



پوهنتون سلام

پوهنځی شرعیات و قانون
مقطع ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

بررسی و مقایسه احکام وصیت و وصایت در مذاهب اهل سنت و تشیع
(رساله ماستری)

محصل: محمد هارون (صافی)

استاد رهنما: دکتور رفیع الله (عطاء)

سال: ۱۴۰۱ هـ ش موافق به ۱۴۴۴ هـ



پوهنتون سلام
پوهنځی شرعیات و قانون
مقطع ماستری فقه و قانون



امارت اسلامی افغانستان
وزارت تحصیلات عالی
معینیت امور علمی

بررسی و مقایسه احکام وصیت و وصایت در مذاهب اهل سنت و تشیع
(رساله ماستری)

محصل: محمد هارون (صافی)

استاد رهنما: دکتور رفیع الله (عطاء)

سال: ۱۴۰۱ هـ ش موافق به ۱۴۴۴ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



پوهنتون سلام



پوهنځی شرعیات و قانون

دپارتمنت فقه و قانون

بورده ماستری

تصدیق نامه

محترم محمد هارون ولد حبيب الله: ID: 98-568-SH-MSF محصل دور هفتم فقه و قانون که رساله ماستری خویش را زیر عنوان: بررسی و مقایسه احکام وصیت و وصایت در مذاهب اهل سنت و تشیع به روز ۱۳۰۱/۱۲/۱۱ هـ ش موفقانه دفاع نمود، و به اساس بررسی هیات تحکیم مستحق ۹۰ (نمره به عدد) پورکلا لود (نمره به حروف) گردید، موفقیت شان را از الله متعال خواهانیم.

اعضای هیات تحکیم:

ردیف	نام استاد	عضویت	امضاء
۱	استاد وزیر محمد سعیدی	عضو هیات	
۲	دکتور عبدالله حقیار	عضو هیات	
۳	دکتور رفیع الله عطاء	استاد رهنما و رئیس جلسه	

..... معاون علمی

..... امر بورده ماستری

إهداء

تقدیم به:

- به روح مبارک و مطهر بهترین عالم ، سرور کائنات و فخر موجودات حضرت محمد مصطفی صلی الله علیه و آله و اصحابه وسلم.
- به ارواح مبارک حضرات صحابه کرام رضی الله تعالی عنهم اجمعین.
- به ارواح مبارک تابعین و اتباع شان رحمهم الله.
- به ارواح مبارک همه شهداء گلگون کفن اسلام از ظهور تا به قیام قیامت.
- به پدر و مادر مهربانم که در تمامی عرصه های زندگی ام از هیچ نوع سعی و تلاش خستگی ناپذیر اجتناب نورزیده اند و مرا در همه مراحل زندگی علمی یاری رسانیده اند.
- به اساتذہ بزرگواری که با همه عطوفت و مهر پدرانہ همواره برایم مربی و رهنما بوده اند.
- به همه گمنامانی که مرام شان صرف کسب رضائیت ذات یکتا و یگانه بوده است.
- و بالاخره به همه کسانی که قلم شان در راه مبارزهء برحق و فی سبیل الله برداشته شده است.

سپاسگزاری

پس از ثناء و ستایش ذات اقدس الهی و درود بر روح مبارک رسول اکرم صلی الله علیه وسلم، درنخست میخوایم از وزارت محترم جلیله تحصیلات عالی، پوهنتون سلام، بورد ماستری، دیپارتمنت شرعیات و قانون، استاد رهنمایم محترم دکتور رفیع الله (عطاء) و اساتید محترم مناقش هر یک محترم استاد دکتور عبدالله (حقیار) و محترم استاد دکتور وزیرمحمد (سعیدی) از صمیم قلب سپاسگزاری نموده و بر طبق دساتیر قرآنی و سنت نبوی صلی الله علیه وسلم برخود واجب بدانم تا روح در بدن دارم از احترام و قدردانی ایشان لحظه ای غافل نشوم چون بهترین تعاون مورد قرآن کریم و سنت نبوی صلی الله علیه وسلم نیز آنست که بندگان الله تبارک و تعالی یکدیگر خویش را در تعقیب و فراگیری علوم دینی و علوم مشروع دنیوی معاضدت و مساعدت نمایند و در اخیر از الله متعال و منان برای همه اساتید بزرگوارم در همه عرصه زندگی موفقیت و سعادت دارین را مسالت دارم.

خلاصه بحث

وصیت یک نظام قدیمی است ولی در برخی از زمانه ها با ظلم و بی انصافی همراه بوده است چنانچه نزد رومی ها سرپرست خانواده از راه وصیت - حق تصرف بدون قید و شرط در املاک خویش را داشت حتی گاهی برای یک فرد اجنبی نیز وصیت میکرد و فرزندان خود را از میراثش محروم میساخت.

عرب های جاهلیت از روی فخر و مباحات به نفع اجنبی ها وصیت میکردند و اقارب نزدیک و میراثبر را از میراث خویش محروم میساختند.

وقتی دین مقدس اسلام ظهور کرد برای وصیت همانند سایر عقود و ایقاعات - ارکان، شروط، اسباب و موانع تعیین نمود تا هرگاه کسی به نفع دیگری وصیت میکند، باید احکام شرعی آنرا در نظر گرفته و به این امر مبادرت ورزد.

مصادر وصیت را قرآن، سنت و اجماع امت مسلمه تشکیل داده و حکمت تشریحی آن همانا رعایت مصلحت وصیت کننده بمنظور کسب رضای الله متعال و ثواب اخروی می باشد.

وصیت به اعتبارات متعدد به انواع مختلفی قابل تقسیم است که میتوان از آن جمله تقسیمات ذیل را نام برد: الف) تقسیم وصیت به اعتبار حکم تکلیفی.

ب) اقسام وصیت به اعتبار حکم وضعی.

ج) اقسام وصیت به اعتبار اطلاق و تقييد.

د) اقسام وصیت به اعتبار موضوع.

ه) اقسام وصیت به اعتبار منافع.

و) اقسام وصیت به اعتبار لزوم و جواز.

از نظر شیعه یک تقسیم دیگری نیز وجود دارد که به اعتبار عنصر تعهد و تملیک بوده و وصیت را به عهدی و تملیکی تقسیم و عناصر جداگانه ای برای آن ذکر کرده اند.

وصایت نیز عبارت از نهادی است که برای حمایت از محجور از طرف ولی قهری به عنوان وصی تعیین می گردد تا برای اداره امور مولی علیه بعد از فوت وی، اقدام کند البته ولی شخص می تواند به شخص دیگری اختیار دهد تا برای اداره حقوق و اموال مولی علیه شخصی را به عنوان وصی تعیین نماید.

وصایت با ولایت، قیمومت و وکالت تفاوت های زیادی دارد که هر یک به صلاحیت ها و مکلفیت های شرعی ولی، وصی، قیم و وکیل و نیز به مصالحی تعلق میگیرد که به اشخاص تحت ولایت، وصایت، قیمومت و وکالت در نظر گرفته شده است.

وصی باید حسب شرایط شرعی، مسلمان، عاقل، بالغ، عادل و امین بوده با طفل تحت وصایت خویش عداوت دنیوی نداشته باشد.

واژگان کلیدی:

در این رساله ، واژگان کلیدی قرار ذیل می باشد:

- وصیت.
- موصی.
- موصی له.
- موصی به.
- صیغهء وصیت.
- وصیت کتبی.
- وصیت اشاری.
- وصیت رسمی.
- وصی قضائی.
- وصی مختار.

أَلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَسُولِهِ الْكَرِيمِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ أَجْمَعِينَ.

ارث و وصیت که ارتباط نزدیکی باهم دارند از یک ویژگی برخوردار می باشند و آن اینکه اداره و سلطهء انسان ها را بر اموال شان در محدوده های زمانی پس از مرگ گسترش میدهد.

با استناد به تعاریفی که برای وصیت ارائه گردیده ، این مطلب بدست می آید که ملاک ارث را قرابت نسبی یا سببی تشکیل داده و میلان میت در آن نقشی ندارد ؛ درحالیکه وصیت بر پایهء احترام بر ارادهء میت و نفاذ خواسته های مشروع او راجع به مالش استوار گردیده است ؛ چون اداره و سلطهء انسان ها در محدودهء زمانی پس از مرگ با نظریه ای که فقه اسلامی در بارهء ارث دارد قابل قبول نیست ، بنابراین هرگاه بخواهیم رابطهء وصیت را با ارث دریابیم نخست می بینیم که موضوع ارث و وصیت هر دو ماترک میت را دربردارد ؛ اما نکتهء مهم اینست که مقررات مربوط به ارث ، آمره بوده و به ارادهء اشخاص تغییر نکرده و اموال و دارایی بجا مانده از متوفی بطور قهری به اقارب مستحق الارث وی منتقل می شود ؛ حال آنکه وصیت شخص پس از مرگش در اموالش نافذ می گردد.

طرح مسأله :

بیان مسأله اساسی تحقیق بطور کلی (شامل تشریح مسأله و معرفی آن، بیان جنبه های مجهول و مبهم، بیان متغیرهای مربوطه و منظور از تحقیق):

راه خیر در دید عام و نگاه تیزبینانه نه عجلولانه و موقت، این است که صدقه و احسان طوری باشد که بعد از مرگ انسان برایش سود داشته باشد تا اینکه پیوسته از انجام دهنده آن به نیکی سخن گفته شود و از زبان کسانی که مورد ترحم و احسان او قرار گرفته اند، درخواست رحمت و مغفرت خداوند متعال شود، کسانی که مکیدن آب آنان را نجات می بخشد و سیراب کردن تشنگی آنان را زنده می نماید و یک لقمه زندگی آنان را نجات می بخشد و بدن آنان را با لباس گرم یا لباسی که آنان را از گرما و سرما نجات دهد، بپوشاند و بیماری های طاری و مزمن آنان را با لمس انسانی مهربانانه معالجه می کند و علاجی که آنان را به صحت و عافیت بر می گرداند؛ زیرا به هیچ انسانی بعد از ایمان نعمتی برتر از عافیت بخشیده نشده است و آموزش آنان بعد از جهل و نادانی، و رهنمادادن آنان بعد از گمراهی و پرچم محبت و دوستی و آرامش را بین ذوی الارحام انتشار دهد. همانا این کمک ها جهت نجات یافتن مستضعفین از بیماری، فقر، گرسنگی و جهل می باشد. کسانی که در چشمهء آبی که آب جاری آن فرو رفته در معرض سرنگونی قرار گرفته اند طوری که در تاریخ گذشته خیر فراوانی را در میان جامعه اسلامی محقق گردانیده است از جمله وقف درمانگاه ها، بخشش ها، مدارس، کتاب ها و از راه وصیت های نیکوکاران و وقف های اهل نیکی و تقوی. این بخاطر پذیرفتن تشویق های اسلام بر آن در قرآن و سنت می باشد.

سؤالات اصلی تحقیق:

1) احکام وصیت و وصایت در مذاهب اهل سنت و تشیع چگونه بیان گردیده است؟

سؤالات فرعی تحقیق:

- 1) وصیت عقد است یا ایقاع؟
- 2) تفاوت وصیت به مال، منافع و معاش چه می باشد؟
- 3) مقدار وصیت در فقه اسلامی چقدر معین شده است؟
- 4) آیا وصیت برای حمل جواز دارد یا خیر؟
- 5) در مورد وصیت کتبی، شفاهی و اشاری، نظر فقهای کرام چه می باشد؟
- 6) وصیت در کدام حالات به حرمت و در کدام حالات به بطلان کشانیده می شود؟
- 7) رجوع از وصیت مجاز است یا ممنوع؟
- 8) چه زمانی قبول و رد موصی له شرعاً معتبر پنداشته می شود؟
- 9) آیا وصی میتواند با مال صغیر، معاملاتی چون مضاربه، قرض و غیره را انجام دهد؟
- 10) بین ولایت و وصایت شرعاً چه تفاوت هایی موجود است؟
- 11) آیا عدالت وصی شرط است یا نه؟ نظر فقهاء کرام در زمینه چه می باشد؟

دلایل و اسباب اختیار موضوع:

از آنجا که وصیت یک موضوع مهم و حایز اهمیت فراوانی بوده، دلایل و اسباب اختیار موضوع از طرف بنده در نکات آتی خلاصه می‌گردد:

1) در بیشتر کتب طوری که بنده در این موضوع کتب زیادی را از مطالعه گذراندم، انواع وصیت، تنفیذ وصایا، تزامم وصایا، مقدار وصیت و غیره مطالب آن بصورت جامع مورد بحث قرار نگرفته بود مگر اینکه مثلاً گاه به این کتاب و آن کتاب در مذاهب مختلف مراجعه می‌نمودم و یک سطر مطلب در این کتاب و چند سطر محدود در آن کتاب را می‌یافتم که جز سرگردانی چیز دیگری نبود که این امر باعث آن شد تا خود دست بکار شوم و تا جایی بتوانم همین سطور را در قالب عبارات و الفاظ ساده و یک نواخت نوشتاری در کتاب واحدی جمع‌آوری نموده، نخست مراجعه‌ء خویش و سپس مراجعه‌ء هموطنانم را در این زمینه از صعوبت به سهولت درآورم.

2) در کتب فقهی، مبحث وصیت در عبارات نهایت سخت و دشوار ارائه گردیده است و چون این امر باعث میشد تا مراجعه کنندگان به اهل فن و تخصص مراجعه و حل مطلب نمایند، بدین ملحوظ بنده کوشیدم تا آنرا در قالب عبارات ساده بزبان دری درآورم تا باشد مطالب با الفاظ ساده و رسا بیان شده باشد. از آنجا که وصایت به عنوان یک نهاد حمایتی، مفهوم اختصاصی و به اعتبارات متعدد، انواع مختلف خود را دارد، بنابراین، لازم است اعتبار حقوقی و شرح و بسط انواع و احکام آن در کتاب واحدی جمع‌آوری گردد البته طوری که فوقاً به عرض رسید، چنین معهودی کمتر ملحوظ گردیده بود و بنده بر آن شدم تا در این زمینه مباحث و مطالب مذکور را در یک رساله جمع‌آوری نمایم.

اهمیت و ضرورت انجام تحقیق:

(شامل اختلاف نظرها و خلاءهای تحقیقاتی موجود، میزان نیاز به موضوع، فواید احتمالی نظری و عملی آن و همچنین مواد، روش و یا فرآیند تحقیقی احتمالاً جدیدی که در این تحقیق مورد استفاده قرار می‌گیرد).

اهمیت تحقیق:

بنده حدود بیشتر از یک ونیم دهه در سیستم قضائی افغانستان علی الخصوص در دواوین مدنی و احوال شخصیه سَمْت عضویت و ریاست آنرا به عهده داشته ام و چون در اکثر قضایای روز افزون به مشاهده رسیده است که اغلب مردم عزیزمان افغانستان از مسائلی مانند ارث، وقف و وصیت آگاهی حتی جزئی نداشته و ندارند و به اجراء و تنفیذ وصیت نمی پردازند و از طرف دیگر حق ذی حق در معرض تضییع قرار می‌گیرد و ضمناً در این راستا کتابی که بتواند تا جایی جوابگوی این مطالب باشد، تدارک ندیدم بناءً علاقه ام بدان بیش از پیش شد و برآن شدم تا مطالبی را در قالب بیان شیوا و زبان گویا به رشته تحریر درآورم تا باشد خدمتی به دین و مردم عزیزم نموده باشم و همین گونه بر معلومات خویش بیافزایم.

ضرورت انجام تحقیق:

در این زمینه باید اظهار داشت که نکات اساسی ذیل بنده را واداشت تا در مورد موضوع حاضر، تحقیق نمایم:

- جذابیت موضوع نسبت به خود بنده و نظربه ضرورت مجتمع اسلامی.
- همچنان در موضوع حاضر کوشیده شده تا تشنت و پراکندگی ای که در کتب مختلف وجود داشت جلوگیری و مطالب آن بر طبق مباحث و فصول مربوط با تقسیم بندی های دقیق و بیان انواع آن ترتیب و تنظیم گردد.
- از آنجا که در جامعه افغانی، وصیت و تنفیذ آن از اهمیت شایانی برخوردار است و ضمناً چون راجع به طرز رسیدگی به دعاوی وصیت، کدام کتاب جامعی به رشته تحریر درنیامده بود، لذا خواستم در این رساله به طرز مرافعه و دادخواهی وصیت، احکام آن، تنفیذ آن، مقدار تنفیذ آن، توضیح حالات وجوب و عدم وجوب آن بر ورثه موصی و سایر احکام اصلی و تبعی آن را درج نمایم و توانسته باشم تا جایی به حل مشکلات روز افزون در زمینه فایق و نایل آیم.
- همین گونه در این رساله کوشیده خواهد شد تا احکام مربوط به وصیت و نحوه تنفیذ آن را به لحاظ تاریخی در ادیان گذشته چه آسمانی و غیر آسمانی نیز با بیان ساده و ملخص نیز بیان بدارم تا قدمت آن نیز تا جایی درج رساله گردیده و به زیبایی آن افزوده باشد.

پیشینه و ضرورت تحقیق: مرور ادبیات و سوابق مربوطه (بیان مختصر پیشینه تحقیقات انجام شده در داخل و خارج کشور پیرامون موضوع تحقیق و نتایج آنها و مرور ادبیات و چارچوب نظری تحقیق:

در رابطه به پیشینه موضوع مورد بحث باید خاطر نشان ساخت که کتاب‌ها و مقالات زیادی در این زمینه تألیف گردیده که اغلب آنها به زبان عربی و فارسی بوده که می‌خواهم طی چند شماره به معرفی برخی از آن کتب بپردازم:

(1) **ألوصية الشرعية (احكامها - أركانها - شروطها)**، تألیف: الدكتور مسلم اليوسف ، این کتاب در سال 1426 در حلب فلسطین بدست نشر سپرده شده و مؤلف کوشیده در این کتاب خود به سبک خیلی عالی اما بسیار ملخص ، باب وصیت را در فقه چهارگانه به مقایسه و بررسی بگیرد ، اما تا جاییکه دیده میشود با وجود نگارش زیبا ، بازهم این کتاب جایگاه ارزنده خود را ندارد ؛ زیرا در این کتاب آراء فقهای مذاهب چهارگانه صرف جمع آوری گردیده و از راجح و مرجوح و دلایل ترجیحی کدام بحثی بعمل نیامده و دانسته نمی شود که در کدام مبحث فقهی باب وصیت ، رأی کدام یک از فقیهان اسلامی قوی تر است .

(2) **أحكام الوصية في الفقه الاسلامي**، تألیف: محمد علی محمود حبیبی ، این کتاب در سال 2010 میلادی در نابلس فلسطین بدست نشر سپرده شده و مؤلف سعی بخرچ داده ارکان و شروط وصیت را خیلی زیبا بنگارد ؛ اما ایرادی که بر این کتاب وارد میشود ، اینست که مؤلف نتوانسته دلایل راجح و مرجوح را روشن و علاوه بر آن در کتاب مذکور موارد تطبیقی وصیت درج نگردیده که یک شخص چگونه میتواند دعوی وصیت را به راه اندازد و نیز بیان نگردیده که کدام وصایا نسبت به کدام دیگر در وقت مطالبه ، مقدم تر و اقوی به تنفیذ است .

(3) **مغنية ، محمد جواد ، الاحوال الشخصية على المذاهب الخمسة**، مترجم: مصطفی جباری و حمید مسجد سرایی ، سال طبع 1379 ، انتشارات ققنوس و شمشاد ، تهران - ایران . این کتاب نیز در حالیکه کتاب خیلی مفید و ارزنده ای است و تمام ابواب مربوطه آن به صورت مقایسه ای آمده و آرای پنج مذهب مشهور اهل سنت و شیعه در آن جمع آوری گردیده ؛ اما در این کتاب اسباب اصلی اختلاف فقهاء راجع به موضوعات مندرج آن طوریکه می بایست به گونه کتاب (بدایة المجتهد و نهاية المقتصد) سبک نگارشی مرتب با رعایت دلایل ترجیحی درج میگردد ، نگردیده است .

(4) **محمصانی ، صبحی رجب ، مبانی شرعی و قانونی حجر (نفقه - ارث و وصیت)**، مترجم: حمید مسجد سرایی و مصطفی جباری ، سال طبع 1391 ، به سلسله انتشارات دانشگاه سمنان - ایران . این کتاب حاوی مطالب خیلی زیبا و ارزنده ای است که میتواند تا جایی در مباحث و مطالب فقهی متعلق به حجر از لحاظ متنی آن جوابگوی نیازهای روزمره باشد ؛ اما به اعتبار شکلی و تطبیقی نمی تواند نیازهایی که بیشتر در حین تنفیذ و تطبیق موضوعات مربوط محسوس است ، جوابگو بوده باشد .

اهداف تحقیق:

اهداف تحقیق رسالهء حاضره در موارد آتیه خلاصه می شود:

- حصول آشنایی به روش های تحقیقی علی الخصوص مضامین فقهی برای خودم.
- روشن ساختن برخی از ابعاد و زوایای تاریک بحث.
- جمع آوری نظریات متعدد فقهای کرام در مورد وصیت بداخل یک کتاب مختصر.
- فراهم آوری تسهیلات برای حقوقدانان ، قضات و محصلین پوهنچی های شرعیات و حقوق.

روش تحقیق:

از آنجا که مبحث وصیت در فقه اسلامی حایز اهمیت زیادی بوده؛ حال آنکه مطالب آن در کتب و منابع فراوان مذاهب فقهی وجود دارد اما بصورت پراکنده، همچنان مطالب وصیت در کتب مختلف مقایسه گردیده اما آنهم از وضع نابسامان و پراکنده و نیز بصورت اجمالی، که نمی توان کلیه مطالب وصیت را در یک کتاب و در یک مذهب معین یافت، بدین ملحوظ لازم دیدم مضمون حاضر را به عنوان تحقیق تیزس ماستری خویش گزینم تا باشد از یک طرف در موضوع وصیت معلومات کافی خود را از لابلاي کتب معتبر فقهی مذاهب مختلف اهل سنت در یک کتاب واحد جمع آوری نموده باشم و از سوی دیگر توانسته باشم تا جایی مطالب پراکنده آنرا در ضمن یک کتاب جمع آوری نمایم. در تحلیل و تجزیه عنوان تحقیق حاضر بیشتر از روش توصیفی – تحلیلی و تطبیقی استفاده خواهم کرد. از آنجا که ارزش موضوع وصیت در زندگی روزمره انسان ها علی الخصوص در جوامع اسلامی بسیار زیاد و با اهمیت بوده، کوشیده شده تا مواردی درج گردد که بتوان از آن در مسائل روزمره و حل قضایای مربوط نیز استفاده نمود.

خطه البحث

(تقسيم بندي موضوع به فصلها ، مباحث و مطالب)

فصل اول – وصیت

مبحث اول: تاریخچه مختصر ، مفهوم ، مصادر مشروعیت و حکمت وصیت

مطلب اول: تاریخچه مختصر وصیت

مطلب دوم: مفهوم وصیت

مطلب سوم: مصادر مشروعیت وصیت

مطلب چهارم: حکمت وصیت

مطلب پنجم: حکم وصیت

مطلب ششم: ماهیت وصیت

مطلب هفتم: اوصاف ذاتی وصیت

مطلب هشتم: تفاوت وصیت با برخی از عقود

مبحث دوم) انواع وصیت

مطلب اول) اقسام وصیت به اعتبار حکم تکلیفی

مطلب دوم) اقسام وصیت به اعتبار حکم وضعی

مطلب سوم) اقسام وصیت به اعتبار اطلاق و تققید

مطلب چهارم) اقسام وصیت به اعتبار موضوع

مطلب پنجم) اقسام وصیت به اعتبار جواز و لزوم

مطلب ششم) اقسام وصیت به اعتبار وسائل تعبیر از اراده موصی

مطلب هفتم) اقسام وصیت به اعتبار عنصر تملیک و تعهد

مبحث سوم: ارکان و شروط وصیت

مطلب اول: نظر فقهاء راجع به تعداد ارکان وصیت

مطلب دوم) موصی

الف) مفهوم موصی

ب) شروط موصی

1) شروط متفق علیه در موصی

2) شروط مختلف فیه در موصی

3) شروط موصی به نزد شیعه

ج) احکام مربوط به موصی

مطلب سوم) موصی له

الف) مفهوم موصی له

ب) شروط موصی له

1) شروط متفق علیه در موصی له

2) شروط مختلف فیه در موصی له

3) شروط موصی له به نزد شیعه

ج) اقسام و احکام موصی له

1) وصیت برای موارد عام

2) وصیت برای حمل

3) وصیت برای معدوم

4) وصیت کردن بهره و منافع برای طبقات

5) وصیت برای جماعت محصور (قابل شمارش)

6) وصیت برای جماعت غیرمحصور (غیرقابل شمارش)

مطلب چهارم) موصی به

الف) مفهوم موصی به

ب) شروط موصی به

اول) نظر جمهور فقهای مذاهب اهل سنت والجماعت

دوم) نظر شیعه

ج) احکام مربوط به موصی به

مطلب پنجم) صیغه

الف) مفهوم صیغه یا لفظ وصیت

ب) وسائل تعبیر از صیغه یا لفظ وصیت

مبحث چهارم) تعدد و تراحم وصایا

مطلب اول) در صورتیکه همه وصایا برای مردم باشد

مطلب دوم) در صورتیکه تمام وصایا به قصد قربت باشند

مطلب سوم) در صورتیکه وصایا مخلوطی از وصایا برای مردم و وصایا به قصد قربت باشند

فصل دوم) وصایت

مبحث اول) مفهوم وصایت و تفاوت آن با برخی از نهادهای دیگر

مطلب اول) مفهوم وصایت

مطلب دوم) فرق بین وصایت ، ولایت و قیمومت

مبحث دوم) ارکان ، شروط و انواع وصایت

مطلب اول) ارکان وصایت

مطلب دوم) شروط وصایت

الف) شروط موصی

ب) وصی

اول) مفهوم و انواع وصی

1) مفهوم وصی

2) تفاوت وصی با ولی ، وکیل و قیم

دوم) شروط وصی

سوم) انواع وصی

1) اقسام وصی به اعتبار صلاحیت شخص تعیین کننده

2) اقسام وصی به اعتبار عنصر زمان

چهارم) وظایف و مکلفیت های شرعی و قانونی وصی

پنجم) تعدد اوصیاء

ششم) حالات عزل وصی

ج) موصی فیه

اول) مفهوم موصی فیه

دوم) شروط موصی فیه

سوم) صیغهء وصایت

چهارم) انواع وصایت

پنجم) حالات عزل وصی

ششم) انتهاء وصایت

مطلب سوم) مقدار وصیت و تنفیذ آن

الف) مقدار وصیت

ب) تنفیذ وصیت

مطلب چهارم) مبطلات وصیت

نتیجه گیری

پیشنهادات

فهرست آیات

فهرست احادیث

فهرست اعلام

فهرست منابع و مراجع

فصل اول – کلیات وصیت

مبحث اول: تاریخچه مختصر، مفهوم، مصادر مشروعیت و حکمت وصیت

- (1) **مطلب اول: مفهوم وصیت** (1)
- (1)..... **الف) مفهوم لغوی وصیت** (1)
- (2) **ب) تعریف فقهی وصیت** (2)
- (3) **1) تعریف حنفیه** (3)
- (3) **2) تعریف مالکیه** (3)
- (3) **3) تعریف شافعیه** (3)
- (4) **4) تعریف حنابله** (4)
- (4)..... **5) تعریف شیعه**..... (4)
- (5) **5) تعریف شیخ عبدالوهاب (خلاف)** (5)
- (5) **6) سبب اختلاف فقهاء و قول راجح** (5)
- (6) **مطلب دوم: تاریخچه مختصر وصیت**..... (6)
- (7)..... **مطلب سوم: مصادر مشروعیت وصیت** (7)
- (7) **الف) سبب مشروعیت وصیت از قرآن کریم** (7)
- (8) **ب) سبب مشروعیت وصیت از سنت نبوی (ص)** (8)
- (9) **ج) سبب مشروعیت وصیت از اجماع** (9)
- (10) **د) سبب عقلی مشروعیت وصیت** (10)
- (10)..... **مطلب چهارم: حکمت و سبب مشروعیت وصیت** (10)

مطلب پنجم: حکم وصیت.....(۱۰).....

قول اول) اینکه وصیت در اصل خود مستحب است نه واجب (11)

قول دوم) اینکه وصیت واجب است (11)

قول راجح (13)

مطلب ششم: ماهیت وصیت (13)

الف) نظر امام زفر رحمه الله (13)

ب) نظر جمهور رحمهم الله (14)

ج) نظر شیعه (14)

قول راجح (14)

مطلب هفتم: اوصاف ذاتی وصیت (14)

1) معلق بودن وصیت به مرگ موصی (14)

2) مجانی بودن تملیک در وصیت (14)

3) قابلیت رجوع از وصیت (15)

مطلب هشتم: تفاوت وصیت با برخی از عقود (15)

الف) تفاوت وصیت با إرث (15)

ب) تفاوت وصیت با هبه (16)

مبحث دوم) انواع وصیت

مطلب اول) اقسام وصیت به اعتبار حکم تکلیفی (17)

مطلب دوم) اقسام وصیت به اعتبار حکم وضعی (19)

مطلب سوم) اقسام وصیت به اعتبار اطلاق و تقفید (19)

(20).....مطلب چهارم) اقسام وصیت به اعتبار موضوع

(37).....مطلب پنجم) اقسام وصیت به اعتبار جواز و لزوم

(38).....مطلب ششم) اقسام وصیت به اعتبار وسائل تعبیر از اراده موصی

(41).....مطلب هفتم) اقسام وصیت به اعتبار عنصر تملیک و تعهد

مبحث سوم: ارکان و شروط وصیت

(42).....مطلب اول: تعداد ارکان وصیت از دیدگاه فقهای کرام (رح)

(42) الف) نظر احناف

(43) ب) نظر شیعه

(43) ج) نظر جمهور

مطلب دوم) موصی

(44)..... الف) مفهوم موصی

(44) ب) شروط موصی

(48) ج) احکام مربوط به موصی

مطلب سوم) موصی له

(52)..... الف) مفهوم موصی له

(53) ب) شروط موصی له

(55) ج) انواع احکام مربوط به موصی له

مطلب چهارم) موصی به

(60)..... الف) مفهوم موصی به

(ب) شروط موصی به (61)

(ج) احکام مربوط به موصی به (66)

مطلب پنجم) صیغه

(الف) مفهوم صیغه یا لفظ وصیت (69)

(ب) وسائل تعبیر از صیغه یا لفظ وصیت (69)

مبحث چهارم) تعدد و تزامن وصایا

(مطلب اول) در صورتیکه همه وصایا برای مردم باشد (82)

(مطلب دوم) در صورتیکه تمام وصایا به قصد قربت باشند (84)

(مطلب سوم) در صورتیکه وصایا مخلوطی از وصایا برای مردم و وصایا به قصد قربت باشند (85)

فصل دوم) وصایت

مبحث اول) مفهوم وصایت و تفاوت آن با برخی از نهادهای دیگر

(مطلب اول) مفهوم وصایت (87)

(مطلب دوم) فرق بین وصایت، ولایت و قیمومت (88)

مبحث دوم) ارکان، شروط و انواع وصایت

(مطلب اول) ارکان وصایت (89)

(مطلب دوم) شروط وصایت (89)

(الف) موصی و شروط آن (89)

(اول) مفهوم وصی (90)

(دوم) شروط وصی (92)

(98)..... تصرفات شرعی وصی

(100)..... تعدد اوصیاء

(100)..... حالات عزل وصی

ج) موصی فیه

(104)..... مفهوم موصی فیه

(106)..... شروط موصی فیه

(107)..... صیغهء وصایت

(108)..... قبول و رد وصایت

مطلب سوم) مقدار وصیت و تنفیذ آن

(112)..... مقدار وصیت

(121)..... تنفیذ وصیت

(124)..... مبطلات وصیت

(131)..... نتیجه گیری

(132)..... پیشنهادات

(134)..... فهرست آیات

(135)..... فهرست احادیث

(136)..... فهرست اعلام

(137)..... فهرست منابع و مراجع

فصل اول - کلیات

مبحث اول - مفهوم، تاریخچه مختصر، مصادر مشروعیت و حکمت وصیت

در این مبحث میخواهم نخست تاریخچه مختصر، مفهوم لغوی و اصطلاحی وصیت، سپس مصادر مشروعیت و حکمت شرعی آن را و در آخر اوصاف ذاتی آنرا به بحث و بررسی بگیرم:

مطلب اول - مفهوم وصیت

در این مطلب به تعاریف لغوی و فقهی وصیت از دیدگاه اهل لغت و فقهاء پرداخته میشود.

الف - تعریف لغوی وصیت

وصیت در لغت اسم مصدر است که یا مأخوذ است از (وصی - یصی) مانند (وقی - یقی) که بر این تقدیر به معنای وصل است و مناسبت آن با معنای اصطلاحی وصل تصرفات در حال حیات است نه در حال ممات و یا مأخوذ است از (أوصی - یوصی - إیضاء) یا (وصی - یوصی - توصیة / عهد، اندرز و وصیت نمود).¹ که با این وصف به معنای عهد است و نقل آن به معنای اصطلاحی که عبارت از عهد مخصوص می باشد من باب نقل عام است به خاص.

برخی میگویند: وصیت از باب رباعی (أوصی - یوصی) و یا از باب تفعیل یعنی (وَصَّی - یُوصِّی) گرفته شده که به معنای عهد بکار میرود.² در این صورت وصیت، نامیدن عقد مزبور به اعتبار تعهدی است که موصی، آنرا می پذیرد³ و اسم آن وصایت (به کسر یا فتح واو) به معنی تعیین وصی برای صغار و مجانین می باشد.⁴

اگر وصیت را از ریشهء (وَصَّی) بشماریم در لغت به معنای گیاهان بهم وصل شده و بافته شده آمده و (أَرْضٌ وَاصِیَةٌ) یعنی زمینی که سراسر پوشیده از گیاهان بهم متصل است.⁵

برخی میگویند: وصیت در لغت به معنای وصل و پیوند است و به اعتبار اتصال تصرفات زمان حیات موصی، به زمان پس از فوت، آن را وصیت نامیده اند. به هر حال، وصیت این است که انسان کاری را در زمان حیات یا بعد از مرگ خودش از دیگری بخواهد که انجام دهد و این وصیت به معنای مصدری آن است؛ اما گاهی به معنی موصی به (مورد

1 - سیاح، احمد، ترجمه فرهنگ بزرگ جامع نوین (عربی به فارسی) ترجمه المنجد، ج 2، ص 2191، سال چاپ 1387، نوبت چاپ هفتم، ناشر: انتشارات اسلام، تهران - ایران.

2 - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب، ج 6، ص 451.

3 - جوهری، اسماعیل بن حماد، صحاح اللغة، ج 6، ص 2525.

4 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2172.

5 - ابن منظور، همان منبع، همان جلد، همان صفحه.

وصیت / چیزی که به آن وصیت شده) نیز اطلاق میشود. مثلاً وقتی میگویند: این مال، وصیت است یعنی موصی به است و در استعمالات مردم بسیار متداول است.

صاحب کتاب جواهر⁶ بعد از آن که نقل آن را از وصیت به معنای وصل به جماعت کثیری نسبت داده، نقل آن را از وصیت به معنای مطلق عهد ترجیح می دهد. وبا عدم انحصار وصیت به عهدی و امکان وقوع آن به طریق تملیک یا به طریق عهد وجهی برای رجحان مزبور به نظر نمی رسد برای اینکه شامل هر دو قسم وصیت گردد مناسب تر آنست که حمل بر معنای وصل که جامع مشترک بین همه موارد است، استعمال شود.⁷ همچنان گفته شده که وصیت عبارت از تعیین جانشین برای پس از مرگ است.⁸

ب - تعریف فقهی وصیت

وصیت در مذاهب مختلف اسلامی به انواع مختلف اما قریب المعنی تعریف گردیده است.

1- تعریف حنفیه

برخی از فقهای حنفیه مانند صاحب هدایه و صاحب کنز وصیت را چنین تعریف نموده اند: وصیت عبارت از امر مضاف به بعد از مرگ است.⁹

همچنان حنفیه، وصیت را چنین تعریف نموده اند:

(الوصية: تمليك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبوع).¹⁰

ترجمه: وصیت تملیکی است که به روش مجانی به بعد از مرگ، موکول گردیده باشد.

6 - محمد حسن شریف اصفهانی یا محمد حسن نجفی (1202 - 1266 هـ ق) معروف به صاحب جواهر از فقهای شیعه در قرن سیزدهم قمری در نجف بود. مهم ترین اثر او کتاب جواهر الکلام است و از این جهت در میان بزرگان شیعه به صاحب جواهر شهرت دارد. وی از شاگردان سید محمد جواد عاملی (صاحب کتاب مفتاح الکرامه) و جعفر کاشف الغطاء بود. به توصیه او بود که شیخ انصاری زعامت و مرجعیت شیعه را به عهده گرفت. (عاملی، سیدمحسن، اعیان الشیعه، ج 5، ص 93).

7 - عبده، محمد بروجرودی، حقوق مدنی، ص 330، انتشارات مجد، سال چاپ 1380، نوبت چاپ اول، تهران - ایران.

8 - لنگرودی، محمد جعفر جعفری، ترمینولوژی حقوق، ص 748، لغت شماره (6020)، سال چاپ 1385، نوبت چاپ شانزدهم، نشر کتابخانه گنج دانش، تهران - ایران.

9 - ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السیواسی اسکندری کمال الدین (790 - 861 هـ ق)، فتح القدير، ج 8، ص 416، ناشر: دارالکتب العلمیه، عام الطبع 1424 موافق بـ 2003 م، رقم الطبع الاولي، بیروت - لبنان و خفیف، علی، احکام الوصیه (بحوث مقارنه تضمنت شرح قانون الوصیه 71 لسنة 1946)، ص 6، عام الطبع 1431 هـ موافق بـ 2010 م، مطبعة دار الفكر العربي، قاهرة - مصر.

10 - ابن نجیم الحنفی، العلامة الشیخ محمد بن حسین بن علی اطوری القادری الحنفی (متوفی 1138 هـ ق)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، ج 9، ص 211، طبع المکتبه الحفانیة، بی تا، محله جنگی پشت بازار قصه خوانی، پشاور - پاکستان و نیز رک: الجزیری، عبدالرحمن (1299 - 1360)، الفقه علی المذاهب الاربعه، ص 789، عام الطبع 1422 هـ ق موافق بـ 2001 م، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزیع، بیروت - لبنان.

همین گونه احناف تعریف دیگری نیز برای وصیت ارائه داده اند که چنین می باشد:

(وصیت عبارت است از تملیک مجانی معلق بر موت).¹¹

دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی تعریف احناف را نقد نموده و میگوید: تعریف احناف شامل وصیت به ابراء و وصیت به وقف نیز میشود؛ اما به حریم وصیت عهدی هم تجاوز نموده است و از این جهت ناقص به نظر میرسد؛ زیرا فقط شامل برخی از نمونه های وصیت عهدی میشود.¹²

2- تعریف مالکیه

مالکیه راجع به وصیت، سه تعریف ذیل را ارائه داده اند:

(تملیک مضاف إلى ما بعد الموت علی سبیل التبرع عیناً کان أو منفعةً).¹³

ترجمه: وصیت، تملیکی است که بر سبیل تبرع چه در قبال عین یا منفعتی باشد، به بعد از مرگ موکول گردیده باشد.

(هی هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته أو عتق غلامه، سواء صرح بلفظ الوصية أو لم یصرح به).¹⁴

ترجمه: وصیت عبارت از آنست که شخصی مال خود یا آزاد ساختن بردهء خود را برای دیگری (بامضاف ساختن آن برای) بعد از مرگ خود هبه نماید؛ خواه آنرا به لفظ وصیت تصریح کند یا نکند.

(هی عقد یوجب حقاً فی ثلث مال عاقده یلزم بموته).¹⁵

ترجمه: وصیت عقدیست که مستلزم حقی بر ثلث مالی است که موصی آنرا منعقد کرده و نفاذ آن با مرگش لازم می آید.

3- تعریف شافعیه

شافعیه وصیت را چنین تعریف نموده اند:

11 - ابن الهمام، کمال الدین بن عبدالواحد، فتح القدر، ج 8، ص 416، مکتبة حقایق، بی تا، بازار قصه خوانی بازار پشاور - پاکستان.
12 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق مدنی (وصیت)، ص 41، ناشر: کتابخانه گنج دانش، سال چاپ 1390، نوبت چاپ سوم، تهران - ایران.
13 - الدسوقی، شمس الدین محمد عرفة الدسوقی، حاشیة الدسوقی علی الشرح الكبير، ج 4، ص 422، ناشر: دار إحياء التراث العربی، مدينة المنورة - المملكة العربية السعودية.
14 - قرطبي، ابوالولید محمد احمد بن محمد بن احمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 336، عام الطبع 1406 هـ، الطبعة الثامنة، دارالمعرفة، بیروت - لبنان.
15 - الكشناوی، ابوبکر بن حسن، أسهل المدارک شرح إرشاد السالك فی فقه الإمام مالک، ج 3، ص 271، الطبعة الثانية، بدون تاریخ، دار المعرفة، بیروت - لبنان.

(تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ، وسمى هذا التبرع بالوصية ؛ لأن الموصى قد وصل به خير عقباه بخير دنياه).¹⁶

ترجمه: وصیت عبارت از تبرع حقی است که برای بعد از مرگ موکول شده باشد ، این تبرع از آن جهت وصیت نامیده شده که موصی به وسیله نیکوی ای که در دنیا انجام میدهد ، به نیکوی های آخرت نائل میشود.

4- تعریف حنابله

حنابله در تعریف وصیت گفته اند:

(أنها تبرع بمال يقف نفاذه على خروجه من الثلث).¹⁷

ترجمه: وصیت عبارت از تبرع به مالی است که نفاذ آن بر خارج ساختن یک سوم ترکه ، موقوف گردیده است.

بر این تعریف ملاحظاتی به این نهج وارد گردیده که تعریف مذکور شامل وصیتی می شود که در اصطلاح شریعت ، وصیت بشمار نیامده است ، مانند عطیه در مرض موت ، وشامل بعض چیزهایی که اصطلاحاً وصیت شمرده شده است ، نمی شود ، مانند وصیت های واجبه در حقوق الله تعالی که وصیت بدان وصیت واجب خوانده میشود ، از این رو چنین وصایا شرعاً واجب اند نه تبرع ، و وصیت به تأجیل دین و وصیت به تقسیم ترکه را نیز شامل نمی شود ، از این رو همه موارد فوق ، تبرع مالی محسوب نمی شوند.¹⁸

5- تعریف شیعه

شیعه هم به نوبه خود وصیت را چنین تعریف کرده اند:

(1) برخی از فقهاء شیعه مانند صاحب شرایع الإسلام¹⁹ نیز از تعریف صاحب هدایه²⁰ و صاحب کنز اتباع نموده و وصیت را چنین تعریف نموده اند: وصیت عبارت از امر مضاف به بعد از مرگ است.²¹

16 - مصطفی الخن، مصطفی البغاء و علی الشریحی، ألقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعی، ج 2، ص 243، نشر احسان، سال چاپ 1393، نوبت چاپ چهارم، تهران - ایران.

17 - ابن قدامة، المغنی، ج 6، ص 197 - الجزیری، عبدالرحمن، همان مأخذ، ص 789 و نیز خفیف، علی، احکام الوصیة، ص 7.

18 - خفیف، علی، همان، صص 7 و 8.

19 - ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن معروف به محقق حلّی (676-602 هـ ق)، کتاب مذکور در حدود 750 سال بیشتر به اینسو در حوزه علمیه شیعه تدریس میگردد و از آنجا که این کتاب میان اهل تشیع از اهمیت بالایی برخوردار است از همین رو مولف آنرا به (شرائع الاسلام) مسمی نموده اند. (عاملی، سید محسن، اعیان الشیعه، ج 4، ص 89).

20 - برهان الدین ابوالحسن علی بن ابی بکر بن عبدالجلیل الفرغانی المرغینانی (593 - 530 هـ ق)،

21 - حسینی عاملی، سید محمد جواد (متوفی 726 هـ ق)، مفتاح الکرامه، ج 9، صص 363 و 364، ناشر: موسسه النشر الاسلامی، عام الطبع 1391 هـ ق، قاهره - مصر.

- (2) دکتر ناصر کاتوزیان²² وصیت را چنین تعریف نموده است: وصیت عملی است که به موجب آن شخصی بطور مستقیم یا در نتیجه تسلیم دیگران در اموال یا حقوق خود برای بعد از فوت، تصرف می کند.²³
- (3) در کتاب شرح لمعة الدمشقية چنین آمده است: تمليک عين أو منفعة أو تسليم علی تصرف بعد الوفاة. ترجمه: وصیت عبارت از تمليک عين یا منفعت و یا تسليم بر تصرف بعد از وفات است.²⁴
- (4) برخی دیگر از فقهای شیعه، وصیت را چنین تعریف نموده اند: (وصیت عبارت است از تمليک عين یا منافع یا فک ملک و یا دادن حق تصرفات معين به دیگری برای بعد از فوت).²⁵

6) تعريف شيخ عبدالوهاب (خلاف) رحمه الله

وصیت عقدی است که بدون عوض تمليک جنس (عين)، قرض (دين) و (منفعت) را به میان می آورد و این تمليک پس از وفات موصی پدید می آید. وصیت نیز مانند هبه بدون عوض یک عقدی از عقود است.²⁶

سبب اختلاف فقهاء در مورد وصیت

سبب اصلی اختلاف فقهاء درباره اینکه چرا برای وصیت تعاریف مختلفی را ارائه داده اند، برمیگردد به یک سبب و آن اینکه فقه اسلامی در بدو تأسیس حاوی اصول وقواعد کلی ای که کلیه احکام جزئی آنرا در تمام ابواب و شعبه های آن تنظیم کند، نبوده است و آنچه راجع به وصیت در فقه اسلامی تعریف گردیده بسیار کم است و این به دلیل آن بوده که قبلاً در جمیع ابواب و موضوعات فقهی بیشتر به حکمت تشریحی هر مسئله یا حکمی پرداخته میشد بجای آنکه به بیان اصل و قاعده اساسی ای که برای مفاد حکم و آنچه در ذیل آن از قبیل جزئیات مسائل، وضع گردیده است، پرداخته شود.²⁷

22 - امیرناصر کاتوزیان در اردیبهشت ماه سال 1310 در یکی از محله های قدیمی تهران چشم به جهان گشود. درس ابتدائی خود را در دبستان تهران اقبال آغاز و در همان مدرسه به اتمام رسانید و سپس مقطع متوسطه خود را در دبیرستان علمیه طی کرد. در سال 1339 با ارائه رساله دکترای خود با نام وصیت، توانست مدرک دکترای حقوق خود را از دانشگاه تهران دریافت نماید. در دوران بازنشستگی و اواخر عمر خود با بیماری ریوی مبارزه میکرد و در صبحگاه یازدهم شهریور ماه سال 1393 در سن 83 سالگی به دلیل ابتلاء به بیماری ریوی در تهران چشم از جهان بست. از تالیفات مهم نامبرده میتوان به کتاب هایی: 1- عقود معین در پنج جلد. 2- کلیات حقوق. 3- نظریه عمومی تعهدات. 4- توجیه و نقد رویه قضائی و... نام برد. برگرفته شده از سایت: (vandaoffice@yahoo.com).

23 - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (شفعه، وصیت و إرث)، ص 66، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، سال چاپ 1398، نوبت چاپ سی ام، تهران - ایران و نیز رک: کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج 3، ص 278 و 279.

24 - عاملی، محمد بن مکی مشهور به شهید اول، اللعة الدمشقية، ج 5، ص 11، ناشر: الدار الإسلامية، سال طبع 1385، تهران - ایران.

25 - محقق سیزواری، کفایة الاحکام، ص 144. ناشر: مؤسسة النشر الاسلامی، سال چاپ 1396، نوبت چاپ سوم، تهران - ایران - محقق ثانی، شیخ علی بن حسین کرکی، جامع المقاصد، ج اول، ص 565 و نیز رک: انصاری، مرتضی، المکاسب، ص 378.

26 - خلاف، عبدالوهاب، فقه احوال شخصی، ترجمه: امان الله (امانی)، ص 318، سال چاپ 1400 هـ ش، نوبت چاپ اول، ناشر: انتشارات نوی مستقل، کابل - افغانستان.

27 - خفیف، علی، احکام الوصية (بحوث مقارنة)، ص 40، الطبعة الاولى، عام الطبع 1431 هـ ق موافق بـ 2010 م، مطبعة دارالفکر العربی، قاهرة - مصر.

قول راجح

بنابه تعاریف ارائه شده فوق تعریف احناف بنابه عناصر ذیل که در تعریف این مذهب گنجانیده شده است ، مختار و أرجح دانسته می شود:

- 1) تملیک: تملیک همه عقودی را که ناقل ملکیت هستند مانند بیع و نظیر آن ، در بر می گیرد.
- 2) مضاف به بعد از مرگ: مضاف به بعد از مرگ یا موکول شده به بعد از مرگ به این معنا که غیر از وصیت ، از دایره تعریف خارج می شود.
- 3) بر سبیل تبرع: با این لفظ ، اقرار به دین برای بیگانه از دایره تعریف خارج می گردد ، بنابراین اگر کسی در زندگی خود برای دیگری اقرار کرد و سپس وفات یافت ، این اقرار وی تملیک برای دین بوده که به بعد از مرگش موکول گردیده است.²⁸

مطلب دوم - تاریخچه مختصر وصیت

وصیت یک نظام قدیمی است ؛ ولی در برخی از زمانه ها با ظلم و بی انصافی همراه بوده است. نزد رومی ها سرپرست خانواده از راه وصیت ، حق تصرف بدون قید و شرط در املاک خویش را داشت ، حتی گاهی برای یک فرد اجنبی وصیت می کرد و فرزندان خود را از میراث محروم میساخت. سپس قانونی تصویب شد که بر اساس آن (ربع 1/4) میراث پدر به نفع فرزندان محفوظ داشته میشد و آن هم مشروط بر اینکه یکی از ورثه نسبت به مورث خویش کاری انجام نداده باشد که آتش خشم و کینه توزی را در دل او برانگیخته باشد.

عرب های زمان جاهلیت از روی فخر و مباهات به نفع اجنبی ها وصیت می کردند و اقارب و نزدیکان خود را همچنان در فقر و تنگدستی رها می کردند.²⁹ اما هنگامی که دین مقدس اسلام ظهور کرد ، قضیه وصیت را بر اساس حق و عدالت تصحیح کرد. قبل از تشریح قانون میراث ، اسلام مردم – صاحبان اموال – را به وصیت به نفع والدین و نزدیکان ملزم نمود ، لذا در ابتدای اسلام وصیت به همه دارایی برای والدین و نزدیکان واجب بود ، خداوند متعال مهربانی میفرماید:

{ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ }³⁰

ترجمه: ای مؤمنان! بر شما واجب گردانیده شده است که هرگاه مرگ یکی از شما فرا رسد ، اگر مالی بجا گذاشت ، برای پدر و مادر و نزدیکان ، مطابق عرف وصیت کند که این کار شایسته پرهیزکاران است.³¹

28 - الجزیری، عبدالرحمن، الفقه على المذاهب الأربعة، پاورقی ص 789.

