنّ الإجازة تنفيذ، فتجري مجري الإبراء عن المجهول.

و علي قولهم الآخر بأنّها عطية مبتدأة يشترط علم الورثة بقدر الزائد علي الثلث و قدر التركة(5).

و لو أوصي بجزء الزائد علي الثلث - كنصف تركته مثلاً - فأجاز الوارث ثم قال: كنت أعتقد أنّ التركة قليلة فبانت أكثر ممّا كنت أعتقد، فالأقرب: الرجوع إليه و قبول قوله مع اليمين، و تنفذ الوصية في القدر الذي كان يعتقد، و هو قول الشافعي في كتاب الأم(3).

قال أصحابه: وإنّما يحتاج إلي اليمين إذا حصل المال في يد الموصي له،

ص: 243

1- العزيز شرح الوجيز 26:7، روضة الطالبين 105:5.

2- عيون المجالس 4:1384/1947، المعونة 3:1622، العزيز شرح الوجيز 7:26. (3الي 5) العزيز شرح الوجيز 7:26، روضة الطالبين 105:5.

3- الأم 4:110، و عنه في العزيز شرح الوجيز 7:26، و روضة الطالبين 105:5.

أما إذا لم يحصل فلا حاجة إلى اليمين إذا جعلناها ابتداء هبة، فإنَّ الهبة قبل القبض لا تلزم (1).

وقال بعضهم: إنَّ التنفيذ في القدر الذي يتحقَّقه مبنًى على أنَّ الإجازة تنفيذ فتتَّزَل منزلة الإبراء، أما إذا جعلناها ابتداء هبة فإذا حلف بطل في الجميع (2).

هذا إذا لم تكن بينة، فإنَّ أقام الموصي له بينة على أنَّ الوارث كان عالماً بقدر التركة عند الإجازة، لزمَّت إنَّ جعلناها تنفيذاً، وإنَّ جعلناها ابتداء هبة، لم تلزم إذا لم يوجد القبض.

أما لو كانت الوصية بمعيّن من التركة - كعبد أو دار أو ثوب - فأجاز الوارث، ثمَّ قال: كنت أظنُّ أنَّ التركة كثيرة وأنَّ العبد خارج من ثلثها فظهر لي خلافه، أو ظهر دين لم أعلمه، أو تبين لي أنَّه تلف بعضها، لم يلتفت إليه، وصحَّت الوصية؛ لأنَّ العبد معلوم لا جهالة فيه، و الجهالة في غيره، بخلاف ما إذا كانت الوصية بالجزء المشاع.

وقال بعضهم: يحتمل أن يملك الفسخ؛ لأنَّه قد يسمح بذلك ظناً منه أنَّه يبقى له من المال ما يكفيه، فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة، فملك الرجوع، كالمشاع (3).

وقالت الشافعية (4): إنَّ جعلنا الإجازة ابتداء عطية، صحَّت الوصية؛ للعلم بقدر الذي وقعت الإجازة فيه، وإنَّ جعلناها تنفيذاً وإمضاء، فقولان:».

ص: 244

1- العزيز شرح الوجيز 27:7، روضة الطالبين 105:5-106.

2- العزيز شرح الوجيز 27:7، روضة الطالبين 106:5.

3- المغني 459:6، الشرح الكبير 472:6.

4- في «ل»: «وقال بعض الشافعية».

أحدهما: الصّحة؛ للعلم بالعبد.

والثاني: أنّه يحلف، ولا يلزم إلاّ التّلت، كما في المشاع(1).

مسألة 139: إنّما تعتبر الإجازة من وارث جائز التصرّف،

فلو أجاز الأجنبيّ أو الصبيّ أو المجنون أو المحجور عليه لسفه، لم تصح الإجازة؛ لأنّها تبرّع بالمال فلم تصح منه، كالهبة.

وأما المحجور عليه للفلس فإن قلنا: الإجازة تنفيذ، صحّت الوصيّة، وإن قلنا: إنّها هبة، لم تصح؛ لأنّه ليس له هبة ماله.

إذا عرفت هذا، فالعبرة في إجازة من هو وارث يوم الموت حتي لو أوصي لأجنبيّ ولا ابن له بل كان له أخ أو عمّ ثمّ تجدد بعد الموت له ابن، اعتبر في تنفيذ(2) الوصيّة إجازة الابن المتجدّد؛ لأنّه الوارث يوم الموت، وقد ظهر أنّ الأخ أو العمّ لا يرث له، فلا اعتبار بإجازتهما لو كانا قد أجازا.

ولو كان للموصي ابن وأخ، فالوارث هو الابن، فلو أجاز الوصيّة ثمّ مات قبل موت الموصي بطلت إجازته، واعتبر إجازة الأخ؛ لأنّه الوارث يوم الموت.

الباب الثاني: في الوصيّة بالأعيان المعيّنة.

إشارة

وفيه بحثان:

البحث الأوّل: في الأعيان المحرّمة.

مسألة 140: قد بيّنّا أنّه يشترط في الوصيّة بالأعيان أن تكون محلّلة يجوز الانتفاع بها،

فلو أوصي بالأعيان المحرّمة، فإن لم يفرض لها منفعة محترمة بطلت الوصيّة إجماعاً، كما لو أوصي بمال في إعانة الظالم علي

ص: 245

1- العزيز شرح الوجيز 27:7، روضة الطالبين 106:5.

2- في «ر، ل»: «تنجيز» بدل «تنفيذ».

ظلمه، و الفاسق علي فسقه، و الزّناة علي زناهم؛ لأنّها وصيّة بغير المعروف، و مشتملة علي المساعدة للظالم علي الظلم.

وإن فرض لها منفعة محلّلة إمّا مع بقاء عينها علي صفاتها الموجودة حالة الوصيّة أو بعد زوال صفاتها، صحّت الوصيّة إجماعاً؛ لعدم انحصار المنافع في المحرّمة، و الأصل حمل تصرّفات المسلم علي الصّحة.

و كذا لو أوصي بكتبة التوراة و الإنجيل؛ لأنّهما محرّقتان.

و كذا لو أوصي بكتبة كتب الضلال.

مسألة 141: لو أوصي بكلب الهراش،

لم تصح الوصيّة؛ لأنّه ليس بمال، و لا يجوز اقتناؤه و لا بيعه و لا ثمنه، أمّا لو كان الكلب ممّا يحلّ اقتناؤه - مثل: كلب الصيد و الماشية و الزرع و الحائط - صحّت الوصيّة به إجماعاً؛ لأنّ فيه نفعاً مباحاً، و تقرّ اليد عليه، و الوصيّة تبرّع تصحّ في المال و غير المال من الحقوق، و لأنّه تصحّ هبته فتصحّ الوصيّة به، كالمال.

و لو قال: أعطوه كلباً من كلابي، فإن لم يكن له كلب يباح اقتناؤه، بل كلّ كلابه كلاب الهراش، بطلت الوصيّة، و لو كان له كلاب يباح الانتفاع بها، صحّت الوصيّة، و أعطي واحداً منها.

و كذا لو قال: أعطوه كلباً من مالي، فإن قلنا: الكلب المباح اقتناؤه يصحّ بيعه و شراؤه، كان مالاً، و صحّت الوصيّة به، و إن قلنا: إنّه لا يصحّ بيعه، فإنّه تصحّ الوصيّة به أيضاً - و به قال الشافعي (1) - و إن لم يكن الكلب مالاً؛ لأنّ المنتفع به من الكلاب يصحّ اقتناؤه و اعتبار الأيدي المتداولة عليه، كالأموال، و يستعار له اسم المال بهذا الاعتبار، بخلاف كلب الهراش، فإنّ

ص: 246

1- التهذيب - للبغوي - 88:5، العزيز شرح الوجيز 37:7، روضة الطالبين 5: 114.

الوصية به باطلة، سواء قال: أعطوه كلبا من كلابي أو من مالي؛ لأنه لا يصحّ ابتياع الكلب المذكور، لأنه لا قيمة له، ولا يباح اقتناؤه، فلا يعدّ مالا حقيقة ولا مجازا، بخلاف ما لو قال: أعطوه عبدا من مالي، ولا عبد له، فإنه يشتري له عبد من ماله؛ لتعدّ شراء كلب. ولو تبرّع متبرّع وأراد تنفيذ وصيته من عنده، احتمل الجواز، كما لو تبرّع بقضاء دينه.

مسألة 142: لو كان له كلب يباح اقتناؤه ولا مال له سواء،

فأوصي به، لم تنفذ الوصية إلا في الثلث؛ لأنه شيء ينتفع به، فلم يكن له تقويت جميعه علي الورثة، كالأموال.

ولو لم يكن له كلب وقال: أعطوه كلبا من كلابي، بطلت الوصية؛ لفوات محلّها.

ولو قال: كلبا من مالي، فإن جوّزنا بيعه، صحّت الوصية، واشتري له من ماله كلب يباح اقتناؤه، وإن منعنا من بيعه، بطلت الوصية؛ لأنه لا يصحّ ابتياع الكلب؛ حيث لا قيمة له، بخلاف الشاة.

ولو كان له كلب يباح اقتناؤه وله مال سواء، فإن منعنا من بيعه، فللموصي له جميع الكلب وإن قلّ المال؛ لأنّ قليل المال خير من الكلب، لأنه لا قيمة له، وهو قول بعض العامة (1).

وقال بعضهم: للموصي له به ثلثه وإن كثر المال؛ لأنّ موضوع الوصية علي أن يسلم ثلثا التركة للورثة، وليس في التركة شيء من جنس الموصي به (2).

ص: 247

1- المغني 6: 618، الشرح الكبير 6: 533.

2- المغني 6: 618، الشرح الكبير 6: 533.

و لا يصحّ تقويمه بحيث يندر للورثة من باقي التركة بقدر ثلثي قيمته.

وإن جوّزنا بيعه، قوّم من باقي التركة، كغيره من الأموال.

و لو أوصي ببعضه، أو كان له كلاب فأوصي ببعضها، صحّت الوصيّة، واعتبرت قيمته من الثلث.

وقال بعض الشافعيّة: لا يعتبر خروج الموصي به من الثلث؛ لأنّها غير متقوّمه، ويكفي أن يترك شيئاً للورثة كم كان(1).

و المشهور عندهم: اعتباره، كما في الأموال، وعلي هذا لو لم يكن له إلّا كلب واحد لم يخف اعتبار الثلث منه(2).

وإن كان له كلاب، ففي كيفيّته لهم وجوه:

أحدها: أنّه ينظر إلى قيمتها بتقدير الماليّة فيها، كما يقدر الرقّ في الحرّ عند الحاجة، و تنفذ الوصيّة في الثلث بالقيمة.

و الثاني: أنّه ينظر إلى عدد الرؤوس، و تنفذ الوصيّة من ثلثه في واحد.

و الثالث: أنّه تقوّم منافعها؛ لأنّه لا ماليّة للذوات، و يؤخذ الثلث من قيمة المنافع(3).

و من لم يملك إلّا كلباً و طبل لهُ و زقّ خمر محترمة فأوصي بواحد منها، و أردنا اعتبار الثلث، لم يجر الوجه الثاني و لا الثالث؛ لأنّه لا

تناسب بين الرؤوس و لا بين المنافع، فيتعيّن اعتبار القيمة(4).

هذا إذا لم يكن للموصي بالكلب مال، أمّا إذا كان له مال و كلاب فأوصي بجميعها أو بعضها، فللشافعيّة وجوه:

أظهرها: نفوذ الوصيّة وإن كثرت و قلّ المال؛ لأنّ المعتبر أن يبقى

ص: 248

1- العزيز شرح الوجيز 38:7، روضة الطالبين 115:5.

2- العزيز شرح الوجيز 38:7، روضة الطالبين 115:5.

3- العزيز شرح الوجيز 38:7، روضة الطالبين 115:5.

للورثة ضعف الموصي به، و المال وإن قلّ خير من ضعف الكلب الذي لا قيمة له.

و الثاني: أنّ الكلاب ليست من جنس الأموال، فيقدّر كأنّه لا مال له، و تنفذ الوصيّة في ثلث الكلاب علي ما مرّ، و هذا كما أنّ وصيّته بالمال و الصورة هذه تعتبر من ثلث المال، و يقدّر كأنّه لا كلاب له.

و الثالث: أنّه تقوّم الكلاب أو منافعها علي اختلاف الوجهين السابقين، و يضمّ إلي ما له من المال، و تنفذ الوصيّة في ثلث الجميع، كمن له أعيان و منافع و أوصي له بها، فإنّ ثلثه يعتبر من الأعيان و المنافع جميعاً(1).

مسألة 143: لو خلف مالا و كلاباً فأوصي بالكلاب لرجل و بثلث ماله لآخر،

فللموصي له بالثلث الثلث، و للموصي له بالكلاب ثلثها، و هو قول بعض الشافعية(2).

و قال بعضهم: إنّّه تنفذ الوصيّة بجميع الكلاب؛ لأنّ ثلثي المال الذي يقي للورثة خير من ضعف الكلاب(3).

و استبعد بعضهم هذا؛ لأنّ ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصّتهم بحسب ما نفذت الوصيّة فيه، و هو الثلث، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرّة أخرى في الوصيّة بالكلاب(4).

و قال بعضهم: تضمّ قيمة الكلاب أو منافعها إلي المال، و يدخل المال في حساب الوصيّة بالكلاب و إن لم تدخل الكلاب في حساب الوصيّة بالمال(5).

و لو وصّي بثلث ماله و لم يوص بالكلاب، دفع إليه ثلث المال، و لم تحسب الكلاب علي الورثة إن منعنا من بيعها؛ لأنّها ليست مالا.

ص: 249

1- العزيز شرح الوجيز 38:7-39، روضة الطالبين 115:5-116. (2) الي 5) العزيز شرح الوجيز 39:7، روضة الطالبين 116:5.

و يحتمل احتسابها؛ لأنّ لها قيمة مقدّرة عند علمائنا.

و إذا قسّمت الكلاب بين الوارث و الموصي له، أو بين اثنين موصي لهما بها، أو بين وارثين، قسّمت علي عددها إن لم يكن لها قيمة، فإن تشاحوا في بعضها فينبغي أن يقرع بينهم فيه.

و لو أوصي بكلب من كلابه، فالتخير للورثة.

و قال بعض العامة بالقرعة (1).

و لو كان له كلب يباح اقتناؤه و كلب هراش، فالوصيّة بالمباح.

و مذهب الشافعي في هذا كلّه قريب ممّا قلناه (2).

و الأقرب: صحّة الوصيّة بالجرو الصغير إن قصد به الصيد أو حفظ الزرع أو الماشية أو الحائط.

و لا تصحّ الوصيّة بالخنزير و لا بشيء من السباع المحرّم اقتناؤها، و كذا كلّ ما لا منفعة فيه لا تصحّ الوصيّة به، و قد تقدّم (3).

مسألة 144: لو أوصي بدفّ من دفوفه،

قال الشيخ رحمه الله: لا تصحّ علي مذهبنّا؛ لأنّ استعمال ذلك محظور (4).

و قالت العامة بجوازه؛ لما روه عن النبيّ صلّي الله عليه و اله أنّه قال: «أعلنوا هذا النكاح و اضربوا عليه بالدفّ» (5) (6).

ص: 250

1- المغني 6: 618، الشرح الكبير 6: 534.

2- كما في المغني 6: 618، و الشرح الكبير 6: 534.

3- في ص 137، المسألة 117، و ص 139، المسألة 121.

4- المبسوط - للطوسي - 4: 20.

5- الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 3: 398-399/1089، السنن الكبرى - للبيهقي - 7: 290 بتفاوت.

6- المغني 6: 619، الشرح الكبير 6: 541.

وقال ابن إدريس: نعم ما قاله الشيخ؛ لأنّه من اللعب واللهو وإن كان قد روي رواية شاذّة أنّه مكروه، وليس بمحظور⁽¹⁾.

وقد تقدّم البحث في تحريم استعمال الدفّ.

مسألة 145: لفظة الطبل تستعمل في طبل الحرب،

الذي يضرب به للتهويل، و [تقع] (2) علي طبل الحجيج و القوافل، الذي يضرب لإعلام النزول و الارتحال، و علي طبل العطارين، و هو سفت (3) لهم، و علي طبل اللهو، و قد فسّر بالكوبة التي يضرب بها المختثون، و سطها ضيق، و طرفاها واسعان، و هي من الملاهي، و لعلّ التمثيل بها أولي من التفسير.

فإن أوصي بطبل حرب، صحّت الوصيّة إجماعاً؛ لأنّ فيه منفعة مباحة، و كذا باقي الطبول، إلّا طبل اللهو، فإن كان في الحال يصلح لطبل اللهو و الحرب معاً، صحّت الوصيّة به؛ لأنّ المنفعة به قائمة، و كذا إن صلح للحجيج أو لمنفعة مباحة في الحال، صحّت الوصيّة.

و إن لم يصلح إلّا للهو لكن يصلح لغيره بعد تغيير يقي معه اسم الطبل، صحّت الوصيّة أيضاً - خلافاً للحنابلة (4) - لأنّها عين يمكن الانتفاع بها مع تغييرها و بقاء اسم الموصي به عليه، فصحّت الوصيّة به، كما لو أوصي بعبد مريض لا يمكن الانتفاع به في الحال.

و أمّا إن لم يمكن الانتفاع به إلّا بعد تغييره عن صفته بحيث لا يبقى اسم الطبل معه، فالأقرب: الصحّة أيضاً، سواء كان لا ينتفع به إلّا

ص: 251

1- السرائر 205:3.

2- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

3- السفت: الذي يعبّي فيه الطيب و ما أشبهه. لسان العرب 7:315 «سفت».

4- المغني 6:619، الشرح الكبير 6:541.

برضاؤه، أو ينتفع به مع بقاء تركيبه لا علي هيئة الطبل الذي لا ينتفع به إلا في اللهو، وسواء كان لرضائه قيمة مقصودة نفيسة، كما لو كانت من ذهب أو فضة أو عود، أو غير مقصودة ولا نفيسة، كحنانة الخشب إذا كان له نفع ما وإن قل.

و الشافعية فصلوا مختلفين، فقالوا: إن كان لا يبقى اسم الطبل عند زوال الصفة المحرمة فيه لم تصح الوصية عند بعضهم؛ لأنه أوصي بالطل، ولا يمكن بقاء الاسم إلا مع تحريم المنفعة، وهو المشهور عندهم، وإلا صحت (1).

وقال آخرون: إنه إذا لم يصلح لغرض مباح مع بقاء اسم الطبل وكان لا ينتفع به إلا برضائه لم تصح الوصية؛ لأنه لا يقصد منه الرضا إلا إذا كان من شيء نفيس كذهب أو عود فتتزل الوصية عليه، وكأنه أوصي برضائه إذا كسر، والوصية قابلة للتعليل (2).

ولهم في بيع الملاهي التي يعد رضائها مالا ثلاثة أوجه، ثالثها:

الفرق بين أن تكون متخذة من جوهر نفيس أو من غيره، فإن اكتفينا بمالية الرضا لصحة البيع في الحال فكذلك في الوصية (3).

مسألة 146: إذا أوصي بما يقع اسمه علي المحلل والمحرم ولم ينص علي أحدهما بل أطلق،

صرف إلي المحلل دون المحرم؛ ميلا إلي تصحيح

ص: 252

1- المهذب - للشيرازي - 465:1، التهذيب - للبغوي - 89:5، البيان 233:8 - 234، العزيز شرح الوجيز 40:7، روضة الطالبين 116:5.

2- نهاية المطلب 174:11، الوجيز 271:1، الوسيط 420:4، العزيز شرح الوجيز 40:7، روضة الطالبين 116:5-117.

3- نهاية المطلب 496:5، الوسيط 20:3-21، العزيز شرح الوجيز 30:4، و 40:7، روضة الطالبين 20:3، و 117:5، المجموع 256:9.

الوصية؛ لأن الموصي يقصد حيازة الثواب، والظاهر أنه يقصد ما تصح الوصية فيه (1).

ولأن الظاهر من حال المسلم صحة تصرفاته، فيحمل مطلقه عليها؛ عملاً بالظاهر، وعدولاً عن غيره، وصوناً لكلام العاقل عن اللغو، وله عن التصرف الفاسد والمنهي عنه شرعاً.

فلو كان له طبلان أحدهما: طبل حرب، والآخر طبل لهو وأوصي بطبل من ماله أو من طبوله، صرف إلي طبل الحرب، دون طبل اللهو.

ولو تعددت الطبول المباح استعمالها، كان للموصي له واحد منها إمّا بالقرعة أو بما يخصّصه الورثة.

ولو لم يكن إلاّ طبول محرّمة، لم تصح الوصية، إلاّ أن ينتفع برضاها أو بإزالة صفتها.

وإذا صحّت الوصية بالطبل، فالجلد الذي عليه يدفع إلي الموصي له، سواء كان يقع عليه اسم الطبل من دون الجلد، أو لا يقع عليه اسم الطبل؛ لأنّه كجزء من المسمّى.

وقالت الشافعية: إن كان لا يقع عليه اسم الطبل إلاّ معه (2) دخل، وإلاّ فلا (3). ولا بأس به.

والدفّ قد بيّنا الخلاف في أنّه هل تجوز الوصية به؟ فإنّ جوّزناه و كان عليه شيء من الجلاجل و حرّمناهما نزع، ولم يدفع إليه، إلاّ أن ينصّ عليه. 5.

ص: 253

1- الظاهر: «به» بدل «فيه».

2- أي: مع الجلد.

3- العزيز شرح الوجيز 78:7، روضة الطالبين 5:146.

و هو عود اللّهُو، و علي واحد الأخشاب، منها: التي تستعمل في البناء، و التي تصلح للقسيّ و العصيّ.

و الوصيّة بعود اللّهُو كالوصيّة بالطبل، فينظر هل يصلح علي هيئته لمنفعة مباحة أو بعد تغييره مطلقا عندنا، و تغييرا يبقى معه اسم العود عند الشافعيّة (1)؟ فتصحّ [الوصيّة] (2) به، أو لا يصلح؟ فلا تصحّ.

و إذا صحّت الوصيّة، لم يدفع إليه الوتر و المضرب؛ لأنّه يسمّي عودا دونهما.

و لو قال: أعطوه عودا من عيداني، و لم يكن له إلاّ عيدان القسيّ و البناء، فيعطي واحدا منها.

و كذا لو كان معها عيدان اللّهُو لكّتها تصلح لمنفعة مباحة إمّا مطلقا أو مع التغيير، فيعطيه الوارث ما شاء من الجميع، أو يقرع له بين الجميع.

و إن كان له عيدان اللّهُو، التي لا تصلح لمنفعة مباحة، و عيدان القسيّ و البناء، أعطي واحدا من العيدان المباحة إمّا بالقرعة أو بالاختيار - و هو أحد وجهي الشافعيّة (3) - كما في الطبل من أنّه ينزل علي المباح استعماله، و كما لو لم يكن إلاّ عيدان القسيّ و البناء، صونا لتصرّف المسلم عن الفساد، و لكلامه عن الهذريّة، و لأنّ المحرّم استعماله ساقط الاعتبار في نظر الشرع، فأشبه المعدوم.

ص: 254

1- العزيز شرح الوجيز 7:78، روضة الطالبين 5:147.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «المنفعة». و المثبت هو الصحيح.

3- العزيز شرح الوجيز 7:78، روضة الطالبين 5:147.

و الثاني - و هو الأظهر عندهم - : تنزيل الوصية علي عيدان اللّهُو، فتبطل؛ لأنّ اسم العود عند الإطلاق إنّما ينصرف إليه، و استعماله في غيره مرجوح، و ليس كما لو قال: عودا من عيداني، و ليس له إلاّ أعواد القسيّ و البناء؛ لأنّ هناك التقييد منعنا من الأخذ بالإطلاق، و بخلاف الطبل؛ لوقوعه علي طبل اللّهُو و غيره بالسوية (1).

و نمنع ظهور اسم العود في الذي يضرب به، بل هو لفظ مشترك يستعمل فيه، و في الذي يتبخّر به، و في الواحد من الأخشاب بحسب الحاجة.

سَلّمنا أنّ الاستعمال في عود اللّهُو أظهر، لكنّه كما ينصرف إليه إذا كان واحدا ينصرف إليه إذا جامع المباح، فيلزم أن ينصرف قوله: «عودا من عيداني» إليه، و حينئذٍ وجب أن تلغو الوصية إذا لم يكن له عيدان لهو و إن كان له ما يصلح للأبنية و القسيّ، و ليس كذلك.

مسألة 148: إذا أوصي له بعود و لا عود له،

فإن كان قال: من عيداني، بطلت الوصية؛ لفوات محلّها، و إن قال: من مالي، أو أطلق، صحّت الوصية.

فإن قلنا: إنّهُ ينصرف مطلقه إلي عود اللّهُو، اشترى له عود لهو يصلح لمنفعة مباحة أو ينتفع برضاضه، و بالجملة يشتري ما لو كان موجودا في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالعود به.

و لو لم يمكن الانتفاع به إلاّ علي الوجه المحرّم، احتمل صرفه إلي المجاز، كعود البناء و القسيّ، و البطلان علي بعد.

ص: 255

1- العزيز شرح الوجيز 7:78، روضة الطالبين 5:147.

وإن قلنا: إنه لا ينصرف مطلقه إلى عود اللّهُ، صَحّت الوصيّة.

فإن أمكن الانتفاع بعود اللّهُ بالمحلّ أو بالرّضا، جاز أن يشتري له أو ما يريده الوارث، وإن لم يمكن، اشترى له عود البناء أو القسيّ بحسب تخصيص الوارث، أو القرعة.

قيل: وقوع الطبل علي أنواعه ليس كوقوع العود علي معانيه المذكورة، بل الطبل موضوع للمشترك بين الأنواع، وليس من الألفاظ المشتركة بينها، وعود مشترك بين الخشب الذي يضرب به والذي يتبخّر به، ثم هو بالمعني الأول غير مشترك بين ما يستعمل في الأبنية ويصلح للقسيّ، بل للمشترك بينهما(1).

ولو أوصي بعود من عيدانه وليس له إلاّ واحد من أعواد اللّهُ وواحد ممّا يصلح للبناء وواحد ممّا يصلح للقسيّ، فإن حملنا لفظ العيدان علي هذه الآحاد، حملنا اللفظ المشترك علي معنييه معا، وهو ممنوع عند محقّقي الأصوليين، فإن منع، فهذه الصورة كما لو أوصي بعود من عيدانه وليس له إلاّ واحد من عيدان اللّهُ أو لا عود له.

تذنب: الوصيّة بالمزمار كالوصيّة بعود اللّهُ، فإن أمكن الانتفاع به علي الوجه المباح أو برضا، صَحّت الوصيّة به، وإلاّ فلا، وإذا صلح لم يلزم تسليم المجمع، وهو الذي يجعله الزامر بين شفّتيه؛ لأنّ الاسم لا يتوقّف عليه.

مسألة 149: اسم القوس يقع علي العربيّة،

وهي التي يرمي بها النبل، وهي السهام العربيّة، وعلي الفارسيّة، وهي التي يرمي بها النّشاب، وعلي

ص: 256

1- العزيز شرح الوجيز 7:79.

القسي التي لها مجري تنفذ فيه السهام الصغار، وتسمي الحسابان، وعلي الجلاهق، وهو ما يرمي به البندق، وعلي قوس الندف، والسابق إلي الفهم من لفظ القوس أحد الثلاثة الأول، فإذا قال: أعطوه قوسا، حمل علي أحدها، دون قوس الندف والجلاهق، قاله الشيخ (1) رحمه الله، وهو قول الشافعي (2)؛ عملا بالعرف، والإطلاق يحمل عليه.

وقال ابن إدريس: الورثة بالخيار في إعطاء أيها شأوا من الخمسة الأقواس، ومنع العرف فيما ذكره الشيخ، وتخصيص كلام الموصي العام يحتاج إلي دليل (3).

و الشيخ رحمه الله لا يناع في نقل العرف، فلعله نقل عرفا لغويا أو عاميا في أن القوس إنما يطلق حقيقة علي أحد الثلاثة السابقة.

فالوجه أن نقول: إن كان في لفظه أو حاله قرينة تقتضي صرف اللفظ إلي أحدها، صرف إليه، مثل أن يقول: قوسا يندف به، أو يتعيش به، أو ما أشبه ذلك، صرف إلي قوس الندافين، وإن قال: يغزو به، خرج منه قوس الندف والبندق.

ولو كان الموصي له ندافا لا عادة له بالرمي، أو بندقائيا لا عادة له بالرمي بشيء سواه، أو كان جنديا يرمي بقوس النشاب لا غيره، انصرفت الوصية إلي القوس الذي يستعمله عادة؛ لأن ظاهر حال الموصي أنه قصد 3.

ص: 257

1- المبسوط - للطوسي - 21:4.

2- مختصر المزني: 143-144، الحاوي الكبير 8:239، المهذب - للشيرازي - 1:466، نهاية المطلب 11:176، الوجيز 1:274-275، الوسيط 4:438، حلية العلماء 6:117، التهذيب - للبغوي - 5:90، البيان 8:236، العزيز شرح الوجيز 7:79، روضة الطالبين 5:148.

3- السرائر 3:206.

نفعه بما جرت عادته بالانتفاع به.

وإن انتفت القرائن، فالقرعة، أو ما يختاره الورثة.

فروع:

الأول: إذا قال: أعطوه قوساً من قسيي، وله الخمسة، فكالإطلاق، ولو لم يكن له إلا نوع واحد، صرف اللفظ إليه؛ صونا للفظ عن الهذرية، و للتقييد والإضافة.

ولو تعدد ما له، فإن تساوت القرائن فكالمطلق، وإن تفاوتت حمل علي السابق إلي الفهم.

ولو لم يكن له إلا قوس الجلاهق أو التّدف، حمل عليه؛ للتقييد والإضافة.

ولو كان له قوس الجلاهق وقوس التّدف جميعاً، قالت الشافعية:

يعطي قوس الجلاهق؛ لأنّ الاسم أسبق إليه(1).

وقد تقدّم كلامنا فيه.

الثاني: لو قال: أعطوه ما يسمّي قوساً، فالوجه: أنّ للوارث أن يعطيه ما شاء من الأنواع الثلاثة وغيرها، وهو قول بعض الشافعية(2).

وقال بعضهم: إنّّه كالمطلق(3). وليس بجيد.

الثالث: إذا أوصي له بقوس، أعطي قوساً معمولية؛ لأنّها لا تسمّي قوساً إلا كذلك.5.

ص: 258

1- الحاوي الكبير 8:240، الوسيط 4:438، البيان 8:237، العزيز شرح الوجيز 7:80، روضة الطالبين 5:148.

2- العزيز شرح الوجيز 7:79-80، روضة الطالبين 5:148.

3- العزيز شرح الوجيز 7:80، روضة الطالبين 5:148.

و هل تستتبع الوصية بالقوس الوتر؟ احتمال ينشأ من توقّف الانتفاع عليه، فكان كجزء من أجزائها، و من خروجه عن مسمّي القوس، فأشبهه الوصية بالدابة، فإنّها لا تستتبع السرج.

و للشافعية كالوجهين، و أصحّهما عندهم: الثاني(1).

و يجري الوجهان في بيع القوس(2).

الرابع: لا يدخل التّشاب و لا غلاف القوس في الوصية، و يدخل الريش و النصل في الوصية بالسهم؛ لثبوتها فيه.

البحث الثاني: في الوصية بالأعيان المباحة من الحيوان.

إشارة

و هو قسمان:

القسم الأول: الحيوان غير الرقيق.

مسألة 150: تصحّ الوصية بالحيوانات المملوكة،

سواء الآدمي وغيره بلا خلاف؛ لأنّها أعيان ينتفع بها، و يصحّ نقلها بعوض وغيره، فلو أوصي له بشاة تناول الذكر و الأنثى؛ لأنّه اسم جنس، كالإنسان، و ليست التاء فيه للتأنيث، يدلّ عليه قولهم: لفظ الشاة يذكّر و يؤنّث، و لهذا حمل قوله صلّي الله عليه و اله:

«في أربعين شاة شاة»(3) علي الذكور و الإناث.

و هو قول أكثر الشافعية(4)، قالوا: لأنّ أصحّ الوجهين: جواز إخراج

ص: 259

1- نهاية المطلب 11:177، البيان 8:237، العزيز شرح الوجيز 7:80، روضة الطالبين 5:148.

2- العزيز شرح الوجيز 7:80، روضة الطالبين 5:148.

3- سنن الدارمي 1:381، سنن ابن ماجة 1:1805/577، ذكر أخبار إصبهان 2:319، السنن الكبرى - للبيهقي - 4:88.

4- نهاية المطلب 11:165، التهذيب - للبغوي - 5:87، العزيز شرح الوجيز 7:80، روضة الطالبين 5:148.

الذكر عن خمس من الإبل؛ لشمول الاسم (1).

وقال الشافعي في كتاب الأم: إنّ اسم الشاة لا يتناول الكباش والتيوس، وإنّما هو للإناث؛ للعرف (2).

ويتناول اسم الشاة صغيرة الجثة وكبيرتها، والسليمة والمعيبة، والصحيحة والمريضة، والصائغة والماعزة.

وهل يتناول السخلة والعناق؟ للشافعية وجهان:

أظهرهما: أنّ اسم الشاة لا يقع عليهما.

والثاني: يقع؛ لأنّه اسم جنس (3).

إذا ثبت هذا، فلو قال: أعطوه شاة من شياهي أو من غنمي، فإن لم يكن له غنم، فالوصية باطلة؛ لفوات محلّها إن مات ولا غنم له، وإن كان له غنم أعطي واحدة منها سليمة أو معيبة من الضأن أو المعز، فإن كانت كلّها ذكورا، أعطي ذكرا، وإن كانت كلّها إناثا، أعطي أنثى، وإن كان بعضها ذكورا وبعضها إناثا، جاز أن يعطي أنثى.

وفي الذكر للشافعية قولان؛ بناء على تناول الشاة للذكر (4).

ويحتمل على قول من منع منهم من إطلاق اسم الشاة على الذكر بطلان الوصية لو قال: أعطوه شاة من غنمي، ولا أنثى له، كما لو قال:

أعطوه شاة من غنمي، ولا غنم له، فإنّ الوصية باطلة؛ لفوات محلّها (5). 7.

ص: 260

1- العزيز شرح الوجيز 80:7-81، روضة الطالبين 148:5-149.

2- الأم 91:4، وعنه في البيان 229:8، والعزيز شرح الوجيز 80:7، وروضة الطالبين 148:5.

3- العزيز شرح الوجيز 81:7، روضة الطالبين 149:5.

4- العزيز شرح الوجيز 81:7، روضة الطالبين 149:5.

5- العزيز شرح الوجيز 81:7.

الأول: لو قال: أعطوه شاة من مالي، فإن لم يكن له غنم اشترى له ما يتناوله اسم الشاة من مال الموصي، بخلاف ما لو قال: من غنمي، ولا غنم له؛ لفوات محلّ الوصية، ولو كان له غنم أعطي واحدة منها يتناولها الاسم.

و هل للوارث أن يعطي ما يتناوله الاسم علي غير صفة غنمه بأن يشتري له شاة يتناولها الاسم ولا يكون من غنم الموصي؟ الأقرب: الجواز؛ لصدق الاسم عليها.

الثاني: لو قال: أعطوه غنما من مالي، فقد قلنا: إنّه يتخيّر الوارث لو كان للموصي غنم بين أن يعطيه من غنم الميت، وبين أن يشتري له من مال الميت، وليس له أن يشتري من مال نفسه؛ لأنّ الوصية تقيدت بالإضافة إليه، فليس له التخطّي.

وكذا لو لم يكن للموصي غنم، وجب أن يشتري من ماله، لا من مال الوارث.

أمّا لو قال: أعطوه شاة أو شيئا آخر، ولم يصف إليه، جاز للوارث أن يعطي من مال نفسه، كما له أن يقضي دين غيره.

الثالث: لو قال: اشترؤا له شاة، وله شياه، لم يعطه منها؛ لأنّه قيّد الوصية بالشراء، وهو يدلّ علي إرادة غير غنمه.

و هل يجوز أن يشتري معيبة؟ الأقرب: ذلك؛ لأنّا بيّنا صحّة تناول اللفظ لها، وكذا المريضة، وهو قول بعض الشافعية⁽¹⁾.

وقال بعضهم: لا يجوز أن يشتري معيبة؛ لأنّ إطلاق الأمر بالشراء.

ص: 261

1- التهذيب - للبغوي - 87:5، العزيز شرح الوجيز 81:7، روضة الطالبين 149:5.

يقتضي السليم، كما في التوكيل بالشراء(1).

الرابع: قد بيّنا صحّة تناول الشاة للذكر والأنثى إذا لم يكن هناك قرينة تدلّ علي التخصيص، ولو كان هناك قرينة تدلّ علي التخصيص حمل اللفظ عليه، فلو قال: أعطوه شاة يحتلبها، وجبت الأنثى، ولو قال: أعطوه كبشا أو تيسا أو شاة لينزيها علي غنمه، فالوصيّة بالذكر قطعاً، ولو قال:

أعطوه نعجة أو شاة يحتلبها أو ينتفع بدرّها ونسلها، فهي بالأنثى.

الخامس: الأطباء قد يقال لها: شياه البرّ، والثور الوحشي قد يسمّى شاة في اللغة(2)، لكن مطلق الوصيّة بالشاة لا تحمل عليهما؛ لأنّ استعمالها فيهما مجاز؛ لعدم سبق الفهم إليهما، وثبوت سبقه في غيرهما.

أمّا لو قال: أعطوه شاة من شياهي، وليس له إلاّ الأطباء، فالأقرب:

صرف الوصيّة إليها؛ صونا لللفظ عن الهذريّة.

و للشافعيّة و جهان(3).

مسألة 151: البعير و الجملة و الناقة أسماء تشمل السليم و المعيب و البخاتي و العراب.

واسم الجملة لا يطلق علي الأنثى، بل علي الذكر خاصّة.

وكذا الناقة لا تطلق علي الذكر، بل علي الأنثى من الإبل خاصّة، ولا تطلق علي الجملة.

و أمّا البعير فالأقرب: أنّه كالشاة، فمن جعلها شاملة للذكر والأنثى باعتبار كونها اسم جنس جعل البعير هنا شاملاً للذكر والأنثى؛ لأنّه اسم

ص: 262

1- التهذيب - للبغوي - 87:5، العزيز شرح الوجيز 81:7، روضة الطالبين 149:5.

2- كما في العزيز شرح الوجيز 81:7، و روضة الطالبين 149:5.

3- العزيز شرح الوجيز 81:7-82، روضة الطالبين 149:5.

جنس.

و للشافعية خلاف هناك(1).

ونصّ الشافعي أنّه لا يتناول الناقة، وينزل اسم البعير منزلة الجمل(2).

لكن الأظهر عند أصحابه: التناول؛ لأنّه اسم جنس في اللغة، والعرب تقول: صرعتني بعيري، و حلب فلان بعيره(3).

وقال بعض الشافعية: نصّ الشافعي علي الذكر فيما إذا عمّ العرف(4) باستعمال البعير بمعنى الجمل، والعمل بقضيّة اللغة إذا لم يعم(5).

واعلم أنّ اللفظ القابل لمعان متعدّدة يقتضي تخيير الوارث أو القرعة.

وتطلق هذه الألفاظ السابقة علي الصحيح والمريض والسليم والمعيّب والصغير والكبير.

ولو أوصي بما بلغ سنّا معيّنة، وجب.

ولو قال: أعطوه بنت مخاض، لم يجزئ إلّا ما كمل سنّه سنة.

و الأقرب: أنّه تجزئ بنت اللبن؛ [لأنّها](6) أعلي منها وأنفع علي إشكال.

مسألة 152: اسم الثور للذكر من البقر خاصّة،

و أمّا البقرة فالأقرب:

ص: 263

1- العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 149:5.

2- نهاية المطلب 166:11، البيان 230:8، العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 149:5-150.

3- نهاية المطلب 166:11، البيان 230:8، العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.

4- في العزيز شرح الوجيز «ينزل (تنزيل - روضة الطالبين) النصّ علي ما إذا عمّ العرف...».

5- العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.

6- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لأنّه». والظاهر ما أثبتناه.

أنّها لا تتناول الذكر من البقر - وهو أصحّ وجهي الشافعيّة (1) - قضاء للعرف الدالّ علي التخصيص بالأنثي.

والثاني: أنّها تتناول الذكر أيضا، كالشاة و الجمل، و التاء في البقرة للتوحيد، كقولنا: ثمرة وزبيبة (2)، و هو قول أبي حنيفة (3).

و كذا الخلاف في اسم البغلة (4).

و لو قال: أعطوه عشرة من الإبل أو البقر أو الغنم، جاز الذكر و الأنثي.

و لو قال: عشر أيتق أو بقرات، لم يعط الذكور، بل الإناث.

و لا فرق بعد التصريح بلفظ الأيتق و البقرات بين أن يقول: عشرا أو عشرة.

و عند الشافعيّة: إنّ هذا في البقرات جواب علي الصحيح، و هو أنّ البقرة للأنثي (5).

و لو قال: أعطوه عشرا من الإبل أو عشرة، جاز الذكر و الأنثي؛ لتناول الإبل النوعين.

و قال بعضهم: إنّهُ إن قال: عشرة، فهو للذكور، و إن قال: عشرا، فهو للإناث (6).

و لو قال: أعطوه رأسا من الإبل أو البقر أو الغنم، جاز الذكر و الأنثي.

مسألة 153: لو أوصي بكلب أو حمار،

فالأقرب: انصرافه إلي الذكور

ص: 264

- 1- نهاية المطلب 167:11، التهذيب - للبغوي - 88:5، العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.
- 2- نهاية المطلب 167:11، التهذيب - للبغوي - 88:5، العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.
- 3- التهذيب - للبغوي - 88:5، العزيز شرح الوجيز 82:7.
- 4- نهاية المطلب 167:11، التهذيب - للبغوي - 88:5، العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.
- 5- العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.
- 6- العزيز شرح الوجيز 82:7، روضة الطالبين 150:5.

من هذين الجنسين؛ لأنَّهم ميَّزوا فقالوا: كلب و كلبة و حمار و حمارة.

وقال بعض الشافعية: إنَّهما للجنس، وإنَّ هذا التمييز ليس مستمراً متقدراً في اللغة، ولذلك قال صاحب الصحاح: ربما قالوا للأتان:

حمارة(1)، فرواه رواية الشيء الغريب، و بتقدير استمراره فلا شك أنَّ العرف استمرَّ بخلافه(2).

وفيه منع.

ولو أوصي بكلبة أو حمارة أو أتان، فهو للأثنى خاصّة، ولا يتناول اسم الكلب الخنزير ولا بالعكس.

وقول الشيخ في غسل الأواني: إنَّه لو [ولغ](3) الخنزير في الإناء غسل ثلاثاً أولاً هنّ(4) بالتراب؛ لأنَّه قد يطلق علي الخنزير اسم الكلب(5)، ممنوع، ولو سلّم كان مجازاً لا يصحّ الحمل عليه عند الإطلاق.

تذنيب: قد بيّنا أنَّه يدخل في اسم الشاة الضأن والمعز، وكذا يدخل المعز في اسم الغنم، ولا يدخل الضأن في اسم المعز ولا بالعكس، علي إشكال من حيث اختلافهما في الاسم.

وأما البقر فيتناول الجواميس، ولهذا يدخل في نصب البقر، ويكمل بها نصابها، وهما من نوع واحد.

وقال بعض الشافعية: الجواميس لا تدخل في البقر، إلا إذا قال: من3.

ص: 265

1- الصحاح 2: 636 «حمر».

2- العزيز شرح الوجيز 7: 82، روضة الطالبين 5: 150.

3- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «لاغ». والصحيح ما أثبتناه.

4- في المصدر: «إحداهنّ» بدل «أولاهنّ».

5- الخلاف 1: 178، المسألة 133، و 186-187، المسألة 143.

بقري، وليس له إلاّ الجواميس، فوجهان عندهم كما تقدّم في الأطباء(1).

مسألة 154: الدابة في الوضع اللغوي الحقيقي اسم لكل ما يدب علي وجه الأرض،

ثمّ اشتهر استعماله في المركوب من البهائم، والوصيّة تنزل علي هذا الوضع الثاني.

فلو قال: أعطوه دابة، انصرف إلي الخيل والبغال والحمير، يعطي واحدا منها ذكرا أو أنثى؛ لأنّ الاسم في العرف يقع علي جميع ذلك، وبه قال الشافعي(2).

واختلف أصحابه:

فعن ابن سريج: أنّ الشافعي إنّما ذكر ذلك علي عادة أهل مصر في ركوبها جميعا، وباستعمال لفظ الدابة فيها، فأما في سائر البلاد فحيث لا يستعمل اللفظ إلاّ في الفرس لا يعطي إلاّ الفرس.

وعن أبي إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما: أنّ الحكم في جميع البلاد كما ذكر الشافعي(3).

إذا عرفت هذا، فإذا قال: أعطوه دابة من دوابي، وله الأجناس الثلاثة، تخير الوارث أو أقرع، ولو كان له جنسان فكذلك، ولو لم يكن له إلاّ جنس واحد تعين، ولو لم يكن له منها شيء بطلت الوصيّة؛ لفوات

ص: 266

1- العزيز شرح الوجيز 83:7، روضة الطالبين 150:5.

2- الأم 91:4، مختصر المزني: 143، الحاوي الكبير 235:8، المهذب - للشيرازي - 465:1، نهاية المطلب 168:11، الوسيط 440:4، حلية العلماء 114:6، التهذيب - للبغوي - 88:5، البيان 231:8، العزيز شرح الوجيز 83:7، روضة الطالبين 150:5.

3- الحاوي الكبير 235:8، المهذب - للشيرازي - 465:1، حلية العلماء 114:6، البيان 231:8، العزيز شرح الوجيز 83:7، روضة الطالبين 150:5 - 151.

و يدخل في لفظ الدابة الذكر والأنثى والسليم والمعيب والصغير والكبير.

هذا مع الإطلاق، فإن قرن بلفظه ما يخصّص اللفظ بأحدها، حمل عليه، فلو قال: أعطوه دابة للكرّ والفرّ والقتال، حمل علي الفرس، وكذا لو قال: دابة يقاتل عليها، أو يسهم لها من الغنيمة.

ولو قال: دابة ينتفع بظهرها ودّرّها، حمل علي الفرس والأنثى من الحمير عندنا؛ لأنّ لبنها مباح، وعند العامة تحمل علي الأنثى من الخيل خاصة (1).

وكذا لو قال: بظهرها ونسلها، حمل علي الأنثى من الخيل والحمير إجماعاً، وخرج منه البغال؛ لأنّه لا نسل لها ولا درّ، وكذا يخرج منه الذكور من الصنفين.

ولو قال: دابة يحمل عليها، حمل علي البغال والحمير، إلّا أن يكون في بلد جرت عادته بالحمل علي البراذين فيدخل الجميع.

ولو كان في بلد يعتاد فيه الحمل علي الإبل والبقر، جاز أن يعطي منهما، قاله بعض الشافعية (2).

ومنع باقيهم؛ لأنّا إذا نزلنا لفظ الدابة علي الأجناس الثلاثة لا ينتظم منّا حملها علي غير هذه الأجناس بأن نصفها بصفة أو نقيدها بقيد (3).

وليس بجيد؛ لأنّ عرف البلد بالنسبة إلي ذلك البلد يجري مجري 5.

ص: 267

1- التهذيب - للبغوي - 88:5، البيان 232:8، العزيز شرح الوجيز 83:7، روضة الطالبين 151:5.

2- العزيز شرح الوجيز 83:7، روضة الطالبين 151:5.

3- العزيز شرح الوجيز 83:7، روضة الطالبين 151:5.

مسألة 155: تجوز الوصية بكل حيوان مملوك ينتفع به منفعة مقصودة في نظر الشرع

وإن [كان غير مأكول اللحم، تبعاً للانتفاع به ولو بجلده] (1)، كما في السباع عند من جَوَّز بيعها، وعند غيره إشكال أقرب: الجواز أيضاً، أمّا ما لا منفعة له كالحشرات فلا تجوز الوصية بها، كما لا يجوز تملكها.

القسم الثاني: في الوصية بالرقيق.

مسألة 156: اسم الرقيق يتناول بالوضع الصغير والكبير والسليم والمعيب والمسلم

و الكافر والذكر والأنثى والخنثى.

إذا ثبت هذا، فإن قال: أوصيت له برأس من رقيقي، أو قال: أعطوه رأساً من رقيقي، فإن لم يكن له رقيق يوم الوصية ولا حدث من بعد، فالوصية باطلة؛ لفوات محلّها.

وكذا لو قال: أعطوه عبدي الحبشي، أو العبد الذي صفته كيت وكيت، ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية ولا حدث بعده.

ولو حدث له أرقاء بعد الوصية، تعلّقت الوصية بها.

وللشافعية الوجهان السابقان في أنّ الاعتبار بيوم الوصية أو بيوم الموت؟ (2).

وعليهما يخرج ما إذا كان له أرقاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده، فإنّ للوارث أن يعطيه رقيقاً من الحادثين بعد الوصية.

ص: 268

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجريّة: «كانت غير مأكولة... بها ولو بجلدها». والمثبت يقتضيه السياق.

2- التهذيب - للبغوي - 87:5، العزيز شرح الوجيز 84:7، روضة الطالبين 5: 151.

و للشافعية قولان(1).

و لو لم يكن له إلا رقيق واحد، وقال: أعطوه رأسا من رقيقي، صحّت الوصية، وأعطى ذلك الرأس، سواء تجدد له غيره أو لا.

و للشافعية وجهان، أظهرهما عندهم: صحة الوصية، و الثاني:

البطلان(2).

و إذا كان له أرقاء، أعطاه الوارث من شاء منهم.

و يجوز أن يعطي الخنثي؛ لوقوع الاسم عليه، و هو أصحّ وجهي الشافعية، و الثاني: المنع؛ لانصراف اللفظ إلي الغالب المعهود، و شبّهوا ذلك بما لو أوصى بدابة تنصرف إلي المعهود، دون ما يدبّ علي وجه الأرض(3).

و لا يجوز أن يعطي غير أرقائه بدلا لا برضا الموصي له و لا بدون رضاه.

أمّا بدون رضاه: فظاهر.

و أمّا معه: فلا نّ حقّه غير متعيّن، و المصالحة عن المجهول غير جائزة.

مسألة 157: لو كان له أرقاء فأوصى بواحد منهم فماتوا أو قتلوا قبل موت الموصي،

بطلت الوصية؛ لفوات محلّها، و لو بقي واحد منهم تعيّن ذلك الواحد للوصية، و كذا لو اعتقهم إلا واحدا، و ليس للوارث أن يمسك

ص: 269

1- التهذيب - للبغوي - 87:5، العزيز شرح الوجيز 84:7، روضة الطالبين 5:151.

2- العزيز شرح الوجيز 84:7، روضة الطالبين 5:151.

3- العزيز شرح الوجيز 84:7، روضة الطالبين 5:152.

الذي بقي و يدفع إليه قيمة واحد من المقتولين.

وإن قتلوا بعد موته وبعد قبول الموصي له، انتقل حق الوصية إلى القيمة، فيصرف الوارث قيمة من شاء منهم إليه.

و لو قتلوا بعد الموت وقبل القبول، فكذا إن قلنا بالوقف، أو قلنا:

تملك الوصية بالموت، وإن قلنا: إنها تملك بالقبول، بطلت الوصية.

وإن مات واحد منهم أو قتل بعد موت الموصي و [قبول] (1) الموصي له، فللوارث التعيين فيه حتي يجب التجهيز علي الموصي له، و تكون القيمة له إذا قتل.

وإن كان ذلك بعد الموت وقبل القبول، فكذا إن قلنا بالوقف، أو قلنا: تملك الوصية بالموت، وإن قلنا: تملك بالقبول، أعطي واحدا من الباقيين، كما لو كان ذلك قبل موت الموصي.

تذنب: لو أوصي له برأس من رقيقه ثم أعنتهم بأسرهم و مات و لا رقيق له، بطلت الوصية، سواء خرجوا من الثلث أو لا.

أما مع الخروج: فظاهر؛ لأنه تصرف بما يبطل الوصية.

و أما إذا لم يخرجوا: فلا لأنه بعنته قصد الرجوع عن الوصية.

مسألة 158: لو أوصي برقيق من ماله و لم يصف

مسألة 158: لو أوصي برقيق من ماله و لم يصف (2) إلي أرقائه،

فإن لم يكن له رقيق، اشترى من ماله رقيق و دفع إلي الموصي له.

وإن كان له رقيق، تخير الوارث بين أن يعطيه رقيقا واحدا منها، و بين أن يشتري له ما شاء من الأرقاء؛ لأن اللفظ يتناولهما، فكما يتخير الوارث في التعيين بين الأفراد الشخصية من الأرقاء لو أضاف إلي أرقائه و كان له،

ص: 270

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «قبل». و الصحيح ما أثبتناه.

2- في الطبعة الحجرية: «و لم يصفه».

كذا يتخيّر في التعيين بين الأفراد النوعيّة، حيث كان اسم المال منطلقا علي ما يشتري له وعلي الموجود عنده.

ولو قال: اشتروا له مملوكا، فالوجه: وجوب الشراء، ولا يجزئ الواحد من أرقائه.

ويجوز شراء المعيب علي الأقوي.

وقد تقدّم (1) الخلاف في الشاة لو قال: اشتروا له شاة.

ولو قال: أعطوه رأسا، ولم يقل: من مالي، صحّت الوصيّة، وكان بمنزلة ما لو قال: من مالي؛ لأنّه المراد ظاهرا، وهو أحد وجهي الشافعيّة، والثاني: تبطل، والمذهب عندهم: الأوّل؛ عملا بالظاهر (2).

مسألة 159: إذا قال: أعطوه عبدا،

انصرف إلي الذكر، ولا يعطي أمة ولا خنثي مشكلا.

ولو قال: أعطوه أمة، لم يعط عبدا ذكرا ولا خنثي مشكلا، وهو أحد وجهي الشافعيّة، والثاني: أنّه يجوز إعطاء الخنثي (3).

ولو قال: رأسا من رقيقي، أعطي الوارث من شاء من الثلاثة علي ما تقدّم، إلّا أن يأتي بقرينة تصرفه إلي معيّن منها، كما لو قال: أعطوه رقيقا يقاتل أو يخدمه في السفر، فإنّه يحمل علي العبد.

ولو قال: رقيقا يستمتع به أو يحضن ولده، فهو كما لو قال: أمة.

ولو قال: رقيقا يخدمه، فهو كما لو أطلق.

ص: 271

1- في ص 261، الفرع الثالث.

2- التهذيب - للبغوي - 87:5، وفيه بطلان الوصيّة، العزيز شرح الوجيز 85:7، روضة الطالبين 152:5.

3- في العزيز شرح الوجيز 85:7، وروضة الطالبين 152:5 ورد الوجهان فيما إذا كان الخنثي واضحا لا مشكلا.

إشارة

وفيه مباحث:

البحث الأول: في الوصية بالعتق.

مسألة 160: العتق من أفضل العبادات الشرعية.

قال الله تعالى: وَمَا أَذْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ * فَكُّ رَقَبَةٍ (1).

وروي العامة عن رسول الله صلى الله عليه و اله قال: «من أعتق رقبة أعتق الله بكلّ عضو منها عضوا له من النار» (2).

و من طريق الخاصة: عن الصادق عليه السلام - في الصحيح - أنّه قال في الرجل يعتق المملوك، قال: «يعتق بكلّ عضو منه عضو من النار» قال:

«و يستحبّ للرجل أن يتقرّب عشية عرفة و يوم عرفة بالعتق و الصدقة» (3).

و عن النبيّ صلى الله عليه و اله أنّه قال: «من أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضو له عضوا من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكلّ عضوين منها عضوا من النار، لأنّ المرأة نصف الرجل» (4).

إذا عرفت هذا، فالوصية به من أشدّ الوصايا فضلا، و هي ماضية من الثلث، إلّا أن يكون عتقا واجبا بنذر لزمه في صحّته أو كفارة لزمته، فإنّها تمضي من الأصل؛ لأنّه كالدين.

مسألة 161: إذا قال: أعتقوا عني عبدا،

عتق عنه ما يقع عليه الاسم؛

ص: 272

1- سورة البلد: 12 و 13.

