



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

الفقيه

آية الله العظمى
الميرزا محمد باقر
الكاظمي

كتاب الوصية



دار العلوم
قم، إيران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٦١
٩	اشاره
٩	اشاره
١١	كتاب الوصيه
١١	اشاره
١٣	معنى الوصيه
٢٠	مسأله ١ هل الوصيه تحتاج إلى القبول
٢٩	مسأله ٢ القبول بعد الموت
٣٣	مسأله ٣ تنضيق الواجبات بظهور أمارات الموت
٤١	مسأله ٤ أقسام رد الموصى له
٥٤	مسأله ٥ لو قبل الموصى له بعض الوصيه
٥٩	مسأله ٦ هل يجوز للورثه التصرف قبل القبول
٦٢	مسأله ٧ إذا مات الموصى له قبل القبول
٩٠	مسأله ٨ الوصيه بحاجه إلى القبول
٩٩	مسأله ٩ الوصيه تتحقق بكل مظهر
١٠٨	مسأله ١٠ شرائط الموصى
١٢٩	مسأله ١١ جعل الأب والجد القيم
١٣٩	فصل فى الموصى به
١٣٩	اشاره
١٤٩	مسأله ١ لا وصيه فى أزيد من الثلث
١٦٠	مسأله ٢ لا يشترط قصد كونه من الثلث
١٦٦	مسأله ٣ لو لم يعلم هل هو بالواجب أم لا
١٧٢	مسأله ٤ إجازة الوارث بعد حياه الموصى

- مسألة ٥ لو قال الورثة ظناً بكذا ١٨٤
- مسألة ٦ الثلث حال الوفاة ١٩٣
- مسألة ٧ هل النقص على الثلث ٢٠٠
- مسألة ٨ إذا حصل المال بعد الموت ٢٠٤
- فصل ٢١١
- مسألة ١ لا تصح الوصية للمعصية ٢١١
- مسألة ٢ جواز الرجوع عن الوصية ٢١٧
- مسألة ٣ لو أوصى بالمضاربه بتركته ٢٢٥
- مسألة ٤ هل الواجب بالمعارض كالواجب بالأصل ٢٣٢
- مسألة ٥ حق لله وحق الناس ٢٣٩
- مسألة ٦ إذا لم يكف الثلث لوصاياه ٢٤٣
- مسألة ٧ صور الوصايا المتعدده ٢٤٩
- مسألة ٨ لو أوصى بمعين زائد على الثلث ٢٥٣
- مسألة ٩ الوصية بجزء المال ٢٥٩
- مسألة ١٠ لو أوصى بسهم من ماله ٢٦٦
- مسألة ١١ لو أوصى بالسدس ٢٦٩
- مسألة ١٢ لو أوصى بشيء من ماله ٢٧١
- مسألة ١٣ لو أوصى بسفينه أو صندوق ٢٧٤
- مسألة ١٤ لو أوصى بحرمان بعض الورثة ٢٧٨
- مسألة ١٥ لو أوصى بلفظ مجمل ٢٨٤
- مسألة ١٦ لو أوصى بمال كثير ٢٩٠
- مسألة ١٧ لو أوصى بشيء مبهم ٢٩٥
- مسألة ١٨ لو أوصى بحمل الدابه ٢٩٦
- مسألة ١٩ لو قال: إن كان ذكراً فكذا أو أنثى فكذا ٣٠٠
- مسألة ٢٠ على من نفقه الدابه؟ ٣٠٩
- مسألة ٢١ يلزم اتفاق الورثة ٣١٦

- مسألة ٢٢ الوصية تثبت بشاهدين ٣٢٢
- مسألة ٢٣ شهادة المرأة في الوصية ٣٣٧
- مسألة ٢٤ شهادة العدل الواحد مع اليمين ٣٤٥
- مسألة ٢٥ شهادة الوصي ٣٤٧
- فصل في الموصى له ٣٤٩
- مسألة ١ الوصية للمعدوم أو بالمعدوم ٣٤٩
- مسألة ٢ الوصية للوارث ٣٥٢
- مسألة ٣ لو كان الموصى به غير محصور ٣٤٢
- مسألة ٤ الوصية للحمل ٣٧٢
- مسألة ٥ لو أوصى المسلم للفقراء ٣٧٤
- فصل في الأوصياء ٣٨٣
- مسألة ١ عدم اعتبار اللفظ في الوصية ٣٨٣
- مسألة ٢ لو أوصى إلى العاقل فجن ٣٩٢
- مسألة ٣ الوصية إلى الصبي ٣٩٥
- مسألة ٤ الوصية إلى المرأة ٤٠٥
- مسألة ٥ لو أوصى إلى اثنين ٤٠٨
- مسألة ٦ وجوب قبول الوصية ٤٢١
- مسألة ٧ الوصية إلى العاجز ٤٣١
- مسألة ٨ خيانه الوصي ٤٣٤
- مسألة ٩ عمل الوصي حسب العرف ٤٣٤
- مسألة ١٠ اشتراء الوصي من مال الميت ٤٤١
- مسألة ١١ صفات الموصى حال التنفيذ ٤٤٩
- مسألة ١٢ لا تصح الوصية على الكبار ٤٥١
- مسألة ١٣ أجره المثل للوصي ٤٥٥
- مسألة ١٤ لو أوصى للأجنبي عن الإرث ٤٤١
- مسألة ١٥ لو أوصى للأجنبي بنصيب ابن ٤٤٤

مسأله ١٦ لو أوصى بالضعف ٤٦٥

مسأله ١٧ لو أوصى للفقراء ٤٦٧

مسأله ١٨ لو أوصى بفرسه وللآخر بتمام الثلث - ٤٧١

مسأله ١٩ لو أوصى بدار فانهدمت - ٤٧٤

مسأله ٢٠ لو قال: أعطوا زيدا والفقراء كذا ٤٧٦

مسأله ٢١ لو أوصى بثلاث ولآخر بربع ٤٧٧

مسأله ٢٢ منجزات المريض ٤٨٠

المحتويات ٤٨٧

تعريف مركز ٤٩٦

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ : لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ح ۵ ف ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ _ ١٩٨٨ م

مُنقَّحه ومصحَّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم _ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص: ٢

كتاب الوصيه

اشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الوصيه

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٤

وهى أما مصدر وَصَى وَيَصِي، بمعنى الوصل، حيث إن الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياه

{وهى أما مصدر وَصَى وَيَصِي، بمعنى الوصل} يقال: أرض واصيه، أى متصله بالنبات، فالوصيه والوصل بمعنى واحد، وإنما سمي بهذا الاسم {حيث إن الموصى يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياه}.

قال فى مفتاح الكرامه: لما فيه من وصله القربان بعد الموت بالقربان فى حال الحياه، أو بالعكس، كما فى التذكره وكنز العرفان وجامع المقاصد وإيضاح النافع والروضه، وهو معنى قوله فى الوسيله: صلّه ما بعد الموت بخير إلى ما قبله، أو لها فيه من وصله التصرفات حال الحياه به بعد الوفاء، كما فى فقه الراوندى والتحرير وغيرها.

أقول: وقوله: (بخير) من باب غالب استعمالها، وإلا فلا فرق فى الشر والخير

وإما اسم مصدر بمعنى العهد، من وَصَّى يَوْصِي تَوْصِيه، أو أَوْصَى يَوْصِي إِيْصَاءً

فى ذلك، وعليه فمن الممكن قصد أنه وصل غيره إلى نفسه، ومنه وَصَّى وَأَوْصَى والمصدر التَّوْصِيه والإيْصَاء، والاسم الوصيه والوصاه، كما عن جماعه أولهم ابن إدريس فى السرائر، وعلى كونها مصدرًا يدخل فيها الفاعل، كما هو الفارق بينه وبين اسم المصدر حيث إنه اسم للحدث فقط.

{وإما اسم مصدر} فكأنها لفظ مشترك بينهما {بمعنى العهد، من وَصَّى يَوْصِي تَوْصِيه، أو أَوْصَى يَوْصِي إِيْصَاءً} وهذا هو الذى رجحه السيدان الوالد والبروجردى.

قال أولهما: (وهو التعيين بقريته صلته بالباء وتعديه يالى، ولا معنى لصله الوصل أو تعديه بذلك، ولعدم معهوديه استعمال المشتق من وصى يصى فى باب الوصايا، لا فى العرف ولا فى الأخبار).

وقال ثانيهما: (هذا هو المتعين، والعهد هنا هو الذى يستعمل متعدياً بلفظه إلى، ويرادفه أو يقرب منه لفظه (سفارش) فى لغه الفرس).

قال الله تعالى: (أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ) (١)، و(عهدنا إلى آدم) (٢)، و(قالوا إن الله عهد الينا) (٣).

وقال تعالى: (وَوَصَّى بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ) (٤)، و(أم كنتم شهداء إذ وصاكم الله بهذا) (٥)، و(ذلكم وصاكم به) (٦).

ص: ٦

١- سورة يس: الآية ٦٠

٢- سورة طه: الآية ١١٥

٣- سورة آل عمران: الآية ١٨٣

٤- سورة البقره: الآية ١٣٢

٥- سورة الأنعام: الآية ١٤٤

٦- سورة الأنعام: الآية ١٥١

وهى إما تملكه أو عهده، وبعبارة أخرى إما تملك عين أو منفعه

نعم غلب استعمالها فى عهد الإنسان إلى غيره بما يريد حصوله من بعد موته فى ماله وبدنه، انتهى.

أقول: لا منافاه بين الوصل والعهد، إذ العهد نوع من الوصل أيضاً، ومقتضى القاعده كون الماده بمعنى واحد، سواء فى المجرى أو المزيده فيه، كما أن المصدر واسم المصدر قد يكون لهما صيغه واحده، وإنما الاختلاف بالقصد، وكل من العهد فى حال الحياه وبعد الممات يقال له وصيه، مثل قول على (عليه السلام): «أوصيكم عباد الله» (١).

وبما تقدم ظهر أن استظهار المستمسك أن الثلاثى بمعنى الوصل، والرابعى بمعنى العهد، مستنداً إلى ما استظهره من الصحاح والقاموس، غير ظاهر الوجه.

نعم، الكتب الفقهيه تستعمل الوصيه بمعنى الوصيه بعد الموت، وهذا اصطلاح خاص لعله سبب كونها حقيقه فقهيته.

{وهى إما تملكه} فائدتها تملك الموصى شيئاً لآخر، {أو عهده} لا تملك فيه، مثل الوصيه بغسل فلان له، ودفنه فى مكان كذا.

{وبعبارة أخرى إما تملك عين} مثل إعطاء زيد داره {أو منفعه} مثل إسكان

ص: ٧

أو تسليط على حق أو فك ملك أو عهد متعلق بالغير أو عهد متعلق بنفسه كالوصيه بما يتعلق بتجهيزه

زيد في داره إلى مده سنه {أو تسليط على حق} مثل إعطاء غيره حق خياره {أو فك ملك} مثل الوصيه بجعل داره مسجداً {أو عهد متعلق بغيره} مثل تزويجه بنت أختها، أو إشرافه على ولده الصغير، {أو عهد متعلق بنفسه كالوصيه بما يتعلق بتجهيزه}.

والظاهر أن تقسيمها إلى عهديه وتمليكيه صرف اصطلاح، وإلا فالوصيه ليست إلا عهداً، فإنه كما تتعلق بعمل كذا تتعلق بالأمر الوضيغ كالولاية وافتكاك الملك، ولذا قال تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) (١١)، ومعناها حينئذ الإيصاء بترتيب هذه الآثار، ويفيد ذلك الوضع، فهو مثل أن يوصى أن يكون لزيد ثلثه حيث يفيد الوضع.

ولذا قال بعض المعلقين: الظاهر أن الوصيه اصطلاحاً عبارته عن العهد المتعلق بأمر راجعه بعد الموت، حالها حال الأمور الراجعه إلى الإنسان حال حياته، وكما أن بعضها عقود وبعضها إيقاعات، وبعضها عود وبعضها استدعاء، كذلك العهود الراجعه إلى بعد الموت، فإن كان تمليك عين أو منفعه، أو نقل حق أو تسليطاً أو وكالة فهو عقد كما في حال الحياه، وإن كان إبراءً أو إسقاطاً فهو إيقاع، وإن كان عهداً راجعاً إلى تجهيزه وردّ أمانته فهو إذن واستدعاء، إلى غير ذلك.

ص: ٨

فالفارق بين الوصيه وغيرها أن الوصيه معلقه بالموت، وغيرها مرتبطه بحال الحياه، فقد يوكل زيداً في أن يحج عنه حال حياته فيما له أن يستنيب، وقد يوكله في أن يحج عنه بعد وفاته، وقد يولى زيداً على ولده الصغير حال حياته، وقد يولى عليه بعد موته، إلى غير ذلك.

نعم، قد يصح شيء في حال الحياه فقط، وقد يصح في حال الموت فقط، وقد يصح في حال الموت فقط، مثلاً يصح التوكيل لطلاق زوجته حال حياته دون حال موته، ويصح الاستيجار لقضاء صلاته وصومه حال موته دون حال حياته، وقد يكون مقيداً في حال دون حال، مثل إعطاء زيد كل أمواله، فإنه لا قيد له في حال حياته، بينما مقيد بعد موته بإجازة الورثه.

وعليه فالأصل وحده حال الحياه والموت إلا- فيما خرج بالدليل، فمن جعل الوصيه عنواناً مستقلاً في قبال العقود والإيقاعات لاحظ الاختلافات بينهما، ومن لم يجعلها عنواناً مستقلاً في قبالها لاحظ الأصل.

وإنما كان الأصل التساوي لأنه القاعده العقلايه، والشارع لم يغيرها إلا في بعض الخصوصيات، ولذا فإذا شك في أن أى عقد أو إيقاع أو ما أشبه نافذ بعد الموت بالوصيه لا يرجع فيه إلى إطلاق دليل الوصيه، بل إلى إطلاق وعدم إطلاق دليل تلك العقود والإيقاعات ونحوهما.

ومما تقدم ظهر أن مراد الفاضلين والشهيدين وغيرهم، حيث قالوا إنها تملك عين أو منفعه بعد الموت، لم يريدوا الحصر بل المثال، ولذا نراهم يزيدون على ذلك كلما توجهوا إلى جهه خارجه مثلاً.

وتنقسم انقسام الأحكام الخمسه.

قال فى القواعد: إنها تملك عين أو منفعه بعد الموت.

وزاد فى التذكره: أو تسليط على تصرف.

وقال فى الدروس: إنها تملك عين أو منفعه، أو جعلها فى جهه مباحه.

وقال فى الكفايه: تملك عين أو منفعه أو فك ملك بعد وفاه أو تسليط على تصرف بعدها.

إلى غير ذلك، فالإشكال فى التعريفات المذكوره بعدم الاطراد والانعكاس غير وارد.

ثم إن الوصيه صحيحه _ فى قبال عدمها إطلاقاً _ بالأدله الأربعة.

ويكفى من الإجماع قول التذكره: أجمع العلماء كاه فى جميع الأمصار والأعصار على صحه الوصيه وجوازها، بل فى مفتاح الكرامه: قد أجمع علماؤنا على نقل الإجماع على ذلك.

ومن العقل أن العقلاء يرون ذلك.

فاحتمال أنه إذا مات انقطع عما بعده فأى شأن له فى ما لا يرتبط به غير ظاهر الوجه.

{وتنقسم} الوصيه {انقسام الأحكام الخمسه}، فقد تكون واجبه مثل الوصيه بالواجبات كالديون التى عليه، وقد تكون محرمه مثل الوصيه بالمحرم، وقد تكون مستحبه كالوصيه بقراءه القرآن له، وقد تكون مكروهه مثل الوصيه بتأخير أولاده الصلاه إلى آخر الوقت، وقد تكون مباحه مثل الوصيه بوضع جنازته فى مكان كذا إلى وقت الحمل، حيث لا مرجح له فعلاً ولا تركاً.

ومنه يعلم أن قول بعضهم بالوجوب وبعضهم بالاستحباب، أو كذا غير الأقسام الأخر، فعن الغنيه والسرائر ينبغى، وعن المهذب والراوندى والجامع

يستحب، وعن الكافي أنها مما تعبد الله سبحانه العبد به، وعن المقنعه قال باب الوصيه ووجوبها، ولذا فصل في التذكرة بين من عليه حق فهي واجبه، ومن لا حق عليه فهي مستحبه، إلى غير ذلك من كلماتهم.

أما قوله سبحانه: (كَتَبَ) (١١)، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه» (٢)، فالمراد بها الواجبه كما هو المنصرف.

ثم إذا أوصى بالواجب والمستحب والمباح وجب تنفيذها على شرط القبول ونحوه كما سيأتي، وإذا أوصى بالحرام حرم التنفيذ وإن قبل، لأن الوصيه ليست مشرعه.

ومن الواضح أن قوله سبحانه: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) يراد به في مقابل حرمه المخالفه، فلا يدل على جواز ترك الإصلاح باتباع الجنف والإثم.

وإذا أوصى بالمكروه كالمثال المتقدم، فهل يجوز تركها باعتبار أن شرط الله قبل شرطه، كما في تلك الروايه، أو لا، باعتبار ما دل على أن اللازم تنفيذ الوصيه، الظاهر الأول، وأدله الثاني منصرفه لمن مثل المكروه، فلو أوصى بأن لا تتزوج زوجته وقبلت، لا يلزم عليها التنفيذ، إلى غير ذلك من الأمثله.

ص: ١١

١- سورة البقره: الآية ١٧٨

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٢ الباب ١ من أبواب الوصايا ح ٨

مسألة ١ هل الوصيه تحتاج إلى القبول

(مسألة ١): {الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول}، فإن الوصيه عهد والعهد يحصل سواء قبل الطرف أم لا، فإذا قال: «أوصيكم عباد الله بتقوى الله» (١)، فلم يعملوا، يقال: إنه وصاهم فلم يقبلوا.

أما إذا قالت امرأه للرجل: زوجتك نفسى فلم يقبل، لا يقولون إنها زوجته نفسها فلم يقبل، إلا على ضرب من المجاز، وكذلك فى سائر العقود، حيث لا تحقق لها عرفاً إلا بالطرفين، والوصيه ليست كذلك، ويؤيده ما سيأتى من وجوب العمل بالوصيه على الموصى إليه إذا لم يرد، أو رد ولم يبلغ الموصى الرد، ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، أمثال الساده الوالد والجمال وابن العم وغيرهم، بل قال فى المستمسك: ما ذكره المصنف مما لا ينبغى الإشكال فيه.

نعم قال السيد البروجردى: أى إلى قبول الموصى له وإن كانت ربما احتاجت إلى قبول الموصى إليه فى بعض أحكامها.

أقول: الظاهر أن مراد المصنف ذلك لا قبول الموصى إليه.

ومما تقدم يعلم أن المحكى عن القواعد وجامع المقاصد والمسالك وغيرها من أنها عقد، بل عن الحدائق أنه المشهور فى كلامهم، بل ظاهرهم الاتفاق عليه، غير ظاهر الوجه، ولعل مما يؤيد عدم إرادته جميعهم كون كل أقسام الوصيه عقداً ما نراهم من النقص والإشكال فى تعريفات بعضهم للوصيه: بأنها تمليك عين أو منفعه، بالنقض بالوصايا العهديه، مع أن قولهم إنها تحتاج إلى

ص: ١٢

الإيجاب والقبول منصب على التعريف المذكور، مما يظهر منه أن المستشكل لا يسلم بأن الوصيه مطلقاً بحاجه إلى الإيجاب والقبول.

{وكذا الوصيه بالفك} أى الانفكاك {كالعق}، فإذا قال: إذا مت تحرر عبدى، كانت وصيه، وإن لم تحتج إلى القبول، وليست عهداً إلى أحد، وكقوله: إذا مت جعلت دارى مسجداً أو مدرسه، فإن الظاهر أنه يصح، إذ هو عقلائى لم يردع الشارع عنه، فيشمله «الوقوف على حسب ما وقفها أهلها»، وكذا إذا قال: إذا مت فذمه مديونى برىء، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما إذا أوصى بأنه إذا مات جعل زيد داره وقفاً أو أعتق عبده أو ما أشبه ذلك، فإنه من الوصيه المحتاجه إلى القبول، فإن الناس مسلطون على أعمالهم، فلا يحق لإنسان آخر إيجاب شىء عليهم.

ولو قال: جعلته ولياً، أو وكيلاً فى الإشراف على أولادى أو على أموالى من الثلث ونحوه، فالظاهر الاحتياج إلى القبول فى الثانى، لأن الوكاله عقد، بخلاف الأول فإنه كالإذن ولا حاجه إلى قبول المأذون، فكما أنه إذا قال له: أذنت لك فى دخول دارى، لم يحتج إلى القبول، فإنه مأذون فى الدخول وإن رفض، كذلك إذا قال: أنت ولى عنى، وقد سبق فى بعض المسائل الفرق بين الوكاله والإذن.

ولو أوصى بإبراء المديون وبوقف المسجد وبالمضارعه وبالمساقاه احتاج إلى القبول، وأما لو أوصى ولده أن يقضى عنه صلاته فالظاهر عدم الحاجه إلى القبول، لأنه وصيه بواجب.

وأما التملكيه فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً، وعليه تكون من العقود، أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من الإيقاعات

نعم، لو أوصاه بأن يستأجر عنه من يقضى صلاته احتاج إلى القبول.

{وأما} الوصيه {التمليكيه فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً} في الإثمار {وعليه تكون من العقود} حيث تكون الوصيه حينئذ مركبه من إيجاب وقبول.

{أو شرطاً} فهي تحقق بالموصى فقط، وإنما تشترط بالقبول {على وجه الكشف} بأن يكون القبول كاشفاً عن انتقال الملك إلى الموصى إليه من حين الوصيه.

{أو النقل} أي من حين القبول.

{فيكون من الإيقاعات} القائم به بطرف واحد، إذ الشرط ليس داخلياً في العله، وإن لم تتحقق العله إلا به، وفرق ظاهر بين الأمرين خارجاً وعقلاً، فالنار تحرق بشرط اليبس أو الاقتراب منها مثلاً، بينما ليس أي منهما داخلياً في عله الاحراق ومقوماً له.

وقد صرح غير واحد من الفقهاء بأنها بحاجه إلى الإيجاب والقبول، كأبني زهره وإدريس والفاضلين والشهيديين وغيرهم، بل عن المبسوط التصريح بأنه عقد، وفي مفتاح الكرامه إن كونها عقداً مما لا ينكر، وقال جمع منهم: إنما هو من العقود الجائزه فيجوز للموصى الرجوع وللموصى له الرجوع.

ويظهر ممن اكتفى بالقبول الفعلي جريان المعاطاه فيها، وإذا قبل الموصى له في حال

ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها، بل يكون الرد مانعاً

الحياه كان للموصى الإبطال، لأنه عقد جائز.

وكيف كان، فالاحتمالات في المسألة كون القبول جزءاً ناقلاً أو كاشفاً، أو شرطاً كاشفاً أو ناقلاً، أو أنه لا دخل له في انتقال الملك، بل ينتقل الملك بمجرد الموت، لكنه ملك متزلزل، فإذا حصل القبول استقر، أو عدم دخل القبول في الملك ولا في استقراره بل الرد يمنع عن الملك، فإذا لم يقبل الموصى له ولم يرد ثبت الملك.

وقد نسب كون القبول جزءاً من حينه إلى المختلف وغيره، وكونه شرطاً إلى المشهور، وكونه جزءاً من حين العقد إلى موضع من المبسوط والخلاف وابن الجنييد، وإن كان في بعض هذه النسب إشكال.

والمصنف اختار الأخير، ولذا قال: {ويحتمل قوياً عدم اعتبار القبول فيها بل يكون الرد مانعاً}، لكن الظاهر أنها عقد والقبول كاشف لا ناقل، كما هو الظاهر من المشهور، فليس القبول شرطاً ولا جزءاً ناقلاً، ولا غير ذلك من الاحتمالات.

وذلك لأن تملك الموصى له بدون قبوله تصرف فيه، وخلاف سلطنه الإنسان على نفسه، فكما تحتاج الهبة إلى القبول، كذلك الوصية التمليكية، وكما لا حق للموصى في تملك الموصى له في حال حياه الموصى، لا حق له في تملكه بعد مماته، ولا يرد على ذلك إلا ما أورده جمع، منهم السيد الوالد بقوله: (الظاهر عدم مدخليه القبول في صدق الوصية وتحققها).

نعم هو جزء أو شرط في تحقق الموصى به فيما كان تصرفاً في الغير وضعاً

أو كلفه من حيث سلطنه ذلك الغير على نفسه، لا من حيث كون الوصيه أمراً قائماً باثنين، ولذا لا يعتبر في مثل الوصيه بالعتق، ويكون ثلثه في سبيل الله، وفي العهديه البالغه بعد الموت مع اتحاد حقيقه الوصيه في مواردھا.

وما أورده آخرون منهم المستمسك حيث قال: (ويشكل بما ذكروه من اعتبار التوالى بين الإيجاب والقبول، وأن موت الموجب قبل القبول مانع من تألف العقد فكيف يصدق العقد في المقام) انتهى.

وفيهما ما لا يخفى:

إذ يرد على الأول: إن الوصيه التي تصدق مع عدم القبول إن أريد بها الإيجاب فقط فصدقها لا تنفع، وإن أريد بها حقيقه الوصيه فلا صدق، فالوصيه مثل سائر الإيجابات، فإذا قالت: زوّجتك نفسى، فلم يقبل الرجل صدق أنها زوجت نفسها فلم يقبل، فهل يقال إنه تزويج، وكذا إذا قال: أنت وكيلى، فلم يقبل صدق أنه وكله فلم يقبل، فهل يقال: إنه وكاله؟

والحاصل: إن قولهم (وصى) يراد به الإيجاب فقط، مثل قولهم (زوّجت) و(وكل) إلى غير ذلك، فالوصيه كسائر العقود قائم باثنين، ولا ينقض ذلك بالوصيه بالعتق وإلا نقض ذلك بمثل النكاح، فهل يقال بأنه إيقاع، حيث بناؤهم أن نكاح المولى عبده بأتمته إيقاع، والحل: إن الحقيقه الواحده تختلف مواردھا، ولعله لذا يظهر من الشيخ المرتضى أن الوجه في ذلك أصله عدم انتقال المال مع عدم القبول.

وإشكال المستمسك عليه بقوله: (فيه مع أنه لا يقتضى الجزئيه، بل ما هو أعم منها ومن الشرطيه، أنه لا مجال للأصل مع الدليل وهو إطلاقات نفوذ الوصيه

وصحتها لا سيما بعد قوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا) (١١)، إلى آخر كلامه، غير وارد.

إذ أولاً: إن أصل القيام بالطرفين الجزئيه فى كل طرف، فأى وجه للشرطيه فى طرف القابل دون الموجب، وإلا لنقض كلامه بالقبول فى البيع وفى الإجاره وغيرهما.

وثانياً: لا نسلم الإطلاق، والآيه لا دلالة فيها، بل هى مثل (من خاف من بائع جنفاً) إذ المراد به الموجب فقط.

بقى الكلام فى اعتبار التوالى، وفيه: إنه أى دليل على ذلك، وهل اللانزم فى كل عقد ذلك، ومن أين ذلك، فإن العرف لا يرون التوالى فى الوصيه، والشارع قرره.

ومما تقدم يعرف أن قول السيد البروجردى: (إن القبول وإن كان معتبراً فى تحقق الموصى به جزءاً أو شرطاً، لكنه غير معتبر فى تحقق الوصيه حتى تكون من العقود بذلك، فالإيجاب من الموصى كاف فى صدق أنه أوصى بكذا، وفى ترتب أحكامها من حرمه التبديل والتصرفات المزاحمه، وإن كان غير كاف فى تحقق الموصى به فى الجملة) إلى آخر كلامه، غير ظاهر الوجه.

أولاً: للتلازم بين تحقق الوصيه وتحقيق الموصى به، فكيف يتحقق أحدهما

ص: ١٧

دون الآخر مع أنهما وجهان لحقيقته واحده.

ثانياً: إن إيجاب البيع كذلك، فإذا قال: بعت، صدق أنه باع بمعنى أوجب، وفي المقام كذلك.

ثالثاً: لا نسلم ترتب الأحكام قبل القبول إلاً بمعنى المراعاة، وذلك لا يدل على كونها إيقاعاً، وإلاً فإذا عقد الأبوان الصغيرين فمات الزوج ترتب الأحكام قبل قبول الصغيره حتى تكبير، فإن قبلت انتقل إليها الإرث وحرمت المحرمات عليها مثل أب الزوج وغيره، فهل ذلك يجعل نكاحهما إيقاعاً.

أما قول السيد المذكور _ بعد كلامه المتقدم _ فالوصيه بما هي وصيه من الإيقاعات مطلقاً، وإن كانت جزء السبب للملكيه، ولذا لا تبطل بتخلل الموت بين إيجابها وقبولها، مع أن اعتبار المعاقده مع تخلله غير معقول، فلم يعرف وجه عدم المعقوليه بعد أنه أمر اعتبارى والعرف اعتبره والشارع قرره، أو لا أقل من أنه لم يردع عنه مما يفيد التقرير أيضاً.

ثم إن كون الرد مانعاً لا إشكال فيه ولا خلاف إذا وقع بعد الموت وقبل القبول.

قال فى مفتاح الكرامه: إجماعاً كما فى التحرير وشرح الإرشاد للفقير والإيضاح والروضه، وظاهر غايه المراد والروض والكفايه، وبلا- خلاف كما فى السرائر وجامع المقاصد، ولا- نعلم فيه خلافاً كما فى التذكره، وفى الحدائق ظاهرهم الاتفاق عليه، وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وفى كلام الشيخ المرتضى (رحمه الله) الإجماع عليه، إلى غير ذلك.

وسياتى تفصيل الكلام فى أقسام الرد.

وعليه تكون من الإيقاع الصريح، ودعوى أنه يستلزم الملك القهري وهو باطل في غير مثل الإرث مدفوعه بأنه لا مانع منه عقلاً، ومقتضى عمومات الوصيه ذلك، مع أن الملك القهري موجود في مثل الوقف.

{وعليه تكون} الوصيه {من} العقد لا- {الإيقاع}، وقوله: {الصريح} لأنه ليس فيه شائبه عقد على مبنى المصنف، إذ ليس القبول لا جزءاً ولا شرطاً.

{و} الإشكال على كونها إيقاعاً ب- {دعوى أنه} لو كان إيقاعاً {يستلزم الملك القهري وهو باطل} لأنه خلاف سلطنه الناس على أنفسهم، لأن الموصى تمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيئاً بدون إرادته {في غير مثل الإرث} حيث دلت الأدله الشرعيه على أن الإرث اضطرارى، شاء الوارث أم أبى، بل قالوا إنه لو لم يقصد الإنسان الحيازه لم يملك ما وقع تحت يده أو فى داره من طير ونحوه، ولذا إذا لم يقصد حيازه ما فى جوف السمكه لم يملكه وإن ملك السمكه.

{مدفوعه بأنه لا مانع منه عقلاً} إذ لا يلزم منه محال.

{ومقتضى عمومات الوصيه ذلك} فيقدم العموم على دليل السلطنه [\(1\)](#)، لأنه حاكم عليه لدى الجمع عرفاً {مع} أن الملك القهري غير عزيز، ف- {إن الملك القهري موجود فى مثل الوقف} الذرى حيث يملك الذريه بدون إرادتها، ومثل الوقف غير الذرى إذا جعل الثمر لأشخاص خاصين مثلاً، هذا

ص: ١٩

ولكن فيه ما تقدم، ولا- عموم حاكم فى المقام، فكلمة دل الدليل كالأيرث والوقف نقول به، وكلمة لم يدل كان عموم دليل السلطنة محكماً، ولذا نرى الفرق بين الوصية وبينهما، حيث إن الرد لا يدع مجالاً لها بينما الرد لا يمنع من الملك فيهما.

قال بعض المعلقين: إن كونها إيقاعاً خلاف ما ارتكز عند العرف من كون التملك والتملك عقداً لا إيقاعاً، فلا بد لإثباته من دليل شرعى تعبدى، وليس فى أدله الوصية ما يدل على ذلك إلا ما دل على أنه لو مات الموصى له قبل موت الموصى فالوصية لوارثه، ويحكم على أن الوصية لوارث الموصى له مع قبوله، فالمتيقن مما ثبت به تعبداً على خلاف القاعدة قيام الوارث مقامه مع قبوله لا بدون قبوله.

أقول: وعلى ما ذكرناه من الاحتياج إلى القبول لو قبل بعض الملك دون بعضه، فإن كان إنشاء الوصية من قبيل التقييد بطلت، وإلا صحت.

(مسألة ٢): بناءً على اعتبار القبول في الوصية يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى بلا إشكال

(مسألة ٢): {بناءً على اعتبار القبول في الوصية} وهو الصحيح كما تقدم في التمليكه ونحوها، مثل الوصية بإعطاء حج عنه، إلى غير ذلك مما تقدم.

{يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى بلا إشكال} وهو المشهور، كما يظهر من كلماتهم، وفي المسالك لا إشكال في اعتبار قبوله بعد الموت، وفي الحدائق إنه لا إشكال ولا خلاف فيه، وقال في القواعد: لا يشترط اتصال القبول بالإيجاب، فلو قبل بعد الموت بمدته أو في حال الحياة بعد مدته صح.

وقال في مفتاح الكرامة: أما عدم اشتراط اتصاله بالإيجاب فهو مما لا خلاف فيه.

أقول: لأنه قد يتصل كما إذا مات بعد الإيجاب فوراً فقبل بحيث اتصل القبول بالإيجاب.

ولا يخفى أنه يصح تقديم القبول على الإيجاب، كما إذا قال: هل أنا وصيك، فقال: نعم، أو ما أشبه ذلك.

والظاهر عدم اعتبار الاتصال بينهما، فلو قال: هل أنا وصيك؟ الآن، وأجابه بنعم بعد سنه، صح أيضاً، لإطلاق الأدلة بعد كونها عقلائية مما لا انصراف في الأدلة عنها.

ولا يخفى أن عبارته القواعد لا تناقض ما يأتي عنه من عدم الأثر للقبول حال الحياة، لأن كلامه هنا بناءً على قول من قال بجوازه حال الحياة.

وكيف كان، فالظاهر أن قولهم بعد وفاه الموصى، لا يرد منه مطلقاً، حتى إذا أخرج القبول بعد الموت بعشر سنوات فيما لا يتعارف مثل ذلك التأخير، إذ

قد يؤخر فيما لا بأس بتأخيره، مثلاً قال له: زوج ولدى بعدى، والولد لا يريد الزواج إلا بعد عشرين سنة من الموت، فإنه يصح له تأخير القبول إلى عشرين سنة، لأنه يتعارف ذلك، والعقلاء يرون عدم البأس به، فإطلاق الأدلة تشمله.

وقد يؤخر فيما يفوت الوقت، مثل ما لو أوصى إليه بأن يملك حاصل بستانه، حيث إنه إذا أقر القبول إلى بعد ثلاثة أشهر من الموت ففسد الحاصل، وهل هنا تبطل الوصية، لأن القبول لم يلحق به، ولا يتعارف مثل هذه الوصية عرفاً، فالأدلة منصرفه عنه، ولذا كانت الثمرة للوارث، أو لا تبطل، بل يجبره الحاكم بالقبول أو الرد، لأن الإيجاب معلق.

وربما يقال بمثله فيما لو زوجت نفسها من زيد فضوله، ولم يقبل زيد ولم يرد، حيث إن لها جبره بسبب الحاكم بأحدهما، لأن البقاء ضرر عليها، أو يفصل في الفضولى بين عدم الضرر فلا جبر وبين الضرر فالجبر.

لا يبعد بطلان الوصية لأنها ليست عرفية، فالأدلة لا تشمله.

وقد يؤخر فيما له وقت الآن وبعداً، فليس كالأول ولا كالثانى، مثل أن يوصى أن داره لزيد، حيث لا يفوت الوقت بتأخيره القبول إلى عشرين سنة، كما ليس وقته خاصاً بما بعد عشرين سنة، والظاهر هنا جبر الحاكم له بأحد الأمرين من القبول والرد، لأن البقاء هكذا ضرر على الوارث، اللهم إلا فيما إذا لم يكن التأخير متعارفاً فأدله الوصية لا تشمله، والمسألة بعد بحاجه إلى التأمل.

{وقبل وفاته على الأقوى} نسبه فى المسالك إلى الأكثر، بل الظاهر أنه

ولا وجه لما عن جماعه من عدم صحته حال الحياه، لأنها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيه فلا محل له، ولأنه كاشف أو ناقل وهما معاً منتفیان حال الحياه، إذ نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له

المشهور بينهم، بل عن التنقيح أن عليه الفتوى مؤذناً بدعوى الإجماع.

{ولا وجه لما عن جماعه من عدم صحته حال الحياه} كما في القواعد، وعن المختلف وصيغ العقود وجامع المقاصد، ومحمّل اللغه، بل ربما نسب إلى الأخير ادعائه الشهره على عدم الصحه حال الحياه، فراجع مفتاح الكرامه، لكنه ليس بمشهور قطعاً.

وقد علل عدم الصحه بـ {لأنها تمليك بعد الموت فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيه} إذ لا فرق في عدم تحقق موضوع القبول الذي هو الإيجاب المشروط بالموت، بين عدم الإيجاب، أو عدم الشرط.

{فلا- محل له} قبل الموت {ولأنه كاشف أو ناقل، وهما معاً منتفیان حال الحياه} أما انتفاء الكشف فلأن الكاشف عن الملك يجب أن يتأخر عنه، ومن الواضح امتناع الملك قبل الوفاء، وأما انتفاء النقل فلأنه إذا تم العقد وجب أن يترتب عليه أثره وهو هنا ممتنع قبل الموت، وهذان الاستدلالات ذكرهما جامع المقاصد، وفي كليهما نظر.

{إذ} يرد على الأول: إنا {نمنع عدم المحل له، إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل، فيمكن القبول المطابق له}، فأى فرق بين الإيجاب حتى يصح

والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه، فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً.

والقبول حتى لا يصح، مع أن القبول هو الرضا قولاً بمضمون الإيجاب، فإذا صح التعليق في الإيجاب صح في القبول المطابق له.

وقد مثل المحقق الثاني لعدم صحه القبول قبل الموت بما لو باعه ما سيملكه فقبل، وفيه: إن الشارع منع عنه إيجاباً وقبولاً، ولولا منعه لم يكن مانع عنه، كما يتعارف عند بعض الناس من بيع ملك أبيهم حتى إذا مات سلّمه، وكذا بيع ما يأخذه من السمكه أو يقطع من الأشجار في الغايه أو ما أشبه ذلك، ثم هناك لا يصح شرعاً لا الإيجاب والقبول فكيف يكون مثلاً للوصيه، حيث يصح فيها الإيجاب على قول المحقق أيضاً.

{و} يرد على الثاني: إن {الكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق المعلق عليه} فلا كشف ولا نقل قبل ذلك، حاله حال إجازة المالك في بيع الفضولي، حيث إن الكشف والنقل لا تحقق لهما قبل الإجازة، {فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً}.

ولا يقال: إنه إذا لم يكن القبول قبل الموت كاشفاً ولا ناقلاً فلا أثر له.

لأنه يقال: له أثر الانتقال بعد الموت، لأنها هكذا اعتبرها، إذ هو من الأمور الاعتبارية، لا من الأمور الحقيقية حتى يقال بعدم معقوليه التفكيك بين المؤثر والأثر.

مسألة ٣ تنسيق الواجبات بظهور أمارات الموت

(مسألة ٣): تنسيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات الموت، مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات

(مسألة ٣): {تنسيق الواجبات الموسعة} كما تجب مؤكداً الواجبات المضيقة أيضاً، كما إذا كان عليه قضاء عشره أيام من رمضان الماضي وبقي إلى رمضان الثاني عشره أيام، فإنه في نفسه مضيقة، وحيث يعلم بموته أول رمضان مثلاً تجب وجوباً مؤكداً أيضاً، حال نذر الواجب حيث لا مجال لقضائه بنفسه بعد الموت، بينما لو بقي حياً تمكن من قضائه.

{بظهور أمارات الموت} وإنما يجب لأنه لو لم يفعل ومات كان عاصياً، فطريق الإطاعة العقلية تقتضى ذلك.

ومنه يعلم أنه إذا أخر ولم يمت وأتى بها بعد ذلك كان تجريباً، أما مع احتمال عدم التمكن احتمالاً لا يعتنى به العقلاء لا تجب المبادرة، لأن طريق الإطاعة كما عرفت مأخوذة من العقلاء، والشارع لم يغيرها، وهم لا يرون لزوم المبادرة مع الاحتمال المذكور.

وبذلك يظهر أنه لا حاجة إلى التمسك بالإجماع، كما فعله المستمسك، قال: إن مقتضى ما ذكره لزوم المبادرة بمجرد احتمال عدم التمكن من الفرد الآخر، وإن لم تكن أماره على عدمه ولا ظن بعدمه، إلا أن الإجماع القولي والعملية اقتضى جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق.

{مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات} كما إذا نذر الإتيان بصوم أو بصلاه أو كانت عليه كفاره هي صوم أو ما أشبهه من الأعمال الجسدية.

ونحوها، فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه يجب الوصيه بها، سواء فاتت لعذر أو لا لعذر،

{ونحوها} كالحج الواجب عليه ونذر الزيارة وصله الرحم الواجب {فيجب المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان}، ولو تعارضت قدم الأهم إن كان أهم علم به، وإن علم بعدم الأهميه أو علم بالأهميه لكن لم يعلم أيهما، أتى بأيهما شاء، واحتمال القرعه بعيد.

{ومع عدمه} أي عدم إمكانه {تجب الوصيه بها} إن كانت قابله لذلك، أما مثل صلته الرحم ووطى الزوجه لرأس أربعة أشهر _ على المشهور من وجوبه كل أربعة أشهر مره _ ونحوهما فليس قابلاً للوصيه.

لكن لا يخفى أن وجوب الوصيه مشروط بشرطين:

الأول: احتمال فائده الوصيه احتمالاً عقلائياً، أما إذا علم بعدم الفائده لم يجب، إذ لا دليل على اللزوم حينئذ.

الثاني: إذا كان الوارث أو ما أشبه يعلم بما عليه ويطمئن بإيصالهم ولو بدون الوصيه، لم تجب لأنها ليست واجبه لنفسها، بل طريقى، كما يستفاد من قوله (عليه السلام): «من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه» (١).

ثم المراد بالوصيه بها أن يفعل ما يمكن أن يؤتى بالواجب بعده، مثلاً إذا أعطى شيئاً فى حياته لإنسان حتى يأتى بحجه بعد موته كفى، لأن المقصود الإتيان بذلك الواجب، سواء كان بسبب الوصيه أو غيرها.

{سواء فاتت} تلك الواجبات {لعذر أو لا لعذر} لإطلاق ما دل على وجوب

ص: ٢٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٢ الباب ١ من أبواب أحكام الوصايا ح ٨

لوجوب تفرغ الذمه بما أمكن في حال الحياه، وإن لم يجز فيها النيابة فبعد الموت تجرى فيها

التدارك، سواء بالنسبه إلى إتيانه بنفسه مع الإمكان، أو الوصيه به مع عدمه.

{لوجوب تفرغ الذمه بما أمكن في حال الحياه} سواء فرغ بنفسه أو بنائبه، إذ التكليف متوجه إليه، فإذا لم يفرغ بنفسه أو بنائبه _ فيما له النيابة _ فقد عصي، ولذا يلزم عليه أخذ النائب للحج عن نفسه إذا لم يقدر على الحج بنفسه.

والحاصل: إن الإفراغ طريق إلى الإطاعه الواجبه عقلاً وشرعاً.

{وإن لم يجز فيها النيابة} في حال الحياه، مثل قضاء صلاه وصوم لا تصح النيابة حال الحياه {فبعد الموت تجرى فيها} النيابة، فإنه لا شك في صحه قضاء صوم وصلاه الميت لما ذكره في بحث القضاء من كتاب الصلاه والصوم.

ولولا خوف الشهره المحققه لم نستبعد صحه النيابة فيهما حال الحياه أيضاً إذا لم يقدر بنفسه، وذلك للتعليل في روايه الحج عن الشيخ الكبير بأنه كالدين، بل والمناطق في نفس روايه الحج، إذ أى فرق بين الحج وبين الصلاه والصوم، مضافاً إلى أن الحج مشتمل على الصلاه، فأى فرق بين النيابة عن صلاه العاجز الواجبه عليه في الحج، وصلاه ظهره مثلاً

وقد أفتى الشرائع بصحه إتيان النائب صوم الكفاره، ولم نستبعده نحن في شرح الصوم من الكتاب، بل والمناطق في النيابة في الزكاه، حيث ورد بها دليل، والخمس كما هو المشهور مع أنهما عبادتان كالصلاه والصوم.

وكيف كان، فإذا قلنا بعدم صحه النيايه فى حال الحياه بالنسبه إلى قضاء الصلاه والصوم، لعدم الدليل والأصل العدم، وصحه النيايه بعد الموت كما يدل عليه الإطلاقات الوارده فى أن الصلاه ونحوها تصل إلى الميت، وأن أصحاب الإمام (عليه السلام) كانوا يصلون عمن مات منهم فى قصه الثلاثه الذى بنوا على ذلك، ولو بفهم وحده الملاك فى القضاء والصلاه التبرعى عن الميت، {يجب التفريغ بها} بالنيايه {بالإيضاء} لأنها نوع تفريغ، فاللازم على المديون تهيئه ذلك بالوصيه، كما أنه الحال فى الدين، فمن لم يوص لأداء دينه مما سبب ضياع الدين كان مخالفاً عرفاً لأمر أداء الدين، وكذلك المقام.

نعم يجب أن يقيد وجوب الإيضاء باحتماله احتمالاً عقلائياً قيام الوصى بذلك، وبأنه لو لا الوصى لم يؤت بها، فإذا علم أو احتمل عقلائياً عدم فائده الوصى لم تجب، لأن الوصى حينئذ لغو، فلا يشملها دليل أداء العباده، كما أنه إذا علم أنه يؤتى عنه وإن لم يوص، لعلم ولده البار بذلك وأدائه للعباده، كانت الوصى لغواً أيضاً.

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر فى إناطه المستمسك الوجوب وعدمه بالعلم، إذ قد عرفت أن الاحتمال العقلائى هو المدار، قال: (أما مع العلم بالعمل بالوصيه فوجوبها ظاهر، لأنه نوع من التفريغ للذمه، وأما مع عدم العلم فلوجوب العمل عقلاً مع الشك فى القدره، ولا يجوز ترك العمل حينئذ لاحتمال عدم القدره).

وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده، كالوديعة والعارية ومال المضاربه ونحوها

{وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي كانت عنده} فقد ذكروا في كتاب الوديعة الدليل على ذلك من الروايات الكثيره الداله على وجوب رد الوديعة، الشامله بإطلاقها للمقام، بالإضافة إلى قوله سبحانه: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) (١).

{كالوديعة والعارية ومال المضاربه ونحوها} كحاصل المساقاه والمزارعه فيما لا يعلم برضى أصحابها ببقائها في يد الوارث، وكذا ما غصب وغيرها، وهذا هو المحكى عن التذكرة في موضع، وفي الشرائع وجوب الإشهاد، وفي الجواهر في شرحه: (بل لا أجد فيه خلافاً، نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصيه بها، ولعله يريد ذلك) (٢) انتهى.

أقول: الواجب في الحال وقته، سواء كان نحو وديعه حل وقتها، أو في الغصب أمران:

الأول: الإيصال.

والثاني: كون الإيصال فوراً.

أما في غير الحال وقته، فالواجب الإيصال في وقته بالنسبه إلى الموقت، ومما لا يعد تضييعاً في غير الموقت.

واللازم في القسم الأول _ الحال وقته _ إيصاله بنفسه في حياته، أو بالوصيه بعد مماته إذا كانا متساويين في حصول الفوريه، مثل أن الطالب بعيد فلا فرق بين أن يرسله بنفسه

ص: ٢٩

١- سورة النساء: الآية ٥٨

٢- جواهر الكلام: ج ٢٧ ص ١١٨

ومع عدم الإمكان يجب الوصيه بها، وكذا يجب أداء ديون الناس الحاله، ومع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجله يجب الوصيه بها إليه، حيث يصل إليه غداً مثلاً، أو يوصى أنه إذا مات _ وموته بعد ساعه فرضاً _ يوصل إليه، بل إذا كان الإشهاد يعطى نفس النتيجة كان قسيماً للإيصال بنفسه والوصيه، لتكافى الأدله فلا خصوصيه لأحد الثلاثة.

أما إذا كان أحد الثلاثة موجباً للإيصال فى الوقت قدم على غيره، لأن فى غيره يفوت واجب الفور، وإذا فوت الفور عمداً أو عذراً كان عليه أن لا يفوت أصل الإيصال لتعدد المطلوب كما عرفت.

ومنه يعلم الكلام فى القسم الثانى، كما يعلم حال ما إذا كان بديل رابع كالكتابه والضبط فى الشريط والإشاره وغير ذلك، لأن الإطلاقات شامله لكل ذلك.

وبما تقدم يظهر وجه قوله: {ومع عدم الإمكان يجب الوصيه بها، وكذا يجب أداء ديون الناس الحاله} التى لم يأذن المالك ببقائها، سواء كان ديناً من جهه الاستقراض والمعامله، أو من جهه الضمان كالإتلاف والديه، فإن حبس حقوق الناس محرم شرعاً وعقلاً.

{ومع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجله يجب الوصيه بها} لما تقدم من وجوب إفراغ الذمه المتوقف على الوصيه، وقد تقدم أن لها بديلاً أيضاً فتكون على نحو الواجب التخييرى.

إلا إذا كانت معلومه أو موثقه بالأسناد المعتبره

{إلا إذا كانت معلومه} للوارث ونحوه، بحيث لا أثر للوصيه وجوداً ولا عدماً، إذ قد تقدم في أول الكتاب عدم وجوب الوصيه.

نعم إذا كان للوصيه أثر في إثبات الحق، أو في إيصال الحق، أو في إسراع وصول الحق، فيما كان الإسراع واجباً، لم يجز تركها.

ومنه يعلم وجه ما ذكره المستمسك بقوله: (بل إذا لم يكن للوصيه أثر إلا بالتهديد والتوعيد بالعقاب على تقدير المخالفه، وجب ذلك أيضاً، فاللازم فعل كل ما له دخل في حصول الفراغ) انتهى.

وكان اللازم إضافه في الوقت اللازم الفراغ، فلو لم يوص أفرغت ذمته متأخراً مما لا يجوز التأخير، بينما إذا أوصى أفرغت في وقت الوجوب، أو الأسرع من الإبطاء، مثلاً كان اللازم الإفراغ يوم السبت، فإذا لم يوص أفرغت يوم الثلاثاء، وإذا أوصى أفرغت يوم الاثنين، كانت اللازمه الوصيه.

ومنه يعلم حال ما إذا كان حقان، وكانت الوصيه توجب إفراغ الذمه عن أحدهما، لأن الواجب من باب تعدد المطلوب، وعلى ما تقدم فإذا احتاج الأمر إلى الثبوت عند الدوله للوصيه لزم أيضاً فلا يكفي الإيضاء فقط.

كما أنه ظهر مما تقدم حال غير الديون، مثلاً كانت وصيته بصلاه أو عدم إيدائهم أمهم مؤثره في فعلهم المعروف وتركهم المنكر، فإنها واجبه حينئذ من باب إطلاق أدله الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

{أو موثقه بالأسناد المعتبره} ومما تقدم يظهر، وجه تعليق الوالد بقوله: (بحيث لا تحتاج إلى الإثبات والبينه واليمين، وإلا فالظاهر وجوب الوصيه بها).

وكذا إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصيه بها، ولا فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركه، أو لا إذا احتمل وجود متبرع أو أداؤها من بيت المال.

أقول: إذا كان للدائن بينه مثلاً بحيث يثبت حقه، فهل اللازم الوصيه المغنيه عن الإثبات بالبينه أو لا، احتمالان، وقد يفصل بين ضرر وعسر وخرج الدائن عند عدمها فاللازم الوصيه لرفع تلك الأمور مما يدل على عدم جواز إلقاء الغير فيها، بخلاف ما إذا لم يستلزم ترك الوصيه تلك الأمور فلا يلزم، وهذا غير بعيد.

{وكذا إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك} كالمظالم والكفاره وغيرهما {فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصيه بها} أو ما أشبههما مما يوجب وصول الحق إلى أهله، لما دل على حرمه منع الحقوق وحبسها، كما تقدم تفصيله.

{ولا فرق فيما ذكر} من وجوب الوصيه {بين ما لو كانت له تركه أو لا}، أما الوجوب حال عدم التركة فهو في ما {إذا احتمل وجود متبرع، أو أداؤها من بيت المال} حيث الواجب عليه أداء ديون الأموات، كما دل عليه النص المذكور في كتاب الزكاه، فراجع.

وكذا إذا كان له طلب على الناس لا يؤدونه إلا إذا أوصى، أو احتمل ذلك احتمالاً عقلياً.

مسأله ٤ أقسام رد الموصى له

(مسأله ٤): رد الموصى له للوصيه مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكيه

(مسأله ٤): رد الموصى له للوصيه على أربعه أقسام:

لأنه إما أن يردّ قبل موت الموصى، أو بعده، وعلى أى حال فالرد إما أن يكون بعد القبول أو بدون القبول.

وقد تعرض المصنف فى هذه المسأله إلى أحكامها فقال: {رد الموصى له للوصيه مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكيه} لما تقدم من أن الوصيه الملكيه عقد، والعقد يبطل إذا لم يلحق بالإيجاب القبول، أى لا ينعقد، ولذا قال فى التذكرة: لا نعلم فيه خلافاً، وفى المستمسك: إنه يظهر من كلماتهم أنه من المسلّمات، وعن الشيخ المرتضى (رحمه الله) تكرر نقل الإجماع عليه، وعن الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

هذا ولكن غير واحد من المعلقين أشكل على المتن، قال الوالد: فى هذه الكليه نظر فلا يترك مقتضى الاحتياط فى الرد الواقع بعد القبول حال الحياه لتماميه عقد الوصيه بالقبول، ولا- دليل على تأثير الرد بعدها وكون الوصيه عقداً جائزاً يختص دليhle بالموصى، كما يشير هو إليه.

وقال معلق آخر: إن الأقسام الأربعه، الإجماع تام على إبطال الرد بعد الموت قبل القبول، وفى غيره لا إجماع، فالأصل عدم البطلان فى ثلاثه منها.

أقول: الوجه فى ذلك أن مطلق العقد لا دليل على إبطال الرد فيه بعد الإيجاب إذا لحقه القبول، فإذا قال: بعت، فقال المشتري: لا أريد، ثم قال:

وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلًا لها، فعلى هذا إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول

قبلت، لم يكن دليل على بطلانه، بل إنه بعد قوله: قبلت، يصدق عليه وعلى الموجب (عقودكم) المستفاد من (أوفؤوا بالعقود) (١١).

ويؤيده كون الأمر كذلك في العقد الفضولي، كما ورد في رد الأب بيع الجارية ثم قبوله، والوصية من تلك العقود، فالقول بالبطلان غير ظاهر الوجه، ولذا جعل المستمسك العمده في البطلان الإجماع، وحيث إنه محتمل الاستناد خالف فيه غير واحد من المعلقين، فراجع.

لكن يلزم أن يقال: إن القبول بعد الرد في حال الحياه إنما ينفع إذا لم يسترد الموصى الإيجاب، وإلا لم ينفع كما هو واضح، بل قد تقدم أنها جائزه من قبل الموصى، فله أن يسترجع وإن قبل الموصى له.

وكيف كان، فالتمسك لمبطلية الرد إذا كان قبل حصول الملكية بأصالة عدم ترتب الملكية، غير ظاهر الوجه، لأن الأصل لا مجال له بعد إطلاق الدليل كما تقدم.

{وإذا كان بعد حصولها} بأن رد بعد أن حصل الملك {لا يكون} الرد {مبطلًا لها} وذلك لاستصحاب بقاء الملكية بعد عدم دليل على كون الرد مبطلًا.

{فعلى هذا، إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول} يكون مبطلًا، لأن

ص: ٣٤

أو بعد القبول الواقع حال حياه الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلاً لها لعدم حصول الملكيه بعد

الرد منع حصول العقد بالقبول المتأخر عن الرد، فقد تقدم أن الوصيه التملكيه عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول، والرد بعد الإيجاب لا يدع مجالاً للحقوق القبول بالإيجاب إذا كان الرد بعد الموت.

لكن لا يخفى أنه يرد على المصنف أن كلامه هذا مناف لما سبق منه، من قوه احتمال عدم اعتبار القبول لحصول الملكيه بموت الموصى له قهراً، اللهم إلا أن يرفع التنافى بأنه ملتزم بكون الرد كاشفاً عن عدم الملكيه بالموت، ولذا قال السيد البروجردى: إن فتوى المصنف مبنى على كون الرد كاشفاً عن عدم حصول الملكيه بعد الموت وهو ضعيف، ولم أجد به قائلاً منا، وإن قال به الشافعى فى أحد أقواله.

{أو بعد القبول الواقع حال حياه الموصى مع كون الرد أيضاً كذلك يكون مبطلاً لها} وذلك لأن الوصيه عقد جائز ولكلا الطرفين رده بعد تمام العقد، والمفروض أن الملكيه لم تحصل بعد، إذ هي بعد الموت لا فى حال الحياه، ولذا أتم كلامه بقوله: {لعدم حصول الملكيه بعد} بل يظهر من الجواهر الإجماع على البطلان فى المقام، حيث رد إطلاق الشرائع بأنه إذا رد فى حياه الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته، فإنه شامل لما إذا كان الرد بدون القبول أو بعده.

قال فى الجواهر: (يشكل ذلك بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصيه عقداً جائزاً من الطرفين، ومقتضاه تسلط الموصى له على فسخه حينئذ، ولا ريب فى اقتضائه بطلان العقد) انتهى.

وظاهر ابن العم تبعيه الشرائع حيث قال: (فى مبطلية الرد إذا كان حال حياه الموصى وبعد القبول إشكال).

أقول: إذا كان الرد بعد القبول أو قبل القبول ثم قبل وكان كل ذلك فى حال حياه الموصى، ولم يرفع الموصى يده عن إيجابه، الظاهر صحه الوصيه، لأنه إذا رد ثم قبل، أو قبل ثم رد ثم قبل، والحال أن الموصى باق على إيجابه صدق عليه (عقودكم) المستفاد من (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، بل حيث إن العرف يرون لحقوق القبول أخيراً بالإيجاب والشارع لم يحدث طريقه جديده، كان اللازم القول بصحه الوصيه.

نعم، إذا رد الموصى له ورفع الموصى يده عن إيجابه لم ينفع القبول، لأنه بعد رفع يده عن إيجابه لم يصدق (عقودكم).

ويؤيد الصحه إذا قبل الموصى له بعد رده فى حال حياه الموصى، ما تقدم من بيع الجاربه فضولاً، حيث إن الأب لما قبل بعد رده جعله الإمام (عليه السلام) صحيحاً.

ولذا الذى ذكرنا من تحقق العقد إذا قبل بعد الرد فى حال حياه الموصى، قال الوالد فى تعليقه له على قول المصنف الآتى: (حيث حكموا ببطلانها بالرد): (لم يعلم حكمهم بذلك، بل حكموا بصحه القبول حال الحياه بعد الرد، كما هو الأقرب فيها وفى سائر العقود ما لم يرجع الموجب عن الإيجاب ولم تفت الموالاه المعتبره فيها) انتهى.

وعلى ما ذكرناه، فإذا تحقق القبول بعد الرد فى حال حياه نفع فى انعقاد

ص: ٣٦

وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلاً، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله، وسواء كان قبل القبض أو بعده، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها

الوصيه، وإذا رد بعد موت الموصى ثم قبل لم ينفع، لأنه لا إطلاق للأدلة يفيد كفايه القبول بعد الرد _ الرد الحاصل بعد الموت _ فإذا شك في تحقق العقد كان الأصل عدمه.

{وإذا كان} الرد {بعد الموت وبعد القبول لا- يكون مبطلاً-}، وقد نقل مفتاح الكرامه على عدم البطلان حينئذ الإجماع عن القواعد والتذكرة وولده في شرح الإرشاد والدروس والمسالك والمقدمات وظاهر غايه المراد والروض.

{سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أو قبله} وذلك لأصالة عدم إبطال الرد، والإجماع المتقدم، واستصحاب بقاء الملك الذى ملكه بالقبول بالموت.

{وسواء كان قبل القبض أو بعده} إذ الملكيه تتحقق بالموت فلا أثر لعدم القبض، فإن القبض لا مدخلية له فى الملك، إذ لا دليل على مدخليته.

{بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض فى صحتها} كما هو المشهور المحكى عن الشرائع والتذكرة والإرشاد والتلخيص والإيضاح والشهيدىن والمحقق الثانى وغيرهم، خلافاً للمحكى عن المبسوط وجامع ابن سعيد بل والوسيله، حيث شرطوا القبض فى تحقق الملك، فقال أولهم: (كما حكى والصحيح أنه يصح الرد لأنه وإن كان ملكه بالقبول لكنه لم يستقر ملكه عليه ما لم يقبضه فصح فيه الرد، كما أن من وقف عليه شيء فإنه رد صح ذلك، وإن كان قد ملك الرقبه والمنفعه أو إحداهما) انتهى.

واستدل له في المستمسك بأن (الوصية التملكيه كالهبة والوقف لاشتراكهما في العله المقتضيه وهو العطيه المتبرع بها، مع أولويه الحكم في الوصيه من حيث إن العطيه في الهبه وما في معناها منجزه، وفي الوصيه مؤخره، والملك في المنجز أقوى منه في المؤخر، بقرينه نفوذ المنجز الواقع من المريض على خلاف المؤخر، كذا في المسالك، وأشكل عليه بأنه خلاف إطلاق العقود من دون مخرج عنه) انتهى.

أقول: لا يخفى أن المذكور في الاستدلال أشبه بالاستحسان، فالمرجع للإطلاق، بل والاستصحاب.

وربما استدل له أيضاً بالصحيح الذي رواه العباس ابن عامر، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً، قال (عليه السلام): «أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه»، قلت: فإن لم أعلم له ولياً، قال: «اجتهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجد وعلم الله منك الجد فتصدق بها»^(١).

وقد رواه الصدوق مسنداً إلى أبي عبد الله (عليه السلام).

ومثله خبر محمد بن عمرو الباهلي^(٢).

بل قد عقد الوسائل له ولمسأله أخرى باباً في الوسائل^(٣) فراجع، ولذا قال في مفتاح الكرامه: (أطبق الأصحاب على الاقتصار على اعتبار الإيجابين

ص: ٣٨

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٩ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا

لعدم الدليل على اعتباره، وذلك لحصول الملكيه حينئذ له فلا تزول بالرد، ولا دليل على كون الوصيه جائزه بعد تماميتها بالنسبه إلى الموصى له

والموت وعدم الرد فى البين، قال: وكأن من خالف أو توقف غفل عن الروايه المتقدمه، إذ ليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها، فالمسأله من القطعيات) انتهى.

فتحصل: أن الأصل وإطلاق دليل الوصيه وإطلاق (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١٧) والروايه والإجماع الذى عرفته كلها تدل على عدم اشتراط القبض، ولذا قال المصنف:

{لعدم الدليل على اعتباره}، ولذا سكت على المتن كافه المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، {وذلك لحصول الملكيه حينئذ له فلا تزول بالرد} لأن كون الملك مترزلاً بحاجه إلى الدليل، فإذا لم يكن دليل كان الأصل الاستقرار، كما ذكروا فى مشكوك الخيار.

{و} إن قلت: لما كانت الوصيه جائزه كان اللازم بطلانها بالرد فتزول الملكيه.

قلت: {لا دليل على كون الوصيه جائزه بعد تماميتها بالنسبه إلى الموصى له} وإن قام الدليل على

ص: ٣٩

كما أنها جائزه بالنسبه إلى الموصى، حيث إنه يجوز له الرجوع فى وصيته كما سيأتى، وظاهر كلمات العلماء حيث حكموا بطلانها بالرد عدم صحه القبول بعده لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى، كما أن الأمر كذلك فى سائر العقود، حيث إن الرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا تأخير، وكما فى إجازة الفضولى

جوازها بالنسبه إلى الموصى وبالنسبه إلى الموصى له حال حياه الموصى، وقد تقدم الإشكال فيما قاله الجواهر من وجود الإجماع على جوازها بالنسبه إلى الطرفين، ولذا أشكلنا عليه بالنسبه إلى الموصى إليه، ولذا الذى ذكرناه سكت على المتن كاهه المعلقين الذين ظفروا بكلماتهم.

{كما أنها جائزه بالنسبه إلى الموصى، حيث إنه يجوز له الرجوع فى وصيته كما سيأتى} لدلاله النص والإجماع عليه {وظاهر كلمات العلماء} بل صريحهم {حيث حكموا بطلانها بالرد عدم صحه القبول بعده} إذا كان الرد بعد الموت، لا ما إذا كان الرد فى حال الحياه ثم قبل بعد الرد فى حال الحياه، كما تقدم الكلام حول ذلك.

{لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى} وإذا بطل الإيجاب لم يكن مجال للقبول بعد البطلان.

{كما أن الأمر كذلك} يبطل الرد الإيجاب فلا مجال للقبول بعد الرد {فى سائر العقود حيث إن الرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع} الراد {وقبل بلا تأخير} يضر بالموالاه.

{وكما فى إجازة} المالك فى العقد {الفضولى} حيث إن المالك لو رد بطل

حيث إنها لا تصح بعد الرد، لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصى باقياً على إيجابه بل في سائر العقود أيضاً مشكل

الإيجاب، أو القبول الذى وقع فضولاً- عنه، {حيث إنها لا- تصح بعد الرد} فإذا قيل للبنت: زوجناك فضوله، فردت، لم تنفع إجازتها بعد ذلك وإن اجازت فوراً، وكذلك إذا كانت الفضوليه في جانب الزوج.

{لكن لا- يخلو عن إشكال} في باب الوصيه {إذا كان الموصى باقياً على إيجابه} لإطلاق أدله الوصيه(١١)، ولإطلاق أدله العقود(٢٢)، ولا دليل عقلى أو شرعى يقيد الإطلاقات المذكوره.

{بل في سائر العقود أيضاً مشكل} فإن القبول بعد الرد إذا لم تفت الموالاه، لا مانع منه عرفاً، ولا دليل شرعى على منعه، فإنه يصدق (عقودكم)، فإذا قال: بعثك، فقال: لا أشتري، ثم قال: بل اشتريت، تحقق العقد.

فقول المستمسك: (ظاهر الإجماع على البطلان، بل هو الظاهر من المرتكزات العرفيه) محل نظر، فإن المرتكز خلافه، والإجماع إن كان فهو محتمل الاستناد، ولذا قال السيد البروجردى: الأقوى في العقود أيضاً صحه القبول بعد الرد، إذا كان الموجب باقياً على إيجابه منتظراً لأن يبدو له فيقبله، وليست أمثال هذه يدعى فيها الإجماع.

ص: ٤١

١- سورة البقره: الآيه ١٨٠، وسوره النساء: الآيه ١٢

٢- سورة المائده: الآيه ١

إن لم يكن إجماع خصوصاً في الفضولي حيث إن مقتضى بعض الأخبار صحتها ولو بعد الرد

نعم إن حصل له انصراف عن الإيجاب برده أو فأتت الموالاه المعتبره في العاقده بطل بلا إشكال.

ومنه يعلم وجه النظر في قول السيد أبو الحسن: لا- إشكال في سائر العقود وفي إجازة الفضولي، وإنما يختص الإشكال بما نحن فيه، من جهة الإشكال في كون القبول جزء العقد أو شرطاً خارجاً، بل قد مر سابقاً احتمال عدم كونه شرطاً أيضاً.

{إن لم يكن إجماع} وقد عرفت أن الإجماع على تقديره محتمل الاستناد {خصوصاً في الفضولي} وإنما كان له خصوصيه {حيث إن مقتضى بعض الأخبار صحتها ولو بعد الرد} وهي الروايه المشهوره، حيث باع أمه الغير فلم يأذن المالك ثم أذن.

بل ومثلها ما رواه الشيخ، عن علي بن جعفر، عن أخيه، عن أبيه، عن آبائه، عن علي (عليهم السلام): إنه أتاه رجل بعبد فقل: إن عبدى تزوج بغير إذني، فقال علي (عليه السلام) لسيدة: «فرّق بينهما»، فقال السيد لعبده: يا عدو الله طلق، فقال له علي (عليه السلام): «كيف قلت له» قال: قلت له: طلق، فقال علي (عليه السلام) للعبد: «أما الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك»، فقال السيد: يا أمير المؤمنين (عليه السلام) أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري، قال: «ذلك لأنك حين قلت له: طلق، أقررت له بالنكاح»^(١).

ص: ٤٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٢٦ الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

ودعوى عدم صدق المعاهده عرفاً إذا كان القبول بعد الرد ممنوعه، ثم إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياه صح، وهو أيضاً مشكل

ودعوى عدم صدق المعاهده عرفاً إذا كان القبول بعد الرد { كما ادعاها بعضهم } ممنوعه { لما نشاهد فى العرف من أنهم يرونه عقده إذا قبل، فإن المعيار عند العرف الرضا والمظهر وقد حصلنا، ولم يعلم أن الشارع غير ما لدى العرف.

{ ثم إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياه صح { قال فى القواعد: فإن رد فى حياه الموصى جاز أن يقبل بعد الوفاه، إذ لا اعتبار بذلك الرد، وهذا هو المحكى عن الشيخ والفاضلين والشهيدىن والوسيله والتنقيح وجامع المقاصد والكفايه وغيرهم، بل عن الدروس إنه المشهور.

أقول: استدلووا لكفايه القبول بعد الموت إذا رد حال الحياه، بأن محل الرد والقبول بعد الموت، لأنه وقت الانتقال، فلا أثر لهما حال الحياه، فإذا قبل بعد الموت نفذ ووقع القبول فى محله، وأما الرد الواقع حال الحياه فلا أثر له حتى يبطل الإيجاب.

وربما يستدل له بدليل آخر، وهو أن بناء الإيجاب بعد الرد، حيث إن الموصى لم يرفع عن وصيته، فهو بمنزله إيجاب جديد، وحيث لم يكن اللازم كون القبول حال الحياه كفى القبول بعد الموت فى الارتباط بذلك الإيجاب.

{ وهو أيضاً مشكل { عند المصنف وغالب المعلقين الذين سكتوا عليه،

على ما ذكره من كونه مبطلاً للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان فى حال الحياه أو بعد الموت، إلا إذا قلنا إن الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياه، وإن محلها إنما هو بعد الموت، وهو محل منع.

أمثال الساده الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم، وإن قال السيد الجمال: لكنه الأقوى.

{على ما ذكره من كونه} أى الرد {مبطلاً للإيجاب} فأى فرق بين الأمرين {إذ لا فرق حينئذ بين ما كان فى حال الحياه أو بعد الموت} فإن الرد إن كان مبطلاً أبطل فيهما، وإن لم يكن مبطلاً لم يبطل فيهما {إلا إذا قلنا} بالاستدلال السابق لصحه القبول من {أن الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياه وأن محلها إنما هو بعد الموت، وهو محل منع} لصحتها حال الحياه، إذ لا وجه لجعل صحتها حال الموت فقط، بعد شمول إطلاق العقد لهما حال الحياه أيضاً.

والأقرب هو ما ذكره المشهور، إذا كان الموصى باقياً على إيجابه، للدليل الثانى الذى استدللنا به، من أن بقاءه بمنزله إيجاب جديد، كما هو كذلك فى سائر العقود على ما تقدم.

قال فى مفتاح الكرامه: (وقد تحصل أن الرد إما أن يكون قبل الوفاه أو بعدها، وإن لحظت القبض والقبول فيهما كانت الأقسام ثمانيه، لأنه إذا كان قبل الوفاه كانت الأقسام أربعه، وكلها لا حكم فيها للرد، كما فى غايه المراد والروض، وإذا كان بعد الوفاه كانت أربعه أيضاً، تبطل فى اثنين منها، وهما اللذان قبل القبول،

سواء حصل القبض أو لا، وواحد قطعي، وواحد مختلف فيه عندهم، وعندنا أنه قطعي) انتهى.

ثم إذا علم بصره الوصيه فشك بعد ذلك في بطلانها شبهه حكميه، كان مقتضى القاعده الاستصحاب، كصوره العكس حيث شك في الصحه بعد العلم ببطلانها.

ولو قلنا بأن بقاء الإيجاب من الموصى كاف في لحوق القبول به _ كما عرفت أنه مقتضى الصنائه _ فقبل بعد الرد حينما شك في أنه هل كان باقياً على الإيجاب أو رفع اليد عنه، فالظاهر استصحاب بقائه لتماميه الأركان، والله العالم.

ص: ٤٥

(مسألة ٥): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر، صح فيما قبل وبطل فيما رد،

(مسألة ٥): {لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد، فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر} فإن كان على نحو الارتباط ووحده العقد في قصده بطل، لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، فهو مثل أن تنكح نفسها عشرة أيام فيقبل لخمسة أيام، وإنما يبطل عدم التطابق من جهة أنه لا يتحقق العقد، فهو كما إذا أوجب على الدار فقبل على البستان، أما إذا كان على نحو تعدد المطلوب كالعقود المتعددة المجريه بلفظ واحد {صح فيما قبل وبطل فيما رد} فهو كما إذا زوجه امرأتين في عقد واحد فقبل إحدهما ورد الأخرى، حيث ينحل العقد إلى عقود متعددة، فما قبله يجعله (عقودكم) (١) بخلاف ما رده.

أما الذين أطلقوا الصحه كالمصنف تبعاً للفاضلين وغيرهم، بل يظهر من جامع المقاصد والحدائق والجواهر وغيرهم فتوى الأصحاب، فكأنهم نظروا إلى ما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) وغيره من انحلال العقد إلى جملة من العقود، كانحلال العقد المشروط إلى ذلك، ولذا يصح تبعض الصفقه، كما يأتي في آخر المسألة.

وبعد ذلك لا مجال لكلام المستمسك: إن ما ذكروه من اعتبار المطابقه بين الإيجاب والقبول في العقد يدل على عدم انحلال الإيجاب إلى إيجابات متعددة، وإلا لم يكن لاعتبار ذلك وجه، فلا تصح المقايسه بين المقام ومسألة تبعض الصفقه، أو خيار تخلف الشرط، فإن انحلال العقد بعد تماميته غير

ص: ٤٦

انحلال الإيجاب نفسه)، إلى أن قال: (وعليه لا- يمكن التخلص عن الإشكال إلا- بما عرفت من عدم كون الوصيه من العقود، واعتبار القبول على تقدير القول به من قبيل اعتبار القبض في بيع الصرف والسلم، لا أنه جزء من العقد) إلى آخر كلامه.

إذ يرد عليه بعد ما تقدم من اعتبار القبول، وإلا- كان تصرفاً في الشخص من غير إرادته وهو مناف لقاعده تسلط الناس على أنفسهم (12))، ويؤيده ما ورد من استفهام الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) عباساً وغيره عن قبول وصيته (صلى الله عليه وآله وسلم) ورفضهم إياه إلا- على بن أبي طالب (عليه السلام)، أنه لا ربط بين اعتبارهم المطابقه بين الإيجاب والقبول وبين عدم الانحلال إلى إيجابات متعددة، فالمطابقه محقق (عقودكم) كما عرفت، فإذا كان انحلال في القصد كان عقد متطابق وهو ما قبله القابل، وإيجاب آخر بدون قبول فلا عقد بالنسبه إليه، فأى فرق بين إيجابين قبل أحدهما القابل دون الآخر، وبين لفظ واحد قائم مقام الاثنين، فيقبل أحدهما دون الآخر، حيث كما يصح ما قبله في الأول يصح ما قبله في صورته وحده الإيجاب.

وكان الساكتين على المتن كالساده الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم نظروا إلى ذلك.

أما أمثال السيد الجمال الذين أشكلوا في الصحه، فلعلهم أشكلوا في إطلاق الماتن، لا في ما ذكرناه من إرادتهم الصحه حيث تنحل إلى المتعدد.

ص: ٤٧

وكذا لو أوصى له بشيء فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً وردّ بعضه الآخر، وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه، بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب والقبول

{وكذا لو أوصى له بشيء} واحد مثل أن أوصى له بصبره حنطه {فقبل بعضه مشاعاً} كالنصف {أو مفروزاً} كما لو أفرزه وقال: إني أقبل الوصية في هذا النصف.

وليس من ما نحن فيه ما لو كان نصفان مفروزان لصبره واحده، فقال: أقبل أحدهما دون الآخر، لأن مثل هذا الفرض داخل في الفرع السابق، وكان على المصنف أن يذكر قبوله بعضه على نحو الكلى في المعين، كما إذا قال: أقبل من الصبره صاعاً مثلاً، ولعله أراد بالمشاع الأعم من ذلك.

{وردّ بعضه الآخر} فإنه إذا كان الإيجاب على نحو تعدد المطلوب صح فيما قبل وبطل فيما رد، وإن كان على نحو وحده المطلوب لم تصح الوصية.