29 - عیسوی، احمد عیسوی، الوصية في الشريعة الإسلامية، ص 9، ناشر: مطبعة دارالتأليف، عام الطبع 1960، الطبعة الثالثة، قاهرة - مصر.

30 - سوره بقره، آیه 180.

31 - الباز، انور، تفسیر تربیتی، مترجم، علی آقا صالحی، ج 1، ص 165، سال طبع 1395، نوبت چاپ اول، ناشر: نشر احسان، تهران - ایران.

مطلب سوم - مصادر مشروعیت وصیت

ادله مشروعیت وصیت قرار ذیل برشمرده می شوند:

الف - دلایل مشروعیت وصیت از قرآن کریم

الله تبارک و تعالی مهربانی میفرماید:

{كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} ³²

ترجمه: ای مؤمنان! اگر بر شما واجب گردانیده شده است که هرگاه مرگ یکی از شما فرا رسد، اگر مالی بجا گذاشت، برای پدر و مادر و نزدیکان، مطابق عرف وصیت کند که این کار شایسته و پرهیزکاران است. ³³
بعداً این حکم با آیه میراث که سهم هر صاحب حقی را با درجه قرابت آن مشخص نموده، نسخ شد و از این میان کسانی که مستحق ارث نبودند نیز از دایره میراثبران بیرون شدند، پس پاک و منزّه است پروردگار حق. ³⁴
همچنان الله متعال مهربانی می فرماید:

{يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّةِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينًا ؕ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفَعًا فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا} ³⁵

ترجمه: خداوند متعال شما را در مورد فرزندان تان سفارش می کند که سهم پسر (درمیراث، معادل) سهم دو دختر است؛ پس اگر دختران بیش از دو تن باشند، دو سوم میراث از آن ایشان است و اگر یک دختر باشد، نصف (میراث) از اوست و اگر میت فرزندی داشته باشد، پدر و مادر او، هریک، وارث یک ششم مال هستند و اگر میت فرزندی نداشته باشد و فقط پدر و مادرش وارثش باشند، برای مادرش یک سوم مال است و اگر برادرانی داشته باشد، مادرش یک ششم خواهد برد (این تقسیم) پس از عمل به وصیت یا پرداخت دین میت است. شما در نمی یابید که پدران یا فرزندان تان، کدام یک برای شما سودمند تر اند، این حکمی است که از جانب الله متعال مقرر شده است، بی گمان که الله دانای حکیم است. ³⁶

32 - سوره بقره، آیه 180.

33 - الباز، انور، همان منبع، همان صفحه.

34 - القرنی، عائض عبدالله، تفسیرالمیسر، ترجمه: عبدالمجید صمیم، فضل الرحمن فقیهی و عبدالرؤف مخلص، صص 65 و 66، ناشر: انتشارات شیخ الاسلام احمد جام، سال چاپ 1388، نوبت چاپ اول. بی جا.

35 - سوره نساء، آیه شماره 11.

36 - الباز، انور، مرجع قبلی، ج 1، ص 437.

همچنان الله متعال مهربانی می فرماید:

{وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يَوْصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَّةً أَوْ امْرَأَةً وَوَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَجِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ}.³⁷

ترجمه: (و نصف میراث زنان تان از شما (مردان) است در صورتیکه آنها (زنان تان) فرزندی نداشته باشند و اگر فرزندی داشته باشند ، یک چهارم میراث آنها پس از عمل به وصیت یا پرداخت دین ، از شما است و (همچنین) اگر شما فرزندی نداشته باشید ، یک چهارم و اگر فرزندی داشته باشید ، یک هشتم میراث تان پس از عمل به وصیت و پرداخت دینی که دارید ، از ایشان (زنان شما) است. و اگر مرد یا زنی که کلاله است (پدر و مادر و فرزندی ندارد) ، بمیرد و دارای برادر یا خواهری باشد ، به هر یک از آن دو (برادر و خواهر) یک ششم میرسد و اگر خواهران و برادران بیش از این بودند ، همه در یک سوم مال شریک اند ، البته پس از انجام وصیت غیر مضر (به حال ورثه) و پرداخت دین (متوفی) ، این سفارش و دستوری است از جانب الله تعالی ، و الله دانای بردبار است).³⁸

ب – دلایل مشروعیت وصیت در سنت نبوی صلی الله علیه وسلم

1- حدیثی از سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه روایت شده که گفت:

(جاءنی رسول الله صلی الله علیه وسلم یعودنی من وجع اشتد بی ، فقلت یا رسول الله صلی الله علیه وسلم ، إنی قد بلغ بی من الوجع ماتری ، و أنا ذومال ولا یرثنی إلا ابنة لی ، أفاتصدق بثلت مالی ؟ قال : لا ، قلت : فالشطر یا رسول الله صلی الله علیه وسلم ؟ قال : لا ، قلت : فالثلث ؟ قال : الثلث والثلث کثیر أو کبیر إنک إن تذر ورثتک أغنیاء خیر من أن تدعهم عالیة یتکففون الناس).³⁹

ترجمه: (رسول الله صلی الله علیه وسلم درحالیکه من درد شدیدی داشتم برای عیادت من آمدند به ایشان گفتم: می بینید که درد شدیدی مرا فرا گرفته است و من صاحب مال زیادی هستم و وارث من فقط یک دختر است ، پس آیا میتوانم دو ثلث مال را صدقه بدهم ؟ فرمودند: خیر ، گفتم نصف آن ؟ فرمودند: نخیر ، گفتم یک سوم آنها ؟ فرمودند: یک سوم و یک سوم هم زیاد است. اگر شما ورثه خود را ثروتمند بجا بگذارید بهتر از آن است که آنها را بی مال رها کنید و مردم متکفل مخارج آنها شوند).⁴⁰

37 - سوره نساء، آیه شماره 12.

38 - القرنی، عبدالله، همان منبع، ص 173.

39 - الشوکانی، محمد بن علی، نیل الاوطار شرح منقی الأخبار من احادیث سید الاخیار، ج 6، ص 37، مکتبه رشیدیة، بازار قصه خوانی بازار پشاور - پاکستان.

40 - بخاری، همان منبع پیشین، حدیث شماره (2742) و شیخ الاسلامی، اسعد، احوال شخصیة در مذاهب چهارگانه اهل سنت (ارث، وصیت و وصایت)، ص 130، سال چاپ 1389، نوبت چاپ سوم، به سلسله انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه سمت، تهران - ایران.

2- در حدیثی که احمد و اصحاب کتب سته از ابن عمر رضی الله عنهما روایت کرده اند ، چنین آمده است که پیامبر صلی الله علیه وسلم ارشاد فرمودند:

(ما حق امرئ مسلم یبیت لیلتین وله شیء یرید أن یوصی فیہ إلا و وصیته مکتوبة عنده).⁴¹

ترجمه: (مسلمان حق ندارد دوشب پشت سر هم بخوابد درحالی که چیزی داشته باشد که بخواند در آن وصیت کند ؛ مگر اینکه وصیتش نوشته شده و بالای بالینش قرار داشته باشد).

3- راویان زیادی به جز بخاری و ابن ماجه رحمهم الله از ابوهریره رضی الله عنه روایت کرده اند که پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم فرمودند:

(إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: صدقة جاریة ، أو علم ینتفع به ، أو ولد صالح یدعو له).⁴²

ترجمه: هنگامی که انسانی میمیرد ، اعمال او از دنیا قطع میگردد جز اینکه صدقهء جاریه ای داده باشد یا علمی که از آن (بعداً در اثر انتقال به دیگران) بهره مند گردد یا فرزند نیکویی که برایش دعای خیر نماید.

ج – دلایل مشروعیت وصیت از اجماع

علمای کرام از عصر رسول الله علیه افضل التحية والثناء تا امروز بدون آنکه یک تن آنها انکار ورزیده باشد ، وصیت را پذیرفته و بدان عمل و اجماع خویش را منعقد نموده اند.⁴³ کاسانی رحمه الله در کتاب مشهورش (بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع) گفته است: (امت از زمان رسول الله صلی الله علیه وسلم تا امروز بدون آنکه کسی انکار بورزد ، وصیت نموده اند ، از این رو مشروعیت وصیت به یک امر اجماعی تبدیل گردیده است).⁴⁴

41 - مسلم، أبی الحسن مسلم بن الحجاج القشیری النیسابوری (204 – 261 هـ ق)، ص 689، شماره حدیث (1627)، عام الطبع 1426 هـ ق المصادف بـ 2005 م، مطبعة دارالافاق العربیة، مدینة نصر بقاهرة – مصر. متن کامل حدیث چنین است: (حدثنا أبو خثیمة زهیر بن حرب و محمد بن المثنی العنزى (واللفظ لابن المثنی) قالوا: حدثنا یحیی (وهو ابن سعید القطان) عن عبیدالله. أخبرنی نافع عن ابن عمر، أن رسول الله صلی الله علیه وسلم قال: ما حق امرئ مسلم له شیء یرید أن یوصی فیہ بیبت لیلتین إلا و وصیته مکتوبة عنده).

42 - نیشابوری، مسلم بن حجاج (204 – 261 هـ ق)، صحیح مسلم، حدیث شماره (1631).

43 - کاسانی، ابی بکر بن سعود، بدائع الصنائع، ج 6، ص 423.

44 - کاسانی، ابی بکر بن سعود، منبع قبلی، ج 6، همان صفحه ونیز رجوع شود به: الافغانی، محمد بشار، فقه الضمانات فی المذهب الحنفی، ص 96، عام الطبع، 2019 م، پشاور – پاکستان.

د - دلایل عقلی مشروعیت وصیت

چون وصیت نیاز مبرم بوده و سبب افزایش حسنات و اعمال نیکو است و علاوه بر آن جبران تقصیرها و کم کاری های انسان در اعمال خیر تلقی میگردد ، از این رو یک عمل شایسته میان فقهاء دانسته شده و عقل به جواز آن حکم میکند.⁴⁵

مطلب چهارم - حکمت و سبب مشروعیت وصیت

تردیدی نیست که احکام شریعت اسلامی بر مبنای رعایت مصالح مردم و جامعه تشریح شده است ؛ به این معنی که احکام مزبور یا منفعتی را دربر دارد یا مفسده ای را دفع می کند. تشریح وصیت نیز در راستای همین هدف است. در انجام وصیت سه نکته مهم مورد نظر شارع است:

- (1) رعایت مصلحت وصیت کننده به منظور کسب ثواب اخروی.
- (2) مراعات مصلحت افرادی مانند اقارب - بجز وارث - که نیازمند هستند و به این وسیله به نوایی میرسند.
- (3) در نظر گرفتن مصالح جامعه ؛ به این مفهوم که اشخاصی که مقداری از مال خود را وقف مساجد ، مدارس ، شفاخانه ها و دیگر امور عام المنفعه می کنند ، در حقیقت هم فرد را در نظر دارند و هم به نظام اقتصادی جامعه توجه کرده اند که این خود از قدم های مفید و مؤثری است که انسان ها در طول حیات خویش بر میدارند. بنابراین ، وصیت در برگزیده اغراض دنیوی و اخروی است. بدیهی است که شارع در انجام وصیت ، زاید بر ثلث را تجویز نفرموده و از این جهت ، مصالح ورثه را نیز مرعی داشته و در واقع ، به تمام جهات قضیه توجه خویش را معطوف داشته است.⁴⁶

مطلب پنجم - حکم وصیت

راجع به حکم وصیت ، میان فقهاء دو قول وجود دارد:

45 - زحیلی، و هبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ترجمه: خالد ایوبی نیا، صص 20 و 21، ناشر: مؤسسه انتشارات حسینی اصل، نوبت چاپ اول، تهران - ایران.

46 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 131.

قول اول) اینکه وصیت در اصل خود مستحب مندوب است نه واجب⁴⁷

جمهور فقهاء بر این نظر اند که وصیت در اصل خود مندوب است نه واجب؛ مگر اینکه برخی از احکام بنابه اختلاف احوال بر وصیت عارض گردیده که گاه بصورت واجب، گاه مستحب، زمانی مکروه، گاه مباح و بعضاً حرام واقع میگردد.

قول دوم) اینکه وصیت، واجب است

قول دوم که متعلق به مذهب ظاهری⁴⁸ و رأی امام شوکانی⁴⁹ رحمه الله است، اینست که وصیت، واجب است.

اینک دلایل هر یک از دو دسته را بصورت مختصر به بررسی می گیریم:

نخست) دلایل کسانی که وصیت را مستحب دانسته اند:

دلیل بر عدم وجوب وصیت اینست که از بیشترین تعداد صحابه کرام رضی الله تعالی عنهم اجمعین کدام وصیتی بجا گذاشته نشده و چنین امری منقول نیز نمی باشد؛ بهمین جهت است که وصیت عبارت از تبرع یا عطیه ای است که نه در حال حیات، واجب است و نه بعد از مرگ، مانند عطیه به فقرا یا غیر از اقارب.

اما آیه کریمه (کتب علیکم إذا حضر أحدکم الموت الخ...) به وسیله این قول خداوند متعال: (للرجال نصیب مما ترک الوالدان والأقربون) منسوخ گردیده است، همان گونه ای که ابن عباس رضی الله عنهما و ابن عمر رضی الله عنهما روایت کرده اند: آیه کریمه متذکره به وسیله آیه مواریث نسخ گردیده است و در صحیح بخاری در باره معنای این قول خداوند متعال: (حقاً علی المتقین) آمده که (حقاً) یعنی واجباً، که این تعبیر قبل از آن بود که مواریث فرض نشده بود و بعد از نزول آیه مواریث، حکم وجوب وصیت منسوخ قرار گرفت و در مورد غیر وارثین چه اقرباء و غیر آنها، بصورت مندوب باقی ماند. که این قول متعلق به اکثر مفسرین و فقهاء کرام بوده به دلایل ذیل انکاء و رزیده اند:⁵⁰

(1) حدیثی را که عبدالله بن عمر رضی الله عنهما از رسول الله صلی الله علیه وسلم به این لفظ روایت کرده است:

(ما حق امرئ مسلم له شیء یوصی فیہ یبیت لیلتین إلا و وصیته مکتوبة عنده).

47 - المرغینانی، الهدایة، ج 4، ص 231 - ابن القدامة، الکافی، ج 4، ص 474 - ابن قدامة الحنبلی، المغنی، ج 6، ص 56 والمجموع، ج 15، ص 424.
48 - ابن حزم، ابومحمد علی بن احمد بن سعید الأندلسی، المحلی بالآثار، ج 8، ص 312، طبع دارالکتب العربی، عام الطبع 1407 هـ ق الموافق بـ 1987 م، بیروت - لبنان.

49 - الشوکانی، محمد بن علی بن محمد، نیل الاوطار، ج 6، صص 39 و 40، طبع دار إحياء التراث العربی، بیروت - لبنان.

50 - الطبری، ابن جریر، ابوجعفر محمد بن جریر، جامع البیان عن تأویل آی القرآن، ج 3، ص 366.

(2) شافعیه در مورد آن چنین گفته اند: در معنای حدیث مذکور، حزم و احتیاط نهفته است؛ مگر اینکه وصیت شخص به نزدش باید بصورت مکتوب موجود باشد؛ چون مرگ بطور ناگهانی بر شخص مستولی می‌گردد، بنابراین بروی لازم است در این مورد آمادگی قبلی داشته باشد.⁵¹

وجه استدلال در مورد حدیث مذکور

اینکه این قول: (یرید أن یوصی فیه) بر عدم وجوب وصیت دلالت دارد؛ زیرا اگر وصیت، واجب میبود، رسول اکرم صلی الله علیه وسلم آنرا به اراده موصی تعلیق نمی‌کرد؛ زیرا واجب، به اراده مکلف، منوط نمی‌باشد.⁵²

(دوم) دلایل قول دوم یعنی استدلال آنانی که وصیت را واجب دانسته اند:

کسانی که حکم وصیت را به طرف وجوب می‌کشاند به دلایل ذیل استناد ورزیده اند:

(1) الله متعال مهربانی میفرماید:

{كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}.⁵³
ترجمه: به شما دستور داده شد که هرگاه مرگ یکی از شما فرا رسد، اگر از خود مالی را بجا گذاشت، برای والدین و اقارب طبق عرف، وصیت کند که این کار سزاوار بر پرهیزکاران است.⁵⁴

شکی نیست که ظاهر آیه کریمه، فوق حکم وجوب وصیت را برای والدین و اقارب افاده میکند؛ زیرا از تشریح وصیت در آیه کریمه که با لفظ (كُتِبَ) بیان گردیده، دلالت بر فرض افاده میشود و چنانچه در ذیل آیه کریمه دیده میشود، لفظ (حقاً علی المتقین) ذکر گردیده که این لفظ از بلیغ ترین الفاظ دال بر وجوب حکم وصیت بوده و تخصیص آن بر متقین با ذکر لفظ فوق، بر وجه تأکید است.⁵⁵

(1) از حضرت عبدالله بن عمر رضی الله عنهما روایت گردیده که رسول الله صلی الله علیه وسلم ارشاد فرمودند: (ما حق امرئ مسلم له شیء یرید أن یوصی فیه بیئت لیلین إلا و وصيته مکتوبة عنده).⁵⁶

51 - مصطفی الخن، مصطفی البغاء و علی الشریجی، الفقه المنهجي علی مذهب الامام الشافعی، ج 2، صص 244 و 245، ناشر: نشر احسان، سال چاپ 1393، نوبت چاپ چهارم، تهران - ایران.

52 - الرازی، تفسیر الرازی، ج 5، صص 68 و 69.

53 - سوره بقره، آیه 180.

54 - الباز، انور، تفسیر تربیتی، همان ج، همان صفحه.

55 - عسقلانی، الحافظ بن الحجر، فتح الباری شرح صحیح البخاری، ج 5، ص 358.

56 - أخرجه البخاری فی صحیحه، ج 3، ص 1005، کتاب الوصایا، باب الوصایا، رقم الحدیث 2587 و أيضاً أخرجه مسلم فی صحیحه، ج 3، ص 1250، کتاب الوصیة، رقم الحدیث 1627.

ترجمه: مسلمان حق ندارد چیزی را که در نزدش قرارداد و میخواد راجع به آن وصیت کند بیش از دو شب بدون آنکه وصیت خود را راجع به آن نوشته است ، بخوابد.

شیعه نیز عمل به وصیت را آنچنانکه موصی معین کرده است در صورتیکه خلاف شرع نباشد ، واجب پنداشته اند.⁵⁷

قول راجح

دلیل بر واجب نبودن وصیت این است که بیشتر صحابه کرام رضی الله عنهم اجمعین از خود وصیت بجا نگذاشته اند و چنانکه ابن عباس و ابن عمر رضی الله عنهم گفته اند که آیه (180) سوره بقره با آیه (7) سوره نساء منسوخ گردیده است. بنابراین بعد از نسخ حکم وجوب وصیت ، استحباب آن در حق کسانی که ارث نمی برند به دلیل احادیثی که بیان شد از جمله:

(إِنَّ اللَّهَ قَدْ نَصَّدَقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وَفَائِكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ).⁵⁸

ترجمه: (خداوند متعال به شما اجازه داده است که هنگام (فرارسیدن اسباب و علل) مرگ تان ، یک سوم مال تان را وصیت کنید تا با اعمال نیک تان افزوده شود).

حکم استحباب همچنان باقی بوده و به اتفاق اهل علم بهتر آن است که شخص وصیت خود را به نزدیکانی که از او ارث نمی برند به شرط فقیر بودن ، اختصاص دهد.⁵⁹ بنا به گفته های فوق ، شایسته است قول جمهور را راجح و آراسته به مصلحت بشماریم.

مطلب ششم – ماهیت وصیت

در این باره که آیا وصیت ، تصرف یک جانبه (ایقاع) است یا (عقد) ، اختلاف نظر وجود دارد.

1) نظر جمهور

جمهور وصیت را عقد می شمارند همانگونه که برای آن چهار رکن را تذکر داده اند چنانچه این موضوع بعداً در ارکان وصیت بالتفصیل بیان خواهد شد این شاء الله تبارک و تعالی.⁶⁰

57 - محمدی، ابوالحسن، وصایا وشفعه، ص 42، نوبت چاپ اول، سال چاپ 1377، محل چاپ: مرکز نشر دانشگاهی، تهران - ایران.
58 - ابن ماجه، ابی عبدالله محمد بن یزید بن ماجه القزوینی (متوفی 535 هـ ق)، سنن ابن ماجه، ص 627، شمارهء حدیث (2709)، ناشر: مطبعة دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، عام الطبع 1428 الموافق بـ 2008م، بیروت - لبنان.
59 - زحیلی، وهبه، احکام وقف و وصیت در فقه اسلامی، صص 22 و 23.
60 - الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الأربعة، ص 790، عام الطبع، 2001 م الموافق بـ 1422 هجری، الطبعة الأولى، مطبعة دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزیع، بیروت - لبنان.

2) نظر امام زفر رحمه الله

امام زفر رحمه الله معتقد است که رکن وصیت تنها ایجاب است و قبول فقط شرط صحت آن است. بنابراین، نظرگاه لزوم وصیت و ثبوت ملک موصی به با قبول تحقق پیدا می کند؛ اما بیشتر حنفیه بر این نظر اند که ایجاب و قبول هر دو در وصیت رکن هستند (به این مفهوم که آنها وصیت را عقد می شمارند).⁶¹

3) نظر شیعه

میان فقهای حنفیه و امامیه طوریکه در رأی امام زفر رحمه الله گذشت، اتفاق نظر وجود دارد.⁶²

قول راجح

از آنجا که ایقاع عمل حقوقی ای است که با اراده یک فرد به منظور ایجاد اثر شرعی تشکیل میشود.⁶³ برخی دیگر گفته اند: (ایقاع عبارت از عمل حقوقی ای است که با یک اراده واقع می گردد).⁶⁴ بنابراین وجه تمایز اساسی ایقاع از عقد، این است که ایقاع با اعلام اراده منفرده بوجود می آید؛ درحالیکه برای تشکیل عقد به بیش از یک اراده نیاز است. به عبارت دیگر: عنصر اساسی سازنده عقد همانا توافق اراده است و توافق اراده حاصل نمی شود؛ مگر با وجود و همکاری حد اقل دو اراده؛ حال آنکه سازنده ایقاع صرفاً اراده منفرده است.⁶⁵ همین گونه یکی از اصول حاکم بر عقود، (اصل التزام به تعهد) است؛⁶⁶ درحالیکه در ایقاعات، (اصل بر رضائی بودن) آن ایقاع است.⁶⁷ بنابراین تعاریف و تمایزات اساسی فوق که میان عقد و ایقاع ملاحظه شد، قول امام زفر رحمه الله مبنی بر اینکه: (رکن وصیت تنها ایجاب بوده و قبول، شرط صحت آن است)، نسبت به سایر نظریات فقهاء ارجحیت دارد.

مطلب هفتم – اوصاف ذاتی وصیت

از تعاریفی که برای وصیت ارائه شد، دانسته میشود که وصیت دارای سه وصف ذاتی ذیل است:

61 - الکاسانی، الإمام علاء الدین ابی بکر سعود (متوفی 587 هـ ق)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج 6، ص 425، طبع مکتبه انوار القرآن، محله جنگی، پشاور - پاکستان و نیز رک: الجزیری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ص 790.

62 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، صص 2176 و 2177 و نیز رک: زحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، ج 8، ص 13 به بعد، جواهر الکلام، ج 28، ص 241 به بعد.

63 - حیاتی، علی عباس، قواعد عمومی قراردادها، ص 94، سال چاپ 1392، نوبت چاپ اول، ناشر: نشر میزان، تهران - ایران.

64 - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، ص 18، ناشر: نشر میزان، چاپ پنجم، تهران - ایران.

65 - حیاتی، همان مرجع، همان صفحه.

66 - حیاتی، همان، ص 150.

67 - حیاتی، همان، ص 98.

- 1) **تعليق به فوت:** چنانکه گفته شد ، وصیت برای زمان بعد از فوت موصی إنشاء می شود و این وصف چندان بارز و مهم است که باید آنرا وصف جوهری وصیت در برابر سایر تصرفات حقوقی زمان حیات شمرد. تعليق ذاتی وصیت به فوت موصی منافاتی با تعليق آن به شرایط دیگر ندارد. پس میتوان وصیت کرد که اگر موصی له بتواند در تحصیل خود توفیق شایسته ای پیدا کند ، مالی از ترکه به او تعلق یابد.
- 2) **رایگانی بودن تمليک:** تمليک مستقیم موصی به رایگان است و نمی تواند در برابر عوض قرار گیرد و وصیت را به صورت معامله معوض درآورد ، به عنوان مثال: اگر موصی خانه خود را برای بعد از فوت خود به دیگری بفروشد ، چنین عمل حقوقی را نباید وصیت شمرد و اگر وصیت هم باشد ، باطل است.
- 3) **قابلیت رجوع از آن:** امکان رجوع از وصیت را نیز باید بر آن دو وصف اصلی افزود ؛ زیرا حکمت وصیت در این است که وسیله اجرای آخرین خواست های متوفی باشد و موصی تا لحظه مرگ بتواند آرزوهای دست نیافته را تحقق بخشد. پس ، منطقی است که قابلیت رجوع در زمره اوصاف اصلی وصیت درآمده و قرارداد با دیگران نیز نتواند آن را برای موصی الزام آور کند و به صورت تعهد لازم درآورد.⁶⁸

مطلب هشتم – تفاوت وصیت با برخی از عقود

وصیت با برخی از عقود با وجود آنکه برخی از مشابهت هایی دارد ، تفاوت های قابل ملاحظه ای دارد که یکایک به بررسی گرفته میشود.

الف) تفاوت وصیت با ارث

ارث و وصیت که ارتباط نزدیک باهم دارند ، از یک ویژگی برخوردار می باشند و آن اینکه اداره و سلطه انسان ها را بر اموال و اقارب شان در محدوده های زمانی پس از مرگ گسترش می دهند.⁶⁹

تفاوت هایی که میان وصیت و ارث برشمرده شده قرار ذیل است:

- 1) با استناد به تعاریفی که فوقاً برای وصیت متذکر شدیم ، این مطلب بدست می آید که (ملاک ارث خویشاوندی و وابستگی خونی و قرابت است و میل میت هیچ تأثیری در آن ندارد ؛ ولی وصیت بر پایه احترام بر اراده میت و نفاذ خواسته او در مال وی استوار گردیده است).⁷⁰
- 2) از آنجایی که بین مقوله ارث و وصیت فاصله بسیار زیادی وجود دارد ، فقهاء اهل سنت وصیت را قبل از فرائض آورده اند ؛ زیرا ارث و وصیت هر دو موضوعاتی اند که به بعد از مرگ شخص مرتبط بوده و نفاذ هر دو

68 - کاتوزیان، ناصر، مرجع سابق، صص 67 و 68.

69 - محقق داماد، سید مصطفی، وصیت، ص 15.

70 - علامه طباطبائی، سید محمد حسین، المیزان، ج 4، ص 233.

پس از مرگ شخص مطرح است.⁷¹ اما فقهای شیعه نظر واحدی در این مورد ندارند چنانچه عده ای وصیت را عقد و برخی آن را در زمره ایقاعات شمرده اند.⁷²

(3) ناگفته نباید گذاشت که چون اداره وسلطهء انسان ها در محدوده زمانی پس از مرگ با دیدگاهی که فقه اسلامی در بارهء ارث دارد، قابل قبول نیست؛ مگر اینکه وجه اشتراک دیگری میان این دو را پیدا کنیم، مثلاً موضوع ارث و وصیت، ماترک و میت است و إلا ارتباط پیوسته بین این دو مشکل بنظر میرسد؛ بنابراین، تفاوت عمدهء ارث با وصیت این است که مقررات مربوط به ارث از مقررات آمره بوده و به ارادهء اشخاص تغییر نمی کند و اموال بجا مانده از متوفی به طور قهری به خویشاوندان نزدیکترش منتقل می شود؛ ولی در وصیت، ارادهء موصی نسبت به تصرف در ثلث اموالش پس از وفاتش نافذ بوده و در مازاد بر ثلث، اجازهء ورثه شرط دانسته شده است.⁷³

ب) تفاوت وصیت با هبه

وصیت با هبه از دو پهلوی ذیل تفاوت دارد:

- (1) در هبه، تملیک فوراً و در وصیت، تملیک پس از وفات موصی به میان می آید.
- (2) وصیت در بارهء جنس، دین (قرض) و منفعت صورت می گیرد؛ درحالیکه هبه تنها در مورد عین صورت می گیرد و برای دائن هبه نمودن دین (قرض) صفت ابراء را داشته و تملیک منفعت نیز بصورت فوری، عاریت دانسته می شود.⁷⁴
- (3) وصیت برای جنین صحیح است؛ درحالیکه هبه برای جنین صحت ندارد؛ زیرا هبه بدون قبض موجود نگردیده و صحت نمی یابد؛ اما صحت وصیت موقوف بر قبض نمی باشد.⁷⁵

مبحث دوم - انواع وصیت

وصیت به اعتبارات متعدد به انواع مختلف قابل تقسیم است.

71 - علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج 3، ص 26.

72 - کاتوزیان، ناصر، ارث، ص 12.

73 - برداشت نویسنده از مطالعهء تطبیقی وصیت با ارث.

74 - خلاف، عبدالوهاب، فقه احوال شخصی، مترجم: امان الله (امانی)، ص 318، ناشر: انتشارات نوی مستقبل، سال چاپ 140 هـ ش، نوبت چاپ اول، کابل - افغانستان.

75 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 6، ص 431.

مطلب اول - اقسام وصیت به اعتبار حکم تکلیفی آن

وصیت به اعتبار حکم تکلیفی خود به پنج قسم ذیل تقسیم گردیده است:

1- وصیت واجب

برخی از وصایا واجب اند، مانند وصیت برای رد ودایع، عاریات، دیون یا واجباتی که ذمه متوفی به آنها مشغول است، مانند زکات، حج، کفارات، فدیة، روزه، نماز و امثال اینها.⁷⁶

(نویسندگان قانون مدنی افغانستان با اقتباس از قانون وصیت شماره (71) مصوب (1946 هـ ق) کشور مصر که بتاريخ دوم شعبان المعظم نافذ شده است، نوع جدیدی از وصیت را پیشبینی کرده اند که آن را (وصیت واجب) میگویند. وصیت واجب عبارت از وصیتی است که بموجب آن مقداری از اموال به فرع فرزند شخص متوفی (دختر، دختر، پسر یا دختر پسر) تعلق می گیرد البته در صورتیکه پدر این اشخاص در زمان حیات پدرکلان شان وفات یافته باشد.⁷⁷

ماده (2182) قانون مدنی افغانستان که ترجمه ماده (76) قانون وصیت مصر است، در تعریف وصیت واجبه چنین تصریح میدارد:

(هرگاه متوفی برای فرع ولد خود که در زندگی او فوت شده یا با متوفی یکجا حقیقتاً یا حکماً وفات نموده باشد، به مثل آنچه ولد مذکور اگر در وقت او، زنده میبود در متروکه او مستحق میارث میگردد، وصیت نکرده باشد، برای فرع مذکور در ترکه به اندازه استحقاق ارث مذکور در حدود ثلث ترکه، وصیت واجب می گردد؛ مشروط بر اینکه فرع، غیر وارث بوده و متوفی در حال حیات خود بلاعوض به او مالی را از طریق تصرف دیگری به اندازه حصه واجبه نداده باشد و در صورتیکه مالی را به او اعطاء کرده باشد؛ مگر از اندازه واجبه کمتر باشد، به اندازه ای که حصه مذکور را تکمیل نماید، به طریق وصیت واجبه مستحق میگردد).

در مورد حکم این ماده، طی پرسش شماره (122) از اعضای سیمینار عالی قضائی رؤساء محاکم منعقدہ سال 1395 استهداء بعمل آمده که چنین هدایت صدور یافته است:

(به اساس ماده 2182 قانون مدنی: هرگاه شخص قبلاً یا یکجا با پدرش فوت کرده باشد، برای فرع مذکور ثلث ترکه به اساس وصیت، لازم می گردد، دلیل این وصیت این است که برای فرع ولد مورث که پدر ایشان با وی یکجا وفات نموده و یا پدر آنها قبل از پدرکلان شان وفات نموده باشد).

76 - کدخدایی، یعقوب، وصیت و ارث در مذاهب اربعه اهل سنت، ص 43، ناشر: نشر دادگستر، سال چاپ 1392، نوبت چاپ اول، تهران - ایران.
77 - سلطان، صلاح، ارث و وصیت در شریعت و قانون، صص 291 و 292.

مشروعیت وصیت واجبه را امام ابن حزم بمنظور تأمین زندگی و تربیت سالم فرع ولد ، نظر داده اند.⁷⁸

2- وصیت مستحب یا مندوب

وصیتی است که برای اعمال تقرب به خداوند متعال و به نفع خویشاوندان فقیر و مردان صالح و درستکار یا اهل علم و افراد متدین صورت می گیرد.⁷⁹

چنانچه قبلاً در مورد حکم وصیت گذشت ، فقهاء کرام اتفاق نظر دارند براینکه وصیت کردن یک امر مستحب است ، حتی شخص تندرست نیز باید وصیت کند ؛ زیرا هیچ کسی نمی داند که چه زمانی میمیرد ؛ مگر کسی که دینی دارد که وصیت او در این باره واجب است.⁸⁰

3- وصیت حرام

هرگاه وصیت موجب ضرر رسانیدن به ورثه باشد ، حرام است. این وصیت که توسط شارع حرام گردیده ، گاهی ذاتی است مثل وصیت ضرار که با نیت ضرر رسانیدن به ورثه انجام می شود. خداوند متعال در این باره مهربانی می فرماید: من بعد وصیة یوصی بها أو دین غیرمضار.⁸¹

ترجمه: بعد از اجرای وصیت یا ادای دین که زیان آور نباشد.

همچنان وصیت برای کارهای حرام ، اداری کفارات و... صحت ندارد.

4- وصیت مباح

این نوع وصیت که وصیت جایز نیز نام دارد ، انجام دادن یا ندادن آن مساوی است ، مانند وصیت برای افرادی که فقیر نباشند و یا برای نزدیکان غیر ورثه.⁸²

اصل در تمام وصایا ، اینست که آنها اختیاری اند و صاحب مال ، کسی است که اقدام به انشاء وصیت می کند.⁸³

5- وصیت مکروه

78 - جمهوری اسلامی افغانستان، ستره محکمه، اسناد و مصوبات سیمینار عالی قضائی منعقدہ 1395، ص 548، پرسش شماره (122) بخش مدنی، ناشر: دفتر (USAID)، کابل - افغانستان.

79 - کدخدایی، همان، ص 44.

80 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2176.

81 - بقره/12.

82 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 132.

83 - عبدالله، نظام الدین، فرهنگ اصطلاحات حقوقی افغانستان، ص 476، انتشارات سعید، سال چاپ 1397، نوبت چاپ دوم، کابل - افغانستان.

وصیتی است که شارع آنرا مکروه دانسته است ، مانند وصیت برای ساختن بناء یا روشن کردن شمع بر قبور یا وصیت کردن برای اهل فسق و معصیت.⁸⁴

مطلب دوم – اقسام وصیت به اعتبار حکم وضعی آن

وصیت به اعتبار حکم وضعی آن به اقسام زیر منقسم گردیده است:

1- وصیت صحیح

هرگاه وصیت با جمیع ارکان ، شروط و احکام آن بصورت درست و مشروع واقع گردد ، چنین وصیتی را وصیت صحیح می نامند. مانند وصیت در امور مشروع و مباح ، مانند وصیت به حفر یک حلقه چاه پس از وفات موصی توسط موصی له یا وصیت به احداث و اسفالت سرک جهت عبور و مرور مردم و تردد عراده جات.

2- وصیت باطل

وصیت باطل آنست که اصلاً و وصفاً بصورت مشروع واقع نگردیده و طوری پنداشته می شود که اصلاً وصیتی در میان نبوده و فاقد اعتبار پنداشته می شود ، مانند وصیت به تعمیر یک باب خانه جهت فحاشی ، یا فروش شراب و غیره.⁸⁵

مطلب سوم – اقسام وصیت به اعتبار اطلاق و تقیید

وصیت به این اعتبار بر دو نوع تقسیم گردیده است:

1- وصیت مطلق

وصیت مطلق آنست که شخص بگوید: این مال را به فلان بن فلان وصیت کردم و چیزی بدان اضافه یا قید نکند.⁸⁶ به عبارت دیگر: وصیت مطلق آنست که به قید یا شرطی ، مقید یا معلق نشده باشد ، مانند اینکه موصی بگوید: فلان چیز را برای فلان شخص وصیت کردم. و یا هر وصیتی که مقید به قید نباشد ، وصیت مطلق است.⁸⁷ برخی ها گفته

84 - کدخدایی، یعقوب، وصیت و ارث، صص 43 و 44، انتشارات دادگستر، سال چاپ 1392، نوبت چاپ اول، تهران – ایران.

85 - مولف رساله حاضر.

86 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ترجمه: خالد ایوبی نیا، ص 19، سال چاپ 1390، نوبت چاپ اول، مؤسسه انتشاراتی حسینی اصل، تهران – ایران.

87 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2188 و جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج 5، لغت شماره 1415.

اند: وصیت مطلقه یا مجهوله به دو معنی استعمال می گردد: یکی موقت است و دیگری دائم.⁸⁸ درحالیکه برخی دیگر، وصیت موقت و دائم را از مصادیق انواع وصیت به منافع بر شمرده اند.⁸⁹

2- وصیت مقید

وصیت مقید یا معلق اینست که شخص بگوید: اگر با این بیماری یا در این شهر یا در این سفر فوت نمودم، فلان مال من از فلان بن فلان باشد، بنابراین در صورت تحقق شرط، وصیت نفاذ می یابد؛ در غیر صورت وصیت باطل خواهد بود مثلاً هرگاه شخص از مرض مذکور شفاء یافت یا از سفر برگشت و فوت نکرد، وصیتش باطل می گردد؛ زیرا وصیت به شروط مذکوره معلق گردیده بود که با این وصف گفته میشود که گویا اصلاً وصیتی موجود نگردیده است.⁹⁰ به تعبیر دیگر: وصیت مقید که به نام (وصیت معلق) نیز یاد میشود، عبارت از وصیتی است که به تحقق امری یا احراز شرطی، مقید یا معلق باشد، مانند اینکه موصی بگوید: اگر در همین بیماری وفات یافتم، فلان چیز را برای فلان شخص وصیت کردم که در این عبارت، تحقق وصیت منوط به مرگ موصی در بیماری مورد نظر است.⁹¹

مطلب چهارم – اقسام وصیت به اعتبار موضوع

وصیت به این اعتبار بر سه قسم است:

الف) وصیت به مال.

ب) وصیت به منافع.

ج) وصیت به حقوق.

هریک از وصایای سه گانه بطور جداگانه ذیلاً به بحث گرفته می شوند:

88 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق مدنی (وصیت)، ص 166، ادامه شماره 187، ناشر: کتابخانه گنج دانش، سال چاپ 1390، نوبت چاپ سوم، تهران - ایران.

89 - شیخ الاسلامی، اسعد، مرجع قبلی، صص 166 تا 168.

90 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ترجمه: خالد ایوبی نیا، ص 19، انتشارات حسینی اصل، سال چاپ 1390، نوبت چاپ اول، تهران - ایران.

91 - مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، مرجع گذشته، همان ج، همان ص و جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، همان شماره.

الف) وصیت به مال

در اینجا می‌خواهم نظریات مذاهب اهل سنت و شیعه را بصورت جداگانه قرار شرح ذیل بیان نمایم:

1- نظر فقهای اهل سنت

علمای اهل سنت به اتفاق آراء نظرمیدهند که مالی که موصی به قرار می‌گیرد از چهار حالت ذیل خارج بوده نمی‌تواند:

1) وصیت به عین مال یا جزء مشاعی از آن

هرگاه شخصی خانه یا قسمت مشاعی از آن را در محلی برای شخص دیگری وصیت کند، این خانه یا جزئی از آن، از وقت انشاء وصیت، جزء موصی به قرار می‌گیرد. اگر این خانه از بین برود یا به فرد دیگری تعلق یابد یا از مالکیت موصی خارج شود، وصیت باطل می‌شود؛ چون محلی برای وصیت باقی نمانده است و اگر موصی بمیرد و موصی به همچنان در تملک او باقی مانده باشد، چنانچه در حد ثلث ترکه باشد، تمام آن به موصی له میرسد و در صورتی که بیشتر از ثلث باشد، زاید بر آن حق موصی له نخواهد بود. هرگاه تمام یا بعضی از این خانه مال مرهون بوده، حق مرتهن به آن تعلق گیرد یا به منظور استیفاء دین ضبط شده باشد، موصی له میتواند قیمت خانه را از باقی ترکه به خود اختصاص دهد.⁹²

2) موصی به قسمت مشاعی از تمام مال باشد

هرگاه موصی به جزء مشاعی از تمام مال، مثلاً ثلث آن باشد، وصیت از زمان وفات موصی، به مال موجود تعلق می‌گیرد، نه از زمان انشاء آن؛ برای مثال: اگر موصی در وقت انشاء وصیت، مالی به ارزش 9000 نه هزار افغانی داشته باشد، سه هزار افغانی به موصی له تعلق نمی‌گیرد؛ بلکه باید اموال موصی را در موقع فوتش بررسی کرد، چنانچه تمام موصی به مبلغ شش هزار افغانی ارزیابی شود، موصی له فقط مستحق دوهزار افغانی است و اگر به پانزده هزار افغانی بالغ گردید، در این صورت موصی له مستحق پنج هزار افغانی خواهد بود. اگر موصی در وقت انشاء وصیت، صاحب چیزی نباشد و ثلث مالش را برای شخصی وصیت کند و سپس در طول حیات، مالی را کسب کند و بمیرد، یک سوم مالی را که از آن تاریخ بدست آورده است به موصی له تعلق خواهد گرفت. حال اگر تمام اموال موصی که در وقت انشاء وصیت، مالک آن بوده از بین برود یا به دیگری تعلق داشته باشد یا از مالکیتش خارج گردد، وصیت باطل می‌شود.⁹³

⁹² - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 162.

⁹³ - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 7، ص 426 و خفیف، علی، همان، ص 403.

3) موصی به نوع معینی از مال موصی یا جزء مشاعی از انواع اموال او باشد

اگر شخصی نوع معینی از اموالش را برای دیگری وصیت کند، مانند گوسفندان یا کتاب هایش یا جزء مشاعی از اموالش، مثل ثلث گوسفندانش، چنانچه موصی به در زمان انشاء وصیت موجود بوده باشد، وصیت از وقت انشاء به موصی له تعلق می‌گیرد و در صورتی که موصی به همچنان موجود باشد، موصی له پس از وفات موصی، مالک آن خواهد شد و اگر موصی بعد از انشاء وصیت، مال بیشتری کسب کرده باشد، از نظر وصیت بی اعتبار بوده و چیزی از مقدار اکتسابی به موصی له تعلق نمی‌گیرد. اگر در این حالت موصی به از بین برود یا مستحق للغير باشد، به علت انتفاء محل، وصیت باطل میشود و چنانچه بعضی از موصی به از بین برود یا به شخص دیگری تعلق بگیرد، وصیت به نسبت مال معدوم یا مستحق للغير باطل میشود؛ ولی بقیه چنانچه بیشتر از ثلث نباشد، صحیح خواهد بود و در غیر این صورت، وصیت در حد ثلث اجراء می‌شود؛ اما اگر موصی به جزء مشاعی در نوعی از انواع مال موصی باشد، هر چند وصیت به نسبت مقدار از بین رفته باطل میشود، وصیت در باقیمانده به مقدار جزء مشاع، چنانچه از ثلث ترکه فراتر نرفته باشد، صحیح خواهد بود. هرگاه موصی نصف گوسفندان خود را برای شخصی وصیت کند و در وقت انشاء وصیت صد رأس گوسفند داشته باشد و سپس بعضی از آنها تلف شوند یا به فرد دیگری تعلق بگیرند، وصیت نسبت به نصف تلف شده یا متعلق به غیر، باطل شده و وصیت موصی در مورد پنجاه رأس گوسفند باقیمانده معتبر است و موصی له نصف آنرا تا زمانی که از ثلث ترکه بیشتر نباشد، میتواند تصاحب کند. اما اگر موصی به در وقت انشاء وصیت موجود نباشد، وصیت به مالی تعلق می‌گیرد که موصی از این تاریخ تا وقت مرگ بدست آورده باشد یا از خارج به دارایی وی اضافه شده باشد و تلف شدن یا تعلق داشتن به دیگری قبل از مرگ موصی قابل تصور بوده نمی‌تواند؛ زیرا وصیت قبل از وفات موصی و بعد از آن به چیز معینی تعلق نداشته است. بنابراین، موصی به حکم از بین رفتن یا استحقاق مال به غیر یا انواع موجود در زمان انشاء وصیت را خواهد داشت.⁹⁴

4) موصی به عدد محدود از نوع معین باشد

اگر شخصی بیست رأس از گوسفندانش را برای دیگری وصیت کند و در وقت انشاء وصیت مالک صد رأس گوسفند باشد، وصیت به بیست رأس گوسفندی که در صد رأس مشاع است تعلق می‌گیرد، پس اگر تمام گوسفندان از بین بروند، وصیت به علت انتفای محل، باطل می‌شود؛ اما اگر بعضی از آنها تلف شوند، موصی له بیست رأس را از باقیمانده، می‌برد، حتی اگر بقیه گوسفندان همین تعداد باشند، با این شرط که این بیست رأس در حد ثلث ترکه

94 - نووی، زکریا بن یحیی شرف الدین، المجموع فی شرح المذهب، ج 15، ص 426، ناشر: مكتبة الإرشاد، الطبعة الثالثة، عام الطبع 1386 هـ ق، المملكة العربية السعودية.

باشد، چون از آنجا که موصی تعداد موصی به را تعیین کرده، قصد داشته است که همین تعداد موصی به را تملک کند وگرنه می‌گفت که نصف یا ثلث یا ربع گوسفندانم. بنابراین اصل، تنفیذ قصد او در صورت امکان، واجب است.⁹⁵

2- نظر تشیع

از میان شیعیان، جعفری لنگرودی⁹⁶ بر این باور است که اگر وصیت، عهدی نباشد، وصیت به مال نامیده می‌شود که در این صورت اعم از وصیت تملیکی بوده و شامل ابراء نیز می‌شود؛ درحالی‌که در وصیت به ابراء، تملیک وجود ندارد یا مثلاً وصیت به حق تحجیر، وصیت تملیکی نیست؛ چون خود موصی مالک آن نیست؛ اما در عین حال وصیت به مال پنداشته می‌شود. همین گونه هرگاه وصیت تملیکی را بر فرض ایقاع بودن آن، ملک قابل تملک بدانیم، استعمال وصیت تملیکی در این مورد درست نبوده ولی استعمال وصیت به مال بر آن درست می‌آید.⁹⁷

ب) وصیت به منافع

آنچه از تعریف وصیت در اصطلاح فقهاء استنباط می‌شود، اینست که وصیت به منافع مانند وصیت به اعیان جایز است؛ زیرا تملیک و تصرف بعد از وفات موصی هر دو نوع را شامل خواهد شد.⁹⁸

کتب فقهی مذاهب اسلامی انواع و احکام وصیت به منافع را توضیح داده‌اند. بنابراین ما در مقام تشریح کامل موضوع با تمام تفصیلاتی که در ابواب فقهی بیان شده است، نیستیم؛ بلکه موارد مهمی را در این زمینه بطور مختصر متذکر می‌شویم که این امور عبارتند از:

اول) انواع وصیت به منافع

وصیت به منافع بر دو نوع است:

1- وصیت موقت.

2- وصیت دائم.

95 - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج 6، ص 669 و خفیف، علی، همان، صص 405 و 406.
96 - پروفیسور محمد جعفر جعفری لنگرودی فقیه شیعی و محقق علم حقوق در عصر حاضر در سال 1302 هجری شمسی در شهرستان لنگرود گیلان کشور ایران به دنیا آمد. در سنین کودکی به دلیل علاقه فراوانی که به علم فقه داشت پس از طی دوران مراحل ابتدائی و ثانوی، به فراگیری علم فقه، اصول، فلسفه، منطق و عرفان پرداخت. نامبرده با ارائه پایان نامه اش تحت عنوان (تاثیر اراده در حقوق مدنی) موفق به کسب مدرک دکترای حقوق خصوصی و قضائی خود از دانشکده حقوق دانشگاه تهران شد. کتاب دایره المعارف عمومی حقوق (الفارق) در پنج جلد در بیست و ششمین دوره جایزه کتاب سال جمهوری اسلامی ایران به عنوان برترین کتاب سال رشته حقوق معرفی گردید. موصوف در ایستبورن کشور انگلستان سکونت داشته و با وجود گذشت 99 سال عمر عزیزش هنوز هم در پی آموختن علم و دانش دینی و حقوقی است. برگرفته شده از سایت اینترنتی: (fa.m.wikipedia.org).

97 - جعفری لنگرودی، اثر قبلی، ص 156.

98 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 166.

هریک از وصایای دوگانه قرار ذیل تفصیل داده می شود:

1) وصیت موقت

هرگاه موصی به منفعت چیزی وصیت کند و آنرا به وقت مقید سازد ، این نوع وصیت خود بر دونوع ذیل است:

نخست) اینکه موصی ، مدت بهره بردن از موصی به را به زمان معینی محدود کرده باشد ، مانند اینکه شخصی سکونت در خانه اش را پس از مرگ خود به مدت یک سال یا دوسال برای دیگری وصیت کند ،⁹⁹ یا استفاده از خانه اش را برای کسی به مدت ده سال وصیت کند ، یا سکونت در خانه یا استفاده از خانه را در سال فلان ، وصیت کند. در تمام موارد مذکور وصیت جایز است.¹⁰⁰

در وصیت موقت ، موصی یا زمان بهره بردن را معین میکند ، مثل اینکه بگوید: سکونت منزم را برای فلان شخص تا سال فلان وصیت می کنم ؛ یا زمان آن را مشخص نمی سازد ، مانند اینکه بگوید: سکونت در خانه ام را برای فلان شخص به مدت یک سال وصیت می کنم. هرگاه موصی زمان بهره بردن را معین کند ، چنانچه این یک سال قبل از مرگ موصی سپری شود ، وصیت باطل می گردد و اگر موصی پس از گذشت مدتی از آن ، وفات نماید یا قبل از گذشت یک سال فوت کند ، به شرطی که خانه در حد ثلث باشد یا بیشتر از ثلث باشد و ورثه اجازه داده باشند ، خانه تا زمان استیفاء وصیت به موصی له تحویل داده میشود ؛ ولی اگر خانه از حد ثلث تجاوز کند و ورثه سکونت موصی له را اجازه نداده باشند ، باید یک روز موصی له و دو روز ورثه در آن خانه سکونت کنند تا مدت یک سال سپری شود ، سپس خانه به ورثه تسلیم داده شود و آنها خانه را تصرف می کنند.¹⁰¹

هرگاه موصی ، مدت زمان بهره گیری از موصی به را تعیین نکرده باشد ، مثل اینکه بگوید: سکونت خانه ام را برای فلان به مدت یک سال وصیت می کنم ، چنانچه خانه از حد ثلث تجاوز نکند یا بیشتر از ثلث باشد و ورثه استفاده از آن را اجازه داده باشند ، خانه مذکور به موصی له تسلیم میشود تا یک سال کامل در آن سکونت کند و پس از اتمام مدت مذکور به ورثه برگشت داده میشود. اگر خانه از ثلث تجاوز کند و ورثه هم اجازه ندهند ، یک روز موصی له و دو روز ورثه به مدت سه سال ، در آن سکونت می گزینند و پس از اتمام مدت ، خانه به ورثه منتقل می شود. اگر موصی له قبل از استفاده از موصی به ، بمیرد ، وصیت باطل میشود و موصی به به ورثه بر میگردد ؛ زیرا موصی حق استفاده

99 - خفیف، علی، همان، صص 437 و 438.