2- المسند - للحميدي - 338:2-767/339، مسند أحمد 5:16576/88، و 19126/552، صحيح مسلم 2:22/1147، المعجم الكبير - للطبراني - 6:5839/157، السنن الكبرى - للبيهقي - 10:272.

3- الكافي 6:1/180، التهذيب 8:768/216.

4- الكافي 6:3/180، التهذيب 8:770/216.

عملاً- بمقتضى اللفظ الدالّ علي المطلق، فهو كما لو قال: أعطوا فلانا رقيقاً، وهو أظهر وجهي الشافعيّة، والثاني لهم: أنّه لا يعتق إلاّ من يجزئ في الكفّارة؛ لأنّ للشرع عرفاً معلوماً في العتق، فينزل لفظ الموصي عليه، بخلاف العطايا والتمليكات، فإنّه لا عرف للشرع فيها خاصاً(1).

ولو قال: اشتروا بثلي عبداً وأعتقوه عنيّ، ففعل الوارث ثمّ ظهر عليه دين مستغرق، فالوجه: بطلان العتق والشراء والوصيّة؛ لأنّ الوارث تصرف في التركة مع قيام الدين المستغرق، فيكون باطلاً.

وقالت الشافعيّة: إن اشتراه في الذمّة وقع عنه، ولزمه الثمن، ويكون العتق عن الميت؛ لأنّه أعتق عنه، وإن اشتراه بعين التركة بطل الشراء(2).

ولهم تفصيل في تصرف الوارث في التركة مع قيام الدين ذكروا فيه وجهين، وعلي تقدير البطلان لهم خلاف في أنّه إذا تصرف ثمّ ظهر دين، تبيّن البطلان أم لا(3).

مسألة 162: إذا قال: أعتقوا عني رقاباً،

أو اشتروا بثلي مالي رقاباً وأعتقوهم، حمل الجمع علي أقلّه، وهو ثلاثة، فينظر إن أمكن شراء ثلاث رقاب فصاعداً بثلثه فعل، والاستكثار مع الاسترخاض أولي من الاستقلال مع الاستغلاء، فلو كان هناك خمس رقاب قليلة القيمة يمكن شراؤهم بالثلث كان أولي من شراء أربع كثيرة القيمة؛ لما فيه من تخليص رقبة زائدة عن الرقّ.

ص: 273

1- المهذّب - للشيرازي - 464:1، الوجيز 275:1، الوسيط 441:4، البيان 8: 225، العزيز شرح الوجيز 85:7، روضة الطالبين 152:5.

2- نهاية المطلب 183:11، البيان 8: 226-227، العزيز شرح الوجيز 85:7، روضة الطالبين 153:5.

3- العزيز شرح الوجيز 85:7، روضة الطالبين 153:5.

ولا يجوز صرف الثلث إلى رقتين أو رقبة مع إمكان الثلاث فما زاد، فإن صرفه في اثنتين أو واحدة مع إمكان الثلاث أو الأربع، احتمال بطلان الشراء والعق؛ لأنه خالف مقتضى الوصية فلا يتعذر.

وقال بعض الشافعية: لو اشترى الوصي رقتين مع إمكان شراء ثلاث رقاب، ضمن ثلث ما نفذ فيه الوصية أو أقل ما يجد به رقبة علي خلاف بينهم فيه⁽¹⁾.

ولو لم يمكن شراء ثلاث رقاب بالثلث، نظر فإن لم يوجد به إلا رقيقان اشترىا وعقما، ولو أمكن شراء رقتين و جزء من ثلاثة اشترى الرقتان.

وهل يجب شراء الزائد عليهما؟ كلام الشيخ رحمه الله يشعر بعدم الوجوب؛ لأنه قال: يجب شراء ثلاث رقاب ويعتقون؛ لأنه أقل الجمع، فإن قصر الثلث عن ثلاثة وزاد علي اثنتين جعل الرقتين أكثرهما ثمنًا، ولا يفضل شيئًا، ثم قال: وفي الناس من قال: يجعل في عبيد وفي جزء من ثالث، وروي أصحابنا أنه إذا أوصى بعق عبد بثمن معلوم فوجد بأقل منه، أعطي البقية ثم أعتق⁽²⁾.

وقال في الخلاف: ينبغي أن يشتري بالثلث ثلاثة فصاعدا؛ لأنهم أقل الجمع، فإن لم يبلغ وبلغ اثنين فصاعدا أو جزء⁽³⁾ من الثالث، فإنه يشتري الاثنان ويعتقان ويعطيان البقية؛ لإجماع الفرق، فإن هذه منصوصة لهم⁽⁴⁾.6.

ص: 274

1- العزيز شرح الوجيز 86:7، روضة الطالبين 5:153.

2- المبسوط - للطوسي - 4:22.

3- في المصدر: «و بلغ اثنين و جزءا».

4- الخلاف 4:145-146، المسألة 16.

والمعتمد: وجوب شراء جزء من الثالثة إن أمكن؛ لأنه أوصي بصرف الثلث إلى الرقاب، وأقله ثلاثة، وبالجزء الثالث يتحقق الجمع؛ لأنه يستسعي ويكمل عتقه فيتعين، بخلاف ما وردت به الرواية من إعطاء العبد الفاضل (1) صحيح مسلم 1: 136/89 (2)؛ لأن الوصية هناك بعق عبد وقد عمل بمقتضاها بقدر الإمكان، بخلاف صورة النزاع.

وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني لهم: لا يشتري الزائد؛ لأن الشقص ليس برقبة، فصار كما لو قال: اشتروا بثلثي رقبة وأعتقوه، فلم يجدوا به رقبة، لا يشتري الشقص، ولأن نفاسة الرقبة أمر مرغوب فيه؛ لما روي عنه صلى الله عليه واله أنه سئل عن أفضل الرقاب، فقال: «أكثرها ثمنا وأنفسها عند أهلها» (2) فنراعيها إذا لزمتنا محذور التشقيص.

وهذا الثاني أظهر عند الشافعية وأظهر قولي الشافعي (3).

فعلي قولهم بعدم شراء الشقص تشتري رقبتان نفستان يستغرق ثمنهما الثلث، فإن فضل عن أنفس رقتين وجدتا بطلت الوصية فيه عندهم، ويرد علي الورثة (4).

وإن قلنا: يشتري الشقص، فذاك إذا وجد شقص يشتري بالفاضل وزاد علي ثمن أنفس رقتين شيء، أما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل 5.

ص: 275

1- راجع: الهامش

2- من ص 274.

3- الحاوي الكبير 8: 241-242، نهاية المطلب 11: 182، الوجيز 1: 275، حلية العلماء 6: 111، البيان 8: 227، العزيز شرح الوجيز 7: 86، روضة الطالبين 5: 153.

4- نهاية المطلب 11: 181-182، البيان 8: 227، العزيز شرح الوجيز 7: 86، روضة الطالبين 5: 153.

إمّا لقلّته أو لفقدان الشقص، فتشتري رقبتيان نفستان، فإن فضل شيء عن أنفس رقبتيين وجدناهما، بطلت الوصية فيه عندهم(1).

وفيه وجه لهم: أنّه يوقف إلي أن يوجد شقص(2).

فإن لم يزد علي أنفس رقبتيين شيء، بل أمكن شراء رقبتيين نفستين و أمكن شراء خسيستين و شقص من ثلاثة، فأَيّ الطريقين أولي عندهم؟ فيه لهم وجهان:

أحدهما: الأول؛ لمعني النفاسة.

و ثانيهما: الثاني؛ لما فيه من كثرة العتق(3).

و لو كان لفظ [الموصي](4): «اصرفوا ثلثي إلي العتق» فلا خلاف في أنّا نشترى الشقص.

و لو قال: اشتروا عبدا بألف و أعتقوه، فلم يخرج الألف من ثلثه، و أمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج، فيشتري و يعتق قطعاً، كما لو أوصي بإعتاق عبد فلم يخرج جميعه من الثلث، يقتصر علي إعتاق القدر الذي يخرج، و به قال الشافعي(5).

و قال أبو حنيفة: لا يشتري، و تبطل الوصية(6).4.

ص: 276

1- العزيز شرح الوجيز 86:7، روضة الطالبين 153:5.

2- العزيز شرح الوجيز 86:7، روضة الطالبين 153:5.

3- العزيز شرح الوجيز 86:7، روضة الطالبين 153:5-154.

4- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

5- الحاوي الكبير 242:8، العزيز شرح الوجيز 86:7، روضة الطالبين 154:5، المغني 574:6، الشرح الكبير 512:6.

6- المغني 574:6، الشرح الكبير 512:6، الحاوي الكبير 242:8-243، العزيز شرح الوجيز 86:7، و ينظر: المبسوط - للسرخسي -

16:28، وبدائع الصنائع 393:7، والهداية - للمرغيناني - 246:4.

مسألة 163: لو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي،

لم يفتقر إلي قبول العبد؛ لأنّ العتق وإن تضمّن حقّاً للعبد فإنّ فيه حقّاً لله تعالى قوياً، فأشبهه الوصيّة للجهات العامّة، كبناء المساجد و عمارة القناطر وإعانة الحاجّ والزائرين.

و لو قال: أوصيت له بركبته، فهي وصيّة صحيحة يقصد بها الإعتاق.

و هل يفتقر في هذه إلي قبول العبد؟ الوجه: العدم؛ لأنّه في المعني بمنزلة قوله: أعتقوا عبدي، وهو أحد وجهي الشافعيّة، والأصحّ عندهم:

أنّه يفتقر إلي القبول؛ لاقتضاء الصيغة القبول، فصار كما لو قال لعبده:

وهبت منك نفسك، أو ملكتك نفسك، فإنّه يحتاج إلي القبول في المجلس(1).

و أبو حنيفة وافقنا علي عدم الاحتياج إلي القبول في شيء من هذه الصّور(2).

و لو قال: وهبت منك(3) نفسك، لا علي جهة التملك، بل نوي به العتق، عتق من غير قبول عند الشافعيّة(4).

و عندي الأقرب: البطلان؛ لأنّ الاتّهاب لم يقصده، و العتق لم يأت بصيغته.

مسألة 164: إذا قال: إذا متّ فأعتقوا ثلث عبدي،

أو قال: ثلث عبدي حرّ إذا متّ، قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: يعتق عنه ذلك الشقص، ولا يقوم

ص: 277

1- نهاية المطلب 255:11، الوجيز 279:1، الوسيط 469:4، العزيز شرح الوجيز 135:7، روضة الطالبين 189:5.

2- العزيز شرح الوجيز 135:7.

3- كلمة «منك» لم ترد في العزيز شرح الوجيز و روضة الطالبين.

4- العزيز شرح الوجيز 135:7، روضة الطالبين 189:5.

عليه نصيب شريكه وإن كان غنياً (1)، واختاره ابن إدريس (2)، وبه قال الشافعي؛ لأنّ إعتاق بعض الرقيق إنّما يسري إلي الباقي إذا كان المعتق مالكا للباقي أو يكون موسرا، وإذا مات زال ملكه عن الباقي وعن سائر أملاكه، فلا هو حال العتق مالك للباقي ولا موسر بقيمته، بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده، فإنّه يسري إلي الباقي إذا وفي الثلث به؛ لأنّه مالك للباقي (3).

و لرواية عقبة بن خالد (4) عن الصادق عليه السّلام، قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له، ليس له غيره، فأبي الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق منه إلّا ثلثه» (5).

و روي أحمد بن زياد عن أبي الحسن عليه السّلام، قال: سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله ممالك لخاصّة نفسه و له ممالك بشركة رجل آخر، فيوصي في وصيّته: ممالكي أحرار، ما حال ممالكه الذين في الشركة؟ فكتب: «يقومون عليه إن كان ماله يحتمله فهم أحرار» (6).

و يمنع صحّة السند؛ فإنّ الشيخ قال: أحمد بن زياد واقفي (7).

مسألة 165: لو كان له ثلاثة عبيد متساوية القيمة و لا شيء له غيرهم،

فأعتق في مرض الموت ثلث كلّ واحد منهم، فقال: أثلاث هؤلاء أحرار،

ص: 278

1- المبسوط - للطوسي - 57:6.

2- ينظر: السرائر 15:3.

3- العزيز شرح الوجيز 135:7، روضة الطالبين 189:5.

4- في المصدر: «عليّ بن عقبة».

5- تقدّم تخريجه في ص 233، الهامش (1).

6- الكافي 17/20:7، التهذيب 222:9-872/223.

7- رجال الطوسي: 22/343.

أو ثلث كل واحد حرّ، عمل بمقتضى الوصية، فيعتق من كل عبد ثلثه؛ لأنها وصية سائغة بقدر الثلث، فلا يجوز تبديلها، وهو أحد وجهي الشافعية.

و الأصحّ عندهم: أنّه يقرع بينهم لتجتمع الحرية في واحد، فإن عتق المالك لا يتجزأ، وإعتاقه بعض مملوكه كإعتاقه جميعه، فكأنّه قال: أعتقت هؤلاء، ولو قال ذلك لأفرعنا بسهم حرّ وسهمي رقّ، فمن خرج له سهم العتق عتق، فكذا هنا(1). وفيه نظر.

أمّا لو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حرّ، فهو كما لو قال: أعتقتكم أو أعتقت واحدا منكم، فيقرع بينهم، ولا يجيء فيه الوجهان عند أكثر الشافعية(2).

وقال بعضهم: يجيء الوجهان، وجعل الصيغتين كما لو قال: أثلاث هؤلاء أحرار(3).

ولو أضاف إلي الموت، فقال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد منهم، فيعتق من كل واحد منهم ثلثه، ولا يقرع - وبه قال الشافعي(4) - لأنّ العتق بعد الموت لا يسري.0.

ص: 279

1- التهذيب - للبغوي - 374:8، العزيز شرح الوجيز 135:7-136، روضة الطالبين 189:5.

2- العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 189:5.

3- التهذيب - للبغوي - 374:8، العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 189:5.

4- التهذيب - للبغوي - 374:8، العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 190:5.

نعم، لو زاد ما أعتق علي الثلث، فيقرع لردّ الزيادة، لا للسراية، وبه قال بعض الشافعية(1).

وقال بعضهم: إنّه يقرع، كما لو نجّز في مرض الموت، فمن خرج له سهم العتق عتق، ورقّ الآخرا(2).

و الصحيح عندهم: الأوّل(3).

وفّرّع بعضهم عليه، فقال: لو قال للأعبد الثلاثة: النصف من كلّ واحد منكم حرّ بعد موتي، فقد أعتق نصف ماله، فإن لم يجر الورثة أقرع بين العبيد بسهم رقّ وسهمي عتق، فالذي أصابه سهم الرقّ يرقّ، واللذان أصابهما سهم العتق يعتق من كلّ واحد منهما نصفه، ولا يسري(4).

ولو أعتق الأنصاف في مرضه، فمن عتق منه شيء لا بدّ أن يسري إلي باقيه إلي أن يتمّ الثلث، فيقرع بينهم بسهمي رقّ وسهم عتق، فمن خرج له سهم العتق عتق كلّ، وهو ثلث المال.

ولو لم يكن إلاّ عبدان قيمتهما سواء، فقال: نصف غانم حرّ وثلث سالم حرّ بعد موتي، فقد أعتق خمسة أسداس العبد، وليس له إلاّ إعتاق ثلثي عبد، فيقرع بينهما لردّ الزيادة، فإن خرج سهم العتق لغانم عتق نصفه و سدس الآخر ليتّم الثلث، وإن خرج لسالم عتق ثلثه وعتق ثلث غانم.

وإن أعتق نصف كلّ واحد منهما في مرضه، أقرع بينهما، فمن خرج5.

ص: 280

1- العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 190:5.

2- التهذيب - للبغوي - 374:8، العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 190:5.

3- كما في العزيز شرح الوجيز 136:7، وروضة الطالبين 190:5.

4- التهذيب - للبغوي - 374:8-375، العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 190:5.

له سهم العتق عتق ثلثاه، ورقّ باقيه مع جميع الآخر.

وهذا كلّ مفروض فيما إذا أعتق الأبعاض معا بأن قال: أثلاث هؤلاء أحرار، أو نصف كلّ واحد حرّ، فأما إذا قدّم وآخر، فيقدّم الأسبق فالأسبق، حتي لو قال: نصف غانم حرّ وثلث سالم حرّ، يعتق من غانم ثلثاه، ولا قرعة، وبه قال الشافعي(1).

مسألة 166: قد بينّا أنّ الوصيّة تعتبر من الثلث،

فتمضني فيه خاصّة، وكذا التبرّعات الصادرة في مرض الموت علي الأقوي.

إذا عرفت هذا، فإذا وجد تبرّعان فصاعداً، فإن اتّسع لها الثلث خرجت(2) بأسرها، وإن ضاق فإن كانت منجّزة - كالعتق والإبراء والوقف و الصدقة والهبة مع الإقباض والمحابة في العقود - فأما أن ترتّب أو توجد دفعة، فإن ترتّبت قدّم الأول منها فالأول إلي أن تستغرق الثلث، فإذا تمّ الثلث وقف(3) الباقي علي إجازة الورثة، فإن أجازوه أخرجت بأسرها، وإن أجازوا بعضها أخرج البعض الزائد وبطل الباقي.

ولو أجاز بعضهم في بعض الزائد أو في الجميع، اختصّ بالحكم فيه.

ولا فرق بين أن يكون المتقدم والمتأخّر من جنس واحد أو جنسين، ولا إذا كانا من جنسين بين أن تتقدّم المحابة علي العتق أو يتقدّم العتق علي المحابة - وبه قال الشافعي(4) - لأنها عطية منجّزة لازمة، فلا يساويها

ص: 281

1- التهذيب - للبغوي - 375:8، العزيز شرح الوجيز 136:7، روضة الطالبين 190:5.

2- الظاهر: «أخرجت».

3- في «ص»: «أوقف».

4- البيان 171:8، العزيز شرح الوجيز 56:7، روضة الطالبين 130:5، المغني 526:6، الشرح الكبير 320:6-321.

ما بعدها، كما لو تقدّم العتق أو ترتبت محابيات.

وقال أبو حنيفة: إذا تقدّمت المحاباة علي العتق يسوّي بينهما، ويقسّم الثّلت عليهما (1).

وإذا وجدت دفعة واحدة، فإنّما أن يتّحد الجنس أو يختلف، فإن اتّحد كما إذا أعتق عبيده فقال: أعتقتكم، أو وهب عبيدا من جماعة أو أبرأ جماعة دفعة، لم يقدّم البعض علي البعض؛ لعدم الأولوية.

إذا عرفت هذا، فالفرق بين العتق وغيره أنّ [في] غير العتق يقسّط الثّلت علي الجميع باعتبار القيمة علي ما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل، وفي العتق يقرع بين العبيد، ولا تفرّق الحرّية - وبه قال الشافعي (2) - لما رواه العامة عن عمران بن حصين أنّ رجلا أعتق ستّة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله صلّي الله عليه واله فجزّاهم أثلاثا ثمّ أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة (3).

ومن طريق الخاصّة: ما رواه محمّد بن مروان عن الشيخ: «أنّ أبا جعفر مات وترك ستّين مملوكا فأعتق ثلثهم، فأقرعت بينهم وأعتقت 3.

ص: 282

1- كذا نقله عنه الرافعي في العزيز شرح الوجيز 56:7، وفي مختصر اختلاف العلماء 2156/16:5، ومختصر القدوري: 243، والمبسوط - للسرخسي - 133:28، وروضة القضاة 3885/689:2، وبدائع الصنائع 373:7، والهداية - للمرغيناني - 245:4، والاختيار لتعليق المختار 102:5، والبيان 171:8، والمغني 526:6، والشرح الكبير 321:6: المحاباة مقدّمة علي العتق، كما يأتي في ص 285 و 290-291 نقله عنه.

2- الوسيط 425:4، التهذيب - للبغوي - 374:8، البيان 171:8، العزيز شرح الوجيز 56:7، روضة الطالبين 130:5، صحيح مسلم بشرح النووي 140:11.

3- صحيح مسلم 1668/1288:3، سنن أبي داود 3958/28:4، سنن الترمذي 1364/645:3.

ولأنَّ الغرض من الإعتاق تخليص الشخص من الرقِّ ليكمل حاله، وهذا الغرض لا يحصل مع التشقيص؛ لبقاء أحكام الرقِّ، وأمَّا الغرض من الهبة وشبهها فهو التملك، والتشقيص لا ينافيه، ولأنَّ في قسمة العتق عليهم إضراراً بالورثة والميت والعبيد علي ما يأتي، بخلاف غيره.

وقال أبو حنيفة: لا يقرع بينهم، بل يعتق من كل واحد منهم ثلثه، ويستسعي في الباقي(2).

وإن اختلف الجنس بأن وكل بكل تبرع وكيلًا فتصرفوا دفعة واحدة، فإن لم يكن فيها عتق بسط الثلث علي الكل باعتبار القيمة؛ لأنَّهم تساوا في الاستحقاق، فقسّم بينهم علي قدر عطاياهم وحقوقهم، كغرماء المفلس.

وإن كان فيها عتق وغيره، قال الشيخ رحمه الله: يقدّم العتق(3)، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن أحمد؛ لتأكّده، [و الثانية](4): يقسّط علي الجميع؛ لأنَّها حقوق تساوت في استحقاقها فتساوت في تنفيذها، كما لو كانت من جنس واحد؛ لأنَّ استحقاقها حصل في حالة واحدة(5).

وإن كانت التبرّعات منجّزة وترتّب بعضها علي بعض في الذكر6.

ص: 283

1- الفقيه 4: 555/159، التهذيب 9: 864/220، وفي الكافي 7: 11/18: «... وأخرج التلث».

2- التهذيب - للبغوي - 8: 374، العزيز شرح الوجيز 7: 56، صحيح مسلم بشرح النووي 11: 140.

3- المبسوط - للطوسي - 4: 48.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «الثاني». والصحيح ما أثبتناه.

5- العزيز شرح الوجيز 7: 57، روضة الطالبين 5: 130، المغني 6: 527، الشرح الكبير 6: 321.

و كانت مختلفة أو متفقة، فإنّ السابق مقدّم علي ما بعده - وبه قال الشافعي وأحمد(1) - لأنّ العطايا المنجزة لازمة في حقّ المعطي، فإذا كانت خارجة من الثلث فقد لزمّت في حقّ الورثة أيضا، فلم تشاركها الثانية، ولأنّ الثانية لو شاركتها لكان ذلك يمنع لزومها في حقّ المعطي؛ لأنّه يملك أن يرجع عنها بعطيّة أخرى، بخلاف الوصايا؛ لأنّها ليست لازمة في حقّه.

وقال أبو حنيفة: هما سواء؛ لأنّهما عطيتان من الثلث من جنس واحد، فكانتا سواء كالمؤخرتين(2).

وليس بجيد؛ لأنّهما عطيتان منجّرتان من الثلث، فإذا عجز الثلث عنهما كانت السابقة أولى، كما لو حاباه ثمّ وهب.

وأما المؤخرتان فعندنا أنّه يقدّم السابق منهما.

وأما عند الشافعية فالفرق: أنّهما استويا في حال لزومهما، بخلاف المنجّرتين(3).

وإذا كانت العطايا المنجزة مترتبة، فالسابق أولى من أيّ جنس كان علي خلاف سبق(4) في العتق.

ولو كان بعضها واجبا، كان أولى بالتقديم(5) وإن تأخر.

والشافعي وأحمد وافقانا علي تقديم السابق، وكذا زفر(6). -

ص: 284

1- العزيز شرح الوجيز 56:7، روضة الطالبين 130:5، المغني 526:6، الشرح الكبير 320:6-321.

2- المغني 526:6، الشرح الكبير 321:6.

3- المغني 526:6، الشرح الكبير 321:6.

4- آنفا.

5- في «ر، ل»: «بالتقدّم».

6- البيان 171:8، العزيز شرح الوجيز 56:7، روضة الطالبين 130:5، المغني -

وقال أبو حنيفة: إن كان السابق المحابة، قدّمت علي العتق، وإن كان السابق العتق، سوّي بينه وبين المحابة، فلو حابي ثمّ أعتق ثمّ حابي، كان للأوّلة نصف الثلث، والباقي بين العتق والمحابة الثانية؛ لأنّ المحابة حقّ الآدمي علي وجه المعاوضة، فكان مقدّما، كما لو أقرّ بالدين، فإذا تقدّمت كانت أولي، وإذا تقدّم العتق كان له قوّة السبق فساوي قوّة المحابة فاستويا(1).

وليس بجيّد؛ لأنّهما عطيتان مترتبتان، فقدّم السابق منهما، كما لو سبقت المحابة.

وما قاله ليس بصحيح؛ لأنّ منزلة المحابة منزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة لم تكن من الثلث، وما قاله من السبق يبطل بما إذا أعتق ثمّ أعتق.

وقال أبو يوسف ومحمّد: يقدّم العتق، تقدّم أو تأخّر؛ لأنّه أكد من المحابة، لأنّه لا يلحقه الفسخ، بخلافها، وتفرّعها عليه إذا تقدّم العتق(2).

وإن كانت التبرّعات متعلّقة بالموت، كالوصايا والتدبير، فعندنا يقدّم السابق في الذكر إلي أن يستوفي الثلث، ويكون النقص داخلا علي الأخير؛ لأنّ السبق دليل شدة العناية.

وما رواه حمّان عن الباقر عليه السّلام: في رجل أوصي عند موته: أعتقوا6.

ص: 285

1- تقدّم تخريجه ممّا عدا العزيز شرح الوجيز في الهامش (1) من ص 282.

2- مختصر اختلاف العلماء 5: 2156/16، مختصر القدوري: 243، المبسوط - للرخسي - 28: 133، روضة القضاة 2: 3885/689، بدائع الصنائع 7: 373، الهداية - للمرغيناني - 4: 245، الاختيار لتعليل المختار 5: 102، المغني 6: 526، الشرح الكبير 6: 321.

فلانا وفلانا حتي ذكر خمسة فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة الممالك الذين أمرهم بعثتهم، قال: «يقوموا وينظروا إلي ثلثه فيعتق منهم أول من سمي ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان ذلك في الذين سماهم أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، ولا يجوز له ذلك»(1).

وقال الشافعي: لا يقدم عتق عبد علي عتق غيره، ولا من غير العتق تبرع علي غيره وإن تقدم بعض الوصايا وتأخر بعضها، بل في العتق يقرع، وفي غيره يقسط الثلث علي الكل باعتبار القيمة(2).

وفي العتق في هذا القسم وجه له: أنه لا يقرع، بل يقسط الثلث عليهم، وإنما القرعة من خاصية العتق المنجز(3).

هذا إذا أطلق الوصية، أما إذا قال: أعتقوا سالما بعد موتي ثم غانما، أو ادفعوا إلي زيد مائة ثم إلي عمرو، فيقدم ما قدمه عندنا وعنده(4).

وإذا اجتمع في هذا القسم العتق وغيره، فله [قولان]:

أحدهما(5): يقدم العتق؛ لأنه أقوى، لتعلق حق الله وحق الآدمي به، ولأن له سراية وقوة ليست لغيره.

وأصحهما عنده: التسوية؛ لأن وقت لزوم الجميع واحد(6).0.

ص: 286

1- الكافي 7: 15/19، الفقيه 4: 545/157، التهذيب 9: 867/221.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 56-57، روضة الطالبين 5: 130.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 57، روضة الطالبين 5: 130.

4- العزيز شرح الوجيز 7: 57، روضة الطالبين 5: 130.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية والحجيرية: «أقوال أحدها». والمثبت هو الصحيح.

6- التهذيب - للبغوي - 8: 388، العزيز شرح الوجيز 7: 57، روضة الطالبين 5: 130.

و هذا في وصايا التملك مع الوصية بالعتق، أما إذا أوصي للفقراء بشيء و بعث عبد، فقولان للشافعية:

أحدهما: يقدم العتق؛ لما فيه من القوة و السراية(1).

و الثاني: التسوية؛ لأن كلا منهما قرينة(2).

و لو كان في الوصايا الأمر بركة واجبة أو حج واجب، قدمت تلك الوصية علي سائر الوصايا، و لا يقدم ما ابتدأ به لفظاً - و به قال أبو حنيفة(3) - لرواية معاوية بن عمار - الحسنة - قال: أوصت إلي امرأة من أهلي بثلاث مالها و أمرت أن يعتق و يحج و يتصدق، فلم يبلغ ذلك، فسألت أبا حنيفة عنها، فقال: يجعل أثلاثاً، ثلث في العتق، و ثلث في الحج، و ثلث في الصدقة، فدخلت علي الصادق عليه السلام، فقلت: إن امرأة من أهلي ماتت و أوصت إلي بثلاث مالها و أمرت أن يعتق عنها (و يحج عنها و يتصدق عنها)(4) فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: «ابدأ بالحج، فإنه فريضة من فرائض الله عز و جل، و يجعل ما بقي طائفة في العتق، و طائفة في الصدقة» فأخبرت أبا حنيفة بقول الصادق عليه السلام، فرجع عن قوله و قال بقول الصادق عليه السلام(5).

و ظاهر كلام الشافعي: التقسيط بين الجميع(6).7.

ص: 287

1- العزيز شرح الوجيز 57:7، روضة الطالبين 5:130.

2- التهذيب - للبغوي - 389:8، العزيز شرح الوجيز 57:7، روضة الطالبين 5:130.

3- عنه في العزيز شرح الوجيز 57:7، و ينظر: مختصر اختلاف العلماء 5:12 - 13/2155، و مختصر القدوري: 243، و بدائع الصنائع 372:7، و الهداية - للمرغيناني - 4:247، و الاختيار لتعليل المختار 5:103.

4- بدل ما بين القوسين في «ر، ص» و الكافي و التهذيب: «و يتصدق و يحج عنها».

5- الكافي 7:14/19، الفقيه 4:156-157/543، التهذيب 9:869/221، الاستبصار 4:4/509.

6- ينظر: العزيز شرح الوجيز 57:7.

وإن كانت التبرّعات بعضها منجّزة وبعضها معلّقة بالموت، قدّمت المنجّزة؛ لأنّها تقيّد الملك في الحال، ولأنّها لازمة لا يتمكّن المريض من الرجوع عنها، وبه قال الشافعي(1).

وعن أبي حنيفة: أنّه إذا اعتق وأوصي بالعتق فهما سواء(2).

وليس بجيّد.

إذا عرفت هذا، فلو اتّسع الثلث لكلّ المنجّزات، قدّمت، ثمّ إن بقيت فضلة صرفت في المبدوء بذكره من المؤخّرات.

وبالجملة، الترتيب واجب، يقدّم المنجّز، ويبدأ بالأوّل منه فالأوّل، ويؤخّر المؤخّر، ويقدم الأوّل منه فالأوّل.

مسألة 167: التبرّعات المنجّزة - كالعتق والمحاباة والهبة المقبوضة

والصدقة المقبوضة والوقف المقبوض والإبراء من الدّين والعفو عن الجناية الموجبة للمال - إذا وقعت في حال الصّحّة فهي من رأس المال إجماعاً.

وإن كانت في مرض الموت، فهي من الثلث علي أقوي القولين عندنا وعند جمهور العلماء(3)، خلافاً لبعض علمائنا؛ حيث قال: إنّها تمضي من الأصل(4).

وقال أهل الظاهر: الهبة المقبوضة من رأس المال(5).

وليس بجيّد؛ لقول رسول الله صلّي الله عليه واله: «إن الله تصدّق عليكم عند

ص: 288

1- البيان 173:8، العزيز شرح الوجيز 57:7، روضة الطالبين 131:5.

2- البيان 173:8، العزيز شرح الوجيز 57:7.

3- المغني 524:6، الشرح الكبير 315-316.

4- الشيخ المفيد في المقنعة: 671، وابن إدريس في السرائر 200:3 و 221.

5- المغني 524:6، الشرح الكبير 316:6، وينظر: المحلّي 348:9.

وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم»(1).

وَأَمَّا الإقرار فالوجه أن يقال: إن كان متهما فيه مضي من الثلث، وإن انتفت التهمة مضي من الأصل؛ لأنَّ الإنسان في معرض ثبوت الحقوق في ذمته واستمرارها إلي حين وفاته، فلو لم يسمع إقراره الذي انتفت التهمة فيه لم يكن له طريق إلي إبراء ذمته، وذلك من أعظم الضرر عليه.

إذا عرفت هذا، فإنَّ العطايا المنجزة حكمها حكم الوصية في أمور خمسة:

أ: يقف نفوذها علي خروجها من الثلث أو إجازة الورثة.

ب: إنها تصح للوارث وغيره بإجازة الورثة وغيرها.

و عند العامة: إنها كالوصية لا تصح للوارث إلا بإجازة الورثة(2).

ج: إن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة؛ لأنَّ النبي صَلَّى الله عليه واله سئل عن أفضل الصدقة، فقال: «أن تصدق و أنت صحيح صحيح شحيح تأمل الغني وتخشي الفقر، ولا تمهل حتي إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا و لفلان كذا و قد كان لفلان»(3).

د: إنه يزاحم بها الوصايا في الثلث.

ه: خروجها من الثلث يعتبر حال الموت، لا قبله ولا بعده.

و يفارق الوصية في أمور ستة(4):

ص: 289

1- سنن ابن ماجه 2: 2709/904.

2- المغني 6: 525، الشرح الكبير 6: 316.

3- مسند أحمد 2: 7119/460، و 7359/494، و 9114/141:3، صحيح مسلم 2: 1032/716، سنن أبي داود 3: 2865/113، سنن النسائي (المجتبي) 6: 237.

4- المذكور هنا أمور خمسة.

أ: إنَّها لازمة في حقَّ المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت؛ لأنَّ المنع من الزيادة علي الثلث إنَّما كان لحقِّ الورثة، فلم يملك إجازتها و لا ردَّها، وإنَّما كان له الرجوع في الوصية؛ لأنَّ التبرع بها مشروط بالموت، فقبل الموت لم يوجد التبرع، بخلاف العطية في المرض، فإنَّه قد وجدت منه العطية و القبول من المعطي و القبض، فلزمت، كالوصية إذا قبلت بعد الموت و قبضت.

ب: قبولها علي الفور في حياة المعطي، و كذا ردَّها، و أمَّا الوصية فلا حكم لقبولها و لا ردَّها إلا بعد الموت؛ لأنَّ العطية تصرف في الحال، فتعتبر شروطه وقت وجوده(1)، و الوصية تبرع بعد الموت، فتعتبر شروطها بعد الموت.

ج: العطية تقتصر إلي شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم، و كونها لا يصحَّ تعليقها علي شرط، و غيره، و الوصية بخلافها.

د: إنَّها تقدّم علي الوصية، و به قال جمهور العلماء، كالشافعي و أبي حنيفة و أبي يوسف و زفر، إلا في العتق، فإنَّه حكى عنهم تقديمه؛ لأنَّ العتق يتعلّق به حقُّ الله تعالي و يسري و ينفذ في ملك الغير(2).

ه: العطايا إذا عجز الثلث عن جميعها بدئ بالأوّل فالأوّل، سواء كان الأوّل عتقا أو غيره، و به قال الشافعي(3)، و الوصية عندنا كذلك.

و قال أبو حنيفة: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد، و إن).

ص: 290

1- الظاهر: «شروطها... وجودها».

2- الحاوي الكبير 8: 211، العزيز شرح الوجيز 7: 57، روضة الطالبين 5: 131، المغني 6: 525-526، الشرح الكبير 6: 326.

3- تقدّم تخريجه في ص 281، الهامش (4).

اختلفت و كانت المحابة متقدّمة قدّمت، وإن تأخّرت سوي بينها وبين العتق(1).

وقد تقدّم(2) البحث في ذلك.

وهذه المسائل انساق البحث إليها وإن لم يكن موضعها.

مسألة 168: لا يصحّ تعليق العتق بشرط أو وصف أو زمان،

بل لا يقع إلاّ منجزاً، خلافاً للعامة علي ما يأتي، فلو علّق عتق عبد بالموت وقصد العتق الموقوف لا التدبير وأوصي باعتاق آخر، لم يصح الأول، إلاّ أن يكون علي وجه التدبير، وتصحّ الوصيّة.

وعند العامة يصحّان معاً، ولا يتقدّم أحدهما علي الآخر؛ لأنّ وقت استحقاقهما واحد، وقد اشتركا في قوّة العتق(3).

ولو قصد التدبير، صحّ معاً عندنا وعند العامة.

وهلّ يقدّم المدبّر؟ الأقرب: ذلك - وبه قال بعض العامة(4) - لأنّ المدبّر يسبق الآخر من حيث إنّ الآخر يحتاج إلي إنشاء عتقه بعد الموت.

ولو وهب وأعتق، فإنّ قبض الهبة تراحمها، وكان الحكم للمتقدّم مع القبض، ولو لم يقبض الهبة قدّم العتق، سواء تقدّم أو تأخّر؛ لأنّ تقدّم الهبة وحدها غير كاف، لأنّ تمام الهبة بالقبض.

ولو تقدّمت الهبة ثمّ أعتق أو حابي ثمّ قبض الهبة، قدّم العتق أو المحابة؛ لتأخّر القبض عنهما.

ص: 291

1- تقدّم تخريجه ممّا عدا العزيز شرح الوجيز في ص 282، الهامش (1).

2- في ص 281 وما بعدها، المسألة 166.

3- الوسيط 4: 426، العزيز شرح الوجيز 7: 57، روضة الطالبين 5: 131.

4- العزيز شرح الوجيز 7: 58، روضة الطالبين 5: 131.

و لا تفتقر المحاباة الواقعة في بيع ونحوه إلي القبض؛ لأنها في ضمن معاوضة.

مسألة 169: هل تتقدّم الكتابة علي الهبة و سائر الوصايا؟

الأقرب:

ذلك إن قلنا بتقدّم العتق، وإلا فكالعتق.

وللشافعية طريقان:

أشبههما عندهم: أنها علي القولين في تقدّم العتق عليها.

و الثاني: القطع بالتسوية؛ لأنه ليس لها من القوة و السراية ما للعتق(1).

ولو أوصي بالكتابة، اعتبرت من الثلث ولو كانت في مرض الموت علي قدر القيمة أو الأكثر.

[و الأقرب](2): أنه تعتبر قيمته من الثلث - وبه قال الشافعي(3)، خلافا لأبي حنيفة(4) - لأن المكاتب يقابل ملكه بملكه، و هو كسبه، فيكون تقويتا علي الورثة، لا معاوضة.

ولو كانت في الصحة فاستوفي في المرض، لم تعتبر قيمته من الثلث؛ لأنه بالكتابة كالخارج عن ملكه.

ولو اعتقه في المرض أو أبرأه عن النجوم، اعتبر من الثلث أقلّ الأمرين من قيمته أو النجوم؛ لأنّ القيمة إن كانت أقلّ فربما كان يعجز نفسه

ص: 292

1- المهدّب - للشيرازي - 461:1، حلية العلماء 86:6، البيان 173:8، العزيز شرح الوجيز 58:7، روضة الطالبين 131:5.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فالأقرب». و الظاهر ما أثبتناه.

3- الوجيز 273:1، البيان 228:8، العزيز شرح الوجيز 58:7، روضة الطالبين 128:5.

4- العزيز شرح الوجيز 58:7.

فتسقط النجوم، وإن كانت النجوم أقلّ فربما كان يؤدّيها فلا يحصل للوارث غيرها.

والاستيلاد في المرض لا يعتبر من الثلث كما يستهلك المريض من الأطعمة اللذيذة و الثياب الرفيعة.

و يقبل إقرار المريض بالاستيلاد؛ لقدرته علي الإنشاء.

ولا تعتبر قيمتها من الثلث، وبه قال الشافعي(1).

وقال أبو حنيفة: تعتبر من الثلث في صورة الإقرار(2).

مسألة 170: لو قال لعبد: أنت حرّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر أو سنة،

ثمّ مرض و مات، لم يعتد به عندنا؛ لأنّه تعليق للعتق، وهو عندنا باطل.

وأما العامة فقالوا: يصحّ ولا يعتبر من الثلث(3).

وإن قال: قبل موتي بشهر، فإن نقص مرضه عن شهر، فكذلك عندهم، وإلاّ فهو كما لو علّق عتق عبد في الصّحة و وجدت الصفة في المرض، وفيه قولان(4).

ولو قال في مرضه: سالم حرّ و غانم حرّ و سعيد حرّ، فهو من صور ترتّب التبرّعات المنجّزة.

ولو قال: سالم و غانم و سعيد أحرار، فهو من صور وقوعها دفعة واحدة.

ولو علّق عتقهم بالموت، لم يصحّ عندنا، وأقرع بينهم عند العامة،

ص: 293

1- العزيز شرح الوجيز 58:7، روضة الطالبين 5:128.

2- العزيز شرح الوجيز 58:7.

3- العزيز شرح الوجيز 58:7، روضة الطالبين 5:129.

4- العزيز شرح الوجيز 58:7، روضة الطالبين 5:129.

سواء قال: سالم حرّ وغانم حرّ وسعيد حرّ، أو قال: هم أحرار(1).

ولو قال: إذا متّ فسالم حرّ، وإن متّ في مرضي هذا فغانم حرّ، فإن مات في ذلك المرض ولم يف الثلث بهما أقرع بينهما، فإن برأ أو مات بعده بطل التدبير المقيّد وعتق سالم عندهم(2).

ولو كان له عبدان: غانم وسالم، فقال: إن أعتقت غانما فسالم حرّ، ثم أعتق غانما في مرضه، فقد جعل عتق غانم صفة لعتق سالم، فيصحّ عتق غانم من الثلث عندنا، ويبطل عتق سالم.

وعند العامة: إن خرجا من الثلث عتقا(3)، وإن لم يخرج إلا أحدهما، فمذهب الشافعية: أنّه لا يقرع، بل يتعيّن عتق غانم(4).

وفيه وجه ضعيف لهم: أنّه يقرع بينهما، كما لو قال: أعتقتكما(5).

وإنما منعوا من القرعة؛ لأنّه لو أقرع ربما خرجت القرعة علي سالم، فيلزم إرقاق غانم، وإذا رُقّ غانم لم يحصل شرط عتق سالم(6).

ولو قال: إن أعتقت غانما فسالم حرّ في حال إعتاقي غانما، ثم أعتق غانما في مرضه، لم يصح عتق سالم عندنا؛ لتوقّفه علي الشرط، ويصحّ عتق غانم بالمباشرة.

وعند العامة: إن خرجا من الثلث عتقا، وإلا عتق غانم(7).

ولو قال: إن أعتقت غانما فسالم وسعد حرّان، ثم أعتق غانما، صحّ5.

ص: 294

1- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 131:5.

2- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 131:5.

3- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 131:5، المغني 527:6، الشرح الكبير 322:6.

4- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 131:5.

5- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 131:5.

6- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 131:5-132.

7- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 132:5.

عتق غانم عندنا خاصّة.

وعند العامّة يعتق الجميع إن احتمله الثّلت، وإلاّ عتق غانم قطعاً، ولا قرعة، وإن فضل من الثّلت شيء أقرع بين الآخرين، فمن خرجت له قرعة الحرّية عتق كلّ إن خرج كلّ، وبعضه إن لم يخرج إلاّ بعضه، ولو خرج أحد الآخرين من الثّلت وبعض الثّالث، فالذي خرجت له القرعة يعتق كلّ، ويعتق من الآخر بعضه(1).

ولو قال لعبده: إن تزوّجت فأنت حرّ، ثمّ تزوّج في مرض الموت، لم يصح العتق عندنا.

وعند العامّة يصحّ.

فإن كان أصدقها مهر المثل لزم من رأس المال، ويعتق سالم من الثّلت، وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها فقدّر مهر المثل يخرج من صلب المال، والزيادة عليه من الثّلت إن كانت غير وارثة تستحقّ هي من الثّلت تلك الزيادة؛ لأنّ تلك الزيادة وصيّة، ولا وصيّة لوارث عندهم(2).

ثمّ ينظر فإن خرجت الزيادة وقيمة سالم من الثّلت عتق سالم، وإن لم تخرجاً تدفع الزيادة إلي المرأة، ويبطل عتق سالم؛ لأنّ المهر أسبق، فإنّه يجب بالنكاح، والزيادة وجبت قبل عتق العبد؛ لأنّ التزويج كان شرطاً في عتقه فيقدّم عليه(3).

وإن قال: أنت حرّ في حال تزويجي، فتزوّج وأصدق أكثر من مهر5.

ص: 295

1- العزيز شرح الوجيز 59:7، روضة الطالبين 132:5.

2- المهذّب - للشيرازي - 458:1، البيان 131-132:8، العزيز شرح الوجيز 7:24، روضة الطالبين 103:5، المغني 449:6، الشرح الكبير 463:6.

3- العزيز شرح الوجيز 59:7-60، روضة الطالبين 132:5.

المثل، كانت المحابة والعق سواء، فيقسم الثلث بينهما؛ لأنهما قد وقعا في حالة واحدة، ولا تقدّم المحابة؛ لأنها حصلت حالة إيقاع العتق، وبطلان المحابة لا يؤثر في التزويج ولا يبطله.

ومنع بعض الشافعية سبق المحابة هنا؛ لأن المرتّب والمرتبب [عليه] (1) يقعان معا، ولا يتقدّم أحدهما علي الآخر، بل يوزّع الثلث علي الزيادة وعلي قيمة العبد، فقد قالوا: لو قال: إن تزوّجت فأنت حرّ في حال تزويجي، إنّه يوزّع الثلث؛ لأنّه لا يترتب، فكذلك عند الإطلاق إذا لم يكن ترتّب زمانيّ.

والفرق بين التعليق بالتزويج وبين مسألة العبدین حيث لا يوزّع هناك كما لا يقرع: أنّ العتق هنا متعلّق بالنكاح، والتوزيع لا يرفع النكاح ولا يقدر فيه، وهناك عتق سالم معلّق بعتق غانم كاملا، وإذا وزّعنا لا يكمل عتق غانم، فلا يمكن إعتاق شيء من سالم (2).

ولو قال لجاريته الحامل: إن أعتقت نصف حملك فأنت حرة، ثم أعتق نصف الحمل في مرض موته، لم يصح عتقها عندنا.

وقالت العامة: قضية عتق ذلك النصف: سرايته إلي النصف الآخر وعتق الأم بسبب التعليق، فإن خرجا من الثلث عتقا جميعا، وإن لم يخرج من الثلث مع النصف المعتق إلا الأم أو النصف الآخر، كما لو كان جميع ماله ثلاثمائة و الأم قيمتها خمسون والولد مائة، فيقرع بين الأم والنصف الآخر، فإن خرجت علي الآخر، عتق جميع الولد و الأم رقيقة، وإن خرجت علي الأم، لم تعتق كلّها؛ لأنّ الحمل في حكم جزء منها يتبع عتقه عتقها، 5.

ص: 296

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

2- العزيز شرح الوجيز 60:7، روضة الطالبين 132:5.

فيوزع تَمَمَة الثُلث - وهي خمسون - علي الأم وعلي النصف الباقي بالسويّة، فيعتق من الأم نصفها، و من النصف الباقي نصفه، فتكون ثلاثة أرباعه حرًا.

ولو كانت الصورة كما ذكرنا إلا أنّ قيمة الأم أيضا مائة و خرجت القرعة علي الأم، وزّع الخمسون عليها وعلي النصف الباقي أثلاثا، فيعتق منها ثلثها، وهو ثلثا الخمسين، و من النصف الباقي ثلثه، وهو ثلث الخمسين و سدس الجملة، و تكون الحرّة من الأم الثُلث، و من الولد الثُلثان(1).

مسألة 171: لو ملك في مرض موته من يعتق عليه،

فإن كان بالإرث احتمال عتقه من الثُلث؛ لأنّه حصل في ملكه ثمّ زال، فأشبه ما إذا أعتق عبدا ورثه في مرضه، و ما إذا ورث مالا فاشترى به من يعتق عليه، و أن يعتق من الأصل؛ لأنّه لم يقصد تملّكا ولا إزالة ملك، بل حصلا بغير اختياره، و لم يبذل في مقابلته مالا فيتضرّر به الورثة.

و كلا الاحتمالين للشافعيّة وجهان(2)، و يحكي الثاني عن مالك(3)، و الأوّل أصحّ عند الشافعيّة(4).

و لو وهب منه من يعتق عليه أو أوصي له به، فإن قلنا: إنّ لو ورثه لعتق من الثُلث، فهنا أولي.

و إن قلنا: يعتق من رأس المال فهنا وجهان للشافعيّة:

أحدهما - و به قال أبو حنيفة -: أنّه يعتق من الثُلث، كما لو وهب منه

ص: 297

1- العزيز شرح الوجيز 60:7، روضة الطالبين 132:5-133.

2- التهذيب - للبغوي - 394:8، العزيز شرح الوجيز 131:7، روضة الطالبين 186:5.

3- كما في العزيز شرح الوجيز 131:7.

4- التهذيب - للبغوي - 394:8، العزيز شرح الوجيز 131:7.

من لا يعتق عليه فقبله وأعتقه، و يجعل قصده إلى تملك من يعتق عليه، كابتداء العتق في المرض.

وأظهرهما: أنه يعتق من رأس المال؛ لأنه لم يبذل في مقابلته مالا، والزوال حصل بغير اختياره.

فإن قلنا: يعتق من رأس المال، يعتق وإن لم يكن له سواء.

وكذا لو كان عليه دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبل، ولا سبيل للغرماء عليه.

وإن قلنا: إنه يعتق من الثلث، فإن لم يكن له سواء لم يعتق إلاّ ثلثه، ولو كان عليه دين بيع في الدين، وبطل العتق، وكذا في المفلس المحجور عليه (1).

مسألة 172: لو اشترى المريض من يعتق عليه،

فإن كان عليه دين، احتمل صحّة الشراء؛ لأصالة الصحّة، ولا مانع من الشراء، فثبت مقتضاه، وهو الملك، ولا يعتق عليه لئلاّ يضيع حقّ الغرماء، لكن إن ترك مالا غيره عتق، وإلاّ بيع في الدين، والبطلان؛ لأنه لو صحّ لملكه، ولو ملكه لعتق عليه، وفيه تضييع حقّ الغرماء.

و للشافعي قولان (2) كهذين.

وكذا لو أوصي لصبيّ بمن يعتق عليه و الصبيّ موسر، هل للوليّ القبول؟ قولان للشافعي: المنع، وإلاّ لعتق، وقوم عليه الباقي، وفيه إتلاف مال الصبيّ، والصحّة، ولا يقوم عليه (3).

ص: 298

1- العزيز شرح الوجيز 7: 131-132، روضة الطالبين 5: 186-187.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 132، روضة الطالبين 5: 187.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 132.

وإن لم يكن عليه دين، اعتبر عتقه من الثلث؛ لأن ملكه باختياره، وبذل في مقابلته المال، فإن خرج كله من الثلث صحّ الشراء، وعتق كله، وإلا ففي صحّة الشراء فيما زاد علي الثلث مثل الخلاف فيما إذا كان عليه دين، فإن قلنا: لا يصحّ، ففي قدر الثلث الخلاف الثابت في تفريق الصفقة، وإن قلنا: يصحّ، عتق الثلث، ولم يعتق ما زاد.

هذا إذا لم يكن هناك محاباة، فإن اشتراه محاباة، مثل أن تكون قيمته مائة فاشتراه بخمسين، كان قدر المحاباة كالموهوب، فيجيء الوجهان في أنه هل يعتبر من الثلث أو الأصل؟ فإن اعتبرنا الموهوب من الثلث، فجميع المائة من الثلث، وإلا فخمسون.

ثمّ كلّما حكمنا بعتقه من الثلث فلا يرث العتيق منه عند الشافعي؛ لأنّ عتقه وصيّة، ولا سبيل إلي الجمع بين الوصيّة والميراث عنده، فلو ورث لصارت الوصيّة وصيّة للوارث فتبطل، وإذا بطل العتق امتنع التوريث(1).

وهذا عندنا باطل؛ لصحّة الوصيّة للوارث.

ولهم وجه: أنّه يرث؛ لأنّه لا يملك رقبته حتى يقال: أوصي له بها، وإنّما ينتفع بالعتق، فهو كانتفاع الوارث بمسجد وقنطرة بناهما المورث، وذلك لا يمنع الميراث(2).

وقال أبو حنيفة: يسعى في قيمته حتى يخرج عتقه عن أن يكون وصيّة(3).7.

ص: 299

1- العزيز شرح الوجيز 7:132-133، روضة الطالبين 5:187.

2- العزيز شرح الوجيز 7:133-134، روضة الطالبين 5:187-189.

3- العزيز شرح الوجيز 7:134.

و مهما حكم بأنّه يعتق من رأس المال فالأصحّ: أنّه يرث؛ لأنّ العتق حينئذ ليس بوصيّة، بل هو مستحقّ شرعا، فلا يكون جمعا بين الميراث و الوصيّة.

و الثاني لهم: لا يرث، و يجعل عتقه وصيّة في حقّه و إن لم يكن وصيّة في حقّ الوارث(1).

مسألة 173: لو أعتق جارية بعد الموت و هي حامل،

لم يسر العتق إلي الولد؛ لأنّ اللفظ لم يتناول، فيبقى علي أصالة الملكيّة و استصحابها.

و هو أحد قولي الشافعي؛ لأنّ عتق الميّت لا يسري، و أصحّهما عنده: أنّه يعتق؛ لأنّ الجنين كعضو من الأم، و العتق لا يثبت في بعض الأعضاء دون بعض، و لأنّ الأم تستتبع الحمل، كما في البيع(2).

و هما ممنوعان، مع أنّ الأوّل يشكل عليهم بما إذا أعتق الحمل لا تعتق الأم عندهم(3)، و لو كان كعضو منها عتقت.

و لو استثنى الحمل صريحا، فقال: هي حرّة بعد موتي إلّا جنينها، أو دون جنينها، صحّ عندنا.

و للشافعيّة و جهان:

أحدهما: الصحّة؛ لأنّه يعرض الانفصال، فالاستثناء يجعله كالمنفصل.

ص: 300

1- العزيز شرح الوجيز 134:7، روضة الطالبين 189:5.

2- نهاية المطلب 11:263-264، الوجيز 1:279، الوسيط 4:469، التهذيب - للبغوي - 8:356، و في الأخيرين القول الثاني، العزيز شرح الوجيز 7:136 - 137، روضة الطالبين 5:190.

3- العزيز شرح الوجيز 7:137.

و الأشبه: المنع، كاستثناء الأعضاء(1).

ولو نَجَز عَقْهَافِ فِى الْحَيَاةِ، لَمْ يَعْتَقِ الْحَمْلَ عِنْدَنَا؛ لِلْمَغَايِرَةِ.

وَقَالَتِ الشَّافِعِيَّةُ: إِنَّ الْحَمْلَ يَعْتَقُ أَيْضًا، وَإِنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ لَا يَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِثْنَاءَ فِي الْبَيْعِ لَا يَصَحُّ عِنْدَهُمْ، فَكَذَا هُنَا، إِلَّا أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ مِنْ أَصْلِهِ، وَ الْعَتَقُ يَنْفُذُ فِيهِمَا؛ لِغَلْبَتِهِ(2).

و لو كانت الأم لواحد و الحمل لآخر فأعتق مالك الأم [الأم](3) عتقت دون الحمل؛ لأنَّ اختلاف الملك يمنع الاستتباع.

مسألة 174: لو أوصي بعتق مملوكه و لا شيء له سواه و عليه دين،

قَدَّمَ الدِّينَ عَلَيِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ شَيْءٌ عَتَقَ ثَلَاثَةً، وَ كَانَ ثَلَاثًا الْبَاقِي لِلْوَرِثَةِ، وَ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي نَصِيبِ الرِّقَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَفْضَلْ مِنْ قِيَمَتِهِ شَيْءٌ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ ضَعْفِي الدِّينِ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي خَمْسَةِ أَسْدَاسِ قِيَمَتِهِ: ثَلَاثَةٌ أَصْهَمَ لِلدِّينِ، وَ سَهْمَانِ لِلْوَرِثَةِ، وَ سَهْمٌ لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ(4).

و منع ابن إدريس ذلك، وقال: يقدّم الدّين(5).

و الوجه: ما تضمّنته رواية الحلبي - الصحيحة - عن الصادق عليه السّلام،

ص: 301

1- نهاية المطلب 11: 264-265، الوجيز 1: 279، الوسيط 4: 470، العزيز شرح الوجيز 7: 137، روضة الطالبين 5: 190، و في التهذيب - للبغوي - 8: 356 الوجه الثاني.