فإنه نقول بالصحة في الوصية {وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه} كالإجاره، وإنما لم نقل بصحته في البيع ونحوه {بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب والقبول}.

كأنه أشار بذلك إلى قول جامع المقاصد إن الوصية لما كانت تبرعاً محضاً لم ترتبط أجزاءها ببعضها ببعض، فكما يصح قبولها جميعاً يصح قبول بعضها، وهذا بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات، وأيده في الجواهر بأنه يقوى في الوصية عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقه، لتحقق اسم العقد الذي هو الإيجاب و

لأن مقتضى القاعده الصحه فى البيع أيضاً إن لم يكن إجماع، ودعوى عدم التطابق ممنوعه، نعم لو علم من حال الموصى إرادته تملك المجموع من حيث المجموع لم يصح التبعض.

قبول ذلك بالإيجاب بها، انتهى.

وفيهما ما لا يخفى، إذ كل من الوصيه والبيع عقد فاللازم فيهما التطابق، فالفرق بينهما ليس بفارق، فإن كلاً منهما إن كان على نحو تعدد المطلوب كان القبول مطابقاً للإيجاب، وإن كان على نحو وحده المطلوب كان القبول مخالفاً للإيجاب فيبطل.

{الآن مقتضى القاعده الصحه فى البيع أيضاً إن لم يكن إجماع} على البطالين فيه، وحيث لا- إجماع، بل لو كان فهو ظاهر الاستناد، فاللازم القول بالصحه.

وبذلك تعرف وجه سكوت السيدين الوالد وابن العم على المتن، وإن أشكل فيه السيدان البروجردى والجمال، قال أولهما: (بل مقتضاها البطالين فى مثل البيع والصحه فى الوصيه)، وقال ثانيهما: (عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ظاهر، وكون القاعده مقتضيه للصحه بالنسبه إلى بعض المبيع مثلاً عند تبعض الصفقه أجنبى عن المقام بالكلية) انتهى.

فإنه لم يعرف وجه الأجنبيه مع أنهما من باب واحد.

{و} بذلك ظهر أن {دعوى عدم التطابق ممنوعه} لوجود التطابق عند إرادته الموجب التعدد.

{نعم لو علم من حال الموصى إرادته تملك المجموع من حيث المجموع} بحيث صب إنشاءه على ذلك {لم يصح التبعض} لأن الإيجاب لا يطابق القبول

حينئذ، وقول بعض المعلقين إن تملك المجموع من حيث إنه مجموع لا محصل له، غير ظاهر الوجه بعد قبول أن الوصيه عقد يثمر التملك كالبيع وغيره من سائر العقود.

ص: ٥٠

مسألة ٦ هل يجوز للورثة التصرف قبل القبول

(مسألة ٦): لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد

(مسألة ٦): لا يجوز للورثة التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين، من القبول أو الرد { فإذا قبل خرجت العين من ملكهم إلى ملكه، وإذا رد كان لهم التصرف.

أقول: الوصيه العقدية لا يتحقق الملك بها إلا بعد القبول كسائر المعاملات، وعليه فقبل القبول لا ملك للموصى له، بل مقتضى الأصل بقاؤه على ملك الموصى، وينتقل إلى ملك الورثة انتقالاً مراعى، وعليه يحق للورثة التصرف غير المغير، مثل سكنى الدار وركوب الدابة قبل القبول والرد، إذ لا وجه لمنعهم عن ذلك، سواء كانت الوصيه مطلقه حتى يكون ثمرها الملك بمجرد القبول، أو مقيده كما إذا قال: إن دارى لزيد بعد عام من وفاتى، بحيث لا يثمر القبول الانتقال فوراً إلا حين قرار الموصى.

أما التصرف المغير فهو جائز لهم في الواقع إذا لم يلحقها القبول، إذ لا وجه للمنع بعد أن القبول لم يلحق الإيجاب، فإن الواقع لا يتغير بالزعم، كما إذا نذر أن يتصدق بشاته إن شافى الله ولده، فذبح الشاه وأكلها أو باعها ومات الولد، فإن موت الولد يكشف عن عدم تقييد الشاه بشيء بل بقيت على الملكيه الطلقه.

وأما إذا لحقها القبول فالظاهر حرمة التصرف، لأن الملك حيث تعلق به حق الغير لم يحق لهم التصرف، فهو كمنذور الصدقه، ولا مجال لاستصحاب جواز التصرف لعدم تماميه أركانه.

وإن شئت قلت: إن الموصى به وإن لم ينتقل إلى ملك الموصى له قبل قبوله

وليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً إلا إذا كان تأخيره موجباً للضرر عليهم

إلا أن الموصى بوصيته قيد الملك، ومع تقيده ممن له حق التقييد لا يحق لغيره التصرف المغير فيه.

ومما تقدم يعلم أن للورثة حق التصرف غير المغير فيما بين زمان الموت وزمان الانتقال، وإن قبل الموصى له إذا كان المالك أوصى بأنه للموصى له بعد عام من وفاته مثلاً، لأن الملك انتقل إليهم مؤقتاً انتقالاً مقيداً.

أما تصرفهم المغير قبل القبول مطلقاً، فإن ظهر قبوله كان حراماً وكان فضولياً، وإن ظهر عدم قبوله كان تجريباً وكان لازماً.

وبذلك ظهر أن تمثيل المستمسك للمقام بتصرف الأصيل فيما انتقل عنه قبل حصول الإجازة إذا كان الطرف فضولياً غير ظاهر الوجه، إذ قبل الإجازة لم يتحقق عقد فله أن يتصرف، وإذا تصرف الأصيل كان مبطلاً، كما إذا تصرف بعد الإيجاب قبل القبول.

{و} إذا مات الموصى فهل يجب إجبار الموصى إليه بين القبول والرد، أو لا، احتمالان، فالمصنف على أنه {ليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً} إذ الأصل عدم الإجبار، كما في الجواهر وغيره، فإن «الناس مسلطون على أنفسهم».

{إلا- إذا كان تأخيره} الرد أو القبول {موجباً للضرر عليهم} بأن كان حفظ المال بدون حق التصرف موجباً للضرر أو العسر والحرج.

فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما.

{فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما} كما قواه الجواهر.

قال في المستمسك: (لا لقاعده نفى الضرر لأنها نافيه فلا تصلح للإثبات، بل لعموم حرمة الإضرار بالغير) (١).

أقول: حيث منع الشارع عن الإضرار كان على الحاكم المنع عنه، فدليل «لا ضرر» كاف في الإثبات، ولذا استدل الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) لجواز قلع شجره سمره بدليل «لا ضرر».

أما قول بعض المعلقين: (لا وجه للإجبار ولو قلنا باعتبار القبول في صحه الوصيه، إذ لا ضرر على الورثه في التأخير، غايه الأمر أنه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الرد)، فلا يخفى ما فيه، إذ حفظ المال بدون تمكن التصرف كثيراً ما يكون ضرراً، والمصنف لم يقل إنه ضرر دائماً، بل قال: (إلا إذا كان تأخيره)، ولذا سكت على المتن أغلب المعلقين كالساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

ثم الظاهر أنه لو تعذر إجبار الحاكم تولاه الوارث بنفسه، كما ألمع إليه الجواهر وإن تأمل فيه، لكن لا وجه للتأمل بعد أن كان فيه رفع الضرر.

ص: ٥٣

مسألة ٧ إذا مات الموصى له قبل القبول

(مسألة ٧): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد، فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك، فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيته، من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته، وبين علم الموصى بموته وعدمه، وقيل بالبطلان بموته قبل القبول

(مسألة ٧): {إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد، فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك} القبول أو الرد، أما إذا قبل ومات انتقل إلى وارثه، وإذا رد ومات لم يكن لوارثه، إجماعاً فيهما، وإذا جن بما لم يصح قبوله ورده فالظاهر قيام وليه مقامه، لأن ما له ينتقل إليه بمقتضى إطلاق ولايته.

وكيف كان، فقد نسب ذلك إلى المشهور جماعه، منهم التذكرة وغاية المراد والمهذب البارع والمقتصر وإيضاح النافع والشيخ المرتضى (رحمه الله) كما حكى عنهم، وعن كشف الرموز أن عليه العمل.

{فله القبول} أو الرد إذا كان بعد موت الموصى، وإذا كان في زمان حياة الموصى فله القبول {إذا لم يرجع الموصى عن وصيته} فإنه إذا رجع لم يكن حتى لنفس الموصى له القبول فكيف بوارثه.

{من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته، وبين علم الموصى بموته وعدمه}، وذلك لإطلاق الدليل الخاص الوارد في هذه المسألة كما سيأتي.

{وقيل بالبطلان} للوصية {بموته قبل القبول}، وعن الحدائق إنه نقله عن جماعة من الأصحاب منهم ابن الجنيد والعلامة في المختلف.

وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، وبين غيره فلورثته، والقول الأول وإن كان على خلاف القاعده

{وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، وبين غيره} بأن لم يعلم ما ذا غرضه، أو علم بأن غرضه أعم {فلورثته}.

عن الدروس إن التفصيل المذكور حق، وبه يجمع بين النصوص.

وعن المسالك حكاية قول آخر بالتفصيل بين موته في حياه الموصى فتبطل، وموته بعد حياته فتصح.

{والقول الأول وإن كان على خلاف القاعده} لكنه مقتضى الأدله الخاصه، فاللازم الذهاب إليه، خصوصاً بعد ذهاب المتقدمين كاهه _ إلا أبي علي _ إليه، حتى قال في مفتاح الكرامه: إن أول من فرق الإجماع المحقق إن تم ما نسبوا إليه من المخالفه.

فقد روى الساباطى أو الباهلى، على ما عن الكافى والفقيه، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إليّ وأمرنى أن أعطى عما له فى كل سنه شيئاً، فمات العم، فكتب (عليه السلام): «أعط ورثته»^(١).

والصحيح عن المثنى الذى رواه الكافى والصدوق والعياشى، وبعضهم رواه عن العباس بن عامر، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً، قال (عليه السلام): «اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه»، قلت: فإن لم أعلم له ولياً، قال: «اجهد أن تقدر له

ص: ٥٥

على ولي، فإن لم تجد وعلم الله تعالى منك الجد فتصدق بها» (١).

وصحيح محمد بن قيس، الذي رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذي أوصى له قبل الموصى، قال (عليه السلام): الوصيه لو ارث الذي أوصى له، قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصيه لو ارث الذي أوصى له إلا أن يرجع في وصيته قبل موته» (٢).

وقال الصدوق في المقنع الذي هو متون الأخبار: «ومن أوصى إلى آخر، شاهداً كان أم غائباً فتوفى الموصى له قبل الذي أوصى، فإن الوصيه لو ارث الذي أوصى له، إن لم يرجع في وصيته قبل أن يموت» (٣).

وفي المستدرک، عن العياشي، عن مثنى بن سلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها ولم يترك عقباً، قال (عليه السلام): «اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه، فإن الله سبحانه وتعالى يقول: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ)» (٤)، قلت:

ص: ٥٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٩ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٩ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ١، الكافي: ج ٢ ص ٢٣٧

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٨

٤- سورة البقره: الآيه ١٨١

مطلقاً بناءً على اعتبار القبول في صحتها، لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له

إن الرجل كان من أهل فارس دخل في الإسلام لم يسم ولا يعرف له ولي، قال (عليه السلام): «اجهد أن تقدر له على ولي، فإن لم تجده وعلم الله منك الجهد تتصدق بها»^(١).

أقول: وبهذا ظهر الفرق بين ما رواه الوسائل وكتب الفتوى عن العياشي، وبين ما رواه المستدرک، فإن هذا القول المستند إلى الروايات وإن كان خلافاً للقاعده، {مطلقاً} سواء مات الموصى له في حياة الموصى أو بعده {بناءً على اعتبار القبول في صحتها} كما تقدم الظاهر في أن الموصى إليه لم يرد، فإذا رد لم يقع العقد المملک له حتى ينتقل إلى وارثه.

ولا يخفى أنه يجب أن تحمل الروايات على ما إذا قبل الوارث، أما إذا لم يقبل، فمقتضى القاعده عدم صحه الوصيه، فالمال ينتقل إلى ورثه الموصى.

{لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له} لأن الموصى ملّك الموصى له، فهو لولا-الدليل كالنكاح الذي تملّك الزوجه نفسها للزوج فلا- يصح قبول وارثه حتى يكون زوجاً لها، وليس الإيجاب في المقام مثل الإيجاب في البيع، حيث إن الغالب كون الموجب لا- يقصد بالخطاب خصوص المشتري فإنه لا يهم له إن كان هو المشتري أو غيره، فإن البيع تبادل مالين، أما الوصيه

ص: ٥٧

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٨ من أبواب الوصايا. والعياشي: ج ١ ص ٧٧ ح ١٧١

وكون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع، كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضاً

فهى تمليك الطرف، والنكاح ركنه الزوجان.

{وكون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع} إذ لم يقصده الموجب والعقود تتبع القصود.

ومنه يعلم أن قول المستمسك فى رده (ولعدم مطابقه القبول للإيجاب أنه مبنى على كون الوارث يتلقى الملك من الموصى، أما إذا كان يتلقى الملك من الموصى له فقبول الوارث أيضاً يتضمن تمليك الموصى له، فهو قبول لنفس ذلك الإيجاب) غير تام، إذ تلقى الوارث الملك لا يكون إلا بعد ملك الموصى له المبنى على قبوله، فحيث لا قبول لا ملك فلا تلقى.

ثم إن قوله: (وكون) كأنه رد لمن أراد أن يطبق الحكم على القاعده، وفيه ما ذكر.

{كما أن دعوى} تطبيق الحكم على القاعده لـ {انتقال حق القبول إلى الوارث أيضاً} وذلك بيان مقدمتين:

الأولى: إن القبول حق للموصى له، لأنه إن شاء قبل، وإن شاء رد.

الثانيه: إن ما تركه الميت فلوارثه، فحيث ترك الموصى له هذا الحق، فقد انتقل إلى وارثه، فله أن يقبل وينتقل المال إليه، كما أن الأخذ بالشرط والخيار وما أشبه مما تركه الميت.

محل منع صغرى وكبرى، لمنع كونه حقاً ومنع كون كل حق منتقلاً إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذى لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قويناه من

{محل منع صغرى وكبرى} أما الصغرى، فـ {لمنع كونه حقاً}، ويدل على ذلك ما ذكروا من خواص الحق، مثل كونه قابلاً للإسقاط، فهل للموصى له أن يقول: إنى أسقطت هذا الحق. فإذا لم يكن له الإسقاط لم يكن له نقله ولا ينتقل إلى وارثه.

أقول: قد فصل جماعه بين الحق والحكم بتفصيلات، والظاهر الخدشه فى أكثر ما ذكروا، وقد ذكرنا نحن فى أوائل كتاب إحياء الموات ما ينبغى أن يقال فى باب الحق والحكم، فراجع.

{و} أما الكبرى فلـ {منع كون كل حق منتقلاً إلى الوارث، حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به} إذ لا دليل لنا أن كل حق قابل للإيراث حتى يؤخذ بهذه الكليه فى المقام، ولذا قال فى المسالك: (مع أنا نمنع من كون القبول حقاً للوارث مطلقاً، وإنما كان حقاً للمورث على تقدير مباشرته، ويرشد إليه أن الأغراض فى الوصيه تختلف باختلاف الأشخاص)، إلى آخر كلامه.

والحاصل: إن هذا الحق {الذى} للمورث {لا يصدق كونه من تركته} حتى يشمله دليل «ما تركه الميت فلوارثه».

{و} كيف كان، فقول المشهور على خلاف القاعده، وإنما يصار إليه للنصوص المتقدمه التى لا- يرد عليها الإيرادات الآتية، فالحكم {على ما قويناه من} أن الوصيه العقديه ملك على خلاف القاعده مطلقاً، وإن كان على ما قواه

عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعده فى خصوص صورته موته قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته فى حياه الموصى، لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحه كما هو المشهور، وذلك لصحيحه محمد بن قيس

المصنف {عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الرد مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعده فى خصوص صورته موته قبل موت الموصى له} ثم لم يقبل الموصى له ولم يرد ومات وقبل ورثته الوصيه.

وإنما كان الحكم على خلاف القاعده {لعدم ملكيته فى حياه الموصى} فلا وجه لانتقال الموصى به إلى ورثته، حيث لم يملكه فى حياته، لكن هذا الإشكال غير وارد أن سلم أنه حق، وان ما تركه من حق فلوارثه، اذ لا يلزم الملكيه الفعلية للميت فى حال حياته.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المستمسك: (وانتقال الموصى به إلى الموصى له بعد وفاه الموصى وإن كان ممكناً، كانتقال الديه إلا أن الأدله العامه لا تفى بذلك وتقتصر عن إثباته) (1)، إذ الدليل هو ما ذكرناه من الجمع بين كونه حقاً وكبراه.

{لكن الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحه كما هو المشهور} بل عرفت دعوى الإجماع عليه إلى ما قبل المحقق.

{وذلك لصحيحه محمد بن قيس} المتقدمه، والإشكال فيه بإبراهيم بن هاشم الواقع فى سند الحديث فيخرجه عن الصحه، مع أنه غير ضار بعد تسليم كونه حسناً، غير تام، إذ قد تكرر فى هذا الشرح أنه من الأجله الذين لا ينبغى النقاش

ص: ٦٠

الصريحه فى ذلك حتى فى صورته موته فى حياه الموصى المؤيده بخبر الساباطى وصحيح المثنى

فيهم فراجع كتب الرجال.

كما أن الإشكال فى الصحيحه بأن محمد بن قيس الواقع فى طريقها مشترك بين الثقه والضعيف، فكيف تجعل روايته مستند الحكم، كما أشكل عليها بذلك المختلف والمسالك، ففيه: بالإضافة إلى أنه لو تم ما ذكره كانت الشهره القطعيه بل الإجماع المدعى جابره لها، إن الظاهر كما قاله غير واحد أن محمد بن قيس الذى يروى عنه عاصم بن حميد هو البجلي الثقه (1)، كما عن الشيخ فى الفهرست، وهو الذى يروى كتاب قضايا أمير المؤمنين (عليه السلام) كما عن النجاشى، وقد برهن على ذلك فى فنه، كما فى مفتاح الكرامه، بالإضافة إلى أن روايه الكافى والصدوق كافيه فى صحه الاستناد بعد أن التزما بأنهما لم يرويا إلا ما هو حجه بينهم وبين الله، كما ألمعنا إليه مكرراً.

{الصريحه فى ذلك} الحكم المذكور {حتى فى صورته موته فى حياه الموصى} وبقرينه ذكر الغيبه تكون كالصريحه فى كون الموت قبل القبول {المؤيده بخبر الساباطى المتقدم} وقد تقدم روايته فى الكافى والفقيه، وكفى بهما حجه، فكون بعض رجال السند ضعيفاً غير ضائر بالحجيه، كما لا يضر ما ذكره المستمسك من أنه (غير ظاهر فى التمليكه، بل ظاهر فى الوصيه بالتمليك فى كل سنه وهو غير ما نحن فيه).

إذ أولاً: إن الخبر مطلق يشتمل عليهما.

ص: ٦١

ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم

ثانياً: يكفي في التمليكه مناط التمليك.

{وصحيح المثني} على ما رواه الصدوق، أو صحيح العباس بن عامر، على ما رواه الكافي (١).

وبذلك يظهر عدم ضرر روايه العياشى، كما تقدم عن المستدرک، فالسند صحيح، والدلاله واضحه، حيث إن عدم القبض أعم من عدم القبول، فقول المستمسك: (إن الاقتصار في الخبر على ذكر عدم القبض يدل على وقوع القبول، فلا يكون مما نحن فيه، لا أقل من عدم ظهوره في عدم القبول) غير ظاهر الوجه، لأن الإطلاق وعدم التفصيل في الجواب كاف في دلالتة على ما نحن فيه.

{ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم} وأبى بصير، رواهما الشيخ، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى، قال: «ليس بشيء» (٢).

{ومنصور بن حازم} الذى رواه الشيخ أيضاً _ وحيث إن فى سنده على بن الحسن بن فضال، فهو من قسم الموثق _ عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيه إن حدث فيه حدثاً فمات الموصى له

ص: ٦٢

١- تقدم فى ص ٤٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٤

ومنصور بن حازم بعد إعراض المشهور عنهما وإمكان حملهما على محامل منها التقيه، لأن المعروف بينهم عدم الصحة

قبل الموصى، قال (عليه السلام): «ليس بشيء»^(١).

{بعد إعراض المشهور عنهما} كما تقدم، {وإمكان حملهما على محامل، منها التقيه، لأن المعروف بينهم عدم الصحة}.

ومنه يعلم الجواب عن روايه الدعائم، عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام)، أنهما قالوا- في رجل أوصى لرجل غائب بوصيه فمات على وصيته، فنظر بعد ذلك فوجد الموصى له قد مات قبل الموصى، قالوا: «بطلت الوصيه، وإن كان غائباً فأوصى له ثم مات بعده نظر، فإن كان قبل الوصيه فهو لورثته، وإن لم يقبلها فهي لورثه الموصى»^(٢).

وكيف كان، فقد قال في محكى التذكرة: إن بطلان الوصيه بموت الموصى له قبل الموصى مذهب أكثر العامه، وبه قال الزهرى وحماد بن أبى سلمى وربيعه ومالك والشافعى وأصحاب الرأى.

والوسائل تبع التذكرة فى حملها على التقيه، فهذا أحد المحامل.

ومحملان ذكرهما الشيخ فى محكى الاستبصار، قال: الوجه فى هذين الخبرين أحد شيئين:

أحدهما: أن يكون ليس بشيء ينقض الوصيه، بل ينبغى أن تكون على حالها فى الثبوت لورثته.

ص: ٦٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٠ الباب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا ح ٥

٢- المستدرک: ج ٧ ص ٥٢٣ الباب ٢٨ من أبواب كتاب الوصايا ح ١

نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحه عما إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد، بل ربما يقال: إن محل الخلاف غير هذه الصورة

الثانى: أن يكون المراد بذلك بطلان الوصيه إذا كان غيرها الموصى فى حال حياته، على ما فصل فى خبر محمد بن قيس.

أقول: ويؤيد الحمل الأول ما ذكره فى مفتاح الكرامه بأنه مناسب لتذكير المستتر فى ليس، ولو كان المراد أن الوصيه ليست بشىء لقال ليست، وعلى تقدير تساوى الاحتمالين يكفى الإجمال.

{نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحه عما إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد}، مثلاً كان عدواً لورثته حيث لا يرضى أن يحصلوا منه ولو على درهم، ولذا ادعى فى الرياض أن القدر المتيقن من النصوص غير هذه الصورة، وإذا كانت هذه الصورة منصرفه عن النص فالمرجع فيها القواعد الأوليه.

ثم إن اللازم كون المراد بالتقييد الأعم منه ومن المصب، إذ حال المصب كذلك، كما بيناه فى بعض الكتب السابقه.

أما إذا كان على وجه الشرط، كان لورثه الموصى الأخذ بالشرط حسب القاعده.

{بل ربما يقال: إن محل الخلاف غير هذه الصورة}، وفيه: إن كلامهم مطلق تبعاً للروايات، وهل يلزم أن يكون كل حكم على طبق القاعده حتى يتشبه بهذه الوجوه.

لكن الانصراف ممنوع، وعلى فرضه يختص الإشكال بما إذا كان موته قبل موت الموصى، وإلا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالكاً بعد فرض عدم رده فينتقل إلى ورثته.

بقي هنا أمور:

{لكن الانصراف ممنوع} وإن قال الوالد: إنه في محله، وذلك لأن الانصراف إنما يكون إذا رأى العرف انصباب اللفظ على غيره، والمقام ليس كذلك.

نعم لو قيد الموصى الوصيه بما لا يشمل الورثه على كل حال، لم تشمل الصحيحه تلك الصوره، مثلاً قال: هذا لك بعد حياتي إن كنت حياً، وكذا إذا قال: إن فعلت كذا بعد موتى فهو لك، إلى غير ذلك، وهذا ليس من باب الانصراف، بل لا تشمله الصحيحه كما عرفت.

{وعلى فرضه يختص الإشكال بما إذا كان موته} موت الموصى إليه {قبل موت الموصى، وإلا} بأن مات بعد موت الموصى {فبناءً على عدم اعتبار القبول} في الوصيه، وإنما يملك بمجرد موت الموصى، {بموت الموصى صار} الموصى إليه {مالكاً} لحصول سبب الملك {بعد فرض عدم رده} لأن الرد يمنع عن نفوذ الوصيه كما تقدم، وإذ لم يرد فقد ملك، {فينتقل إلى ورثته}.

أما بناءً على احتياج الوصيه التمليكيه إلى القبول مطلقاً، لا فرق بين موت الموصى إليه قبل الموصى أو بعده بدون أن قبل.

{بقي هنا أمور:}

ص: ٦٥

أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث، كما إذا مات الموصى له قبل القبول، ومات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل الوصيه لوارث الوارث أو لا، وجوه الشمول وعدمه، لكون الحكم على خلاف القاعده

{أحدها: هل الحكم يشمل ورثه الوارث} ولو بعد أعقاب {كما إذا مات الموصى له قبل القبول} والرد، {ومات وارثه أيضاً قبل القبول} والرد، وإنما ذكرنا الرد، لأن الظاهر من كون رد الموصى له مسقطاً للوصيه أن رد وارثه أيضاً كذلك، بقرينه أن قبوله مثل قبول الموصى له، فإن العرف يفهم من ذلك المناط.

{فهل الوصيه لوارث الوارث، أو لا، وجوه} ثلاثه:

الأول: {الشمول} وهذا هو الظاهر من النص، فإن العرف يرى أنه إرث جاءه من قبل الموصى إليه، فاللزام تقسيمه بينهم تقسيم الإرث، وإذا كان لا- يرث الوارث كالمراه من الأرض لم يرث منه، وإذا كان لا يرث لأنه كافر أو قاتل أو ما أشبه لا يرث منه، إلى غير ذلك من أحكام الإرث، وسيأتى الكلام فى الجوه.

وعليه فلا- فرق بين وارث الموصى إليه وبين وارث وارثه، وهذا هو الذى اختاره غالب المعلقين كالساده الوالد وابن العم والجمال والبروجردى وغيرهم.

{أو} الثانى: {عدمه لكون الحكم على خلاف القاعده} على ما تقدم، والمتيقن من النص صورته الوارث، لا- وارث الوارث، فالمال يرجع إرثاً إلى ورثه

والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، وكونه الأخبار فلا.

الثانى: إذا قبل بعض الورثة وردّ بعضهم فهل تبطل

الموصى، وفيه ما تقدم.

وقوله: (عقباً) وإضافه (المولى) فى الحديث مما يؤيد أنه إرث مطلقاً.

{و} الثالث: {الابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل} لإطلاق «ما تركه الميت من حق»، فإنه كما ينتقل إلى الوارث ينتقل إلى وارث الوارث.

{وكونه الأخبار فلا} لعدم إطلاق الأخبار، ولعدم فهم المناط.

وقد عرفت أن المدرك الأخبار، ومع ذلك نقول بالانتقال، لما تقدم من الفهم العرفى منها.

ثم إنا إنما نقول بقبول الوارث أو وارثه لما تقدم من أنها عقد، والعقد بحاجة إلى القبول.

{الثانى: إذا قبل بعض الورثة وردّ بعضهم فهل تبطل} الوصيه مطلقاً، وذلك لأن القبول لم يطابق الإيجاب، فلا يصدق (عقدكم) الذى هو المناط، وقد تقدم فى مسأله قبول الموصى له بعض الوصيه دون بعض، وأشكل فى ذلك بعض الفقهاء وقلنا: إنه إن كانت الوصيه بنحو المصب أو القيد يكون مقتضى القاعده البطلان، وإن كانت بنحو تعدد المطلوب _ ككاحين فى صيغه واحده _ تكون صحيحه بالنسبه إلى الجزء المقبول. وإن كانت بنحو الشرط، فإن أسقط ولى الميت الشرط صحت بالنسبه إلى الجزء المقبول، لأن خيار الشرط يكون للوارث،

أو تصح ويرث الراد أيضاً مقدار حصته، أو تصح بمقدار حصه القابل فقط

وإن لم يسقط حق الشرط وأخذ به بطلت الوصيه، لخيار الشرط المعطى له حق الفسخ وقد فسخ.

{أو تصح ويرث الراد أيضاً مقدار حصته}، لما علله في المستمسك بالاجتزاء في الصحه بمجرد القبول في الجملة، انتهى.

وكأنه لأن الوصيه شيء واحد، فإذا قبلت في الجملة صحت، لكن ذلك خلاف ما ذكروا في باب الخيار إذا رده بعض وأخذه بعض فيما ورثوه، حيث يوجب الرد في الجملة البطلان كليه، فهو مثل ما إذا كان الخيار للمتبايعين فيرده أحدهما ويقبله الآخر، حيث يقدم الرد على القبول.

وكيف كان، فإذا قلنا بالقبول في باب الوصيه صار الموصى به ملكاً لمورثهم، وإذا ملكه صار لهم حسب الإرث، سواء منهم الراد أو القابل، وإن كان قبله أحدهم ورد به بقيتهم وكانوا عشره أو أكثر مثلاً.

{أو تصح بمقدار حصه القابل فقط} لأن الوصيه تنحل إلى وصايا في الحقيقة، لتعدد المطلوب حقيقه عند العرف في غالب الوصايا، فهي كتبعض الصفقه، حيث يصح البيع ونحوه في المقبول دون المردود.

ومنه يعلم احتمال آخر، وهو الفرق بين ما كان مراد الموصى على نحو تعدد المطلب فتصح في المقبول دون المردود، كما إذا وصى بعشره دنانير لزيد باعتبار أنه فقير بحيث كان قصده تملكه ديناراً ديناراً، فإذا قبل أحد أولاده

أو تصح وتمامه للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل، أو بعده فتصح بالنسبة إلى مقدار حصه القابل، وجوه.

العشره الوصيه كان له دينار، كما إذا قبل نفس الموصى له الدينار فقط دون سواه، وبين ما كان مراده على نحو وحده المطلوب قيداً أو مصباً، حيث تبطل كل الوصيه، لأن قبول البعض يوجب عدم المطابقه بين الإيجاب والقبول.

{أو تصح وتمامه للقابل} قال في المستمسك: (للاجتزاء بالصحه بمجرد القبول وكون الإرث تابعاً له فلا يرث إلا القابل).

أقول: أما الأول: فلأن الوصيه إنشاء واحد، فإما أن يقبل في الكل، أو لا يقبل، وحيث لحقها القبول كان الكل صحيحاً.

وأما الثاني: فلأنه لما لم يرث الراد، حيث إنه لا معنى لدخول شيء في ملك إنسان بدون إرادته، لأنه خلاف سلطنته، كان اللازم إرث القابل لجميعه.

{أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل} لأنه لم يملك وقد مات فكيف يرثه وارثه، واحتمال أنه يملك بعد الموت خلاف ما قالوه من أن الميت لا يملك، لأنه جماد وأدله الملك منصرفه عنه.

{أو بعده فتصح بالنسبه إلى مقدار حصه القابل} لأن الموت مع القبول مملك حسب الأدله العامه، وتبطل بالنسبه إلى غير القابل لعدم القبول، ولا يدخل شيء في ملك الإنسان بدون قبوله.

أو احتمالات آخر، حيث إن احتمالات المصنف ليست حاصره كما لا يخفى.

{وجوه} أقربها ثالثها، كما اختاره غالب المعلقين، كالساده أبو الحسن

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه، أو إليه ابتداءً من الموصى، وجهان، أو جههما الثاني

الأصفهاني والوالد وابن العم والبروجردى والشيخ ضياء الدين العراقي وغيرهم، وذلك لما تقدم من وجهه.

نعم اللازم تقييده بما لم تكن الوصيه على نحو وحده المطلوب مصباً أو قيداً، وإلا بطلت، لعدم تطابق القبول مع الإيجاب، كما أنه كان كذلك إذا قبل الموصى إليه بعض الوصيه فى الوحده مصباً أو قيداً.

أما إذا كانت الوصيه على نحو تعدد المطلوب حسب الشرط، لا القيد والمصب، كان لوارث الموصى خيار الفسخ بخيار تخلف الشرط، وعدم كون هذا الخيار للمورث من جهة أن العقد بالنسبه إليه جائز فلا مجال لخيار تخلف الشرط أو سائر الخيارات له.

ومما تقدم يظهر وجه الإشكال فى سائر الوجوه المحتمله التى ذكرها المصنف والتى أشرنا إليها.

{الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه} كما استظهرناه فيما سلف، لأنه يتلقى الملك منه عرفاً والشارع قرره، وهذا هو الذى اختاره جماعه كالسيدين الوالد وابن العم وغيرهما.

{أو ابتداءً إليه من الموصى، وجهان، أو جههما} الأول كما عرفت، وأضعفهما {الثانى} وإن اختاره المصنف وبعض الساكتين عليه، وهو الذى اختاره الشرائع والقواعد حيث قال: (ولو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه

فى قبول الوصيه ولا يدخل فى ملك الميت) انتهى.

وعلله فى المستمسك بعدم قبول الميت للملك، لأنه بمنزله المعدوم والملكيه تستدعى نحواً خاصاً من التابعيه والمتبوعيه، والمعدوم لا يقبل المتبوعيه الخاصه، إلى أن قال: ولا بد حيثئذ من البناء فى المقام على انتقال المال من الموصى إلى ورثه الموصى له.

ثم أشكل على نفسه بأنه إذا كان الانتقال من الموصى إليهم، فلماذا لا يقسم المال بالسويه، وأجاب بأنه إن تم ما ذكره المشهور من انتقال حق القبول إلى الورثه فى المقام كان انقسام الحق انقسام ميراث، وتبعه ينقسم المال انقسام ميراث، وإن لم يتم ما ذكره المشهور تعين أن يكون ملك الورثه فى المقام بحكم الميراث من هذه الجهه، لا أنه ميراث حقيقى، إلى آخر كلامه.

أقول: الميت قابل للملك عرفاً، فهو إضافه اعتباريه قررهما العقلاء، ومنع منها الشارع فى مقامات لا فى كل المقامات، كما أنهم قرروا ملك الجماد والحيوان والنبات، فإن حالهم حال الطفل والمجنون كلاهما لا يتصرف، ويتصرف فى نفعه وليه.

وقد صحح الشارع الوقف والوصيه والنذر على المذكورات، ويصرفها الولي فى شؤونها، كما فى الوقف على المسجد ونحوه، ولا داعى إلى تأويل ذلك بوجوه بعيده، لكنه لم يصحح الملك للجماد والحيوان والنبات لوجه هو أعلم به، مع أن الوقف وأخويه كالمملك فى نظر العرف، حتى أنه لو لم يكن إجماع قطعى على عدم ملك المذكورات لقلنا به استناداً إلى الاعتبار العقلانى الذى لم يردعه

وربما يبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً، فعلى الثانى الثانى، وعلى الأول الأول،

الشارع، أما حيث الردع المكشوف بالإجماع فلا- نقول به، وحيث إن الشارع فى الباب وباب الديه قرر الملك حسب المتفاهم عرفاً من أدله المقامين، نقول بأن الميت يملك وينتقل منه إلى وارثه، فيكون للمال _ سواء هنا أو فى الديه _ كل أحكام الإرث، كما سبق أن ألمعنا إليه.

ومثله الثلث، فإنه يبقى على ملك الميت يصرف فى ما أمر به، وكذلك الحكم إذا نصب شبكه فمات فاصطادت إلى غير ذلك، حيث إنها تكون للميت ينتقل منها إلى ورثته، فجعل ما ذكر كالميراث حكماً لا حقيقة، مع أن ظاهر الشرع وبناء العقلاء أنه ميراث حقيقة، غير ظاهر الوجه.

وبما تقدم يظهر أنه لا فرق بين أن يموت الموصى له بعد الموصى أو قبله، فقول بعض المعلقين بالتفصيل بين الأمرين بأنه إذا مات الموصى له بعد الموصى فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصى له، دون ما إذا مات قبله فإنه ينتقل إليهم من الموصى، غير مدعوم بالدليل.

{وربما يبنى} كون المال ينتقل إلى الورثه من الميت أو من الموصى {على كون القبول كاشفاً} عن الانتقال سابقاً {أو ناقلاً} من حين القبول، {فعلى الثانى} النقل {الثانى} أى الانتقال إلى الوارث من الموصى، {وعلى الأول} الكشف {الأول} أى الانتقال إلى الوارث من الميت.

وهذا (أى ربما يبنى) يظهر من جامع المقاصد ومفتاح الكرامه فى شرحهما لكلام القواعد المتقدم، فراجعهما.

وفيه إنه على الثانى أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آنأما ثم إلى وارثه، بل على الأول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصى، لأنه كأنه هو القابل

ووجه هذا التفصيل أنه مع النقل لا وجه لجعل الميت واسطه، أما على الكشف فالملك ينتقل إلى الميت حتى تصل النوبه إلى وارثه، إذ لا يمكن ملك الورثه للمال من أول موت الموصى بعد أن الورثه لا إرث لهم فى ذلك الحين.

{وفيه إنه على الثانى} النقل {أيضاً} كالكشف {يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت آنأما، ثم إلى وارثه} وإنما نقول آنأما، لأنه مقتضى الجمع بين الدليلين، دليل أنه إرث ودليل النقل.

إذ الأول: يقتضى كونه ملك الميت حتى ينتقل إليهم.

والثانى: يقتضى النقل إليهم بمجرد قبولهم، فاللازم القول بأنه ينتقل إلى الميت آنأما حتى يكون إرثاً منه، ولا أكثر من آن ما حتى يكون النقل.

ومنه يظهر أن إشكال المستمسك عليه بعدم الفرق بين الآن الواحد والآنات المتعدده، غير وارد.

{بل على الأول} الكشف {يمكن أن يقال} بما لا يرتبط بالميت، كما فى النقل: {بكشف قبوله} أى الوارث {عن الانتقال إليه من حين موت الموصى} بدون واسطه الميت {لأنه كأنه} أى الوارث {هو القابل} بمجرد موت الموصى {فيكون منتقلاً إليه من الأول} بدون أن ينتقل إلى المورث، وذلك

فيكون منتقلاً إليه من الأول.

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى، أو الوارث حين موت الموصى،

لسهولة الأمور الاعتبارية، وإنما الكلام في ظاهر الدليل.

وبما ذكرناه يندفع إشكال الجواهر على المناهل، حيث حكى عنه الجزم بالاحتمال المذكور، ثم استشكل فيه بأنه (كيف يكون قبول الوارث كاشفاً عن ملكه للمال حين موت الموصى، والموصى له موجود، فلا بد من البناء على النقل)، انتهى.

ولذلك قال المستمسك: بأن إشكاله مندفع، إذ لا مانع من انتقال الموصى به إلى وارثه وهو موجود، لعدم الأثر لمثل هذا الوجود بعد أن لم يكن منه قبول.

أقول: حيث عرفت أن ظاهر الدليل الانتقال إلى المورث ثم إلى الوارث، فلا حاجة إلى أمثال هذه الكلمات.

{الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى، أو الوارث حين موت الموصى} فإذا كان للموصى له ولدان حال موته ثم مات أحد ولديه ثم مات الموصى، ورث كلاهما المال على الأول، والحي منهما على الثاني، فعلى الأول حيث مات الولد ورثه ابنه، فيرث العم وابن الأخ في مرتبه واحده.

أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثم إليه، أو كونه موجباً للانتقال إليه أولاً من الموصى، فعلى الأول الأول، وعلى الثاني الثاني، وجوه.

{أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثم إليه} فيرث الولدان لأنهما في رتبة واحده، وحيث مات أحدهما يرثه ابنه، أى يرث العم وابن الأخ أيضاً.

{أو كونه موجباً للانتقال إليه} أى إلى الوارث {من الموصى} فلا يرث الابن الميت من ابني الموصى إليه، بل يرث الابن الحي للميت الموصى إليه، لعدم إرث العم وابن الأخ في طبقه واحده.

{فعلى الأول} الانتقال إلى الميت ثم إلى ورثته {الأول} الوارث حين موت الموصى له.

{وعلى الثاني} الانتقال إلى الوارث رأساً بدون واسطه الميت {الثاني} الوارث حين موت الموصى.

{وجوه} ثلاثه، أقربها الأول، كما قواه الساده الوالد وابن العم والبروجردى والحكيم وغيرهم. وعلله الأخير بأنه الظاهر من النصوص، والحمل على الوارث حين موت الموصى تقييد يحتاج إلى قرينه، انتهى.

وذلك لما سبق من أن الوارث يتلقى الملك من الميت، والميت يرثه ولداه، ولا مانع من اعتبار ملك ولده الذى مات أيضاً حتى يرثه الحفيد، أى ابن الأخ والعم فى عرض واحد.

ومنه يعلم أن قول بعض المعلقين: لا يبعد أن يكون الخبر ظاهراً فى الثانى

الخامس: إذا أوصى له بأرض فمات قبل القبول، فهل ترث زوجته منها أو لا، وجهان مبنيان على الوجهين فى المسألة المتقدمه، فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث لا- ترث، وعلى الانتقال إليه أولاً- لا مانع من الانتقال إليها، لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج، بل وصيه من الموصى

خلاف الظاهر المستفاد عرفاً.

{الخامس: إذا أوصى بأرض فمات قبل القبول} ثم مات الموصى وقبل الورثه، وكان فيهم زوجه الموصى له {فهل ترث زوجته منها} فى ضمن سائر الورثه {أو لا} ترث، {وجهان مبنيان على الوجهين فى المسألة المتقدمه} من أنه هل ينتقل إلى الموصى له أولاً ثم إلى ورثته، أو ينتقل إلى الوارث رأساً من الموصى بدون وساطه الموصى له.

{فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث لا- ترث} الزوجه حيث إنها لا ترث من الزوج شيئاً من الأرض، ومنه يعلم حال ما إذا كان الموصى به بناءً حيث لا ترث الزوجه من أعيانها بل أثمانها.

{وعلى الانتقال إليه} أى إلى الوارث {أولاً} وبالذات بدون الوساطه {لا مانع من الانتقال إليها} فى عرض سائر الورثه، {لأن المفروض أنها لم تنتقل إليه} أى إلى الوارث الذى فيه الزوجه أيضاً.

{بل وصيه من الموصى} والوصيه لا فرق فيها بين الزوجه وغيرها.

لكن قد تقدم أنه كالإرث بالواسطه، وعليه فلا ترث الزوجه، وهذا هو الذى أفتى به السيد البروجردى، وإن احتاط الوالد احتياطاً مطلقاً بالتصالح، واستظهر ابن العم عدم إرثها وإن احتاط أولاً.

كما أنه يبنى على الوجهين إخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه

وبذلك يظهر أن الاحتمالات الأخيرة في المسألة والتي منها ما ذكره بعض المعلقين من حرمانها على كلا التقديرين، أو أن ما ذكره ليس مبنى المسألة أو ما أشبهه، غير ظاهر الوجه.

والحاصل: إن ظاهر النص والفتوى أنه إرث، فيأتي فيه كل أحكام الإرث والتي منها أن القاتل لا يرث، وأنه له حق الخيار الذي كان للمورث وغير ذلك.

{كما أنه يبنى على الوجهين} الانتقال إلى الميت ثم إلى ورثته، أو إلى الورثة من الموصى رأساً {إخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث} على الأول لإطلاق أدله الإخراج، وقد فرض أن المال انتقل إلى المورث ثم إليهم.

{وعدمه} على الثانى، لأنه ليس مال المورث، بل انتقل إلى الورثة من الموصى رأساً، ولا يستشكل على إخراج الوصايا والديون إطلاق النص أنه لورثة الموصى إليه، إذ النص مبنى على الحكم الأولى، فهو كما إذا قال: ترك فلان مالاً، فيقال إنه لوارثه، حيث لا يراد به الإطلاق، خصوصاً وأن الرواية في مقام تحقق الإرث في الجملة، في قبيل رجوع المال إلى ورثة الموصى لا في مقام بيان الخصوصيات.

أما ما ذكره السيد البروجردى بقوله: تعليقاً على (بعد قبول الوارث): (هذا هو المتعين بلا إشكال، لكن الظاهر أن المتولى لقبول الوصية حينئذ بالنسبة إلى

أما إذا كانت بما يكون من الحبوه ففي اختصاص الولد الأكبر به بناءً على الانتقال إلى الميت

سهم الدين والوصيه هو ولى أمر الميت من الوصى والحاكم، وإن كان الأحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث) _ انتهى.

ففيه: إن الوارث هو الذى توجه إليه القبول والرد، فلا- وجه لقبول أو رد غيره، حاله حال الخيار الذى خلفه المورث، حيث إن الآخذ به هو الوارث لا الوصى والمديون، فإن قبل ونفذ كان لهما الحق، وإن رد بالخيار لم يكن لهما حق.

وهل للدائن حق إلزام الورثة بالقبول، قال بذلك بعض المعلقين، وعمله بأن القبول حق لهم بالإرث، وحيث إنه إرث فقد تعلق حق الدائن بهذا الحق.

لكن الأظهر عدم حقهم فى الإلزام، إذ بالقبول يتحقق الحق فلا حق قبله.

وإن شئت قلت: إن الميت لم يترك الحق، وإنما تركه الموصى، فإن قبل الموصى إليه صار حقاً للميت ثم للورثة، وإلا لم يكن حقاً للميت حتى يصح إلزامهم بالقبول.

وقد ظهر من ذلك أنه إذا كان على الميت دعوى مالى لم يصح أن تقام على الورثة إلا إذا قبلوا الوصيه، لأنهم بدون القبول ليسوا طرف النزاع إذا لم تكن للميت تركه، بناءً على ما اخترناه من الانتقال إلى الميت ثم إليهم.

{أما إذا كانت} الوصيه {بما يكون من الحيوه ف-} الظاهر أنه لا ينبغى الإشكال {فى اختصاص الولد الأكبر به بناءً على} ما رجحناه من {الانتقال إلى الميت} لأنه بمجرد أن انتقل صار حبوه حسب موازين الإرث، والكلام فى أنه لو لم

أو لا فمشكل، لانصراف الأدله عن مثل هذا.

السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له، فإن قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول الوارث فإن قلنا به كشفاً وكان موته بعد موت الموصى انعتق عليه، وشارك الوارث ممن فى طبقته، ويقدم عليهم مع تقدم طبقته، فالوارث يقوم مقامه فى القبول ثم يسقط عن الوارث لوجود من هو مقدم عليه، وإن كان موته قبل موت الموصى أو قلنا بالنقل وأنه حين قبول الوارث ينتقل إليه آنأما فينعق لكن لا يرث

يقبل الأكبر وقبل غيره أو بالعكس، هو الكلام المتقدم فى أنه لو قبل بعض الورثه دون بعض.

ومنه يعلم أن ترديد المصنف فى أنه هل يختص {أو لا- فمشكل} محل نظر، بل قد أفنى بالعدم الوالد قائلاً: الأقوى عدم الاختصاص.

ولذا قال المستمسك: لا- يظهر الفرق بين المقام وما سبق، ثم قال: (نعم يشكل الفرض نفسه باعتبار أن الوصيه بما يكون من الحيوه لا توجب صدق الجبوه لاختصاصها بما يستعمله الميت على نحو الإعداد له، فلا يشمل المملوك غير المعد للاستعمال فضلاً عن غير المملوك) انتهى.

وفيه: إن إطلاق الجبوه شامل للقسمين، وقد سكت على المتن السيدان البروجردى وابن العم مما يظهر منهما إشكالهما فى المسأله.

وكيف كان، فقول المصنف تعليلاً لإشكاله: {لانصراف الأدله عن مثل هذا}

إلا إذا كان انعقاقه قبل قسمه الورثه، وذلك لأنه على هذا التقدير انعققت بعد سبق سائر الورثه بالإرث، نعم لو انعقت قبل قسمه فى صورته تعدد الورثه شاركتها.

وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا من الموصى له فلا ينعق عليه لعدم ملكه، بل يكون للورثه إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم، فحينئذ ينعق ولكن لا يرث، إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثه وقبل قسمتهم.

السابع: لا فرق فى قيام الوارث مقام الموصى له بين التملكه والعهديه.

محل منع، والله سبحانه العالم.

{السابع: لا فرق فى قيام الوارث مقام الموصى له بين التملكه والعهديه}، وكأن ذلك للمناط المستفاد من الروايات المتقدمه، لكن حيث كان الحكم على خلاف القاعده فالأصل عدم قيام العهديه مقام التملكه، ولذا قوى السيدان ابن العم والجمال عدم القيام، وإن سكت على المتن السيدان الوالد والبروجردى.

نعم إن أراد بالعهديه خصوص الوصيه بالمال، بأن بوصى زيدا أن يعطى عمرواً ديناراً، فإن اللازم إعطاؤه لورثته للمناط، ولخصوص خبر الساباطى المتقدم (12)، ولا بأس بضعفه سنداً بعد عملهم، كما يظهر من استنادهم إليه، فأشكال

ص: ٨٠

المستمسك في مثله من العهديه لضعف الخبر وعدم الجابر له من عمل الأصحاب محل إشكال.

ثم الظاهر أن أولاد الشبهه حكمهم في المقام كما في الإرث، أما ولد الزنا فلا يرث في المقام لعدم إرثه مطلقاً، فإذا انحصر وارثه فيه كان كما لو لم يخلف الموصى له وارثاً، فترجع الوصيه إلى ورثه الموصى، فإن الظاهر من كلماتهم أنه لا إشكال فيه، وعن الدروس أنه نسبه إلى المعظم، وعن التنقيح إلى الأكثر، وعن السرائر أنه لإمام المسلمين، ولعله لأنه خرج عن ملك ورثته، وحيث لم يكن له مصرف فهو للإمام مثل إرث من لا وارث له.

قال في مفتاح الكرامه: إن قول السرائر شاذ كالخبر الصحيح أو الحسن: «فإن لم تجد فتصدق به».

وإذا لم يكن للموصى له ورثه إلا زوجته، فهل ترث الحق في ما إذا كانت الوصيه بالأرض، حتى إذا قبلت يكون للميت يصرف في خيراته، كما في جراح الميت حيث يصرف في خيراته، أو لا لأنها لا شأن لها في ما لا ترث، والأصل العدم، الظاهر الثاني، وقد ذكروا في باب خيار الزوجه حول الأرض ما ينفع المقام، فراجع مكاسب الشيخ المرتضى (رحمه الله) وغيره.

ثم لا يخفى كما أنه تحتاج الوصيه التملكيه إلى القبول، كذلك في العهديه بإعطاء الغير، فإن لم يقبل ذلك الغير سقطت الوصيه ورجع المال إلى ورثه الموصى، وذلك لأن ذلك الغير مسلط على نفسه فلا يدخل شيء في ملكه بدون قبوله.

مسألة ٨ الوصيه بحاجه إلى القبول

(مسألة ٨): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكيه كما عرفت، فلا يعتبر في العهديه إن لم يحصل القبول من الموصى إليه

(مسألة ٨): {اشتراط القبول على القول به} وقد تقدم أنه هو مقتضى القاعده {مختص بالتمليكيه كما عرفت، فلا يعتبر} قبول الموصى به {في العهديه} فيجب العمل بالوصيه {إن لم يحصل القبول من الموصى إليه}.

وحيث إن ذلك على خلاف القاعده، لأن «الناس مسلطون على أنفسهم»^(١)، فلا حق لأحد في جعل شيء عليهم إلا برضاهم، فهو مثل جعل شيء على آخر في زمان الجاعل، كان اللازم الوقوف في ذلك على مورد النص المخصص لقاعده السلطنه، وقد ورد النص في موردين، الولد بالنسبه إلى الوالد، والموصى الغائب بالنسبه إلى الموصى إليه.

فقد روى الكافي، عن علي بن ريان، قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): رجل دعاه والده إلى قبول وصيته هل له أن يمتنع عن قبول وصيته، فوقع (عليه السلام): «ليس له أن يمتنع»^(٢).

ورواه الشيخ والصدوق، عن سهل بن زياد^(٣).

وروى الصدوق، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته، وإن أوصى إليه

ص: ٨٢

١- البحار: ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ١. الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤ ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٤ من أبواب الوصايا ذيل ح ١. الفروع: ج ٢ ص ٢٣٦

وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل»(١).

ورواه الكليني، عن حماد بن عثمان، والشيخ عن علي بن إبراهيم، وعن الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل يوصى إليه، قال: «إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاكك إليه»(٢).

وعن منصور بن جازم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب، فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»(٣).

وعن هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يوصى إلى رجل بوصيته، فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا يخذله على هذه الحالة»(٤).

وعن الفضيل، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: في الرجل يوصى إليه، قال: «إذا بعث إليها من بلد فليس له ردها»(٥).

ص: ٨٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ١. الفقيه: ج ٢ ص ٢٧٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٤

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٥

ويختص بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين،

وعن إسماعيل، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه وأخوين، شهد الابن وغاب الأخوان، فلما كان بعد أيام أبيا أن يقبل الوصية مخافة أن يتوثب عليه ابنه فلم يقدر أن يعمل بما ينبغي، فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه، فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، وقد اشترط عليه ابنه، وقالوا نحن براء من الوصية، ونحن في حل من ترك جميع الأشياء والخروج منه، أيستقيم لهما أن يخليا عما في أيديهما وعن خاصته، فقال: «هو لازم لك فارق على أي الوجه كان فأنتك مأجور لعل ذلك يحل بابنه»^(١).

وهذه الأخبار يستفاد منها الاضطرار من الموصى حيث لا يجد غيره، ولذلك ذكر الغائب حتى إذا كان حاضراً وردّ وجد غيره، وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك.

وبذلك يظهر أن إطلاق المصنف عدم اعتبار القبول في العهديه غير خال عن الإشكال، وعليه فإذا أوصى أن يعطى زيد لعمر و ديناراً، لا يجب القبول من الوصى ولا من الموصى إليه، فللوصى أن لا يقبل الوصية، وللوصى إليه أن لا يقبل الدينار.

{ويختص} لزوم القبول لتنفيذ الوصية {بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين} بل غير المعين، كما إذا قال: اعطوا أحمد أو زيداً ديناراً، فإنه إذا

ص: ٨٤

وأما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصيه للفقراء والعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات لم يقبل المعين أو المعينين أو المردد كلهم ذلك لم تنفذ الوصيه.

{وأما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصيه للفقراء وللعلماء أو للمساجد} أو ما أشبهه {فلا يعتبر قبولهم، أو قبول الحاكم فيما للجهات} كما ذكره القواعد والمسالك، وإن أطلق الشرائع احتياج الوصيه إلى الإيجاب والقبول، وعلل المسالك عدم الاحتياج إلى القبول في النوع والجهات بتعذره في المستحق إن أريد من الجميع، ومن البعض ترجيح من غير مرجح، مع أن الوصيه ليست له خصوصيه.

قال في الحدائق: (المفهوم من كلام أكثر الأصحاب أن الوصيه عقد يفترق إلى الإيجاب والقبول من الموصى إليه إن كان معيناً، وأما غيره كالفقراء مثلاً فيقبل الحاكم الشرعى أو من ينصبه، والظاهر في الثانى، كما استظهره جمع من المتأخرين منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك عدم التوقف على القبول) (١).

الظاهر أنه ليس لأجل أن الوصيه للنوع أو الجهات ليست بحاجة إلى القبول حتى تكون حقيقه الوصيه مختلفه، بل لأن النوع وولى الجهات يقبلون، وإلا لم يكن وجه للزوم الوصيه مع عدم قبولهم، فإنه تصرف فى سلطنه الغير وهو مناف لتسلط الناس على أنفسهم (٢)، مثلاً إذا كان هناك مسجد ومتولى زيد فأوصى

ص: ٨٥

١- الحدائق الناضره: ج ٢٢ ص ٣٨٤

٢- البحار: ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧

له عمرو بالضياء، فهل تنفذ بدون قبول المتولى، أو إذا أوصى للمساجد التي تحت نظر الفقيه ولم يقبل الفقيه، فهل يقال بنفوذها رغم عدم قبول الفقيه، إن قيل بذلك سئل عن وجه انخرام السلطه.

لا يقال: الوجه قوله سبحانه: (فَمَنْ بَدَّلَهُ) (١).

لأنه يقال: إن كان كذلك لزم أن يقال مثله في الوصيه للشخص فما الفارق.

والحل: إن (من بدله) يراد به بعد تحقق الوصيه، وقبلها لا تحقق فلا تبديل، وقد عرفت أن مقتضى السلطه عدم التحقق إلا بعد القبول.

وكذلك الحال في النوع، فإذا أوصى لفقراء محلته فلم يقبل أى فقير المال، فهل يقال بجبرهم عليه، وبأى دليل الجبر، فإذا أوصى أن يعطى ربح ثلثه كل عام للفقراء في محلته، فلم يقبل العام الأول فأمر الربح دائر بين إعطائه لهم جبراً ويخالفه دليل السلطه، أو يترك فيعطى للفقراء في العام الثانى، أو سائر الفقراء، أو وجوه البر، والمفروض أن الوصيه لم تكن من باب تعدد المطلوب، بل كان مقيداً، فاللازم أن يرجع إلى الورثه لإطلاق أدله الإرث فيما لم يخرج عنه بالوصيه ونحوها، وكذلك الحال في ما إذا لم يقبل كل النوع، أو لم يتحقق حتى مصداق واحد للنوع، ولم يكن قصد الموصى من باب تعدد المطلوب، كما إذا أوصى لفقهاء بلده وانهدم البلد ولم يكن هناك فقهاء.

ص: ٨٤

وإن احتمل ذلك أو قيل، ودعوى أن الوصيه لها ليست من التمليكه

{وإن احتمل ذلك أو قيل}، ولذا الذى ذكرناه قال بعض المعلقين: إنه لا يبعد ذلك، وإن قلنا بمالكه الجبهه أو النوع.

وبما تقدم يظهر وجه النظر فى تفصيل الوالد فى المسأله، قال عند قول المصنف: (فلا يعتبر فى العهديه): (من الموصى له إذا كانت بصرف شىء فى وجه من وجوهه ونحوه، لا إذا كانت بتصرف فى جبهه من جهاته الراجعه إليه كتمليك شىء له أو تعمير داره، ولا بالنسبه إلى الوصى، فإنه يعتبر فيها القبول) انتهى.

وذلك لأن مقتضى السلطنه الاحتياج إلى القبول مطلقاً بالنسبه إلى الوصى والموصى إليه.

وعليه فهل يصح أن يقال بلزوم قبول الوصيه لو أوصى جائر بأن يصرف ماله على يد الفقيه الفلانى فى فقراء البلد، فإنه إذا قبلا لزم، وإن لم يقبلا- لم تلزم، وإن رد الفقيه وكانت من باب تعدد المطلوب تصداها غيره، وإن كان من باب وحده المطلوب بطلت، وإن رد الفقراء فإن كانت من باب تعدد المطلوب صرفه الفقيه فى المطلوب الأول، وإن كان من باب وحده المطلوب بطلت.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا أوصى بأن يصلى عليه فلان أو ما أشبهه، سواء فى قبالة إعطاء مال له أو لا، فإنه إذا لم يقبل الموصى إليه بطلت.

{و} الـ {دعوى} التى ادعاها الجواهر من {أن الوصيه لها ليست من التمليكه

بل هي عهديه وإلا فلا يصح تملك النوع أو الجهات كما ترى

بل هي عهديه { والعهديه لا تحتاج إلى القبول، وأراد بذلك أن يرد الإشكال المتوجه على الجماعه الذين قالوا بأن التملكيه بحاجه إلى القبول، والإشكال هو كيف تقولون باحتياج التملكيه إلى القبول مع أن الوصيه لنوع أو لجهات تملكيه ولا تحتاج إلى القبول، فأجاب أنها ليست تملكيه بل عهديه فلا يستشكل على كلامهم.

{وإلا} تكن عهديه {فلا يصح تملك النوع أو أو الجهات}، وهذا هو دليل الجواهر فى أنها عهديه لا تملكيه، {كما ترى} إذ بناؤهم أن مثل هذه الوصيه تملكيه لا عهديه، فدفاع صاحب الجواهر عنهم بما لا يقولون به، والذي يدل على أن بناءهم كونها تملكيه ما تقدم فى كلام المسالك، حيث علل عدم الاحتياج إلى القبول (بالتعذر تاره، والترجيح من غير مرجح أخرى) ولم يعلل بأنها عهديه.

لا يقال: صح كلام الجواهر، إذ المسجد والنوع لا يملكان، فاللازم أن تكون الوصيه عهديه.

لأنه يقال: أى محذور فى ملك النوع، فإن الملك اعتبار عقلائى، وهو كما يعتبر بالنسبه إلى الفرد يعتبر بالنسبه إلى النوع.

ثم إن المسجد وإن كان لا يملك، لأن الشارع لم يعتبر ملكه _ كما ذكرناه فى كتاب إحياء الموات وغيره، وإلا فالعقلاء لا يرون مانعاً من ذلك _ إلا أن الوصيه للمسجد بالمال يعتبر من قسم التملكيه لا العهديه، هذا بالإضافة إلى ما تقدم من احتياج كل وصيه إلى القبول، سواء كانت تملكيه أو عهديه، للجهه أو للنوع.

وقد عرفت سابقاً قوه عدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنما يكون الرد مانعاً، وهو أيضاً لا يجرى فى مثل المذكورات، فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلاً، بل إذا انحصر النوع فى ذلك الوقت فى شخص فرد لا تبطل.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى انتصار المستمسك للجواهر، حيث قال: (والتحقيق ما ذكره فى الجواهر من امتناع تمليك النوع والجهات، لأن الملكيه تستوجب نوعاً من التابعيه والمتبوعيه، وذلك لا يتحقق فى النوع ولا فى الجهه، لأن المتبوعيه لا يصح اعتبارها إلا- مع الهيمنه للمتبوع على التابع، والنوع والجهه لا تصلح لذلك) انتهى. فإن الملك كما عرفت نوع اعتبار، والعقلاء يعتبرونه فى المقام.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول المصنف: {وقد عرفت سابقاً قوه عدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنما يكون الرد مانعاً} إذ كل من تمليك الغير أو التحميل بشىء عليه تصرف فى حدود سلطنته، وذلك خلاف «الناس مسطون» فاللازم القبول، فهو كما لو لم يرد إيجاب البيع الموجه إليه فى أنه لا يحقق العقد والملكيه بدون قبوله، وإن لم يرده.

{وهو} أى الرد {أيضاً لا يجرى فى مثل المذكورات، فلا تبطل} الوصيه {برد بعض الفقهاء مثلاً}، إذ قد عرفت جوابه {بل إذا انحصر النوع فى ذلك الوقت فى شخص} أو أشخاص {فرد لا تبطل}، فيه إنها تبطل بالنسبه كما تقدم، كما أن ولى المسجد إذا رد بطلت، لما ذكرنا، وقد علق الوالد على قوله (لا- تبطل): {إذا لم يختص الموصى به بذلك الوقت وإلا- بطلت، كما لو أوصى لهم بغله بستانه أو سكنى داره فى تلك السنه} انتهى.

بقى شىء، وهو أنه لو أوصى له بسكنى زيد داره وقبل زيد، على ما ذكرنا من اشتراط القبول، ثم لم يسكن، هل يحق للورثه السكنى أم لا، مقتضى القاعده أنه إن كانت الوصيه على نحو تعدد المطلوب، أى وصول ربح الدار إلى الموصى له، ومطلوبه الثانى سكناه فلم يسكن، أجرها الحاكم وأعطى الموصى له أجرتها، وذلك لأن فراغ الدار إسراف، بل لأن الحاكم ولى الميث ككونه ولى الغائب والقاصى، فاللائزم عليه تنفيذ الوصيه أى إيصال حق الميث إليه، ولذا يحتمل جبر الموصى له بالسكنى، لأن عدم سكناه إضاعه لوصيته، مثل جبر الحاكم المشتري بأخذ المثلث وإعطاء الثمن.

وإن كان على نحو وحده المطلوب فإن أمكن جبره جبره، وإلا رجع إرثاً، لأن الوصيه كلما لم تتحقق كان إطلاق دليل الإرث محكماً، وقد ذكرنا مسأله جبر الحاكم ونحوه فى بعض المباحث السابقه.

(مسألة ٩): الأقوى في تحقق الوصيه كفايه كل ما دل عليها من الألفاظ، ولا يعتبر فيه لفظ خاص،

(مسألة ٩): {الأقوى في تحقق الوصيه} في إيجابها {كفايه كل ما دل عليها من الألفاظ، ولا يعتبر فيه لفظ خاص}، قال في الشرائع: فالإيجاب كل لفظ دال على ذلك القصد، ومثله في القواعد والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد كما حكى عن بعضهم.

أقول: وذلك لإطلاق الأدله بعد صدق الوصيه عرفاً، ولذا تصح بالكنايه والمجاز إذا تحقق الموضوع، قال في محكى التحرير: إنها تقع بكل لغه يعرف منها قصد ذلك قطعاً، بل عن الدروس لا فرق بين العربية وغيرها، كما في سائر العقود الجائزه، وقد ذكرنا في صيغه النكاح أن من غير اللازم أن يعرف المتلفظ خصوصيات المراد من اللفظ، فلو قال: أوصيت، ولم يعرف أن التاء للمتكلم لم يضر بعد أن عرف أن هذه صيغه وصيه.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: (ينبغي أن يكون استعماله اللفظ في ذلك جارياً مجرى الاستعمال المتعارف، ولا- يكفي إرادته ذلك من لفظ غير صالح لإيرادته حقيقه أو مجازاً)، ولذا رده المستمسك بأنه (بعد ظهور المراد لا مجال للتوقف في الصحه عملاً بإطلاق الأدله) انتهى.

ومما ذكرنا يعلم وجه ما قاله القواعد من صحه: أوصيت بكذا، أو افعلوا كذا، أو أعطوا فلاناً بعد وفاتي، أو لفلان كذا بعد وفاتي، أو جعلت له كذا، قال: ولو قال: هو له، فهو إقرار في الحال، لا يقبل منه حمله على الإيضاء إلا أن يقرنه بما

يفسد الإقرار، كما لو قال: هو من مالي له، فهو وصيته، ولو قال: عينت له كذا، فهو كناية ينفذ مع النيه، ولو قال: وهبته، وقصد الوصيه لا التنجيز، فالأقرب صحه التفسير لأنه بمنزله (ملكت)، ونقل ذلك عن التذكرة والإيضاح وحواشي الشهيد.

ثم إن شك في لفظ أنه أراد الإقرار، حيث ينفذ كله ولو أكثر من الثلث، أو وصيه فلا ينفذ إلا في مقدار الثلث، فالظاهر جريان أصاله عدم لزوم الزيادة بعد تساقط أصالتي عدم الإقرار وعدم الوصيه.

وكذا لو شهد اثنان بأنه أوصى بكذا، وآخران بأنه أقر بكذا، فالمعطى للطرف بقدر الثلث لا أكثر.

والظاهر أنه لا تكفى النيه المجرده في الوصيه إذا علمنا بها، وإن كانت النيه على نحو إنشاء الوصيه لعدم تحقق العقد بذلك، بل ولا الإيقاع، فلو طلق زوجته أو أعتق عبده قلباً لا ينفع.

وكذا لو قال في قلبه: إنه أبرأ مدينه من دينه، فانه لا يبرؤ لعدم اعتبار العقلاء بذلك، وكذا النيه في النفاق، ولذا لا يعتبرونها في الإيمان مع الجحود لساناً، كما قال سبحانه: (وَجَحَدُوا بِهَا وَاسْتَيْقَنَتْهَا أَنفُسُهُمْ) (١١)، بل وحتى بدون الجحود فإنه لا يسمى إيماناً، وعليه فإذا قال في قلبه: إنه برئ الدين الذي له على زيد، لم يبرأ.

ص: ٩٢

بل يكفى كل فعل دال عليها حتى الإشاره والكتابه، ولو فى حال الاختيار، إذا كانت صريحه فى الدلاله بل أو ظاهره

ومما تقدم من كفايه القلب والمظهر يعلم أنه لو قال: أعطوا، ومات ولم يكلم بما علمنا إرادته، من (زيداً ديناراً) مثلاً، كانت وصيه لعدم لزوم ذكر المتعلقات، فهو يعد وصيه، وكذلك لو انعكس بأن قال: (زيداً ديناراً) ولم يقل (أعطوه) لحيلولة الموت دونه.

{بل يكفى كل فعل دال عليها حتى الإشاره والكتابه} كما احتمله التذكرة، بل عن المناهل والرياض الجزم به، وفى الجواهر: لعله الظاهر من النافع.

لكن عن غير واحد العدم، بل نسب ذلك إلى المشهور، وفى الجواهر إنه ظاهر الأصحاب، وعن السرائر نفى الخلاف فيه، وعن رساله الشيخ المرتضى ظهور عدم الخلاف فيه، وعن ظاهر الغنيه الإجماع على اختصاص الكتابه بحال الضروره، واختار الجواهر الجواز، وذلك لصدق العقد عرفاً فيشملة الدليل.

بل لو لم نقل أنه عقد شملته الوصيه موضوعاً فيتبعها الحكم، ولذا كان المشهور بين المعاصرين ونحوهم الصحه، بل يؤيد الصحه استمرار السيره على الكتابه من دون التلفظ.

أما من نفس الموصى فكتب ما يريد، فإذا وجدت فى تركته عمل بها من دون مناقشه، أو ممن يملى عليه، ومن الواضح أن الإملاء ليس إنشاءً، فلا يقال: إن فى الإملاء إنشاءً، ولذا الذى ذكرناه أنه ليس بإنشاء لو قال لكاتبه: اكتب طلاقى هنداً، لم يكن ذلك طلاقاً.

فالإشاره والكتابه كافيه {ولو فى حال الاختيار، إذا كانت صريحه فى الدلاله، بل أو ظاهره} بل أو

فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال، فما يظهر من جماعه

علم المراد منه، إذ اللفظ والقصد كافيان فلا حاجة في المقام إلى الظهور الذي لا يراد به إلا في عالم الإثبات.

{فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال} عند العرف، والشارع لم يحدث طريقاً جديداً.

لا يقال: مقتضى القاعده كفايه القصد أيضاً، ولذا يستندون في الوقف إلى ارتكار الواقف بعد تعذر المصرف، ولا فرق بين الوصيه والوقف من هذه الجبهه، فإذا وصى أن يفرش فراشه في مسجد كذا، ثم تعذر ذلك، قالوا بلزوم فرشه في مسجد مماثل له، استناداً إلى ارتكاز الواقف، وأي فرق بين أصل الوصيه وبين فروعها حتى يقال بأن القصد في الثاني مصحح دون الأول.

لأنه يقال: الفارق إن في الفروع يوجد أصل اللفظ، والعقلاء يعتبرونه إذا كان لفظ في الجملة، بخلاف أصل الوصيه فإنه إذا لم يكن لفظ لم يعتبره العقلاء.

ولو قال حيث لا يسمعه أحد: أوصيت بكذا، ثم علمنا ذلك، فالظاهر الكفايه لتحقيق اللفظ والقصد.

وأولى بذلك ما لو أخبر بعد ذلك بأنه أوصى في الخلوه بكذا.

أما لو قال: أوصيت بكذا، بصيغه الماضي بدون إرادته الإنشاء بل بإرادته الإخبار، فإن كان أوصى قبلاً لزم، وإلا لم يلزم، لأنه إخبار مكذوب وليس بإنشاء، والوصيه إنشاء.

ومثله لو قال: سأوصى، فإنه إذا أوصى في المستقبل كانت وصيه، وإلا لم تكن وصيه، إذ لا إنشاء فيه كما عرفت.

{فما يظهر من جماعه}، بل تقدم نسبه إلى المشهور وعدم الخلاف والإجماع،

من اختصاص كفايه الإشاره والكتابه بحال الضروره لا وجه له،

{من اختصاص كفايه الإشاره والكتابه بحال الضروره لا وجه له} كما تقدم.

ثم لا- إشكال ولا خلاف في كفايتهما حال الضروره، للصدق بعد عدم المانع، والمناط في صلاه الأخرس وطلاقه، وقد ورد روايات في ذلك.

فقد روى الصدوق، عن أبي مريم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، ذكره عن أبيه (عليه السلام): «إن أمامه بنت أبي العاص وأمها زينب بنت رسول الله (صلى الله عليه وآله) كانت تحت علي بن أبي طالب (عليه السلام) بعد فاطمه (عليها السلام) فخلف عليها بعد علي (عليه السلام) المغيرة ابن نوفل، فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن والحسين أبناء علي (عليهم السلام) وهى لا تستطيع الكلام، فجعلوا يقولان لها والمغيرة كاره لذلك، أعتقت فلاناً وأهله، فجعلت تشير برأسها، وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها، نعم لا تفصح بالكلام، فأجازا ذلك لها» (١).

فإن كان المراد الوصيه كان من محل الكلام، وإلا- دل عليه بالمناط، لكن في روايه دعائم الإسلام: (فأجازا وصاياها) فهى صريحه فى الوصيه.

وعن قرب الإسناد، عن علي بن جعفر، عن أخيه (عليهم السلام)، قال: سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه، فجعل أهلها يسأله: أعتقت فلاناً وفلاناً، فيومى برأسه أو تومى برأسها فى بعض نعم وفى بعض لا، وفى الصدقه

ص: ٩٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٧ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ١، الفقيه: ج ٢ ص ٢٧٣، التهذيب: ج ٢ ص ٤٠٠، المستدرک: ج ٢ ص ٥٣٦ الباب ٤

مثل ذلك، أيجوز ذلك، قال: «نعم، هو جائز» (١).

وروى الكليني، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن فاطمة بنت أسد أم أمير المؤمنين (عليه السلام) كانت أول امرأه هاجرت إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) من مكة إلى المدينة على قدميها» إلى أن قال: «وقالت لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يوماً: إنى أريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال (صلى الله عليه وآله وسلم) لها: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضواً منك من النار، فلما مرضت أوصت إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وأمرت أن يعتق خادمها واعتقل لسانها، فجعلت توصي إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) إيماءً فقبل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وصيتها» (٢).

وروى الصدوق، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: دخلت على محمد بن علي بن الحنيفة وقد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصية فلم يجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل، ونسخت أنا في صحيفه (٣).

وفى روايه الكليني، عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن الصادق (عليه السلام) مثله بتفصيل أكثر.

ومن ذلك يعرف كفايه كل إشاره وكتابه ولو بالتسجيل في المسجل،

ص: ٩٤

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٣
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٦ الباب ٤٨ من أبواب الوصايا ح ١

بل يكفى وجود مكتوب منه بخطه مهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصيه، ويمكن أن يستدل عليه بقوله (عليه السلام): «لا ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلا ووصيته تحت رأسه»^(١)،

أو الإلقاء القلبي على شيء إذا ظهر ما فى قلبه بواسطة الشريط ونحوه، كما يؤخذ الآن شريط القلب والمخ وما أشبهه.

وكيف كان، فيعلم مما تقدم عدم المفهوم لما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «والإشارة بالوصيه لمن لا يستطع الكلام يجوز إذا فهمت»^(٢).

{بل يكفى وجود مكتوب منه بخطه} وإن لم يكن بـ {مهرة} كما لا يخفى، {إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصيه} ولم يبطله.

{ويمكن أن يستدل عليه} بالإضافة إلى السيره القطعيه من غير نكير {بقوله (عليه السلام)} فيما رواه المفيد فى المقنعه مرسلًا، والشيخ فى المصباح: {«لا- ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلا- ووصيته تحت رأسه»} فإن المراد به الكتابه كما هو واضح، وذلك يلازم حجيته الكتابه وإن كان السند ضعيفًا.

وروى الجعفرىات، بسند الأئمه (عليهم السلام) إلى على بن أبى طالب (عليه السلام)، قال: قال رسول (صلى الله عليه وآله وسلم): «ليس ينبغي للمسلم أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبه عند رأسه».

ورواه الدعائم والغوالى فراجع المستدرک^(٣).

ص: ٩٧

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥١٧ الباب ١ من أبواب الوصايا ح ٢، والوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٢ الباب ١ من أبواب الوصايا

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ٢

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥١٧ الباب ١ من أبواب الوصايا ح ٢

بل يدل عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني، قال: كتبت إليه: كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي، ولم يقل إني قد أوصيت، إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك، فكتب: «إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره».

{بل يدل عليه ما رواه الصدوق، عن إبراهيم بن محمد الهمداني، قال: كتبت إليه: كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي، ولم يقل إني قد أوصيت، إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك، فكتب: «إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره»} (١).

وهذا الحديث بعد حجته يدل على أن وجوب تنفيذ الوصية خاص بالولد كما ذكرناه سابقاً، فلا يجب على غيرهم، وعن نهاية الشيخ إلزام الورثة بالمكتوب إذا عملوا ببعضه، وكأنه ينظر إلى ما رواه التذكرة فإنه رواها هكذا: «إن كان له ولد ينفذون شيئاً منه وجب عليهم أن ينفذوا كل شيء» أو إلى أن تنفيذ البعض دليل على قبولهم الوصية، فاللازم عليهم تنفيذ الكل.