100 - فتح القدیر، ج 8، ص 416 و به بعد آن - المجموع، ج 15، ص 78 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 421 - المغنی، ج 6، ص 127 و به بعد آن و مفتاح الکرامه، ج 9، ص 520.

101 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 167.

از موصی به را به موصی له داده است. بنابراین ، اگر به وارث موصی له منتقل شود ، در واقع از آغاز ، از ملک موصی بدون رضایت وی استفاده کرده است که این ، جایز نمی باشد.¹⁰²

دوم) اینکه ابتداء و انتهاء آن تحدید و تعیین شده باشد مانند مثالی که قبلاً در شماره نخست راجع به سکونت خانه برای مدت یکسال یا دوسال گذشت یا اینکه برای مدت حیات موصی له مقید گردیده باشد که در صورت ابهام ، موصی له میتواند به مقدار مدتی که برایش معین و مقرر گردیده ، منفعت بردارد و هرگاه ابهام در تحدید وقت برای سال های غیرمعین باشد ، در این صورت موصی له سه سال که اقل جمع است از موصی به منفعت برده می تواند.¹⁰³

2) وصیت دایمی

وصیت دایمی یا موبد ، وصیتی است که موصی انتفاع از موصی به را به طور دایم قرار داده باشد ، مانند اینکه بگوید: ثمر باغم را برای همیشه برای فلان وصیت کردم. این نوع وصیت صحیح می باشد.¹⁰⁴

هرگاه در وصیت دایم ، موصی به بیشتر از ثلث ترکه نبود یا در صورت تجاوز از ثلث ، ورثه اجازه داده بودند ، موصی به به موصی له تسلیم می شود تا برای همیشه در آن سکونت گزیند ؛ ولی اگر از ثلث ترکه تجاوز کند و ورثه هم اجازه ندهند ، تا زمانی که موصی له بمیرد ، یک روز موصی له و دو روز ورثه در خانه سکونت می گزینند و پس از مرگ موصی له ، خانه دوباره به ورثه برگردانده میشود و جزئی از متصرفات آنها میشود.¹⁰⁵

دوم) منافع چیست ؟

در اینجا آراء فقهاء نیز مختلف بوده که ذیلاً چنین بیان میگردد:

1- نظر احناف

آنچه از کتب حنفیه در خصوص وصیت به منافع مستفاد میشود آنست که در مبحث وصیت ، منفعت را بطور مطلق عبارت از سکونت در خانه و بهره بردن از آن و استفاده از ثمرات زمین و باغ و بطور کلی ، بهره گیری از هر چیزی که از منافع اراضی و اجرت آنها بدست می آید ، می دانند.¹⁰⁶

102 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان منبع، صص 166 و 167.

103 - خفیف، علی، همان، ص 438.

104 - فتح القدیر، ج 8، ص 416 و به بعد آن - المجموع، ج 15، ص 78 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 421 - المغنی، ج 6، ص 127 و به بعد آن و مفتاح الکرامه، ج 9، ص 520.

105 - شیخ الاسلامی، همان، صص 167 و 168 و نیز رک: مصطفی الخن، مصطفی البغاء و علی الشربجی، مرجع گذشته، ج 2، ص 254.

106 - فتح القدیر، ج 8، ص 416.

شیخ احمد ابراهیم¹⁰⁷ تعریف جامعی در مورد منافع به این شرح دارد:

(مراد از منافع، بهره های مالی، اعیانی است که بطور طبیعی یا مصنوعی یا جعلی برای بهره برداری آماده شده اند؛ خواه این منافع، اعیان مادی باشند که از اصلی به وجود آمده اند یا از اصلی ایجاد نشده اند یا اعراضی باشند که قائم به اعیان هستند. منافی که از اصلی به وجود آمده اند شامل ثمرات انواع مختلف درختان و محصولات کشاورزی است و منافی که از کدام اصلی بوجود نیامده اند، عبارت از اجرت هایی هستند که در ازای بهره گیری از این اعیان و به کارگیری آن بدست آمده اند، مانند بهره زمین های زراعتی و منازل به صورت اجاره. منظور از اعراض نیز صفات لازم اعیانی است که به واسطه این صفات صلاحیت بهره برداری را پیدا می کنند، مانند صلاحیت چهارپایان برای سواری و حمل و نقل و منازل برای سکونت).¹⁰⁸

احناف برای منفعت، دو اصطلاح را بکار برده اند: یکی ثمره و دیگری غله، که ظاهراً هر دو الفاظ به معنای واحد اند. آنان میگویند: وصیت به غلت شامل منافی است که در وقت وفات موصی موجود بوده یا در مدت حیات موصی له حادث شده باشد. اما تعبیر ثمره در نزد فقهای حنفی منافی اند که فقط در زمان مرگ موصی موجود باشد.¹⁰⁹

از دیدگاه احناف، منفعت بر خدمت و سکونت مسکن و غله آن و نیز بر غله زمین و باغ و ثمره آن اطلاق میگردد. از نظر این مذهب غله (بهره) عبارت است از هر چیزی که از درآمد زمین، کرایه و اجاره مزدور و غیره حاصل می شود.

علمای احناف بین وصیت کردن به غله یا ثمره تفاوت گذاشته اند چنانچه در تعبیر از غله گفته اند که هرچه هنگام وفات موصی موجود باشد و هرچه در مدت حیات موصی له ایجاد شود، غله نامیده میشود؛ اما ثمره تنها شامل چیزی میشود که هنگام وفات موصی موجود بوده باشد که ظاهراً سبب این فرق، عرف است.¹¹⁰

از نظر سایر مذاهب، فرقی بین ثمره و غلت وجود نداشته و هر یک از آن دو، منافع موجود در زمان فوت موصی و آنچه را بعداً حادث می شود، در بر میگیرد.¹¹¹ نظر سایر مذاهب در این مورد بطور مختصر چنین درج میگردد:

107 - احمد بن ابراهیم معروف به تاج الدین حنفی، از صدور و رؤسای شام بود که بتاریخ 1070 هجری قمری تولد و به سال 1060 قمری وفات یافته است. مدتی در دمشق بصفت قاضی منصوب بود و برای مدتی در مدارس آن شهر تدریس کرده است.

108 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 6، ص 460.

109 - شیخ الاسلامی، همان، ص 168.

110 - زحیلی، وهبة، همان منبع، ص 95.

111 - ابن عابدین، محمد امین، رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار، ج 6، صص 693 - 694 و 695 و زیلعی، عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، ج 6، صص 202 و 203 - تبیین الحقائق، ج 6، صص 202 و 203 - المغنی، ج 6، صص 92 و 93 و مغنی المحتاج، ج 3، صص 64 و 65 و حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 422.

2- نظر مالکيه، شافعيه، حنابله و ثوري

حنابله گفته اند که میان غله و ثمره از نظر معنا و دلالت کدام تفاوتی دیده نمی شود، پس هرگاه وصیت به غله یا ثمره صورت گرفته باشد، موصی له از غله و ثمره ای که در وقت مرگ موصی موجود است یا بعداً موجود خواهد گردید، مستفید شده می تواند.¹¹²

3- نظر شيعه

علمای شیعه می گویند: ممکن است وصیت به منافع عینی از قبیل ثمرهء باغ و یا سکنای خانه ای شده باشد، در این صورت اگر برای موصی دارایی دیگری وجود نداشت، وصیت به مقدار ثلث نافذ و زائد بر آن منوط به اجازهء ورثه است در غیر آن موصی به را باید از ثلث ترکه اخراج نمود.¹¹³

سوم) آیا منافع در زمرهء اموال، قابل ارزیابی است؟

ائمهء مذاهب اهل سنت و شیعه در این خصوص آراء ذیل را ارائه داده اند:

1) نظر احناف

فقهای حنفیه می گویند: منافع، بالذات اموال ارزشمندی نیستند؛ بلکه به سبب عقد، عنوان مال را به خود می گیرند و ارزش پیدا می کنند، مانند اجاره و وصیت.¹¹⁴

فقهای مذکور برای اثبات نظریه خود چنین استدلال میکنند: مال چیزیست که بتوان آنرا تملک یا برای روز احتیاج، ذخیره کرد؛ اما این موضوع در منافع تحقق نخواهد یافت؛ زیرا منافع، اعراض هستند و بعد از حصول از بین می روند و باقی نمی مانند، بنابراین احراز و تملک آنها ممکن نیست. طبق این اصل، ثروتمند به کسی اطلاق می شود که اموال معزز و قابل ذخیره داشته باشد، نه شخصی که فقط صاحب اشیای خوردنی و نوشیدنی باشد. بطور خلاصه، منافع قبل از حصول، معدوم بوده و اسم مال بر معدوم اطلاق شده نمی تواند و احراز آن پس از کسب نیز ممکن نیست و در اینصورت، به عنوان مال قابل ارزش، اعتبار ندارد؛ اما از طرف دیگر با اینکه منافع بالذات، مال محسوب نمی شود به دلیل ورود نص و جریان عرف، استحساناً قائم به عقود است و مانند اجاره و امثال آن صلاحیت ارزیابی را دارد.¹¹⁵

112 - خفیف، علی، أحكام الوصية، صص 412 و 413.

113 - عبده، بروجردی، همان، ص 362.

114 - زیلعی، تبیین الحقائق، ج 5، کتاب الإجاره.

115 - شیخ الاسلامی، همان، ص 169.

(2) نظر جمهور

جمهور فقهاء یعنی فقهای مالکیه ، شافعیه و حنابله رحمهم الله معتقد اند که منافع نیز مانند اعیان ، اموالی هستند که هم قابل ارزیابی اند و هم مضمون و برای اثبات نظر خود به ادلهء زیر استناد ورزیده اند:

اول – مال به چیزی اطلاق میشود که نفس انسان به آن تمایل دارد و برای مصالح مردم ایجاد شده باشد و منافع نیز به همین اوصاف متصف هستند.

دوم – شریعت اسلامی منافع را به عنوان مال معتبر میدانند ؛ چون از نظر اسلام صلاحیت دارد صدق زن قرار گیرد. این موضوع مورد اتفاق فقهاء است ؛ زیرا خداوند متعال مهربانی می فرماید: (و أحل لکم ما وراء ذلکم أن تبتغوا بأموالکم محصنین غیر مسافحین)¹¹⁶ ترجمه: (و حلال شد برای شما جز اینان که به مال های خویش خواستگاری کنید حال که شوهران باشید نه زناکاران). بر این اساس ، اگر منفعت به عنوان مال معتبر نباشد ، با مفهوم آیهء کریمهء فوق تناقض پیدا می کند.

سوم – اعیان به اعتبار اینکه از آن بهره برداری صورت میگیرد ، مال به حساب می آید ؛ درحالیکه آنچه قابل انتفاع نیست ، مال به شمار نمی آید ، پس وقتی اعیان ، جز به اعتبار منافع آن ، مال به حساب نیاید ، چگونه مال بودن منافع ، منتفی میشود ؟ و درحالیکه منافع قابل ارزیابی و بین مردم ارزشمند باشد و اصلاً اعیان به منظور کسب منافع دست به دست شوند ، پس از آنجا که اعیان به اعتبار منافع ارزش یابی میشود ، محال است که منافع ، قابل تقویم نباشند.

چهارم – منافع مورد تعاهد قرار میگیرد و قابلیت ضمان دارد و ضمان آن دلیل بر مال بودن آن است ؛ زیرا در غیر این صورت به عنوان مال مورد عقد قرار نمی گرفت ؛ چون عقود ، حقائق اشیاء را تغییر نمی دهند ، بلکه خصائص آن را تثبیت می کنند.¹¹⁷

(3) نظر شیعه

نظر شیعه در شماره چهارم تحت عنوان (حکم وصیت به منافع) به بررسی گرفته میشود.

116 - نساء/24.

117 - ابن قدامة، المغنی، ج 6، صص 92 و 93 - شربینی، محمد بن شربینی خطیب، مغنی المحتاج، ج 3، صص 64 و 65 و حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 423.

چهارم) حکم وصیت به منافع

مذاهب چهارگانه اهل سنت اتفاق نظر دارند که وصیت به منافع مانند اعیان، جایز است؛ چون در حکم اموال است. این موضوع از نظر گروهی که منفعت را مال ارزشمند می دانند روشن است، حتی حنفیه که منفعت را مال به حساب نمی آورند، وصیت به آنرا جایز میدانند و میگویند: تملیک منفعت در زمان حیات صحیح است؛ خواه مانند عقد اجاره در مقابل عوض باشد یا مانند عقد اعاره بدون عوض باشد و این امر بعد از مرگ هم به وسیله وصیت، مانعی ندارد همان گونه که در مورد یمین نیز ایشکالی ندارد. اصل مالی که به منفعت آن وصیت شده، در مالکیت میت محفوظ میماند تا موصی له آنرا تملک کند و نیاز موصی نیز به دلیل جواز وصیت به منفعت برآورده می شود؛ زیرا موصی به قصد تقرب به درگاه باری تعالی در حدی که توانایی داشته باشد، نیازمند است و موصی له نیز برای رفع نیاز به عین یا منفعت احتیاج دارد؛ البته وصیت به منافع نباید از ثلث ترکه تجاوز کند و فقط در حد ثلث قابل اجراء خواهد بود.¹¹⁸

پنجم) چگونگی ارزیابی منفعت

وصیت به منفعت یا به صورت سکنی در خانه و یا بهره بردن از آن و دیگر موارد مانند وصیت به عین است که تنفید آن به شرطی محقق میشود که با وجود ورثه از ثلث ترکه متجاوز نباشد و در غیر آن به اجازه ورثه بستگی دارد، طوریکه اگر آنها اجازه دادند، موصی له در حد ثلث تمام ترکه، استحقاق تملک را خواهد داشت.

هرگاه موضوع وصیت، اعیان باشد، آنرا تقویم می کنند و در حد ثلث ترکه، انجام می دهند؛ حال آنکه اگر موضوع وصیت، منفعت باشد، ارزیابی آن چگونه خواهد بود؟ فقهای مذاهب اسلامی در این باره آراء ذیل را ارائه داده اند:

1) نظر حنفیه و مالکیه

ابوحنیفه و صاحبان او (ابویوسف و محمد رحمهما الله تعالی) و همچنین امام مالک، بدون توجه به مدت انتفاع، به عینی که منفعت آن وصیت شده است می نگرند. اگر مالی که به منفعت آن وصیت شده است، در حد ثلث ترکه موصی باشد، این نوع وصیت را جایز و نافذ می دانند و چنانچه از حد ثلث تجاوز کند، فقط ثلث آنرا اجراء می کنند و جواز زائد بر ثلث را موقوف به اجازه ورثه می دانند. فقهای مذکور ارزش سکونت در خانه یا استفاده از آن یا ثمر عین را مورد توجه قرار نداده، اعتباری برای آن قائل نیستند؛ چون مقصود از اعیان، منافع آنهاست و چنانچه منافع متعلق به غیر باشد و مال در تملک وارث قرار گیرد، مانند مالی می شود که منفعت ندارد. بنابراین اصل، مذاهب مذکور ارزش

¹¹⁸ - رد المحتار علی الدرالمختار، ج 6، ص 691 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 423 - المجموع، ج 15، ص 428 و المغنی، ج 6، ص 94.

عین را معتبر می‌شناسند ، چنانکه بگویی: موصی به مال است. با توجه به این مطلب ، ارزیابی منافع همانند اعیان خواهد بود.¹¹⁹

(2) نظر شافعیه و حنابله

فقهای این دو مذهب می‌گویند: ارزیابی وصیت به منفعت با قیمت عین موصی به در مدت وصیت سنجیده می‌شود ؛ چون همان عین ، در واقع موصی به است. حنابله در این خصوص توضیحی دارند. ابن قدامة در کتاب معروفش مسمی به (المغنی) می‌گوید: هرگاه برای وصیت به منفعت ، مدت معلومی در نظر گرفته شود ، قیمت خود منفعت در آن مدت ، مورد توجه قرار می‌گیرد و اختلافی در این مورد وجود ندارد ؛ ولی چنانچه وصیت از لحاظ مدت بطور اطلاق ذکر شده باشد ، دو قول وجود دارد: یا اینکه عینی که وصیت به منفعت آن شده است ، ارزیابی می‌شود و آن نیز باید در حد ثلث ترکه باشد. این نظر با رأی حنفیه مطابقت دارد ؛ و یا اینکه ارزیابی عین موصی به ، به عهده ورثه و تعیین قیمت منفعت به عهده موصی است ؛ پس اگر قیمت هر دو معادل 1000 درهم و ارزش عین موصی به فقط 100 درهم باشد ، معلوم می‌شود که ارزش منفعت ، نهصد درهم است.¹²⁰

(3) نظر شیعه

تشیع در مورد چگونگی ارزیابی منفعت موارد ذیل را در نظر گرفته اند:

- (1) هرگاه منفعت دائمی وصیت نشده باشد ؛ بلکه منافع مدت معین وصیت شده باشد ، کار آسان است ؛ زیرا پس از کسر آن منفعت بازهم برای عین موصی به ارزشی میماند ، مثلاً هرگاه کسی منفعت برده ای یا خانه ای را برای مدت ده سال وصیت کند ، آن خانه با تمام منافعی که ارزیابی میشود ، فرض کنیم ارزش آن با تمام منافع صد واحد باشد ، دوباره با وضع مسلوب المنفعه بودن در مدت ده سال ارزیابی میشود.¹²¹
- (2) هرگاه منفعت دائمی وصیت شده باشد در ارزیابی آن چند حالت وجود دارد:

حالت اول) ارزیابی عین با تمام منافع آن و کم کردن آن از یک سوم ؛ چون با از دست رفتن تمام منافع ، دیگر آن عین قابل ارزیابی نخواهد بود ، بدین گونه تمام قیمت از ورثه گرفته شده و عین از دست رفته محسوب می‌شود.

119 - رد المحتار علی الدر المختار، ج 6، ص 692 و حاشیة الدسوقي، ج 4، ص 424.

120 - المغنی، ج 6، ص 92 و المجموع، ج 15، ص 404 به بعد.

121 - محمدی، ابوالحسن، مرجع سابق، ص 88.

شود. توجیه دیگر اینست که: منفعت دائمی قابل ارزیابی نیست؛ چون مدت آن معلوم نیست و هنگامی که ارزیابی منافع ممکن نباشد، راهی جز ارزیابی عین، باقی نمی ماند.¹²²

حالت دوم) تفاوت میان قیمت عین با تمام منافع و قیمت آن عین به طور مسلوب المنفعه در نظر گرفته میشود. بدین جهت، قیمت عین جزو ترکه قرار میگیرد؛ زیرا عین (مسلوب المنفعه) مال اوست که می تواند از آن انتفاع ببرد و بدین گونه که آن را (اگر برده ای باشد)، آزاد کند و این هدف خیلی مهم است که ارزش مالی دارد، می تواند آن را به موصی له یا به هر کس دیگری بفروشد، می تواند آنرا ببخشد یا وصیت کند. بنابراین، وجاهتی ندارد که آن عین را از آن موصی له بدانیم، همچنین اگر مورد وصیت در صورتی که باغ بوده باشد، استفاده بردن از شاخه های خشک و شکسته آن برای وارثان ممکن است و اگر خانه ای باشد و موصی له آنرا تعمیر نکرده تا آنکه خراب شود و استفاده از مصالح ساختمانی آن برای ورثه ممکن باشد. در موارد یادشده فوق (خانه و باغ) با تمام منافع آن قیمت میشود بطور مثال: اگر ارزش آن صد واحد بود و سپس در حال مسلوب المنفعه شدن، قابل آزاد کردن یا بهره برداری در همه حال قیمت میشود فرض کنیم بگویند که ده واحد می ارزد، در این صورت ارزش منافع نود واحد است که باید دو برابر آن از ترکه برای وارثان باقی بماند که عین موصی به به ارزش ده واحد نیز از جمله آنهاست که همین وجه صحیح بنظر میرسد.¹²³

مثال دیگر آن اینست که اگر موصی به، منافع دائمی گوسفندی بوده باشد، چون گوسفند مشرف به موت شده و آنرا ذبح کرده باشند، در اینصورت استفاده از گوشت آن به وارث اختصاص خواهد داشت؛ زیرا این گوشت، ملک وارث دانسته میشود.¹²⁴

حالت سوم) منفعت ارزیابی میشود و از یک سوم کسر میشود ولی عین ارزیابی نمی شود، نه به حساب وارث میرود و نه به حساب موصی له. به حساب موصی له به این دلیل نمی رود که برای او نیست و به حساب وارث از آن جهت نمیرود که میان وارث و عین مال، حائلی بوجود آمده است و با از بین رفتن منافع آن، قیمت آن از بین رفته و عین به منزله تالف قرار میگیرد.

این عقیده در صورتی درست است که نتوان برای عین تنها (بدون منافع وصیت شده) قیمتی در نظر گرفت، مانند برخی از چهارپایان و گرنه درستی عقیده وسط آشکار تر است.¹²⁵

122 - محمدی، ابوالحسن، وصایا و شفعه، ترجمه دو کتاب از (مسالك الافهام) شهید ثانی و (شرايع الاسلام) محقق حلی، صص 88 و 89، ناشر: مرکز نشر دانشگاهی، سال چاپ 1377، نوبت چاپ اول، تهران - ایران.

123 - محمدی ابوالحسن، همان، صص 88 و 89.

124 - عبده، بروجردی، حقوق مدنی، ص 364، سال چاپ 1380، نوبت چاپ اول، انتشارات مجد، تهران - ایران.

125 - محمدی، ابوالحسن، همان منبع، صص 88 و 89.

ششم) حکم فروش مالی که به منفعت آن وصیت صورت گرفته است

در این مورد آرای فقهاء را چنین درج می نماییم:

(1) نظر جمهور

هرگاه ورثهء موصی یا موصی له که فقط عین مال برای آنان وصیت شده است، عین مالی را که به منفعت آن وصیت شده به شخص دیگری غیر از موصی له بفروشند، از نظر اهل سنت بجز حنفیه، این بیع صحیح و نافذ است؛ زیرا عین مال با تمام حقوق متعلق به آن، بجز حق موصی له، به مشتری منتقل می شود و موصی له حق خود را از ملک مشتری استیفاء می کند و این معامله هیچ نیازی به اجازهء موصی له ندارد. فقهای مزبور معتقد اند که این کار به ضرر هیچ کدام از مالک و موصی له نیست؛ چون منفعت هر دو طرف رعایت شده است.¹²⁶

(2) نظر احناف

رای احناف، آنطور که در کتاب (المبسوط) آمده، چنین است:

(هرگاه موصی منفعت زمینش را برای دیگری وصیت کند و عین آن زمین را — که در حد ثلث است — برای شخص دیگری وصیت کند و صاحب زمین، آنرا بفروشد و کسی که از منفعت آن استفاده می کند، نیز بیع را قبول کند، وصیت او باطل می شود و چنین معامله ای جایز است و موصی له حق اخذ ثمن را ندارد؛ زیرا ملک، متعلق به صاحب عین است و موصی له صاحب منفعت عین؛ پس اجازهء او در مورد بیع مبیع موجب بطلان حق او در استیفاء منفعت است و قیمت زمین به صاحب آن تسلیم خواهد شد. این بدان میماند که ماجر عین مستأجره را بفروشد و مستأجر نیز به بیع آن رضایت نشان دهد).¹²⁷

آنچه از رأی احناف استنباط میشود اینست که فروش مالی که حق غیر به آن تعلق گیرد، بدون اجازهء دارندهء حق، صحیح نیست؛ برای مثال: اگر موصی له — که عین مال برای او وصیت شده — یا ورثهء موصی عین وصیت شده به منفعت را به دیگری غیر از موصی له بفروشند، این معامله جز با رضایت موصی له جایز نیست؛ اگر اجازه داد حق او در مورد وصیت ساقط و وصیت باطل می شود و تمام قیمت عین به صاحب آن یا ورثه پرداخت خواهد شد و اگر رضایت نشان ندهد، بیع نافذ نبوده و تا زمانی که مدت بهره گیری از مال تمام نشده باشد، حق موصی له به منظور استفاده از بهرهء آن باقی خواهد ماند.

¹²⁶ - مغنی المحتاج، ج 3، ص 66 - المغنی، ج 6، ص 199 و حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 424.
¹²⁷ - سرخسی، محمد بن ابی سهل شمس الأئمة، المبسوط، ج 28، ص 6، الناشر: در المعرفة، تاریخ النشر 1414، بیروت - لبنان.

3) نظر شیعه

بجز وصیت دائم به منافع که باعث سقوط عین از مالیت می شود، در بقیه موارد چون وارث موصی، مالک عین است، بناءً می تواند ملک خود را با حفظ حقوق موصی له به هرکسی که بخواهد بفروشد.¹²⁸

هفتم) راه بهره گیری از وصیت به منافع

در این زمینه اقوال فقهای کرام به نهج ذیل نقل میگردد:

1) نظر احناف

هرگاه شخصی منفعت مالی را برای دیگری از قبیل سکونت در خانه یا استفاده از آن یا بهره از زمین یا باغ، وصیت کند، آیا موصی له می تواند هم شخصاً و مستقیماً از منافع آن استفاده کند و هم به واسطه فرد دیگری از آن منافع، بهره گیرد؟ علمای حنفیه این مسأله را به طور مفصل تشریح داده اند که ما آنرا در این مجال بطور مختصر چنین درج می نماییم:

هرگاه موصی سکونت یا بهره گیری از خانه را برای شخصی وصیت کند، پنج حالت اتفاق می افتد:

- 1) موصی، به صراحت به موصی له اجازه میدهد که هم شخصاً از آن بهره ببرد و هم به واسطه فرد دیگری. طبیعی است که موصی له در این حالت، برای استیفاء حق خود از هر دو طریق، عمل کرده میتواند.
- 2) موصی یکی از دو راه انتفاع از موصی به را مجاز شمرده که در این صورت، موصی له فقط نظرخاص موصی را مورد توجه قرار می دهد.
- 3) موصی سکونت در خانه را به موصی له اجازه می دهد و از بهره بردن به واسطه شخص دیگری (اجاره) ساکت است. در این مورد تمام علمای حنفی عقیده دارند که موصی له فقط خودش می تواند در خانه موصی به سکونت گزیند و حق اجاره دادن آنرا به شخص دیگری ندارد.
- 4) موصی فقط بهره بردن از موصی به را به موصی له اجازه داده (عکس حالت سوم)؛ و درخصوص سکونت خانه، سکوت اختیار نموده است؛ ولی موصی له می خواهد در آن سکونت کند. فقهای متقدم در این باره ابراز رأی نکرده اند؛ ولی فقهای متأخر حنفیه در این مورد دو قول دارند: قول نخست به سکونت موصی له بوده و قول دوم سکونت موصی له را در خانه جایز نمی شمارد.

128 - لنگرودی، همان، ص 173، شماره دوم.

(5) فقهای حنفیه می گویند: هرگاه موصی ، به طور مطلق وبدون تصریح به سکونت یا به بهره گیری از خانه ، وصیت کند ، این اطلاق ، انصراف به بهره گیری دارد ؛ چون کاملتر از انتفاع شخصی است و این نظر مبتنی بر یک قاعدهء اصولی مشهوری است که مطلق انصراف به فرد کامل دارد.¹²⁹

(2) نظر مالکیه

اگر در عقد وصیت ، قرائنی وجود داشت که برتملیک منفعت توسط موصی له دلالت نماید ، وی می تواند به هر دو طریق (سکونت و بهره گیری) استفاده کند ، در غیر آن فقط می تواند شخصاً از موصی به منتفع شود.¹³⁰

(3) نظر شافعیه و حنابله

فقهای شافعیه و حنابله میگویند: کسی که شخصاً مالک منفعت میشود ، میتواند هم خودش از آن استفاده کند و هم عین موصی به را به فرد دیگری اجاره بدهد و مال الاجاره را دریافت کند ؛ زیرا موصی له به واسطهء انعقاد وصیت ، مالک منفعت شده و کسیکه صاحب منفعت باشد ، میتواند به هرنحوی که خواسته باشد ، از آن استفاده بعمل آرد.¹³¹

(4) نظر شیعه

به نظر فقهای شیعه امامی: لازم نیست که موجر حتماً و باید مالک عین مستأجره باشد ؛ اما لازم است که مالک منافع آن باشد. و نیز فقهای مذکور گفته اند: هرگاه کسی منافع یکسال خانه خود را به نفع دیگری وصیت کند و سپس درحال حیات خود همان خانه را یک ساله اجاره بدهد ، چون اجاره عادتاً مانعة الجمع با وصیت مذکور نیست ، نمونهء رجوع از وصیت نخواهد بود و دراین مورد اگر موصی در اثناء مدت اجاره فوت کند ، اجاره منفسخ شده و به حال خود کماکان باقی میماند و پس از انقضای مدت اجاره نوبت عمل به وصیت میرسد که این وصیت از نوع وصایای موقته مطلقه بوده و عمل به آن بلافاصله بعد از فوت موصی فوریت ندارد.¹³² برخی از این علماء میگویند: هرگاه وصیت به منافع یکسالهء خانهء خود کند و ابتداء مدت را از تاریخ فوت خود قرار بدهد ، سپس آن خانه را برای یکسال به دیگری به اجاره واگذار کند و دراثناء مدت اجاره بمیرد ، اجاره نسبت به بعد از فوت موصی باطل شده و عمل به وصیت مقدم است.¹³³ هرگاه وصیت دائم به ثلث منافع خانه کرد و غیر از آن خانه ترکه ای نداشت ، ثلث منافع دائم همان خانه به موصی له داده

129 - فتح القدیر، ج 8، صص 416 و 417.

130 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 425.

131 - المجموع، ج 15، صص 62 - 63 و 64 و المغنی، ج 6، ص 199.

132 - قمی، ابوالقاسم، جامع الشتات، ص 414.

133 - کاتوزیان، ناصر، وصیت، ص 338.

می شود و نمی توان او را ملزم نمود که از همهء خانه در مدت کمتر بر ارزش ثلث ، استفاده کند و بعداً خانه را آزاد کرده و تسلیم وارث موصی بدهد.¹³⁴

هشتم) وصیت به إقراض

از نظر فقهای اسلامی وصیت به منظور قرض دادن تعداد معینی از ترکه به موصی له صحیح است به شرطی که بیشتر از ثلث ترکه نباشد و در صورت تجاوز از ثلث باید با اجازهء ورثه انجام گیرد. جواز این نوع وصیت به این دلیل است که قرض دادن می تواند محل تعاقب در زمان حیات موصی قرار گیرد. عدم نفاذ آن نسبت به مقدار زائد بر ثلث نیز به این علت است که ورثه پس از وفات مورث ، حق استفاده از دو ثلث ترکه او را خواهند داشت ، بنابراین ، میزان زائد بر ثلث به صورت قرض به موصی له باید متوقف بر اجازهء ورثه باشند که در این مورد میخوایم موضوع را با ذکر آراء فقهای مذاهب بیان بداریم:

1) نظر احناف

حنفیه می گویند: در قرض ، تعیین مدت لازم است ، به این معنی که موصی برای موصی له قسمتی از مالش را به مدت یک سال پس از مرگ خود وصیت کند. بدیهی است که این وصیت ، نافذ بوده و ورثه باید دستور موصی را اجراء کنند و حق ندارند قبل از فرا رسیدن مدت ، قرض را مطالبه کنند.¹³⁵

2) نظر مالکیه

از نظر مالکیه ، تعیین مدت در قرض لازم است به خصوص که موصی آنرا تصریح کرده باشد یا اینکه از لحاظ عرف و عادت ، مدت ، امر معروفی باشد.¹³⁶

3) نظر شافعیه و حنابله

شافعیه و حنابله بر این باور اند که تعیین مدت در قرض ، لزومی ندارد ؛ چون وصیت عقد تبرع است و درمقابل آن چیزی وجود ندارد.¹³⁷

134 - جواهر، ج 4، ص 675 و المطی، ج 9، ص 324.

135 - الکاسانی الحنفی، ابی بکر بن سعود، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج 7، ص 396، عام الطبع 1406، الطبعة الثانية، الناشر: دارالکتب العلمیة، بیروت - لبنان.

136 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 425.

137 - المجموع، ج 15، ص 72.

4) نظر شیعه

هرگاه غیر از وصی، شخص یا اشخاصی دائن موصی بوده و وصی شخصاً علم به وجود دین تا زمان تأدیه داشته باشد و احتمال سقوط دین را بطور معقول و متعارف ندهد، آیا میتواند به علم خود عمل کرده و آن دیون را بپردازد؟ یا باید به هر حال دائنین از موصی به طرفیت وصی و ورثه به محکمه مراجعه نمایند؟

در این رابطه چنین جواب ارائه گردیده است: وصی دارای اختیارات فراوانی در امر تصفیه ترکه است و اساساً با وجود او محکمه مداخله ای برای تعیین مدیر تصفیه نمی کند و حتی از اگر از عملیات تصفیه که توسط وصی صورت می گیرد نمی توان شکایت کرد؛ زیرا وصی نماینده قانونی و تام موصی بوده و اگر خود موصی، دیون خویش را می پرداخت کسی حق شکایت عملیات او را نداشت، بنابراین هرگاه محجور، ولی یا وصی داشته باشد محکمه حق دخالت در امور اداره او را ندارد و فقط قاضی بعد از رسیدگی لازم، میتواند وصایت وصی را تصدیق نماید. درست است که این بخش به (ادای دیون موصی) توسط وصی تعلق و ارتباط نمی گیرد اما شامل مانحن فیه میشود که نظر اکثر فقهای شیعه بر همین است اما برخی را عقیده بر آنست که بدون مراجعه به محکمه، نمی توان اقدام به ادای دیون موصی نمود.¹³⁸

نهم) وصیت به منفعت عین مستأجره

در این مورد آراء فقهاء کرام چنین است:

1) نظر احناف

وصیت به منفعت عین مستأجره جایز نیست؛ زیرا اجاره به مجرد وفات مستأجر باطل می شود.¹³⁹

2) نظر جمهور

وصیت به منفعت عین مستأجره صحیح بوده و پس از مرگ موصی نسبت به بقیه مدت اجاره، اجراء خواهد شد. اگر موصی له قبل از استیفاء تمام یا بعضی از آن بمیرد، وصیت باطل می شود.¹⁴⁰

3) نظر شیعه

شرح این مورد در عنوان (راه بهره گیری از وصیت به منافع) اندک قبل گذشت.

138 - لنگرودی، جعفری، همان، صص 331 و 332.

139 - فتح القدیر، ج 8، ص 416.

140 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 425 - المجموع، ج 15، صص 62 - 64 و 92 و المغنی، ج 6، ص 127.

ج) وصیت به حقوق

به اتفاق فقهای کرام، وصیت به حقوق ارتفاق مانند حق آبیاری، جوی یا ساختن دیواری بر پایه دیوار دیگری که با ارث منتقل می شود، صحیح است؛ اما وصیت به حق آبیاری، جوی و مسیل که به تبع زمین وصیت شده است، برای مالک زمین که شخصاً از آن استفاده می کند، جایز نیست.¹⁴¹

مطلب پنجم - اقسام وصیت به اعتبار جواز و لزوم

وصیت گاه جایز است و گاه لازم، که هر یک بطور جداگانه مورد بررسی قرار میگیرد:

1) وصیت جایز

وصیت از طرف موصی جایز است و هر وقت بخواهد می تواند از وصیت خود عدول کند هر چند موصی له در وصیت تملیکی و موصی الیه در وصیت عهدی در حال حیات موصی، آنرا قبول کرده باشد. بنابراین، وصیت نسبت به موصی پیوسته جایز است و حتی قبول موصی له یا موصی الیه در آن بی تأثیر بوده و مانع از رجوع او نخواهد شد. اما وصیت به نسبت موصی له گاه جایز است و آن وقتی است که وصیت را قبل از فوت موصی قبول نموده باشد و قبول قبل از فوت همان طوری که مانع از رجوع موصی نیست مانع از انصراف خود او نیز نبوده و بعد از فوت، می تواند از آن عدول کند؛ ولی اگر قبل از فوت قبول کرده باشد، بعد از فوت قبول ثانوی لازم نیست.¹⁴²

2) وصیت لازم

وگاه وصیت به نسبت موصی له لازم است و آن زمانی است که بعد از فوت موصی، آنرا قبول و موصی به را هم قبض کرده باشد. بنابراین وصیت قابل توصیف به هر یک از جواز و لزوم است و نباید آنرا مطلقاً در عداد عقود لازمه یا جایزه به شمار آورد خصوصاً که قبل از قبول اصلاً عقد بر آن صادق نیاید و به همین ملاحظه است که قانون آنرا از مباحث عقود مجزا کرده و برای آن باب علیحده باز کرده و به مناسبت این که از احوال شخصی است آنرا با ارث توأم نموده و قسمتی از قانون مدنی را به ذکر آن اختصاص داده و احکام مختص بدان را تشریح نموده است.¹⁴³

141 - زحیلی، وهبه، احکام وقف و وصیت در فقه اسلامی، ص 105.

142 - عبده، بروجردی، همان، ص 345.

143 - عبده، محمد بروجردی، همان مرجع، ص 345.

مطلب ششم – اقسام وصیت به اعتبار وسائل تعبیر از ارادهء موصی

وصیت به اعتبار وسائل تعبیر از آن به اقسام زیر تقسیم شده است:

الف) اقسام وصیت به اعتبار لفظ

وصیت به اعتبار لفظ بر دو قسم است:

1) وصیت صریح

وصیتی است که لفظ در آن هیچ نوع اغماض یا ابهامی نداشته باشد، مانند اینکه موصی بگوید: فلان چیز را برای فلان شخص وصیت می‌کنم.¹⁴⁴

2) وصیت غیر صریح

وصیت غیر صریح آنست که با لفظ غیر صریح منعقد گردیده و با قرینه ای که دال بر وصیت باشد، فهمیده میشود، مانند اینکه موصی بگوید: برای فلان شخص بعد از مرگ خود قرار دادم، یا اینکه بگوید: شاهد باشید که من برای فلانی به چنین چیزی وصیت می‌کنم.¹⁴⁵

ب) اقسام وصیت به اعتبار شفاهی یا کتبی و یا اشاری بودن

وصیت به این اعتبار بر سه قسم ذیل است:

1) وصیت شفاهی

عبارت از وصیتی است که از تعهد و التزامی ناشی شده باشد.¹⁴⁶

2) وصیت کتبی یا وصیت نامه عبارت از ورقهء رسمی یا عادی ای است که شخص حقیقی قبل از

فوت خود در آن، ترتیب تصرفات شرعی در دارایی خویش و نگهداری مولی علیه خود را ثبت می‌کند.¹⁴⁷ به

عبارت دیگر: وصیتی است که به خط موصی یا به سفارش او نوشته شده و به امضای او رسیده باشد.¹⁴⁸

144 - زحیلی، وهبه، همان، ص 27.

145 - زحیلی، وهبه، همان، ص 27.

146 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2188.

147 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص 748، شماره 6025، ناشر: کتابخانهء گنج دانش، سال چاپ 1385، نوبت چاپ شانزدهم، تهران - ایران.

148 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2188.

وصیت کتبی خود بر دو نوع تقسیم شده است:

(1) وصیت نامهء خودنوشت

وصیت نامه ای است که موصی تمام آن را به خط و کتابت خود بنویسد و دارای تاریخ روز ، ماه و سال به خط او باشد و به امضای وی رسیده باشد.¹⁴⁹

(2) وصیت نامه رسمی

وصیت نامه ای است که در دفتر اسناد رسمی و برابر با مقررات اسناد رسمی ، تنظیم و ثبت شده باشد.¹⁵⁰

نظریات فقهاء راجع به وصیت مکتوب چنین ابراز گردیده است:

1- نظر احناف و مالکیه

احناف و مالکیه بر این باور اند که شخصی که وصیتش را با دست خود بنویسد ، سپس به تعدادی بگوید: بر آنچه نوشته ام ، شهادت بدهید ، جایز است.¹⁵¹

2- نظر شوافع

شوافع گفته اند: نوشتن کنایه است ؛ بدین مفهوم که وصیت با نوشتن همراه با نیت ، منعقد می گردد ، همانند بیع . و برای اثبات نوشتن با شهادت ، شرط کرده اند که وصیت کننده باید شاهدان را بر آنچه که نوشته است ، مطلع سازد ، اگر شاهدان را بر آنچه در نوشتارش است ، اطلاع نداده باشد ، وصیتش منعقد نمی گردد.¹⁵²

3- نظر حنابله

قول راجح به نزد حنابله اینست که کسی که توانایی سخن گفتن را داشته باشد ، وصیتش با نوشتن هم منعقد شده می تواند و آن زمانی خواهد بود که ثابت شود که آن نوشته از دستخط خود موصی بوده و چنین وصیتی جز با اقرار وارث یا شهادتی که شهادت دهد آن نوشته از جمله دستخط های موصی است ، هرچند زمان طولانی ای هم بر آن گذشته باشد.¹⁵³

149 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، لغت شماره 6026.

150 - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، همان، لغت شماره 6027.

151 - ابن نجیم الحنفی، همان مرجع، ج 9، ص 306.

152 - زحیلی، وهبه، همان، ص 28.

153 - زحیلی، وهبه، همان، صص 27 و 28.

4- نظر شیعه

به نظر شیعه: وصیت نامهء رسمی تابع قواعد عمومی راجع به تنظیم اسناد رسمی بوده ، وصیت نسبت به ملک ثبت شده باید مفاد وصیت در سند مالکیت مثل سایر معاملات ، قید شده و خلاصهء آن به دفتر املاک فرستاده شود و همچنین در موقع عدول از وصیت ، ترتیب مزبور رعایت ، و در صورتی که مورد وصیت ، ثبت نشده باشد ، باید مفاد وصیت در قضیهء ثبت بایگانی و موقع صدور سند مالکیت رعایت گردد.¹⁵⁴

3) وصیت به اشاره

وصیت احرص یا کسی که زبانش بند شده است ، با اشارهء مفهمه منعقد شده می تواند.

در مورد احرص (گنگ) نظریات فقهای کرام متفاوت است:

1- نظر احناف و حنابله

نزد احناف و حنابله ، وصیت احرص یا کسی که زبانش لکنت دارد ، به شرط اینکه از اصلاح زبانش نومیدی حاصل شده باشد ، و با همان حالت بعداً وفات نماید ، منعقد شده می تواند ؛ اما اگر از حرف زدن بوده اما از قوهء تحریر برخوردار باشد ، وصیتش تنها میتواند با کتابت منعقد گردد ؛ زیرا دلالت نوشتن بر مقصود ، دقیق تر و محکم تر است.¹⁵⁵

2- نظر مالکیه

از دیدگاه مالکیه ، وصیت با اشارهء مفهموم ، منعقد می گردد ؛ هر چند وصیت کننده قادر بر سخن گفتن باشد. خلاصه اینکه وصیت کسی که بتواند سخن بگوید با تلفظ و گفتار و همچنین با اشارهء مفهمه به نزد مالکیه صحت داشته و وصیت احرص (گنگ) ذریعهء عبارت ، کتابت و یا اشاره منعقد شده می تواند ؛ ولی هرگاه قادر بر نوشتن نبوده اما عالم بر آن باشد ، رأی بیشتر فقهاء کرام آنست که وصیت چنین شخصی جز با نوشتن صحت نمی یابد.¹⁵⁶

مطلب هفتم – اقسام وصیت به اعتبار عنصر تهلیک یا تعهد

وصیت به این اعتبار بر دو قسم تقسیم شده است:

154 - لنگرودی، وصیت، صص 394 و 395.

155 - ابن نجیم الحنفی، همان منبع، ص 306 و المغنی، ج 6، ص 136.

156 - حاشیة الدسوقی، همان ج، همان صفحه.

الف) وصیت تملیکی

وصیت تملیکی عبارت از وصیتی است که هدف از آن تملیک عین و یا منفعت به موصی له است.¹⁵⁷ عناصر وصیت تملیکی را به باور این مذهب موارد آتیه تشکیل میدهد:

- (1) قصد موصی.
- (2) مالیت موصی به.
- (3) تبرع.¹⁵⁸

ب) وصیت عهدی

وصیت عهدی عبارت است از اینکه شخصی یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفات دیگری، مأمور نماید که در اینصورت، وصیت کننده را موصی، کسی که وصیت به نفع او صورت گرفته، را موصی له، مورد وصیت را موصی به و کسی که بموجب وصیت عهدی، ولی بر مورد ثلث یا صغیر قرار داده شده می شود، را وصی نامیده اند.¹⁵⁹ به باور تشیع، عناصر وصیت عهدی را موارد ذیل دربر دارد:

- (1) قصد موصی.
- (2) تعلیق استیفاء حق بر موت.
- (3) اعطاء ولایت.
- (4) قابلیت رجوع موصی از وصیت.¹⁶⁰

مبحث سوم – ارکان و شروط وصیت

در این فصل نخست ارکان و سپس شروط وصیت به بحث گرفته می شود.

مطلب اول – ارکان وصیت

در مورد ارکان وصیت میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد:

¹⁵⁷ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج 5، شماره لغت 1461.

¹⁵⁸ - لنگرودی، همان، صص 43 الی 53.

¹⁵⁹ - مسعود انصاری و محمدعلی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2176.

¹⁶⁰ - جعفری لنگرودی، همان، صص 61 تا 65 و نیز رک: طباطبائی، سید محمد کاظم، سوال و جواب، صص 138 و 147.

الف - نظر علمای احناف

درمورد ارکان وصیت میان علمای احناف قول واحدی وجود نداشته و هریک نظر خود را دارد که هرکدام بطور جداگانه ذیلاً به بررسی گرفته میشود:

1- صاحب درالمختار¹⁶¹ میگوید: وصیت تنها یک رکن دارد که عبارت است از صیغهء ایجاب ازطرف وصیت کننده به اینگونه که بگوید: برای فلان بن فلان ، فلان مال خود را وصیت کردم ، اما قبول موصی له شرط است نه رکن ؛ یعنی صیغهء ایجاب برای لزوم وصیت و ثبوت ملکیت موصی به برای آن شرط دانسته میشود.

صاحب درالمختار دراین نظریه خود قول امام زفر رحمه الله را قول راجح دانسته و از آن پیروی نموده و دلیل امام زفر رحمه الله را اینگونه بیان میدارد: از آنجا که ملک موصی له به منزلهء ملک وارث است ؛ لذا هردو یعنی ملک وارث و موصی له با مرگ موصی انتقال یافته و ملک وارث به قبول نیاز ندارد ، به همین دلیل ملک موصی له نیز با قیاس به ملک وارث به قبول نیازی ندارد.¹⁶²

2- جمهور حنفیه راجع به اینکه قبول با ایجاب در وصیت یک رکن را تشکیل میدهد ، به دلایل آتیه استدلال نموده اند:

الله تعالی مهربانی میفرماید: (وَأَنْ لَّيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى).¹⁶³

ترجمه: و اینکه برای انسان ثوابی نوشته نمی شود ؛ مگر آنچه را که تلاش میکند. (یا سبب انجام آن میشود ، مانند فرزند صالح ، علم نافع ، صدقهء جاریه و دیگر امور خیریه و جاریه).¹⁶⁴

هویداست که انسان بدون کوشش وتلاش خود مستحق چیزی شده نمی تواند ، بنابراین اگر در وصیت ، برای موصی له بدون آنکه وصیت را قبول نماید ، ملکی ثابت گردد ، بدون آنکه تلاشی کرده باشد ، مستحق آن شده است.

(1) اگر بدون قبول موصی له ، به ثبوت ملک برای وی نظر بدهیم ، این امر از سه ناحیه موجب إضرار میشود:

161 - تمرتاشی، شمس الدین محمد بن عبدالله عمری غزی (939 - 1004 هـ ق)، اصولی و فقیه حنفی است که در قرن دهم و اوایل قرن یازدهم زیسته است. زادگاه موصوف شهر غزه فلسطین امروزی است. نامبرده در آغاز نزد شمس الدین محمد بن مشرقی فقه را آموخت و سپس راهی قاهره شد و در آنجا از بزرگانی مانند ابن عبدالعال، علی بن امرالله حنائی وابن نجیم الحنفی، فقه، اصول وکلام را فرا گرفت و دوباره به وطن عودت نمود و مرجع استفتاء قرار گرفت. کتب زیادی از نامبرده منحصراً آثار علمی باقی مانده که میتوان به درالمختار به عنوان نمونه اشاره داشت. برگرفته شده از سایت اینترنتی: (fa.wikifeqh.ir).

162 - زحیلی، وهبه، همان، ص 25.

163 - سورهء نجم/آیهء شماره (39).

164 - القرنی، عبدالله عائض، همان، ص 1057.

ب - نظر شیعه

از آنجا که شیعه وصیت را بر دونوع (تملیکی و عهدی) منقسم نموده اند بنابراین میگویند: وصیت تملیکی یکی از انواع عقود بوده و عقد چنانکه از مواد مربوطه به تعهدات و بیع معلوم میگردد آنست که از طرف یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و یا مالی را تملیک کنند و مورد قبول آنها باشد و در وصیت تملیکی مالی از طرف موصی به موصی له تملیک میگردد و موصی له آنرا قبول میکند. بناءً وصیت به وسیله ایجاب از طرف موصی و قبول از طرف موصی له بعمل می آید؛ زیرا عقد به توافق قصد و رضای طرفین به شرط مقرون بودن به چیزی که بر قصد دلالت نماید، منعقد و محقق میشود. بعضی از حقوقدانان امامیه در تألیفات خود بر آنند که وصیت ایقاع بوده و قبول موصی له خواه آنرا ناقل بدانند و خواه کاشف، شرط ایجاد ایقاع است. نظر اینان صحیح به نظر نمی رسد؛ زیرا ایقاع به وسیله اراده یک نفر خواه موجب اسقاط حق باشد و یا ایجاد آن، واقع میشود و کس دیگری هیچ گونه مداخله ای در آن ندارد حتی رد دیگری نیز بلا اثر است چنانکه در ابراء همین گونه است. فرق بین شرط بودن و جزء بودن قبول در امور اعتباری، خود نیز یک تصور و اعتبار است و بس. گفته بعضی از فقهای شیعه در مورد چنین است: وصیت ایقاع است ولی مانند ابراء و إعراض صریح نمی باشد؛ بلکه غیر صریح است و حق مالکیت برای موصی له نسبت به موصی به به وسیله ایجاب موصی بطور معلق واقع می گردد و قبول شرط مؤخر و کاشف از آن است به نظر اشتباه میباشد.¹⁶⁵

ج) نظر جمهور

بنابه قول جمهور، وصیت دارای چهار رکن است:¹⁶⁶

مطلب دوم) موصی

این مطلب در برگرنده موضوعات ذیل است:

الف) مفهوم موصی

در این بخش به مفهوم لغوی و فقهی وصیت پرداخته میشود:

165 - امامی، حسن، همان، ج 3، صص 60 و 61.
166 - محمود یحیی، محمد علی، احکام الوصیة فی الفقه الاسلامی، ص 44، عام الطبع 2010، نابلس - فلسطین و زحیلی، وهبه، مرجع قبلی، ص 26.