2- التهذيب - للبغوي - 8: 356، العزيز شرح الوجيز 7: 137، روضة الطالبين 5: 190.

3- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

4- النهاية: 610.

5- السرائر 3: 199.

قال: قلت له: رجل قال: إن متّ فعبدني حرّاً، وعلي الرجل دين، فقال:

«إن توفّي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام يبيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعي العبد في قضاء دين مولاه، وهو حرّ إذا أوفّي»⁽¹⁾.

والشيخ رحمه الله عوّّل في ذلك علي رواية عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام، وهي تتضمن بطلان العتق لو لم يخلف مالا غير العتيق وقيّمته ستمائة والدين خمسمائة، وحكم ببيعه فيأخذ الدين خمسمائة والورثة المائة الباقية، وكذا لو كانت قيمته ستمائة والدين أربعمائة يباع، ويأخذ الدين أربعمائة والورثة مائتين، ولو كانت قيمته ستمائة والدين ثلاثمائة، قال: «يوقف العبد، ويستسعي، فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس»⁽²⁾.

مسألة 175: لو أعتق في مرض الموت أو بعد موته عبدان ولا شيء له سواههما،

وقيمة أحدهما مائتان، وقيمة الآخر ثلاثمائة، ولم يجز الورثة، أقرع بينهما إذا وقعا دفعة، فإن وقعت القرعة علي الذي قيمته مائتان عتق منه خمسة أسداسه، وهي ثلث الجميع، وإن وقعت علي الآخر عتق منه خمسة أسداسه؛ لأنّ جميع ملك الميت خمسمائة، وهي قيمة العبدان، وضرب في ثلاثة فأخذ ثلثه خمسمائة، فلمّا وقعت القرعة علي الذي قيمته مائتان فضرّبه في ثلاثة فصيّره ستمائة، فصار المعتق منه خمسة أسداسه، وكذا يفعل في الآخر إذا وقعت عليه القرعة، هذا قول جمهور العلماء⁽³⁾.

و حكي عن مسروق أنّه قال: إذا أعتق في مرض موته عبدا لا شيء له

ص: 302

1- التهذيب 9: 218-219/857.

2- الكافي 7: 26-27/1، التهذيب 9: 217-218/854، الاستبصار 4: 8-27/9.

3- المغني 6: 612.

سواء يعتق بجملته (1).

وكذا ذهب ابن إدريس من علمائنا، حيث جعل المنجزات من الأصل (2).

إذا عرفت هذا، فإذا أعتق ثلث عبيده أو أوصي بعقدهم، فإن كان لهم ثلث صحيح بأن كانوا ثلاثة قيمتهم متساوية، أقرع بينهم بسهم حرّية و سهمي رقّ، فالذي يقع له سهم الحرّية يعتق، ويرقّ الأخيران.

ولو كانوا ستّة، فالوجه: أنّه يكتب ستّة رقا: رقتان للحرّية وأربع للرقّية، فمن خرجت قرعته بالحرّية عتق، ورقّ الباقي.

وقيل: يكتب ثلاث رقا: رقعة للحرّية، و رقتان للرقّية (3).

وإن كان فيهم كسر كعبدین، أقرع بينهما فأيهما وقعت عليه قرعة الحرّية ضربت قيمته في ثلاثة أسهم، فما بلغ نسبت إليه قيمة العبدین جميعا، فما خرج بالنسبة فهو القدر الذي يعتق منه.

فإذا وقعت القرعة في هذه المسألة علي الذي قيمته مائتان، ضربتهما في ثلاثة صارتا ستّمائة، ونسبت منها قيمة العبدین معا، وهي خمسمائة، تجدها خمسة أسداسها، فيعتق منه خمسة أسداسه، وإن وقعت علي الآخر عتق خمسة أسداسه.

مسألة 176: إذا أوصي بثلث ماله في الرقاب،

صرف إلي المكاتبين والعبيد إذا كانوا في شدة يشترّون من مال الصدقة أو الوصية، ويعتقون، قاله الشيخ رحمه الله، واستدلّ عليه بإجماع الفرقة، وبقوله تعالى: وَفِي

ص: 303

1- المغني 6: 612-613.

2- السرائر 3: 199.

3- المغني 6: 613.

وقال الشافعي: إنهم المكاتبون يعطيهم من الوصية أو الصدقة ليدفعوا في كتابتهم - ورواه (3) عن علي عليه السلام (4)، وإليه ذهب سعيد بن جبير والنخعي والليث بن سعد والثوري وأبو حنيفة وأصحابه (5) - لقوله تعالى: وفي الرقاب (6) أو الدفع إليهم، كما في قوله تعالى: وفي سبيل الله (7) أراد الدفع إلي المجاهدين، كذا هنا، ولا- يمكن حمله علي العبيد؛ لأنه يعود النفع إلي (8) المعطي، ويثبت له الولاء (9).6.

ص: 304

- 1- سورة التوبة: 60.
- 2- الخلاف 4: 145، المسألة 15، و 234، المسألة 17.
- 3- كذا قوله: «ورواه» في النسخ الخطية والحجرية، والظاهر: «ورواه» حيث لم نعثر علي مصدر ينقل ذلك عن الشافعي.
- 4- الحاوي الكبير 8: 503، حلية العلماء 3: 158، أحكام القرآن - لابن العربي - 2: 967، البيان 3: 432، المجموع 6: 200، المغني 7: 321، الشرح الكبير 2: 694.
- 5- أحكام القرآن - للخصاص - 3: 124، المبسوط - للسرخسي - 3: 9، الحاوي الكبير 8: 240 و 503، نهاية المطلب 11: 178 و 551، حلية العلماء 3: 158، البيان 3: 432، المجموع 6: 200، بداية المجتهد 1: 277، التفسير الكبير - للرازي - 16: 112.
- 6- سورة التوبة: 60.
- 7- سورة التوبة: 60.
- 8- في الطبعة الحجرية: «علي» بدل «إلي».
- 9- الأم 2: 72، و 4: 93، مختصر المزني: 144 و 157، الحاوي الكبير 8: 240 و 502-503، المهذب - للشيرازي - 1: 179 و 463، نهاية المطلب 11: 178 و 551، الوجيز 1: 276 و 293، الوسيط 4: 448 و 559، حلية العلماء 3: 157 و 158، التهذيب - للبغوي - 5: 76 و 193، البيان 3: 432، و 8: 208، العزيز شرح الوجيز 7: 92 و 388، روضة الطالبين 2: 177، و 5: 158، المجموع 6: 200، أحكام القرآن - للخصاص - 3: 124، أحكام القرآن - لابن العربي - 2: 967، بداية المجتهد 1: 277، التفسير الكبير - للرازي - 16: 112.

ونمنع ثبوت الولاء عندنا علي ما يأتي.

وقال ابن عباس والحسن البصري ومالك وأحمد وإسحاق: المراد بالرقاب أن يشتري عبداً يبتدئ بعقدهم (1)؛ لقوله تعالى وفي الرقاب (2) والرقبة إذا أطلقت انصرفت إلي القن؛ لقوله تعالى: فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (3).

وليس بجيد؛ لأن الرقبة تشمل المكاتب والقن، وإنما اختصت بالقن؛ لأنه قرنهما بالتحريم.

إذا عرفت هذا، فإن كان ماله حاضراً وغائباً، صرف ثلث الحاضر في مكاتب ذلك البلد، وصرف ثلث الغائب في مكاتب بلد المال.

وإن كان المال كله في البلد، فإن عمّ الجميع أعطوا وأعتقوا، وإن لم يعم فالمستحب أن يعطوا بقدر حاجتهم، مثل أن يكون كتابة واحد علي مائة وكتابة آخر علي خمسين، فإنه يعطي صاحب المائة سهماً، وصاحب الخمسين سهم.

قال الشيخ رحمه الله: والذي يقوي في نفسي أنه إن أعطي واحد منهم أو قوم منهم دون قوم جاز؛ لأنه قد فعل المأمور به (4).

قال الشافعي: أحب أن يدفع إليهم علي قدر ما عليهم من الديون، 2.

ص: 305

1- المغني 321:7، الشرح الكبير 694:2، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 616/421:1، أحكام القرآن - لابن العربي - 967:2، بداية المجتهد 277:1، الحاوي الكبير 240:8 و 503، نهاية المطلب 178:11، الوسيط 560:4، حلية العلماء 158:3، التهذيب - للبيهقي - 194:5، البيان 432:3، العزيز شرح الوجيز 93:7 و 388، المجموع 200:6، أحكام القرآن - للجصاص - 124:3 و 125، التفسير الكبير - للرازي - 112:16.

2- سورة التوبة: 60.

3- سورة المجادلة: 3.

4- المبسوط - للطوسي - 22-21:4.

فإن سَوِي بينهم أو دفع إلي من كثر دينه أقلّ جاز؛ لوقوع الاسم، وإن اقتصر علي ثلاثة من المكاتبين أجزاءه، فإن دفع إلي اثنين غرم للثالث، و كم يغرم؟ و جهان، أحدهما: الثلث، و الثاني: أقلّ ما يجرى دفعه إليه(1).

مسألة 177: إذا أوصي بعق رقبة،

أجزاء الصغير و الكبير و الذكر و الأنثي و الصحيح و المعيب و المسلم و الكافر إن قلنا بصحّة عتق الكافر؛ لشمول الاسم، و به قال الشافعي(2)، و لو منعنا عتق الكافر لم يجرى إلّا المسلم؛ توصّلا إلي العمل بمقتضي الوصيّة.

و لبعض الشافعية في المطلق و جهان:

أحدهما: أجزاء المعيبة الكافرة.

و الثاني: المنع؛ لأنّ المطلق في الوصيّة محمول علي ما تقرّر في الشرع، و العبد المطلق في الكفّارة يجب اعتبار سلامته و إسلامه(3).

و يستحبّ أن يشتري العبد الأعفّ، و أن يشتري المجهود المكدود؛ ليخلصه من ضرّه.

و لو أوصي بعق عبد لا مال له سواه و أجاز الورثة و أعتق، أو أعتقه في مرضه و أجاز الورثة، ثمّ ظهر علي الميّت دين يستغرق قيمة العبد، ردّ العبد و بيع في الدّين؛ لأنّ حقّ الغرماء مقدّم علي الوصيّة، و لو كان الدّين بقدر نصفه يبيع نصفه و عتق الباقي.

و لو لم يكن هناك إجازة، يبيع نصفه، و عتق سدسه، و رقب ثلثه.

ص: 306

1- الأم 4:93، مختصر المزني: 144، الحاوي الكبير 8:240-241، نهاية المطلب 11:179-180، التهذيب - للبغوي - 5:76،

العزیز شرح الوجیز 7:92، روضة الطالبين 5:158.

2- التهذيب - للبغوي - 5:76، العزیز شرح الوجیز 7:84، روضة الطالبين 5:151.

3- الوسيط 4:441، العزیز شرح الوجیز 7:85، روضة الطالبين 5:152.

ولو كان قد أوصي بأن يشتري بماله عبد ويعتق، فاشترى وأعتقه عنه، ثم ظهر دين يستغرق ماله، فإن كان العبد يشتري بعين مال الميّت كان البيع فاسداً والعقد باطلاً؛ لتعلق حقّ الغرماء بالتركة وانتقاله من ذمّته إلي تركته، فمنع ذلك من التصرف فيه.

قال الشيخ: كالراهن إذا اشتري بالمرهون شيئاً، فإنّ الشراء يكون باطلاً(1).

وإن كان الشراء في الذمّة ونقدوا مال الميّت فيه، صحّ الشراء لهم؛ لبطلان إذن الميّت في الشراء، والإنسان إذا اشتري لغيره ما لا يقع له وقع لنفسه، فإذا أعتقه نفذ عتقه، ويكون عن الميّت؛ لأنّه أعتقه وهو ملكه عن الميّت بإذنه، وليس له أن ينقد الثمن من التركة، بل يصرف في الدين، ويكون الثمن علي المشتري، ولا يرجع به علي أحد؛ لأنّ البائع ما غره، إنّما غره الموصي ولا تركة له فيرجع إليها.

وبه قال الشافعي(2).

ويحتمل أن يشارك الغرماء ويضرب معهم في التركة بقدر دينه؛ لأنّ الدين لزمه بتغير الميّت، فيرجع به عليه في تركته، كأرّش جنايته.

وقال أصحاب أبي حنيفة: يقع العتق عن الموصي؛ لأنّ الملك له(3).

وهو مبني علي أنّه إذا أعتق ملك نفسه عن غيره بإذنه وقع عنه، خلافاً لهم(4)، وسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

مسألة 178: إذا أوصي بعتق عبد،

فإن عيّن شخصاً ونصبه للوصيّة

ص: 307

1- المبسوط - للطوسي - 23:4.

2- المغني 574:6، الشرح الكبير 513:6.

3- لم نتحقّقه في مظانّه.

4- لم نتحقّقه في مظانّه.

أعتقه النائب؛ لأنه نائب الموصي في إعتاقه، فلم يملك ذلك غيره إذا لم يتمتع منه، كالوكيل في الحياة، ولو امتنع أعتقه الوارث.

وكذا لو أوصي بعتقه مطلقاً ولم يسند العتق إلي أحد، فإن الوارث يلزمه إعتاقه، فإن امتنع أجبره الحاكم عليه؛ لأنه حق وجب عليه، فأجبر عليه، كتفويض الوصية بالعطايا، فإن أعتقه الوارث، وإلا أعتقه الحاكم، ويكون حرّاً من حين الإعتاق؛ لأنه حينئذ عتق، ولاؤه للموصي؛ لأنه السبب، وهؤلاء نواب عنه، ولهذا لزمهم إعتاقه كرها.

مسألة 179: إذا أوصي بعتق وغيره،

فإن اتسع الثلث للجميع أخرج، وإن ضاق بدئ بالأول فالأول، ويدخل النقص علي الأخير، سواء العتق وغيره.

وعند العامة يدخل النقص علي الجميع بالتقسيط إن لم يكن فيها عتق، وإن كان فعن أحمد روايتان:

إحداهما: يقسم الثلث بين جميع الوصايا العتق وغيره سواء علي التقسيط، وبه قال ابن سيرين والشعبي وأبو ثور والشافعي في أحد القولين.

والثانية: تقديم العتق، ويبدأ به، فإن فضل منه شيء قسم بين سائر أهل الوصايا علي قدر وصاياهم - وبه قال شريح ومسروق وعطاء الخراساني وقتادة والزهري ومالك والثوري وإسحاق - لأن فيه حقاً لله تعالى ولأدمي؛ لأن العتق أكد، ولأنه لا يلحقه فسخ، بخلاف غيره، ولأنه أقوى؛ لسرايته ونفوذه من الراهن والمفلس، وهو القول الثاني للشافعي (1).

وفي رواية ابن أبي عمير عن معاوية بن عمار: في امرأة أوصت بمال

ص: 308

1- المغني 6: 627-628، الشرح الكبير 6: 465-466.

في عتق و صدقة و حجّ فلم يبلغ، قال: «أبدأ بالحجّ فإنّه مفروض، فإن بقي منه (1) شيء فاجعل (2) في الصدقة طائفة وفي العتق طائفة» (3).
و هو محمول علي ما إذا كان الحجّ واجبا في الذمة.

مسألة 180: لو قال: يخدم عبدي فلانا سنة ثمّ هو حرّ،

فإن كان وصيّة صحّ، فإن قال الموصي له بالخدمة: لا أقبل الوصيّة، أو قال: قد وهبت الخدمة له، لم يعتق في الحال - وبه قال الشافعي (4) -
لأنّه قصد إيقاع العتق بعد السنة، فلم يصح قبله، كما لو ردّ الوصيّة.

وقال مالك: إن وهب الخدمة للعبد عتق في الحال (5).

و هو ممنوع.

و لو أوصي أن يشتري له بثلث ماله [رقاب] (6) ويعتقون، لم يجز صرفه إلي المكاتبين؛ لأنّه أوصي بالشراء لا بالدفع إليهم.

فإن اتّسع الثلث لثلاثة، لم يجز أن يشتري أقلّ منها؛ تحقيقا لمسمّي الجمع.

و لو اتّسع لاثنتين وبعض ثالث، قال ابن إدريس: في أخبارنا أنّه يشتري الاثنان ويعتقان ويعطيان البقيّة، قال: والذي تقتضيه الأصول و
تشهد

ص: 309

1- كلمة «منه» لم ترد في المصدر.

2- في «ص» والكافي والتهذيب: «فاجعله».

3- الكافي 8/18:7، التهذيب 858/219:9، الاستبصار 508/135:4.

4- العزيز شرح الوجيز 63:7، روضة الطالبين 135:5، المغني 629:6، الشرح الكبير 511:6.

5- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2074/1013:2، العزيز شرح الوجيز 63:7، المغني 629:6، الشرح الكبير 511:6.

6- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «رقابا». و الظاهر ما أثبتناه.

لصحة الأدلة أن يشتري بالباقي جزء من عبد ثالث؛ لأنه يكون قد امتثل المأمور، لأن العبد يعتق، ويستسعي في باقي قيمته، فيكون قد أعتقوا ثلاثة (1).

مسألة 181: لو أوصي أن يشتري عبد زيد بخمسمائة و يعتق،

فتعذر شراؤه إما لا تمتنع سيده من بيعه أو من بيعه بذلك القدر أو لموته أو لقصور الثلث عن القدر، فالثمن للورثة؛ لأن الوصية تعذر العمل بها فتبطل، ولا يلزمهم شراء عبد آخر؛ لأن الوصية لمعين، فلا يصرف إلي غيره، قاله أبو حنيفة (2)، ولا بأس به.

ويحتمل أن يقال: يشتري غيره و يعتق؛ لأنه قد روي أنه إذا أوصي بأبواب للبرّ معينة، فنسي الوصي بابا منها صرف في وجوه البرّ (3)، وإنما كان كذلك بخروج ذلك القدر بالوصية عن ملك الورثة، وقد تعذر صرفه فيما أوصي به، فيصرف في البرّ، فكذا هنا يصرف إلي هذا النوع؛ لأنه أقرب إلي الوصية؛ لاستلزام الوصية بالعتق الخاص مطلق العتق، فلا يبطل ببطان أحد جزئه.

و أما إن اشتروه بأقل، احتمل أن يعطي الباقي للعبد؛ لما روي في أخبارنا أنه إذا أوصي بأن يعتق عنه رقبة بثمان معلوم، فلم يوجد بذلك القدر ووجد بأقل من ذلك اشترى وأعطى الباقي ثم أعتق.

وهي رواية سماعة عن الصادق عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصي أن تعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم من ثلثه، فاشترى نسمة بأقل من

ص: 310

1- السرائر 3: 201-202.

2- ينظر: اختلاف الأئمة العلماء 2: 77.

3- ينظر: الكافي 7: 58-59، والفقيه 4: 565/162، و التهذيب 9: 844/214.

خمسمائة درهم وفضلت فضلة فما تري ؟ قال: «تدفع الفضلة إلي النسمة من قبل أن تعتق ثم تعتق عن الميِّت»⁽¹⁾.

ولو أوصي أن يشتري عبد بألف ويعتق عنه، فلم يخرج من ثلثه، اشترى عبد يحتمله الثلث - وبه قال الشافعي⁽²⁾ - لأنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث، فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما يحتمله، كما لو أوصي بعق عبد فلم يحتمله الثلث.

ولما رواه علي بن أبي حمزة عن الكاظم عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصي بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد بذلك، قال:

«يشتري من الناس فيعتق»⁽³⁾.

وقال أبو حنيفة: تبطل الوصية؛ لأنه أمر بشراء عبد بألف، فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه، كالوكيل⁽⁴⁾.

والفرق: أنه لو وكله في إعتاق عبد لم يملك إعتاق بعضه، ولو أوصي بإعتاق عبد أعتق منه ما يحتمله الثلث.

مسألة 182: لو أوصي بشراء عبد وأطلق،

أو بيع عبد وأطلق، فالأقرب: الجواز؛ لأنها وصية في فعل سائغ.

وقال بعض العامة: الوصية باطلة؛ لأن الوصية لا بد لها من مستحق،

ص: 311

1- الكافي 13/19:7، الفقيه 4:159-557/160، التهذيب 9:868/221.

2- حلية العلماء 6:153، اختلاف الأئمة العلماء 2:78، المغني 6:574، الشرح الكبير 6:512.

3- الكافي 9/18:7، الفقيه 4:553/159، التهذيب 9:863/220.

4- بدائع الصنائع 7:393، الهداية - للمرغيناني - 4:246، حلية العلماء 6:153، اختلاف الأئمة العلماء 2:77، المغني 6:574، الشرح الكبير 6:512.

ولا مستحقّ هاهنا(1).

ولو أوصي ببيعه بشرط العتق، صحّت الوصيّة إجماعاً، وبيع كذلك؛ لأنّ في البيع هنا نفعاً للعبد بالعتق، فإذا لم يوجد من يشتريه كذلك، بطلت الوصيّة؛ لتعذّرها.

ولو أوصي ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم، بيع به؛ لأنّه قصد إرفاقه بذلك غالباً.

وإن لم يسمّ ثمناً، بيع بقيمته، وتصحّ الوصيّة؛ لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه، فيحتمل أن يتعلّق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلي من هو معروف باعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري لمعني يحصل له من العبد، فإن تعذّر بيعه لذلك الرجل، أو أبي أن يشتريه بالثمن أو بقيمته إن لم يعيّن الثمن، بطلت الوصيّة.

مسألة 183: لو كان له عبدان اسم كلّ واحد: سعد،

فقال: سعد حرّ بعد موتي وله مائتا درهم، ولم يعيّنهُ، أقرع بينهما، فيعتق من خرجت له القرعة، ويأخذ المائتين إذا خرجت من الثلث؛ لأنّ مستحقّها حرّ في حال استحقاقها.

وقال بعض العامّة: يصحّ العتق لمن تقع عليه القرعة، وليس له من المائتين شيء؛ لأنّ الوصيّة بالمائتين وقعت لغير معيّن، ولا تصحّ الوصيّة إلّا لمعيّن(2).

مسألة 184: لو قال: أحد عبيدي حرّ،

أقرع بينهم، ويخرج الحرّ

ص: 312

1- المغني 574:6، الشرح الكبير 513:6.

2- المغني 572:6.

بالقرعة - وبه قال أحمد(1) - لأنه عتق استحقّه واحد من جماعة معيّنين(2) ، فكان له إخراجهم بالقرعة، كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما.

ولما رواه محمد بن مروان عن الشيخ: «أنّ أبا جعفر مات وترك ستين مملوكا فأعتق ثلثهم، فأقرعت بينهم وأعتقت الثلث»(3).

وقال أبو حنيفة والشافعي: له تعيين أحدهما بغير قرعة؛ لأنه عتق مستحقّ في معيّن، فكان التعيين إلى المعتق، كالعتق في الكفارة، وكما لو قال لورثته: اعتقوا عني عبدا(4).

والفرق: أنّ العتق في الكفارة لم يستحقه أحد، إنّما استحقّ علي المكفّر التكفير.

وإذا قال: أعتقوا عني عبدا، فإن لم يصفه إلى عبيده ولا إلى جماعة سواهم، فهو كالمعتق في الكفارة.

وإن قال: أعتقوا أحد عبيدي، احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة، كمسألتنا، واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة.

ثمّ الفرق: أنّه في هذه المسألة جعل الأمر إلى الورثة، حيث أمرهم بالإعتاق، فكانت الخيرة إليهم، وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئا، فلا يكون لهم خيرة.

ولو أوصي بعتق جماعة من عبيده مفضّلا، بدئ بالأوّل فالأوّل، وكان النقص داخلا علي الأخير؛ لرواية حمران عن الباقر عليه السلام: في رجل أوصي2.

ص: 313

1- المغني 6: 571، الشرح الكبير 12: 282.

2- الظاهر بحسب السياق: «لو قال: أحد عبيّ حرّ، أقرع بينهما... واحد منهما».

3- تقدّم تخريجه في ص 283، الهامش (1).

4- المغني 6: 571، الشرح الكبير 12: 282.

عند موته: أعتق فلانا و فلانا و فلانا و فلانا، فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمة الممالك الخمسة الذين أمر بعنتقهم، قال: «ينظر إلي الذين سَمَّاهم وبدأ بعنتقهم، فيقومون، وينظر إلي ثلثه فيعتق منهم أول شيء ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذي سَمِّي آخرًا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك» (1).

إذا عرفت هذا، فلو قال: فلان و فلان و فلان أحرار و معتقون، فالأقرب: أنه لا ترتيب هنا؛ إذ الكلام يتم بآخره.

مسألة 185: إذا أوصي بعنق جاريته علي أن لا تزوج ثم مات،

فقلت: لا- أتزوج، وجب عنتقها، فإذا عنتقت فإن تزوجت بعد ذلك لم يبطل عنتقها - وبه قال الأوزاعي والليث وأبو ثور وابن المنذر و أصحاب الرأي (2) - لأن العنق إذا وقع لا يمكن رفعه.

ولو أوصي لأم ولده بألف علي أن لا تزوج، أو علي أن تثبت مع ولده، ففعلت وأخذت الألف ثم تزوجت وترك ولده، ففيها وجهان:

أحدهما: تبطل وصيتها؛ لأنه فات الشرط ففادت الوصية، وفارق العنق؛ فإنه لا يمكن رفعه.

والثاني: لا تبطل وصيتها - وهو قول أصحاب الرأي (3) - لأن وصيتها صحّت فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها، كالأولي.

ولو أعتق عبيدين متساويي القيمة بكلمة واحدة ولا مال له غيرهما

ص: 314

1- تقدّم تخريجها في ص 286، الهامش (1).

2- المغني 570:6، الشرح الكبير 502:6، مختصر اختلاف العلماء 5: 2174/35، المبسوط - للسرخسي - 89:28.

3- المبسوط - للسرخسي - 90:28، المغني 570:6، الشرح الكبير 502:6.

فمات أحدهما، أفرع بين الحيِّ والميت، فإن وقعت علي الميت فالحي رقيق، وتبيننا أنَّ الميت نصفه حرّ؛ لأنَّ مع الورثة مثلي نصفه، وإن وقعت علي الحي عتق ثلثه، ولا يحسب الميت علي الورثة؛ لأنَّه لم يصل إليهم.

ولو أعتق في مرض موته تبرّعا ثم أقرّ بدين، لم يبطل تبرّعه، ونفذ العتق، ولم يردّ إلي الرقّ؛ لأنَّ الحقّ ثبت بالتبرّع في الظاهر، فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حقّ غيره.

هذا علي قول بعض علمائنا(1) في إخراج المنجزات من الأصل، وبه قال أحمد(2) هنا.

و الوجه: أن نقول: إن كان المقرّ متّهما في إقراره، فالأمر كذلك، وإلاّ قدّم الإقرار، وبطل(3) التبرّع بخروج الإقرار مع انتفاء التهمة من الأصل.

ولو قال: إن تزوّجت فعبدني حرّ، لم يصح؛ لما بينّا من أنَّ العتق لا يقع إلاّ منجزا.

وقالت العامة: يصحّ، فلو تزوّج في مرضه بأكثر من مهر المثل، فالزيادة محابة تعتبر من الثلث.

ولو ضاق الثلث عنهما، فالمحابة أولي؛ لأنّها وجبت قبل العتق، لكون التزويج شرطا في عتقه فسبقت عتقه.

ويحتمل أن يتساويا؛ لأنّ التزويج سبب لثبوت المحابة و شرط للعتق، فلا يسبق وجود أحدهما صاحبه، فيكونان سواء(4).6.

ص: 315

1- ابن إدريس في السرائر 3:199.

2- المغني 6:539.

3- في الطبعة الحجرية: «يبطل».

4- المغني 6:528.

ثم هل يقدم العتق علي المحابة ؟ عن أحمد روايتان(1).

مسألة 186: التدبير وصية يمضي من الثلث،

ولا نعلم فيه خلافا، وله الرجوع فيه وفي بعضه؛ لما رواه محمد بن مسلم - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام قال: «المدبر من الثلث» وقال: «للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان وصي في صحة أو مرض»(2).

وفي الحسن عن معاوية بن عمار عن الصادق عليه السلام، قال: سألت عن المدبر، قال: «هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها»(3).

وفي الحسن عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال: «المدبر من الثلث»(4).

وفي الصحيح عن هشام بن الحكم قال: سألت(5) عن الرجل يدبر مملوكه أله أن يرجع فيه ؟ قال: «نعم، هو بمنزلة الوصية»(6).

إذا عرفت هذا، فلو دبر عبده و كان عليه كفارة عتق رقبة، لم يجزئ التدبير عن العتق؛ لرواية عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام: و سألت عن رجل جعل لعبده العتق إن حدث به الحدث، فمات الرجل و عليه تحرير رقبة واجبة في كفارة يمين أو ظهار أيجزئ عنه أن يعتق عنه في تلك الرقبة الواجبة عليه ؟ قال: «لا»(7).

مسألة 187: لو أوصي بصرف شيء في العتق،

فأخرجه الوصي في

ص: 316

1- المغني 528:6.

2- الكافي 3/22:7، التهذيب 9:225/883.

3- الكافي 4/23:7، التهذيب 9:225/884.

4- الكافي 1/22:7، التهذيب 9:225/885.

5- في المصدر: «سألت أبا عبد الله عليه السلام».

6- الكافي 2/22:7، التهذيب 9:225-226/886.

7- التهذيب 9:225/882.

الحجّ عن الميّت، لم يجرى، وكان علي الوصي الغرم؛ لأنّه خالف الوصيّة.

ولما رواه محمّد بن مارد عن الصادق عليه السّلام، قال: سألته عن رجل أوصي إلي رجل وأمره أن يعتق عنه نسمة بستّمائة درهم من ثلثه، فانطلق الوصي فأعطي الستّمائة درهم رجلاً يحجّ بها عن الميّت، فقال الصادق عليه السّلام: «أري أن يغرم الوصي ستّمائة درهم من ماله، و يجعل الستّمائة فيما أوصي به الميّت في نسمة»⁽¹⁾.

مسألة 188: ينبغي عتق من ناله منه ضرر و شدّة ليقابل ذلك بالإحسان إليه.

روي أبو بصير عن الصادق عليه السّلام قال: «أعتق أبو جعفر عليه السّلام من غلمانته عند موته شرارهم وأمسك خيارهم، فقلت: يا أبة تعتق هؤلاء وتمسك هؤلاء؟! فقال: إنهم أصابوا منّي ضرباً⁽²⁾ فيكون هذا بهذا»⁽³⁾.

مسألة 189: لو أوصي بعتق رقبة،

أجزأ أن يعتق عنه مسّماها من ذكر وأنثى و خنثى؛ لتناول الاسم الجميع؛ لرواية أبي بكر الحضرمي عن الصادق عليه السّلام، قال: قلت له: إنّ علقمة بن محمّد أوصاني أن أعتق عنه رقبة، فأعتقت عنه امرأة أفتجزئه، أو أعتق عنه من مالي؟ قال: «تجزئه» ثمّ قال لي: «إنّ فاطمة أمّ ابني أوصت أن أعتق عنها رقبة فأعتقت عنها امرأة»⁽⁴⁾.

ص: 317

1- التهذيب 9: 887/226، وفي الكافي 7: 3/22، والفقيه 4: 533/154 بتفاوت يسير.

2- في «ل» و الكافي: «ضراً» بدل «ضرباً».

3- الكافي 7: 55-13/56، الفقيه 4: 600/171، التهذيب 9: 908/232.

4- الكافي 7: 5/17، الفقيه 4: 550/158، التهذيب 9: 865/220.

مسألة 190: قال ابن إدريس: و روي أنه إذا أوصي بعق نسمة مؤمنة

و لم يوجد ذلك، جاز أن يعتق من أفناء الناس مَن لا يعرف بنصب و لا عداوة، فإن وجدت مؤمنة لم يجزئ غيرها، قال: و الأظهر أنه لا يجزئه غير المؤمنة علي كل حال؛ لقوله تعالى: فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا إِيْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (1) و هو جيد.

فإن اشترى نسمة علي أنها مؤمنة و كان ظاهرها ذلك فأعتقت ثم ظهر بعد ذلك أنها لم تكن كذلك، فقد مضى العتق و أجزأ عن [الوصي] (2)؛ لأنه المتعبد المكلف المخاطب بذلك، و أجزأ أيضا عن الموصي (3).

مسألة 191: روي الشيخ رحمه الله عن أحمد بن محمد عن ابن فضال عن داود بن فرقد

قال: سئل الصادق عليه السلام عن رجل كان في سفره و معه جارية له و غلامان مملوكان، فقال لهما: أنتما حرّان لوجه الله و اشهدا أنّ ما في بطن جاريّتي هذه مّتي، فولدت غلاما فلما قدموا علي الورثة أنكروا ذلك و استرقّوهم ثم إنَّ الغلامين عتقا بعد ذلك فشهدا بعد ما أعتقا أنّ مولاهما الأوّل أشهدهما أنّ ما في بطن جاريّته منه، قال: «تجوز شهادتهما للغلام، و لا يسترقّهما الغلام الذي شهدا له، لأنّهما أثبتا نسبه» (4).

قال الشيخ رحمه الله: و لا ينافي هذا الخبر ما رواه البزوفري عن أحمد بن إدريس عن أحمد بن محمد عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن

ص: 318

1- سورة البقرة: 181.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «الموصي به». و الصحيح ما أثبتناه من المصدر.

3- السرائر 3: 213.

4- التهذيب 9: 870/222.

الصادق عليه السلام: في رجل مات وترك جارية [حبلى] (1) ومملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدین وولدت الجارية غلاما فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان نزل (2) علي الجارية وأن الحمل منه، قال: «تجوز شهادتهما، ويردّا عبيدين كما كانا» (3) لأنّ الخبر الأوّل محمول علي الاستحباب، والأخير محمول علي أنّه يجوز للولد استرقاقهما؛ لأنّهما أعتقتهما من لا يملكهما، ولكن يستحبّ له عتقهما من حيث أثبتنا نسبه، ولا تنافي بينهما علي حال (4).

البحث

إشارة

البحث (5) الثاني: في الوصية بالحجّ.

مسألة 192: الحجّ ضربان: نفل و فرض،

فالنفل (6) تصحّ الوصية به عند علمائنا، وتجوز النيابة فيه - وهو أصحّ قولي الشافعي (7) - لأنّها من أفضل العبادات، وقد أمر النبي صلّي الله عليه وآله والختميّة بالحجّ عن أبيها، وقال لها:

«فدين الله أحقّ أن يقضي» (8) فكذا في نفيه.

ص: 319

-
- 1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.
 - 2- في المصدر: «ينزل».
 - 3- التهذيب 9: 222/871.
 - 4- التهذيب 9: 222، ذيل ح 870 و ذيل ح 871.
 - 5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «المطلب»، والمثبت يقتضيه ما تقدّم.
 - 6- في النسخ الخطيّة: «والنفل».
 - 7- المهذّب - للشيرازي - 1: 206، بحر المذهب 5: 21-22، الوجيز 1: 278، الوسيط 2: 591، التهذيب - للبغوي - 3: 249، العزيز شرح الوجيز 7: 121، المجموع 7: 114، روضة الطالبين 5: 179.
 - 8- الجامع لأحكام القرآن 4: 151.

وقد ورد الحج بالصغير (1)، ولا شك في عدم تمكنه من الأفعال، وإنما يتولّاها الولي، فدلّ علي دخول النيابة فيه.

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السلام وقد سئل عن رجل أوصي بحجة، فقال: «إن كان ضرورة فمن صلب ماله، إنما هي دين عليه، وإن كان قد حجّ فمن الثلث» (2).

إذا عرفت هذا، فإنه يخرج من الثلث، كسائر التبرعات، وللرواية عن الصادق عليه السلام (3).

ثم إن أوصي أن يحجّ عنه من الميقات أو من بلده، عمل بمقتضي وصيّته.

وإن أطلق، فللشيخ قولان (4):

أحدهما: أنه يحجّ عنه من أقرب الأماكن إلى مكة، ولا يلزم الورثة الأجرة والاستئجار إلا من ميقات أهله الذي هو ميقات الإحرام - وبه قال بعض الشافعية (5) - حملاً علي أقلّ الدرجات، ولأنّ الغرض من الحجّ إيقاع المناسك في مواضعها، وقطع المسافة أمر ضروري غير مطلوب للشارع، ولهذا لو سافر بقصد التجارة إلى بعض البلاد جاز له تجديد تبة الحجّ من 5.

ص: 320

1- الكافي 4: 303/1، الفقيه 2: 265/1291، التهذيب 5: 409/1424، و ينظر: الموطأ 1: 422/244، وصحيح مسلم 2: 974/1336، و سنن ابن ماجه 2: 2910/971، و سنن أبي داود 2: 142-143/1736، و الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 3: 264-265/924، و سنن النسائي (المجتبي) 5: 120، و السنن الكبرى - للنسائي - 2: 326-327/3625-3629، و مسند أبي يعلي 4: 289/2400.

2- الفقيه 2: 270/1316، التهذيب 9: 229/898.

3- راجع: الهامش السابق.

4- راجع للقول الأول: المبسوط 4: 24، و للقول الثاني: النهاية: 283 و 617.

5- الوسيط 4: 462، العزيز شرح الوجيز 7: 121، روضة الطالبين 5: 179.

ذلك المكان، ولم يكلف الرجوع إلي بلده وإنشاء الإحرام منه إجماعاً، ولأنّ للحجّ أن ينشئ الإحرام من ميقاته، ولا يجب عليه قبل ذلك، بل له أن يقصد إلي الحجّ من أيّ بلد شاء، فكذا نائبه لو مات.

والثاني: أنّه إن كان الثلث أو ما أوصي به يفي بالحجّ من بلدته وجب أن يستأجر من بلده، وإلاّ وجب أن يستأجر عنه من الميقات؛ لأنّ الصادق عليه السّلام سئل عن رجل مات فأوصي أن يحجّ عنه، قال: «إن كان ضرورة فمن جميع المال، وإن كان متطوّعا فمن ثلثه»⁽¹⁾.

وسئل الصادق عليه السّلام عن رجل أوصي بعشرين درهما في حجة، قال:

«يحجّ بها [عنه] رجل من حيث يبلغه»⁽²⁾.

وبه قال بعض الشافعية⁽³⁾ أيضا.

ولهم قول آخر مشهور: أنّه يحجّ من بلده؛ لأنّ الغالب التجهيز للحجّ والنهوض من البلد⁽⁴⁾.

مسألة 193: إذا أوصي بحجّ التطوّع وغيره،

فإن قدّم الحجّ في الذكر يقدّم علي غيره من الوصايا المتبرّع بها، وإن قدّم غيره كان مقدّما علي الحجّ - وبه قال أبو حنيفة⁽⁵⁾ - لأنّ بدأته به لفظا يدلّ علي شدة اهتمامه وتقديمه.

ص: 321

1- التهذيب 895/228:9.

2- التهذيب 897/229:9، وما بين المعقوفين أثبتناه منه.

3- العزيز شرح الوجيز 121:7.

4- العزيز شرح الوجيز 121:7، روضة الطالبين 79:5.

5- مختصر القدوري: 243، مختصر اختلاف العلماء 2155/13:5، تحفة الفقهاء 211:3.

ولما تقدّم (1) من الأخبار الدالة على أنّ من أوصي بأكثر من الثلث يكون النقص داخلا على الأخير.

وقال الشافعي: لا تقديم، بل يدخلها العول؛ لأنّها وصايا مؤخّرة استوت في حال الاستحقاق، فتساوت (2).

ونمنع تساويها (3) مع الترتّب (4) لفظا.

وللشافعي قول آخر: إنّّه تقدّم علي سائر الوصايا وإن تأخّر؛ لأنّ العتق مقدّم، لكونه قربة، فيقدّم الحجّ؛ لمشاركته إيّاه في العلّة، ولو لم يف الثلث أو حصّة الحجّ منه بالحجّ، بطلت الوصيّة (5).

مسألة 194: لو أوصي بالحجّ الواجب إمّا حجة الإسلام أو المندورة أو غيرهما،

أخرجت من صلب المال إن أطلق، وكذا يخرج من صلب ماله (6) وإن لم يوص بها، ولا يسقط بالموت عنه - وبه قال الشافعي (7) - لأنّها دين

ص: 322

1- في ص 285-286.

2- نهاية المطلب 11: 187، الوسيط 4: 462، العزيز شرح الوجيز 7: 121، روضة الطالبين 5: 179.

3- في «ل» والطبعة الحجرية: «تساويهما».

4- في «ر»: «الترتيب».

5- نفس المصادر في الهامش (2).

6- في «ر، ل»: «المال» بدل «ماله».

7- الحاوي الكبير 4: 16، و 8: 243، المهذب - للشيرازي - 1: 206، نهاية المطلب 11: 184، بحر المذهب 5: 25، الوسيط 4: 463،

الوجيز 1: 278، حلية العلماء 3: 244، التهذيب - للبعوي - 4: 90، البيان 4: 44، و 8: 242، العزيز شرح الوجيز 3: 303، و 7: 122،

روضة الطالبين 2: 289، و 5: 180، المجموع 7: 110، المغني 3: 198، و 6: 591، الشرح الكبير 3: 196، و 6: 517، بدائع الصنائع

2: 221، الإشراف على نكت مسائل الخلاف 1: 708/458، عيون المجالس 2: 496/769، المعونة 1: 503.

في ذمته.

ولما رواه معاوية بن عمّار - في الصحيح - عن الصادق عليه السلام، قال:

سألته عن رجل مات فأوصي أن يحجّ عنه، قال: «إن كان ضرورة فمن جميع المال، وإن كان متطوعاً فمن ثلثه» (1).

وقال أبو حنيفة ومالك: إن أوصي بالحجّ فمن ثلثه، وإن لم يوص فإثنا تسقط بموته (2).

وليس بجيد؛ لقوله عليه السلام للختعمية: «فدين الله أحقّ أن يقضي» (3).

ولو أوصي بحجّ واجب وغيره، قدّم الواجب من صلب المال، ولو قال: من الثلث، قدّم علي غيره من الوصايا أيضاً.

وقال الشافعي في أحد وجهيه كهذا، وفي الآخر: يسوّي بينه وبين الوصايا، فإن وفي الثلث بالجميع فلا كلام، وإن كان ما يصيب الحجّ لا يكفيه تمّم من رأس المال؛ لأنّ حجة الإسلام تجب من رأس المال (4).

مسألة 195: إذا مات و عليه حجّ واجب حجة الإسلام وغيرها

من

ص: 323

1- التهذيب 9: 228/895.

2- تحفة الفقهاء 1: 426 و 427، بدائع الصنائع 2: 221 و 222، الاختيار لتعليل المختار 1: 228، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 1: 708/458، عيون المجالس 2: 768-496/769، المعونة 1: 503، الحاوي الكبير 4: 16، و 8: 243، نهاية المطلب 11: 184، بحر المذهب 5: 27، الوسيط 4: 463، حلية العلماء 3: 244، البيان 4: 44، العزيز شرح الوجيز 3: 303، و 7: 122، المجموع 7: 112، المغني 3: 198، و 6: 591، الشرح الكبير 3: 196، و 6: 517.

3- الجامع لأحكام القرآن 4: 151.

4- الحاوي الكبير 8: 245، الوجيز 1: 278، التهذيب - للبغوي - 5: 91، البيان 8: 177، العزيز شرح الوجيز 7: 122، روضة الطالبين 5: 180.

الواجبات ولم يوص، حجّ عنه من صلب ماله - وبه قال الشافعي(1) في ص 323، ذيل المسألة 194.(2) - لأنّ ذلك واجب عليه، فهو كالدين.

وقال أبو حنيفة ومالك: يسقط بالموت(3).

وليس بجيّد، وقد تقدّم(4).

ويحجّ عنه من الميقات؛ لأنّ الواجب في الشرع إنّما هو الإحرام من الميقات، ويحجّ عنه بأقلّ ما يؤخذ(5) أجره.

فأمّا إن أوصي أن يحجّ عنه، ففيه أربع مسائل:

الأولي: أن يوصي بأن يحجّ عنه حجة الإسلام من صلب ماله، فهذه الوصية توكيد لما وجب بالشرع، ويحجّ عنه من الميقات، كما لو لم يوص.

وعند بعض علمائنا يحجّ عنه من بلده مع اتّساع المال، وإلّا فمن الميقات(6).

الثانية: أن يوصي بأن يحجّ عنه حجة الإسلام من ثلث ماله، فإنّه يحجّ عنه من الثلث، وفائدة هذه الوصية: الرفق بالورثة والتوفير عليهم.

فإن(7) كان قد أوصي بثلثه لجهة أخرى، قدّم الحجّ.

وللشافعي وجهان سبقا(7)، أحدهما: التقديم، والثاني: التسييط.4.

ص: 324

1- راجع: الهامش

2- من ص 322.

3- راجع: الهامش (2) من ص 323.

4- في ص 323.

5- في «ص»: «يوجد» بدل «يؤخذ».

6- ابن إدريس في السرائر 3: 186-187.

7- في «ر، ل»: «وإن».

الثالثة: أوصي أن يحج عنه ولم يحج حجة الإسلام، فإن بلغ ثلثه حجة من بلده، قال بعض علمائنا: يحج عنه من بلده (1).

وقال بعضهم: يحج عنه من أقرب الأماكن (2).

وقال الشافعي: يحج من بلده.

واختلف أصحابه في ذلك.

فمنهم من قال بظاهره، وقال: يحج عنه من ثلثه؛ لأن الوصية بذلك تقتضي أن يكون من الثلث، لأنه إنما يملك الوصية بالثلث، ولو جعل الحج من الثلث كان منه، فكذلك إذا أطلق.

وقال أكثر أصحابه: إن الحج من رأس ماله، ووصيته به يحتمل أن تكون تأكيداً وتذكيراً.

وتأولوا كلام الشافعي بأنه أراد بذلك إذا أوصي به من ثلثه.

قالوا: ويحتمل أن يريد إذا كان عليه حجة الإسلام وأوصي بأخري تطوعاً (3).

ويحتمل أن يكون غلطاً في الخط، ويكون موضع «و لم يحج» «وقد حج».

الرابعة: إذا أوصي بالحج وقرن به ما يكون من الثلث، مثل أن يقول: حجوا عني وأعتقوا وصدقوا، فمن قال هناك: يكون من رأس المال، قال أكثرهم هنا أيضاً: يكون من رأس المال، ولا يتغير (4) حكم بما.

ص: 325

1- ابن إدريس في السرائر 3: 186.

2- الشيخ الطوسي في المبسوط 4: 23.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 123.

4- في «ر، ل»: «ولا يتعين».

اقترن به(1).

وقال بعضهم: يكون من الثلث؛ لأنه لما جمع بينه وبين ما يخرج من الثلث دلّ علي أنه أراد أن يكون من الثلث(2).

والأول أصحّ عندهم؛ لأنّ الاقتران في اللفظ لا يدلّ علي الاقتران في الحكم(3)؛ لقوله تعالى: كُلُوا مِنْ ثَمَرِهِ إِذَا أَثْمَرَ وَآتُوا حَقَّهُ [\(4\)](#) مع أنّ الإيتاء واجب والأكل بخلافه.

مسألة 196: إذا أوصي أن يحجّ عنه،

فإنّما أن يذكر حجّاً واجباً أو تطوّعاً أو يطلق، فإن ذكر حجّاً واجباً، فإنّما أن يقول: من رأس المال، أو من الثلث، أو يطلق، وكذا في الباقيين، و علي كلّ تقدير فإنّما أن يعيّن الأجرة أو يطلق.

فإن عيّن فإنّما أن يكون بقدر أجرة المثل أو بأقلّ أو بأكثر، فإن عيّن في الواجب و كان بقدر أجرة المثل أو أقلّ أخرج مطلقاً، وإن كان أكثر من أجرة المثل أخرج أجرة المثل من الأصل والزائد من الثلث.

ولا فرق في ذلك بين أن يقول: من رأس المال، أو من الثلث، أو يطلق، إلّا أنّه إذا قال: من الثلث، زاحم به الوصايا، ويقضي من الثلث، كما لو أوصي بقضاء دينه من ثلثه، و تتضمّن هذه الوصيّة ترفيه الورثة بتوفير الثلثين عليهم.

ثمّ إن لم يف الثلث أو نصيب الحجّ منه بالأجرة المعيّنة أو أجرة المثل كمّل من رأس المال، كما لو قال: اقضوا ديني من ثلثي، فلم يف به

ص: 326

الثَّالث.

وَيَقْدَمُ الْحَجَّ عَلَي سَائِرِ الْوَصَايَا - وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ (1) رَاجِع: الْهَامِش (2) مِنْ ص 322. (2) - لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَوْصَ كَانَ مَقْدَمًا فِي جَمِيعِ الْمَالِ عَلَي الْوَصَايَا، فَإِذَا جَعَلَهُ فِي الثَّلَاثِ كَانَ مَقْدَمًا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَقْدَمُ، بَلْ يَزَاحِمُهَا بِالْمُضَارَبَةِ (2).

فَإِذَا لَمْ يَفِ الثَّلَاثُ بِالْحَجِّ عَلَي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَوْ الْحَاصِلِ مِنَ الْمُضَارَبَةِ عَلَي الْوَجْهِ الثَّانِي كَمَلَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَحِينَئِذٍ تَدُورُ الْمَسْأَلَةُ.

وَلَوْ أُطْلِقَ فِي الْوَاجِبِ فَلَمْ يُضَفْ إِلَي الثَّلَاثِ وَلَا إِلَي رَأْسِ الْمَالِ، حَجَّ عَنْهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ، وَالثَّانِي: مِنْ الثَّلَاثِ (3).

وَلَوْ أُطْلِقَ الْقَدْرُ، أَخْرَجَ أَجْرَةَ الْمَثَلِ مِنَ الْأَصْلِ، إِلَّا أَنْ يُضَيَّفَ إِلَي الثَّلَاثِ فَيُخْرَجَ مِنْهُ مَا يَحْتَمِلُهُ، فَإِنْ قَصَرَ الثَّلَاثُ عَنْهُ كَمَلَّ الْبَاقِي مِنَ الْأَصْلِ.

وَلَوْ أَوْصِيَ بِحَجِّ التَّطَوُّعِ، أَخْرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ، سِوَاءَ عَيْنِ الْأَجْرَةِ أَوْ أُطْلِقَ، فَإِنْ قَصَرَ الثَّلَاثُ عَنْ رَاغِبٍ وَلَوْ مِنْ أَقْرَبِ الْأَمَكنِ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ؛ لَتَعَذَّرَ الْعَمَلُ بِهَا، وَسِوَاءَ قَال: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، أَوْ مِنَ الثَّلَاثِ، أَوْ أُطْلِقَ، وَيَحَجُّ عَنْهُ مِنْ أَقْرَبِ الْأَمَكنِ، إِلَّا أَنْ يَعْيَّنَ أَجْرَةَ يَحْتَمِلُهَا الثَّلَاثُ مِنَ الْبَلَدِ.

وَلَوْ أُطْلِقَ وَلَمْ يَذْكُرْ حَجًّا وَاجِبًا وَلَا نَدْبًا، فَإِنْ كَانَ مُسْتَطِيعًا وَلَمْ يَحِجَّ حِجَّةَ الْإِسْلَامِ أَوْ الْوَاجِبَ لَوْ عَلِمَ وَجُوبَهُ، حَمَلَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَيْهِ؛ عَمَلًا بِالظَّاهِرِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ حَجَّ حِجَّةَ الْإِسْلَامِ وَلَمْ يَعْلَمْ تَعَلَّقَ ذِمَّتُهُ بِحَجِّ وَاجِبٍ، حَمَلَ عَلَي التَّطَوُّعِ؛ لِأَصَالَةِ الْبَرَاءَةِ. 5.

ص: 327

1- رَاجِع: الْهَامِش

2- مِنْ ص 322.

3- الْحَاوِي الْكَبِير 8: 245، الْبَيَان 8: 161، الْعَزِيزُ شَرْحُ الْوَجِيزِ 7: 122، رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ 5: 180.

فإن عيّن الأجرة واحتملت من بلده استؤجر بها من بلده، وإلا فمّن أقرب الأماكن.

وإن لم يعيّن الأجرة، فإن عيّن الابتداء من بلده أخرج إن احتمله الثلث، وإلا فمّن أقرب الأماكن.

ولو لم يعيّن الابتداء، فالوجه: الحجّ من أقرب الأماكن؛ لأنّه لو كان حيّا لم يلزمه إلّا ذلك، حتى لو كان في سفر تجارة ثمّ بدا له الحجّ حين انتهى إلي الميقات جاز.

وقال بعضهم: يستأجر من يحجّ من بلده، ونقله العامّة عن عليّ عليه السّلام؛ لقوله تعالى: **وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ (1)** لأنّ إتمامهما أن تحرم بهما من دويّة أهلك، لكن رخص في ترك الإحرام من البلد إلي الميقات، فيبقي السعي من البلد واجبا، فعلي هذا إن أوصي بالحجّ من الثلث فجميعه من الثلث، وإن أطلق وجعلناه من الثلث فالذي هو من الثلث مؤونة ما بين البلد إلي الميقات، فأما من الميقات فمّن رأس المال في الواجب (2).

و الأقرب: أنّه يحجّ عنه مع الإطلاق من الميقات؛ لأنّ الواجب بالشرع ذلك، فلو أوصي أن يحجّ عنه من بلده فلم يبلغ ثلثه حجّة من بلده حجّ عنه من حيث أمكن، ولا يقتصر علي الحجّ من الميقات، بل لو وجد راغب في الحجّ من أبعد من الميقات وجب.

ولو لم يبلغ الحجّ من الميقات، تمّم من رأس المال في الحجّ الواجب، سواء كانت حجّة الإسلام أو المنذورة - وهو أحد وجهي

ص: 328

1- سورة البقرة: 196.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 123.

الشافعية(1) - لأنها واجبة كحجة الإسلام والدين والزكاة.

والثاني: أن المنذورة كالتطوعات؛ لأنها لا تلزم ابتداءً، وإنما لزم بالتزامه، فعلي هذا إن لم يوص بها لم تقض عنه، وإن أوصي كانت من الثلث(2).

وعلي الوجه الأول - وهو الذي ذهبنا إليه - إن أوصي بها فكما لو أوصي بحجة الإسلام، فينظر في إطلاق الوصية وتقييدها، وإن لم يوص بها فتقضي من رأس المال في أحد وجهي الشافعي - وهو الذي نذهب إليه - وفي الآخر: من الثلث؛ لأنه بالنذر متبرع، فجعل نذره كالوصية، ولأنها لو قضيت من رأس المال لم يؤمن أن تستغرق بالنذر أمواله(3).

وليس بجيد؛ لأننا نلتزم ذلك إذا نذر حال الصحة.

مسألة 198: من وجب عليه حجة الإسلام ونذر أخرى ثم مات بعد استقرارهما

في ذمته أخرجت حجة الإسلام والمنذورة من صلب المال، فإن ضاق المال عنهما ولم يتسع إلا لإحدهما حج عنه حجة الإسلام، و سقطت الأخرى، لكن يستحب أن يحج عنه الأخرى.

وقال بعض علمائنا: تخرج حجة الإسلام من أصل المال، والمنذورة من الثلث(1).

وليس بجيد؛ لتساويهما في الوجوب.

وفي رواية لنا: أنه إذا نذر أن يحج رجلاً ومات وعليه حجة الإسلام أخرجت حجة الإسلام من الأصل وما نذره من الثلث(2).

ص: 329

1- الشيخ الطوسي في المبسوط 1:306، والمحقق الحلي في شرائع الإسلام 1:235.

2- الفقيه 2:1280/263، التهذيب 5:1413/406.

و هي محمولة عندي علي ما إذا أوقع النذر في مرض موته(1).

مسألة 199: إذا أوصي أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث

و أوصي لإنسان بمائة و التركة ثلاثمائة و أجره الحج مائة، قدّمت أجره الحج، و بطلت الوصية الأخرى.

و لو أوصي بعدم التقديم، و زعنا الثلث بين أجره الحج و الوصية بالمال، فيدخلها الدور؛ لأن حصّة الحج تكمل من رأس المال، فإذا أخذنا شيئاً من رأس المال نقص الثلث، و إذا نقص الثلث نقصت حصّة الحج، فلا تعرف حصّة الحج ما لم يعرف الثلث، و لا يعرف الثلث ما لم يعرف المأخوذ من رأس المال، و لا يعرف ذلك حتي تعرف حصّة الحج، فيلزم الدور.