وبما ذكرناه ظهر وجه ضعف ما في المستمسك، قال: (والأنسب في روايه

ص: ٩٨

المتن حملها على كون هذا التنفيذ من خواص الولد نظير قضاء الصلاة والصوم، فتدل على عدم حجيه الكتابه المجرده عن القول، لا على حجيتها كما قصد المصنف رحمه الله) انتهى.

وكيف كان، فحجيه الوصيه بالكتابه شيء، ولزوم تنفيذ الوصى شيء آخر.

فالأول: مورد السيره القطعيه، بل مقتضى إطلاق أدله الوصيه، بعد وضوح أن العقلاء يعتمدون على الكتابه ولم يعلم إحداث الشارع لها طريقاً جديداً.

وأما الثاني: فقد عرفت عدم وجوب تنفيذ الموصى إليه الوصيه إذا لم يقبلها، إلا إذا كان ولداً أو غائباً كما تقدم، فإذا لم يكن الأمران فالظاهر وجوب التنفيذ على الحاكم الشرعي، لأنه ولي من لا ولي له.

هذا على الغالب من كون إرادته الموصى تعدد المطلوب، أما إذا علم إرادته وحده المطلوب قيده أو مصباً بطلت الوصيه إذا لم يقبل الوصى، لأن المقيده عدم عند عدم قيده، ولأنه لا وصيه مع فقد المصّب، كما ذكرنا مثل ذلك من أحكام الشرط والقيده والمصّب في كتب المزارعه والمساقاه وغيرهما، والله سبحانه العالم.

(مسأله ١٠): يشترط فى الموصى أمور:

الأول: البلوغ، نعم الأقوى وفاقاً للمشهور صحه وصيه البالغ عشرأ إذا كان عاقلاً

{مسأله ١٠}: {يشترط فى الموصى أمور:}

{الأول: البلوغ} بلا- إشكال ولا- خلاف، بل إجماعاً وضرورة فى غير المميز، لأنه كالبهيمه لا يشمله دليل الوصيه، وقد دلت الروايات المستفيضه على قصور سلطنه الصبى على نفسه وماله، بل يدل عليه أيضاً قوله سبحانه: (وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) (١١).

{نعم الأقوى وفاقاً للمشهور} كما صرح بالفتوى به الشيخان وابن البراج وأبو الصلاح وابن حمزه وغيرهم، وفى الشرائع إنه الأشهر، وعن المختلف وجامع المقاصد والحدائق والجواهر وغيرها نسبته إلى الشهره، بل عن ظاهر الغنيه وكشف الرموز والروض والدروس الإجماع عليه، {صحه وصيه البالغ عشرأ إذا كان عاقلاً} لوضوح أن غير العاقل لا تصح وصيته وإن كان بالغاً، ضرورة وإجماعاً.

بل عن غايه المراد فى تصحيح وصيته قال: إن الإقدام على رد ما تظافت به الفتاوى واشتهرت به الروايه من طريق أهل البيت (عليهم السلام) مشكل.

وقال فى مفتاح الكرامه: لمكان الأخبار هنا والفتاوى والإجماعات والشهرات.

ص: ١٠٠

فى وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم، لجملة من الأخبار المعتبره

{فى وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم، لجملة من الأخبار المعتبره} كصحيح عبد الرحمان بن أبى عبد الله، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته» (١).

وصحيح زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف وحق فهو جائز» (٢).

وموثق منصور بن حازم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن وصيه الغلام هل تجوز، قال: «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته» (٣).

وموثق عبد الرحمان بن أبى عبد الله، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا بلغ الصبى خمسة أشبار أكلت ذبيحته، وإذا بلغ عشر سنين جازت وصيته» (٤).

أقول: خمسة أشبار، إما لأجل أنه فى قبال ما ينسب إلى الخليفة الثانى _ كما فى البحار _ من أمره بضرب أعناق جملة ممن بلغ خمسة أشبار، أو لأجل

ص: ١٠١

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٣
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٥ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٤
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٠ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٧
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٥

إن البلوغ لم يكن موقتاً في ذلك الزمان، حيث لم يكونوا يهتمون بسنى العمر، فقرر الشارع ما يناسب البلوغ ارتفاعاً، وإن كان بينه وبين خمسه أشبار عموم من وجه، أو هو حكم واقعى لا نعرف وجهه.

وموثق أبى أيوب وأبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الغلام ابن عشر سنين يوصى، قال (عليه السلام): «إذا أصاب موضع الوصيه جازت»^(١).

وصحيح محمد بن مسلم، قال: سمعت أباً عبد الله (عليه السلام) يقول: «إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام ولم تجز للغرباء»^(٢).

وصحيح أبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته، وإذا كان ابن سبع سنين وأوصى من ماله باليسير جازت وصيته»^(٣).

وموثق محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل، وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم»^(٤).

وروى أحمد بن عيسى فى نوادره، عن ابن سنان، عن أبى عبد الله (عليه

ص: ١٠٢

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٠ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٦
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٨ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٢٥ الباب ٣٢ من أبواب الوصايا ح ٥

السلام)، قال: «الغلام إذا أدركه الموت ولم يدرك مبلغ الرجال وأوصى جازت وصيته لذوى الأرحام ولم يجز لغيرهم» (١).

ويشملة إطلاق ما رواه العياشى، عن ابن سنان، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام) فى حديث: «إذا بلغ ثلاث عشر سنة كُتب له الحسن، وكُتب له السىء وراز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً» (٢).

ثم إن الجمع بين ما دل على عشر سنين، وما دل على التعقل هو وجود كليهما، بل المنصرف من الأول الثانى، فما دل اشتراط العقل لا إطلاق له بحيث يشمل غير العشر.

أما ما دل على كفايه دون العشر ففيه: إن إعراض الأصحاب يوجب رفع اليد عنه.

والمراد بإصابه موضع الوصيه كون الوصيه عقلائيه مشروعته.

ومنه يعلم أنه لا خصوصيه لتقييد المصنف بوجه المعروف إلا أن يريد ذلك، فالصبي كالكبار فى أن الوصيه تقبل منه إلا إذا كان جنفاً، كما ذكر فى الآيه الكريمه.

ومقتضى القاعده وإن كان تقييد الوصيه بذوى الأرحام لوجود بعض الروايات المقيده إلا أن المشهور لم يقيدوا، فالمقيد محمول على بعض مراتب الفضل.

ثم إن ابن الجنيد قال بصحه وصيته إذا بلغ ثمان سنين، لروايه الحسن بن راشد، عن أبى الحسن العسكري (عليه السلام)، قال: «إذا بلغ الغلام ثمان سنين

ص: ١٠٣

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٢

خلافاً لابن إدريس، وتبعه جماعه.

فجائز أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك.

وقد تقدم صحيح أبي بصير في سبع سنين أيضاً.

لكن في الشرائع أن الروايه شاذه.

وفي التذكرة: هي متروكه بين الأصحاب.

وقال في مفتاح الكرامه: (بل _ هي متروكه _ بين المسلمين، لدلالاتها على حصول البلوغ لهما بذلك، وأبو علي لا يقول به، ولذا خص بذلك وصيتهما)، إلى أن قال: (وليس لك أن تقول إنه يمكن حملها على التقيه من أحمد ومالك والشافعي في أحد قولي، لأننا نقول: إن أبا حنيفه والشافعي في القول الآخر الأظهر عنده يقولان بمقاله ابن إدريس، فلا ترجيح ولا تضعيف من جهه التقيه) (١).

{خلافاً لابن إدريس وتبعه جماعه}، قال في مفتاح الكرامه في شرح قول العلامه: (فلا تنفذ وصيه الصبي وإن كان مميزاً في المعروف وغيره على رأى، وهو خيره السرائر والتحرير والإيضاح وشرح الإرشاد لفخر الإسلام والتلخيص والتبصره، وكأنه قال به في المسالك والروضه وفي المختلف والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد إنه أحوط... وظاهر التذكرة واللمعه والنافع والدروس التوقف والتردد) (٢).

أقول: استدل هؤلاء بأصالة عدم النفوذ.

وقال في السرائر: إنها أخبار آحاد أوردها في النهايه إيراداً.

وقال في المختلف: الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف في المال عنه.

وأشكل في المسالك عليها

ص: ١٠٤

١- مفتاح الكرامه: ج ٢٣ ص ٩٠ _ ٩١

٢- مفتاح الكرامه: ج ٢٣ ص ٨٤ _ ٨٥

الثانى: العقل، فلا تصح وصيه المجنون، نعم تصح وصيه الأذوارى منه إذا كانت فى دور إفاقته،

باختلاف الأخبار بحيث لا يمكن الجمع بينها، وإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل، وأنت خير بما فى هذه الاستدلالات والإشكالات، فالقول المشهور هو مقتضى القاعده.

نعم يبقى أنه إن شرط العشر وكانت البنت تبلغ حينئذاك لم يكن لها شيء، إلا أن يقال بروايه السبع لها، حيث إن ثلاث سنوات هى الفاصله غالباً بين عشر الغلام وبلوغه، فاللازم أن يكون مثل ذلك الفاصل للبنت أيضاً، لكن لم أجد من صرح بذلك، فالأصل عدم نفوذ وصيتها، وإن كان ربما يستأنس له بذلك.

ولو كان خنثى مشكلاً، هل ينفذ أم لا، الأصل العدم، والمناط القبول.

{الثانى: العقل، فلا تصح وصيه المجنون} بلا إشكال ولا خلاف، وفى مفتاح الكرامه الإجماع عليه، وفى المستمسك: (لسلب عبارته لسلب قصده فلا يصح إنشاؤه، وإن كان عن قصد والعمده الإجماع) انتهى.

وفيه: إن العمده عدم شمول أدله الوصيه له، كعدم شمول أدله النكاح والطلاق والبيع وغيرها له.

{نعم تصح وصيه الأذوارى منه إذا كانت} الوصيه {فى دور إفاقته} بلا إشكال ولا خلاف، وقد نسب ذلك إلى الأصحاب، لشمول الأدله له بلا مانع، واحتمال عدم استقامه حاله حتى حال عقله غير ضار بعد عدم اعتناء العرف به، فيشمله الدليل.

ولو شك فى أنه هل وصى فى دور إفاقته أو جنونه، فإن كان مستصحب

وكذا لا تصح وصيه السكران حال سكره، ولا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثم جن لم تبطل

أحدهما عمل به، وإلا كان الأصل عدم النفوذ، لعدم إحراز الشرط، ولا مجال لأصالة الصحة لانصراف أدلتها عن مثل ذلك، وإن كانت المسألة بعد بحاجه إلى التأمل، حيث ذكر بعضهم أنه لو أجرى معامله ثم شك في أنه هل كان حال المعاملة غير بالغ أو بالغ، جرت أصالة الصحة لإطلاق أدلتها، وربما يحتمل أنه محل القرعه، أو محل قاعده العدل لأنه أمر مالى، فينفذ في نصفها دون النصف الآخر الذى يكون للوارث.

{وكذا لا- تصح وصيه السكران فى حال سكره} إذا كان بحيث يسلب عقله، لما تقدم فى اشتراط العقل هنا وفى سائر المعاملات.

وأما ما دل على صحة نكاح السكرى نفسها، فاللازم تخصيصه بمورده.

وحكم الشك فى أنه هل أوصى فى حال سكره أو صحوه، كما تقدم فى الأدوارى.

ولو أوصى فى حال السكر ثم أجازة حال صحوه صح بلا إشكال، لأن الإجازة بمنزلة الوصيه، وكذا فى مسألتى البلوغ والعقل.

{ولا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثم جن لم تبطل}، وذلك لإطلاق الأدله، وكثره جنون الأدوارى بعد دور عقله ومع ذلك قالوا بصحة وصيته، ولذا نسب عدم البطالين إلى الأصحاب، وعن العلامه الطبائى فى مصابيح الإجماع عليه، ولا نسلم ما ذكره من بطلان العقود الجائزه بالجنون حتى يقال بأن الوصيه خارجه عن تلك القاعده، بل الأصل بقاؤها.

وكيف كان، فإن وصلت النوبه إلى الأصل كان الأصل مع بقاء الوصيه لو عرض

كما أنه لو أغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته، فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصيه.

الثالث: الاختيار.

جنون بعدها.

ولو أوصى ولم نعلم هل كان عاقلاً أو مجنوناً، فإن كانت حاله سابقه كان مقتضى الاستصحاب بقاءه، وإلا كما إذا لم يعلم الحال السابق، فهل يتمسك بأصالة الصحه، كما إذا شك في فقد سائر الشرائط وكذلك في كل عقد، أو لا للشك في أصل الوصيه، لأن فاقده الشرط ليس بوصيه، احتمالاً، وإن كان الأقرب إلى إطلاق دليل أصل الصحه، مثل «ضع أمر أخيك على أحسنه» الأول، فتأمل.

{كما أنه لو أغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته} لما تقدم {فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصيه}.

ومما تقدم ظهر وجه قول مفتاح الكرامه والمحكى عن التذكرة بعدم صحه وصيه المغمى عليه والمبرسم والمعتوه الذى لا يعقل والنائم، لأن هؤلاء فى حكم المجنون.

{الثالث: الاختيار} بلا إشكال ولا خلاف، بل إجماعاً كما ادعاه غير واحد، وذلك لرفع الإكراه الظاهر فى رفع جميع الآثار، لا خصوص المؤاخذه، وإن ذكر غير واحد أنه ظاهر فى رفعها فقط، بل هو مثل رفع القلم عن الصبى والنائم، فلقم التكليف _ الأعم من التكليف والوضع، لأن الوضع أيضاً نوع من التكليف _ لم يوضع على المكروه، وما خرج من الآثار مثل الجنابه والنجاسه ونحوهما يلزم أن يدل عليه الدليل من نص أو ضروره أو إجماع، كما ذكرنا مثله فى

ص: ١٠٧

باب رفع القلم من الصبى (١١)، فالصبى كأنه لم يكن هناك شرع، لأنه هو المفهوم عند العرف من مثل هذا اللفظ، ولذا لم نستبعد عدم الخمس عليه، وعدم حرمة البهيمه الملوط له، وعدم حرمة أم المفعول ونحوها إذا كان الفاعل طفلاً، بل وعدم جنابته فلا يجب عليه غسل الجنابه إذا كبر، إلى غير ذلك، وإن كان اللازم مراعاة الاحتياط فى بعض المذكورات.

وكيف كان، فيؤيد ما ذكرناه من استفاده العموم من رفع الإكراه، صحيح البنظى، عن أبى الحسن (عليه السلام): فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقه ما يملك أيلزمه ذلك، فقال (عليه السلام): «لا، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «وضع عن أمتى ما أكرهوا عليه وما لم يطيقوا وما أخطأوا».

أما لو اضطر إلى الوصيه فالظاهر صحتها، لأن الاضطرار لا ينافى الاختيار، كما إذا اضطر إلى بيع داره لأجل صرف ثمنها فى تعليم أولاده وغير ذلك، وهنا ولو بقريته الإجماع يحمل على رفع المؤاخذه الدينويه كالحدود والقصاص، والأخويه كالعقاب، ولذا رفع أمير المؤمنين (عليه السلام) العقاب عن الزانية اضطراراً، حيث لم يرض الزانى بإعطائها الماء وخافت الهلاك فرضيت مضطره.

فلا يقال: إن المساق فى الإكراه والاضطرار واحد، فاللازم إما رفع جميع

ص: ١٠٨

١- الوسائل: ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس ح ١، أيضاً الوسائل: ج ١ ص ٣٢ الباب ٤ من أبواب الطهاره ح ١٠

الآثار فيها، أو دفع المؤاخذه فقط، وحيث لا- رفع لجميع الآثار فى الاضطرار، لا- رفع لجميعها فى الإكراه، لأن الفارق الدليل الخارجى.

ولو أوصى كرهاً، ثم رضى كان إجازته مثل بيع المكره.

{الرابع: الرشد، فلا تصح وصيه السفيه} كما يفهم من كلام السرائر، حسب ما ذكره مفتاح الكرامه، بل والقواعد حيث استوجه قبول وصيه الجارح نفسه مع تيقن رشده، قال: ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً، وحكى عن ابن حمزه والتحرير، وقواه جامع المقاصد، لعموم حجر السفيه عن التصرف فى ماله.

وظاهر المحكى عن المفيد وسلاار والحلبى عدم نفوذ وصيته إلا- فى البر والمعروف، بل فى جامع المقاصد المشهور بين الأصحاب جواز وصيته فى البر والمعروف.

ويظهر من سكوت الساده الوالد وابن العم والبروجردى وغيرهم على المتن أنهم وافقوه، لكن فى المستمسك إن ما ذكره المشهور هو مقتضى عموم الصحه وقصور أدله الحجر عن شمولها للمقام لظهورها فى الامتنان عليه فلا- تقتضى حرمانه عن الانتفاع بماله.

أقول: مقتضى القاعده الصحه حتى فى الأمور العاديه إذا لم يكن سفهياً، إذ لا دليل على أكثر من ذلك، فإن قوله تعالى: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (١) منصرف عن الوصيه العقلانيه، ولو شك فى شمولها للمقام كان الأصل مع تسلط الناس

وإن كانت بالمعروف، سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده، وأما المفلس فلا مانع من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم، لعدم الضرر بها على الغرماء لتقدم الدين على الوصية.

على أموالهم، ومنه يعلم وجه النظر في منع المصنف لها.

{وإن كانت بالمعروف، سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده} لأن الحجر عن تصرفاته حال الحياة.

نعم يمكن أن يشكل ذلك إذا اتخذ الوصية ذريعه إلى تصرفه في مثل ماله حال حياته، مثلاً أوصى لولده بألف من ثلثه، وقد كان قرر أن يعطيه الولد الألف في حال حياته ليأخذ بدله بعد موته فيتصرف في الألف تصرفاً سفهائياً، لأن مناط منع السفية آت في المقام، فإن المال حينئذ يخرج عن كونه قياماً، وإن كانت المسألة مستثنى ومستثنى منه بحاجه إلى التأمل، والله سبحانه العالم.

{وأما المفلس فلا مانع من وصيته} لإطلاق الأدلة الشاملة له {وإن كانت} الوصية {بعد حجر الحاكم} فكيف بما إذا أوصى ثم حجر الحاكم عليه {لعدم الضرر بها} بالوصية {على الغرماء، لتقدم الدين على الوصية}، فإذا أوصى ثم مات وهو مفلس، فإن صار له مال يزيد على الدين، كما إذا قتل وصارت له المديته أخرج الدين من تركته أولاً ثم عمل بوصاياه، وإن لم يصر له مال يزيد على الدين، لكنه برئ من بعض الدين بما جعل مجالاً للوصية كلاً أو بعضاً، فإنه تنفذ وصيته.

الخامس: الحريه، فلا تصح وصيه المملوك بناءً على عدم ملكه وإن أجاز مولاه، بل وكذا بناءً على ما هو الأقوى من ملكه لعموم أدله الحجر، وقوله (عليه السلام): «لا وصيه لمملوك» بناءً على إرادته نفى وصيته لغيره لا نفى الوصيه له، نعم لو أجاز مولاه صح على البناء المذكور، ولو أوصى

وبذلك ظهر وجه النظر في عبارته المستمسك، قال: (وبالجمله المفلس لا يترتب الأثر على وصيته إلا إذا مات غير مفلس، فيكون حال التفليس حال الرقيه، فإنه لا تصح وصيه الرق إلا إذا مات حراً، وعليه فلا وجه للفرق بينهما في الشرطيه وعدمها) انتهى.

إذ فيه: إن الفارق أن العبد لا يقدر على شيء، أما المفلس فالمانع تراحم الوصيه للدين، فإذا رفع التراحم قبل الموت أو حين الموت أو بعده لم يكن مانع من نفوذ الوصيه، نعم إذا بقى التراحم بما قدم الدين بطلت الوصيه لعدم المجال لها، إن لم يوجد متبرع يقوم بها، ولذا سكت على المتن الساده ابن العم والوالد والبروجردى والجمال وغيرهم.

ومنه يعلم أنه إذا رفع الحاكم الحجر على المفلس بعد موته، كما إذا ظهر له عدم موازين الحجر نفذت الوصيه أيضاً، إذا بقى بعد الدين شيء.

ثم إن اشتراط عدم السفه وعدم الفلاس في الجمله، إنما يكون في الوصايا الماليه، أما غيرها فلا ربط لها بهما.

الخامس: الحريه، فلا تصح وصيه المملوك بناءً على عدم ملكه وإن أجاز مولاه، بل وكذا بناءً على ما هو الأقوى من ملكه لعموم أدله الحجر، وقوله (عليه السلام): «لا- وصيه لمملوك» بناءً على إرادته نفى وصيته لغيره لا- نفى الوصيه له، نعم لو أجاز مولاه صح على البناء المذكور. ولو أوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت على إشكال، نعم لو علقها على الحريه فالأقوى صحتها، ولا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال: هذا لزيد إن مت في سفرى، ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحه، وكذا ما كان من هذا القبيل}.

بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت على إشكال، نعم لو علقها على الحريه فالأقوى صحتها، ولا- يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال: هذا لزيد إن مت في سفرى، ولو أوصى بدفنه في مكان خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة، وكذا ما كان من هذا القبيل.

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه مع جرح أو شرب سم أو نحو ذلك فإنه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الإجماع.

{السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه} بحيث لولاه لم يهلك، وفي كونه جزءه تامه، أو عله تامه بحيث لولاه- عله أخرى كانت تامه في هلاكه، أو أنه يهلك في الوقت بسبب آخر ولو لم يسبب بنفسه هلاك نفسه، كما إذا يقتله القاتل ساعه كذا، فشرّب سمّاً قتله في نفس الساعه مثلاً، فسيأتى الكلام في جمعيتها.

{من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك} كالقاء نفسه في البحر أو من سفح جبل أو في النار أو في المسببه أو غير ذلك.

{فإنه لا تصح وصيته على المشهور، المدعى عليه الإجماع} وهو مذهب الأكثر كما في التذكرة وإيضاح النافع، والمشهور كما في المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والكفايه، وقد نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب مكرراً مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، كذا في مفتاح الكرامه، وادعاه هو صريحاً كما يأتى،

ونسبه في الحدائق إلى المشهور، وفي الجواهر بلا خلاف معتد به، وذلك {للنص الصحيح الصريح} وهو صحيح أبي ولاد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها»، قلت _ قيل _ له: أرأيت إن كان أوصى بوصيته ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته، قال: فقال: «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحه أو قتل أجزت وصيته في ثلثه، وإن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث في نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته»^(١).

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن وصيه قاتل نفسه، قال: «إذا أوصى بها بعد أن أحدث الحدث في نفسه ومات منه لم تجز وصيته»^(٢).

أقول: العمده في الحكم الروايه، وإلا- فلا- ربط بالوصيه مع قتل نفسه، فالإطلاق لولاها شامل لها، ولذا كان تعليل المختلف (بدلاله الفعل على سفهه، بضميمه أن السفه لا تقبل وصيته، وبعدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت والوصيه تكون نافذه إذا صدرت في حال الحياه، وبأن القاتل يمنع عن الميراث لغيره فيمنع من نفسه، لأن قبول وصيته نوع إرث لنفسه) انتهى بتصرف، من باب بيان ما يمكن أن يكون حكمه في الحكم.

ص: ١١٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤١ الباب ٥٢ من أبواب الوصايا ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ١

{خلافاً لابن إدريس وتبعه بعض}، قال فى القواعد: ولو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهاً.

وقال فى مفتاح الكرامه: (كما هو خير السرائر، وقد نفى عنه البأس فى المختلف، وفى إيضاح النافع إنه حسن جداً، وفى المسالك إنه وجه وجيه، وفى الروضه إنه حسن لو لا - مخالفه النص المشهور، قلت: ومع ذلك فالقائل به شاذ والإجماع معلوم على خلافه).

أقول: خلافهم لا يقاوم النص الصحيح المعمول به قديماً وحديثاً، وقد حمل القواعد الروايه على ما ذكره بقوله: (وتحمل الروايه على عدم استقرار الحياه على إشكال) انتهى.

ورده الجواهر بقوله: (هل من الممكن احتمال اعتبار استقرار الحياه فى صحه الوصيه، وهل هو إلا تقييد للأدله من غير مقييد، وكيف جاز ارتكابه ولم يجر ارتكاب تقييدها بالنص الصحيح).

أقول: عدم اعتبار استقرار الحياه إنما هو لأجل إطلاق الأدله.

ثم إن معنى أن وصيته لم تجز ما إذا لم يرد الوارث، وإلا - جاز فإنه كالتبرع من الوارث، كما أنه إذا كانت الوصيه بالواجبات أمثال خمسه وزكاته وديون الناس منه، نفذت لا من باب الوصيه، بل من باب إقرار العقلاء (1)، وإطلاقه يشمل ما إذا جرح نفسه،

والقدر المنصرف إليه الإطلاق الوصيه بالمال، وأما الوصيه بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها

والظاهر أن الكافر إذا جرح نفسه أو المخالف ولم يكن يعتقد في دينه ومذهبه بهذا الحكم نفذت وصيته، لقاعده الإلزام (١).

ولو قال بعد أن جرح نفسه: إني كنت قد وصيت سابقاً بكذا وكذا، قبلت، لأنه مما لا يعرف إلا من قبله، وقد ذكر في بعض مباحث الكتاب أن ما لا يعرف إلا من قبله حجه قوله فيه.

{والقدر المنصرف إليه الإطلاق} إطلاق النص، بل صريحه لقوله (عليه السلام): «في ثلثه» كما نبه عليه المستمسك، {الوصيه بالمال} سواء كان ملكاً أو حقاً كالحریم على قول من يراه حقاً لا ملكاً، لأن في الحریم أيضاً الثلث.

{وأما الوصيه بما يتعلق بالتجهيز ونحوه} كصلاه قضائه {مما لا تعلق له بالمال، فالظاهر صحتها} لإطلاق أدله الوصيه، وعدم شمول الصحيح له إلا- بالمناط وهو غير مقطوع به، ولا- مانع من كون صلاه القضاء وصومه وحجه ونحو ذلك مستلزماً للمال، وكذا خمسه وزكاته ومظالمه ونذوره وكفاراته وأمثال ذلك لما تقدم، لأنه من باب الإقرار، لا من باب الوصيه.

نعم لو أوصى بالصلاه والصوم وله ولد أكبر، لم يكن من باب المال ودخل في الوصيه التي لا بأس بها، وكذا إذا قال: فلان يطلبنى.

أما لو أوصى بالصوم والصلاه والحج احتياطاً، واستلزم المال لم يعمل به، كما لا تجب على الولد

ص: ١١٥

الأكبر، لأن الواجب عليه القضاء القطعي.

ثم إن ما لا يسمع منه الوصيه إنما هو بمال نفسه، لا ما إذا كان متبرع يعمل بوصيته، لانصراف النص عنه، بل قد عرفت أنه ظاهر (في ثلثه).

وكذا يسمع إذا كانت الوصيه تدخل المال في كيسه، كما إذا باع بخيار وكان الأخذ بالخيار يوجب رجوع المبيع إليه مما يكون أربح من الثمن، لأن ظاهر النص أو صريحه ما يخرج المال.

ولا فرق في عدم نفوذ وصيته أن يقبل الوصى لها، أو لا، لأن الشارع لم يحترم هذه الوصيه، فلا ينفع قبول الوصى في احترامه.

وكذا تقبل وصيته بالنسبه إلى أولاده الصغار بجعل القيم عليهم، لأنه ليس بمال.

ولو كان كافراً فجرح نفسه بما يهلكه، ثم أسلم فهل تقبل وصيته، لا يبعد ذلك، لجب الإسلام عما قبله [\(١\)](#)، ولو انعكس قبلت أيضاً، إذا كان الكافر من دينه ذلك لقاعده الإلزام [\(٢\)](#).

ولا فرق بين كون الجرح ذا عشر سنين أو بالغاً لإطلاق الدليل، كما لا فرق بين أن يعلم حرمة القتل أو لا، ولا بين أن يعلم أن الجرح المهلك يحرمه من الوصيه أو لا، لإطلاق الدليل.

أما لو أراد إنسان جرحه في منازعه فقال له: اجرحني، تحدياً، فجرحه فهل يكون من جرح الإنسان نفسه في هذا الحكم أو لا، احتمالان، من الانصراف

ص: ١١٤

١- بحار الأنوار: ج ٤٠ ص ٢٣٠

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥ و ٦

كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً لا سهواً أو خطأ، وبرجاء أن يموت لا لغرض آخر، وعلى وجه العصيان لا مثل الجهاد في سبيل الله،

إلى المباشرة، ومن وحده المناط.

{كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً} كما قيده به الصحيح {لا سهواً أو خطأ} أو إكراهاً أو اضطراراً، لعدم صدق (متعمداً) كما في النص، ولرفع المذكورات.

{وبرجاء أن يموت لا- لغرض آخر} لقوله (عليه السلام): «لعله يموت»، فإذا فعل ذلك ليكون أقطع أو أشل أو نحو ذلك ليستجدي الناس، كما يفعله بعض المتسولين ثم ظهرت عليه علائم الموت لم يمنع ذلك وصيته.

{وعلى وجه العصيان، لا- مثل الجهاد في سبيل الله} كما يدل عليه قوله (عليه السلام) في صحيح أبي ولاد: «فهو في نار جهنم خالداً فيها»^(١).

ومثل الجهاد ما إذا أخذ في الانتحار تهرباً من محذور أهم إن قلنا بجوازه، أو ضحى بنفسه للمشى على الألغام تفادياً عن تضرر الجيش بها، كما يعتاد في حروب اليوم، فلما جرح وأخذ في الموت أوصى، وكان عمله ذلك لأجل الله تعالى.

ثم إن الحكم لا يختص بالجرح، كما ألمعنا إليه، فإذا ذهب إلى مكان مخوف

ص: ١١٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤١ الباب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١، انظر التهذيب: ج ٢ ص ٣٩١، الفروع: ج ٢ ص ٢٤٩، الفقيه: ج ٢ ص ٢٧٥

وبما لو مات من ذلك، وأما إذا عوفى ثم أوصى صحت وصيته بلا إشكال، وهل تصح وصيته قبل المعافاه إشكال

لعله يموت خوفاً، أو فى برد أو حرّ أو شرب سماً أو ما أشبهه، كان له نفس الحكم، للإطلاق ولوحده المناط.

{وبما لو مات من ذلك، وأما إذا عوفى ثم أوصى صحت وصيته بلا- إشكال} كما فى الجواهر والمستمسك وغيرهما، لاختصاص النص بمن قتل نفسه، فلا يشمل ما إذا لم يموت وإن كان بقصد الموت.

{وهل تصح وصيته قبل المعافاه، إشكال} عند المصنف، وتبعه الساده الوالد والبروجردى والجمال لسكوتهم عليه، وإن قال ابن العم: (الأقوى الصحه).

وسائر المعلقين اختلفوا فى الموافقه والمخالفه.

وفى الجواهر: (لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجدد إنشاء تمليك، ولذا لو نساها ولم يجددها لم تنفذ على الأقوى) انتهى.

والأقوى الصحه لما ذكره المستمسك وغيره من أن الدليل مختص بما إذا مات بذلك السبب، فلا يشمل ما لو عوفى ثم عرضه سبب آخر فمات به، وإن كان قد نسى الوصيه.

والحاصل: إن الدليل خاص بما إذا مات بذلك، فإطلاق أدله الوصيه شامله له.

وإذا مات بعد الجرح ونحوه ولم يعلم هل أنه مات به أو عوفى ومات بسبب آخر، قبلت، لعدم العلم بالموضوع، فإطلاق أدله الوصيه محكمه.

ولو علم بجرح ميت ووصيته ولم يعلم السابق منهما قبلت، للإطلاق بعد عدم إحراز الموضوع، فتأمل.

ولا يلحق التنجيز بالوصيه هذا، ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته، وإن كان حين الوصيه بانياً على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم مضافاً إلى العمومات.

ويمكن تصور الاقتران.

ولو أوصى له فضولى _ كما سيأتى _ وبعد الجرح أجازها لم تنفع، لأن العرف يراها وصيته له في هذا الحال، اللهم إلا أن تبنى المسألة على الكشف والنقل، فتصحح على الأول دون الثانى.

ولو كان سببان لقتله أحدهما من نفسه فالظاهر عدم بطلان الوصيه، لأن (من قتل) منصرف إلى السببيه الكامله، وليس هنا كمال سبب وإن كان جرحه نفسه قاتلاً بنفسه إن كان وحده، وبذلك يعرف حال الفروع التى ذكرناها أول المسأله.

ولو شرب سماً يقتله بعد خمس سنوات مثلاً، فالظاهر عدم شمول الدليل له، لانصرافه عنه، وإن كان قاتل نفسه وعليه إثم قتل النفس.

ولا حكم فيما لم يسبب القتل، وإن سبب شلاً أو نحوه.

{ولا يلحق التنجيز بالوصيه هذا} لعدم صدق الوصيه عليه، والمناط غير معلوم، ولذا أفتى به الجواهر والمستمسك، وسكت عليه كاهه المعلقين الذين وجدنا تعليقاتهم.

ولو وصى ونفذه الوارث لم يكن محرماً عليه، إذ لا دليل على الحرمة، وإنما الدليل على عدم نفوذ الوصيه.

{ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث، صحت وصيته} وذلك لإطلاق دليل الوصيه بعد عدم شمول الصحيح له {وإن كان حين الوصيه بانياً على أن يحدث ذلك بعدها} وذلك للصحيح المتقدم، مضافاً إلى العمومات.

ولو ضرب نفسه ضربه بقصد القتل مما يقتل لو ثبت بضربه ثانيه، ووصى ثم ضرب الثانيه ومات، فالظاهر أنه ليس مما يكون القتل قبل الوصيه فلا يشمل الدليل، ولو شك في شمول الصحيح له فإطلاق صحه الوصيه محكمه، ولا مجال بعد ذلك للقول بالشك في نفوذ الوصيه فأصالة عدم النفوذ محكمه.

ص: ١٢٠

مسأله ۱۱ جعل الأب والجد القيم

(مسأله ۱۱): يصح لكل من الأب والجد الوصيه بالولاية على الأطفال

(مسأله ۱۱): {يصح لكل من الأب والجد الوصيه بالولاية على الأطفال} بلا إشكال ولا خلاف ظاهر، وفي الجواهر نصاً وفتوى بل إجماعاً بقسميه، وفي المسالك إنه محل النص والوافق.

أقول: اللازم تقييد ذلك بما إذا كان للأب والجد ولاية على الأطفال، لا مثل الكافر منهما بالنسبه إلى طفل بحكم الإسلام، ولذا قال الجواهر: الثابته ولايتهما عليهم زمن الحياه على وجه لهما الوصيه بها.

وكيف كان، فالنصوص دلت على ذلك، مثل روايه سعد بن إسماعيل، عن أبيه، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن وصي أيتام يدرك أيتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه، كيف يصنع، قال (عليه السلام): «يرد عليهم ويكرههم عليه» (۱) (على ذلك، خ ل).

وروايه محمد بن عيسى، عن رواه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «في رجل مات وأوصى إلى رجل وله ابن صغير فأدرك الغلام وذهب إلى الوصي وقال له: رد على مالي لأتزوج فأبى عليه» (۲) الحديث.

وموثقه محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن رجل

ص: ۱۲۱

۱- الوسائل: ج ۱۳ ص ۴۳۶ الباب ۴۷ من أبواب كتاب الوصايا ح ۱، انظر الفقيه: ج ۲ ص ۲۸۳، الفروع: ج ۲ ص ۲۵۳، التهذيب: ج ۲ ص ۴۰۰ و ۴۰۱

۲- الوسائل: ج ۱۳ ص ۴۳۵ الباب ۳۶ من أبواب الوصايا ح ۱

مع فقد الآخر ولا تصح مع وجوده

أوصى إلى رجل بولده وبماله لهم وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال (عليه السلام): «لا بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي»^(١).

وعن دعائم الإسلام، عن أبي جعفر (عليه السلام) أنه قال: «إذا أذن الموصى الوصى أن يتجر بمال ولده الأطفال فله ذلك ولا ضمان عليه، وإن شرط له ربحاً فيه فهو على ما شرطه»^(٢).

إلى غير ذلك من الروايات.

وإنما تصح وصيه كل منهما {مع فقد الآخر} لأنه لا ولى بعده، فله إعطاء ولايته للأجنبي، {ولا تصح مع وجوده}.

قال فى الشرائع: (وإذا أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبي وله أب لم تصح، وكانت الولاية إلى جد اليتيم دون الوصى، وقيل يصح ذلك فى قدر الثلث مما تركه، وفى أداء الحقوق).

وفى الجواهر: (بلا- خلافاً أجده فيه فى الجملة، بل الظاهر الإجماع عليه)، ثم قال: (المتجه بناءً على ذلك صحه الوصايه على مثل ذلك وليس معارضاً لولاية الجد).

أقول: استدلل للقول الأول بأصاله عدم حقه فى ذلك مع وجود الآخر، و

ص: ١٢٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح ١

بأن الولاية كانت للأب والجد فلا تكون لغيرهما حال وجود أحدهما، إذ الوكيل لا حق له مع وجود الأصيل.

وفى كليهما نظر، إذ مقتضى إطلاق ولاية أى منهما بضميمه ما دل على أن له حق جعل الوصى أن له ذلك مع وجود الآخر أو فقده، منتهى الأمر أنه إذا تصرف الولى الأصيل لا يعارضه البديل، فإذا جعلاهما ولياً وماتا كان البديلان كالأصيلين فى كون أحدهما فى عرض الآخر.

ومنه يعلم أنه لا وجه لسكوت المعلقين على المتن، كما لم يعرف وجه تعليقه الوالد على قوله: (ومع فقد الآخر) بقوله: (فى ولاية الجد مع فقد الأب نظر).

وعكسه يظهر من المستمسك قال: (ذكرنا فى نهج الفقاهة فى مبحث الولاية الإشكال فى وجود إطلاق فى دليل ولاية الأب فى حال حياته فضلاً عن المقام، وعليه فلا مجال للتأمل فى عدم الوصيه بالولاية من الأب على الولد مع وجود الجد) انتهى. وحيث إن محل البحث فى ذلك كتاب النكاح، نتركه لموضعه.

أما استدلال الجواهر لعدم الصحه مع وجود الآخر بأن الولى الطبيعه الموجوده فيهما، ولذا لم يصح الوصيه من الأب والجد له بالولاية مع وجود الآخر ولو على ثلث ماله باعتبار ثبوت الولاية للأب الصادق على كل منهما، فمع فرض وجود مصداقه انقطع ولاية الآخر بموته، انتهى بتصرف.

فيرد عليه إن إطلاق الروايات فى جعله ولياً على الطفل بعد موته لا يجعل

كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعى، فإنه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حياً

مجالاً لهذا التفصيل، منتهى الأمر أن فهم العرف بحفظ الرتبة يجعل رتبة البديل بعد الأصيل، فإذا لم يتصرف الأصيل كان للبديل التصرف.

{كما لا يصح ذلك لغيرهما} كسائر الأقرباء ووصى الأب والجد إن لم يجعل ولياً على الأطفال، {حتى الحاكم الشرعى} لأنه ولى من لا ولى له، فإذا كان الأب والجد لم تصل النوبة إليه، بل وكذا إذا كان وصى أحدهما عليهم موجوداً.

ثم إن الوصى المنصوب عليهم من قبل أحدهما إن أذن له فى نصب غيره بعده وصياً عليهم صح له جعل الوصى، وإلا لم يصح، إذ لا دليل على أن له هذا الحق.

وهل للحاكم الشرعى جعل وصى عليهم بعد موت نفسه، الظاهر أن له ذلك مع المصلحه، كما إذا لم يكن حاكم شرعى بعده، أما إذا كان فالحق للحاكم الشرعى بعده، كما ذكرنا وجه ذلك فى أوائل كتاب إحياء الموات.

{فإنه بعد فقدهما} فقد الوصى للأب والجد {له الولاية عليهم ما دام حياً}.

قال إسماعيل بن سعد: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل مات بغير وصيه وترك أولاداً ذكراً وغلماً صغاراً وترك جوارى ومماليك، هل يستقيم أن تباع الجوارى، قال: «نعم»، وعن الرجل يصحب الرجل فى سفر فيحدث به حدث الموت ولا يدرك الوصيه كيف يصنع بمتاعه وله أولاد صغار وكبار، أيجوز

وليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب والجد مع وجود الآخر أن يدفع متاعه ودوابه إلى ولده الأكبر أو إلى القاضي، وإن كان في بلده ليس فيها قاض كيف يصنع، وإن كان دفع المتاع إلى الأكبر ولم يعلم فذهب ولم يقدر على رده كيف يصنع، قال (عليه السلام): «إذا أدرك الصغار وطلبوا لم يجد بدأ من إخراجهم إلا أن يكون بأمر السلطان»^(١) الحديث.

وفى روايه دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال في حديث: «والسلطان وصى من لا وصى له، والناظر لمن لا ناظر له»^(٢).

{وليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته} لما تقدم من أن كل حاكم له حق الولاية زمن حياته، فإنه مقتضى ولاية الحاكم، وإلا لكان الحاكم السابق قد أخذ من زمن ولاية الحاكم الثاني، لكننا قد ذكرنا أنه لو فعل ذلك لمصلحة كان للحاكم الثاني الرفض أو القبول.

{فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب والجد مع وجود الآخر} فإذا لم يكن حاكم وصل الأمر إلى عدول المؤمنين أو ثقاتهم، لجملة من الروايات الدالة على ذلك، فإنها وإن كانت مطلقه إلا أنها تقيّد بالروايات السابقة الدالة على ولاية السلطان.

ففى صحيح على بن الرئاب، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام)

ص: ١٢٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٥ الباب ٨٨ من أبواب الوصايا ح ٣

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٤ من أبواب الوصايا ح ١

ولا ولاية في ذلك للأُم، خلافاً لابن الجنيّد حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدته،

عن رجل بينى وبينه قرابه مات وترك أولاداً صغاراً وترك مماليك له وغلماناً وجواري ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد وما ترى في بيعهم، قال (عليه السلام): «إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم، كان مأجوراً فيهم»، قلت: فما ترى في من يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد، قال: «لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عما صنع القيم لهم الناظر في ما يصلحهم»^(١).

وعن سماعه، قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث، قال: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»^(٢).

{ولا ولاية في ذلك للأُم} على المشهور شهره عظيمه، بل في الجواهر بلا خلاف معتد به، وعلله بالأصل لأن الأصل عدم حق لأحد في التصرف في الآخر، فإن قرر الشارع متصرفاً فهو، وإلا وصلت النوبه إلى السلطان كما تقدم.

{خلافاً لابن الجنيّد حيث جعل لها} الولاية {بعد الأب إذا كانت رشيدته} قال في الجواهر: وضعفه واضح، وفي المسالك وغيره إنه شاذ، وفي المستمسك وغيره إنه لم يعرف له موافق، كما لم يعرف له دليل.

ص: ١٢٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٤ الباب ٨٨ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٤ الباب ٨٨ من أبواب الوصايا ح ١

وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال

أقول: ربما استدل له بقوله سبحانه: (يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ) (١)، فالموهوب له له حق التصرف في الموهوب عقلاً وشرعاً، وبقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «وإن أمراك أن تخرج من أهلك ومالك فافعل»، وبقوله سبحانه: (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) (٢)، والأولوية تعطى الولاية.

وبما رواه محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الصبي يزوج الصبي، قال: «إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا بعد ذلك» (٣).

وفى الكل ما لا يخفى، بعد ورود الأدلة الخاصة في كتاب النكاح بعدم ولاية الأم، و(أبواهما) في الحديث يراد به أب الولد وأب البنت، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب النكاح من الشرح فراجع.

{وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال} أو

ص: ١٢٧

١- سورة الشورى: الآية ٤٩

٢- سورة الأنفال: الآية ٧٥

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٠٩ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٨٤

وجعل أمره إلى غير الأب والجد وغير الحاكم لم يصح، بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما، نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو على أن يصرفه عليهم

بعنايه ورعايه {وجعل أمره إلى غير الأب والجد وغير الحاكم} في صوره عدمهما، إذ لا ولاية للحاكم مع وجود أحدهما {لم يصح} كما نص عليه الشرائع وغيره، وذلك لأنه لا يحق لأحد أن يتصرف في الصغار غير الولي، فمعنى جعل ولاية التصرف في الأموال لهم إلى غيرهم تباعد ولاية الولي الشرعي، وذلك غير مأذون فيه شرعاً.

ثم إذا قبل الولي صح، وإن لم يقبل فإن كانت الوصيه على نحو تعدد المطلوب صحت أصل الوصيه وصار بيد الولي دون الوصى، وإن كان على نحو وحده المطلوب بطلت بالنسبه إلى هذا الموصى له، وهل يصح بالنسبه إلى مورد مشابه إذا كان ارتكاز عرفي كما في الوقف وورد في موارد من أبواب الوصايا، الظاهر الثاني.

ولا يخفى أنه فرق بين تعدد المطلوب وبين الارتكاز، حيث إن الأول يصرف فيه إلى نفس الطفل لكن بيد وليه، والثاني يصرف فيه إلى موضع مشابه، نعم إذا علم عدم ارتكاز الموصى تبطل الوصيه أيضاً.

ومن ذلك يظهر عدم وجه لإطلاق قوله: {بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما} أو وصى أحدهما {وللحاكم مع فقدهما} وفقد وصيهما، إذ قد عرفت البطلان في بعض الصور.

{نعم لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لهم بعد بلوغهم أو

من غير أن يملكهم يمكن أن يقال بصحته وعدم رجوع أمره إلى الأب والجد أو الحاكم.

على أن يصرفه عليهم { بعد بلوغهم } من غير أن يملكهم يمكن أن يقال بصحته { بل اللازم القول بالصحة، ولذا قال الوالد: (بل هو الأقوى لإطلاق الأدلة بعد أن لم يكن في ذلك مزاحمه للأب والجد).

وبذلك يظهر عدم وجه لتردد الجواهر، قال: ففي تسلط الأب حينئذ إشكال، من عدم ملكيتهم للمال فلا تسلط لوليهم عليه، ومن كونه حقاً لهم والولى مسلط عليه كالمال، وقد يفرق بين الأول والثانى، ولعل الأول أقوى، ولذا قال المستمسك: بل هو الأقوى لأن الوصيه تكون بالولاية على مال الموصى لا مال الطفل، وليس هناك حق للطفل كى يكون تحت ولاية وليه.

أقول: بل وإن كان حقاً له، كما يؤيده أنه إذا أراد الوصى الخيانه حق له بنفسه إذا كان مميزاً، وقد ذكرنا فى كتاب القضاء حق المميز فى الدعوى، أو بوليّه إذا كان غير مميز، الشكاية عند الحاكم للحيلولة دون الخيانه، إذ لولا الحق لم يكن له ذلك، لكن إن مثل ذلك خلاف ولاية الولي غير ظاهر الوجه.

ثم إن كانت الوصيه للطفل غير سبب للتصرف فيه صحت، كما إذا وصى بصرف المال فى تبريد أو تحرير غرفه الأطفال الذين يدرسون فيها صيفاً وشتاءً، أو تبليط الشارع الذى يمشون عليه، أو ما أشبه ذلك.

{وعدم رجوع أمره إلى الأب والجد أو الحاكم}.

ثم الظاهر صحه أن يوصى بإفراغ ذمه الطفل إذا كان مديوناً وإن لم يرض الولي، إذ الإبراء إيقاع لا طرف

له، ولذا يقولون بجوازه بالنسبه إلى الكبير وإن لم يرض، وكأنه لأن «الناس مسلطون على أنفسهم»^(١٢) لا يشمل مثل إفراغ ذمته، فتأمل.

ص: ١٣٠

١- البحار: ج ٢ ص ٢٧٢ طبع مؤسسه الوفاء، بيروت

تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلائى محلل، من عين أو منفعه أو حق قابل للنقل

{فصل فى الموصى به}

مسأله: {تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلائى} لانصراف الأدله عن ما ليس فيه غرض عقلائى، ولو كان شىء فيه غرض عقلائى فى زمان دون زمان، أو مكان دون مكان، كان لكل زمان ومكان حكمه.

{محلل} إذ لو كان للعقلاء غير المتشرعه غرض كالخمر والخنزير لم يصح شرعاً، إذ الأدله الشرعيه لا تشملها.

{من عين أو منفعه} كأجره الدار {أو حق قابل للنقل} إلى الموصى له، إذ ربما يكون الحق غير قابل للنقل إليه وإن كان قابلاً للنقل إلى غيره، مثل حق الخيار فى الأرض إن قيل بأن الزوجه كما لا ترث الأرض لا ترث خيارها، وفى غير الوصيه أيضاً قد يقبل الحق النقل إلى شخص دون شخص مثل حق القسم، حيث إنه قابل للنقل إلى زوجه أخرى للرجل لا غيرها.

ولا فرق في العين بين أن تكون موجوده فعلاً أو قوةً، فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجره، وتصح بالعبد الآبق منفرداً ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمه، ولا تصح بالمحرمات كالخمر

{ولا- فرق في العين بين أن تكون موجوده فعلاً- أو قوةً} لإطلاق أدله الوصيه {فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجره} كما نص عليه الجواهر وغيره، والظاهر أنه لا فرق بين ملكه للشجره ونحوها أو لا، بل قال: بأنه يوصى بثمر شجره الذي يشتره، إذ هو أمر عقلائي والشارع أطلق، ولا انصراف قطعى عنه، وبذلك أفتى جامع المقاصد قال: (لو أوصى بما يتجدد له تملكه ولو على وجه الندره، كما يتجدد له بشراء وهبه وإرث ونحو ذلك صح، لأن وجود ذلك ممكن، وقد قدر أن الشرط إمكان وجوده)(1).

وتبعه المستمسك، وقد سكت على المتن كافة المعلقين الذين وجدت كلماتهم.

ثم إنه ربما يؤيد ما ذكره صحه الوصيه بالثلث بلا إشكال، مع أن المال كثيراً ما يزيد أو يوجد مما لم يكن له أصل حال الوصيه.

أما احتمال عدم الصحه للأصل، ولأنه كبيع ما ليس عنده، ولعدم العلقه المصححه لصدق الوصيه، ولأنه كيف يوصى بما لا سلطنه له عليه، فيرد عليها: أن الأصل لا يقاوم الإطلاق، والقياس ممنوع، ولا دليل على لزوم العلقه أو السلطنه حالاً.

{وتصح} الوصيه {بالعبد الآبق مفرداً} للإطلاق، فلا وجه لقياس الوصيه بالبيع {ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمه} للدليل الخاص، والمناط محتمل لا مقطوع به.

{ولا تصح} الوصيه {بالمحرمات} في الجهه المحرمه {كالخمر} لشربها أو

ص: ١٣٢

استعمالها في المحرم {والخنزير ونحوهما} لا- كله، أما لو كانت الوصية للمحلل من منافعها فلا بأس، أما المستثنى منه فلأن المحرم غير قابل للملك، بل والمناطق في «إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه»، ولذا أطبق الأصحاب على عدم صحة الوصية بها.

وأما المستثنى فلأن غير المحرم من المحرم مثل استعمال شعر الخنزير في الحبل، وجلده في السقاء، وشحمه في طلي الأجر من الحيوانات، وجعل لحمه سماداً، أو أكلاً للحيوانات، ومثل استعمال الخمر في سقى الشجر مما لا دليل على تحريمه، أو ما أشبه ذلك، حيث لا دليل على حرمة، بل دل الدليل على حليته، يشمله إطلاق أدله الوصية.

وبهذا أفتى المستمسك فقال: إنها تصح الوصية بها على وجه التخصيص إذا كانت لها فائدة نادره، وإن لم تصح على وجه التملك، والظاهر أن فتوى الأصحاب مبني على ملاحظه الفائدة المحرمة.

أقول: ومن ذلك يعرف صحة الوصية بالأدوية ولو كانت محرمة، لأنها لها فوائد عقلانية لم يمنع عنها الشارع، بل قد ورد: «ما من شيء حرمة الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه»^(١).

ومن ذلك يعرف لزوم القول بالاستثناء المذكور في آيات اللغو والصلبان والأصنام ونحوها.

ص: ١٣٣

ولا- بآلات اللهو ولا- بما لا- نفع فيه ولا غرض عقلائي كالحشرات و كلب الهراش، وأما كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشيه والزرع، وإن قلنا بعدم مملوكيه ما عدا كلب الصيد

فقول المصنف: {ولا بآلات اللهو} يلزم أن يراد به المستثنى منه {ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي}، الظاهر أن الثاني عطف تفسيري للتلازم غالباً بين النفع والغرض العقلائي.

نعم قد يكون غرض عقلائي بما لا يسمى نفعاً، كما إذا كان الغرض الاقتناء للجمال أو نحوه.

وإنما لا تصح الوصيه بذلك لعدم ما يستوجب الملك أو الاختصاص، فإطلاق أدله الوصيه لا يشملها بعد أن المنصرف عنه غير ذلك، وعليه فالوصيه بها مثل عدم الوصيه بها مثل عدم الوصيه في عدم الأثر.

أما مثال المصنف بقوله: {كالحشرات و كلب الهراش} فهو تبع للمشهور الغالب في المثالين، أما إذا كان لهما نفع أو غرض عقلائي كالاقتناء فلا ينبغي الإشكال في صحه الوصيه بهما لإطلاق أدله الوصيه.

{وأما كلب الصيد فلا مانع منه} بلا إشكال، وإن كان نجساً، للنفع والغرض العقلائي فيه.

{وكذا كلب الحائط} مما يحفظ البستان والدور والخيام ونحوها، {والماشيه} الحافظ للأغنام ونحوها، {والزرع} الحافظ للمراعي والمزارع ونحوها، وكذا كلب الإجماع المتعارف في الزمان الحاضر {وإن قلنا بعدم مملوكيه ما عدا كلب الصيد} وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في باب الديات عند ذكر ديه هذه

إذ يكفى وجود الفائدة فيها

الكلاب، وذلك لأنه لا تلازم بين صحة الوصيه وبين المملوكيه، وإنما الأدله شملت الوصيه العقلانيه مما لم ينه عنه الشرع، والوصيه بهذه الكلاب عقلانيه ولم ينه الشارع عنها.

{إذ يكفى وجود الفائدة فيها} المراد بها ما يكون عقلانيه، وإلا فلا شىء إلا وفيه فائده، كما لا يخفى..

قال فى القواعد: ولو أوصى بالخمير والخنزير و كلب الهراش وطبل اللهو لم يصح، ولو أوصى بما ينتفع به فى ثان الحال، كالخمير المحترمه التى يرجى انقلابها، والجرو القابل لتعليم الصيد فالأقرب الجواز، وكذا لو أوصى بالزبل.

وقال فى مفتاح الكرامه: كما صرح بالأول جماعه فى الطبل والعود، واكتفى بالثانى جماعه فيهما أيضاً.

أقول: الطبل والعود وما أشبه إذا أوصى بهما باعتبار الخشب ونحوه، حيث يكسره الموصى له وينتفع بخشبه ونحوه لم يكن به بأس، إذ تلك لا يخرج عن المالىه.

نعم قد ذكرنا فى كتاب الأمر بالعمروف والنهى عن المنكر، أنه إذا توقفا على تلف ذلك جاز، مثل أن يحرق الطبل والصليب، كما يجوز حرق زق الخمر مع أن الزق له مالىه، فراجع.

ثم قال مفتاح الكرامه: فى الخمر المحترمه والجرو إلخ كما هو فى جامع المقاصد، وهو الأصح كما فى الإيضاح، وبه جزم فى الدروس والمسالك

ص: ١٣٥

ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق كحق القذف ونحوه

والروضه، والقول بعدم الصحه فيهما ليس بشيء ومستنده أن الوصيه تملك وهو ممتنع هنا.

أقول: أولاً: لا دليل على عدم صحه تملكهما، ولذا جزم بعضهم بصحه تملكهما.

وثانياً: لا دليل بين عدم صحه التملك وعدم صحه الوصيه كما تقدم، فإطلاق الوصيه شامل لهما.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في محكى التحرير من عدم صحه الوصيه بالجرو، كما أنه ظهر وجه النظر في قول القواعد: ولو أوصى بكلب ولا كلب له لم يصح لتعذر شرائه إن منعنا بيعه مطلقاً، إذ فيه: عدم التلازم وإمكان أن يأخذه من الشارع ونحوه.

ثم إن أطلق إعطاءه كلباً جاز للوارث أن يشتري أى الكلاب المفيده.

قال فى مفتاح الكرامه: قد صرح بصحه بيع الكلاب الأربعة فى خمسة وعشرين كتاباً، وقد حكى على صحه بيع كلب الصيد ستة إجماعات، والأخبار مستفيضه.

{ولا تصح} الوصيه {بما لا يقبل النقل من الحقوق} إذ لا ينتقل فكيف يوصى به، كما إذا أوصت المرأه حق قسمها لجارتها، هذا مع الغض عن أن هذا الحق لا يبقى بعد موتها.

أما قول المصنف: {كحق القذف ونحوه} فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيه فى كتاب الحدود، فراجع.

وتصح بالخمير المتخذ للتخليل، ولا فرق في عدم صحه الوصيه بالخمير والخنزير بين كون الموصى والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين، لأن الكفار أيضاً مكلفون بالفروع،

{وتصح} الوصيه {بالخمير المتخذ للتخليل} أو لغيره من الفوائد المحلله كالتعقيم، وكما إذا اضطر إلى شربها لدواء أو عطش أو نحو ذلك.

{ولا فرق في عدم صحه الوصيه بالخمير والخنزير بين كون الموصى والموصى له} ملتزمين بالدين من المسلمين المحرمين لهما، وعدم ذلك، لإطلاق ما تقدم من عدم صحه الوصيه بهما.

نعم لو كانا {مسلمين} يريان حليه قسم من الخمر كالنبيذ {أو كافرين} يريان الحليه {أو مختلفين} مسلم وكافر يريان الحليه، صحت الوصيه لقاعده «ألزموهم بما التزموا به».

نعم لو كان أحدهما مسلماً لا يرى الحليه، أو كافراً كذلك، لم تصح الوصيه وإن كان طرفه مسلماً أو كافراً يرى الحليه، لإطلاق ما تقدم من دليل المنع، حيث إن الموصى لو كان يحرم لم تصح وصيته، والموصى له لو كان محرماً لم تصح الوصيه له، وإن كان الطرف الآخر محللاً، لأن الوصيه قائمه بالطرفين كالبيع الذى لا يتم إذا كان أحد الطرفين اجتهاداً أو تقليداً يرى عدم صحته.

ومنه يعلم أن قول المصنف بعدم الصحه غير ظاهر الوجه، وإن علله بقوله: {لأن الكفار أيضاً مكلفون بالفروع}، إذ تكليفهم بالفروع عقاباً لا ينافى إقرارهم على دينهم من باب قاعده الإلزام.

نعم هم يقرون على مذهبهم، وإن لم يكن عملهم صحيحاً

ولا- يخفى نوع تدافع بين قوله هذا، وبين قوله: 'نعم هم يقرون على مذهبهم' (١١)، وإن لم يكن عملهم صحيحاً { إذ لا يزم إقرارهم على مذهبهم القول بصحة وصيتهم فيما بين أنفسهم.

ولو أوصى الكافر المحلل مسلماً محرماً أن يدفع خمره إلى كافر يحلل أيضاً، فهل يصح للمسلم تسليمها إليه، احتمالان، الصحة لأن الوصى لا ربط له بالحرام، والعدم لأن كل أنواع التقلب في الخمر محرم.

ومثله ما لو أوصى المجوسى أن يزوج بنته من ابنه، لكننا ذكرنا في بعض كتب (الفقه) أن مقتضى القاعدة أنهم إذا جاؤوا إلينا يريدون نكاح الأخ بالأخت جاز لنا النكاح، وقد ذكرنا شيئاً من تفصيل المسألة في كتاب القضاء، فراجع.

قال في القواعد: وتنفذ وصية الكافر إلا بخمر وخنزير للمسلم، وفي الذمى إشكال، أو عماره كنيسه، أى تنفذ وصيته إلا في عماره الكنيسه، نعم المحكى عن الدروس الجزم بصحة وصية الذمى، وعن جامع المقاصد أنه الأصح.

قال في مفتاح الكرامه: وقد قرّب المصنف في باب الوقف من الكتاب صحة وقف الكافر الخمر والخنزير على مثله، وجزم به في الدروس وجامع المقاصد، لكن عن الإيضاح أنه أبطل الوقف والوصيه من الكفار في كلا البابين.

ثم إن قلنا بأنه لا يجوز لهم إحداث الكنيسه، كما ذكرناه في كتاب الجهاد، لم تصح وصيه بعضهم بذلك في بلاد الإسلام.

ص: ١٣٨

ولا تصح الوصيه بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه

نعم تصح في بلاد الكفر.

والظاهر أنه يجوز أن يبنى الكافر لها في بلادهم كما يصح أن يرممها في بلاد الإسلام، حيث يجوز لهم ترميم الكنيسه.

ثم إن ما عدا الكتابي في بلاد الإسلام تنفذ وصيته فيما يعتقد بصحته، وإن كان حراماً عندنا، وقد ذكرنا في كتاب الجهاد وغيره أن الكافر لا يجبر على الإسلام أو السيف، بل يبقى على دينه إن قبل شرائط الذمه، وإن كان دينه الشرك، ولذا لم يجبر الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) المشركين على الإسلام، لا- في بدر، ولا- في مكة، ولا- في غيرهما، فقله سبحانه: (لا- إكراه في الدين) (١) شامل لكل.

نعم لا تصح وصيه الكفار ولو الكتابي منهم بما لا يجوز الإسلام، مثل الوصيه بنشر كتبهم في بلاد الإسلام مما يوجب الإضلال، إلى غير ذلك.

{ولا تصح الوصيه بمال الغير، ولو أجاز ذلك الغير، إذا أوصى لنفسه} كما إذا قال: إذا مت أنا فادفعوا من مال زيد عشره دنانير لعمره مثلاً، وذلك لانصراف أدله الوصيه عن مثل ذلك.

وعله في المستمسك بقوله: بأنه تعليق التمليك على موت نفسه، فيكون التعليق مبطلاً- للإنشاء، لكن تنظر فيه ابن العم وبعض المعلقين الآخرين، والظاهر الصحه، لأن انصراف أدله الوصيه عنه غير ظاهر الوجه، والتعليق في مثل الوصيه

ص: ١٣٩

نعم لو أوصى فضولاً عن الغير احتمال صحته إذا أجاز.

غير مبطل، بل مثل ذلك عقلائي، فإذا قال الوالد: اعطوا من مال ولدى الأكبر عشره لخدمى إذا مت أنا، وقبل الولد الأكبر كان اللازم صحة الوصيه، ويشمله دليل لزوم تنفيذ الوصيه، ولا حاجه حيثئذ إلى القيد الذى ذكره الشيخ ضياء الدين العراقى بقوله: بل يمكن تصحيحه بإلغاء قيد (لنفسه).

{نعم لو أوصى فضولاً عن الغير احتمال صحته إذا أجاز} لإطلاق دليل الفضولى بعد كون ذلك مشمولاً لإطلاق دليل الوصيه.

قال فى المستمسك: (فكما أن الإنسان إذا باع مال غيره فأجاز المالك صحت نسبه البيع إلى المجيز كذلك فى المقام).

أقول: ومن المتعارف أن يوصى الإنسان عن بعض العوام، فإذا أراها له قبلها، ولذا كان اللازم الفتوى بالصحة، وأفتى بذلك غير واحد من المعلقين.

نعم أشكل بعضهم فى نفوذها، بناءً على أن الوصيه إيقاع، وأن الاجازة لا تدخل فى الإيقاع، وبذلك ظهر أن الصور عبارته عن أن يوصى أنه إذا مات، أو زيد إذا مات، وعلى كل يعطى من مال نفسه، أو مال زيد، لعمرو.

(مسألة ١): يشترط في نفوذ الوصيه كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد

(مسألة ١): {يشترط في نفوذ الوصيه كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد} سواء في المال أو في المنفعة أو في الحق، وسواء يمكن تفكيك الثلث أم لا، مثل أن يوصى بعين داره، أو بمنفعتها، أو بحق التحجير وحق الحرير إذا قلنا إنه حق وليس بملك، على ما ذكرناه في كتاب إحياء الموات، وممكن التفكيك كصبره الحنطه وثلاثه دنانير وما أشبهه، وغير ممكنه كما إذا كان له حيوان غير قابل للتبويض عيناً، وإن أمكن الاشتراك فيه أو بيعه للتجزأه.

وكيف كان، فالحكم مما لا خلاف فيه ولا إشكال، وفي المسالك الأخبار به متظافره، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وفي مفتاح الكرامه إن عباراتهم بهذا الشرط طافحه وأن إجماعاتهم به مستفيضه.

أقول: ويدل عليه أخبار كثيره:

ففي روايه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل أوصى بأكثر من الثلث وأعتق ممالكيه في مرضه، فقال: «إن كان أكثر من الثلث رد إلى الثلث وجاز العتق» (١).

وروايه حمران، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل أوصى عند موته وقال: أعتق فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسه، نظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه التي أمر بعتقهم، قال: «ينظر إلى الذين سماهم، وبدا بعتقهم

ص: ١٤١

فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين سمى أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك»(١).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصيه فكان أكثر من الثلث، قال: «يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي»(٢).

وعن إسماعيل بن همام، عن أبي الحسن (عليه السلام)، في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته وأعتق مملوكاً وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته، قال: «يبدأ بالعتق فينفذه»(٣).

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن عتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصيه أخرى اعتقت الخادم من ثلثه وألغيت الوصيه إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصيه»(٤).

إلى غيرها من الروايات.

{إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال} ولا خلاف، قال في محكي التذكرة: إجماع العلماء على صحة الوصيه بالأكثر إن أجاز الورثة، ونقل الإجماع على ذلك

ص: ١٤٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٧ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨

فى التلخىص أفضاً، إلفى غير ذلك من عباراتهم.

ويفل علفه بالإضافه إلفى أنه حقهه فلهه أن فسمحوه بالنزول عن حقهه لكونه مقتضى تسلط الناس على أموالهه، حفث لم فمنع الشارع عنه، جمله من الروايات:

كصحيح أحمد بن محمد، كتب أحمد بن إسحاق إلفى أبى الحسن (عليه السلام): إن ذره بنت مقاتل توففت وتركت ضفيعه أشقاصاً فى مواضع، وأوصت لسفدنا فى أشقاصها بما فبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصفاؤها وأحببنا إنهاء ذلك إلفى سفدنا، فإن أمرنا فامضاء الوصفه على وجهها أمضفناها، وإن أمرنا بغير ذلك انتهفنا إلفى أمره فى جمفيع ما يأمر به إن شاء الله، قال: فكتب (عليه السلام) بخطه: «ففس ففجب لها فى تركتها إلا الثلث، وإن ففضلتم وكنتم الورثه كان جائزاً لكم إن شاء الله» (١).

وصحيح محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل أوصى بوصففته وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصفه، هل لهم أن فردوا ما أقروا به، فقال (عليه السلام): «ففس لهم ذلك، والوصففه جائزه علفهم إذا أقروا بها فى حفاته» (٢). إذ الظاهر أن الكلام كان فى الزائف من الثلث، وإلا ففى الثلث لا حاجة إلفى الإجازه.

ويفل على أنه حق الورثه بالإضافه إلفى وضوحه، روافه الدعائم، عن أمفر

ص: ١٤٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩١ الباب ١٣ من أبواب الوصافا ح ١

وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً على تقدير ثبوت النسبه

المؤمنين (عليه السلام)، أنه قال: «من أوصى بأكثر من الثلث، أو أوصى بماله كله، فإنه يرد إلى المعروف عن المنكر، فمن ظلم نفسه في الوصيه وجار فيها فإنه يرد إلى المعروف ويترك لأهل الميراث حقهم».

ثم لا يخفى أن المراد بالورثه الذين لهم الإجازة من يرث فعلاً، لا مثل القاتل ونحوه ممن فيه موانع الإرث، فإن إجازته لا تنفع، إذ المنصرف من الأخبار والفتاوى ذلك، كما أنه لو كان شيء لبعضهم كالحبوه احتاج الأمر لمن له الحيوه إذ هو الوارث لها دون غيره.

أما وصيه المخالف والكافر، فإن كان في دينه ومذهبه المنع عن الزائد عن الثلث كان هو المتبع، وإلا كان اللازم اتباع مذهبه لما تقدم من قاعده الإلزام.

{وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقاً} ولو كانت بقدر تمام المال {على تقدير ثبوت النسبه} إذ في فهم ذلك من عبارته نظر، قال في محكي عبارته: {فإن أوصى بالثلث فهو الغايه في الوصيه، فإن أوصى بماله كله فهو أعلم وما فعله، ويلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى}.

وذلك لأن قوله: {فهو الغايه} ظاهر في الموافقه لفتوى العلماء، كما أن قوله: {هو أعلم} ظاهر في صورته احتمال عذره في الوصيه بالجميع بأن كان مديوناً، أو نحو ذلك، وسيأتى في المسأله الثالثه بقيه الكلام.

وهذا التوجيه ذكره بعضهم، منهم مفتاح الكرامه، قال: وهذا التوجيه جار

فى مستنده، وهى عبارته الرضوى (عليه السلام).

ثم هنا كلمات آخر للعلماء فى كلام الصدوق، منها: قول التذكرة، حيث قال فى قوله: (فهو اعلم): لأن قوله لا دلالة فيه على مخالفه ما أفتاه، لأننا لا نسلم أن الموصى أعلم بما فعل.

ومنها: إنه أراد بالمال الثلث، كما صرح به الصدوق فى بعض نسخ المقنع، قال بعد أن روى كلام فقه الرضا (عليه السلام): المال هو الثلث، لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث.

ومنها: ما احتمال من حمل عبارته على صورته فقد الوارث الخاص، كما نقل عن أبى على، وعن المقنع.

ومنها: حمل الوصيه على التصرفات المنجزه، كما ذكره بعضهم.

إلى غير ذلك.

نعم ورد بعض الروايات على طبق الفتوى المذكوره، مثل موثق عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، إذا أوصى بماله كله فهو جائز» (١).

وموثق محمد بن عبدوس: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبى محمد (عليه السلام)، فكتب إليه: رجل أوصى بجميع ما خلف لك وخلف ابنتى أخت له فأرىك فى ذلك، فكتب إلى: «بع ما خلف وابعث به إلى»، فبعث وبعثت به إليه، فكتب إلى: «قد وصل» (٢).

ص: ١٤٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٣. الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٩ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ٦٦

شاذ ولا فرق بين أن يكون بحصه مشاعه من التركة أو بعين معينه

وموثق على بن الحسن، قال: مات محمد بن عبد الله بن زراره وأوصى إلى أخى أحمد بن الحسن وخلف داراً، وكان أوصى فى جميع تركته أن تباع ويحمل ثمنها إلى أبى الحسن (عليه السلام)، فباعها واعترض فيها ابن أخت له وابن عم له، فأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، وكتب إليه أحمد بن الحسن، ودفع الشىء بحضرتى إلى أيوب بن نوح، فأخبره أنه جميع ما خلف، وابن عم له وابن أخته اعتراضاً وأصلحنا أمره بثلاثة دنانير، فكتب: «قد وصل ذلك» وترحم على الميت وقرأت الجواب (١).

وهذه الروايات لا بد من حملها على بعض المحامل، كما فى الوسائل (٢) وغيره، بعد أن كانت الروايات السابقة أكثر عدداً وأصح سنداً، وأبعد عن الحمل وعليها الفتوى قديماً وحديثاً، حتى أن قول الصدوق على تقدير صحه النسبه {شاذ} كما ذكره غير واحد.

{ولا فرق} فى عدم صحه الوصيه بالأزيد من الثلث {بين أن يكون بحصه مشاعه من التركة أو بعين معينه} لإطلاق دليل المنع، ولو كانت العين بذاتها تساوى الثلث، أما ما لها اعتبار يجعلها أكثر قيمه لوحظ الاعتبار لا الذات، كما إذا كان له قفل ومفتاحه كلاهما يساويان سته للمفتاح اثنان إذا كانا معاً، أما إذا فصل المفتاح عن القفل ساوى الأول أربعة مثلاً، فأوصى بالمفتاح، لم يصح فى

ص: ١٤٦

١- الوسائل ج ١٣ ص ٣٦٩ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٩ الباب ١١ من أبواب الوصايا ذيل ح ١٧

ولو كانت زائده وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصه المجيز فقط، ولا- يضر التبعض، كما في سائر العقود، فلو خلف ابناً وبناتاً وأوصى بنصف تركته، فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة إلا الاثنين الزائد على الثلث، باعتبار الاجتماع، وإنما يباع الاثنان ويعطى الموصى له اثنان كما لا يخفى.

{ولو كانت} الوصيه {زائده وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت في حصه المجيز فقط} بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من المحقق والعلامة وشراحهما وغيرهم، فإذا كان له ولدان وكانت التركة عشره ووصى بأربعة فأجاز أحدهما كان للموصى له ثلاثة وثلثان، الثلاثة والثلث وصيه والثلث الآخر إجازة من أحد الولدين {ولا يضر التبعض، كما في سائر العقود} لأن حقيقة الوصيه تحلل إلى وصايا متعددة.

نعم ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا كان الموصى أوصى على نحو وحده المطلوب، ولذا قال الوالد في حاشيته: {إلا إذا كانت بالمجموع من حيث المجموع} انتهى.

ثم إن أراد الموصى أنه إذا لم يكن المجموع لم تكن وصيه بطلت الوصيه رأساً، وذلك في قبالة أنه أراد إذا لم يكن بعض الزائد على بعض الثلث لم يصح كل الزائد، لا أن تبطل الوصيه، كل ذلك لأن العقود تتبع القصد.

{فلو خلف ابناً وبناتاً} كما مثل بذلك المسالك ومفتاح الكرامه وغيرهما {وأوصى بنصف تركته، فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثة إلا

ثلث من ستة ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة.

ثلث من ستة { فإذا كانت التركة اثني عشر كان للميت أربعة، فإذا أوصى بسته كان معناه أن أربعة أثلاث يخرج من كيس الابن، وثلثان يخرج من كيس البنت.

{ولو انعكس} بأن أجازت البنت دون الابن {كان له اثنان وثلث من ستة}، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إن العلامة قال في القواعد: (ويستحب التقليل فالربع أفضل من الثلث، والخمس أفضل من الربع وهكذا) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة: إن ظاهره أن التقليل مطلقاً أفضل، كما هو صريح التحرير والتلخيص والدروس، وهو ظاهر المهذب والحواشي وفقه الراوندي، وقد يفهم من كلام المبسوط وظاهر الدروس استحباب الإقلال، نص عليه علي (عليه السلام).

وقال في الحواشي: إن في خبر سعد إيماء إلى أن الوصيه بالأقل أولى.

أقول: لكن عن جامع المقاصد ليس في النصوص ما يشهد أن التقليل مطلقاً أفضل.

أما خبر سعد، ففي المستدرک عن حواشي الشهيد على القواعد، عن سعد، قال: مرضت مرضاً شديداً فعادني رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فقال لي: «أوصيت»، قلت: نعم أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «أوص بال عشر»، فقلت: يا رسول الله إن مالي كثير، وذريتي أغنياء، فلم يزل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يناقصني

وأناقضه حتى قال: «أوص بالثلث والثلث كثير»^(١).

أقول: وقد احتمل بعضهم (يناقضني) بالضاد المعجمه لا المهمله.

وكيف كان، فلا دليل على الإطلاق المذكور، بل اللازم الوصيه بما لا يعد جنفاً عرفاً وبالمعروف، لأنهما ذكرا في النص وهما عرفيان، فقد يكون ذلك كذلك وإن جعل تسعه أعشار للورثه، وقد لا يكون ذلك خلاف المعروف إلا إذا جعل الثلث للخير، بل قد يكون الأمر يتطلب العطاء قبل موته، والوقف والصله والبر ونحو ذلك، كما فعله علي (عليه السلام) بأملاكه^(٢) حيث أوقفها.

فإنه وإنما لم تصح الوصيه بأكثر من الثلث لأنه لضرب القاعده لاستقامه القانون، كما ذكرناه في بعض مباحث (الفقه).

والأول مثل أن يوقف تسعين بالمائه مثلاً، كما إذا كان له مليون وكان له وارث واحد يكتفى بأقل من مائه ألف في كل عمره.

ويؤيد ما ذكرناه من أن الملاحظ عدم الجنف ما رواه السكوني، عن جعفر بن محمد، عن أبيه (عليهما السلام)، قال علي (عليه السلام): «ما أبالي أضرت بولدي أو سرقتهم ذلك المال»^(٣).

ص: ١٤٩

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٩ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٠٤ الباب ٦ من أبواب الوقف ح ٤ و ٥

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ١

وفى روايه أخرى، عن عبد الله بن مغيره مثله، إلا أنه قال: «أضررت بورثتى» (١).

وفى روايه أخرى، قال على (عليه السلام): «من أوصى ولم يحف ولم يضار كان كمن تصدق به فى حياته» (٢).

كما أنه يؤيد أن يتصدق قبل الموت ما رواه جابر، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من ختم له بلا- إله إلا الله دخل الجنة، ومن ختم له بصيام يوم دخل الجنة، ومن ختم له بصدقه يريد بها وجه الله دخل الجنة» (٣).