1- مفهوم لغوی موصی

رکن اول وصیت ، موصی بوده و موصی کسی است که وصیت را إنشاء می کند.¹⁶⁷

2- مفهوم فقهی موصی

موصی <وصیت کننده> عبارت است از کسی که برای بعد از فوت خود در اموال خویش بطور مستقیم یا غیر مستقیم تصرف و دخالت می کند.¹⁶⁸

ب) شروط موصی

شروطی که در فقه برای موصی در نظر گرفته شده است ، به دو بخش عمده قابل تقسیم است:

الف) شروط متفق علیه که میتوان آنها به شروط صحت در موصی نام برد.

ب) شروط مختلف فیه که موارد آن در مذاهب ، مختلف است.

1) شروط متفق علیه در موصی

فقهاء در مورد شروط صحت در موصی قرار شرح زیر به نظریه پردازی دست یازیده اند:

1) اهلیت تبرع را داشته باشد: از این رو کسی دارای اهلیت تبرع است که مکلف ، بالغ ، عاقل ، آزاد ، مرد یا زن ، مسلمان یا کافر باشد.¹⁶⁹

داشتن عقل و آزاد بودن وصیت کننده مورد اتفاق همه فقهاء است ، لذا وصیت دیوانه ، معتوه و مغمی علیه صحت ندارد ؛ زیرا سخن آنها لغو بوده و احکام شرعی بر آن مرتب شده نمی تواند؛¹⁷⁰ زیرا کسی که اهلیت تصرف در اموال خود را ندارد ، به طریق اولی صلاحیت مباشرت امور دیگران را نخواهد داشت. این شرط مورد اتفاق تمام مذاهب اسلامی است.¹⁷¹

167 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2179، ناشر: انتشارات جنگل، سال چاپ 1388، نوبت چاپ سوم، تهران - ایران.

168 - کدخدایی، یعقوب، وصیت و ارث در مذاهب اربعه اهل سنت و قانون مدنی ایران، ص 46، ناشر: انتشارات دادگستر، سال چاپ 1392، نوبت چاپ دوم، تهران - ایران.

169 - خفیف، علی، احکام الوصیة، ص 137.

170 - زحیلی، وهبه، مرجع پیشین، ص 37.

171 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 180.

وصیت برده نیز جواز ندارد؛ چون وصیت هدیه و بخشش است و برده اهل بخشش بوده نمی تواند؛ زیرا مالک چیزی نیست تا آنکه بتواند آنرا به ملکیت دیگری درآورد.

احناف و شوافع براساس راجح ترین دونظریهء خویش اتفاق نظر دارند براینکه بلوغ در وصیت شرط بوده و وصیت کودکی که به سن تمیز رسیده، هرچند به او اجازهء تجارت هم داده شده باشد، صحیح نمی باشد؛ زیرا وصیت از جمله تصرفات زیان آوری است که به دارایی او وارد می شود و این کار او بخشش تلقی میگردد نه تجارت؛ حال آنکه کودک اهل بخشش نیست.¹⁷²

مالکیه و حنابله می گویند: وصیت طفل ممیز - که به سن ده سالگی یا نزدیک به آن باشد، صحیح است؛ زیرا این تصرف، نفع خالص برای او تلقی میگردد، از این رو همانند اقرارش به اسلام و خواندن نماز، صحیح پنداشته میشود.

احناف نیز وصیت ممیز را صحیح میدانند به شرط آنکه برای تجهیز، تکفین و دفن خودش باشد؛ زیرا عمر بن خطاب رضی الله عنه وصیت طفلی از غَسَّان را که ده سال داشت و دارایی اش را برای دایی هایش وصیت کرده بود، جایز دانست و نیز به این خاطر که جواز وصیت طفل، ضرری برایش به دنبال ندارد؛ بدین مفهوم که تا زمانی که زنده باشد دارایی اش همچنان در اختیارش خواهد بود همین گونه می تواند از آن رجوع کند.¹⁷³

وصیت محجور علیه

در مورد محجور علیه اقوال زیر ارائه گردیده است:

1- نظریه احناف

وصیت محجور علیه به شرطی که به کارهای نیک و راه های خیر بوده و بیشتر از ثلث مالش نباشد، صحیح است؛ زیرا در این صورت هیچ گونه ضرری متوجه محجور علیه نگردیده؛ بلکه برایش مفید خواهد بود؛ چونکه پاداش اخروی نیز به دنبال دارد، اما وصیت در غیر راه نیکی مانند وصیت برای شخص ثروتمند فاسق، جایز نیست.¹⁷⁴ امام ابو یوسف و امام محمد رحمهما الله بر عدم صحت وصیت محجور علیه نظر داده اند؛ اما وصیت وی را در طاعات و اعمالی که سبب قربت به الله تعالی می شود، استثناء قرار داده اند.¹⁷⁵

172 - زحیلی، همان مرجع، همان صفحه.

173 - زحیلی، وهبه، همان، صص 37 و 38.

174 - زحیلی، وهبه، همان، ص 38.

175 - خفیف، علی، همان، ص 132.

2- نظریه مالکیه

وصیت محجور علیه به خاطر سبک مغزی اش و همچنین وصیت طفل صغیر جایز است؛ زیرا حجر بر آنان به خاطر حفظ حقوق ایشان است، پس اگر از وصیت هم ممنوع شوند، آنگاه حجر بر آنان برای حق غیر ایشان خواهد بود.¹⁷⁶

3- نظریه شافعیه

مذهب شافعی بر این باور است که وصیت محجور علیه به علت سبک مغزی جایز است؛ زیرا سخن وی معتبر است، اما وصیت محجور علیه به علت افلاس متوقف بر إذن طلبکاران است، بنابراین اگر طلبکاران اجازه دادند، وصیت محجور علیه محقق میگردد، در غیر آن باطل است.¹⁷⁷

4- نظریه حنابله

وصیت محجور علیه به علت سبک مغزی، اگر موصی به، مال بوده باشد، صحیح است؛ زیرا منحصرأً به نفع اوست و برایش ضرری در پی ندارد، لذا وصیت او همانند عبادتش صحت دارد و نیز چنانکه احناف و مالکیه گفته اند: ایراد منع بر محجور علیه به خاطر حفظ دارایی اش بوده و با وصیت، مال و دارایی اش ضایع نمی گردد؛ چون اگر محجور علیه زنده بماند، مال وصیت شده دوباره از خودش می باشد و اگر فوت نمود، پاداش آن برایش میرسد و او از همه بیشتر به پاداش آن نیاز دارد. وصیت کسی که به علت سبک مغزی از تصرف در دارایی خود ممنوع قرار گرفته است، بر فرزندان او صحیح نیست؛ بدلیل آنکه خودش شخصاً نمی تواند دارایی اش را بر آنان هزینه کند، پس از طریق وصیت به طریق اولی چنین کاری را کرده نمی تواند.

اما وصیت محجور علیه به علت فقر و افلاس، صحیح است؛ زیرا منع بر او بخاطر طلبکارانش بوده و وصیت او به آنان ضرری وارد نمی کند؛ به این دلیل که وصیت او در ثلث دارایی اش پس از پرداخت دیونش نافذ خواهد شد.

وصیت شخص در حال مستی به نظر جمهور فقهاء باطل است؛ زیرا مست در این حالت مانند دیوانه برای مدت موقتی از نعمت عقل برخوردار نیست. اما از دیدگاه شوافع، وصیت شخص مست در صورتی که مستی او عمدی بوده باشد، صحیح و در غیر این صورت، باطل است.¹⁷⁸

176 - حاشیة الدسوقی، همان ج، ص 429.

177 - المجموع، ج 15، ص 92.

178 - المغنی، ج 6، ص 205.

2) **موصی رضا و اختیار داشته باشد:** از آنجا که وصیت همان ایجاب تملیک است ، لذا وجود رضا در آن شرط است ، بنابراین وصیت هازل ، مُکرَه و خاطئ صحت ندارد ؛ زیرا هزل ، کره و خطاء عوارضی است که رضا را از بین می برند.¹⁷⁹

3) **موصی باید مالک چیزی باشد که در مورد آن وصیت میکند:** بنابراین وصیت غیر مالک در مورد موصی به صحیح نیست.

4) به نظر مالکیه ، موصی ، به اندازه ای مدیون نباشد که دینش مستغرق جمیع اموالش شود.¹⁸⁰
2) **شروط مختلف فیه در موصی**

شروط مختلف فیه راجع به موصی چنین مطرح گردیده است:

1) **موصی باید حر باشد:** اگر موصی ، برده باشد ، وصیتش صحت ندارد ؛ زیرا الله سبحانه و تعالی وصیت را بحیث توارث قرار داده درحالیکه برده قابلیت توارث را ندارد.

2) **موصی باید قادر برنطق باشد:** آخرس از این امر مستثنی بوده و وصیتش ذریعه اشاره و کتابت ، إجماعاً صحیح است.¹⁸¹

ب) نظر شیعه

به نزد فقهاء شیعه ، موصی باید دارای شروط ذیل باشد:

1) **موصی باید دارای اهلیت شرعی باشد:** موصی باید در حین وصیت ، اهلیت داشته باشد ، بنابراین باید عاقل و بالغ بوده و به سبب صغر ، جنون و سفه محجور قرار نگرفته باشد ؛ زیرا اینان نمی توانند در اموال خود تصرف نمایند ، برعلاوه آنکه صغیر غیر ممیز و مجنون نمی توانند اراده نمایند ، ولی و قیم نیز نمی توانند به عنوان قایم مقام قانونی آنها از محجورین وصیت کنند ؛ چونکه ولی و قیم برای اداره دارایی محجور بحیث نماینده قانونی ایفاء وظیفه می نمایند که بادر نظر گرفتن غبطه باید دارایی آنها را اداره کنند و از آنجا که وصیت ، واگذاری مجانی دارایی محجور می باشد و آن خارج از اداره اموال بشمار میرود ، بهمین دلیل ولی و قیم حق وصیت اشخاص تحت ولایت و قیمومت خود را ندارند.¹⁸²

179 - بدائع الصنائع، ج 7، ص 335.

180 - الدسوقی، حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 422 و الکشناوی، اسهل المدارک شرح ارشاد السالک، ج 3، ص 82.

181 - المقدسی، ابن قدامة، المقنع، ج 2، ص 354 و المقدسی، ابن قدامة، الشرح الکبیر، ج 3، صص 515 و 516.

182 - امامی، حسن، دوره حقوق مدنی، ج 3، ص 77.

2) **موصی باید دارای قصد باشد:** از آنجا که وصیت عقد به نظر شیعه عقد است و قصد رکن اساسی تحقق آن دانسته میشود، بدین ملحوظ: اگر کسی در حال مستی یا بی هوشی یا در حالت خواب، معامله نمود، آن معامله به واسطه فقدان قصد، باطل شمرده میشود.¹⁸³

3) **موصی باید دارای رضا باشد:** چون حاکمیت اراده بر اساس رضا استوار است، از این رو وصیت مکره نافذ نیست؛ بنابراین اگر کسی در اثر اکراه وصیتی نمود میتواند پس از رفع اکراه رضایت دهد و آنرا تنفیذ کند؛ زیرا وصیت نوعی از عقد و معامله به معنی اعم آن است. بطورمثال: هرگاه پدری را برخی از پسرانش مجبور کنند تا ثلث دارایی خود را به آنها وصیت کند و او آنرا انجام دهد، پس از رفع اکراه، پدر میتواند آنرا امضاء نماید.¹⁸⁴

در موصی جهت تنفیذ وصیتش شرط است:

(۳) احکام مربوط به موصی

در این مطلب میخواهیم وصیت را نخست به دو بخشی (وصیت مسلمان و وصیت غیرمسلمان) تقسیم نموده سپس وارد بحث هریک بصورت جداگانه شویم.

الف - وصیت مسلمان

اگر مسلمانی برای معبد یا کلیسایی وصیت کند، باطل است؛ زیرا این عمل معصیت می باشد؛ اما اگر یک نفر ذمی به تعمیر یا اصلاح کلیسایی وصیت کند، باز در این مورد فقهاء نظریات ذیل را ارائه داده اند:

1- نظر احناف

ابوحنیفه وصیت ذمی را مبنی بر تعمیر یا اصلاح کلیسا جایز شمرده است. از نظر وی وصیتی معتبر است که قربت داشته باشد نه اینکه در واقع و نفس الامر قربت محسوب شود ولی ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی بر این باور اند که چنین وصیتی باطل است؛ زیرا وصیت به معصیت بوده و صحت ندارد. نزد ابوحنیفه وصیت به گذاردن مصاحف در مساجد باطل اما از نظر محمد بن حسن شیبانی جایز است.¹⁸⁵

183 - امامی، حسن، همان، همان صفحه.

184 - امامی، حسن، همان، همان صفحه.

185 - ابن نجیم الحنفی، همان منبع، صص 302 و 303 با شرح کامل آن.

2- نظر مالکيه

از نظر مالکيه ، وصيت به قرائت قرآن کریم بر سر قبور جايز و نافذ است و معتقد اند که اين نوع وصايا مانند وصيت به انجام دادن حج و همچنين وصيت برای مسجد و صرف هزینه به منظور تعميرات آن ، جايز است.¹⁸⁶

3- نظر شافعيه

شافعيه ميگویند: وصيت به منظور قرائت قرآن کریم بر سر قبور صحيح و وصيت به تعميرات مساجد جايز است.¹⁸⁷

4- نظر حنابله

نظر فقهای حنبلی در مورد وصایای باطل و صحيح چنین است: وصيت به ساختن کلیسا یا آتشکده و تعميرات آنها و صرف پول برای هزینه های آن جايز نیست ، با اینکه از طرف ذمی باشد ، چون کمک به گناه است ؛ وصيت در مورد بناء و بارگاهی که ساختن آن روی قبور تجویز نشده است ، باطل است. وصيت در خصوص استنساخ کتب انجيل و تورات و زبور ولو از ناحیه ذمی باشد ، جايز نیست ؛ زیرا اين کتب منسوخ اند و صرف وقت در آنها بی ثمر است ؛ اما اگر کسی وصيت کند که خانه هایی برای اهل ذمه و اهل حرب بناء کنند ، صحيح است ؛ زیرا اين عمل عنوان معصيت را بخود نمی گیرد.¹⁸⁸

ب – وصيت غير مسلمان

غير مسلمان شامل کافر ذمی ، حربي و مرتد می شود که هریک بصورت جداگانه مورد بررسی قرار می گیرد:

1) وصيت ذمی

ذمی عبارت از غير مسلمانی است که در حکومت اسلامی زندگی میکند و به وسیلهء پیمان ، جزو شهروندان آن کشور به شمار می آید. کافر به دو چیز ذمی می شود: 1- تبعیت. 2- عقد.¹⁸⁹

فقهای کرام بر جواز وصيت ذمی اتفاق نظر دارند ؛ زیرا ذمی اهل تمليک است و می تواند در دارایی خود به دلخواه خود تصرفاتی از قبیل بیع ، هبه ، وصيت وغيره انجام دهد.

186 - حاشية الدسوقي، همان جلد، ص 426.

187 - المجموع، ج 6، ص 93.

188 - ابن قدامة، المغنی، ج 6، ص 128.

189 - جلال زاده، جلال، مبادئ و اصطلاحات علم فقه، ص 153، نشر احسان، سال چاپ 1387، نوبت چاپ اول، تهران - ايران.

وصیت ذمی همانند وصیت مسلمان در یک سوم ترکه اش معتبر و نافذ بوده و در مازاد بر یک سوم نافذ نمی گردد تا آنکه از حق ورثه حفاظت شده باشد.

ذمی می تواند برای کافر ذمی مانند خود یا کسی که طلب امن کرده است یا برای مسلمانان ، وصیت کند.

از دید احناف ، ذمی نمی تواند برای کافر حربی در دارالحرب وصیت کند ؛ زیرا چنین وصیتی کمک و تقویت دشمن تلقی می گردد ؛ اما از دیدگاه احناف ، وصیت ذمی در هر مسیری که از قربت و نیکی پنداشته شود ، صحیح است ؛ مگر اینکه در شریعت ذمی و شریعت مسلمانان حرام باشد و یا اینکه در شریعت اسلام ، قربت و نیکی باشد اما در شریعت ذمیین چنین نباشد که این موضوع را میتوان در چهار شماره ذیل به بررسی گرفت:

(1) آنچه در هر دو شریعت (اسلام و اهل ذمه) قربت محسوب میشود عبارتند از: وصیت برای فقراء و تعمیر بیت المقدس و ساختن مسجدی برای مسلمانان معین.

(2) آنچه در شریعت ذمیین قربت است برخلاف اسلام عبارتند از: وصیت به ساختن کلیسا یا دادن گوشت خوک به فقراء دین شان.

(3) آنچه در شریعت اسلام قربت و در شریعت ذمیین قربت نمی باشد عبارتند از: وصیت به ساختن مسجدی برای مسلمانان غیر معین.

(4) آنچه در هر دو شریعت حرام است عبارتند از: وصیت به ساختن مکان هایی برای قمار ، رقص و فحشاء.

از دیدگاه احناف ، وصیت در دو مورد اول صحیح و در دو مورد اخیر باطل است.¹⁹⁰

(2) وصیت حربی

حربی در لغت منسوب به (حَرْب) به معنای جنگ است و در اصطلاح فقه به کافری گفته می شود که با برخورداری از تابعیت دولت بیگانه با نظام اسلامی در جنگ باشد که معامله و رفتار با حربی در فقه اسلامی احکام خاص خود را دارد.¹⁹¹

در مورد وصیت حربی آراء فقهاء متعدد می باشد:

190 - ابن نجیم الحنفی، همان مرجع، ص 302.

191 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، همان، ج 2، ص 823.

1- نظر احناف

احناف می گویند: اگر حربی در دارالحرب زندگی میکند، وصیت برایش جایز نیست اما اگر مستأمن باشد، وصیت برایش جواز دارد.¹⁹²

2- نظر مالکیه

مالکیه براین باور اند که وصیت برای کافر بطور مطلق صحت ندارد.¹⁹³

3- نظر شافعیه و حنابله

از دیدگاه شافعیه و حنابله، وصیت برای کافر حربی و وصیت برای کسی دیگری اعم از اینکه مستأمن باشد یا در دارالحرب زندگی کند، صحیح است.¹⁹⁴

4- نظر شیعه

بنابه یکی از اقوال شیعه، در وصیت برای کافر حربی تردید است و اظهر آن اینست که درست نباشد. آنها در شرح موضوع دلیل خود را بر نادرستی وصیت برای کافر حربی را به قیاس از عدم صحت وصیت برای کافر ذمی استنباط نموده و گفته اند وقتی وصیت برای کافر ذمی صحت نداشته باشد به طریق اولی به کافر حربی جواز ندارد و نیز از دلیل بر اختصاص وصیت به خویشان هم نادرستی آن را برای کافر حربی قیاس نموده اند.¹⁹⁵

(3) وصیت مرتد

علمای مذاهب در این مورد به اختلاف نظر پرداخته اند:

1- نظر احناف

احناف میان مرد و زن مرتد تفاوت گذاشته و گفته اند: وصایای زن همانند همه تصرفاتش، صحیح و نافذ است؛ زیرا زن از دیدگاه آنان به سبب ارتداد، کشته نمی شود. اما وصیت مرد مرتد متوقف است، چنانچه اگر به اسلام گروید و

192 - ابن نجیم الحنفی، مرجع سابق، ص 303.

193 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 426 و به بعد آن.

194 - زحیلی، وهبه، همان، ص 70.

195 - محمدی، ابوالحسن، همان، ص 108.

بر اسلام خود باقی ماند و وفات یافت ، وصایایش مانند دیگر تصرفاتش نافذ می‌گردد و اگر بر ارتدادش مُرد ، تصرفات و وصایایش باطل است.¹⁹⁶

2- نظر مالکیه ، شافعیه و حنابله

به نزد مذاهب سه گانه مذکور ، وصیت مرتد در غیر حرام ، صحیح است ؛ زیرا وصیت کافر برای مسلمان جایز است و از آنجا که مرتد نیز جزو کفار است ، بناءً وصایای حرامش مانند استفاده از شراب و خوک برای مسلمان نیز جواز ندارد. اما فقهای مزبور گفته اند: وصیت مرتد همانند دیگر تصرفاتش از قبیل معاوضات مالی و تبرعات ، موقوف اند ؛ زیرا حق دیگران بدان تعلق یافته است ، طوریکه اگر به اسلام برگردد ، وصایایش نافذ می‌گردد و در صورتی که فوت نماید یا به خاطر ارتدادش کشته شود ، وصیتش باطل است تا آنکه با قطع پاداش از او بر او سخت گرفته شود ، برخلاف وصیت مریض ؛ زیرا وصیت مریض نافذ است.¹⁹⁷

3- نظر شیعه

به نزد شیعه ، حربی و مرتد در حکم واحد است.¹⁹⁸

مطلب سوم) موصی له

راجع به موصی له مطالب ذیل قابل بحث است:

الف) مفهوم موصی له

قبل از آنکه وارد احکام مربوط به موصی له شویم لازم است نخست موصی له لغتاً و فقهاً به تعریف گرفته شود:

۱- مفهوم لغوی موصی له

رکن دوم وصیت ، موصی له بوده و موصی له کسی است که وصیت به نفع او شده باشد.¹⁹⁹

۲- مفهوم فقهی موصی له

در مورد مفهوم فقهی موصی له در کتب فقهی تعاریف ذیل ارائه گردیده است:

196 - ابن نجیم الحنفی، همان، ص 304.

197 - زحیلی، همان، صص 70 و 71.

198 - محمدی، ابوالحسن، همان، ص 108 به بعد.

199 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، همان، ج 3، ص 2183.

- 1- موصی له شخص یا جهتی است که ملکیت موصی به بعد از موت موصی به وی انتقال می یابد.²⁰⁰
- 2- موصی له (به فتح صاد) در اصطلاح فقه و قانون مدنی به شخصی گفته می شود که در وصیت تملیکی، وصیت به نفع او صورت گرفته باشد.
- 3- موصی إليه (به فتح صاد) به شخصیت که بموجب وصیت عهدی، مأمور به اقدام امری شده باشد. این اصطلاح کمتر بکار میرود و به جای آن از لفظ (وصی) استفاده میشود. پس موصی إليه همان وصی است.²⁰¹

ب) شروط موصی له

شروطی که برای موصی له در فقه در نظر گرفته شده نیز همانند شروط موصی به دو بخش یعنی شروط متفق علیه و شروط مختلف فیه می باشد:

1) شروط متفق علیه در موصی له

شروط متفق علیه میان فقهای کرام برای موصی له در سه شماره ذیل برشمرده شده است:

- 1- موصی له نباید جهت معصیت باشد: زیرا اصل در مشروعیت وصیت آنست که به قصد قربت صورت گیرد، بنابراین هرگاه وصیت در جهت معصیت باشد، باطل است، البته این در صورتی است که موصی مسلمان باشد؛ اما هرگاه موصی غیر مسلمان بوده و وصیت به گمانش، قربت تلقی گردد، فقهاء در حکم چنین وصیتی اختلاف نظر دارند که بحث آن در جای مناسب خودش بالتفصیل بیان خواهد شد إن شاء الله العزیز.
- 2- موصی له آنگونه معلوم باشد که جهالت را رفع کند: چون وصیت، تملیکی است که به بعد از مرگ موصی موکول میگردد، بنابراین معلومیت موصی له شرط است تا که موصی له بتواند موصی به را تملک کند.²⁰²
- 3- موصی له باید از جمله کسانی باشد که به وقت فوت موصی، مالک ملک شناخته شده بتواند: بنابراین، وصیت برای میت و چهارپا صحیح نیست؛ زیرا میت و چهارپا اهلیت تملیک و تملک را ندارند.²⁰³
- 4- موصی له نباید وارث باشد: این شرط به اتفاق فقهای مذاهب چهارگانه اهل سنت، شرط نفاذ وصیت است. اصل در وصیت آن است که برای وارث وصیت نشود؛ پس اگر شخصی برای وارث وصیت کند، صحت این وصیت بستگی به اجازهء سایر ورثه دارد، به این ترتیب که اگر تمام آنها اجازه دادند، وصیت نافذ است و

200 - محمودیحیی، محمد علی، مرجع سابق، ص 45.

201 - میربابایی، سیداحمد، نگارش و دستور زبان حقوقی، ص 426، ناشر: انتشارات بهنامی، سال چاپ 1391، نوبت چاپ سوم، تهران - ایران.

202 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 7، ص 342 - الشیرازی، المهذب، ج 3، ص 713 و زیدان، المفصل، ج 1، ص 391.

203 - الشیرازی، مرجع قبلی، همان جلد، همان صفحه - النووی، روضة الطالبین، ج 6، ص 99 - الشریبینی، مغنی المحتاج، ج 3، ص 40 و ابن قدامة، الکافی، ج 4، ص 479.

چنانچه بعضی از ورثه اجازه دادند ولی برخی دیگر اجازه ندادند ، وصیت نسبت به آنهایی که اجازه داده اند قابل اجراء و درمورد بقیه جایز نخواهد بود.²⁰⁴

(2) شروط مختلف فیه در موصی له

شروطی که فقهاء در مورد موصی له اختلاف دارند ، اینهایند:

(1) موصی له آزاد باشد: زیرا وصیت برای برده صحت ندارد ، همچنین است مدبر (برده ای که پس از مرگ با دار خود ، آزاد شده باشد) و أم ولد (کنیزی است که از مولای خود حمل گرفته باشد) و مکاتب (برده ای است که درمقابل آزادی خود ، بهایی برای مولایش بپردازد) ؛ زیرا مالک چیز است که در ید اشخاص فوق می باشد.²⁰⁵

(2) موصی له قاتل موصی نباشد: فقهاء در مورد موصی له ی قاتل اختلاف نظر دارند.²⁰⁶

(3) موصی له به وقت انشاء وصیت ، موجود باشد: در صورتیکه موصی له به وقت انشاء وصیت ، موجود نباشد ، وصیت صحت نمی یابد ؛ زیرا وصیت برای معدوم صحیح نیست ، این روش را جمهور فقهاء گزیده و مالکیه در این مورد با جمهور فقهاء اختلاف ورزیده تا جایکه به جواز وصیت برای موجود و شخصی که بعداً موجود خواهد شد ، وصیت را جواز داده اند.²⁰⁷

(4) موصی له حربی²⁰⁸ نباشد: این شرط محل اختلاف فقهای کرام قرار دارد:

1- نظر احناف

روایتی از ابوحنیفه رحمه الله منقول است که وصیت برای حربی مستأمن صحیح نیست ، همان طوری که دادن صدقه ، کفاره و نذر به این گروه جواز ندارد.²⁰⁹

2- نظر مالکیه

مالکیه نیز نظر امام ابوحنیفه را در این مورد دارند.²¹⁰

204 - بدائع الصنائع، ج 7، ص 337 و 338 - المغنی، ج 6، ص 84 - نهاية المحتاج، ج 6، ص 48 و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص 427.

205 - الماوردی، الحاوی، ج 10، ص 11 و ابن قدامة، الکافی، ج 4، ص 481.

206 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 7، ص 340 - الماوردی، الحاوی، ج 10، ص 12 - النووی، روضة الطالبین، ج 6، ص 107 و البهوتی، کشاف القناع، ج 4، ص 358.

207 - السرخسی، المبسوط، ج 28، صص 86 و 87 و الشربینی، مغنی المحتاج، ج 3، صص 40 و 41.

208 - دار الحرب به کشورهای اطلاق می شود که مسلمانان بر آن تسلط و ولایتی ندارند و اکثر شعائر اسلام در آنها اقامه نمی شود و حربی به کسی گفته می شود که میان ما و کشور وی عداوت و جنگ وجود دارد. (برگرفته شده از پاورقی صفحه 143 کتاب ارث، وصیت و وصایت تألیف: شیخ الاسلامی اسعد).

209 - بدائع الصنائع، ج 7، ص 341.

210 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص 426.

3- نظر شافعیه وحنابله

شافعیه و حنابله ، مسلح نبودن حربی را شرط دانسته اند.²¹¹

(۳) شروط موصی له نزد شیعه

به نزد شیعه امامیه ، موصی له باید دارای شروط زیر باشد:

1) موصی له باید در حین وصیت موجود باشد: از این رو وصیت بر معدوم صحیح نیست ، مانند آنکه کسی مالی را به دیگری وصیت کند و سپس معلوم شود که موصی له در حین وصیت مرده است ؛ زیرا ایجاب در وصیت ، انشاء تملیک موصی به پس از حصول معلق علیه بوده و نمی توان مالی را به کسی که موجود نیست ، تملیک کرد. بنابراین وصیت به کسی که بعداً بوجود می آید نیز صحت ندارد ؛ چنانکه کسی مالی را برای پسر خود وصیت کند و حال آنکه موصی تا هنوز صاحب فرزندى نشده است.²¹²

2) حمل میتواند موصی له قرار گیرد: حمل از کلیه حقوق مدنی متمتع شده می تواند مشروط براینکه زنده متولد شود. برای تمتع از حقوق مدنی ، کافی نیست که حمل باید موجود و زنده باشد ؛ بلکه شرط است که زنده متولد گردد و وجود مستقلی را بدست آورد که در اینصورت حمل میتواند از حقوق مدنی متمتع گردد چنانچه یکی از اقسام حقوق مدنی همانا تملک بوده و یکی از اسباب کسب تملک ، وصیت است که حمل میتواند از آن متمتع گردد.²¹³

ج) انواع و احکام موصی له

موصی له میتواند برای موارد عام ، حمل ، معدوم ، جماعت محصور و غیرمحصور بوده باشد که هر یک بصورت جداگانه مورد بحث قرار خواهند گرفت.

1) وصیت برای موارد عام

فقهاء بر جواز وصیت برای موارد عام مانند مساجد ، مدارس علمی ، شفاخانه ها ، کتابخانه ها ، اردوگاه ها و غیره اتفاق نظر دارند اعم از اینکه موصی به عین باشد مانند کتابخانه ، یا منفعت باشد مانند اجاره مسکن یا محل تجاری و اعم از اینکه برای همیشه باشد یا موقت.²¹⁴ موصی به براساس شرایط موصی مصرف میشود مشروط براینکه با مقاصد شرع

211 - الخطیب، حسن احمد، الفقه المقارن، ص 134 به بعد.

212 - امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج 3، ص 81، ناشر: انتشارات اسلامیه، چاپ 1388، نوبت چاپ بیستم، تهران - ایران.

213 - امامی، سیدحسن، مرجع سابق، همان جلد، ص 82.

214 - بدائع الصنائع، ج 7، ص 341 - الدرالمختار، ج 5، ص 470 و مابعد آن - الشرح الصغیر، ج 4، ص 581 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 42 - کشاف القناع، ج 4، ص 398 و غایة المنتهی، ج 2، صص 358 و 359.

مخالف نباشد، در صورتی که موصی شرایطی را برای آن تعیین نکرده باشد، جهت اصلاح، تعمیر، ترمیم و خدمت به امام و مؤذن مسجد هزینه می شود. همچنان برای طالبان علم در دوره های آموزشی هزینه می شود؛ زیرا بر اساس عرف حمل بر آن نیز می گردد، متولی مسجد در مهم ترین موارد نیاز با اجتهاد خویش هزینه می نماید؛ زیرا هدف مسلمانان از این گونه وصیت ها با خارج کردن بخشی از دارایی در راه خداوند متعال و تقرب جستن به سوی او تعالی است نه به ملکیت کسی در آوردن آن. و طبق قول اصح بر فقرای مسجد هزینه نمی گردد.

همچنین وصیت برای اعمال خیر بدون معین کردن جهت مشخصی صحیح است و در این صورت در هر مورد خیریه از قبیل تعمیر وقف شده ای و چرخ مسجد می توان آنرا مصرف نمود؛ اما برای تزئین مسجد جایز نیست؛ زیرا این کار اسراف است.

وصیت فی سبیل الله صحیح است، در این صورت برای نیازهای جهاد و برای کسی که به سفر حج می رود جایز است مصرف گردد.

اگر کسی بگوید: یک سوم دارایی ام را برای خدا وصیت می کنم، از دیدگاه امام محمد که مفتی به نزد احناف می باشد، صحیح بوده و در راه های خیر مصرف می شود؛ زیرا هر چند که همه چیز از خداوند متعال است ولی با آنها با قرینهء حال فهمیده می شود که مقصود از آن صدقه دادن به خاطر خداوند متعال می باشد.

2) وصیت برای حمل

وصیت برای حمل جایز است؛ مشروط بر اینکه ثابت شود حمل به هنگام وصیت موجود بوده است.²¹⁵ وصیت برای حمل به این مفهوم که موصی بگوید: یک سوم مالم را برای آنچه در شکم فلانی باشد، وصیت نمودم، مشروط بر اینکه هنگام وصیت، علم به وجود حمل داشته باشد.

فقهای کرام بر جواز وصیت به عین یا منفعت برای حمل، اتفاق نظر دارند؛ زیرا وصیت همانند میراث بوده که بعد از مرگ انتقال می یابد و از آنجا که حمل نیز صاحب ارث شده می تواند، بنابراین وصیت نیز برایش جایز است.²¹⁶

شروط صحت وصیت برای حمل

فقهای کلیه مذاهب برای صحت وصیت برای حمل وجود سه شرط را ضروری دانسته اند:

²¹⁵ - الدرالمختار و رد المحتار، ج 5، ص 462 - تکملة فتح القدير، ج 8، ص 434 - الشرح الصغير، ج 4، ص 581 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 40 به بعد آن - المهذب، ج 1، ص 451 به بعد - المغنی، ج 6، ص 56 به بعد آن و نیز رک: عیسوی، همان، ص 98.
²¹⁶ - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ص 76.

اول) اینکه وجود حمل در شکم مادرش در وقت انشاء وصیت ثابت شود؛ زیرا وجودِ موصی له ی معین به وقت انشاء وصیت، شرط دانسته می شود، بنابراین اگر وجود او به وقت انشاء وصیت ثابت نگردد، وصیت برایش باطل پنداشته می شود.

حنفیه و حنابله همانند شافعی، برای صحت وصیت به نفع حمل، یقین به وجود حمل را شرط قرار داده اند؛ اما مالکیه میگویند: اگر در حین وصیت، معدوم محض هم باشد، جایز است.²¹⁷

دوم) اینکه جنین به حیات مستقره، متولد گردد. بنابراین هرگاه مُرده به دنیا آمد، وصیت باطل میشود.

سوم) اینکه جنین به صفتی که موصی آنرا تعیین نموده است، متولد گردد، پس هرگاه حمل از شخص معینی شرط شده باشد، برای صحت وصیت درهمچو حالتی شرط است که نسب حمل شرعاً از همان شخص معین ثابت گردد.²¹⁸

3) وصیت برای معدوم

جمهور فقهاء بجز مالکیه براین باوراند که وصیت برای معدوم (آنکه هنگام وصیت موجود نباشد و بعد از وفات موصی به وجود بیاید) باطل است؛ زیرا یکی از شرایط موصی له در صورتی که معین به اسم یا اشاره باشد، اینست که به هنگام وصیت موجود باشد، مانند اینکه بگوید: برای خالد چنین چیزی را وصیت کردم، بنابراین، وصیت برای کسی که به وجود خواهد آمد یا برای میت، صحت ندارد؛ زیرا وصیت، تملیک است و تملیک برای معدوم جواز ندارد برخلاف موصی به؛ زیرا موصی به به ملکیت درآورده می شود. پس وجود آن اعتبار نشده است و نیز به این خاطر که وصیت مانند میراث است و از متوفی جز کسانی که زنده هستند ارث نمی برند، از این رو وصیت نیز چنین است.²¹⁹

4) وصیت برای جماعت محصور (قابل شمارش)

فقهاء بر صحت وصیت برای قومی که تعداد شان مشخص باشد، اتفاق نظر دارند؛ اعم از اینکه با اسم، مشخص باشند مانند احمد و خالد و علی. یا به اشاره مشخص شوند مانند وصیت برای این جماعت، یا با صفت مشخص شوند، مانند وصیت برای طلاب علم از فرزندان فلانی، یا بیماران خانواده فلانی و یا با جنس مشخص شوند، مانند فرزندان ذکور فلانی که قابل شمارش باشند.²²⁰ در اینجا مطالب خود را تحت دو شماره چنین توضیح میدهیم:

217 - ابن قدامة الحنبلی، المغنی، ج 6، ص 57.

218 - عیسوی، همان، صص 98 الی 101.

219 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 78 و 79.

220 - زحیلی، همان، صص 81 و 82.

نخست) اگر وصیت برای کسانی باشد که به اسم، معین شده باشند، طبق تصریح موصی بر آنان تقسیم صورت می‌گیرد و اگر تصریحی بعمل نیامده باشد، بر تعداد آنان بصورت مساویانه تقسیم صورت می‌گیرد.²²¹ و اگر یکی از آنان بعد از استحقاق، بمیرد، در صورتی که موصی به عین باشد، سهم متوفی برای ورثه اش خواهد بود و در صورتی که منافع باشد، برای باقی ماندگانی خواهد بود که برای شان وصیت شده است؛ زیرا از دیدگاه احناف منافع به ارث برده نمی‌شود. اگر وصیت برای بعضی از اشخاص معین مثلاً با مرگ او باطل شود، طبق نظریه مقرر به نزد احناف، اگر کسی در وصیت داخل شود سپس بخاطر فقدان شرط یا زوال اهلیت خارج شود، سهم او برای ورثه موصی خواهد بود و در صورتی که اصلاً در وصیت داخل نشده باشد، سهم او بر باقی ماندگانی که برای شان وصیت شده است، تقسیم میشود. اگر موصی له با اسم یا اشاره مشخص شده باشد، وقت داخل شدن در وصیت هنگام ایجاد وصیت، تعیین می‌گردد و اگر با وصف یا جنس مشخص شده باشد، زمان تعیین وفات موصی خواهد بود.

دوم) اگر وصیت برای تعدادی با وصف یا جنس، معین شده باشد، در این صورت موصی به طبق تصریح موصی بر آنان تقسیم می‌شود؛ در غیر آن بر عدد رؤوس تقسیم می‌شود و اگر یکی از آنان بعد از استحقاق، وفات نمود، در این صورت دیده میشود، اگر موصی به عین بود جزو ترکه موصی قرار می‌گیرد و اگر منفعت بود، از دیدگاه احناف برای باقی وصیت شدگان خواهد بود؛ زیرا از دیدگاه احناف، منافع به ارث برده نمی‌شود، چنانکه در حالت اول بیان شد و آنگاه وصیت برای بعضی از افراد موصی له بر اثر مرگ یا سبب دیگری یا رد وصیت بعد از مرگ موصی باطل شده و بر باقی ماندگان تقسیم می‌شود.²²²

5) وصیت برای جماعت غیر محصور (غیرقابل شمارش)

در این رابطه رأی هر مذهب را بصورت جداگانه می‌آوریم:

1) نظر احناف

شرط است که موصی له معلوم باشد، بنابراین وصیت برای مجهول باطل است؛ زیرا وصیت، تملیک به هنگام مرگ موصی است، پس باید موصی له در وقت وصیت، معلوم باشد تا آنکه این ملک برای او واقع شود و تسلیم موصی به به او ممکن گردد.²²³ و از آنجا که وصیت کردن یک سوم مال موصی برای مسلمانان در این صورت بدلیل آنکه شمار مسلمانان مشخص نیست، صحت ندارد؛ مگر اینکه در گفتار موصی چیزی باشد که خبر از نیاز موصی له دهد، مانند اینکه یک سوم مالش را برای فقراء، مساکین، ایتم و غیره وصیت کند؛ چون وصیت در این موقع صدقه و قربت الی

221 - عیسوی، الوصیة، ص 76.

222 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 81 و 82.

223 - بدائع الصنائع، ج 7، ص 343.

الله پنداشته میشود؛ درحالیکه خداوند متعال پاک و منزّه، یکی و معلوم است، آنگاه صدقه برای خداوند متعال واقع می شود سپس فقراء با تملیک خداوند متعال برای شان، مالک آن می گردند؛ هرچند که غیر مضبوط باشند.

جماعت غیر مضبوط از دیدگاه امام محمد از علمای احناف که به آن فتوا نیز داده شده و در دادگاه های شرعی بدان عمل کرده می شود، آن است که تعداد شان بیشتر از صد نفر باشد و اگر صد تن یا کمتر باشند، مضبوط و معین گفته میشود.²²⁴

در صورتی که وصیت برای کسانی باشد که قابل شمارش نباشند، به قیاس از مسائل مربوط به ایتام، بر نیازمندان آن قوم تقسیم می شود.²²⁵

اگر وصیت به منافع باشد به وقف تبدیل شده و بهره آن برای کسانی که دارای آن صفت باشند، تقسیم میشود.²²⁶

(2) نظر مالکیه

وصیت برای گروهی غیر معین مانند فقراء صحیح است، با توجه به عرف، لفظ فقراء شامل مساکین نیز میشود، همچنین لفظ مساکین شامل فقراء هم میشود؛ یعنی فقیر و مسکین به هنگامی که جداگانه ذکر شوند در حکم یکی و هنگامی که با هم ذکر شوند از هم جدا خواهند بود، پس فقیر و مسکین دو لفظ مترادف با هم هستند. این نظریه امامان دیگر نیز است.²²⁷

(3) نظر شافعیه و حنابله

وصیت برای غیر معین صحیح است، مانند اینکه کسی برای مورد عمومی از جمله فقراء یا غیر مضبوط مانند قبیلّه بنی هاشم یا بنی مطلب وصیت کند. از دیدگاه علمای شافعیه اقتضار بر سه تن از آنان جایز بوده و رعایت مساوات هم واجب نیست و از دیدگاه حنابله اقتضار بر یک تن هم جایز است.²²⁸

همه علماء اتفاق نظر دارند بر اینکه وصیت برای غیر معین بدون نیاز به قبول، واجب می گردد.

خلاصه اینکه علمای احناف وصیت برای قوم غیر مضبوط مشروط بر اینکه در لفظ وصیت چیزی باشد که خبر از نیاز موصی له دهد، را جایز شمرده اند؛ اما جمهور فقهاء مطلقاً آنرا جایز میدانند.

224 - ابن نجیم الحنفی، البحر الرائق، همان جلد، ص 243.

225 - ابن نجیم الحنفی، البحر الرائق، همان جلد، همان صفحه.

226 - زحیلی، وهبه، همان، ص 85.

227 - الشرح الکبیر، ج 4، ص 432 و همچنان رک: الشرح الصغیر، ج 4، ص 591.

228 مغنی المحتاج، ج 3، صص 61 و 62.

4) نظر شیعه

از نظر علمای شیعه: هرگاه شمار کردن موصی لهم (دروصیت به نفع متعدد) دشوار نباشد، آنرا وصیت به محصور نامند و گرنه وصیت به غیر محصور خواهد بود.²²⁹ ضابطهء غیرمحصور اینست که إحصاء افراد موصی لهم متعسر باشد هرچند متعذر نباشد.²³⁰ وصیت برای غیر محصور از نظر شیعه به دو گونه است:

اول) تعداد موصی لهم غیر محصور هستند: مانند وصیت به نفع سیاحانی که وارد شهر تهران می شوند.

دوم) موصی لهم اشخاص مختلف نبوده بلکه هدف معین یا جهت است: این امر مستلزم آنست که تعداد غیر محصور از آن وصیت بهره ببرند، مانند وصیت اهالی یک قریه برای انتشار آثار حقوقی به زبان فارسی. در این نوع وصیت، هدف انتشار آثار حقوقی به زبان فارسی است که طبعاً در اجرای آن هدف، مؤلفین و ناشران و چاپخانه ها بهره مند میشوند. از آنجا که وصیت برای غیر محصور بمعنای اخص فقط در معنای اول بکار میرود، از این رو، دومی را (وصیت برای جهت) می نامند.²³¹

مطلب چهارم) موصی به

در مورد موصی به لازم است نخست مفهوم لغوی و فقهی و سپس به شروط و احکام آن پرداخته شود:

الف) مفهوم موصی به

در این بخش میخواهم مفهوم لغوی و فقهی موصی به را به بحث بگیرم:

1- مفهوم لغوی موصی به

به مورد وصیت که رکن سوم وصیت را تشکیل میدهد، موصی به می گویند.²³²

2- مفهوم فقهی موصی به

موصی به عبارت از چیزیست که تملیک آن به بعد از موت موصی بصورت تبرعی مضاف گردیده باشد.²³³

229 - لنگرودی، جعفری، وصیت، ص 157.

230 - لنگرودی، مرجع گذشته، ص 190.

231 - لنگرودی، همان مرجع، صص 78 و 79.

232 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، همان، ص 2180.

233 - محمودیحیی، محمد علی، همان، ص 45.

ب) شروط موصی به

در این مورد دونظریه وجود دارد:

اول) نظر جمهور فقهای مذاهب اهل سنت والجماعت

فقهای مذاهب اهل سنت والجماعت به اتفاق هم شروط زیر را برای صحت وصیت در موصی به ضروری میدانند:

1) موصی به باید مال قابل تقویم باشد

موصی به باید از نظر موصی ، مال قابل تقویم بوده ، قابلیت توارث و صلاحیت تعاقد در او باشد. بنابراین ، وصیت به مردار ، خون ، خوک و خمر جایز نیست ؛ زیرا اینها در عرف شریعت اسلام به عنوان مال شناخته نشده اند و همچنین است مال مباحی که در تصرف هیچ کسی نباشد ؛ اما اگر هریک از اشیای مذکوره بنابه عقیده موصی و موصی له مال با ارزشی باشند ، مثلاً موصی و موصی له هر دو تابع دین مسیح علیه السلام باشند ، ایشکالی ندارد ، ولی چنانچه یکی از آن دو مسلمان بوده و دیگری مسیحی باشد ، این وصیت باطل است.

شایان ذکر است اینکه مال موصی به شامل اموال نقد و اشیای معین است ، مانند اموال منقول و غیرمنقول همچون خانه ، درخت ، چهارپا ، البسه ، کالای تجاری و دیونی که بر ذمه دیگران است و نیز حقوق ارتقایی و منافع مانند سکونت در منزل و کشت و زرع زمین و ثمر باغ و آنچه بیع و هبه آن صحیح است.²³⁴

از نظر حنفیه ، منافع قابلیت توارث را ندارد ، ولی می تواند به عنوان موصی به اعتبار داشته باشد. از آنجا که تعاقد روی منافع در حال حیات است ، وصیت به آن نیز جایز است ؛ زیرا مقصود ، تملیک منفعت پس از مرگ است ؛ اما سایر مذاهب ، منافع را از لحاظ عقد و اِرت مانند اعیان می دانند و وصیت به آن جایز می شمارند. شافعیه وصیت کود و نیز پوست مردار قابل دباغی را مجاز می دانند.²³⁵

وصیت به نوحه سرایی بر میت صحت ندارد ، همچنین وصیت برای کسی که از طرف وی روزه بگیرد یا نماز بخواند جایز نیست. از نظر حنفیه ، وصیت به سگ معلّم (آموزش دیده) و درندگان که شکار دارند ، جایز است ؛ چون از حیث مادی قابل ارزش هستند.²³⁶

²³⁴ - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 7، صص 252 تا 256، تبیین الحقائق، ج 6، ص 183، المغنی، ج 6، صص 59 تا 64، مغنی المحتاج، ج 3، صص 44 تا 46، المهذب، ج 1، ص 456 و کشاف القناع، ج 4، صص 407 و 408.

²³⁵ - الشربینی، همان، ج 3، ص 45.

²³⁶ - درالمختار و رد المحتار، ج 5، صص 471، 458 و 488 به بعد آن و نیز رجوع شود به: بدائع الصنائع، ج 7، ص 341.

شافعیه وحنابله نیز وصیت به سگ شکاری و نگهبان زراعت و درندگان صالح برای شکار را صحیح می دانند؛ چون دارای نفع مباحی هستند.

وصیت به ظروف طلا و نقره نیز صحیح است؛ زیرا در زمره اموالی هستند که استفاده از آنها مباح است.²³⁷

از آنجا که تشریح وصیت برای موصی به این منظور است که بتواند برای جبران مافات و به قصد قربت، قسمتی از مال خود را بخاطر کسب ثواب و یا دستگیری نیازمندان وصیت کند، و از طرفی امکان بیان موصی به بطور کامل برای وی مقدور نیست، علمای حنفیه وحنابله وفقهای موافق آنها دید وسیعتری نسبت به انجام وصیت دارند؛ به این معنی که نزد آنان معلوم بودن موصی به شرط صحت وصیت نیست؛ بلکه وصیت به شیء مجهول را نیز صحیح می دانند، مانند اینکه کسی برای موصی له جزئی یا بعضی یا نصیبی از مالش را وصیت کند. مجهول بودن موصی به در زمان حیات موصی برطرف می شود وچنانچه موصی قبل از تبیین آن فوت کند، ورثه او مجهول بودن را رفع می کنند. دراین صورت به ورثه موصی گفته میشود که چون موصی به مجهول است هر قدر میخواهید به موصی له بدهید، چون چیز مجهول شامل کم و زیاد می شود و وصیت به دلیل معلوم نبودن موصی به از بین نمی رود و ورثه قایم مقام موصی هستند و بیان موصی به به آنها واگذار می شود و اگر موصی وارثی نداشت، تبیین موصی به، به اعتبار اینکه پس از اجرای وصیت به بیت المال تعلق می گیرد، به ولی الامر مسلمین ارجاع می شود.²³⁸

2) موصی به نباید از نظر شرع شیء حرام یا امر گناهی باشد

این شرط از نظر اصول، مورد اتفاق همه مذاهب اسلامی است و اگر اختلافی به چشم میخورد در فروع مطلب یا از جهات تفصیل و توضیح آن است.

حنفیه برای این شرط امثلهء زیادی ارائه داده اند. آنها می گویند: وصیت به اطعام نوحه سرایان پس از مرگ موصی یا وصیت به ساختن بارگاه بر قبر او یا وصیت به قرائت قرآن کریم بر قبور و در منازل، باطل است؛ چونکه این اعمال به دادن اجرت برای قرائت قرآن و دیگر طاعات شباهت داشته و جایز نمی باشد. دادن مزد برای برخی از امور ضروری جایز شمرده شده است؛ مانند پرداخت دستمزد برای آموزش قرآن کریم یا گفتن اذان؛ اما اگر پرداخت دستمزد برای طاعات نیز صحیح میبود باید برای روزه و نماز نیز جایز شمرده میشد؛ درحالیکه این عمل، إجماعاً باطل پنداشته شده است. ابن عابدین رحمه الله میگوید: آنچه در این باره گفته شده است مانع از قرائت قرآن کریم بر قبور نیست؛ زیرا

²³⁷ - الشربینی، همان، ج 6، ص 59 و نیز کتاب مذکور، ج 3، ص 45.
²³⁸ - رد المحتار علی الدرالمختار، ج 6، ص 649 و تبیین الحقائق، ج 6، ص 189.