و طريق معرفة ذلك: أن نقول: نأخذ من التركة شيئاً لأجل تكميل حصّة الحج، تبقي التركة ثلاثمائة إلا شيئاً، نأخذ ثلثه و هو مائة إلا ثلث شيء، يقسم بين الحجّ و الموصي له بالسوية، فنصيب الحجّ خمسون إلا سدس شيء، و يضمّ الشيء المأخوذ للحجّ إليه يصير خمسين و خمسة أسداس شيء، و هو كمال الأجرة، تسقط الخمسين بخمسين، تبقي خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين، و إذا كان خمسة أسداس شيء خمسين كان الشيء ستين، فعرفنا أنّ المأخوذ لتكميل أجره الحجّ ستون، فنأخذ ثلث الباقي بعد الستين و هو ثمانون، و نقسمه بين الوصيتين، يخصّ كلّ واحدة أربعون، فللحجّ أربعون، و أخرج لتكميل الحجّ ستون نصمّمها إليها تبلغ مائة هي تمام أجره الحجّ.

ص: 330

1- في «ر، ل»: «الموت» بدل «موته».

مسألة 200: لو أوصي بأن يحج عنه تطوعاً أو حجة الإسلام من ثلثه

بمائة وأوصي بما يبقى من ثلثه بعد المائة لزيد وثلث ماله لعمرو وقصد التشريك لا الترتيب ولم يجز الورثة ما زاد علي الثلث، قسّم الثلث بين عمرو وبين الوصيّتين الآخرين نصفين؛ لأنّ الوصيّة له بالثلث، والوصيّتان الأخيرتان بالثلث أيضاً، فإذا كان ثلث المال ثلاثمائة، كان لعمرو مائة وخمسون، والباقي بين الحجّ وزيد.

وكيف يقسّم بينهما؟ الوجه: أنّه يصرف إلي الحجّ مائة وإلي زيد خمسون؛ لأنّه لم يوص له إلّا بالزائد عن مائة الحجّ، وهو أصحّ وجهي الشافعيّة.

والثاني لهم: أنّه يصرف إلي الحجّ خمسون، ومائة إلي زيد؛ رعاية للنسبة بين الوصيّتين علي تقدير الإجازة، ولأنّ زيدا يقول للحاجّ: أوصي بالثلث لي ولك أثلاثاً ثمّ دخل علينا عمرو فليس لك أن تدخل عليّ ضرراً بدخوله علينا(1).

والحقّ ما قلناه.

ولو كان الثلث مائتين، فلعمرو مائة، ويدخل زيد في الحساب، ثمّ المائة الثانية تصرف إلي الحجّ في أصحّ وجهي الشافعيّة، ولا شيء لزيد، وفي الوجه الثاني: المائة الثانية بين الحجّ والموصي له بالباقي بالسويّة(2).

ولو كان الثلث مائة، قسّم بين الحجّ وبين عمرو نصفين، ولا يدخل زيد في الحساب؛ لأنّ الثلث غير زائد علي ما عيّنه للحجّ، ولا شيء لزيد وإن لم توجد الوصيّة الثانية، بخلاف ما إذا كان الباقي فوق مائة.

ص: 331

1- التهذيب - للبغوي - 91:5، العزيز شرح الوجيز 125:7، روضة الطالبين 182:5.

2- التهذيب - للبغوي - 91:5، العزيز شرح الوجيز 125:7، روضة الطالبين 182:5.

ولو كانت الوصايا بحالها لكنّه أوصي أولاً بالثلث لإنسان ثمّ أوصي بالحجّ بمائة ثمّ لآخر بما يبغي من الثلث بعد المائة، قال أبو إسحاق من الشافعية: الوصية بالباقي من الثلث بعد المائة باطلة؛ لأنّ الوصية الأولى قد استغرقت الثلث (1).

وقال باقي الشافعية: لا فرق بين التقديم والتأخير، والوصية بالمائة وما يبغي من الثلث بعد المائة وصية بثلث آخر، وهذا الشخص قد أوصي بالثلثين، ولو لا ذلك لحكمنا فيما إذا أوصي لزيد بالثلث ثمّ لعمره بالثلث ببطالان الوصية الثانية، ولما ورّعنا الثلث عليهما (2).

وهذا كلّ علي أنّ الحجّ لا يقدّم في الثلث علي سائر الوصايا، وإنّما قدّمنا مائة الحجّ علي وصية الموصي له بالباقي؛ لأنّ الموصي قدّمها لفظاً، فأما إذا قدّمنا الحجّ علي سائر الوصايا، فإن كان الثلث ثلاثمائة والمائة المقدّرة للحجّ أجرة مثل الحجّ، فتؤخذ المائة من رأس المال.

وكيف يقسّم الباقي بين الموصي له بالباقي والموصي له بثلث جميع المال؟ قال ابن الحدّاد: يجعل بينهما نصفين؛ لأنّ كلّ واحد منهما لو انفرد مع الحجّ لأخذ ما زاد علي المائة (3).

وغلطه عامّة الشافعية، وقالوا: يقسّم الباقي بينهما علي قدر وصيتهما، والوصية للموصي له بالباقي بمائتين، وللموصي له بالثلث بثلاثمائة، فيقسّم الباقي بينهما علي خمسة أسهم، للموصي له بالباقي 5.

ص: 332

-
- 1- الحاوي الكبير 8:250، التهذيب - للبغوي - 5:92، العزيز شرح الوجيز 7:125، روضة الطالبين 5:182.
 - 2- الحاوي الكبير 8:250، التهذيب - للبغوي - 5:92، العزيز شرح الوجيز 7:126، روضة الطالبين 5:182.
 - 3- العزيز شرح الوجيز 7:126، روضة الطالبين 5:182.

ثمانون بسهمين، و للآخر مائة وعشرون بثلاثة أسهم(1).

و لو كانت أجرة الحجّ خمسين و الصورة بحالها، أخذ من الثلث خمسون أولاً، [ثمّ(2)] قال ابن الحدّاد من الشافعيّة: يجعل الباقي بين الموصي له بالثلث و بين الحجّ و الوصيّة الأخرى، للموصي له بالثلث مائة و خمسة وعشرون، و يصرف من الباقي خمسون إلي الحجّ بالوصيّة، و الباقي للموصي له الآخر(3).

و قال الآخرون: بل يقسّم الباقي بعد أجرة مثل الحجّ علي أحد عشر سهماً؛ لأنّ الوصيّة في هذه الصورة للموصي له بالثلث بثلاثمائة، و للحجّ و الموصي له الآخر بمائتين و خمسين، و النسبة بينهما ما قلنا، فللموصي له بالثلث ما يخصّ ستّة، و الباقي يقدّم الحجّ منه بخمسين؛ لأنّ حقّ الموصي له الآخر مؤخّر عن مائة الحجّ، و الباقي له(4).

و لو كان الثلث مائتين، فإن كان أجرة مثل الحجّ مائة أخذ من رأس المال الثلث، ثمّ علي قول ابن الحدّاد يجعل الباقي بينهما نصفين(5)، و علي قول الأكثر يجعل بينهما علي ثلاثة أسهم؛ لأنّ الوصيّة لهذا بمائة و لهذا بمائتين(6).

و إن كان أجرة مثله خمسين، أخذ خمسون أولاً، و الباقي علي قول ابن الحدّاد بين الموصي له بالثلث و بين الوصيّتين الآخرين بالسوية، ثمّ يقدّم الحاجّ بخمسين من حصّتهما(7)، و علي قول الأكثر يجعل الباقي بعد الخمسين علي سبعة أسهم؛ لأنّه أوصي لأحدهما بمائتين، و للحجّ و الآخر5.

ص: 333

1- العزيز شرح الوجيز 126:7، روضة الطالبين 182:5-183.

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر. (3الي7) العزيز شرح الوجيز 126:7، روضة الطالبين 183:5.

بمائة و خمسين، فللموصي له بالثلث ما يخص أربعة، يؤخذ منه خمسون للحج، و الباقي للموصي له الآخر(1).

و لو كان الثلث مائة، فإن كان أجرة مثل الحج مائة، فلا شيء للموصي لهما، وإن كان أجرة مثله خمسين، أخذ للحج خمسون، ثم علي قول ابن الحداد الباقي بين الحج و الموصي له بالسوية(2)، و علي قول الأكثر الباقي بين الحج و بين الموصي له بالثلث علي ثلاثة، للحج واحد؛ لأن الوصية في هذه الصورة للحج بخمسين و له بمائة، فإذا لم تف حصّة الحج في هذه الصورة بالحج، فإن كانت الوصية بحج التطوع بطلت، و إن كانت بحجة الإسلام فإنّها من رأس المال(3).

مسألة 201: لو قال: حجّوا عني بثلث مالي حجة،

وجب أن يحج عنه بثلث ماله، سواء كانت بقدر أجرة المثل أو أكثر، و سواء استأجر بها وارث أو لا، عند علمائنا؛ لأن الوصية للوارث عندنا سائغة بنص القرآن(4).

وقالت العامة: إن كانت أجرة المثل [أكثر](5) من الثلث، لم يستأجر بها الوارث، بل الأجنبي، أو يجيز باقي الورثة؛ لأن المحاباة للوارث عندهم لا تجوز، و لو كانت أجرة المثل بقدر الثلث، جاز أن يستأجر الوارث و غيره إجماعاً(6).

ص: 334

1- العزيز شرح الوجيز 126:7، روضة الطالبين 183:5.

2- العزيز شرح الوجيز 127:7، روضة الطالبين 183:5.

3- العزيز شرح الوجيز 127:7، روضة الطالبين 183:5.

4- سورة البقرة: 180.

5- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «أقل». و المثبت كما في المصدر.

6- العزيز شرح الوجيز 122:7، روضة الطالبين 180:5.

ولو قال: حجّوا عني بثلاثي، فإن كانت أجرة المثل بقدر الثلث حجّ عنه، وإن كان الثلث أكثر حجّ عنه بأجرة المثل؛ لأنّ المطلق من المعاوضة يقتضي عوض المثل، كالإذن في البيع وغيره.

فإن كان الثلث بقدر أجرة الحجّ مرة واحدة، استؤجر به لحجة واحدة، وإن كان أكثر، فإن بلغ حجّتين وإن كان من أقرب المواقيت استؤجر به لهما، وإن كان يزيد علي الواحدة ولا يبلغ حجّتين استؤجر لواحدة، وردّ الباقي إلي الورثة؛ لأنّ الجهة التي وصّي بالثلث فيها لم يمكن صرفه فيها، فرجع إلي الورثة، بخلاف الأولي حيث قيّد بالوحدة، وهنا جعل الثلث في الحجّ، فاقترض جنسه، قاله الشيخ رحمه الله وابن إدريس (1)، وهو قول الشافعي (2).

ويحتمل أن يصرف الباقي إلي الحجّ، فيستأجر الثقة العارف الذي يتغالي في استئجاره إن رغب، وإلاّ صرف إلي من يستأجر مطلقاً؛ لأنّ الموصي قصد التبرّع عليه بالزيادة.

ولو قال: حجّوا عني، وأطلق، فإن علم منه قصد التكرار حجّ عنه ما بقي من ثلثه شيء، وإلاّ حجّ عنه حجة واحدة.

وقد روي محمد بن الحسين بن أبي خالد عن الباقر عليه السّلام، قال:

سألته عن رجل أوصي أن يحجّ عنه مبهما، فقال: «يحجّ عنه ما بقي من ثلثه شيء» (3).

وفي السؤال إشارة إلي قصد التكرار بقوله: مبهما.4.

ص: 335

1- المبسوط - للطوسي - 4:25، السرائر 3:214.

2- العزيز شرح الوجيز 7:121-122، روضة الطالبين 5:179-180.

3- التهذيب 5:408/1420، الاستبصار 2:319/1129، و 4:137/514.

و الشيخ رحمه الله قال: يحج عنه ما بقي من ثلثه شيء (1).

مسألة 202: لو أوصي أن يحج عنه في كل سنة بعشرين دينارا - مثلا

- من ضيعة له، و لم يتفق من يرغب بذلك، أو قصرت الضيعة عن العشرين، أو انقطعت السبل و غلت الأجرة، جمع مال سنتين أو ثلاثة أو أزيد و استؤجر به؛ لأن إبراهيم بن مهزيار كتب إليه عليه السلام: إن مولاك علي بن مهزيار أوصي أن يحج عنه من ضيعة صير ريعها إلي حجة في كل سنة عشرين دينارا و إنه قد انقطع طريق البصرة و تضاعفت المؤونة علي الناس و ليس يكتفون بالعشرين، و كذلك أوصي عدة من مواليك في حجّتهم، فكتب: «تجعل ثلاث حجج حجة إن شاء الله» (2).

قال إبراهيم: و كتب إليه علي بن محمد الحضيبي: إن ابن عمي أوصي أن يحج عنه حجة بخمسة عشر دينارا في كل سنة فليس يكفي، ما تأمر في ذلك؟ فكتب عليه السلام: «تجعل حجّتين حجة، فإن الله تعالى عالم بذلك» (3).

مسألة 203: لو أوصي أن يحج عنه فلان بعينه،

فإن عيّن القدر و رغب و خرج من الثلث إن كان فيه محابة صحح و لا يجب، و لو لم يخرج من الثلث أو لم يرغب، فإن كان الحجّ واجبا أخرج أجرة المثل فيه، فإن رغب المعين و إلا - استؤجر عنه، و إن كان تطوعا احتمل أن يستأجر غيره، و البطلان؛ لتعذر إمضاء الوصية، فيصرف ما عيّن فيها إلي الورثة.

و لو لم يعين القدر، انصرف الإطلاق إلي أجرة المثل، فإن كان الحجّ

ص: 336

1- التهذيب 408:5، ذيل ح 1418.

2- الكافي 310:4 (باب) - بدون عنوان - ح 1، الفقيه 2:1326/272 بتفاوت.

3- الكافي 310:4 (باب) - بدون عنوان - ح 2، التهذيب 5:1418/408.

واجبا أخرجت أجرة المثل من الأصل، فإن لم يرغب صرف إلي غيره، وإن كان ندبا، فإن خرجت أجرة المثل من الثلث ورغب استؤجر بها، وإلا احتمل البطلان، واستنجار الغير، وكذا لو لم يخرج من الثلث، بل يخرج أقل من أجرة المثل.

مسألة 204: روي ابن أشيم عن الباقر عليه السلام في عبد مأذون له في التجارة دفع إليه

رجل ألف درهم وقال له: اشتر منها نسمة فأعتقها عني و حجّ عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف درهم فانطلق العبد واشترى أباه وأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحجّ عن الميت فحجّ عنه، فبلغ ذلك موالي أبيه ومواليه وورثة الميت فاختصموا جميعا في الألف، قال موالي العتيق: إنّما اشتريت أباك بماننا، وقال الورثة: إنّما اشتريت أباك بماننا، وقال موالي العبد: إنّما اشتريت أباك بماننا، فقال أبو جعفر عليه السلام: «أما الحجّة فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأما العتيق فهو ردّ في الرقّ لموالي أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقام البيّنة أنّ العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقّا»⁽¹⁾.

مسألة 205: الحجّ يؤدّي عن الميت إن كان فرضا إجماعا وإن لم يوص.

ولو عرف مستودع المال أنّ الورثة لا يحجّون عنه، جاز له أن يقتطع من الوداعة بقدر أجرة الحجّ من أقرب الأماكن؛ لأنّه دين خارج عن ملك الورثة، فلا يجوز صرفه إليهم.

ولو قال: حجّوا عني، ولم يعيّن النائب، فللوارث أن يحجّ بنفسه

ص: 337

1- الكافي 20/63-62:7، التهذيب 1023/134:7، و 945/244-243:9.

وبغيره.

وإن لم يوص، فللوارث أن يحج عنه، وهو أحد قولي الشافعي، والثاني: المنع؛ لأن الحج عبادة، فتفتقر إلى النية، ولا تصح إلا باستنابته أو استنابة نائبه (1).

وأما حج التطوع فيجري فيه النيابة عندنا، وللشافعي قولان (2).

البحث الثالث: في الوصية بالصدقة وغيرها.

مسألة 206: إذا أوصى بالصدقة،

حمل علي الندب، فإن قال: إنه واجب، كان كالإقرار إن كان في الصحة أخرج من الأصل، وإن كان في المرض مع عدم التهمة فكذلك، وإن كان متبهما مضي من الثلث.

ثم إن عين المقدار والموصي له اتبع ما عيّنه، وإن أطلقهما اكتفي بأقل ما يتموّل، فيتصدق به عنه علي من كان من الفقراء.

وهل يشترط الإسلام أو الإيمان؟ إشكال.

وهل يكفي الإخراج في بناء القناطر أو عمارة المساجد أو سدّ البثوق أو حفر الأنهار وغير ذلك ممّا يشبهه من المصالح؟ الأقرب: المنع.

وفي تكفين الموتى الأقرب: الجواز.

مسألة 207: لو أوصى في سبيل الله،

قال ابن إدريس: صرف ذلك في جميع مصالح المسلمين، مثل: بناء المساجد والقناطر وتكفين الموتى ومعونة الحاج والزوّار وما أشبه ذلك؛ بدليل إجماع أصحابنا، ولأنّ ما ذكرناه طرق إلى الله تعالى، فإذا كان كذلك فالأولي حمل لفظة «سبيل الله»

ص: 338

1- العزيز شرح الوجيز 127:7، روضة الطالبين 183:5.

2- العزيز شرح الوجيز 127:7، روضة الطالبين 183:5.

علي عمومها(1).

وفي رواية الحسين بن عمر عن الصادق عليه السلام، قال: قلت له عليه السلام: إن رجلاً أوصي إليّ بشيء في السبيل، فقال لي: «أصرفه في الحجّ» قال:

فقلت له: أوصي إليّ في السبيل، فقال لي: «أصرفه في الحجّ» قال: فقلت له: أوصي إليّ في السبيل، قال: «أصرفه في الحجّ، إنّي لا أعلم شيئاً من سبيله أفضل من الحجّ»(2).

وفي رواية الحسن بن راشد قال: سألت العسكري عليه السلام بالمدينة عن رجل أوصي بمال في سبيل الله، فقال: «سبيل الله شيعتنا»(3).

قال الشيخ الطوسي رحمه الله: ذكر أبو جعفر بن بابويه رحمه الله في الوجه بالجمع بين هذا الخبر والخبر الذي قال فيه: سبيل الله الحجّ: إنّ المعنى في ذلك أن يعطي المال لرجل من الشيعة ليحجّ به(4)، فيكون قد انصرف في الوجهين معاً، وسلمت الأخبار من التناقض، قال الشيخ رحمه الله: وهذا وجه حسن(5).

مسألة 208: لو أوصي بالزكاة الواجبة،

وجب دفعها بمقتضى الوصية.

وإن لم يوص وعلم أنّ الميت لم يخرج الزكاة وجب إخراجها عنه، فإن امتنع الوارث أخرجها الحاكم، ويتولّى البيّنة الدافع.

ص: 339

1- السرائر 3: 187-188.

2- التهذيب 9: 203/809.

3- الكافي 7: 15-16/2، الفقيه 4: 153/530، معاني الأخبار: 167 (باب معنى سبيل الله) ح 3، التهذيب 9: 204/811.

4- الفقيه 4: 153، ذيل ح 531.

5- التهذيب 9: 204، ذيل ح 811.

ولو تبرّع أجنبيّ بأداء الزكاة عنه جاز، كما لو قضى دينه عنه، وكذا زكاة الفطرة، وهو أظهر قولي الشافعي (1).

ولو أوصي بالخمس الواجب، وجب إخراجه من صلب المال؛ لأنّه دين عليه، ولو لم يكن واجبا أخرج من الثلث، كغيره من التطوّعات المتبرّع بها.

ولو لم يوص بالخمس الواجب، وجب إخراجه من صلب ماله مع علم عدم الإخراج.

ولو أوصي بالصدقة المندوبة، أخرجت من الثلث.

مسألة 209: الصلاة الفائتة الواجبة يصحّ قضاؤها عن الميّت،

سواء أوصي بها أو لم يوص، فإن أوصي الميّت بها أخرجت الوصيّة من الثلث، لا من الأصل؛ لأنّها عبادة، ولا تعلّق لها بالمال، بخلاف الحجّ والزكاة، فالمال غير واجب فيها، فتخرج الوصيّة بالأجرة من الثلث وإن كانت الصلاة واجبة، ولأنّ الصلاة تجب علي الولي، وهو أكبر أولاده الذكور علي ما يأتي، فتكون الوصيّة بالأجرة تبرّعا عن الوارث، فأخرجت من الثلث، وكذا لو أوصي بصلاة مندوبة، وعلي كلّ حال فإنّ ذلك ينفع الميّت.

خلافًا للشافعي، حيث استدللّ بقوله تعالى: **وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى** (2)(3).

وليس بمانع لما قلناه؛ لأنّ تربية الولد وصدقة المتبرّع المقتضي

ص: 340

1- العزيز شرح الوجيز 127:7، روضة الطالبين 184:5.

2- سورة النجم: 39.

3- الوجيز 279:1، البيان 290:8، العزيز شرح الوجيز 131:7، روضة الطالبين 186:5.

إذا عرفت هذا، فإنَّ العامَّة منعوا من الوصِيَّة بالصلاة عن المَيِّت، و من التبرَّع بها عنه.

و يدفعه نصُّ القرآن، حيث قال تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (1).

وقد روي الخاصَّة صحَّة ذلك و أنَّ المَيِّت ينتفع بذلك.

روي ابن بابويه عن الصادق عليه السَّلام أنَّه سئل يصلي عن المَيِّت ؟ فقال:

«نعم، حتي أنَّه يكون في ضيق فيوسَّع عليه ذلك الضيق ثمَّ يؤتي فيقال له:

خَفَّفْ عنك هذا الضيق بصلاة فلان أخيك عنك» (2).

و عن علي بن جعفر - في الصحيح - عن أخيه الكاظم عليه السَّلام قال:

«سألت أبي جعفر بن محمَّد: عن الرجل هل يصلح له أن يصلي أو يصوم عن بعض موتاه ؟ قال: نعم، فيصلِّي ما أحبَّ، و يجعل تلك للمَيِّت، فهو للمَيِّت إذا جعل ذلك له» (3).

و عن محمَّد بن عمر بن يزيد عن الصادق عليه السَّلام، قلت له: يصلي عن المَيِّت ؟ قال: «نعم، حتي أنَّه ليكون في ضيق فيوسَّع عليه ذلك الضيق ثمَّ يؤتي فيقال له: خَفَّفْ عنك هذا الضيق بصلاة فلان أخيك عنك» (4). 2.

ص: 341

1- سورة البقرة: 181.

2- الفقيه 1: 554/117، و أورده عنه ابن طاوس في غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرى الشيعة 2: 67.

3- غياث سلطان الوري - لابن طاوس - (مخطوط) علي ما نقله الشهيد في ذكرى الشيعة 2: 67.

4- رواه الصدوق في الفقيه 1: 554/117، و أورده ابن طاوس في غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرى الشيعة 2: 68.

وعن عمّار الساباطي أنّه سأل الصادق عليه السّلام: عن الرجل يكون عليه صلاة أو يكون عليه صوم هل يجوز أن يقضيه رجل غير عارف؟ قال:

«لا يقضيه إلّا مسلم عارف»(1).

وعن ابن أبي عمير(2) عن الصادق عليه السّلام: في الرجل يموت وعليه صلاة أو صيام، قال: «يقضيه أولي الناس به» قلت: وإن كان أولي الناس به امرأة؟ قال: «لا، من الرجال - أو قال - لا، إلّا الرجال»(3).

وفي رواية هشام بن سالم في أصله عنه عليه السّلام، قال: قلت: يصل إلى الميّت الدعاء والصدقة والصلاة ونحو هذا؟ قال: «نعم» قلت: أو يعلم من صنع ذلك به؟ قال: «نعم» ثمّ قال: «يكون مسخوطا عليه فيرضي عنه»(4).

وعن عبد الله بن أبي يعفور قال: «يقضي عن الميّت الحجّ والصوم والعق وفعاله الحسن»(5).

وروي الحسن بن محبوب في كتاب المشيخة عن الصادق عليه السّلام قال:

«يدخل علي الميّت في قبره الصلاة والصوم والحجّ والصدقة والبرّ والدعاء» قال: «ويكتب أجره للذي يفعله وللميّت»(6).

وروي الصدوق بإسناده عن الصادق عليه السّلام، قال: «يدخل علي الميّت»2.

ص: 342

1- غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرري الشيعة 2:68.

2- في المصدر زيادة: «عن حفص بن البختري».

3- رواه الكليني في الكافي 4:123 (باب الرجل يموت وعليه من صيام...) ح 1 بتفاوت يسير، ونقله الشهيد في ذكرري الشيعة 2:68 عن غياث سلطان الوري، بدون الذيل.

4- غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرري الشيعة 2:69.

5- غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرري الشيعة 2:73.

6- غياث سلطان الوري (مخطوط)، وعنه في ذكرري الشيعة 2:70.

في قبره الصلاة و الصوم و الحجّ و الصدقة و العتق»(1).

وعن الصادق عليه السّلام: «من عمل من المسلمين عملاً صالحاً عن ميّت أضعف الله أجره، و نفع به الميّت»(2).

وعن عمر بن محمّد بن يزيد قال: قال الصادق عليه السّلام: «إنّ الصلاة و الصوم و الصدقة و الحجّ و العمرة و كلّ عمل صالح ينفع الميّت حتي أنّ الميّت ليكون في ضيق فيوسّع عليه، و يقال: إنّ هذا بعمل ابنك فلان و بعمل أخيك فلان، أخوه في الدين»(3).

وعن محمّد بن يعقوب الكليني في كتابه عن الصادق عليه السّلام قال:

«ما يمنع الرجل منكم أن يبرّ والديه حيّين و ميّتين يصلّي عنهما و يتصدّق عنهما و يحجّ عنهما و يصوم عنهما فيكون الذي صنع لهما و له مثل ذلك، فيزيده الله ببرّه و صلاته خيراً كثيراً»(4).

و الأخبار في ذلك كثيرة لا تحصى.

مسألة 210: إذا أوصي بكفّارة وجب إخراجها عنه.

وإن لم يوص بها، فإن كانت مرتّبة، فللوارث أن يؤدّي الواجب المالي من التركة.

و لا ولاء هنا عندنا علي ما يأتي؛ لأنّ الولاء إنّما يثبت في العتق

ص: 343

1- الفقيه 2: 1369/279، و عنه في غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرى الشيعة 2: 70.

2- الفقيه 1: 556/117، و عنه في غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرى الشيعة 2: 74.

3- غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرى الشيعة 2: 70-71.

4- الكافي 2: 127 (باب البرّ بالوالدين) ح 7، و عنه في غياث سلطان الوري (مخطوط) علي ما في ذكرى الشيعة 2: 72-73.

المتبرّع به.

وقال الشافعي: يثبت الولاء للميت إذا أعتق(1).

وإن كانت مخيرة، فللوارث أن يطعم ويكسو ويعتق، وهو أصح وجهي الشافعية.

والثاني: أنه ليس له أن يعتق؛ لأنه لا ضرورة إليه(2).

والحق ما قلناه؛ لأنّ الوارث نائب الميت فإعتاقه كإعتاقه.

ولو أدّى الوارث من مال نفسه ولا تركة، جاز، وهو أظهر وجهي الشافعية.

والثاني: المنع؛ لبعد العبادات عن النيابة، وإنّما جوّزنا هناك لمكان التركة(3).

ولهم وجه آخر: تخصيص المنع بالإعتاق؛ لبعد إثبات الولاء للميت(4).

وعلي القول بالجواز لو تبرّع الأجنبي بالطعام أو الكسوة أو أدّى عنه فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقع عنه؛ لأنه عبادة فلا بدّ من نيّته أو نيّة وارثه، بخلاف ما لو قضى دينه.

وأشبههما عندهم: الجواز، كما في قضاء الدّين؛ لأنه لو اشترطت الورثة لاعتبر [صدوره من](5) جميع الورثة، كالإقرار بالنسب، ولا يعتبر، ر.

ص: 344

1- نهاية المطلب 11:278، البيان 10:347، العزيز شرح الوجيز 7:128، روضة الطالبين 5:184.

2- نهاية المطلب 11:278-279، البيان 10:347-348، العزيز شرح الوجيز 7:128، روضة الطالبين 5:184.

3- العزيز شرح الوجيز 7:128، روضة الطالبين 5:184.

4- العزيز شرح الوجيز 7:128، روضة الطالبين 5:184.

5- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

بل يستبدّ به كلّ واحد من الورثة(1).

ولو تبرّع بالعتق، صحّ عندنا، و للشافعية قولان(2).

ولو أوصي بالعتق في الكفّارة المخيّرة وزادت قيمة الرقبة علي قيمة الإطعام و الكسوة، احتمل قويا اعتبارها من الثلث؛ لأنّ العتق غير متحتّم عليه، و تحصل براءة الذمّة بما دونه، و هو أصحّ وجهي الشافعية، و الثاني:

أنّ وصيّته تعتبر من رأس المال؛ لأنّه أداء واجب(3).

و علي الأوّل للشافعي قولان:

أحدهما: أنّه يعتبر جميع قيمته من الثلث، فإن لم يف الثلث به عدل إلي الطعام.

و أشبههما عندهم: أنّ المعتبر من الثلث ما بين القيمتين من التفاوت؛ لأنّ أقلّ القيمتين لازم لا محالة(1).

و يجري الخلاف فيما إذا أوصي بأن يكسي عنه و الكسوة أكثر قيمة من الطعام(2).

ولو أعتق في مرض الموت من عليه كفّارة مخيّرة، قال بعض الشافعية: لا تعتبر قيمة العبد من الثلث؛ لأنّه مؤدّ فرضا(3).

مسألة 211: الدعاء للميت ينفعه إجماعا.

قال الله تعالى: وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ (4) مدحهم باعتبار دعائهم للسابقين.

ص: 345

1- العزيز شرح الوجيز 128:7-129، روضة الطالبين 184:5.

2- العزيز شرح الوجيز 129:7، روضة الطالبين 184:5.

3- العزيز شرح الوجيز 129:7، روضة الطالبين 185:5.

4- سورة الحشر: 10.

وروي العامة عن أبي هريرة: أنَّ النبيَّ صَلَّى الله عليه و اله قال: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»⁽¹⁾.

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السَّلام: «ليس ينفع الرجل بعد موته من الأجر إلا ثلاث خصال: صدقة أجراها في حياته فهي تجري له بعد موته، و سنّة هو سنّها [فهي] ⁽²⁾ يعمل بها بعد موته، أو ولد صالح يدعو له»⁽³⁾.

و كذا الصدقة عن الميِّت تنفعه؛ لما رواه العامة: أنَّ رجلاً قال للنبيِّ صَلَّى الله عليه و اله: إنَّ أبي مات و ترك مالا و لم يوص فهل يكفي⁽⁴⁾ أن أتصدّق عنه؟ قال: «نعم»⁽⁵⁾.

و من طريق الخاصة: قول الصادق عليه السَّلام: «يدخل علي الميِّت في قبره الصلاة و الصوم و الحجّ و الصدقة و العتق»⁽⁶⁾.

و يستوي في الصدقة و الدعاء الوارث و الأجنبي عند الشافعي⁽⁷⁾.5.

ص: 346

1- مسند أحمد 3: 8627/65، صحيح مسلم 3: 1631/1255، سنن أبي داود 3: 2880/117، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 3: 1376/660، سنن النسائي (المجتبي) 6: 251، السنن الكبرى - للنسائي - 4: 6478/109-1، مسند أبي يعلى 11: 6457/343، السنن الكبرى - للبيهقي - 6: 278، وفيها: «الإنسان» بدل «ابن آدم».

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «فهو». و المثبت كما في المصدر.

3- الكافي 7: 1/56، الأمالي - للصدوق -: 38 (المجلس التاسع) ح 7، التهذيب 9: 909/232.

4- في المصدر: «يكفّر عنه» بدل «يكفي».

5- مسند أحمد 3: 8624/64، صحيح مسلم 3: 1630/1254.

6- الفقيه 2: 1369/279.

7- العزيز شرح الوجيز 7: 129، روضة الطالبين 5: 185.

ولو أنبط عينا أو حفر نهرا أو غرس شجرة أو وقف مصحفا أو غيره في حال حياته، أو فعل عنه غيره بعد موته، لحق الثواب بالميت.

ويجوز التضحية عن الميت؛ لأنها نوع صدقة.

ومنع بعض الشافعية إلا مع الوصية (1).

مسألة 212: الصوم عن الميت يحصل به نفع له من غير أن ينقص ثواب الصائم.

ومنع الشافعي من التطوع به عن الميت (2).

وفي قضاء فائنة عنه قولان: الجديد: المنع، والقديم: إن لوليّه أن يصوم عنه - وهو الذي ذهبنا إليه - وعلي هذا لو أوصي إلي أجنبي ليصوم، كان بمثابة الولي (3).

ولو مرض بحيث لا يرجي برؤه، ففي الصوم عنه للشافعي وجهان؛ تشبيها بالحج (4).

قال الشافعية: [وأمّا] (2) غير الصوم - كالصلاة قضاء أو غير قضاء وقراءة القرآن عنه - فلا ينفعه (3).

واستثني بعضهم عن الصلاة ركعتي الطواف، وقال: يأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه (4).

ص: 347

1- البغوي في التهذيب 45:8، وعنه في العزيز شرح الوجيز 130:7، وروضة الطالبين 186:5. (2) الي (4) العزيز شرح الوجيز 130:7، روضة الطالبين 186:5.

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر لأجل السياق.

3- العزيز شرح الوجيز 131:7، روضة الطالبين 186:5.

4- التهذيب - للبغوي - 114:5، العزيز شرح الوجيز 131:7، روضة الطالبين 186:5.

وقالوا: إنّه يقع عنه تبعاً للطواف(1).

ومنهم من قال: هي عن الأجير، وتبرأ ذمة المحجوج عنه بما يفعل، كما لو ارتكب محظوراً ولزمه الدم أو الصوم(2).

ولو أوصي بتجديد قبر، فالأولي عدم النفوذ؛ لأنّه مكروه.

وكذا لو أوصي ببناء مكروه في القبر، ولو أوصي بغير مكروه فعل.

البحث الرابع: في الوصية المبهمة.

مسألة 213: إذا أوصي له بسهم من ماله و لم يبين،

كان وصيّته بالثمن عند أكثر علمائنا(3)؛ لما رواه ابن أبي نصر - في الصحيح - عن أبي الحسن عليه السلام، قلت: فرجل أوصي بسهم من ماله، فقال: «السهم واحد من ثمانية» ثم قرأ: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ(4) إلى آخر الآية(5).

ومثله روي - في الصحيح - صفوان عن الرضا عليه السلام(6).

ونقل ابن إدريس عن بعض علمائنا: أنّه السدس(7).

ص: 348

1- التهذيب - للبغوي - 114:5، العزيز شرح الوجيز 131:7، روضة الطالبين 186:5.

2- التهذيب - للبغوي - 114:5، العزيز شرح الوجيز 131:7، روضة الطالبين 186:5.

3- كالشيخ المفيد في المقنعة: 674، والشيخ الطوسي في النهاية: 613، وابن البرّاج في جواهر الفقه: 150، المسألة 525، وسلاّر في المراسم: 204، وابن إدريس في السرائر 187:3 و 208، وابن حمزة في الوسيلة: 378، والمحقّق الحلّي في شرائع الإسلام 248:2.

4- سورة التوبة: 60.

5- التهذيب 828/209:9، الاستبصار 498/132:4.

6- الكافي 41:7 (باب من أوصي بسهم من ماله) ح 2، التهذيب 833/210:9، الاستبصار 503/133:4.

7- السرائر 208:3، وممن قال به الشيخ الطوسي في الخلاف 140:4، المسألة 9، والمبسوط 8:4.

و هو رواية عن أحمد، و رواه العامة عن عليّ عليه السّلام و ابن مسعود، و به قال الحسن و إياس بن معاوية و الثوري؛ لرواية ابن مسعود: أنّ رجلاً أوصي لرجل بسهم من المال، فأعطاه النبيّ صلّي الله عليه و اله السّدس، و لأنّ السهم في كلام العرب السّدس، قال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السّدس، فتصرف الوصيّة إليه، و لأنّه قول عليّ عليه السّلام و ابن مسعود، و لا مخالف لهما في الصحابة، و لأنّه أقلّ سهم مفروض يرثه ذو قرابة، فتصرف الوصيّة إليه(1).

و نحن نمنع ذلك.

و الرواية الثانية عن أحمد: أنّه يعطي سهما ممّا تصحّ منه الفريضة، فينظر كم سهما صحّت منه الفريضة و يزداد عليها [مثل] سهم من سهامها ما لم يزد عليّ السّدس، فإن زاد عليّ السّدس فله السّدس؛ لأنّه متحقّق، لأنّ قوله: «سهما» ينبغي أن يصرف إليّ سهام فريضته، لأنّ وصيّته منها، فيصرف السهم إليها، فكان واحدا من سهامها، كما لو قال: فريضتي كذا و كذا سهما لك سهم منها(2).

و قال بعض أصحابه: له أقلّ سهم من سهام الورثة، و به قال أبو حنيفة(3). -

ص: 349

1- المغني 476:6 و 477، الشرح الكبير 580:6 و 581، الحاوي الكبير 8: 206، العزيز شرح الوجيز 7: 145، روضة القضاة 3871-3869/686:2.

2- المغني 476:6، الشرح الكبير 580:6-581، و ما بين المعقوفين أثبتناه منهما.

3- المغني 476:6، الشرح الكبير 581:6، الجامع الصغير - للشيباني -: 521، مختصر اختلاف العلماء 5: 2165/25، المبسوط - للسرخسي - 87:28، روضة -

وقال صاحبه: إلا أن يزيد علي الثلث فيكون له الثلث؛ لأنّ سهام الورثة أنصباؤهم، فيكون له أقلّها؛ لأنّه المتيقّن، فإذا زاد علي السّدس دفع إليه السّدس؛ لأنّه أقلّ سهم يرثه ذو قرابة(1).

وقال أبو ثور: يعطي سهما من أربعة وعشرين؛ لأنّها أكثر أصول الفرائض، فالسهم منها أقلّ السهام(2).

وقال الشافعي وابن المنذر: يعطيه الورثة ما شاؤا؛ لأنّ ذلك يقع عليه اسم السهم، فأشبهه ما لو أوصي له بحظّ(3).

وقال عطاء وعكرمة: لا شيء له(4).

و الرواية الثالثة عن أحمد: أنّه يعطي السّدس، إلا أن تعول الفريضة، فيعطي سهما مع العول، فكان معني الوصيّة: أوصيت لك بسهم من يرث السّدس، فلو أوصي له بسهم في مسألة فيها زوج وأخت، كان له السّبع، 1.

ص: 350

1- الجامع الصغير - للشيباني -: 522، مختصر اختلاف العلماء 5:2165/25، المبسوط - للسرخسي - 87:28، روضة القضاة 2:3867/686، بدائع الصنائع 7:356، الاختيار لتعليل المختار 5:105، الحاوي الكبير 8:206، حلية العلماء 6:103، البيان 8:214، المغني 6:476، الشرح الكبير 6:581.

2- المغني 6:476، الشرح الكبير 6:581، الحاوي الكبير 8:206، حلية العلماء 6:103.

3- - القضاة 2:3865/686 و 3866، بدائع الصنائع 7:356، الاختيار لتعليل المختار 5:105، الحاوي الكبير 8:206، حلية العلماء 6:101-102، البيان 8:214، العزيز شرح الوجيز 7:145.

4- مختصر اختلاف العلماء 5:2165/27، المغني 6:477، الشرح الكبير 6:581.

كما لو كان معهما جدّة علي الروايات الثلاث، وكذا لو كان في المسألة أمّ وثلاث أخوات متفرّقات، فإن كان معهم زوج فالمسألة من تسعة، للموصي له العشر علي الروايات الثلاث، ولو كان الورثة زوجا وأبوين وابنين، فالمسألة من خمسة عشر، وتول بسدس آخر، فتصير من سبعة عشر علي الرواية الأولى والثانية، وعلي الثالثة يكون للموصي له سهم واحد يزداد علي خمسة عشر، فتصير ستّة عشر، ولو خلف أبوين وابنين وأوصي لرجل بسدس ماله وللآخر بسهم، جعلت [ذا](1) السهم كالأمّ وأعطيت صاحب السدس سدسا كاملا، وقسّمت الباقي بين الورثة والموصي له علي سبعة، فتصحّ من اثنين وأربعين، لصاحب السدس سبعة، ولصاحب السهم خمسة علي الروايات الثلاث. ويحتمل أن يعطي ذو السهم السبع كاملا، كأنه أوصي له به من غير وصيّة أخرى، فيكون له ستّة، ويبقى تسعة وعشرون علي ستّة لا تنقسم، فتضربها في اثنين وأربعين، تكون مائتين واثنين وخمسين(2).

والحقّ ما قدّمناه؛ لأنّه المنقول عن أهل البيت عليهم السّلام(3)، وهم أعرف بالأحكام.

مسألة 214: لو أوصي له بجزء من ماله ولم يبيّن،

صرف إلي السّبع عند أكثر علمائنا(4).

ص: 351

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «ذلك»، والمثبت كما في المصدر.

2- المغني 6: 477-478، الشرح الكبير 6: 582-584.

3- راجع: الهامش (5 و 6) من ص 348.

4- منهم: الشيخ الصدوق في الهداية: 81، والشيخ المفيد في المقنعة: 673، والشيخ الطوسي في الخلاف 4: 39، المسألة 7، وسلاّر في المراسم: 204، وابن البرّاج في جواهر الفقه: 150، المسألة 525، وابن حمزة في الوسيلة: 378، وابن إدريس في السرائر 3: 207.

وقال بعضهم: العشر(1).

ولم يقدّره العامة بشيء، بل يعطيه الورثة ما شاؤا(2).

والحقّ: الأوّل؛ لما رواه ابن أبي نصر - في الصحيح - عن الرضا عليه السّلام، قال: سألته عن رجل أوصي بجزء من ماله، فقال: «واحد من سبعة، إنّ الله تعالى يقول: لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ»(3)«(4).

وفي رواية عن الحسين بن خالد عن أبي الحسن عليه السّلام، قال: سألته عن رجل أوصي بجزء من ماله، قال: «سبع ثلثه»(5).

ولا تنافي بين الروایتين؛ لجواز أن يكون السؤال الثاني وقع عن رجل أوصي بجزء من ماله الذي يتصرّف فيه المريض، فأجاب عليه السّلام بالسبع من الثلث، لأنّه سبع المال الذي وقع السؤال عنه.

ويدلّ علي هذا التأويل ما رواه عبد الرحمن بن سيابة قال: إنّ امرأة أوصت إليّ وقالت: ثلثي يقضي به ديني و جزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى، فقال: ما أري لها شيئاً، ما أدري ما الجزء، فسألت4.

ص: 352

1- الشيخ الصدوق في المقنع: 163، و الشيخ الطوسي في التهذيب 210:9، ذيل ح 831، والاستبصار 133:4، ذيل ح 531.
2- الأم 90:4، البيان 213:8، العزيز شرح الوجيز 145:7، روضة الطالبين 5: 195، الجامع الصغير - للشيباني -: 521، مختصر اختلاف العلماء 5: 2165/26، المبسوط - للسرخسي - 88:28، الاختيار لتعليل المختار 106:5، المغني 478:6، الشرح الكبير 579:6-580.

3- سورة الحجر: 44.

4- التهذيب 828/209:9، الاستبصار 498/132:4.

5- الفقيه 529/152:4، التهذيب 831/210:9، الاستبصار 501/133:4.

الصادق عليه السلام عنه بعد ذلك و خبرته كيف قالت المرأة وبما قال ابن أبي ليلى، فقال: «كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إن الله تعالى أمر إبراهيم عليه السلام، فقال: اجعل علي كل جبلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» (1) وكانت الجبال يومئذ عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء» (2) فقد حكم الإمام عليه السلام بأن الجزء اسم للعشر، فإلي أي شيء أضفته أفاد عشر ذلك الشيء، و حكم هنا عليه السلام بأن لها عشر الثلث؛ لأن الضمير في قوله: «و جزء منه» يعود إلي قوله: «ثلثي».

وفي رواية معاوية بن عمار أنه سأل الصادق عليه السلام: عن رجل أوصي بجزء من ماله، قال: «جزء من عشرة، قال الله تعالى: اجعل علي كل جبلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» (3) إذ كانت الجبال عشرة أجمال» (4).

وفي الطريق أحمد بن فضال.

وفي الحسن عن أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام، قال: «الجزء واحد من عشرة، لأن الجبال كانت عشرة و الطير أربعة» (5).

قال الشيخ رحمه الله: وجه الجمع: حمل الجزء علي العشر وجوبا، وعلي السبع استحبابا، فيستحب للورثة إعطاء السبع (6).

مسألة 215: لو أوصي له بشيء من ماله و لم يبين،

قال علماؤنا:

تكون وصيته بالسدس.

ص: 353

1- سورة البقرة: 260.

2- الكافي 7: 39-40/1، التهذيب 9: 208/824.

3- سورة البقرة: 260.

4- الكافي 7: 40/2، الفقيه 4: 152/528، التهذيب 9: 208/825، الاستبصار 4: 32/495.

5- الكافي 7: 40/3، التهذيب 9: 209/826، الاستبصار 4: 132/496.

6- التهذيب 9: 210، ذيل ح 831، الاستبصار 4: 133، ذيل ح 501.

و خالفت العامة في ذلك، وقالوا: تعطيه الورثة ما شاؤا(1).

و أصحابنا عولوا علي رواية أبان عن زين العابدين عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصي بشيء، فقال: «الشيء في كتاب علي عليه السلام من ستة»(2).

و ادّعي ابن إدريس علي هذا إجماع الطائفة(3).

قال المفيد رحمه الله: فإن وصّي بشيء من ماله و لم يسمّ، كان السّدس من ماله، قال الله عزّ و جلّ: وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ - إلي قوله - ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ (4) فخلق الله تعالى الإنسان من ستة أشياء، فالشيء واحد من ستة، و هو السّدس(5).

مسألة 216: لو أوصي بمال كثير،

احتمل أن يكون له ثمانون.

قال الشيخ رحمه الله في الخلاف في كتاب الإقرار: من قال له عندي مال كثير، فإنّه يكون إقرارا بثمانين علي الرواية التي تضمّنت بأنّ الوصيّة بالمال الكثير [وصيّة] بثمانين، ثمّ قال: و عليه إجماع الطائفة في تفسير الكثير بثمانين(6).

و قال ابن إدريس: في هذا القول تسامح، إنّما الرواية وردت في من نذر أن يتصدّق بمال كثير، و ما وردت بالوصيّة جملة كافية، و لا أوردها أحد من أصحابنا في الوصايا، و الذي تقتضيه أصول المذهب و تحكم به

ص: 354

1- المغني 478:6، الشرح الكبير 579:6-580، نهاية المطلب 61:11، العزيز شرح الوجيز 145:7، روضة الطالبين 195:5.

2- الكافي 1/40:7، الفقيه 4/525:151، التهذيب 9/835:211.

3- السرائر 3/187.

4- سورة «المؤمنون»: 12-14.

5- المقنعة: 674.

6- الخلاف 3/359-360، المسألة 1، و ما بين المعقوفين أثبتناه منه.

الأدلة والاعتبار أن لا يتجاوز بالرواية ما وردت فيه فحسب، ولا يتعدى إلى غير النذر، ويرجع في تفسير الكثير إلى المقرّ، وفي الوصية يرجع إليهم في تفسير الكثير، كما يرجع إلى العرف والعادة في كثير الجراد في من قتله محرماً، وكثير السفر (1)(2).

وقول ابن إدريس لا بأس به، لكن نسبة الشيخ إلى التسامح جهل منه، فإنه أعرف منه بالروايات، وليس إذا لم يجد الرواية مسطورة في تهذيبه واستبصاره تكون غير منقولة.

تذنيب: لو أوصي له بمجهول غير هذه الأشياء، حمل علي اختيار الورثة، فإن لم يختاروا شيئاً أو لم يكونوا من أهل الاختيار أو لا يكون هناك وارث، حمل علي أقل ما يصدق عليه الاسم، كما لو قال: أعطوه حظاً من مالي أو نصيباً أو قسماً، أو أعطوه من مالي أو أرزقوه؛ لأن كل شيء نصيب وحظ وقسط، فإنه لا حد له في اللغة ولا في الشرع ولا في العرف، وكان علي إطلاقه.

وكذا لو قال: عظيماً، أو مالا عظيماً أو عظيماً جداً.

مسألة 217: الوصية بالمجهول جائزة علي ما قدمناه

مسألة 217: الوصية بالمجهول جائزة علي ما قدمناه (3)،

فلو أوصي له بعبء من عبيده أو بشاة من غنمه، صحّ عند علمائنا، وبه قال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق (4).

ص: 355

1- في المصدر والنسخ الخطية: «كثير الشعر».

2- السرائر 188:3.

3- في ص 225، ضمن المسألة 124.

4- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 2088/1018، الأم 4: 90، مختصر -

و الأقرب: أنه يتخيّر الورثة في تعيين ما شاؤا، فيعطوا الموصي له أيّ عبد اختاروه وإن كان أدونهم، صحيحا كان أو معيبا، جيّدا أو رديئا - و به قال الشافعي، و هو رواية عن أحمد(1) - لتناول اسم العبد، وأصالة براءة الذمة من الزائد، كما لو أوصي له بعبد و لم يصفه إلي عبيده.

وعنه رواية أخرى: أنه يقرع، و به قال إسحاق(2).

وقال مالك: إذا أوصي بعشر من إبله و هي مائة، أعطي عشرها، و هو يقتضي أنه إذا أوصي له بعبد و له ثلاثة أعبد فله ثلثهم، وإن كانوا أربعة فله ربعهم، و النخل و الرقيق و الدوابّ علي ذلك(3).

و ليس بجيّد، بل تعطي عشرة بالعدد؛ لأنّه الذي يتناوله لفظه، فلا يعدل عنه.

و لو لم يكن له إلّا عبد واحد، تعيّن الوصيّة فيه.

و كذا لو كان له عبيد فماتوا كلّهم إلّا واحدا، تعيّن الوصيّة فيه؛ لتعذّر تسليم الباقي.6.

ص: 356

1- الأم 90:4، مختصر المزني: 143، الحاوي الكبير 8:229، الوجيز 1:275، الوسيط 4:440، البيان 8:223، العزيز شرح الوجيز 7:81، روضة الطالبين 5:149، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:2088/1018، المغني 6:614، الشرح الكبير 5:537.

2- المغني 6:614، الشرح الكبير 6:537.

3- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:2088/1018، المغني 6:614، الشرح الكبير 6:537.

ولو تلفوا كلهم قبل موت الموصي أو قتلوا، بطلت الوصية؛ لأنها إنما تلزم بالموت ولا رقيق له حينئذ.

وإن تلفوا بعد موته بغير تفريط من الورثة، بطلت الوصية؛ لأن التركة عند الورثة غير مضمونة؛ لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم.

وإن قتلهم قاتل، فللموصي له قيمة أحدهم.

ولو أوصي له بعبد من عبده ولا عبيد له، بطلت الوصية؛ لعدم متعلقها، فأشبه ما لو أوصي بعبد معين فمات قبله.

ولو تجدد له بعد الوصية عبيد، احتل البطلان أيضا، كما لو قال:

أوصيت لك بما في كيسي، ولا شيء فيه ثم جعل في كيسه شيئا، ولأن الوصية تقتضي عبدا من الموجودين له حالة الوصية، والصحة، كما لو أوصي له بألف لا يملكها ثم ملكها، أو أوصي له بثلاث عبده ثم ملك عبدا آخرين.

وفي رواية عن أحمد: أنه لو قال في مرضه: أعطوا فلانا من كيسي مائة درهم، فلم يوجد في كيسه شيء، يعطي مائة درهم، ولا تبطل الوصية؛ لأنه قصد إعطاءه مائة درهم وظنّها في الكيس، فإذا لم تكن في الكيس أعطي من غيره (1).

مسألة 218: لو قال: أعطوه عبدا،

أو أعتقوا عبدا، صحّت الوصية، واشتري له عبد أي عبد كان.

ولو كان له عبيد، جاز للورثة أن يعطوه أي عبد شاؤوا، ولا قرعة إلا في العتق؛ لأنه لم يصف الرقيق إلي نفسه، و جاز لهم أن يشتروا له عبدا، ولا يتعين الإعطاء من عبده ولا العتق.

ص: 357

قال بعض العامة: ولهم أن يعطوه ما شاؤوا من ذكر أو أنثي (1).

و هو خطأ؛ فإن (2) العبد إنما ينصرف إلي الذكر، وقد فرق الله تعالى في قوله: وَأَنْكِحُوا الْأَيَّامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ (3) والمعطوف يغاير المعطوف عليه، و [لأنه] في العرف [كذلك] (4) فإنه لو وكله في شراء عبد فاشترى أنثي لم يجزئ، ولا يجزئ الخنثي المشكل؛ لأنه لا يعلم كونه ذكرا.

ولو قال: أعطوه أمة أو أنثي، لم يجزئ الذكر ولا الخنثي المشكل، أمّا لو أوصي له بواحد من رقيقه أو برأس ممّا ملكت يمينه، دخل في وصيته الذكر والأنثي والخنثي.

ولو قال: اشتروا له عبدا، وكان له عبيد، لم يعط من عبيده؛ لأنه قصد تمليك رقيقه للورثة، بخلاف ما لو قال: أعطوه عبدا، فإنه يجوز أن يعطي من عبيده وغيرهم.

مسألة 219: لو أوصي له بسيف و كان في جفن عليه حلية،

كان السيف و الجفن و الحلية له إذا خرج من الثلث؛ لما رواه أبو جميلة عن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن رجل أوصي لرجل بسيف و كان في جفن و عليه حلية، فقال له الورثة: إنما لك النصل، و ليس لك المال، قال: فقال:

«لا، بل السيف بما فيه له» (5).

ص: 358

1- المغني 6: 615-616، الشرح الكبير 6: 535.

2- في «ر، ل»: «لأن» بدل «فإن».

3- سورة النور: 32.

4- في الطبعة الحجرية: «و العرف ذلك». وفي النسخ الخطية: «وفي العرف ذلك». و الأنسب بالعبرة ما أثبتناه.

5- الكافي 7: 1/44، الفقيه 4: 561/161، التهذيب 9: 837/211.

وفي طريق آخر عن أبي جميلة المفصّل بن صالح قال: كتبت إلي أبي الحسن عليه السّلام: أسأله عن رجل أوصي لرجل بسيف، فقال الورثة: إنّما لك الحديد، وليس لك الحلية، ليس لك غير الحديد، فكتب إليّ: «السيف له و حليته»⁽¹⁾.

و أبو جميلة فيه قول، لكن الرواية مناسبة للعقل، فإنّ الجفن كالجزم من السيف؛ لافتقاره إليه و حاجته و عدم انفكاكه غالبا عنه، و لهذا يطلق عليه لو قال: احمل السيف، أو أنفذه إليّ، أو سافر به، فإنّه لو أخرجه من جفنه و سافر به عدّه العقلاء سفيها.

مسألة 220: لو أوصي له بصندوق و فيه مال،

دخل المال في الوصيّة، و كذا لو أوصي له بسفينة فيها طعام، أو بجراب فيه متاع، أو بكيس فيه ذهب، دخل الطعام و المتاع و الذهب في الوصيّة، قاله علماؤنا؛ لما رواه أبو جميلة عن الرضا عليه السّلام، قال: قلت: رجل أوصي لرجل بصندوق و كان فيه مال، فقال الورثة: إنّما لك الصندوق و ليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن الرضا عليه السّلام: «الصندوق بما فيه له»⁽²⁾.

و عن عقبة بن خالد عن الصادق عليه السّلام، قال: سألته عن رجل قال:

هذه السفينة لفلان، و لم يسمّ ما فيها، و فيها طعام أعطاها الرجل و ما فيها؟ قال: «هي للذي أوصي له بها، إلّا أن يكون صاحبها متّهما، و ليس للورثة شيء»⁽³⁾.

ص: 359

1- الكافي 3/44:7، التهذيب 9:212/839.

2- الكافي 44:7، ذيل ح 1، الفقيه 4:161، ذيل ح 561، التهذيب 9:211 - 212، ذيل ح 837.