وكيف كان، فيدل على التقليل فى الوصيه فى الجملة، ما رواه محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول: «لأذن أوصى بخمس مالى أحب إلى من أن أوصى بالربع، ولأن أوصى بالربع أحب إلى من أن أوصى بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك وقد بالغ» (٤).

وعن حماد بن عثمان، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثه، والوصيه بالربع والخمس أفضل من الوصيه بالثلث، ومن أوصى بالثلث فلم يترك حقاً له أضر» أى فعل خلاف الأفضل، «ولم يترك» (٥)،

ص: ١٥٠

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ذيل ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٨ الباب ٧ من أبواب أحكام الوصايا ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ١
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٠ الباب ٩ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢

أى مجالاً للوصيه بالأكثر، لأن الثلث غايه ما يجوز له.

وعن السكونى، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، قال: قال على (عليه السلام): «الوصيه بالخمس، لأن الله عز وجل قد رضى لنفسه بالخمس»، وقال: «الخمس اقتصاد، والربع جهد، والثلث حيف»^(١).

أقول: المراد بالحيف خلاف الأفضل، والتمثيل بخمس المال لأنه يعرف من جعل الله ذلك أنه حسب العدل بين المحترف وبين حق الفقراء ونحوهم.

ولا يخفى أن كون الثلث خلاف الأفضل إنما هو فيما لم يكن مقتضى الفضل ذلك، كما ذكرنا، وإلا كان الأفضل الثلث.

وقد روى عبد الرحمان بن الحجاج، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عما يقول الناس فى الوصيه بالثلث والرابع عند موته أشياء صحيح معروف، أم كيف صنع أبوك (عليه السلام)، قال: «الثلث ذلك الأمر الذى صنع أبى رحمه الله»^(٢).

إلى غيرها من الروايات.

ص: ١٥١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦١ الباب ٩ من أبواب الوصايا ح ٣، الفقيه: ج ٢ ص ٢٦٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٢ الباب ١٠ من أبواب الوصايا ح ٣، الفقيه: ج ٢ ص ٢٨٧

(مسألة ٢): لا يشترط في نفوذها

(مسألة ٢): {لا يشترط في نفوذها} أى الوصية بالثلث حجم الأعيان بل قيمها، لأنها المنصرفه من الأدله، فإذا وصى بدار له ألف ذراع وله داران أخريان كل واحده مائه ذراع، وكانت قيمه الدار الموصاه ثلث قيم المجموع صحت الوصيه.

ومنه يعلم صحه الوصيه بالأفضل إذا كان عنده فاضل ومفضول، كما إذا كان له ثلاث حقق ونصف من الحنطه، كانت قيمه حقه منها وهى أفضل تساوى ثلث قيم الجميع، جازت له الوصيه بهذه الحقه، ولا حق للورثه فى المقامين من الامتناع.

كما يعلم مما ذكر أن اللانزم القيمه فى الخارج، وإن كانت حاصله من ضم البعض إلى البعض، مثلاً كان له ديناران ومصرعا باب قيمته خمسه، بينما أربعة من هذه الخمسه قيمه الانضمام بحيث لو تفرقا كانت قيمه كل واحد نصف دينار، فإنه لا حق له فى الوصيه بالمصراعين حتى وإن وصى بإعطاء زيد مصراعاً وعمرو مصراعاً، حيث الذى يصل إلى الموصى له بقيمه دينار فقط، إذ إنه بوصيته أتلّف بعد موته أربعة، وأوصل واحداً وهو ثلث مجموع ما عنده.

ولو انعكس بأن وصى بما له قيمه ثابتة وترك لأولاده ما قيمته تزيد وتنقص بالاجتماع والافتراق جاز أيضاً، فإنهم حيث لم يتقدموا من التقسيم لخسارتهم بالافتراق تمكنوا من تبديل العين إلى القيمه حتى لا تكون خساره، وكذلك لا يشترط أن يكون الثلث من الجميع حجماً، بل له أن يجعله فى شىء خاص، لإطلاق النص والفتوى.

قصد الموصى كونها من الثلث الذى جعله الشارع له، فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت،

ثم إن المعتبر حال وجود الأعيان وإن أمكن الزيادة والنقيضه بنقل العين من مكان إلى آخر، مثلاً كان له ثلاث صبر كل صبره مائه، إحداها فى النجف، والأخرى فى كربلاء، والثالثة فى الكاظميه، قيمه الأولى مائه والثانيه سبعين والثالثه عشره، فإن له أن يوصى بقدر ستين عيناً أو قيمه، فإذا أراد أن يوصى بعين ما فى النجف أوصى بستين مناً، وإن أوصى بما فى كربلاء أوصى بخمسه وثمانين وخمسه أسباع، وإن أوصى بما فى الكاظميه أوصى بكل الأمان، ويتمكن بالإضافة إليها إلى الوصيه بما يعادل خمسين ديناراً، سواء من أمان النجف أو أمان كربلاء أو أمانهما معاً، ويعرف ذلك بالأربعه المتناسبه بأن يقال: إذا كان مائه منّ بمائه دينار كان ستون مناً بستين ديناراً، وإذا كان مائه منّ بسبعين ديناراً كان خمسه وثمانون مناً وخمسه أسباع منّ بستين ديناراً، وإذا كان مائه منّ بعشره دنانير كان يبقى له خمسون، إلى آخره.

ثم إنه لا يشترط فى نفوذ الوصيه {قصد الموصى كونها من الثلث الذى جعله الشارع له} لعدم الدليل على ذلك القصد بعد إطلاق الأدله، ولذا صرح فى الجواهر وغيره بعدم الاحتياج إليه.

{فلو أوصى بعين غير ملتفت إلى} قدر {ثلثه وكانت} تلك العين {بقدره أو أقل صحت} كما أنه إذا أجاز الورثه صح الزائد إجازة، وقدر الثلث أصالةً.

ولو قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً بطلت مع عدم إجازة الورثة، بل وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً، لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع وإن لم تكن حينئذ زائدة على الثلث،

{ولو قصد كونها من الأصل} بأن يكون ثلث ما أوصى به من ثلثه، وثلثاه من ثلثي الورثة، {أو} أن كل ما أوصى به {من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً}.

وبين المصنف كيفية بقاء ثلثه سليماً بقوله: {مع وصيته بالثلث سابقاً} على هذه الوصية {أو لاحقاً بطلت} الوصية في ثلثي الثلث عند قصده كونها من الأصل، وبطلت في كل الوصية عند قصده كونها من ثلثي الورثة.

{مع عدم إجازة الورثة} وإنما تبطل الوصية في ثلثيها أو في الكل، لأن الوصية كما تقدم عقد أو إيقاع، وكلاهما يحتاج إلى القصد حتى يصح كونه عقده أو إيقاعه فبدون القصد لا تصح.

{بل وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً، لأن الوصية المفروضة مخالف للشرع} حيث جعل الشارع الوصية من ثلث الأصل لا من ثلثي الورثة، {وإن لم تكن} الوصية {حينئذ} حين أوصى بالثلث فقط {زائده على الثلث}، اللهم إلا أن يقال: إن الشارع لم يأذن في الوصية بالزائد على الثلث، وهذا لم يوص بالزائد فتصح الوصية ويلغو قصده.

قال في المستمسك: (اللهم إلا أن يقال: حمل الأصل على ما يقابل الثلث لا يمنع من صحه الوصية من الأصل، لأن ثلثيها وإن كانا من ثلثي الورثة لكن

نعم لو كانت فى واجب نفذت

لما لم يكن وصيه من الميت بالثلث، فثلثه فَرَضَى _ يعنى على تقدير الوصيه به _ وكذلك الثلثان أيضاً فرضيان بالمعنى المذكور، ولا دليل على بطلان الوصيه من ثلثى الورثه إذا كانا فرضيين لا غير، فما دام الميت لم يوص بالثلث تصح وصيته من ثلثى الورثه حينئذ إذا لم تزد على الثلث ويتم ما ذكره فى الجواهر) انتهى.

ولهذا أشكل جماعه من المعلقين على بطلان الوصيه فى ثلثيها أو فى كلها.

ومنه يعلم حال ما إذا قصد بالوصيه أن يكون المال من حصه أحد الورثه مثلاً، حيث تبطل إن قلنا بمقاله المصنف، وتصح إن قلنا بمقاله الجواهر.

{نعم لو كانت فى واجب نفذت} لأن الوصيه تنفذ إذا كانت فى الواجب المالى ونحوه وإن استوعبت جميع التركه، قال سبحانه: (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ) (١١)، بل لو لم يوص أيضاً وجب الإخراج من الأصل قبل الإرث، فإن لم يبق شىء فلا إرث بلا إشكال ولا خلاف.

قال فى محكى الكفايه: الوصيه بالواجب المالى من أصل المال عند الأصحاب، وكذا إذا لم يوص أخرج من أصل المال عندهم، سواء كان مالياً محضاً كالزكاه والكفارات ونذر المال، أو مالياً مشوباً بالبدن كالحج.

وعن التذكره إن كان

ص: ١٥٥

واجباً كالوصيه بقضاء الدين أو الحج الواجب أو الزكاه الواجبه وشبهها نفذ من الأصل إجماعاً.

إلى غيرهما من عباراتهم.

ويدل عليه متواتر الروايات، مثل ما رواه معاوية بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في رجل مات وترك ثلاثمائة درهم، وعليه من الزكاه سبعمائه درهم وأوصى أن يحج عنه، قال: «يحج عنه من أقرب المواضع ويجعل ما بقى في الزكاه»^(١).

وعن سماعه قال: سألته عن رجل أوصى عند موته أن يحج عنه، فقال (عليه السلام): «إن كان قد حج فليؤخذ من ثلثه، وإن لم يكن حج فممن صلب ماله لا يجوز غيره»^(٢).

وعن صهيب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاه حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاه، ثم أوصى أن يخرج ذلك فيدفع إلى من يجب له، قال: فقال: «جائر يخرج ذلك من جميع المال، إنما هو بمنزله الدين لو كان عليه، ليس للورثه شيء حتى يؤدي ما أوصى به من الزكاه»، قيل له: فإن كان أوصى بحجه الإسلام، قال: «جائر يحج عنه من جميع المال»^(٣).

إلى غيرها من الروايات، وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك في مسأله إن شاء الله تعالى.

ص: ١٥٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٧ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ١، التهذيب: ج ٢ ص ٣٨١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٦ الباب ٤١ من أبواب الوصايا ح ٢، التهذيب: ج ١ ص ٣٩٦

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ١، الكافي: ج ٤ ص ٢١

لأنه يخرج من الأصل إلاّ مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

{لأنه يخرج من الأصل إلاّ مع تصريحه بإخراجه من الثلث} لأن الثلث بيده حسب إطلاق النص والفتوى، إن شاء جعله في الواجب، وإن شاء جعله في غيره.

ص: ١٥٧

(مسألة ٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة، فهل الأصل النفوذ إلاّ- إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلاّ إذا ثبت كونها بالواجب، وجهان، ربما يقال بالأول، ويحمل عليه ما دل من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جائز،

(مسألة ٣): {إذا أوصى بالأزيد} من الثلث {أو بتمام تركته ولم يعلم كونها فى واجب} مالى ونحوه {حتى تنفذ، أو لا-} بل تبرعى {حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة، فهل الأصل} الأعم من الدليل الاجتهادى والأصل العملى {النفوذ إلاّ إذا ثبت عدم كونها بالواجب} فلا تنفذ.

{أو} الأصل {عدمه} عدم النفوذ {إلا إذا ثبت كونها بالواجب، وجهان} وربما احتتمل التفصيل بأنه إذا كانت الوصية تضييعاً لحق الورثة نفذت، حملاً لفعل المسلم على الصحيح، وإن لم تكن تضييعاً لم تنفذ، مثلاً إذا كان له وارث مجنون لا يقدر على الإجازة والرفض، فإنه إن أوصى بالكل ولم يكن محل الإجازة كانت الوصية تضييعاً لحقه إن لم تكن بالواجب، فحمل فعل الموصى على الصحيح يوجب الخروج من الأصل، وذلك بخلاف ما إذا كانت الورثة أهلاً للإجازة، حيث يحتمل أنه أوصى بالكل لاحتماله إجازتهم، فتأمل.

{ربما يقال بالأول} لأصل الصحة واللزوم فى العقود، {ويحمل عليه ما دل من الأخبار على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جائز} حيث إنها دائره بين الطرح وبين الحمل على بعض المحامل البعيده، كما تقدم حين نقلها عند فتوى الصدوق بذلك، وبين الحمل على ما إذا أوصى ولم يعلم هل عليه واجب أم لا.

وأنه أحق بماله ما دام فيه الروح، لكن الأظهر الثاني، لأن مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك، والخارج منه كونها بالواجب وهو غير معلوم

{و} مثلها ما ورد من {أنه أحق بماله ما دام فيه الروح} لكن هذا الحمل بعيد أيضاً، بل بعده عن الروايات الثانية أكثر، لظهورها في أن له حق الوصية لوجود الروح فيه وهو ماله اكتسبه مثلاً.

{لكن الأظهر الثاني} وقد سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم {لأنه مقتضى ما دل على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك} فإن في المقام طائفتين من الروايات:

الأولى: ما دل على أن الوصية بأكثر من الثلث غير نافذة إلا بإجازه الورثة.

وليس قصد المصنف هذه الطائفة حتى يقال بأن ذلك من التمسك بالعام في الشبهة المصداقيه، كما اعترض عليه بعض المعلقين.

الثاني: ما دل على رد وصايا خارجيه مما يظهر منها أن الأصل عدم القبول، وذلك مثل جمله من الروايات التي ذكرناها في دليل قول المشهور برد الإمام (عليه السلام) للزائد على علمه، بأنها وصيه تبرعيه خلاف الموازين الفقهييه لا يصار إلى مثله _ من حمل قولهم أو فعلهم أو تقريرهم على أن ذلك حسب علمهم الخارجى _ إلا إذا لم يوجد بد من ذلك، كما قرر في موضعه.

{والخارج منه كونها بالواجب} المالى ونحوه {وهو غير معلوم}، ومنه يعلم أن قول المستمسك: (لكن الأصل الصحه فيكون بحكم المعلوم) غير ظاهر الوجه،

نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل

وهل يقول المستمسك بأنه إذا أوصى بعدم إعطاء ولده فلان من الإرث ينفذ، لاحتمال أنه نذر كل ماله لبقية أولاده وهكذا، وإذا قدم إليه وصيه بصرف نصف ماله في إعطاء الساده والفقراء ينفذ، لاحتمال أنه نذر أو ما أشبهه.

ثم ليس الحكم المذكور خاصاً بالوصيه، بل قد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن اللازم إجراء الحكم الأولي إلا إذا ثبت بالدليل كون المورد من الحكم الثانوي، كما إذا كان يفطر في شهر رمضان أو يشرب الخمر أو يبيع الوقف أو ما أشبهه، واحتمل صحه فعله لمرض أو مجوز لبيع الوقف لم يكتف بذلك، بل اللازم النهي حتى يظهر المجوز، فراجع الفقه كتاب الصوم والوقف وغيرهما.

ولذا سكت على المتن كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، أمثال الساده الوالد وابن العم والبروجردى والجمال والأصفهاني والشيخ العراقي وغيرهم.

{نعم إذا أقر بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل} وذلك لأنه مما لا يعرف إلا من قبله، ولما دل على نفوذ إقرار الإنسان بالدين وبالزكاه وبالحج وبغيرها، وأنه يجب العمل به على الورثه، مثل صحيح أبي ولاد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل مريض أقر عند الموت لو ارث بدين له عليه، قال: «يجوز ذلك»، قلت: فإن أوصى لو ارث بشيء، قال: «جائز» (١).

ص: ١٦٠

بل وكذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمساً، أو زكاه، أو نذراً، أو نحو ذلك، وشك في أنها واجبه عليه أو من باب الاحتياط المستحبي، فإنها أيضاً تخرج من الأصل،

{بل وكذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمساً، أو زكاه، أو نذراً، أو نحو ذلك} من الواجبات الماليه {وشك في أنها واجبه عليه، أو من باب الاحتياط المستحبي، فإنها أيضاً تخرج من الأصل}، فعن عباد بن صهيب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل فرط في إخراج زكاته في حياته، فلما حضرته الوفاه حسب جميع ما فرط فيه مما لزمه من الزكاه ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من تجب له، قال (عليه السلام): «جائز يخرج ذلك من جميع المال، إنما هو بمنزله دين لو كان عليه، ليس للورثه شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاه»^(١).

والحاصل إن في المقام ثلاثه أشياء: قاعده إقرار العقلاء^(٢)، وأنه مما لا يعرف إلا من قبله، والروايات، وهي كثيره وبعضها مقيده، كما لا يخفى على من راجع الوسائل بابها في كتاب الوصيه، ولعله يأتي الكلام حولها مفصلاً إن شاء الله تعالى.

أما قول المستمسك: (إن العمل بهذا ليس لقاعده إقرار العقلاء على أنفسهم

ص: ١٤١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٤٠ من الوصايا ح ١، والكافي: ج ٤ ص ٢١

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٢١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥

لأن الظاهر من الخمس والزكاه الواجب منهما، والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

جائز، لكون هذا الإقرار متعلقاً بالورثه، فهو ليس إقراراً على النفس)، إلى آخره.

ففيه: إنه إقرار على النفس، وإلا- فغالب الإقرارات ترتبط بالغير، فإذا أقر الرجل بأنه تزوج زوجته ثانيه كان إقراراً فى حق أولاده أنهم لا- يحق لهم الزواج منها، وفى حق أمها وبناتها أنهما لا يحق لهما التزويج به، وفى حق زوجته الأولى أنها لا تراث إلا نصف الربع أو الثمن، ولو أقر إنسان بأنه رضيع فلان كان إقراراً فى حق ولده أنه لا يتزوجها، وفى حقها أنها محرم مع ولده، ولو أقر إنسان بأنه قتل فلاناً خطأً كان إقراراً فى حق العاقله، ولو أقر إنسان بأنه لاط بفلان كان إقراراً فى حق أمها وبناتها وأختها أنهن حرم من عليه، إلى غير ذلك من الإقرارات، فالإقرار كالبينه يثبت لوازمها، وإن كان لدى التعارض بينهما تقدم البينه على ما ذكرناه فى كتاب الشهادات.

{الآن الظاهر من الخمس والزكاه الواجب منهما} فلا يقال: بإمكان المستحب منهما مثل زكاه مال التجاره والخمس الاحتياطى فى مورد اختلاف العلماء ونظره أو نظر مرجعه الاستحباب لا الوجوب.

{والظاهر من كلامه} {اعطوا)، أما لو قال: (على) فهو نص {اشتغال ذمته بهما}، وقد سكت على المتن الساده البروجردى وابن العم والجمال، وإن قيده الوالد بقوله: (إذا لم يكن الموصى ممن علم مواظبه على أداء الحقوق، وإلا فقد يكون مجملاً أو ظاهراً فى الواجب).

أقول: إذا عدّ ذلك إقراراً شمله إقرار العقلاء (١)، والاحتمال لا ينفع في رد الإقرار، اللهم إلا أن يؤخذ بالروايات المشترطه لعدم الاتهام، كما في الوسائل في الوصيه في الباب السادس عشر (٢) فراجع.

أو يقال: إن إقرار العقلاء لا يشمل مورد الاتهام، فلو كان إنسان كثير الإقرار بالمتناقضات لم يشمله دليل (إقرارهم) لانصرافه عن مثله.

ومثله ما لو كان وسواسياً يحتاط بإعطاء الخمس والزكاه كل سنه مرات، فإنه لا يعتمد على إقراره أنه مديون بأحدهما، بل وكذلك لو اعترف بالدين، وفيه يمكن أن يقال: بقاعده القرعه (٣)، أو قاعده العدل، أو أصاله البراءه من المراجع عند إعواز الدليل الخاص.

ص: ١٤٣

-
- ١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٢١ الباب ٣٠ من المقدمات ح ٥
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٧٧ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ١ و ٢ و ٣
 - ٣- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٧ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٢

(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصي فلا إشكال في نفوذها، ولا يجوز له الرجوع في إجازته، وأما إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان، أقواهما الأول كما هو المشهور

(مسألة ٤): {إذا أجاز الوارث} لما زاد من الثلث فيما لو أوصى الموصي بما زاد من الثلث {بعد وفاه الموصي فلا إشكال في نفوذها} وذلك لأن الحق له فإذا أجاز كان إسقاطاً لحقه.

{ولا- يجوز له الرجوع في إجازته} إذ لا- دليل على أن المسقط يرجع، فإن حاله كالإبراء، حيث لا يتمكن المبرئ من الرجوع، وهذه قاعده عقلائية لم يردع عنها الشارع، بل في الجواهر ادعى الإجماع بقسميه والنصوص على أن الإجازة توجب النفوذ للوصيه.

ومراده بالنصوص ما تقدم من صحيح أحمد بن محمد وغيره، كما أن في المستمسك قال: (الظاهر أن عدم جواز الرجوع مما لا إشكال فيه، ويقتضيه الأصل لأنها بالإجازة نفذت، فبطلانها بالرجوع يحتاج إلى دليل) انتهى.

هذا بالإضافة إلى عموم الأدلة الدالة على وجوب إمضاء الوصيه وكون الإرث بعدها، والخارج من ذلك ما إذا لم يمض الوارث أما إذا أمضى فالمرجع فيه عموم العام.

ومما تقدم ظهر أن المراد بلا يجوز عدم النفوذ، أما لو رجع عن إجازته حال حياة الموصي، فالظاهر سقوط الوصيه، كما إذا رجع من قبوله للوصيه، إذ لا دليل على اللزوم، والمناط في الرجوع عن قبول الوصيه موجود في المقام.

{وأما إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها} حتى لا يتمكن من الرد بعد الوفاة {وعدمه} فيتمكن من الرد بعد الوفاة {قولان، أقواهما الأول، كما هو المشهور}

وقد حكى الشهره فيه الجواهر والحدائق وغيرهما، وعن الشيخ الإجماع عليه.

خلافاً لما عن المقنعه والمراسم والسرائر والوسيله والجامع والإيضاح وشرح الإرشاد من عدم نفوذها حال الحياه، فلو أجازوا حال الحياه كان لهم الرجوع بعد موت الموصى.

{للأخبار} كصحيح محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل أوصى بوصيته وورثته شهود فأجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصيه هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به، فقال (عليه السلام): «ليس لهم ذلك والوصيه جائزه عليهم إذا أقرؤا بها في حياته» (١).

وصحيح منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بوصيه أكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له، قال: «جائز» (٢).

قال ابن رباط _ الراوى عن منصور بن حازم _: وهذا عندى على أنهم رضوا بذلك في حياته وأقرؤا به (٣).

أقول: وهذا هو الظاهر من قوله: (وورثته شهود).

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: إذا أوصى

ص: ١٤٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧١ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ١، الفقيه: ج ٢ ص ٢٧٤، الفروع: ج ٢ ص ٢٣٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٢، التهذيب: ج ٢ ص ٣٨٧

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٢

الرجل يعنى بما تجاوز الثلث فأجاز له الورثه ذلك في حياته، ثم بدا لهم بعد الموت، قال: «ليس لهم أن يرجعوا»(١).

قال في الجواهر: (كما هو مؤيد بعموم الأدله الداله على وجوب إمضاء الوصيه وكون الأثر بعدها _ مثل قوله سبحانه: (من بعد وصيه يوصى بها أو دين) _ خرج منها ما إذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقي، وبأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنما هو لحق الورثه وهو متحقق في حال الحياه، فإذا أجازوا فقد سقط حقهم، وبأن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى والورثه، لأنه إن برئ كان المال له، وإن مات كان للورثه، فإن كان للموصى فقد أوصى به، وإن كان للورثه فقد أجازوه، ولأن التعليق الذى فى الوصيه ليس للإنشاء فيها كى لا يقبل القبول والإجازه، بل هو لحصول الأثر فيها، وإلا فالإنشاء حاصل الآن فعلاً نحو الأوامر المعلقه والنذور كذلك، فإن المعنى الإنشائى فيها حاصل عند حصولها، ولذا لم يحتج المأمور بأمر معلق على شىء عند حصول المعلق عليه ولم يجز إتلاف المنذور قبل حصول المعلق عليه، وكذلك مانحن فيه)، إلى آخر كلامه.

وقد أخذ بعضه عن المختلف وغيره، وحيث جعل تلك مؤيدات لا مجال لرد المستمسك لها، فإن المؤيد غالباً يقرب من جهه ويبعد من جهه، وإلا كان دليلاً، فقوله: إنها لا تصلح للتأييد، غير ظاهر الوجه.

ص: ١٦٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٠ الباب ١٢ من أبواب الوصايا ح ٢

المؤيده باحتمال كونه ذا حق في الثلثين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه، كما لا يبعد استفادته من الأخبار الداله على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث

{المؤيده باحتمال كونه ذا حق في الثلثين} حتى حال حياه الموصى {فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه} وبعد الإسقاط لا حق في الاسترجاع، إذ لا دليل عليه، بل الأصل ينفيه {كما لا يبعد استفادته} أي استفاده كونه ذا حق في الثلثين {من الأخبار الداله على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث} وهذا الاحتمال وإن سكت عليه غير واحد من المعلقين، كالساده الأصفهاني والوالد وابن العم والبروجردى والجمال والشيخ العراقي وغيرهم، إلا أنه مشكل كما يأتي منه (قدس سره)، وقد رده المستمسك بأن المستفاد من الأخبار أنه ليس للميت التصرف في الزائد بعد الموت، ولا دلاله فيها على حق للوارث.

قال عمار الساباطي: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «الميت أحق بماله ما دام فيه الروح، فإن قال: بعدى، فليس له إلا الثلث»^(١).

أما القول الآخر الذي تقدم عن جماعه، فقد استدلل له بما عن السرائر، من أنها إجازته في غير ما يستحقونه بعد فلا يلزمهم ذلك بحال، وربما أيد بما إذا باع الفضولي ملك المورث فأجازته الوارث في حال حياه المورث، فإنه لا أثر لإجازته.

ص: ١٦٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١٢، التهذيب: ج ٢ ص ٣٨٦، الفقيه: ج ٣ ص ٢٦٨

ولا يخفى ما فيهما، إذ هما وجهان اعتباريان لا يقاومان النص، لكن اللازم في الإجازة التي لا يردّها الرد بعد الموت أن تكون مستمره إلى وقت الموت، فلو أجاز الوارث ثم رد في حال حياة الموصى صح الرد، لأنه مقتضى القاعدة بعد عدم شمول النصوص المذكورة لهذا الفرض، فإن الرواية الأولى صريحة في المطلب، والثانية وإن شملت صورتى البقاء والرد بالإطلاق إلا أن المنصرف منها صورته بقائهم على إجازتهم، بل هو الظاهر من تفسير الراوى، كما أنه صريح روايه الدعائم أيضاً.

ومنه يعلم أحكام كل صور المسأله:

١: الرد ثم الإجازة في حال الحياة، فتنفذ إذا كان الموصى باقياً على وصيته.

٢: عكسها، والوصيه تسقط وإن أجازوا بعد الموت، وذلك لأن الرد نقض الوصيه، ولا دليل على كفايه الإجازة بعد ذلك، اللهم إلا إذا بقى الموصى على وصيته، حيث إن الإجازة اللاحقه على الموت ترتبط بالوصيه كما سبق، فتكفى في لزوم الوصيه على الورثه، وإن ندموا بعد الإجازة وأرادوا الرد فيكون حال ذلك حال ما إذا أوصى ولم يردوا في حال الحياة ولم يجيزوا ثم أجازوا بعد الموت، حيث لا حق لهم في الرد بعد ذلك.

٣: الإجازة ثم الرد بعد الموت، ولا فائده في الرد كما عرفت.

٤: الرد ثم الإجازة بعد الموت، ولا تلزم الإجازة، لأن الرد أسقط الوصيه،

ولذا يكون الزائد على الثلث لهم، فيه الخمس والذكاه والاستطاعه وغيرها، نعم لهم أن يفعلوا طبق الوصيه تبرعاً منهم لا لزوماً عليهم.

{هذا والإجازة من الوارث} في حال الحياه إنما تصح إذا بقي على كونه وارثاً، لأنه المنصرف من النص، أما إذا خرج كليه أو في الجملة لم تنفع إجازته كليه في الأول، وفي الجملة في الثاني.

مثلاً أجاز الوصيه ثم ارتد أو قتل المورث ظلماً، فإنه يخرج بذلك عن كونه وارثاً، وإنما يرثه غيره ويكون الاعتبار بإجازة ذلك الغير، فإن كان أجاز في حال الحياه _ وإن كان يعلم أنه ليس بوارث أو يشك حين أن أجاز لأنه زعم أن الطبقة المتقدمه وارث _ لزمته وإلا توقفت على إجازته بعد الموت.

ومثال في الجملة: ما لو كان له ابن واحد فأجاز ثم ولد له ابن ثان، فإن إجازته تنفع في نصف الزائد، ونصفه الآخر يحتاج إلى إجازة الولد الثاني، اللهم إلا إذا كانت إجازة الولد الأول في كل نصيبه مثلاً، فلا حاجه إلى إجازة الولد الثاني، مثلاً كان للميت ثلاثه دنانير فوصى بدينارين مما يبقى للولد الأول دينار، فلما حصل على ولد آخر ملك ذلك الدينار فلا يبقى للولد الأول شيء، فإن كانت إجازته تشمل ذلك أو أجاز صريحاً بعد أن حصل الولد الثاني نفذت الوصيه في الدينار الزائد، وإلا نفذت في نصفها، كما أنه لو كانت إجازة الولد الأول خاصه بما إذا بقي له دينار لم تنفذ الوصيه في الزائد إطلاقاً، لأن ولاده الولد الثاني كشفت عن عدم إجازة الولد الأول أصلاً، وإنما زعم أنه أجاز بما لا حقيقه له، والله سبحانه العالم.

تنفيذ لعمل الموصى وليست ابتداء عطيه من الوارث

ثم إن الإجازة من الوارث {تنفيذ لعمل الموصى وليست ابتداء عطيه من الوارث} سواء كانت الإجازة قبل الوفاة كما يشمله إطلاق عبارته القواعد، أو بعد الوفاة كما صرح به الشرائع، وكأنه إنما اقتصر على بعد الوفاة، لأنه كان الانتقال من الموصى إلى الموصى له إذا أجاز الوارث حال الحياه أظهر.

وكيف كان، فقد قال الشرائع: وإذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصى، وليس بابتداء هبه.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده بيننا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.

أقول: والاحتمال الآخر منسوب إلى بعض العامة كما في المسالك، قال: (وإنما يذكر الأخير وجهاً أو احتمالاً، وإنما هو قول العامة، وأن المرجح عند الأصحاب ما اخترناه).

وكيف كان، إنما ذهب الأصحاب إلى ما اختاروه لأن المال ملك للموصى وقد فوضه بعد موته إلى الموصى له، والوارث ليس له شأن إلا الإجازة، فهي تفيد قبول الوصية، سواء أجاز قبل الوفاة أو بعدها ولو بمده، لأن الإجازة قبول عمل الموصى بالانتقال فوراً بمجرد الموت، ولذا لم يكن الفاصل بين الموت وبين الإجازة _ لو تأخرت الإجازة عن الموت _ موجباً لكون المال للوارث، حتى يترتب عليه أثره من الخمس والزكاة والاستطاعه وكون النماء له، إلى غير ذلك، سواء قلنا في الإجازة في الفضولي بالكشف أو النقل، لأن ظاهر الروايات كصريح الفتاوى تلقي الموصى له الملك من الوصى مباشرة.

فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له، بل ولا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصى من الأول.

وبذلك يظهر، أنه لا وجه لما ذكره العامه دليلاً على مختارهم من أن الزائد على الثلث ملك للورثه، فإذا أجاز الوارث انتقل من حين الإجازة إلى الموصى.

إذ يرد عليه: إن الانتقال إلى الورثه لا يكون إلا بعد عدم صحه الوصيه، قال سبحانه: (من بعد وصيته يوصى بها أو دين)، فإذا صحت الوصيه بالإجازة لم يكن انتقال إلى الورثه أصلاً، فالمال قد انتقل من الموصى إلى الموصى له رأساً، ولا فاصل بين الأمرين حتى يكون ملكاً حقيقه أو حكماً للوارث.

{فلا- ينتقل الزائد} من الثلث {إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له} لأنه خلاف الأدله كما عرفت، {بل ولا بتقدير ملكه} أى ملك الوارث، أو مثل تلقى الحفيد عن جده الإرث بتقدير ملك أبيه الميت عن الجد، ولذا يقسم فرض الآباء على أولادهم، أى الحفيد.

{بل ينتقل إليه من الموصى من الأول} كما ذكروا فى تلقى البطن اللاحق الوقف من الواقف رأساً لا بواسطة البطن السابق.

ومما تقدم يعلم عدم الفرق بين كون الوارث الذى سيجىء أهلاً للإجازة حال الموت أم لا، كما إذا كان طفلاً أو مجنوناً حال موت أبيه الذى أوصى بأكثر من الثلث، ثم بلغ وعقل وأجاز، فإنه يكون ملكاً للموصى له حين الموت ويترتب عليه آثاره.

ثم إنه لو بقى الوارث مجنوناً أو سفيهاً أو ما أشبه مما لا يكمل، فالظاهر أن لوليه الحق فى الإجازة والرفض إذا لم يكن أحدهما مفسده، إذ قد تحقق فى محله كفايه عدم المفسده، أما من يرى لزوم المصلحه كان اللازم تقييد عمل الولى بأحدهما بالمصلحه.

نعم لا ينبغى الإشكال فى عدم صحه الإجازة من الصبى والمجنون، لا قبل موت الموصى ولا بعد موته.

ولو مات الوارث بدون إجازة أو رفض فالظاهر أن الإجازة والرفض يتوقفان على ورثه الوارث، لو حده الدليل إطلاقاً أو مناصباً.

ولا فرق بين أن يجيز الوارث كل الزائد أو بعضه، كما لا فرق بين أن يجيز كلهم أو بعضهم للإطلاق، فيصح فى ما أجاز ويبطل فى غيره.

ومقتضى القاعدة صحه الإجازة من المفلس حال حياه الموصى، لأنه ليس تصرفاً فى ماله، ولذا قال فى الجواهر: (وتصح من المفلس حال حياه الموصى) انتهى.

ولكن ربما احتمل عدم الصحه، لأنه تصرف مالى بالآخره، فيشملة دليل الحجر، خصوصاً إذا كانت الإجازة قرب موت الموصى، حيث إن بعد ساعه يموت مثلاً، وينتقل إليه مال كثير يمكن به قضاء كل ديونه.

والمسأله بعد بحاجه إلى التأمل، خصوصاً وقد قال فى الروضه: (فى صحتها بعد موته وجهان).

أقول: إذا قلنا بعدم الصحه، فى حال الحياه أيضاً كان كذلك، لو حده الملاك فيهما، ولو شك فى تأثير الإجازة كان الأصل العدم، فالمرجع إطلاق دليل الإرث، ولو كفر الموصى بعد الوصيه لم تنفع الإجازة، لأن المال خرج

عن ملكه بالارتداد، ولو كفر الوارث قبل الإجازة سقطت إجازته لأنه ليس بوارث حتى يكون بيده الإجازة والرفض.

ولو كفر الموصى إليه ولم يصح الانتقال إليه، كما إذا كان الزائد القرآن، لم تصح الإجازة وإنما يكون إرثاً.

ولو لم يصح الانتقال إليه من الأول لكنه صح بعد ذلك، فإن لم يكن فاصل بين الموت وبين صحه الملك لم يكن بالإجازة بأس، كما إذا كان الموصى له كافراً والوصيه بالقرآن الزئد على الثلث، ثم أسلم قبل أن يموت الموصى، أما إذا أسلم بعد موت الموصى لم تصح الوصيه، إذ هي من الوصيه بإعطاء القرآن للكافر، فلا تنفع الإجازة، لأن الشيء لم يبق على ملك الموصى بعد موته، ولا على ملك الوارث لفرض أنه لا يرث، ولا على ملك الكافر، اللهم إلا أن يقال: يبقى على ملك الميت كما في الثلث ونحوه، فإن الملك صرف اعتبار، والعقلاء يعتبرونه والشارع لم يردع عنه، فهو في ملك الموصى إلى أن يجيز الوارث ويسلم الكافر، فتأمل.

قال في الجواهر: (ثم الظاهر عدم الفرق بين الإجازة بعد الوصيه وبين الإذن فيها سابقاً).

أقول: مثلاً قال الوارث: إني أجز كل وصيه وصيت بها، ثم أوصى، لإطلاق الأدله أو مناطها.

قال: (كما لا فرق في ذلك أيضاً بين الوصيه التمليكيه والعهديه كالوصيه بالوقف والعتق ونحوهما).

أقول: وهو كما قال، لأن الدليل يشملها.

ولو قال المجيز: ظننت قله المال

الزائد على الثلث والآن ظهر لى بعد الإجازة كثرته، فهل يقبل لأنه أعرف بنيته، أم لا، وإلا لملك كل مقر ونحوه ذلك، وهو خلاف ما دل على أن المقر مأخوذ بكلامه، مثل إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) ونحوه، وسيأتى تفصيل الكلام فيه فى المسأله الآتیه.

ولو أوصى بداره وكانت بقدر الثلث أو أقل، وبعد موته قال الوارث: كان يظن الموصى أنها تسوى ألفاً بينما تسوى ألفين، ولو كان علم بذلك لم يوص بها كلها بل نصفها، لم يقبل منه إلا إذا أقام البینه.

نعم لو كان الصرف بيد الوارث وعلم بذلك، وأن الوصیه كانت على نحو التقييد لا على نحو الداعى، حق له أن يصرف بقدر ما يعلم لا أزيد من ذلك، وإنما قلنا بنحو التقييد، إذ لو كان بنحو الداعى لم تكن وصیه بالأقل من الدار.

وكذا الحال لو أوصى بالألف فقال وارثه: كان يظن أنه عشر ماله بينما هو خمسه، فاللزام إعطاء نصفه.

ولو قال: أعطوا أحد الدارين، وكانت إحداهما أكثر من الثلث، والأخرى بقدره أو أنقص تعين إعطاء الثانيه، إلا أن يجيز الورثه فيتخيرون، إذ مع عدم إجازتهم للأزيد كان إعطاء الثانيه تطبيقاً للوصیه، فلا وجه لإعطاء أقل من الدار الأولى تطبيقاً للثلث، إذ هو خلاف وصیه الموصى.

وهل تحتاج الإجازة إلى كونها فى محضر الناس، فلو قال الوارث وحده: أجزت، لم يكف، احتمالان، وإن كان الظاهر الكفايه لصدق أنه أجاز.

ص: ١٧٤

نعم لو شك في كفايتها كان الأصل العدم.

ولو لم يجز ولم يرد، فهل يجبره الحاكم على أحدهما، لا يبعد ذلك إذا كان البقاء معلقاً ضرراً على الموصى إليه، وإلا لم يدل دليل على الإيجاب.

ص: ١٧٥

(مسألة ٥): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه وعليهم الحلف على الزائد،

(مسألة ٥): {ذكر بعضهم} وهو الشرائع وغيره {أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً، فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه} من الزائد على الثلث {وعليهم الحلف على الزائد} أنهم ما أجازوا ذلك، إن لم يعلم صدقهم أنهم ظنوه أقل، وإلا لم يحتج إلى الحلف، لأن الحلف طريقى، فمع العلم بذى الطريق لم يحتج إليه.

وواضح أن ذلك إذا كان هناك نزاع بين الموصى له والورثة، أو بين الحاكم الشرعى وهم، أو الوصى وهم، وإلا لم يكن مجال لهذا الكلام، بل يعمل الوارث حسب ظنه، كما أن اللازم أن لا تكون الإجازة بداعى أنه أقل، وإلا فالداعى لا يقيد الإجازة إذا كانت الإجازة مطلقه.

والحاصل: إنه قد يجيز مطلقاً وداعيه أنه أقل، وقد يجيز مقيداً بالأقل، ففي الأول الإجازة تقع على الكل، بخلاف الثانى حيث تقع الإجازة على القدر المظنون.

وكذا الحال فيما إذا كانت الإجازة مقيدة أو مطلقه بالنسبه إلى شىء آخر، مثلاً كان يظن أن له مال، فإذا أجاز الزائد لا يضره، ثم تبين أن لا مال له، فإنه إذا كان ظنه داعياً صحت الإجازة، أما إذا كان ظنه مقيداً للإجازة لم تصح الإجازة، لأن المقيد عدم عند عدم قيده. أما لو جعل ذلك شرطاً بأن قال: أجزى بشرط أن يكون الزائد مائة مثلاً، أو بشرط أن يكون لى مالى، سواء ذكر الشرط لفظاً أو قصده حين الإجازة فلم تكن الإجازة مطلقه، فله أن يأخذ بشرطه ويفسخ الإجازة، وأن يسقط شرطه

فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم، فبان أنه ألف دينار قضى عليهم بصحة الإجازة في خمسمائه درهم، وأحلفوا على نفى ظن الزائد، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثالث البقية،

ويبقى على إجازته، فإن الإجازة حيث تجعل العقد (عقدكم) يصح تقييدها، كما يصح تقييد نفس العقد بالإجازة.

فالمظنون قد يكون مصباً، وقد يكون قيداً، وقد يكون شرطاً، وفي الأولين تبطل الإجازة، وفي الثالث يتخير بين إسقاط الشرط وعدمه.

وكيف كان، فقد قال الشرائع: (لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثم قالوا ظننا أنه قليل قضى عليهم بما ظنوه وأحلفوا على الزائد، وفيه تردد، وأما لو أوصى بعبد أو بدار فأجازوا الوصيه ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت إلى دعواهم، لأن الإجازة هنا تضمنت معلوماً).

أقول: قال في الجواهر بالنسبة إلى الشق الأول: (وهذا الحكم وإن ذكره غير واحد من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً، وإن قال المصنف هنا فيه تردد) إلى آخره.

{فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم، فبان أنه ألف دينار، قضى عليهم بصحة الإجازة في خمسمائه درهم، وأحلفوا على نفى ظن الزائد، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثالث البقية}.

أقول: قد ذكر ذلك المسالك والجواهر وغيرهما، وأشكل عليهم المستمسك

وذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد، وأصالة عدم علمهم بالزائد

بقوله: (ولعل الأولى في التعبير أن يقال: إنه يعطى ثلث الألف دينار بالوصيه وثلث الألف درهم بالإجازة، لأنهم لما ظنوا أن التركة ألف درهم فأجازوا الوصيه بنصفها، فقد ظنوا أن الزائد المجاز سدس الألف درهم، فتصح الإجازة فيه لا غير) انتهى.

أقول: قد تكون الإجازة على تقدير أن المال ألف درهم فقط، فلا إجازة في الزائد على الثلث لو كان ألف دينار، وعليه فاللزام إعطاء ثلث ألف دينار بلا شيء زائد، لأن الورثة لم يجيزوا شيئاً، حيث كانت الإجازة مقيدة.

وقد تكون الإجازة للتفاوت بين الثلث والنصف، أي السدس، من غير نظر إلى كونه ألف درهم أو غيره، وحينئذ الواجب عليهم إعطاء خمسمائة دينار، لأن ثلث الألف حق الميت وسدسه صار حقه بالإجازة.

وقد تكون الإجازة للتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه، أي سدسه، وحينئذ يلزم عليهم إعطاء ثلث ألف دينار وبقدر سدس ألف درهم.

وبذلك يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات، كما يظهر وجه النظر في سكوت غير واحد من المعلقين على المتن، وكان لذا قال الوالد: (شقوق هذه المسألة لا تخلو من منع أو نظر). والسيد الاصفهاني (رحمه الله) نظر إلى ما ذكر أخيراً فقال: (وإن شئت قلت: يعطى ثلث ألف دينار والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه).

{وذلك} إنما يقبل قول الوارث بيمينه {لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد، وأصالة عدم علمهم بالزائد}، وإليهما اشار في المسالك قائلاً: (ووجه قبول قولهم استناده

بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة كدار أو عبد فأجازوا، ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير، فإنه لا يسمع منهم ذلك، لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم وهو الدار أو العبد

إلى أصاله عدم العلم بالزائد، مضافاً إلى أن المال مما يخفى غالباً إلخ، حيث إن قوله: (إن المال) إن لم يرد به الأصل الأول لم يصح أن يعبر عنه بـ (مضافاً) كما لا يخفى، ثم قال: (ولأن دعواهم يمكن أن تكون صادقه، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم، فلو لم يكشف فيه باليمين لزم الضرر لتعذر إقامه البينه على دعواهم) انتهى.

ويمكن أن يرجع هذا إلى دليل: (ما لا يعرف إلا من قبله) فيشملة قوله (عليه السلام): «لصاحب الحق مقالاً». وإلى دليل: «لا ضرر».

وكيف كان، فإن في مجموع المذكورات كفايه، وإن كان في الاستناد إلى بعضها نظر، مثلاً أصاله عدم علمهم بالزائد لا ينفع، إذ يكفي في إجازة النصف كائناً ما كان احتمال الزيادة، كما أشار إليه السيد البروجردى، فمقتضى القاعده أن الدعوى مسموعه والحلف مقبوله.

{بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة كدار أو عبد} أو صره من الدراهم والدنانير {فأجازوا، ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير} أى بأكثر مما ظنوا، وإن كانت الزيادة قليلة أيضاً، كما أنهم ظنوا أنه أكثر من الثلث بدرهم فبان أزيد بدرهمين، فإن دليل المنع يأتي في هذا أيضاً.

{فإنه لا يسمع منهم ذلك، لأن إجازتهم تعلقت بمعلوم} خارجي {وهو الدار أو العبد}، وتوضيح الفرق بين هذه المسأله والسابقه بما ذكره المسالك بأن في هذه

المسأله موضوع الإجازة الدار مثلاً، وهى معلومه، وفى المسأله السابقه موضوعها الجزء المشاع والعلم بمقداره يتوقف على معرفه مقدار مجموع التركه، والأصل عدمه.

ثم إنه ربما قيل مثل ذلك فى الفرق بين المسألتين فيما إذا أوصى الموصى زاعماً قله ما أوصى به، ثم ظهرت كثرته، حيث إنه إذا كان على وجه التقييد _ على ما ذكرناه سابقاً _ تبطل الوصيه بالنسبه إلى الزائد فيما علم الوصى قصده، إذ لا وصيه بالقدر الزائد حقيقه، بخلاف ما إذا أوصى بعين معينه كالدار فإن الوصيه نافذه وإن زعم أنها تسوى بأقل من ما ظنه، وإنما كان الأمر كذلك لو حده الدليل بين فرضى المصنف وهذين الفرضين.

ومن الواضح أنه لا حاجه إلى علم الموصى بقدر ما أوصى، فلا مانع من نفوذها فى المسأله الثانيه، إذ لم يشترط أحد لزوم علمه، وإن كانت الوصيه عقداً، كما لا يشترط علم الموصى له، وإن كان قبوله جزءاً من العقد، لإطلاق أدله الوصيه فيهما، فلو كانت للموصى صره لا يعلم كم مقدار ما فيها جازت وصيته بها، كما صح قبول الموصى له لها بعد موته وإن لم يعلم قدرها.

قال فى المستمسك: (ونحوه ما إذا أوصى بثلثه وعشره فأجازوا، ثم ادعوا ظن كثره المال فتيين قلته، لكون العشره التى هى موضوع الإجازة معلومه).

أقول: وكذا كل مورد كان كذلك، كما إذا أوصى بمعلوم لديه مجهول لديهم، أو مجهول لديهما، أما إذا كان مجهولاً لديه معلوماً لديهم فالحكم يترتب

ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول، ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول، وهذا هو الأقوى أخذاً بظاهر كلامهم في الإجازة، كما في سائر المقامات

على ما ذكرناه في (ربما قيل).

{ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول} للدعوى، وفائده ادعاء الورثة الجهل.

قال في الجواهر: (لكن مال في الدروس إلى التسوية بينهما في القبول، وجعله في محكى التحرير وجهاً، وفي القواعد احتمالاً) (١).

أقول: وقال في المسالك: (لعله الأوجه، وذلك لأن العلم بالموصى به المعلوم لديهم لا يلازم علمهم بقدر قيمته، ولذا لم يكونوا أجازوا هذا المقدار، وكأنه من باب تقييد الإجازة بما قيمته مثلاً- ألف، بينما ظهر أنها ألفان، فهو من قبيل اختلاف الوصف والإشارة).

أقول: يصح عدم نفوذ الوصية إذا كان الموصى جاهلاً، كما تقدم في (ربما قيل) لأن الموصى لم يوص كما قرر، وإن لم نقل بالتساوي في قبول دعوى الوارث المجيز.

{ومنهم} كما يظهر من الجواهر {من سوى بينهما في عدم القبول} لدعوى الوارث، وهذا هو الذى قرره كثير من المعلقين، كالساده الوالد وابن العم والجمال وغيرهم، وإن أشكل عليه السيد البروجردى وبعض آخر.

{وهذا هو الأقوى أخذاً بظاهر كلامهم في الإجازة، كما في سائر المقامات} إذ يؤخذ بظاهر الكلام في العقود والإيقاعات إلا إذا ثبت الخلاف.

ص: ١٨١

كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع منه، بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم

{كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا} مثلاً قال: كل ما في هذه الصرة لزيد، ثم قال: ظننت أن فيها مائه، بينما كان فيها مائه وعشرون، أو قال: هذه الدار لزيد، ثم قال: ظننت أني وهبتها له، بينما الذي وهبته له دار أخرى.

{أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظن كذا، فإنه لا يسمع منه} الادعاء المذكور.

لكن الأقرب السماع في كلتا المسألتين، لا لأن الأصل عدم الإجازة، لأن الأصل بمجرد لا يقف أمام ظاهر الكلام، بل لما تقدم من أنه لا يعرف إلا من قبله، فإذا لم تسمع الدعوى لزم الضرر الكثير.

وقد قال جمع من الفقهاء، كالشيخ وغيره بسماع الدعوى ضد ورقة الإنسان نفسه، فإذا أرى المنكر ورقة من المدعى كتب فيها أن المدعى تسلّم المال وادعى أنه كتب الورقة للتسلم بعد ذلك، تقبل دعواه وعمل فيها بميزان المدعى والمنكر.

{بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم} وذلك لأن الظن من قبيل الداعي، ومع تخلف الداعي لا يبطل الإنشاء، فإذا كان داعيه إلى اشتراؤه الطعام زعمه أن له ضيوفاً ثم تبين عدم بقائهم لم يبطل اشتراؤه، وذلك لتاميه أركان العقد، فيصدق (عقودكم)، وكذلك في الإيقاع.

نعم إذا كانت الإجازة مقيده كان اللازم القول بالأمور الثلاثة، أي البطلان فيما كان مصباً أو قيداً، لأنه ليس بعقده ولا بإجازته، والصحة مع الاختيار في الإبقاء

إلا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا، فيرجع إلى عدم الإجازة

والفسخ إذا كان شرطاً، ولذا قال: {إلا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا}، وعلى هذا فبالنسبة إلى الواقع يكون المؤثر المصب والقييد والشرط والداعى، فله أن يعامل حسب قصده، وإن لم يسمع منه فى مقام المرافعة، اللهم إلا إذا حلف الطرف الآخر، حيث إن الوارث مدع لدعواه خلافاً للأصل، لما دل على أن الحلف يذهب بالحق، فيما إذا كان النزاع على الأمور المالية، كما ذكرنا تفصيله فى (كتاب القضاء).

وبالنسبة إلى الظاهر إن علمنا صدقه عومل كل حاله حسب ما قررناه من قواعد، فإذا علمنا كون الإجازة على نحو المصب أو القيد نقول بالبطان، وإن علمنا بأنها على نحو الداعى قلنا بالصحة، وإن علمنا كونها على نحو الشرط كان له الفسخ أو الإجازة، وإن شككنا فى أنها كيف كانت كان المحكم أصاله الإطلاق، إلا إذا لم يكن إطلاق حيث إن المحكم حينئذ عدم الإجازة.

قال فى المستمسك: (بناءً على ما ذكرنا يكون مورد الشك فى كون الخصوصيه أخذت بنحو الداعى أو القيد مورداً لأصاله عدم الإجازة لو لم يكن محكوماً بظاهر الإطلاق، فإن إطلاق الخطاب وعدم تقييده يوجب البناء على كون الخصوصيه لوحظت داعياً، فما لم يعلم التقييد يبنى على صحه الوصيه).

{فيرجع إلى عدم الإجازة} أى أن الحكم مع عدم الإجازة، لا أن الأصل عدم الإجازة كى يستشكل عليه المستمسك بأن هذا إذا احتتمل تحقق إجازة أخرى

ومعه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً.

غير الإجازة التي قيدت، وإلا فلا شك كي يرجع إلى الأصل.

{ومعه يشكل السماع فيما ظنوه أيضاً} فإنه إذا علم أن الإجازة مقيدة بكذا لم يكن محل لسماع الدعوى، سواء كان القيد حسب ظنهم أو خلافه.

ص: ١٨٤

(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث حال وفاه الموصى

(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث حال وفاه الموصى، قال في الشرائع: (ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصاية، فلو أوصى بشيء وكان موسراً في حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة لم يكن بإيساره اعتبار، وكذلك لو كان في حال الوصية فقيراً ثم أيسر وقت الوفاة كان الاعتبار بحال يساره) انتهى.

وقال في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع محكى عن الخلاف.

وذلك لأنه المنصرف من إطلاق الدليل، بل الظاهر من الأدلة الجاعلة للثلث حيث كثره اختلاف مال الإنسان بدون إشاره الروايات إلى أن المعيار الثلث حال الوصاية وبدون بيان ما ذا يعمل إذا قل ماله حال الوفاة عن حال الوصاية دليل على أن العبرة حال الوفاة، بل ويؤيده ما سيأتي من كون الديه أيضاً داخله في الثلث.

مثل خبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «من أوصى بثلثه ثم قتل خطأً، فإن ثلث ديته داخل في وصيته» (١).

ومثله غيره (٢).

بل اللازم القول بذلك وإن كان حقاً حال الموت وملكاً بعده، كما ذا نصب شبكه، ثم صادت بعد أن مات، كما في الجواهر، هذا بالإضافة إلى أنه هو مراده من ثلث ماله، فهو مقتضى الوصية والعقود وغيرها تتبع القصد حتى يكون عقدكم ونحوه، ولذا لو علم أن مراد الثلث حال الوصية لم يكن

ص: ١٨٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ٢، التهذيب: ج ٢ ص ٣٩١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٢ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ١، الفقيه: ج ٢ ص ٢٨٥

لا حال الوصيه، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاء،

ثلثه إلا بمقدار الثلث حال الوصيه، فيكون مثل إقراره أن لزيد نصف ماله مثلاً، أو نذره أن لله سبحانه نصف ما يملك، حيث إن الغالب إرادتها النصف حال الإقرار وحال النذر، وبالعكس لو علم إرادتهما وقتاً آخر، كما إذا نذر أن يكون لله نصف ماله إذا جاء ولده، وعلم أنه يريد نصفه وقت مجيء الولد، كان نذره ذلك لا نصف وقت النذر، ومثله إذا قال لزيد: نصف مالي، وأراد في أول السنه الآتية لمضاربه بينهما ونحوها، كان اعترافاً بذلك لا بالنصف وقت الاعتراف، ولو شك في أن المراد وقت النذر أو وقت مجيء الولد أخذ بالأقل منهما، لأنه القدر المتيقن.

نعم لو كان مال بين نفرين أخذ بقاعده العدل، كما إذا أقر بأن نصف ماله لزيد، وشك كان اللازم تنصيف القدر المشكوك فيه زائداً على القدر المتيقن.

{لا- حال الوصيه} وإن حكى عن بعض العامه قول بذلك، ولعله لأنه الشائع في عرفهم، وعليه إذا شاع في العرف ذلك كان كذلك، لأن المنصرف من الكلام هو المفاهم عند العرف.

أو قول المصنف: {بل على حال حصول قبض الوارث للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاء} فاللازم أن يحمل على التوضيح، إذ سواء زاد بين الوفاء وحال أخذ الوارث أو نقص لا- يفرق الثلث، إذ كون الثلث للميت مثل كون الثلث لفلان، فإن كل زياده ونقصه يرد على صاحب الثلث وصاحب الثلثين بالنسبه.

فلو أوصى بحصه مشاعه كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار ثم نقص، كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصى له، ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وإن كانت كثيره جداً،

{فلو أوصى بحصه مشاعه كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار ثم نقص، كان النقص مشتركاً بين الوارث والموصى له} كما أنه إذا تلف كل المال كان الخاسر كلاهما كل بقدره، وهذا يؤكد كون الثلث للميت حال وفاته، كما يؤكد كون الثلثين للوارث.

{ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً}، وبذلك يعرف وجه النظر في كلام كل من جامع المقاصد والمستمسك، حيث قال الأول: (قد بينا أن الثلث يعتبر بعد الموت، إذ قد يتجدد مال للميت بعد الموت كالديه إذا ثبت صلحاً، وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث، وكأن المصنف إنما اعتبر حال الوفاة في مقابل وقت الوصيه لا مطلقاً، فكأنه قال: لا يعتبر وقت الوصيه).

وقال الثانى: (هو فى محله فى المتجدد، وأما فى التلف قبل قبض الوارث فغير ظاهر، لأن النقص يكون من أصل التركة ولا يختص بمال الوارث، فالمدار فى الثلث على حال الوفاة)، إلى آخر كلامه.

إذ قد عرفت أن كلاً من الزيادة والنقيصه تؤكد حقه فى الثلث، فإن الزيادة إنما حدثت لحقه حال الوفاة لا بعد ذلك.

{وإن كانت كثيره جداً} إذ كان ظاهر الوصيه يشملها، لا ما إذا علم بعدم قصده، أو شك فى القصد بعد عدم ظهور عرفى للوصيه فى الإطلاق بما يجعله وصيته.

وقد يقيد بما إذا لم تكن كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدده، والأصل عدم تعلق الوصيه بها، ولكن لا وجه له للزوم العمل بإطلاق الوصيه

{وقد يقيد بما إذا لم تكن} الزيادة {كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدده، والأصل عدم تعلق الوصيه بها}.

قال فى الجواهر: (قال ثانى المحققين والشهيدىن: هذا إنما يتم إذا كانت التركة حين الوصيه أزيد منها حال الوفاء، أما لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاء مع عدم العلم بإرادته الموصى للزيادة المتجدده، لأصله عدم التعلق، وشهادته الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجده متوقفاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً)، فزاد أولهما: (إنه قد تقدم الإشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه وله ابن وابن ابن فمات الابن، فإن استحقاق ابن الابن لا يخلو من تردد)، بل قال: (إنه قد يتوقف فى ديه العمدة من حيث تجدد ثبوتها بعد الموت) انتهى.

{ولكن لا وجه له، للزوم العمل بإطلاق الوصيه} والمراد بالطلاق إطلاق (الثلث) ونحوه، فلا وجه لإشكال المستمسك عليه بأنه لا وجه لدفع كلام جامع المقاصد بالتمسك بالإطلاق، فإن المقام ليس مقام الإطلاق والتقيد لتعين المراد.

ثم إن ما ذكره جامع المقاصد من مسأله الابن وابن الابن، فالكلام فيه: إنه قد يفهم من كلامه أن مراده عنوان الأقرب، وقد يفهم أن مراده ابنه، وقد لا يفهم أيهما، فعلى الأولين يكون الأمر واضحاً، وعلى الثالث لا يعطى الحفيد، إذ لا علم بالوصيه فيكون إرثاً كما هو الحال فى كل أمثال هذه المقامات ومرادنا بأن (مراده)

نعم لو كان هناك قرينه قطعيه على عدم إرادته الزيادة المتجدده صح ما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثره الزيادة وقتتها، ولو أوصى بعين معينه كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل نقص في المال

كذا، نريد بالمراد الأعم من ما له إطلاق أو ارتكاز، إذ الارتكاز أيضاً كاف، كما ذكروا في الوقف إذا تعذر مصرفه في العين حيث يصرف في شبهه، ويؤيده عده روايات في باب الوصيه، بل وغيرها أيضاً.

مثل ما رواه محمد بن الريان، قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله عن إنسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها كيف يصنع في الباقي، فوقع (عليه السلام): «الأبواب الباقية جعلها في البر» (١).

إلى غير ذلك مما يظهر منه اعتبار الشارع للارتكاز.

{نعم لو كان هناك قرينه قطعيه} أي ما يقطع بها في مقام الظاهر، لا القطع الوجداني خاصه، والحاصل قرينه صالحه للتقييد عرفاً {على عدم إرادته الزيادة المتجدده صح ما ذكر} في عدم شمول الوصيه للزيادة المتجدده {لكن عليه} على وجود القرينه {لا فرق بين كثره الزيادة وقتتها} وكأن جامع المقاصد خصص الزيادة الكثيره في عبارته المتقدمه، بعد أن جعل كل زياده كذلك، من جهه أن الكثيره أبعد عن إرادته الموصى.

{ولو أوصى بعين معينه كانت بقدر الثلث أو أقل، ثم حصل نقص في المال

ص: ١٨٩

أو زياده فى قيمه تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاه، بطلت بالنسبه إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث، وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصيه ثم زادت التركه أو نقصت قيمه تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصيه فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدار معين كلى

أو زياده فى قيمه تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاه بطلت بالنسبه إلى الزائد مع عدم إجازة الوارث { لأن العبره بحال الوفاه كما تقدم.

ومنه يعلم أنه لو أوصى بالأقل من الثلث لم تبطل الوصيه، ولو أوصى بالأكثر من الثلث ثم صار بقدر الثلث لم يحتج إلى إجازة الورثه.

وقد علم من ذلك حال الأقسام التسعه: لأن الشىء حال الوصيه إما بقدر الثلث، أو أقل، أو أكثر، وعلى كل حال فى حال الموت إما أن يكون أقل، أو أكثر، أو مساوياً.

وقد عرفت أن مرادهم بحال الوفاه الأعم من ما يكون عيناً أو حقاً ينمو بعد الوفاه، مثل الديه المأخوذه صلحاً، والصيد الحاصل فى الشبكه، وما أشبه ذلك.

{وإن كانت { العين {أزيد من الثلث حال الوصيه ثم زادت التركه أو نقصت قيمه تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصيه فيها} وإن كان الوارث قد رد الوصيه، إذ الرد غير ضائر بعد عدم كون الوصيه وقت اعتبارها لا تزيد على الثلث.

{وكذا الحال { حال الوصيه بالعين المعينه {إذا أوصى بمقدار معين كلى

كمائه دينار مثلاً.

كمائه دينار مثلاً، ومما تقدم ظهر حال ما إذا بقي مراعى، كما إذا كان ما أوصى بقدر ثلثه إذا أخذت ديته، وأكثر إن لم تؤخذ، حيث إن الزائد يبقى معلقاً باختيار الوارث لديه أو العفو أو القصاص.

ثم إنه إذا أوصى بمقدار كلى قابل للتضخم والتنزّل كالذهب مثلاً، فإن كان كل ماله كذلك لم يهّم الأمران، لأن الكل يتنزّل ويصعد، أما إذا كان كل ماله مختلفاً اعتبرت قيمه فى الموصى به.

ومنه يعلم أن الاعتبار ببلد الصرف إن عين بلداً خاصاً، وإن كان بلد آخر تختلف القيم فيه، مثلاً كان الذهب فى العراق ألفاً، بينما فى إيران خمسمائة لوجود التضخم على الضعف فى العراق، أو التنزّل بقدر النصف فى الثانى، وإن لم يعين بلداً خاصاً لزم على الوارث أو الوصى مراعاة الغبته فى الوصيه، لأنه المنصرف من الوصيه، فإذا أوصى بأن يُذهب حرم الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) أو الإمام الرضا (عليه السلام) بمائه مثقال، وهى ثلث فى إيران، بينما نصفه ثلث فى العراق، لزم تذهب حرم الإمام الثامن (عليه السلام).

نعم إذا كانت هناك جهه مرجحه بالنسبه إلى الأول مما يتقدم على الغبته فيما يفهم من الوصيه ولو ارتكازاً مراعاتها قدم الأول، والله سبحانه العالم.

ص: ١٩١

(مسأله ٧): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينه أو بكلى كمائه دينار مثلاً أنه إذا أتلّف من التركه بعد موت الموصى يرد النقص عليها أيضاً بالنسبه كما فى الحصه المشاعه، وإن كان الثلث وافياً، وذلك بدعوى أن الوصيه بهما

(مسأله ٧): {ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينه} كهذه المائه {أو بكلى كمائه دينار مثلاً أنه إذا أتلّف من التركه بعد موت الموصى يرد النقص عليها أيضاً} فسره بقوله: (كما فى..) {بالنسبه} بين الموصى به وبين التركه، {كما فى الحصه المشاعه}، فكما أنه إذا أوصى بالثلث وتلف الخمس من المجموع قسم ذلك الخمس المتلف على الأربعة الباقيه فيذهب من حصه الوارث اثنان ومن حصه الميت واحد، ففيما كان المال ثلاثين وتلف ستة بقى من الثلث ثمانيه ومن ثلثى الوارث ستة عشر، كذلك إذا أوصى بما يعادل الثلث، مثل أن أوصى بكتاب قيمته عشره، أو بعشره دنانير خاصه، أو أوصى بعشره دنانير على نحو الكلى.

{وإن كان الثلث وافياً} بكل ما أوصى، أى ليس النقص على الموصى به، لأجل أن الثلث بعد النقص لا يفى بما أوصى، كما فى مثالنا السابق حيث لا يفى الثلث، فإن الثلث حينئذ ثمانيه من أربعه وعشرين، بينما الموصى به عشره، ومثال ما يفى الثلث كما إذا أوصى بخمسه من الثلاثين فتلف خمسه فإنه يبقى خمس وعشرون، حتى إذا أعطينا خمسه الموصى بها، لم يكن زائداً على الثلث.

{وذلك بدعوى أن الوصيه بهما} أى بالعين المعينه أو الكلى، والمراد بأى

ترجع إلى الوصيه بمقدار ما يساوى قيمتها فيرجع إلى الوصيه بحصه مشاعه، والأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافياً ورجوعهما إلى الحصه المشاعه فى الثلث أو فى التركه لا وجه له

منها، مثل: (فَانظُرْ إِلَى طَعَامِكَ وَشَرَابِكَ لَمْ يَتَسَنَّهْ)، {ترجع إلى الوصيه بمقدار ما يساوى قيمتها فيرجع} بالآخره {إلى الوصيه بحصه مشاعه} فيكون حال مثل هذه الوصيه كحال الوصيه بالمشاع.

وقد أشار المصنف بذلك إلى ما ذكره الجواهر قال: (إنما الإشكال فى أن هذا ونحوه _ يعنى الوصيه بشىء معين أو بمقدار كلى كمائه دينار _ هل يرجع إلى الوصيه بحصه مشاعه من الثلث حتى أن التالف منه ينقص من الموصى به على حسب النسبه، لأنه كالوصيه بربع الثلث مثلاً، أو أنه لا- يرجع إلى ذلك بل هو كلى مضمون فى الثلث، حتى أنه لو لم يبق منه إلا مقدار ما يساوى ذلك نفذت الوصيه، فيه وجهان، منشأهما أن الكلى يملك فى الخارج، لا على وجه الإشاعه على وجه تشمله عمومات الوصيه مثلاً، أو أنه لا يملك إلا على وجه الإشاعه إلا ما خرج بالدليل كبيع الصاع من الصبره، بناءً عليه لخبر الأطنان) انتهى.

{والأقوى عدم ورود النقص عليهما} لإطلاق دليل العمل بالوصيه إذا لم تزد على الثلث، فلا يرد النقص على الموصى به لأنه خلاف ذلك الإطلاق {ما دام الثلث وافياً} كما تقدم فى مثال الوصيه بخمسه من ثلاثين {ورجوعهما} الوصيه بعين معينه أو بالكلى كمائه {إلى الحصه المشاعه فى الثلث، أو فى التركه لا وجه له} لأنه خلاف المفهوم من الوصيه بهما.

خصوصاً فى الوصيه بالعين المعينه.

{خصوصاً فى الوصيه بالعين المعينه} إذ لا وجه للإشاعه بعد التعيين، فإذا كانت له ثلاثه دور، وقال: أعطوا هذه ثلثاً، فذهب بها السيل سواء قبل موته أو بعد موته بطلت الوصيه، كما أنه لو ذهب بالدارين الآخرين بعد موته بقيت الوصيه كامله، وذهب حق الوارث.

وأما إذا ذهب بهما حال حياته كان ثلث الدار الباقيه للوصيه وثلثها حسب إجازة الوارث، لأن بذهاب الدارين صار مال الميت منحصرأ فى دار، ولا تصح الوصيه فى أكثر من ثلثها إلا بالإجازة.

ولو كان ثلاثمائة دينار، وقال: أعطوا مائه، ثم تلف مائه من المال فى حياته كان له ثلث مائتين إلا إذا أجاز الوارث، وإن تلفت المائه بعد وفاته كان التلف من مال الحى، واللازم إعطاء المائه كامله.

وربما يقال: هذه الثلاثمائة الباقيه ثلثها له وثلثها لهم، فلماذا يكون التلف من مال الوارث فقط، ويؤيده أنه لو ذهب كل المال لم يكن له شىء، فكما إذا ذهب الكل كان الذاهب كل ما لكليهما، كذلك إذا ذهب البعض كان الذاهب بعضاً من هذا وبعضاً من ذاك، كما إذا تلف كل مال الشركه أو بعض مال الشركه، ولا وجه لقياس ذلك بما إذا قال: أعطوا هذه الدار، لأن فى الوصيه بها إفراز بخلاف ما إذا لم يفرز، ومثل قوله: أعطوا هذه الدار، قوله: أعطوا هذه المائه الخاصه.

وعليه فلا فرق فى التلف منهما بالنسبه بين أن يقول: أعطوا مائه، أو يقول: أعطوا الثلث، وليس أعطوا مائه مثل أطنان القصب، إذ (أوفوا) يقول:

أعطه مائه ما دامت باقيه إذا اشترى مائه طن من مائتي طن مثلاً، فالعقد عقد على ذلك، فهما يبينان على إعطاء مائه، بقي الباقي أم لا، في قبالة المال، وليس المقام كذلك، إذ حق الميت داخل في الكل، فإذا أصاب بعض الكل عطب أصاب كلاً من الميت والوارث بنسبته، وإن كانت المسألة بعد بحاجه إلى التأمل.

ص: ١٩٥

(مسألة ٨): إذا حصل للموصى مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقه فيها صيد بعد موته، يخرج منه الوصيه كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً،

(مسألة ٨): {إذا حصل للموصى مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكه فوقه فيها صيد بعد موته، يخرج منه الوصيه} أى بقدر الثلث، وإن لم يكن التركة بقدر ثلثه أضعاف ما أوصى، مثلاً أوصى بمائه وكل تركته مائتان وحصل بعد موته ما قيمته مائه، فإن المائة تعطى ثلثاً له بلا حجه إلى إجازة الورثه.

{كما يخرج منه الديون} لأنه مال الميت، وقد نص على ذلك غير واحد كالجواهر وغيره، وذلك لأن الصيد متعلق حقه، حيث إنه نصب الشبكه، والأثر تابع للمؤثر تبعيه النماء لذى النماء، كما فى المستمسك.

{فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث} أو ربع {ذلك المال أيضاً مثلاً}، وإنما قال: (مثلاً) باعتبار أنه لا يلزم الأخذ من عين ذلك، بل يجوز الاحتساب بقدر ثلثه أو ربه من باقى التركة، كما يجوز إعطاء الوصيه من ذلك المال لا من سائر التركة، إذ لا خصوصيه فى أعيان أموال الميت، فإذا أوصى بالعين لزم الإعطاء من العين، وإذا وصى بالأعم جاز من العين وغيره، وإذا أوصى بالقيمه لزم الإعطاء من العين، وإذا وصى بالأعم جاز من العين وغيره، وإذا أوصى بالقيمه لزم الإعطاء من القيمه، لإطلاق دليل نفوذ الوصيه، وثمان تبديل العين إلى القيمه إذا أوصى بالقيمه، أو تبديل القيمه إلى العين، كما إذا وصى بإعطاء ملابس وكانت عنده نقود، والوزان والكيال والحافظ وغيرهم على الثلث، إذ لا- حق للميت فى أكثر من ثلثه، فليس المقام مثل الزكاه حيث اختلفوا فى أن

وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها

تلك الأثمان على الزكاه أو على رب المال.

نعم لو وصى بالأعم لا يحق للوصى التبديل المستلزم للمال، لأنه تنقيص عن الوصيه بدون سبب.

ومما تقدم يعلم أنه لو لم يمكن تنفيذ الوصيه إلا بنقد المال إلى بلد آخر مما يستلزم أجره ونحوها، أو إعطاء الظالم مصادره أو ما أشبه، صرف من نفس الثلث الموصى به، إذ لا حق للميت في أكثر من ثلثه.

{وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت {العين {منه { أى من الثلث {بضم ذلك المال { الذى جاء بها الشبكه ونحوها {نفذت { الوصيه {فيها { أى فى تلك العين، مثلاً كانت له مائتا دينار فأوصى بمائه منها، حيث تزيد على الثلث حال الموت، لكن جاءت الشبكه بالسمك الذى يساوى مائه دينار فإنه حيث ينضم إلى ملك الميت على ما تقدم، تنفذ الوصيه فى المائه، وكذلك إذا أوصى بما يساوى المائه فى المثال.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى كلام المستمسك، قال: (يشكل بأن النصب حال الوفاه يكون للوارث، لأنه غير موصى به، وإذا كان النصب للوارث يكون أثره وهو الصيد له لا- للميت حتى تخرج منه وصيته، نظير ما إذا ترك شاتين قد أوصى بإحدهما بعينها لزيد وكانتا متساويتين فى القيمه، فإنه ترد الوصيه فى سدس الشاه الموصى بها فإذا ولدت الشاه الأخرى لم يكن متداركاً به النقص

وكذا إذا أوصى بكلى كمائه دينار مثلاً، بل لو أوصى ثم قتل حسب ديته من جملة تركته، فيخرج منها الثلث لأنه ملك الوارث لا غير) انتهى.

وفيه: أولاً: إن النصب ليس للوارث، وقد سلم المستمسك قبل ذلك بأن النصب فعل الميت والصيد أثره.

وثانياً: إن المثال غير منطبق على المقام، فإن ولادة الشاه الأخرى للوارث لا للميت، فليس ولد الشاه مثل صيد الشبكه.

{وكذا إذا أوصى بكلى كمائه دينار مثلاً} ولم يكن له حين الموت إلا مائتين وجاءت الشبكه بما قيمته مائه كما تقدم، ومما تقدم يعلم أن إشكال المستمسك في هذا أيضاً غير ظاهر الوجه أيضاً.

{بل لو أوصى ثم قُتل حسب ديته من جملة تركته فيخرج منها الثلث} فإذا أوصى بكل ما يملك ثم قتل بما صار كل ما يملك مع الديه بقدر ثلاثه أثلاث ما أوصى نفذت كل الوصيه، وكذا إذا لم يكن له مال وأوصى وقتل خرج ثلث الديه لما أوصى، وكون الديه مما يكون فيها الثلث مجمع عليه، كما يظهر من عدم مخالف فيه، بالإضافة إلى دعوى الإجماع المستفيضه فيه، ويدل عليه متواتر النصوص:

كصحيح محمد بن قيس، قال: قلت له: رجل أوصى بوصيه من ماله ثلث أو ربع، فيقتل الرجل خطأً يعنى الموصى، فقال: «يجاز لهذه الوصيه من ماله ومن ديته» (١).

ص: ١٩٨

كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً، بل وإن كان عمداً وصالحوا على الديه

وخبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «من وصى بثلثه ثم قتل خطأً، فإن ثلث ديته داخل في وصيته»^(١).

أقول: المراد بثلث الديه المثل، وإلا فإن كانت الوصيه أقل من الثلث كان بذلك القدر داخلاً في الوصيه.

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أوصى لرجل بوصيه مقطوعه غير مسماه من ماله ثلثاً أو ربعاً أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصى فودي، فقضى في وصيته أنها تنفذ من ماله ومن ديته كما أوصى»^(٢).

وعن الجعفریات، بسنده إلى علي (عليه السلام)، أنه قال في رجل أوصى ثم قُتل خطأً، قال: «ثلث ديته داخل في وصيته»^(٣)، إلى غيرها من الروايات.

{كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً} الشامل لشبه العمد في المقام {بل وإن كان عمداً وصالحوا على الديه} أو أعطوا ديه كامله، لأن الوارث له الحق في الثلاثه، العفو والقصاص والديه كامله أو صلحاً، وهل يصح له العفو أو الصلح والميت مديون والصلح لا يكفي بدينه، احتمالان، من أنه حق غيره، أي الميت

ص: ١٩٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٤ من أبواب الوصايا ح ٣

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٢

حين كان مديوناً، ومن إطلاق أدله الأمرين كإطلاق أدله العفو، الاحتياط في الأول خصوصاً إذا لم يكن بيت مال يدفع دين الميت، أو كان ولكن كان الدين مما لا يدفع منه، كما إذا صرفه في المعصية، وذلك لبعض الروايات المانعة عن الأخذ بالإطلاق.