اگر کسی بر مزار دوستی یا قریبی سوره ای از قرآن را بخواند ، خوب است ؛ ولی وصیت به قرائت قرآن بر قبور ، بی معناست.²³⁹

وصیت برای اهل فسق و معصیت ، مکروه است ؛ چون معنای صله در وصیت باقی میماند.²⁴⁰

اگر مسلمانی برای معبد یا کلیسای وصیت کند ، باطل است ؛ زیرا این عمل معصیت است ، اما اگر یک نفر ذمی به منظور تعمیر یا اصلاح برای کلیسا یا معبدی وصیت کند ، این وصیت از نظر ابوحنیفه رحمه الله جایز است ؛ زیرا

وصیتی از نظر وی معتبر است که عنوان قربت داشته باشد ، نه اینکه در واقع و نفس الامر قربت محسوب شود ؛ ولی امام محمد و امام ابویوسف رحمهما الله معتقد اند که این نوع وصیت باطل است ؛ بدلیل آنکه وصیت به معصیت بوده وصحت ندارد. نزد ابوحنیفه رحمه الله وصیت به گذاردن مصاحف در مساجد ، باطل ولی از نظر محمد بن حسن شیبانی رحمه الله جایز است.²⁴¹

مالک می گویند: اگر کسی وصیت کند که پس از مرگ بر وی نوحه سرایی کنند یا بنایی بر قبر او به قصد مباحات تعمیر کنند یا سؤال و جواب قبر را روی کاغذی بنویسند و در کفن یا قبر او جا دهند یا پولی برای خرید مشروب الکلی به کسی که آنرا می نوشد بدهند یا قندیلی از طلا یا نقره بر سر قبر او معلق سازند ، تمام این وصایا هم باطل هستند و هم غیر نافذ و هزینه انجام دادن این وصیت ها به ورثه موصی تعلق می گیرد که هر گونه ای که بخواهند عمل می کنند ؛ اما فقهای مالکی وصیت به قرائت قرآن بر سر قبر را جایز و نافذ می شمارند معتقد اند که این وصایا مانند وصیت به انجام دادن حج و همچنین وصیت برای مسجد و صرف هزینه به منظور تعمیرات آن جایز است.

شافعیه وصیت را در این موارد جایز نمی شمارند و میگویند: وصیت برای کلیسا ، خرید اسلحه برای کسانی که با آن جنگ می کنند ، ساختن ابنیه برای انواع معاصی ، مانند محلی برای ساختن مشروبات الکلی یا قمار ، یا وصیت برای شخصی فتنه انگیز به نحوی که اگر حقی برای او در ترکه قرار داده شود ، آنرا تباه کند ، تمام این وصایا از نظر شافعیه صحیح نمی باشند ؛ زیرا با حکمت مشروعیت وصیت منافات دارند. از نظر فقهای شافعی مذهب ، وصیت به تمام آلات لهو باطل است ؛ چون وسیله انجام دادن معصیت است و همچنین کتب سحر و نجوم و کتب بدع گمراه کننده ، حرام اند ؛ زیرا به گناه کردن کمک می کنند ؛ ولی از نظر آنان وصیت به منظور قرائت قرآن کریم بر بالای قبر ، صحیح و وصیت به تعمیرات مسجد جایز است.²⁴²

239 - الدرالمختار و ردالمختار، ج 5، صص 471 - 456 و 488 به بعد آن.

240 - ردالمختار علی الدرالمختار، ج 6، ص 674.

241 - ردالمختار علی الدرالمختار، همان جلد، ص 665 و بدائع الصنائع، ج 7، ص 342.

242 - المجموع، ج 15، ص 413 و مغنی المحتاج، ج 3، ص 40.

نظر فقهای حنبلی در مورد وصایای باطل و صحیح چنین است: وصیت به ساختن کلیسا یا آتشکده و تعمیرات آنها و صرف پول برای هزینه های آن جایز نیست؛ حتی اگر از طرف ذمی باشد؛ چون کمک به گناه است. وصیت در مورد بناء و بارگاهی که ساختن آن روی قبور تجویز نشده، باطل است. وصیت در خصوص استنساخ کتب علمی و قرآن صحیح است؛ زیرا به قصد قربت انجام می گیرد. وصیت برای نوشتن کتب انجیل، زبور و تورات حتی اگر از طرف ذمی هم باشد، جواز ندارد؛ زیرا این کتب منسوخ اند و صرف وقت در آنها بی فایده است؛ اما اگر کسی وصیت کند که خانه هایی برای اهل ذمه و اهل حرب بناء کنند، صحیح است؛ زیرا این عمل عنوان معصیت را به خود نمی گیرد.²⁴³

3) موصی به نباید از ثلث ترکه بیشتر باشد

هرگاه موصی وارث داشته باشد، نباید بیشتر از ثلث ثروت خود را برای بیگانه وصیت کند؛ مگر اینکه ورثه، آنرا تنفیذ کنند یا بدو با اجازه آنان انجام گیرد. کلیه علمای اسلامی بر این مسأله اجماع دارند که وصیت باید منحصر در ثلث ترکه باشد. مستند این رأی حدیثی است که از سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه روایت شده است: أثلث والأثلث کثیر. این حدیث به طور کامل در اوایل همین باب بیان شده است. بنابراین، وصیت زائد بر ثلث برای فرد یا افراد بیگانه بستگی به اجازه ورثه دارد، طوریکه اگر آنها پذیرفتند، صحیح است و اگر نپذیرفتند، مقدار زائد بر ثلث به ترکه میت برگشته و سهم ورثه تلقی می گردد.

اجازه ورثه دوش شرط دارد:

1) اجازه باید پس از مرگ موصی انجام شود؛

2) اجازه دهنده باید دارای اهلیت تبرع بوده، به موصی به آگاهی داشته باشد. اگر شخصی ثلث دارایی خود را برای فرد بیگانه وصیت کند، نافذ است، هرچند بدون اجازه ورثه انجام گرفته باشد. هرگاه برخی از ورثه نسبت به مقدار زائد بر ثلث اجازه دهند و بعضی دیگر رضایت نشان ندهند، چنین وصیتی در حق شخصی که اجازه داده است، نافذ و در مورد فردی که اجازه نداده، باطل است. حنفیه معتقدند که اگر موصی وارث یا دینی نداشته باشد، وصیت زائد بر ثلث و حتی وصیت به تمام اموال صحیح بوده و بستگی به اجازه متصدی بیت المال ندارد؛ زیرا بیت المال وارث محسوب نمی شود؛ بلکه مرجع اموال بدون مالک است. آنان اضافه می کنند امری که مانع نفاذ وصیت است حقوق ورثه است که به ترکه تعلق می گیرد و چون این مانع در اینجا وجود ندارد، دلیلی برای عدم تنفیذ وصیت به چشم نمی خورد و حقی برای احدی متصور نیست.²⁴⁴ اما جمهور

²⁴³ - کشاف القناع، ج 4، صص 364 و 365 و المغنی، ج 6، ص 122.

²⁴⁴ - بدائع الصنائع، ج 7، ص 338.

فقهای اهل سنت (ائمہء سه گانه بجز احناف) معتقدند که هرگاه موصی بیشتر از ثلث دارایی خود را برای شخص یا اشخاصی وصیت کند، مسأله از دو حالت خارج نیست: یا وارثی وجود ندارد که در این صورت، وصیت نسبت به مازاد بر ثلث، باطل است؛ چون اموال او میراث مسلمانان است و او اجازه ندارد که از طرف آنان مال آنها را به شخص دیگری بدهد؛ و یا اینکه فردی وارث اوست که در این حالت تنفیذ وصیت بستگی به اجازه ورثه دارد که اگر اجازه ندهند، وصیت فقط تا حد ثلث، صحیح است، ولی چنانچه اجازه دهند، جایز خواهد بود. مالکيه در صورت اجازه ورثه نیز وصیت زائد بر ثلث را باطل می شمارند.²⁴⁵

دوم) شروط موصی به از دیدگاه شیعه

شیعه برای موضوع وصیت یا موصی به وجود شرایط ذیل را لازمی دانسته اند:

1- موصی به باید قابل تقویم باشد

موصی به باید از نظر موصی، مال قابل تقویم بوده، قابلیت توارث و صلاحیت تعاقد را داشته باشد. بنابراین وصیت به چیزهای مردار، خون، شراب و خوک جایز نیست؛ زیرا اینها در عرف شریعت اسلامی به عنوان مال اعتبار ندارند. همچنین مال مباحی که در تصرف کسی نیست همین حکم را دارا می باشد؛ اما اگر هر یک از اشیاء مذکور بنا به عقیده موصی و موصی له، مال با ارزش باشند، مثلاً موصی و موصی له هر دو تابع دین مسیح علیه السلام باشند، ایشکالی ندارد؛ ولی چنانچه یکی از آن دو مسلمان و دیگری مسیحی باشد، این وصیت باطل است.²⁴⁶

2- موصی به نباید از نظر شرع چیز حرام یا امر گناهی باشد

اینکه چرا باید وصیت در امور حرام یا گناه نباشد، دلیل آن این است که مقصود از وصیت، جبران مافات در حال حیات موصی است. بنابراین جایز نیست وصیت وی به گناه باشد. راجع به وصیت به گناه، مثال های فراوانی وجود دارد که بطور نمونه میتوان وصیت به غذا برای زنان نوحه گرا، ساختن قُبه بالای قبر و... را متذکر شد که این همه وصایا باطل هستند.²⁴⁷

²⁴⁵ - المغنی، ج 6، صص 55 - 56 و 58 - المجموع، ج 15، ص 399 - کشاف القناع، ج 4، ص 341 و حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4، ص 426.

²⁴⁶ - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 145 و نیز رک: زحیلی، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ص 56 و 57.

²⁴⁷ - زحیلی، وهبه، همان، صص 59 و 60.

3- موجودیت موصی به

در عقود ، موضوع تملیک به هنگام انشاء باید موجود باشد. با وجود این ، برای تحقق تملیک ، مال باید وجود خارجی پیدا کند و در زمان انتقال موجود باشد. از این قید معلوم میشود که موضوع تملیک باید قابلیت وجود را داشته باشد ، مانند میوه درخت یا چوچه حیوان. همچنین در موردی که موصی به عین مالی که موجود می پندارد وصیت می کند ، مانند اسبی که در مزرعه دارد و معلوم می شود که هنگام وصیت ، مُرده یا گریخته است ، وصیت به دلیل فقدان موضوع ، باطل است. در این مثال ، وجود اسب تا زمان تملیک شرط صحت وصیت است و امکان و قابلیت وجود در آینده را ندارد.

4- معین بودن موصی به

از آنجا که وصیت به جزء یا سهمی از ترکه ، با وجود ابهام در مقدار موصی به پذیرفته شده و فقیهان اسلامی به استناد روایات معصومین از آن رفع اجمال کرده اند. با وجود این ، باید این نظر را از دو جهت تعدیل کرد:

1) در فرضی که موصی به مردد میان چند مال است یا به کلی مجهول است و امکان تعیین موصی به وجود ندارد ، بطلان وصیت ترجیح دارد.

2) در فرضی که موصی به مجهول است ، مانند موردی که جای موصی به در وصیتنامه خالی مانده باشد یا هیچ معیاری برای تعیین معنای واژه بکار برده شده در دسترس نیست. در این فرض نیز چاره ای جز بطلان نیست.

5- مالیت و قابلیت انتقال موصی به

موصی به باید در دید عرف ، مال باشد و بتوان از آن منافع عقلایی و مشروع بدست آورد. برای مثال ، با وجود منع استعمال ، خرید و فروش تریاک ، موصی به نباید مقداری از تریاک برای استفاده معتادین باشد. همچنین خدمات شخص به طور کلی و دائمی موضوع وصیت تملیکی قرار نمی گیرد ؛ زیرا قابلیت تملک را ندارد. با وجود این ، اگر شخصی برای مدتی اجیر شود ، مستأجر (مالک منافع) میتواند منافع اجیر را برای بعد از فوت به دیگری واگذار کند. مال وقف و حق شفعه نیز با وصیت انتقال نمی یابد ؛ چرا که قابلیت انتقال را ندارند.²⁴⁸

ج) احکام مربوط به موصی به

هرچند برخی از مطالب قبلاً در تقسیم بندی انواع وصیت گذشت ، با آنهم در اینجا به اختصار از آنها یادآور میشویم:

248 - کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، درس هایی از شفعه، وصیت و ارث، صص 87 و 88، ناشر: بنیاد حقوقی میزان، سال چاپ 1398، نوبت چاپ سی ام، تهران - ایران.

1) وصیت به چیز معین یا جزء پراکنده و حکم هلاک شدن موصی به

وصیت کردن سهم مشاعی و سهم تقسیم شده معین، صحیح است؛ زیرا اینگونه وصیت، تملیک بخشی از دارایی اوست، لذا در سهم مشاع و مقسوم همانند بیع آن صحیح است.

2) وصیت به شیء معدوم یا چیزی که مقذور التسلیم نباشد

از دیدگاه جمهور فقهاء غیر از احناف، وصیت کردن معدوم صحیح است مانند اینکه موصی آنچه را که کنیزش در بطن دارد یا میوه ای که بر درختش برود، وصیت کند؛ زیرا همان گونه که میتوان با عقد سلم یا مساقات، مالک معدوم شد، جایز است که با وصیت هم مالک آن گردید و به خاطر اینکه احتمال آن وجود دارد که در وصیت، نوعی فریب بکار رفته باشد، بنابراین جهت آسان گیری بر مردم وصیت به معدوم همانند وصیت به مجهول صحیح است، همچنین وصیت کردن چیزی که نتواند آنرا تسلیم کند مانند برده ای که فرار کرده و پرنده ای که در هوا یا شیری که در پستان وجود دارد، صحیح است.

علمای احناف گفته اند: اگر موصی به معدوم باشد، مشروط بر اینکه با یکی از عقود، قابل تملیک باشد، جایز است وصیت شود و از روی استحسان وصیت کردن چیزی که گوسفند هایش بزایند جایز نیست؛ زیرا در حال حیات موصی با عقد مساقات قابل تملیک نمی باشد.²⁴⁹

به اتفاق همه علماء، وصیت کردن چیزی که نتواند آنرا تسلیم کند، مانند پرنده در هوا یا برده فراری و غیره، صحیح است؛ زیرا موصی له در یک سوم دارایی موصی جانشین او خواهد بود چنانکه وارث جانشین او میگردد. بنابراین هرگاه جایز باشد که وارث در همچو مسائلی جانشین مورث خویش گردد برای موصی له نیز جواز دارد خلف و جانشین موصی قرار گیرد.²⁵⁰

3) وصیت به شیء مجهول

فقهای کرام اتفاق نظر دارند بر اینکه موصی له باید معلوم باشد؛ یعنی شخصاً معلوم باشد، مانند زید یا نوع آن مشخص باشد، مانند مساکین. بنابراین اگر موصی بگوید: یک سوم دارایی ام را برای فلانی یا فلانی وصیت می کنم، وصیت او به خاطر جهالت، باطل خواهد بود. همچنان فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه شرط نیست که موصی به حتماً و باید معلوم باشد، پس وصیت کردن مجهول جایز است، مانند اینکه کسی جزء یا سهمی از مالش را برای دیگری وصیت کند؛ زیرا وصیت، تبرع و بخشش محض بوده و جهالت نسبت به آنچه بخشش می شود، ضرری ندارد. مثال شافعی و حنابله

249 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 6، ص 441.

250 - الدرالمختار، ج 5، ص 474 - کشاف القناع، ج 4، ص 407 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 64 و 65 و الشرح الصغير، ج 4، ص 599.

برای وصیت به مجهول مانند وصیت کردن جنینی است که در شکم مادر است و مانند شیری است که در پستان قرار دارد. اما علمای احناف وصیت کردن به آنچه در شکم یا شیری که در پستان است، را جایز نمی‌شمارند.²⁵¹

4) وصیت به منافع

وصیت به منافع مبحث طویلی است که بحث از آن در این مجال نمی‌گنجد و قبلاً در این رابطه بالتفصیل در جای خود بحث بعمل آمده و تکرار آن بی لزوم دیده می‌شود.

5) وصیت به تصرف در عین

گاه شخص فروختن بعضی از دارایی خود یا اجاره دادن قسمتی از زمین هایش را وصیت میکند، بناءً اگر قیمت آنچه که نام برده یا بدل اجاره به مقدار قیمت یا اجارهء مثل آن باشد یا مقدار اندکی از قیمت مثل کمتر باشد، از یک سوم دارایی اش خارج می‌شود یا در صورتی که مقدار اندکی که عادتاً مردم در آن دچار فریب و زیان میشوند، از یک سوم بیشتر باشد، وصیت بدون آنکه موقوف به اذن ورثه گردد نافذ می‌گردد؛ زیرا در وصیت ضرری متوجه آنان نمیگردد و این مقدار در حدود یک سوم دارایی موصی به عنوان وصیت محسوب می‌گردد، پس به اجازهء ورثه نیازی ندارد؛ اما در صورتیکه زیاده بریک سوم باشد - که به آن ضرر و خسران فاحش گفته شود - تنفیذ آن متوقف بر اجازهء ورثه خواهد بود؛ مشروط بر اینکه موصی له اقدام به پس دادن مازاد بریک سوم ننماید؛ ولی در صورتیکه ورثه اجازه دهند یا موصی له آن مقداری که مازاد بریک سوم است را به ورثه برگرداند، وصیت نافذ می‌گردد و در غیر آن باطل شمرده می‌شود.

6) وصیت به قرض دادن

برخی اوقات طوری واقع میشود که شخصی وصیت میکند که مقدار مشخصی از دارایی اش به فلانی به مدت مشخصی بدون ربا قرض داده شود، مبنای تنفیذ این نوع وصیت از یک سوم دارایی اش می‌باشد.²⁵²

7) وصیت به تقسیم ترکه

جمهور فقهاء بر این باور اند که تقسیم بر ورثه واجب نبوده و آنان می‌توانند بپذیرند یا سر باز زنند؛ زیرا قیمت و ارزش مالی برای اعیان گاهی مساوی است لیکن مصلحت در آن متفاوت بنظر میرسد چنانکه ابطال حق وارث در اندازهء حقش جایز نیست، ابطال حق او در عین این حق نیز جواز نخواهد داشت.²⁵³

251 - الدرالمختار، ج 5، ص 474 - کشاف القناع، ج 4، ص 407 - مغنی المحتاج، ج 3، صص 64 و 65 و الشرح الصغیر، ج 4، ص 599.

252 - زحیلی، همان، ص 105.

253 - زحیلی، وهبه، همان، ص 106.

8) وصیت به دادن حقوق ماهانه ترکه

فقهای احناف، مالکیه و شافعیه، دادن حقوق ماهانه از ترکه را جایز شمرده اند. این پرداخت حقوق از قبیل وصیت به اعیان است؛ زیرا وصیت به مقدار معینی از مال بوده که سالانه، ماهانه یا روزانه از ترکه استخراج میشود و تنها فرق آن با وصیت به مقداری از مالی در قسطی بودن آن است. همچنان جایز است وصیت شود تا از عایدات ترکه حقوق پرداخت شود که در این صورت از قبیل وصیت به منافع خواهد بود؛ زیرا وصیت به جزئی از عایدات بعضی از اعیان می باشد.²⁵⁴

9) حکم افزودن به موصی به

اگر بعد از وصیت، چیزی توسط وصیت کننده بر موصی به، افزوده شود، از دیدگاه علمای مالکیه این عمل رجوع از وصیت محسوب نمی گردد.²⁵⁵

مطلب پنجم) صیغه یا لفظ وصیت

چهارمین رکن وصیت، صیغه یا لفظ وصیت است که در مورد آن به مطالب زیرین پرداخته میشود:

الف) مفهوم صیغه

فقهاء از صیغه، صدور ایجاب از طرف موصی و صدور قبول از طرف موصی له را مراد می گیرند، چنانچه میگویند: صیغه وصیت چنین است، یعنی اینکه گفته شود: به فلان چیز وصیت نمودم یا بگویند: بعد از مرگ من فلان مال را به فلان شخص بدهید.²⁵⁶

برخی ها تنها ایجاب موصی را صیغه وصیت دانسته اند.²⁵⁷

ب) وسائل تعبیر از صیغه یا لفظ وصیت

در این مورد دو نوع تعبیر وجود دارد:

1- تعبیر لفظی.

2- تعبیر فعلی.

254 - الدرالمختار، ج 5، ص 464 به بعد - الشرح الصغير، ج 4، صص 586 و 595 - مغنی المحتاج، ج 3، صص 43 تا 47.

255 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 90 الی 109.

256 - محمودیجی، محمد علی، همان، ص 46.

257 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 7، ص 331.

1) تعبیر لفظی

تحت عنوان تعبیر لفظی از (ایجاب و قبول) بحث بعمل می آید:

1- ایجاب

در مورد تعریف ایجابِ وصیت چنین آمده است: ایجابِ وصیت عبارت از قول یا مقایم مقام آن در دلالت است که بر سبیل رغبت از طرف موصی در انتقال ملکیت به موصی له صدور می یابد؛ خواه آن قول، صریح باشد، مانند اینکه بگوید: (أوصیتُ) یا در دلالت بر وصیت، غیر صریح بوده ولی از آن ارادهء وصیت از طرف موصی دانسته شود، مانند اینکه موصی بگوید: این مال را پس از مرگ من به فلان بدهید. برای وصیت، لفظ معین یا صیغهء خاصی وجود ندارد و تنها چیزی که اعتبار دارد لفظیست که افادهء وصیت را نماید، مانند اینکه موصی بگوید: به فلان شخص بعد از من بدهید، یا فلان شخص بعد از مرگ من حق دارد، یا بعد از مرگ من برای وی حق تعیین گردید یا نظیر اینها.²⁵⁸

2- قبول

عبارت از قول موصی له است به این لفظ که: (قبول نمودم) یا لفظی که قایم مقام آن از قبیل اخذ و فعلی باشد که دلالت بر رضا داشته باشد همان گونه ای که در بیع و هبه آمده است.²⁵⁹

راجع به قبول، موارد آتی قابل بحث دیده میشود:

اول) قبول مورد نظر فقهاء کرام کدام است؟

در این مورد اقوال فقهاء را ذیلاً درج می نماییم:

1) نظریه احناف

به نظر احناف، قبول مطلوب آنست که رد نشود، پس کفایت که با لفظ صریح بگوید: این وصیت را قبول کردم یا به آن راضی شدم. یا قبول مفهومی باشد مانند اینکه در آن مالِ وصیت شده، دخل و تصرف نماید یا آنرا بفروشد یا به کسی ببخشد یا به اجاره بدهد. با ذکر موارد فوق، موصی له مالک موصی به می گردد جز دریک مسأله و آن اینکه وصیت کننده بمیرد و بعد از آن موصی له قبل از قبولِ وصیت بمیرد که در اینصورت مال وصیت شده در ملکیت ورثهء موصی له داخل میشود؛ زیرا وصیت از جانب وصیت کننده با مرگ او ثابت شده است و از جهت او قابل فسخ نمی

²⁵⁸ - مغنی المحتاج، ج 3، ص 53 و کشاف القناع، ج 4، ص 382.

²⁵⁹ - مغنی المحتاج، همان جلد، همان صفحه.

باشد؛ بلکه در حق موصی له متوقف است، پس هنگامی که او هم وفات یافت، موصی به در ملکیت وی داخل میشود چنانچه اگر مشتری در اثناء زمان خیاری که به او داده شده است بمیرد، مال خریده شده در ملکیت او داخل میگردد.²⁶⁰

(2) نظریه جمهور

جمهور فقهاء بر این باور اند که قبول باید و حتماً واقع شود چه با قول باشد و چه با قایم مقام قول، مانند دخل و تصرفی که بر رضایت موصی له دلالت کند و به محض رد نکردن موصی له اکتفاء نمی شود؛ زیرا رد نکردن قبول، مطلوب نمی باشد.²⁶¹

(3) نظریه شیعه

بدیهی است که قبول قبل از موت موصی برای موصی له مالکیت بالفعل اما معلق بر موت موصی بوجود می آورد مانند مالکیت معلق مشتری بر مبیع در بیع معلق.

فرق بیع معلق با وصیت تملیکی بعد از اظهار قبول قبل از موت موصی اینست که بیع معلق نسبت به متعاقبین لازم است ولی وصیت تملیکی مزبور علاوه بر اینکه هنوز معلق بر موت موصی است از طرفین جایز است و اجتماع تعلیق و جواز وصیت مزبور قبل از موت موصی وضعی برای این وصیت به وجود می آورد که فاصله چندانی با بی اثر بودن اعلان قبول موصی له قبل از موت موصی ندارد.²⁶²

دوم) آیا در قبول، فوریت شرط است؟

فقهاء متفق القول اند که تعیین مدت برای قبول در وصیت، شرط نبوده و فوریت در قبول یا رد، شرط قرار داده نمی شود؛ بلکه با تأخیر نیز پذیرفته میشود. بنابراین، بعد از وفات موصی نیز جواز دارد، هر چند بعد از زمان طولانی باشد؛ زیرا فوریت، تنها در معاملات قطعی ای که قبول آن مرتبط با ایجاب است، شرط می باشد، مانند قبول در بیع. با آنهم برخی از نظرات فقهاء در جزئیات مسئله بقرار ذیل مطرح گردیده است:

²⁶⁰ - زحیلی، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ص 29.

²⁶¹ - حاشیة الدسوقی، همان ج، همان صفحه - المجموع، ج 15، همان صفحه و المغنی، ج 6، ص 200.

²⁶² - لنگرودی، وصیت، ص 104.

1) نظرشافعیه

نظر شوافع بر اینست که ورثه حق دارند از موصی له بخواهند که وصیت مورث شان را قبول یا رد کند ، اگر موصی له بعد از مطالبهء ورثه ، امتناع ورزید ، امتناعش به معنای عدم قبول وصیت بوده و این امر ، معقول و قابل قبول است ؛ زیرا بدین وسیله ، ضرر از ورثه برطرف می گردد.²⁶³

2) نظر حنابله

حنابله گفته اند: اگر موصی له از قبول و رد ، امتناع ورزید ، بر او طوری اصدار حکم شود که گویا وصیت را قبول کرده است.²⁶⁴

3) نظر شیعه

از آنجا که وصیت برای بعد از فوت ، انشاء میشود و محل طبیعی قبول نیز همان زمان آن است ، بنابراین در زمان حیات موصی هیچ اثری نداشته و استصحاب بقای قبول سبب تحقق تملیک بعد از فوت موصی میشود. به همین جهت اگر موصی له بعد از قبول در زمان حیات موصی ، آنرا رد کند ، بعد از فوت باید آنرا دوباره بپذیرد ؛ زیرا رد وصیت ، استصحاب بقای قبول را قطع میکند.²⁶⁵

سوم) پشیمانی موصی له از رد یا قبول

هرگاه موصی له مال وصیت شده را قبول یا رد کند ، در اینصورت جایز نیست از رد به قبول یا از قبول به رد تصمیم خود را تغییر دهد ؛ مگر اینکه ورثه موصی این اجازه را به او بدهند ، بناءً اگر تمام ورثه یا یکی از آنها رد کردن موصی له را قبول کنند ، در این صورت وصیت ، فسخ شده و مال وصیت شده جزو ترکهء میت قرار می گیرد ؛ اما اگر ورثه ، رد کردن او را نپذیرفتند ، رد کردن موصی له پذیرفته نشده و وصیت همچنان بر حکم خود باقی خواهد ماند. با آنهم میخواهیم در این رابطه اقوال فقهای کرام را ذیلاً به بررسی بگیریم:

1- نظر احناف

طبق مذهب حنفی ، رد کردن بعد از قبول ، جایز بوده ، در صورتی که همهء ورثه یا برخی از آنها رد کردن موصی له را قبول کنند ، وصیت ، فسخ میشود.

²⁶³ - المجموع، ج 15، همان صفحه.

²⁶⁴ - المغنی، ج 6، ص 201.

²⁶⁵ - کاتوزیان، ناصر، همان مرجع، صص 76 و 77.

2- نظر شیعه

در مذهب تشیع رد بر دو نوع تقسیم شده است:

(1) رد قبل از موت موصی

وصیت برای بعد از فوت انشاء میشود و تا زمانی که موصی آنرا به عنوان آخرین اراده خود حفظ می کند ، همچنان باقی میماند و مستمر است و رد موصی له به آن زیانی نمی رساند ؛ زیرا بر فرض اینکه اعلام رد وصیت را از بین ببرد ، بقای موصی بر اراده خود به منزله تجدید وصیت است. پس زمان برخورد واقعی رد موصی له و ایجاب موصی ، مرحله بعد از فوت و قطع استمرار آن است.

(2) رد بعد از موت موصی و قبل از قبول وصیت

هرگاه موصی له بعد از فوت موصی ، تملیک را رد کند ، وصیت که منبع استمرار خود را از دست داده است ، در نتیجه رد از بین میرود و قبول مجدد موصی له نیز آن را از اعتبار ساقط میسازد. حق این بود که رد موصی له تا زمانی مؤثر باشد که او وصیت را قبول نکرده است ؛ زیرا با جمع ایجاب و قبول ، تراضی محقق میشود و از نظر اصول حاکم بر عقود ، نباید پیشمانی موصی له اثری در تملیک داشته باشد.²⁶⁶

3- نظر شوافع و حنابله

شوافع و حنابله گفته اند: بعد از قبول و قبض ، رد کردن وصیت اصلاً جواز ندارد ؛ زیرا با عنصرقبول ، ملکیت به اثبات رسیده و با قبض ، استقرار می یابد. پس صحیح نیست که آنرا رد کند ؛ بدلیل آنکه مال وصیت شده بر موصی له استقرار یافته و پذیرفتن آن در اینصورت همانند رد کردن سایر مملوکاتش میباشد ؛ مگر اینکه ورثه به آن راضی باشند که در صورت رضایت آنها ، طوری تلقی میگردد که موصی له چیزی را به ورثه موصی ، هبه کرده باشد که در اینصورت ، شرایط هبه قابلیت تطبیق را دارا خواهد بود ؛ اما در صورت حصول رد بعد از قبول و قبل از قبض ، شوافع دو نظر دارند:²⁶⁷

استدلال اول)

این استدلال مربوط به شوافع بوده که منصوص است و آن این که رد کردن وصیت جایز است ؛ زیرا این امر توسط انسانی به ملکیت او در آمده است ، از این رو رد کردن آن قبل از قبض ، صحیح میباشد.

²⁶⁶ - کاتوزیان، ناصر، همان، ص 80.

²⁶⁷ - المجموع، ج 15، صفحه پیشین و المغنی، ج 6، ص 202.

استدلال دوم)

این استدلال که مربوط به حنا بله می باشد ، طوری اقامه گردیده که: اگر موصی به با پیمانانه یا توزین (وزن کردن) قابل اندازه گیری باشد ، رد کردن آن قبل از قبض جایز است ؛ زیرا تا موصی له آنرا قبض نکرده باشد ، به ملکیتش داخل نمی شود ، پس با رد کردن قبل از قبول مشابهت دارد و اگر غیر از مکیلات و موزونات باشد ، رد کردن آن جواز ندارد ؛ زیرا با محض قبول به ملکیتش در می آید ، پس همانند مال مقبوض است هر چند آنرا قبض نکرده باشد. هر جا که رد کردن صحیح باشد ، وصیت با آن باطل شده و مال وصیت شده به ترکه موصی برگشته و مال ورثه پنداشته می شود ؛ زیرا اصل بر ثبوت ملکیت آن برای همه است.

قول راجح

قول راجح همان قول شوافع و حنا بله است مبنی بر اینکه بعد از قبول هر چند قبض هم صورت نگرفته باشد ، رد صحت ندارد ؛ مگر هبه جدیدی از طرف موصی له تلقی می گردد ؛ زیرا ملکیت موصی به در این صورت بر اساس وصیت موصی برای موصی له ثابت شده است نه از سوی ورثه.²⁶⁸

چهارم) چه کسی میتواند مالک رد یا قبول باشد؟

فقهاء این موضوع را واضح ساخته اند و در مسائل ذیل باهم اتفاق نظر دارند:

- 1) اگر موصی له معین ، دارای اهلیت کامل ، رشید و صالح باشد ، خودش مالک قبول یا رد وصیت است ؛ زیرا او صاحب ولایت بر خود تلقی می شود.
- 2) اگر موصی له فاقد اهلیت بود ، مانند مجنون ، سفیه یا طفل غیر ممیز ، نمی تواند وصیت را قبول یا رد کند ؛ زیرا اقوال چنین اشخاصی فاقد اعتبار است ؛ اما ولی اشخاص فوق می تواند وصیت را قبول یا رد کند.
- 3) اگر موصی له غیرمعین باشد ، به قبول یا رد نیازی نداشته ؛ بلکه به مجرد ایجاب وصیت کننده ، وصیت واجب می گردد.

در رابطه به طفل غیر ممیز — که دارای اهلیت ناقص است — و محجورعلیه ، بخاطر سفه یا غفلت ، آرای فقهای کرام متفاوت است:

- 1) احناف گفته اند: میتواند قبول کند ؛ زیرا وصیت همانند هبه و استحقاق وقف ، نفع محض است که نه طفل و نه ولی اش حق رد آنرا ندارند ؛ چون رد کردن وصیت در همچو حالتی ضرر محض بوده که آنان ، مالک ضرر نیستند.

²⁶⁸ - زحیلی، و هبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 31 و 32.

(2) جمهور فقهاء گفته اند: امر قبول و رد به جای کسی که از اهلیت ناقص برخوردار است ، به ولی اش واگذار می شود و او آنچه را که به مصلحت مولی علیه باشد ، انجام می دهد.²⁶⁹

پنجم) مرگ موصی له قبل از قبول یا رد وصیت

در این مورد با نظرات آتیه بر می خوریم:

(1) نظر احناف

از نظر احناف ، هنگامی که موصی له بعد از مرگ موصی و بدون قبول یا رد ، بمیرد ، با استناد به قاعدهء استحسان ، وصیت صحیح است ؛ زیرا مرگ به منزلهء قبول ضمنی می باشد و به دلیل اینکه تنها شرط محقق گردیدن وصیت برای موصی له رد نکردن است ، بنابراین وصیت تحقق یافته و موصی به در ملکیت ورثهء موصی له داخل می شود.²⁷⁰

(2) نظر جمهور

به نظر جمهور فقهاء ، هرگاه موصی فوت کند ، حق قبول یا رد وصیت به ورثه موصی له منتقل می شود ، هرکس آنرا قبول یا رد کند ، حکم آن را می یابد ؛ زیرا جزو مملوکات مورث آنان بوده که بعد از مرگ او به وارثانش منتقل گردیده است . به دلیل اینکه پیامبر صلی الله علیه وسلم ارشاد فرموده اند: (من ترک حقاً او مالاً فلورثته). ترجمه: هرکس حق یا مالی را بعد از خود بجا گذاشت ، آن حق یا مال ، برای ورثهء او خواهد بود.²⁷¹

(3) نظر شیعه

هرگاه کسی برای دیگری وصیت کند و موصی له پیش از موصی ، بمیرد ، گفته شده که وصیت باطل می شود و گفته شده که اگر موصی از وصیت رجوع کند ، وصیت باطل می شود ، خواه پیش از مرگ موصی له باشد یا پس از مرگ وی . و اگر رجوع نکند موصی به به ورثه موصی له میرسد و این مضمون روایت مشهور به نزد شیعه می باشد ؛ مگر اینکه قرینه ای وجود داشته باشد که دلالت کند بر اراده موصی به اختصاص دادن وصیت به موصی له نه به ورثهء او ، مثل بیشتر بودن دانش یا شایستگی او و مانند اینها.²⁷²

269 - زحیلی، وهبه، همان، ص 32.

270 - زحیلی، وهبه، همان، ص 33 به نقل از کتاب (اللباب فی شرح الکتاب) تألیف: عبدالغنی الميدانی دمشقی الحنفی (متوفی 428 هـ.ق)، ج 4، ص 170.

271 - حاشیة الدسوقی، همان ج، همان صفحه - المجموع، ج 15، همان صفحه و المغنی، ج 6، ص 204.

272 - محمدی، ابوالحسن، ترجمه دوکتاب از (مسالک الأفهام/شهید ثانی) و (شرايع الاسلام/محقق حلی)، ص 116.

قول راجح

دکتر وهبة الزحيلي رحمه الله ميگويد: (بهتر آنست که قبول قبل از موت ، با درنگ و عمل به مذهب احناف قابل قبول دانسته شود ؛ اما هرگاه موصی له ، همه يا قسمتی از مال وصیت شده را قبل از موت رد نمود ، باطل پنداشته شود).²⁷³

ششم) زمان ثبوت مال وصیت شده برای موصی له

فقهاء اتفاق نظر دارند براینکه اگر وصیت کننده موعدی را مانند شروع یک ماه برای ملکیت تعیین کند ، ملکیت آن از همان تاریخ تعیین شده ، آغاز می شود ؛ زیرا شرط وصیت کننده در صورتی که با مقاصد شرع مخالفت نداشته باشد ، باید رعایت گردد. اما اگر وصیت کننده برای شروع ملکیت ، وقتی را تعیین نکرد ، در صورتی که موصی له بعد از وفات ، وصیت را قبول کرد ، ملکیت او بلافاصله بعد از وفات وصیت کننده ثابت میشود ، چنانکه قبول او به تأخیر افتاد ، در این مورد فقهاء دارای نظرات مختلف هستند که ذیلاً آنرا به بررسی می گیریم:

1- نظر احناف

علمای احناف باور دارند که قبول ، شرط صحت وصیت نیست ؛ بلکه شرط ثبوت ملکیت مال وصیت شده برای موصی له بوده و قبول موصی له برای افاده ملکیت برای وی شرط قرار داده شده که قبل از قبول ، مالک چیزی نخواهد شد جز در یک مسأله و آن هنگامی است که وصیت کننده بمیرد سپس موصی له قبل از قبول ، وفات نماید. ولی اگر موصی له قبول کند ، ملکیت موصی له به شرطی که از یک سوم مال متجاوز نباشد ، از زمان وفات وصیت کننده برایش ثابت میشود و چنانچه بعد از مرگ او قبول نکند ، وصیت معلق بر قبول او خواهد بود که در این صورت ، موصی له به نه در ملکیت موصی له است نه در زمره ملکیت ورثه موصی ، تا آنکه قبول کند و یا بدون قبول و رد ، بمیرد.²⁷⁴

2- نظر شوافع

شافعیه معتقد اند که ملکیت مال وصیت شده برای موصی له معلق است ، طوریکه اگر قبول کرد روشن است که آن مال از زمان وفات موصی برای موصی له ثابت میشود و اگر قبول نکرد روشن است که برای وارث موصی است. یعنی در نظر شوافع همانند احناف ، ملکیت از زمان وفات وصیت کننده شروع می شود اما جز با قبول ، ثابت نمی گردد.²⁷⁵

273 - زحيلي، وهبه، همان، ص 23.

274 - بدائع الصنائع، ج 7، صص 332 و 338 و الدرالمختار و ردالمختار، ج 5، صص 460 و 465.

275 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 54.

3- نظر مالکیه

قول مشهور نزد مالکی ها رعایت دو امر است یعنی ملکیت از وقت قبول و وقت مرگ باهم ثابت میشود و اضافه میدارند که ملکیت با قبول موصی له زمانی برایش ثابت میشود که از زمان وفات وصیت کننده ، مالک آن مال بوده باشد.²⁷⁶

4- نظر حنابله

نظر برخی از مالکیه و حنابله بنابه قول صحیح اینست که موصی له جز با قبول ، مالک نمی گردد و این زمانی است که وصیت برای شخص معینی صورت گرفته باشد ، چنانکه در سایر معاملات با قبول ، مالک شیء خریداری شده می گردد و به خاطر اینکه قبول سبب را کامل میکند و حکم بر سبب مقدم نمی شود ، بنابراین ، ملکیت با قبول ثابت گردیده و وجود آن به ماقبلش استناد نمی شود.²⁷⁷

قول راجح در میان فقهای اهل سنت

دکتر وهبه مصطفی الزحیلی رحمه الله²⁷⁸ میگوید: قول راجح به نزد من نظریه اول یعنی احناف است و آن اینکه ملکیت با استناد به زمان وفات ، ثابت می گردد ؛ زیرا قصد وصیت کننده از وصیتش همین بوده است. نتیجه و ثمره اختلاف فقهاء کرام اینست که ملک افزوده شده بر مال وصیت شده در فاصله زمان بین مرگ و قبول از قبیل نسل حیوان ، ثمره باغ ، اجاره منازل ، پشم گوسفند و دیگر افزودنی های جداگانه از آن چه کسی خواهد بود؟ از زواید متصل از قبیل چاقی حیوان در صورتی که بیشتر از یک سوم نباشد ، از آن موصی له خواهد بود. بنابر نظریه اول ، زواید بعد از مرگ موصی و قبل از قبول موصی له از آن ورثه تلقی میگردد و نفقه و مصارف آن نیز به عهده آنهاست ؛ اما احناف با شوافع در به حساب آوردن زواید از یک سوم اختلاف نظر دارند: احناف گفته اند: زواید از اصل وصیت شده خواهد بود به شرط اینکه همراه با اصل بیشتر از یک سوم کل مال موصی نگردد. شوافع می گویند: آن زواید رشد زاید بر اصل وصیت شده خواهد بود و در حساب یک سوم مال داخل نمی شود. بنابراین ، برای موصی له خواهد بود. این قول ارجح است ؛ زیرا این زواید بر ملک موصی له ایجاد شده است. پس به او باید داده شود.²⁷⁹

5- نظر شیعه

276 - الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج 4، ص 424 و الشرح الصغير، ج 4، ص 582 و به ادامه آن.

277 - المغنی، ج 6، صص 25 و 158 و كشف القناع، ج 4، ص 381.

278 - وهبة مصطفى الزحيلي دمشقي (1932 - 2015 م)، از جمله فقهاء معاصر، حقوقدان، مفسر، از دانشوران سختکوش سوریه و از عالمان هوشمند آن دیار بود که بیشتر نوشته های ایشان اختصاص به (فقه) و (اصول فقه) دارد. تفسیری که مرحوم به رشته تحریر آورده به (التفسیر المنیر) مسمی بوده و با نگاه و نگرش دقیق و با تأمل بیشتر نگاشته شده است. هاشم الخطیب، حسن الشطی و محمود شلتوت را میتوان از جمله اساتید نامبرده دانست. (برگرفته شده از سایت انترنتی: fa.wikinoor.ir).

279 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 33 - 34 و 35.

اگر وصیت ، ایقاع باشد و تراضی خمیرمایه آن به شمار نیاید ، بی گمان ، اهلیت موصی له در زمان انشاء وصیت شرط نیست ؛ زیرا ایقاع معلق به فوت است و از آن زمان موصی له مالک موصی به میشود. ولی اگر وصیت عقد توصیف شود ، برطبق قواعد عمومی عقود ، در زمان انشاء وصیت و قبول تملک ، موصی له باید موجود و دارای اهلیت باشد. از ظاهر ماده 850 قانون مدنی ایران که به تبع از فقه امامیه تنظیم گردیده است ، طوری بر می آید وجود موصی له در زمان وصیت شرط است و شهرت عظیم این حکم در فقه نیز این استنباط را تأیید میکند.²⁸⁰ در مورد اهلیت نیز بیشتر نویسندگان به همین راه رفته اند و اهلیت موصی له را در زمان انشاء تملیک ، لازم میدانند.²⁸¹

هفتم) معلق کردن وصیت به شرطی از شروط

معلق کردن وصیت به آینده صحیح است مانند اینکه موصی بگوید: فلان شخص از شروع سال دوم وفاتم یا از شروع فلان ماه آن در این خانه سکونت گیرند ؛ زیرا وصیت و تعیین وصی تنها زمانی محقق می گردد که به آینده نسبت داده شده باشد.

به نزد احناف ، معلق کردن وصیت به شرط صحیح نیز درست است. شرط صحیح مطابق رأی ابن تیمیه و ابن قیم الجوزی رحمهما الله آنست که قانوناً بدان عمل شده بتواند و شرط صحیح آنست که مصلحت مشروع برای موصی ، موصی له یا ثالثی به دنبال داشته و جزو مصالحی باشد که از آن نهی نشده و با مقاصد شرع نیز مخالفت نداشته باشد. احناف اضافه می نمایند: شرط صحیح مقید به دو قید است:

نخست: اینکه مشتمل بر مصلحتی باشد.

طوریکه فوقاً بیان شد این مصلحت میتواند برای موصی ، موصی له و یا شخص دیگری باشد:

(1) مثال مصلحت برای موصی

اینکه موصی برای کسی چیزی را وصیت کند تا موصی له مالیات دولتی مربوط به املاک یا سایر اموال موصی را پردازد یا فرزندان صغیر او را سرپرستی نماید و یا اینکه شروع تنفیذ وصیت با پرداخت حقوق الله از قبیل فدیة روزه ، نماز و غیره باشد.

(2) مثال مصلحت برای موصی له

280 - کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج 3، شماره 209 و شهید ثانی، شرح لمعه، ج 5، ص 23.
281 - عدل، مصطفی، صص 532 و 533 و امامی، سیدحسین، دوره حقوق مدنی، ج 3، ص 76 به بعد و کاتوزیان، ناصر، وصیت در حقوق مدنی ایران، شماره 69.

اینکه موصی زمین یا مسکن خود را برای کسی طوری وصیت کند که موصی له هزینهء اصلاح و تعمیر یا مالیات و عوارض به ثبت رساندن ملک موصی را از ترکهء وی پرداخت نماید.

(3) مثال تأمین مصلحت برای ثالث

اینکه موصی مسکن خود را برای کسی طوری وصیت کند که موصی له به وسیلهء آبیاری آن، باغ همسایه اش را نیز آبیاری نماید، یا اینکه وصیت کند که منفعت مسکنش را برای بنیاد خیریه ای تحویل بدهد.

دوم: از آن نهی نشده و منافی با مقاصد شارع نباشد.

در صورتی که شرط، مطابق شرع صحیح دانسته نشود، آن شرط باطل و وصیت صحیح خواهد بود، مانند اینکه موصی مبلغی را برای کسی وصیت کند به شرط اینکه آن شخص ازدواج نکند، در این صورت وصیت صحیح بوده و موصی له میتواند ازدواج کند؛ زیرا شرط موصی با مقاصد شارع، مخالف است. همچنین به طریق اولی شرط زمانی باطل پنداشته می شود که شرعاً از آن نهی بعمل آمده باشد، مثال: موصی مبلغی را برای کسی وصیت کند به شرط اینکه قسمتی از آن را برای برگزاری مجلس شراب نوشی یا سایر اعمال حرام، هزینه کند.²⁸² معلق کردن وصیت به شرط چه مربوط به قبل از مرگ باشد، مانند طلاق و غیره و یا بعد از مرگ باشد، جایز است؛ زیرا معلق کردن وصیت به شرط بعد از مرگ نیز همانند معلق ساختن آن به قبل از مرگ بوده و هنگامی که معلق کردن وصیت به شرط مربوط به قبل از مرگ جایز باشد، تعلیق آن بشرط به بعد از مرگ نیز جواز خواهد داشت.²⁸³ بدین وسیله طوری به نتیجه می رسیم که وصیت از جملهء عقود است که تعلیق آن به شرط صحیح به اتفاق فقهای کرام صحیح می باشد.

(2) تعبیر فعلی

در تعبیر لفظی (کتابت و اشارهء مفهمه) شامل بوده که ذیلاً قابل بحث دیده می شود:

1- کتابت وصیت

فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه انعقاد وصیت ذریعهء کتابت به هنگام عاجز بودن از نطق، جواز دارد. اما هرگاه موصی قادر بر نطق باشد در اینصورت باهم اختلاف نظر دارند که ذیلاً به بررسی گرفته میشود:

(1) نظر احناف و مالکیه

²⁸² - زحیلی، وهبه، همان، صص 35 و 36.

²⁸³ - المهذب، ج 1، ص 452 - غایة المنتهی، ج 2، ص 348 - المغنی، ج 6، ص 28 و رد المحتار علی الدر المختار، ج 5، ص 471.

حنفیه و مالکیه می گویند: هرگاه شخص وصیت خود را به دست خود نوشت و سپس بر آن شاهد گرفت و گفت: درمورد این نوشته ، شاهدهی بدهید ، جایز است.²⁸⁴

(2) نظر شافعیه

شافعیه میگویند: نوشته کنایه است ، به این مفهوم که وصیت با نوشته باید توأم با نیت موصی باشد ، مانند بیع. علمای این مذهب برای اثبات کتابت ذریعهء شهادت شرط نموده اند که بر موصی لازم است شاهدان خود را درمورد نوشتهء خود آگاه بسازد ، در صورتی که آنها راجع به نوشته خود آگاه نسازد ، وصیتش منعقد نمی گردد.²⁸⁵

(3) نظر حنابله

قول راجح نزد حنابله آنست که انعقاد وصیت توسط نوشته از طرف موصی ای که قادر بر نطق است ، در صورتی صحت دارد که خط موصی به اقرار وارث یا شاهدهی که بگوید: این خط از موصی است ، ثابت میگردد هر چند زمان طولانی ای سپری شده باشد.²⁸⁶

(4) نظر شیعه

شیعه میگویند: ظاهر کلمات جماعتی اشتراط لفظ و عدم حصول آن به غیر لفظ است ؛ زیرا آنها معتقد اند که با عجز از نطق وتلفظ ، اشاره و کتابت کافی بوده و اختصاص کفایت غیر لفظ در حال ضرورت ظاهر است در عدم کفایت آن در حال اختیار. اما صاحب جواهر کلمات آنرا حمل کرده به اینکه این جماعت در صدد بیان موردی بوده اند که با فقدان لفظ بالاتفاق آنرا صحیح می دانند و آن در جایی است که موصی قادر بر تلفظ نباشد که در این صورت کفایت غیر لفظ اتفافی و در آن اختلافی نیست نه اینکه در مقام اشتراط لفظ وعدم کفایت غیر لفظ وعدم کفایت غیر لفظ در حال اختیار بوده و خواسته باشند بگویند که در وصیت ، لفظ شرط است. صاحب ریاض از عبارت نافع که متن ریاض است کفایت اشاره و کتابتی را که مقرون به قرینه باشد و لو اینکه ضرورتی هم در بین نباشد استظهار کرده و نیز عبارت علامه را در تذکره که احتمال کفایت غیر لفظ در آن میرود ، به مضمون ذیل نقل کرده اند: (کتابت به مثابه الفاظ کنائی است و وصیت به کنایه که صریح در دلالت بر وصیت نباشد با قرینه جایز است ، پس اگر شخصی چیزی بنویسد و بگوید: قصدم وصیت است یا وارثش بعد از فوت به آن اعتراف نمایند ، باید آنرا صحیح دانست — سپس صریحاً غیر

284 - ابن نجیم، همان مرجع، همان صفحه و حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 242.