3- الكافي 2/44:7، التهذيب 9:212/838.

وعن عقبة قال: سألت الصادق عليه السلام: عن رجل أوصي لرجل بصندوق و كان في الصندوق مال، فقال الورثة: إنما لك الصندوق، و ليس لك ما فيه، فقال: «الصندوق بما فيه له»⁽¹⁾.

ويمكن أن يقال: إن كان الظرف ممّا يصلح للموصي أن ينقله بمفرده إلي الموصي له، احتمال أن لا يتعدّي الوصية بالظرف إلي المظروف، و لو أوصي بالمظروف لم يدخل الظرف قطعاً.

مسألة 221: لو أوصي له بخاتم و فيه فصّ،

دخل الفصّ فيه؛ لأنّه باتّصاله به صار كالجزء منه.

و لو أوصي له بالفصّ، لم يدخل الخاتم فيه.

و لو أوصي لواحد بالخاتم و لآخر بالفصّ، صحّ، و ليس لواحد منهما الانتفاع به إلّا بإذن صاحبه.

و لو طلب صاحب الفصّ أو صاحب الخاتم قلع الفصّ عنه، أجيب إليه، و أجبر الآخر عليه.

و لو اتّفقا علي التّبقيّة أو اصطّلحا علي لبسه، جاز؛ لأنّ الحقّ لهما.

مسألة 222: لو أوصي الإنسان بوصيّة و جعلها أبواباً مسمّاة،

فنسي الوصيّ باباً منها، جعل ذلك السهم في وجوه البرّ، قاله الشيخ رحمه الله في النهاية⁽²⁾؛ لما رواه محمّد بن الرّيّان قال: كتبت إلي أبي الحسن عليه السلام: أسأله عن إنسان أوصي بوصيّة فلم يحفظ الوصيّ إلّا باباً واحداً منها، كيف يصنع في الباقي؟ فوقع عليه السلام: «الأبواب الباقية اجعلها في البرّ»⁽³⁾.

ص: 360

1- الكافي 4/44:7، التهذيب 9:840/212.

2- النهاية: 613.

3- الكافي 7:58-59/7، الفقيه 4:565/162، التهذيب 9:844/214.

و للشيخ رحمه الله قول آخر في المسائل الحائريّات: إذا نسي الوصيّ جميع أبواب الوصيّة فإنّها تعود ميراثا للورثة(1)، و اختاره ابن إدريس(2).

و القول الأوّل لا بأس به؛ لأنّ الموصي أخرج المال الموصي به عن ملك الورثة باعتبار الوصيّة، فلا يعود إليهم، فيبقى مالكة مجهولا، فيصرف في أبواب البرّ.

البحث الخامس: في الوصيّة بالنصيب.

مسألة 223: إذا أوصي له بنصيب وارث،

فإن قصد المثل صحّت الوصيّة إجماعا، وإن قصد العين بطلت الوصيّة - و به قال الشافعي و أبو حنيفة(3) - لأنّه أوصي له بما هو حقّ الغير(4) فتبطل، كما لو قال: بدار ابني.

و قال مالك و أهل البصرة و ابن أبي ليلى و زفر و داود: تصحّ الوصيّة؛ لأنّ ذلك وصيّة بجميع المال، و لو أوصي بجميع المال صحّت الوصيّة و إن كان قد أوصي له بنصيب الورثة(5).

ص: 361

1- المسائل الحائريّات (الرسائل العشر للشيخ الطوسي): 297، و حكاه عنها أيضا ابن إدريس في السرائر 208:3.

2- السرائر 208:3-209.

3- المهذّب - للشيرازي - 464:1، نهاية المطلب 15:10، حلية العلماء 6:104، التهذيب - للبغوي - 66:5، البيان 8:215، مختصر اختلاف العلماء 5: 2164/23، بدائع الصنائع 7:358، الهداية - للمرغيناني - 4:237، الاختيار لتعليل المختار 5:106، المغني 6:480، الشرح الكبير 6:571.

4- في النسخ الخطيّة: «لغيره» بدل «الغير».

5- عقد الجواهر الثمينة 3:1230، المغني 6:480-481، الشرح الكبير 6:571، الهداية - للمرغيناني - 4:237، نهاية المطلب 10:17، البيان 8:215.

و الفرق: أنه إذا أوصي بجميع المال صحّ؛ لأنّه لم يضاف إليه حقّ غيره، ألا ترى أنّه لو قال: أوصيت لفلان بما يستحقّه ابني، لم تصحّ الوصيّة، ولو أوصي بجميع المال صحّت الوصيّة وإن كان وصّي بما يستحقّه.

ولو أوصي بإخراج بعض ولده من الميراث، بطلت الوصيّة أيضا؛ لأنّ سعد بن سعد سأل الرضا عليه السّلام: عن رجل كان له ابن يدّعيه فنفاه وأخرجه من الميراث وأنا وصيّ فكيف أصنع؟ فقال عليه السّلام: «لزمه الولد لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه» (1).

مسألة 224: لو أوصي له بمثل نصيب أحد الورثة وعينه،

صحّت الوصيّة من الثلث إجماعا.

و اختلف في تقديره، فالذي عليه علماؤنا: أنّ الموصي له يكون بمنزلة وارث آخر، فيضاف إلي الورثة، ويتساوي الموصي له والوارث، فلو كان له ابن واحد وأوصي بمثل نصيبه لزيد، فرض كأنّ له ابنين، فتكون الوصيّة بالنصف، فإن أجاز الابن، أخذ الموصي له النصف والابن النصف، وإن ردّ كان للموصي له الثلث والباقي للولد، ولو كان له ابنان فأوصي بمثل نصيب أحدهما، فللموصي له مثل نصيب أحدهما مزادا علي الفريضة، ويكون كواحد منهم زاد فيهم، ولو كان له ثلاثة، فللموصي له الرّبع - وهو قول أكثر العامّة، وبه قال أبو حنيفة و الشافعي وأحمد (2) - لأنّه المتعارف من

ص: 362

1- الكافي 26/64:7، الفقيه 4:568/163، التهذيب 9:235-236/918، الاستبصار 4:520/139.

2- المغني 6:479، الشرح الكبير 6:570 و 571، مختصر اختلاف العلماء 5:23 و 24/2164، مختصر القدوري: 242-243، روضة القضاة 2:3872/686، بدائع الصنائع 7:358، الاختيار لتعليل المختار 5:106، الأم 4:89، مختصر -

وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود: يعطي مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال، ويقسم الباقي بين الورثة؛ لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فإذا أوصي له بمثل نصيب ابنه و له ابن واحد، فالوصية بجميع المال، وإن كان [له] (1) ابنان فالوصية بالنصف، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث (2).

وليس بجيد؛ لأصالة بقاء مال الميت علي الوارث، ولأنه جعل للموصي له نصيباً وللابن نصيباً وجعل نصيب الابن أصلاً وحمل عليه نصيب الموصي له، فلا تسقط، بل يشتركان، كما لو قال: لفلان في هذه الدار مثل ما لفلان، فإنه يقتضي شركتهما فيها، ولأداء قول مالك إلي تغيير الوصية والعمل بخلافها؛ لأنه لو كان له ابنان فأوصي بمثل نصيب ابن، كان المال بينهم أثلاثاً، وعند مالك يكون للموصي له النصف ولكل ابن ربع (3)، -

ص: 363

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني والشرح الكبير.

2- - المزني: 143، الحاوي الكبير 8:198، المهذب - للشيرازي - 1:464، نهاية المطلب 10:18 و 19، الوجيز 1:280، الوسيط 4:472، حلية العلماء 6:104-105، التهذيب - للبغوي - 5:67، البيان 8:214، العزيز شرح الوجيز 7:139-140، روضة الطالبين 5:192، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1006/2053، عيون المجالس 4:1379/1942، المعونة 3:1625.

3- التفريع 2:327، المعونة 3:1625، التلقين: 555، الحاوي الكبير 8:198، -

و هذا خلاف الوصية.

و كذا لو كان له ابنان أو بنون فأوصي بمثل نصيبهما أو نصيبهم، كان وصية بالنصف.

وقال مالك: تكون وصية بالكل (1).

و ليس بجيد؛ لأن الوصية بمثل نصيب الابن تقتضي أن يكون للابن نصيب و للموصي له نصيب و أن يتساوي النصيبان فيلزم التسوية، و لأن الابن يأخذ الجميع لو لا الوصية، فإذا نزل الموصي له منزلته فقد أثبت له الكل أيضا، و المبلغ إذا عال بمثله كان الزائد مثل الميزد عليه.

و الضابط عند مالك: أنه يعتبر نصيب الموصي له بنصيبه لو لم تكن وصية (2)، و عندنا يعتبر بعد الوصية، فتقام فريضة الميراث و يزداد عليها مثل سهم الموصي [له] بنصيبه.

مسألة 225: إذا كان له ورثة متعددون و أوصي لزيد بمثل نصيب أحدهم،

فإن كانوا متساوين، كما لو كان له ثلاث بنين و أوصي له بمثل نصيب أحدهم، فله مثل نصيب أحدهم مزاذا علي الفريضة، فيكون له الربع، و كذا لكل ابن.

ص: 364

1- القول المزبور لمالك فيما إذا أوصي بمثل نصيب ابنه و له ابن واحد، راجع: التفريع 2: 327، و الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 2053/1006، و التلقين: 555، و المعونة 3: 1625، و الحاوي الكبير 8: 197، و نهاية المطلب 10: 17، و البيان 8: 214، و العزيز شرح الوجيز 7: 140، و المغني 6: 479، و الشرح الكبير 6: 570.

2- الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 2053/1006، نهاية المطلب 10: 17، الوسيط 4: 472، العزيز شرح الوجيز 7: 140.

وإن تفاضلوا كابن و بنت ثم أوصي له بمثل نصيب أحدهم، فإن عيّنه انصرفت الوصية إليه، وإن أطلق كان له نصيب أقلهم ميراثا و يزداد علي فريضتهم - و به قال الشافعي و أبو حنيفة(1) - لأنه المتيقن، و ما زاد مشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك.

وقال مالك: مع التفاضل ينظر إلي عدد رؤوسهم، فيعطي سهما من عددهم؛ لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم؛ لتفاضلهم، فاعتبر عدد رؤوسهم(2).

و هو خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي؛ فإنّ هذا ليس بنصيب لأحد ورثته، و لفظه إنّما اقتضي نصيب أحدهم، و تفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقلّ نصيب أحدهم، فيصرفه إلي الموصي له بقول الموصي؛ عملا بمقتضي وصيته، و ذلك أولي من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا.

وقوله: «لتعذر العمل بقول الموصي» غير صحيح؛ فإنه أمكن العمل به بما قلناه، ثمّ لو تعذر العمل به لما جاز أن يوجب في ماله حقّا لم يأمر به.

و لو قال: أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا، كان كما لو أطلق، و كان تأكيدا.6.

ص: 365

-
- 1- الحاوي الكبير 8:199، المهدّب - للشيرازي - 1:464، نهاية المطلب 10:19، الوجيز 1:280، الوسيط 4:473، حلية العلماء 6:106، التهذيب - للبخاري - 5:67، البيان 8:216، العزيز شرح الوجيز 7:143، روضة الطالبين 5:194، مختصر اختلاف العلماء 5:2164/24، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:2082/1017، المغني 6:479، الشرح الكبير 6:575.
 - 2- المدونة الكبرى 6:70-71، التفریع 2:328، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:2082/1017، التلقين: 555، المعونة 3:1625، حلية العلماء 6:107، المغني 6:479، الشرح الكبير 6:575.

ولو قال: مثل نصيب أكثرهم ميراثا، فله ذلك مضافا إلى المسألة.

مسألة 226: لو أوصي له بمثل نصيب بنته و لا وارث له سواها،

فعندنا له النصف إن أجازت، وإن لم تجز فله الثلث، وهو قول من يعتقد الرد؛ لأنها تأخذ المال كله بالفرض والرد⁽¹⁾.

ولو كان له بنتان، فله الثلث؛ لأن المال عندنا للبنتين دون العصة، فيكون الموصي له كبنت أخرى.

ولو كان له ثلاث أخوات من أم وإخوة من أب فأوصي لأجنبي بمثل نصيب أحد ورثته، كان له نصيب أخت، فتكون الفريضة من عشرة، تسعة للورثة، وسهم للموصي له.

ولو كان له زوجة وبنت وقال: مثل نصيب بنتي، فأجاز الورثة، صحت فريضة الورثة، وهي ثمانية، للزوجة سهم، وللبنت سبعة، وينزل عليهم سبعة أخرى، فتصير الفريضة من خمسة عشر، للزوجة سهم منها، وللبنت سبعة، وكذا للموصي له.

ولو كان له أربع زوجات وبنت فأوصي بمثل نصيب إحداهن، كانت الفريضة من ثلاث و ثلاثين، للزوجات الثمن: أربعة، وللموصي له سهم كإحداهن، والباقي للبنت.

ولو كان له ابن وأربع زوجات، فكذا.

ولو قال في هذه: مثل نصيب أكثرهم، فالفريضة من ستين؛ لأن فريضة الورثة اثنان و ثلاثون تصيف إليها ثمانية وعشرين للموصي له.

وقالت العامة: لو كان له بنت وأوصي بمثل نصيبها، فالوصية بالثلث؛

ص: 366

1- كما في المغني 484:6، والشرح الكبير 577:6.

لأنَّ المسألة من اثنين لو لم تكن وصيّة، فتزید علي الاثنين سهمًا و تعطيه من ثلاثة.

ولو كان له ابنتان و أوصي بمثل نصيب إحداهما، فالوصيّة بالرّبع؛ لأنَّ المسألة من ثلاثة لو لا الوصيّة، لكلّ واحدة منهما سهم، فتزید للموصي له سهمًا تبلغ أربعة.

ولو أوصي بنصيبهما، فالوصيّة بخمسي المال؛ لأنّها من ثلاثة، و لهما سهمان من ثلاثة، فتزید علي الثلاثة سهمين تبلغ خمسة(1).
و هذا عندنا باطل.

و لو أوصي بمثل نصيب ابن و له ثلاثة بنين و ثلاث بنات، فالفريضة من تسعة، لكلّ ابن سهمان، و للموصي له سهمان تصير أحد عشر.
و لو أوصي بمثل نصيب بنت و له بنت و ثلاثة بنين، فالوصيّة بالثّمن.

و لو كان له ابن و ثلاث بنات و أبوان و أوصي بمثل نصيب الابن، فالمسألة من ثمانية و ثلاثين.

و روي هذه الصورة العامّة عن عليّ عليه السّلام(2).

مسألة 227: لو أوصي له بمثل نصيب وارث مقدّر لو كان موجوداً،

صحّت الوصيّة، و ننظر ما للموصي له مع وجوده، فيكون له مع عدمه، فلو خلف ابنين و أوصي بمثل نصيب ثالث لو كان، فله الرّبع (و لو أوصي بمثل نصيب رابع لو كان، فله [الخمس](3))، و لو أوصي بمثل نصيب خامس لو

ص: 367

1- العزيز شرح الوجيز 7:140-141، روضة الطالبين 5:192.

2- كما في العزيز شرح الوجيز 7:141.

3- ما بين القوسين لم يرد في النسخ الخطيّة، وفي الطبعة الحجرية: «الرّبع» بدل «الخمس». و المثبت هو الصحيح.

كان، فله السّددس، وعلي هذا أبدا.

ولو كان له ابن وأوصي بمثل نصيب ابن ثان لو كان، فالوصيّة بالثلث.

وقال بعض الشافعيّة: هذه الوصيّة تتضمّن إقامة الموصي له مقام الابن المقدّر، فتكون الوصيّة لو كان له ابن واحد بالنصف، ولو كان له ابنان بالثلث، ولو كان له ثلاثة بالرّبع، وهكذا(1).

وهل يفرّق بين حذف لفظة «المثل» فيقول: بنصيب ابن ثان أو ثالث لو كان، وبين أن لا يحذفه؟ القياس أنّه علي الوجهين فيما إذا أضاف إلي الوارث الموجود عند الوصيّة(2).

ويحتمل الفرق بين اللفظتين هنا وإن لم يكن فرق لو أضاف إلي الوارث الموجود، فإنّه إذا أوصي بمثل نصيبه دفع إليه نصيبه لو كان مزيدا علي سهام الفريضة، ولو أوصي بنصيبه دفع إليه نصيبه لو كان من أصل سهام الفريضة، فعلي هذا لو أوصي وله ابنان بنصيب ابن ثالث لو كان، فالوصيّة بالثلث، ولو قال: بمثل نصيب ابن ثالث لو كان فبالرّبع.

ولو أوصي وله ثلاثة بنين بمثل نصيب بنت لو كانت، فالوصيّة بالثّمن، ويحتمل السّبع.

ولو أوصي بمثل نصيب ابنه لو كان ولا ابن له، فالوصيّة بالجميع، ولو لم يقصد التقدير بطلت الوصيّة؛ لانتفاء متعلّقها.

مسألة 228: لو كان له ابنان وأوصي لزيد بمثل نصيب ابن رابع

لو

ص: 368

1- نهاية المطلب 20:10-21، العزيز شرح الوجيز 141:7، روضة الطالبين 5: 193.

2- العزيز شرح الوجيز 141:7، روضة الطالبين 5: 193.

كان، ولعمرو بمثل نصيب ابن خامس لو كان، ففي استخراج حسابها طريقان:

الأول: أن نقول: المسألة من اثنين لو لم تكن وصية، ومن أربعة لو كانوا أربعة، ومن خمسة لو كانوا خمسة، فهنا اثنان وأربعة وخمسة، و الاثنان والأربعة متداخلان، فنحذف الاثنين، ونضرب أربعة في خمسة يبلغ عشرين ينقسم علي الاثنين بلا وصية، وعلي الأربعة لو كانوا لكل واحد خمسة، وعلي الخمسة لو كانوا لكل واحد أربعة، فنزيد تسعة علي الفريضة، فالفريضة تسعة وعشرون، لزيد خمسة، ولعمرو أربعة، و الباقي للابنين.

الثاني: أن نقول: لو لم تكن إلا وصية زيد لكان له سهم من خمسة، فيقسم الباقي علي خمسة؛ لوصيته لعمرو بمثل نصيب ابن خامس، فيخرج من القسمة أربعة أخماس، وهي نصيب كل ابن لو كانوا خمسة، فتزيد علي الخمسة، لعمرو أربعة أخماس يكون خمسة وأربعة أخماس، لزيد منها واحد، ولعمرو أربعة أخماس، و الباقي للابنين، فإذا بسطتها أخماسها كانت تسعة وعشرين.

أو نقول: لو لم تكن إلا وصية عمرو لكان له سهم من ستة، فيقسم الباقي علي أربعة؛ لوصية زيد بمثل نصيب ابن رابع، فيخرج من القسمة واحد ورابع، وذلك نصيب كل ابن لو كانوا أربعة، فنزيد علي الستة لزيد واحدا ورعا يكون سبعة ورعا، لعمرو منها واحد، ولزيد واحد و ربع، وإذا بسطتها أربعا كانت تسعة وعشرين.

و لو كان له ابنان وأوصي لزيد بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، ولعمرو بمثل نصيب ابن رابع لو كان، فعلي الطريق الأول المسألة من اثنين، ومن

ثلاث لو كانوا ثلاثة، و من أربعة لو كانوا أربعة، نسقط الاثنين؛ لدخولهما في الأربعة، ونضرب ثلاثة في أربعة تصير اثني عشر، تنقسم علي الاثنين وعلي ثلاثة لكل واحد أربعة، وعلي أربعة لكل واحد ثلاثة، فنزيد الثلاثة والأربعة علي اثني عشر تكون تسعة عشر، لزيد أربعة، و لعمر و ثلاثة، و الباقي لابنين.

وعلي الثاني لو لم تكن إلا وصية زيد، لكان له سهم من أربعة، يقسم الباقي علي أربعة للوصية الأخرى، تخرج من القسمة ثلاثة أرباع هي نصيب كل واحد لو كانوا أربعة، فنزيد ثلاثة أرباع علي الأربعة لعمر و، و منها تصح القسمة، فإذا بسطتها أرباعا كانت تسعة عشر.

أو نقول: لو لم تكن إلا وصية عمر و، لكان له سهم من خمسة، يقسم الباقي علي ثلاثة للوصية الأخرى، يخرج من القسمة واحد و ثلث، و ذلك نصيب كل واحد، و لو كانوا ثلاثة فنزيد واحدا و ثلثا علي الخمسة لزيد تبلغ ستة و ثلثا، و منها تصح القسمة، وإذا بسطتها أثلاثا كانت تسعة عشر.

مسألة 229: لو كان له ابنان و أوصي لزيد بمثل نصيب أحدهما،

و لعمر و بمثل نصيب الثاني، فإن أجازا الوصيتين قسم المال بينهما أرباعا، وإن ردّا الوصيتين فعندنا تبطل الوصية الثانية.

و يحتمل عندي أنه لو قصد الموصي التشريك مع عدم الإجازة دون الترتيب، ارتدت الوصيتان إلي الثلث، فكان الثلث بينهما بالسوية.

و لو أجازا إحداهما وردّا الأخرى، فإن قصد التشريك أخذ كل واحد منهما سدس المال استحقاقا، و يأخذ الذي أجز له مع ذلك نصف سدس آخر؛ اعتبارا بحال من أجاز الوصية بما لو أجازا الوصيتين، و بحال الآخر

بما لو ردّاهما، و تصحّ من أربعة وعشرين، للذي أجازا وصيّته ستّة، و للآخر أربعة، و لكلّ ابن سبعة.

وعن بعض الشافعيّة: إنّ الذي أجازا له يضمّ سدسه إلي ما للابنين، و يقسّمونه أثلاثا، و الذي ردّا وصيّته يأخذ السدس، و تصحّ من ثمانية عشر(1).

و لو أجاز أحد الولدين لأحدهما دون الآخر و ردّ الثاني الوصيّتين، فعلي الأوّل - و هو مذهب الشافعيّة(2) - المسألة من أربعة وعشرين، لمن لم يجهز له أربعة، و الذي أجهز له يستحقّ أربعة بغير إجازة، و مع الإجازة ستّة، فيأخذ أربعة و سهما ممّن أجاز له، فيحصل له خمسة، و للمجهز سبعة، و للراّد ثمانية.

و علي قول بعض الشافعيّة الفريضة من ثمانية عشر، للموصي لهما ستّة بأصل الوصيّة، لكلّ واحد ثلاثة، يبغي لكلّ ابن ستّة، و يدفع المجهز ممّا في يده ثلاثة أرباع سهم إلي من أجاز له؛ لأنّهما لو أجازا لهما كان لكلّ واحد منهم أربعة و نصف، فإذا أجاز أحدهما أعطاه نصف ما بقي، و هو سهم إلّا ربعا، فيحصل له أربعة إلّا ربعا، و للمجهز خمسة و ربع، و للآخر ستّة، و للموصي له الآخر ثلاثة(3).

مسألة 230: لو أوصي له بمثل نصيب من لا نصيب له،

بطلت الوصيّة، مثل: أن يوصي بمثل نصيب ابنه و هو غير وارث؛ لكونه كافرا أو قاتلا أو رقيقا، أو أوصي بمثل نصيب أخيه و هو محجوب عن ميراثه،

ص: 371

1- نهاية المطلب 24:10، العزيز شرح الوجيز 144:7، روضة الطالبين 5: 194.

2- نهاية المطلب 24:10، العزيز شرح الوجيز 144:7، روضة الطالبين 5: 194.

3- نهاية المطلب 24:10، العزيز شرح الوجيز 144:7، روضة الطالبين 5: 194 - 195.

فلا شيء للموصي له؛ لأنه لا نصيب لمن أضاف المثل إليه.

مسألة 231: لو أوصي لواحد بثلاث ماله،

وآخر بربعه، وآخر بخمسه، وآخر بمثل وصية أحدهم، فهي وصية بالخمس؛ تنزيلاً على أقل المراتب؛ لأنه المتيقن.

ولو أوصي لرجل بعشر، وآخر بستة، وآخر بأربعة، وآخر بمثل وصية أحدهم، فله أربعة؛ لأنه المتيقن، ولو قال: فلان شريكهم، فله خمس ما لكل واحد منهم.

ولو أوصي لأحدهم بمائة، وآخر بدار، وآخر بعبد، ثم قال: فلان شريكهم، احتمل أن يكون له نصف ما لكل واحد منهم؛ لأنه هنا يشارك كل واحد منهم منفرداً، والشركة تقتضي التسوية، فلهذا كان له النصف، بخلاف الأوليين، فإنهم كلهم مشتركون.

ويحتمل أن يكون له الربع في الجميع.

مسألة 232: لو خلف ثلاثة بنين وأوصي لثلاثة بمثل أنصائبهم،

فالمال بينهم علي ستة مع إجازة جميع الورثة، ولوردوا فممن تسعة، للموصي لهم الثلث ثلاثة، والباقي بين البنين علي ثلاثة.

ولو أجازوا لواحد وردوا علي اثنين، فللمردود عليهما التسعان اللذان كانا لهما في حال الردّ عليهم، وفي المجاز له وجهان:

أحدهما: له السدس الذي كان له في حال الإجازة - وهو قول أبي يوسف وابن سريج من الشافعية (1) - فيأخذ السدس والتسعين من مخرجهما، وهو ثمانية عشر، يبقى أحد عشر بين البنين، تضرب عددهم في ثمانية عشر، تكون أربعة وخمسين، للمجاز له السدس تسعة، و لكل

ص: 372

1- المغني 484:6، الشرح الكبير 578:6.

واحد من صاحبيه ستة، ولكل ابن أحد عشر.

الثاني: أن يضمّ المجاز له إلي البنين ويقسم الباقي بعد التسعين عليهم وهم أربعة تنكسر عليهم، تضرب أربعة في تسعة تكون ستة وثلاثين.

فإن أجاز الورثة بعد ذلك للآخرين أتموا لكل واحد منهم تمام [سدس] (1) المال، فيصير المال بينهم أسداسا علي الأول، وعلي الآخر يضمون ما حصل لهم - وهو أحد وعشرون من ستة وثلاثين - إلي ما حصل لهما، وهو ثمانية، و يقتسمونه بينهم علي خمسة، ولا تصحّ، تضرب خمسة في ستة وثلاثين، تكون مائة وثمانين، ومنها تصحّ.

ولو أجاز أحد البنين لهم وردّ الآخرون عليهم، فللمجيز السدس، وهو ثلاثة من ثمانية عشر، وللذين لم يجيزا أربعة أتساع، وهي ثمانية، تبقي سبعة بين الموصي لهم علي ثلاثة، تضربها في ثمانية عشر، تكون أربعة وخمسين.

ولو أجاز واحد لواحد، دفع إليه ثلث ما في يده من الفضل، وهو ثلث سهم من ثمانية عشر، فاضربها في ثلاثة تصير أربعة وخمسين.

البحث السادس: في الوصية بالضعف والجزء والنصيب.

مسألة 233: لو أوصي له بضعف نصيب

مسألة 233: لو أوصي له بضعف نصيب (2) ابنه،

فللموصي له مثله - وبه قال الشافعي (3) - عملا بالمتعارف في اللغة.

ص: 373

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني 485:6، والشرح الكبير 579:6.

2- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

3- مختصر المزملي: 143، الحاوي الكبير 204:8، المهذب - للشيرازي - 1: 464، نهاية المطلب 59:11، حلية العلماء 105:6، التهذيب - للبغوي - 5: -

قال الله تعالى: إِذَا لَادُّقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ (1) وقال تعالى: فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعْفِ (2) وقال تعالى: وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ (3).

وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: الضَّعْف: المثل، قال الله تعالى:

يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ (4) أي: مثلين، وقال تعالى: فَآتَتْ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ (5) أي مثلين، وإذا كان الضَّعْفَانِ مثلين فالواحد مثل (6).

وروي ابن الأنباري عن هشام بن معاوية النحوي، قال: العرب تتكلم بالضَّعْفِ مثني، فتقول: إن أعطيتني درهما فلك ضعفاه، أي مثلاه (7).

وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى: ضعف الشيء [هو] مثله، وضعفاه [هو] مثلاه، وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله (8).

مسألة 234: لو أوصي له بضعفي نصيب ابنه،

فله ثلاثة أمثاله، وإن أوصي بثلاثة أضعافه فله أربعة أمثاله، وعلي هذا كلما زاد ضعفا زاد مرة

ص: 374

1- سورة الإسراء: 75.

2- سورة سبأ: 37.

3- 67 - البيان 8: 216، العزيز شرح الوجيز 7: 144، روضة الطالبين 5: 195، المغني 6: 481، الشرح الكبير 6: 572.

4- سورة الأحزاب: 30.

5- سورة البقرة: 265.

6- حكاه عنه ابن قدامة في المغني 6: 481، والشرح الكبير 6: 572، والعمراني في البيان 8: 261.

7- الأضداد: 131، و حكاه عنه ابن قدامة في المغني 6: 481، والشرح الكبير 6: 572-573.

8- حكاه عنه ابن قدامة في المغني 6: 481، والشرح الكبير 6: 573، وما بين المعقوفين أثبتناه منهما، وراجع أيضا: الأضداد - لابن

الأنباري -: 131.

- وبه قال الشافعي (1) - لما تقدّم (2) من قول أبي عبيدة.

وقال أبو ثور: ضعفاه: أربعة أمثاله، وثلاثة أضعافه: ستة أمثاله؛ لأنه قد ثبت أنّ ضعف الشيء مثله، فثنيته: مثلاً مفردة، كسائر الأسماء (3).

وقال بعضهم: ضعفاه: مثله؛ لقوله تعالى: فَآتَتْ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ (4)(5) قال عكرمة: تحمل في كلّ عام مرّتين (6)، وقال عطاء:

أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين (7).

ولا خلاف بين المفسّرين أنّ قوله تعالى: يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ (8) أنّ المراد به مرّتين؛ بدليل قوله تعالى: نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ (9) ويستحيل أن يجعل أجراها علي العمل الصالح مرّتين، وعذابها علي الفاحشة ثلاث مرّات.

والمشهور: أنّ الضّعف عبارة عن الشيء ومثله، فلو أوصي بضعف 1.

ص: 375

1- مختصر المزماني: 143، الحاوي الكبير 8: 205، المهذب - للشيرازي - 1: 464، نهاية المطلب 11: 59، الوجيز 1: 280، حلية العلماء 6: 106، التهذيب - للبغوي - 5: 67، البيان 8: 217، العزيز شرح الوجيز 7: 145، روضة الطالبين 5: 195، المغني 6: 481، الشرح الكبير 6: 573.

2- في ص 374.

3- الحاوي الكبير 8: 205، حلية العلماء 6: 106، البيان 8: 217، المغني 6: 482، الشرح الكبير 6: 573.

4- سورة البقرة: 265.

5- المغني 6: 481 و 482، الشرح الكبير 6: 573.

6- الكشف و البيان (تفسير الثعلبي) 2: 264، معالم التنزيل (تفسير البغوي) 1: 383، المغني 6: 482، الشرح الكبير 6: 573.

7- نفس المصادر في الهامش السابق، مضافا إلي: التفسير الكبير - للرازي - 7: 61.

8- سورة الأحزاب: 30.

9- سورة الأحزاب: 31.

نصيب ابنه و لا وارث سواه، فهي وصية بالثلثين.

و لو قال: ضعف نصيب أحد أولادي، أو أحد ورثتي، أعطي مثلي نصيب أقلهم نصيبا، فإن كانوا ثلاثة بنين بسطت المال علي خمسة لكل ابن سهم، و للموصي له سهمان.

و لو أوصي لزيد بمائة و لعمر و بضعفها، فهي وصية بمائتين.

و ضعفا الشيء نفس ذلك الشيء و مثلاه علي ما تقدّم (1)، فلو أوصي بضعفي نصيب ابنه و له واحد، فالوصية ثلاثة أرباع المال.

و لو أوصي بضعفي نصيب أحد بنيه الثلاثة، قسّم المال علي ستة لكل واحد سهم، و للموصي له ثلاثة.

و عند أبي حنيفة: إذا أوصي بضعفي الشيء أعطي مثله أربع مرّات (2)، و هو منسوب إلي مالك (3).

و الأول أجود؛ لأنّ المراد من الضّعفين أن يضعف مرّة بعد مرّة، و لأنّ اللفظ محتمل له، فيحمل عليه؛ لأنّه المتيقّن.

و لو قال: ضعف ضعفه، فهو ثلاثة أمثاله.

مسألة 235: إذا أوصي له بحظّ أو نصيب أو قسط أو بعض أو قليل أو وافر،

رجع في تفسير ذلك إلي الورثة، و يقبل تفسيرهم بأقلّ ما يتموّل؛ لوقوع هذه الألفاظ علي ذلك.

و قال الشافعي: لو قال: أعطوه جزءا أو شيئا أو سهما أو كثيرا،

ص: 376

1- في ص 374.

2- الوسيط 4: 473، العزيز شرح الوجيز 7: 145.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 145.

فكذلك(1).

وقد بيّنا فيما تقدّم (2) ما يحمل عليه.

وأبو حنيفة وأحمد وافقا الشافعي في الجزء والنصيب والحظّ والقسط(3).

وقال أبو حنيفة: لو قال: أعطوه كثيرا أو عظيما، لم يقبل التفسير بأقلّ ما يتموّل(4).

وفي لفظ السهم عنه روايتان:

أظهرهما: أنّ للموصي له أقلّ الأمرين من نصيب أقلّ الورثة نصيبا، ومن سدس ماله.

والثانية: له أكثر الأمرين من السدس أو نصيب أقلّهم(5).

إذا عرفت هذا، فلو عيّن الورثة له قدرا من المال رجع إليهم وإن قلّ، فإن ادّعي الموصي له أنّ الموصي أراد أكثر من ذلك، قدّم قول الوارث2.

ص: 377

1- الأم 90:4، مختصر المزني: 142، الحاوي الكبير 205:8 و 206، المهذب - للشيرازي - 464:1، نهاية المطلب 61:11، حلية العلماء 101:6، التهذيب - للبغوي - 69:5، البيان 213:8، العزيز شرح الوجيز 145:7، روضة الطالبين 195:5، المغني 476:6 و 478، الشرح الكبير 579:6-580.

2- في ص 348-354، المسائل 213-216.

3- الجامع الصغير - للشيباني -: 521، مختصر اختلاف العلماء 2165/26:5، المبسوط - للسرخسي - 88:28، بدائع الصنائع 356:7، الهداية - للمرغيناني - 237:4، الاختيار لتعليل المختار 106:5، المغني 478:6، الشرح الكبير 579:6-580، العزيز شرح الوجيز 145:7.

4- العزيز شرح الوجيز 145:7.

5- المبسوط - للسرخسي - 87:28، روضة القضاة 3865/686:2 و 3866، بدائع الصنائع 356:7، الاختيار لتعليل المختار 105:5، حلية العلماء 101:6 - 102.

مع اليمين علي أنه لا يعلم أن الموصي أراد الزيادة.

وقال بعض الشافعية: لا يحلف علي ذلك، بل علي أنه لا يعلم استحقاق الزيادة، وسلم أنه لو أقر بمبهم ومات وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له وبين الورثة، يحلف الوارث علي نفي [إرادة] (1) المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار، والوصية إنشاء (2).

ولا حجة فيه؛ فإن الموصي قد يخبر الوارث بما أراد إما قبل الإنشاء أو بعده، فاحتمال اطلاع الوارث قائم في الصورتين.

مسألة 236: لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا شيئاً،

قبل من الوارث تفسير الموصي به و تنزيهه علي أقل ما يتموّل، وحمل الاستثناء علي مال كثير؛ لأنه المتيقّن.

وقال بعض الشافعية: إن هذه وصية بنصف الثلث ليكون المستثني دون النصف، فعلي الوارث أن يعطيه السدس ويزيد ما شاء، قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً، ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيراً، جاز أن يعطيه الوارث أقل من النصف (3).

والمشهور: ما تقدّم.

مسألة 237: لو قال: أعطوه من واحد إلي عشرة،

أعطي ثمانية؛ لأنه المتيقّن.

ولو أراد الحساب، أعطي خمسة وخمسين الحاصل من جمع واحد

ص: 378

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصادر.

2- التهذيب - للبعوي - 5: 69، العزيز شرح الوجيز 7: 146، روضة الطالبين 5: 195.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 146، روضة الطالبين 5: 197.

إلي عشرة علي توالي العدد.

ولو قال: أعطوه واحدا في عشرة أو ستة في خمسة، أعطي ما يقتضيه الضرب.

ولو قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما يزيد علي النصف.

ولو قال: أعطوه أكثر مالي ونصفه، فهي وصية بما يزيد علي ثلاثة أرباع ماله، ولو قال: أكثر مالي ومثله، فهي وصية بالجميع.

ولو قال: أعطوه معظم الألف أو عاشرته، فهي وصية بما يزيد علي النصف.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دنانير، أعطي أقل الجمع، وهو ثلاثة، ويعطي من غالب نقد البلد، فإن لم يكن غالب تخير الوارث.

ولو قال: كذا درهما وكذا وكذا، فكما في الإقرار.

ولو قال: أعطوه مائة ودرهما، أو ألفا ودرهما، لم تتعين المائة والألف في الدرهم.

مسألة 238: إذا أوصي بجزء من ماله معين و له ورثة،

نسبت جزء الوصية إلي ما يبقى من المال الذي هو مخرج الوصية وتزيد بمثل نسبته علي مسألة الورثة، فما بلغ صحّت منه المسألتان.

وإن كان فيه كسر، ضربته في مخرج الكسر، فما بلغت صحّت القسمة منه، فلو أوصي بثلث ماله وخلف ابنين و بنتين، فمسألة الوصية من ثلاثة، ومسألة الورثة من ستة، ونسبة جزء الوصية - وهو واحد - إلي ما بقي من مخرجها - وهو الثلاثة - مثل النصف؛ لأنّ الباقي بعد إخراج الواحد اثنان، والواحد مثل نصف الاثنين، ويزاد علي مسألة الورثة وهي ستة مثل نصفها، تصير تسعة، ويعطي الموصي له الثلث؛ لأنّه تبقي ستة تصحّ علي الورثة.

و لك طريق آخر: أن تنظر الباقي و مسألة الورثة، فطن تباينت ضربت مسألة الورثة في مخرج الوصية، وإن توافقتا ضربت وفق مسألة الورثة في مخرج الوصية، فما بلغ صحت منه القسمة.

ثم من له شيء من مخرج الوصية يأخذه مضروباً فيما ضربته في مخرج الوصية، و من له شيء من مسألة الورثة يأخذه مضروباً فيما يبقى من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية إن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينين، وإن توافقتا ففي وفق الباقي.

فلو خلف ثلاثة بنين و أوصي بثلث ماله، فمسألة الورثة من ثلاثة و مخرج الوصية ثلاثة، و الباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ثلث لها، تضرب ثلاثة في مخرج الوصية تبلغ تسعة، كان للموصي له سهم، يأخذه مضروباً في الثلاثة المضروبة في مخرج الوصية، و كان لكل ابن سهم من فريضة الورثة يأخذه مضروباً في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية، و هو اثنان.

و علي الأول نقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد علي فريضة الورثة نصفها تكون أربعة و نصفاً تبسطها أنصافاً تبلغ تسعة.

و لو خلف أبوين و خمس بنات و أوصي بخمس ماله، الفريضة ثلاثون، و الوصية تصح من خمسة، تضرب وفق الباقي بعد إخراج جزء الوصية - و هو أربعة - في ثلاثين، و كان لكل واحد من الأبوين من الفريضة خمسة يأخذه مضروباً في نصف الأربعة، تكون عشرة.

و علي الأول جزء المخرج مثل ربع الباقي، فتزيد علي الثلاثين ربعها، و هو سبعة و نصف، تبسطها أنصافاً، فتكون خمسة و سبعين.

و لو خلف أبوين و أوصي بثمان ماله لرجل و بخمسه لآخر، الفريضة

من ثلاثة، و مخرج الجزأين أربعون، يخرج خمسها ثمانية، و ثمنها خمسة، تبقي سبعة وعشرون تنقسم علي ثلاثة.

و لو خلف ثلاثة بنين و أوصي بربع ماله لرجل و بنصف سدسه لآخر، الفريضة من ثلاثة، و مخرج الوصيتين اثنا عشر، و مجموع الجزأين أربعة إذا خرجت تبقي ثمانية لا ثلث لها.

فعلي الثاني لا موافقة، فتضرب ثلاثة في اثني عشر، تبلغ ستة و ثلاثين منها تنقسم.

و علي الأول نقول: ما خرج من الوصيتين نصف الباقي من مخرجهما، فتزيد علي مسألة الورثة نصفها يبلغ أربعة و نصف، تبسطها أنصافاً، تكون تسعة، لكن نصيب الموصي لهما من مخرج الوصيتين أربعة، و نصيبهما من التسعة ثلاثة لا تنقسم علي أربعة، و لا وفق، تضرب أربعة في تسعة، تبلغ ستة و ثلاثين.

و لو كان البنون ستة و الوصيتان بحالهما، فعلي الثاني الباقي - و هو ثمانية - لا يصح علي ستة، و لكن يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف الستة في اثني عشر، تبلغ ستة و ثلاثين، و الطريق الأول كما سبق.

مسألة 239: لو أوصي بأكثر من الثلث،

فإن أجاز الورثة نفذت، و إن ردّوا، فإن كانت الوصية لشخص واحد صحّ له الثلث، و إن كانت لجماعة يشتركون فيه إمّا بجزء كالنصف، أو بجزأين كالنصف و الربع، فالاعتبار بإجازة الورثة و ردّهم، فإن أجازوا نفذ الجميع، و إن ردّوا دخل النقص علي الأخير عندنا، و قالت العامة: علي الجميع⁽¹⁾.

ص: 381

1- العزيز شرح الوجيز 150:7.

و الوجه عندي: أنّه لو نصّ علي التّشريك و عدم التّقديم بمجرّد السّبق في اللفظ، فكذلك.

ولو أوصي لواحد بجزء و لآخر بجزء، فإنّ أجاز الورثة دفع إلي كلّ واحد منهم ما سمّي له، و قسّم الباقي بين الورثة علي ما تقدّم، وإن ردّوا ما زاد علي الثّلاث قسّم الثّلاث بينهم علي نسبة أنصبتهم بتقدير الإجازة إن نصّ علي التّشريك، و عدم الالتفات إلي التّقديم لفظاً.

و لا فرق بين أن يزيد أحد الجزأين وحده علي الثّلاث كالنصف و الثّلاث، أو لا يزيد واحد منهما كالثّلاث و الرّبع، و به قال الشافعي(1).

وقال أبو حنيفة: إن لم يكن في الأجزاء ما يزيد علي الثّلاث، يقسّم هكذا علي التفاوت، وإن كان فيها ما يزيد وحده علي الثّلاث، فلا تعتبر الزيادة في القسمة عند الرّد، حتي لو أوصي لواحد بالنصف و لآخر بالثّلاث و ردّ الورثة، قسّم الثّلاث بينهما بالسوية(2).

و ليس بجيّد؛ لأنّه أوصي بجزأين مختلفين لشخصين، فإذا ارتدّت القسمة إلي الثّلاث روعي تفاوت الجزأين، كما لو أوصي بجزأين لا يزيد واحد منهما علي الثّلاث.

فلو خلّف أبوين و ابنين و أوصي لواحد بنصف ماله و لآخر بالثّلاث و أجازوا الوصيّتين، فريضة الورثة من ستّة، و كذا مخرج الوصيّتين، و الباقي بعد إخراج الوصيّتين واحد، فعلي الأوّل جزء الوصيّة خمسة أمثال الباقي من مخرجها، فتزاد علي الفريضة خمسة أمثالها، تبلغ ستّة و ثلاثين، و علي الثاني تضرب الستّة في مسألة الورثة، تصير ستّة و ثلاثين.7.

ص: 382

1- العزيز شرح الوجيز 150:7، روضة الطالبين 199:5.

2- العزيز شرح الوجيز 150:7.

و لو ردّوا الوصيّتين إلي الثلث، قسّما الثلث بينهما علي خمسة؛ لأنّ نصيبهما بتقدير الإجازة خمسة من ستّة، وله طريقان:

أحدهما: أن ننظر إلي ما زاد من جملة الوصايا علي الثلث، ونقص بتلك النسبة عن نصيب كلّ واحد من الموصي لهم، ونسبة ما زاد في هذه الصورة ثلاثة أخماس؛ لأنّ مجموع الوصيّة بخمسة من ستّة، لكن مخرج الوصيّة لا خمس له، ونصيب كلّ واحد منهما لا خمس له، فنضرب مخرج الخمس في ستّة يكون ثلاثين، منها خمسة عشر للموصي له بالنصف، وعشرة للموصي له بالثلث، ينقص من كلّ واحد من النصيبين ثلاثة أخماسه، يبقى للأول ستّة، وللثاني أربعة، ويبقى عشرون للورثة، وهذه الأنصباء متوافقة بالنصف، فنردّها إلي أنصافها، و تقسّم من خمسة عشر.

الثاني: إنّنا إذا قسّم الثلث بينهما أخماسا، فالستّة التي هي مخرج الوصيّتين لا ينقسم ثلثها أخماسا، فنطلب مالا لثلثه خمس، فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس، يكون خمسة عشر، يدفع ثلثها إليهما، ثلاثة إلي الموصي له بالنصف، واثنين إلي الآخر، تبقي عشرة للورثة لا تصحّ علي ستّة، لكن يتوافقان بالنصف، فنضرب نصف الستّة فيما صحّت منه الوصيّتان، وهو خمسة عشر، يكون خمسة و أربعين.

مسألة 240: لو استغرقت الوصايا المال بأسره،

فإن أجاز الورثة قسّم المال بين أرباب الوصايا، وإن ردّوا قسّم الثلث بينهم علي نسبة أنصبتهم بتقدير الإجازة علي تقدير إرادة التشريك.

و لو زادت الوصايا علي المال، كما لو أوصي لواحد بجميع ماله و لآخر بثلث ماله و قصد التشريك و عدم التقديم، عالت المسألة بثلثها إلي أربعة، فيقسّم المال علي أربعة، لصاحب الجميع ثلاثة، و للآخر واحد.

و لو ردّوا، قسّم الثلث علي أربعة أيضا، و تكون قسمة الوصيّة من اثني عشر، و به قال الشافعي(1).

و قال أبو حنيفة: إن ردّوا، قسّم الثلث بينهما بالسويّة، و إن أجازوا ففيه روايات:

منها: أنّ صاحب الجميع ينفرد بدعوي الثلّثين، فيسلم له الثلثان، و يتزاحمان معا في الثلث، فيشتركان فيه، فيكون لصاحب الجميع خمسة أسداس، و للآخر سدس.

و هذا عندنا في الدعاوي، فيحتمل في الوصيّة أيضا.

و منها: أنّ الوصيّة بالثلث لازمة، فيستويان فيه، ثمّ الموصي له بالجميع يأخذ نصف المال؛ لأنّه لا منازع فيه، يبقّي من المال سدس يتنازعان فيه، فيكون بينهما، فيحصل للأوّل ثلاثة أرباع، و للآخر ربع(2).

و لو أوصي لواحد بنصف ماله و لآخر بالثلث و لآخر بالربع، فإن أجاز الورثة قسّم المال بينهم علي ثلاثة عشر سهما، و إن ردّوا قسّم الثلث علي ثلاثة عشر، و به قال الشافعي(3).

و قال أبو حنيفة: إن أجازوا سلم لصاحب النصف السّدس الذي يفضل به علي صاحب الثلث، ثمّ كلّ واحد من صاحب النصف و صاحب7.

ص: 384

1- الحاوي الكبير 8:208 و 209، التهذيب - للبغوي - 5:70، البيان 8:218، العزيز شرح الوجيز 7:151، روضة الطالبين 5:200، روضة القضاة 2:3815-3817.

2- روضة القضاة 2:3815/677 و 3818، المغني 6:498-499، الشرح الكبير 6:590، البيان 8:218-219، العزيز شرح الوجيز 7:151-152.

3- الحاوي الكبير 8:207، حلية العلماء 6:108، التهذيب - للبغوي - 5:70، البيان 8:218، العزيز شرح الوجيز 7:152.

الثَّلاثُ يفضل علي صاحب الرِّبع بنصف سدس، فيأخذ كل واحد منهما نصف سدس المال، ثم يقسّم الباقي أثلاثاً.

وإن ردّوا، فالموصي له بأكثر من الثَّلاث لا يضرب إلاّ بالثَّلاث، ويقسّم الثَّلاث بينهم علي أحد عشر سهماً، لصاحب النصف أربعة، وكذا لصاحب الثَّلاث، ولصاحب الرِّبع ثلاثة (1).

مسألة 241: لو أوصي لإنسان بعبد قيمته مائة و لآخر بجارية

قيمتها ألف و لثالث بخمسمائة و ثلث ماله ثمانمائة، فقد أوصي بثلاثي ماله، فإن لم يجز الورثة فالزائد علي الثَّلاث مثل جميع الوصايا، فتردّ كل وصية إلي نصفها، ويخصّ كل واحد منهم بنصف ما عيّن له إن نصّ علي التشريك وعدم التقديم.

ولو أوصي لزيد بعشرة و لبكر بعشرة و لخالد بخمسة، و ثلث ماله عشرون، و لم يجز الورثة، و قصد التشريك، قسّمنا العشرين بينهم علي خمسة، لكلّ من زيد و بكر ثمانية، و لخالد أربعة؛ لأنّهم لو أجازوا كان الخمسة و العشرون بينهم علي خمسة أسهم.

ولو قال: قدّموا خالدا علي بكر، كان لزيد ثمانية، و لبكر سبعة، و لخالد خمسة؛ لأنّه قدّم خالدا علي بكر، فتمننا له الخمسة التي كان يأخذها مع إجازة الوصايا، و أدخلنا النقص علي بكر.

ولو قال: قدّموا خالدا عليهما، فتمّ له الخمسة، و دخل النقص عليهما بالسوية، فيكون لكلّ واحد سبعة و نصف.

مسألة 242: لو أوصي لرجل بجزء مقدّر و لآخر بمثل نصيب وارث،

ص: 385

1- العزيز شرح الوجيز 152:7، الحاوي الكبير 207:8، البيان 218:8.

[الأول]: إعطاء الجزء لصاحبه، وقسمة الباقي بين الورثة والموصي له كأنه ذلك الوارث إن أجازوا، وإن ردّوا قسّم الثلث بين الوصيّتين علي حسب ما كان لهما قبل الإجازة، والثلثان بين الورثة.

والثاني: إعطاء صاحب النصيب مثل نصيب الوارث كأن لا وصيّة سواها، فلو أوصي بثلث ماله لرجل و لآخر بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة.

فعلي الأول للموصي له بالثلث الثلث، وما بقي بين البنين والموصي له علي أربعة، وتصحّ من ستّة، لصاحب الثلث سهمان، وللآخر سهم، فإن ردّوا فالثلث بين الوصيّتين علي ثلاثة، والثلثان بين البنين علي ثلاثة، وتصحّ من تسعة.

وعلي الآخر لصاحب الثلث الثلث، وللآخر الربع إن أجاز لهما، وإن ردّ عليهما قسّمت الثلث بينهما علي سبعة، والثلثان للورثة، وتصحّ من ثلاثة وستين.

ولوزاد الجزء علي الثلث، مثل أن يوصي لرجل بالنصف و لآخر بمثل نصيب أحد بنيه، ففيه وجه ثالث، وهو أن يجعل لصاحب النصيب نصيبه من الثلثين، وهو ربعهما؛ لأنّ الثلثين حقّ الورثة لا يؤخذ منهما شيء إلا بإجازتهم ورضاهم، فيكون صاحب النصيب كواحد منهم، فلا نقص من السدس شيئا إلا بإجازته.

فعلي الأول لصاحب الجزء النصف، والنصف الباقي بين الآخر والبنين علي أربعة، وتصحّ من ثمانية إن أجازوا، وإن ردّوا قسّمت الثلث بين الوصيّتين علي خمسة، والثلثين بين البنين علي ثلاثة، وتصحّ من

خمسة وأربعين.

وعلي الثاني لصاحب النصف النصف، وللآخر الربع، ويبقى الربع بين البنين، وتصح من اثني عشر، وإن ردّوا فالثلث بين الوصيتين علي ثلاثة [و] تصح من تسعة.

وعلي الثالث لصاحب النصف النصف، وللآخر السدس، ويبقى الثلث بين البنين علي ثلاثة، وتصح من ثمانية عشر، وإن ردّوا فالثلث بين الوصيتين علي أربعة، وتصح من ستة وثلاثين.

وإن أوصي لصاحب الجزء بالثلثين، فعلي الوجه الأول لصاحب النصيب ربع الثلث سهم من اثني عشر إن أجازوا، وإن ردّوا قسّمت الثلث بين الوصيتين علي تسعة.

وعلي الوجه الثاني يكون له الربع في حال الإجازة، وفي حال الردّ يكون الثلث بين الوصيتين علي أحد عشر.

وعلي الوجه الثالث يكون له السدس في الإجازة، وفي الردّ يقسم الثلث بين الوصيتين علي خمسة.

ولو أوصي لرجل بجميع ماله، ولآخر بمثل نصيب أحد ورثته، فعلي الوجه الأول لا يصح للموصي له الأخير شيء في إجازة ولا ردّ.

وعلي الوجه الثاني يقسم الوصيتان، المال بينهما علي خمسة في الإجازة، والثلث علي خمسة في الردّ.

وعلي الثالث يقسمان المال علي سبعة في الإجازة، والثلث علي سبعة في الردّ.

مسألة 243: لو خلف ستمائة وأوصي لرجل بمائة وآخر بتمام

الثَّالث، فلكل واحد منهما مائة؛ لأنَّه الثَّالث، فإن ردَّ الأوَّل وصيَّته فللثاني مائة.

ولو وصَّى للأوَّل بمائتين و للآخر بتمام الثَّالث، فلا شيء للثاني، سواء ردَّ الأوَّل وصيَّته أو أجازها، وبه قال الشافعي (1).

وقال أبو حنيفة: إن ردَّ الأوَّل فللثاني المائتان في المسألتين معا (2).

وليس بجيّد؛ لأنَّ المائتين ليست باقي الثَّالث ولا تمامه، فلا تتعلّق وصيّة الثاني بها، كما لو قبل الأوَّل.

ولو وصَّى لعبد الغير بثلثه و لآخر بتمام الثَّالث، فلا شيء للثاني.

وعلي قول أبي حنيفة له الثَّالث كاملا (3).

مسألة 244: لو وصَّى لرجل بنك ماله و لآخر بمائة و لثالث بتمام الثَّالث

علي المائة و لم يزد الثَّالث علي مائة، بطلت وصيّة التمام.

ولو زاد علي المائة و أجاز الورثة، نفذت الوصايا علي ما وصَّى لهم.

وإن ردّوا و قصد التشريك، احتمل ردّ كلّ واحد منهما إلي نصف وصيَّته؛ لأنَّ الوصايا رجعت إلي نصفها، فيدخل النقص علي كلّ واحد بقدر ما له في الوصيّة.

واحتمل أن لا شيء لصاحب التمام حتي تكمل المائة لصاحبها، ثمَّ يكون الثَّالث بين الوصيّتين الآخرين نصفين، و يزاحم صاحب المائة لصاحب التمام، و لا يعطيه شيئا؛ لأنَّه إنّما يستحقّ بعد تمام المائة لصاحبها، و ما تمّت له، [و] (4) يجوز أن يزاحم به و لا يعطيه.

ص: 388

1- المغني 6: 495، الشرح الكبير 6: 569.

2- المغني 6: 495، الشرح الكبير 6: 569.

3- كما في المغني 6: 495، و الشرح الكبير 6: 570.

4- ما بين المعقوفين يقتضيه السياق.

أخذتها من مخرجها، وقسّمت الباقي علي الورثة كما تقدّم (1).

ولو لم يجيزوا، قسّمت الثلث بين الأوصياء علي قدر سهامهم في حال الإجازة، وقسّمت الثلثين علي الورثة.

ولا- فرق بين أن يكون الموصي لهم من تجاوز وصيّته الثلث أو لا، وبه قال عامّة الجمهور، كالحسن والنخعي ومالك وابن أبي ليلى و
الثوري والشافعي وإسحاق وأحمد وأبي يوسف ومحمّد (2).

وقال أبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر: لا- يضرب الموصي له في حال الردّ بأكثر من الثلث؛ لأنّ ما جاوز الثلث باطل، فكيف يضرب
به؟! (3).