مثل ما رواه الكليني (رحمه الله)، عن أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال، فهل لأوليائه أن يهبوا دمه لقاتله وعليه دين، فقال (عليه السلام): «إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهبوا أولياؤه ديه القاتل فجائر، وإن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضموا الدين للغرماء وإلا فلا» (١)، فتأمل.

{للنصوص الخاصة}، مثل خبر عبد الحميد، قال: سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن رجل قتل وعليه دين وأخذ أهله الديه من قاتله أعليهم أن يقضوا الدين، قال (عليه السلام): «نعم»، قلت: وهو لم يترك شيئاً، قال (عليه السلام): «إنما اخذوا الديه فعليهم أن يقضوا الدين» (٢).

ونحوه خبر يحيى الأزرق، عن أبي الحسن (عليه السلام) (٣).

فإن إطلاقهما شامل للعمد، بل هو صريح روايه أبي بصير المتقدمه (٤).

ص: ٢٠٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ذيل ح ١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١١٢ الباب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ذيل ح ٢

مضافاً إلى الاعتبار وهو كونه أحق بعوض نفسه من غيره، وكذا إذا أخذ ديه جرحه خطأً بل أو عمداً.

وخبر أبي بصير، عن أبي الحسن موسى (عليه السلام)، _ أو علي بن حمزه، عنه (عليه السلام) _ قال: قلت: فإن هو قُتل عمداً وصالح أولياؤه قاتله على الدية، فعلى من الدين على أوليائه أم من الدية أو على إمام المسلمين؟ فقال (عليه السلام): «بل يؤدون دينه من ديته التي صالح عليها أولياؤه فإنه أحق بديته من غيره».

هذا بالإضافة إلى الإجماعات المحكية في المسألة والشهره العظيمه المحققه، قال في الجواهر: وإنه لم يخالف فيه إلا ما يوهمه كلام ابن إدريس في باب قضاء الدين عن الميت وهو اجتهاد في مقابله النص.

{مضافاً إلى الاعتبار وهو كونه أحق بعوض نفسه من غيره} وهذا أمر واضح، وقد إشير إليه في النص المتقدم، حيث قال (عليه السلام): «فإنه أحق بديته».

وأما ما ذكره السيدان الجمال والحكيم في وجه الأحقية فهو توضيح لما هو مركز في الأذهان، وإلماع إلى شرح النص المذكور، فراجع كلامهما.

{وكذا إذا أخذ ديه جرحه خطأً بل أو عمداً} لأنه يملك الديتين، فتكون كسائر أمواله، والمراد بالجرح أعم من قطع عضو أو إذهاب قوه أو جرح، كما هو واضح.

ثم إنه قد يصلح في حياته عن العمد بالديه، وقد يريد القصاص لكنه لم يقتص حتى مات وصالح وليه، فإن المال يكون له ويكون أولى به من الوارث، أما إذا لم يصلح وليه وأراد القصاص، لأنه حق وليه، يكون الكلام فيه

كما تقدم فى قتل العمء.

وهذا آخر ما كتبه المصنف (رحمه الله) فى كتاب الوصية، وهو آخر المجلء الأول من العروه الوثقى، والحمد لله أولاً وآخراً
وظاهراً وباطناً، وصلى الله على محمد وآله الطاهرين.

ص: ٢٠٢

حيث كانت بقايا مسائل الوصية غير مكتوبة في المتن نحن نذكرها، والغالب أن نسير فيها على أسلوب الشرائع، والله الموفق المستعان.

(مسألة ١): لا تصح الوصية بصرف المال في المعصية القطعية لمن كان عنده ذلك الشيء عصيانياً.

قال في الشرائع: (ولا تصح الوصية في معصية).

وقال في الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه) انتهى.

ويدل عليه بالإضافة إلى قوله سبحانه: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) (١)، جملة من الروايات:

مثل ما رواه الكليني (رحمه الله)، عن محمد بن سوقه، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن قول الله تبارك وتعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) (٢)،

قال: «نسختها الآيه التي بعدها»، قوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) (١)، قال: «يعنى الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله عز ذكره من خلاف الحق فلا إثم عليه، أى على الموصى إليه أن يرده إلى الحق وإلى ما يرضى الله عز وجل فيه من سبيل الخير» (٢).

أقول: الظاهر أن المراد من النسخ التخصيص.

قال فى الوسائل: فإنه نسخ فى بعض الأفراد، وهذا المعنى كثير فى كلامهم (عليهم السلام)، انتهى.

وذكر غيره مثله أيضاً.

والظاهر أن المراد النسخ فى الظاهر، وإلا فالآيه منصرفه عن الجنف والإثم.

وفى حديث محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام)، فى رجل توفى وأوصى بماله كله أو أكثره، فقال: «الوصيه ترد إلى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه وأتى فى وصيته المنكر والحيث فإنها ترد إلى المعروف، ويترك لأهل الميراث ميراثهم» (٣).

والظاهر أن المراد بالجنف الميل عن الحق، كأن يوصى بأكثر من ثلثه ولو فى سبيل الخير، وبالإثم الوصيه بالحرام، كما إذا أوصى بأن يشتري بثلثه الخمر مثلاً وإن كان بقدر الثلث.

وإنما قلنا فى المعصيه القطعيه إخراجاً لما إذا كان بين المورث والوصى اختلافاً فى الاجتهاد أو التقليد، كما إذا أوصى بأن يزوج

ص: ٢٠٤

١- سورة البقره: الآيه ١٨٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢١ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٢ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ٣

بنته بأخيها من الرضاعه إذا كان بينهما عشر رضعات، بثلثه مثلاً، وكان الوصى يرى ذلك حراماً اجتهاداً أو تقليداً، فهل ينفذ الوصيه باعتبار أنه لا يعلم أنه إثم، أو لا ينفذ باعتبار أنه متعبد باجتهاده أو تقليده، لا يبعد الأول إذا لم يكن اجتهاد أو تقليد الولد أو البنت الحرمة، لأنه لا يعلم أنها جنف أو إثم، فعموم أو إطلاق لزوم تنفيذ الوصيه يشملها، وإن كان لا يخلو من تأمل.

وإنما قلنا: (لمن كان عنده ذلك الشيء عصياناً) لأنه إذا كان الموصى لا يراه عصياناً لزم تنفيذ الوصيه، كما إذا أوصى المجوسى بتزويج بنته من ابنه بمهر منه، فإن قاعده الإلزام تجعل ذلك جائزاً، وإن كان الموصى إليه يرى حرمة، ولذا نقسم إرثهم بينهم حسب رأيهم لا حسب رأينا.

وكذا فى سائر الكفار من أهل الكتاب وغيرهم، بل والمخالف أيضاً، فإذا أوصى أن يزوج بنته التى طلقت بدون شهود عدول بمال منه صح تزويجها وإن كان الزواج عندنا باطلاً، لأن الطلاق عندنا باطل.

وهل المراد بالإصلاح فى الآيه جعل الوصيه بحيث تصح وإن لم تكن حسب ما قال الموصى، أو لغو الوصيه أصلاً، قال الجواهر بالثانى، قال: (كما أن الظاهر إرادته ما لا ينافى البطلان من التبديل إلى الحق، لا أن المراد تبديل الوصيه بتعمير الكنيسه مثلاً إلى تعمير المسجد، والوصيه بإعانه الظالم على ظلمه إلى إعانه المطيع من حيث هو كذلك، ضروره عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه) إلى آخر كلامه.

لكن يمكن أن يقال: إن الوصيه بالحرام على نوعين:

الأول: ما تكون على نحو وحده المطلوب، وحينئذ تبطل الوصيه ويصرف

والثانى: ما تكون على نحو تعدد المطلوب، ولو علم ذلك من ارتكاز الموصى، كما قالوا فى ارتكاز الوقف، بل ورد مثل ذلك فى ارتكاز الموصى أيضاً، كما تقدم فى بعض الروايات، فإنه حينئذ يفعل المطلوب المرتكز، كما إذا أوصى بصرف ماله فى الخمر فى زواج ولده، وعلم منه أن ارتكازه ضيافه المحتفلين بشراب ينعشهم مطلقاً وإن كان مطلوبه الأكيد الخمر، فإنه يصرف فى شراب محلل، إذ يشمله إطلاق أدله الوصيه، بالإضافة إلى عدم بقاء ظهور الآيه وبعض الروايات فيه، مثل ما تقدم من قوله (عليه السلام): «من سبيل الخير»^(١).

ثم إنه يظهر مما ذكرناه فى الكافر وجه النظر فى قول الجواهر: (ولا فرق فى ذلك كله بين المسلم والكفار المشتركين فى الفروع عندنا).

وقال الجواهر: (والضابط أن كلما جاز فعله حال الحياه جاز له الوصيه به، وكلما لم يجر له ذلك لم يجر له الوصيه به، وبذلك يفرق بين المعابد وغيرها كالقنطره والخان ونحوهما، وبين كتابه التوراه مثلاً للنقض وغيره).

أقول: وبذلك يظهر أن تأييده للمحقق فى بطلان الوصيه بمال الكنائس والبيع غير ظاهر الوجه، إذ بناؤهم الكنائس فى بلادهم التى ليست تحت نفوذ الإسلام أو ترميمهم لها التى هى فى بلاد الإسلام لم يدل الدليل على عدم جوازه، بل ظاهر قوله سبحانه: (لَهْدَمْتُ صَوَامِعَ وَبَيْعَ وَصَلَوَاتٍ وَمَسَاجِدَ)^(٢)، أن ذلك محبوب لله

ص: ٢٠٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢١ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ١

٢- سورة الحج: الآيه ٤٠

فى الجملة فى قبال الإلحاد، اللهم إلا أن يراد بالآيه كل فى زمان صحته وعدم نسخ شريعته المعتقد به، لكن بناءهم على جواز الترميم، كما ذكروا فى كتاب الجهاد، ولعله لذا قيد الجواهر كلام الشرائع للكنايس بقوله: التى هى معابد النصرى ومحال سيهم للحق وأهله والعبادات الفاسده.

وكيف كان، فهل يفرق بين ما إذا كان الموصى مسلماً وبين كونه كافراً، الظاهر العدم إذا كان فى وصيه المسلم جهه رجحان، كما إذا أوصى بمال لبناء كنيسه فى بلد الكفر لأجل إعطاء الدوله إجازة بناء المسجد هناك، ففي الكافر يصح مطلقاً، وحيث يصح فى المسلم مع المصلحه، وعليه يلزم أن يقيد كلام الجواهر بذلك، حيث منع عما إذا كان الموصى مسلماً.

نعم ينبغى أن يقال: إن المسلم العامى الذى يرى فى مذهبه جواز ذلك تنفذ وصيته، لقاعده الإلزام⁽¹⁾، وإن لم يكن للوصيه وجه مرجح عندنا.

ثم إنه قال فى القواعد: والأقرب صحه الوصيه للذمى وإن كان أجنبياً، والبطلان للحربى والمرتد.

أقول: لم يذكر الوصيه لغيرهما كالمعاهد ممن ليس ذمياً ولا حربياً، والظاهر صحه الوصيه للكل، لإطلاق أدله الوصيه من غير محذور، إلا- إذا كان هناك محذور خاص، مثل كونها تقويه للكافر على فساد، وذلك لا يخص بالكفار، بل كذلك الوصيه للمخالف والفساق، فهو ليس باستثناء عن الحكم الأولى، بل له خروج موضوعى، لأن الحكم بعدم الجواز حينئذ ثانوى، ولذا كان المحكى عن الخلاف والمبسوط أنهما قالوا: إن الوصيه جائزه لأهل

ص: ٢٠٧

الذمه بلا خلاف، وفي أصحابنا خاصة من قيدها بما إذا كان من قراباته، ولم يشترط الفقهاء بذلك.

وعن الكافي تقييد الصحة للأجنبي الكافر بما إذا لم يجعلها صدقه.

وفي كلا التقييدين نظر، إذ هما منافيان للإطلاق من غير مقيد ظاهر.

كما أن عدم صحة الوصيه للحربي إذا لم يكن محذور خارجي، لا دليل على أن فيها البأس، وإن ادعى عليه الإجماع، لكنه غير تام بعد مخالفه جماعه، وسيأتي الكلام فيه عند تعرض الشرائع له، إن شاء الله تعالى.

ص: ٢٠٨

(مسألة ٢): الوصية عقد أو إيقاع جائز، يصح للموصى الرجوع فيها حتى إذا أوصى بالواجب، إذ الرجوع لا يضر الواجب، وإنما يجعل الواجب كما إذا لم يوص.

ولو نذر أن يوصى فأوصى ثم رجع، فإن كان نذره مجرد الوصية لم يضر، وإن كان نذره الوصية مع بقاءه عليها كان حثاً، لا أن وصيته باقيه بعد الرجوع.

ويحقق الرجوع بالتصريح به لفظاً بلا إشكال، بل في الجواهر بلا خلاف، فإذا قال: رجعت، أو نقضت، أو فسخت، أو لا تعطوه ما أوصيت به له، أو لا تفعلوا ما أمرت بفعله، أو ما أشبه ذلك، كان رجوعاً.

وكذا يصح الرجوع في البعض أو في الشرط، كما إذا أوصى بإعطاء زيد ألفاً، فقال: بل خمسمائه، أو أوصى بإعطائه إن أخذ في تحصيل العلم، فقال: بل مطلقاً، وذلك لإطلاق أدله الرجوع من القاعده، والروايات المتواتره.

فعن ابن مسكان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) أن المدبر من الثلث، وأن للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت»^(١).

وعن يونس، عن بعض أصحابه، قال: قال علي بن الحسين (عليه السلام): «للرجل أن يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه، ويملك من كان أمر بعتقه، ويعطى من كان حرمه، ويحرم من كان أعطاه ما لم يمت»^(٢).

وعن عبيد بن زرار، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «للموصى أن يرجع في وصيته إن كان في صحه أو مرض»^(٣).

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٥ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٥ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٦ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٣

وعن بريد العجلي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لصاحب الوصيه أن يرجع فيها، ويحدث في وصيته ما دام حياً» (١).

وعن محمد بن عيسى بن عبيد، قال: كتبت إلى علي بن محمد (عليه السلام): رجل أوصى لك بشيء معلوم من ماله، وأوصى لأقربائه من قبيل أبيه وأمه، ثم إنه غير الوصيه فحرم من أعطى وأعطى من منع أيجوز ذلك، فكتب (عليه السلام): «هو بالخيار في جميع ذلك إلى أن يأتيه الموت» (٢).

وعن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل قال: إن حدث بي حدث في مرضي هذا فغلامي فلان حر، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «يرد من وصيته ما يشاء، ويجيز ما يشاء» (٣).

وعن عبد الرحمان بن سيابه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا مرض الرجل فأوصى بوصيه عتق أو تصدق فإنه يرد ما أعتق وتصدق ويحدث فيها ما يشاء حتى يموت، وكذلك أصل الوصيه» (٤).

وعن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل دبر مملوكاً له ثم احتاج إلى ثمنه، قال: فقال: «هو مملوكه إن شاء باعه، وإن شاء أعتقه، وإن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه» (٥).

وفي روايه أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله بتغيير، وفيه: «و

ص: ٢١٠

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٦ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٤
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٦
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٨
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١٠
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١١

إن شاء وهبه، وإن شاء أمهره»(١).

إلى غيرها من الروايات.

ومن هذه الروايات كالفتاوى يظهر أنه لو أوصى بداره لزيد، ثم أوصى بها لعمر و بطلت الأولى، لعدم إمكان ملك نفرين لدار واحده، ولا فرق في ذلك بين أن كان نسي الأولى أو لا.

ومنه يعلم الإشكال فيما عن جامع المقاصد، حيث قال: (ولو دلت قرينه على صدور الوصيه الثانيه لنسيان الأولى وأنه لم يرجع عنها، فإن العمل بالأولى حينئذ)، وإنما قلنا بعدم صحته، إذ الرجوع رجوع سواء كان مبعثه النسيان أو العمد، وإطلاق الأدله يشمل النسيان كإطلاق الفتاوى فلا مجال لاستصحاب بقاء الوصيه الأولى.

أما لو قال: أعطوا فلاناً ألفاً، ثم قال بعد مده: أعطوا فلاناً الآخر ألفاً، وكان ثلثه بقدر ألف، فإن علم أنه رجوع فهو، وإن علم أنه أراد إعطاء الثاني من التركة المتوقف على إجازة الورثه بقيت الأولى واحتاجت الثانيه إلى الإجازة، وإن لم يعلم أنه أيهما فمقتضى قاعده العدل تقسيم الألف بينهما، وإن لم نقل بقاعده العدل كان اللازم اتباع الأصول.

ولو أوصى بمطلقين، أو مطلقاً ومقيداً، كما لو قال: هذا الألف ثم ألفاً، قال في القواعد: هي واحده، وقال: لو أوصى بألف ثم بألفين فهي ألفان، وتبعه فيهما جامع المقاصد.

قال في الجواهر: لكن لا يخلو من تأمل مع فرض عدم القرينه في الاستثناء

ص: ٢١١

الذى لا يتصور فى تكراره التأكيد، نعم هو كذلك فى الإقرار.

أقول: ظاهر الوصيه الثانيه التأكيد، فهو كما ذكره العلامه والكركى (رحمهما الله)، وأصالة التعدد لا مجال له مع الظهور، ولو شك كان الأصل عدم الزيادة، ولا فرق فى ذلك بين الإقرار والوصيه، واحتمال أن الأصل فى الكلام الثانى التأسيس مردود بالظهور الذى ذكرناه.

نعم إذا كان هناك ظهور بالقربينه تعددت، كما إذا كان يقرأ ديونه من الدفتر، فقال: يطلبنى زيد عشره، ويطلبنى عمر خمسه، ويطلبنى بكر عشرون، ويطلبنى زيد عشره، كان الظاهر التعدد، وكذلك فى باب الوصيه.

وعلى كل حال، ففى الشرائع: (ويتحقق الرجوع بالتصريح أو بفعل ما ينافى الوصيه، فلو باع ما أوصى به أو أوصى ببيعه، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه كان رجوعاً).

أقول: وكان عليه أن يذكر الإشاره والكتابه والكنايه ما أشبه ذلك، كما أن من الرجوع حكماً ما لو انتفى الموضوع، كما إذا أوصى أن ما يرثه من فلان يصرف فى كذا ثم قتل مورثه عمداً لانتفاء الموضوع كما هو واضح.

ولو فعل مقدمات الناقض، كما إذا عرضه على البيع، فعن المسالك إنه رجوع إلا إذا دلت القرينه على عدم إرادته الرجوع بذلك.

وأشكل عليه الجواهر بأن ذلك دليل كون الموصى قد قصد شيئاً لو تحقق لأبطل الوصيه قهراً، ولا دلالة فى ذلك على إرادته إنشاء الرجوع بعد احتمالها وجوهاً متعدده.

أقول: إن كان ظهور عرفى لمقدمات العمل فهو، وإلا فإن شك فالأصل عدم رجوعه، وكذا فى ما أشبه التعريض للبيع.

ولو شك في أنه هل رجع عن الوصيه أم لا، كما إذا قال لغيره: هل أبيعه لك أو أهبه أو ما أشبهه، أو باع خياراً، أو وهب ولم يقبض، أو وقف كذلك، أو رهن أو ما أشبهه، استصحب عدمه إذا لم يكن عرف يستفيد من عمله الرجوع، أو من قوله ذلك، فإن الإنسان إذا عرض للبيع أو أمر على بيعه أو ما أشبهه يفهم العرف أنه راجع عن وصيته، أما مثل بيع الخيار فأظهر وإن أرجعه بالخيار، إلى غير ذلك.

قال في الجواهر: (قد يقال: إن الهبه قبل القبض والرهن من المنافى فإن الإعداد لذلك مناف، فإن الموصى به ينافيه تعلق عقد الهبه به، لكنه لا يخلو من نظر أو منع، خصوصاً مع ملاحظه استصحاب الوصيه) انتهى.

ولو تصرف في الموصى به تصرفاً أخرجته عن مسماه، كما إذا أوصى بطعام فطحنه، أو بدقيق فعجنه أو خبزه، فقد ذكر الشرائع وغيره بأنه يحقق الرجوع، وعللوه بأنه كتلف محل الوصيه المقتضى لبطلانها من غير حاجه إلى قصد.

لكن الظاهر أنه إذا كان الظاهر من عمله الإعراض، وإلا لم يكن وجه للبطلان، خصوصاً وقد ذكر بعضهم أنه يبطل الوصيه إذا وقعت الأمور المذكوره لا بفعله، فإنه كيف يبطل إذا لم يكن بفعله، بل قد يكون مما بفعله أيضاً غير مبطل، كما إذا كان قريب الموت وفعل ذلك تهيئه لمن يعيلهم حتى لا يقعوا في حرج الطعام بعد موته، كما أعدت فاطمه الزهراء (عليها السلام) أولادها حين علمت بوفاتها.

نعم إذا علم ولو بالقرائن، أو دلت القرائن الموجبه للظهور، أنه رفع

اليد بطلت، كما إذا احتاج زيد للحنطه حتى يزرعها فطلب منه ذلك، فقال: هي لك بعد وفاتي، ثم طحنها كان ذلك إبطالاً للوصيه.

وكيف كان، فإذا كانت قرينه على أحد الطرفين فهو، وإلا كان الاستصحاب محكماً.

ولعل من قال ببطلان الوصيه بالطحن ولو بدون فعله نظر إلى ما كان نظره الحنطه بما هي هي، لأن الطحن يخرج الحنطه عن كونها متعلق الوصيه، فهو كما إذا أحرقت الحطب حتى صار رماداً، وقد كان وصى بإعطائه، إذ الرماد غير الموصى به، وإن كانت له فائده بل قيمه أيضاً.

وكان المسالك نظر إلى ما ذكرناه، حيث علل البطلان بانتفاء الاسم، ولذا اعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الوصى ذلك لمصلحه العين كدفع الدود عنها ونحوه، ولا- يرد عليه قول الجواهر بأن كلامه لا يكاد يلتم أطرافه، وبأنه إذا كان المدار انتفاء الاسم يتجه البطلان مطلقاً.

ولو قال: ما فى البيت لزيد، وكانت بيوضاً ودجاجات وبطات ونحوها، ثم كبرت الأفراخ وباضت الدجاجات واستفرخت البيوض، فالظاهر عدم بطلان الوصيه بالتغيرات المذكوره.

ولو قال: هذا الحيوان لزيد، فحملت، فهل يدخل الحمل لأنه جزء أو لا، احتمالان، فهو مثل قوله: هذه الشجره لزيد ثم حملت، أما خروج أصل الحيوان والشجره للتغير الحاصل فيهما فالظاهر العدم.

ولو قال: هذه النويات له، فزرعت واعشوشت كان الاحتمالان.

ولو قال: هذا الحيوان، وقد كان قد قرض صوفه ثم أخرج لم يضر ذلك.

ولو قال: هذه الدار، ثم عمّر فيها طابقاً ثانياً، فالظاهر عدم كون ذلك من الرجوع، بل صار الكل للموصى له.

نعم إن رأى العرف الطابق الثانى خارجاً لم يدخل فى الوصيه، بخلاف مثل تبيض الجدران وإصلاح الباب ونحوهما، حيث ليس ذلك إعراضاً.

ولو قال: هذه الدفاتر لزيد، ثم كتب فيها كان الحكم العرف، إذ قد يكتب فيه علومه مما لا يريد _ حسب الظاهر _ انتقاله عن مكتبته، وقد يكتب فيها الأدعيه وعادته كتابتها وإهداؤها للناس فلا يظهر منه الإعراض، ولو شك فالمحكم الاستصحاب كما تقدم.

ولو أوصى بإعطائه مائة فتتلىج لم يضر لوحده الأمر عرفاً.

أما لو أوصى بإعطائه أخشابه فجعلها بياباً وصناديق يشكل البقاء إلا إذا رآه العرف، كالنجار الذى يوصى بأخشاب دكانه لابن عم له تلميذ عنده مثلاً.

ولو أوصى له بفرسه وقيمته عشره ثم علمه السباق فصارت قيمته مائه، فهل هو رجوع، الظاهر لا، ولو شك فالاستصحاب.

ولو أوصى بشياحه ثم قرض صوفها لم يكن رجوعاً.

قال فى الشرائع: وكذا لو أوصى بزيت مثلاً فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعام فمزجه بغيره حتى لا يتميز.

بل قال المسالك: ظاهرهم القطع بكونه رجوعاً، لتجدد وصف لم يعلم الرضا ببذله مع إمكان الفصل ولكونه كالتلف.

أقول: المزج سواء كان بالمثل أو بالأردأ أو الأجود لا يدل بنفسه على الرجوع إلا إذا كانت قرينه.

ولو أوصى بدقيقه لزيد، وبدهنه لعمره، فمزجهما وخبزهما، فهل هو بطلان أو لا، بل يشتركان بالنسبه، احتمالان، كما ذكرنا فى خلط الزيت، إذ لا فرق بين المزج بماله أو بما أوصى به، بل أو بمال غيره، ولذا قال فى الجواهر بعد ذكر بعض الأمثله المتقدمه: (والمزج عدم اقتضاء

شئ من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينه تدل عليه) انتهى.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا خلط الموصى به، كما إذا أوصى بصاع صبره وكانت متميزه، ثم خلطه بصيرته مثلاً.

أما لو خلطه غيره من إنسان أو ريح أو شبه فأولى بعدم الشبهه في أنه ليس برجوع.

قال في الشرائع: وأما لو أوصى بخبز فدقه فتيتاً لم يكن رجوعاً.

أقول: إذا لم يكن ظهور، وإلا كان كما إذا أعرض الشئ للبيع والتلف، كما إذا جاء الحمام فأخذ يدقه ليلقيه إليهما.

ص: ٢١٤

(مسأله ٣): قال فى الشرائع: ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربه بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه وبين الورثه نصفان صح، وربما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل، والأول مروى.

وقال فى القواعد: ولو أوصى بالمضاربه بتركته أجمع على أن نصف الربح للوارث صح.

أقول: مقتضى القاعدة أن وصيه الميت بمعامله، سواء كانت بقدر عادل أو بقدر غير عادل، كما إذا أوصى بأن تباع داره أو توهب ببديل أو لا، أو يزارع بستانه، أو يجعل الجعل لمن وجد ضالته، إلى غير ذلك، إن كانت بالنسبه إلى مقدار الثلث تصح، لإطلاق أدله الوصيه، ولا محذور فى كون الوصيه خلاف المصلحه بأن أورثت الغبن مثلاً، إذ هى كما إذا عمل هو بذلك فى حال حياته.

نعم إذا كانت المعامله غبنه وعملها جاهلاً بالغبن كان للوارث الفسخ، لانتقال حق الخيار إلى الوارث.

أما إذا أوصى بها، فهل يعامل الوارث تلك المعامله الغبنه مع علمه بالغبن ثم كان له حق الفسخ، أو لا يعامل، أو يعامل تلك المعامله بدون غبن إن أمكن وإلا- عامل شبه تلك المعامله، مثلاً أوصى بأن تباع داره - وهى مقدار ثلثه - لزيد بألف بينما تسوى هى بألفين، فإن أمكن باعها له بألفين، وإلا باعها لغيره بألفين.

أو أنه إن كان الموصى عالماً بأنها تسوى ألفين ومع ذلك أوصى ببيعها بألف، فإنها تباع كذلك، أما إذا لم يكن يعلم بيعت بالقيمه العادله إن أمكن للموصى له، وإلا فلغيره.

احتمالات، والأقرب الأخير، لأنه إن كان عالماً فقد كان مثل أن يبيعها بنفسه بالأنقص،

أما إذا كان جاهلاً فعدم البيع خلاف الوصية والبيع ثم الفسخ خلاف أن الفسخ إنما هو للجاهل، والمفروض أن الوارث عالم، فهو مثل أن يبيع الوكيل عالماً بالانقاص، ثم يفسخ معتذراً بأن يبعه عن الموكل الجاهل، وفسخه عن نفسه العالم، والبيع بدون الفسخ تفويت لحق الورثة، والمفروض أن الموصى يرتكز على أن البيع وفق المتعارف فلم يكن تصرفه كتصرفه حال علمه بأنه يبيع بالانقاص، فلم يبق إلا الجمع بين الوصية وبين حق الورثة بالبيع بالقيمة العادلة إلى الموصى له، أو إلى غيره، وهذا ومع ذلك المسألة بحاجة إلى التأمل، هذا كله إذا أوصى بما لا يزيد على الثلث، وان أوصى بما يزيد على الثلث، فإن كانت الورثة كباراً أو أجازوا وإلا إشكال، سواء كان بالقيمة العادلة أو غير العادلة، لان الزائد على الثلث حق الورثة، فإن أجازوا وإجازوا لا لم يجز، وان كان تنفيذ الوصية في مصلحتهم، وان كان الورثة صغاراً جاز _ اذ لم تكن مفسده _ إذا الزائد، وان كان حق الوارث إلا أنه قد تقدم حق الولي _ فيما كان الموصى ولياً _ في الوصية بهم وجعل الوصى لهم.

نعم إذا كانت الوصية مفسده، أو كان المورث غير ولي كالأخ والأُم ونحوهما، لم تصح تلك الوصية، إذ كما لا يصح أن يقرب (مَالِ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (١) في حال اليتيم لا يصح أن يوصى بماله كذلك قبل اليتيم لوحده الملاك، وغير الأب والجد لا حق لهما في جعل الولي على اليتيم وإن كان وارثاً للجاعل.

ثم إنه إذا أوصى الموصى بالثلث أو بالزائد مع إجازة الورثة حق للورثة التسلط على البدل ونحوه، مثلاً إذا أوصى بأن يضارب في ثلثه ولوارثه نصف الربح كان ذلك

ص: ٢١٨

الربح للوارث، وكذا إذا أوصى بأن يضارب في كل ماله وأجازوا، وإن كان حق المال أكثر من النصف مثلاً، وهناك بعض الروايات الداله على الحكم:

مثل موثق محمد بن مسلم، عن الصادق (عليه السلام) المروى في كتب المشايخ الثلاثة، أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمالهم، وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال (عليه السلام): «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي».

وصحيح خالد بن بكر الطويل الذى رواه المشايخ الثلاثة أيضاً، قال: دعانى أبى حين حضرته الوفاه فقال: يا بنى اقبض مال أخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقدمتنى أم ولد أبى إلى ابن أبى ليلى فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقصصت عليه ما أمرنى به أبى، فقال لى ابن أبى ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثم شهد على ابن أبى ليلى إن أنا حررته فأنا له ضامن، فدخلت على أبى عبد الله (عليه السلام) فقصصت عليه قصتى، ثم قلت له: ما ترى، فقال: «أما قول ابن أبى ليلى فلا أستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عز وجل فليس عليك ضمان» (١).

وعن دعائم الإسلام، عن أبى جعفر (عليه السلام)، أنه قال: «إذا أذن الموصى للموصى أن يتجر بمال ولده الأطفال فله ذلك ولا ضمان عليه، وإن شرط له ربحاً فيه فهو على ما شرطه» (٢).

ثم هل هذا الحكم خاص بمال ولده الصغار، أو يعم حتى الكبار، فيه بينهم خلاف، لكن حيث صرح فى الروايتين بصغر الأولاد، والروايه الأولى لا إطلاق قطعى لها، بل ظاهرها أنهم صغار، حيث قال: (بولده

ص: ٢١٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٨ الباب ٦٦ من أبواب الوصايا ح ١

وبمال لهم)، فإن الكبار لا يوصى بهم، كان اللازم حملها على الصغار، أو الحكم بإجمالها مما لا يمكن أن تقاوم قاعده عدم حق الوصى فى التصرف فى أزيد من الثلث إلا بإجازه الورثه.

وعليه فلا فرق فى هذا الحكم بين كون الورثه هم الأولاد أو غيرهم.

قال فى مفتاح الكرامه عند عباره العلامه المتقدمه فى أول المسأله: (إطلاقه يتناول الوارث الصغير والكبير، وما إذا كانت الحصه من الربح بقدر أجره المثل لعمله أو زائده عليها، وما إذا كان الوصى هو العامل أو غيره بأمره، وذلك كله قضيه إطلاق الشرائع والتذكره والإرشاد والتحرير مع تأمل فى الأخير، ثم نقل عن المسالك أن أكثر الجماعه أطلقوا الصحه فى الورثه الشامل للمكلفين، وعن الكفايه أن المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً) انتهى.

ولكن ظاهر الدروس أنهم يذكرونه فى الأولاد الصغار قال: روى محمد بن مسلم جواز تفويض المضاربه إلى الوصى على نصف الربح مع صغر الأولاد، وبها قال الجماعه، وكذا قال المهذب البارع قال: وموضوعها فى كتب الفقه والنص هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصياً، ثم قال: إنه المشهور.

أقول: والظاهر أن لا شهره فى طرف، بل هناك قولان فى المسأله، حتى أن العلامه اختلف رأيه فى كتابين، وفى القواعد أطلق، بينما فى المختلف قبد بالأولاد الصغار، تبعاً للنهايه والمقنعه وغيرهما، إلى غير ذلك من أقوالهم.

وحيث قد عرفت أن مقتضى القاعده عدم الصحه بالنسبه إلى الكبار فى الأزيد من الثلث، فالأقرب ما ذكره المانعون، وإن استدل المجوزون بغير إطلاق الروايه الأولى على ما استندوا إليها، بدليلين آخرين:

الأول: إنه تصح المضاربه بأزيد من الثلث في المرض ولو بحصه قليله من الربح، كما أنه يصح بيع التركة كلها بثمان المثل، فينبغي أن تجوز الوصيه بهما أيضاً، لاتحاد الدليل فيهما.

قال في الجواهر: كما مال إليه في جامع المقاصد، بل حكى فيه عن الفاضل في التذكرة أنه قواه.

الثاني: ما حكاه الجواهر عن جامع المقاصد والمسالك، بأن المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة، وليس حاصلًا هنا، لأن الربح مما تجدد بفعل العامل وسعيه، إلى آخر كلامه.

وفيها نظر، إذ يرد:

على الأول: إن حال الحياه غير حال الموت، فالتصرف في المال كله ولو بالهبة جائز حال الحياه، بينما لا يصح إلا بالإجازة في حال الموت إذا أراد أن يتجاوز الثلث.

وعلى الثاني: بما أشكل عليه في نفس المسالك قائلًا: (فيه نظر، لأن المضاربه وإن لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه، مشتمله على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه)، إلى آخر كلامه.

والحاصل: إن الموصى لا حق له في أي تصرف في الأزيد من الثلث، سواء بالإذهاب به بمثل الهبة، أو بما يربح، أو بما لا يربح ولا يخسر، فأى دليل يدل على لزوم وصيته بالمضاربه.

نعم لا ينبغى الإشكال في أن يوصى بالمضاربه بالثلث، وأن يوصى بأن يربحه يكون لمصرف كذا، فهو مثل ما إذا قال: هذا البستان ثلثي ويصرف نماؤه في مصرف كذا.

وعليه فما يستظهر من عبارته ابن إدريس من أنه أبطل الوصيه لعدم حق الميت في التصرف في الربح، غير ظاهر الوجه، قال فيما حكى عنه:

ص: ٢٢١

(روى أنه إذا أمر الموصى الوصى أن يتصرف فى تركته لورثته ويتجر لهم بها ويأخذ نصف الربح كان ذلك جائزاً وحلالاً له نصف الربح، أورد ذلك شيخنا فى نهايته، إلا أن الوصيه لا تنفذ إلا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته، والربح متجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته وقوله فيه، وفى الروايه نظر) انتهى.

ثم إنه لو أوصى بالنسبه إلى مال الأولاد الصغار، فهى على ثلاثة أقسام:

لأنها إما مفسده، فلا تصح الوصيه، إذ لا حق للوصى العمل بالمفسده، كما لا حق للولى بذلك.

وإما مصلحه، وتصح بلا إشكال.

وإما ليست إحداهما، وتصح على رأى من يرى الصحه بدون المفسده، كما اخترناه نحن أيضاً.

أما بالنسبه إلى مقدار الثلث فتصح الوصيه حتى بما يستلزم المفسده فيما لم يكن محرماً.

وأما بالنسبه إلى حصه الكبار فإن أجازوا مطلقاً جاز، إلا فيما استلزم المحرم، وإن لم يجيزوا لم يجز حتى فيما كان مصلحه لأنه خلاف سلطتهم، و«الناس مسلطون على أموالهم» (١).

ومما تقدم يظهر الإشكال فى قول القواعد: ولو أوصى ببيع تركته بثمان المثل ففى اشتراط الإجازة إشكال، إذ التركه بمجرد الموت تنتقل إلى الوارث فتصرف المورث فى أزيد من الثلث لا وجه له، وإن كان تصرفاً فى ربح الوارث بأن أوصى ببيع التركه بأكثر من ثمن المثل، فليست العبره بكون البيع بثمان المثل أو أقل أو أكثر.

ص: ٢٢٢

ولعل وجه إشكال القواعد ما ذكروا من إطلاق أدله نفوذ الوصيه إذا لم تكن أكثر من الثلث، ومثل هذه الوصيه ليست أكثر من الثلث.

مضافاً إلى خبر عباس بن معروف، قال: كان لمحمد بن الحسن بن أبي خالد غلام لم يكن به بأس عارف يقال له ميمون، فحضره الموت، فأوصى إلى أبي العباس الفضل بن معروف بجميع ميراثه وتركته أن يجعله دراهم وأبعث بها إلى أبي جعفر الثاني (عليه السلام)، وترك أهلاً حاملاً، وإخوه قد دخلوا في الإسلام، وأماً مجوسيه، قال: ففعلت ما أوصى به وجمعت الدراهم ودفعتها إلى محمد بن الحسن.

إلى أن قال: وأوصلتها إليه (عليه السلام)، فأمره أن يعزل منها الثلث يدفعها إليه (عليه السلام)، ويرد الباقي إلى وصيه يردها على ورثته(١).

حيث لم يبطل الإمام (عليه السلام) البيع، لكن يرد عليها إن الوصيه لا تصح بشيء من الثلثين، كما هو ظاهر النص والفتوى، والروايه لا دلالة فيها، لأن أمر الثلثين لم يكن محل السؤال، لكن في الجواهر رجح نفوذ الوصيه إذا لم يكن فيها ضرر على الوارث.

ثم لا يخفى أن الظاهر التنافي بين ما تقدم عن القواعد من الإشكال، وبين قوله: (ولو خصص كل واحد بعين هي قدر نصيبه، فالأقرب الافتقار إلى الإجازة، لظهور الغرض في أعيان الأموال)(٢) انتهى، إذ دليل الإشكال هنا ينسحب إلى هناك فكيف يمنع هنا ويتشكل هناك.

ص: ٢٢٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٦ الباب ١١ من أبواب كتاب الوصايا ح ٧، التهذيب: ج ٢ ص ٣٨٩

٢- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٤٥٤

مسألة ٤ هل الواجب بالمعارض كالواجب بالأصل

(مسألة ٤): لو أوصى بواجب مالى وغيره، أخرج الأول من الأصل، كما عن الفاضلين والشهيدين وغيرهم.

وفى الجواهر: لأنه كالدين نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه.

وفى الكفايه: إنه يخرج من أصل المال عند الأصحاب وإن لم يوص به، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة والكفارات ونذر المال، أو مالياً مشوباً بالبدن كالحج.

وأما الواجب غير المالى كالصلاه والصوم يخرج من الثلث، على ما عن جامع المقاصد والمسالك والكفايه والروضه وغيرهم، وقد أرسله غير واحد إرسال المسلمات، بل عن الأخير منهم أنه لا خلاف فيه.

لكن عن الذكرى والدروس وجامع المقاصد عن بعضهم أن الواجب البدنى يخرج من الأصل أيضاً، كالمال وإن لم يوص به، كذا حكاه مفتاح الكرامه.

وفى الجواهر: (بل لعله ظاهر المحقق فى الشرائع والنافع والغنيه والسرائر وغيرها مما أطلق فيها الواجب، بل نفى عنه البأس فى الدروس، ويؤيده إطلاق الدين على الصلاه فى غير واحد من الأخبار، منضمّاً إلى ما ورد فى الحج «إن دين الله أحق أن يقضى») (١) انتهى.

وبالعكس من ذلك قال فى الكفايه: الحُجه فى غير الزكاة والحج الواجبين غير واضحه.

ففى المقام مسائل أربع:

الأولى: أن يوصى بالواجب المالى كالزكاة، ولا إشكال ولا خلاف فى خروجه من الأصل.

نعم إذا أوصى أن يخرج من الثلث لم يخرج من الأصل، وكذا إذا أوصى

ص: ٢٢٤

أن يتبرع عنه متبرع وقبل ذلك المتبرع، وذلك لأن الأدلة الدالة على وجوب الإخراج من الأصل لا تشمل هاتين الصورتين.

الثانية: أن لا يوصى، ولا إشكال في خروجه من الأصل، إلا إذا تبرع عنه متبرع، حيث يكون من السالبة بانتفاء الموضوع.

وكيف كان، فيدل على حكم المسألتين جملة من الروايات الواردة في الزكاة والحج.

ففي الصحيح: رجل توفي وأوصى أن يحج عنه، قال (عليه السلام): «إن كان ضروره فمن جميع المال، إنه بمنزله الدين الواجب، وإن كان قد حج فمن ثلثه»^(١).

وفي صحيح معاوية بن عمار، قال: إن امرأه من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلث مالها، وأمرت أن يعتق عنها ويتصدق ويحج عنها، فنظرت فيه فلم يبلغ ذلك، فقال (عليه السلام): «ابدأ بالحج فإنه فريضة من فرائض الله سبحانه، وتجعل ما بقى طائفه في العتق وطائفه في الصدقة»^(٢).

قال في مفتاح الكرامه: (وقد روى هذا التعليل في خمسة طرق، وإن شئت قلت: في خمسة أخبار).

أقول: وكلها صحاح، وجعل بعضها حسناً بإبراهيم بن هاشم غير ظاهر الوجه، حيث قد ثبت أنه (رحمه الله) في أعلى درجات الوثاقه، فراجع كتب الرجال

ص: ٢٢٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٦ الباب ٤١ من أبواب الوصايا ح ١، الفروع: ج ٢ ص ٢٣٨، التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٦ الباب ٦٥ من أبواب الوصايا ح ٢، الفروع: ج ٢ ص ٢٣٨

وتتمه المستدرک، وقد نص على ذلك الفقيه الهمداني (رحمه الله) وغيره.

الثالث والرابع: أن يوصى بالواجب البدني كالصلاه، أو لا يوصى، فهل يخرج من الأصل، أو لا؟

أما إذا أوصى بأن يخرج من الثالث فلا إشكال، لإطلاق أدله الوصيه، وكذا إذا أوصى مطلقاً وكان بقدر الثالث أو أقل منه، لأن للميت حق الثالث كما تقدم، وقد عرفت أن فيه قولين.

استدل للإخراج من الأصل بقوله سبحانه: (أَوْ دَيْنٍ) حيث إن كل واجب يمكن إتيانه دين، وبالعله في الروايات التي تقدم بعضها، وبالمناط الأولوى، إذ لو وجب إخراج الحج وهو أقل أهميه من الصلاه، وجب إخراج الصلاه وهي أكثر أهميه، لأنها «عمود الدين إن قبلت قبل ما سواها، وإن ردت رد ما سواها»، وبأن حق الله أولى من حق الناس، فإذا كان مديوناً للناس وجب الإخراج فالأولى أن يخرج ما كان مديوناً لله سبحانه، وبأنه لا فرق بين الحج والصلاه، لأن كليهما يحتاج إلى المال، مثل الوضوء في الصلاه ونفقه السفر في الحج، وبأنه بعد تسليم أن الحج يشمل من كان عليه عمره مفرده، العمره المفرده لمن كان في مكه لا يحتاج إلى المال إلا في وضوئه فكيف يمكن أن يقال بإخراجها من الأصل، والحال أن الصلاه كذلك، أما أجره العمل فهي مشتركة بينهما.

وبما في الجواهر من معلوميه وجوب المال لو توقف عليه، لوقوف حصول الواجب المطلق عليه، فالمتجه إن لم ينعقد إجماع على خلافه إلحاق الواجب البدني بالمالي في الإخراج من صلب المال إذا لم يكن له ولي يخاطب به بما يفوت المولى عليه من صوم أو صلاه، وإلا خوطب هو به ما لم يوص بإخراجه من ثلثه، إلى آخر كلامه.

إلى غيرها من الوجوه التي هي بالاستحسان أقرب منها بالأدله الفقيهيه،

مثل أن الميت معاقب هناك ما لم يؤد عنه، ومن الظلم تركه كذلك.

وفى الكل ما لا يخفى، باستثناء العله المنصوصه، لكن احتمال اختصاصها بالواجبات الماليه كاف فى المنع عن خروج البدنيه عن الأصل للانصراف، بل لولا ظاهرهم الإجماع على أن سائر الواجبات الماليه كالنذر والكفاره كذلك أشكل الحكم بالإلحاق.

قال فى محكى التذكرة: (لا- فرق عندنا فى الواجب وخروجه من الأصل بين أن يكون وجوبه بأصل الشرع كالزكاه الواجبه والحج، وبين ما وجب بالتزام العبد من نذر أو مباشره ما يقتضى الكفاره) انتهى.

ثم فى الواجب المالى إن أوصى الميت بأن يخرج من الأصل كان تأكيداً، وإن أوصى بأن يخرج من الثلث ولم يكف الثلث أخرج الزائد من الأصل وإن أوصى أنه لا يزيد على الثلث، إذ لا اعتبار بالوصيه فى قبال الحكم الشرعى بلزوم إخراج الواجب من الأصل، وإنما صرفت الوصيه عن الأصل إلى الثلث لإطلاق دليل تنفيذ الوصيه بعد عدم ظهور دليل الإخراج من الأصل فى تعيين ذلك حتى فى حال الوصيه بإخراجه من الثلث.

ولو قال: أخرجوه من الأصل ولا- أعلم هل وجب على أم لا- لم يخرج من الأصل، بل من الثلث إذا علم ارتكازه فى إرادته الموصى به مطلقاً، وإلا فإن علم أنه يريد من الأصل مطلقاً بطلت الوصيه، إذ الوصيه تخرج من الثلث فيما لم يعلم اشتغال ذمه الوصى به، فجعله من الأصل جنف يلزم إصلاحه.

نعم لو كان اشتغال الذمه مقتضى الاستصحاب أخرج من الأصل، لأنه علم تنزيلي وواقع جعلى، وقد سبق فى بعض مسائل الشرح أنه إن قال: على كذا من المال، صدق.

ومنه يظهر وجه النظر في ما قاله في الجواهر: (والظاهر تصديق الولي فيما فات منه، كما صرح به في جامع المقاصد، ولعله لأنه لا يعلم إلا من قبله، بل هو المنساق منه ومن نظائره، مضافاً إلى كونه من الإقرار) انتهى، إذ الثبوت أما بالعلم أو بالبينه أو بالإقرار في حصه المقر، إذا لم تكن وصيه وإقرار منه في حال الحياة.

لا يقال: إنه إقرار في حق الغير وهو الوارث.

لأنه يقال:

أولاً: إنه إقرار في حق نفسه، وبعد الموت ينقلب إلى الإقرار في حق الغير، وإطلاق أدله الإقرار يشملها، مثل إقراره بأنه باع ولم يقبض أو اشترى ولم يقبض الثمن إلى غير ذلك ثم مات.

وثانياً: إن كل إقرار لا بد وأن يرتبط بالغير، وإطلاق الدليل تنفيذه في حقه وفي حق غيره، فإذا قال: فلان زوجتي كان إقراراً في حق ولده ووالده وأمها وبناتها، حيث لا يحق للأولين زواجها ولا يحق للأخيرتين الزواج به.

ولو قال: هذا ملك فلان، لم يحق لأولاده التصرف فيه بعد موته، كما لا يحق لمن تضمنهم الآيه الأكل منه.

ولو قال: أنا قتلت فلاناً خطأً، كان إقراراً في حق العاقله، كما ذكرناه في كتاب الديات.

ولو قال: فلان ابني، كان إقراراً في حق بنته أن لا تتمكن من التزويج بالمقر به، إلى غير ذلك.

ثم إنه يؤيد لزوم تنفيذ الوصيه مطلقاً بقول الموصى بعض الروايات.

مثل ما رواه سعد بن سعد، عن الرضا (عليه السلام)، قال: سألت عن رجل مسافر حضره الموت، فدفع مالاً إلى أحد من التجار فقال له: إن هذا المال لفلان

ص: ٢٢٨

ابن فلان ليس لى فيه قليل ولا كثير، فأدفعه إليه يصرفه حيث يشاء، فمات ولم يأمر صاحبه الذى جعله له بأمر، ولا يدرى صاحبه ما الذى حملة على ذلك كيف يصنع، قال (عليه السلام): «يضعه حيث شاء»^(١)، فإن ظاهره أنه يضع الوصى حيث شاء الموصى.

هذا بالإضافة إلى السيره المستمره فى تنفيذ الإقرارات فى الوصايا.

خلافًا لطائفه من الروايات دلت على عدم التنفيذ مطلقاً، أو التنفيذ إذا كان المال قليلاً، أو إذا كان الموصى مرضياً، أو ملياً، أو مؤمناً، أو ما أشبهه.

مثل ما رواه منصور بن حازم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لبعض ورثته إن له عليه ديناً، فقال: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذى أوصى له»^(٢).

وعن إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقر لوارث له وهو مريض بدين له عليه، قال: «يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث»^(٣).

وعن الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: الرجل يقر لوارث بدين، فقال: «يجوز إذا كان ملياً»^(٤).

وعن أبى أيوب، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل أوصى لبعض ورثته إن له عليه ديناً، فقال: «إن كان الميت مرضياً فأعطه الذى أوصى له»^(٥).

إلى غيرها من الروايات التى لابد من حملها على التقيه، ولو التقيه على

ص: ٢٢٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٨ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٧ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٨ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٥

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٨ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٨

مذهب صاحب الحدائق، كما حملها عليها الشيخ في روايه مسعده، عن الصادق (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام)، قال على (عليه السلام): «لا وصيه لوارث ولا إقرار له بدين»^(١)، يعنى إذا أقر المريض لأحد من الورثه بدين له فليس له ذلك. قال الشيخ في هذا الروايه: إنها محموله على التقيه.

وقد جمع صاحب الوسائل بين الروايات بما عنونه في الباب بالنفوذ في الوصيه إلا أن يكون في مرض الموت، ويكون المقر متهماً فمن الثلث، لكنك خبير بأن هذا الجمع غير ظاهر الوجه بعد عدم إمكان كونه جمعاً لمختلف الروايات، فراجع الباب السادس عشر من كتاب الوصيه.

ويؤيد النفوذ مطلقاً، صحيح أبي ولاد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه، قال: «يجوز ذلك»، قلت: فإن أوصى لوارث بشيء، قال (عليه السلام): «جائز»^(٢).

ويمكن أن يحمل روايات الرد مطلقاً أو في الجملة على الاطمينان بكذب الموصى، كما يؤيده ما رواه السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) عن على (عليه السلام): «إنه كان يرد النحله في الوصيه، وما أقر به عند موته بلا ثبت ولا بينه رده».

وكيف كان، فالأقرب ما تقدم، وقد سبق الإلماح إلى هذه المسأله في الشرح، ولعله يأتي أيضاً في مسأله منجزات المريض.

ثم لو قال: فلان يطلبني كذا، ومات، وقال الموصى له: لا أعلم، حق له الأخذ، أما إذا قال: لا أطلبه، لم يحق له الأخذ، وكان ما أوصى به للورثه لا أن ثلثه للموصى له، لأن الإقرار ليس وصيه حتى تنفذ في ثلثه، كما لا يخفى.

ص: ٢٣٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٠ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ١٣

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٧ الباب ١٦ من أبواب الوصايا ح ٣

(مسأله ٥): إذا أوصى بوصايا ولم تكن المتأخره ناسخه، فإن كان الجميع واجباً مالياً، مثل الزكاه والحج والنذر، أخرجت من الأصل، لما تقدم.

وإن كان مستحباً أخرج من الثلث بقدر ما يسع، لأنه لا حق له في الأكثر من ذلك إلا بإجازة الورثه.

وإن كان البعض واجباً مالياً والبعض مستحباً، أخرج الواجب من الأصل والمستحب من الثلث بقدر ما يسع الثلث، فإذا زاد على الثلث احتاج إلى إجازة الورثه، فإن لم يجيزوا بطل.

وإن كان واجباً غير مالى، كان من الثلث أيضاً على ما اخترناه.

وإن كان واجباً مالياً وغير مالى، فالمالى من الأصل وغيره من الثلث.

وإن كان واجباً غير مالى ومستحباً، فالواجب مقدم على غيره إن لم يسع الثلث كل ذلك.

وإن كانت واجبات غير مالى لا يسعها الثلث، فالظاهر التخيير بين هذا وذاك، مثل الصلاه والصوم، ويحتمل تقديم ما قدمه، لخبر حمران، ويحتمل تقديم الأهم فى نظر الشارع، فتقدم الصلاه على الصوم لما ثبت من أهميه الصلاه، لكن الأقرب التخيير، إذ خبر حمران لا إطلاق له يشمل المقام كما سيأتى، والأهميه لا دلالة فيها على التقديم فى المقام، بل هى لا توجب التقديم فى القضاء فى حال الحياه أيضاً، فإذا كان عليه صلاه وصوم لا يتمكن إلا من أحدهما تخير.

بل وإن كان أحد الواجبين أصلياً، والآخر عرضياً، كما إذا كان عليه صوم رمضان وصوم النذر، أو كان عليه صلاه اليوميه وصلاه النذر، إذ الأصل عدم الترجيح لا بالنسبه إلى نفسه ولا بالنسبه إلى القاضى عنه.

ولو كان عليه مثل الزكاه والحج مما يخرج عن الأصل، فهل تقدم الزكاه، لأن فيه حقين حق الله وحق الناس، بخلاف الحج الذى فيه حق الله، ومثل ذلك إذا كان دين وحج.

أو تقدم فى الدين والحج الحُج، لما ورد من تقديم حق الله.

أو يخير مطلقاً، لعدم كفايه مثل هذه الوجوه للترجيح الذى هو شرعى، فلا يثبت

إلا- بدليل، احتمالات، وإن كان لا يبعد التخيير مطلقاً، ولعل الأولى تقديم مثل الزكاه والدين لأنهما حق الله أيضاً وفيه فائده للناس، ولما دل على أن الله يغفر حقه ويطلب بحق الناس حتى يغفروا هم.

وكيف كان، فيدل على بعض ما ذكر بعض الروايات.

فعن معاوية بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل مات فأوصى أن يحج عنه، قال: «إن كان ضروره فمن جميع المال، وإن كان تطوعاً فمن ثلثه» (١).

وفي حديث آخر، عنه (عليه السلام)، قال: «يقضى عن الرجل حجه الإسلام من جميع ماله» (٢).

وعن حارث بياع الأنماط، إنه سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بحجه، فقال: «إن كان ضروره فهى من صلب ماله إنما هى دين عليه، وإن كان قد حج فهى من الثلث» (٣).

إلى غيرها من الروايات المذكوره فى الوسائل والمستدرک فى كتاب الحج.

أما صحيح معاوية بن عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل توفى وأوصى أن يحج عنه، قال: «إن كان ضروره فمن جميع المال، إنه بمنزله الدين الواجب، وإن كان قد حج فمن ثلثه، ومن مات ولم يحج حجه الإسلام ولم

ص: ٢٣٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٦ الباب ٤١ من أبواب الوصايا ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٥ الباب ٤٠ من أبواب الوصايا ح ١

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٥ الباب ٣٦ من أبواب الوصايا ح ١

يترك إلا قدر نفقه الحمولة وله ورثه فهم أحق بما ترك، فإن شأؤوا أكلوا، وإن شأؤوا حجوا عنه»^(١).

فالظاهر العمل به، لأن بقاء الإنسان بلا نفقه محذور في الشريعة فلا يمكن أن يشرع الشارع تقديم الحج، وعليه فلا دليل على أن عليهم بدله إذا تمكنوا بعد ذلك، اللهم إلا أن يقال: إنه من باب الجمع بين الحقيين، لكن سكوت الإمام (عليه السلام) عن ذلك يؤيد العدم.

بل يمكن أن يستفاد من الصحيح المذكور جواز إعطائها للفقير الذي لا يجد القوت إذا دار بين قضاء حجه وإشباعه، بل وإلى أنه إذا أراد الحج ورآه جاز له إعطاؤه له وعدم الحج، ومقتضى القاعدة أنه إذا دار الأمر بين الحج الواجب وإنقاذ نفس عن الهلكة قدم الثاني للأهميه، فإن استطاع في المستقبل ذهب إلى الحج وإلا لم يكن عليه حج.

وفي حديث مروى عن المسيح (عليه السلام): «جعل السبت للإنسان ولم يجعل الإنسان للسبت».

وكيف كان، فعن معاوية بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه أوصت بمال في الصدقه والحج والعتق، فقال: «ابدأ بالحج فإنه مفروض، فإن بقى شيء فاجعل في العتق طائفه، وفي الصدقه طائفه»^(٢).

وعن معاوية أيضاً، قال: إن امرأه هلكت وأوصت بثلثها يتصدق بها عنها ويحج عنها ويعتق عنها، فلم يسع المال ذلك، إلى أن قال: فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال: «ابدأ بالحج فإن الحج فريضه، فما بقى فضعه في النوافل»^(٣).

ص: ٢٣٣

١- الوسائل: ج ٨ ص ٤٦ الباب ٨ من أبواب الحج ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٦ الباب ٦٠ من أبواب الوصايا ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٧ الباب ٦٥ من أبواب الوصايا ح ٣

ومما تقدم يظهر وجه قول الشرائع: (ولو أوصى بواجب وغيره، فإن وسع الثلث عمل بالجميع، وإن قصر ولم تجز الورثة بدأ بالواجب من الأصل وكان الباقي من الثلث) انتهى.

وإن كان فيه نوع غموض.

وأوضح منه عبارته القواعد قال: ولو أوصى بواجب وغيره بدأ بالواجب من صلب المال والباقي من الثلث إن لم يجز الوارث.

ومفتاح الكرامه فهم من الشرائع نفس ما ذكره العلامة، ولذا قال: صرح بذلك في الشرائع والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض والروضه والمختلف والكفايه وفيها إنه المشهور.

ثم لو كان عليه حج مفرد وعمرتة وزكاه، والمال لا يكفي إلا لأحدهما، أو بعض هذا وبعض ذاك، لم يبعد التخيير لما تقدم، وإن جاز أن يعطى عن كل بعضاً، لأنه أقرب إلى الجمع بين الحقين.

ص: ٢٣٤

(مسألة ٦): لو أوصى بعده أمور لا يكفى الثلث لجمعها ولم يجز الوارث، ففيه أقوال:

الأول: إنه يبدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث ويبطل الزائد، وهذا هو المشهور بينهم، ذكره الشيخ وابن إدريس وابن حمزه والمحققان والعلامة والشهيدان والكفايه وغيرهم، بل عن ظاهر المبسوط والتذكرة الإجماع عليه.

الثاني: إن العتق مقدم، وإن تأخر في اللفظ، كما عن أبي علي.

الثالث: إن الوصيه المتأخره المتباعده زمانها من الأولى ناسخه لها، ومقتضيه للرجوع عنها، كما عن ابن حمزه.

استدل الأولون بما في الجواهر، بأن الوصيه الصادره أولاً نافذه لوقوعها من أهلها في محلها، وهكذا ما بعدها إلى أن تبقى المتأخره بلا موضوع تتعلق به فتقضى بالبطان، وبعض الروايات:

كخبر حمران، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل أوصى عند موته وقال: اعتقوا فلاناً وفلاناً، حتى ذكر خمسه فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقهم، قال: «ينظر الذين سماهم وبدأ بعقهم فيقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، وإن عجز الثلث كان ذلك في الذى سمي أخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك» (١).

والحديث معمول به قديماً وحديثاً، ولذا يصح الاستناد إليه، وتعليقه يدفع احتمال اختصاصه بالعتق المذكور فيه، ولا فرق في ذلك بين الوصيه العهديه والتسليكيه لان العله عامه.

ص: ٢٣٥

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، قال: في الرجل يعتق بعض عبيده عند الموت وليس له مال غيرهم ولم يعلم من أعتق أولاً منهم إذ لم يسمه، قال (عليه السلام): «يقرع بينهم، ويعتق الأول فالأول حتى يبلغوا الثلث»، قال أبو جعفر (عليه السلام): «فإن سماهم فقال: أعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً نظر في ثلثه وفي أثمانهم ثم بدأ يعتق من سماه أولاً فأولاً، فإن خرج الثلث على الرؤوس عتقوا» إلى أن قال: «وكان الباقي ميراثاً» (١).

ولا يقف أمام دليل المشهور إلا أمور:

الأول: ارتكاز الموصى الذي علم منه، إما بتصريحه أو بالقرائن على أنه لا ترتيب، وأنه لا يهمله تقديم المتأخر أو المتقدم أو التوزيع، ومن المستبعد جداً أن الشارع شرع على خلاف إرادته الموصى، بل ظاهر أدله لزوم تنفيذ الوصية خلاف ذلك.

الثاني: ما استدل به للإسكافي، ونسب إلى الشيخ أيضاً، من الموثق عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصيه وكان أكثر من الثلث، قال: «يمضى عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقي» (٢)، حيث إن ظاهره أن العتق مقدم مطلقاً، وظاهر أن النقصان فيما بقي أن العتق كان وصية لا تنجزاً، كما لا يخفى.

وعن إسماعيل بن همام، عن أبي الحسن (عليه السلام)، في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته وأعتق مملوكاً، وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث

ص: ٢٣٦

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨ الباب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ١

كيف يصنع به في وصيته، قال: «يبدأ بالعتق فينفذ»^(١).

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن عتق رجل عند موته خادماً له ثم أوصى بوصيه أخرى أعتقت الخادم من ثلثه وألغيت الوصيه إلا أن يفضل من الثلث ما يبلغ الوصيه»^(٢).

إلى غيرها.

الثالث: ما عن ابن حمزه، فعن علي بن سالم، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) فقلت: إن أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ، فقال: «خذ بآخرهن» فقلت: إنها أقل، فقال: «وإن قلت»^(٣).

الرابع: ما دل على تقسيم المال بين الوصايا، مما ظاهره لا اعتبار بالأول فالأول.

فعن معاوية بن عمار، قال: أوصت إليّ امرأه من أهل بيتي بثلاث مالها (بمالها: خ ل) وأمرت أن يعتق عنها ويحج ويتصدق، فلم يبلغ ذلك، فسألت أبا حنيفة فقال: يجعل ذلك أثلاثاً، ثلثاً في الحج، وثلثاً في العتق، وثلثاً في الصدقة، فدخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فقلت له: إن امرأه من أهلي ماتت وأوصت إليّ بثلاث مالها وأمرت أن يعتق عنها ويحج عنها ويتصدق فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: «ابدأ بالحج، فإنه فريضه من فرائض الله عز وجل، واجعل ما بقي طائفه في العتق وطائفه في الصدقة». فأخبرت أبا حنيفة بقول أبي عبد الله (عليه السلام) فرجع عن قوله وقال بقول أبي عبد الله (عليه السلام)^(٤).

ص: ٢٣٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨ الباب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٨ الباب ٦٧ من أبواب الوصايا ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٧

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٥ الباب ٦٥ من أبواب الوصيه ح ١

وفى روايته الأخرى، عنه (عليه السلام): «ابدأ بالحج فإنه مفروض، فإن بقى شىء فاجعل فى الصدقه طائفه، وفى العتق طائفه».

وفى روايه ثالته عنه، قال: ماتت أخت مفضل بن غياث وأوصت بشىء من مالها، الثلث فى سبيل الله، والثلث فى المساكين، والثلث فى الحج، فإذا هو لا يبلغ ما قالت (إلى أن قال): ولم تكن حجت المرأة، فسألت أبا عبد الله (عليه السلام)، فقال لى: «ابدأ بالحج فإنه فريضه من فرائض الله عليها، وما بقى اجعله بعضاً فى ذا وبعضاً فى ذا» (١).

إلى غيرها من الروايات.

وفى كل هذه الوجوه الأربعة عدم قدرتها على معارضه دليل المشهور.

إذ يرد على الأول: أن ليس الكلام فى الارتكاز الذى هو بمنزله التصريح، بل الكلام فيما لم يعلم ذلك.

قال فى الجواهر: لو صرح بعدم إرادته الترتيب اتبع، وإن رتب فى اللفظ.

وعلى الثانى: إن رواياته محموله على إرادته العتق مقدماً، بقرينه الروايات التى ذكرناها فى الإشكال الرابع، حيث إن هذه الروايات تقول بالتقسيم بين العتق وغيره من الوصايا، وفى روايات تقديم العتق دلالة على أن مراد الموصى التقديم، حيث إن الموثق الأول وخبر أبى بصير ظاهران فى ذلك، فيحمل غيرهما عليهما.

وعلى الثالث: إن تلك الروايه ظاهره فى الوصايا الناسخه، كما يتعارف

ص: ٢٣٨

عند بعض الناس يوصون بشيء ثم بشيء آخر، ولذا قد يوجد لإنسان ورقته وصيه متخالفه بعضها مع بعض، وحينئذ فالعمل على الأخير إن علم به، وإلا فإما القرعه لأنها لكل مشكل، أو قاعده العدل إن كانت الوصيه مسرحةً لها، ويؤيد القرعه روايه الدعائم المتقدمه، ويؤيد قاعده العدل ما تقدم من جعل المال طائفه في العتق وطائفه في الصدقه.

وإذا كان بين الوصيتين عموم من وجه كان اللازم العمل بالمجمع، وفي مورد الافتراق يعمل بما ذكر من القرعه أو قاعده العدل.

وإن كان بينهما عموم مطلق عمل بالمجمع، وفي الزائد يعمل بها بقدر السعه إن أمكن بقدر السعه، وإلا عمل بالزائد من المال في وجوه البر، مثلاً- أوصى في ورقه بالعمره، وفي أخرى بالعمره والحج، فإن العمره تعطى، والحج حيث لا يسعه الثلث وليس بواجب يعطى بما بقى من الثلث لسبل الله تعالى.

وعلى الرابع: إن الظاهر من روايه معاويه أن الإمام (عليه السلام) أراد الجمع بين الثلاثه حسب الوصيه مع تقديم الحج، فلم يكن الثلث قاصراً عن الثلاثه، وإنما أراد الإمام رد التقسيم أثلاثاً بحيث يعطى الثلث للحج زاد أو نقص، مثلاً كان له ثلاثمائة لا يعطى الثلث للحج، وإن كانت قيمه الحج مائتين أو خمسين، حتى يوجب في المائتين التكسر أو إعطاء الحج الميقاتي، وفي الخمسين إعطاء النائب أكثر من حجه، بل يقدم الحج وما بقى نصفه في العتق ونصفه في الصدقه، وهما غالباً قابلان للقليل والكثير.

أما في الصدقه فواضح، وأما في العتق فلا إمكان عتق البعض، نعم قد تقدم أن ما ذكر في الروايات ليس في ما عرف ارتكاز الموصى بخلاف ما فيها، وإلا

اتبع الارتكاز، ففي عتق العبيد مثلاً إن علم منه إرادته عتق الجميع ما أمكن منهم عتق بعض كل واحد، لا أن يعتق أولاً فأولاً حتى يحرم البعض، وفي الصدقة والعتق إن علم إرادته الأول فالأول قدم ما ذكره أولاً.

والحاصل: إن أمكن الجمع جمع، وإن لم يمكن، فإن لم يكن ارتكاز عمل بالأول فالأول، وإن كان ارتكاز عمل به، مثلاً إذا أوصى بصدقه لزيد وصدقه لعمر و قسم المال بينهما، وإذا أوصى بعتق زيد وعمرو وعلم ارتكازه بالتقسيم عتق نصف كل منهما إذا كان المال ليس أكثر من ذلك، وإن لم يعلم أعتق الأول فقط، فإن زاد من عتقه صرف في عتق بعض الثاني، فإنه مقدم على سائر سبل الخير.

وإن لم يكن الأول فالأول، بل ذكر الجميع دفعه، مثل أن قال: أعتقوا كل عبيدي، دار الأمر بين القرعه وقاعده العدل، والثانيه أولى كما ذكرناه في بعض مباحث الكتاب أنها مقدمه على القرعه.

وكذا إن علم السبق واللحق، لكنه لم يعلم السابق منهما، وكذا لو شك في السبق والتقارن.

(مسألة ٧): لو قال لفلان مائه منّ من الحنطه، وكان عنده ثلاثه أقسام من الحنطه، كل واحد مائه منّ، لكن كان أحدها يساوى ثلثه والآخران أكثر وأقل، كان على الوارث إعطاؤه مائه منّ سواء ذلك الذى يساوى الثلث أو ملفقاً، ولا يحق له إعطاء الأقل، وذلك لإمكان تنفيذ الوصيه.

نعم لو بادل الموصى له بعد إعطائه بالأحسن أقل، أو الأسوأ أكثر جاز إذا قبل الوارث، وكذا إذا كان كل حنطته مساويه فى القيمه، لكن كان بعضها فى بلد لا تضخم فيه ولا تنزل، وبعضها فى بلد فيه أحدهما أعطاه المساوى، سواء فى هذا البلد أو بلد آخر، وذلك لإمكان تنفيذ الوصيه.

ولو أوصى أن يعطى له ثلثه، حق للوارث إعطاؤه من أى الثلاثه، سواء صار بقدر ثلث كميته الحنطه أو أقل أو أكثر، لأن الاختيار بيده، ولا يحق للموصى له أن يقول لا أريد هذا وإنما ذاك، إذا قبل الوصيه، نعم قد تقدم أن الوصيه عقد، فيحق له أن لا يقبل أصلها أو بعضها.

ولو أوصى لشخص بثلث أولاً ولاحر بربع ثانياً، ولاحر بسدس ثالثاً، ولم تجز الورثه، أعطى الأول فقط، لأنه لا مانع منه وبطل الآخران، ذكر ذلك الفاضلان وشراحهما، وذلك إذا لم يجز الوارث الزيادة، وإن أجاز أحدهما أو بعض أحدهما جاز، إذا لم يكن رجوع من المورث وإلا عمل بالمتأخر، كما تقدم.

قال فى الجواهر: (فما عن بعضهم فى أن الوصيه بالربع والسدس فى نحو مفروض المتن رجوع عن الأول واضح الضعف، بل قيل إنه غير معروف القائل) انتهى.

ومن ذلك يعرف أمثال ذلك، كما إذا أوصى للأول بالسدس، وللثانى

بالثلث، حيث يبطل السدس بالنسبه إلى الثاني، ويعطى كل واحد سدساً.

ولو شك في أنه هل رجح عن الوصيه الأولى حتى تصح الثانيه والثالثه مثلاً، أو لم يرجع حتى تبطلا، استصحب البقاء لتماميه أركانها.

ولو وجدنا منه ثلاث وصايا مجهوله التاريخ، أحدها بالثلث، والثانيه والثالثه بالسدس، فقد تقدم أن مقتضى القاعده قاعده العدل، وعليه ينقص من كل نصفه، لأن المجموع ثلثين بينما له الثلث فقط، فيعطى الأول السدس، والثاني والثالث نصف السدس، وعلى هذا القياس.

ولو شك في أن ما كتبه لفظ (الثلث) أو (النصف) بطل الزائد، أما لو شك أنه كتب الثلث أو السدس، فهل القاعده أصاله البراءه عن السدس المشكوك فيه، أو إجراء قاعده العدل بإعطائه سدساً ونصفاً، احتمالان، وإن كان الأول أقرب.

ولو أوصى بثلثه لزيد وبثلثه لعمرو بطل الثاني، إلا مع إجازة الوارث للثاني كلاً أو بعضاً، بل ربما نسب هذا الحكم إلى علمائنا كما في الجواهر، وقد اختلفوا في ذلك.

وإن كان الذى ينبغي أن يقال: إنه ربما يعلم أن مراده بالوصيه الثانيه نسخ الوصيه الأولى، كما إذا كان يقرأ الدرس عند زيد فأوصى له بثلثه ثم صار بينهما نزاع، فدرس عند عمرو فأوصى بثلثه له، حيث يعلم من ذلك أنه أراد بالوصيه الثانيه نفس الثلث الأول، وهذا لا ينبغي الإشكال في نسخ الثانيه للأولى.

وربما يعلم أن مراده ثلث آخر غير الثلث الأول، لأنه لا يعلم المسأله وأنه لا يصح له أن يوصى بثلثين، أو يعلم المسأله وإنما أوصى بالثلث الثاني رجاء أن يجيزه الوارث، وهنا إن أجاز الوارث صح الثانيه وإلا بطلت، أما الوصيه الأولى فهي صحيحه مطلقاً.

وربما يشك في أنه قصد الفسخ أو صدرت منه الثانيه جهلاً أو رجاءً، ومقتضى القاعده هنا استصحاب صحه

الأولى، لأن الشك في الصحة والبطلان ناشئ عن الشك في الفسخ، وحيث إن الأصل عدمه كان الأصل بقاء الوصية الأولى على حالها.

ثم إنهم جزموا ببطلان الوصيتين في الوصية بالثلث والربع والسدس، وتفرقوا في الوصية بالثلث وبالثلث، فالشرائع قال بالبطلان فيها أيضاً تبعاً للشيخ وابن إدريس، وتبعهم المسالك والكفاية والمفاتيح، بينما في القواعد إن الثانيه رجوع على إشكال، وعن التحرير والدروس وجامع المقاصد عدم الترجيح أيضاً.

قال في مفتاح الكرامه: (إن منشأ الإشكال هو الفارق بين المسألتين، حيث إن الإنسان لا يستحق من ماله إلا ثلثه، فإذا أوصى بالثلث مضافاً إلى نفسه ثم أوصى به كذلك، كان الموصى به ثانياً هو الموصى به أولاً، فيكون فاسخاً له) انتهى.

لكنك قد عرفت اختلاف الصور، فلا يمكن الفتوى بالبطلان مطلقاً، ولا بالإشكال مطلقاً.

أما استدلال الخلاف لما ذهب إليه من البطلان بإجماع الفرقه وأخبارهم، فاللزام حمله على إرادة الموصى ثلثاً ثانياً، كما هو واضح.

ثم لو كان له عبد يساوي ثلثه أو أقل، فقال تاره: عبدى لزيد بعدى، وقال أخرى: عبدى لعمرو، كان لابد وأن يكون الثاني فاسخاً للأول، إذ العبد لا يتكرر، كما كان يحتمل التكرار في الثلثين، فلا صور لمثل الوصية بالعبد المذكور.

ولو كان له ثلاث صبر، صبرتان منها تسوى ثلثه، فقال مره: ثلث الصبر لزيد، ومره: ثلث الصبر لعمرو، صحت الوصيتان، لإمكان جمعهما في الصبرتين اللتين تساويان ثلثه، وإن كان كل صبره مائه من، فاللزام جعل الوصية صحيحه، قال (عليه السلام): «ضع أمر أخيك على أحسنه». والأحسن هنا الصحة في قبال

البطلان، ولو قال فى كلام واحد: ثلاثى لأخوى، فىما لم يكن مقدم ومؤخر، فمقتضى القاعده تقسىم ثلاث لهما إن لم يجر الورثه، وإلا كان لكل منهما ثلاث.

قال فى القواعد: فإن اشبه الأول _ فىما لو أوصى بثلاث وثلاث _ أقرع.

وقد عرفت أن مقتضى القاعده التنصيف، كما ذكره فى باب الخمس، فراجع الجواهر هناك، وقد ذكرنا بعض تفصيلة فى الشرح.

لكن القرع هو اختيار المبسوط والمهذب والشرائع والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والروض والمسالك على ما حكى عن بعضهم.

قال فى الجواهر فى شرح كلام المحقق (استخرج بالقرعه): (باعتبار عدم اندراجه فى قاعده من قواعد الشرع) إلى آخر كلامه.

ثم إنه لو لم يعلم هل وصى بمثل (ثلاثى لأخوى) حتى يكون لكل منهما السدس، أو قال: (ثلاثى لزيد، وثلاثى لعمرو) فاسخاً، حتى تصح الثانيه فقط، أو بظن الصحه حتى تصح الأولى فقط، فعلى ما ذكرناه من قاعده العدل كان لكن منهما السدس، وعلى ما ذكره يقرع مرتين مره لإظهار أن الثلاث لهما أو لأحدهما، ومره إذا طلعت القرعه أنها لأحدهما بأنها لهذا أو لذاك، ولذا قال فى الجواهر: أقرع أولاً لبيان أنها دفعه أو مرتبه، وإن كان الثانى جعل جميع المحتملات سهاماً متعدده، واستخرج أحدها وعمل عليه.