285 - المجموع، ج 15، همان صفحه.

286 - المغنی، ج 6، ص 204.

الفاظ را در جایی که قرینه قطعیه بر ارادهء وصیت باشد کافی دانسته و آن را نظر به اینکه عرفاً و عادتاً وصیت بر آن صادق است تقویت نموده.

در جواهر بین عقد وصیت و خود وصیت فرق گذاشته می گوید: معتبر بودن لفظ در ایجاب راجع به عقد وصیت است نه خود وصیت و قایل است به اینکه وصیت درحال اختیار نیز به فعل مانند کتابت و اشاره تحقق پیدا می کند و با ظهور اراده ولو اینکه توسط قرینه باشد و قطع به مراد هم حاصل نشود احکام وصیت بر آن مترتب می گردد و وصیت وقتی به وسیله فعل تحقق یافت، معاطات است.

شیخ انصاری²⁸⁷ بر نظریهء فوق ایراد گرفته و میگوید: تحقق معاطات به تعاطی و تقابض است و درمورد معاطات این شرط مفقود بوده و داد و ستدی در کار نیست به علاوه اثر معاطات نزد مشهور اباحت تصرف است و اثر وصیت، اباحت تصرف بعد از فوت نبوده؛ بلکه اثر آن حصول ملکیت است. پس نمیشود آنرا از باب معاطات قرار داد و معاطات بیعی را در وصیت نیز جاری ساخت.²⁸⁸

قول راجح

از میان نظریات فوق طوری که دیده میشود، نظر حنابله راجح تر است؛ زیرا:

(1) طبق هدایت قاعدهء (الکتاب کالخطاب)، (نوشته مانند خطاب است)، هر شخص حق دارد چیزی را شفاهاً یا ذریعهء کتابت به عنوان عقدی از عقود یا ایقاعات، منعقد سازد و هیچ نوع قیود و موانع شرعی هم در این زمینه ملاحظه نشده است.²⁸⁹

(2) کتابت در بیان مراد از عبارت کمتر نبوده؛ بلکه در وقت حاجت به اثبات، قوی تر از آن تلقی میگردد.²⁹⁰

2- شروط صیغهء وصیت

صیغهء وصیت باید دارای این شروط باشد:

1- ایجاب باید به لفظی باشد که دلالت بر وصیت داشته باشد: خواه آن لفظ صریح باشد، مانند (أوصیتُ / وصیت کردم) یا غیر صریح در دلالت خود باشد، ولی از ارادهء وصیت چنین دانسته شود، مانند اینکه بگوید: برای او تعیین نمودم یا او در مال من استحقاق دارد امثال آنها.

287 - مرتضی انصاری معروف به شیخ انصاری (1214 - 1281 هـ ق) پس از صاحب جواهر، بزرگترین فقهای شیعه در قرن سیزدهم قمری بشمار میرود. شیعه، نامبرده را مرجع فتوی خویش میدانند. (برگرفته شده از سایت اینترنتی: fa.m.wikipedia.org).

288 - عبده، بروجردی، همان، صص 331 و 332.

289 - نظر نگارنده.

290 - زحیلی، همان، صفحه 25.

- 2- قبول باید موافق به ایجاب باشد: اگر قبول مخالف ایجاب واقع شد ، وصیت صحت نمی یابد ؛ زیرا هرگاه قبول مخالف ایجاب باشد درآنصورت میان هردو ارتباط برقرار نشده و ایجاب بدون قبول باقی میماند که درهمچو حالتی رکن وصیت اتمام نمی یابد.
- 3- قبول باید به لفظ صریح یا دلالت داشته باشد: صریح مانند این قول موصی له: قبول کردم یا دلالت است البته این درصورتی است که موصی قبل از قبول موصی له وفات نماید و وصیت نیز به یک شیء معین باشد اما هرگاه وصیت در مورد یک چیز غیرمعین باشد مانند وصیت به فقراء و مساکین ، با موت موصی لازم میشود و در آن قبول شرط نمی باشد.
- 4- اینکه قبول بعد از مرگ موصی باشد: اما هرگاه موصی له قبل از موت موصی وصیت را قبول کند ، قبولش فاقد اعتبار است.
- 5- اینکه صدور قبول از طرف شخص مختار و غیرمکره صورت گرفته باشد.²⁹¹

مبحث چهارم – تعدد و تراحم وصایا

هرگاه وصایا متعدد بوده ، ثلث ترکه جوابگوی اجرای آنها نباشد و ورثه نیز زاید بر ثلث را اجازه ندهند یا اجازه بدهند ولی مال مورث برای تنفیذ همهء وصایا کافی پنداشته نشود ، تراحم وصایا پیش می آید.²⁹²

تعدد وصایا از سه حالت خارج نیست:

مطلب اول – درصورتیکه همهء وصایا برای مردم باشد

درصورتیکه همهء وصایا برای مردم باشد ، سه وجه خواهد داشت:

الف) هرگاه تمام وصایا برای مردم بوده ، سهام مشخصی داشته باشد

مثلاً شخصی برای یک نفر (ربع $\frac{1}{4}$) و برای دیگری (ثلث $\frac{3}{1}$) ترکه خود را وصیت کند ، چنانچه مجموع این سهام از ثلث ترکه بیشتر باشد و ورثه مازاد بر ثلث را اجازه ندهند ، مطابق رأی صاحبان ابوحنیفه ، ثلث دارایی موصی بین موصی لهم بر حسب مقادیر سهام شان تقسیم می شود ؛ اما ابوحنیفه با این شرط با حکم مزبور موافق است که وصیت به سهمی از سهام ، بیشتر از ثلث نباشد ؛ درغیراین صورت ، وصایا در حد ثلث اجراء خواهد شد و گویی وصیت ، به ثلث ترکه شده است. ابوحنیفه معتقد است که هرگاه موصی تمام اموالش را برای شخصی وثلث آن را برای شخص دیگری وصیت کند و ورثه اجازه ندهند ، ثلث ترکه بین آنها بالمناصفه تقسیم خواهد شد ؛ زیرا وصیت ،

291 - محمود یحیی، همان، ص 60.

292 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 175.

اگر از ثلث بیشتر باشد و ورثه اجازه نداده باشند ، نسبت به میزان زاید بر ثلث باطل می شود که در این صورت هردو وصیت در حد ثلث است و ثلث ترکه موصی ، به نسبت مساوی بین آن دو نفر تقسیم می شود.²⁹³ صاحبان ابوحنیفه و سایر مذاهب اهل سنت می گویند: در این حالت ثلث ترکه به چهار قسمت تقسیم میشود ، سه قسمت آن برای کسی که تمام مال برای او وصیت شده است و یک قسمت برای نفر دوم در نظر گرفته می شود. این در حالتی است که ورثه اجازه نداده باشند ؛ ولی اگر ورثه اجازه داده باشند ، حکم مسأله با توجه به رأی صاحبان ابوحنیفه تغییر نخواهد کرد. مطابق رأی ابوحنیفه ، شخصی که تمام ترکه برای او وصیت شده است ، دو ثلث از ترکه را تصاحب خواهد کرد چون این تعداد ، محل منازعه و اعتراض هیچ کسی نیست ؛ اما در مورد ثلث بقیه ، هریک از دو شخص موصی له گمان می برد که این ثلث به او تعلق دارد که در این حالت (سدس 6/1) به صاحب دو ثلث و (سدس 6/1) به صاحب یک ثلث تعلق می گیرد.²⁹⁴

ب) در صورتیکه تمام وصایا برای مردم و به صورت تقسیط (ماهانه ، سالانه و روزانه) باشد

مثلاً شخصی هزار یکصد هزار افغانی از ترکه خود را برای کسی وصیت می کند که این مبلغ را مادامی که زنده است هر ماه به او بدهند و برای دو نفر دیگر ماهانه دوصد هزار افغانی بطور دائم وصیت کند ، در این حالت اگر ورثه اجازه دادند ، ترکه موصی بین شخصی که یکصد هزار افغانی برایش وصیت شده و دو نفری که دوصد هزار افغانی برای آنان وصیت شده است ، تقسیم می شود. در حقیقت ، طوری فرض می شود که موصی یک بار برای اولی و بار دیگر برای دونفر دیگر تمام مال خود را وصیت کرده باشد ؛ بنابراین ترکه موصی بین هر دو وصیت ، به تساوی قابل تقسیم دیده می شود. این رأی متعلق به ابوحنیفه وصاحبانش می باشد. امام مالک و شافعی رحمهما الله می گویند: در چنین حالتی باید ثلث ترکه به پنج قسمت تقسیم شود ؛ اما اگر ورثه رضایت ندهند ، هردو وصیت در حد ثلث ترکه نافذ است و ثلث ترکه به دو قسمت تقسیم میشود ، نصف آن به موصی له اول و نصف دیگر آن به دو نفر بعدی می رسد. حکم مذکور در تمام موارد قابل انطباق است ؛ برای مثال: اگر موصی ده هزار افغانی برای یک نفر ، ده هزار افغانی برای دیگری و ده هزار برای شخص دیگری مادامی که زنده هستند ، وصیت کند ، تمام ترکه میت به سه قسمت تقسیم میشود و هر قسمت آن به یک نفر اختصاص می یابد ؛ البته این در صورتی است که ورثه اجازه بدهند ؛ در غیر آن وصیت در حد ثلث ترکه و به تساوی بین سه نفر قابل انفاذ است.²⁹⁵

293 - رد المحتار علی الدر المختار، ج 6، ص 661 و المبسوط، ج 28، ص 121.

294 - رد المحتار علی الدر المختار، ج 6، صص 667 و 668 - المغنی، ج 6، صص 84 و 85 و المجموع، ج 15، ص 482.

295 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، صص 176 و 177.

ج) هرگاه تمام وصایا برای مردم و به صورت اقساط و سهام باشد

مثلاً موصی یکصد هزار افغانی از ترکه خویش را برای شخصی وصیت کند که در مدت حیات هر ماه به وی پرداخت شود، و ثلث مالش را برای شخص دیگری وصیت کند، در این حالت یا ورثه اجازه می دهند یا نمی دهند. ابوحنیفه می گوید: اگر ورثه رضایت نشان دادند، ترکه متوفی به 6 قسمت تقسیم می شود طوری که سدس (1 بر 6) آن به فردی که ثلث ترکه برای او وصیت شده است، تعلق می گیرد و (5 بر 6) بقیه آن به شخصی میرسد که بطور اقساط برایش وصیت شده است؛ ولی ابو یوسف و محمد رحمهما الله برآنند که ترکه موصی به 4 قسمت تقسیم میشود، یک سهم به دارنده ثلث و سه سهم متباقی به شخصی تعلق می گیرد که برای او قسط بندی شده است؛ زیرا نسبت تمام ترکه به ثلث، نسبت سه بر یک است، پس تمام سهام 4 خواهد بود که یک سهم به دارنده ثلث و سه سهم به صاحب کل ترکه؛ یعنی کسی که در باره او تقسیط به عمل آمده است؛ صاحبان ابوحنیفه میگویند: چنانچه ورثه اجازه ندهند، هردو وصیت در حد ثلث نافذ است که در این صورت، ثلث ترکه 4 قسمت می شود (ربع 1/4) آن به شخصی که ثلث برای او وصیت شده است تعلق می گیرد و (3 بر 4) بقیه به فردی میرسد که به شکل تقسیط برایش وصیت صورت گرفته است؛ اما ابوحنیفه رحمه الله میگوید: ثلث ترکه بین آن دو تقسیم می شود؛ چون دارنده وصیت به اقساط، در حد ثلث نزول میکند و به این ترتیب هردو وصیت متساوی میشوند.²⁹⁶

مطلب دوم – در صورتیکه تمام وصایا به قصد قربت باشد

چنانچه تمام وصایا به قصد قربت باشد، دو وجه دارد:

الف) یا به عنوان فرائض، واجبات یا نوافل است

هرگاه تمام وصایا به قصد قربت و در مرتبه واحدی قرار داشته باشند، به این معنا که همه، فرائض یا نوافل باشند، هرکدام را که موصی مقدم داشته است در نظر می گیرند.

ب) یا مخلوطی از فرائض، واجبات و نوافل است

هرگاه تمام وصایا به قصد قربت و مخلوطی از فرائض، واجبات یا نوافل را تشکیل میداد؛ اما ترتیبی در نظر گرفته نشده بود، به صورت (الأهم فالأهم) عمل می کنند. بدیهی است که در این صورت، وصیت در حدی اجراء می شود که ثلث یا تمام ترکه تکافؤ کند.

296 - الجزیری، عبدالرحمن، ألفقه على المذاهب الاربعه، ج 3، ص 484.

مطلب سوم) در صورتیکه وصایا مخلوطی از وصایا برای مردم و وصایا به قصد قربت باشد

هرگاه وصایا مخلوطی از وصایا برای مردم و وصایا به قصد قربت باشد، مثلاً شخصی برای حج و زکات و کفاره برای انسانی وصیت کند، ثلث ترکهء موصی در این صورت به چهار قسمت تقسیم میشود و به هرکدام (ربع ¼) ترکه تعلق می گیرد.

در غالب احکام مذکور سایر مذاهب اسلامی با رأی ابوحنیفه موافقت دارند، برای مثال: هرگاه شخصی برای یک نفر نصف و برای دیگری ثلث مال خود را وصیت کند و ورثه زاید بر ثلث را نپذیرند، ثلث ترکه به پنج قسمت تقسیم می شود؛ ولی چنانچه اجازه بدهند، مثلاً برای شخصی، نصف و برای دیگری تمام مالش را وصیت کند، تمام ترکه به سه قسمت تقسیم میشود، 1 بر 3 آن به فردی که نصف برایش وصیت شده است، میرسد و بقیه به شخصی تعلق می گیرد که تمام ترکه برایش وصیت شده است. اگر اهمیت بعضی از وصایا از برخی دیگر بیشتر بود، مطابق قاعدهء (الأهم فالأهم) عمل خواهد شد.²⁹⁷

فقهایی حنابله در این زمینه چنین ابراز نظر کرده اند: هرگاه موصی تمام مالش را برای شخصی و نصف آن را برای شخص دیگری وصیت کرده باشد، ترکهء موصی به سه قسمت تقسیم می شود، ثلث آن به کسی میرسد که برای او نصف ترکه وصیت شده است و بقیه را فردی می برد که تمام مال برای او در نظر گرفته شده است. این حالت در صورتی متحقق شده می تواند که با اجازهء ورثه انجام شده باشد؛ اما اگر ورثه به آن رضایت ندادند، ثلث ترکه با همین نسبت بین آنها تقسیم می شود. صاحب کتاب (المغنی) به این نظر است که تقسیم به نسبت سهام، مطابق رأی جمهور فقهای اسلامی از جمله: مالک، ابن ابی لیلی، ثوری، شافعی، ابویوسف و محمد است.²⁹⁸

²⁹⁷ - ابن عابدین، ردالمحتار علی الدرالمختار، ج 5، ص 661 و الزحیلی، الفقه الاسلامی و أدلته، ج 8، ص 118 به بعد.
²⁹⁸ - المجموع، ج 15، صص 472 تا 482 - بدایة المجتهد، ج 2، ص 338 - المغنی، ج 6، ص 84 - فتح القریب المجیب، ج 2، صص 14 و 15 - الجزائری، عبدالرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج 3، ص 484 - رد المحتار علی الدرالمختار، ج 5، ص 661 و الفقه الاسلامی و ادلته، ج 8، ص 118 به بعد.

وصایت

فصل دوم – وصایت

این فصل که دارای مباحث جداگانه می باشد نخست راجع به شش مطلب ضروری که عبارتند از مفهوم ، ارکان ، شروط ، انواع ، آثار و انتهاء وصیت ، پرداخته میشود.

مبحث اول) مفهوم وصایت و تفاوت آن با برخی از عقود مشابه

در این مبحث نخست مفهوم و سپس تفاوت وصایت را با برخی از مفاهیم نزدیک به بررسی می گیریم:

مطلب اول) مفهوم وصایت

در این مطلب به تعاریف لغوی و فقهی وصایت پرداخته می شود.

الف) مفهوم لغوی وصایت

وصایت که از مادهء (وَصَّيْتُ الشَّيْءَ إِلَى فُلَانٍ تَوْصِيَةً وَ أَوْصَيْتُ إِلَيْهِ إِيصَاءً) گرفته شده است ، (به کسر واو و به فتح آن) به صورت اسم مصدری درآمده و به معنای نایب گرفتن غیر است برای تصرف بعد از مرگ در آنچه موصی در حال حیات خود ، آنرا متصرف بوده است ،²⁹⁹ وصایت در لغت به معنای: پند ، اندرز ، نصیحت ، فرمان ، وصایت کردن و مقرر کردن وصی آمده است.³⁰⁰ و نیز در تعریف لغوی مادهء وصایت چنین آمده است: وصایت عبارت است از اینکه شخص بموجب وصیت ، یک یا چند نفر را برای انجام امر یا اموری یا تصرفاتی نسبت به بعد از مرگ خود مأمور کند چنانچه وصیت کننده را (موصی) و طرف یعنی مأمور را (وصی یا موصی إليه) می نامند.³⁰¹

ب) مفهوم فقهی وصایت

در اصطلاح شرعی ، وصایت عبارت از صلاحیتی است که برای شخصی به غرض حمایت از محجور ، از طرف ولی قهری به عنوان وصی ، تفویض می شود تا برای اداره امور مولی علیه بعد از فوت وی ، اقدام کند. البته ، ولی شخص میتواند به شخص دیگری اختیار دهد تا برای اداره حقوق و اموال مولی علیه ، شخصی را به عنوان وصی تعیین کند.³⁰² همین گونه در تعریف وصایت یا ایصاء آمده است: (ایصاء عبارت از آنست که شخصی قبل از مرگ

299 - ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد بن مکرم رویفعی افریقی (630 - 711 هـ ق)، لسان العرب، ج 15، ص 394، ماده (وصی)، عام الطبع، 1407 هـ ق، قاهره - مصر.

300 - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، ص 2172.

301 - لنگرودی، جعفر جعفری، ترمینولوژی حقوق، ص 746، لغت شماره (6010)، سال چاپ 1385 هجری شمسی، نوبت چاپ شانزدهم، ناشر: کتابخانه گنج دانش، تهران - ایران.

302 - افضلی ، عبدالواحد ، اشخاص و محجورین ، ص 125 ، ناشر: بیناد آسیا ، سال چاپ 1398 ، نوبت چاپ اول ، کابل - افغانستان.

خود شخص قابل اعتمادی را برای تولیت امور فرزندان، تنفیذ وصایایش، ادای دیونش و رد ودایعش و امثال اینها منصوب نماید.³⁰³

مطلب دوم - فرق بین وصایت، ولایت و قیمومت

هریک از وصایت، ولایت و قیمومت درحقیقت نوعی از انواع نیابت شرعی بوده که بر حسب حالات ذیل از هم متمایز میگردند:

الف) فرق بین وصایت و ولایت

وصایت و ولایت در موارد آتی از هم متمایز می شوند:

- 1- ولایت، صرف بر ولی؛ یعنی پدر و پدر کلان ثابت است برعکس وصایت ممکن است برای اشخاص غیر از پدر و پدر کلان نیز ثابت گردد.
- 2- ولایت ممکن است بر امر ازدواج و اداره اموال صغار و محجورین ثابت گردد؛ درحالیکه وصایت صرف بر اموال ثابت میگردد. بنابراین، اوصیاء چنانکه گفته شد، صلاحیت تزویج صغار تحت وصایت خود را ندارند.
- 3- نصب ولی به حکم مستقیم قانون بطور امری صورت می پذیرد؛ اما نصب وصی ممکن است از طرف پدر و پدر کلان جهت اداره اموال صغار و محجورین صورت گیرد.³⁰⁴

ب) فرق بین وصایت و قیمومت

با وجود آنکه نصب وصی و قیم هر دو بطور مستقیم به حکم قانون نبوده که این امر میتواند وجه مشابهی میان هر دو تلقی گردد؛ اما با وجود آنهم تفاوت های زیر میان وصایت و قیمومت موجود است:

- 1) وصی تنها برای اداره اموال صغار تعیین میگردند درحالیکه قیم برای اداره اموال مجنون، معتوه و سفیه و دفاع از حقوق آنها منصوب میگردد.
- 2) وصی میتواند از طرف موصی و یا از طرف قاضی تعیین گردد درحالیکه قیم باید از طرف قاضی مقرر گردد.³⁰⁵

303 - مصطفی الخن، مصطفی البغاء و علی الشربجی، همان، ج 2، ص 261.

304 - عبدالله، نظام الدین، قواعد عمومی عقود، صص 256 و 257، ناشر: انتشارات سعید، سال چاپ 1387، نوبت چاپ اول، کابل - افغانستان.

305 - لنگرودی، همان، ص 304.

مبحث دوم) ارکان - شروط آن و انواع وصایت

در این مبحث نخست به ارکان ، سپس شروط ارکان و در اخیر به انواع وصایت پرداخته می شود.

مطلب اول) ارکان وصایت

وصایت از نظر فقهای اسلامی چهار رکن دارد: موصی ، وصی ، موصی فیه وصیغه.³⁰⁶

مطلب دوم) شروط ارکان وصایت

شروط وصایت همان شروط ارکان وصایت است که در موصی ، وصی ، موصی فیه و صیغه وصایت دنبال میشود.³⁰⁷

الف) شروط موصی

در مورد موصی در بخش ارکان وصیت نیز تذکری داده شده که در اینجا میخواهیم تلخیص مفیدی را درباره به عنوان تکرار احسن با اندک تفاوت متذکر شویم:

تمام مذاهب اهل سنت متفق القولند براینکه وصیت از ناحیه هر فرد آزاد ، مکلف و مختار نافذ است.

شافعیه ایصای مست را جایز می شمارند و برای موصی رشد را نیز شرط قرار داده اند.

حنابله ومالکیه ، اضافه بر شروط بالا ، وصیت طفل ممیز را نیز صحیح می شمارند.³⁰⁸ در مغنی المحتاج آمده است که موصی در امور مربوط به اطفال و مجانین باید از لحاظ شرع بر آنان ولایت داشته باشد ؛ زیرا وصایت از طریق پدر یا جد یا بالاتر از آن ثابت می شود. بنابراین ، ولایت برادر ، کاکا و وصی و قیم وهمچنین ایصای مادر براساس مذهب ، صحیح نیست وهمچنین است پدر و جدی که حاکم ، آن دو را به منظور ولایت بر مال کسی که سفاهت بر او عارض گشته ، گمارده باشد ؛ زیرا در قول اصح ، ولی او حاکم است نه آن دو.

از نظر شافعیه پدر نمی تواند درحالی که جد زنده باشد وصی دیگری را برای فرزندان صغارش نصب کند ؛ چون از نظر شرع ، ولایت او ثابت است. از این رو نمی تواند ولایت را به شخص دیگری منتقل کند.³⁰⁹

306 - الجزیری، همان، ص 790.

307 - بدائع الصنائع، ج 6، ص 428.

308 - درالمختار، همان ج، همان صفحه - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 244، المجموع، ج 15، ص 510 و المغنی، همان جلد، ص 197.

309 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 76 و المجموع، ج 15، ص 508.

شافعیه و حنابله میگویند: وصی نمی تواند دیگری را وصی قرار دهد؛ مگر اینکه به او این اجازه داده شده باشد. پس اگر مجاز باشد، ایشکالی ندارد.

مالکیه وصایت مادر را بر اولادش با این شروط می پذیرند:

(1) مقدار مال، کم باشد و اگر زیاد باشد، نمی تواند به عنوان وصی انتخاب شود، هرچند مال، مربوط به مادر نباشد.

(2) از مادر ارث ببرند.

(3) مولی علیه نباید ولی پدر یا از طرف پدر و یا قاضی، وصی داشته باشد؛ زیرا در این صورت ولایت مادر بر فرزندان صحیح نیست.³¹⁰

ب) وصی

راجع به وصی می باید مفهوم وصی، شروط وصی، تصرفات و حالات عزل وی به بحث و فحص گرفته شود.

اول) مفهوم و انواع وصی

در این شماره نخست به مفهوم و سپس به انواع وصی پرداخته میشود:

1) مفهوم وصی

وصی (به فتح واو، کسر صاد و تشدید یاء)³¹¹ بوده که در لغت بر وزن (فعیل) به معنای مفعول از ریشهء (وصی) به معنای (وصیت) آمده است. در فقه به کسی وصی گویند که برای حفظ و تصرف مال یا فرزندان کسی پس از مرگ او تعیین گردیده باشد.³¹² برخی دیگر از فقهاء، برای وصی، این نوع تعریف را ارائه داده اند: وصی کسی است که به عنوان قائم مقام شخص دیگری در امور فرزندان صغار و شؤون ترکه پس از مرگ او، نظارت، دخل و تصرف کند که این انتخاب یا به وسیلهء موصی انجام میشود یا از طریق قاضی.³¹³ جعفری لنگرودی در مورد وصی، تعریف مؤلف کتاب (مناهج) را برگزیده و آنرا چنین نقل می کند: وصی به کسی گفته می شود که از جانب دیگری (مانند پدر، جد و یا وصی دیگری که حق تعیین وصی را دارد) مأمور به ایصال یا وصول حق یا مأمور به نگهداری مولی علیه موصی (صغیر یا دیوانه) و ترکهء میت و ادای دیون و انجام دادن تبرعات موصی و تقسیم ترکه

³¹⁰ - حاشیة الدسوقی، همان ج، ص 242 و نیز رک: شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 180.

³¹¹ - میرذمابایی، سیداحمد، نگارش و دستور زبان حقوقی، ص 436، انتشارات بهنامی، سال چاپ 1391، نوبت چاپ سوم، تهران - ایران.

³¹² - مسعود انصاری و محمد علی طاهری، دانشنامه حقوق خصوصی، ج 3، صص 2188 و 2189.

³¹³ - شیخ الاسلامی، همان، ص 180.

بوده باشد. نامبرده تعریف یادشده را از آن جهت جامع شمرده که در آن مراتب ذیل از صلاحیت های وصی پنداشته شده است:

دوم) تفاوت وصی با ولی، وکیل و قیم

از آنجا که مصطلحاتی مانند ولی، وکیل، قیم و وصی همه به عنوان تأسیس حقوقی جداگانه پنداشته میشوند، بنابراین لازم است تفاوت های عمده ای که وصی با آنها دارد، ذیلاً به بررسی بگیریم:

فرع اول) تفاوت وصی با ولی

از آنجا که ولی و وصی هر دو برای شخص قاصرتعیین میگردند با آنهم برخی از تفاوت هایی را در امور ذیل باهم دارند:

1) برای ولی، ولایت بدون آنکه حکم قضائی ای را در بر بگیرد، ثابت است؛ درحالیکه برای وصی، وصایت بدون حکم محکمه ثابت شده نمی تواند.

2) حکم به اثبات ولایت بر شخص قاصر کاشف است نه منشی؛ حال آنکه حکم به وصایت منشی است.³¹⁴

فرع دوم) تفاوت وصی با وکیل

حالات وکیل با وصی از جهات ذیل متفاوت بنظر میرسد:

1) اگر وکیل وکالت را قبول نکند، تعهدی متوجه او نمی شود؛ برعکس وصایت.³¹⁵

2) وکالت برای زمان حیات موکل است و وصایت برای زمان بعد از موت موصلی می باشد.

3) موکل مسلمان میتواند وکیل غیر مسلمان داشته باشد؛ حال آنکه مولی علیه مسلمان نمی تواند وصی غیر مسلمان داشته باشد.

4) غیر از پدر و جد پدری کسی دیگری حق ندارد بر صغیر، وصی تعیین کند، به عنوان مثال: قیم نمی تواند برای مولی علیه وصی تعیین نماید ولی برای مولی علیه خود میتواند وکیل تعیین کند.

5) اگر وصی قبل از تحقق هدف وصایت بمیرد، قاضی میتواند بجای او قیم تعیین کند و قایم مقام بگزیند و حال اینکه اگر وکیل بمیرد، موکل شخصاً مداخله میکند.

6) باخیانت وصی، صلاحیت عزل او با قاضی است ولی درمورد خیانت وکیل، صلاحیت عزل با موکل است.³¹⁶

³¹⁴ - <https://www.rattibha.com>

³¹⁵ - ابن نجیم، الأشباه والنظائر، ص 377.

³¹⁶ - ابن نجیم، همان، ص 377 و کاتوزیان، ناصر، شفعه، ارث و وصیت، ص 368.

فرع سوم) تفاوت وصی با قیم

- 1) وصی شرعاً به کسی اطلاق میشود که امور حفظ و تصرف اموال به او تفویض شده باشد؛ درحالیکه قیم عبارت از شخصیست که امور حفظ به وی تفویض گردیده باشد نه تصرف.³¹⁷
- 2) قیم برای شخصی نصب میشود که اراده وی معیوب باشد؛ درحالی که وصی برای صغار منصوب میشود.³¹⁸
- 3) حکم به تعیین قیم، حکم منشی است نه کاشف.³¹⁹

دوم) شروط وصی

وصی باید دارای شروط ذیل باشد:

1- عاقل باشد

از این شرط دانسته میشود که دیوانه نمی تواند به عنوان وصی انتخاب شود، خواه جنون وی ادواری باشد یا دائمی؛ زیرا کسی که اهلیت تصرف در اموال خود را نداشته باشد، به طریق اولی صلاحیت مباشرت در امور دیگران را نخواهد داشت که این شرط مورد اتفاق تمام مذاهب اسلامی است.³²⁰

2- بالغ باشد

همه فقهاء کرام در مورد این شرط نیز اجماع دارند؛ زیرا از آنجا که غیر بالغ قادر به انجام امور خود نیست، نمی تواند نظارت بر امور اولاد صغار یا حفظ اموال شخص دیگری را به عهده بگیرد و به عبارت دیگر: فاقد شیء، معطی آن نیست. به هر حال، کسی که به حد بلوغ نرسیده باشد، نمی تواند راه های نفع و ضرر خود را تشخیص دهد و تصرفات او به دلیل نداشتن رشد کافی ناقص است و زیان های جبران ناپذیری به او وارد خواهد ساخت؛ پس اگر شخصی طفلی را وصی خود قرار دهد و قبل از رسیدن طفل به سن رشد، بمیرد، قاضی شخص دیگری را به جای او منصوب خواهد کرد.

حنفیه در مورد تصرفات طفل نابالغ، پس از مرگ موصی و قبل از نصب وی، نظریات گوناگونی ابراز داشته اند: ابویوسف و محمد صاحبان ابوحنیفه رحمهم الله تعالی می گویند: تصرفات طفل قبل از تعویض وی جایز است، مانند وکالت. خود ابوحنیفه رحمه الله می گوید: تصرفات چنین طفلی صحت نداشته و نمی توان آنرا با موضوع

317 - المجددی البرکتی، سیدمحمد، قواعد الفقه، ص 477، ناشر: دارالکتاب، سال چاپ 1430، نوبت چاپ اول، کوئته - پاکستان.

318 - <https://www.trbunaldz.com> . fourm

319 - <https://www.rattibha.com> .

320 - حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4، ص 452 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 74 و کشاف القناع، ج 4، ص 394.

وکالت قیاس کرد؛ اما چنانچه پس از وفات موصی به سن رشد برسد و حایز شرایط وصی گردد، قاضی حق ندارد او را برکنار کند.³²¹

3- عادل باشد

یکی از شروط وصی، عادل بودن آن است. مفهوم عدالت را هر یک از مذاهب اسلامی به نوعی تعبیر کرده اند.

1) نظر مالکیه و حنابله

فقهاء مالکیه و حنابله می گویند: عادل کسی است که به واجبات و مستحبات شرع، ملتزم باشد و از محرمات و مکروهات دوری گزیند.³²²

2) نظر شافعیه

برخی از فقهای شافعیه برآنند که عدالت در وصی شرط بوده و عدالت عبارت است از دوری جستن از گناهان کبیره و اصرار نداشتن بر گناهان صغیره.³²³

3) نظر احناف

ابوحنیفه معتقد است که اگر کسی ظاهراً مسلمان باشد و از او گناهی مشاهده نشود، عادل گفته می شود.³²⁴ صاحب کتاب (المبسوط³²⁵ در فقه حنفی) میگوید: (اگر کسی فرد فاسقی را به عنوان وصی خویش قرار دهد، این وصیت باطل است و فاسق، وصی موصی پنداشته شده نمی تواند؛ بلکه از این جهت به عنوان وصی قلمداد می گردد که فاسق از لحاظ ارث و تصرف، اهلیت ولایت و جانشینی را دارد تا آنجا که اگر تصرف کند، تصرفش نافذ است؛ ولی قاضی باید او را برکنار کرده و وصی دیگری را به جای وی منصوب کند).³²⁶

گذاشتن شرط عدالت در وصی و بسیاری از عقود و تصرفات، ایجاد اطمینان به منظور حل و فصل اموری است که به عهده وی واگذار شده است. بنابراین اصل، اگر کسی بین مردم به خیانت شهرت داشته باشد، معقول نیست که سرپرستی اموال و ایتمام به او سپرده شود، چون در این صورت بیم آن میرود که حقوق آنها را ضایع کند.

321 - البحر الرائق شرح كز الدقائق، ج 8، ص 523 و رد المحتار علی الدر المختار، ج 6، ص 701.

322 - حاشیة الدسوقي، ج 4، ص 427 و المغنی، ج 6، ص 200.

323 - المجموع، ج 15، ص 148.

324 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 2، ص 462.

325 - أبی سهل محمد بن احمد السرخسی الحنفی مشهور به شمس الأئمة از فقهای بزرگ قرن چهارم هجری قمری در مذهب حنفی بود که برخی ها وفات آنرا

484 و برخی دیگر 490 قمری روایت کرده اند.

326 - المبسوط السرخسی، ج 28، ص 25.

4- مسلمان باشد

در اینکه وصی باید مسلمان باشد، هیچ اختلافی میان فقهای کرام وجود ندارد؛ زیرا وصایت نوعی از ولایت (ولایت بر اموال موصی علیه) است و بنابراین مثل ارث، باید با مورث اتحاد دین داشته باشد. با آنهم حنفیه می گویند: هرگاه مسلمانی یک نفر ذمی یا حربی مستأمن یا غیر مستأمن را وصی خویش بگمارد، این وصیت باطل است؛ زیرا وصیت، اثبات ولایت برای وصی به عنوان جانشین اوست و می دانیم که ولایت ذمی یا حربی بر مسلمان جایز نیست.³²⁷ اما اگر یک غیر مسلمان یک نفر مسلمان را وصی خود قرار دهد، به اتفاق علماء صحیح است،³²⁸ به شرط آنکه موصی به از نظر شرع اسلام، مشروع باشد. بنابراین، وصایت در اشیای محرمه، مانند شراب و خوک صحیح نیست. هرگاه یک نفر ذمی یا مستأمن، ذمی یا مستأمن دیگری را وصی قرار دهد، یا موصی الیه در دین خود عادل نباشد، در این صورت مطابق رأی حنابله و شافعیه این وصیت صحیح نخواهد بود، یا عادل است و آن را صحیح می دانند.³²⁹

5- آیا بینایی وصی شرط است؟

فقهای مذاهب احناف، مالکیه و شافعیه در قول اصح و حنابله می گویند: بینایی شرط وصایت برای وصی نیست و چنانچه نایبایی به عنوان وصی برگزیده شود، صحیح است؛ چون وصی باید آگاه بوده و درست تصرف کند و نایبایی منافاتی با این صفات ندارد.³³⁰

در کتاب (المجموع) آمده است:

(در یکی از دو قول شافعیه، وصیت نایبنا صحیح است؛ زیرا نایبنا اهلیت شهادت را دارد؛ چنانکه در نکاح نیز اهلیت شهادت را دارد. این رأی احمد و یاران اوست. همچنین است ولایت بر اولاد صغارش. بنابراین، نایبنا می تواند مانند بینا وصی قرار گیرد. براساس قول دیگری از اصحاب ما، وصایت نایبنا صحیح نیست؛ چون خرید و فروش او جایز نیست و به همین دلیل، معنای ولایت در او یافت نمی شود).³³¹

327 - المبسوط، ج 28، ص 25.

328 - المغنی، ج 6، ص 199.

329 - المغنی، همان جلد، ص 198.

330 - المبسوط، ج 28، ص 25 - نهاية المحتاج، ج 6، ص 102 وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، ص 452.

331 - المجموع، ج 15، ص 510.

6- آیا ذکورث یا انوثت در وصی شرط است؟

فقههای مذاهب چهارگانه اهل سنت می گویند: زن می تواند وصی شود. استدلال علمای مذکور مبتنی بر عمل عمر بن خطاب رضی الله عنه است که دخترش حفصه رضی الله عنهما را وصی قرار داد. دلیل دیگر آنها این است که چون شهادت و تصرفات مالی زن صحیح است و از این نظر به مرد شباهت دارد، وصایتش نیز جواز دارد.³³²

در این شماره پرسشی مطرح میگردد که توافر شروط در وصی چه وقت معتبر است؟

همان طور که گفته شد برای اینکه تصرفات وصی نافذ باشد، باید حایز شروطی باشد و چنانچه یکی از این شروط در وصی یافت نشود، فاقد صلاحیت وصایت می شود وقاضی فرد دیگری را به جایش نصب میکند. این نظریه مورد اتفاق فقههای مذاهب اهل سنت است؛ اما در بارهء زمان اجتماع این شروط، بین آنها اختلاف رأی وجود دارد به شرح زیر:

1- نظر احناف و بعضی از شافعیه و حنابله

برخی مذاهب از جمله احناف و بعضی از فقههای شافعیه و حنابله در یکی از اقوال خود، توافر شروط را در وصی، حین مرگ موصی لازم می دانند؛ به این معنا که اگر بعضی یا تمام شروط مذکور در وقت وصایت در وصی یافت نشود، ولی در زمان فوت موصی واجد شرایط لازم شود، وصیت صحیح است. بهوتی در کتاب مشهورش (کشاف القناع) می گوید:

(وجود این صفات در زمان مرگ موصی معتبر است؛ زیرا در وقت مرگ است که وصی می تواند در موصی فیه تصرف کند).³³³

امام نووی در کتاب خود (المجموع) چنین اظهار نظر می کند:

(اصحاب ما در زمان اعتبار اجتماع شروط وصی اختلاف نظر دارند. بعضی می گویند: جمع این شروط در موقع وفات موصی معتبر است، پس اگر شخصی برای طفلی یا کافری یا فاسقی قبل از مرگ وصایت کند و پس از مرگ، طفل به حد بلوغ برسد یا کافر مسلمان شود یا فاسق عادل شود، وصیت او صحیح خواهد بود؛ زیرا تصرف به بعد از مرگ موکول شده و توافر شروط مذکور در زمان مرگ موصی اعتبار دارد، همان گونه که عدالت شهود در موقع ادای شهادت یا صدور حکم، مورد قبول است. گروهی دیگر از فقهاء می گویند: این شروط در وصی باید هم

³³² - المبسوط، ج 28، ص 25 - المغنی، ج 6، ص 198 - نهاية المحتاج، ج 6، ص 102 - جواهر الإکلیل، ج 2، ص 326 و المجموع، ج 15، ص 510.

³³³ - کشاف القناع، ج 4، ص 394 - المغنی، ج 6، ص 144.

در موقع عقد و نیز در زمان مرگ توافر داشته باشد و بین این دو زمان ، مردود است ؛ زیرا زمان عقد ، زمان ایجاب و زمان مرگ ، زمان تصرف است و در هر دو وقت معتبر).³³⁴

2- نظر بعضی از فقهاء از جمله حنابله

برخی از فقهاء از جمله حنابله در یکی از اقوال خویش معتقدند که جمع شروط در وصی در وقت عقد ایصاء ، معتبر است ؛ چون شروط صحت عقد است و اگر در زمان عقد ، موجود نگردد ، وصایت باطل می شود و وجود این صفات پس از عقد ، بیهوده شمرده می شود.³³⁵

با توجه به آرای مذکور می توان گفت که جمهور فقهای اهل سنت ، زمان اعتبار جمع شروط را در وصی ، زمان فوت موصی می دانند.

7- وصی باید امین باشد

امین بودن وصی به دلیل آنست تا فاسق بحیث وصی برای اطفال تحت وصایت ، منصوب نشود ؛ زیرا فاسق اهل ولایت نیست ؛ درحالیکه هدف اصلی وصایت ، امانت بوده و فاسق ، امین نیست.³³⁶

8- وصی نباید دشمن طفلی باشد که سرپرستی او به وی واگذار شده است

نباید وصی با طفلی که تحت وصایتش قرار دارد خصومت داشته باشد که دراین صورت حتی وصایت زن نسبت به کسانی که با طفل دشمنی دارند ، بهتر است و به قول اصح ، وصی قرار دادن کور صحیح است و اگر گفت که عاقل ترین مردم در شهر وصی من باشد ، باید زاهدترین مردم را انتخاب کند.³³⁷

4) نظر شیعه

برمبنای نظر شیعه ، داشتن عقل و عدالت و مسلمان بودن برای وصی شرط است. با آنکه برخی از آنها راجع به عدالت وصی باهم اختلاف نظر دارند اما اکثریت شان عدالت را در وصی شرط دانسته اند.³³⁸

334 - المجموع، ج 15، ص 511.

335 - المغنی، ج 6، ص 144.

336 - کدخدایی، یعقوب، همان مرجع، ص 58.

337 - فقه آسان در فقه شافعی، ترجمه: محمود ابراهیمی، ص 479.

338 - محمدی، ابوالحسن، مرجع پیشین، ص 121.

سوم) انواع وصی

وصی به اعتبارات مختلف به انواع متعدد قابل تقسیم است.

1) اقسام وصی به اعتبار صلاحیت شخص تعیین کننده

با توجه به اینکه وصی از جانب چه کسی باید تعیین گردد، به دو نوع (اختیاری و قضائی) تقسیم می شود که شرایط هر یک از آنها در ادامه همین تقسیم مورد بحث قرار میگیرد:

1- وصی اختیاری (وصی مختار)

پدر و جد پدری می توانند در هنگام حیات، برای اداره امور اموال فرزند خویش، وصی تعیین کنند. به وصی مذکور که توسط ولی قهری انتخاب و تعیین می شود، (وصی اختیاری یا وصی مختار) می گویند.³³⁹ به عبارت دیگر: وصی مختار به کسی گفته میشود که شخصی در حیات خود و قبل از مرگ، او را جهت تدبیر شئون کسی که امور مالی خود را اداره کرده نمی تواند، تعیین نموده باشد.³⁴⁰

2- وصی قضائی (وصی جبری)

چنانچه طفلی، پدر و جد پدری نداشته باشد و آنها در حیات خویش، وصی هم تعیین نکرده باشند یا اینکه پدر یا جد پدری داشته؛ اما ولایت ولی اش به دلیل بی کفایتی سلب شده باشد، در تمام موارد فوق، محکمه برای اداره اموال طفل مذکور وصی تعیین می کند که چنین وصی ای بر مبنای شریعت، (وصی قضائی = اجباری) خوانده شده است.³⁴¹ بطور مختصر باید گفت که وصی قاضی یا حاکم کسی است که قاضی او را جهت اشراف بر امور مالی صغار تعیین میکند.³⁴²

2) اقسام وصی به اعتبار عنصر زمان

وصی به اعتبار مدت زمان تصدی امر وصایت بر دو نوع است:

339 - افضل، عبدالواحد، اشخاص و محجورین، ص 125.

340 - زحیلی، وهبه، همان، ص 142.

341 - رسولی، همان، صص 231 تا 233.

342 - زحیلی، وهبه، همان، ص 142.

1- وصی موقت

ممکن است موصی در وصیت عهدی برای وصایت، مدت تعیین کند.³⁴³ طوریکه بعد از سررسید، وصی خود بخود منعزل گردد؛ خواه در سررسید، مولی علیه به حد بلوغ و رشد رسیده باشد و یا نه. ممکن است موصی در وصیت عهدی، شخصی را بحیث وصی تعیین کند و از او بخواهد تا وقتی عموی صغیر از مسافرت از اروپا بازگردد، تو وصی بوده باشی. این نوع وصایت نیز موقت بوده و هردو حالت یادشده صحت دارند.³⁴⁴

2- وصی دایمی

در صورتیکه برای وصی، مدت زمان وصایت مقید نشده باشد، وصی دائم پنداشته میشود، البته قید دوام چنین وصایتی تا کبارت صغار معتبر است نه بیشتر از آن.

ج) تصرفات شرعی وصی

مکلفیت ها و تصرفات وصی مانند تصرفات پدر و پدرکلان است اما با این تفاوت که:

۱) خرید و فروش

وصی میتواند در اموال موصی علیه بیع و شراء را انجام دهد و تصرفاتش در صورتیکه مشتمل بر بیع یا شراء باشد به اندازه غبن یسیر نافذ می باشد؛ زیرا احتراز از چنین معاملاتی ممکن نبوده و در عدم اعتبار تصرفات وصی تا حد غبن یسیر، سد باب تصرفات خواهد آمد. قابل یادآوریست اینکه بیع و شراء وصی به گونه ای که سایر مردم انجام میدهند درحالیکه مشتمل بر غبن فاحش باشد، جواز نداشته و چنین معامله ای تحت تقویم مقومین داخل نگریده و به سبب ایراد ضرر و صدمه به مصلحت صغیر، ممنوع قرار گرفته است.

بنابه رأی ابوحنیفه رحمه الله: وصی حق دارد مال خود را به یتیم بفروشد و یا مال یتیم را به خودش بخرد در صورتیکه در چنین بیع و شراء، نفع ظاهری برای صبی متصور باشد به گونه ای که مال صبی را بیشتر از قیمت آن بخرد و یا چیزی را به صبی به کمتر از نرخ واقعی آن بفروشد؛ زیرا چنین عملکردی با پول یتیم، احسن بوده و با نص قرآنی جواز دارد و وصی در این صورت همانند پدر قرار می گیرد.³⁴⁵

343 - نهاية المحتاج، ج 6، ص 106.

344 - طباطبائی، سیدمحمد کاظم، سوال و جواب، صص 330 و 331. المجموع، ج 15، ص 148 و المدونة، ج 6، ص 18.

345 - زحیلی، وهبة، ألفقه الحنفی المیسر، ج 2، ص 821.

۲) تجارت با مال صغیر

ابوحنیفه و ابویوسف رحمهما الله معتقد اند که فروش مال وصی به صغیر یا خرید مال صغیر برای وصی جایز است؛ مشروط بر اینکه این معامله در برگیرنده نفع واضح برای صغیر باشد، مانند اینکه مال صغیر را به دو برابر قیمت بخرد یا مال خود را به نصف قیمت به صغیر بفروشد که در این صورت هیچ گونه سوء ظن متوجه وصی نبوده و در مظان تهمت قرار نمی گیرد؛ اما محمد رحمه الله با این نظر مخالف است و می گوید: اصولاً وصی نمی تواند مال صغیر را به خود بفروشد؛ زیرا چنین خرید و فروشی با اینکه مصلحت ظاهری در آن است، محل شک و تردید نیز است.³⁴⁶

مالکیه می گویند: وصی حق ندارد چیزی از مال صغیر را بخرد؛ مگر با کسب رضایت قاضی که اگر مصلحتی را در این معامله ببیند، اجازه خواهد داد.

شافعیه نیز بر رأی مالکیه استناد دارند.³⁴⁷

۳) مضاربه با مال صغیر

وصی میتواند مال صغیر را به کسی دیگری به مضاربت دهد یا خودش با مال صغیر مضاربت کند؛ زیرا وصی قائم مقام پدر بوده و چنانچه پدر حق چنین تصرفاتی را دارد، وصی نیز به تبع پدر این حق را دارد.³⁴⁸

۴) حواله مال صغیر

وصی میتواند حواله را توسط مال یتیم قبول نماید در صورتیکه محال علیه شخص نیکوکاری بوده و پرداخت بصورت کامل و آسان صورت گیرد و از ناحیه مدیون اصلی زودتر قابل اداء باشد؛ زیرا این نوع حواله به مصلحت یتیم است.³⁴⁹

۵) اقتراض مال صغیر

وصی حق ندارد مال یتیم را قرض بگیرد، برخلاف پدر که این حق را دارد؛ زیرا پدر حق دارد پول پسر صغیرش را به مثل قیمت آن بخرد؛ درحالیکه وصی چنین حقی را ندارد. همین گونه پدر حق دارد در مواقع نیاز از پول پسر صغیرش به اندازه نیاز خود بردارد اما وصی چنین حقی را ندارد.³⁵⁰

346 - جمعی از علماء هند، الفتاوی الهندیة، ج 3، ص 176 و المبسوط، ج 28، ص 33.

347 - حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4، ص 455.

348 - زحیلی، همان، ج 2، ص 823.

349 - زحیلی، همان، ج 2، ص 821.

350 - زحیلی، همان، ج 2، ص 822.

پنجم) تعدد اوصیاء

موصی می تواند به جای یک وصی ، دو یا چند وصی برگزیند ، همان طور که اگر یک نفر را انتخاب کند ، او تصدی شئون ترکه را به عهده خواهد گرفت و در این مورد هیچ کس مزاحم او نخواهد شد. حال اگر شخصی دو نفر را به عنوان وصی خویش انتخاب کند ، خواه با یک عقد یا با دو عقد جداگانه باشد ، باید دید که نحوه تصرف و دخالت این دو در اجرای وصیت چگونه خواهد بود. آیا هر یک از این دو نفر منفرداً و بدون اطلاع همکار خود می تواند امور صغار یا اشراف بر ترکه را انجام دهد؟ یا باید با نظر و رأی وصی دیگر کارهای مربوط را حل و فصل کند؟ از نظر همه فقهای کرام اگر موصی در عقد ایصاء به صراحت به هر کدام از دو وصی اجازه داده باشد که به تنهایی و بدون جلب توافق وصی دیگر امور مربوط را انجام دهد ، هر کدام می توانند همین گونه عمل کنند ، اما اگر موصی در خصوص عملکرد آنها تصریح نکرده باشد ، مسأله مورد اختلاف فقهای مذاهب است:

1) نظر احناف و مالکیه

حنفیه و مالکیه میگویند: هر دو وصی باید باهم تشریک مساعی کنند و هیچ کدام به تنهایی نمی تواند در خرید و فروش یا ازدواج ، عملی را انجام دهد. هرگاه یکی از آن دو فوت کند یا هر دو در موضوعی باهم اختلاف نظر پیدا کنند ، بر قاضی لازم است که اگر عمل وصی زنده را به صلاح صغار تشخیص داد ، او را تأیید کند یا وصی دیگری را برای همکاری با وی منصوب کند و در صورت اختلاف ، کار یکی از آن دو نفر را رد یا دیگری را تنفیذ کند یا عمل هر دو را مردود بشناسد که در این صورت هیچ یک از دو وصی حق ندارند در زمان حیات ، فرد دیگری را به جای خود وصی قرار دهند ؛ مگر با اجازه وصی قبلی. این دو وصی نمی توانند مالی را بین خود تقسیم ، و هر کدام مستقلاً در قسمت خود تصرف کنند و در غیر این صورت ضامن خواهند بود. این عقیده مالکیه بود ؛ اما احناف معتقد اند که هرگاه یکی از دو وصی فوت کند ، چنانچه موصی برای وصی زنده یا وصی دیگری وصایت کند ، می تواند به تنهایی در ترکه تصرف کند ؛ ولی اگر وصیت نکند ، قاضی شخص دیگری را برای همکاری با وصی زنده منصوب می کند.³⁵¹

2) نظر شافعیه و حنابله

از نظر شافعیه و حنابله ، هرگاه برای هر دو وصی وصایت شده باشد ، هیچ کدام به تنهایی حق تصرف ندارند ؛ چون موصی به تصرف یکی از آن دو به تنهایی راضی نیست و در این حالت چنانچه یکی از آن دو نفر ضعفی پیدا کند ، فرد دیگری به عوض آن تعیین می شود تا او را کمک کند ؛ ولی اگر یکی از آن دو فاسق شود یا بمیرد ، حاکم شرع

³⁵¹ - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، صص 184 و 185 به نقل از حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4، ص 454 و رد المحتار علی الدرالمختار، ج 5، ص 705.