وليس بجيّد؛ لأنّه فاضل بينهما في الوصيّة، فلا تجوز التسوية، كما لو وصّى بثلث وربع أو بمائة ومائتين وماله أربعمائة، وهذا يبطل
قولهم.

ولأنّها وصيّة صحيحة ضاق عنها الثلث، فتقسّم بينهم علي قدر الوصايا، كالثلث والرّبع، فلو أوصي لزيد بنصف ماله ولعمرو بربعه،
فللموصي لهما ثلاثة أرباع المال إن أجاز الورثة، والرّبع للورثة، وإن ردّوا فالثلث بين الوصيّتين علي ثلاثة، وتصحّ المسألة بأسرها من
تسعة.

ولو أجازوا لأحدهما دون صاحبه، ضربت مسألة الردّ في مسألة الإجازة، وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الردّ مضروباً في مسألة
الإجازة.

وإن أجاز بعض الورثة لهما وردّ بعض عليهما، أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة مضروباً في مسألة الردّ، ومن لم يجز سهمه من
مسألة

ص: 389

1- في ص 385 وما بعدها، المسألة 242.

2- المغني 6: 496، الشرح الكبير 6: 587.

3- المغني 6: 496، الشرح الكبير 6: 587.

الرّد مضروباً في مسألة الإجازة، وقسمت الباقي بين الوصيّين علي ثلاثة.

ولو اتّفقت المسألّتان، ضربت وفق إحداهما في الأخرى، وإن دخلت إحدي المسألّتين في الأخرى، اجتزأت بأكثرهما.

ولو أوصي بثلاثي ماله ونصفه وثلثه، فالمال بينهم علي تسعة مع الإجازة، وثلث علي تسعة مع عدمها.

وقال أبو حنيفة: صاحب الثلّثين يفضلهما بسدس فيأخذه، وهو وصاحب النصف يفضلان صاحب الثلّث بسدس فيأخذانه بينهما نصفين، و يقتسمون الباقي أثلاثاً، وتصحّ من ستّة و ثلاثين، لصاحب الثلّثين سبعة عشر، ولصاحب النصف أحد عشر، ولصاحب الثلّث ثمانية(1).

مسألة 246: لو خلف ابنين وأوصي لرجل بماله كلّه و لآخر بنصفه و قصد التشريك،

فالمال بين الوصيّين أثلاثاً مع الإجازة؛ لأنّك إذا بسطت المال من جنس الكسر كان نصفين، فإذا ضمنت النصف الآخر صارت ثلاثة، فيقسم المال علي ثلاثة، وإن ردّا فالثلث علي ثلاثة.

ولو أجازا لصاحب النصف وحده، فلصاحب المال التسعان، ولصاحب النصف النصف في وجه؛ لأنّه موصي له به، وإنّما منعه أخذه في حال الإجازة لهما مزاحمة صاحبه، فإذا زالت مزاحمته أخذ جميع نصيبه.

وفي وجه: له الثلث الذي كان له حال الإجازة لهما؛ لأنّ ما زاد علي ذلك كان حقّاً لصاحب المال أخذه الورثة منه بالرّد عليه فيأخذه الورثة.

وإن أجازا لصاحب الكلّ وحده، فله ثمانية أتساع علي الأوّل، والتّسع للآخر، وعلي الثاني ليس له إلاّ الثلثان اللّذان كانا له حال الإجازة

ص: 390

لهما، والتسعان للورثة.

فإن أجاز أحد الابنين لهما دون الآخر، فلا شيء للمجيز، وللآخر الثلث، والثلثان بين الوصيتين علي ثلاثة.

وإن أجاز أحدهما لصاحب الجميع وحده، فلآخر التسع، وللابن الآخر الثلث، والباقي لصاحب المال في وجهه، وفي الآخر: له أربعة أساع، والتسع الباقي للمجيز.

وإن أجاز لصاحب النصف وحده، دفع إليه نصف ما يتم به النصف، وهو تسع ونصف سدس في وجهه، وفي آخر: يدفع إليه التسع، فيصير له تسعان، ولصاحب المال تسعان، وللمجيز تسعان، والثلث للذي لم يجز، وتصح من تسعة.

وعلي الأول تصح من ستة وثلاثين، للذي لم يجز اثنا عشر، وللمجيز خمسة، ولصاحب النصف أحد عشر، ولصاحب المال ثمانية؛ لأن مسألة الرد من تسعة، لصاحب النصف منها سهم.

ولو أجاز له الابنان، كان له تمام النصف ثلاثة ونصف، فإذا أجاز له أحدهما لزمه نصف ذلك، وهو سهم وثلاثة أرباع سهم، فنضرب مخرج الربع في تسعة يكون ستة وثلاثين.

مسألة 247: لو أوصي لزيد بعبده و لعمرو بما بقي

مسألة 247: لو أوصي لزيد بعبده و لعمرو بما بقي (1) من ثلث ماله،

قوم العبد يوم موت الموصي؛ لأنه حال نفوذ الوصية، ونظر إلي المال في تلك الحال، فإن خرج العبد من الثلث دفع إلي زيد، فإن بقي من الثلث شيء دفع إلي عمرو، وإن لم يبق شيء بطلت الوصية لعمرو، إذ لا متعلق

ص: 391

1- في الطبعة الحجرية: «يبقي».

لها حينئذ.

ولو مات العبد قبل موت الموصي، لم يحسب من التركة، وينظر في سائر أمواله، وتقومها حال موت الموصي بدون العبد، ثم يقوم العبد لو كان حيًا، فيحط من ثلثها قيمة العبد، ويدفع الباقي إلى عمرو، فإن لم يبق شيء فالوصيتان باطلتان.

ولورّد زيد وصيته، بطلت، ولم تبطل وصية عمرو، وكذا لو مات العبد بعد موت الموصي، لم تبطل وصية عمرو، وعد من التركة، وحسبت قيمته من الثلث، فإن بقي شيء دفع إلى عمرو.

ولو لم يكن له مال سوى العبد، فأوصي لزيد به ولعمرو بثلثه أو بثلث ماله وقصد التشريك، فإن أجاز الورثة، قسم العبد بينهما أرباعاً: لزيد ثلاثة أرباعه، ولعمرو ربعه، وإن لم يجيزوا، قسم الثلث كذلك.

وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود: الوصية تصح للأخير منهما؛ لأنه وصّي للثاني بما وصّي به للأول، فكان رجوعاً، كما لو قال: ما أوصيت به لبكر فهو لبشر(1).

وهو حق إن لم يقصد التشريك.

ولو كان له مال آخر والوصيتان كذلك، كما لو كان له ألفان وقيمة العبد ألف، فإن أجاز الورثة جعل العبد بينهما أرباعاً، ولعمرو مع ربع العبد ثلث الألفين.

وإذا كان العبد - الذي هو ثلث المال - أربعة، كان الألفان - وهما ثلثاه - ثمانية، وليس لها ثلث، نضرب مخرج الثلث في اثني عشر تكون ستة6.

ص: 392

و ثلاثين، العبد منها اثنا عشر، تسعة منه لزيد، و ثلاثة مع ثمانية من الباقي لعمرو، و الباقي للورثة.

و إن ردّ الورثة، قسّم الثلث بينهما علي عشرين؛ لأنّ سهام الوصايا حال الإجازة عشرون، و إذا كان العبد - و هو ثلث المال - عشرين، فالmaal ستون، لزيد تسعة من العبد، و لعمرو ثلاثة منه و ثمانية من الباقي، كما كان حال الإجازة، يقي للورثة ثمانية أسهم من العبد و اثنان و ثلاثون من الباقي، و ذلك أربعون ضعف سهام الوصية.

هذا كلّ إذا أجاز جميع الورثة جميع الوصايا أو ردّوا كلّهم الجميع، و لو أجاز الجميع البعض خاصّة أو أجاز بعضهم الجميع و ردّ بعضهم الجميع أو أجاز بعضهم الجميع و بعضهم البعض أو أجاز بعضهم بعضا و بعضهم البعض الآخر، فطريق هذه الأقسام تصحيح المسألة علي تقدير الإجازة المطلقة.

و علي تقدير الردّ المطلق فإن تماثلت الفريضة بواحدة منهما، و إن تداخلتا اكتفيت بالأكثر و استغيت عن الضرب، و إن تباينت ضربت إحداهما في الأخرى، و إن توافقتا ضربت جزء وفق إحداهما في الأخرى، ثمّ قسّمت المال علي تقديري الإجازة و الردّ من ذلك العدد، و نظرت في الحاصل لكلّ مجيز علي التقديرين، فيكون قدر التفاوت بينهما لمن أجاز له.

فلو خلّف ابنين و أوصي بنصف ماله لزيد و بثلثه لعمرو، فعلي تقدير الإجازة الفريضة من اثني عشر، و علي تقدير الردّ من خمسة عشر و قد توافقتا بالثلث، فنضرب ثلث إحداهما في الأخرى تبلغ ستين، لزيد منها

علي تقدير الإجازة ثلاثون، ولعمرو عشرون، ولكل ابن خمسة، وعلي الردّ لزيد اثنا عشر من عشرين هي ثلاثة أخماسها، ولعمرو خمساها، ولكل ابن عشرون، فالتفاوت بين نصيب كل ابن بخمسة عشر.

ولو أجازا وصيّة زيد، فقد سامحه كلّ واحد منهما بتسعة، فيتمّ له ثلاثون، و يبقى لكلّ واحد أحد عشر.

وإن أجازا وصيّة عمرو، فقد سامحه كلّ واحد بستّة، فيتمّ له عشرون، ولكلّ واحد أربعة عشر.

وإن أجاز أحدهما الوصيّتين و ردّهما الآخر، فقد سامح المجيز زيدا بتسعة و عمرا بستّة، فيكون لزيد أحد و عشرون، و لعمرو أربعة عشر، و للمجيز خمسة، و للآخر عشرون.

وإن أجاز أحدهما الوصيّتين و أجاز الآخر وصيّة زيد، تمّ له ثلاثون، وإن أجاز الآخر وصيّة عمرو، تمّ له عشرون.

وإن أجاز أحدهما وصيّة زيد و الآخر وصيّة عمرو، فهذا سامح زيدا بتسعة و ذاك سامح عمرا بستّة، فيكون لزيد أحد و عشرون، و لمجيزه أحد عشر، و لعمرو أربعة عشر، و لمجيزه مثله.

و لو خلّف ابنين و أوصي لزيد بجميع ماله و لعمرو بثلثه، فهي علي تقدير الإجازة المطلقة من أربعة، ثلاثة لزيد، و واحد لعمرو، و علي تقدير الردّ من اثني عشر، لزيد ثلاثة، و لعمرو واحد، و لكلّ ابن أربعة، و هي داخلة في اثني عشر، فيكتفي بها.

فإن أجازا وصيّة زيد فقد سامحه كلّ واحد بثلاثة، فيتمّ له ثلاثة أرباع المال.

وإن أجازا وصية عمرو، فقد سامحه كل واحد منهما بسهم، فيتّم له ربع المال.

وإن أجاز أحدهما وصية زيد والآخر وصية عمرو، فالذي أجاز لزيد سامحه بثلاثة، يبقى له واحد، ويحصل لزيد ستة، والذي أجاز لعمرو سامحه بسهم، يبقى له ثلاثة، ويحصل لعمرو سهمان.

وأما المسائل الدورية فنذكرها في آخر الوصية إن شاء الله تعالى.

مسألة 248: لو أوصي لرجل بمعين من ماله كعبد،

ولآخر بجزء مشاع كالثلث من المال، فإن أجاز الورثة انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين، ثم شارك صاحب المعين فيه، فيقسمانه بينهما علي قدر حقهما، ويدخل النقص علي كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية.

ولوردوا، فإن كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث - كأن يوصي بسدس ماله لرجل ولآخر بمعين قيمته سدس آخر - فهي كحال الإجازة سواء؛ إذ لا أثر للرد، وإن جاوزته رددنا وصيتهما إلي الثلث، وقسمناه بينهما علي قدر وصيتهما، إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والآخر يأخذ حقه من جميع المال عند بعض العامة (1).

ويقوي أنّهما في حال الردّ يقتسمان الثلث علي حسب ما لهما في الإجازة، وبه قال ابن أبي ليلى (2).

وقال أبو حنيفة ومالك في الردّ: يأخذ صاحب المعين نصيبه منه، ويضمّ الآخر سهامه إلي سهام الورثة، ويقتسمون الباقي علي خمسة لو كانت قيمة العبد مائة وخلف مائتين زائدة؛ لأنّ له السدس، وللورثة أربعة

ص: 395

1- المغني 6: 575-576، الشرح الكبير 6: 564.

2- المغني 6: 576، الشرح الكبير 6: 564.

وهو مثل قول بعض العامة، إلا أن بعض العامة يعطيه السدس من جميع المال(2)، وعند أبي حنيفة و مالك: أنه يأخذ خمس المائتين و عشر العبد(3).

و اتفقوا علي أن كل واحدة من الوصيتين ترجع إلي نصف وصية؛ لأن كل واحد منهما قد أوصي له بثلث المال، وقد رجعت الوصيتان إلي الثلث وهو نصف الوصيتين، فيرجع كل واحد إلي نصف وصيته، فيدخل النقص علي كل واحد منهما بقدر ما له في الوصية.

وعلي قول بعض العامة يأخذ كل واحد منهما نصف وصيته من المحل الذي وصي له منه، فصاحب الثلث يأخذ سدس الجميع؛ لأنه وصي له بثلث الجميع(4).

وأما علي قولنا فإن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث؛ لأنه وصي له بشيء شرك معه غيره فيه كله، وصاحب الثلث أفرد به شيء لم يشاركه غيره فيه، فوجب أن يقسم بينهما الثلث حالة الرد علي حسب ما لهما في حالة الإجازة، كما في سائر الوصايا.

ففي هذه المسألة لصاحب الثلث ثلث المائتين: ستة وستون و ثلثان لا يزاحمه الآخر فيها، ويشتركان في العبد، لهذا ثلثه، و للآخر جميعه، فابسطه من جنس الكسر - وهو الثلث - يصير العبد ثلاثة، و اضمم إليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة، ثم اقسم العبد علي أربعة أسهم يصير الثلث ربعا، وفي حال الرد ترد وصيتهما إلي ثلث المال، وهو نصف وصيتهما،6.

ص: 396

فيرجع كلّ واحد إلي نصف وصيّته، ويرجع صاحب الثلث إلي سدس الجميع، ويرجع صاحب العبد إلي نصفه.

وعلي ما قوّيناه نضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر، ثمّ في ثلاثة تكون ستّة و ثلاثين، فلصاحب الثلث ثلث المائتين، و هو ثمانية من أربعة وعشرين، و ربع العبد، و هو ثلاثة أسهم، صار له أحد عشر، و لصاحب العبد ثلاثة أرباعه، و ذلك تسعة أسهم، نصمّمها إلي سهام صاحب الثلث صار الجميع عشرين سهما، ففي حال الردّ يجعل الثلث عشرين، و المال كلّ ستّون، فلصاحب العبد تسعة من العبد، و هو (1) ربعة و خمسة، و لصاحب الثلث ثمانية من الأربعين، و هي خمسها، و ثلاثة من العبد، و هو عشرة و نصف عشرة.

و لو كانت وصيّة صاحب المشاع بالنصف، فله في حال الإجازة مائة و ثلث العبد، و لصاحب العبد ثلثاه، و في حال الردّ لصاحب المشاع خمس المائتين و خمس العبد، و لصاحب العبد خمساه.

و علي الوجه الآخر: لصاحب المشاع ربع المائتين و سدس العبد، و لصاحب العبد ثلثه.

و الطريق أن ينسب الثلث إلي ما حصل لهما في حال الإجازة، ثمّ يعطي كلّ واحد ممّا حصل له في الإجازة مثل تلك النسبة، و علي الوجه الأوّل ينسب الثلث إلي وصيّتهما، ثمّ يعطي كلّ واحد في الردّ مثل الخارج بالنسبة.

و بيانه في هذه المسألة: أن نسبة الثلث إلي وصيّتهما بالخمسين؛ لأنّ.

ص: 397

1- الظاهر: «و هي».

النصف و الثلث خمسة من ستّة، فالثلث خمسها، فلصاحب العبد خمسا العبد؛ لأنّه وصيّته، و لصاحب النصف الخمس؛ لأنّ له خمسي وصيّته.

و علي الآخر [قد](1) حصل لهما في حال الإجازة الثلثان، ونسبة الثلث إليهما بالنصف، فلكلّ واحد منهما ممّا حصل له في الإجازة نصفه، وقد كان لصاحب المشاع من المائتين نصفها، فله ربعها، و كان له من العبد ثلثه فصار له سدسه، [و كان لصاحب العبد ثلثاه، فصار له ثلثه](2).

فإن كانت المسألة بحالها و ملكه غير العبد ثلاثمائة، ففي الإجازة لصاحب المشاع مائة و خمسون و ثلث العبد، و لصاحب العبد ثلثاه، و في الردّ لصاحب المشاع تسعا المال كلّ، و لصاحب العبد أربعة أتساعه علي الأول، و علي الثاني لصاحب العبد (ربعه و نصف سدسه، و لآخر من العبد عشرون هي خمسها)(3) و من المال ثمانون و هي ربعها و سدس عشرها.

و لو خلف عبدا قيمته مائة و مائتين و وصّي لرجل بمائة و بالعبد كلّ، و وصّي لآخر بالعبد و قصد التشريك، ففي حال الإجازة يقسم العبد بينهما نصفين، و ينفرد صاحب الثلث [بنصف](4) الباقي، و في الردّ للموصي له بالعبد ثلثه، و لآخر ثلثه و ثلث المائة علي وجه، و علي آخر لصاحب العبد ربعه و لآخر ربعه و نصف المائة يرجع كلّ منهما إلي نصف وصيّته.

و لو لم تزد الوصيّتان علي الثلث - كما لو خلف خمسمائة و عبدا6.

ص: 398

1- ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني 577:6، و الشرح الكبير 577:6.

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني 577:6، و الشرح الكبير 577:6.

3- بدل ما بين القوسين في المغني 578:6: «أربعة و سدسه، و لآخر ثمنه و نصف سدسه». و في الشرح الكبير 567:6: «ثلثه و خمس تسعه، و لآخر ثمنه و نصف سدسه».

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية و كذا في المغني 578:6: «بثلث». و الصحيح ما أثبتناه من الشرح الكبير 568:6.

قيمته مائة ووصّي بسدس ماله لرجل وللآخر بالعبد - فلا أثر للردّ هنا، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد، والآخر ستة أسباعه.

وإن وصّي لصاحب المشاع بخمس المال، فله مائة و سدس العبد، ولصاحب العبد خمسة أسداسه، ولا أثر للردّ أيضاً؛ لأنّ الوصيّتين لم يخرج بهما من المال أكثر من ثلثه.

مسألة 249: لو أوصي بجارية لزيد ثمّ أوصي لبكر بها،

أو أوصي بثلثه لزيد ثمّ أوصي لآخر بثلثه، أو أوصي بجميع ماله لزيد ثمّ أوصي لآخر به، بطلت الوصيّة الأولى، وكانت الثانية رجوعاً عن الأولى - وبه قال جابر ابن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود(1) - لأنّه وصّي للثاني بما وصّي به للأوّل، فكان رجوعاً؛ لأنّ الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي.

وقال الشافعي والثوري ومالك وربيعة وأحمد وإسحاق وابن المنذر وأصحاب الرأي: لا يكون رجوعاً؛ لأنّه وصّي لهما، فأشبه ما لو قال: وصّيت لكما بالجارية(2).

والتحقيق أن نقول: إن قصد التشريك لم يكن رجوعاً، وإلّا فهو رجوع، فلو وصّي لرجل بعبد ثمّ وصّي لآخر بثلثه وقصد التشريك، فهو

ص: 399

1- المغني 516:6، الشرح الكبير 485:6، وينظر: الحاوي الكبير 309:8، و حلية العلماء 133:6.

2- الحاوي الكبير 309:8، المهذّب - للشيرازي - 468:1، الوسيط 477:4، حلية العلماء 133:6، التهذيب - للبغوي - 101:5، البيان 271:8، العزيز شرح الوجيز 260:7، روضة الطالبين 268:5، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2067/1011:2، عقد الجواهر الثمينة 1232:3، المغني 516:6، الشرح الكبير 485:6، مختصر اختلاف العلماء 2154/12-11:5.

بينهما أرباعاً، وإن لم يقصد، فللثاني ثلثه كاملاً.

ولو وصّى بعبد لاثنين، فردّ أحدهما وصيّته، فللآخر نصفه.

ولو وصّى لاثنين بثلثي ماله، فردّ الورثة ذلك، وردّ أحد الوصيّين وصيّته، فللآخر الثلث كاملاً؛ لأنّه وصّى له به منفرداً وزالت المزاحمة فتكمل له، كما لو انفرد به.

مسألة 250: لو أوصي له بشيء فتلّف قبل موت الموصي،

بطلت الوصيّة إجماعاً، وكذا لو تلّف بعد موته بغير فعل الورثة؛ لأنّ الموصي له إنّما يستحقّ بالوصيّة لا غير، وقد تعلّقت بمعيّن، وقد ذهب فذهب حقّه، كما لو تلّف في يده، والتركّة في يد الورثة غير مضمونة عليهم؛ لأنّها حصلت في أيديهم بغير قولهم⁽¹⁾ ولا تفریطهم، فلم يضمّنوا شيئاً.

ولو تلّف المال كلّ سواه، فهو للموصي له؛ لأنّ حقوق الورثة لم تتعلّق به؛ لتعيّنه للموصي له، ولهذا يملك قهرهم عليه، ويأخذه بغير رضاهم ولا- إذنهم، فكان حقّه فيه دون سائر المال، وحقوقهم في سائر المال دونه، فأيهما تلّف حقّه لم يشارك الآخر في حقّه، كما لو كان التلّف بعد أن أخذه الموصي له وقبضه، وكالورثة إذا اقتسموا ثمّ تلّف نصيب أحدهم.

ولو أتلّفه الورثة أو غيرهم، كان للموصي له الرجوع بقيمته علي من أتلّفه.

مسألة 251: لو أوصي له بمعيّن فاستحقّ بعضه أو تلّف،

فله ما بقي إن حمّله الثلث، فلو وصّى له بثلث عبد أو ثلث ملك فاستحقّ ثلثاه،

ص: 400

1- الظاهر: «بغير فعلهم».

الطريق الثاني: القطع بأنّ له ثلث [الثلث] الباقي، وحمل الأوّل علي ما إذا لم يتلفّظ بالثلث، ولكن كان له ثلاثون من الغنم فقال: أعطوه عشرة منها، ثمّ استحقّ عشرون منها بعينها، أو علي ما إذا أوصي بأحد أثلاث العبد المعيّن، فاستحقّ ثلثاه، أو علي ما إذا أوصي بثلث معيّن من الدار، فاستحقّ باقيها، أو علي ما إذا اشترى ثلثها من زيد وثلثها من عمرو و أوصي بما اشتراه من زيد واستحقّ ما اشتراه من عمرو، فإنّ في هذه الصّور يكون له الثلث الباقي، وفي المشهور الخلاف في العبد المشترك بين اثنين بالسويّة إذا قال أحدهما: بعت نصفه، أنّ المبيع ينصرف إلي نصفه أو يشيع(1).

وفرق بعضهم، فقال: [إنّ هذا فيما](2) إذا كان قد قال: أوصيت له بثلث هذا العبد، فأما إذا قال: أعطوه ثلثه، دفع إليه الثلث الباقي(3).

ولو أوصي بأثلاث الأعد الثلاثة واستحقّ اثنان منهم، فلا شكّ أنّ الوصيّة لا تبقي إلّا في ثلث العبد الباقي.

ولو أوصي بثلث صبرة، فتلف ثلثاها، فله ثلث الباقي إجماعاً؛ لأنّ الوصيّة تناولت التالف كما تناولت الباقي، وهنا لا تتناول المستحقّ.

مسألة 252: قد بينّا أنّه لا يجوز نقل الصدقة عن بلدها مع وجود المستحقّ،

أما لو أوصي بشيء للمساكين هل يجوز نقله إلي مساكين غير بلد المال؟ الأقرب: المنع، كالزكاة.

وللشافعيّة طريقتان:

ص: 401

1- العزيز شرح الوجيز 137:7-138، روضة الطالبين 5:191، وما بين المعقوفين أثبتناه منهما.

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من روضة الطالبين، وبدله في العزيز شرح الوجيز: «إنّ الوصيّة إنّما تنتفي في ثلث الثلث الباقي».

3- العزيز شرح الوجيز 7:138، روضة الطالبين 5:191.

أحدهما: أنه علي قولين، كما في نقل الزكاة، تنزيلا للفظ المطلق علي ما ورد به الشرع.

والثاني: ترتيب الوصية علي الزكاة، إن جَوَزنا نقل الزكاة، ففي الوصية أولي، وإن منعناه، ففي الوصية وجهان، والفرق: أن الزكاة يطمح إليها نظر الفقراء من حيث إنها موظفة داره، والوصية بخلافها، ولهذا يجوز تقييد الوصية بمساكين سائر البلاد.

والطريق الثاني غير مشهور عندهم (1).

وعلي تقدير منع النقل لو لم يكن في البلد فقير نقل، كالزكاة، وهو أحد وجهي الشافعية، والثاني: أن الوصية تبطل (2).

أما لو عين فقراء بلد و لم يكن فيه فقير، فإن الوصية تبطل، كما لو أوصي لولد فلان، ولا ولد له، أو أوصي للفقهاء، ولا فقيه فيه.

الباب الرابع: في مسائل متبذدة من هذا المطلب.

مسألة 253: لو أوصي بفرس في سبيل الله و بألف درهم ينفق عليه فمات الفرس،

كانت الألف للورثة، وإن أنفق بعضها رد الباقي إلي الورثة؛ لأن الموصي عين جهة الوصية، فإذا فاتت عادت الوصية إلي الورثة، كما لو أوصي بشراء عبد زيد ليعتق فمات العبد، أو لم يبعه زيد.

مسألة 254: لو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض،

كالهبة

ص: 402

1- العزيز شرح الوجيز 7: 138-139، روضة الطالبين 5: 191.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 139، روضة الطالبين 5: 191.

فالثلث الباقي للموصي له - وبه قال الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي(1) - لأن الباقي كله موصي به، وقد خرج من الثلث، فاستحقّه الموصي له، كما لو كان شيئاً معيّناً.

ولو وصّي له بثلث ثلاثة أعبد فهلك عبدان أو استحقّا، فليس له إلا ثلث الباقي - وبه قال الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي(2) - لأنّه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلثه، وقد شَرَك بينه وبين ورثته في استحقاقه.

و الأصل في ذلك أنّ للمورث أن يوصي بثلث ماله إن شاء شائعاً، وإن شاء معيّناً في شيء يكون قدره ثلث المال؛ لأنّ الورثة حقّهم متعلّق بالقدر دون العين، فإنّه لو باع جميع ماله في مرضه بثلث مثله، لم يكن للورثة الاعتراض، وإنّما يعترضون في المحاباة.

وما قلناه مذهب عامّة الفقهاء.

وقال أبو ثور وزفر: إنّّه إذا أوصي بثلث عبد أو ثوب ذكر أنّ جميعه له، وادّعي آخر ثلثيه وأقام علي دعواه بيّنة، يكون له ثلث الثلث - وبه قال بعض الشافعية(3) - لأنّ الثلث الذي وصّي له شائع في جميع العبد، فإذا خرج ثلثاه مستحقّاً بطل ما وصّي به منهما، وبقي ما كان شائعاً في الثلث، 1.

ص: 403

1- الأم 91:4، مختصر المزني: 144، الحاوي الكبير 8:263، نهاية المطلب 11:230، المهذّب - للشيرازي - 1:462، حلية العلماء 6:89، التهذيب - للبخاري - 5:96، البيان 8:178-179، العزيز شرح الوجيز 7:137، روضة الطالبين 5:191، الهداية - للمرخيني - 4:238، عيون المجالس 4:1408/1972، المغني 6:622، الشرح الكبير 6:563.

2- التهذيب - للبخاري - 5:97، العزيز شرح الوجيز 7:138، روضة الطالبين 5:191، المغني 6:622، الشرح الكبير 6:563، الفتاوي الولوالجية 5:370.

3- التهذيب - للبخاري - 5:96، العزيز شرح الوجيز 7:138، روضة الطالبين 5:191.

و هو ثلثه، كما لو وصّي بثلث ماله فخرج بعضه مستحقاً، استحقّ الموصي له ثلث الباقي(1).

و ليس بجيد؛ لأنّه وصّي بثلثه و هو يملكه و يخرج من ثلثه، فوجب أن تصحّ الوصيّة، كما لو كان يقرّ بأنّه يملك ثلثه و وصّي به.

و نمنع ما قالوه؛ لأنّه شائع في الكلّ، و هو مالك لثلث شائع، فانصرف إليه، و يخالف إذا أوصي بثلث ماله؛ لأنّ ما استحقّ ليس من ماله، و هنا وصّي بثلث العبد، فافترقا.

و اعلم أنّه لا خلاف إذا لم يملك غيره يكون للموصي له ثلث الثلث، و الخلاف فيما إذا ملك غيره و احتمل ثلث ماله ثلث العبد.

و قد نقل عن الشافعي كقول أبي ثور(2).

و قال بعض الشافعية: في المسألة طريقان:

أصحّهما: أنّ فيها قولين:

أظهرهما: أنّ الوصيّة تنزل علي الثلث الباقي و تصحّ فيه؛ لأنّ المقصود إرفاق الموصي له، فإذا أوصي بما احتمله الثلث أمكن رعاية غرضه منها، فصار إليه.

و الثاني - و يحكي عن أبي حنيفة و مالك -: أنّ له ثلث الثلث الباقي؛ لأنّ الوصيّة بالثلث الشائع، فإذا خرج الثلثان بالاستحقاق بقيت الوصيّة في الثلث الباقي، و هو تسع الجملة.7.

ص: 404

-
- 1- الحاوي الكبير 8:263، المهذّب - للشيرازي - 1:462، نهاية المطلب 11: 230، البيان 8:179، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2:1010/2064، عيون المجالس 4:1408/1972.
 - 2- التهذيب - للبغوي - 5:96، العزيز شرح الوجيز 7:137.

والميراث، فالأقرب: أنه يعتق ويرث، وبه قال مالك وأكثر الشافعية(1).

وقال بعضهم: يعتق ولا يرث؛ لأنه(2) وصية فلا يجامع الميراث(3).

وكلاهما ممنوع.

وقال أبو حنيفة: يعتق من الثلث، فإن خرج منه عتق وورث، وإن لم يخرج سعي في قيمة باقيه و لم يرث(4).

وقال أبو يوسف ومحمد: تحسب قيمته من ميراثه، فإن فضل من قيمته شيء سعي فيه(5).

ونمنع أنه وصية؛ لأن الوصية هي التبرع بماله إما بعطية أو إتلاف أو التسبب إلى ذلك، ولم يوجد واحد منها؛ لأن العتق ليس من فعله، ولا حصل باختياره، ولا يقف على اختياره، وقبول الهبة ليس بعطية ولا إتلاف ولا تسبب إليهما، وإنما هو تحصيل لشيء يتلف بتحصيله، فأشبهه بقوله لشيء لا يمكنه حفظه أو يتلف ببقائه في وقت لا يمكنه التصرف.

فأما إن اشترى من يعتق عليه، فإن حمله الثلث عتق وورثه - وبه قال مالك وأبو حنيفة(6) - وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث، وورث(6).

ص: 405

1- عقد الجواهر الثمينة 3: 1228 و 1229، نهاية المطلب 19: 247، حلية العلماء 6: 82، العزيز شرح الوجيز 7: 133-134، روضة الطالبين 5: 187-189، المغني 6: 529-530، الشرح الكبير 6: 336.

2- أي: العتق.

3- نهاية المطلب 19: 247، حلية العلماء 6: 82، العزيز شرح الوجيز 7: 132 - 133، روضة الطالبين 5: 187، المغني 6: 530، الشرح الكبير 6: 336-337.

4- المغني 6: 530، الشرح الكبير 6: 337.

5- المغني 6: 530، الشرح الكبير 6: 337.

6- عقد الجواهر الثمينة 3: 1228، مختصر اختلاف العلماء 5: 2202/69، المغني 6: 530، الشرح الكبير 6: 337.

بقدر ما فيه من الحرّية، و باقيه علي الرقّ، فإن كان الوارث ممّن يعتق عليه إذا ملكه عتق.

وقال أبو يوسف و محمد: لا وصيّة لوارث، و يحتسب بقيمته من ميراثه، فإن فضل من قيمته شيء سعي فيه (1).

وقال بعض أصحاب مالك: يعتق من رأس المال، و يرث، كالموهوب و الموروث (2).

و هو قياس قول أحمد؛ لأنّه قال: إذا وقف في مرضه علي ورثته صحّ، و لم يكن وصيّة؛ لأنّ الوقف ليس بمال؛ لأنّه لا يباع و لا يورث، فهذا أولي؛ لأنّ العبد لا يملك رقبتّه، فيجعل ذلك وصيّة له، و لا يجوز أن يجعل الثمن وصيّة [له] (3)؛ لأنّه لم يصل إليه، و لا وصيّة للبائع؛ لأنّه قد عاوض عنه (4).

وقال بعض الشافعيّة: إذا حمّله الثلث عتق و ورث؛ لأنّ عتقه ليس بوصيّة (5).

وقال بعضهم: يعتق و لا يرث؛ لأنّه لو ورث لصارت وصيّة لوارث، فتبطل وصيّته، و يبطل عتقه و إرثه، فيفضي توريثه إلي إبطال توريثه، فكان إبطال توريثه أولي (6).

وقيل علي مذهبه: شراؤه باطل؛ لأنّ ثمنه وصيّة، و الوصيّة تقف علي 8.

ص: 406

1- المغني 6: 530، الشرح الكبير 6: 337.

2- المغني 6: 530-531، الشرح الكبير 6: 337.

3- ما بين المعقوفين أثبتناه من المصدر.

4- المغني 6: 530 و 531، الشرح الكبير 6: 337.

5- المغني 6: 531، الشرح الكبير 6: 337.

6- المغني 6: 531، الشرح الكبير 6: 337-338.

خروجها من الثلث أو إجازة الورثة، و البيع عنده لا يجوز أن يكون موقوفا(1).

مسألة 255: لو قبل المريض الوصية له بآبائه و قيمته مائة و خلف مائتين و ابنا آخر،

عتق، و له مائة، و لأخيه مائة، و به قال مالك و أبو حنيفة و الشافعي(2).

و للشافعي قول: إنه لا يرث، و المائتان كلهما للابن الحر(3).

و قال أبو يوسف و محمد: يرث نصف نفسه و نصف المائتين، و يحتسب بقيمة نصفه الباقي من ميراثه(4).

و لو كان قيمته مائتين و بقيّة التركة مائة، عتق من رأس المال، و المائة بينه و بين أخيه، و به قال مالك و الشافعي(5).

و قال أبو حنيفة: يعتق منه نصفه؛ لأنّه قدر ثلث التركة، و يسعى في قيمة باقيه، و لا يرث؛ لأنّ المستسعي عنده كالعبد لا يرث إلاّ في أربعة مواضع: الرجل يعتق أمته علي أن تتزوّجه، و المرأة تعتق عبدها علي أن يتزوّجها، فيمتنعان من قبوله، و العبد المرهون يعتقه سيّده، و المشتري للعبد يعتقه قبل قبضه و هما معسران، ففي هذه المواضع يسعى كلّ واحد في قيمته، و هو حرّ يرث(1).

و قال أبو يوسف و محمد: يرث نصف التركة، و ذلك ثلاثة أرباع رقبته، فيسعي في ربع قيمته لأخيه(2).

ص: 407

1- المغني 531:6-532، الشرح الكبير 338:6.

2- المغني 532:6، الشرح الكبير 338:6.

ولو وهب له ثلاث أخوات متفرقات (1) لا مال له سواهنّ ولا وارث، عتقن من رأس المال عندنا، وبه قال مالك وأحمد (2).

وإن كان اشتراهنّ، فكذاك علي إشكال، وهو رواية عن أحمد، وقول أهل البصرة وبعض أصحاب مالك (3).

وفي قول مالك: يعتق ثلثهنّ (4).

وفي رواية عن أحمد: يعتقن؛ لكون وصيّة من لا وارث له جائزة في جميع ماله (5).

وإن ترك مالا يخرجن من ثلثه، عتقن وورثن.

وقال أبو حنيفة: إذا اشتراهنّ أو وهبن له ولا مال ولا وارث، عتقن، وتسعي كلّ واحدة من [الأخت] (2) للأب والأخت للأم في نصف قيمتها للأخت من الأب والأم، وإنّما لم ترثا؛ لأنّهما لو ورثتا لكان لهما خمسا الرقاب، وذلك رقبة وخمس بينهما نصفين، فكان تبقي عليهما سعاية، وإذا ثبتت عليهما سعاية لم ترثا، وكانت لهما الوصيّة، وهي رقبة بينهما نصفين، وأمّا الأخت للأبوين فإذا ورثت عتقت؛ لأنّ لها ثلاثة أخماس الرقاب، وذلك أكثر من قيمتها، فورثت، وبطلت وصيّتها (3).

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتقن، وتسعي كلّ واحدة من الأخت من الأب والأخت من الأم للأخت من الأبوين في خمسي قيمتها؛ لأنّ كلّ 9.

ص: 408

1- أي: واحدة منهنّ أخت لأب، والثانية أخت لأم، والثالثة أخت لأب وأم. (2) الي (5) المغني 532:6، الشرح الكبير 338:6.

2- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «الأختين». والمثبت هو الصحيح.

3- المغني 532:6، الشرح الكبير 338:6-339.

واحدة ترث ثلاثة أخماس رقبة(1).

وعلي قول الشافعي لا يعتقن(2).

مسألة 256: لو اشتري أباه بألف و لا شيء له سواء،

ثم مات وخلف ابنا، احتمل الصحّة، فيعتق علي الابن ثلثاه و ثلثه بالوصيّة، و البطلان؛ لاستلزامه التصرّف بالإتلاف لجميع التركة.

وفي رواية عن أحمد: يعتق كلّ علي المريض، و له ولاؤه(3).

ونحن عندنا لا ولاء هنا.

وفي رواية أخرى عنه: يعتق ثلثه بالوصيّة، و يعتق باقيه علي الابن؛ لأنّه جدّه، و يكون ثلث ولائه للمشتري و ثلثاه لابنه عنده(4)، و به قال مالك، و نقل عن الشافعي أيضا(5).

و قال أبو حنيفة: يعتق ثلثه بالوصيّة، و يسعى للابن في قيمة ثلثيه(6).

و قال أبو يوسف و محمّد: يعتق سدسه؛ لأنّه ورثه، و يسعى في خمسة أسداس قيمته للابن، و لا وصيّة له(7).

و نقل عن الشافعي: أنّه يفسخ البيع إلّا أن يجيز الابن عتقه(8).

و قيل: يفسخ في ثلثيه، و يعتق ثلثه، و للبائع الخيار؛ لتفرّق(5) الصفقة عليه(6).

ص: 409

1- المغني 6:532، الشرح الكبير 6:339.

2- المغني 6:532، الشرح الكبير 6:339.

3- المغني 6:532-533، الشرح الكبير 6:339.

4- أي: عند أحمد. (5الي8) المغني 6:533، الشرح الكبير 6:339.

5- في النسخ الخطيّة: «لتفريق».

6- المغني 6:533، الشرح الكبير 6:339.

وقيل: لا خيار له؛ لأنّه متلف(1).

فإن ترك ألفين سواه، عتق كلّ، وورث سدس الألفين، والباقي للابن، وبه قال مالك وأبو حنيفة(2).

ونقل نحوه عن الشافعي(3).

ونقل عنه: يعتق، ولا يرث(4).

وقيل: شراؤه مفسوخ(5).

وقال أبو يوسف ومحمد: يرث الأب سدس التركة، وهو خمسمائة يحتسب بها من رقبته، ويسعي في نصف قيمته، ولا وصيّة له(6).

وإن اشترى ابنه بألف لا يملك غيره ومات وخلف أباه، عتق كلّ بالشراء في الوجه الأوّل، وفي الثاني: يعتق ثلثه بالوصيّة وثلثاه علي جدّه عند الموت، ولاؤه عندهم أثلاثا بينهما، وبه قال مالك(7).

وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه بالوصيّة، ويسعي في قيمة ثلثيه للأب، ولا يرث(8).

وقال أبو يوسف ومحمد: يرث خمسة أسداسه، ويسعي في قيمة سدسه(9).

وقول الشافعي فيه كما قال في الأب(10).

ولو ترك ألفين سواه، عتق كلّ، وورث خمسة أسداس الألفين، وللأب السدس، وبه قال مالك وأبو حنيفة(11).

وقال أبو يوسف ومحمد: للأب سدس التركة: خمسمائة، وباقيها للابن يعتق منها، ويأخذ ألفاً وخمسمائة(1).0.

ص: 410

ولو اشترى المريض ابني عم له بألف لا- يملك سواها، وقيمة كل واحد منهما ألف، فأعتق أحدهما ثم وهبه أخاه ثم مات وخلفهما وخلف مولا، قال بعضهم: يعتق ثلثا المعتق، إلا أن يجيز المولي عتق جميعه، ثم يرث بثلثيه ثلثي التركة، فيعتق منه ثمانية أتساعه، ويبقى تسعه وثلث أخيه للمولي (1).

وقال الشافعي: يعتق ثلثاه، ولا يرث؛ لأنه لو ورث لكان إعتاقه وصية له، فيبطل إعتاقه، ثم يبطل إرثه، فيؤدى توريثه إلى إبطال توريثه، ويبقى ثلثه وابن العم الآخر للمولي (2).

وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثا المعتق، ويسعى في قيمة ثلثه، ولا يرث (3).

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق كله، ويعتق عليه أخوه بالهبة، ويكونان أحق بالميراث من المولي (4).

المطلب الثاني: في الوصية بالمنافع.

مسألة 257: تصح الوصية بالمنافع،

كخدمة عبده و غلة داره و سكنها و ثمرة بستانه، التي ستحدث، سواء وصي بذلك في مدة معلومة، أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله، عند علمائنا أجمع - وهو قول عامة أهل العلم: مالك و الثوري و الشافعي و أحمد و إسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأي (1) - لأنه يصح تملكها بعقد المعاوضة، فتصح الوصية بها، كالإعتاق،

ص: 411

و للرواية عن الرضا عليه السلام(1).

وقال ابن أبي ليلى: لا تصحّ الوصيّة بالمنفعة؛ لأنّها معدومة(2).

ونمنع بطلان الوصيّة بالمعدوم، و يبطل قوله بصحّة المعاوضة عليها، وصحّة الوصيّة بالمنفعة علي التأييد؛ لأنّ الوصيّة تصحّ في المجهول، بخلاف الإجارة؛ لأنّها تمليك منفعة بعوض، فلا تصحّ مع الجهالة، فإذا مات الموصي انتقلت المنفعة إلي الموصي له و الرقبة إلي الورثة.

و لو أوصي بخدمة عبد سنة من السنين و لم يعيّن، صحّت الوصيّة، و التعيّن إلي الوارث.

و يجوز أن يجعل له ثمرة بستانه هذا العام، فإن لم يثمر فثمرة العام المقبل، و كذا خدمة عبده العام، فإن مرض فخدمة العام المقبل.

و يجوز أن يوصي بخدمة عبده لإنسان مدّة حياة زيد، و كذا مدّة حياة العبد، و كذا مدّة حياة المخدوم.2.

ص: 412

1- الكافي 24/64:7، التهذيب 922/237:9.

2- المغني 510:6، الشرح الكبير 543:6، البيان 146:8، مختصر اختلاف العلماء 2171/33:5، المبسوط - للسرخسي - 181:27، بدائع الصنائع 7:352، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2071/1012:2.

و يصحّ أن يوصي له بالخدمة، و يطلق.

قال الشافعي: و يحمل علي التأيد(1).

وفيه نظر أقرب: الحمل علي أقلّ ما يصدق عليه الإطلاق، فتصحّ لحظة واحدة.

و تصحّ الوصيّة بالمنفعة مدّة معيّنة؛ لأنّها إذا صحّت مطلقة مع الجهالة كان صحّتها معلومة أولى.

مسألة 258: الوصيّة بالمنافع تملك للمنافع بعد الموت،

و ليست مجرد إباحة، كما أنّ الوصيّة بالأعيان تملك لها بعد الموت، فلو مات الموصي له، كانت المنافع موروثة عنه، كسائر حقوقه و أمواله، و له إجارة الأعيان و الإعارة لها و الوصيّة بها، و لو مات العبد في يده لم يضمّنه، كما لا يضمّن المستأجر، عند علمائنا - و به قال الشافعي(2) - و ليس عليه مؤونة الردّ.

و قال أبو حنيفة: إنّها عارية لازمة لا ملك فيها، فلا تورث عنه، و ليس له الإجارة(3).

هذا إذا أطلق الوصيّة بالمنفعة، أو قيدها بالتأيد، و المراد من التأيد(4) استيعاب الوصيّة منفعة العبد مدّة حياته.

ص: 413

1- نهاية المطلب 151:11، التهذيب - للبغوي - 82:5، العزيز شرح الوجيز 34:7، روضة الطالبين 112:5.

2- الوجيز 178:1، العزيز شرح الوجيز 109:7، روضة الطالبين 171:5، المغني 511:6، الشرح الكبير 544:6-545.

3- العزيز شرح الوجيز 109:7، المغني 511:6، الشرح الكبير 545:6.

4- في «ل»: «بالتأيد» بدل «من التأيد».

و كذا إذا(1) أوصي بمنفعته مدّة معيّنة.

وقال بعض الشافعيّة: إنّها لا تنتقل إلى وارث الموصي له لا عند الإطلاق ولا إذا قرنه بمدّة معلومة و مات الموصي له قبل انقضاءها(2).

و المشهور عندهم: الأوّل(3).

و لو قال: أوصيت لك بمنافعه مدّة حياتك، قال الشافعي: تكون إباحة لا تمليكاً، وليس له الإجارة، وفي الإجارة و جهان، وإذا مات الموصي له رجع الحقّ إلى ورثة الموصي(4).

و لو قال: أوصيت لك أن تسكن هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبد، فهو إباحة عندهم أيضاً لا تمليك، بخلاف قوله: أوصيت لك بسكنائها و خدمته، قاله بعض الشافعيّة(2).

و لهم و جهان فيما إذا قال: استأجرتك لتفعل كذا، أنّ العقد الحاصل إجارة عين أو إجارة في الذمّة؟ فإن جعلوه إجارة في الذمّة، فينبغي أن لا يفرّق هنا بين قوله: بأن تسكنها، أو بسكنائها(3).

و لو قال: أطعموا فلانا كذا من الخبز من مالي، اقتضي تمليكه، كما في إطعام الكفّارة.

و لو قال: اشترؤا الخبز و اصرفوه إلي أهل نحلتي، فسييله الإباحة.

مسألة 259: قد بينّا أنّ الوصايا بأسرها إنّما تخرج من ثلث المال،

و أنّها متي زادت علي الثلث اعتبر إجارة الورثة، و لا فرق في ذلك بين

ص: 414

1- في الطبعة الحجريّة: «لو» بدل «إذا». (2) الي(4) العزيز شرح الوجيز 110:7، روضة الطالبين 171:5.

2- العزيز شرح الوجيز 110:7، روضة الطالبين 171:5-172.

3- العزيز شرح الوجيز 110:7.

الأعيان و المنافع، فإذا أوصي بالمنفعة اعتبر خروجها من ثلث المال، عند علمائنا أجمع، و هو قول كل من قال بصحة الوصية بها، فإن لم تخرج من الثلث أجز منها ما يحتمله الثلث - و به قال الشافعي (1) - لأنها وصية صحيحة، فوجب تنفيذها علي صفتها إن خرجت من الثلث، أو بقدر ما خرج من الثلث، كسائر الوصايا، و كالأعيان.

و قال مالك: إذا أوصي بخدمة عبده سنة، فلم يخرج من الثلث، فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة و بين تسليم ثلث المال (2).

و قال أصحاب الرأي و أبو ثور: إذا أوصي بخدمة عبده سنة، فإن العبد يخدم الموصي له يوما و الورثة يومين حتي يستكمل الموصي له سنة، فإن أراد الورثة بيع العبد بيع علي هذا (3).

مسألة 260: المنفعة الموصي بها إن كانت مؤبدة،

ففي كيفية خروجها من الثلث أقوال:

أحدها: أن تقوم الرقبة و المنفعة من الثلث، كما لو باع بثمان مؤجل يعتبر قيمته من الثلث، و ذلك لأنه حال بينهما و بين الوارث، و الحيلولة كالإتلاف، فإن الغاصب يضمن بها، و لأن منافع الرقبة و فوائدها قد بطلت علي الوارث، فكأنه فوتها بالكلية، و لأن عبدا لا منفعة له و شجرا لا ثمرة له لا قيمة له غالبا، فوجب أن تقوم الرقبة بمنفعتيها جميعا، و يعتبر خروجها من الثلث، و هو أحد قولي الشافعي (4).

ص: 415

1- المغني 510:6.

2- المغني 510:6، الشرح الكبير 544:6.

3- المغني 510:6، الشرح الكبير 544:6.

4- التهذيب - للبغوي - 82:5-83، البيان 183:8، العزيز شرح الوجيز 7:116، روضة الطالبين 5:176.

و الثاني: أنّ المعترف ما بين قيمتها بمنافعها و قيمتها مسلوقة المنفعة؛ لأنّ الرقبة باقية للوارث، فلا معني لا حسابها علي الموصي له(1).

ورجّح جماعة من الشافعية الأول بأنّ المنفعة أبدا هي التي أوصي بها، و المنفعة أبدا لا يمكن تقويمها؛ لأنّ المنفعة أبدا يعني بها منفعة مدّة العمر، و مدّة العمر غير معلومة، و ما لا يعلم و لا يضبط لا يمكن تقويمه، و إذا تعدّر تقويم المنافع وحدها تعيّن تقويم الرقبة(2).

إذا عرفت هذا، فطريق التقويم أن يقوم العبد بمنفعته، فإذا قيل:

قيمته مائة، قيل: كم قيمته و لا منفعة فيه؟ فإذا قيل: عشرة، فعلي الأول تعتبر من الثلث المائة، و يشترط أن يكون سوي العبد مائتان، و علي الثاني المعترف التسعون، فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة في وجه، و بدونها في وجه، فيحتسب علي الورثة في أحد الوجهين، و لا يحتسب علي الآخر.

الثالث: تقوم المنفعة و تسقط الرقبة في باب القيمة، و قواه الشيخ(3).

فمن قال: تقوم الرقبة من الثلثين و المنفعة من الثلث، يقول: المنفعة تنتقل إلي الموصي له، و تنتقل الرقبة إلي الورثة.

و من قال: تقوم الرقبة و المنفعة، قال: ينظر فإن خرج العبد من الثلث، كان كلّ للموصي له، و إن خرج بعضه، كان له من العبد بقدر ذلك، و الباقي للورثة.4.

ص: 416

1- التهذيب - للبغوي - 83:5، البيان 8:183، العزيز شرح الوجيز 7:116، روضة الطالبين 5:176.

2- العزيز شرح الوجيز 7:116.

3- المبسوط - للطوسي - 4:14.

وعلي ما قاله الشيخ تقوم المنفعة، فإن خرج من الثلث كان له، وإن لم يخرج كان له منها بقدر الثلث، و الباقي للورثة.

وإن كانت المنفعة مؤقتة، مثل: أن يوصي له بمنفعته سنة أو شهرا، قال الشيخ: تقوم المنفعة، و تقوم الرقبة علي الورثة، و تقويم المنفعة في المدة (1)، و تحتسب من الثلث؛ لأنّ المنفعة يمكن تقويمها، و العين ليست مسلوقة المنفعة؛ لأنّ بعد انقضاء المدة تعود المنفعة إليها.

و للشافعية هنا طرق:

أحدها: أنّ الحكم هنا كما في الوصية المؤبدّة.

و الثاني: إن اعتبرنا تفاوت ما بين القيمتين هناك فهنا أولي، و إن اعتبرنا قيمة الرقبة فهنا و جهان، بناء علي جواز بيع المستأجر، إن جوّزناه اعتبرنا من الثلث قدر التفاوت، و إلّا اعتبرنا قيمة الرقبة؛ لأنّها كالتالفة.

ويمكن علي هذا القياس أن يبتني الخلاف فيما إذا أوصي بمنفعته أبدا علي الخلاف في أنّ الوارث هل يتمكّن من بيعه ؟

الثالث: أنّ المعتبر من قيمته قيمة منفعة تلك المدة، و هي أجرة المثل.

و استبعده بعضهم؛ لأنّ المنافع تحدث بعد الموت، فليس الموصي مفوّتا لها من ملكه (2).

و الرابع - و هو الأظهر -: أنّ العبد يقوم بمنافعه ثمّ يقوم مسلوب المنفعة في تلك المدة، فما نقص فهو المعتبر من الثلث، و قيمة الرقبة في هذه الحالة محسوبة من التركة بلا خلاف.7.

ص: 417

1- المبسوط - للطوسي - 15:4.

2- الغزالي في الوسيط 460:4، و عنه في العزيز شرح الوجيز 117:7.

و يتفرّع علي الخلاف المذكور صور:

أ: لو أوصي بمنفعة عبده ثلاث سنين و لا مال له سواه، إن اعتبرنا قيمة الرقبة من الثلث، صحّت الوصيّة في منافع الثلث، وردّت في الباقي، و إن اعتبرنا ما نقص بسببه (1) [و كان النقصان نصف القيمة، فتردّ الوصيّة في سدس العبد أم ينقص من آخر المدّة سدسها؟] (2) فيه وجهان، أظهرهما:

الأول؛ لأنّ قيمة المنافع تختلف باختلاف الأوقات.

ب: لو أوصي برقبة عبد لإنسان و بمنفعته لآخر، إن قلنا: يعتبر من الثلث كمال القيمة، فينظر فيما سواه من التركة، و يسلم إلي كلّ واحد حقّه كاملاً أو غير كامل، و إن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة علي الوارث إن بقيت له فهنا يحسب كمال القيمة عليهما، و إن لم تحسب الرقبة علي الوارث فكذلك لا تحسب علي الموصي له بها، و تصحّ وصيّته من غير اعتبار الثلث.

ج: لو أوصي بالرقبة لإنسان و استبقي المنفعة للورثة، فإن قلنا:

المعتبر من الثلث كمال القيمة، لم تعتبر هذه الوصيّة من الثلث، و جعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة، و إن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا قيمة الرقبة علي الوارث فهنا نحسب قيمة الرقبة علي أرباب الوصايا، و ندخلها في الثلث، و إن لم نحسب قيمة الرقبة علي الوارث فهنا نحسب قدر التفاوت علي الوارث، و لا نحسب قيمة الرقبة علي أرباب الوصايا.

د: العبد الموصي بمنفعته لو غصبه غاصب، فإن قلنا: المعتبر من 6.

ص: 418

1- الظاهر: «بسببها». و في العزيز شرح الوجيز: «بسبب الوصيّة».

2- ما بين المعقوفين أثبتناه من العزيز شرح الوجيز 118:7، و روضة الطالبين 5: 176.

الثّلت جميع القيمة، فأجرة المدّة التي كانت في يد الغاصب للموصي له، فكأنّه فوّت الرقبة علي الوارث، وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فوجهان:

أحدهما: الأجرة لمالك الرقبة، كما لو غصب العبد المستأجر.

وأظهرهما: أنّها للموصي له بها؛ لأنّها بدل ملكه، ويخالف الإجارة؛ لأنّ الإجارة تنفسخ في تلك المدّة، فتعود المنافع إلي ملك مالك الرقبة.

هـ: لو أوصي بثمره بستانه، خرج علي الخلاف، ففي وجه: يعتبر جميع قيمة البستان من الثّلت، وفي وجه: ما بين قيمته بمنافعه و بين قيمته مسلوب المنافع، فإن احتمله الثّلت فذاك، وإلاّ فللموصي له القدر الذي يحتمله، والباقي للوارث(1).