مسألة ٨ لو أوصى بمعين زائد على الثلث

(مسألة ٨): قال في القواعد: ولو أوصى بمعين زائد على الثلث لا-ثنين ولم يجز الورثة، فلهما منه الثلث، وقبله قال به الشرائع، وبعدهما الشراح لهما، وذلك لأن الوصية دفعه واحده فالزائد حيث لا يكون يسقط، والقدر الممكن يكون لهما بالتنصيف إن لم يوص بالنسبه وإلا فبالنسبه، كما إذا قال: داري هذه ثلثها لزيد وثلثها لعمرو، وقد كانت الدار نصف تركته، فإن ثلثي الدار يكون لهما، ثلثاه لعمرو وثلثه لزيد، فإذا كانت تسوى تسعة كان لصاحب الثلثين أربعة، ولصاحب الثلث اثنان.

قال في القواعد بعد عبارته السابقه: ولو رتب أعطى الأول وكان النقص على الثاني، سواء أوصى لكل منهما بشيء منه، أو أوصى لكل منهما بشيء منفرد.

أقول: وذلك لأن الوصية الأولى نفذت، حيث كانت بلا مانع، والثانية حيث زادت على الثلث كان بقدر الثلث منها نافذاً، والزائد لا-ينفذ، وقد نقل مثل هذه العبارة عن الإرشاد وجامع المقاصد والروض، بل في الجواهر عند قول المصنف: (ولو جعل لكل واحد منهما شيئاً بدأ بالأول وكان النقص على الثاني منهما) انتهى. قال: (بلا إشكال في شيء من ذلك ولا خلاف، ضروره كونها وصيتين متعاقبتين).

أقول: ويأتي في المقام بعض الكلام في المسألة السابقه.

ولو أوصى بوقف دوره وكانت بعضها مختصه وبعضها مشتركه، ولم تكن جميعها أكثر من الثلث، أو أجاز الوارث الزائد، نفذت الوصية في المختصه والمشترکه، أما المختصه فإنها تكون موقوفه، وأما المشترکه فيكون بعضها الخاص بالموصى وقفاً، واللازم الإفراز بعد أن يقبضها الوصى.

وكذا إذا أوقفها بنفسه بعد مماته، وقلنا بصره مثل هذا الوقف، لأنه عقلائي يشمل «الوقف على حسب ما وقفها أهلها»، وقد ذكرنا في بعض مباحث الكتاب إن مقتضى القاعده أن قبل الإفراز بعد الوقف في المشترك، لا يصح التصرفات المنافية للمسجد فيه إذا وقف مسجداً.

ولو أوصى بوقف دوره وكانت أكثر من الثلث ولم يجز الورثه، فالظاهر أن الورثه يتخرون في وقف قدر الثلث مجتمعاً أو مشتركاً ثم الإفراز، مثلاً- كانت له ستة دور، فلما لم يجز الورثه وقفوا اثنتين منها إما خاصه، أو في ضمن المجموع ويفرز بعد ذلك.

وكذلك إذا وقف هو الستة بعد وفاته، فهو مثل التدبير الذي يقول: أنت حر دبر وفاتي.

قال في الشرائع: (وإذا أوصى بثلاث ماله مشاعاً، كان الموصى له من كل شيء ثلثه، وإن أوصى بشيء معين وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت، ولا- اعتراض فيه للورثه، ولو كان له مال غائب أخذ له من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر، ويقف الباقي حتى يحصل من الغائب، لأن الغائب معرض للتلف) انتهى.

ومثله قال العلامة في القواعد، إلّا- أنه قال أخيراً: (ويحتمل منعه من التصرف، وإن كان مستحقاً بكل حال، لأن حق الوارث التسلط على ضعف تسلطه وهو غير ممكن هنا).

أقول: إن كان المال الذي أوصى بأنه للموصى له معيناً أخذه بعد الموت، سواء كان الثلثان الآخران حاضراً أو غائباً، محتملاً تلفه بعد موت الموصى أم لا، تلف بعد ذلك أم لا، وذلك لأن الثلث عين فلا حق للورثه فيه، وإن تلف بعد موته الثلثان، إذ المعيار بالثلث وقت الموت ولم يفت من الموصى له شيء

لفرض وجود المعين، وكذلك حال العكس، كما إذا كان المعين غائباً واحتمل تلفه بعد الموت، بل أو قبله، حيث إنه ملك للموصى له.

أما الورثة فلهما الثلثان الحاضران، ولا شأن لهما في بقاء مال الموصى له ولا عدمه، بل قد عرفت أنه كذلك إذا تلف الموصى به في حياة الموصى، فإن الوصية لما كانت خاصة بذلك المعين لم يكن للورثة خساره إذا تلف في حياة الموصى.

أما إذا كان المعين الموصى به حاضراً، واحتمل أن يكون تلف الثلثان الآخرا في زمان حياة الموصى، صح للموصى له التصرف في ثلث المعين، لأنه له على كل حال.

أما حق في ثلثه الآخرين، فإنه ينكشف ببقاء بقيه التركة، فإذا ظهر أن بقيه التركة كانت موجوده إلى زمان موت الموصى، حق له التصرف في تمام المعين، وإن انكشف أنها كانت تالفه كان ثلثا المعين للورثة، وإن انكشف تلف بعض الغائب في زمان حياة الموصى، كان التالف من الطرفين بالنسبه.

مثلاً إن ظهر أنه قد تلف نصف الغائب كان للموصى له من المعين بقدر ثلث الثلثين، المعين والغائب، وهكذا.

ولو لم ينكشف هل بقى الغائب إلى زمان موت الموصى أم تلف، فاللازم استصحاب بقاءه، فيملك الموصى له كل العين، هذا إذا كانت الوصية بالمعين.

أما لو كانت مشاعاً فالغائب إذا تلف منه بعد موت الموصى كان الذاهب من الطرفين بالنسبه، فكل ما يتلف يذهب ثلثه من الموصى له وثلثاه من الورثة.

وكذا الحال إذا أوصى بوقف ثلثه، فإن قال: أوقفوا هذه الدار، وتلف

الثلاثان في حال حياته، لزم عليهم وقف ثلث العين، وإن تلف بعد موته لزم وقف جميعها.

ولو أوصى بوقف ثلث ماله مشاعاً، فإن تلف الثلاثان كان اللازم وقف ثلث الثلث، سواء كان التلف للثلاثين في زمان حياه الموصى أو بعده كما لا يخفى.

وإذا أوصى بثلث داره المملوكة كلها له في ظاهر الحال، فظهر ثلثها مستحقاً للغير، انصرفت الوصيه إلى الثلث المملوك له، فإن كان له ما يقابله مرتين، بأن كان ثلث الدار بقدر ثلث ما يملك نفذت الوصيه مطلقاً، وإن لم يكن له إلا ذلك الثلث نفذت الوصيه فيه إن أجاز الورثه، وإلا نفذت في ثلث الثلث.

وهكذا ذكر أصل هذا الفرع الشرائع وغيره، وعلة في الجواهر بأن الوصيه متى صادفت محلاً قابلاً للنفوذ نفذت وهو في الفرض متحقق، وكذا البيع على الأصح، قال: (وجواز الفضولي فيه أو فيها أيضاً لا ينافي ذلك، فما في المسالك من بناء هذه المسألة على ذلك في غير محله) انتهى.

ثم إن أوصى بكل الدار زاعماً أنها له، فظهر بعضها مستحقاً، فإن كان له مال غيرها أو أجاز الورثه، فالظاهر أن الوصيه بالنسبه إلى ما لا يملكه من الدار تقع فضوليه، فإن أجاز المالك لبعضها الآخر بدون مقابل أو بمقابل صحت، وإلا بطلت، وقد تقدم في الشرح للعروه صحة الوصيه الفضوليه لإطلاق أدلتها.

ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم للاشتراك لفظاً أو معنى، انصرف إلى المحلل، لأصالة الصحه في أمر المسلم، ولذا علة في الشرائع بقوله: (تحصيناً لقصد المسلم عن المحرم).

أما تعليل الجواهر له بقوله: (تحصيناً لكلامه عن اللغو، ولوجوب تنفيذ الوصيه، فلذلك وجب صرفه إلى المحلل) ففي دليله الأخير نظر، إذ وجوب

التنفيذ فرع صحة الوصيه فلا يمكن الاستدلال به عليها.

وكيف كان، فإذا أوصى فقد يعلم أنه أراد المحرم وحينئذ تبطل، وقد يعلم أنه أراد المحلل وحينئذ تنفذ، وقد لا يعلم أنه أراد أيهما وهو عارف بالحلال والحرام وحينئذ تنفذ، أما إذا لم يكن يعرف الحلال من الحرام، واحتمل احتمالاً عقلياً أنه أراد الحرام، فالظاهر النفوذ أيضاً، لأن قوله (عليه السلام): «ضع أمر أخيك على أحسنه»^(١)، شامل لمثل هذه الصوره أيضاً.

ولو كان لا يبالي بالحلال والحرام، وكانت عنده زوجه واتخذ فاحشه أيضاً، ويسميتها زوجه لعدم المبالاه، أو اتخذ خمساً للجهل أو عدم المبالاه بحرمه الزائد على الأربع، أو ما أشبه ذلك، وأوصى أن يعطى زوجاته كذا، فالظاهر إعطاء حتى المحرمه، إذ حرمه جعلها زوجه لا تسبب عدم شمول الوصيه، نعم إن أراد المحلله منهن لم يكن للمحرمه نصيب.

قال فى الشرائع فى مسأله ما لو أوصى بعود من عيدانه وله عود حلال وعود حرام: (ولو لم يكن له عود إلا عود اللهو قيل تبطل، وقيل تصح وتزال عنه الصيغه المحرمه) انتهى.

وظاهره التوقف.

وجه الأول: إنها وصيه بغير المشروع، فهى مثل الوصيه بالخمير غير القابل للتخلييل.

وجه الثانى: إن كونها على الصفه المحرمه لا يخرجها عن الملكيه، والفرض عدم الوصيه به مقيداً ببقائه على تلك الصفه حتى تكون الوصيه به غير مشروع، فإطلاق الوصيه يشمله، وهذا هو الأقرب، وقد قواه الجواهر، واستثنى منه بقوله: (نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود

ص: ٢٤٩

اتجه البطلان حينئذ، لعدم التمكن من إنفاذها على وجهها، لأن إزاله الصفه المحرمه متوقفه على إخراج اسمه القاضى ببطلان الوصيه به) انتهى.

وفيه: إنه إذا كان لمكسوره فائده لم يكن وجه للبطلان، إذ بطلان بعض الوصيه كالصفه هنا، حاله حال بطلان ذات بعض الوصيه، كما إذا أوصى بشاه و كلب هراش.

نعم إذا لم يكن لفاقد الوصف أى فائده، كان مقتضى القاعده البطلان.

ولا يخفى أن الفائده أعم من انتفاع الموصى له به حالاً ومآلاً، كما إذا أوصى له بالسملك المحرم وقلنا بجواز بيعه ممن يستحل وأكل ثمنه، وكان هناك إمكان البيع، كما لم نستبعده فى بيع سملك لا فلس له ممن يستحله من العامه، وفقاً لبعض الفقهاء المعاصرين، ويؤيده قوله (عليه السلام): «بيعا ممن يستحل».

ولو أوصى بالمحلل، لكن عرف أن الموصى له يصرفه فى الحرام، كالسلاح يصرفه فى قتل المؤمن، أو العنب يصرفه فى الخمر، فالظاهر صحه الوصيه، وإنما يحال بينه وبين الصرف فى الحرام إن أمكن، وإلا لم يسلم إليه وإن كان ماله، دفعاً للمنكر.

(مسألة ٩): فى بعض الوصايا المهمه.

قال فى الشرائع: من أوصى بجزء من ماله ففيه روايتان، أشهرهما العشر، وفى روايه سبع الثلث.

أقول: فمن الروايات الداله على الأول: حسن أبان، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «الجزء واحد من عشره، لأن الجبال عشره، والطيور أربعه» (١)، إشاره إلى قوله سبحانه: (ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا) (٢).

وصحيح عبد الله ابن سنان، على ما فى الاستبصار والمختلف والدروس، كذا فى الجواهر، وهى المذكوره فى الوسائل أيضاً: إن امرأه أوصت إلىّ، وقالت: ثلثى تقضى منه دينى وجزء منه لفلانہ، فسألت عن ذلك ابن أبى ليلى، فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدرى ما الجزء، فسألت عنه أباب عبد الله (عليه السلام) بعد ذلك، وخبرته كيف قالت المرأه وما قال ابن أبى ليلى، فقال (عليه السلام): «كذب ابن أبى ليلى عشر الثلث، إن الله عز وجل أمر إبراهيم (عليه السلام) فقال: (اجعل على كل جبل منهن جزءاً) وكانت الجبال يومئذ عشره، فالجزء هو العشر من الشىء» (٣).

وخبر معاويه بن عمار، سألت أباب عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: «جزء من عشره، قال الله عز وجل: (ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا)» (٤).

ص: ٢٥١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٢ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١، الفقيه: ج ٢ ص ٢٨٥

٢- سورة البقره: الآيه ٢٦٠

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٣ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٣ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٣

وخير عبد الصمد بن بشير، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) في حديث، إنه سئل عن رجل أوصى بجزء ماله، فقال: «هذا في كتاب الله، إن الله يقول: (اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا)» (١).

ومرسل ابن جعفر بن سليمان في حديث: إن رجلاً مات أوصى إليه بمائة ألف درهم، وأمره أن يعطى أبا حنيفة منها جزءاً، فسأل عنه جعفر بن محمد (عليه السلام) وأبو حنيفة حاضر، فقال له جعفر بن محمد (عليه السلام): «ما تقول فيها يا أبا حنيفة»، فقال: الربع، فقال (عليه السلام) لابن أبي ليلى، فقال: الربع، فقال جعفر بن محمد (عليه السلام): «من أين قلت الربع»، فقالوا: لقول الله تعالى: (فَخُذْ أَرْبَعَةً مِنَ الطَّيْرِ) (٢) إلى آخره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «من هذا قد علمت الطير أربعة، فكم كانت الجبال، إنما الأجزاء للجبال ليس للطير»، قالوا: ظناً أنها أربعة، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا، ولكن الجبال عشرة» (٣).

إلى غير ذلك من الروايات التي توجد جملة أخرى منها في المستدرک وغيره.

والظاهر أنه أمر تعبدى علم الإمام (عليه السلام) به من حكم الله تعالى، وإنما استدل بالآية إقناعاً لا عله، ولو كان ذلك الحكم التعبدى عبارته عن لزوم أخذ ما في القرآن الحكيم من باب البطون، فإن للقرآن إلى سبعين بطناً، فهو في التشريعات والتكوينات، مثل الأشياء المتسلسلة في التكوينات، مثلاً شراب مربى التفاح من مرباه، وهو من مائه، وهو من التفاح، وهو من زهره، وهو من شجره، وهو من التراب الذي يحلل أيضاً إلى أجزاء يتكون منها التراب، إلى غير ذلك.

ص: ٢٥٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٨

٢- سورة البقرة: الآية ٢٦٠

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٩

ولعله أريد بالبطون في القرآن مثل ذلك، وإلا- فاللازم كون الوصيه تابعه لارتكاز الموصى إن كان له ارتكاز، وإن لم يكن فالمرجع الإطلاق الشامل في المقام لأقل العشر.

ومن ذلك يعلم ضعف تعليلات الجواهر وغيره، مثل ضعف تعليل دعائم الإسلام.

فقد روى عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إن رجلاً من أصحابه قال له: إن امرأه عندنا أوصت بثلاثها، وقالت: يعطى منه جزء لفلان وجزء لفلان، وابن أبي ليلى دفع ذلك إليه فأبطله، وقال: إنما ذكرت شيئاً ولم تسمه، فقال له أبو عبد الله (عليه السلام): «لم يدر ابن أبي ليلى وجه الصواب، الجزء واحد من عشره، يعنى صلوات الله (عليه السلام) إن الأجزاء كلها تتجزأ من عشره فما دونها، يقال نصف وثلاث وربع كذلك إلى العشره، وليس كذلك فوقها» (١).

أقول: أراد بذلك أن ما له اسم هو من النصف إلى العشر، أما أقل منه فليس له اسم خاص، بل يقال له جزء من أحد عشر، وجزء من اثني عشر وهكذا، وأنت تعرف ضعف هذا التعليل، إذ لا تلازم بين لفظ الجزء وبين كون ذلك الكسر له اسم خاص.

وكيف كان، فإذا علم أن ارتكاز الموصى غير ذلك قلّه أو كثرة عمل بالارتكاز، لأن ذلك هو الموصى به، ولا دليل على أن الروايات تشمل حتى مثل هذه الصورة، فإن العقود والوصايا والأقارير والإيقاعات تتبع القصود، فإذا علمنا أن الموصى يريد أكثر من العشر ولم نعلم هل هو النصف إلى الثمن، مثلاً

ص: ٢٥٣

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٦ من أبواب الوصايا ح ٥

أعطى الثمن، لأنه متيقن وما عداه مشكوك.

ولو علم أنه أراد جزءاً من العشرين إلى جزء من أحد عشر، أعطى جزءاً من العشرين وهكذا.

ولو كان في دين آخر الجزء كسر غير العشر، اتبع ذلك الدين، لقاعده «ألزموهم»^(١).

ولا يخفى أن المراد بالعشر في الروايات العشر من كل التركة، لا العشر من الثلث، اللهم إلا ذكر الموصى أجزاء كثيرة، فقال: أعطوا محمداً وعلياً _ إلى أن عدّد عشرين اسماً مثلاً _ كل واحد جزءاً، أو إلى أن عدّد أربعة أسامي، فإنه لا يعطى كل واحد جزءاً من عشره، لأنه في الأول غير معقول، وفي الثاني يكون أكثر من الثلث.

وفي مثل ذلك يقسم الثلث على عشرين جزءاً في الأول، فيكون لكل واحد، واحد من ستين جزءاً من التركة، وفي الثاني يعطى لكل واحد عُشر باستثناء القدر الناقص، أي ثلثه أعشار وثلث عشر، لأنه بقدر الثلث الذي لا حق للموصى في أكثر منه، وهكذا في سائر الأمثلة.

والظاهر أنه لا فرق بين اللغة الفارسية والعربية في ذلك، لأن كليهما يعبران بالجزء.

ثم في قبال الروايات السابقة جملة من الروايات تقول بالسبع في مثل تلك الوصية، كصحيح البنظي: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بجزء من ماله، فقال واحد من سبعة، إن الله يقول: (لها سبعة أبواب)^(٢)».

وخبر إسماعيل بن همام الكندي، عن الرضا (عليه السلام)، في الرجل أوصى بجزء من ماله فقال: الجزء من سبعة إن الله يقول: (لها سبعة أبواب)^(٣).

ص: ٢٥٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأخوات ح ٢ و ٥

٢- سورة الحجر: الآية ٤٤

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٧ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١٢

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٧ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١٣

والمرسل الذى رواه المفيد، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، فى رجل أوصى بجزء من ماله ولم يعينه، فاختلف الوارث بعده فى ذلك، ففضى عليهم بإخراج السبع من ماله، وتلى قوله تعالى: (لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ) (١)».

وكذا المرسل المروى عن فقه الرضا (عليه السلام) (٢).

أقول: وهنا لطيفه، وهى أنه ربما علل كون الأبواب سبعة لجهنم وثمانية للجنة، أن مراكز العصيان فى الإنسان سبعة: العينان، والأذنان، واللسان، واليدين، والرجلان، والبطن حيث يأكل الحرام، والفرج، وربما جعل الأنف مكان البطن، حيث إن الأكل الحرام والكلام الحرام كليهما من الفم، والشم فى الحج من المحرمات.

وعلى أى حال، يضاف على تلك السبعة مورد ثامن للطاعة، وهو التفكير، فقد ورد: «فكره ساعه خير من عباده سبعين سته» (٣)، بينما أن مفكر العصيان غير معاقب عليه.

إلى غيرها من التوجيهات، وهى وان كانت محتمله لكنها غير معلومه.

وكيف كان، فالقولان مشهوران بين الأصحاب، وإن كان السبع أشهر فتوى، فبالنسبة إلى السبع قال فى مفتاح الكرامة: فى الخلاف والغنية الإجماع على ذلك، وفى كشف الرموز إنه الأظهر بين الأصحاب، وفى السرائر إنه الأظهر فى الأقوال والأخبار، وفى المسالك إنه مذهب الأكثر، وفى المفاتيح إنه أشهر.

أقول: ولذا قال فى الجواهر: إن أشهر القولين فتوى السبع، أما القول

ص: ٢٥٥

١- سورة الحجر: الآية ٤٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب من أبواب الوصايا ح ٧

٣- البحار: ج ٤٨ ص ٣٢٧

بالعشر، فإنه محكى عن الصدوقين والتهذيبين والنافع كما فى الشرائع، والمختلف والإيضاح والدروس واللمعه والروضه وجامع المقاصد، وفى مفتاح الكرامه: إن ظاهر إيضاح النافع أنه إجماع حيث قال: قطعاً، إلى غيرهم.

نعم توقف فى المسأله بين القولين محكى المبسوط والمهذب البارع والمقتصر والمفاتيح.

والأقرب قول المشهور، لقوله (عليه السلام): «خذ بما اشتهر بين أصحابك»، فإنه وإن لم يكن الطرف الآخر شاذاً نادراً، إلا أنه لما كان المشهور المعيار كان طرفه غير معيار، إذ يدور الأمر بين كون الشاذ عدمه معياراً، وكون المشهور وجوده معياراً، لكن حيث انصب الكلام على المشهور كما هو الظاهر من كل كلام متقدم على كلام متأخر، كان اللازم أن نقول بالأول.

أما ترجيح الجواهر قول العشر بوجه اعتبارى فلا يخفى ما فيه فراجع.

وإن شئت قلت: إن المقام من أظهر مصاديق تعارض الروايات، ولا جمع دلالى بينهما، فاللازم الرجوع إلى المرجحات الخارجيه.

أما جمع الصدوق بينهما بأنه (قد جرت العاده فى السابق لأصحاب الأموال بتجزئه المال تاره عشره وأخرى سبعة، فينصرف الجزء حينئذ على حسب ما وقع من التجزئه، وقال أيضاً: إن حمل الجزء على العشر والسبع إنما يصح إذا كانت الوصيه من العارف باللغه دون غيره من جمهور الناس، فإنه لا تصح الوصيه منه بذلك حتى يبينه) انتهى، فمنظور فيه.

كما أن حمل الشيخ روايات السبع أنه للوارث بعد رجحان العشر فتوى كأنه لصرف الجمع، وإلا فظاهر كل طائفه تنافى الطائفه الأخرى.

وليس المقام مثل ما لو قال المولى: أعط الفقير الفلانى عشره، وقال مره أخرى

لنفس الموضوع: أعطه سبعة، حيث يفهم العرف كفايه سبعة وإن جاز العشره.

وكيف كان، فقد ورد في خبر الحسين بن خالد، قال: سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: «سبع ثلثه»^(١)، ولم نجد عاملاً به، وقد احتمل بعضهم أن مراد السائل أنه إذا وصى بجزء من الثلث، ويؤيده أنه ورد مثله في العشر.

فقد روى ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة أوصت بثلثها يقضى به دين ابن أخيها وجزء منه لفلان وفلان، فلم أعرف ذلك، فقدا إلى ابن أبي ليلى، فقال: ليس لهما شيء، فقال (عليه السلام): «كذب والله، لهما العشر من الثلث»^(٢).

ثم إنه إن قال الموصى: جزء لفلان وفلان، فإن فهم منه لكل واحد جزء، قسم السبع بينهما، وإن فهم أن لكل جزءاً أعطى كل واحد منهما سُبْعاً.

ص: ٢٥٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٧ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ١٤

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٤ الباب ٥٤ من أبواب الوصايا ح ٦

(مسألة ١٠): لو أوصى بسهم من ماله، كان اللازم إعطاؤه الثمن، على ما هو مذهب الأكثر، كما عن التذكرة والمختلف وجامع المقاصد، وعن المسالك وملاذ الأخبار والكفاية إنه المشهور، وعن الرياض إن عليه عامه من تأخر، وعن السرائر إنه المعمول عليه، وعن إيضاح النافع الإجماع عليه، خلافاً لمن قال إنه واحد من ستة، وهو المنسوب إلى والد الصدوق والمقنع والمبسوط والخلاف والغنية، بل عن الأخيرين الإجماع عليه، كذا نقله مفتاح الكرامة.

وقال في الجواهر: إن الثمن هو قول الأكثر، بل المشهور.

ويدل عليه صحيح البنظي، إنه سأل أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: «السهم واحد من ثمانية» ثم قرأ (عليه السلام): (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ) الآية (١).

وكذا في حسن صفوان وموثق السكوني.

وعن المفيد في إرشاده إنه نسبه إلى قضاء أمير المؤمنين (عليه السلام)، في رجل أوصى عند موته بسهم ولم يبينه فاختلف الورثة في معناه، فقضى عليهم بذلك، وتلا الآية (٢).

وروى العياشي في تفسيره استدلال الإمام الرضا (عليه السلام) بالآية، ثم قال (عليه السلام): «إن السهم واحد من ثمانية» (٣).

إلى غيرها.

أما من قال بالسته، فقد استدل له بجمله من الروايات:

مثل ما رواه الصدوق، قال: روى أن السهم واحد من ستة، ثم قال: «متى أوصى بسهم من سهام الموارث كان واحداً من ستة، ومن أوصى بسهم من

ص: ٢٥٨

١- سورة التوبة: الآية ٦٠، وانظر: تفسير العياشي: ج ٢ ص ٩٠ ح ٦٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٢

سهام الزكاه كان واحداً من ثمانيه، ويمضى الوصيه على ما يظهر من مراد الموصى»(١).

أقول: الظاهر أنه أراد أن الإرث أصوله ربع وثلث ونصفهما وضعفهما كما ذكروا.

وقال فى معانى الأخبار: روى أن السهم واحد من ستة، وذلك حسب ما يفهم من مراد الموصى على حسب ما يعلم من سهام ماله.

لكن فى الوسائل بعد نقل ذلك عن المعانى قال: هذا محمول على التقيه(٢).

وعن دعائم الإسلام، كما فى المستدرک، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال فى رجل أوصى لرجل بسهم من ثلثه، قال: «يعطى سدسه، لأن السهام من ستة»(٣).

وعن الرضوى (عليه السلام) قال: «فإن أوصى بسهم من ماله فهو سهم من ستة أسهم».

وعن الصدوق فى المقنع والهدايه مثله(٤).

ولعل وجه حمل الوسائل(٥) الروايه على التقيه، ما نقل عن ابن قدامه فى المغنى: أرسل عن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال، فأعطاه النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) السدس(٦).

وكيف كان، فالعمل على المشهور، والإجماع المدعى على خلافه ممنوع، ولذا قال الجواهر: إنه مظنه العكس.

ص: ٢٥٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٦

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٧ من أبواب الوصايا ح ٢

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ ح ٣

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٩ الباب ٥٥ من أبواب الوصايا ح ٥

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٥ من أحكام الوصايا ذيل ح ٦

وكيف كان، فما فى خبر طلحه بن زبد، عن أبى عبد الله (علبه السلام)، عن أببه (علبه السلام) قال: «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشره»^(١)، لا عامل به، ولعله حصل الوهم للراوى بين الجزء والسهم، ففسر الأول بالثانى، من غير ملاحظه الفرق بينهما فى الروايات، وإن لم يكن فرق بينهما لغه أو عرفاً.

ثم إن الجزء إذا كان من سبعة والسهم من ثمانية، وشك أنه قال: الجزء أو السهم، أو قال بلغه أخرى يكون معناه أى منهما، فهل اللازم إعطاؤه الأقل للأصل، أو الأكثر للاحتياط، أو القرعه لأنه لكل أمر مشكل، أو جريان قاعده العدل فى التفاوت، احتمالات، وإن كان لا يبعد الأول، أما القاعده فلما ذكرناه مكرراً من أنه القاعده فى المالىات، فتأمل.

ص: ٢٦٠

١- الوسائل: ج ٣ ص ٤٤٨ الباب ٥٥ من أحكام الوصايا ح ٤ و ٥

(مسألة ١١): قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: لو كان قد أوصى بشيء كان سدساً، بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل الظاهر أنه اتفأقى كما فى المسالك، بل ظاهر التذكرة وإيضاح النافع الإجماع عليه.

وقال فى مفتاح الكرامة بعد أن حكى الإجماع على السدس من الخلاف والغنية والمسالك والمفاتيح وظاهر التذكرة وإيضاح النافع: كأنهم لم يظفروا بما فى المقنع من أنه واحد من عشرة، أو لم يعبؤوا به لندرته.

وكيف كان، فيدل عليه خبر أبان، عن على بن الحسين (عليه السلام)، إنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله، فقال (عليه السلام): «الشيء فى كتاب على (عليه السلام) واحد من ستة» (١).

أما ما عن المقنعه من الاستدلال عليه بقوله تعالى: (خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ طِينٍ) (٢) الآية، فخلق الإنسان من ستة أشياء (٣)، فكأنه أراد التأييد لا الاستدلال.

وعن فقه الرضا (عليه السلام): «وكذلك إذا أوصى بشيء من ماله غير معلوم فهى واحد من ستة» (٤).

وعن الصدوق فى الهداية _ وهى متون الأخبار _ كذلك (٥).

ثم إنه لو أوصى بما جمع لفظين مثل: سهم من جزء، أو بالعكس، أو ما أشبهه، ففى الجواهر فى جريان الحكم فيه وجهان.

ص: ٢٤١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٠ الباب ٥٦ من أبواب الوصايا ح ١

٢- سورة السجده: الآية ٧

٣- معانى الأخبار: ص ٦٥

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٧ من أبواب الوصايا ح ٢

٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٧ من أبواب الوصايا ح ٣

أقول: لا يبعد التكسير، كما في جزء الثلث، حيث يكسر الثلث لا كل التركة.

ولو قال: أعطوه جزءاً وسهماً وشيئاً، أعطى الكل، أى أربعاً وعشرين وثلاثاً من ستة وخمسين، إذا أجاز الوارث، وإلا أعطى الثلث فقط.

ثم إنه قال في القواعد: وما عدا ذلك يرجع إلى تعيين الوارث فيقبل وإن قل، كقوله أعطوه حظاً من مالى، أو نصيباً، أو قسطاً، أو قليلاً، أو جزيلاً، أو يسيراً، أو عظيماً.

قال في مفتاح الكرامه: لا أجد فيه خلافاً ولا تردداً، وإن قل من تعرض له.

أقول: وذلك للإطلاق المحمول على أى فرد صدق عليه ذلك اللفظ، والظاهر أنه لا يرجع إلى القرآن الحكيم فى ذلك، وإن كان فيه شبهه، مثل ما إذا أوصى أن يعطى ضغثاً، حيث فسر فى القرآن بمائه عوده وهكذا، إذ لا دليل على ذلك، والمناط غير مقطوع به.

ص: ٢٤٢

(مسألة ١٢): لو أوصى بصرف ماله في وجوه من الخير، فنسى الوصى وجهاً، أو وصلت الوصايه إلى من لم يعلم بوجه وإن لم ينس، جعله في وجوه البر، كما هو المشهور.

ونسبه إلى المشهور إيضاح النافع والمسالك والمفاتيح، وإلى الأكثر الكفايه.

وعليه الفتوى كما عن التنقيح، وبلا خلاف إلا من الحلّى تبعاً للطوسى فى بعض فتاواه، كما عن الرياض.

خلافاً لما عن السرائر وحائريات الشيخ وكشف الرموز، حيث قالوا بأنه يصير ميراثاً.

ولا- ترجيح لأحد المذهبين فى التحرير وغايه المراد والمهذب البارع، على ما حكى عن بعضهم، لكن فى مفتاح الكرامه إن المذهب لم يوضع على الترجيح.

وكيف كان، فالأقرب قول المشهور لجمله من الروايات.

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة، عن محمد بن الريان، قال: كتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن إنسان أوصى بوصيته فلم يحفظ الوصى إلا باباً واحداً منها كيف يصنع فى الباقي، فوقع: «الأبواب الباقيه اجعلها فى البر» (١).

ومثلها روايه الصدوق فى المقنع، فإنه متون الروايات على ما ذكروا.

وقد أيد ذلك فى مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما بما ورد فى المنذور للكعبه أنه يصرف إلى زوارها، حيث يتبين أن المصرف هو ارتكاز الناذر لا- عين ما ذكر، وفى من أوصى أن يحج عنه بمال لا يفى به أنه يصرف فى البر ويتصدق به، وكذلك فى الوقف إذا جهل الموقوف عليه، مما يظهر منه أن الشارع اعتبر ما يعتبره العرف من كون هذه المقامات من باب تعدد المطلوب، فإن تعذر المطلوب

ص: ٢٤٣

الأشد رجوع إلى المطلوب الأخف، بل لو لم يكن دليل شرعى لم يستبعد القول بذلك من باب أنه عرفى لم يردع الشارع عنه.

أما سائر الوجوه التى ذكرها الكتابان فإنها ترجع إلى الوجهين الأولين من الروايات والارتكاز.

لكن لا يخفى أن الصرف فى وجوه البر فى الجملة، إذ هناك صور:

الأولى: أن ينسى الوجه مطلقاً، مع عدم العلم بالتمييز، وهذا كما ذكروا.

الثانية: العلم بالتمييز بأن الموصى لا يريد إلا الوجه الذى ذكره بالتصريح أو بالقرائن القطعية، والأمر حينئذ يرجع ميراثاً، إذ لا ارتكاز، والرواية منصرفه عن مثله.

الثالثة: أن لا يكون تقييد، وقد ذكر الوصى الوصيه على نحو العلم الإجمالى، كما لو تذكر أنه أوصى لأحد علماء البلد، ولكنه نسى أنه ذكر من منهم، فإنه لا يصرف فى مثل المسجد، وإنما المرجع القرعه أو قاعده العدل.

الرابعة: أن يعلم الموصى به على سبيل الإجمال، بدون العلم الإجمالى، بأن يعلم أنه كان من قبيل البناء لا من قبيل سائر وجوه البر، لكنه لا يعلم هل كان بناء حسينيّه أو دار يتيم أو مدرسه أو ما أشبه، وفى هذه الصوره يصرفه فى ذلك القبيل، لا فى كل وجوه البر.

أما القول الآخر، فقد استدل له ببطلان الوصيه لتعذر القيام بها، وفيه: إنه لا وجه للبطلان بعد النص والارتكاز ومناط النظائر.

ومما تقدم ظهر أن الأمر كذلك فى الصرف فى الوجوه فيما إذا حيل بين الوصى وبين الصرف فى الوجه المعين وإن علمه، كما إذا هدم الظالم ذلك المسجد الذى أوصى له، أو ذهب به السيل وصار مستنقعا، أو ما أشبه من وجوه التعذر.

ثم إنه إنما يصرفه في سائر الوجوه مع النسيان ونحوه إذا فحص ولم يجد، أو تروى وانتظر في محتمل الكشف، أو محتمل الإمكان في صورته التعذر فعلاً، لأن ذلك مقتضى وجوب العمل بالوصيه، بالإضافة إلى ما ذكرناه غير مره من لزوم الفحص في الشبهات الموضوعيه.

ومثل النسيان والتعذر عقلاً التعذر شرعاً، كما إذا أوصى بإعطاء قرآن إلى فلان فارتد، حيث لا يمكن شرعاً تسليمه القرآن، أو أوصى بأن يبني مراحيض في ساحه موات، فجعلها إنسان مسجداً، إلى غير ذلك.

ثم لا- فرق في وجوه البر بين الوجوه الباقيه أو الزائله، مثل الإطعام به أو وقفه مسجداً، لإطلاق الدليل السابق، نعم ذلك إذا لم يكن يتذكر أنه أراد به باقياً من مسجد أو مدرسه أو حسنيه مثلاً، وإلا دخل في العلم إجمالاً أو العلم الإجمالى.

(مسألة ١٣): قال فى القواعد: لو أوصى له بسفينه أو صندوق أو جراب دخل المظروف.

أقول: وذكر بعضهم الكيس والوعاء، وهذا هو المشهور كما عن الكفايه، وعن المسالك إنه مشهور بين المتقدمين والمتأخرين، وعن المقتصر أن عمل الأصحاب على روايه أبى جميله، وعن التذكرة نسبه إلى علمائنا، وفى الجواهر عن إيضاح النافع الإجماع عليه.

ويدل على ذلك بالإضافة إلى انصراف الوصيه إلى الأعم من الطرف والمظروف فى الأشياء الجزئيه غالباً، جملة من الروايات:

مثل روايه أبى جميله المفضل بن صالح، قال: كتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف، فقال الورثه: إنما لك الحديد وليس لك الحليه، فكتب إلى: «السيف له وحليته»^(١).

أقول: هذا بناءً على شمول الحليه للقراب.

وخبره الآخر: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان فى جفن وعليه حليه، فقال الورثه: إنما لك النصل وليس لك المال، فقال: «لا- بل السيف بما فيه له»، قال: فقلت: رجل أوصى بصندوق وكان فيه مال، فقال الورثه: إنما لك الصندوق وليس لك المال، فقال (عليه السلام): «الصندوق بما فيه له»^(٢).

وخبر عقبه، سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بصندوق، وكان فى الصندوق مال، فقال الورثه: إنما لك الصندوق وليس لك ما فيه؟

ص: ٢٦٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥١ الباب ٥٧ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥١ الباب ٥٧ من أبواب الوصايا ح ١

فقال (عليه السلام): «الصندوق بما فيه له»^(١).

وخبره الآخر عنه (عليه السلام) أيضاً، قال: سألته عن رجل قال: هذه السفينه لفلان، ولم يسم ما فيها، وفيها وطعام، أيعطيها الرجل وما فيها، فقال (عليه السلام): «هي للذي أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متهماً وليس للورثه شيء».

فإن هذه الروايه وإن كانت خارجه عن باب الوصيه، لأنها من باب الإقرار، بقريته «إلا أن يكون متهماً» حيث قد تقدم الكلام في صحه الإقرار إذا كان المقر متهماً، إلا أن لها دلالة على أن ما في السفينه لمن له السفينه، ولو أن الدلاله بسبب جواب الإمام بالإطلاق عن سؤال (وفيها طعام).

أما قول الإمام (عليه السلام): «هي للذي أوصى له بها»^(٢) فلا دلالة فيها على الوصيه، إذ هي تعبير آخر عن الإقرار في حال الموت لأنه أيضاً نوع وصيه.

نعم هذه الروايه رواها الصدوق كما في الوسائل بهذا اللفظ: «إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها» ومع الغض عن (مما) مكان (ما) تكون الدلاله على الوصيه أقوى.

ومثل الروايات المتقدمه ما رواه الصدوق في الهدايه، عن الصادق (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل أوصى لرجل بسيف كان في جفنه وكان عليه حليه، فقال له الورثه: إنما لك النصل، فقال: «السيف بما فيه له»^(٣).

وروى فيها أيضاً عنه (عليه السلام)، إنه سئل عن رجل أوصى لرجل بصندوق

ص: ٢٤٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٢ الباب ٥٨ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٢ الباب ٥٩ من أبواب الوصايا ح ١

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٢

فيه مال، فقال: «الصندوق بما فيه له»^(١).

وفى الرضوى (عليه السلام): «وإذا أوصى رجل لرجل بصندوق أو سفينه وكان فى الصندوق أو السفينه متاع أو غيره فهو مع ما فيه لمن أوصى إلا أن يكون قد استثنى ما فيه»^(٢)، وهذا يؤيد نسخه الصندوق فى الاستثناء.

وروى الصندوق فى الهدايه أيضاً، عن الصادق (عليه السلام)، إنه سئل عن رجل قال: هذه السفينه لفلان، ولم يسم ما فيها، وفيها طعام، قال: «هى للذى أوصى له بها وبما فيها، إلا أن يكون صاحبها استثنى ما فيها، وليس للورثه فيها شىء»^(٣).

هذه الروايات رواها المستدرک.

وكيف كان، فقد ظهر من هذه الروايات، والشهره المحققه، وكون ذلك مقتضى القاعده لانصراف الوصيه، إذا لم يمكن انصراف مضاد، كما إذا كان فى السفينه أو الصندوق أموال كثيره، لا يوصى بمثلها لمثل الموصى له غالباً: أن قول المختلف وفخر المحققين وأبى العباس وغيرهم لعدم دخول الجفن والحليه فى الوصيه بالسيف، وقول الدروس وجامع المقاصد والكفايه وغيرهم بعدم دخول ما فى السفينه فى الوصيه بها محل نظر.

أما ما حكى عن الكفايه كما فى مفتاح الكرامه، من أن عدم الدخول فى الجميع هو المشهور، فلم يظهر وجهه.

ثم إن من الواضح أنه إنما يدخل المذكورات فى الوصايا المذكوره

ص: ٢٤٨

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ١

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٧ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ١

إذا لم يكن المجموع زائداً على الثلث، أو أجاز الورثه، وإلا كان اللازم بطلان الوصيه بالنسبه إلى الزائد عنه.

والظاهر أنه لا- فرق في البطلان بين ما ذكر في الوصيه، وبين تلك التوابع، لا أن البطلان يكون في التوابع فحسب، فلا فرق بين أن يقول: السيف وجفنه، أو أن يقول: السيف، وذلك لأن كليهما مدلول الكلام، فاحتمال الصحه في كل السيف والبطلان في كل الجفن، أو الزائد منه من الثلث، غير وجيه.

ص: ٢٦٩

(مسألة ١٤): قال فى الشرائع: (ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصح، وهل يلغو اللفظ، فيه تردد بين البطلان وبين إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد فيمضى فى الثلث ويكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة، والوجه الأول، وفيه رواية بوجه آخر مهجوره) انتهى.

أقول: الأول عليه أكثر كما عن المسالك والكفايه، أو المشهور كما عن المختلف والإيضاح والمهذب البارع، أو المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعاً كما فى الجواهر، أو إنه الذى عليه الأصحاب _ المشعر بالإجماع _ كما عن المقتصر، خلافاً لمن يأتى ممن عملوا بروايه السرى.

وأما الثانى: بأنه وصيه بإخراجه من الثلث فيكون الثلث لباقي الورثة، فهو المحكى عن المختلف، وعن الخراسانى أنه استظهره، وتبعهما صاحب الجواهر.

أما الأول: فهو مستند إلى الكتاب والسنة والإجماع المتقدم، لأنه من الجنف فى الوصيه.

وعن محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل توفى وأوصى بماله كله أو أكثره، فقال (عليه السلام): له الوصيه ترد إلى المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه وأتى فى الوصيه المنكر والحيث فإنها ترد إلى المعروف، ويترك لأهل الميراث ميراثهم» (١).

وعن مسعده بن صدقه، عن جعفر بن محمد (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام) قال: «من

ص: ٢٧٠

عدل في وصيته كان كمن تصدق بها في حياته، ومن جار في وصيته لقي الله عز وجل يوم القيامة وهو عنه معرض» (١).

وعنه، عن أبيه (عليهما السلام)، قال علي (عليه السلام): «الحيف في الوصيه من الكبائر» (٢).

وفي روايه أخرى: «الضرر في الوصيه من الكبائر» (٣).

وعن السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) قال: قال علي (عليه السلام): «ما أبالي أضررت بولدي أو سرقتهم ذلك المال» (٤).

وفي روايه ابن المغيرة مثله، إلا أنه قال: «أضررت بورثتي» (٥).

إلى غيرها من الروايات.

بل في الصحيح: عن رجل كان له ولد يدعيه ثم أخرجه عن الميراث وأنا وصيه فكيف أصنع، فقال (عليه السلام): «لزم الولد لإقراره بالمشهد، ولا يدفعه الوصي عن شيء علمه» (٦).

والآيه وهذه الروايات بضميمه ما تقدم وغيره تدل على المنع عن مطلق إخراج الموصى ورثته، وإن لم يكونوا أولاداً.

وأما الثاني: فقد عرفت أن جماعه قالوا: إن الوصيه تلغى، حتى يكون

ص: ٢٧١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٩ الباب ٨ من أبواب الوصايا ح ٤

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥١٩ الباب ٤ من أبواب الوصايا ح ١، الوسائل: ج ١٣ ص ٢٥٦ ح ١

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٥٦ الباب ٥ من أبواب الوصايا ح ١

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٦ الباب ٩٠ من أبواب الوصايا ح ١، انظر الفقيه: ج ٢ ص ٢٨٢، التهذيب: ج ٢ ص ٣٩٨، الفروع: ج ٢

ص ٢٥٢

وجودها كعدمها، خلافاً لمن قال بصحتها بالنسبة إلى الثلث.

استدل الأول: بأن الإخراج من الثلث أعم من الوصية بالمال لباقي الورثة، فإنه وإن رجعت الحصه إليهم لكن ليس ذلك وصيه لهم، وإذ لم يشمله دليل الوصيه كان لغواً.

وفيه: ما ذكره الجواهر، قال: (إن الوصيه بالإخراج وإن لم تكن وصيه بالباقي للباقي، لكنها نفسها وصيه، ضروره عدم الفرق فيها بين الأمر والنهي والإعطاء وعدمه في نفوذ جميع ما أوصى به من الثلث، فهو كما لو صرح بإخراجه من الثلث، فإنه لا إشكال في اختصاص غيره من الورثة به لا الوصيه به لهم، بل لإخراج الولد مثلاً منه فيبقى إرثاً لغيره، ولا يعتبر في الوصيه قصد الوصيه، كما لا- يعتبر فيها سوى العهد بما أراده، والشارع لم يقطع سلطنته عن الثلث بل أبقاها، فهو مسلط عليه دفعاً ومنعاً، فإذا أخرج بعض الورثة عن المال كله نفذ في مقدار الثلث الذي له تسلط عليه ولم ينفذ في غيره، كما لو أعطى المال كله لبعضهم فإنه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره) انتهى.

فإذا قال: لا تعطوا ابني زيدا إرثاً، وكان له ثلاثة أولاد وله تسعه دنانير، لزم إعطاء زيد دينارين، وإعطاء كل ولد آخر ثلاثة دنانير ونصفاً، حيث إن الوصيه اقتضت حرمانه من الثلث الذي للموصى حق فيه، لا من الثلثين الذي ليس للموصى حق التصرف فيه، فهو بوصيته وفر للولدين الآخرين ديناراً يقسم بينهما.

ولو قال في المثال: لا تعطوا لأحد من أولادي شيئاً، بل اعطوا إرثي لفلان، أعطى فلان ثلثه وأعطى كل ولد دينارين.

ولو قال في المثال: لا تعطوا لولدين من أولادي زيد وعمرو شيئاً، كان لكل منهما ديناران، وخمسه دنانير لولده الثالث الذي لم يستثنه.

ولو قال: أعطوا كل مالي لزوجتي، أضيف إلى حصتها ثلث أموال الميت، واللازم إعطاؤها قدر الثلث من أرض الميت ونقده بالنسبه، أى لا يعطى لها كل الثلث من الأرض، ولا كل الثلث من النقد، إذ لا وجه لأحد الأمرين، بل اللازم إعطاؤها الثلث من النقد والأرض بالنسبه، فإذا كان كل واحد منهما قدر نصف مال الميت أعطيت ثلث الأرض وثلث النقد بالإضافة إلى إرثها ربعاً أو ثمناً وهكذا، واعطى الباقي الذى يبقى بعد الثلث وحصتها الإرثيه لسائر الورثه، ومن الواضح أنه لا يلاحظ كون الزوجه لا ترث من الأرض، إذ أخذها من الأرض حينئذ إنما هو بالوصيه لا بالإرث.

ومنه يعلم أنه لو قتله أحد أولاده، فقال قبل موته: أعطوه كل إرثي، أعطى الثلث، فإنه ليس إرثاً حتى يقال إن القاتل لا يرث، بل وصيه وهى تنفذ بالنسبه إلى القاتل وغيره.

وأما الروايه التى أشار اليها المحقق، فهى روايه على بن السرى التى عمل بها الصدوقان، وجعلها الشيخ قضيه فى واقعه، والمراد بها أنها بملاحظه أمر خارجي ولا نعلم ما هو سبب الحكم بذلك، فلا يمكن أن يؤخذ بها لقاعده كلييه، إذ الأصل فى الروايات أخذها كلييه، أما إذا لم يمكن الأخذ بها كذلك لزم أن يحتمل جهه خارجيه حتى لا تطرح، فإن الطرح ينافى الروايات التى تدل على عدم طرح الروايات، بل ردها إليهم (عليهم السلام) والتسليم لهم.

وكيف كان، مثلاً يقال: إنه (عليه السلام) إنما حرم الولد المذكور من الإرث، لأنه علم أنه ليس بولد الميت بعلم الغيب أو ما أشبه ذلك.

قال الراوى: قلت لأبى الحسن موسى (عليه السلام): إن على بن السرى توفى فأوصى إلىّ وأن ابنه جعفرأ وقع على أم ولد له فأمرنى بأن أخرجّه عن

الميراث، قال: فقال (عليه السلام): «أخرجه، وإن كنت صادقاً فيصبيه خيل»، قال: فرجعت فقدمنى إلى أبى يوسف القاضى، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن على السرى، وهذا وصى أبى فمره فليدفع إليّ ميراثى من أبى، فقال لى أبو يوسف القاضى: ما تقول، فقلت: نعم، هذا جعفر بن على السرى، وأنا وصى على بن السرى، قال: فادفع إليه ماله، فقلت: أريد أن أكلمك، فأذن لى فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامى، فقلت: هذا وقع على أم ولد لأبيه فأمرنى أبوه وأوصى إليّ أن أخرج من الميراث، ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر (عليه السلام) بالمدينه فأخبرته وسألته فأمرنى أن أخرج من الميراث ولا أورثه شيئاً، فقال: الله إن أبا الحسن أمرك، قلت: نعم، فاستحلفنى ثلاثاً، ثم قال لى: انفذ ما أمرك أبو الحسن به، فالقول قوله (١).

قال فى الجواهر: (ظاهر الصدوقين ذلك، لكن فى الولد الذى قد أحدث الحدث المزبور دون غيره، وحينئذ يكون عدم النفوذ فى ما عداه مجمعاً عليه، بل لعله كذلك فيه أيضاً لعدم قدح خلاف مثلهما فيه) انتهى.

ثم لو قيل به هل يتعدى إلى الحفيد والجد، وإلى الفاحشه بالأم، أو بزوجه الأب، احتمالان، لكن لما كانت الروايه مهجوره واحتمل فيها أنها قضيه فى واقعه ولو من جهه ولايه الإمام (عليه السلام) من باب عقوبه المنكر أو ما أشبه ذلك، لم يكن للبحث فى خصوصياته مزيد فائده.

ثم الظاهر أنه لو قال: لا تعطوا ولدى الأكبر شيئاً من ميراثى، لم يعط من الحبوه، لأنه كالوصيه بإعطاء الحبوه لغيره، وتكون بين سائر الورثه، لا الأكبر

ص: ٢٧٤

الأولاد بعده، إذ لا- دليل على أنه لا حق في الوصية بالحبوه فالأصل صحتها، كما لا دليل على إعطائها أكبر الأولاد بعد الولد الأكبر إذا كان فيه محذور.

وإذا أوصى الكافر بعدم إعطاء بعض ورثته، فإن صح ذلك في مذهبهم عملنا بوصيته من باب ألزومهم، وإن كان لا يبعد التخيير بالعمل بالنسبه إلى ذلك بديننا أو بدينهم، من باب الجمع بين قاعده الإلزام(١)، وقوله سبحانه: (وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ)(٢)، كما ذكرناه في كتاب القضاء وغيره.

ص: ٢٧٥

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥

٢- سورة المائدة: الآية ٤٩

(مسأله ١٥): لو أوصى بلفظ مجمل غير مفسر في الشرع، فالإجمال على ثلاثه أقسام:

الأول: المجمل المبين بين محصور، كما إذا قال: أعطوه غلامى زيداً، وله غلامان كل واحد اسمه زيد.

الثاني: المجمل المبين بين الأقل والأكثر، كما إذا قال: أعطوه بعض مالى، حيث إنه يشمل ديناراً كما يشمل ألف دينار مثلاً.

الثالث: المجمل الموعول في الإبهام، مثل: ليكن عبدى في المحل الذى استجيب فيه دعائى حيث طلبت الولد، ولم يعلم أنه أى مكان كان.

أما الأول: فالظاهر إن كان تساو بينهما عين بالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل (١١)، أو عمل بقاعده العدل، وإن لم يكن تساو ففيه احتمالان، القرعه وقاعده العدل فى الزائد على أقلهما قيمه.

مثلاً- كان أحدهما يسوى مائه، والآخر يسوى مائتين، فإنه يعطى الأقل وخمسون، أو الأكثر ويسترد خمسون، لأن الأقل متيقن، والأكثر مردد بينهما، وفى المالىات تجرى قاعده العدل، كما ذكرناه غير مره.

ولو قال كل واحد من الوارث والموصى له بأنه يريد أقلهما قيمه مع خمسين، كان مجال القرعه.

وأما الثانى: فقد قال الشرائع: ولو أوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشرع، رجع فى تفسيره إلى الوارث، كقوله: أعطوه حظاً من مالى، أو قسماً، أو نصيباً، أو قليلاً، أو يسيراً، أو جليلاً، أو جزيلاً.

وفى الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له، واستدل له بأن الوارث

ص: ٢٧٦

هو المرجع فى تعيين مصاديقها المندرجه فيما أراده الموصى بحسب ظاهر اللفظ.

أقول: مرادهم أنه أراد مفهوم اللفظ الصادق على القليل والكثير، وحيث إن الوارث هو مأمور التنفيذ والموصى أو كله إلى الوارث، كان المعبر فيه تقديره، كما إذا أوكل السيد عبده بأن يعطى الفقير شيئاً، فإن الشيء وإن كان يشمل الدرهم إلى الدينار إلا أن العبد لما كان موكلاً بالتنفيذ، وقد أوكله السيد حسب نظره، كان له أن يعطى درهماً أو درهمن إلى عشره دراهم قيمه الدينار، وإلا فإذا لم يكن كذلك بأن أراد الموصى ظاهر اللفظ، وكان ظاهر اللفظ عند العرف شيئاً، وعند الوارث شيئاً آخر، ولم يعلم أن المورث أراد الظاهر عند الوارث، كان مقتضى القاعده كون المعيار نظر العرف، لأن معانى الألفاظ سواء فى كلام الشارع أو غيره يؤخذ من العرف، على ما هو سيره العقلاء، إلا إذا علم عدم إرادته المفهوم العرفى.

لا يقال: إن أمره الوارث قرينه على إيكاله إلى فهمه لا فهم العرف.

لأنه يقال: الإيكال فى التنفيذ لا فى فهم مخالف لفهم العرف.

لا يقال: إذا كان له مفهوم عند العرف لم يكن مجملاً، وكلام الفقهاء فى المجرى.

لأنه يقال: مرادهم بالمجرى اللفظ القابل للانطباق على متعدد، كما فى مثال الدرهم والدينار، وذلك قد يكون قابل الانطباق على أشياء حسب فهم العرف، وقابل الانطباق على أشياء آخر حسب فهم الوارث، مثلاً إذا قال: أعطوه قليلاً، والعرف يرى أنه من الدرهم إلى الدينار، أما الوارث فهو يرى أنه من الفلس إلى

الدرهم، والدرهم خمسون فلساً مثلاً، قدم نظر العرف على نظر الوارث، لما عرفت.

ولا يخفى اختلاف الزمان والمكان والموصى والموصى إليه والموصى به في سببه أن يفهم العرف هكذا، مثلاً من عاداته إعطاء الفقراء بين الدرهم والدينار، إذا أوصى بأن يعطوا كل فقير أتى باب داره إلى ستة من موته مثلاً شيئاً، فهم العرف أنه بين الدينار والدرهم، ومن عاداته إعطاؤهم بين الفلس والدرهم حملت وصيته على ما بينهما في الفهم العرفي.

وكذا بالنسبة إلى ما أوصى أن يعطوا المرجع الأعلى شيئاً، فإنه بين مائة دينار والألف، بينما ما لو أوصى بأن يعطوا المستكفف فإنه بين الدينار والعشرون، وهكذا في سائر الخصوصيات.

والحاصل: إن للقرائن دخلاً في تحديد المجمع بين أطراف محتمله، ومثله غيره، مثلاً- إذا كانت له حديقه حيوان فأوصى أن يعطى أحد حيواناته لولده الصغير، لم يفهم منه مثل الفيل والزرافة، بل مثل الهره والصخلة، أما إذا أوصى بإعطائه لشيخ القبيلة فهم منه أمثال الفيل والفرس، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو صار اللفظ مجملاً من جهة جهل الوارث، لا من جهة إجمال نفس اللفظ، مثلاً لم يعلم هل أن مورثهم عراقي يصطلح الزنبور في الوصية على خليه النحل، أو سوري يصطلحه على الزوجه، فالمجال هنا للقرعة، فتأمل.

أما الثالث: وهو الموغل في الإبهام، فإن كانت هناك احتمالات عين المراد بالقرعة، وإن لم يعلم حتى الاحتمالات سقطت الوصية في مثل المثال السابق، وصرف في وجه الخير الخاص، فيما إذا أوصى بأن يعطى لفقراء المحل الذي استجيب فيه دعاؤه مائة دينار مثلاً، أو الخير العام فيما إذا أوصى في أن يصرف المبلغ في تعمير ذلك المكان مثلاً، اللهم إلا إذا كان ارتكاز بأنه إذا لم يعمر

هناك كان يريد الأقرب، أى تعمیر فى مكان آخر فيكون مثل الخاص.

ثم إن المسالك قال: (ولو تعذر الرجوع إلى الوارث لغيره أو امتناع أو صغر _ أقول: أو موت أو جنون أو نحو ذلك _ أعطى أقل ما يصدق عليه الاسم، لأنه المتيقن، وكأنه أراد أن إخراج المال من كيس الورثه خلاف الأصل، فما يتيقن خروجه كان خارجاً، وما لم يتيقن يبقى داخلاً).

لكن الجواهر أشكل عليه، (بأنه لم لا يكون التخيير للحاكم أو عدول المسلمين فى المصاديق، اللهم إلا أن يقال: إن المخاطب بالتنفيذ أولاً وبالذات الوارث، فالخطاب فى الحقيقة له، ولكن ناب غيره للتعذر فيقتصر على المتيقن مما يعينه المنوب عنه لو كان قد باشر التعيين) انتهى.

أقول: حيث ارتكاز الموصى الإعطاء الدائر بين الدراهم والدينار، ويريد أن يعطى وارثه ذلك لتعدد المطلوب، كان للحاكم ونحوه نفس ما كان للوارث من التخيير للارتكاز، ولا مجال للأخذ بالقدر المتيقن، فإنه لا مجال للأصل مع الارتكاز.

ومما تقدم يظهر أن المكلف بتنفيذ الوصيه، وارثاً أو وصياً أو حاكماً، هو الذى بيده اختيار التعيين، فقولهم: (الوارث) إنما هو من باب المثال.

ولذا قال الجواهر: بأن الوصى كالوارث.

ولو أوصى إلى اثنين بأن يعطى زيد الفقراء مائة، وعمرو أبناء السبيل مائة، لا يلزم تماثلهما، بل كل يأخذ بما يرى، لشمول الدليل المتقدم لكل واحد واحد.

كما أن الوصى لو كان واحداً وأوصاه اثنان بمثل ذلك كان له أن يفرق بين الوصيتين، وكذا الحال إذا كان كل من الموصى والوصى واحداً والموصى له اثنين.

ثم إن كان انصراف للفظ المجمل إلى أن لا يكون حده الأقل أقل من كذا،

أو حده الأكثر أكثر من كذا فهو، لأنه مصب الوصية، وإن لم يكن انصراف في أى منهما أو في أحدهما، عمل فيه حسب الفهم العرفي المستفاد من المجمل.

وعليه ينزل كلام المسالك، قال: (المجمل لا- تعدد له لغة ولا عرفاً ولا شرعاً- ومراده بعرفاً، أى عرفاً بالانصراف- فكل ما يتمول صالح لأن يكون متعلق الوصية، أما فى القسط والنصيب والحظ والقليل واليسير فواضح، وأما فى الجليل والجزيل وما فى معناهما كالعظيم والنفيس، فإنه وإن كان يقتضى عرفاً زياده على التمول إلا أنه مع ذلك يحتمل إرادته الأقل، نظراً إلى أن جميع المال منصف بذلك فى نظر الشارع، ومن ثم حكم بكفر مستحل قليله وكثيره، كما نبهوا عليه فى الإقرار بمثل ذلك متفقين على الحكم فى الموضوعين) انتهى.

فلا يرد عليه إشكال الجواهر بأنه قد يقطع بعدم إرادته الموصى إياه، والظاهر أن النزاع بينهما لفظى حيث كلام المسالك فى عدم الانصراف وكلام الجواهر فى الانصراف.

ثم قال المسالك: لو قال: أعطوا زيدا قسطاً عظيماً وعمراً قسطاً يسيراً، لم يشترط تميز الوارث بينهما بزياده الأول عن الثانى لما ذكرناه، مع احتمال نظراً إلى غلبه العرف بإرادته ذلك.

وفيه: إن ذلك إن اعتبر لزم مثله عند الانفراد، وفيه: إن تنظير الاجتماع بالانفراد، غير ظاهر الوجه، إذ قرينه المقابلة فى الاجتماع يقتضى الفرق.

ولذا قال الجواهر: إن كلامه مجرد دعوى يشهد العرف الذى قد أمرنا باتباعه على خلافها.

ثم إنه لو اختلف العرف فى الزيادة والنقصه، فإن قلنا

بالأخذ بالأكثر فى الشهادتين المتضاربتين أخذ به هنا للمناط، ولقوله (عليه السلام): «فإن المجمع عليه لا ريب فيه» ولغيرهما. وإن لم نقل بذلك فالظاهر تنصيف القدر الزائد، فلو قال أحدهم: عشرة، وقال الآخر: أربع عشرة، أعطى اثنتى عشرة لقاعده العدل.

أما لو اختلف الوارثان أو الوصيان ويبد كل المال، أعطى كل حسب نظره، لأنه المكلف، ويرى ذهنه مرآه العرف. نعم إذا كانت الورثة كباراً وأرادوا الأخذ بالأكثر فى العرفين المتنافيين جاز لهم ذلك، لأن الزائد إما حق الموصى له أو تنازل منهم له، كما أن الوارثين المترتين والوصيين كذلك لكل منهما أن يعمل حسب نظره.

ص: ٢٨١

(مسأله ١٦): لو قال: أعطوه كثيراً، قال الشيخ والصدوق وجماعه كما حكى عنهم: يعطى ثمانين درهماً، كما فى النذر، للروايه التى وردت فى ذلك.

وكأن المراد بها مرسله المبسوط، قال فى كتاب الإقرار: وإن قال له: عندى مال كثير، كان ذلك إقراراً بثمانين، على الروايه التى رويت فىمن أوصى بمال كثير أنه ثمانون، وقد ذكر فى الوسائل جمله روايات تدل على أن النذر بمال كثير يراد به ثمانون(١).

فقد روى الكلينى، عن بعض أصحابه، عن على بن إبراهيم، أنه قال: لما سمّ المتوكل نذر إن عوفى أن يتصدق بمال كثير، فلما عوفى سأل الفقهاء عن حد الكثير فاختلفوا عليه، فقال بعضهم: مائه ألف وقال بعضهم: عشره آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفه، فاشتبه عليه الأمر، فقال له رجل يقال له صفوان: ألا تبعث إلى هذا الأسود فتسأله عنه، فقال له المتوكل: من تعنى ويحك؟ فقال: ابن الرضا (عليه السلام)، فقال له: وهو يحسن من هذا شيئاً، فقال: إن أخرجك من هذا فلى عليك كذا وكذا، وإلا فاضربنى مائه مفرعه، فقال المتوكل: قد رضيت يا جعفر بن محمود صر إليه واسأله عن حد المال الكثيره، فصار جعفر بن محمود إلى أبى الحسن على بن محمد (عليه السلام) فسأله عن حد المال الكثير، فقال له: «الكثير ثمانون»، فقال جعفر: يا سيدى إنه يسألنى عن العله فيه، فقال أبو الحسن (عليه السلام): «إن الله يقول: (لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فى مَواطِنَ كَثِيرَةٍ) (٢) فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين» (٣).

ص: ٢٨٢

١- من لا يحضره الفقيه: ج ٤ ص ٢٠٦ باب الوصيه ح ٥٤٧٧

٢- سورة التوبه: الآيه ٢٥

٣- بحار الأنوار: ج ٥٠ ص ١٦٢، وسائل الشيعه: ج ١٦ ص ١٨٦ باب ٣ من باب النذر ح ١

وعن أبي بكر الحضرمي، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) فسأله رجل عن رجل مرض فنذر الله شكراً إن عافاه الله أن يتصدق من ماله بشيء كثير ولم يسم شيئاً فما تقول، قال (عليه السلام): «يتصدق بثمانين درهماً فإنه يجزيه ذلك، بين في كتاب الله إذ يقول لنيبه (صلى الله عليه وآله وسلم): (لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) والكثيره في كتاب الله ثمانون» (١).

وروى الصدوق، عن ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في رجل نذر أن يتصدق بمال كثير، فقال: «الكثير ثمانون فما زاد، لقول الله تعالى: (ولقد نصركم الله في مواطن كثيرة) وكانت ثمانين موطناً» (٢).

وعن العياشي، قال: اشتكى المتوكل شكاه شديده، فنذر الله إن شافاه الله أن يتصدق بمال كثير فعوفى من علته، فسأل أصحابه عن ذلك، إلى أن قال: فقال ابن يحيى المنجم: لو كتبت إلى ابن عمك يعني أبا الحسن (عليه السلام)، فأمر أن يكتب له فيسأله، فكتب أبو الحسن (عليه السلام): «تصدق بثمانين درهماً»، فقالوا: هذا غلط سله من أين قال هذا، فكتب: «قال الله لرسوله (صلى الله عليه وآله وسلم): (لقد نصركم الله في مواطن كثيرة) والمواطن التي نصر الله رسوله فيها ثمانون موطناً، فثمانون درهماً من حلفه مال كثير» (٣).

وعن الرضوي (عليه السلام)، والصدوق في المقنع: «إن النذر ثمانون للآيه» (٤).

ص: ٢٨٣

١- الوسائل: ج ١٦ ص ١٨٧ الباب ٣ من أبواب النذر ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٦ ص ١٨٧ الباب ٣ من أبواب النذر ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٦ ص ١٨٧ الباب ٣ من أبواب النذر ح ٤

٤- انظر: المستدرک ج ٣ ص ٥٧ الباب ٣ من النذر ح ١

وعن المناقب وثاقب المناقب، عن أبي علي بن راشد: إن الشيعة بعثوا إلى الصادق (عليه السلام) أموالاً ورقاعاً مختومه وفيها مسائل، فوصلت إلى المدينة بعد وفاته، فأجاب عنها الإمام موسى بن جعفر (عليهما السلام) قبل فك الخواتيم، وفي إحداها: ما يقول العالم (عليه السلام) في رجل قال: أتصدق بمال كثير، ما يتصدق، تحته الجواب: «إن كان الذى حلف بهذه اليمين من أرباب الدراهم يتصدق بأربعة وثمانين درهماً، وإن كان من أرباب الغنم فأربعة وثمانون غنماً، وإن كان من أرباب البعير فأربعة وثمانون بعيراً، والدليل على ذلك قوله تعالى: (ولقد نصركم الله فى مواطن كثيرة ويوم حنين) فعدت مواطن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قبل نزول الآية فكانت أربعة وثمانين مؤمناً» (١).

وفى المسالك: نسب الجواب للمتوكل إلى الإمام الجواد (عليه السلام).

هذا والمشهور كما حكى عنهم، قالوا: إن الثمانين فى الوصية على القاعده. قال فى الجواهر ما زجاً مع الشرائع: اقتصاراً فيما خالف الأصل والعرف واللغة على موضع النقل، خلافاً للشيخ حيث تعدى فى ذلك إلى الإقرار أيضاً، وكأنه وغيره ممن تعدوا جعلوا ذلك اصطلاحاً شرعياً مثل الزمان بمعنى خمسة أشهر، وحين بمعنى ستة أشهر، وكذلك القديم، والسهم بمعنى الثمن، والجزء بمعنى الشبع أو العشر، والشىء بمعنى السُدس، كما تقدم بعضها.

وكيف كان، فاللازم الأخذ بالمشهور فى النذر، أما الوصية فقد رواها الشيخ مرسلأ أيضاً، كما تقدم.

وإشكال تهافت الروايات هناك بين ثمانين وأربع وثمانين، فغير ظاهر

ص: ٢٨٤

١- انظر: الفروع: ج ٢ ص ٣٧٥، تحف العقول: ص ٤٨١، التهذيب: ج ٢ ص ٣٣٤

إذ الثاني لا- يقاوم الأول من وجوه، كما أن إشكال اختلاف المروى عنه فى النذر أيضاً غير ضار، بعد شهره كونه الهادى لا الجواد (عليهما السلام).

أما إشكال بعض المتأخرين بأنه سواء أريد بالمواطن الغزوات أو مع السرايا، فهى ليست ثمانين لأنها قد تزيد وقد تنقص، كما يظهر لمن راجع صاحب المغازى والواقدى وغيرهما، فغير وارد بعد أن لم يكن دليل على أن المراد الغزوات والسرايا، بل مطلق مواضع نصر الله سبحانه، ولعل العامه كانوا يعلمون أنها ثمانون فلم يستشكلوا على الإمام، أو أن الإمام (عليه السلام) قال ما هو حق من لزوم الثمانين وألبسه لباس الآيه، حيث كانوا يعتقدون بذلك، وإن كان يعتقد (عليه السلام) هو بغير الثمانين، ثم إن العدد إلى نزول الآيه.

وكيف كان، فالإشكال المذكور غير وارد بعد حجيه الروايه واشتهارها واستناد المشهور فى باب النذر إليها.

ثم فى باب النذر يلزم أن يقال بروايه المناقب وغيره من كون العدد ثمانين، أما الجنس فحسب ارتكازه، والظاهر أن ذلك إنما هو إذا أطلق وأراد الإطلاق، أما إذا أراد العرف الخاص لهم أو اصطلاحه الخاص مثلاً فليس كذلك.

ولا- فرق بين الكافر والمسلم بعد جعل الإسلام ذلك ثمانين، اللهم إلا إذا كان الإطلاق فى عرفهم وإن لم يقصده الناذر غير ذلك، فالحاكم الإسلامى يخير بين أن يحكم بما يرون أو بما نرى.

هذا فى النذر، وأما فى الوصيه فاللازم الذهاب إلى قول المشهور، بعد عدم فهم مناط قطعى يتعدى بسببه من النذر إلى المقام.

أما جعل الجواهر تبعاً للمسالك من موهنات الروايه أنه قد ورد كثير فى

القرآن مثل: (فِنَّهُ كَثِيرَةٌ) (١)، (اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا) (٢)، في أمكنه متعدده غير مراد منه ذلك، فلا يخفى ما فيه بعد الروايه، فهو أشبه بالإشكال العلمى على تقدير عدم وجود الروايه.

ثم مهما قلنا بأنه ثمانون، فالظاهر عدم اختصاص لفظ الكثير بل معناه فى سائر اللغات كذلك.

ص: ٢٨٦

١- سورة البقره: الآيه ٢٤٩

٢- سورة الأحزاب: الآيه ٤١

(مسألة ١٧): لو أوصى له بشيء يحتمل أحد شيئين، مثل أن أوصى له بهيمه، فقال الموصى له: أراد بعيراً، وقال الوصى: أراد شاةً، أو أوصى له بشيء مجمل مثل (شئ) فقال الوصى: أراد درهماً، وقال الموصى له: أراد شاةً، أو تنازعا في أنه أراد بالشئ الدرهم أو الدرهمين، فإن كان النزاع بين متباينين كان من التحالف، إذ مجرد كونه وصياً لا يجعل القول قوله، فيشملة إطلاق أدله التنازع.

وإن كان بين الأقل والأكثر كان الأصل مع مدعى الأقل، سواء كان الوصى كما هو الغالب، أو الموصى له كما قد يندر ذلك، لأنه متدين لا يريد أخذ المال بالباطل، ويزعم أنه أوصى بالأقل، ويكون حال المقام كما إذا قال تطلبني كذا، فقال: لا أطلب، ولم يستعد لأخذ المال.

قال في الشرائع: إذا عين الموصى له شيئاً وادعى قصده من هذه الألفاظ وأنكر الوارث، كان القول قول الوارث مع يمينه.

وقال في الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال.

وإذا قال الوصى: إنه أراد شاه، وقال الوارث: بل أراد درهماً، فهل يقدم هذا أو ذاك، فإن كانا متباينين كالمثال كان من التحالف، وإلا- كان من المدعى والمنكر، لأن الوارث ينكر الأكثر بينما الوصى يدعيه، وتفصيل أمثال هذه الأمور في كتاب القضاء.

(مسألة ١٨): قال في المسالك: (اعلم أنه ليس من شرط الموصى به كونه موجوداً بالفعل وقت الوصية، بل لو أوصى بما تحمله الأمة أو الدابة أو الشجره في هذه السنه، أو في المستقبل مطلقاً صح كما سيأتي).

ولكن لو أشار إلى معين، أو أوصى بحمله الموجود، أو بالحمل الموجود لأمه، أو بحملها مطلقاً حيث تدل القرينه على إرادته الموجود أو مطلقاً نظراً إلى ادعاء دلالة القرينه عليه كما قيل، اشترط كونه موجوداً حال الوصيه ولو بمقتضى ظاهر الشرع).

أقول: أما صحه الوصيه بما تحمل الدابه والشجره فلاطلاق الوصيه بعد عدم اشتراط وجوده في الحال، بل قد تقدم أنه لو أوصى بالثلث أريد ثلث حال موته، سواء كان له وجود أقل أو أكثر حال الوصيه، أو لم يكن له وجود أصلاً.

وأما إذا أوصى قائلاً: حمل هذه الدابه، وأراد الحمل الموجود حالاً بأن صرح بذلك أو كانت قرينه على ذلك، لم ينفع في صحه الوصيه حملها مستقبلاً إذا لم يكن الحمل في الحال، وذلك لأنه لا موضوع للوصيه حالاً، والموضوع الذي يتحقق في المستقبل لم يردده الموصى، والعقود تتبع القصد، وإلا لم يصدق (عقدكم) المستفاد من (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، وكذلك في الإيقاعات.

لا يقال: ارتكاز الموصى الحمل وإن لم يكن الآن.

لأنه يقال: المفروض أنه لا ارتكاز بالنسبه إلى ما تحمل مستقبلاً، وإلا كان من الوصيه بالأعم من الحال والمستقبل.

ثم إنه لو قال: الحمل الموجود الآن، فقد يعلم بوجود الحمل وقد يحكم الشرع بأنه موجود حالاً، مثل قيام اليينه به، أو ولاده المرأه الأمه لدون سته أشهر

ص: ٢٨٨

حيث جعل الشارع أقل الحمل ستة أشهر.

قال في الشرائع: (ولو أوصى بحمل موجود فجاءت به لأقل من ستة أشهر صحت الوصية به، ولو كانت لعشره أشهر من حين الوصية لم يصح، وإن جاءت لمدته بين الستة والعشره وكانت خاليه من مولى وزوج حكم به للموصى له، ولو كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له لاحتمال توهم الحمل فى حال الوصية وتجده بعدة).

أقول: فالصور ثلاث:

الأولى: أن تأتي به لدون ستة أشهر، فهو حال الوصية كان موجوداً شرعاً، إذ لا يبقى الولد الذى يأتى لدون ستة أشهر، ولكن لا يخفى أن هذا على ضرب القاعدة فى حال الجهل، وإلا فقد أمكن مجيء الولد لدون ذلك مع العلم بأنه كذلك، إذ الأمر ليس مستحيلاً عقلاً وإنما عادة، ولذا نقلت الأخبار العالميه حدوث مثل ذلك.

نعم إذا لم يكن علم كانت القاعدة أنه لا يأتى لدون ذلك مع بقاءه، فقول المسالك: (لأنه حال الوصية لا يمكن حدوثه _ إذا جاء لأقل من ستة أشهر _ فلا بد من فرض تقدمه فى وقت يمكن فيه وطى الأمه بحيث يمكن فيه تخلق الولد) انتهى، إنما أراد الإمكان العادى.

الثانيه: أن تأتي به لأكثر من أقصى مدته الحمل، وقد فرضه المحقق عشره أشهر من حين الوصية بطلت الوصية، إذ يقطع شرعاً بعدم كونه موجوداً حال الوصية، والمفروض أن الوصية بالحمل الموجود، والاستثناء المذكور فى الأولى آت هنا أيضاً، والكلام فى أقصى مدته الحمل فى باب النكاح.

الثالثه: أن تأتي به لمدته بين الستة والعشره، وقد فارقها من يباح وطؤها

حكم به للموصى له لمعلوماته سبق وجوده على الوصيه، لأن احتمال فرض تجدد الولد منفي، لفرض أن من يباح له وطؤها قد فارقها، والأصل عدم وطى غير الوطى السابق، وظهور حال المسلمه فى عدم الزنا، كما علله بذلك فى الجواهر.

ومنه يعلم أن مراد المحقق كانت خاليه من مولى وزوج، مفارقه من يباح له الوطى، فلا خصوصيه للمفارقة، وإنما هى من باب المثال.

قال فى المسالك: (وما يقال من أن الظاهر الغالب إنما هو الولاده لتسعه أشهر تقريباً، فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً، وإن كان لها فراش، وأن الخاليه يمكن وطؤها محللاً بالشبهه ومحرمًا لو كانت كافره، إذ ليس فيها محذور لعدم الصيانه بخلاف المسلمه، يندفع بأن الحكم السابق مرتب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض إلا فيما شذ) انتهى.