یک نفر را قائم مقام او خواهد ساخت ؛ چون موصی به عمل یک نفر رضایت نداشته است و حاکم نیز جایز نیست تمام امور را به وصی دوم تفویض کند ؛ چون موصی به اینکه او به تنهایی عمل کند راضی نبوده است ؛ ولی در مورد اینکه آیا حاکم مجاز است هرگاه هر دو وصی بمیرند یا فاسق شوند کارهای موصی را به یک نفر واگذار کند؟ در این مورد دو قول وجود دارد:

(1) جایز است ؛ چون حکم وصیت با مرگ یا فسق آن دو ساقط شده است ، بنابراین هر نوع تصمیمی در این زمینه به حاکم واگذار می شود.

(2) جایز نیست ؛ زیرا موصی با اِعمال نظر یک نفر موافق نبوده است. اگر دو نفر وصی در باره حفظ مال اختلاف پیدا کنند ، مال ، بین آن دو به نسبت مساوی تقسیم خواهد شد. چنانچه تصرف یکی از آنها مجاز باشد ، هریک در تمام مال تصرف خواهند کرد و اگر تصرف در اموال به هر دو واگذار شود هیچ یک به تنهایی و بدون اجازه طرف دیگر حق مداخله نخواهند داشت.³⁵²

3) نظر شیعه

در صورتیکه اوصیاء دو نفر یا بیشتر باشند و موصی تصریح کند که هریک از آنها میتواند به طور انفرادی امور مربوط به وصایت را انجام بدهد ، چنانچه یکی از آنان عملی را انجام داد ، موردی برای انجام مجدد آن عمل به وسیله دیگری باقی نمیماند. مثلاً هرگاه یکی از اوصیاء ملک مولی علیه را به مبلغی به اجاره داد و سپس وصی دیگر همان ملک را به مبلغ بیشتری به دیگری به اجاره داد ، عمل وصی اول صحیح بوده و اجاره دوم باطل پنداشته میشود ؛ زیرا وصی اول در حدود اختیارات خود عمل به وصایت نموده و موضوعی برای عمل وصی دوم باقی نمی گذارد و زیادتى در اجاره دوم موجب بطلان عمل وصی اول نمی گردد ؛ مگر آنکه رعایت غبطهء مولی علیه را در اجاره نموده باشد که در این صورت اجاره خارج از حدود اختیار او بوده و باطل پنداشته میشود.³⁵³

ه) قبول و رد وصایت

در اینکه اجرای عقد وصایت مستلزم قبول آن از طرف وصی است و چنانچه آنرا رد کند ، وصایت باطل می شود ، هیچ نوع اختلافی بین فقهای مذاهب اهل سنت و شیعه وجود ندارد ؛ اما آنچه زمینه را برای اختلاف آماده می کند زمان ونحوه قبول یا رد وصی است.

352 - شیخ الاسلامی، اسعد، همان، ص 185.

353 - امامی، سید حسن، دوره حقوق مدنی، ج 3، ص 132.

1) نظر احناف

فقه‌های احناف در این زمینه توضیحات زیادی داده اند: آنها می گویند: صحیح نیست وصی در حیات موصی، وصایت را قبول کند و سپس بخواهد پس از مرگ موصی آنرا رد کند و وصیت در حق او لزوم پیدا میکند؛ زیرا مقصود از وصایت، جلب منفعت برای موصی و دفع مضرت از اوست و پس از قبول، چنانچه رد آن جایز باشد، موجب ضرر رساندن به موصی است؛ چون او با اعتماد به قبول کردن وصایت از جانب وصی میبرد و همچنان مطمئن است که پس از مرگ، فردی شئون ترکه و سرپرستی اولاد او را به عهده دارد و این خلاف وصیت به مال است. در مورد وصیت به مال اگر موصی له در زمان حیات موصی، وصیت را قبول کند، پس از مرگ او میتواند آنرا رد کند؛ زیرا در اینجا مقصود، نفع رساندن به موصی له است و در رد وصیت، ضرری به موصی متوجه نمی شود و اگر آنرا رد کند، موجب تضییع مال موصی نمی شود، بلکه ترکه به ورثه منتقل می شود؛ اما اگر وصی تا مرگ موصی وصایت را قبول نکند، در رد یا قبول وصایت مخیر است؛ زیرا وی تصرفی در مورد غیر دارد که او را با قبول آن ملزم نمی سازد، مانند وکالت و در صورتی که رد کند، ضرری متوجه او نمی شود؛ درحالی که در این جریان فقط موصی است که بالاتکلیف مانده و نمی داند که آیا وصی او وصایت را قبول کرده یا نه. اگر وصی در حیات موصی و رؤ در رؤ وصیت را رد کند و پس از مرگ، آنرا بپذیرد، این وصیت صحیح نیست؛ زیرا در زمان حیات موصی باطل شده است؛ حتی اگر وصیت را در حضور موصی رد نکرده باشد، ولی مردم از رد کردن وی اطلاع داشته باشند و بعد قبول کند، طبق رأی احناف این شخص به عنوان وصی شناخته نخواهد شد، اما زفر میگوید: این شخص وصی است؛ چون رد وصایت در غیر حضور موصی موقعی ثابت کننده قضیه است که موضوع به موصی رسیده باشد و اگر تا زمان قبول وصی، موصی از این جریان اطلاع حاصل نکرده باشد، موضوع رد، منتفی می شود.³⁵⁴

هرگاه موصی بپذیرد و وصی، وصایت را نپذیرد و سپس قبول کند و ضمناً قاضی وی را برکنار نکرده باشد، وصایت صحیح است، پس مجرد نپذیرفتن او، موجب بطلان ایفاء نیست؛ زیرا این موضوع سبب اضرار به میت و موصی له است، بنابراین دفع ضرر اول اولی است، مگر اینکه قاضی فرد دیگری را به جای وی منصوب کرده باشد.³⁵⁵

2) نظر مالکیه

فقه‌های مالکیه این گونه نظر دارند: وصی می تواند وصایت را قبول نکند و اگر نپذیرد، بعد از آن نمی تواند قبول کند و نیز اگر بعد از مرگ موصی از قبول وصایت سر باز زند، بعداً نمی تواند آن را قبول کند؛ چون امتناع از

³⁵⁴ - بدائع الصنائع، ج 6، صص 488 - 489 و 490.
³⁵⁵ - المبسوط، ج 28، صص 23 و 24 و البحر الرائق، ج 8، ص 523.

پذیرفتن وصایت ، وی را به یک بیگانه تبدیل می کند و چنانچه بخواهد آنرا قبول کند ، به عقد جدید احتیاج دارد. این موضوع پس از مرگ نیز عملی نیست و قضیه به حاکم شرع ارجاع داده میشود که اگر بخواهد ، او را بر دیگری ترجیح می دهد و اگر تمایل نداشت ، دیگری را می گمارد.³⁵⁶

3) نظر شافعیه

شافعیه براین باور اند که قبول کردن وصایت از جانب وصی شرط صحت آن است ؛ زیرا وصایت مانند وکالت به مثابه عقد تصرف است و به همین دلیل در اینجا به عمل اکتفاء می شود و البته اگر آن را رد کند ، وصایت باطل می شود.³⁵⁷

مستحب است که هرکس به خود اطمینان دارد وصایت را قبول کند ؛ درغیرآن بهتر است قبول نکند و اگر وصی نسبت به انجام امور واگذار شده در خود احساس ضعف و ناتوانی کرد ، قبول آن حرام است.

درمورد رد و قبول وصایت از جانب وصی ، دو قول وجود دارد:

(1) قول اصح در مذهب امام شافعی اینست که رد یا قبول در زمان حیات موصی ، صحیح نیست ؛ چون زمان تصرف او فرا نرسیده است.

(2) رد و قبول وصی در زمان حیات موصی صحیح است ، مانند وکالت.

4) نظر حنابله

فقهای حنابله می گویند: اعلام قبول وصایت از طرف وصی در زمان حیات موصی صحیح است ؛ چون موصی به وی اذن تصرف داده است. پس قبول کردن وصایت از جانب وصی پس از عقد صحیح است ، مانند وکالت ، برخلاف وصیت به مال – که تملیک در وقت است – پذیرش وصایت از ناحیه وصی قبل از وقت ، صحیح نیست ؛ اما پس از مرگ صحیح است ؛ چون وصایت نوعی از وصیت است و قبول آن در این صورت صحیح است ، مانند وصیت به مال.³⁵⁸

5) نظر شیعه

بسیاری از فقهای امامیه بر آنند که وصی چنانچه وصیت را رد نماید و موصی از رد مزبور آگاه نشود تا آنکه بمیرد ، رد بی اثر است. همچنین هرگاه موصی از رد وصیت آگاه گردد ، ولی به جهتی از جهات نتواند وصی دیگری اختیار

³⁵⁶ - حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 6، ص 106.

³⁵⁷ - نہایة المحتاج، ج 6، ص 106 و المجموع، ج 15، ص 515.

³⁵⁸ - المغنی، ج 6، ص 146.

نماید، رد وصی در زمان حیات موصی موجب رفع اثرات وصایت می‌گردد، اگر چه موصی از رد آن آگاه نشود و یا نتواند وصی دیگری را انتخاب نماید.

عده ای از فقهای امامیه مانند علامه در مختلف و تحریر، بر این باور اند که وصی، مادامی که وصایت را نپذیرفته باشد، می‌تواند آنرا قبول ننماید.

ایجاد تعهد به وسیله وصایت برای وصی بدون موافقت او بر خلاف اصل و قواعد حقوقی می‌باشد؛ زیرا آزادی فردی را محدود می‌سازد و کسی را نمی‌توان بدون اراده اش متعهد به انجام امری ساخت. از طرف دیگر این امر ایجاد حرج عظیم و ضرر در بسیاری از موارد می‌نماید و اخباری که دلالت بر عدم جواز رد دارد، حمل بر استحباب اکید نموده اند.

در صورتی که وصی در اثر گرفتاری های شخصی یا ناتوانی یا پیچیدگی امور وصایت، قدرت بر انجام امور محوله را نداشته باشد، تکلیف از وی ساقط می‌گردد؛ زیرا این امر موجب حرج بوده و به حکم قاعدهء عقلی: هرگاه تکلیفی، موجب حرج گردد، آن تکلیف ساقط می‌شود.³⁵⁹

قول راجح

با درنگ به اقوال ارائه شده فوق، عمل به مذهب حنفیه مبنی بر اینکه قبول قبل از مرگ موصی صحت داشته؛ اما رد همه یا قسمتی از وصیت از طرف موصی له، وصیت را باطل می‌سازد، قول راجح بنظر میرسد.³⁶⁰

ششم) حالات عزل وصی

فقهاء کرام اتفاق نظر دارند بر اینکه وصی در حالات ذیل منعزل می‌شود:³⁶¹

1) به اثر تقاضای موصی یا وصی و یا قاضی

موصی هر وقت بخواهد می‌تواند وصی را عزل کند، وصی هم می‌تواند در حیات موصی و یا بعد از مرگ او استعفاء دهد، همچنان که وکالت اینگونه است؛ زیرا عقد وصایت عقد غیر لازم است و کفیل یا وصی با عزل موصی منعزل می‌گردد، هرچند که خبر به او نرسیده باشد برخلاف وکالت از دیدگاه احناف. همچنین با عزل قاضی منعزل می‌گردد، هرچند قاضی در این مورد دچار جور و ظلم شده باشد؛ لیکن دچار گناه می‌شود. و همین گونه وصی حق

³⁵⁹ - امامی، سید حسن، همان، ج 3، ص 123.

³⁶⁰ - زحیلی، الفقه الاسلامی و أدلته، ج 8، ص 23.

³⁶¹ - الدرالمختار و رد المحتار، ج 5، ص 495 به بعد - الشرح الصغیر، ج 4، صص 606 الی 609 - الشرح الکبیر، ج 4، ص 453 - المهذب، ج 1، ص 463 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 75 - کشاف القناع، ج 4، صص 440 تا 442 و غایة المنتهی، ج 2، صص 378 تا 380.

دارد از کفالت و سرپرستی ایتام ، استعفاء دهد. وصی زمانی این کار را کرده می تواند که وصیت بر او واجب نشده باشد و یا بر ظن او غالب نشده باشد که مال ایتام در اثر استیلاء ظالمانی از جهت قاضی وغیره تلف شود ، در غیر این صورت برایش جایز نیست خویشتن را از این مسئولیت برهاند.³⁶²

(2) بر اثر عجز تام یا خیانت

اگر برای قاضی معلوم شد که وصی از انجام مسئولیت وظیفهء وصایت ناتوان است ، شخص دیگری را به جایش بصفت وصی نصب می نماید و در صورتیکه خیانت وصی آشکار شود ، عزلش واجب می گردد.³⁶³

(3) با وفات یا دیوانه شدن یا اهل فسق شدن

با مردن وصی ، دیوانه شدنش و یا اینکه فاسق شود ، معزول شمرده می شود ؛ زیرا در صورت وفاتش ، تصرف او در مال ایتام محال می گردد و در حالت جنون و فسق ، بقای او به مصلحت ایتام نمی باشد.

(4) با انتهاء هدف از وصایت یا پایان مدت وصایت

کسی که در ارتباط با چیز معینی کفیل یا وصی قرار داده شده باشد ، با انتهاء هدف از وصایت یا پایان آن ، معزول پنداشته میشود ؛ زیرا وصی با اجازه ، دخل و تصرف می نماید ؛ از این رو ، تصرف او بر حسب اجازه خواهد بود.³⁶⁴

هرگاه وصی عادل و خبره باشد ، شایسته نیست قاضی وی را عزل نماید. با وجود این اگر عزلش کرد ، معزول می شود و در اینصورت قاضی میتواند وصی دیگری را بجای او نصب کند.³⁶⁵ در فتاویٰ فضلی آمده است: هرگاه وصی وقف از قیام به امور میت راجع به وقف عاجز ماند و قاضی بجای او شخص دیگری را منصوب ساخت ، سپس وصی پس از مرور چند روزی گفت که من به قیام امور میت توان یافته ام ، آیا قاضی او را دوباره بحالت وصایت بر می گرداند؟ شیخ الاسلام ابن تیمیه رحمه الله درین باره میگوید: همان شخص سابق بحیث وصی باقی مانده و اعاده آن توسط حاکم نیازی دیده نمی شود ؛ زیرا در این مسأله تذکر نیافته که قاضی کسی دیگری را قایم مقام وی می سازد تا که این امر متضمن عزل وصی اول گردد ؛ بلکه تذکر یافته که قاضی شخص دیگری را به عنوان قیام تعیین می کند که در اینصورت شخص اول با شخص دیگری که به وی ضم میشود ، منعزل نمی گردد.³⁶⁶ اگر فسق وصی ظاهر نشد و قاضی نیز بدان آگاه نبود ؛ اما مردم او را به فسق و خیانت متهم می کردند ، در این صورت قاضی

362 - زحیلی، وهبه، همان، ص 160.

363 - زحیلی، وهبه، الفقه الإسلامی و أدلته، ج 8، ص 147.

364 - زحیلی، وهبه، همان، ص 160 و نیز رک: همین مؤلف، الفقه الإسلامی و أدلته، ج 8، ص 147.

365 - جامع احکام الصغار، ج 2، صص 67 و 68 و آداب الأوصیاء، ج 2، ص 101.

366 - جامع احکام الصغار، ج 2، ص 68.

باید شخص شریف دیگری را به او بیافزاید یا وصی دیگری را با او ضم نماید تا هیچ یک در عمل، تنها نبوده و به یتیم توجه کند.³⁶⁷

سوم) مفهوم و شروط موصی فیه

در این مطلب نخست به مفهوم موصی فیه و به تعقیب آن به شروط موصی فیه پرداخته خواهد شد.

الف) مفهوم موصی فیه

موصی فیه که رکن سوم وصایت است،

ب) شروط موصی فیه

موقف فقهای کرام راجع به پیشبینی شروط موصی فیه واحد نبوده نظریات شان چنین درج می گردد:

1) نظر حنفیه

حنفیه میگویند: وصیت به إطعام نوحه سرایان پس از مرگ موصی یا وصیت به ساختن بارگاه بر قبر او یا وصیت به قرائت قرآن کریم بالای قبور و در منازل، باطل است؛ چون این اعمال مانند اجرت برای قرائت و دیگر عبادات بوده که جایز نبوده و حکم آن، مکروه تحریمی است.³⁶⁸

2) نظر مالکیه

مالکیه می گویند: اگر شخصی به طور مطلق فردی را به عنوان وصی انتخاب کرده باشد، تحت شروطی می تواند دختر صغیره را شوهر دهد؛ ولی نه به عنوان ولی مجبر، مگر اینکه موصی به او دستور داده یا شوهر او را معین کرده باشد.³⁶⁹

3) نظر شافعیه

شافعیه می گویند: وصایت به تزویج طفل و دختر با بودن یا نبودن جد و سایر اولیاء صحیح نیست؛ چون بجز پدر و جد، کسی صغیره را به شوهر داده نمی تواند. دلیل فقهای مذکور حدیثی است که از پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم بدین مضمون منقول است: (السلطان ولی من لا ولی له).

367 - اشفورقانی، صنوان القضاء و عنوان الإفتاء، ج 4، ص 185.

368 - رد المحتار، ج 5، ص 237.

369 - حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4، ص 451.

ترجمه: سلطان (حاکم/قاضی) ولی کسی است که ولی نداشته باشد، إذن او در نکاح دختر معتبر خواهد بود.³⁷⁰

4) نظر حنابله

صاحب کشف القناع در این خصوص می گوید: تصرف وصی در چیزی صحیح است که معلوم و عمل موصی در آن مجاز باشد تا وصی بتواند آن را حفظ و در آن تصرف کند، مانند ادای دیون، توزیع وصیت، نظارت و اعمال نظر در کارهای مربوط به اولاد غیرمکلف از قبیل طفل غیرممیز، دیوانه و سفیه، برگرداندن و پس گرفتن ودیعه و رد مال مغضوب؛ زیرا وصایت مانند وکالت است و وصی با إذن موصی صلاحیت تصرف دارد. بنابراین، وصایت از این جهت صحیح است که موصی مالک اموری است که بیان شد. حنابله معتقد اند که ایصاء به تزویج دختری که تحت ولایت اوست، صحیح است؛ هرچند سن صغیره کمتر از (9) سال باشد. از آنجا که وصی پدر، نایب پدر است، بردختر بکر و بیوه کمتر از (9) سال ولایت اجبار دارد.³⁷¹

5) نظر شیعه

از نظر شیعه موصی فیه دارای شروط ذیل است:

- (1) موصی به در وصیت تملیکی باید مال باشد.
- (2) موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر هرچند به اجازه مالک باشد، باطل است.
- (3) موصی به باید قابلیت تملک را داشته باشد. بنابراین وصیت به وقف معنایی ندارد؛ چون وقف قابل تملک نیست.
- (4) موصی به باید به اراده و اختیار صاحب آن، قابلیت انتقال از طریق مبادله و معاوضه را داشته باشد.
- (5) موصی به باید در زمان مرگ موصی موجود باشد.
- (6) موصی به باید مقدور التسلیم باشد.
- (7) موصی به باید معلوم باشد.³⁷²

چهارم) صیغهء وصایت و ارکان آن

در این مطلب به موضوعات ذیل پرداخته می شود:

³⁷⁰ - مغنی المحتاج، ج 3، صص 76 و 77.

³⁷¹ - کشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، ص 398 و الانصاف، ج 7، ص 295.

³⁷² - لنگرودی، جعفری، وصیت، صص 198 تا 205.

الف) مفهوم صیغهء وصایت

فقه‌های مذاهب اهل سنت به اتفاق آراء معتقد اند که عقد وصایت با ایجاب از طرف موصی و قبول از جانب موصی الیه منعقد می شود ، مانند اینکه موصی بگوید: ترا وصی خود قرار دادم ، امور خود را بعد از مرگ به تو واگذار کردم ، ترا در امور اولادم جانشین خود ساختم.

قابل یادآوریست که اشاره ونوشتن اخرس (گنگ) برای عقد وصایت کافی شمرده می شود.³⁷³

درفتاوی نسفی آمده است: هرگاه مریضی به دیگری بگوید: (تَعَهَّدْ اَوْلَادِي هُوَآءَ بَعْدَ وَفَاتِي) ، ترجمه: پس از مرگ من عهده دار این فرزندانم باش. یا بگوید: در مورد امور مربوط به فرزندانم اقدام کن ، چنین الفاظی ، به معنای وصایت به امور فرزندانش می باشد.³⁷⁴

در مورد زنی که درحال مرض شوهرش از شوهر خود بپرسد که به چه کسی اولادم را می سپاری؟ و مریض بگوید: آنها را به تو و ترا به الله تعالی می سپارم ، زن وصی قرار می گیرد.³⁷⁵

ب) قبول ورد وصایت

در اینکه اجرای عقد وصایت مستلزم قبول آن از طرف وصی است و چنانچه آن را رد کند ، وصایت باطل می شود ، هیچ اختلاف نظری میان فقه‌های اهل سنت وجود ندارد ؛ اما آنچه زمینه را برای اختلاف آماده می کند ، زمان ونحوهء قبول یا رد وصی است که در این مورد میخواهیم آراء فقهاء را ذکر کنیم:

1) نظر احناف

احناف در این زمینه توضیحات بیشتری را ارائه داده و میگویند: صحیح نیست که وصی در حیات موصی وصایت را قبول کند و سپس بخواهد پس از مرگ موصی آنرا رد کند و وصیت در حق او لزوم پیدا کند ؛ زیرا مقصود از وصایت ، جلب منفعت برای موصی و دفع ضرر از اوست و پس از قبول ، چنانچه رد آن جایز باشد ، موجب ضرر رساندن به موصی است ؛ چون او با اعتماد به قبول کردن وصایت از جانب وصی میبیرد وهمچنان مطمئن است که پس از مرگ ، فردی شئون ترکه و سرپرستی اولاد او را به عهده دارد و این برخلاف وصیت به مال است. در مورد وصیت به مال اگر موصی له در زمان حیات موصی ، وصیت را قبول کند ، پس از مرگ او می تواند آنرا رد

³⁷³ - مغنی المحتاج، ج 3، ص 77 و البحر الرائق، ج 8، ص 521.

³⁷⁴ - اشفورقانی، عمادالدین محمد بن محمد بن اسماعیل بن محمد الخطیب، صنوان القضاء و عنوان الإفتاء، ج 4، ص 175، عام الطبع 1431 الموافق بی 2010 میلادی، الطبعة الثانية، ناشر: وزارة الاوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت.

³⁷⁵ - اشفورقانی، صنوان القضاء و عنوان الإفتاء، همان ج، همان صفحه.

کند؛ زیرا در اینجا مقصود، نفع رساندن به موصی له است و در رد وصیت، ضرری متوجه موصی نمی شود و اگر آنرا رد کند، موجب ضیاع مال موصی نمی شود؛ بلکه ترکیه به ورثه موصی منتقل خواهد شد؛ اما اگر وصی تا مرگ موصی، وصایت را قبول نکند، در رد یا قبول وصایت مخیر است؛ زیرا وی تصرف تبرعی در مورد غیر دارد که او را به قبول آن ملزم نمی سازد، مانند وکالت و در صورتی که وصایت را رد کند، ضرری متوجه او نمی شود؛ درحالی که در این جریان فقط موصی است که بلا تکلیف است و نمی داند که آیا وصی او وصایت را قبول کرده است یا نه. اگر وصی در حیات موصی و در مقابل او وصیت را رد کند و پس از مرگ موصی، آنرا قبول کند، این وصیت صحیح نیست؛ چون در زمان حیات موصی باطل و بی اثر شده است، و حتی اگر وصیت را در حضور موصی رد هم نکرده باشد، ولی مردم از رد کردن وی اطلاع داشته باشند و بعداً آنرا قبول کند، طبق رأی احناف، این شخص به عنوان وصی شناخته نخواهد شد؛ اما امام زفر رحمه الله می گوید: این شخص وصی شده می تواند؛ چون رد وصایت در غیر حضور موصی موقعی مثبت قضیه است که موضوع به موصی رسیده باشد و اگر تا زمان قبول وصی، موصی از این جریان اطلاع نیافته باشد، موضوع رد، منتفی می شود. هرگاه موصی بمیرد و وصی وصایت را نپذیرد و سپس قبول کند و ضمناً قاضی او را برکنار نکند، وصایت صحیح است، پس مجرد نپذیرفتن او موجب بطلان ایصاء نیست؛ زیرا این موضوع سبب إضرار به میت و موصی له است؛ بنابراین دفع ضرر اول اولی است؛ مگر اینکه قاضی فرد دیگری را به جای او منصوب کرده باشد.³⁷⁶

(2) نظر مالکیه

فقهای مالکیه می گویند: وصی می تواند وصایت را رد کند و اگر وصایت را نپذیرد، بعد از آن نمی تواند آنرا قبول کند و نیز اگر بعد از مرگ موصی از قبول وصایت سرباز زد، بعد از آن نمی تواند آنرا قبول کند؛ زیرا امتناع از پذیرفتن وصایت، او را به یک بیگانه تبدیل می کند و چنانچه بخواهد آنرا قبول کند، به عقد جدید احتیاج دارد. این موضوع پس از مرگ نیز عملی نبوده و قضیه به حاکم شرع ارجاع میشود، اگر حاکم بخواهد او را بر دیگری ترجیح داده و بحیث وصی می گمارد و اگر تمایلی به او نداشت، دیگری را بحیث وصی می گمارد.³⁷⁷

³⁷⁶ - المبسوط، ج 28، صص 23 و 24 و البحر الرائق، ج 8، ص 523.

³⁷⁷ - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 456.

3) نظر شافعیه

شافعیه معتقد اند که قبول کردن وصایت از جانب وصی شرط صحت آن است؛ زیرا وصایت مانند وکالت به منزله عقد تصرف است، به همین دلیل در اینجا به عمل اکتفاء می شود و البته اگر آن را رد کند، وصایت باطل می شود.³⁷⁸

مستحب است که هرکس به خود اطمینان دارد وصایت کند؛ در غیر آن بهتر است قبول نکند و اگر وصی نسبت به انجام امور واگذار شده در خود احساس ضعف و ناتوانی کند، قبول آن حرام است. در مورد رد و قبول وصایت از جانب وصی دو قول وجود دارد: 1) قول اصح در مذهب شافعی اینست که رد یا قبول در زمان حیات موصی، صحیح نیست؛ چون زمان تصرف او فرا نرسیده است. 2) رد و قبول وصی در زمان حیات موصی صحیح است، مانند وکالت.

4) نظر حنابله

فقهای حنابله می گویند: اعلام قبول وصایت از طرف وصی در زمان حیات موصی، صحیح است؛ چون موصی، به او اذن تصرف داده است. پس قبول کردن وصایت از جانب وصی پس از عقد، صحیح است، مانند وکالت. برخلاف وصیت به مال — که تملیک در وقت است — پذیرش وصایت از ناحیه وصی قبل از وقت، صحیح نیست؛ اما پس از مرگ صحیح است؛ چون وصایت نوعی وصیت است و قبول آن در این صورت صحیح است، مانند وصیت به مال.³⁷⁹

5) نظر شیعه

موصی الیه یعنی وصی می تواند تا موصی زنده است وصایت را رد کند به شرط اینکه این رد را به موصی ابلاغ نماید.³⁸⁰ هرگاه موصی قبل از رد وصایت از سوی وصی یا بعد از رد اما قبل از آگاهی از آن، بمیرد، رد وصایت اثری ندارد و وصایت لازم خواهد آمد.³⁸¹

378 - نهاية المحتاج، ج 6، ص 106 و المجموع، ج 15، ص 515.

379 - المغنی، ج 6، ص 146 و کشاف القناع، ج 4، ص 397.

380 - محمدی، ابوالحسن، وصایا و شفعه، ص 136.

381 - محمدی، ابوالحسن، همان، ص 138.

ج) انواع وصایت

وصایت بطور عموم بر دو نوع است:

1) وصایت بر اشخاص

وصایت بر اشخاص عبارت از نمایندگی دادن ولی است به دیگری که پس از فوت او مولی علیه را تربیت و نگهداری کند و نیز اموال او را اداره نماید. پدر بر طفل صغیر خود ولایت قهری دارد. همچنین است نسبت به طفل غیر رشید یا مجنون در صورتی که عدم رشد یا جنون او متصل به صغر باشد.

پدر و جد پدری در یک ردیف دارای حق ولایت هستند و هر دو بالاستقلال و بالانفراد عمل به ولایت می نمایند. در صورتی که اختلاف بین آنان پیدا شود، فقهای امامیه بر آنند که جد پدری مقدم بر پدر خواهد بود؛ زیرا جد پدری زمانی ولایت بر پدر داشته است. پدر و جد پدری مادامی که در قید حیات هستند نگهداری مولی علیه و اداره اموال او را بر عهده دارند.

مادر بر صغیر ولایت ندارد و از همین جهت نمی تواند برای طفلش وصی تعیین کند.³⁸²

2) وصایت بر اموال

موصی میتواند کسی را به عنوان وصی انتخاب نماید که پس از فوت او امر یا اموری را که مربوط به او می باشد، انجام دهد. امور مزبور عبارت است از کفن و دفن و تجهیزات پس از مرگ، اداء دیون و صدقات، وصول مطالبات، رد نمودن اموالی که نزد موصی به عنوان امانت قرار داشته به صاحبان آنها، اخراج ثلث، تقسیم ترکه بین ورثه، اداره ثلث از جمع آوری عایدات و یافروش آنها و مصرف نمودن ثمن آن و یا خرید املاک دیگر، وقف نمودن ثلث و امثال آن.

اموری که به وسیله وصیت برعهده وصی گذاشته میشود، عبارتند از:

اول) امور مربوط به ثلث تا موجب تصرف در سهام ورثه نشود:

امور مربوط به ثلث که موجب تصرف در سهام ورثه نمی شود مانند وصیت نمودن مال معینی برای مصارف خاص یا جمع آوری عایدات ثلث مزبور و فروش و یا وقف نمودن بوده و هیچ گونه اشکالی در این گونه وصیت موجود

382 - امامی، سیدحسن، همان، ج 3، ص 139.

نیست؛ زیرا موصی نسبت به ثلث دارایی خود حق همه گونه تصرف را به وسیله وصیت داشته و تزاممی با حقوق دیگران عاید نمی کند.

دوم) اموری که موجب تصرف در سهم الارث ورثه می شود:

اموری که موجب تصرف در سهم الارث ورثه میشود مانند تأدیه دیون از ترکه، وصول مطالبات، اخراج ثلث از ترکه و امثال آن است. برخی بر این باور اند که موصی میتواند اینگونه تصرفات را در ترکه خود نماید و آن تجاوز به دوثلث از ترکه که متعلق به حق ورثه است، محسوب نمی شود؛ زیرا حق موصی در ترکه خودش بیش از حق دیگران است و آنچه موصی ممنوع از آن است انتقال و واگذاری دوثلث از ترکه به غیر می باشد. از نظر تحلیل عقلی، صحت اینگونه وصایت مشکل بنظر میرسد؛ زیرا با فوت موصی ترکه بطور مطلق به ورثه اش منتقل میشود و قانون فقط به موصی حق تصرف در یک ثلث از آن را داده است. بدین جهت وصی که نماینده اوست بدون اجازه ورثه نمی تواند در دوثلث دیگر که متعلق به ورثه است تصرفی نماید. بنابه استدلال یادشده، اولویت حق تصرف موصی در ترکه خودش نسبت به سهام دیگران منتفی خواهد بود.³⁸³

مطلب دوم) مقدار وصیت و تنفیذ آن

این مطلب را به دو عنوان اختصاص داده ایم که در شماره (الف) به مقدار وصیت و در شماره (ب) به تنفیذ وصیت پرداخته خواهد شد:

الف) مقدار وصیت

در این مطلب نخست حالت موصی را ملاحظه میکنیم، موصی از دو حالت خارج نیست:

(1) موصی وارث دارد.

(2) موصی وارثی ندارد.

(۱) موصی وارث دارد

در این مورد میخواهم اقوال فقهای کرام را چنین نقل کنم:

383 - امامی، سید حسن، همان، ج 3، صص 145 و 146.

1) نظر جمهور

جمهور فقهاء غیر از علمای مالکیه و ظاهریه بر این اعتقاد اند که وصیت در مازاد بر یک سوم بدون اجازه آنان نافذ نمی گردد؛ زیرا الله متعال تنها در یک سوم به موصی حق تصرف و دخالت داده است تا اینکه از حق ورثه حمایت شده باشد، طوریکه اگر آنها از حق شان گذشتند در این صورت وصیت نافذ می گردد، به دلیل اینکه پیامبر صلی الله علیه وسلم ارشاد فرموده اند: (إنک إن تدرهم أغنیاء خیر... الخ) اگر آنان را بی نیاز رها کنی، بهتر است. اگر برخی از ورثه اجازه دادند و بعضی مانع آن شدند، وصیت در سهم آنانی که اجازه داده اند، نافذ می گردد و در حق مابقی باطل است. آنگاه ترکه با دو فرض اجازه دادن بعضی و مانع شدن بعضی دیگر تقسیم می گردد، به این طور که آنانی که اجازه نداده اند با توجه به تقسیم دومی سهمیه شان را دریافت می کنند.

2) نظر مالکیه و ظاهریه

علمای مالکیه و ظاهریه می گویند: با عمل به ظاهر حدیث سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه: (الثلث والثلث کثیر) وصیت در مازاد بر یک سوم هرچند ورثه اجازه هم بدهند، نافذ نمی گردد.³⁸⁴

در مورد وصیت کننده ای که وارث دارد مطالب زیرین قابل بحث دیده میشوند:

1- اجازهء ورثه راجع به مازاد بر ثلث

همان گونه که قبلاً بیان شد، وصیت در مازاد بر ثلث جز با اجازهء ورثه نافذ نمی گردد، با آنها در ضمن این شماره، فروعاً ذیل به بحث گرفته خواهند شد:³⁸⁵

1-1- وقت اجازه

ائمء مذاهب اربعه بر این باور اند که اجازهء ورثه بعد از مرگ موصی مقبول و لازم می گردد. بنابراین اگر در حیات موصی، اجازه یا رد از آنان صادر شود معتبر نخواهد بود؛ زیرا ملکیت ترکه بعد از مرگ موصی برای آنان ثابت می شود، بناءً اجازه و رد کردن آنان بعد از ثبوت ملکیت برای شان معتبر دانسته میشود. لیکن علمای مالکیه گفته اند: اگر وارث در حال بیماری ترسناکی که موصی به آن گرفتار شده است و بعد از آن به صحت و سلامتی دست

384 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، ص 111.

385 - الدرالمختار، ج 5، ص 464 - الشرح الصغیر، ج 4، صص 586 الی 595 - مغنی المحتاج، ج 3، صص 43 تا 47 - المغنی، ج 6، ص 5 به بعد - کشف القناع، ج 4، ص 378.

نیابد ، اجازه دهد ، این اجازه بر او لازم می شود ؛ مگر اینکه عذری بر اثر جهل داشته باشد ؛ بدین مفهوم که نسبت به لزوم اجازه در حال بیماری اش جاهل باشد.

1-2- چه کسی مالک اجازه و رد است ؟

کسی که اجازه میدهد یا رد می کند باید دو شرط را حایز باشد:

اول) اجازه دهنده باید اهل بخشش و تبرع باشد

یعنی عاقل ، بالغ و رشید باشد. بنابراین اجازهء صغیر ، مجنون ، معتوه و محجور علیه به علت سفه ، عته یا غفلت جواز ندارد ؛ زیرا اجازه ساقط کنندهء حق است ، از این رو اجازه بخشش بوده و جز کسی که اهل بخشش باشد ، نمی تواند مالک آن شود.

ولی نیز نمی تواند وصیت را اجازه دهد ؛ زیرا تصرفات او مشروط به مولی علیه بوده ؛ حال آنکه بخشش با مال مولی علیه به مصلحت او نیست.

دوم) اجازه دهنده باید به چیزی که اجازهء آنرا میدهد ، عالم باشد

بنابراین ، اجازهء وارث در صورتی که عالم به موصی به نباشد ، معتبر دانسته نمی شود ، اگر عالم به وصیت بوده و سپس اجازه دهد ، تنفیذ می گردد.

1-3- جهت دریافت ملکیت بعد از اجازه

فقهاء در بیان دریافت ملکیت موصی به توسط موصی له بعد از اجازه ورثه دو نظر دارند:

1) نظر جمهور

جمهور فقهاء طبق قول راجح نزد شوافع می گویند: موصی له از طرف موصی مالک مازاد بر ثلث می شود نه از جانب اجازه دهنده ، و اجازهء ورثه صرف دلیل تنفیذ و تائید تصرف موصی در مازاد بر یک سوم ترکه اش می باشد نه بخشش جدید ؛ زیرا وصیت عبارت است از تصرف موصی در دارایی اش جز اینکه تنفیذ آن به خاطر تعلق حق ورثه به آن متوقف است و این تعلق مانع آن نیست که موصی در ملک خود تصرف کرده باشد.

2) نظر مالکیه

علمای مالکیه و در قول ضعیفی علمای شافعیه گفته اند: موصی له مالک مازاد بر یک سوم ترکه از طرف اجازه دهنده به طریق هبه و بخشش می شود بخاطر تعلق حق ورثه به آن زیادت ، بنابراین اجازه و ارث بخشش جدیدی است که تملیک آن هم حق او خواهد بود. همچنین وصیت برای وارث ، بخشش جدید تلقی می گردد. ثمره این اختلاف همانا در وجوب تسلیم موصی به نمایان می شود ، طوریکه بنابه نظریه اول ، وارث بر تسلیم عین موصی به مجبور کرده می شود و بنابه نظر دوم ، وارث بر تسلیم موصی به مجبور ساخته نمی شود ؛ زیرا اجازه ، بخششی است از جانب او ، و کسی که به او بخشش شده است تنها با تحویل گرفتن هبه ، مالک آن میگردد و قبل از قبض در ملکیت و اهب خواهد بود و انسان بر چیزی که در ملکیت اوست ، مجبور کرده نمی شود.³⁸⁶

4-1 - وقت اندازه گیری ثلث

فقهای کرام در وقت تعیین مقدار یک سوم ترکه با توجه به این که هنگام وفات موصی خواهد بود یا هنگام تقسیم ترکه ، دونظر دارند:

1) نظر جمهور

مذهب جمهور فقهای (احناف ، مالکیه و شافعیه) براین باور اند که تعیین مقدار یک سوم روز تقسیم ترکه و مشخص شدن سهمیه ها می باشد ؛ زیرا آن روز هنگام استقرار ملک و تنفیذ وصیت و دادن حق هر صاحب حقی می باشد. بنابراین نقصی که در قیمت ترکه ایجاد می شود یا عینی که هلاک میشود از سهمیه همه ورثه خارج می شود.

2) نظر شافعیه

مذهب شافعی بر این است که زمان تعیین یک سوم روز وفات موصی می باشد ؛ بنابراین هر زوایدی از قبیل ولد ، ثمره ، اجرت و... که بعد از وفات موصی در موصی به ایجاد میشود ملک خالص موصی له خواهد بود و جزو یک سوم محسوب نمی شود ؛ زیرا از اضافات ملک وصیت شده می باشد.

قانون وصیت کشور مصر در ماده (25) خود به نظر دوم یعنی نظر امام شافعی رحمه الله عمل نموده است ؛ زیرا این ماده با صراحت بر مفهوم مذهب شافعی تصریح کرده است که ملک برای موصی له با قبول از لحظه وفات ،

³⁸⁶ - زحیلی، و هبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 112 و 113.

ثابت می شود و زواید موسی به ملک موسی له خواهد بود و در مقدار یک سوم داخل نمی شود؛ زیرا از اضافات ملک او بوده است.³⁸⁷

2- وصیت برای وارث

در این شماره گفتارهای ذیل قابل بحث دیده می شوند:

وصیت برای وارث به هر میزان با اجازه و تنفیذ سایر ورثه صحیح است. چون پیامبر صلی الله علیه وسلم ارشاد فرموده اند: (وصیت برای وارث درست نیست؛ مگر اینکه دیگر ورثه بخواهند آن وصیت اجراء گردد).³⁸⁸ لذا بدون اجازه وارث خواه کمتر از ثلث یا ثلث تمام یا بیشتر از آن باشد، صحیح نیست. کسی که برایش وصیت می شود وارث بودنش در موقع مرگ وصیت کننده معتبر است. پس اگر شخصی برای بیگانه ای وصیت کرد و سپس با او ازدواج نمود، باز هم مشمول وصیت برای وارث می گردد. این نظر جمهور است؛ اما مالکیه معتقد اند که وصیت برای وارث — هر چند با اجازه سایر ورثه — باطل است به دلیل حدیث: (لاوصیة لوارث).³⁸⁹

وصیت کردن یک سوم دارایی برای وارث و غیروارث صحیح بوده و بدون اجازه ورثه نافذ می گردد. وصیت کردن به بیش از یک سوم نیز جایز است؛ اما در مازاد بر یک سوم جز با اجازه ورثه بعد از وفات موسی نافذ نمیگردد؛ مشروط بر اینکه ورثه اهل بخشش و تبرع بوده و نسبت به چیزی که اجازه تنفیذ آنرا میدهند، علم کامل داشته باشند.³⁹⁰

1-1- وصیت به مقدار سهم یک وارث

فقهاء اتفاق نظر دارند بر اینکه وصیت کردن مقدار سهم یک وارث بدون تعیین یا به اندازه مقدار سهم وارث معین مانند وصیت کردن به اندازه سهم پسر یا دختر یا خواهرش یا به اندازه سهم وارث معدوم مانند وصیت برای فلانی مانند سهم پسر یا اگر به وجود بیاید، صحیح است؛ زیرا این وصیت به مقدار سهم کسی است که سهم او ذکر شده و مثل چیزی، سهم دیگری غیر از آن است. اگر همه ورثه در ارث باهم مساوی باشند مانند چند برادر، در این صورت برای موسی له به اندازه سهم یکی از آنان خواهد بود و مانند یکی از ورثه قرار داده می شود و طوری پنداشته می شود که به آنان اضافه شده است.

387 - زحیلی، همان، صص 113 و 114.

388 - فقه آسان در مذهب امام شافعی، ص 478.

389 - کنذایی، همان، ص 60.

390 - زحیلی، همان، ص 114.

در صورتی که ورثه در ارث باهم مساوی نبودند از دیدگاه جمهور فقهاء (غیر از مالکیه) به اندازه سهم کمترین آنان به او داده می شود؛ زیرا سهم یکی از آنان است، پس آن یقینی می باشد و مازاد بر کمترین سهم مشکوک است.

علمای مالکیه، ابن ابی لیلی، زفر و داود ظاهری گفته اند: اگر ورثه در ارث باهم مساوی بودند، از اصل دارایی به مقدار سهم یکی از آنان به موصی له داده می شود و مابقی دارایی بین ورثه تقسیم می شود؛ زیرا سهم قبل از تقسیم از اصل دارایی در نظر گرفته می شود، بنابراین اگر وصیت کند که به اندازه سهم پسرش به کسی داده شود و تنها یک پسر داشته باشد، وصیت به تمام دارایی خواهد بود البته در صورتیکه پسرش اجازه تنفیذ آن را بدهد؛ در غیر آن یک سوم ترکه برای موصی له خواهد بود و اگر موصی دو پسر داشت، وصیت به نصف دارایی اش تعلق می گیرد و در صورتی که سه پسر داشته باشد، وصیت به یک سوم خواهد بود.

فقهاء در وصیت به مقدار سهم یک وارث معین در هنگام وفات موصی باهم اختلاف نظر دارند: مثال این مورد مانند اینکه سهم پسری یا دختری را در هنگام وفاتش برای کسی وصیت کند، آنچه سه امام مذهب حنفی برآند و قول راجح مذهب شافعی نیز دانسته می شود، اینست که چنین وصیتی باطل است؛ زیرا وصیت کردن به مال غیر است؛ زیرا سهم پسر چیزی است که بعد از وفات موصی به او میرسد برخلاف اینکه بگوید: به مقدار یا مانند سهم پسرش وصیت باشد برای فلانی؛ زیرا مثل چیزی غیر از آن است نه عین آن.

نظر زفر، مالکیه و حنابله برآنست که چنین وصیتی صحیح بوده و مانند وصیت کردن به مقدار یا مانند سهم وارث محسوب می گردد؛ زیرا مقصود از ذکر سهم پسر تعیین اندازه وصیت به مقدار آن می باشد و مقصود آن اینست که آنچه که بعد از مرگ موصی به پسرش میرسد را برای کسی وصیت کند تا اینکه مال دیگری را وصیت کرده باشد و این مطلب در لغت و عرف شرع جایز است و قانون وصیت کشور مصر در ماده (40) خود از همین حکم پیروی نموده است.³⁹¹

1-2- مقداری که موصی له در مثل اینگونه وصایا، استحقاق آن را دریافت میکند

در اینجا چهار حالت ذیل قابل بررسی هستند:

حالت اول) وصیت به مثل سهم وارث معین

وصیت به مثل سهم وارث معین در صورتیکه به هنگام وفات موصی، موجود باشد، در این صورت ترکه بین ورثه تقسیم می شود، سپس بر اصل مسأله سهم موصی له اضافه کرده می شود. مثلاً اگر کسی بمیرد در حالیکه سه پسر داشته باشد، در این صورت اصل فریضه سه سهم خواهد بود طوریکه برای هر یک از پسرهایش یک سهم اختصاص داده می شود

³⁹¹ - زحیلی، وهبه، همان، صص 115 و 116.

سپس بر اصل مسأله سهم چهارمی هم اضافه می شود که سهم موصی له می باشد ، پس اصل مسأله از عدد چهار خواهد بود ونیازی به اجازهء ورثه نمی باشد ؛ زیرا سهم موصی له کمتر از یک سوم است. واگر کسی به مانندسهم پسرش را به کسی وصیت کرد و سپس وفات کرد درحالیکه یک پسر ویک دختر داشت ، اصل مسأله تقسیم اموال عدد سه خواهد بود ، طوریکه برای پسر دو سهم ، برای دختر یک سهم و سپس بر اصل مسأله دو سهم به مانند سهم پسر اضافه کرده می شود و اصل مسأله به پنج میرسد که از این پنج سهم دو سهم به موصی له داده می شود وبه خاطر اینکه سهم او بیشتر از یک سوم است ، تنفیذ آن در بخش مازاد بربیک سوم ، متوقف به اجازهء ورثه خواهد بود.

حالت دوم) وصیت به مثل سهم وارث غیر معین

دراین صورت یا سهم ورثه مساوی یا متفاوت است ، درحالت تساوی ، بر اصل مسأله سهمی مانند سهم ورثه اضافه می شود. و درحالت تفاوت: از دیدگاه جمهور فقهای غیر از مالکیه سهمی به مقدار کمترین سهم ورثه بدان اضافه می شود.

مثال حالت اول: موصی دو دختر ویک خواهر شقیقه دارد ، دراین صورت اصل مسأله عدد 3 خواهد بود ، به نحوی که برای خواهر یک سهم و برای هر یک از دو دختر یک سهم در نظر گرفته می شود سپس سهم چهارمی نیز بدان اضافه میگردد ، از این رو ترکه به چهار سهم تقسیم می شود.

مثال حالت دوم: موصی دو دختر ویک خواهر شقیقه ویک زوجه دارد ، دراین صورت اصل مسأله عدد (24) خواهد بود طوریکه برای دو دختر دو سوم یعنی (16) سهم و برای همسر یک هشتم یعنی (3) سهم و مابقی آن که (5) سهم است برای خواهر شقیقه خواهد بود ، سپس بر اصل مسأله به مقدار کمترین سهم ها یعنی سهم زوجه که (3) سهم می باشد ، یک سهم دیگر برای موصی له نیز درنظر گرفته می شود که در اینصورت ترکه به (27) سهم تقسیم می شود.

حالت سوم) وصیت به مثل سهم وارث معدوم

مانند اینکه موصی بگوید: برای فلان شخص سهم یک پسر را یا مانند سهم پسری که اگر متولد شود ، وصیت کردم ؛ زیرا از دیدگاه غیر احناف وشوافع بین این دو حالت فرقی وجود ندارد.

دراین صورت ترکه بر ورثه ای که در حال حاضر وجود دارند تقسیم گردیده سپس بر سهم های تقسیم شده به مقدار سهم پسر معدوم اضافه کرده می شود واین سهم مشروط بر اینکه در حدود یک سوم باشد یا ورثه مازاد بر یک سوم را اجازه دهند برای موصی له خواهد بود چنانکه در حالت اول نیز بیان شد.

حالت چهارم) وصیت به مثل سهم یکی از ورثه و برای شخص دیگری سهم معلومی که بین دارایی اش پراکنده باشد:

مثال این مورد مانند آنست که موصی بگوید: به اندازه سهم فلان پسرش ، و یا وصیت به یک چهارم ترکه برای شخص دیگری.