مسألة 261: لو أوصي لرجل بدينار كلّ شهر من غلّة داره أو كسب عبده،

وجعله بعده لوارثه، أو للفقراء والمساكين، والغلّة والكسب عشرة مثلاً، فاعتبار هذه الوصيّة من الثّلت كاعتبار الوصيّة بالمنافع مدّة معلومة؛ لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة، فيكون الظاهر فيهما أنّ المعتبر قدر التفاوت بين القيمتين.

ثمّ ينظر، إن خرجت الوصيّة من الثّلت، قال بعضهم: ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدعوا ما يحصل منه دينار؛ لأنّ الأجرة تتفاوت، فقد تراجع وتعود إلي دينار وأقلّ، وحينئذ فيكون الجميع للموصي له(2).

وهذا إذا أرادوا بيع بعضها علي أن تكون الغلّة للمشتري، فأما بيع مجرّد الرقبة فعلي ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصي بمنفعته(3).

ص: 419

1- العزيز شرح الوجيز 7: 117-119، روضة الطالبين 5: 176-177.

2- العزيز شرح الوجيز 7: 119، روضة الطالبين 5: 178.

3- كما في العزيز شرح الوجيز 7: 119، وروضة الطالبين 5: 178.

وإن لم يخرج من الثلث، فما زاد علي الثلث من الرقبة و الغلة للوارث يتصرّف فيه كيف شاء.

وإن كانت الوصية بعشر الغلة كلّ سنة، فالتسعة الأعشار الباقية تخلص للوارث يتصرّف فيه كيف شاء، والفرق ظاهر.

مسألة 262: لو أوصي لإنسان بدينار كلّ سنة،

صحّت الوصية؛ لأنّ الجهالة لا تقتضي بطلان الوصية، ولا تمنع صحّتها.

وهو أحد قولي الشافعية؛ لأنّ الوصية بالمنافع لا إلي نهاية صحيحة فكذا هنا.

والأظهر عندهم: الصحّة في السنة الأولى خاصّة، و البطلان فيما بعدها؛ لأنّه لا يعرف قدر الموصي به حتي يخرج من الثلث (1).

وهو ممنوع؛ فإنّا نحسب الثلث وقت الموت، ونسلم إليه كلّ سنة دينارا حتي يستوفي قدر الثلث.

إذا ثبت هذا، فإن لم يكن هناك وصية أخرى، تصرّف الورثة في ثلثي المال لا محالة.

وأما الثلث الباقي فيحتمل أن يوقف لأجل الوصية، وقد ثبت استحقاق الدينار بقبول الوصية إلي أن يظهر المزيل للاستحقاق، وهو أحد

قولي الشافعية، والثاني: أنّ للورثة التصرف بعد إخراج الدينار الواحد؛ لأنّا لا ندري استحقاق الموصي له في المستقبل (2).

ص: 420

1- نهاية المطلب 11: 152، العزيز شرح الوجيز 7: 119-120، روضة الطالبين 5: 178.

2- نهاية المطلب 11: 153، العزيز شرح الوجيز 7: 120، روضة الطالبين 5: 178.

و علي ما قلنا بالتوقّف إن بقي الموصي له إلي أن استوعب الدينار الثلث فلا بحث، وإن مات فالأقرب: انتقال بقيّة الثلث إلي الورثة؛ لأنّها كالوصيّة بالثمار بلا نهاية، فوجب أن ينتقل الحقّ إلي الورثة بعد قسمة الورثة للتركة، وهو أحد قولي (1) الشافعيّة، والثاني: أنّ بقيّة الثلث تسلم لورثة الموصي له (2).

وإن كان هناك وصايا غيرها، قال بعض الشافعيّة: يفصّ الثلث بعد الدينار الواحد علي أرباب الوصايا، ولا يوقف، فإذا انقضت سنة أخرى استردّ منهم بدينار بقدر ما يقتضيه التقسيط (3).

وقال بعضهم: هذا ظاهر إذا كانت الوصيّة مقيّدة بحياة الموصي له، أمّا إذا لم تتقيّد وأقمنا ورثته مقامه، فهو مشكل لا يهتدي إليه (4).

مسألة 263: لو أوصي بخدمة عبده أو بمنافع دابّته،

فإن كانت مقيّدة بمدة معلومة فالنفقة في تلك المدة علي الوارث إجماعاً؛ لأنّه مالك الرقبة، فكان كما إذا (5) أجر عبده.

وإن كانت الوصيّة علي التأييد، فالوجه: أنّها علي الوارث أيضاً؛ لأنّه مالك الرقبة، فكانت النفقة عليه، كالعبد المستأجر، وهو ظاهر مذهب

ص: 421

1- في الطبعة الحجرية: «وجهي» بدل «قولي».

2- نهاية المطلب 11: 153، العزيز شرح الوجيز 7: 120، روضة الطالبين 5: 178.

3- نهاية المطلب 11: 155، العزيز شرح الوجيز 7: 120، روضة الطالبين 5: 178-179.

4- الجويني في نهاية المطلب 11: 155، وعنه في العزيز شرح الوجيز 7: 120، وروضة الطالبين 5: 179.

5- في «ر، ل»: «لو» بدل «إذا».

الشافعية، وبه قال أبو ثور وأحمد في رواية(1).

و الثاني(2): أنها علي الموصي له - وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية(3) -؛ لأنه ملك منفعته علي التأيد [فكانت](4) النفقة عليه، كالزوج - و هو رواية عن أحمد(5) - ولأن نفعه له فكان عليه ضرره، كالمالك لهما جميعا.

و تحقيق ذلك: أن إيجاب النفقة علي من لا نفع له ضرر مجرّد، فيصير معني الوصية: أوصيت لك بنفع عبدي وأبقيت علي ورثتي ضرره، و إن أوصي بنفعه لإنسان و لآخر برقبته، كان معناه: أوصيت لهذا بنفعه و لهذا بضرّه، و الشرع ينفي هذا بقوله: «لا ضرر و لا ضرار»(6)0.

ص: 422

1- الحاوي الكبير 222:8، المهذب - للشيرازي - 468:1، نهاية المطلب 136:11، الوجيز 278:1، الوسيط 458:4، حلية العلماء 126-125:6، التهذيب - للبغوي - 84:5، البيان 251:8، العزيز شرح الوجيز 113:7، روضة الطالبين 173:5، المغني 512:6، الشرح الكبير 549:6.

2- أي: الوجه الثاني في الفرع المزبور، و هو المذكور في الحاوي الكبير 222:8، و المهذب - للشيرازي - 468:1، و نهاية المطلب 136:11، و الوجيز 278:1، و الوسيط 458:4، و حلية العلماء 125:6، و التهذيب - للبغوي - 84:5، و البيان 251:8، و العزيز شرح الوجيز 113:7، و روضة الطالبين 173:5، و المغني 512:6، و الشرح الكبير 549:6.

3- راجع المصادر في الهامش السابق.

4- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطية و الحجرية: «و كانت». و المثبت يقتضيه السياق.

5- المغني 512:6، الشرح الكبير 549:6.

6- الموطأ 31/745:2، مسند أحمد 22272/447-446:6، سنن ابن ماجه 2: 2340/784 و 2341، المعجم الكبير - للطبراني - 1387/86:2، و 11806/302، المستدرک - للحاكم - 58-57:2، السنن الكبرى - للبيهقي - 69:6، و 133:10.

و [لذلك](1)ورد التحقيق المزبور في المغني 512:6، و الشرح الكبير 549:6-550(2) جعل الخراج بالضمان(3) ليكون ضرره علي من له نفعه، بخلاف المستأجر، فإنّ نفعه في الحقيقة للمؤجر؛ لأنّه يأخذ [الأجر](4) عوضاً عن منافعه(4).

و الفرق بين الزوج و الوارث: أنّ النفقة علي الزوج في مقابلة التمكين من الاستمتاع، فدامت بدوامه، و النفقة في المملوك تابعة للملك، فتدوم بدوامه، و الضرر لا اعتبار به في نظر الشرع، كمن يملك عبدا عاجزا عن الحركة و الخدمة، فإنّ النفقة تجب له، و الضرر يندفع بعقته في الصورتين.

و الثالث(5): أنّها في كسب العبد، فإن لم يف بنفقته أنفق عليه من بيت المال؛ لأنّ الورثة لا ينتفعون به، و صاحب المنفعة لا يملك الرقبة فيلزم إجباره، فلم يبق إلّا ما ذكرناه، و هذا راجع إلي إيجابها علي صاحب المنفعة؛ لأنّ كسبه من منافعه، فإذا صرف في نفقته فقد صرف المنفعة الموصي بها إلي النفقة، فصار كما لو صرف إليه شيئاً من ماله سواه.

و نمنع عدم انتفاع الوارث به، فإنّ إعتاقه نفع عظيم؛ لاشتماله علي 6.

ص: 423

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة و الحجرية: «كذلك». و المثبت يقتضيه السياق، و كما في المغني و الشرح الكبير، لاحظ الهامش

2- .

3- مسند أحمد 23704/74:7، و 25468/338، سنن ابن ماجّة 2243/754:2، سنن أبي داود 3508/284:3، الجامع الصحيح (سنن الترمذي) 1285/582-581:3، سنن النسائي (المجتبي) 255:7، السنن الكبرى - للنسائي - 6081/12-11:4، المستدرک - للحاكم - 15:2، السنن الكبرى - للبيهقي - 321:5 و 322.

4- ما بين المعقوفين أثبتناه من المغني و الشرح الكبير، لاحظ الهامش التالي.

5- أي: الوجه الثالث، و هو المذكور في المهذب - للشيرازي - 468:1، و نهاية المطلب 136:11-137، و الوسيط 458:4، و حلية العلماء 126:6، و التهذيب - للبخاري - 84:5، و البيان 251:8، و العزيز شرح الوجيز 113:7، و روضة الطالبين 173:5، و المغني 512:6، و الشرح الكبير 550:6.

مسألة 264: فطرة هذا العبد تتبع النفقة،

فعلي من كانت وجبت عليه فطرته.

و للشافعية الخلاف السابق و الأقوال السابقة الثلاثة المتعددة(1).

و بعضهم قطع بوجوبها علي مالك الرقة(2).

إذا عرفت هذا، فعلف الدابة كنفقة العبد.

و أمّا عمارة الدار الموصي بمنافعها و سقي البستان الموصي بثمرته، فإن تراضيا عليه أو تبرّع أحد به فلا بحث، و ليس للآخر منعه، و إن تنازعا لم يجبر واحد منهما، بخلاف النفقة؛ لحرمة الحيوان.

و بعض الشافعية نقل الخلاف المذكور في العمارة و سائر المؤن(3).

مسألة 265: العبد الموصي بمنفعته مدّة معينة أو علي التأبيد يجوز للوارث إعتاقه؛

لأنّ رقبته خالصة له، و هو مذهب الشافعية(4).

و نقل بعضهم خلافا، و الظاهر الأول(5).

و هل يصحّ عتقه في الكفارة؟ يحتمل المنع - و هو أصحّ وجهي

ص: 424

1- نهاية المطلب 136:11، العزيز شرح الوجيز 113:7، روضة الطالبين 5:173.

2- البغوي في التهذيب 83:5، و عنه في العزيز شرح الوجيز 113:7، و روضة الطالبين 5:173-174.

3- كما في العزيز شرح الوجيز 113:7، و روضة الطالبين 5:174.

4- الحاوي الكبير 8:223، المهذب - للشيرازي - 1:468، الوجيز 1:278، حلية العلماء 6:127، البيان 8:254، العزيز شرح الوجيز 7:112، روضة الطالبين 5:173.

5- الحاوي الكبير 8:223، حلية العلماء 6:127، العزيز شرح الوجيز 7:112، روضة الطالبين 5:173.

الشافعية (1) - لأنه عاجز عن الكسب لنفسه، فأشبه الزّمن، والجواز؛ لأنه ملك له، فأشبه المريض العاجز عن التّكسّب.

وإذا أعتق عتق، و منفعته باقية للموصي له، و تبقى الوصية بحالها - وهو أصحّ وجهي الشافعية (2) - كما لو أعتق العبد المستأجر، و لا يرجع العبد المعتق بشيء من قيمة المنفعة، بخلاف ما لو أجز عبده مدّة ثمّ أعتقه، فإنّ العبد يرجع علي معتقه ببدل المنفعة - علي أحد قولي الشافعي (3) - لأنّ المعتق أخذ عوض المنفعة من المستأجر، فأُتلف عليه منفعته بعد العتق بفعل قبله، فلهذا ضمنها، و ليس كذلك هنا؛ فإنّه لم يحصل للورثة المنفعة؛ لأنّهم ملكوها مسلوقة المنفعة، و لا ملكت من جهتهم، علي أنّا نمنع رجوع العبد بالعوض في الإجارة علي الحقّ عندنا، و هو أحد قولي الشافعي (4).

و قال بعض الشافعية: تبطل الوصية بالمنفعة بنفس الإعتاق؛ إذ يبعد أن يكون الحرّ مستحقّ المنفعة أبد الدهر (5).

و ليس بشيء.

و علي القول به هل يرجع الموصي له علي المعتق ببدل المنافع؟ 5.

ص: 425

1- نهاية المطلب 11:150، العزيز شرح الوجيز 7:112، روضة الطالبين 5:173.

2- العزيز شرح الوجيز 7:112، روضة الطالبين 5:173.

3- الحاوي الكبير 8:224، المهدّب - للشيرازي - 1:468، البيان 8:254، العزيز شرح الوجيز 7:112.

4- الحاوي الكبير 8:224، المهدّب - للشيرازي - 1:414، نهاية المطلب 8:118-119، بحر المذهب 9:274، الوسيط 4:205، حلية العلماء 5:424، التهذيب - للبغوي - 4:437، البيان 7:321-322، و 8:254، العزيز شرح الوجيز 6:180، روضة الطالبين 4:320.

5- العزيز شرح الوجيز 7:112-113، روضة الطالبين 5:173.

للشافعي و جهان(1).

تذنب: هل للوارث أن يكتب هذا العبد؟ يحتمل الجواز؛ اعتمادا علي ما يأخذه من الزكاة وغيرها، وعدمه؛ لأنّ اكتساباته مستحقّة للغير، فلا تنصرف إلي جهة الكتابة.

و يجوز تدبيره.

آخر: ليس للموصي له بالمنفعة عتق العبد؛ لأنّ العتق للرقبة، وهو لا يملكها، ولا تسقط وصيّته؛ لأنّ إعتاقه باطل، فلا يترتب عليه حكم.
آخر: لو وهب الموصي له بالخدمة و المنافع العبد بمنافعه و خدمته و أسقطها عنه، فللورثة الانتفاع به؛ لأنّ ما يوهب للعبد يكون لسيّده(2).

مسألة 266: العبد الموصي بمنفعته إن كانت المنفعة معينة بمدة مضبوطة،

صحّ بيعه إجماعا، كما يصحّ بيع العبد المستأجر.

وإن كانت مؤبّدة، صحّ البيع أيضا؛ لكمال الملك فيها، وبيع مسلوب المنفعة، ولأنّه يمكنه إعتاقه و تحصيل الثواب بذلك، فصحّ البيع، و هو أحد وجوه الشافعيّة.

و الثاني: المنع؛ لاستغراق المنفعة بحقّ الغير، فيبقى لا منفعة فيه، فلا يجوز بيعه، كالحشرات.

و الثالث: أنّه يصحّ بيع العبد و الأمة، دون البهائم و الجمادات؛ لأنّه يتقرّب إلي الله تعالى بإعتاقهما.

و الرابع: أنّه يصحّ البيع من الموصي له؛ لأنّه يجتمع له الرقبة

ص: 426

1- العزيز شرح الوجيز 113:7، روضة الطالبين 173:5.

2- في الطبعة الحجرية: «للسيد».

و المنفعة، و ينتفع بذلك، بخلاف غيره، ولا يصحّ البيع من غيره؛ إذ لا فائدة فيه(1).

و يمنع ذلك، فإنّ فائدة الإعتاق متحقّقة، وكذا تحصيل ولائه و جرّ ولاء أولاده بعقته.

تذنب: لو أوصي له بنتاج ماشية، جاز للوارث بيعها إجماعاً؛ لبقاء بعض المنافع و الفوائد، كالصوف و اللبن و الظّهر، أمّا لو أوصي بجميع منافعها فالخلاف كما سبق.

مسألة 267: لو أوصي برقبته لإنسان و بمنفعته لآخر،

صحّت الوصيّة، وقام الموصي له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا، و به قال الشافعي و أبو ثور و أحمد و أصحاب الرأي(2).

و لو انهدمت الدار الموصي بمنافعها فأعادها الوارث بآلتها، هل يعود حقّ الموصي له ؟ فيه وجهان للشافعيّة(3)، و الوجه: العود.

و لو أراد الموصي له إعادتها بآلتها، فللشافعيّة و جهان(4)، و الوجه عندي: أنّ له ذلك.

مسألة 268: لو أوصي له بمنفعة العبد مؤبّداً،

كان للموصي له إثبات يده عليه ليتمكّن من استيفاء منفعه.

و تندرج تحت الوصيّة المنافع المعتادة من الخدمة و الاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد و أجرة الصنعة و الخدمة؛ لأنّها بدل منفعه.

ص: 427

1- العزيز شرح الوجيز 7: 113-114، روضة الطالبين 5: 174.

2- التهذيب - للبعوي - 5: 83، البيان 8: 147، العزيز شرح الوجيز 7: 118، روضة الطالبين 5: 176، الشرح الكبير 6: 550، روضة القضاة 2: 4030/710، تحفة الفقهاء 3: 208، بدائع الصنائع 7: 383.

3- العزيز شرح الوجيز 7: 120، روضة الطالبين 5: 179.

4- العزيز شرح الوجيز 7: 120، روضة الطالبين 5: 179.

و كذا تدخل الاكتسابات النادرة، كالموهوب والملقط - وهو أحد وجهي الشافعية (1) - لدخوله تحت عموم الاكتساب (2).

والثاني: المنع؛ لأنها لا تقصد بالوصية؛ لندورها (3).

وليس بجيد؛ لأن العام لا تقصد جزئياته بالفعل، بل بالقوة.

مسألة 269: لو أوصي له بمنافع أمته،

فأنت بولد من زوج أو زنا، فهو مملوك إجماعاً، فحكمه حكم أمه.

ولمن يكون الولد؟ الأقرب: أن تكون رقبته لورثة الموصي كأمه؛ لأنه تابع لها، والمنفعة للموصي له كأمه؛ لأنه جزء من الأم، فجري مجراها، وهو أحد وجوه الشافعية، وقواه الشيخ رحمه الله (4).

والثاني: أنه بمنافعه لورثة الموصي؛ لأن استحقاق منفعة الأم لا يتعدى إلى الولد، كما في الإجارة.

والثالث: أنه يملكه الموصي له؛ لأنه من كسب الأمة و منافعها، لأنه عليه السلام سمي ولد الرجل كسباً له (5) (6).

فإن قتل هذا الولد ووجبت قيمته، فإن قلنا: إن الولد للموصي له،

ص: 428

1- نهاية المطلب 11:142، العزيز شرح الوجيز 7:110، روضة الطالبين 5:172.

2- في الطبعة الحجرية: «الاكتسابات».

3- نهاية المطلب 11:142، العزيز شرح الوجيز 7:110، روضة الطالبين 5:172.

4- المبسوط - للطوسي - 4:15-16.

5- المصنف - لعبد الرزاق - 9:133/16643، المصنف - لابن أبي شيبة - 7:2735/157، مسند أحمد 7:23512/49، سنن ابن ماجه 2:2137/723، سنن أبي داود 3:288-289/3528 و 3529، سنن النسائي (المجتبى) 7:241، السنن الكبرى - للنسائي -

4:4-6043 و 3-6045 و 4-6046، المستدرک - للحاكم - 2:46، السنن الكبرى - للبيهقي - 7:479-480.

6- الحاوي الكبير 8:225، الوسيط 4:457، العزيز شرح الوجيز 7:111، روضة الطالبين 5:172.

كانت القيمة له، وإن قلنا: إنَّ حكمه حكم الأم، فوجهان: أحدهما: تكون للورثة. والثاني: يشتري بها [عبد] (1) كذلك الولد تكون رقبته للورثة، ومنفعته للموصي له.

ولو وطئها واطئ بشبهة أو زوجية فأتت بولد، فلا حدّ؛ لأنَّه شبهة، ويلزمه المهر، ويكون المهر للموصي له؛ لأنَّ منفعته له، والولد لاحق به، ويثبت النسب؛ لأنَّه ولد شبهة.

وقال بعض الشافعية: إنَّ المهر لورثة الموصي؛ لأنَّه بدل منفعة البضع، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها، فبدلها لا يستحقّ بالوصية، وإذا تعذّر ذلك كان تابعا للرقبة (2).

وليس للموصي له بمنفعتها وطؤها، كما لا يجوز للمستأجر وطء المستأجرة، فإن وطئها مع علم التحريم، حدّ، كما يحدّ المستأجر، وهو أحد قولي الشافعي، والثاني: لا حدّ عليه؛ للشبهة (3)، وقوّاه الشيخ (4).

ولا مهر عليه؛ لأنَّ المهر له.

ولو أولدها بالوطء، لم تصر أم ولد.

وقال الشيخ رحمه الله: تصير أم ولد، ويكون الولد حرّاً؛ للشبهة (5)، وهو أظهر وجهي (6) الشافعية، والثاني: أنّه يكون رقيقاً (7).

وعلي الحرّية إن جعلنا الولد المملوك كالكسب، فلا قيمة عليه، وإلا فعليه القيمة. 5.

ص: 429

1- بدل ما بين المعقوفين في النسخ الخطيّة والحجريّة: «أمة». والمثبت يقتضيه السياق.

2- العزيز شرح الوجيز 111:7، روضة الطالبين 172:5.

3- العزيز شرح الوجيز 111:7، روضة الطالبين 172:5.

4- المبسوط - للطوسي - 16:4، وفيه أفتي بذلك صريحا.

5- المبسوط - للطوسي - 16:4.

6- في «ص، ل» والطبعة الحجرية: «قولي» بدل «وجهي».

7- العزيز شرح الوجيز 111:7، روضة الطالبين 172:5.

ثم هي لمالك الرقبة، أم يشتري بها عبد تكون رقبته لمالك الرقبة ومنفعته للموصي له؟ وجهان.

وليس لوارث الموصي وطؤها؛ لأنَّ منفعتها ملك لغيره، فلا يجوز أن يستوفيه، فإن وطئ فلا حد؛ لشبهة تملك الرقبة، وعليه المهر للموصي له، والولد حر، وعليه قيمته إن قلنا: إنها للموصي له، أو يشتري بها عبد كهيئته، وإن قلنا: له، لم يجب شيء، وتكون الأمة أم ولد تعتق بموته؛ لأنها علقت منه بحر في ملكه، وهو قول بعض الشافعية (1).

وقال بعضهم: لا تصير أم ولد؛ لأنه غير مالك لاستيلادها (2).

مسألة 270: إذا أوصي بمنفعة العبد،

اندرج تحته استحقاق الخدمة و سائر أبدال الاكتسابات وإجارته وإعارته.

ولو أوصي بمنفعة الدار، أفاد سكنها وإجارته وإعارته.

ولو أوصي بخدمة العبد وسكني الدار، لم يفد استحقاق جميع المنافع، فإنه لو استأجر عبدا للخدمة لم يملك تكليفه البناء والغراس، وإذا استأجر دارا للسكني لم يكن له أن يعمل فيها صنعة الحداد والقصار، ولا يطرح فيها الزبل.

ولو أوصي بالغلة والكسب، لم يفد استحقاق السكني والركوب والاستخدام.

ولو أوصي بواحد منهما، لم يفد استحقاق الغلة والكسب؛ لأن الغلة

ص: 430

1- الحاوي الكبير 8:226، نهاية المطلب 11:147، التهذيب - للبغوي - 5:85، العزيز شرح الوجيز 7:114، روضة الطالبين 5:174.

2- الحاوي الكبير 8:226، العزيز شرح الوجيز 7:114، روضة الطالبين 5:174.

فائدة عينية، والمنفعة تطلق في مقابلة العين، حيث تقسم الأموال إلى أعيان و منافع.

ولو أوصي له بالمنفعة، لا يستحق طلب الكسب.

مسألة 271: ليس للموصي له بمنفعة الأمة تزويجها،

وكذا ليس للوارث المالك للرقبة تزويجها؛ لأنّ مالك المنفعة لا يملك رقبته فلم يملك منافع وطنها بالنكاح، فليس له أن يملكها لغيره، وإنّما وهبت له المنافع، وذلك لا يبيح له الوطء ولا العقد، ومالك الرقبة لا يملك تزويجها؛ لاشتماله على ضرر صاحب المنفعة بتزويجها؛ لأنّها ربما نقصت بالولادة، ونقص نفعها بالحمل، وربما ماتت في الطلق.

فإن اتفقا على تزويجها جاز.

ولو طلبت الجارية ذلك، قال بعض العامة: وجب تزويجها؛ لأنّه حقّها، وحقّها في ذلك مقدّم عليهما؛ لأنّها لو طلبته من سيدها الذي يملك رقبته ونفعها أجبر عليه، وقدم حقّها على حقّه، وليّها في التزويج لو اتفقا عليه مالك رقبته(1).

ومنع الشافعي من وطء الجارية الموصي بمنفعتها للوارث إن كانت ممّن تحبل؛ لما فيه من خوف الهلاك بالطلق والنقص والضعف بالولادة والحمل، ولأنّ الملك غير تامّ، وإن كانت ممّن لا تحبل فوجهان(2).

مسألة 272: لو أوصي له بمنفعة العبد أو الأمة أو الدابة،

فالأقرب: أنّ للموصي له الأفراد بالسفر بالموصي بمنفعتها؛ لأنّه لو منع من السفر بها انتقص انتفاعه، وتبعّض عليه الانتفاع، وهو أظهر وجهي الشافعية، وبه قال

ص: 431

1- المغني 514:6، الشرح الكبير 546:6.

2- العزيز شرح الوجيز 114:7، روضة الطالبين 174:5.

و الثاني: أنه ليس له ذلك - وبه قال أصحاب الرأي، إلا أن يكون أهله في غير البلد فيخرجه إلي أهله(2) - كما لا يجوز لزوج الأمة أن يسافر بالأمة؛ رعاية لحق المالك(3).

والفرق: أن منفعة الزوجة الأمة للسيد، ولذلك يستقل السيد بالسفر بها، و مالك الرقبة هنا لا يستقل.

مسألة 273: لو جني علي العبد الموصي بمنفعته بأن قتل،

فإن أوجبت القصاص كان لمالك الرقبة الاقتصاص، فإذا اقتصر سقط حق الموصي له بالمنفعة، كما لو مات، وليس للموصي له منع الوارث من الاقتصاص، فإن صالح الوارث الجاني علي الدية، لم يكن للموصي له شيء منها.

وإن أوجبت مالا، ففي القيمة المأخوذة خلاف بين العامة.

[الأول]: قال أبو حنيفة: إنه يشتري بها عبد يقوم مقامه، تكون رقبته للوارث و منفعته للموصي له؛ لأن القيمة بدل الرقبة و منافعها، فتقوم مقامها، و هو قول بعض الشافعية.

ص: 432

1- المغني 511:6، الشرح الكبير 545:6.

2- المبسوط - للسرخسي - 183:27، بدائع الصنائع 386:7، الهداية - للمرغيناني - 253:4-254، المغني 511:6، الشرح الكبير 545:6. و لا يخفي أنه في النسخ الخطية و الحجرية كان موضع قوله: «وبه قال أصحاب الرأي... إلي أهله» بعد قوله: «أظهر وجهي الشافعية»، و أيضا كان موضع قوله: «وبه قال أبو ثور» بعد قوله: «ليس له ذلك»، و المثبت هو الموافق لما في المصادر و لسياق العبارة.

3- نهاية المطلب 146:11، الوسيط 458:4، العزيز شرح الوجيز 112:7، روضة الطالبين 173:5.

و الثاني: أنَّ القيمة للوارث بحق ملك الرقبة، ولا شيء للموصي له بالمنفعة، كما لا حق للمستأجر في بدل المستأجر، ولا لزواج الأمة في بدلها، ولأنَّ الوصية تعلّقت بالعين لا بالبدل، والعين قد تلفت، وقال به بعض الشافعية.

و الثالث: أنَّها توزّع علي الرقبة مسلوقة المنفعة وعلي المنفعة وحدها، وذلك بأن تقوم الرقبة بمنافعها ثم تقوم بلا منفعة، ولا بدّ وأن يكون لها قيمة؛ لما في عتقها من الثواب و جلب الولاء و جرّه، فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة، فما هو حصّة الرقبة من القيمة فهو للوارث، و ما هو حصّة المنفعة فللموصي له.

و مأخذ هذا الوجه و الوجه الأول واحد، و افتراقهما في أنَّ القيمة تصرف إلي عبد آخر، أو تقسّم بحالها.

و الرابع: أنَّها للموصي له خاصة؛ لأنَّ تقومه بمنفعه، و المنافع حقه.

و يخرج علي هذا الخلاف ما إذا قتله الوارث أو الموصي له، فلا شيء علي من تصرف القيمة إليه لو كان القاتل أجنبيًا (1).

و الأقرب عندي: الأول.

و لو قطع بعض أطرافه، فالأقرب: أنّه يشتري به عبد أو بعضه تكون رقبة للوارث و منفعته للموصي له.

و للشافعية الخلاف السابق (2).5.

ص: 433

1- المهذب - للشيرازي - 468:1، نهاية المطلب 138:11-139، الوجيز 1:278، الوسيط 4:459، البيان 8:251، العزيز شرح الوجيز 7:115، روضة الطالبين 5:174-175، و ينظر: المغني 6:515.

2- العزيز شرح الوجيز 7:115، روضة الطالبين 5:175.

و بعضهم قطع هنا يكون الأرش للوارث، و اتفقوا علي ترجيحه؛ لأنّ العبد يبقي منتفعا به، و مقادير المنفعة لا تضبط و تختلف بالمرض و الكبر، فكان حقّ الموصي له باق بحاله(1).

مسألة 274: لو جني هذا العبد الموصي بخدمته بما يوجب القصاص و اقتص منه،

فقد ضاع حقّ المالك و الموصي له جميعا.

و إن وجب المال، تعلّق برقبته، فإن فداه أحدهما فلا بحث.

و إن امتنع من فدائه، بيع في الجناية، و بطل حقّهما.

فإن كان بعضه يفي بالأرش بيع البعض، و كان البعض مع منفعته للمشتري، و يبقي البعض الآخر من رقبته للوارث و منفعته للموصي له.

و لو لم يمكن إلاّ بيع الجميع و زاد الثمن علي الأرش، احتمل الخلاف السابق.

و قال بعضهم: يقسّم بينهما علي نسبة حقّهما(2).

و لو افتدياه معا، استمرّ الحقّان، و كذا لو فداه مالك الرقبة.

و إن فداه الموصي له، فوجهان في لزوم الإجابة علي المجنيّ عليه.

أحدهما: لا يلزم؛ لأنّه أجنبيّ عن الرقبة.

و أشبههما عندهم: اللزوم؛ لأنّ له فيه غرضا ظاهرا(3).

هذا فيما إذا فدي أحدهما العبد بمنافعه.

و لو فدي حصّته، قيل: يباع نصيب صاحبه(4).

وفيه نظر من حيث إنّه لو فداه مالك الرقبة لم يملك بيع المنفعة وحدها.

ص: 434

1- العزيز شرح الوجيز 7:115، روضة الطالبين 5:175. (2الي4) العزيز شرح الوجيز 7:116، روضة الطالبين 5:175.

وإن فدي الموصي له واستمرَّ حقّه، فبيع الرقبة علي الخلاف.

مسألة 275: لو أوصي له بثمره نخلة فتنازع الورثة و الموصي له في السقي،

فإن امتنع لم يكن لأحدهما إجبار الآخر علي السقي؛ لأنّ صاحب الثمرة لا يستحقّ علي صاحب الأصول أن يسقي ثمرته، ولا يجبر صاحب الثمرة علي أن يسقي شجرة؛ لأنّ الشجرة لا حرمة لها في نفسها، بخلاف العبد، حيث أوجبنا نفقته علي الورثة في أحد الوجوه، و إجبارهم عليها؛ لأنّ للعبد حرمة في نفسه، ولهذا لو لم يتعلّق به حقّ أحد أجبر علي الإنفاق عليه، بخلاف الجمادات.

وكذا الموصي له لا يجبر علي سقي ثمرته ولا شجرة غيره.

ولو أراد أحدهما سقيها علي وجه لا يضرّ بصاحبه، لم يملك الآخر منعه.

ومذهب الشافعي كذلك (1).

مسألة 276: يجوز للموصي له بالمنفعة أن يؤاجر العين مدّة،

أو يوصي بها مدّة، أو يعيرها مدّة أو مطلقاً - وبه قال الشافعي ومالك (2) - لأنّه قد ملك المنافع بحيث ليس لغيره الرجوع فيها، فصَحّ إجارتها، كالمستأجر.

وقال أبو حنيفة وأصحابه: ليس له أن يؤاجرها؛ لأنّه ملكها بغير

ص: 435

1- لم نتحقّقه في مظانّه، وينظر: المغني 6: 511.

2- الحاوي الكبير 8: 220، الوجيز 1: 277-278، الوسيط 4: 454، التهذيب - للبغوي - 5: 84، العزيز شرح الوجيز 7: 109، روضة الطالبين 5: 171، المدوّنة الكبرى 6: 63-64، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2: 2070/1012، المغني 6: 511، الشرح الكبير 6: 544-545، المبسوط - للسرخسي - 27: 182-183، الهداية - للمرغيناني - 4: 253.

عوض فليس له أن يؤجرها، كالعارية(1).

والفرق: أن المستعير ما ملك المنافع، وإجارتها إسقاط لحق صاحبها، فإنه لم يملكه إياها.

مسألة 277: لو أوصي بلبن شاة أو صوفها،

جاز، كما تجوز الوصية بثمرة الشجرة.

و كذا لو أوصي بصوفها و بلبنها معا.

وينبغي أن تقوم هنا المنفعة الموصي بها، دون العين؛ لأنه لم يوص بجميع منفعتها.

و لو يئست الشجرة الموصي بثمرتها أو بمنفعتها، كان حطبها للوارث، أما لو يئس السعف أو الغصن، فإن كانت الوصية بالمنفعة، كان ذلك للموصي له بالمنفعة علي إشكال، وإن كانت الوصية بالثمرة، فالوجه:

أنه لا يدخل؛ إذ لا يسمي ثمرًا.

و لو وصي له بثمرة سنة معينة فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصي له.

و لو قال: ثمرتها أول عام تثمر، صح، و له ثمرتها أول عام تثمر.

و كذا لو أوصي له بما تحمل جاريته أو دابته.

و لو أوصي لرجل بشجرة و لآخر بثمرتها، صح، و كان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث، و له ما له.

ص: 436

1- المبسوط - للسرخسي - 182:27، الهداية - للمرغيناني - 253:4، الحاوي الكبير 220:8، الوجيز 277:1-278، الوسيط 454:4، العزيز شرح الوجيز 109:7، الإشراف علي نكت مسائل الخلاف 2070/1012:2، المغني 511:6، الشرح الكبير 545:6.

ولو أوصي لرجل بحب زرعه و لآخر بتبته، صحّ، و النفقة بينهما؛ لأنّ كلّ واحد منهما تعلّق حقّه بالزرع، فإن امتنع أحدهما من الإنفاق فهما بمنزلة الشريكين في أصل الزرع إذا امتنع أحدهما من سقيه و الإنفاق عليه، و فيه وجهان:

أحدهما: يجبر علي الإنفاق عليه؛ لأنّ في ترك الإنفاق عليه إضراراً بهما و تضييعاً، و النبيّ صلّي الله عليه و اله قال: «لا ضرر و لا ضرار» (1) و نهى عن إضاعة المال (2).

و الآخر: لا يجبر علي الإنفاق علي مال نفسه و لا علي مال غيره إذا كان كلّ واحد منهما منفرداً، فكذا إذا اجتمعا (3).

و أصل الوجهين إذا استهدم الحائط المشترك فدعا أحد الشريكين الآخر إلي عمارته فامتنع.

و ينبغي أن تكون النفقة بينهما علي قدر قيمة حقّ كلّ واحد منهما، كما لو كانا مشتركين في أصل الزرع.

تنبيه: تصحّ الوصيّة بما لا يقدر علي تسليمه، كالعبد الآبق، و الجمل الشارد، و الطير في الهواء، و السمك في الماء؛ لأنّ الوصيّة تصحّ بالمعدوم فبهذا أولي، و لأنّ الوصيّة تجري مجري الميراث، و هذا يورث، فتصحّ الوصيّة به، فإن قدر عليه أخذه و سلّمه إذا خرج من الثلث، و للموصي له السعي في تحصيله، فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث. 2.

ص: 437

1- تقدّم تخريجه في ص 422، الهامش (6).

2- مسند أحمد 5: 17727/305، و 17768/312، سنن الدارمي 2: 311، صحيح البخاري 2: 139، و 8: 124، و 9: 118.

3- ورد الوجهان المذكوران في المغني 6: 515، و الشرح الكبير 6: 551-552.

تذنيب: لو أوصي بالشقص الذي يستحقّ به الشفعة، فحقّ الشفعة للوارث، لا للموصي له.

ص: 438

كتاب الوصايا

مقدمة: في ماهيتها و تسويغها 5

هل تجب الوصية علي من ليس عليه حق؟ 8

المقصد الأول: في أركان الوصية

الفصل الأول: في الصيغة

البحث الأول: الإيجاب

لفظ الإيجاب الصريح 11

حكم ما لو اقتصر علي قوله: وهبت منه و نوي الوصية 11

تعيين الوصية بالكنايات 12

حكم ما لو كتب بخطه: إني قد أوصيت لفلان بكذا 12

حكم الوصية فيما لو اعتقل لسانه و لم يتمكّن من النطق فكتب الوصية أو أشار بما يدلّ علي الرضا بها 12

حكم ما إذا وجدت وصية بخط الميت و لم يكن أشهد عليها و لا أقرّ بها 14

ص: 439

حكم ما لو كتب وصية وقال للشهود: اشهدوا عليّ بما في هذه الورقة ولم يطلعهم علي ما فيها 15

تذنب: فيما إذا ثبتت الوصية فإن حكمها يثبت ويعمل بها ما لم يعلم رجوع الموصي عنها 16

استحباب كتابة الوصية والإشهاد عليها 16

فيما يتعلق بوصية رجل بغير خطه وعدم إشهاده عليها إلى أن يحضره الموت 18

البحث الثاني: في القبول

اشتراط قبول الوصية فيما إذا كان الموصي له معيناً 18

عدم افتقار الوصية إلى القبول فيما إذا كانت الوصية لغير معين 19

جواز القبول علي الفور و علي التراخي 19

هل يشترط وقوع القبول بعد موت الموصي ؟ 19

حكم ما لو مات الموصي له قبل موت الموصي وقبل القبول 20

حكم ما إذا ردّ الموصي له الوصية وكان قبل موت الموصي 22

حكم ما إذا مات الموصي له قبل موت الموصي وبعد ردّه أو كان بعد موت الموصي 22

بطلان الوصية في كلّ موضع يصحّ ردّ الموصي له للوصية 25

حكم ما إذا قال الموصي له: رددت الوصية لفلان، يعني أحد الورثة 25

تنبيه: في حصول الردّ بقول الموصي له: رددت الوصية أو لا أقبل الوصية وما يقوم مقام ذلك 26

آخر: حكم ما لو كانت الوصية لاثنتين فقبل أحدهما وردّ الآخر 26

البحث الثالث: في سبب التملك

متي يملك الموصي له ما أوصي له به ؟ 26

زوائد الموصي به إن حصلت قبل موت الموصي فهي له وإن حصلت بعد موته وبعد القبول فهي للموصي له 33

حكم ما إذا حصلت الزوائد بعد موت الموصي وقبل القبول 34

حكم ما لو أوصي بعبده لزيد ثم مات ثم أهلّ شوال قبل القبول ثم قبل 34

حكم ما لو زوج أمته من حرّ ثم وصّي له بها ثم مات الموصي 35

أقسام ما لو أوصي له بجارية فولدت و بيان أحكامها 37

حكم ما لو أوصي بأمة لزوجها فلم يعلم حتي وضعت له بعد موت سيّدها أولادا 41

حكم ما لو أوصي بجاريته لزوجها و مات الموصي له قبل القبول و الردّ 42

فيما إذا أوصي الإنسان لغيره بأبيه أو ابنه فهل يجب عليه القبول ؟ 43

حكم ما لو ملك ابن أخيه فأوصي به لأجنبيّ و لا وارث للموصي سوي أخيه فقبل الموصي له الوصيّة 44

حكم ما لو أوصي لإنسان بأبيه و مات الموصي له بعد موت الموصي وقبل القبول 44

حكم ما إذا أوصي له بمن يعتق عليه و قبله في حال صحّته أو مرضه الذي لم يمت فيه أو مرضه الذي مات فيه 45

فيما يتعلّق بما إذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض 46

فيما لو أوصي للمريض بمن يعتق عليه فمات قبل القبول فقبل وارثه 51

حكم ما لو أوصي لرجل بزوجه الحامل من الزوج و هي أمة الموصي و لابن لها حرّ و مات و خرجت هي كلّها من التّلت فقبلا الوصيّة و هما موسران 52

حكم ما لو أوصي لإنسان بمن يعتق عليه و مات الموصي له عن ابنين 54

حكم ما لو كان له أمة ذات ولد من غيره فأوصي بها لذلك الولد 56

حكم ما لو أوصي بعبده لشخصين أحدهما ابن العبد 58

حكم ما لو أوصي بجارية لزوجها وأولدها بعد موت الموصي وقبل القبول أو مات الموصي له قبل القبول والردّ 58

حكم ما إذا مات الموصي له قبل القبول وقبل وارثه 60

حكم ما لو أوصي لغيره بأتمته ثم مات الموصي قبل القبول فوطئها الوارث فأولدها. 61

الفصل الثاني: في الموصي

اشتراط كمال العقل في الموصي 63

بطلان وصيّة المجنون المطبق و من يعتوره الجنون في وقت جنونه والمبرسم والمعتوه والنائم والسكران والمغمي عليه 63

بطلان وصيّة الصبي غير المميّز 63

هل تصحّ وصيّة المميّز؟ 63

فروع:

1 - حكم هبة الصبي ووقفه وصدقته بالمعروف 65

2 - حكم وصيّة الصبي وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين 66

3 - بطلان وصيّة الصبي وله أقلّ من عشر سنين 66

4 - فيما روي من جواز وصيّة ابن سبع سنين في المعروف 66

5 - حكم طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين 66

حكم وصيّة السفیه بالمعروف 67

اشتراط الحرّيّة في الموصي 68

بطلان وصيّة العبد القنّ والمكاتب المشروط والمطلق إذا لم يؤدّ شيئاً من مال الكتابة 68

صحّة وصيّة الكافر 69

بطلان وصيّة الكافر في جهات المعاصي 69

ص: 442

بطلان وصيّة الكافر بكتابة التوراة و الإنجيل أو بقراءتهما 69

حكم وصيّة الكافر بدهن يشعل في البيع و الكنائس 69

بطلان وصيّة المسلم بمعصية 69

جواز وصيّة المسلم أو الكافر بعمارة المسجد الأقصى أو قبور الأنبياء عليهم السّلام و كذا العلماء و الصالحين 69

جواز وصيّة المسلم و الكافر بفكّ أساري الكفّار من أيدي المسلمين 69

صحّة الوصيّة ببناء رباط ينزله أهل الذمّة أو دار تصرف غلتها إليهم 70

هل تصحّ وصيّة إنسان بعد ما جرح نفسه بما فيه هلاكها؟ 70

بطلان الوصيّة علي الأطفال إلّا من الأب أو الجدّ للأب خاصّة 71

الفصل الثالث: الموصي له

بطلان الوصيّة للمعدوم 73

بطلان الوصيّة لأحد الشخصين من دون تعيينه 73

بطلان الوصيّة لما تحمله المرأة من بعد الوصيّة أو لمن يوجد من أولاد فلان 74

المطلب الأوّل: في المسائل المعنويّة

المبحث الأوّل: في الوصيّة للحمل

صحّة الوصيّة للحمل بشرط وجوده حال الوصيّة وانفصاله حيّا 74

بطلان الوصيّة فيما لو أوصي لحمل سيكون 75

فيما لو انفصل الحمل لستّة أشهر من حين الوصيّة فصاعدا لم يعط الحمل شيئا 75

حكم ما إذا انفصل الحمل بين مدّة أقلّ الحمل و أكثره 75

فيما إذا قال الموصي: أوصيت لحمل فلانة من زيد يشترط العلم بوجوده عند الوصيّة و كونه ثابت النسب من زيد 76

اشتراط انفصال الحمل حيّا في صحّة الوصيّة له 76

فيما لو ولدت المرأة أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر ثم ولدت الثاني لأقل من ستة أشهر من الولادة الأولى صحّت الوصية لهما 77

القابل لوصية الحمل هو أبوه أو جدّه أو من يلي أمره 77

فيما إذا قبل القابل الوصية للحمل قبل انفصاله حيّا ثم انفصل حيّا فهل يعتد بذلك القبول ؟ 77

صحة الوصية بالمنافع المتجددة وبشمار الأشجار 78

حكم ما إذا أوصي لحمل امرأة فولدت ذكرا وأنثى 78

حكم ما إذا قال: إن كان في بطنها غلام فله ديناران وإن كان فيه جارية فلها دينار فولدت غلاما و جارية أو ولدت أحدهما منفردا 78

حكم ما لو قال: إن كان حملها أو ما في بطنها غلاما فله ديناران وإن كانت جارية فلها دينار فولدت أحدهما منفردا أو ولدت غلاما و جارية

78

البحث الثاني: في الوصية للعبد وشبهه

حكم الوصية لعبد الغير و مكاتبه و مدبره و أمّ ولده 79

حكم ما لو أوصي لعبد غيره و لم يستمر رقه 81

حكم الوصية فيما لو أوصي لمن نصفه حرّ و نصفه لأجنبي 82

تذنيبان:

1 - حكم ما لو قال: أوصيت لنصفه الحرّ أو لنصفه الرقيق 84

2 - حكم ما لو صرح بإدراج الاكتسابات النادرة في المهايأة 85

حكم ما لو أوصي لعبد نفسه و كانت الوصية بجزء شائع أو بعين من تركته 85

حكم ما لو أوصي لعبده بعين معيّنة من ماله و كانت العين غير نفس العبد 88

حكم ما لو أوصي لعبده برقبته 89

حكم ما لو أوصي لعبده بجزء من رقبته 90

حكم ما لو قال: أوصيت لعبدي بثلث مالي أو بكل ما أملك من رقبته وغيرها من أمواله ولا شيء له سواه 90

حكم ما لو خلف شيئاً غيره وأوصي له برقبته 90

حكم ما لو أوصي له بجزء من نفسه و كان أقل من الثلث ولا شيء له سواه 90

حكم ما لو قال: أوصيت له بكل ما أملك من رقبة وغيرها 91

حكم ما لو قال: أوصيت له بثلث ما أملك أو بثلث أمواله 91

حكم ما لو أوصي له بثلث جميع أمواله و شرط تقديم رقبته 91

صحّة وصيّة الإنسان لأمّ ولده 92

هل تعتق أمّ الولد - في الفرض المزبور - من نصيب ولدها أو من الوصيّة ؟ 92

صحّة وصيّة الإنسان لمدبره و تجتمع له وصيتان: التدبير و الوصيّة بالمال 93

صحّة وصيّة الإنسان لمكاتبه المطلق و المشروط 94

حكم ما لو أوصي لمكاتبه المطلق أو المشروط أو لمدبره برقبته و كذا لأمّ ولده برقبته 96

حكم الوصيّة لمكاتب الغير المشروط أو المطلق 96

صحّة الوصيّة لمكاتب الغير المطلق إذا تحرّر بعضه بقدر ما فيه من الحرّية 96

صحّة وصيّة المكاتب المتحرّر بعضه بقدر ما تحرّر منه 97

حكم وصيّة الإنسان لعبد وارثه 97

حكم ما لو أوصي لمن نصفه حرّ و نصفه لوارثه 98

حكم ما لو أوصي لمكاتب وارثه 98

البحث الثالث: في الوصيّة للدابة

بطلان الوصيّة فيما لو أوصي لدابة الغير و قصد تملكها 98

حكم ما لو أوصي للدابة و أطلق 99

حكم ما لو أوصي لدابة الغير وقصد الصرف في علفها 99

حكم الوصية للوحوش و الصيد المباحة 101

حكم ما لو أوصي للبهيمة المملوكة فانتقلت الدابة من مالكها إلي غيره 101

حكم الوصية لدار زيد أو للمسجد 101

البحث الرابع: في الوصية للكافر

حكم وصية المسلم للحربي 102

حكم الوصية للمرتد عن فطرة وعن غير فطرة 104

حكم الوصية لأهل الذمة 104

صحة وصية الذمي للذمي وللمسلم وكذا المسلم للمسلم و حكم وصيته للذمي 106

حكم وصية الحربي للحربي 106

بطلان الوصية لكافر بمصحف وعبد مسلم 106

فيما لو أوصي المسلم لأهل قريته لم يعط من فيها من الكفار 107

فيما لو أوصي لقربته وفيهم كافر ومسلم لم يعط الكافر شيئاً 107

حكم ما لو أوصي لأهل قريته وكلهم كفار أو لقربته وهم كفار 108

حكم الوصية فيما لو كان أكثر أهل القرية كفاراً 108

فيما لو أوصي للفقراء انصرف إلي فقراء ملته 108

فيما لو كان في القرية كافر من غير أهل دين الموصي فهل يخرج عن الوصية ؟ 109

البحث الخامس: في الوصية للقاتل

حكم الوصية للقاتل 109

هل يقع فرق في حكم الوصية بين قتل العمد والخطأ؟ 111

فيما لو قتلت أم الولد سيدها عتقت من نصيب الولد وإن استعجلت 113

مستحقّ الدين المؤجل إذا قتل المديون حلّ أجله 113

ص: 446

فيما لو قتل المدبّر سيّده فهل تبطل وصيّته أم لا؟ 113

حكم ما إذا أوصي لعبد جارحه أو لمدبّره أو مستولده وعتق قبل موت الموصي أو انتقل منه إلى غيره 114

حكم ما لو أوصي لعبد بشيء فجاء العبد وقتله أو جاء السيّد وقتله 114

حكم ما لو أوصي لمكاتب فقتل المكاتب الموصي أو جاء سيّد المكاتب فقتله 114

البحث السادس: في الوصيّة للوارث

صحّة الوصيّة للوارث سواء أجاز الورثة أم لا 114

فيما لو وهب الوارث في مرض موته أو أبرأه عمّا له في ذمّته أو وقف عليه كذلك كان حكمه حكم الوصيّة 118

صحّة الوصيّة للوارث من الثلث وإن لم يجز الورثة 118

حكم ما لو أوصي لغيره بشيء يزيد على الثلث 119

من منع من العامّة الوصيّة للوارث اعتبر كونه وارثاً حال الموت 119

فيما لو أوصي لكلّ واحد من ورثته بقدر حصّته من التركة لغت الوصيّة 120

حكم ما لو أوصي لكلّ واحد من الورثة بعين هي قدر حصّته من غير ترتيب 121

حكم ما لو أوصي أن تباع عين ماله من إنسان 121

حكم ما لو باع المريض ماله من وارثه بثمن المثل 121

حكم ما لو أوصي بثلث ماله لأجنبيّ و وارث 122

حكم ما لو أوصي لهذا بالثلث و لهذا بالثلث 122

حكم ما لو أوصي لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة أو بما دونه 124

حكم ما لو أوصي لبعض الورثة بأكثر من نصيبه 124

حكم ما لو أوصي لأجنبيّ بثلث ماله و لأحد ابنيه الحائزين بالكلّ و أجازا الوصيّتين أو ردّاهما 126

حكم ما لو أوصي لأجنبي بالثلث و لكل واحد من ابنيه بالثلث فردًا 126

حكم ما لو وقف دارا في مرض موته علي ابنه الحائر 127

حكم ما لو كان له ابن و بنت فوقف ثلثي داره علي ابنه و الثلث علي البنت 128

حكم ما لو وقف الدار - في الفرض المزبور - عليهما نصفين و احتملها الثلث 128

حكم ما لو وقف الدار علي ابنه و زوجته نصفين و لا وارث له غيرهما 129

حكم ما لو وقف ثلث الدار علي ابنه و ثلثيها علي ابنته و لا وارث له سواهما 130

حكم ما لو أسقط المريض عن وارثه دينًا له عليه أو أوصي بقضاء دينه الذي عليه للأجنبي أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن
جناية موجبها المال 130

حكم ما لو عفا عن القصاص أو عن حد القذف 131

حكم ما لو أوصي لغريم وارثه أو لولد وارثه 131

حكم ما لو أوصي بثلث لوارث و أجنبي و قال: إن ردّوا وصيّة الوارث فالثلث كلّ للأجنبي 131

فيما إذا قال: أوصيت لفلان بثلثي فإن مات قبلي فهو لفلان صحّ 131

فيما إذا قال: وصّيت بثلثي لفلان فإن أقبل فلان الغائب فهو له صحّ 132

حكم ما لو أوصي لوارثه فأجاز بعض الورثة الوصيّة دون بعض 132

المطلب الثاني: في المسائل اللفظيّة

البحث الأوّل: فيما يتعلّق بالوصيّة للحمل

حكم ما إذا قال: أوصيت لحمل فلانة بكذا فأنت بولدين 133

فيما لو كان أحد الولدين - في الفرض المزبور - خرج ميّتا فالكلّ للحَيّ 133

حكم ما إذا قال: إن كان حملها غلاما فأعطوه عشرة و إن كان جارية فأعطوه خمسة فولدت غلامين 134

حكم ما لو قال: إن كان في بطنها غلام فله كذا فولدت غلاما و جارية أو غلامين 135

حكم ما لو قال: إن ولدت ذكرا فله مائتان وإن ولدت أنثى فمائة فولدت خنثى مشكلا أو ذكرا وأنثى 135

البحث الثاني: في الوصية للجيران والقراء والعلماء

صحة الوصية للجيران وتحديد الجار 136

فروع:

1 - فيما لو أوصي لأهل دربه أو سكنته فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه 138

2 - فيما لو أوصي لجيران قريته أو لجيران بلده لم يكن لأهل القرية ولا لأهل بلده شيء 138

3 - فيما لو أوصي لجيران قريته فهل ينصرف إلي القرابا القريبة ؟ 138

فيما لو أوصي للقراء انصرف إلي من يقرأ جميع القرآن 138

هل يدخل في من يقرأ جميع القرآن من لا يحفظه وإنما يقرأ من المصحف ؟ 139

فيما لو أوصي للعلماء أو لأهل العلم صرف إلي العلماء بعلوم الشرع 139

فيما لو أوصي للفقهاء فيندرج فيه من يصدق عليه أنه فقيه عرفا 140

فيما لو أوصي لأعقل الناس في البلد فهو لأجودهم تدبيرا في دينه و دنياه 140

فيما لو قال: لأجهل الناس أو لأجهلهم من المسلمين 140

رد العلامة الحلبي لبعض الشافعية القائل بصرف الوصية - في الفرض المزبور - إلي من يسب الصحابة أو إلي الإمامية المنتظرة للقائم 141