ومراده مما (شذ) ما حكم الشارع بالظاهر، مثل ظاهر حال المسلم وظاهر سوقه وأرضه وما أشبه، وإن كان يرد عليه بأن الكافره أيضاً يحكم عليها بالصحه، لأن لكل قوم نكاحاً (١)، والظاهر فى المسأله أن اللازم التمسك بأصل الصحه، كما يتمسك به فى سائر العقود والإيقاعات لدى الشك فى الشرائط والأجزاء.

نعم قال فى الجواهر: (لم أجد إلى من استند إلى أصل الصحه فى شىء من أفراد المسأله حتى فى صورته الوصيه به بعد الاطمينان بحصوله للأمارات العاديه ثم حصل الشك بعد ذلك فيه)، إلى آخر كلامه.

ص: ٢٩٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٨٨ الباب ٨٣ من كتاب نكاح العبيد والإماء ح ١ و ٢ و ٣

ومنه يعلم وجه النظر فى قوله: وإن كان قد يناقش فى قول الشرائع: لو كان لها زوج أو مولى إلخ: (بأن الأصل عدم وطى آخر تجدد منه الحمل، ووجود الفراش أعم من ذلك، مضافاً إلى أن الظاهر بملاحظه الغلبه العاديه التولد من الوطى الأول فيما بين الأقصى والأقل)(١).

إذ يرد عليه أولاً: إن أصل عدم وطى آخر لا يثبت أنه من الوطى الأول الموجب لوجوده حال الوصيه.

وثانياً: من أين الظهور المذكور.

وعلى أى حال، فإن عمل بأصالة الصحه كما هو مقتضى القاعده فيها، وإن لم يعمل كان من مسأله التاريخين فقد يجهلان وقد يعلم أحدهما فقط.

ص: ٢٩١

١- جواهر الكلام: ج ٢٨ ص ٣٣٣

مسألة ١٩ لو قال: إن كان ذكراً فكذا أو أنثى فكذا

(مسألة ١٩): قال في الشرائع: (لو قال: إن كان في بطن هذه ذكر فله درهمان وإن كان أنثى فلها درهم، فإن خرج ذكر وأنثى كان لهما ثلاثه دراهم، أما إن قال: إن كان الذی فی بطنها ذكراً فكذا وإن كان أنثى فكذا، فخرج ذكر وأنثى لم يكن لهما شيء).

أقول: قد يريد الموصى أن كل ذكر في البطن له كذا، وكل أنثى في البطن له كذا، وهذا هو النوع الأول، وعليه فإذا كان ذكران فلهما أربعة، وإن كانت أنثيان فلهما درهمان وهكذا.

وقد يريد الموصى أن الشيء الوحيد الذي في البطن لذكره كذا ولأنثاه كذا، وهذا هو الفرع الثاني، ومن المعلوم أنها لو ولدت اثنين لا شيء لأحدهما، سواء كانا ذكراً أو أنثيين أو بالاختلاف.

وهناك فرع ثالث وهو أن يريد أن ما في البطن للذكر درهمان وللأنثى درهم، من غير نظر إلى الوحدة والتعدد، وهنا إن ولدت ذكراً واحداً كان له درهمان، أو أنثى واحدة كان لها درهم، وإن ولدت ذكراً كان لهما درهمان أو أنثيين كان لهما درهم، وهكذا فلو ولدت ذكراً وأنثى كان لهما ثلاثة دراهم.

ولو قال عبارته لم يعلم أن المراد بها الفرع الأول أو الثاني، فالظاهر أنه لا شيء لأحدهما في الولاده توأماً، إذ الأصل عدم الحق بعد عدم العلم بشمول الوصيه.

قال في المسالك: (ولو ولدت في الصورة الأولى ذكراً أو أنثيين أو هما معاً، ففي تخير الوارث في إعطاء نصيب الذكر لأيهما شاء، ونصيب الأنثى لأيهما شاء، أو اشتراك الذكراً في الدرهمين والأنثيين في الدرهم، أو الإيقاف حتى يصطلحا، أو جه، أجودها الأول، لأن المستحق للوصيه هو ذكر في بطنها أو أنثى في بطنها وهو

صاڑق عليهما فيكون تعيينه إلى الوارث كما في كل لفظ متواط، ولا يتوجه هنا احتمال استحقاق كل واحد من الذكرين ما عين له وكل واحد من الاثنين كذلك، لأن الموصى له مفرد نكره فلا يتناول ما زاد على الواحد، بل كان بالنسبة إليهما متواطئاً، كما لو أوصى لأحد الشخصين أو لفقير أو نحو ذلك) (١) انتهى.

أقول: صور المسأله ثلاث: لأنه إما أن يعلم أن مراده أن لكل ذكر كذا، وفيها يجب إعطاؤهما كل واحد اثنين، أو كل أنثى كذا فيعطى كل واحد درهماً.

وإما أن يعلم أن مراده أن الوصيه بالدرهمين والدرهم فقط، وفيها يقسم الدرهمين بينهما، والدرهم بين الأثنين.

وإما أن لا يعلم، وهنا لا- حق إلا في درهمين أو درهم، حالهما حال الصورة الأولى، لأصالة عدم الزيادة، كما إذا شك في أنه أوصى بدرهم أو درهمين.

قال في المسالك: (فرع، لو ولدت خنثى دفع إليه الأقل لأنه المتيقن، بناءً على أنه ليس طبيعه ثالثه مع احتمال عدم استحقاق شيء، لأنه ليس أحد الأمرين).

ورجح في الجواهر الاحتمال الأول، قال: (أما احتمال عدم استحقاق شيء لأنه ليس أحد الأمرين فواضح الضعف) (٢).

أقول: إن علم أن مراده الذكر والأنثى العاديان لم يكن له شيء لأنه مقابلهما، وإن لم يعلم وشك في شمول وصيته للخنثى كان الأصل عدم، وإن علم بالشمول كما هو مفروض كلامهما فهنا احتمالان، قاعده العدل كما في الإرث، وإعطاء الأقل كما ذكرناه.

كما أنا لا- نستبعد اختيار الخنثى في جعل نفسه ذكراً أو أنثى وإجراء كل المعاملات على نفسه حسب ما جعل، ودليل إرث الخنثى لا يقاوم القواعد بعد أنه في موضع خاص لم نعلم مناطه.

ص: ٢٩٣

١- مسالك الأفهام: ج ٦ ص ١٩٣

٢- جواهر الكلام: ج ٢٨ ص ٣٣٦

أو يقال: إنه إذا لم يعين الخنثى نفسه أحدهما بإرادته من باب «الناس مسلطون» أو بالقرعه وإن كان بعيداً، لدليل «لا ضرر» مع وضوح أن بقاءه محروماً من مزايا الرجل والمرأة من أشد الضرر، وغير ذلك، والقول بأن «لا ضرر» لا يثبت حكماً فيه نظر، حيث إنه ملقى إلى العرف، والعرف يرى إثباته له بالنسبة إلى الحكم الإيجابي المناسب للحكم السلبي، ولذا استند الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) بقلع الشجره إلى دليل «لا ضرر».

أما إذا قلنا بأنه ليس طبيعه ثالثه فالأمر أوضح بأن المجال للتعين بالعلائم، ثم القرعه كما يستفاد من تعيين على (عليه السلام) الخنثى الذى كان من أشكال أقسامه حيث كان له زوج وزوجه.

ثم إنه كما تقدم عدم الخلاف فى صحه الوصيه بإعطاء الحمل شيئاً، كذلك تصح الوصيه بإعطاء حمل الدابه أو الشجره لإنسان أو صرفهما لشيء مثل المسجد مثلاً- بلا- إشكال ولا- خلاف، وذلك لإطلاق أدله الوصيه، من غير فرق بين أن يكون الحمل موجوداً حال الوصيه أو حال الموت أو معدوماً حالهما وإنما يتجدد بعد ذلك.

وقول الجواهر: (لا يقدح كونه معدوماً حالها، لأنه يكفى فيها احتمال الوجود وإن لم يكن عن شأنه الوجود كالوصيه بما يشتره أو يتهبه فى مستقبل الأزمنه) انتهى.

فإنما أراد أنه يصح أن يوصى لا أن الوصيه صحيحه، إذ إنما تصح إذا كشف أنه صار فى المستقبل لوضوح أن الوصيه بدون المتعلق باطله، سواء كانت للحال أو المستقبل، فإنه كما تبطل إذا زعم أن فى كيسه ديناراً فقال: أعطوه لزيد، إذا لم يكن هناك دينار واقعاً، كذلك تبطل إذا قال: أعطوا ثمره شجرتى التى ستظهر فى

الربيع لزيد، فلم تثمر الشجره كما هو واضح.

وعلى ما ذكرناه ينزل كلام القواعد وجامع المقاصد وغيرهما، فليس مرجع كلامهم عدم اشتراط الوجود، بل مرجعه كفايه الاحتمال، وأما التحقق للوصيه فلا يكون إلا مع تحقق الموصى به خارجاً.

ثم الظاهر أنه لا فرق في الوصيه بالحمل أن يعطى لزيد أن تكون وصيه عهديه أو تمليكيه، كما لا فرق بين المعين والمردد، كما إذا قال: كل واحده من بقرتي وشاتي كانت حامله فحملها لزيد، كل ذلك للإطلاق.

لكن هل تصح الوصيه التمليكيه بالنسبه إلى حمل المستقبل، الظاهر ذلك، وفقاً للجواهر، بل قال: إنه ظاهرهم، لأن الملك اعتبار عرفي والعرف يعتبره إذا كان في المستقبل، كما إذا باعه حاصله الذي يأتي بيعاً سلفاً.

ومنه يعلم وجه النظر في الإشكال على ذلك بعدم قابليه المعدوم الذي لم ينزله الشارع منزله الموجود للتمليك.

ولو قال: أعطوه حمل دابتي، وكانت حامله، فهل يعطى له حملها الحالى أو حتى الاستقبالى، إن كان ظهور اتبع، وإلا فالأصل عدم الاستقبالى.

وكذا لو قال: أوصيت لزيد بما تحمله دابتي، وشك في أن المراد حملها الأولى أو دائماً، ومن ذلك يظهر وجه النظر في ما في المسالك فراجعه.

ولو قال: أوصيت له بحمل هذه الشاه، فهل يحق الوارث ذبح الشاه قبل الولاده، ويعطى له الولد الحلال، بعد وضوح عدم جواز ذلك إذا كان الجنين بعد لم يبلغ مبلغ الذكاه، الظاهر أنه إذا لم يكن قرينه للإطلاق أو التقييد بالولد الكامل حق للوارث ذبحه وإعطاؤه الجنين الحلال.

ولو باع الشاه الموصى بولدها، كان بالنسبه إلى الجنين فضولياً، فإن لم

يرض الموصى له كان للمشتري الجاهل بذلك خيار تبعض الصفقه.

ثم إنه لو خالف ارتكاز الموصى وصيته فهل العبره بالارتكاز أو بالوصيه، الظاهر الثانى، حيث إن العقود والإيقاعات تتبع القصود والألفاظ، قال (عليه السلام): «إنما يحلل الكلام» وقال سبحانه: (بالعقود)، والعقود تتبع القصود، وإلا لم يصدق (عقودكم).

فإذا قال: أعطوه كل ما فى بطن هذه الدابه، وكان ارتكازه واحداً، ولكن قصده ولفظه (الكل) أعطى الكل، ورجوعهم فى الوقف المتعذر المصروف إلى الارتكاز إنما هو إذا لم يخالف الارتكاز اللفظ والقصده، وإلا فلا دليل على الرجوع إلى الارتكاز، ولذا يستدلون بأن الارتكاز داخل فى دليل «الوقوف على حسب ما وقفها أهلها».

نعم فى الأمور الإذنيه المنوطه برضى الباطن المعتبر الارتكاز، فإذا ظنه عدواً وقال له: لا تدخل، حق له الدخول إذا كان صديقاً، لوجود طيبه النفس حقيقه، فيشملة «لا يحل مال امرئ إلا بطيبه نفسه» وقد ألمعنا إلى ذلك فى كتاب إحياء الموات، فراجع.

ثم إنه لا- فرق فى الوصيه المستقبليه بين العين والمنفعه، فتصح الوصيه بسكنى الدار مده مستقبليه إطلاقاً أو فى الجملة، وفى الجملة قد يكون معيناً أولاً، أو وسطاً، أو آخراً، أو مردداً بينها، أو إجمالاً مطلقاً، مثل: يسكن دارى مده، فالمعين واضح، والمردد يعطى للموصى له أحدهما، والظاهر أن الاختيار مع الوارث لا مع الموصى له فيما لو اختلفا فأراد أحدهما شيئاً والآخر شيئاً آخر، إذ إعطاء الوارث أيهما تنفيذ للوصيه، ولا دليل على أكثر من ذلك.

نعم لو اختلف الوارثان، مثلما إذا قال الموصى: أسكنوه إحدى دارى،

فقال وارث: داره الغريبه، وقال وارث آخر: داره الشرقيه، كان المملجاً القرعه، لأنها لكل أمر مشكل إلا إذا أمكن إجراء قاعده العدل، كما لو رضى الموصى له بأن يسكن هذه شهراً وتلك شهراً وجعله الوارثان حلاً وسطاً.

وإن شئت قلت: إن الواجب تنفيذ الوصيه، فإذا كان له طريق واحد فهو، وإن كان له طريقان ورضى الوارث بأحدهما فهو، وإن تعارضوا فالمرجع قاعده العدل، لأنه لا وجه لتقديم رأى وارث على وارث، وإن لم يمكن إجرائها فالقرعه.

ومثل الكلام فى المردد الكلام فى الكلى المطلق والكلى فى المعين والمشاع، إذا أريد إعطاؤه هذا الفرد أو ذاك فى المطلق، أو من هذه الناحيه أو تلك الناحيه فى الكلى المعين والمشاع.

أما فى المجمع مطلقاً، مثل يسكن دارى مده، فأقل مده يصدق عليها أنها (مده) حق للموصى له فى مال الموصى، فإذا أسكنوه ما صدق عليه تلك عملوا بالوصيه.

وإذا أوصى بثلاث ثمره بستانه، فالظاهر أنها من الجميع، لا- من بعض الثمار، فإذا كان فى البستان عنب وتمر وتفاح لم يصح إعطاؤه بقدر الثلث من ثمر واحد، إلا إذا أراد حال الوصيه قيمه، أى ثلث قيمه المجموع.

كما أن الظاهر لزوم إعطائه من كل جنس حسنه وغير حسنه، فإذا كان نوعان من التفاح حسن وغير حسن لم يحق للوارث إعطاؤه من غير الحسن، كما لا- يحق للموصى له طلبه من الحسن فقط، لأن من القسمين هو المنصرف من الإطلاق، وهل له إعطاؤه من الأوسط إذا كان ثلاثه أقسام، الظاهر لا، وإن كان الأوسط يساوى قيمته قيمه الآخرين، إذ لا دليل على اعتبار قيمه، نعم إن أراد الموصى القيمه حق له إعطاء ما قيمته تساوى ثلث قيمه الجميع، ولو شك الوارث فى صدق ما أوصى على هذا الشىء الخاص، أو فى مصداقه

لم يصح إعطاؤه، كما إذا أوصى بإعطائه ثلث الثمار فشك في أنه هل يصدق الثمر على أوراق الحناء، أو علم أنه يصدق على هذا ولا يصدق على هذا، ثم شك في أن ما يريد إعطاءه هل هو هذا أو هذا، كما إذا قال: أسكن طالب العلم الديني المدرسه، فشك في أن الذي يدرس الأدبيات فقط، هل هو طالب علم ديني حيث الشبهه في المفهوم، أو شك في أن زیداً هل يدرس العلوم الدينیه أو عمرواً مع علمه بأن أحدهما يدرس، فإنه لا- يحق له إسكان أحدهما، كما لا- يحق له إسكان الأول، لأن الموضوع غير ظاهر التحقق، وتفصيل الكلام في ذلك في الأصول.

ثم إنه إذا أوصى بمنفعه الدار أو البستان أو الدابه مؤبده فقد يريد جميع المنافع، وحينئذ لا قيمه للعين، لأن العين التي سلبت جميع منافعها لا- قيمه لها، وحينئذ تقوم العين وتجعل من الثلث، وقد يريد بعضها، مثل ما إذا أوصى بجميع ثمر البستان، فإن للبستان قيمه بدون الثمر أيضاً مثل الحطب والسكنى والمياه الزائده والدود الذي يخرج من أرضه وما أشبهه، وهنا يقوم مره مع الثمر ومره بلا- ثمر ويخرج التفاوت بينها من الثلث، فإذا كانت قيمته مع الثمر عشره وبلا ثمر ثلاثه كان الموصى به سبعاً، ومما ذكرنا يعلم أن جعل الأوجه ثلاثه كما في المسالك واتباع الجواهر له محل تأمل.

ومن ذلك يعرف أنه لا فرق بين أن يؤصى بالثمر أو بالكل في ما إذا لم تكن منفعه له إطلاقاً بدون الثمر، كما يعرف الحال في ما إذا أوصى لأحد بالرقبه ولآخر بالثمر، حيث لا تصح وصيه الرقبه إذا لم تكن له قيمه دون الثمر إطلاقاً.

ولو قال: كل الثمر لزيد والرقبه لأولادي، ألغى قوله: والرقبه لأولادي،

إذ لا يبقى بعد الثمر شيء يتمول أو يملك، ولا وصيه إلا في الملك، في صورته عدم قيمه للرقبه بعد الثمر.

وكيف كان، فإذا أوصى بكل الثمر قوم، سواء ما لا يبقى بعده شيء أو يبقى، فإن كان بقدر الثلث أو أقل نفذ، وإن كان أكثر توقف ذلك على إجازة الوارث، كما هي القاعدة على ما سبق الكلام فيه.

قال في الشرائع: ولو أوصى بخدمه عبد أو ثمره بستان أو سكنى دار أو غير ذلك من المنافع على التأييد أو مدته معينه قومت المنفعة، فإن خرجت من الثلث، وإلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث.

وهل العبره بالثلث حال الموت أو بحال تنفيذ الوصيه فيما إذا كان بينهما تنزل أو تضخم، مثلاً أوصى بثمره بستانه على التأييد وكانت حين الموت تسوى مائه وله بقدر ضعفه من مال آخر، ثم حين التقسيم تسوى الثمره مائه وعشرين، أو كان له حين الموت إضافه على مائه البستان مائه وأربعون مما كانت الوصيه زائده على الثلث، ثم حين التقسيم تنزل البستان فصارت قيمه الثمر ثمانين مما يساوى الثلث، الظاهر أن العبره حال الموت، لأنه وقت تعلق حق الموصى له بالموصى به، فلا عبره بزياده أو نقيصه بعد ذلك، بل الحكم كذلك وإن قال حين الوصيه: أعطوه بعد سنه من وفاتي، فإن الوصيه تنجز بالموت لا بعد سنه، وإنما الإقباض بعد سنه.

ومن ذلك يظهر أوضحيه المسأله فيما إذا حصل التضخم أو التنزل بين الوصيه والموت، إذ لا اعتبار بالثلث قبل الموت، وإنما النص والفتوى ظاهران في اعتبار الثلث حال الموت.

قال في الجواهر: (ولو لم يكن له غير العبد الذي أوصى بخدمته مؤبداً مضت

وصيته في ثلثه خاصه، لكن هل يعطى من المنفعه مده تقابل مقدار الثلث ثم يرد إلى الورثه، أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبداً ولو عشر المنفعه أو أقل، وجهان، أقواهما الثانى).

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره، وإن لم يعلم وجه لقوله:

(أما الأول: فلأنه صار شريكاً حسب قرار الموصى، والشريك مشترك لا مهايأ، وإن حق لهما جعل المهايأه.

وأما الثانى: فلأن الثلث يساوى ثلث المنفعه لا عشرها أو أقل).

ص: ٣٠٠

(مسأله ٢٠): إذا أوصى بخدمه دابته لزيد مده أو دائماً، وكذلك إذا أوصى بمنافع البستان أو الدار له كذلك، ففي كون النفقه على الوارث، أو الموصى له، أو بيت المال، أو التفصيل وجوه.

قال فى الشرائع: إذا أوصى بخدمه عبده مده معينه فنفقته على الورثه لأنها تابعه الملك، بل فى الجواهر بلا خلاف ولا إشكال، وعلل كونها تابعه الملك بالنص والفتوى، وأنه كذلك فى المؤبده أيضاً، ونقل عن الفاضل فى القواعد التوقف.

أقول: وجه الأول ما ذكر.

ووجه الثانى: إن الخراج بالضمان، فمن له الغنم عليه الغرم.

ووجه الثالث: إن النفقه ليست على الوارث، لأن النفع للغير، ولا على الموصى له، لأنه ليس بمالك، ولا دليل على أنه عليه فليس إلا على بيت المال المعد لمصالح المسلمين، خصوصاً فى مثل العبد الواجب حفظ حياته والدابه المحترمه، وكذلك فى مثل الأملاك حيث إن انهدامه بتركه حتى يهدم حرام لأنه إسراف، وقد ذكروه فى باب النفقات، وقالوا إن الشجره لها نفقه أيضاً.

والمختار من الاحتمالات التفصيل بين ما كان كل المنافع للموصى له حتى الحطب فى البستان وحتى اللحم بعد ذبح الشاه، وبين ما كان بعض المنافع للورثه، وفيه بين ما كان للموصى بقيه ثلث يمكن صرفها فى النفقه، وبين عدمها.

ففى الأول: النفقه على الموصى له، لأن دليل وجوب نفقه المملوك على مالكة يشمل بالمناط أو بالإطلاق له، إذ كون جميع المنافع للموصى له يساوق الملك، فإن الملك اعتبار عرفى، ومثل الوصيه المذكوره يأتى فيها الاعتبار المذكور، فإذا قيل للعرف الشىء الفلانى لزيد، أو قيل له الشىء الفلانى جميع

منافعه لزيد، لم ير فرقاً بينهما، هذا حتى وإن لم نقل بأن الوضع عبارته عن مجموع تكاليف، وإن كنا قد رجحناه تبعاً للشيخ (رحمه الله) في الرسائل، حيث لا يرى العرف الحكم الوضعي شيئاً في قبال الحكم التكليفي.

وفي العبد الموصى بكل منافعه، لا حق للوارث في عتقه كفاره، إذ أدله العتق كفارة لا تشمل مثل هذا العبد، كما لا يشمل النذر صدقه وما أشبه مثل هذا العبد أو الدابة أو ما أشبهه، بل أدله العتق في سبيل الله أيضاً لا تشمل مثل هذا العبد، وإذا كان الوصيه كذلك تساوق الملك شمله دليل أن نفقه المملوك على مالكة، حتى وإن فرض أنه ليس بملك للموصى له، إذ المناط موجود فيه بعد عدم شمول الإطلاق له.

وفي الثاني: تكون النفقة من مال الميت من الثلث، إذ الوصيه بذلك تنحل إلى الوصيه بالملزوم وباللازم، حيث إن لازم ما يحتاج إلى النفقة إعطاء نفقته.

مثلاً- أوصى بأن دابته توصل المسافرين من كربلاء إلى النجف، فإن تلك وصيه بإعطاء النفقة لها أيضاً، كما يفهمه العرف، وكذلك إذا أوصى بأن يسكن الفقير داره لمدة سنة، فإن تعميم الدار يكون من مال الموصى للملازمة العرفية المذكورة.

وفي الثالث: يتوقف على إجازة الوارث، فإن أجاز كانت النفقة من الثلثين الآخرين، وإن لم يجز نقص بقدر النفقة من نفس الوصيه، ولا- وجه لكونها من بيت المال، لما ذكره الجواهر من أن بيت المال معد لغير ذلك، والحكم بأخذ النفقة منه متوقف على الحكم بعدم كونها على أحد، وهو محل البحث،

كما لا- وجه لكونها على الوارث، ودليل أن النفقة على المالك قد تقدم أنه لا يشمل المقام، وكذلك لا وجه لكونها على الموصى له لأنه ليس بملكه، فحاله حال ما إذا أوصى بركوبه من كربلاء إلى النجف، حيث لا نفقة عليه كما تقدم.

ومما تقدم يعلم الكلام حول ما إذا وصى بانتفاعه بثلث الدار أو الدابة مده أو مطلقاً، حيث تكون النفقة في التركة إن كان للثلث بقيه أو أجاز الوارث، ومن نفس الموصى به إن لم يكن أحدهما، كما يعلم أيضاً حكم النفقة فيما إذا أوصى بأن ركوب الدابة لمن أراد مده أو مطلقاً وسكنى الدار لمن أراد مده أو مطلقاً.

أما إذا فعل ذلك في حياته بأن أوقف دابته في الاضطيل، وقال: يركبها من أراد الزيارة، أو خلى داره وقال: سكنها لمن أراد من الزوار، كان النفقة عليه بلا إشكال، لأنها تابعة للملك ولا دليل ولو الانصراف عن مثل المقام.

وقد ظهر مما تقدم حال ما إذا قال: تركبون أنتم يوماً على الدابة والموصى له يوماً، أو تسكنون أنتم الدار شهراً وهو شهراً، أو لكم ثمره البستان سنة وهو سنة.

ولو أوصى بأن سكنى الدار لكم سنة وله سنة، وكذلك في الدابة والبستان وما أشبه، وقال: على الموصى له النفقة مده انتفاعه، فهل تنفذ هذه الوصية أم لا، مقتضى القاعدة القبول إن قبل الموصى له، وإن لم يقبل فإن كان إعطاء النفقة على نحو تعدد الوصية لزممت الأولى دون الثانية، وإن كان على نحو المصعب أو القيد بطلت، وإن كان على نحو الشرط كان للوارث رفض الوصية، لأن

حق الخيار يورث، وللوارث عدم الفسخ، مثل خيار تبعض الصفقة وتخلف الشرط.

ثم إن صورته بطلان الوصية لا- مجال للبحث في النفقة، أما صورته صحتها فحال النفقة حال ما ذكرناه في السابق، إذ الوصية لم تحدث تغييراً في الأصل، ولا فرق في ذلك بين جعل بعض النفقة أو كلها، سواء في الدائمة أو الموقته على الموصى له.

ثم إنه إذا جعل الموصى المنفعة للموصى له بحيث بقي الملك للورثة، فهل لكل منهما التصرف فيما له ولو تضرر الآخر تضرراً متعارفاً بين الجيران، أو ليس له ذلك ولو لم يتضرر الآخر، أو له ذلك بما لا يتضرر الآخر، احتمالات، بعد وضوح أنه ليس لأحدهما تصرف يتضرر به الآخر تضرراً كثيراً، ليس من نحو تضرر الجيران المتعارف لإطلاق دليل «لا ضرر» ونحوه.

أما الأول: فيدل على أصل جواز التصرف لإطلاق دليل السلطنة.

وقال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: (وللموصى له التصرف في المنفعة على وجه لا ضرر في العين، بل على حسب التصرفات في المنافع، وللورثة التصرف في الرقبة ببيع وعتق وغيره مما هو غير مناف للمنفعة، ولا يبطل حق الموصى له بذلك بلا خلاف معتد به، ولا إشكال أجده في شيء من ذلك) انتهى.

ويدل على جوار الإضرار المتعارفه أن الجوار دائماً يوجب ذلك مما يتعارف، وأدله «لا ضرر» لا تشملها، فإن الجار ينزعج من أطفال الجار ومجالسه وثلجه في الشتاء وغير ذلك كما ذكره في كتاب إحياء الموات.

وأما الثاني: فيدل عليه أنه كتصرف المشتركين في مال الشركه، حيث لا يحق لأحدهم التصرف إلا برضى الشريك، لأن كل تصرف في مال النفس تصرف في

مال الغير، فيمنعه دليل سلطنه الغير.

والقول بأنهما ليسا كالشريكين الذين لا يجوز لأحدهما التصرف في العين المشتركة إلا بإذن الآخر لعدم التميز بخلافه هنا، فإن ملك كل منهما مميّز عن الآخر على وجه يمكن التصرف فيه من دون منافاه ولا ضرر على الآخر، مردود بأن المراد بالتصرف المنافى.

أما غير المنافى فهو جائز في المشترك أيضاً، كما إذا باع أحدهما ماله المشاع مع الآخر.

وفى المقام إذا أراد مالك العين ترميمها كان تصرفاً في ملك مالك المنفعة، وإذا أراد مالك المنفعة الجلوس فيها كان تصرفاً في ملك مالك العين، ومثل ذلك ما لو اشترى أحدهما المنفعة سنه والآخر العين، حيث اللازم إجازة كل واحد منهما إذا أراد التصرف المنافى لحق الآخر.

نعم يمكن أن يقال فى المقام: إن المالك الموصى حيث أوصى بالمنفعة للموصى له كان معناه إعطاءه حق التصرف فى العين، فدلّيل التصرف فى ملك الغير الممنوع لا- يأتى هنا، وإن أتى فيما باعهما أحدهما العين والآخر المنفعة، بناءً على صحه بيع المنفعة، كما هو الأظهر وذكرناه فى المكاسب.

وأما الثالث: فيدل عليه ما دل على الأول بعد منع كونهما كالجيران فى عدم بأس الأضرار القليله المتعارفه.

والأقرب الأوسط لما عرفت.

ثم الظاهر صحه بيع كل منهما ماله من العين أو المنفعة، كما تصح المصالحه والإجاره للعين وغير ذلك، لإطلاق أدلتها.

والزوجه ترث من المنفعة لا- من الأرض إذا مات الوارث، إذ المنفعة التى يستحقها الموصى له ليست أرضاً وإن كانت منفعه الأرض، فحالها حال ما إذا وهب المنفعة لإنسان فمات الموهوب له، حيث إن زوجته ترث منها، لإطلاق أدله ما تركه الميت فلوارثه.

قال فى الجواهر: (الوصيه بذلك تمليك عندنا لا عاربه، فلو مات الموصى

له ورث عنه، وتصح إجارته وإعارته) انتهى.

ولو قال لزيد: منافع الدابة إلى خمس سنوات مثلاً، ملك ولدها أيضاً حيث إنه من المنافع.

ولو جنى عليها جان بما أوجب نقص المنفعة كان له تطلبها، وحيث لا يخسر الجاني مرتين كان قدر فوت المنفعة له والزائد للوارث.

ولو وطأها واطئ بما أوجب حرقها بعد ذبحها، أعطى قدر خساره الموصى له من القيمة والبقية للوارث، ولو ساوت أجره الدابة لسنه مع قيمتها فرضاً، فهل القيمة المدفوعه للموصى له، أو تقسم بينهما بالنسبه، لذهاب حق الاختصاص و«لا يتوى حق امرئ مسلم»، احتمالان، وإن كان الثانى أقرب إلى قاعده العدل.

ولو كانت الشاه الموصى بمنافعها لزيد فى قطع وطأ إحداها وأقرع لأجل تميزها فخرجت القرعه على غيرها، لم يكن على الموصى له خساره، أما إذا خرجت القرعه عليها خسر كلاهما، فإن عرف الواطى تحملها، وإن لم يعرف سقط حق الموصى له.

ولو أوصى بمنفعه دابه أو سياره أو ما أشبه كان للموصى له السفر بها فى غير مورد الخطر.

أما الأول: فلأنه المنصرف فى الوصيه بهما.

وأما الثانى: فلأن الخطر على العين المملوكه للوارث ممنوع، فإذا رضى جاز، أما إذا لم يرض فى الأول لم يكن له حق، بل كان كما إذا أراد أحد الشريكين تصرفاً متعارفاً فى المال المشترك ولم يرض الآخر.

ثم إذا عطب الموصى بمنفعته على يد أحدهما بدون تعدد أو تفريط لم يكن ضامناً، لأنه تصرف له فهو كالأمين الذى ليس عليه إلا اليمين، نعم إذا كان بتعدد أو تفريط كان ضامناً، لدليل «على اليد» وغيره.

قال فى الجواهر: ولو قطع طرفه اختص الوارث بإرثه على الأقوى، و

يحتمل التقسيط أيضاً، ولو لم تنقص به المنفعة كالأنمله، فهو للوارث قطعاً.

أقول: الجنايه على الدابه أو السياره أو الدار أو غيرها على ثلاثه أقسام: لأنها إما تنقص المنفعه لا العين فالأرش للموصى له، أو العين لا المنفعه فالأرش للوارث، أو كلتاهما فالأرش بينهما يقسم بالنسبه، ولو شك في أنه أوصى بهما أو بأحدهما كان الأصل عدم الوصيه بالثانيه.

ولو اختلفا في أنه أوصى بكون العين للموصى له مسلوبه المنفعه حيث للوارث المنفعه، أو بالعكس بأن تكون المنفعه للموصى له دون العين، كان من التحالف، فإذا حلفا أو نكلا قسمتا بينهما بالنسبه، ولا مجال للقرعه لأنها لا مسرح لها في الماليات، كما تقدم غير مره.

ولو أوصى بمنفعه سنه مجملاً لزيد، كان للوارث جعلها أى وقت أراد مما يشمله إطلاق الوصيه لما تقدم.

ويأتى أن تميز الكلى فى فرد فى يد الوارث، إذ لا دليل على أكثر من ذلك بعد صدق تنفيذ الوصيه بأى فرد أراد الوارث، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٢١): إذا أوصى بالكلية المطلق، كما لو قال: أعطوا زيداً شاه، تخير الوارث في إعطائه ما يصدق عليه أنه شاه، إلا إذا جعل الخيار لغير الوارث في التعيين، سواء جعله للورثة كلهم أو بعضهم أو للموصى له أو لثالث.

أما الأول: فلأن الواجب تنفيذ الوصية الذي يتحقق بإعطائه أى فرد من الكل، كبيراً أو صغيراً، صحيحاً أو معيباً، سميناً أو هزياً، غالباً أو رخيصاً، بل وفي أى زمان أو أى مكان إذا لم يكن انصراف، كأن يعطى فى يوم الخميس حيث الشاه رخيصه بمناسبه بيعها فى ذلك اليوم، حيث يجىء أهل الأرياف لزياره الإمام الحسين (عليه السلام) مما يوجب تنزل السوق، أو يوم الجمعة حيث يحتاج إلى كثره الذبح مثلاً فتغلو.

وكذلك أن يعطى فى هذا البلد حيث الغلاء، أو بلد آخر حيث الرخص، كما إذا سافراً معاً إلى بلد ثان فأراد الوارث إعطاءها إياه هناك.

ولو لم يقبل الآخذ فى زمان خاص أو مكان خاص أو شاه مخصوصه سلمها بيد الحاكم الشرعى إن لم يمكن تسريحها أمامه، كما ذكروا فى باب إقباض البائع المتاع المشتري للمشتري.

ولو جعل الموصى الخيار للآخذ أو لثالث لم ينفذ اختيار الوارث، بل اللازم تنفيذ الوصية إلا إذا أراد الثالث أو الموصى إليه فوق قدر الثلث، كما إذا كان ثلثه مساوياً لعشره فأراد من له الخيار ما له قيمه إحدى عشره.

ولو أخذ الموصى إليه الشاه، ثم أراد تبديلها فهو شىء جديد وإن رضى الوارث، لا أن الثانى يقع نفس الوصية لأن التسليم سقط التكليف ولا دليل على عوده بالفسخ، فإذا تسلمه الوارث ولم يسلم غيره لم يكن فعله منافياً للوصية، بل كان من أكل المال بالباطل، ويظهر الثمر فى أنه إذا تسلمه ثم أراد إعطاءه دون

تلك القيمة لم يكن له حق إذا لم يرض الموصى له، ويحتمل كون الثانى أيضاً من باب الوصيه لأن العرف يرى ذلك.

ويؤيده روايه الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) فى أخذ الصدقات حيث يريد صاحبها تبديلها، لكن الأقرب الأول، وفى التأيد المذكور نظر.

ولو قال: أعطوه شاء، لم ينتظر حتى يكبر بقيه الورثه، أو يعقل إذا كان فيهم مجنون، إذ الانصراف إعطاء من كان قابلاً منهم للإعطاء، نعم يلزم اتفاقهم إذا كانوا جماعه فيما لم يكن انصراف، ولو اختلفوا فالقرعه لأنها لكل أمر مشكل.

وهل للمرأة الاختيار بالنسبه إلى الوصيه بالأرض، احتمالان، من أنها لا حق لها فيها فلا اعتبار باختيارها، ومن أن عدم حقها فى أخذها إرثاً، والمعمول انصراف لفظ الموصى، ولولم يكن انصراف كان الأصل عدم حقها، إذ لا دليل على الحق.

ومثله الكلام فى القاتل والكافر حيث لا يرثان، أما الطبقة التى لا ترث فأوضح، نعم إذا لم تنفذ الوصيه حتى صار الأمر إلى الطبقة المتأخره كان المعيار اختيارهم للارتكاز.

ويأتى مثل الكلام فى الكلى المطلق، فى الكلى فى المعين، كما إذا قال: أعطوه شاه من هذه الشياه، والمردد مثل إحدى هاتين الشاتين، والمشاع مثل صاعاً من هذه الصبره، والفرق بين المعين والمشاع أن الأول حصص ليست قابله للتبادل إلا فى دائره أفرادها، فمن خمسه شياه مثلاً أحدها، بينما المشاع صاع من خمسه أصوع، حيث يقبل الانطباق على عشرات بالتبادل.

ثم للمشاع فردان، فقد يريد الموصى الفرد كما ذكر، وقد يريد الجزء، والفارق

أن الفرد يبقى واجباً، وإن تلف سائر أفراده فيكون التلف من كيس الورثة، وفي المشاع إذا تلف البعض فقد ذهب من كيس الكل بالنسبه.

قال في القواعد: (والضابط أن كل لفظ يقع على الأشياء وقوعاً متساوياً إما لكونه مشتركاً أو لكونه متواطياً، فإن للورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا، ويحتمل في المشترك القرعه، ويحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقه دون المجاز).

أقول: الاحتمالان الأخيران غير ظاهر الوجه، إلا بالنسبه إلى الأخير فيما كان اللفظ متساوي الظهور في كل من الحقيقه والمجاز.

ولا يخفى أنه لا يلزم شمول اللفظ للجميع من باب وحده الجنس أو النوع أو الصنف، بل يمكن الشمول من باب صدق اللفظ فقط، مثل أعطوه أحد أشياءي، وله كتاب وقلم ومحبره وشاه وشجره مثلاً، ولا يشترط وجود الفرد حال الوصيه أو الموت، فلو قال: أعطوه شاه، صح إعطاؤه شاه تولد فيما بعد.

نعم لو قال لفظاً تجدد له فرد جديد لم يكن في السابق، أشكل إعطاؤه من الجديد، إلا إذا كان للفظ عموم، كما إذا قال: أعطوه مصباحاً كهربائياً، وكان وقت الوصيه لم تظهر بعد المصابيح الشمعيه ثم ظهرت، ولعل ذلك يفهم من عباراتهم وإن كان المنصرف من التساوي في كلماتهم غير ذلك.

قال في الشرائع: وكل لفظ وقع على أشياء وقوعاً متساوياً فللورثة الخيار في تعيين ما شاؤوا منها، ولو قال: يعطى لزيد شاه، وكان له وارث ووصى فالظاهر أنهما مثل وارثين أو وصيين، إذ لا ظهور للفظ في إرادته أحدهما.

ولو تنازعا فإن تساوي الأمران المراد إعطاء أحدهما قيمه كان المجال للقرعه، وإن اختلفا وأراد الوصى إعطاء الأزيد قيمه لم يكن له ذلك الحق، لأنه تصرف في مال الورثه بدون رضاهم بالنسبه إلى الزيادة، والاختلاف فيما إذا أراد الوصى

إعطاء الأقل قيمةً حاله حال تساوى القيمة فى القرعه، ويأتى مثل هذا الكلام فى وارثين أراد أحدهما إعطاء الأكثر قيمةً والآخر إعطاء الأقل قيمةً.

ولو أوصى بإعطاء شاه خاصه أو شىء آخر معيناً فماتت بطلت الوصيه لفوت متعلقها.

نعم لو علم أنه من باب تعدد المطلوب ولو من جهه ارتكاز الموصى، انتقل الأمر إلى مثله أو قيمته أو بدله، مثلاً أراد تزويج يتيم إذا بلغ، فقال: أعطوه الألف الموجود فى الصندوق، لكن كان ذلك من باب مطلوب ثانوى، وإنما كان مطلوبه الأولى إعطاءه ألفاً ليتزوج، وكان التعيين من باب مطلوب آخر كان اللازم إعطاءه الألف من مكان آخر.

والفرق بين المثل والقيمة واضح، وإن كنا نستظهر أن الشاه ونحوها مثلى أيضاً، لأن الاعتبار بالعرف، فإن الشارع قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (١)، وأداء شاه بدل الشاه أقرب إلى الشاه المغصوبه عن قيمتها، فإن الشىء إلى نفسه أقرب من غيره (بإعطاء نفس الشاه المغصوبه) ثم بدله المثل أقرب (إذا هلكت) ثم قيمته (إذا لم يكن له مثل) ثم بدله، كما إذا أباحه جلوس داره فغصبها غاصب، حيث يجب عليه إعطاء بدل الإيجار، وذلك ليس مثلاً ولا قيمةً وإنما بدلاً، وإنما الفرق بينه وبين بدل الحيلولة أن الأول بدل الذات، والثانى بدل السلطه، ولذا كان مقتضى القاعده رجوع الأصل إلى صاحبه إذا حصل، وبدل الحيلولة إنما هو فى من ألقى إناء الغير فى البحر مثلاً.

ثم إن ما ذكرناه من تعدد المطلوب حاله حال ما ذكروه فى الوقف من الارتكاز إذا تعذر المصرف المعين.

ص: ٣١١

ولو شك في أنه هل كان من باب تعدد المطلوب أو وحدته كان الأصل مع الوحده.

ولو هلك من أوصى له، فإن كان على نحو تعدد المطلوب عمل بالمطلوب الآخر، وإن كان على نحو وحده المطلوب، مثل أنه أراد تزويج زيد، حيث إن أباه أمر بذلك فأوصى بأن يزوج، فالظاهر أن المال يرجع ميراثاً، أو يكون حينئذ كما إذا أوصى أن يعطى ولد زيد، والحال أنه اشتبه ولم يكن لزيد ولد.

ولو لم يقبل الموصى له أخذ ما أوصى، فإن كان من باب تعدد المطلوب صرف في المطلوب الآخر، وإن كان من باب وحده المطلوب صرف ميراثاً، لما تقدم إذ يظهر من ذلك بطلان الوصيه.

ولو أوصى بأحد شاتيه فماتت إحداها أو سرقت تعين الثانيه، وكذلك الحال في الكلى في المعين.

ولو أوصت بشاه خاصه من شاتيه فسرت أو ماتت إحداها ولم يعلم أن أيهما سرقت، عمل بقاعده العدل في الشاه الباقيه، فلكل من الوارث والموصى له نصفها.

ولو كانت الموصى بها شاه من ثلاث فسرت أو ماتت إحداها، كان للموصى بها ثلث الشاه لملاحظه النسبه، أو نصف الشاه كما في الدرهم والدرهمين للودعي على اختلاف في تلك المسأله هل أن الروايه على طبق القاعده مما يتعدى منها إلى أمثال ذلك المقام، أو على خلاف القاعده مما يقتصر فيها على موردها، وفي سائر المقامات يعمل بقاعده العدل.

ولو أهلك الشاه الموصى بها مهلك لم تبطل الوصيه، وإنما تنتقل إلى قيمه لقاعده اليد، أو إلى شاه أخرى.

قال في الشرائع: فيما لو أوصى بمماليكه لزيد، فإن ماتوا بطلت الوصيه، فإن قتلوا لم تبطل وكان للورثه أن يعينوا له من شاؤوا ويدفعوا قيمته إن صارت

إليهم وإلا أخذها من الجاني، ثم لو قتلوا في حياه الموصى، فقد قال المسالك: الأصح عدم بطلان الوصيه وانتقال حكمها إلى البدل، لكن في الجواهر أشكل عليه بالبطلان كالعين الموهوبه قبل القبض.

أقول: إن كان في صورته وحده المطلوب ولو للأصل فكما قال الجواهر، وإن كان في صورته تعدد المطلوب فكما قال المسالك، ولعله أراد ذلك، إذ من المستبعد قوله بذلك في صورته وحده المطلوب.

ولو هلكت الشاه في صورته تعدد المطلوب، فهل يكون الصوف ونحوه للورثه في قبال إعطائه شاه أخرى، أو للموصى له لأنه باق من الشاه فلا وجه لانتقاله إلى البدل، لا يبعد الأول، فإن تعدد المطلوب يقتضى إعطاءه شاه وقد أعطوه.

ولو قال: أعطوه إحدى شياهي، وكانت له خمس، فلما مات كانت له عشر شياه، فهل يعطى من الأول، أو مطلقاً ولو من الجدد، هذا تابع لما يستظهر من لفظه، فإن استظهر إرادته الخصوصيه فمن الأول، وإلا مطلقاً، ولو لم يعلم المراد كان الاحتياط مع الأول، لاحتمال انصباب الوصيه على الأول فلا- يعمل بشمول الوصيه للجدد، فإعطاؤها يكون من قبيل التمسك بالعام الشبهه في المصداقيه.

(مسألة ٢٢): قال فى الشرائع: تثبت الوصيه بشاهدين مسلمين عدلين، وقال فى المسالك: سواء كان بالمال أو بالولاية، وتبعه الجواهر فى ذكرهما وادعى على ذلك الإجماع بقسميه.

ولا يخفى أن المال والولاية من باب المثال، وإلا فكذلك الشهاده فى الحق، مثل حق التحجير على قول المشهور إنه مجرد حق وإنما يملك بعد العمارة ونحوها، وإن كنا اخترنا فى كتاب إحياء الموات تبعاً لبعضهم أنه يملك بمجرد التحجير، وكذلك فى مثل الحبه على قولهم أنه ملك وليس بمال، وإن نظرنا فيه بأنه مال أيضاً، فالدينار فى قبال عشرة آلاف حبه معناه جزء من عشرة آلاف جزء من الدينار فى قبال الحبه.

وكيف كان، فكذلك تثبت بالشهادة بالبضع، كما إذا أوصى بتحليل أو تزويج أمتة لزيد، وليس ذلك أحدهما، إلى غير ذلك، والحاصل كل شيء له تثبت وصيته فيه بالشاهدين.

ثم قال الشرائع: ومع الضروره وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمه خاصه، وقيده الجواهر بقوله: فى الأولى منهما _ أى المال _ بل عن فخر الدين وظاهر الغنيه وصريح الصيمرى الإجماع عليه.

أقول: لا بأس بالتعدى إلى الولاية وغيرها ولو بالمناط عرفاً، ويدل على أصل الحكم الآيه الكريمة قال سبحانه: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعِيدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا

اسْتَحَقَّ إِثْمًا فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأُولِيَانِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ ذَلِكَ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَى وَجْهِهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعِيدٌ أَيْمَانِهِمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْفَاسِقِينَ (١١).

فقد روى محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن رجاله رفعه، قال: خرج تميم الدارمي وابن بندي وابن أبي ماريه في سفر، وكان تميم الدارمي مسلماً، وابن بندي وابن أبي ماريه نصرانيين، وكان مع تميم الدارمي خرج له فيه متاع وآنيه منقوشه بالذهب وقلاده أخرجها إلى بعض أسواق العرب للبيع، فاعتل تميم الدارمي عله شديده، فلما حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندي وابن أبي ماريه، وأمرهما أن يوصلاه إلى ورثته.

فقدما إلى المدينة وقد أخذنا من المتاع الآنيه والقلاده وأوصلا سائر ذلك إلى ورثته، فافتقد القوم الآنيه والقلاده، فقالوا لهما: هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقه كثيراً، قالوا: لا، ما مرض إلا أياماً قلائل، قالوا: فهل سرق منه شيء في سفره هذا، قالوا: لا، قالوا: فهل أتجر تجاره خسر فيها، قالوا: لا. قالوا: قد افتقدنا أفضل شيء كان معه، آنيه منقوشه بالذهب مكلله بالجواهر وقلاده، فقالوا: ما دفع إلينا فأديناه إليكم، فقدموهما إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فأوجب رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عليهما اليمين، فحلفا فحلى عنهما

ص: ٣١٥

ثم ظهرت تلك الآنيه والقلاده عليهما، فجاء أولياء تميم إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقالوا: قد ظهر على ابن بندى وابن أبى ماريه ما ادعيناه عليهما، فانتظر رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الحكم من الله فى ذلك، فأنزل الله تبارك وتعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهِادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ).

فأطلق الله شهادته أهل الكتاب على الوصيه فقط إذا كان فى سفر ولم يجد المسلمين (فَأَصَابَتْكُمُ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذًا لَمِنَ الْآثِمِينَ) فهذه الشهاده الأولى التى جعلها رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) (فإن عُثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا) أى أنهما حلفا على كذب (فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا) يعنى من أولياء المدعى (مَنْ الَّذِينَ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ الْأَوْلِيَانِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ) يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما فإنهما قد كذبا فيما حلفا بالله (لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهِمَا وَمَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذًا لَمِنَ الظَّالِمِينَ) فأمر رسول الله (صلى الله عليه وآله) أولياء تميم الدارمى أن يحلفوا بالله على ما أمرهم فحلفوا فأخذ رسول الله (صلى الله عليه وآله) والآنيه من ابن بندى وابن أبى ماريه وردهما على أولياء تميم الدارمى (ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهَيْهَا أَوْ يَخَافُوا أَنْ تُرَدَّ أَيْمَانٌ بَعْدَ أَيْمَانِهِمْ) (١).

ورواه على بن إبراهيم فى تفسيره مرسلًا نحوه، ورواه السيد المرتضى فى رساله الحكم والمتشابهة نقلًا عن تفسير النعمانى بإسناده الآتى عن على (عليه

ص: ٣١٤

السلام) نحوه، إلا أنه قال: (تحبسونهما من بعد الصلاة) يعنى صلاه العصر، كذا فى الوسائل (١١).

قال فى الجواهر: (نعم فى غير خبر على بن إبراهيم أن النصرانيين قد ادعيا شراءه عن تميم وأنكرهما الورثه).

أقول: لكنى لم أجد ذلك فى الوسائل والمستدرک، والظاهر أن الحكم ليس خاصاً بأهل الذمه، إذ لا يدل عليه الكتاب، والروايات المطلقة كثيره، بالإضافة إلى الحكمة المذكوره فيها والمناطق، بل إطلاق أهل الذمه وأهل الكتاب يشمل كل أهل الذمه.

وقد ذكرنا فى كتاب الجهاد أن المعلوم من سيره الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) وعلى (عليه السلام) أن غير أهل الكتاب أيضاً أهل ذمه، إذ لا دليل معتداً به لما اشتهر بينهم من تخيير غير الكتابى بين الإسلام والسيف، وقد ترك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) المشركين فى مكه وغيرها ولم يطلب منهم الإسلام أو السيف، بل على ذلك جرت سيره المسلمين فى حكوماتهم المستقيمه والمنحرفه كما لا يخفى لمن راجع السير والتاريخ، وقد قال سبحانه: (لا إكراه فى الدين) (٢).

وكيف كان، فإصرار الجواهر على العدم منظور فيه، فقد روى الكلينى فى الصحيح، عن ضريس الكناسى، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن شهاده أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم، فقال: «لا، إلا أن

ص: ٣١٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٥ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١

٢- سورة البقره: الآيه ٢٥٦

لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لأنه لا يصح ذهاب حق امرئ مسلم، ولا تبطل وصيته»^(١)، وعن الشيخ عن أحمد بن محمد مثله.

وفى روايه المشايخ الثلاثة، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن قول الله عز وجل: (يا أيها الذين آمنوا شهداء بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم وآخران من غيركم، قال: «هما كافران»، قلت: ذوا عدل منكم، قال: «مسلمان»^(٢)، كذا في الكافي، وترك ذيل الحديث في الفقيه والتهذيب.

وفى صحيح ابن مسلم المروى في الكافي، عن ابن مسلم، وفي الفقيه عن عبيد الله الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته هل تجوز شهاده أهل مله من غير أهل ملتهم، قال (عليه السلام): «نعم إذا لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، إنه لا يصلح ذهاب حق أحد»^(٣).

وروى الشيخ عن علي بن إبراهيم مثله.

وعن الكافي والتهذيب عن هشام بن سالم، أو ابن الحكم _ على اختلاف النسخ _ عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قول الله عز وجل: (أو آخران من غيركم) قال: «إذا كان الرجل في بلد ليس فيه مسلم جازت شهاده من ليس بمسلم على الوصيه»^(٤).

ص: ٣١٨

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٣
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩١ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٤

وفى روايه أخرى: «إذا كان الرجل فى أرض غربه لا يوجد فيها مسلم» (١).

وعن أبى أسامه، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن قول الله سبحانه: (شهاده بينكم) إلى قوله: (أو آخران من غيركم)، قال: «هما كافران»، قلت: فقول الله: (ذوا عدل منكم)، قال: «مسلمان» (٢).

وعن زيد الشحام، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن قول الله: (أو آخران من غيركم) قال: «هما كافران» (٣).

ولا يقاوم هذه الروايات المطلقة والمعللة والموافقه لظاهر إطلاق الكتاب إلا طائفتان:

الأولى: ما حصر بأهل الكتاب والمجوس، مثل ما رواه يحيى بن محمد، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) سن فيهم سنه أهل الكتاب فى الجزية» (٤).

والثانيه: ما جعل غيركم مسلمين أيضاً، مثل ما رواه الصفار فى بصائر الدرجات، بسنده إلى المفضل بن عمر، إلى أبى عبد الله (عليه السلام)، وفيه فى تفسير الآيه: «وذلك إذا كان مسافراً فحضره الموت أشهد اثنين ذوى عدل من أهل دينه، فإن لم يجد قآخران ممن يقرأ القرآن من غير أهل ولايته».

واللازم حمل هاتين الطائفتين على الفضل، فالمسلم غير أهل الولاية

ص: ٣١٩

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٠ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٣ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ١٠
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٥٩٢ الباب ٢ من أبواب الوصايا ح ٦

أولى، ثم أهل الكتابيين ثم المجوس ثم مطلق الكافر، وهذا هو الذى يقتضيه الجمع الدلالى.

ولذا صرح بعض الروايات بأهل الكتاب فقط، مثل ما رواه حمزه بن حمران، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن قول الله عز وجل: (ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرَانِ مِمَّنْ غَيْرِكُمْ) (١)، قال: فقال: «اللذان منكم مسلمان، واللذان من غيركم من أهل الكتاب» (٢).

ومثله غيره.

وحيث لم يفرق فى النص والفتوى بين اليهود والنصارى لم يكن فرق بينهما، وإن كان الأول أبعد، قال سبحانه: (لَتَجِدَنَّ أَشَدَّ النَّاسِ عِدَاوَةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الْيَهُودَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا وَلَتَجِدَنَّ أَقْرَبَهُمْ مَوَدَّةً لِلَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ قَالُوا إِنَّا نَصَارَى) (٣)، وإن كان أخير الآيه (ذَلِكَ بِأَنَّ مِنْهُمْ) يمنع الإطلاق، نعم من ينكر نبيين أسوأ ممن ينكر نبياً.

وكيف كان، فالظاهر أنه لا فرق بين الكافر الذمى والمعاهد وغيرهما، كما إذا كان لا عهد ولا ذمه فرضاً، فإنه تصح الشهاده لدى الاضطرار، لإطلاق الآيه والروايه ولعموم العله المنصوصه والمعقوله.

نعم فى الشهاده للمسلم يلزم الضروره وهى واقعى، والطريق إليها العلم أو الحججه، مثل قيام الثقه بالضروره، لكن لا- يبعد أن يستفاد من الروايات وخصوصاً المعلله أنه لو كان الميت يزعم الضروره كفى وإن لم تكن ضروره واقعاً، فقول الجواهر: (بل قد يقال: بعدم قبول شهاده أهل الذمه حال عدم

ص: ٣٢٠

١- سورة المائده: الآيه ١٠٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٢ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٧

٣- سورة المائده: الآيه ٨٢

العلم بتحقيق الضروره التي هي شرط ذلك، لظاهر جمله من النصوص والفتاوى) إلى آخر كلامه غير ظاهر.

نعم إذا كان مسلم في مذهبه كفايه أهل الكتاب مطلقاً، حكمنا بمذهبه لقاعده الإلزام، لا في ما إذا كان مؤمن غير مبال، مذهبه عدم الكفايه إلا للضروره لكنه وصى بشهادتهما من غير ضروره.

ثم إنه قد تقدم أن مقتضى بعض الروايات والمناط تقدم قبول شهاده المسلمين الفاسقين من غير جهه الكذب على الكافرين، وهذا هو المحكى عن العلامه، وكذلك مجهول الإسلام والكفر على واضح الكفر، والمخالف على الكافر.

نعم لو دار بين المسلم الكاذب والكافر غير الكاذب قدم الثاني، لإطلاق دليل الثاني بعد عدم شمول دليل الأول، فقول الجواهر: (الظاهر أن التمكن من المسلمين الفاسقين ولو بغير الجنايه والكذب كعدمه لعدم قبول شهادتهم ولو في حال الاضطراب) محل نظر.

وبهذا يظهر أنه لو كان مسلم فاسق من غير جهه الكذب وكافران ضم أحدهما إليه.

ولو دار بين امرأتين مسلمتين وكافر، وبين كافرين قدم الأول، لما يستفاد من تأخر رتبه الكافر، فقول الجواهر: (والظاهر تحقق الضروره وإن تمكن من النساء الثلاثه التي يثبت بها ثلاثه أرباع الموصى به فضلاً عن الاثنتين والواحد، لظهور النصوص في أن المقدار قبولها على عدم التمكن مما يثبت به تمام المطلوب من المسلمين وهو متحقق في الفرض) محل منع، كيف والضرورات تقدر بقدرها،

نعم إذا كانت امرأه واحده لم تنفع، إذ هي مع كافر واحد لا يثبت بهما الوصيه.

نعم الظاهر أن الاضطرار حاصل وإن تمكنت من تضعيف الوصيه أربعه أضعاف مما يمكن به إثبات كلها، وذلك لصدق الاضطرار، كما أفتى به الجواهر.

لكننا قد ذكرنا في كتاب الشهادات عدم البأس بالتضعيف للمرأة الواحده لإثبات الحق، فإن أدله حرمه الكذب لا تشمل مثل المقام، فقول الجواهر: الظاهر أنه لا يجوز للمرأة العالمه بقدر الموصى به وأنه لا شريك لها في الشهاده تضعيف المشهود به على وجه يصلح للموصى له مقدار ما أوصى به، للكذب المحرم الذى مثل ذلك لا يعد مصلحه لتسويغه، لعدم الظلم بمنع ما لم يثبت شرعاً كونه له، وإن كان فى الواقع أنه له) انتهى.

محل نظر، فإن الشهاده بحيث لا يصلح حق الطرف مثل عدم الشهاده، والمعيار فى الشريعه الحقوق، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «فقد اقتطعت له قطعه من النار».

وبعض الروايات تدل على جواز الكذب فى مثل المقام، فراجع كتاب الشهادات، كما يشمله إطلاق جواز الكذب فى الإصلاح.

وهل حال المرتد حال الكافر، الظاهر ذلك، لإطلاق الأدله السابقه، ووجوب قتله لا يمنع ذلك، كما أن الكافر لو وجب قتله لقصاص ونحوه لم يمنع ذلك قبول شهادته.

أما المرأة الكافره، فالظاهر أن حالها حال المرأة المسلمه، جمعاً بين دليلى كون المرأة الربيع وقبول شهاده الكافر.

ثم فى مثل مورد الروايه إن ادعى البيع لهما أو سائر وجوه الانتقال، فإن أنكر الوارث كانا مدعين، وإن قال الوارث: لا أعلم، كان له أن يحلف على عدم

علمه إذا لم تكن لهما بينه، كما في كل مورد يدعى المدعى انتقال الشيء من المورث إليه مع علم الوارث بالعدم أو عدم علمه، وقد ذكرنا في كتاب الشهادات أن الادعاء على الميت يحتاج إلى اليمين بالإضافة إلى بينه.

ثم الظاهر اشتراط الوثاقه في الكافرين، وهي تحصل بعدم معرفتهما بالكذب وإن كانا فاسقين حتى في دينهما، لعدم الدليل على أكثر من ذلك.

وهذا هو الظاهر من خبر حمزه بن حمران، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله عز وجل: (ذوا عدل) قال: «اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب» وقال: «إنما ذلك إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه وطلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيه فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما» (١).

إذ المستفاد من (المرضى) ليس أكثر من ذلك، بقريته الحكم والموضوع، فاعتبار جماعه عدلتها في دينهما غير ظاهر الوجه.

وهل يعتبر حلفهما مطلقاً، أو بعد صلاه العصر مطلقاً، أو مع الريبه، فيها احتمالات، الظاهر ذلك مع الريبه، كما في الآيه وبعض الروايات، وقد أفتى به العلامة والكركي وغيرهما كما حكى عنهم.

ففى خبر يحيى بن محمد المروى فى الكافى والفقيه وغيرهما _ كما فى الوسائل _ عن الصادق (عليه السلام)، إلى أن قال: «وذلك إذا مات الرجل فى أرض غربه فلم يوجد مسلمان، أشهد رجلين من أهل الكتاب يحبسان بعد الصلاه (العصر، به) فيقسمان بالله لا- نشترى به ثمناً، ولو كان ذا قربي ولا- نكتم شهاده الله إنا إذاً لمن الآ- ثمين، وذلك إذا ارتاب ولى الميت فى شهادتهما، فإن عثر على أنهما

ص: ٣٢٣

شهدا بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجيىء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الأولين فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما، وما اعتدينا إنا إذا لمن الظالمين، فإذا فعل ذلك نقضت شهاده الأولين وجازت شهاده الآخرين، يقول الله عز وجل: (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها أو يخافوا أن ترد أيمان بعد أيمانهم) [\(١\)](#).

وبذلك يظهر أن إطلاق الحلف ولو بدون الريبه أو عدم الحلف أو عدم لزوم الحلف بعد صلاه العصر ليس مما قام عليه دليل، فقول الجواهر: (قد يقوى فى النظر خلافه لإطلاق جمله من النصوص معتضداً بخلو فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره، ثم حملة على النسخ أو الندب)، فيه: كفايه الآيه، ولا دليل على النسخ، وظاهر الأمر الوجوب، وعدم تعرض بعض النصوص لا يفيد، كما أن خلو كلام جمله منهم لا يقاوم ذلك.

وعليه فاللزام أن يكون الحلف بعد صلاه العصر، وبالصيغه المذكوره فى الآيه، إلا إن كان لهما لغه أخرى فاللزام تفسير ذلك، لعدم فهم خصوصيه اللغه العربيه من الآيه المباركه.

وهل اللزام اجتماع الناس، كما فعله رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، الظاهر لا، إذ الفعل لا يدل على الوجوب بعد عدم وجود دليل آخر، وإن لم يستبعد استحبابه تأسيماً.

ثم إنه إذا أوصى فى حال إمكان المسلمين ثم مات حين لم يكن مسلم لم تكف تلك الوصيه، قال سبحانه: (إِنَّ أَنْتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ) [\(٢\)](#)، كما أنه لو أوصى حين زعم أنه يموت ولا مسلم ثم وجد المسلم قبل

ص: ٣٢٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٢ الباب ٢٠ من أبواب الوصايا ح ٦

٢- سورة المائده: الآيه ١٠٦

أن يموت لم ينفع، لأنه خلاف الآية والنص والفتوى، وهل الحكم كذلك إذا زعم الموت حيث لا مسلم، ثم أغمى عليه ووجد المسلم ثم مات، لا يبعد ذلك لوحده الملاك.

وكيف كان، فظاهر الآية الكريمة بمعونه الروايات والفتاوى يعطى ثلاثة فروع رئيسيه:

الأول: إن الإنسان إذا أصابه مرض الموت ولا مسلم يشهده على وصيته، صح له أن يشهد كافرين، فإذا شهد الكافران بما أوصى قبل كلامهما.

الثاني: إذا شك الولي للميت في شهادتهما، وهل أن ميتة أشهدهما على ذلك أم لا، أحلف الحاكم الشاهدين بالكيفيه المذكوره في القرآن الحكيم، وبعد الحلف المذكور أخذ بشهادتهما المؤكده بالحلف.

الثالث: إذا ظهر للحاكم قرائن تدل على كذب الشاهدين، وطلب الولي نقض الحكم وإبطال الوصيه، فالحاكم لا ينقض الحكم بمجرد ذلك ولا يبطل الوصيه، بل يأتي شاهدان من الأولياء يحلفان ببطلان شهاده الكافرين، وحين ذاك يبطل الحاكم الوصيه وينقض حكمه السابق.

وعليه فالآيات المباركات اشتملت على أمرين:

الأمر الأول: صحه الإشهاد للكافر على الوصيه إذا لم يكن مسلم.

الأمر الثاني: إن شهادتهما مأخوذ بها بدون حلف، إذا لم يكن شك، أو مع حلفهما إذا كان شك، وتبطل شهادتهما إذا ادعى الولي بطلان شهادتهما، وحلف وليان على البطلان.

ونزلت الآية في القصة المتقدمه عن على بن إبراهيم باعتبار الأمر الثاني، وقوله: (من الذين استحق عليهم الأوليان) أى يحلف آخران من الورثه الذين استحق عليهم المال، و(الأوليان) فاعل (استحق) أى

الأولى بالميت من الورثه، وقوله سبحانه: (ذلك) أى جعل الحكم هكذا، قبول شهاده الكافر، وحلفه، ورده بالشهاده من الولى إذا عثر على كذبه، فإننا قد جعلنا الحكم (ذلك) ليرغبوا فى الصدق، حيث إن الاعتماد على الكافر يرغبه فى أن يصدق، فإن الإنسان يريد عدم خيبه ظن من جعل اعتماده فيه، أو ليخافوا من التكذيب، وإلى الأول أشار بقوله: (أدنى)، وإلى الثانى أشار بقوله: (أو يخافوا)، هذا حسب ما ظهر من معنى الآيه الكريمة، والله العالم بحقيقه مراده.

ثم الظاهر وجوب إسهاد الذميين ونحوهما إذا كانت الوصيه واجبه على الموصى، وقد ذكرنا فى أول الكتاب وجوب الوصيه فى بعض الأحيان.

ولو شك فى الوصيه ولم يحلفا لم تنفذ الوصيه، لظهور الآيه والروايه فى أن التنفيذ معلق على الحلف.

ولا- فرق فى لزوم حلفهما ارتياب كل الورثه أو بعضهم للإطلاق، ولو لم يكن شاهدان يقومان مقامهما عند ما عثر على أنهما استحقا إثماً، لم ينقض الحكم آيه وروايه.

والظاهر أن شهاده غير الوليين ببطلان شهادتهما كاف فى النقض، لإطلاق أدله البيئه بعد وجود المناط فى البيئه الغريبه.

ولو وصى بدون مرض الموت ثم مات فجأه أو بمرض فهل الحكم كذلك، لا يبعد لعدم فهم الخصوصيه.

قال فى الجواهر: (ويقوى أيضاً عدم اعتبار السفر فى قبولها أيضاً، وفقاً للأكثر، بل فى ظاهر المتن فى باب الشهاده الإجماع عليه، بل فى الرياض لم أجد فيه مخالفاً إلا نادراً، وإن تضمنته الآيه خارج مخرج الغالب فلا

يصلح لتقييد ما دل على قبولها في السفر والحضر من النصوص).

أقول: وهو كذلك، وقد تقدم بعض النصوص المطلقة، والعمده عدم فهم العرف الخصوصية، فكيف باعتبار أن يكون السفر شرعياً موجباً للقصر حتى لا يصح ذلك في العاصي بسفره أو كثير السفر أو ما دون المسافه أو ما أشبه.

فقد روى الدعائم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «إذا كان الرجل بأرض ليس بها مسلم فحضره الموت فأشهد شهوداً من غير أهل القبلة على وصيته فحلف الشاهدان بالله ما شهدنا إلاّ بالحق، وأن فلاناً أوصى بكذا وكذا، وهو قول الله عز وجل: (أثنانِ ذُوا عَدْلٍ مِنْكُمْ) (١١) إلى قوله: (فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ) (٢) الآيه».

ثم الظاهر إن الحال كذلك إذا لم يحضره الموت إلاّ أنه يعلم أنه سيصيبه شلل لا يتمكن من الوصيه عند المسلمين لوحده الملاك.

والظاهر أن حال الوقف حال الوصيه إذا أراد أن يوقف في مكان لا يوجد فيه مسلم.

وهل الحكم كذلك إذا أراد الوصيه أو الوقف فيما ليس فيه مسلم لذلك المكان ثم يسافر، مثلاً ذهب إلى بلاد روسيا التي لا يتمكن من المسلم فيها فأراد جعل وقف هناك أو وصيه بمال له هناك مما إذا رجع لم يقدر على تلك الوصيه أو الوقف، الظاهر ذلك، إذ الوقف والوصيه في عالم الثبوت، أما في عالم الإثبات فهناك يكفى شهادة الكافرين ولا حاجة للإثبات في مكانه الذي يرجع إليه، فإن إسهاد الكفار ليس حراماً، وإنما لا يثبت به عند الاختلاف وإنكار الورثه، ولذا لو أشهد كافرين عند وجود المسلم وقبل بهما الورثه لم يكن بذلك بأس.

ولا فرق بين أن يكون الموصى رجلاً أو امرأة أو طفلاً

ص: ٣٢٧

١- سورة المائده: الآيه ١٠٦

٢- سورة المائده: الآيه ١٠٧

تقبل وصيته لبلوغه عشرًا كما تقدم.

وإذا تمكن الموصى من المخابره تلفونياً فى مثل هذه الأزمنه فيستشهد مسلمين، لم ينفع إشهاد الكافرين لأنه لا يتعذر المسلم، والمفهوم من النص والفتوى تعذر المسلم.

كما أنه إذا تمكن من الكتابه بما يثبت وصيته لم تصل النوبه إلى الكافرين، حيث ظاهر النص والفتوى الاضطرار.

قال فى الجواهر: ولو شهد عدل وذمى فالأقرب وجوب اليمين حينئذ كما فى القواعد، ولعله لعدم تمام الحججه بهما وإن كان العدل أولى من الذمى لكنه خارج من مفروض المشروعيه، ولا- عبره بمثل الأولويه المزبوره، بل هى فى الحقيقه قسم من الاستحسان.

أقول: إن كان فيما ليس فيه إلا الكفار كفى، لأن المسلم أولى من الذمى الثانى، حيث لا اضطرار إلى الذمى الثانى، والضرورات تقدر بقدرها، وإن كان فيه المسلمون كان الذمى غير كاف، واحداً كان أو اثنين.

ص: ٣٢٨

(مسألة ٢٣): قال في الشرائع: تقبل في الوصية بالمال شهادة الواحد مع اليمين، أو شاهد وامرأتين، وتقبل شهادة الواحد في ربع ما شهدت به، وشهادة اثنتين في النصف، وشهادة الثلاث في ثلاثة الأرباع، وشهادة الأربع في الجميع.

قال في الجواهر: (من غير خلاف في شيء من ذلك، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فضلاً عن محكيه، وقد قال قبل ذلك: الحكم موضع وفاق، وقال في الأولين: لأن الضابط الكلي ثبوت المال مطلقاً بذلك (الشاهد واليمين، والشاهد والمرأتان) والوصية بالمال من أفرادها)، إلى آخره.

نعم عن النافع التردد في الثبوت بالواحد مع اليمين، وفي الجواهر إنه في غير محله.

وكيف كان، فيدل على قبول الشاهد الواحد مع اليمين جملة من الروايات:

مثل ما رواه منصور بن حازم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «كان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق»^(١).

وعن حماد بن عيسى، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: حدثني أبي (عليه السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قضى بشاهد ويمين»^(٢).

وفي روايه عبد الرحمان بن الحجاج، قال: دخل الحكم بن عتيبه وسلمه بن كهيل على أبي جعفر (عليه السلام) فسألاه عن شاهد ويمين، فقال: «قضى به رسول

ص: ٣٢٩

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٢ وذيل ح ٣٥

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٤ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ٧

الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، وقضى به على (عليه السلام) عندكم» (١) الحديث.

وعن العباس بن هلال، عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) قال: «إن جعفر بن محمد (عليهما السلام) قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد، فقال جعفر (عليه السلام): قضى به رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وقضى به على (عليه السلام) عندكم» (٢) الحديث.

إلى غيرها من الروايات، وقد فصلنا الكلام حول ذلك في كتاب الشهادات.

كما أنه يدل على قبول الشاهد مع المرأتين جملة من الروايات:

مثل ما رواه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن شهادة النساء في النكاح، فقال: «تجوز إذا كان معهن رجل، وكان على (عليه السلام) يقول: لا - أجزها في الطلاق»، قلت: يجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال (عليه السلام): «نعم» (٣)، الحديث.

وفى تفسير العسكري (عليه السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) في قوله تعالى: (أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى) (٤) قال: «إذا ضلت إحداهما عن الشهادة فنسيتها ذكرت إحداهما الأخرى بها فاستقاما في أداء الشهادة عند الله شهادة امرأتين بشهادة رجل» (٥).

إلى غير ذلك، مما ذكرناه في كتاب الشهادات.

ص: ٣٣٠

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٤ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٦ الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم ح ١٣

٣- الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٨ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٣

٤- سورة البقرة: الآية ٢٨٢

٥- الوسائل: ج ١٨ ص ١٩٨ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم ح ٥

وأما شهادة المرأة الواحدة والثنتين والثلاث كما تقدم، فيدل عليه جملة من الروايات:

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة، عن ربعي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصى ليس معها رجل، فقال (عليه السلام): «يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها»^(١).

وما رواه الكافي والتهذيب، عن أبان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «في وصيه لم يشهدا إلا امرأة، فأجاز شهادتها في الربع من الوصيه بحساب شهادتها»^(٢).

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في وصيه لم يشهدا إلا امرأة أن تجوز شهادة المرأة في ربع الوصيه إذا كانت مسلمة غير مريه في دينها»^(٣).

والمفهوم من هذه الروايات أن بالمرأتين يثبت النصف، ويؤيده ما دل على أن المرأتين حالهما حال رجل واحد كما تقدم هنا وفي كتاب الشهادات.

ويفهم منهما حال شهادة ثلاث وأربع، ولذا لم يختلف المشهور في ذلك، ويؤيده كون الحكم كذلك في الميراث.

ففي روايه ابن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) يقول: «تجوز شهادة القابله في المولود إذا استهل وصاح في الميراث، ويورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأة واحدة»، قلت: فإن كانت امرأتين، قال: «تجوز شهادتهما في

ص: ٣٣١

-
- ١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٦١ الباب من أبواب الوصايا ح ١٦
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٦ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٢
 - ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٩٦ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٣

وفى روايه أخرى: «إن كانت امرأتين تجوز شهادتهما فى نصف الميراث، وإن كن ثلاث نسوه جازت شهادتهن فى ثلاثه أرباع الميراث، وإن كن أربعاً جازت شهادتهن فى الميراث كله»(٢٢).

إلى غير ذلك.

ولا يعارض ذلك جملة من الروايات المخالفه، لإعراض المشهور عنها، مما يوجب حملها على بعض المحامل.

مثل ما رواه عبد الرحمان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة يحضرها الموت، وليس عندها إلا امرأه تجوز شهادتها، قال: «تجوز شهاده النساء فى العذره والمنفوس»، وقال: «تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجل»(٢٣).

وقد حملها الشيخ على عدم جواز شهادتها فى الكل، كما أن الوسائل حملها على إرادته (عليه السلام) القبول، حيث تقبل فيما هو أعظم كالعذره والمنفوس والحدود، واحتمل الحمل على التقيه.

وعن عبد الله بن سنان، قال: سألته عن امرأه حضرها الموت وليس عندها إلا امرأه أتجوز شهادتها، فقال: «لا تجوز شهادتها إلا فى المنفوس والعذره»(٢٤).

وقد حملة الشيخ على الوجه السابق، والوسائل على إمكان حملة على الاستفهام الإنكارى، أو على ما سوى الوصيه.

وما رواه الهمداني قال: كتب أحمد بن هلال إلى أبي الحسن (عليه السلام):

ص: ٣٣٢

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٦٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ٤٥

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٦٨ الباب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ٤٨

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٧ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٦

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٧ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٧

امراه شهدت على وصيه رجل ولم يشهدا غيرها، وفي الورثه من يصدقها ومنهم من يتهمها، فكتب (عليه السلام): «لا، إلا أن يكون رجل وامرأتان، وليس بواجب أن تنفذ شهادتها»(١).

وقد حملها الشيخ على ما تقدم، والوسائل احتمل الحمل على عدم كونها مرضيه بقرينه التهمه.

وفي الجواهر: إنها قاصره عن المقاومه لتلك من وجوه، فلا بأس بطرحها أو حملها.

والظاهر أن ذلك في مقام الشهاده لا الادعاء، وإن دل على القبول في الادعاء ما رواه الحلبي، قال سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن امرأه ادعت أنه أوصى لها في بلد بالثلث وليس لها بينه، قال (عليه السلام): «تصدق في ربع ما ادعت»(٢).