روش استخراج دو وصیت طبق قول صحیح نزد احناف و حنابله به این ترتیب است که وصیت مانند سهم یک وارث که با آن مساوی باشد ، اندازه گیری شود مثل اینکه غیر از آن ، وصیت دیگری وجود ندارد ، سپس یک سوم ترکه در صورتیکه وسعت هردو وصیت را نداشته باشد ورثه اجازه بر مازاد یک سوم را ندهند ، بین دو موصی له با توجه به سهم وصیت شده بر ایشان تقسیم خواهد شد. اگر کسی به مانند سهم پسر معینش برای کسی و همزمان یک چهارم دارایی اش را برای شخص دیگری وصیت کند و درحالی بمیرد که دو پسر داشته باشد ، اصل دارایی موصی به دو بخش تقسیم شده و سهم دیگری مانند سهم یکی از پسرهایش نیز بدان افزوده می شود یعنی ترکه به سه بخش تقسیم می شود و یک سوم آن به موصی له داده می شود و دراین صورت دو وصیت وجود دارد: یکی به یک سوم ترکه و دیگری به یک چهارم ، لذا به حساب نیاز داریم اینطور که کمترین عددی که یک سوم و یک چهارم دارد عبارت از عدد (12) بوده که یک سوم آن را عدد (4) تشکیل میدهد که برای آن موصی له است که به مانند سهم یکی از ورثه برایش وصیت صورت گرفته است و یک چهارم آن که سه سهم می باشد برای آن موصی له است که یک چهارم برایش وصیت شده است و مابقی آن بر دو پسر به صورت مساوی تقسیم می شود. و هنگامی که مجموع دو وصیت از یک سوم ترکه بیشتر باشد ، تنفیذ آن متوقف بر اذن ورثه خواهد بود چنانچه اگر ورثه اجازه ندهند یک سوم بین دو موصی له به صورت هفت سهم تقسیم می شود طوریکه چهار سهم آن به صاحب یک سوم و سه سهم آن به صاحب یک چهارم تعلق می گیرد.³⁹²

1-3- وصیت به اجزاء

اگر کسی برای شخصی جزء یا سهم یا بخش یا چیزی از دارایی اش را وصیت کند ، (مقدار آن را تعیین نکند) ، از دیدگاه جمهور فقهاء ورثه اختیار دارند مقداری از مال را که خودشان بخواهند به او میدهند و از نظر مالکيه یک سهم از سهام ترکه به موصی له داده میشود و متباقی ترکه بین ورثه تقسیم می گردد.³⁹³

ب) موصی وارثی ندارد

در این باره میان فقهای کرام اختلاف نظر وجود دارد:

³⁹² - زحیلی، وهبه، همان، صص 116 تا 118.

³⁹³ - زحیلی، وهبه، همان، ص 118.

1) نظر احناف

از دید احناف، وصیت در مازاد بر یک سوم نیز نافذ می‌گردد، هرچند همه دارایی خود را وصیت کرده باشد؛ زیرا مانع شدن از تنفیذ مازاد بر یک سوم حق ورثه بود، بنابراین در جایکه هیچ وارثی وجود نداشته باشد، هیچ حقی وابسته به مازاد بر یک سوم باقی نخواهد ماند؛ لذا وصیت در آن نافذ می‌گردد.³⁹⁴

2) نظر مالکیه

جمهور بر این باور اند که وصیت در مازاد بر یک سوم نافذ نمی‌گردد؛ زیرا مازاد بر یک سوم حق همه مسلمانان بوده و کسی که از طرف همه مسلمانان به او چنین اجازه ای داده نشده باشد، وصیتش نافذ نمی‌گردد.³⁹⁵

3) نظر مالک، اوزاعی و شافعی

مالک، اوزاعی و شافعی رحمهم الله وصیت به بیش از ثلث را صحیح و نافذ نمی‌دانند، همچنین اگر موصی وارثی داشته باشد آیا ثلث مستحب است یا کمتر؟ بعضی گفته‌اند: کمتر از ثلث مندوب است و جمعی بر آنند که ثلث تمام مستحب است چون اخباری به ثلث تمام است. اگر شخصی وارث خاصی نداشته باشد و بمیرد و در حال حیات اضافه بر ثلث وصیت کرده باشد، وصیت او نسبت به مازاد از ثلث، باطل است؛ زیرا مازاد حق بیت المال و منوط به اجازه عموم مسلمین بوده که تقریباً محال بنظر میرسد.³⁹⁶

4) نظر حنابله

از امام احمد بن حنبل رحمه الله در این مورد دو قول (جواز و عدم جواز) نقل شده است. حضرت عبدالله بن مسعود رضی الله عنه از جمله صحابه جلیل القدر رسول اکرم صلی الله علیه وسلم و ابوحنیفه و اسحاق از جمله فقهاء، آنرا جایز دانسته‌اند.³⁹⁷ هرکدام از مجتهدین و فقهاء که سبب عدم جواز را بیم از فقر وارث دانسته باشد، مانند ابوحنیفه و حضرت علی کرم الله وجهه و ... گفته‌اند که چون وارث موجود نیست، حکم عدم جواز مرتفع و وصیت صحیح و نافذ خواهد بود و هرکدام موضوع را عبادت غیر معقول المعنی (یعنی فلسفه آن برای مکلف روشن نباشد و از جمله احکامی باشد که تعبداً باید پذیرفت) و یک امر تعبدی فهمیده باشند، حکم به عدم جواز کرده‌اند و بودن و نبودن ورثه را مؤثر در حکم قرار نداده‌اند. همچنین اگر جمیع مسلمین را به منزله ورثه دانسته

394 - بدائع الصنائع، ج 6، صص 477 - 478 - 479 و 480.

395 - حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر، ج 4، ص 428.

396 - رهنمای مذهب امام شافعی، ص 188 همچنان البحر الرائق، ج 8، ص 460.

397 - قرطبی، ابوالولید محمد بن احمد، بدایة المجتهد ونهایة المقتصد، ج 2، ص 278، چاپ هشتم، سال چاپ 1406، ناشر: دارالمعرفة، بیروت - لبنان.

وصحت را منوط به اجازهء عموم کرده باشند.³⁹⁸ سیغه باید به صراحت یا به کنایه به وصیت اشاره کند. مثلاً موصی بگوید: برای فلان به مبلغ یکصد هزار افغانی وصیت کردم یا بعد از مرگم مبلغ یکصد هزار افغانی به فلان شخص بدهید یا فلان اسب من مال زید باشد.

ب) تنفیذ وصایا

هنگامی که همه ترکه ، مال موجود و حاضر باشد به این معنی که نه چیزی از آن غایب باشد و نه به صورت دین بر دیگری ، وصیت از مجموع دارایی تنفیذ می گردد. در این صورت موصی به چه نقود مرسله یعنی غیر معین مانند یکصد هزار افغانی باشد یا چیز معین مانند مسکن معین یا سهم مشاع مانند یک چهارم یا یک سوم ترکه باشد ، در این صورت همه ترکه در نظر گرفته میشود و موصی له سهم خود را از مجموع آن دریافت می کند. اما در صورتی که بعضی از ترکه حاضر و برخی دیگر به صورت دین یا غایب باشد ، در این صورت تنفیذ وصیت بر حسب احوال متفاوت خواهد بود ؛ زیرا گاه اوقات بخشی از ترکه به صورت دین نزد شخص اجنبی یا یکی از ورثه قرار میداشته باشد که هر یک از موارد مذکور قابل توضیح دیده میشود:

۱) در ترکه ، دین بر شخص اجنبی نیز قرار دارد یا اینکه بخشی از ترکه غایب است

در صورتیکه در ترکه ، دین بر شخص اجنبی قرار داشته باشد و یا بخشی از ترکه غایب باشد ، از چهار حالت ذیل خارج بوده نمی تواند:

حالت اول) موصی به مال مرسل یعنی غیرمعین مثلاً یکصد هزار افغانی است

در صورتی که موصی به از یک سوم دارایی حاضر استخراج شود ، موصی له آن را دریافت خواهد کرد ؛ زیرا در این صورت هیچ ضرری متوجه ورثه نمی گردد ؛ چون دو سوم مال حاضر برای شان باقی میماند. و در صورتی که موصی به از یک سوم ترکه حاضر خارج نشود ، موصی له به مقدار یک سوم ترکهء حاضر را دریافت می کند و باقیمانده برای ورثه خواهد بود و هرگاه چیزی از مال غایب دریافت شد ، موصی له هم سهم خود را از آن دریافت می کند تا اینکه به حق کاملش برسد ، این مورد مطابق دیدگاه علمای حنفیه است.

398 - قرطبی، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، ج 2، صص 278 و 279 و المغنی، ج 6، ص 24.

حالت دوم) موصی به عین معینی مانند مسکن معین یا پول معینی مانند پول های موجود یا پولی که نزد فلان به ودیعه گذاشته شده است، باشد

حکم این مورد هم همانند حکم مسأله سابق است که مبنای آن رأی مالکيه می باشد؛ زیرا بقای عین موقوفه تقسیم را به تأخیر می اندازد و گاهی هم تأخیر به ورثه ضرر وارد نموده و در تملک باقی عین ضرر از آنان منتفی است و هیچ ضرری برای موصی له ندارد؛ زیرا در مقابل باقی سهمش قیمت آنرا دریافت می کند. اگر قیمت مسکن مساوی با یک میلیون افغانی و ترکه موجود یک میلیون و پنجصد هزار افغانی باشد و به مقدار یک میلیون و پنجصد هزار افغانی دیگر غایب باشد، موصی له استحقاق نصف مسکن را می یابد که با یک سوم ترکه مساوی است و نصف باقی برای ورثه خواهد بود و هرگاه چیزی از مال غایب حاضر شود، موصی له یک سوم آن را دریافت می کند تا اینکه قیمت آن نصفی را که ورثه دریافت کرده بودند، بدست بیاورد.

علمای احناف در باره حالت دوم می گویند: موصی له از عین معین به مقدار یک سوم ترکه حاضر سهم خود را دریافت می کند و باقی سهم او از آن عین متوقف خواهد بود، هنگامی که بعضی از مال غایب حاضر شد، موصی له از باقی عین به مقدار آنچه که با یک سوم مال حاضر مساوی باشد، دریافت می کند تا اینکه همه عین را بدست آورد، در صورتیکه مال غایب هلاک شده باشد، باقیمانده عین برای ورثه است؛ زیرا وصیت مرتبط به این عین بوده و وصیت در صورت امکان از همان عین تنفیذ می گردد تا مطابق اراده موصی بوده باشد و باقی عین تا زمان تعیین وضعیت خاص معلق خواهد ماند، هنگامی که حاضر شد وصیت در کل عین تنفیذ می گردد و اگر حاضر نشد باقی آن برای ورثه خواهد بود. بنابراین نصف باقی در مثال سابق متوقف می باشد، هنگامی که چیزی از مال غایب حاضر شد، موصی له از باقی مسکن مقداری که با یک سوم مال حاضر مساوی باشد، دریافت می کند.

حالت سوم) وصیت به سهم مشاع در ترکه باشد

وصیت به سهم مشاعی که در ترکه باشد، مانند یک سوم یا یک چهارم دارایی؛ در این حالت موصی له با ورثه در جمیع دارایی از مال حاضر، غایب، دین و عین آن شریک میشود، پس سهمش را از مال حاضر دریافت میدارد، مثلاً یک چهارم، و هرگاه چیزی از مال غایب حاضر شود، سهمش را از آن دریافت می کند.

حالت چهارم) وصیت به سهم مشاع در بین نوعی از دارایی مانند یک چهارم منزلش در محلهء معین یا یک چهارم اموال تجاری اش یا دینی که بر تجار دارد، باشد

وصیت به سهم مشاعی در بین نوعی از دارایی مانند یک چهارم منزلش در محلهء معین یا یک چهارم اموال تجاری اش یا دیونی که بر تجار دارد.

الف) اگر نوعی که سهمی از آن وصیت شده، حاضر باشد، موصی له سهم خویش را از آن دریافت میکند؛ مشروط براینکه سهم او از یک سوم خارج شود؛ در غیر آن به مقدار یک سوم، آنرا دریافت میکند و باقیمانده برای ورثه خواهد بود و هرگاه چیزی از مال غایب حاضر شود، موصی له به مقدار یک سوم آن را دریافت میکند و باقیمانده برای ورثه میماند تا اینکه سهم خود را از آن بطور کامل دریافت کند. اگر ورثه در جزء باقی از آن نوعی که سهمی از آن وصیت شده است، تصرف کنند یا آن را اصلاح و تزئین کنند و در دادن آن به موصی له برای آنان ضرر باشد، در اینصورت می توانند قیمت باقیماندهء وصیت را به او بدهند.

ب) در صورتی که آن نوعی از مال که سهمی از آن برای شخصی وصیت شده است، غایب باشد یا قسمتی حاضر و قسمتی غایب باشد، علمای حنابله و زفر گفته اند: موصی له در این حالت سهمش را به نسبت قسمت حاضر از آن نوع دریافت میکند و هرگاه قسمت دیگرش حاضر شود به نسبت سهم خویش از آن را دریافت و باقیمانده برای ورثه خواهد بود. و علمای احناف غیر از زفر میگویند: موصی له همه آنچه از مال حاضر و غایب را تا زمانی که حق خود را به صورت کامل دریافت کند، میگیرد و هیچ یک از ورثه با او شریک نخواهد بود؛ مشروط براینکه سهم وصیت شده برای او از یک سوم کل ترکهء حاضر خارج شود.

۲) در ترکه، دینی موجود است که بر یکی از ورثه لازم است

در صورتی که در ترکه دینی موجود باشد که بر یکی از ورثه لازم است، سه حالت تصور شده می تواند:

حالت اول) دین، مؤجل باشد

حکم آن در همه حالات گذشته همانند حکم آن دینی است که بر شخص اجنبی می باشد، موصی له تنها سهمش را از دارایی حاضر و در حدود یک سوم دریافت میدارد، هنگامی که وقت پرداخت دین فرا رسد آنگاه مقدار وصیت برایش کامل می شود.

حالت دوم) هنگام وفات موصی یا تقسیم ترکه، وقت پرداخت دین فرا رسیده باشد و آن دین کمتر از سهم وارث بدهکار در ترکه یا مساوی به آن باشد

هنگام وفات موصی یا تقسیم ترکه وقت پرداخت دین فرا رسیده باشد و آن دین کمتر از سهم وارث مدیون در ترکه یا مساوی با آن باشد. بین بدهی و سهم مدیون اگر دین از جنس ترکه حاضر باشد، تسویه انجام می شود و با این تسویه، دین، مال حاضر محسوب می شود.

اگر کسی یک هزار درهم یا دینار را وصیت کند و دو پسر داشته باشد که یکی از آنها به مقدار یک هزار مدیون باشد و ترکه او هم به مقدار سه هزار باشد، در این صورت ترکه به سه سهم تقسیم می شود، طوریکه برای هر یک از دو پسر یک سهم اختصاص داده می شود و سهم دیگر به موصی له داده میشود و دین به صورت حاضر اعتبار کرده میشود، بناءً موصی له یک هزار را دریافت خواهد کرد و پسری که مدیون نیست او نیز یک هزار را؛ زیرا بین دین و سهم دیگری تسویه صورت می گیرد و سهم او از ترکه ساقط می شود؛ اما در صورتی که دین از جنس مال حاضر نباشد، تسویه صورت نمی گیرد؛ بلکه سهم وارث مدیون از ترکه همانند رهن در گرو قرار داده می شود، هنگامی که دینش را پرداخت نماید، سهمش به او داده می شود و در غیر آن، قاضی سهم او را می فروشد و دین استحقاق یافته برای ترکه را از پول آن پرداخت می نماید.

حالت سوم) دین، مستحق الاداء باشد

بدین مفهوم که وقت تقسیم ترکه فرا رسیده و سهم وارث کمتر از آن باشد.

در این حالت مازاد بر سهم او همانند دین بر شخص اجنبی در نظر گرفته می شود؛ یعنی مال غایب اعتبار می گردد و آنچه در مقابل مقدار سهم او باشد، مال حاضر در نظر گرفته می شود، در این صورت موصی له از وصیت به مقدار یک سوم کل ترکه حاضر دریافت می کند سپس یک سوم آن مقداری که زائد بر دین است را دریافت میکند تا به تمام وصیتی که برایش شده است، برسد. این احکام برگرفته شده از مذهب ابوحنیفه رحمه الله می باشد.³⁹⁹

مطلب سوم) مبطلات وصیت

سبب ابطال وصیت یا از جانب وصیت کننده است، مانند پشیمان شدن او، از دست دادن اهلیت یا ارتداد و یا از جانب موصی له است، مانند: رد کردن وصیت توسط موصی له، مردنش یا کشته شدن وصیت کننده توسط

³⁹⁹ - زحیلی، وهبه، همان، صص 119 تا 122.

موصی له و یا هم سبب ابطال وصیت ، موصی به است ، مانند: هلاک عین وصیت شده یا اینکه موصی به مال غیر باشد که هریک با رعایت نظریات مختلف فقهاء ، ذیلاً چنین به بررسی گرفته می شود:⁴⁰⁰

الف) با از بین رفتن اهلیت موصی بر اثر جنون فراگیر و بیماری های دیگری مشابه آن

در این مورد آراء فقهاء چنین ابراز گردیده است:

1) نظر احناف

از دیدگاه احناف وصیت بر اثر جنون فراگیر و شامل بیماری های دیگری مانند سبک مغزی چه متصل به مرگ باشد یا نه ، اینکه قبل از مرگ شفاء یابد ، وصیت را باطل میسازد ؛ زیرا وصیت همانند وکالت ، عقد غیرلازم می باشد ، پس برای بقای آن حکم ابتدائی آن لازم است ، آنجا که دیوانه بر اثر معتبر نبودن سخنش اهلیت ایجاد وصیت را ندارد ، عارض شدن دیوانگی مطابق (شامل شونده و فراگیر) ، آنرا باطل میکند.⁴⁰¹

از دیدگاه ابویوسف که قانون هم مبتنی بر آن است ، دیوانگی مطابق آنست که یک ماه یا بیشتر طول بکشد. و از دیدگاه محمد آنست که یک سال طول بکشد. سبک مغزی و بی خردی هم حکم دیوانگی را دارد. اگر دیوانگی ، مطابق نباشد ، وصیت را باطل نمیکنند ؛ زیرا در اینصورت با بیهوشی شباهت دارد و به خاطر اینکه عقل را زائل نمی کند ، باطل کننده عقد هم نمیباشد ، همچنان که با حجر بروصیت کننده بر اثر سفه یا غفلت ، باطل نمیشود.⁴⁰²

2) نظر جمهور

جمهور فقهاء میگویند: هرگاه موصی در وقت انشاء وصیت دارای اهلیت کامل بوده و سپس دیوانه شود ، خواه این دیوانگی وی ادواری یا دائمی باشد و خواه متصل به مرگ باشد یا نه ، تأثیری در صحت وصیت ندارد ؛ زیرا اعتبار عقود و تصرفات ، سبب اصلی تحقق اهلیت در وقت انشاء آنهاست ، براین اساس زوال اهلیت پس از انعقاد عقد ، در صحت وصیت تأثیری ندارد همان گونه که در بیع ، اجاره و وقف ملاحظه شده است.⁴⁰³

جمهور فقهاء براین باور اند که وصیت بر اثر دیوانگی باطل نمی شود ؛ چه مطابق باشد و غیرمطبق ، متصل به مرگ باشد یا نه ، مشروط براینکه وصیت کننده هنگام وصیت کردن دارای اهلیت کامل یعنی بلوغ و عقل بوده باشد ؛ زیرا در صحت عقود و تصرفات ، تحقق اهلیت تنها هنگام ایجاد آن شرط است و زوال اهلیت بعد از تحقق

400 - الکاسانی، بدائع الصنائع، ج 7، ص 394، مغنی المحتاج، ج 3، ص 39 و کشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، ص 418.

401 - زحیلی، وهبه، همان، ص 123.

402 - بدائع الصنائع، ج 6، صص 515 و 516.

403 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 430 - مغنی المحتاج، ج 3، ص 39 و کشاف القناع، ج 4، ص 336.

عقد در صحت آن تأثیری ندارد به دلیل آنکه بیع، اجاره، وقف و دیگر عقود با دیوانگی عارضی باطل نمی شوند. این قول به نزد دکتر وهبة الزحیلی قول مرجح تلقی گردیده؛ زیرا مال اهلیت هنگام انعقاد بیع مطلوب است؛ اما احتمال رجوع وصیت کننده از آن وصیت اگر دیوانه نمی شد، احتمالی ضعیف می باشد.⁴⁰⁴

ب) ارتداد موصی

در این رابطه اقوال فقهای کرام را چنین نقل می کنیم:

1) نظر احناف و شوافع

در این مورد احناف و شوافع همسو بوده میگویند: ارتداد موصی له نیز مبطل وصیت است.⁴⁰⁵

2) نظر مالکیه

از دیدگاه مالکیه، ارتداد موصی له در صورتی مبطل وصیت است که به اسلام باز نگردد؛ زیرا طبق صحیح ترین قول به نزد مالکیه، دارایی موصی له در این صورت، معلق میماند.⁴⁰⁶

3) نظر حنابله

قانون به علت قلت وقوع ارتداد و عمل به مذهب حنابله که قائل به صحت وصیت مرتد می باشند، به آن اشاره ای نداشته است.⁴⁰⁷

ج) معلق کردن وصیت به شرطی که حصول آن غیر ممکن باشد

مانند اینکه موصی بگوید: اگر با این بیماری ام وفات یافتم، یا در این سفر بمیرم، برای فلان، این چنین باشد، ولی فوت نکند، وصیت باطل می شود؛ زیرا موصی، وصیت را به مرگ خویش به سبب بیماری یا به هنگام سفر، معلق نموده و آن هم تحقق نیافته است. علمای احناف، مالکیه و حنابله به آن تصریح داشته اند.⁴⁰⁸

404 - زحیلی، وهبه، همان، ص 124.

405 - الدرالمختار و ردالمحتار، ج 5، 468 و المهذب، ج 1، ص 454.

406 - حاشیة الدسوقی، ج 4، ص 432.

407 - المغنی، ج 6، ص 50.

408 - زحیلی، وهبه، همان، ص 124.

د) رجوع از وصیت

رجوع بر دو نوع است:

1) رجوع صریح

رجوع صریح آنست که با لفظ باشد ، مانند اینکه موصی بگوید: از وصیت خویش برای فلان ، رجوع کردم یا آن را ترک نمودم یا آن را باطل نمودم و یا بگوید: آنچه را که برای فلان شخص وصیت کرده ام برای ورثه خودم باشد. فقه و قانون بر این امر اتفاق نظر دارند ؛ زیرا این الفاظ در رجوع موصی از وصیتش صریح بوده و او مالک عدول از وصیت خود پنداشته میشود ، بنابراین هرزمانی خواسته باشد ، از آن رجوع میکند.

الفاظ زیرین رجوع از وصیت شمرده نمی شوند:

- (1) از وصیتی که برای فلانی کرده ام ، پشیمانم.
- (2) در وصیت کردن برای فلان عجله کردم.
- (3) وصیت را تأخیر نمودم. ؛ زیرا تأخیر مستلزم سقوط نبوده و از قبیل به تأخیر انداختن پرداخت بدهی از بدهکار می باشد.
- (4) هر وصیتی که کرده ام حرام باشد.
- (5) یا اینکه موصی له را تغییر بدهد طوریکه قبلاً برای زید وصیت کرده بود ، اما فعلاً بجای او به خالد وصیت میکند ؛ که در اینصورت موصی به میان زید و خالد مشترک پنداشته می شود.

از دیدگاه امام محمد ، انکار از وصیت ، رجوع تلقی نمی شود. قانون وصیت مصر مبتنی بر همین نظریه استوار است ؛ اما از دیدگاه ابویوسف و علمای مالکیه: انکار از وصیت رجوع محسوب میشود.

2) رجوع به وسیله اشاره

هرگونه تصرف درموصی به که بر رجوع از وصیت دلالت کند ، رجوع به وسیله اشاره پنداشته شده و عبارتند از:

- (1) هرگونه تصرف قولی ای که عین را از ملکیت موصی خارج کند ، مانند اینکه شیء وصیت شده را بفروشد یا به کسی ببخشد یا آنرا صدقه کند یا آن را مهریه خانمش قرار دهد یا وقف کند که تمام این موارد ، مورد اتفاق فقه و قانون می باشد. اما اینکه وصیت با برگشت ملکیت آن به موصی بر میگردد یا خیر ؟ دونظریه وجود دارد:

1) نظر جمهور

هنگامی که وصیت بر اثر خارج شدن موصی به از ملکیت موصی باطل شود ، بعد از آن با عودت ملکیت به وصیت بر نمی گردد.؛ زیرا اقدام بر تصرف در آن قرینهء قطعی بر آن است که از وصیت رجوع کرده است.

2) نظر مالکیه

مالکیه براین باور اند که هنگامی که موصی به به ملکیت موصی برگشت ، وصیت بدون نیاز به تجدید کردن ، به حالت خود بر میگردد. ظاهراً نظر نخست بدلیل از بین رفتن محلی که عقد بر آن جاری گردیده و بر اثر زوال ملکیت ، راجح بنظر میرسد چنانچه قانون وصیت مصر نیز مبتنی بر آن است.

دوم) انجام هر نوع عملی در موصی به که بر رجوع از وصیت دلالت کند

انجام هر عملی در موصی به که بر رجوع از وصیت دلالت میکند بر سه نوع است:

1) نوعی به اتفاق بر رجوع دلالت می کند و آن عبارت از استهلاک عین موصی به است ، مانند سربریدن گوسفندی که آن را وصیت کرده ، رشته کردن پنبه ای که آن را وصیت نموده و دیگر اعمالی که حقیقت شیء وصیت شده را تغییر داده و به شیء دیگری مبدل گرداند و به چیزی تغییردهد که گویا اصلاً درخصوص آن وصیتی صورت نگرفته است.

چیزی که خود بخود تغییر میکند ، مانند تغییر یافتن انگور به کشمش و تخم مرغ به جوجه ، نیز ملحق به همین مورد است.

همچنین اگر عین وصیت شده با عمل موصی ، به گونه ای تغییر کرد که اسم آن را زائل نمود ، مانند بافتن رشته ، تبدیل معدن به طلا ، آرد کردن گندم و دیگر موارد از این قبیل از دیدگاه مالکیه ، رجوع محسوب می شود.

2) نوعی به اتفاق بر رجوع دلالت نمی کند و آن عبارت است از هرگونه عملی که تابع عین موصی به باشد یا جزو صفتی از صفات آن باشد ، به گونه ای که هیچ تغییری در حقیقت آن ایجاد ننماید و اسم آنرا تغییر ندهد ، مانند قطع کردن پشم ، دوشیدن شیر ، آبیاری کردن زراعت و درختان ، پراکنده کردن درختان ، گچکاری منازل و تزئین و تعمیر آن ؛ زیرا این امور به امری خارج از عین موصی به تعلق می گیرد ؛ لذا بر رجوع دلالت نمی کنند. این گونه تصرفات در موصی به به گونه ای که آن را از ملکیت موصی بیرون نکند مانند اجاره یا عاریه ، رجوع محسوب نمی گردد.

3) نوع سوم مورد اختلاف فقهاء می باشد و آن عبارت است از ایجاد افزودنی در موصی به به گونه ای که بدون آن تسلیم موصی به ممکن نباشد ، مانند رنگ آمیزی لباس ، ساختن مبنا یا کاشتن درخت ، آغشته کردن آرد با روغن.

آمیختن موصی به با چیزی که جدا کردن آن جز با مشقت ممکن نباشد ، مانند مخلوط کردن آرد با شکر ، مخلوط کردن گندم وصیت شده با گندم دیگر یا با جو ، از دیدگاه جمهور فقهاء از قبیل رجوع از وصیت است ؛ اما از دیدگاه مالکیه: جز با قرائن یا عرفی که بر قصد موصی بر رجوع از وصیت دلالت کند ، رجوع محسوب نمی شود.

ه) رد کردن وصیت

هنگامی که موصی له بعد از وفات موصی وصیت را رد کند ، چنانکه در مبحث صیغهء عقد توضیح دادم ، وصیت باطل می شود.

و) مرگ موصی له معین قبل از مرگ موصی

به اتفاق مذاهب چهارگانهء اهل سنت ، با مرگ موصی له معین قبل از مرگ موصی وصیت باطل می شود ؛ زیرا وصیت ، عطیه و بخشش است و به دلیل اینکه کسی که به وی چیزی بخشیده می شود قبل از تسلیم ، مرده است ؛ لذا طوریکه هبه برای میت صحیح نمی باشد ، در همچو حالتی نیز صحت ندارد ؛ چونکه وصیت بعد از وفات موصی و قبول موصی له واجب می گردد.

همچنان از دیدگاه جمهور فقهاء جز احناف ، در صورتیکه موصی له بعد از مرگ موصی و قبل از قبول کردن وصیت ، بمیرد ، وصیت باطل میشود ؛ اما از دیدگاه احناف باطل نمیشود ؛ زیرا از دید آنان قبول به معنای رد نکردن است.

از دیدگاه جمهور با مرگ موصی له ، وصیت باطل میشود ؛ خواه موصی به مرگ موصی له علم داشته باشد یا نه . مالکیه تفصیل دیگری دارند که توضیح آن قبلاً گذشت.

ز) موصی له موصی را به قتل برساند

از دیدگاه احناف و حنابله: وصیت برای قاتل باطل است ؛ اعم از اینکه قتل قبل از وصیت باشد یا بعد از آن ، حتی اگر ورثه اجازه هم دهند یا موصی خود شخصاً بعد از قتل (ضربه خوردنی که منجر به قتل او می شود) و قبل از مرگ ، آنرا اجازه دهد.

ح) هلاک شدن موصی به معین یا ثبوت استحقاق آن به دیگری

اگر موصی به معین باشد و قبل از قبول موصی له هلاک شود، به دلیل از بین رفتن محل وصیت، وصیت باطل می شود و ثبوت حکم تصرف یا بقاء آن بدون وجود محل، محال است، چنانکه کسی گوسفندی را به دیگری وصیت کند و گوسفند هلاک گردد، وصیت باطل می شود؛ زیرا وصیت متعلق به عینی بوده که به هنگام انشاء آن موجود بوده ولی بعداً از بین رفته که به دلیل زوال محل، وصیت نیز زائل گردیده است. همچنین وصیت باطل می شود هنگامی که موصی به جزئی پراکنده ای در میان مال معین بالذات یا معین به نوع باشد، مانند اینکه نصف مسکن معینی را وصیت کند یا اسبی از میان ده اسب معینی که دارد را وصیت کند، سپس آن مسکن ویران شود و آن اسب ها همه بمیرند، در اینصورت برای موصی له چیزی باقی نخواهد ماند؛ زیرا محل وصیت از بین رفته است. همین گونه اگر عین وصیت شده را شخص دیگری به استحقاق بُرد؛ اعم از اینکه استحقاق قبل از مرگ موصی یا بعد از مرگ او باشد، وصیت باطل می شود؛ زیرا با استحقاق ثابت می شود که مال وصیت شده از آن شخص وصیت کننده نبوده است.

ط) وصیت برای وارث

از دیدگاه مالکیه، وصیت برای وارث هر چند دیگر ورثه اجازه دهند، باطل است به دلیل اینکه پیامبر اکرم صلی الله علیه وسلم ارشاد فرموده اند: (لا وصیة لوارث)، ترجمه: وصیت برای وارث جایز نیست.⁴⁰⁹

ی) استغراق دین

هرگاه موصی بمیرود و دین او تمام ترکه رافرا بگیرد، وصیت او باطل میشود؛ زیرا محلی برای تنفیذ آن باقی نماند.⁴¹⁰ از نظر شیعه، وصایت در حالات ذیل پایان می یابد:

- 1) عمل نکردن به وصایای موصی.
- 2) فوت موصی.
- 3) انتفاء مورد وصایت.
- 4) هرگاه وصی در اثناء عمل به وصیت عهدی، سفیه شود.
- 5) هرگاه وصایت موقت باشد، با سررسید موعد، وصایت از بین میرود.⁴¹¹

409 - زحیلی، وهبه، احکام وصیت و وقف در فقه اسلامی، صص 123 تا 127.

410 - کندلایی، یعقوب، وصیت و ارث، ص 70.

411 - لنگرودی، همان، ص 344.

نتیجه گیری

از لابلای بحث وصیت که موضوع اصلی این رساله را تشکیل میدهد، موارد آتیه بدست می آید:

- 1) وصیت عبارت از تملیکی است که بر سبیل تبرع به بعد از مرگ موکول گردیده و مصادر مشروعیت آن را کتاب الله، سنت رسول الله (ص)، اجماع امت مسلمه و معقول تشکیل میدهد.
- 2) مستحب است کسی که مالی دارد، باید قبل از فوت خویش در مورد آن وصیتی داشته باشد که این امر خالی از پاداش و ثواب اخروی نخواهد بود.
- 3) وصیت گاه بصورت مطلق و گاه بصورت مقید واقع میشود.
- 4) ارکان وصیت به نزد جمهور فقهاء چهار وعبارتند از: موصی، موصی له، موصی به و صیغه.
- 5) وسائل تعبیر از صیغه گاه لفظی است که مراد از آن را میتوان در ایجاب و قبول خلاصه نمود و گاه فعلی اند، مانند کتابت و اشاره.
- 6) شروط وصیت بر دو نوع اند: 1- متفق علیه. 2- مختلف فیه.
- 7) دین بر وصیت مقدم بوده و نفاذ وصیت تنها بعد از ادای دین، صورت گرفته می تواند.
- 8) وصیت صبی در نزد جمهور فقهاء صحت دارد؛ زیرا صبی تنها به سبب آنکه مبادا مال خویش را ضایع نسازد، از تصرف در آن ممنوع قرار میگیرد؛ درحالیکه در وصیت، ضایع ساختن مال اصلاً مطرح نیست.
- 9) وصیت سکران مانند سایر انشائاتش به نزد شافعیه وحنابله صحیح است.
- 10) هرگاه وصیت محجورعلیه در باب تقرب الی الله و سایر ابواب خیر صورت گرفته باشد، صحیح است.
- 11) به نزد امام مالک رحمه الله، برخی از شوافع، بعضی از حنابله وظاهریه، وصیت برای وارث مطلقاً جواز نداشته و وارث بودن شخص در وقت موت موصی اعتبار ندارد نه در وقت انشاء وصیت.
- 12) وصیت برای والدین و اقارب، حکم وجوب را دارا نمی باشد.
- 13) در موصی، مسلمان بودن شرط نیست، بنابراین وصیت کافر برای مسلمان در صورتیکه در غیر محرّمات باشد، جایز است.
- 14) به نزد برخی از شوافع و بعضی از حنابله و امام ابی یوسف رحمه الله، وصیت برای قاتل مطلقاً جایز نیست؛ خواه ورثه بدان اجازه دهند یا نه و خواه قتل، عمدی باشد یا خطائی.
- 15) وصیت به بیشتر از مقدار ثلث متروکه جواز ندارد؛ خواه ورثه آنرا اجازه بدهند یا ندهند و به نزد جمهور فقهاء وظاهریه: زمان اعتبار ثلث، همان وقت مرگ وصیت کننده است نه وقت انشاء وصیت.
- 16) وصیت در مورد منافع، حقوق و إقراض همانند وصیت به اعیان صحیح است.

- (17) وصیت به منافع با وفات شخصی که منفعت به نفع وی وصیت شده است ، با از بین رفتن مالی که راجع به منفعت آن وصیت صورت گرفته است ، إسقاط منفعت از جانب موصی له و تملک عینی که به منفعت آن وصیت صورت گرفته است ، خاتمه می یابد.
- (18) مصارف عینی که به منفعت آن وصیت بعمل آمده است به دوش موصی له می باشد.
- (19) وصیت به منافع بر دو نوع موقت ومؤبد (دائمی) تقسیم گردیده است.
- (20) وصیت در حق موصی له غیر لازم است ، بنابراین موصی له هر زمانی بخواهد میتواند وصیت را رد کند. رد وصیت از طرف موصی له ذریعهء قول یا چیزی که بر معنای رد باشد ، حاصل می گردد و برای کسی که مالک رد است لازم است که شخص معین بوده و دارای ولایت کامل باشد نه محجورعلیه.
- (21) وصیت به رد موصی له و با مرگ وی در صورتی که قبل از موصی وفات یافته باشد ، باطل می گردد ؛ اما هرگاه بعد از موصی وقبل از قبول یا رد ، وفات نماید ، در این صورت ملکیت موصی به به ورثهء موصی له انتقال می یابد. ونیز وصیت با زوال اهلیت موصی به جنون مطبق ، ارتداد موصی ، تعلیق وصیت به شرط غیرمحقق الوقوع ، قتل موصی از طرف موصی له ، هلاک موصی به معین یا به استحقاق برده شدن آن باطل میگردد. به نزد امام مالک رحمه الله هرگاه وصیت برای وارث صورت گرفته باشد ، نیز وصیت باطل میگردد.

پیشنهادات

برای آنکه مفهوم وصیت بهتر دانسته شود و نیز تفاوت آن با وقف و نهادهای حقوقی دیگر برجسته گردد، موارد آتیه پیشنهاد می گردد:

- در بیشتر موارد حدس و گمان در میان عامه مردم آنست که وقف و وصیت به یک معنا بوده و این امر حتی در برخی از وثایق محاکم نیز تسجیل گردیده و دیده شده که شخص زمین خود را بنام مدرسه وقف نموده اما در وثیقه طبق درخواستی اش که درج کرده مربوطه گردیده از لفظ وصیت کار گرفته شده و محرر محکمه نیز از ترس تفتیش، همان لفظ وصیت را درج وثیقه نموده نه لفظ وقف را درحالیکه منظور شخص از این اقرارش وقف بوده نه وصیت.
- برای آنکه وصایای میان مردم بصورت درست و واقعی نه صوری، منعقد گردد، لازم است این امر درج وثیقه شرعی گردد نه اوراق عرفی، زیرا اکثراً ورثه موصی سند عرفی دست داشته موصی له را نپذیرفته و تنفیذ وصیت موصی را بالای ترکه وی نمی پذیرند. بنابراین جهت دفع اشکال فوق و رفع منازعه بعدی، هرگاه وصیت درج وثیقه شرعی گردد، ورثه نمی توانند از تنفیذ آن بالای متروکه موصی امتناع ورزند.
- چنانچه هویداست وصی مختار یا اختیاری باید در نخست توسط اب یا جد صحیح التصرف برای موصی له منصوب گردد و هرگاه شخص وصی مختار نداشت این صلاحیت به محکمه برمیگردد. هرگاه محکمه در تعیین و نصب وصی جبری، ماما و عمه و غیره کسانی را که از ذوی الارحام تلقی میگردند برای صغار در نظر بگیرند بهتر و موزون تر خواهد بود.
- همه اشخاصی که وارث ندارند و یا از جمله پدرانی هستند که پسران شان در حال حیات شان وفات یافته و اولاد آنها فرع غیر وارث پنداشته میشوند، بهتر است که از روی استحسان برای صغار آنها وصیت نمایند. بنابراین بنده نظریه مذهب ظاهری را دراین راستا اصلح بحال صغار میدانم.
- اشخاصی که در رابطه به یک امر بدعت وصیت میکنند مانند اینکه به اولاد خود وصیت کنند که پس از مرگ شان، بر قبر شان گنبدی را اعمار نمایند به ورثه آنها اذعان گردد که چنین وصیتی صبغه شرعی نداشته و نافذ پنداشته نمی شود و بر ورثه لازم است از اجرای آن خودداری نمایند تا آنکه نه اسراف کرده باشند نه سنت بیجا از خود گذاشته باشند و نه در امر بدعتی با موصی شریک شده باشند.

فهرست آیات کریمه

شماره آیه	سوره	آیت	شماره
۱۸۰	بقره	كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ	۱
۲۴	نساء	وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ كِتَابَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَمُ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا [24] حَكِيمًا	۲
۳۹		وَأَنْ تَيْسَرَ لِلنَّاسِ الْإِسْلَامَ إِلَّا مَا سَعَى	۳

فهرست احادیث شریفه

شماره حدیث	منبع	نص حدیث	شماره
ج ۶ ص ۳۷	نیل الاوطار شرح منتقی الاخبار من احادیث سید الاخيار	و عن سعد بن ابی وقاص رضی الله عنه : جاء نى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت: يا رسول الله صلى الله عليه وسلم! انى قد بلغ بى من الوجع ما ترى و انا ذو مال ولا يرثنى الا ابنه لى افا تصدق بثلث مالى؟ قال: لا. قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا. قلت: فالثلث؟ قال: الثلث و الثلث كثير او كبير انك ان تذر ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عاله يتكففون الناس.	۱
۲۵۸۷	صحيح البخارى	عن عبدالله بن عمر رضی الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق امرىء مسلم له شىء يريد ان يوصى فيه يبيت ليلتين الا و وصيته مكتوبه عنده).	۲
۳۵۶	فتح البارى	اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلاثه اشياء: صدقه جاريه او علم ينتفع به او ولد صالح يدعوا له.	۳
۲۸۷۰	سنن ابى داوود	ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه لا وصيه لوارث.	۴

فهرست اعلام

۱۱۷	ابوحنیفه نعمان بن ثابت	۱
۲۷	ابو یوسف	۲
۴۹	محمد بن حسن الشیبانی	۳
۴۹ و ۱۲	زفر بن هذیل	۴
۱۲۸	امام مالک	۵
۱۲۳ و ۱۲۸	امام محمد بن ادريس الشافعی	۶
۱۲۸ و ۱۷	امام احمد بن حنبل	۷
۷	شیخ عبدالوهاب خلاف	۸
۱۷	ابن حزم ظاهری	۹
۱۰	امام شوکانی	۱۰
۲۷	ابن قدامه الحنبلی	۱۱
۸۰	ابن تیمیه	۱۲
۸۰	ابن القيم الجوزی	۱۳
۸۳	شیخ انصاری	۱۴
۹۶	نووی	۱۵

اهم منابع و مراجع

ابن عابدين ، محمد امين بن عمر ، رد المحتار على الدر المختار ، چاپ دوم ، مصر: مطبعة الباي الحلبى — 1386 هـ ق .
ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله بن احمد وشمس الدين بن قدامة المقدسى ، المغنى والشرح الكبير ، بيروت: دارالكتاب العربى .

ابن قدامة ، موفق الدين عبدالله بن احمد ، المغنى فى فقه الامام احمد بن حنبل الشيبانى ، جلد ششم ، بيروت: دارالفكر .
ابن نجيم ، زين الدين بن ابراهيم ، البحر الرائق شرح كنزالدقائق ، جلد هشتم ، چاپ دوم ، بيروت: دارالمعرفة .
الازهرى ، صالح عبدالسميع ، جواهرالإكليل شرح مختصرالخليل ، جلد دوم ، بيروت: دارالمعرفة .
ألكاسانى ، علاء الدين ابى بكر بن مسعود ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، جلد هفتم ، مصر: 1328 .
الأوسى الحنفى ، سراج الدين ابومحمد على بن عثمان بن محمد التيمى ، الفتاوى السراجية ، نشرات المكتبة الحقانية ، پشاور — پاکستان .

البرديسى ، محمد زكريا ، الميراث والوصية فى الاسلام ، قاهره: دارالقومية للطباعة والنشر — 1384 .
البهوتى ، منصور بن يونس ، كشف القناع عن متن الإقناع ، جلد چهارم ، رياض: مكتبة النصر الحديثة .
تقتازانى ، سعدالدين ، حاشية على المختصر ، دارالكتب العلمية ، عام الطبع 1983 م ، بيروت — لبنان .
الجرجاني ، على بن محمد الشريف ، التعريفات ، بيروت: مكتبة لبنان .
الجزائرى ، عبدالرحمن ، الفقه على المذاهب الأربعة ، چاپ دوم ، 1371 .
الخطيب ، حسن احمد ، الفقه المقارن ، دارالمصرية اللبنانية ، 1991 .
الدسوقى ، محمد شمس الدين ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ، جلد چهارم ، دارالفكر .
الرملى ، شمس الدين محمد بن ابى العباس ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، جلد ششم ، مصر: مطبعة مصطفى الباي الحلبى ، 1357 .

الزحيلي ، وهبة ، الفقه الاسلامى و أدلته ، چاپ سوم ، جلد هشتم ، بيروت: دارالفكر ، 1409 .
الزحيلي ، وهبة ، الفقه الحنفى الميسر ، جلد سوم ، مكتبة محمدية ، كراتشى باكستان .
زحيلي ، وهبه ، احكام وصيت و وقف در فقه اسلامى ، مترجم: خالد ابوبى نيا ، نوبت چاپ اول ، سال طبع ، 1390 ، مشهد — ايران .

زحيلي ، وهبه ، فقه خانواده در جهان معاصر ، ترجمهء عبدالعزيز سليمى ، نشر احسان ، سال چاپ 1385 ، تهران — ايران .
سابق ، سيد ، فقه السنه ، ترجمه: محمود ابراهيمى ، انتشارات محمدى سقر ، سال طبع 1371 هـ ش ، تهران — ايران .
السباعى ، مصطفى و عبدالرحمن الصابونى ، الاحوال الشخصية ، چاپ دوم ، مطبعة جامعة دمشق ، 1390 .
السرخسى ، شمس الدين ، المبسوط ، بيروت: دارالمعرفة ، 1414 .
سعيد الصاغر جى ، اسعد محمد ، الفقه الحنفى و أدلته ، چاپ كتابخانه رشيديه ، پشاور — پاکستان .
سغدى ابوالحسن ، على بن الحسين بن محمد ، ألتنف فى الفتاوى ، مكتبة رشيديه ، پشاور — پاکستان .
السمرقندى ، ابى الليث نصر بن محمد بن احمد بن ابراهيم ، خزانة الفقه ، مكتبة عمريه ، كانسى رود كويته — پاکستان .
السنهورى ، عبدالرزاق ، الوسيط فى شرح القانون المهنى الجديد ، منشورات الحقوقية ، عام الطبع 1998 م ، بيروت — لبنان .

سويد ، محمد امين ، تسهيل الاصول على قواعد الاصول ، مطبعة دارالعلم ، عام الطبع 1991 م ، دمشق — سورية .
شاطبي ، ابواسحاق ، الموافقات ، دار المعرفة ، عام الطبع 1424 هـ ق ، بيروت — لبنان .
الشرييني ، محمد ، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، جلد سوم ، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، 1352 .
الشوكاني ، محمد بن علي ، نيل الاوطار عن أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار ، جلد پنجم وششم ، قاهرة: دارالحديث .
شيخ الاسلامي ، اسعد ، احوال شخصيه در مذاهب چهار گانه اهل سنت ، نوبت چاپ سوم ، سال 1389 ، قم — ايران .
عبده ، محمد بروجردی ، حقوق مدنی ، سال طبع 1380 ، نوبت چاپ اول ، انتشارات مجد ، تهران — ايران .
قبله ای خوبی ، خليل ، آيات الاحكام (حقوق مدنی — جزائی) ، وزارت ارشاد وفرهنگ اسلامي ، سال چاپ 1384 هـ ش ، تهران — ايران .
قرطبي ، محمد بن احمد بن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، جلد دوم ، چاپ هشتم ، لبنان: دارالمعرفة — 1406 .
كمال الدين ، محمد بن عبدالواحد ، فتح القدير ، انتشارات مكتبه رشيديه ، پشاور — پاکستان .
لنگرودی ، محمدجعفر جعفری ، ترمینولوژی حقوق ، سال چاپ 1385 ، نوبت چاپ شانزدهم ، کتابخانه گنج دانش ، تهران — ايران .
مسعود انصاری و محمدعلی طاهری ، دانشنامه حقوق خصوصی ، ج 3 ، سال چاپ 1388 ، نوبت چاپ سوم ، ناشر: انتشارات جنگل جاویدانه ، تهران — ايران .
وردک ، عبدالرحمن ، روضة الاحكام ، مدينة كتب خانه ، محله جنگی بازار پشاور — پاکستان .
وزارة الأوقاف والشئون الاسلامية ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، الطبعة الثانية ، عام الطبع 1404 ، كويت .

Summary of the discussion

Willing is an old system, but in some eras it has been associated with cruelty and injustice. For example, among the Romans, the head of the family had the right to unconditional possession of his properties through a will, even sometimes he made a will to a stranger. He deprived his children of his inheritance.

The Arabs of the Jahiliyyah made wills in favor of strangers out of pride and deprived their close relatives and inheritors of their inheritance.

When the holy religion of Islam emerged, it determined pillars, conditions, causes and obstacles for the will like other contracts and events, and it did not stop there and clarified that the enforcement in excess of one third in the will is invalid, because expediency requires that The heirs should not be deprived of their rights by the execution and enforcement of the entire will, which is indeed an inheritance and is a compulsory right. For this reason, the heir was not allowed to bequeath more than a third. Similarly, women in the Islamic system have a high status and so on. Jahili or Roman systems, etc., are not inherited and bequeathed, but in Islam, which is a disciplined and moderate system, women are recognized as a separate personality who can own property, do business, inherit, bequeath, and the like.

The sources of the will are the Qur'an, the Sunnah and the consensus of the Muslim Ummah, and its legislative wisdom is to observe the expediency of the testator in order to obtain the reward in the hereafter and to observe the interests of people such as relatives who are not heirs and thus obtain money or wealth.

According to Hanafi jurists, the ruling of a will is love or charity, but Imam Shoukani, may God have mercy on her, considers it to be mandatory.

Among the Hanafi jurists, Imam Zafar, may God have mercy on him, considered the pillar of the will to be the only requirement and accepted it as the only condition of validity, but most of the Hanafis are of the opinion that both acceptance and acceptance are the pillars of the will. The president has considered the will as a contract and mentioned the following four pillars for it: 1- The testator. 2- Musi Leh. 3- Testator to. 4- Concubine. A will can be divided into several types, among which the following divisions can be mentioned: a) Dividing a will into the credit of a compulsory judgment. b) Types of wills based on the status of the decree. c) types of wills to be valid and binding. d) types of wills to the credit of the subject. e) Types of bequests to the credit of benefits. f) The types of wills are valid, necessary and permissible.

According to Shia, there is another division, which is based on the element of commitment and possession, and they have divided the will into covenant and ownership and mentioned separate elements for it.

A will is an institution that is appointed as a guardian to protect the deceased by a forced guardian in order to manage his financial affairs after his death. Molly v. appoint a person as the executor.

There are many differences between guardianship, tutelage, and representation, each of which is related to the Shariah powers and obligations of guardians, executors, guardians, and attorneys, as well as interests that are assigned to persons under guardianship, guardianship, and representation.

According to Shari'a requirements, the guardian must be Muslim, wise, mature, just and faithful and not have worldly enmity with the child under her guardianship. The executor can be discretionary in the sense that the testator herself decides to appoint the executor, and it can also be forced or judicial in the sense that she is appointed by the court.

An independent executor is appointed by the father and paternal grandfather to manage the property of his child or grandchild, and if the father and paternal grandfather had not appointed anyone as an executor during their lifetime, and later a person was appointed as an executor by a competent court, this executor has the title of forced or judicial executor.

The testator can choose one or more executors instead of one executor. Hanafiyyah and Malikiyyah say: Both testators must have joint efforts and none of them can perform an action on their own in buying and selling or marriage, but according to Shafiyyah and Malikiyyah: if a will has been made for both testators, neither one of them has the right to occupy property. From the Shia point of view: If there are two guardians and the testator specifies that each of them can individually conclude affairs related to the will, for example, a lease, the act of the first testator, i.e. the first lease, is valid and the lease of the second person is considered invalid.



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master's Program in Jurisprudence and Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

**Examining and Comparing the Rulings of Will and Bequest in
Sunni and Shia Religions**
(Master's thesis)

Prepared by: Mohammad Haroon Safi
Supervisor: Dr. Rafiullah Ataa

Year: 2022



Salam University
Faculty of Sharia and Law
Master's Program In Jurisprudence and Law



Islamic Emirate of Afghanistan
Ministry of Higher Education
DM of Academic Affairs

**Examining and Comparing the Rulings of Will and Bequest in
Sunni and Shia Religions**
(Master's thesis)

Prepared by: Mohammad Haroon Safi
Supervisor: Dr. Rafiullah Ataa

Year: 2022