البحث الثالث: في الوصية للفقراء والمساكين وباقي أصناف الزكاة

فيما إذا أوصي للفقراء صرف إلي فقراء أهل نحلته 161

تعريف الفقير 161

هل يدخل المساكين في الوصية للفقراء؟ أو يدخل الفقراء في الوصية للمساكين ؟ 161

فيما لو جمع في الوصية بين الفقراء والمساكين صرف إليهما 162

ص: 449

فيما لو فضل أحدهما علي الآخر وجب متابعتة 162

مصرف الوصية لسبيل الله 162

فيما لو أوصي للرقاب فهو للمكاتبين و العبيد الذين في الشدة 163

حكم ما لو دفع الوصية إلي مكاتب فعاد إلي الرق و المال باق في يده أو يد السيد 163

فيما لو أوصي للغارمين أو لأبناء السبيل صرف إلي من يصرف إليه الزكاة منهم 163

فيما لو أوصي للفقراء و المساكين جعل المال بين الصنفين نصفين 163

فيما لو أوصي لبني زيد و بني عمرو هل يقسم المال علي عددهم ؟ 164

عدم وجوب الاستيعاب و كفاية الصرف من كل جنس إلي ثلاثة 164

فيما لو أوصي لفقراء بلدة بعينها و هم محصورون وجب استيعابهم و التسوية بينهم 164

اشتراط القبول في هذه الوصية 164

فيما إذا أوصي للفقراء و المساكين لم يجب تتبع من غاب عن البلد 164

عدم جواز نقل المال الموصي به للفقراء و المساكين عن بلد الوصية مع وجودهم فيه 165

فيما لو أوصي للغارمين صرف المال إلي من تصرف إليه الزكاة منهم 165

هل يجب الاستيعاب مطلقا أو يشترط انحصارهم ؟ 165

فيما إذا اقتصر الوصي علي ثلاثة ضمن حصص الباقيين 165

فيما إذا أوصي لثلاثة معيّنين وجبت التسوية بينهم 165

حكم ما لو أوصي لسبيل البرّ أو الخير أو الثواب 166

فيما لو قال: ضع ثلثي فيما رأيت أو فيما أراك الله فهل يجوز أن يضعه في نفسه ؟ 166

فيما لو قال: أعط من شئت لم يكن له إعطاء نفسه 166

فيما لو أوصي لأصناف الزكاة صرف إلي الأصناف الثمانية المذكورة في القرآن 166

البحث الرابع: في الوصية للواحد و الجمع أو لغير المالك

فيما يتعلّق بما إذا أوصي لزيد و لجماعة معه 167

فيما يتعلّق بما إذا قال: لزيد الفقير و للفقراء أو لزيد الكاتب و للفقراء 169

فيما لو أوصي لزيد بدينار و للفقراء بثلاث ماله لم يصرف إلي زيد غير الدينار و إن كان فقيرا 170

فيما يتعلّق بما إذا أوصي لزيد و الفقراء و المساكين 170

حكم الوصية فيما لو كان الجماعة المنصّمة إلي زيد معيّنين محصورين أو غير محصورين 170

تذنيب: في حكم ما لو كانت له ثلاث أمّهات أولاد فأوصي لهنّ و للفقراء و المساكين 171

صحّة الوصية فيما لو أوصي لجماعة معيّنين غير محصورين 171

فيما يتعلّق بما إذا أوصي لبني فلان و كانوا قبيلة منتشرين أو غير قبيلة 173

بطلان نصف الوصية فيما إذا أوصي لزيد و جبرئيل أو ضمّ إلي زيد من لا يملك 173

بطلان نصف الوصية فيما إذا أوصي لابن زيد و ابن عمرو و لم يكن لعمرو ابن 174

بطلان نصف الوصية فيما إذا أوصي لزيد و لعقبه فمات ولده قبل موت الموصي 174

حكم الوصية فيما إذا أوصي للأجنبيّ و الوارث بثلاث ماله 175

فيما يتعلّق بما إذا أوصي لزيد و الملائكة أو لزيد و الرياح أو لزيد و الحيطان أو لزيد و لله تعالى 177

صحّة الوصية للمساجد و المشاهد و المدارس و الرّبط و أشباه ذلك 177

مصرف الوصية للكعبة عمارتها و معونة الحاجّ و الزائرين 178

البحث الخامس: في الوصية للقراة

صحّة الوصية للقراة نصّا و إجماعا 178

فروع:

- 1 - عدم اشتراط المحرمية في القرباة 182
 - 2 - فيما إذا أوصي لأقاربه صرف إلي جميع أقاربه البعيد و القريب 182
 - 3 - فيما لو خلف عمّا وعمّة و خالا و خالة و أوصي لأقاربه فهل تكون الوصية بينهم أرباعا 183
 - 4 - فيما إذا أوصي لذي قرابته لم يشترط فيه الجمع 183
 - 5 - فيما لو أوصي لأقارب زيد أو أقارب نفسه دخل فيه وراث زيد أو وراث نفسه 184
- فيما إذا أوصي لأقاربه أو أقارب زيد دخل فيه الأصول و الفروع 184
- فيما لو أوصي لأقاربه يصرف إلي المعروفين بنسبه 185
- فيما قاله الشافعية فيما لو أوصي لأقاربه من اعتبار أقرب جدّ ينسب إليه الرجل و يعدّ أصلا و قبيلة في نفسه 185
- دخول قرابة الأب و الأمّ في وصية العرب و العجم 186
- تذنيب: فيما إذا أوصي لأقاربه دخل فيه كلّ من يقرب إليه إلي آخر أب و أمّ في الإسلام 186
- فيما يتعلّق بما إذا قال: أوصيت لأقاربي أو لقرابتي أو لذي قرابتي أو لذي رحمي 186
- فيما لو أوصي لأقرب أقاربه أو لأقرب أقارب زيد أو أقرب الناس إليه أو أقربهم به رحما لم يدفع إلي الأبعد مع وجود الأقرب 188
- فيما لو اجتمع الأبوان و الولد - في الفرض المزبور - تساوا في الاستحقاق 188

فروع:

- 1 - تساوي أولاد البنين و أولاد البنات في الوصية 189

ص: 452

2 - تساوي الأب و الأم في هذه الوصية وكذا الابن و البنت و الجدّ أبو الأب و الجدّ أبو الأم 189

3 - فيما لو لم يكن أحد من الأولاد و الأحفاد و الأبوين قدّم الأجداد و الجدّات و الإخوة و الأخوات 189

4 - تساوي ابن الأخ و أبي الجدّ 190

5 - أقربيّة الأخ من الأبوين من الأخ من الأب خاصّة 191

هل الأخ من الأبوين أقرب من الأخ من الأم؟ 191

6 - تساوي الأخ من الأب و الأخ من الأم و أولاد الإخوة و أولاد الأعمام و الأخوال. 191

7 - هل تقدّم الجدّة من الجهتين علي الجدّة من جهة واحدة ؟ 191

8 - العمّ من الأب لا يرث مع ابن العمّ من الأبوين 192

هل يحرم العمّ من الأب في الوصية بابن العمّ من الأبوين ؟ 192

فيما يتعلّق بما إذا أتى في وصيته بلفظ الجمع 192

فيما إذا أوصى لجماعة من أقرب أقاربه و كان له ابن و أخ و عمّ لا غير أو كان له ابن و أخوان فالوصية بينهم أثلاثا 194

فيما إذا كان له - في الفرض المزبور - ابن و ثلاثة إخوة دخل جميعهم في الوصية 194

فيما لو أوصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب في الجملة 194

صحّة الوصية فيما لو أوصى لآله أو لآل غيره و صرفت إلي قرابته 194

من هم آل رسول الله صلّي الله عليه و اله ؟ 195

صحّة الوصية لآل غير النبي صلّي الله عليه و اله 195

فيما لو أوصى لأهل بيته صرف إلي أقاربه من قبل الأب و من قبل الأم 196

فيما لو أوصى لآباء فلان أو أمهات فلان دخل فيه أجداده أو جدّاته من الجهتين 198

فيما لو أوصي لجنسه أو لأهل بيته أو لآله دخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه وأمهاته إلي أقصى أب وأم له في الإسلام 199

حكم ما لو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها 199

فيما لو أوصي لبني فلان فهل تدخل فيه الإناث ؟ 199

دخول الذكور والإناث في الوصية فيما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ 200

عدم دخول مولي العتاقة والموالة في الوصية المذكورة 200

فيما لو أوصي لولد فلان فالوصية للذكر والأنثى علي السواء 200

صحّة الوصية لورثة فلان ودخول كل من يرثه من ذكر وأنثى في الوصية بالسوية 200

فيما لو أوصي لأولاده دخل فيه الذكور والإناث بالسوية 200

هل يدخل أولاد الأولاد في الوصية المزبورة ؟ 200

فيما لو أوصي لأولاده وليس له إلا أولاد أولاد تصرف الوصية إليهم 202

هل يدخل أولاد أولاد الأولاد فيما لو أوصي لأولاده وأولاد أولاده ؟ 202

فيما لو أوصي لأولاده دخل البنون والبنات والخناثي المشكلون 202

فيما لو أوصي للبنين حقيقة لم تدخل البنات ولا الخناثي المشكلون 202

حكم دخول بني البنين أو بني البنات في الوصية المزبورة 202

فيما لو أوصي للبنات لم يدخل الأبناء ولا الخناثي 203

حكم دخول بنات الأولاد 203

فيما لو أوصي للخناثي لم يدخل البنون ولا البنات 203

فيما لو أوصي للبنين والبنات فهل يدخل الخناثي ؟ 203

فيما لو أوصي لبني تميم تدخل البنات في الوصية 203

فيما لو أوصي لذريته أو عقبه أو نسله فهل يدخل أولاد البنات ؟ 203

فيما لو أوصي لعترته أو لعشيرته وبيان العترة والعشيرة 204

فيما لو أوصي لأخواته لم يدخل الإخوة 205

فيما لو أوصي لإخوته فهل تدخل الأخوات ؟ 205

فيما لو أوصي لأختانه و تعريفهم 205

فيما لو أوصي لأصهاره و تعريفهم 206

صحّة الوصيّة فيما لو أوصي ليتامي بني فلان أو لأراملهم أو لعميانهم أو لزمنهم سواء كانوا عددا محصورا أم لا 206

صحّة الوصيّة فيما لو أوصي لشبّان بني فلان أو لأيامي بني فلان أو لثيبيهم أو لأبكارهم 207

هل يشترط الفقر في الأرامل ؟ 208

فيما لو أوصي لثيب في القبيلة فالوصيّة للنساء اللاّتي دخل بهنّ الرجال 208

فيما لو أوصي للمعتريّن من الأقارب فهي للذين يتعرّضون و لا يسألون 209

تفسر ذوي القنوع و غلمان القوم و صبيانهم و الأطفال و الذراري و الشيوخ و الفتيان و الشبّان 209

البحث السادس: في الوصيّة للمولي

لفظة المولي مشتركة بين معان: الأولي، ابن العمّ، الحليف، الجار، المعتق، العتيق 209

فيما إذا أوصي لمولاه صرف إلي ما دلّت القرينة عليه 209

فيما إذا لم يكن له إلّا مولي واحد من هؤلاء المذكورين صرف إليه 210

لفظ المولي يقع علي المعتق و علي العتيق و يسمّي الأول: المولي الأعلى و الثاني: المولي الأسفل 210

حكم ما إذا أوصي لمواليه و وجد المولي الأعلى و المولي الأسفل وفيه وجوه خمسة 210

ص: 455

- 1 - وجوب البحث عن موضع الأوجه الخمسة 212
 - 2 - فيما لو لم يوجد إلا أحدهما صرف اللفظ إليه 212
 - 3 - فيما إذا اقتضي الحال الحمل علي الموالي من الأسفل ثبت الاستحقاق لكل من عتق عليه 213
 - 4 - يدخل في الوصية من أعتقه في الصحة و المرض 213
 - 5 - اشتراط بعض الشافعية الفقر 213
 - 6 - لا بد من تعميم المستحقين إن انحصروا 213
 - 7 - فيما لو نذر عتق عبده إن لم يضربه فمات قبل ضربه دخل في الوصية 214
 - 8 - صحة الوصية فيما لو كان الموصي من العرب فأوصي لمواليه بثلث ماله 214
 - 9 - فيما لو أوصي لمواليه وقصد الأسفل أو كان عربياً صرف إليه 214
 - 10 - فيما إذا أوصي لمواليه لم يدخل فيه مولي المولاة ولا معتق المعتق 214
 - 11 - فيما لو كان له معتق واحد و موالي الموالي فالنصف لمعتقه و ما بقي للورثة 215
 - 12 - فيما لو أوصي لمواليه لم يدخل فيهم موال أعتقهم أبوه أو ابنه 215
 - 13 - فيما إذا أوصي لموالي بني فلان لفخذ محصور دخل فيهم المعتق و معتق المعتق 216
- فيما لو أوصي لأبويه أو لابنه و بنته بشيء تساويا 216
- فيما لو قال: علي كتاب الله تعالى كان للذكر ضعف الأنثى 216
- فيما إذا أوصي لأعمامه و أخواله بشيء معين فهل يتساوون فيه ؟ 216

الفصل الرابع: في الموصي به

تقسيم الموصي به إلي مال أو منفعة مال أو ولاية عليه 219

المطلب الأول: في الوصية بالمال

الباب الأول: في الشرائط

اشتراط كون العين الموصي بها مملوكة 219

صحة الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات 219

صحة الوصية بالجرو الذي يتوقع الانتفاع به 220

اشتراط كون المال الموصي به قابلا للنقل من شخص إلى آخر 220

صحة الوصية بما يقبل النقل وإن تعلّق به حق الغير 220

بطلان الوصية بحق القصاص و حدّ القذف 220

صحة الوصية بنجوم الكتابة و برقة المكاتب 221

حكم ما لو أوصي له بمال غيره أو قال: أوصيت لك بهذا العبد إن ملكته 221

بطلان الوصية بعين يحرم الانتفاع بها و لا تقبل التغيير 222

عدم جواز الوصية بما يحرم نقله غيرها و كذا الوصية بالعبد المسلم و المصحف للكافر 222

اشتراط عدم زيادة المال الموصي به على الثلث 222

عدم اشتراط وجود الموصي به حال الوصية 222

صحة الوصية بالحمل الموجود في الحال أو بالحمل الذي سيحدث 222

في أنّ الشرط في صحة الوصية بالحمل الموجود هو انفصاله لوقت يعلم وجوده عند الوصية و كذا انفصاله حيّا 222

بطلان الوصية بالحمل فيما لو انفصل ميتا و لم يكن بجناية جان 222

حكم الوصية في الفرض المزبور إذا كان انفصال الحمل ميتا بجناية جان 222

فيما قيل من بطلان الوصية بالحمل الذي سيكون 223

صحة الوصية بحمل الدابة الموجود حال الوصية و بالمتجدد في السنة الأخرى 223

صحّة الوصيّة بثمره البستان الحاصلة في الحال 224

حكم الوصيّة بالثمره المتجدّدة فيما بعد 224

فيما لو أوصي له بثمره بستانه فمات وفيه ثمره فله هذه الثمره وحدها 225

حكم ما لو أوصي بالثمره مدّة معيّنة أو قال: أبدا 225

صحّة الوصيّة بما لا قدرة علي تسليمه و كذا العبد الآبق و الطير المنفلت في الهواء و كذا المجهول 225

صحّة الوصيّة فيما لو أوصي بأحد العبدین 225

فيما لو أوصي بأزيد من الثلث وقف علي إجازة الورثة 226

استحباب الوصيّة أو وجوبها لمن يترك مالا 228

عدم استحباب الوصيّة للفقير الذي له ورثة محتاجون و لا حقّ عليه واجب 228

بيان القدر الذي لا تستحبّ الوصيّة لمالكه 229

في أنّ الأولي عدم استيعاب الثلث بالوصيّة وإن كان الموصي غنيا 230

في أنّ الأفضل للغني الوصيّة بالخمس 231

حكم ما لو أوصي بأكثر من ثلث ماله 232

فيما إذا أجاز الورثة ما زاد علي الثلث فهل هذه الإجازة تنفيذ و إمضاء لتصرّف الموصي أم ابتداء عطية من الورثة ؟ 234

حكم ما لو لم يكن للميت وارث خاصّ فأوصي بجميع ماله أو بما زاد علي الثلث 235

صحّة الوصيّة للوارث من غير اعتبار إجازته خلافا للعامة 236

كفاية لفظ الإجازة و الإنفاذ و الإمضاء و أشباه ذلك 237

فيما لو خلّف زوجة - هي بنت عمّه - و أباه - و كان وارثا - و كان قد أوصي لها و أجاز أبوها الوصيّة فلا رجوع له 238

فيما لو أعتق عبدا في مرضه و لا مال له سواه أو أوصي بعتقه فأجازوا عتقه أو وصيته بالعتق صحّ العتق و يكون الولاء بأسره للميت 238

صحّة العتق فيما لو تبرّع بثلث ماله ثمّ أعتق أو أوصي بالإعتاق 239

حكم الرجوع فيما لو أوصي لابن وارثه بعد تبرّعه بثلث ماله أو أعطاه عطية في مرضه فأجاز أبوه وصيته و عطيته ثمّ أراد الرجوع فيما أجازه 239

أيضا حكم الرجوع فيما لو تزوّج ابنة عمّه فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها ثمّ ماتت و خلفته و أباه فأجاز أبوه وصيته و عطيته 239

حكم الوقف فيما لو وقف علي ورثته في مرضه فأجازوا الوقف 239

في أنّ الهبة في مرض الموت من الوارث و الوقف عليه و إبراءه عمّا عليه من الدين كالوصية له 239

فيما لو أوصي لامرأة أجنبية و أوصت له ثمّ تزوّجها فهل تجوز وصيتها له ؟ 240

جواز الوصية عند العامة - في الفرض المزبور - فيما لو أوصي أحدهما للآخر ثمّ طلقها 240

هل يشترط في الإجازة و الردّ موت الموصي ؟ 240

تذنيب: في أنّه لو أذن الورثة للموصي في الوصية بأكثر من الثلث كان حكم إذنهم كحكم إجازتهم قبل الموت تمضي 242

تذنيب آخر: في لزوم الوصية فيما إذا أجاز الورثة بعد الموت و قبل القسمة 243

لا يشترط في الإجازة علم الورثة بالقدر الزائد علي الثلث و لا قدر التركة 243

اعتبار الإجازة من وارث جائز التصرف 245

الباب الثاني: في الوصية بالأعيان المعينة

البحث الأوّل: في الأعيان المحرّمة

بطلان الوصية بالأعيان المحرّمة التي ليس لها منفعة محترمة 245

بطلان الوصية بكلب الهراش 246

بطلان الوصية فيما لو أوصي بكلب من كلابه و كان كل كلابه كلاب الهراش 246

حكم ما لو قال: أعطوه كلبا من مالي 246

فيما إذا كان له كلب يباح اقتناؤه و لا مال له سواء فأوصي به لم تنفذ الوصية إلا في الثلث 247

فيما لو لم يكن له كلب و قال: أعطوه كلبا من كلابي بطلت الوصية 247

حكم ما لو قال: كلبا من مالي أو كان له كلب يباح اقتناؤه و له مال سواء 247

حكم ما لو أوصي ببعض الكلب أو كان له كلاب فأوصي ببعضها 248

حكم ما لو خلف مالا و كلابا فأوصي بالكلاب لرجل و بثلث ماله لآخر 249

حكم ما لو وصي - في الفرض المزبور - بثلث ماله و لم يوص بالكلاب 249

فيما إذا قسّمت الكلاب بين الوارث و الموصي له قسّمت علي عددها إن لم يكن لها قيمة 250

فيما إذا أوصي بكلب من كلابه فهل يخير الورثة في تعيينه أو يقرع ؟ 250

فيما لو كان له كلب يباح اقتناؤه و كلب هراش فالوصية بالمباح 250

صحّة الوصية بالجرو الصغير إن قصد به الصيد أو حفظ الزرع أو الماشية أو الحائط 250

بطلان الوصية بالخنزير أو بشيء من السباع المحرّم اقتناؤها أو كلّ ما لا منفعة فيه 250

حكم ما لو أوصي بدفّ من دفوفه 250

فيما لو أوصي بطبل حرب صحّت الوصية 251

فيما يتعلّق بالوصية بطبل اللهو 251

حكم ما إذا أوصي بما يقع اسمه علي المحلّل و المحرّم و لم ينص علي أحدهما 252

حكم ما لو كان له طبلان: طبل حرب و طبل لهُو و أوصي بطبل من ماله أو من طبله 253

فيما لو تعددت الطبول المباح استعمالها كان للموصي له واحد منها 253

فيما لو لم يكن إلاّ طبول محرّمة لم تصح الوصية 253

فيما إذا صحّت الوصية بالطبل فالجلد الذي عليه يدفع إلي الموصي له 253

فيما إذا جازت الوصية بالدفّ و كان عليه شيء من الجلاجل نزع و لم يدفع إلي الموصي له 253

فيما يتعلّق بالوصية بالعود 254

فيما إذا أوصي له بعود و لا عود له 255

تذنب: في حكم الوصية بالمزمار 256

بيان أنواع القسيّ و حكم الوصية بالقوس 256

فروع:

1 - حكم ما إذا قال: أعطوه قوسا من قسيّ و له أنواع من القوس 258

2 - حكم ما لو قال: أعطوه ما يسمّي قوسا 258

3 - فيما إذا أوصي له بقوس أعطي قوسا معمولة 258

هل تستتبع الوصية بالقوس الوتر؟ 259

4 - عدم دخول الثّساب و غلاف القوس في الوصية و دخول الريش و النصل في الوصية بالسهم 259

البحث الثاني: في الوصية بالأعيان المباحة من الحيوان

القسم الأوّل: الحيوان غير الرقيق

صحّة الوصية بالحيوانات المملوكة 259

فيما لو أوصي له بشاة تناول الذكر و الأنثى 259

ص: 461

تناول اسم الشاة صغيرة الجثة و كبريتها و السليمة و المعيبة و الصحيحة و المريضة 260

حكم ما لو قال: أعطوه شاة من شياهي أو من غنمي و لم يكن له غنم أو كان له 260

فروع:

1 - حكم ما لو قال: أعطوه شاة من مالي و لم يكن له غنم أو كان له 261

2 - حكم ما لو قال: أعطوه غنما من مالي و كان للموصي غنم أو لم يكن 261

3 - فيما إذا قال: اشترؤا له شاة و له شياه لم يعطه منها 261

4 - فيما إذا أوصي بشاة و هناك قرينة تدلّ علي التخصيص بالأنثي أو الذكر حمل اللفظ عليه 262

5 - مطلق الوصية بالشاة لا تحمل علي الظباء و الثور الوحشي حيث يطلق عليهما الشاة في اللغة 262

أسماء البعير و الجمل و الناقة تشمل السليم و المعيب و البخاتي و العراب 262

عدم إطلاق اسم الجمل علي الأنثي و الناقة علي الذكر 262

شمول اسم البعير للذكر و الأنثي 262

فيما لو أوصي بما بلغ سنًا معينة و جب 263

فيما لو قال: أعطوه بنت مخاض فهل تجزئ بنت اللبون ؟ 263

إطلاق اسم الثور علي الذكر من البقر و هل يطلق البقرة علي الذكر من البقر ؟ 263

فيما لو قال: أعطوه عشرة من الإبل أو البقر أو الغنم جاز الذكر و الأنثي 264

فيما لو قال: أعطوه عشر أيتق أو بقرات لم يعط الذكور 264

فيما لو قال: أعطوه عشرا من الإبل أو عشرة جاز الذكر و الأنثي 264

فيما لو قال: أعطوه رأسا من الإبل أو البقر أو الغنم جاز الذكر و الأنثي 264

فيما لو أوصي بكلب أو حمار فينصرف إلي الذكر منهما 264

فيما لو أوصي بكلبة أو حمارة أو أتان فهو للأنثي 265

تذنيب: في أنه لا يدخل الضأن في اسم المعز ولا بالعكس 265

هل تدخل الجوامس في إطلاق البقر؟ 265

اشتهار استعمال الدابة في المركوب من البهائم 266

فيما لو قال: أعطوه دابةً انصرف إلي الخيل والبغال والحمير 266

حكم ما إذا قال: أعطوه دابةً من دوابي و له الأجناس الثلاثة أو جنسان منها أو لم يكن له إلا جنس واحد أو لم يكن له منها شيء 266

شمول لفظ الدابة للذكر والأنثى والسليم والمعيب والصغير والكبير 267

فيما إذا قرن بلفظه ما يخصّص اللفظ بأحد الأوصاف المذكورة حمل عليه 267

جواز الوصية بكل حيوان مملوك ينتفع به منفعة مقصودة في نظر الشرع وإن كان غير مأكول اللحم 268

القسم الثاني: في الوصية بالرقيق

تناول اسم الرقيق للصغير والكبير والسليم والمعيب والمسلم والكافر والذكر والأنثى والخنثي 268

بطلان الوصية فيما لو قال: أوصيت له برأس من رقيقي ولم يكن له رقيق يوم الوصية ولا حدث من بعد 268

حكم الوصية فيما لو حدث له أرقاء بعد الوصية 268

حكم الوصية فيما إذا لم يكن له إلا رقيق واحد وقال: أعطوه رأساً من رقيقي 269

فيما إذا كان للموصي أرقاء أعطي الوارث للموصي له من شاء منهم حتى الخنثي 269

حكم الوصية فيما لو كان له أرقاء فأوصي بواحد منهم فماتوا أو قتلوا قبل موت الموصي أو بعد موته وبعد قبول الموصي له أو بعد الموت وقبل القبول 269

فيما إذا مات واحد منهم أو قتل بعد موت الموصي وقبل الموصي له أو قبل قبوله للوارث التعيين فيه 270

تذنيب: في بطلان الوصية لو أوصي له برأس من رقيقه ثم أعتقهم بأسرهم و مات و لا رقيق له 270

حكم ما لو أوصي برقيق من ماله و لم يضيف إلي أرقائه كان له رقيق أو لم يكن 270

فيما لو قال: اشتروا له مملوكا يجب الشراء و يجوز شراء المعيب 271

حكم الوصية فيما لو قال: أعطوه رأسا و لم يقل: من مالي 271

فيما إذا قال: أعطوه عبدا انصرف إلي الذكر 271

فيما إذا قال: أعطوه أمة لم يعط عبدا ذكرا و لا خنثي مشكلا 271

فيما إذا قال: أعطوه رأسا من رقيقي أعطي الوارث من شاء من عبد أو أمة أو خنثي 271

الباب الثالث: في الوصية بالعتق و الحجّ و غيرهما من العبادات

البحث الأول: في الوصية بالعتق

العتق من أفضل العبادات الشرعية 272

فيما إذا قال: أعتقوا عني عبدا عتق عنه ما يقع عليه الاسم 272

حكم ما لو قال: اشتروا بثلاثي عبدا و أعتقوه عني ففعل الوارث ثم ظهر عليه دين مستغرق 272

فيما إذا قال: أعتقوا عني رقابا أو اشتروا بثلاث مالي رقابا و أعتقوهم و أمكن شراء ثلاث رقاب فصاعدا بثلاثة فعل 273

عدم جواز صرف الثلث إلي رقتين أو رقبة مع إمكان الثلاث فما زاد 274

حكم ما لو لم يمكن شراء ثلاث رقاب بالثلث 274

حكم ما لو قال: اشتروا عبدا بألف و أعتقوه فلم يخرج الألف من ثلثه و أمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج 276

فيما لو قال: أعتقوا عبدي بعد موتي لم يفتقر إلي قبول العبد 277

فيما لو قال: أوصيت له برقبته فهي وصية صحيحة يقصد بها الإعتاق 277

هل يفتقر - في الفرض المزبور - إلي قبول العبد؟ 277

حكم ما لو قال: وهبت منك نفسك لا علي جهة التملك 277

حكم ما إذا قال: إذا متّ فأعتقوا ثلث عبدي أو قال: ثلث عبدي حرّ إذا متّ 277

فيما يتعلّق بما لو كان له ثلاثة عبيد متساوية القيمة و لا شيء له غيرهم فأعتق في مرض الموت ثلث كل واحد منهم 278

فيما يتعلّق بما إذا وجد تبرّعان فصاعداً واتّسع لها الثلث أو ضاق 281

حكم ما إذا وجدت التبرّعات المنجّزة مترتبة أو دفعة 281

فيما إذا كانت التبرّعات متعلّقة بالموت يقدّم السابق في الذكر إلي أن يستوفي الثلث 285

فيما لو كان في الوصايا الأمر بركة واجبة أو حجّ واجب قدّمت تلك الوصية علي سائر الوصايا 287

التبرّعات المنجّزة إذا وقعت في حال الصحة فهي من رأس المال 288

التبرّعات المنجّزة الواقعة في مرض الموت هل هي من الثلث أم من الأصل ؟ 288

العطايا المنجّزة حكمها حكم الوصية في أمور خمسة 289

1 - وقوف نفوذها علي خروجها من الثلث أو إجازة الورثة 289

2 - صحّتها للوارث وغيره بإجازة الورثة وغيرها 289

3 - نقصان فضيلتها عن فضيلة الصدقة في الصحة 289

4 - تراحمها للوصايا في الثلث 289

5 - اعتبار خروجها من الثلث حال الموت 289

افتراق العطايا المنجّزة عن الوصايا في أمور خمسة 289

1 - لزومها في حقّ المعطي بحيث ليس له الرجوع فيها وإن كثرت 290

2 - قبولها أو ردّها علي الفور في حياة المعطي 290

3 - افتقار العطية إلي شروطها المشروطة لها في الصحة 290

4 - تقدم العطايا علي الوصية 290

5 - البدء بالأوّل فالأوّل فيما إذا عجز الثلث عن جميع العطايا 290

بطلان تعليق العتق بشرط أو وصف أو زمان 291

حكم ما لو علّق عتق عبد بالموت وقصد العتق الموقوف لا التدبير وأوصي بإعتاق آخر 291

حكم ما لو وهب و أعتق وأقبض الهبة أو لم يقبضها 291

فيما لو تقدّمت الهبة ثمّ أعتق أو حابي ثمّ أقبض الهبة قدّم العتق أو المحاباة 291

هل تتقدّم الكتابة علي الهبة وسائر الوصايا؟ 292

حكم ما لو قال لعبده: أنت حرّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر أو سنة ثمّ مرض و مات 293

حكم ما لو قال: قبل موتي بشهر و نقص مرضه عن شهر 293

حكم ما لو قال في مرضه: سالم حرّ و غانم حرّ و سعيد حرّ أو قال: سالم و غانم و سعيد أحرار 293

حكم ما لو علّق عتقهم بالموت 293

حكم ما لو قال: إذا متّ فسالم حرّ و إن متّ في مرضي هذا فغانم حرّ 294

حكم ما لو كان له عبدان: غانم و سالم، فقال: إن أعتقت غانما فسالم حرّ 294

حكم ما لو قال: إن أعتقت غانما فسالم حرّ في حال إعتاقي غانما ثمّ أعتق غانما في مرضه 294

حكم ما لو قال: إن أعتقت غانما فسالم و سعد حرّان ثمّ أعتق غانما 294

حكم ما لو قال لعبده: إن تزوّجت فأنت حرّ ثمّ تزوّج في مرض الموت 295

حكم ما لو قال لجاريته الحامل: إن أعتقت نصف حملك فأنت حرّة ثم أعتق نصف الحمل في مرض موته 296

فيما لو ملك في مرض موته بالإرث من يعتق عليه فهل يعتق من الثلث أو من الأصل ؟ 297

فيما لو وهب منه من يعتق عليه أو أوصي له به فهل يعتق من الثلث أو من الأصل ؟ 297

حكم ما لو اشتري المريض من يعتق عليه و كان عليه دين أو لم يكن 298

فيما لو أعتق جارية بعد الموت وهي حامل لم يسر العتق إلي الولد 300

حكم ما لو استثنى الحمل صريحا فقال: هي حرّة بعد موتي إلا جنينها 300

فيما لو نجّز عتق الجارية في الحياة فهل يعتق الحمل ؟ 301

فيما لو كانت الأم لواحد و الحمل لآخر فأعتق مالك الأمّ الأمّ عتقت دون الحمل 301

حكم ما لو أوصي بعتق مملوكه و لا شيء له سواه و عليه دين 301

حكم ما لو أعتق في مرض الموت أو بعد موته عبيدين و لا شيء له سواهما و قيمة أحدهما مائتان و قيمة الآخر ثلاثمائة و لم يجز الورثة 302

حكم ما إذا أعتق ثلث عبيدة أو أوصي بعتقهم و كان لهم ثلث صحيح أو كان فيهم كسر 303

فيما إذا أوصي بثلث ماله في الرقاب صرف إلي المكاتبين و العبيد إذا كانوا في شدة 303

فيما إذا أوصي بعتق رقبة أجزأ الصغير و الكبير و الذكر و الأنثي و الصحيح و المعيب و المسلم و الكافر 306

حكم ما لو أوصي بعتق عبد لا مال له سواه أو أعتقه في مرضه و أجاز الورثة ثم ظهر علي الميّت دين يستغرق قيمة العبد 306

ص: 467

حكم ما لو كان قد أوصي بأن يشتري من ماله عبد و يعتق فاشترى و أعتقه عنه ثم ظهر دين يستغرق ماله 307

فيما إذا أوصي بعق عبد و عيّن شخصا و نصبه للوصية أعتقه النائب 307

فيما إذا أوصي بعق عبد مطلقا و لم يسند العتق إلي أحد يلزم الوارث إعتاقه 308

حكم ما إذا أوصي بعق و غيره و اتسع الثلث للجميع أو ضاق 308

حكم ما لو قال: يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حرّ 309

فيما لو أوصي أن يشتري له بثلاث ماله رقاب و يعتقون لم يجز صرفه إلي المكاتبين 309

حكم ما لو أوصي أن يشتري عبد زيد بخمس مائة و يعتق فتعذر شراؤه 310

حكم ما لو أوصي أن يشتري عبد بألف و يعتق عنه فلم يخرج من ثلثه 311

حكم ما لو أوصي بشراء عبد أو بيعه و أطلق 311

فيما لو أوصي ببيع عبد بشرط العتق صحّت الوصية 312

حكم ما لو أوصي ببيع عبد لرجل بعينه بثمن معلوم أو لم يسمّ ثمنه 312

حكم ما لو كان له عبدان اسم كلّ واحد: سعد، فقال: سعد حرّ بعد موتي و له مائتا درهم و لم يعيّنه 312

فيما لو قال: أحد عبيدي حرّ أقرع بينهم 312

حكم ما إذا قال: أعتقوا عتي عبدا أو أعتقوا أحد عبيدي 313

فيما لو أوصي بعق جماعة من عبيده مفضّلا بدئ بالأوّل فالأوّل 313

فيما إذا أوصي بعق جاريته علي أن لا تتزوّج ثمّ مات فقالت: لا أتزوّج و عتقت فإن تزوّجت بعد ذلك لم يبطل عتقها 314

حكم الوصية فيما لو أوصي لأمّ ولده بألف علي أن لا تتزوّج أو علي أن تثبت مع ولده ففعلت و أخذت الألف ثمّ تزوّجت و تركت ولده

314

فيما لو أعتق عباين ملساويي القيمة بكلمة واحدة و لا مال له غيرهما فمات أحدهما أفرع بين الحيّ و الميّت 314

فيما لو أعتق في مرض موته تبرّعا ثم أقرّ بدين لم يبطل تبرّعه و نفذ العتق 315

فيما لو قال: إن تزوّجت فعباي حرّ فهل يصحّ؟ 315

التدبير وصيّة يمضي من الثلث و للمدبر الرجوع فيه و في بعضه 316

فيما لو دبر عبده و كان عليه كفّارة عتق لم يجزئ التدبير عن العتق 316

فيما لو أوصي بصرف شيء في العتق فأخرجه الوصي في الحجّ عن الميّت لم يجزئ 316

في أنّه ينبغي عتق من ناله منه ضرر و شدّة 317

فيما لو أوصي بعتق رقبة أجزأ أن يعتق عنه مسمّاها من ذكر و أنثي و خنثي 317

فيما روي من أنّه إذا أوصي بعتق نسمة مؤمنة و لم يوجد ذلك جاز أن يعتق من أفناء الناس ممّن لا يعرف بنصب و لا عداوة 318

فيما روي من جواز شهادة مملوكين لغلام جارية لمولاهما 318

البحث الثاني: في الوصيّة بالحجّ

صحّة الوصيّة بالحجّ الاستحبابي و جواز النيابة فيه 319

حكم ما إذا أوصي أن يحجّ عنه و أطلق و لم يعيّن من بلده أو من الميقات 320

حكم ما إذا أوصي بحجّ التطوّع و غيره و قدّم الحجّ في الذكر أو قدّم غيره 321

فيما لو أوصي بالحجّ الواجب أخرجت من صلب المال إن أطلق 322

فيما لو أوصي بحجّ واجب و غيره قدّم الواجب من صلب المال و لو قال: من الثلث قدّم عليّ غيره من الوصايا 323

فيما إذا مات و عليه حجّ واجب و لم يوص حجّ عنه من صلب المال 323

فيما إذا أوصي أن يحجّ عنه حجة الإسلام من صلب ماله فهل يحجّ عنه من الميقات أو من بلده مع اتّساع المال ؟ 324

فيما إذا أوصي أن يحجّ عنه حجة الإسلام من ثلث ماله فإنّه يحجّ عنه من الثلث 324

فيما إذا أوصي أن يحجّ عنه و لم يحج حجة الإسلام و بلغ ثلثه حجة من بلده فهل يحجّ عنه من بلده أو من أقرب الأماكن ؟ 325

فيما يتعلّق بما إذا أوصي بالحجّ و قرن به ما يكون من الثلث 325

فيما يتعلّق بما إذا أوصي أن يحجّ عنه و يذكر حجًا واجبًا أو تطوعًا أو يطلق 326

فيما يتعلّق بما إذا أوصي أن يحجّ عنه واجبًا أو تطوعًا و عيّن الأجرة أو لم يعيّن 328

فيما إذا وجب عليه حجة الإسلام و حجة مندورة ثمّ مات بعد استقرارهما في ذمّته و لم يتّسع المال إلّا لإحداهما فهل تسقط المندورة أو تخرج من الثلث ؟ 329

فيما إذا أوصي أن يحجّ عنه حجة الإسلام من الثلث و أوصي لإنسان بمائة و التركة ثلاثمائة و أجرة الحجّ مائة قدّمت أجرة الحجّ و بطلت الوصيّة الأخرى 330

فيما لو أوصي بعدم التقديم و زعّ الثلث بين أجرة الحجّ و الوصيّة بالمال فدخلها الدور 330

فيما يتعلّق بما إذا أوصي أن يحجّ عنه من ثلثه بمائة و أوصي بما يقي من ثلثه لزيد و بثلث ماله لعمرو و قصد التشريك و لم يجز الورثة ما زاد علي الثلث 331

فيما لو قال: حجّوا عني بثلث مالي حجة و جب أن يحجّ عنه بثلث ماله 334

فيما يتعلّق بما إذا قال: حجّوا عني بثلثي و كانت أجرة المثل بقدر الثلث أو كان الثلث أكثر أو بقدر أجرة الحجّ مرّة واحدة 335

فيما إذا قال: حجّوا عني و أطلق و علم منه قصد التكرار حجّ عنه ما بقي من ثلثه شيء 335

فيما يتعلّق بما لو أوصي أن يحجّ عنه في كلّ سنة بعشرين ديناراً من ضيعة له ولم يتفق من يرغب بذلك أو قصرت الضيعة عن العشرين
336

فيما يتعلّق بما لو أوصي أن يحجّ عنه فلان بعينه وعيّن القدر أو لم يعيّنه 336

فيما روي عن الباقر عليه السلام في عبد مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم وقال له: اشتر منها نسمة فأعتقها عني وحجّ عني
بالباقى 337

الحجّ يؤدّي عن الميّت إن كان فرضاً وإن لم يوص 337

فيما لو عرف مستودع المال أنّ الورثة لا يحجّون عن الميّت جاز له أن يقتطع من الوداعة بقدر أجره الحجّ من أقرب الأماكن 337

فيما لو قال: حجّوا عني ولم يعيّن النائب فللوارث أن يحجّ بنفسه وبغيره 337

البحث الثالث: في الوصيّة بالصدقة وغيرها

فيما إذا أوصي بالصدقة حمل علي الندب إلّا أن يقول: إنّها واجبة فكان كالإقرار 338

فيما إذا عيّن الموصي مقدار الوصيّة والموصي له اتّبع ما عيّنه وإن أطلقهما اكتفي بأقلّ ما يتموّل ويتصدّق به علي من كان فقيراً 338

هل يكفي - في الفرض المزبور - إخراج الوصيّة في بناء القناطر أو عمارة المساجد ونحوهما؟ 338

حكم ما لو أوصي في سبيل الله وبيان المراد منه 338

فيما لو أوصي بالزكاة الواجبة وجب دفعها 339

فيما إذا لم يوص وعلم أنّ الميّت لم يخرج الزكاة وجب إخراجها عنه 339

فيما لو تبرّع أجنبيّ بأداء الزكاة عن الميّت جاز 340

فيما لو أوصي بالخمسة الواجب وجب إخراجها من صلب المال وإن لم يكن واجباً أخرج من الثلث 340

فيما لو أوصي بالصدقة المندوبة أخرجت من الثلث 340

ص: 471

صحّة قضاء الصلاة الفائتة الواجبة عن الميّت 340

فيما إذا أوصي الميّت بالصلاة الفائتة أخرجت الوصيّة من الثلث 340

في منع العامّة من الوصيّة بالصلاة عن الميّت و من التبرّع بها عنه وردّه بنصّ القرآن و الروايات 341

فيما إذا أوصي بكفّارة وجب إخراجها عنه 343

حكم ما إذا لم يوصّ بالكفّارة و كانت مرتّبة أو مخيرة 343

انتفاع الميّت بالدعاء له 345

انتفاع الميّت بالصدقة عنه 346

حكم التضحية عن الميّت 347

حصول النفع للميّت بالصوم عنه من غير نقصان ثواب الصائم 347

البحث الرابع: في الوصيّة المبهمة

حكم ما إذا أوصي بسهم من ماله و لم يبيّن 348

حكم ما إذا أوصي بجزء من ماله و لم يبيّن 351

حكم ما إذا أوصي بشيء من ماله و لم يبيّن 353

حكم ما إذا أوصي بمال كثير 354

تذنيب: في حكم ما لو أوصي بمجهول غير ما سبق 355

حكم الوصيّة بالمجهول 355

بطلان الوصيّة فيما لو أوصي بعبد من عبيده و لا عبيد له 357

فيما لو قال: أعطوه عبداً أو أعتقوا عبداً صحّت الوصيّة و اشترى له عبد 357

فيما لو كان له - في الفرض المزبور - عبيد جاز للورثة أن يعطوه أيّ عبد شاؤوا 357

فيما لو قال: أعطوه أمة أو أنثى لم يجزئ الذكر و لا الخنثى المشكل 358

فيما لو أوصي له بواحد من رقيقه أو برأس ممّا ملكت يمينه دخل في وصيّته الذكر والأنثى 358

فيما لو قال: اشتروا له عبداً و كان له عبيد لم يعط من عبيده 358

فيما لو أوصي له بسيف و كان في جفن عليه حلية كان كلّها له إذا خرج من الثلث 358

فيما لو أوصي له بصندوق وفيه مال أو بسفينة فيها طعام أو بجراب فيه متاع أو بكيس فيه ذهب دخل المال و الطعام و المتاع و الذهب في الوصية 359

فيما لو أوصي له بخاتم وفيه فصّ دخل الفصّ فيه و لم يدخل الخاتم لو كانت الوصية بالفصّ 360

فيما لو أوصي لواحد بالخاتم و لآخر بالفصّ صحّ 360

حكم ما لو أوصي بوصية و جعلها أبواباً مسمّاة فنسي الوصي باباً منها 360

البحث الخامس: في الوصية بالنصيب

حكم ما إذا أوصي له بنصيب وارث و قصد العين 361

فيما لو أوصي له بمثل نصيب أحد الورثة و عيّنه صحّت الوصية من الثلث و اختلف في تقديره 362

حكم ما إذا كان له ورثة متعدّدون و أوصي لزيد بمثل نصيب أحدهم 364

حكم ما لو قال: أوصيت بمثل نصيب أقلّهم أو أكثرهم ميراثاً 365

حكم ما لو أوصي له بمثل نصيب بنته و لا وارث له سواها 366

حكم ما لو كان له بنتان و أوصي بمثل نصيب بنتيه 366

حكم ما لو كان له ثلاث أخوات من أم و إخوة من أب فأوصي لأجنبيّ بمثل نصيب أحد ورثته 366

حكم ما لو كان له زوجة و بنت و قال: مثل نصيب بنتي 366

حكم ما لو كان له أربع زوجات و بنت فأوصي بمثل نصيب إحداهنّ 366

حكم ما لو قال في الفرض المزبور: مثل نصيب أكثرهم 366

حكم ما لو أوصي بمثل نصيب ابن و له ثلاثة بنين و ثلاث بنات 367

حكم ما لو أوصي بمثل نصيب بنت و له بنت و ثلاثة بنين 367

حكم ما لو كان له ابن و ثلاث بنات و أبوان و أوصي بمثل نصيب الابن 367

حكم ما لو أوصي له بمثل نصيب وارث مقدّر لو كان موجودا 367

حكم ما لو كان له ابن و أوصي بمثل نصيب ابن ثان لو كان 368

حكم ما لو أوصي و له ثلاثة بنين بمثل نصيب بنت لو كانت 368

حكم ما لو أوصي بمثل نصيب ابنه لو كان و لا ابن له 368

حكم ما لو كان له ابنان و أوصي لزيد بمثل نصيب ابن رابع لو كان و لعمر و بمثل نصيب ابن خامس لو كان 368

حكم ما لو كان له ابنان و أوصي لزيد بمثل نصيب ابن ثالث لو كان و لعمر و بمثل نصيب ابن رابع لو كان 369

حكم ما لو كان له ابنان و أوصي لزيد بمثل نصيب أحدهما و لعمر و بمثل نصيب الثاني 370

بطلان الوصية فيما لو أوصي له بمثل نصيب من لا نصيب له أو بمثل نصيب أخيه و هو محجوب عن ميراثه 371

حكم ما لو أوصي لواحد بثلاث ماله و لآخر بربعه و لآخر بخمسه و لآخر بمثل وصية أحدهم 372

حكم ما لو أوصي لرجل بعشر و لآخر بستة و لآخر بأربعة و لآخر بمثل وصية أحدهم 372

حكم ما لو أوصي لأحدهم بمائة و لآخر بدار و لآخر بعبد ثم قال: فلان شريكهم 372

حكم ما لو خلف ثلاثة بنين و أوصي لثلاثة بمثل أنصبتهم 372

حكم ما لو أوصي له بضعف نصيب ابنه 373

فيما قيل في تحديد الضعف 374

حكم ما لو أوصي له بضعفي نصيب ابنه أو بثلاثة أضعافه 374

فيما لو أوصي بضعف نصيب ابنه و لا وارث سواء فهي وصية بالثلثين 375

فيما لو قال: ضعف نصيب أحد أولادي أو أحد ورثتي أعطي مثلي نصيب أقلهم نصيبا 376

فيما لو أوصي لزيد بمائة و لعمر و بضعفها فهي وصية بمائتين 376

فيما لو أوصي بضعفي نصيب ابنه و له واحد فالوصية ثلاثة أرباع المال 376

حكم ما لو أوصي بضعفي نصيب أحد بنيه الثلاثة 376

فيما لو قال: ضعف ضعفه فهو ثلاثة أمثاله 376

حكم ما لو أوصي بحظ أو نصيب أو قسط أو بعض أو قليل أو وافر 376

فيما لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا شيئا قبل من الوارث تفسير الموصي به 378

فيما لو قال: أعطوه من واحد إلي عشرة أعطي ثمانية 378

فيما لو قال: أعطوه واحدا في عشرة أو ستة أعطي ما يقتضيه الضرب 379

حكم ما لو قال: أعطوه أكثر مالي أو أكثر مالي و نصفه أو أكثر مالي و مثله 379

حكم ما لو قال: أعطوه معظم الألف أو عامته أو قال: أعطوه دراهم أو دنانير 379

فيما لو قال: كذا درهما و كذا و كذا فكما في الإقرار 379

فيما لو قال: أعطوه مائة و درهما أو ألفا و درهما لم تتعين المائة و الألف في الدرهم 379

حكم ما إذا أوصي بجزء من ماله معين و له ورثة 379

حكم ما لو أوصي بأكثر من الثلث 381

حكم ما لو أوصي لواحد بجزء و لآخر بجزء 382

حكم ما لو استغرقت الوصايا المال بأسره أو زادت علي المال 383

حكم ما لو أوصي لواحد بنصف ماله و لآخر بالثلث و لآخر بالربيع 384

حكم ما لو أوصي لإنسان بعبد قيمته مائة و لآخر بجارية قيمتها ألف و لثالث بخمس مائة و ثلث ماله ثمان مائة 385

حكم ما لو أوصي لزيد بعشرة و لبكر بعشرة و لخالد بخمسة و ثلث ماله عشرون و قصد التشريك و لم يجز الورثة 385

حكم ما لو قال في الفرض المزبور: قدّموا خالدا علي بكر أو قدّموا خالدا علي زيد و بكر 385

حكم ما لو أوصي لرجل بجزء مقدّر و لآخر بمثل نصيب وارث 385

حكم ما لو أوصي لصاحب الجزء بالثلثين أو أوصي لرجل بجميع ماله و لآخر بمثل نصيب أحد ورثته 387

حكم ما لو خلف ستمائة و أوصي لرجل بمائة و لآخر بتمام الثلث 387

حكم ما لو وصّي - في الفرض المزبور - للأول بمائتين و للآخر بتمام الثلث 388

حكم ما لو وصّي لعبد الغير بثلثه و لآخر بتمام الثلث 388

فيما لو وصّي لرجل بثلث ماله و لآخر بمائة و لثالث بتمام الثلث علي المائة و لم يزد الثلث علي مائة أو زاد عليها 388

حكم ما لو أوصي بأجزاء من المال 389

حكم ما لو أوصي بثلثي ماله و نصفه و ثلثه 390

حكم ما لو خلف ابنين و أوصي لرجل بماله كلّه و لآخر بنصفه و قصد التشريك 390

حكم ما لو أوصي لزيد بعبد و لعمر و بما بقي من ثلث ماله 391

حكم ما لو لم يكن له مال سوى العبد فأوصي لزيد به و لعمر و بثله أو بثلث ماله وقصد التشريك 392

حكم ما لو خلف ابنين و أوصي بنصف ماله لزيد و بثله لعمر و 394

حكم ما لو أوصي لرجل بمعين من ماله كعبد و لآخر بجزء مشاع كالثلث من المال 395

حكم ما لو كانت وصية صاحب المشاع - في الفرض المزبور - بالنصف 397

حكم ما لو كانت المسألة المزبورة بحالها و ملكه غير العبد ثلاثمائة 398

حكم ما لو خلف عبدا قيمته مائة و مائتين و وصي لرجل بمائة و بالعبد كله و وصي لآخر بالعبد وقصد التشريك 398

حكم ما لو أوصي بجارية لزيد ثم أوصي لبكر بها أو أوصي بثله لزيد ثم أوصي لآخر بثله 399

فيما لو وصي بعبد لاثنتين فردّ أحدهما وصيته فلآخر نصفه 400

فيما لو وصي لاثنتين بثلي ماله فردّ الورثة ذلك و ردّ أحد الوصيين وصيته فلآخر الثلث كمالا 400

بطلان الوصية فيما لو أوصي له بشيء فتلف قبل موت الموصي أو بعد موته بغير فعل الورثة 400

فيما لو تلف المال كله - في الفرض المزبور - سواء فهو للموصي له 400

حكم ما لو أوصي له بمعين فاستحق بعضه أو تلف 400

فيما لو أوصي بشيء للمساكين هل يجوز نقله إلي مساكين غير بلد المال ؟ 403

الباب الرابع: في مسائل متبددة من هذا المطلب

حكم ما لو أوصي بفرس في سبيل الله و بألف درهم ينفق عليه فمات الفرس 404

حكم ما لو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض 404

حكم ما إذا اشترى المريض من يعتق عليه 405

ص: 477

حكم ما لو قبل المريض الوصية له بابه و قيمته مائة و خلف مائتين و ابنا آخر 407

حكم ما لو كان الابن - في الفرض المزبور - قيمته مائتين و بقيّة التركة مائة 407

حكم ما لو وهب له ثلاث أخوات متفرقات لا مال له سواهّن و لا وارث 408

حكم ما لو اشترى أباه بألف و لا شيء له سواه ثمّ مات و خلف ابنا 409

حكم ما لو اشترى ابنه بألف لا يملك غيره و مات و خلف أباه 410

حكم ما لو ترك الميّت - في الفرض المزبور - ألفين سواه 410

حكم ما لو اشترى المريض ابني عمّ له بألف لا يملك سواها و قيمة كلّ واحد منهما ألف فأعتق أحدهما ثمّ وهبه أخاه ثمّ مات و خلفهما و
خلف مولاه 411

المطلب الثاني: في الوصية بالمنافع

صحّة الوصية بالمنافع 411

فيما لو أوصى بخدمة عبد سنة من السنين و لم يعيّن صحّت الوصية 412

جواز أن يوصي بخدمة عبده لإنسان مدّة حياة زيد و كذا مدّة حياة العبد أو مدّة حياة المخدم 412

صحّة الوصية بالمنفعة مدّة معيّنة 413

الوصية بالمنافع تملك لها بعد الموت 413

فيما إذا أوصى بالمنفعة اعتبر خروجها من ثلث المال 415

بيان كيفية خروج المنفعة الموصى بها إن كانت مؤبّدة 415

حكم ما لو أوصى لرجل بدينار كلّ شهر من غلّة داره أو كسب عبده و جعله بعده لو ارثه أو للفقراء و المساكين و الغلّة و الكسب عشرة 419

حكم ما لو أوصى لإنسان بدينار كلّ سنة 420

حكم ما لو أوصى بخدمة عبده أو بمنافع دابّته و كانت الوصية مقيّدة بمدّة معلومة أو علي التأييد 421

ص: 478

حكم فطرة العبد الموصي بخدمته 424

حكم إعتاق الوارث للعبد الموصي بمنفعته 424

هل يصحّ عتق العبد الموصي بمنفعته في الكفّارة ؟ 424

تذنب: في أنّه هل للوارث أن يكاتب العبد الموصي بمنفعته ؟ 426

آخر: في أنّه ليس للموصي له بالمنفعة عتق العبد 426

آخر: فيما لو وهب الموصي له بالخدمة و المنافع العبد بمنافعه و خدمته فللورثة الانتفاع به 426

حكم بيع العبد الموصي بمنفعته 426

صحّة الوصيّة فيما لو أوصي برقبة العبد لإنسان و بمنفعته لآخر 427

فيما لو انهدمت الدار الموصي بمنافعها فأعادها الوارث بآلتها هل يعود حقّ الموصي له ؟ 427

فيما لو أوصي له بمنفعة العبد مؤبّداً كان للموصي له إثبات يده عليه 427

حكم ما لو أوصي له بمنافع أمته فأنت بولد من زوج أو زنا 428

لمن يكون الولد في الصورة المزبورة ؟ 428

لمن تكون قيمة هذا الولد إن قتل ؟ 428

حكم ما لو وطنها واطى بشبهة أو زوجيّة فأنت بولد 429

ليس للموصي له بمنفعتها وطؤها و حكم وطنها مع علم التحريم 429

فيما لو أولدها بالوطء هل تصير أمّ ولد؟ 429

ليس لوارث الموصي وطء الأمة الموصي بمنفعتها 430

بيان ما يدخل في الوصيّة بمنفعة العبد أو الدار أو خدمة العبد أو سكني الدار أو الوصيّة بالغلّة و الكسب 430

ليس للموصي له بمنفعة الأمة و لا للوارث تزويجها 431

ص: 479

فيما لو أوصي له بمنفعة العبد أو الأمة أو الدابة فللموصي له الانفراد بالسفر بالموصي بمنفعتها 431

حكم ما لو جني علي العبد الموصي بمنفعته بما يوجب القصاص أو المال 432

حكم ما لو جني العبد الموصي بخدمته بما يوجب القصاص أو المال 434

حكم ما لو أوصي له بثمرة نخلة فتنازع الورثة والموصي له في السقي 435

حكم إجارة الموصي له بالمنفعة العين مدّة أو إعارتها كذلك أو مطلقا 435

جواز الوصيّة بلبن شاة أو صوفها أو هما معا 436

فيما لو يئست الشجرة الموصي بثمرتها أو منفعتها كان حطبها للوارث 436

حكم ما لو وصّي له بثمرة سنة معيّنة فلم تحمل تلك السنة 436

صحّة الوصيّة فيما لو أوصي لرجل بشجرة و لآخر بثمرتها 436

صحّة الوصيّة فيما لو أوصي لرجل بحبّ زرعه و لآخر بتبنه 437

تنبيه: في صحّة الوصيّة بما لا يقدر علي تسليمه 437

تذنيب: فيما لو أوصي بالشقص الذي يستحقّ به الشفعة فحقّ الشفعة للوارث فقط 438

فهرس الموضوعات 439

ص: 480

بسم الله الرحمن الرحيم
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: 9

عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباه اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي 03134490125
هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722
قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصحان
الغمامي



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