إلا أن ذلك محمول على الاطمينان بقولها، أو إرادته الوارث عدم حرمانها، لأن ذلك أفضل من الطرح.

لكن في الوسائل: يمكن حمل الدعوى هنا على الشهاده للغير، ويكون اللام في (لها) بمعنى (إلى) يعني أوصى إليها بالثلث لتدفعه إلى غيرها، فيكون دعوى لنفسها وشهاده لغيرها، ويحتمل الحمل على الاستحباب بالنسبه إلى الوارث.

ثم الظاهر قبول الشهاده ربعاً ونصفاً وثلاثة أرباع حتى في أن تشهد أنها وصت بوقف دارها، أو وصت بإعطائها من باب نذرها، أو ما أشبه ذلك للإطلاق أو المناط.

ولا يبعد قبول شهاده الرجل الواحد في النصف، حيث دل الدليل المتقدم على أنه بمنزله امرأتين، وعن الفاضل وثاني الشهيدين وغيرهما الثبوت

ص: ٣٣٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٨٨

٢- الوسائل: ج ١٣ ص الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٥

به، ولكن فى الجواهر عدم ثبوت الربع به فضلاً عن النصف، لابتناء الحكم على مصالح يقصر العقل عن إدراكها، وفيه: إن الكلام فى الظهور لدى إلقاء الكلام إلى العرف.

ومن ذلك يظهر قبول شهاده الخنى المشكل فى الربع، وإن أشكل فيه الجواهر لاحتمال رجوليته، نعم قال: وأما الخنثيان فيثبت الربع فقط، والثلاثة ثلاثة أرباع، والأربعة تمام المشهود عليه.

أقول: وذلك لأن الخنثيين إما كلاهما الرجل فيثبت الكل، فالربع ثابت قطعاً، أو كلاهما امرأة أو إحداهما امرأة، وفى كل حال يثبت الربع، وفى الثلاثة إن كان الكل رجلاً ثبت الكل، وفيه ثلاثة أرباع، وإن كان اثنان رجلاً ثبت الكل، وإن كان واحد رجلاً، فرجل وامرأتان يثبت الكل، وإن كانت الثلاثة امرأة ثبت ثلاثة أرباع.

لكن يرد عليه إنه لو كان طبيعه ثالته لم يشمله لا دليل الرجل ولا دليل المرأة، فكلامه مبنى على أنه إحدى الطبيعتين.

وفى المسالك جعل الخنى كالمراه.

والظاهر أنه لا حاجة إلى يمين الواحد والأكثر، لإطلاق النص والفتوى، كما اعترف به الجواهر، خلافاً للتذكرة حيث قال بالاحتياج، كما فى شهاده الرجل الواحد.

وفيه: إنه خلاف الأدله، والتنظير بالرجل مع أنه مع الفارق، حيث يثبت بالواحد واليمين الكل لا البعض، أشبه بالقياس.

وهل يشترط فى قبول شهادتهن فقد الرجال، كما عن الشيخ وابن إدريس والإسكافى، وكأنه للانصراف وأنه القدر المتيقن، أم لا، كما ذهب إليه غير واحد للإطلاق، ولا وجه للانصراف، ولا إجمال

حتى يتمسك بالقدر المتيقن، احتمالان، وإن كان الثانى أظهر، كما اختاره الجواهر.

وعليه فإذا كان هناك رجل وامرأه ولم يشهد إلا المرأه، وإن كان تقبل شهاده الرجل لو شهد، رتب الحكم المذكور عليها.

ثم إنه لا إشكال فى اشتراط العداله لإطلاق أدلتها، وبعض الإيماءات فى المقام كما تقدم، وبذلك أفتى الجواهر وغيره.

والظاهر قبول شهاده الذميه فيما يقبل فيه شهاده ذكورهم، لأنه مقتضى الجمع بين أدله المقام وأدله قبول شهادتهم كما تقدم، وإن نفاه الجواهر اقتصاراً فيما خالف الضوابط على المتيقن وهو ذكور أهل الذمه، ولو مع فقد ذكورهم وذكور المسلمين ونسائهم.

قال فى المسالك: والمرأه الواحده لو علمت بالحال فأضعفت المال حتى صار ربه قدر الموصى به قبل ظاهراً، ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك للكذب.

أقول: وقد يقال بإباحه مثل هذا الكذب، لأن المحرم ما كان فى فساد لا فى صلاح.

قال داود بن حصين، سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «إذا شهدت على شهاده فأردت أن تقيمها فغيرها كيف شئت ورتبها وصححها بما استطعت حتى يصح الشىء لصاحب الحق بعد أن لا تكون تشهد إلا بحقه ولا تزيد فى نفس الحق ما ليس بحق، فإنما الشاهد يبطل الحق ويحق الحق، وبالشاهد يوجب الحق وبالشاهد يعطى، وأن للشاهد فى إقامه الشهاده بتصحيحها بكل ما يجد إليه السبيل من زياده الألفاظ والمعانى والتفسير فى الشهاده بأنه يثبت الحق

ويصححه، ولا يؤخذ به زياده على الحق، مثل أجر الصائم القائم المجاهد بسيفه في سبيل الله» (١١).

ورواه ابن إدريس في آخر السرائر، كما في الوسائل (٢٢)، إلى غيرها من الروايات الموجودة في الوسائل في باب جواز تصحيح الشهاده بكل وجه يجيزها القاضى إذا كان حقاً.

أما روايات حرمة شهاده الزور فإنها منصرفه إلى ما توجب إبطال الحق.

مثل ما رواه هشام بن سالم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار» (٢٣).

وعن صالح بن ميثم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «ما من رجل يشهد شهاده زور على مال رجل مسلم ليقطعه إلا كتب الله له مكانه صكاً إلى النار» (٢٤).

فراجع باب تحريم شهاده الزور في الوسائل وغيره.

بل ربما يعد ذلك من التسبب إلى إباحه الفرج الحرام، مثلاً أوصى عندها بأربع من إمامه لزيد، فإذا شهدت بذلك تصرف في ثلاث منها الورثه، ويقول المطلع على ذلك: أنت المسببه لإباحه تلك الفروج، والله سبحانه العالم.

ص: ٣٣٦

-
- ١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٠ الباب ٤ من أبواب الشهادات ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٠ الباب ٤ من أبواب الشهادات ح ١
 - ٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٢٦ الباب ٩ من أبواب الشهادات ح ١
 - ٤- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٢٦ الباب ٩ من أبواب الشهادات ح ٢

(مسأله ۲۴): هل يثبت بشهاده الواحده والاثنين والثلاث الولايه، المشهور ذهبوا إلى العدم مطلقاً، للأصل السالم عما يدل على القبول، قال (عليه السلام): «والأشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البيئه».

لكن في الجواهر: قد يناقش بأنها قد تتضمن المال، كما إذا أراد الوصي أخذ الأجره والأكل بالمعروف بشرطه، وبأن الولايه وإن لم تكن مالاً- لكنها متعلقه به كبيعه وإجارته وإعارته ونحو ذلك، ومن ذلك يتجه القول بالقبول، لعموم ما دل على قبول خبر العدل الشامل للذكر والأنثى ولو بقاعده الاشتراك.

أقول: قوله لعموم ترقى عن الدليل الاول، وكأنه أراد وجود الدليل الخاص والعام، وما ذكره هو مقتضى القاعده، ولعل ادعاء المسالك عدم الخلاف في عدم القبول ناظر إلى ما ليس فيه مال، بل مجرد الولايه.

وكيف كان، فقد ذكرنا في كتاب الشهادات أنه لو كانت الوصيه بالمال فلم يمكن إنفاذها بالربع أو النصف أو ثلثه الأرباع، كما لو أوصى بأن توقف داره، أو يعطى لزيد مائه ليحج عنه أو ما أشبهه، حيث إن ربع الدار ليست قابله للتوقف، وربع المائه ليس قابلاً- لأجره الحج، حيث إن اللازم صرفه في المشابهه، كاشتراء مكان آخر لوقفه مسجداً بربع ثمن تلك الدار، أو الأقرب مثل الحج الميقاتي عنه إذا كفى الربع له، أو صرفه في وجوه الخير.

ويدل على ذلك بالإضافة إلى ارتكاز الموصى بعض الروايات:

مثل ما عن علي بن مزيد صاحب السابري، قال: أوصى إليّ رجل بتركته وأمرني أن أحج بها عنه، فنظرت في ذلك فإذا هو شيء يسير لا يكون للحج، إلى أن قال: فسألت أبا عبد الله (عليه السلام)، فقال لي: «ما صنعت بها»، قلت: تصدقت بها، قال: «ضمنت، أو لا يكون يبلغ أن يحج به من مكه، فإن كان لا يبلغ أن يحج به من مكه فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ أن يحج

به من مكه فأنت ضامن»(١).

ثم إن مما تقدم يعلم قبول شهاده العدل الواحد مع اليمين فى الوصيه بالمال أو الولاية المستلزمه له، لإطلاق أدلته، وحيث قد فصلنا الكلام فى ذلك فى باب الشهادات لم يكن داع لتكراره.

وقد قال الجواهر عند قول الشرائع: (هل تقبل شهاده الواحد مع اليمين فيه تردد أظهره المنع): (عند المصنف خاصه فى الكتاب خاصه، وفى المسالك قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسأله).

وعن الرياض: إن النصوص متفقه الدلاله على انحصار قبولهما فى الحقوق الماليه.

أقول: لكن بعض النصوص مطلقه، كما تقدم بعضها فى المسأله السابقه.

ثم إن مما تقدم يظهر حال ما إذا كان المال أو الولاية المستلزمه للمال جزءاً من الوصيه، معيناً أو مردداً، ففى المعين يثبت ربع المال بإحداهن، وهكذا دون غير المال، وفى الثانى إن اضطرار الوارث الأخذ بالمال قبل شهادتها فى ربه، وإن أراد غير المال لم تقبل، مثلاً قالت: إنه أوصى بأن يزور الوارث عنها زياره الإمام الحسين (عليه السلام) أو يعطى ديناراً للفقير، فإنه إذا لم يقدر على زياره الإمام الحسين (عليه السلام) كان عليه إعطاء ربع دينار، لأن حاصل الوصيه إنه أوصى بلزوم الدينار عند عدم زيارته للإمام الحسين (عليه السلام)، فتأمل.

ص: ٣٣٨

(مسألة ٢٥): قال فى الشرائع: (ولا تقبل شهادة الوصى فيما هو وصى فيه، ولا ما يجر به نفعاً أو يستفيد منه ولا به).

وقال فى المسالك: (إن هذا هو المشهور بين الأصحاب، لا يعلم فيه مخالف إلا ابن الجنيد، فإنه قال: شهادة الوصى جائزه لليتيم فى حجره، وإن كان هو المخاصم للطفل، ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يرد شهادته عليه، ومال إليه الفاضل المقداد فى شرحه، ولا بأس بهذا القول _ إلى أن قال: _ إلا أن العمل بالمشهور متعين).

وعن الرياض إنه حسن إن بلغ الشهره الإجماع، كما هو الظاهر من الشهيد الثانى، وإلا فمختار الإسكافى لعله أجود، لبعده التهمه من العدل، حيث إنه ليس بمالك ولم يكن أجره على عمله فى كثير من الموارد.

أقول: ويدل على قول المخالف جملة من الروايات:

مثل ما رواه الشيخ، عن الحلبي، قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن امرأه ادعت أنه أوصى لها فى بلد بالثلث وليس لها بينه، قال: «تصدق فى ربع ما ادعت»^(١).

وللمكاتبه المرويه فى الفقيه، فى باب شهادة الوصى للميت وعليه دين، وفيها: وكتب إليه (عليه السلام): أيجوز للوصى أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت، أو على غيره وهو القابض للوارث الصغير، وليس للكبير بقابض، فوقع (عليه السلام): «نعم، وينبغى للوصى أن يشهد بالحق ولا يكتم شهادته»^(٢).

قال فى الجواهر: وظاهر الصدوق العمل بها، وحيث ذكرنا تفصيل المسألة

ص: ٣٣٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٦ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٥

٢- من لا يحضره الفقيه: ج ٣ ص ٧٢ باب شهادة الوصى للميت وعليه ح ٣٣٦٢

فى كتاب الشهادات، لم يكن وجه لتكراره.

ومما تقدم يعلم وجه قول الشرائع: (ولو كان وصياً فى إخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل).

قال فى الجواهر: (لما فيها من إثبات حق له، وأوضحه المسالك بقوله: كما لو أوصى إليه بإخراج ألف درهم، والتركة ظاهراً ألفان، فشهد الوصى على أن للميت على أحد ألفاً مثلاً، فإن قبول هذه الشهادة يستلزم إخراج الألف المجعول وصياً فيها من الثلث ونفوذ الوصيه فلا تقبل، ولا يشترط فى المنع خروج جميع ما أوصى به من الثلث بل متى كان الثلث قاصراً عن الوصيه ولم يجز الوارث فشهادة الوصى بمال الميت مردوده وإن قل، لأن زياده المال توجب زياده النافذ من الموصى به، وإن لم ينفذ جميعه).

أقول: وعليه فإذا قبل الوارث إعطاءه الألف قبلت شهادته الوصى، لأنه سواء شهد أو لم يشهد كانت له الولاية على الألف، أما إذا لم يقبل الوارث لم تقبل شهادته، إذ مع صحه شهادته يكون له النفوذ على الألف، ومع عدم قبول شهادته يكون له النفوذ على ثلثي الألف، وإن قال الموصى: إن أعطى المنكر الألف أعطى ثلثي الألف، وإن لم يعط أعطى الألف، لم تكن شهادته تجر نفعاً إليه، ولذا تصح مطلقاً، نعم إذا قبل الوارث أعطى ألفاً، وإن لم يقبل أعطى ثلثي الألف.

فصل

وفيه مسائل:

(مسأله ١): المشهور قالوا بالفرق بين الوصيه للمعدوم فلا تصح، وبالمعدوم _ كما إذا وصى أن يكون لزيد ثمره بستانه التى يحملها بعد سنه _ فتصح.

وقالوا: الوصيه التملكيه لا تصح للمعدوم، أما العهديه فتصح.

ولا كلام لنا فى ما ذكروا صحته من (بالمعدوم) و(العهديه)، إذ الصحه فيهما على القاعده، وإنما الكلام فى عدم الصحه فى التملكيه للمعدوم.

فقد استدل المشهور لذلك بأمر:

الأول: الإجماع المدعى، قال فى الجواهر فى شرح قول الشرائع: (ويشترط فيه الوجود، فلو كان معدوماً لم تصح الوصيه له، كما لو أوصى لميت أو لمن ظن وجوده فبان ميتاً عند الوصيه، وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة، ولمن يوجد من أولاد فلان، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل عن نهج الحق والتذكرة الإجماع عليه).

الثانى: الأصل، فإن الخارج منه هو صورته وجود الموصى له، أما غيره

فباق تحت الأصل.

الثالث: إن الملك صفة وجود لا تقوم إلا بالوجود، والمعدوم ليس بوجود، فيكون مرجع صحة الوصية للمعدوم أن يبقى الملك بلا مالك.

الرابع: إذا أوصى ببستانه لولد زيد الذى سيوجد، ومات الموصى لم يكن البستان للورثه ولا لوالد الولد، ولا يعقل أن يكون للولد، لأن ثبوت شىء لشىء فرع ثبوت المثبت له.

الخامس: إن مثل تلك الوصيه لم تثبت من الشارع، بل الثابت خلافه.

السادس: إنه لا فرق بين الوصيه وبين الهبه والبيع وغيرهما، فكما لا يصحان بالنسبه إلى المعدوم لا تصح الوصيه بالنسبه إليه. وفى الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول: إن الإجماع محتمل الاستناد بل ظاهره، حيث يعللون الإجماع بتلك الأدله، فانظر الجواهر وغيره، بالإضافة إلى أن بعضهم كجامع المقاصد وغيره أشكلوا فى ذلك.

وعلى الثانى: إن الأصل لا مجال له مع وجود الدليل، وهو إطلاقات أدله الوصيه بدون مقيد ونحوه.

وعلى الثالث: إن الملك أمر اعتبارى وهو خفيف المؤنه، فإذا اعتبره العقلاء كان كافياً، والعقلاء يعتبرون ذلك، ولذا قال الجواهر: لو أن الشارع شرع الوصيه التملكيه على هذا الوجه لم يكن بأس فى تملك المعدوم لها على الوجه المزبور، إلا أنه لم يثبت من الشارع ذلك فيها، بل الثابت خلافه.

أقول: من أين أن الثابت خلافه، وقد عرفت أنه لا دليل على الخلاف إلا ما ذكر، والكل منظور فيه.

وعلى الرابع: إن ما يقال فى الوقف المنقطع الوسط يقال هنا، كما

إذا وقف على ذكور ذريته من بنيه أو بناته، وكان في زمان متوسط لا بينين ثم حصلت إحدى بناته على ولد، مع أن الوقف على البطون ملك كما قالوا، والسر ما تقدم من خفه المؤنه في الأمور الاعتباريه وأنها باعتبار العقلاء فحيث اعتبروا صح والشارع لم يردع، بل إطلاقات أدله الوصيه تشمله.

وعلى الخامس: ما عرفت.

وعلى السادس:

أولاً: إن الفارق بينهما العرف، حيث يوصون للمعدوم، ولا يهبون ولا يبيعون للمعدوم، والشارع أحكامه إمضائيات، بل قال جمع بكفايه عدم الردع، لأنه لو لم يرد ردع فعدم ردعه دليل قبوله.

وثانياً: إنه إن لم يثبت ردع الشارع في البيع والهبة وشمله الدليل لقلنا به هناك أيضاً.

والعمده ما ذكرناه أولاً على السادس، وعليه فلا دليل على الشرط المذكور الذي ذكره المشهور.

ثم إن الأبعد عن اشتراط الوجود حال موت الموصى اشتراط الوجود حال الوصيه، كما قيد الجواهر الشرائع بذلك.

قال الشرائع: (ويشترط فيه الوجود)، وقيده الجواهر بقوله: (حال الوصيه) ثم قال: (إنه الظاهر وإن اتفق وجوده حال موت الموصى، وإنما كان أبعد لأنه لم يعرف وجه لهذا الشرط، مع وضوح أنه يصح أن يوصى بالثلث وليس عنده الآن ما عنده حال الموت، كما صرح به غير واحد وتقدم الكلام فيه، ووجه الصحه شمول إطلاقات الأدله له، وتعارف تبدل أموال الإنسان بين حال وصيته وحال موته، فلماذا لا يصح في المقام مثل ذلك مع أنهما من واد واحد، بل في الجواهر نفسه الإجماع بقسميه على صحه الوصيه بالمعدوم عيناً ومنفعه، وعلى جواز بيع الثمار ونحو ذلك مما هو تملك المعدوم) انتهى.

ص: ٣٤٣

(مسألة ٢): لا إشكال ولا خلاف في أنه تصح الوصية للأجنبي وللوارث فعلاً وشأناً، سواء كان الشأن في أنه لم تصل المرتبة إليه كالأخ لوجود الابن، أو وصلت لكنه لا يرث لمانع ككونه قاتلاً للمورث، وكذا مثل وصية الأرض للزوجه.

وفي الجواهر عند قول الشرائع: تصح الوصية للأجنبي والوارث، بلا خلاف بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، وأن المحكى منهما مستفيض أو متواتر، ويدل عليه بالإضافة إلى الكتاب كما في الآيه المائه والثمانين من سوره البقره، متواتر الروايات:

فقد سأل أبو ولاد الحناط عن الصادق (عليه السلام)، عن الميت يوصى للوارث بشيء، قال: «نعم»، أو قال: «جائز له» (١).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الوصية للوارث، فقال «تجوز»، قال: ثم تلا هذه الآيه: (إن ترك خيراً الوصيه للوالدين والأقربين) (٢).

وعن أبي بصير المرادي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الوصية للوارث، فقال: «تجوز» (٣).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «الوصيه للوارث لا بأس بها» (٤).

ص: ٣٤٤

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٣ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٣
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٤

وعن محمد بن مسلم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الوصية للوارث، فقال: «تجوز»^(١).

وعن محمد بن قيس، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض، فقال: «نعم، ونساؤه»^(٢).

وعن أبي ولاد الحنيط، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الميت يوصى للبنت بشيء، قال: «جائز»^(٣).

وعن عبد الرحمان بن أبي عبد الله، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأة قالت لأمها: إن كنت بعدى فجاريته لك، فقضى: «إن ذلك جائز، وإن ماتت الابنه بعدها فهي جاريته»^(٤).

إلى غيرها من الروايات.

وبذلك يظهر أن بعض الروايات المنافية محمولة على ما لا ينافي تلك.

مثل ما رواه التهذيبان، عن القاسم بن سليمان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه، فقال: «لا تجوز وصيته لوارث ولا اعتراف له بدين»^(٥).

ولذا قال الشيخ: إنه محمول على ضرب من التقيه، لأنه مذهب جميع من خالف الشيعة، والذي نذهب إليه مطابق لظاهر القرآن^(٦).

وقال في الوسائل: يحتمل حمله على عدم الجواز من أصل المال مع

ص: ٣٤٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٦

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ٨

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١١

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٢

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٤ الباب ١٥ من أبواب الوصايا

التهمة فى الإقرار.

وعن الصدوق، إنه قال: الخبر الذى روى أنه لا وصيه لوارث معناه أنه لا وصيه لوارث بأكثر من الثلث، كما لا يكون لغير الوارث بأكثر من الثلث (١).

أقول: ويؤيده ما رواه تحف العقول، عن النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) إنه قال فى خطبه الوداع: «أيها الناس، إن الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث ولا تجوز وصيه لوارث بأكثر من الثلث» الخطبه (٢).

ومما تقدم يظهر أنه يحمل على ما لا ينافى ما تقدم ما رواه العياشى فى تفسيره، عن أبى بصير، عن أحدهما (عليهما السلام) وفى قوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ) (٣)، قال: «هى منسوخه، نسختها آيه الفرائض التى هى الموارث».

إذ من المحتمل خصوصاً بقريته الخطبه أن قبل آيه الموارث كان الاختيار بيد الميت فى جعل أى قدر لمن شاء ثم نسخ وجعل بيده الثلث فقط، فلا حازه إلى حملة على التقيه كما صنعه الوسائل (٤).

ثم الظاهر إن الدعائم حيث روى ما رواه مما يأتى، أراد أنه لا يكون الإرث بالوصيه بل بالفريضة، لا أنه أراد عدم صحه الوصيه بقدر الثلث للوارث زياده على فريضته، ليرد عليه إشكال الجواهر بأن صاحبه جديد التشيع، أى ولذا لم يكن يعلم الأحكام عند الشيعة، أو ما ذكره المستدرک من أنه لعله لم يطلع على

ص: ٣٤٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٥ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٣

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٤

٣- سورة البقره: الآيه ١٨٠

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٧٦ الباب ١٥ من أبواب الوصايا ح ١٥

أخبارهم واتفاقهم، فإنه كان في بلد شاسع عن مراكزهم، إلى آخر كلامه.

قال في الدعائم: (عن علي وأبي جعفر وأبي عبد الله (عليهم السلام) إنهم قالوا: «لا وصيه لوارث»، وهذا إجماع فيما علمناه، ولو جازت الوصيه للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر مما سماه الله عز وجل له، ومن أوصى لوارث فإنما استقل حق الله الذي جعل له وخالف كتابه، ومن خالف كتابه لم يجز فعله.

وقد جاءت روايه عن جعفر بن محمد (عليهما السلام)، دخلت من أجلها الشبهه على بعض من انتحل قوله، وهى: أنه سئل عن رجل أوصى لقربته، فقال: «يجوز ذلك، لقول الله عز وجل: (إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ وَالْأَقْرَبِينَ) (١)»، والذي ذكرناه عنه وعن آبائه الطاهرين (عليهم السلام) هو أثبت وهو إجماع المسلمين.

وقد روينا عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «لا وصيه لوارث، قد فرض الله عز وجل لأهل الموارث فرائضهم»، فإن ثبت عن أبي عبد الله (عليه السلام) ما ذكرناه آخرًا فإنما عنى بالوالدين والأقربين غير الوارثين كالقربان الذين لا يرثون يحجبهم من هو دونهم وكالوالدين المملوكين والمشركين) (٢) إلى آخر كلامه، الظاهر فى أنه أراد أن الوصيه لا تكون فى قبالة الفرائض، فكأنه جعل تلك الآيه وصيه لغير من يرث، وإن كان الأظهر حملها على من يرث، فالوصيه للزيادة عن الفريضة من الثلث.

ص: ٣٤٧

١- سورة البقره: الآيه ١٨٠

٢- الدعائم: ج ٣ ص ٣٥٩ ح ١٣٠٦، والمستدرک: ج ٢ ص ٥٢١ الباب ١٣ من أبواب الوصايا ح ٣

وكيف كان، فقد اختلفوا فى أنه هل تصح الوصيه للكافر إلى أقوال:

الأول: الجواز مطلقاً، ذمياً أو حربياً.

والثانى: عدم الجواز مطلقاً.

والثالث: الجواز فى الذمى دون الحربى.

والرابع: الجواز فى ذوى الأرحام دون غيرهم.

والأقرب الأول إذا لم يكن محذور خارجى.

قال فى الشرائع: وتصح الوصيه للذمى ولو كان أجنبياً، وقيل: لا يجوز مطلقاً، ومنهم من خص الجواز بذوى الأرحام، والأول أشبه، وفى الوصيه للحربى تردد وخلاف، أظهره المنع.

وقال فى القواعد: والأقرب صحه الوصيه للذمى وإن كان أجنبياً، والبطلان للحربى.

وكيف كان، فیدل على ما ذكرناه من الإطلاق _ وقد ذهب إلى ذلك إطلاق السرائر والجامع، وصريح غايه المراد والمسالك، ونفى عنه البعد فى الكفایه، كما فى مفتاح الكرامه، بل عن مجمع البيان دعوى الإجماع على جواز أن يبرأ الرجل من يشاء من أهل الحرب، قرابه كان أو غير قرابه، وإنما الخلاف فى جواز إعطائهم الزكاه والفطره والكفارات فلم يجوز أصحابنا، وفيه خلاف بين الفقهاء، انتهى _

إطلاق أدله الوصيه من الآيات والروايات، وما دل على إنفاذ الوصيه ولو كان الموصى له يهودياً أو نصرانياً، بضميمه إطلاقها الشامل للرحم وغيرها، وللذمى والحربى منهم.

ففى صحيح محمد بن مسلم، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل أوصى بماله فى سبيل الله، قال: «أعطه لمن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله عز وجل يقول: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) (١)» (٢).

ورواه آخرون، كما لا يخفى على من راجع الوسائل والمستدرک.

وروى الكليني (رحمه الله)، عن الريان بن شبيب، قال: أوصت مارده لقوم نصارى بوصيه، فقال أصحابنا: أقسم هذا فى فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا (عليه السلام) فقلت: إن أختى أوصت بوصيه لقوم نصارى وأردت أن أصرف ذلك لقوم من أصحابنا مسلمين، فقال (عليه السلام): «أمضى الوصيه على ما أوصت به، قال الله تعالى: (فإنما إثمهم على الذين يبدلونه) (٣)».

وفى الفقيه والتهذيب، عن أبى خديجه، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا يرث الكافر المسلم، وللمسلم أن يرث الكافر إلا أن يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء» (٤).

وفى الوسائل، عن الحسين بن سعيد، عن الصادق (عليه السلام)، قال: «لو أن رجلاً أوصى إلى أن أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعت فيهم، إن الله يقول: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) (٥)».

وعن دعائم الإسلام، عن على والباقر والصادق (عليهم السلام)، إنهم قالوا:

ص: ٣٤٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٧ الباب ٢٥ من أبواب الوصايا ح ٥

٢- سورة البقره: الآيه ١٨١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٥ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٦ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٤

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٧ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٦

«من أوصى بوصيه نفذت من ثلثه، وإن أوصى بها ليهودي أو نصراني أو فيما أوصى به فإنها يجعل فيه، لقول الله عز وجل: (فَمَنْ بَدَّلَهُ) (١)» الآية.

ويؤيد ذلك الوقف لهم، وما دل على أن علياً (عليه السلام) أعطى الماء لمعاويه وأصحابه وهم محاربون له، والحسين (عليه السلام) أعطى الماء للمحاربين له.

وفى بعض التواريخ أن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) أرسل بعضَ ذهب استفاده من خير إلى كفار مكة المحاربين له، إلى غير ذلك.

بل وما دل على الخيرات للكافر الميت، وجواز الهبه له وضيافته، كما كان إبراهيم (عليه السلام) يضيف الكفار، بل والعفو عنه كما عفى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن أهل مكة وغيرهم من الكفار، إلى غير ذلك من المؤيدات القويه والضعيفه.

أما من قال: بأنه لا يجوز بالنسبه إلى المحارب وهم المشهور، بل عن المبسوط إنه لا تصح عندنا.

— خلافاً لمن قال بالصحة مطلقاً على ما تقدم، أو بالصحة إذا كان ذا رحم، كما عن ظاهر المقنعه والمراسم والنهيه والمبسوط فى موضع منه والوسيله، بل فى الغنيه لا خلاف فى جوازها للكافر إذا كان ذا رحم، كما فى مفتاح الكرامه — .

فقد استدلوا بقوله تعالى: (لا- تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ) (٢).

وقوله سبحانه: (إِنَّمَا يَنْهَأُكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ) (٣).

ص: ٣٥٠

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣١ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- سورة المجادلہ: الآيه ٢٢

٣- سورة الممتحنہ: الآيه ٩

وبأن الحربى غير قابل للملك، وبأنه وما معه ملك للمسلم، وبأنه لو صحت وجب تنفيذها وهو مناف لما دل على أخذ المال من الحربى، وبجمله من الروايات:

مثل ما رواه أحمد بن هلال، عن أبى الحسن (عليه السلام)، يسأله عن يهودى مات وأوصى لديانهم، فكتب: «أوصله إلى وعرفنيه لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله»^(١).

وعن محمد بن محمد قال: كتب على بن بلال إلى أبى الحسن على بن محمد (عليه السلام): يهودى مات وأوصى لديانه بشيء أقدر على أخذه، هل يجوز أن أخذه فأدفعه إلى مواليك، أو أنفذه فيما أوصى به اليهودى، فكتب (عليه السلام): «أوصله إلى وعرفنيه لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله»^(٢).

وما رواه على بن إبراهيم، عن الصادق (عليه السلام)، فى تفسير: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا)^(٣)، «فالجنف الميل إلى بعض ورثتك دون بعض، والإثم أن تأمر بعماره بيوت النيران واتخاذ المسكر، فيحل للموصى أن لا يعمل بشيء من ذلك»^(٤).

بضميمه أن الكافر الحربى يصرف الموصى به إلى أمثال ذلك، وبأنه من الإعانة على الإثم وتقويه الباطل، وبأنه يشتري به السلاح، ويحرم بيع السلاح

ص: ٣٥١

-
- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٦ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٢
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٦ الباب ٣٥ من أبواب الوصايا ح ٣
 - ٣- سورة البقره: الآية ١٨٢
 - ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٠ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٤

للمحارب، بضميمه أنه لا فرق بين الأمرين، إلى غير ذلك من المؤيدات.

وفى الكل ما لا يخفى.

أما الأول: فلأن المواده والبر تختلف باختلاف الأغراض، فهل كان عمل الرسول وعلى والحسين (عليهم السلام) موده بالنسبه إلى أهل مكه وصفين والكوفه، وهل كان توصيه على (عليه السلام) بالترفيه على ابن ملجم موده، إلى غير ذلك.

ولذا ناقش فى ذلك الجواهر بقوله: (لأن الأغراض الداعيه إلى ذلك كثيره، فإنه يمكن أن يكون مكافاهً وتأليفاً لهم، وغير ذلك مما لا يندرج سببه فى الآيتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما المنع من ذلك من حيث المحاده لله والقتال للمسلمين وعدم الرغبه فى الدين لا من غير هذه الحثيه) انتهى.

نعم إذا كان فى الوصيه عنوان الموالاه ونحوها لم يجز، فالدليل أخص من المدعى.

وأما الثانى: فإنه لا دليل على أن الحربى غير قابل للملك، فإن إطلاقات الأدله تشملته.

وأما الثالث: فبأنه لا دليل على أنه ملك للمسلم لا شرعاً ولا عقلاً، فإن الملك اعتبار عقلائى لم يرفعه الشارع فى الحربى إلا فيما إذا أخذ ماله فى حاله الحرب، وإلا فإذا باع حربى داره لآخر وجاء إلى قاضى المسلمين أفلا يحكم بأن المدار للمشترى والضمن للبائع، وقد ألمعنا إلى ذلك فى كتاب القضاء.

وأما الرابع: فلما ظهر مما تقدم من أن أخذ ماله عند الاستيلاء عليه لا ينافى ملكه قبل ذلك، ولذا قال فى الجواهر: (لا منافاه بين صيروره المال له بحسب الوصيه، وبين جواز أخذ المسلم له بعد ذلك) انتهى.

مثلاً إن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يأخذ أموالهم عند فتح مكة، فهل كان معنى ذلك أنهم لم يكونوا يملكونها.

وأما الخامس: فبأن الروایتين الأوليين لا دلالة فيهما على ذلك، بل ظاهرهما أن الإمام (عليه السلام) أراد تنفيذ الوصية، كيف وظاهرهما أن اليهودى الموصى كان فى ذمه الإسلام، ومن المعلوم أنه محترم المال، مع أنه يحتمل أن يكون أمر الإمام باعتبار أن الجزية التى كان يأخذها الوالى كانت باطله وأراد الإمام ذلك باعتبار الجزية أو ما أشبه ذلك، فلا دلالة لهما على المقام بوجه.

وأما السادس: فلأن ما ذكر أشبه بالاستحسان، وإلا لجرى مثله فى سائر المعاملات معهم، ولا أظن أن يلتزم بذلك أحد، ولذا قال الجواهر أخيراً: (ومما عرفت يظهر لك قوه القول بالجواز مطلقاً من غير فرق بين الحربى وغيره، والقريب وغيره، وإنما دل فى القريب أيضاً إطلاق أدله صله الرحم الوارده فى الكتاب والسنة).

ص: ٣٥٣

(مسأله ٣): إذا أوصى الإنسان لجماعه من غير ذكر تفاضل ولا قرينه عليه كان لهم بالسويه، إذ لا وجه للترجيح، كما إذا قال: أعطوا هذه الدنانير لاهل محلتي، أو لأهل مدرسه كذا، أو ما أشبهه.

نعم إن فهم منه أنه أراد الوصول إليهم مع قطع النظر عن التسويه أم لا، كما هو الغالب في من يوصى لطلاب العلوم الدينيه في بلد كذا، كان مقتضى القاعده الوصول إليهم في الجملة ولو بعضهم أو باختلاف، ولذا جرت سيره الفقهاء في المشهدين جعل المال في الوصايا والأوقاف جزء مشاهراتهم أو إعطائه بعض الطلاب دون بعض، أو باختلاف حسب المجرد والمعيل والراقي في دراسته وغيره.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: (وإطلاق الوصيه لجماعه محصوره يقتضى التسويه ما بينهم، من غير فرق بين القريب والبعيد، الذكر والأنثى، والفاضل في الإرث وغيره، بلا خلاف ولا إشكال للتساوى في سبب الملك) انتهى.

والظاهر أن الوصيه والوقف لطلاب العلوم الدينيه لا يشمل للطلاب إلا إذا كان إطلاق أو ارتكاز، حيث تتداول الطالبات في أمثال قم المقدسه في الحال الحاضر، وذلك للانصراف إلى الطالب الذكر.

والحاصل: إن الأمر يرجع إلى الارتكاز المتفاهم عرفاً، وقد ذكرنا شبه هذه المسأله بالنسبه إلى إعطاء غرف المدارس الدينيه للطالبات، في كتاب إحياء الموات.

قال في الجواهر: (نعم لو لم تكن الجماعه محصوره كان المراد من الوصيه الصرف فيهم، كما في كل موصى له غير محصور، بل لو كان بلفظ الجمع لم

يجب ملاحظه أقل مصداقه فى الامتثال، وإن كان هو أحوط).

أقول: ذلك للارتكاز، والجمع قد يستعمل فى الجنس كما فى العكس، مثلاً يقال: الفقهاء أفتونى بكذا، يريد به جنسهم، كما إذا قال: الأطباء منعونى عن أكل كذا، حيث يريد جنسهم، وقد يقول: من حمل علماً كان كمن جاهد، يريد جميعهم وإن أتى بلفظ الجنس أو شبهه.

ولو شك فى إرادته الموصى العدد من الجمع أو الجنس، كان الأصل عدم خصوصيه العدد إذا لم يكن ظهور ووصلت النوبه إلى الأصل، لأن الأصل عدم وجوب إعطاء الزائد عن أقل ما صدق عليه متعلق الوصيه، فلا يقال: للعدد عقدان إيجابى وسلبى، ولذا يكون له المفهوم، ومثل الكلام فى متعلق الوصيه متعلق متعلقها، كما إذا قال: أطعموا الفقراء لىالى رمضان، فإن حال (لىالى) حال (الفقراء) فيما ذكر، وكذا متعلق متعلق المتعلق، كما إذا قال: ساعات لىالى رمضان.

قال فى الشرائع: (فإذا أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث فهم فيه سواء، وكذا لأخواله وأخواته، أو لأعمامه وعماته، وكذا لو أوصى لأخواله وأعمامه كانوا سواء على الأصح) انتهى.

وذلك لأنه لا وجه للترجيح بعد اشتمال اللفظ لهم على حد سواء، بل عن التذكرة الإجماع على ذلك، وإن كان المحكى عن الشيخ وجماعه أنه يقسم بينهم كالإرث، ولعله للانصراف.

ولصحيحه زواره، عن الباقر (عليه السلام)، فى رجل أوصى بثلاث ماله فى أعمامه وأخواله، فقال: «لأعمامه الثلثان، ولأخواله الثلث».

وقد رمى هذه الروايه الشرائع والمسالك وغيرهما بأنها مهجوره، وإن كانت تؤيد بروايه أخرى أيضاً وهى روايه المشايخ الثلاثة عن سهل، وإن رميت

بالضعف فى المسالك والجواهر وغيرهما، وإن كان الظاهر أنها حجة فى نفسها.

قال: كتبت إليه رجل له ولد ذكور وإناث فأقر لهم بضيعه أنها لولده ولم يذكر أنها بينهم على سهام الله وفرائضه، الذكر والأنثى فيه سواء، فوق (عليه السلام): «ينفذون فيها وصيه إبيهم على ما سمي، فإن لم يكن سمي شيئاً ردوها إلى كتاب الله وسنه نبيه».

وهاتان الروايتان محمولتان على انصراف الوصيه إلى ذلك، حيث إن كثيراً من الموصين يريدون ذلك، ويؤيده الروايات الأخرى:

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة، عن محمد بن الحسن الصفار، إنه كتب إلى أبى محمد الحسن بن على (عليه السلام): رجل أوصى بثلاث ماله فى مواليه وموليته، الذكر والأنثى فيه سواء، أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصيه، فوق (عليه السلام): «جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى إن شاء الله» (١).

حيث إن الإمام (عليه السلام) أحاله إلى قصد الموصى، لا إلى تشريع خاص.

ومثلها ما رواه الكافى والشيخ، عن سهل بن زياد، قال: كتبت إلى أبى محمد (عليه السلام): رجل كان له ابنان فمات أحدهما وله ولد ذكور وإناث، فأوصى لهم جدهم بسهم أبيهم، فهذا السهم الذكر والأنثى فيه سواء، أم للذكر مثل حظ الأنثيين، فوق (عليه السلام): «ينفذون وصيه جدهم كما أمر، إن شاء الله تعالى» (٢).

وجه الدلالة ما ذكرناه فى الروايه المتقدمه، نعم لا إشكال فيما لو أوصى لمن

ص: ٣٥٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٤ الباب ٦٣ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٥ الباب ٦٤ من أبواب الوصايا ح ١

يتساوى ذكوره وإنائه في الإرث فيما لم يذكر ولم يكن انصراف إلى التفاوت، وإلا عمل حسب الذكر أو الارتكاز.

قال في الشرائع: وإذا أوصى لذوى قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيراً إلى العرف.

أقول: وذلك لأنه المنصرف من ارتكاز الموصى بهذا اللفظ، ولما رواه الشيخ بسنده إلى أحمد بن محمد بن أبي نصر، قال: نسخت من كتاب بخط أبي الحسن (عليه السلام): رجل أوصى لقرابته بألف درهم وله قرابه من قبل أبيه وأمه، ما حد القرابه يعطى من كان بينه وبينه قرابه أو لها حد ينتهى إليه فرأيتك فدتكك نفسى، فكتب (عليه السلام): «إن لم يسم أعطاها قرابته» (١).

وكذا روايه الحميرى (٢)، إلا أنه قال: «أعطى أهل قرابته».

قال فى الجواهر: (من غير فرق بين الوارث وغيره، والمسلم والكافر، والمذكر والأنثى، والفقير والغنى، كما لا فرق فى انصراف الوصيه إلى الموجود منهم، سواء اتحد أو تعدد، وسواء ذكرهم فى الوصيه بصيغه الجمع أو الأفراد).

أقول: وكذا الخنثى، كل ذلك للإطلاق، وقوله سبحانه: (إنه ليس من أهلك) لا يدل على قطع قرابه الكافر، كما أن الظاهر دخول ولد الزنا، فضلاً عن ولد الشبهه، إذ القرابه موجوده، ولذا لا ينكح ولا ينكحه محرم، وغير ذلك إلا الإرث الذى دل عليه دليل خاص.

قال فى القواعد: ولو أوصى بقرابته فهو المعروفين بنسبه، ذكراً كان أو أنثى،

ص: ٣٥٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٥٩ الباب ٦٨ من أبواب الوصايا ح ١

صغيراً كان أو كبيراً، غنياً كان أو فقيراً، من قبل أب انتسب إليه أو من قبل أم، بعيداً كان أو قريباً بالسوية.

وزاد في مفتاح الكرامه تبعاً للتذكرة: المسلم والكافر منهم، قال: كما ذكروه في الوصيه إلى الفقراء، وذلك لإطلاق الأدله، وقد نقله عن صريح كلام جماعه واقتضاء كلام آخرين، لكن عن الشيخ أن الموصى به يكون لمن يتقرب إلى آخر بأب وأم له في الإسلام.

قال في القواعد: ومعناه الارتقاء إلى أبعد جد في الإسلام وإلى فروعه، ولا يرتقى إلى آباء الشرك، ولا يعطى الكافر.

واستدل لذلك بقوله تعالى: (إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ) (١) بتقريب أنه إذا لم يكن من أهله لم يكن المنتسب إليه من القرابه، فحاله حال ولد الزنا، حيث إذا انقطع نسبه انقطعت قرابته.

وبما رواه المسالك، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «قطع الإسلام أرحام الجاهليه» (٢)، حيث إنه حكم بلسان الموضوع، فإذا كان الجاهل مقطوع الرحم كان من ينتسب إليه كذلك بالملازمه.

ويرد على الدلاله فيهما إنهما لا يدلان على قطع رحم المنتسب، وإن دلا على قطع رحم الكافر الظاهر في أنه لا يرث ولا ولايه بينهما.

ولذا قال في الجواهر: (ضروره كون المدار هنا على صدق اللفظ، ولا ريب فيه لغه وعرفاً على المعروفين بنسبه، وإن كانوا كفاراً) انتهى.

بل قد عرفت أنه يشمل الكافر، إذ اللفظ شامل، والوصيه صحيحه، فلا وجه للعدم، وقطع الرحم في الإرث لا ينافى أحد الأمرين، بل يشمل الحربى و

ص: ٣٥٨

١- سورة هود: الآية ٤٦

٢- مسالك الأفهام

المرتد منهم أيضاً، وقد تقدم الكلام فى ذلك.

وهل يشمل ولد الزنا، لا يبعد ذلك، إذا لم يكن انصراف لكلامه، لما تقدم من أنه قريب أيضاً، وإنما قطع الشرع بعض أحكامه عنه، وكذلك من كان بسببه قريباً.

ولو كان القريب فى اصطلاحه أشخاصاً خاصين شملهم فقط.

كما أن الزوجه والزوج ليسا داخلين فيه بلا إشكال.

ثم إنه قد تقدم عن العلامه استواء كلهم فى ما يعطى لهم، وذلك على القاعده حيث لا ترجيح ولا قرينه على الخلاف، وعليه فلا فرق بين من له جهتا قرابه أو أكثر أو أقل للإطلاق، كما لا فرق بين الأقرب والأوسط والأبعد لذلك أيضاً.

ولو شك فى أن أيهما قريب له، قسم بينهما بالعدل، لقاعدته بعد الفحص واليأس.

ولو شك فى أنه هل نفاه أم لا، كان الأصل عدم نفيه.

ثم إنه يحكى عن الإسكافى أنه قال: إنى لا أختار أن يتجاوز بالترقه ولد الأب الرابع، لأن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) لم يتجاوز فى ترقه سهم ذوى القربى من الخمس.

وفيه نظر، إذ عمله (صلى الله عليه وآله وسلم) لا يدل على النفى، بل ظاهر ما دل إلى أن الرحيم إلى أربعين خلافه، وإن كنا لا نقول بذلك أيضاً لأن تلك الروايه أشبه بالاحتياط.

ولذا لا يقول الفقهاء بذلك، بل بقدر الصدق العرفى الذى يختلف زماناً ومكاناً، فإن الموضوع حيث لم يحدد يؤخذ به حسب العرف.

ومما تقدم ظهر ضعف قول من قال باختصاص القرابه بالوارث، أو بالمحرم من ذوى الأرحام، مع أنهما مجهول القائل كما فى الجواهر، إلا أن فى مفتاح الكرامه نسبه الثانى إلى أبى حنيفه.

أما احتمال أن يكون ذوى القربى الصهر والبنت والولد، كما عن بعض كتب العامه، واستدل لذلك بأنه لما نزل قوله تعالى: (قُلْ لا- أَشِيئُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا- الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى) (١)، قيل: رسول الله من قرابتك هؤلاء الذين أوجبت علينا مودتهم، قال: «على وفاطمه وابناهما (عليهم السلام)» (٢).

ففيه: إن ذوى القربى فى مورد أناس خاصين لا دلالة على إطلاق ذلك فى كل مقام.

ولا فرق بين الذى لا يرث لمانع كالقاتل، وغيره بعد إطلاق الدليل فى المقام.

ولو أوصى لقرابه النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) فى القواعد: فهو لأولاد عبد المطلب ولأولاد هاشم، دون بنى عبد شمس وبنى نوفل، والأقرب دخول بنى المطلب هنا.

والظاهر أنه لما ينصرف فى إطلاق اللفظ لدى العرف، ولو شك أخذ بالقدر المتيقن، إذ لم يعلم شمول اللفظ ولا- قصد الموصى.

وقد سبق أن الأفراد لو كانوا كثيرين لم يجب الاستيعاب، وقد ذكر الإيضاح وجامع المقاصد ومفتاح الكرامه استدلالاً حول المقام، لم يظهر إمكان الاستناد إليها، فراجعها.

ولو أوصى لقومه، فالظاهر من يعد قوماً ذكوراً وأناً، لا كل من يتكلم بلغته، ولا الذكور منهم فقط.

قال فى الجواهر مازجاً مع الشرائع: ولو أوصى لقومه، قيل والقائل الشيخان وأكثر الأصحاب فى المسالك والمشهور فى غيرها هو الذكور من أهل لغته،

ص: ٣٦٠

١- سورة الشورى: الآية ٢٣

٢- انظر: تفسير القمى: ج ٢ ص ٢٧٥

أو مطلقاً ذكوراً وإناثاً، وهو كما ترى يشهد العرف بخلافه، ولعله لذلك نسبه المصنف إلى القيل، بل عن ابن إدريس إنهم الرجال من قبيلته من ينطق العرف بأنهم أهله وعشيرته دون من سواهم إلخ، وقد ظهر مما تقدم وجه النظر فيه.

قال في المسالك: وذكر _ أي ابن إدريس _ أنه قد روى أن قوم الرجل جماعه أهل لغته من الذكور دون الإناث، وسكت هو عليه، وفيه نظر، إذ لم يثبت هذه الرواية.

ولو أوصى لإخوانه شمل الأبويني والمنتسب إلى أحدهما، لإطلاقه عليهم جميعاً.

ولو أوصى لأعمامه أو عماته، أو أخواله وخالاته، أو بنى عمومته وهكذا، دخل العم لنفسه ولأبيه ولجده ولأمه ولجدته وهكذا، للإطلاق ولا انصراف إلى خصوص أعمام وأخوال وما أشبه نفسه إلا إذا كانت قرينه.

قال في الجواهر مازجاً مع المتن: (ولو قال: لأهل بيته، دخل فيهم الآباء والأولاد وإن نزلوا، والأجداد وإن علوا قطعاً، بل الظاهر دخول الأعمام وأولادهم، بل عن تذكره الفاضل تفسيره بالقرابه التي يدخل فيها الأخوال وفروعهم) انتهى.

أقول: لو كان عرف اتباع، وإلا كان الأصل عدم الشمول لكل من ذكر، بل جماعه خاصه منهم يعلم بشمول اللفظ لهم، أما من لا يعلم فالأصل عدم استحقاقه، ومن ذلك يعرف أن قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «إنا أهل البيت لا- تحل علينا الصدقه» وحصرتهم في قصه الكساء بالخمس (عليهم السلام) لا- يكون دليلاً في المقام، وذلك لوجود قرائن تدل على المراد منها، فلا يكونان دليلاً لما لم يكن هناك قرينه، كما أن تساوى

القربان مع أهل البيت لا دليل عليه، وإن حكاة المسالك عن العلامة وقال هو إنه الظاهر.

ومما تقدم يعلم ما لو أوصى لعشيرته، حيث إن العرف محكم فى ذلك، وفى الفرد المشكوك دخوله الأصل العدم، خلافاً للشرائع حيث قال: ولو قال لعشيرته كان لأقرب الناس إليه فى نسبه، إذ مع أن هذا التفسير مجهول فى نفسه لا دليل عليه.

قال فى المسالك: ما فسرته هو أحد التفسيرين للعشيرته لغمه، وقد ذهب إليه جماعه من الأصحاب.

وفى القاموس: عشره الرجل بنو أبيه الأذنون أو قبيلته.

وفى كتب العلامة: إن العشيره هى القربان مطلقاً، والأجود الرجوع إلى العرف، ومع انتفائه فالعموم حسن، انتهى.

وفى الجواهر: جعل العشيره عرفاً القبيله، وفيه نظر، كما فى جعله للعموم فى المسالك مع عدم انتفاء العرف نظر أيضاً، إذ مع انتفاء العرف يجعل للمتيقن، لما تقدم من أصاله عدم دخول المشكوك.

ولو قال: لأقرب الناس إلى، فالظاهر دخول الأخوه، فلا يقال إنه الأبوان فقط أو الأولاد فقط، أو هما لمن له كلاهما، بدعوى أن الأخ أبعد من العمودين، إذ المعيار العرف، نعم لا ينبغى الإشكال فى أنه لو أراد ذلك حقيقه لم يدخل إلا العمودان.

ولو قال: لزوجاتى، دخلت المتعه لأنها زوجه، إلا كان انصراف.

كما لا شك فى دخول أولادها إذا قال: لأولادى، والظاهر دخول ولد الشبهه، بل قد تقدم دخول ولد الزنا إذا لم يكن انصراف، لأنه ولد حقيقه ومحرم نكاحه شرعاً.

ولو قال: إنه لمن يلى أمرى من أقربائى، كان له، وجهالته عند الوصيه لا تضر، إذ

«لا غر» يشمل المقام، ولا دليل آخر على خلافه، ومثله لو قال: لعالم بلدى، أو إمام مسجدى أو ما أشبه.

قال فى الشرائع: ولو قال لجيرانه، قيل كان لمن بلى داره إلى أربعين ذراعاً من كل جانب، وفيه قول آخر مستبعد.

قال فى المسالك: المستبعد هو أنه لمن بلى داره بأربعين داراً، ولعل استبعاده لمخالفه العرف، فإنهم لا يبلغون بالجار هذا المقدار، إلى أن قال: وأما ما اختاره المصنف فلم نقف على مستنده مع اشتهاه، وتبعه فى ذلك الجواهر، ولعل المحقق رأى أن ذلك عرفى.

أما القول بأربعين داراً، فهو مستند إلى جملة روايات:

مثل حسنه جميل بن دراج، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «حد الجوار أربعون داراً من كل جانب»^(١).

لكن الظاهر أنه نوع من الأدب والأخلاق، إذ لو حسب مربع الدور المحيطه بالدار بما يشمل زواياها بحيث تقع الدار فى وسط مربع متساوى الأضلاع لبلغت مبلغاً كبيراً، ولو كان له جيران من أعلى وأسفل، كما فى ذات الطوابق شمل كل الجهات الست بالقدر العرفى.

ص: ٣٤٣

١- الوسائل: ج ٨ ص ٤٩١ الباب من أبواب الوصايا ح ١

(مسألة ٤) قال في الشرائع: تصح الوصية للحمل الموجود، وتستقر بانفصاله حياً، ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية، ولو وقع حياً ثم مات كانت الوصية لورثته.

أقول: إطلاق دليل الوصية يقتضى صحتها للحمل، سواء كان موجوداً حال الوصية ذا روح، أو ليس بذى روح، أو كان موجوداً حال موت الموصى، وإن لم يكن موجوداً حال الوصية، أو لم يكن موجوداً حالهما، كما إذا قال: أعطوا لما تحمله بنتى عشره دنانير، ومتى تزوجت البنت بعد موت الأب ولو بخمس سنوات وحملت بعد ذلك استحق الحمل.

كل ذلك لأنه عقلائي لم يردع عنه الشارع، بل إطلاق أدلتها تشملها.

فقول المسالك: (ثم وجوده حال الوصية شرط لصحتها) (١) لم يدل عليه إلا ظاهرهم، وأنه كيف يمكن الملك بلا مالك بعد ادعاء انصراف الأدله عن مثله.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ ظاهرهم لا حجه فيه، وقد تقدم أن الملك أمر اعتبارى كالعهد، فكما يصح العهد بأن يكون متولياً لوقفه وما أشبه بالنسبه إلى البطن كذلك يصح بالنسبه إلى الملك، والانصراف لا وجه له.

ثم إن الجواهر ادعى عدم الخلاف فى صحة الوصية للحمل الموجود حال الوصية، واستدل له بالعموم، وأنت خير بأن العموم آت فى غير الموجود، وإنما يشترط الانفصال حياً لما تقدم من اتفاقهم على عدم صحة إجراء المعاملات ونحوها مع الطفل فى الرحم، فلا يصح أن يباع له ويوهب له وما أشبه، وإن قبله الولي من قبله، ويؤيده عدم صحه إرثه إذا ولد ميتاً نصاً وإجماعاً، ولولا ذلك فالعرف يرون أنه لا بأس بذلك.

وعليه فإذا ولد حياً كان النماء المتخلل بين موت الموصى وبين ولاده الطفل له، كما ذكره المسالك والجواهر، وأما إذا ولد حياً ثم مات فلا إشكال ولا خلاف

ص: ٣٤٤

فى أنه يكون له الموصى به ويرثه وارثه، فى أن لم يكن له وارث بأن كان زنا من الطرفين كان إرثه لبيت المال، لأنه وارث من لا وارث له.

ثم إن المسالك قال: المتجه اعتبار القبول فى الوصية للحمل مطلقاً، فيقبله وليه ابتداءً ووارثه هنا، وتظهر الفائدة فيما لو ردها الوارث قبل قبوله فإن اعتبرناه بطلت، وإلا فلا أثر للرد.

أقول: والظاهر عدم اعتبار القبول، إذ لا دليل عليه، وإطلاق أدله الوصية يشملها ولو بدون القبول، ولذا قال الجواهر: والذى يقوى فى النظر عدم الاحتياج إلى القبول فى الوصية للحمل، بل الظاهر عدم الولي له وهو حمل.

أقول: استظهاره ذلك من باب انصراف أدله الولاية إلى المولود، وإن كان ربما يستدل له بقوله: (يهب لمن يشاء) فالموهوب له وليه، فإذا احتاج الحمل إلى شىء من التصرف كان لوليه التصرف دون غيره، كما إذا مرض واحتاج إلى تسليط الأشعة عليه أو ما أشبهه، فإنه لا يحق ذلك إلا للولي، والله سبحانه العالم.

(مسأله ٥): لو أوصى المسلم للفقراء أو لطلاب العلوم الدينيه أو للزوار أو للمجاهدين أو ما أشبه ذلك، كان المنصرف منه كل ذلك من أهل ملته، فلا يعطى لهم من الكفار، مثل فقرائهم وطلاب علوم دينهم وزوار مقابر أنبيائهم والمجاهدين لأجل الدفاع عن دينهم وإن أطلق كل ذلك على أولئك لغه حتى المجاهدين، ولذا ورد في زیاره الإمام الحسين (عليه السلام): «لعن الله العصابه التي جاهدت الحسين (عليه السلام)» فإنه من الجهد، وكذلك إذا أوصى للمصلين والصائمين والعاكفين، وإن كان للكفار كل هذه الألفاظ.

نعم لو أراد الإطلاق أطلق، بل أو التخصيص بالكفار خصص، على ما تقدم في صحه الوصيه للكافر.

قال في الشرائع: ولو أوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته، ولو كان كافراً انصرفت إلى فقراء نحلته، وقرره ذلك الجواهر وغيره.

ويدل على حكمه الثانى بالإضافه إلى ما تقدم من ارتكاز الموصى، ما رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة:

قال أبو طالب عبد الله بن الصلت: كتب الخليل بن هاشم إلى ذى الرئاستين وهو والى نيسابور، أن رجلاً من المجوس أوصى للفقراء بشيء من ماله فأخذه قاضى نيسابور (الوالى، يه) فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلى ذى الرئاستين بذلك، فسأل المأمون (عن ذلك، يه) فقال: ليس عندى في هذا شيء، فسأل أبا الحسن (عليه السلام)، فقال أبو الحسن (عليه السلام): «إن المجوسى لم يوص لفقراء المسلمين، ولكن ينبغى أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقه فيرد على فقراء المجوس» (١).

وقريب منه رواه

ص: ٣٦٦

عيون الأخبار، كما فى الوسائل (١١).

ومما تقدم يظهر وجه صرف الوصيه فى الأخص من أهل المله والنحله فيما كانوا فرقا مختلفه، مثل المسيحى الأرثوذكس والبريستانت، حيث لا يعطى أحدهم للآخر شيئاً، وكذلك بالنسبه إلى فرق المسلمين.

ولو شك فى أنه أراد الكل من أهل ملته أو الأعم أو خاص طريقته من أهل ملته، وكان إطلاق أخذ به، ولا مجال للأخذ بالقدر المتيقن لأنه فيما إذا لم يكن إطلاق.

ولو لم نعلم هل أنه كان يهودياً أو نصرانياً مع العلم بأنه يريد أهل نحلته ارتكازاً، فقاعده العدل تقتضى التقسيم، كما تقدم غير مره.

ولو صار الشك فى المصداق بأن لم يعلم أن فلاناً مجوسى أم لا، فيما أوصى المجوسى، فإن كان استصحاب حكم به بعد عدم وصول الفحص إلى شىء، وإلا كان الأصل عدم إعطائه، لأن اللازم تحقق الموضوع حتى يرتب عليه الحكم.

ثم إنه إذا أوصى لعنوان كالجار والفقير وما أشبه أعطى، ولو تجدد العنوان بعد الوصيه، بل بعد الموت لتحقق الموضوع الموجب ترتب الحكم، لا لما ذكره الجواهر مستدلاً بعموم (مَنْ بَدَلَهُ) (٢) لأن الحكم لا يثبت الموضوع، كما لا يخفى.

ولو قال: أعطوا فلاناً كذا، ولم يبين الوجه صرفه إليه يصنع به ما شاء للإطلاق، وعلله المسالك والجواهر بعد فتوى الشرائع به بأن الوصيه تقتضى تسليط الموصى له على المال تسليط غيره من الملاك على أملاكهم.

أقول: ذلك إذا صح التسليم إليه كما هو واضح، أما مثل السفيه فيعطى

ص: ٣٦٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٤ الباب ٣٤ من أبواب الوصايا ح ١

٢- سورة البقره: الآيه ١٨١

لويله، قال سبحانه: (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (١)، ومثله الصبي ونحوهما.

ولو قال: أعطوا فلاناً كذا ليصرفه في بناء المسجد، فقبل وجب عليه صرفه في بناء المسجد إذا أخذه، أما إذا لم يقبل، فقد تقدم أنه لا دليل على جبره شرعاً، إلا في بعض الموارد، لقاعده تسلط الناس على أنفسهم (٢).

وعليه فإذا علم من الموصى إرادته القيد بطلت الوصية، وإلا صرف المال في المسجد من غير وساطة الذي رد الوصية، ولو أوصى بثلثه أو نحوه ولم يبين الوجه صرف في وجوه البر، لأنه مركز أذهان الموصين، ولذا أفتى به الجواهر وغيره.

ولو قال: داري ثلثي، فهل تباع ويصرف ثمنها أو يصرف إيجارها، إن كان ارتكاز فيها، وإلا تخير الوصي بين الأمرين وغيرهما مما يلائمه الإطلاق.

ولو أوصى في سبيل الله، صرف إلى كل برّ يقال له: سبيل الله، كما هو المشهور، خلافاً للشيخ ومن تبعه حيث جعلوه للغزاه، وإذا تعذر ذلك صرف في أبواب البر من معونه الفقراء والمساكين وابن السبيل وصله آل الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم)، واحتجوا لذلك كما في المسالك بأن حكم الشرع يقتضى صرف السبيل إلى الغزاه، وحكم كلام الأدميين مع إطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع.

أقول: كلتا المقدمتين ممنوعتان كما هو ظاهر، أما المشهور فقد تمسكوا لما ذكروه بالإطلاق، وبيعض الروايات الخاصة.

فقد روى حسن بن راشد، قال: سألت أبا الحسن العسكري (عليه السلام)

ص: ٣٤٨

١- سورة النساء: الآية ٥

٢- الوسائل: ج ٣ ص ٤١٢ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ١

بالمدينة، عن رجل أوصى بمال في سبيل الله، قال: «سبيل الله شيعتنا»^(١)، ومن الواضح أنه (عليه السلام)، لم يرد الانحصار، بل المصداق.

وروى الحسين بن عمر، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إن رجلاً أوصى إليّ بمال في السبيل، فقال (عليه السلام): «أصرفه في الحج»، قلت: أوصى إليّ في السبيل، فقال (عليه السلام): «أصرفه في الحج فإنني لا أعلم سبيلاً من سبيله أفضل من الحج»^(٢).

وروى الكليني والشيخ في الكتب الثلاثة، عن حجاج الخشاب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن امرأة أوصت إلى بمال أن يجعل في سبيل الله، فقيل لها يحج به، فقالت: اجعله في سبيل الله فقالوا لها: فنعطيه آل محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، قالت: اجعله في سبيل الله، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «اجعله في سبيل الله كما أمرت»، قلت: خبرني كيف أجعله، قال: «اجعله كما أمرتك إن الله تبارك وتعالى يقول: (فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعِيدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)^(٣) أرايتك لو أمرتك أن تعطيه يهودياً كنت تعطيه نصرانياً»، قال: فمكثت بعد ذلك ثلاث سنين ثم دخلت عليه فقلت له مثل الذي قلت أول مره، فسكت هنيهة، ثم قال: «هاتها»، قلت: من أعطيها، قال (عليه السلام): «عيسى شلقان»^(٤).

أقول: لعله كان فقيراً، أو كان يعرف كيف يصرفه، أو كان وكيل الإمام (عليه السلام).

وروى المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة، عن يونس بن يعقوب: إن رجلاً

ص: ٣٦٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٢ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٣ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٢

٣- سورة البقرة: الآية ١٨١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٣ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٣

كان بهمدان ذكر أن أباه مات وكان لا يعرف هذا الأمر، فأوصى بوصيه عند الموت، وأوصى أن يعطى شىء فى سبيل الله، فسأل عنه أبا عبد الله (عليه السلام) كيف نفعل، وأخبرناه أنه كان لا- يعرف هذا الأمر، فقال: «لو أن رجلاً أوصى إلى أن أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعتة فيهما، إن الله تعالى يقول: (فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدْلُونَهُ) (١)، فانظر إلى من يخرج إلى هذا الأمر (الوجه، خ ل) يعنى بعض الثغور فابعث به إليه» (٢).

وعن الرضوى (عليه السلام): «فإن أوصى بماله فى سبيل الله ولم يسم السبيل، فإن شاء جعله لإمام المسلمين، وإن شاء جعله فى حج، أو فرقه على قوم مؤمنين» (٣).

إلى غيرها من الروايات المشابهة الموجوده فى المستدرک (٤).

والظاهر أنه لا- يحتاج الوصى إلى قصد القربه عند الصرف، وإن احتاج فيما إذا حج أو ما أشبهه إلى قصد القربه، للأصل فى الأول، ولأنه لا يكون سبيل الله إذا حج أو نحوه بدون قصد القربه فى الثانى.

قال فى الشرائع: وتستحب الوصيه لذوى القرابه وارثاً كان أو غيره.

وقال فى الجواهر: بلا خلاف فيه عندنا نصاً وفتوى.

أقول: كأن قيد المسالك ذلك بقوله (فى الجملة) لإخراج قرابه يحرم أو يكره شرعاً إمداده بالمال، مثل الكافر المحارب، على المشهور فى حرمة الوصيه له، ومثل الفاسق الذى يكره شرعاً إمداده.

ص: ٣٧٠

١- سورة البقره: الآيه ١٨١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٤ الباب ٣٣ من أبواب الوصايا ح ٤

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ٣

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٤ الباب ٣٠ من أبواب الوصايا ح ١ و ٢ و ٣

وكيف كان، فيدل عليه بالإضافة إلى قوله سبحانه: (إِنْ تَرَكَ خَيْرًا لِّلْوَالِدَيْنِ وَلِلْأَقْرَبِينَ) (١)، جملة من الروايات:

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة، عن إبراهيم بن عبد الحميد، عن سالمه موله أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) حين حضرته الوفاة فأغمى عليه، [أقول: أى ضعف، لما ثبت أن الإمام عليه السلام لا يغمى عليه] فلما أفاق قال: «أعطوا الحسن بن علي بن الحسين وهو الأفتس سبعين ديناراً، وأعطوا فلاناً كذا وكذا، وفلاناً كذا وكذا» فقلت: أتعطى رجلاً حمل عليك بالشفرة، فقال (عليه السلام): «ويحك أما تقرئين القرآن» قلت: بلى، قال: «أما سمعت قول الله عز وجل: (وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ) (٢)» (٣).

قال الكليني (رحمه الله) كما فى الوسائل: قال ابن محبوب فى حديثه: حمل عليك بالشفرة يريد أن يقتلك، قال (عليه السلام): «تريدين أن لا أكون من الذين قال الله عز وجل: (الَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَيَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَيَخَافُونَ سُوءَ الْحِسَابِ) نعم يا سالمه، إن الله تبارك وتعالى خلق الجنة وطيبها وطيب ريحها، وإن ريحها ليوجد من مسيره ألفى عام، ولا يجد ريحها عاق ولا قاطع رحم» (٤).

ص: ٣٧١

١- سورة البقرة: الآية ١٨٠

٢- سورة الرعد: الآية ٢١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧١ الباب ٨٣ من أبواب الوصايا ح ١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧١ الباب ٨٣ من أبواب الوصايا ح ٢

وعن السكوني، عن جعفر بن محمد، عن أبيه (عليهما السلام)، قال: «من لم يوص عن موته لذوى قرابته ممن لا يرشد فقد ختم عمله بمعصيه»^(١).

أقول: العصيان يستعمل في خلاف الأمر الإرشادي مثل أمره الطيب فعصاه، قال سبحانه: (وَعَصَى آدَمُ رَبَّهُ) ^(٢).

وروى المشايخ الثلاثة وغيرهم، عن محمد بن مسلم، قال: سألته عن الوصيه للوارث، فقال (عليه السلام): «تجوز»، ثم تلا هذه الآية: (إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ) ^(٣).

إلى غيرها من الروايات المذكوره في الوسائل والمستدرک، وقد تقدم بعض الروايات المنافيه مع توجيهها.

ثم إنه إذا أوصى لإنسان بمال فردّه، حق له ذلك، لأنه خلاف سلطنه الناس على أنفسهم، بأن يدخل شيء في ملكه من دون إرادته، كما تقدم الكلام في ذلك.

وإذا رده كان المال من نصيب الوارث، لأن الوصيه لم تخرجه عن ملكه حيث رد الموصى له.

ويؤيد الحكم الأول: ما رواه غوالي اللثالي، عن أبي قتاده، قال: إن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لما قدم المدينة، سأل عن البراء ابن معرور، فقيل: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) إنه هلك وقد أوصى لك بثلاث ماله، فقبل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) ثم رده إلى ورثته ^(٤).

فإن ظاهره أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) كان له القبول والرد.

ص: ٣٧٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧١ الباب ٨٣ من أبواب الوصايا ح ٣

٢- سورة طه: الآية ١٢١

٣- سورة البقره: الآية ١٨٠

٤- العوالي: ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٣

ثم إن الوصيه قد لا تحتمل إلا حمل اللفظ على الحقيقه، وقد لا تحتمل إلا حمل اللفظ على المجاز، وقد يحتمل الأمرين، ففي الأولين تحتمل على ما لا بد منه.

أما فى الثالث فاللازم حملها على الحقيقه، وذلك كما إذا قال: هذا لأولادى أو لأبوى، فيما أولاده صليون أو ليس عنده إلا غير صليين كالأحفاد، أو له أبوان فقط، أو أجداد فقط، أما إذا كان له الأولاد والأحفاد والأبوان والأجداد، فاللازم أن تحتمل على الصليين والأبوين.

إذ لا- مناص عن الحقيقه فى الأول، والمجاز فى الثانى، وإلا لبطلت الوصيه، وذلك خلاف حمل فعل وقول المسلم بل العاقل على الصحيح، والحقيقه فى الثالث لأنها الظاهر من اللفظ بدون القرينه، والمفروض أنه لا قرينه.

ولذا قال فى القواعد: لو أوصى لمن يتعذر حمل اللفظ عليه حقيقه عرفاً، فالأقرب صرفه إلى المجاز، والظاهر أن مراده بالأقرب التعيين، مثل الأقوى والأحوط، لا أن هناك احتمالاً آخر، خلافاً للإيضاح حيث جعل الأصح بطلان الوصيه لأصالة صيانه مال الغير إلى أن يحصل الناقل القطعى، وهو أولى من صيانه كلامه عن اللغو، وفيه ما لا يخفى.

ولو أوصى بلفظ مشترك وله أحدهما أو أحدها عين، وإلا فقاعده العدل أو القرعه، كما إذا كان له كلاهما، أو لا شىء منهما بأن أراد الاشتراء والصرف.

مسأله ١ عدم اعتبار اللفظ فى الوصيه

فصل فى الأوصياء

وفيه مسائل:

(مسأله ١): لا ينبغى الإشكال فى أنه لا يعتبر فى الوصيه اللفظ، ومع اللفظ لا يعتبر لفظ خاص، لصدق العمومات والمطلقات مع الإشاره، بل ولو كانت الإشاره بالسكوت، كما إذا قال أو أشار إليه بأن اقرأ وصيتى فكلما سكت أنا كان علامه قبولى، وكلما لم أرده تكلمت بالنفى، فضلاً عن الإشاره برأسه، أو الكلام بنعم أو لا.

قال فى الجواهر: (إن صيغه الوصايه: أوصيت إليك، أو فوضت، أو جعلتك وصياً، أو أمسك مقامى فى أمر أولادى، أو احفظ مالهم والتصرف فيه أو كذا وكذا، أو وليتك كذا بعد موتى، أو جعلتك ولياً بعد الموت، أو نحو ذلك من الألفاظ التى تفيد توليته على ما يريد لها عليه عموماً أو خصوصاً) انتهى.

وكذا إذا قال: أنت ولي فى حياتى ومماتى، أو وكيلى، أو قاضى دينى بفتح الدال.

ولا يبعد أن يكون المروى عن الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) بالنسبه إلى على (عليه السلام) بالفتح.

وإن قال نصير الدين (رحمه الله) في التجريد: إنه بالكسر، فيكون معناه قاضياً في الأحكام، ولو أراد الوصايه لكنه يؤشر ولم ينطق لم ينفع لعدم الصدق، كعدم صدق العقد والإيقاع بالإرادة إذا لم ينطق ولم يؤشر، وقد تقدم الكلام حول الكتابه وأنها من أقسام الإشاره.

أما إذا قال: (أنت) أو (وص) ولم يتمكن بنطق بقيه اللفظ كـ (وصى) أو (بى) مثلاً، فالظاهر أنه من الإشاره المعده عرفاً إيضاً.

ثم لو ما قال: أنت وصي، إن علم المراد منه كما هو الغالب في إرادته إخراج الثلث لواجباته وسائر شؤونه وتولى أولاده الصغار وما أشبه فهو، وإلا- فهل تبطل أو تكون وصيه مطلقه في أى شأن احتاج الإنسان فيه إلى الإيضاء، فهو من قبيل (حذف المتعلق يفيد العموم) مثل أنت وكيلى، الظاهر الثانى، وعليه فاحتمال البطلان مطلقاً أو العمل بالمتيقن غير ظاهر الوجه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما جعله الجواهر تحقيقاً فى المسأله، قال: (والتحقيق ما فى الدروس من أنه إن كان هناك قرينه حال حمل عليه، وإلا- أمكن البطلان، ويحتمل التصرف فيما لا بد منه كحفظ المال ومؤنه اليتيم، قلت: لا بأس بالاحتمال المزبور مع تيقن إرادته من اللفظ المزبور، أو ظهوره مع الشك فى غيره، وإلا فاللابديه أعم من الوصايه به) انتهى.

إذا لا حاجه إلى تيقن الإراده مع الظهور كسائر الظواهر، ولو أوصى بهذه اللفظه مثلاً ولم يعلم هل إنه أراد بعد مماته أو فى حال حياته ولا- ظهور، لم يمكن العمل، إذ لم يتحقق أحدهما، فلا- يشمله دليل الإذن حياً ودليل الوصيه ميتاً، كأنه من التمسك بالمجمل فى أحد فرديه.

ولو كان متعلق الوصيه مجملاً، لكن له متيقن بعد موته أخذ به، لأنه متيقن إرادته، كما إذا قال: أعطوه ريالاً، ولم يعلم إرادته

الحجازى أو القطرى، فإنه يعطى قدر الأول الذى هو أقل من الثانى.

ثم إنه يعتبر فى الوصى أمور:

الأول: العقل فى الجملة، فإن الوصى قد يكون عاقلاً، وقد يكون مجنوناً أدوارياً، وقد يكون مجنوناً مطبقاً.

لا ينبغى الإشكال فى صحة كون الوصى الأول للإطلاق.

وفى عدم صحة كون الوصى الثالث، لأنه لا عقل له حتى يقوم بشىء، والأدلة منصرفه عنه.

وأما الثانى: فلا وجه لعدم الصحة بالقدر الذى يأتى منه، مثلاً أوصى بأن يشرف على أولاده، فإن تمكنه من ذلك أيام عقله، كما إذا كان دوره جنونه أيام الصيف فقط، لا يوجب سقوط الوصيه بالنسبه إلى غير أيام الصيف، فإن كان يكفى أيام إفاقته من العمل بكل الوصيه فهو، وإن كان لا يكفى عمل فى أيام جنونه كما إذا لم يكن وصى، فإن التبعض فى الإنسان حال التفريق فى إنسانين، كما إذا أوصى إلى زيد وعمرو، لكن كان فى صحة الوصيه بالنسبه إلى الثانى محذور.

نعم إذا كان ذلك على نحو القيد أو المصب لم تصح، إذ لا وصيه بالنسبه إلى أحد الزمانين أو أحد الشخصين فلا يشملهما الدليل.

نعم حيث إن الظاهر كونها من باب تعدد المطلوب، تصح بالنسبه إلى زمان الإفاقه، أو الشخص الممكن.

ومن ذلك تعرف موقع النظر فى كلام الدروس، حيث قال: (الأقرب صحه الإيصاء لمن يعتوره الجنون أدواراً، ويحمل على أوقات الإفاقه)، ثم قال: (والفرق بينه وبين الأول أى من طرأ له الجنون انصراف الوصيه فى ابتدائها أى فى الأدوارى إلى أوقات إفاقته، وفى غيرها إلى دوام عقله الذى لم يدم و

لو قلنا بعود ولايه الأول فلا إشكال) انتهى المحكى عنه.

وعلى ما ذكرناه، إذا أوصى ولم تكن مقيده بالعقل الاستمراري، وكانت قابله النفوذ كلاً أو بعضاً حال الإفاقه، سواء كان عاقلاً ثم جن، أو كان أدوارياً من الأول، أو كان مجنوناً من الأول ثم عقل، صحت الوصيه كلاً أو بعضاً بالقدر الممكن، لإطلاق دليل وجوب إنفاذ الوصيه.

ويؤيد ما ذكرناه ما رواه دعائم الإسلام، عن علي (عليه السلام)، قال: «لا يزيل الوصى عن الوصيه ذهاب عقل أو ارتداد، أو تبذير أو خيانه أو ترك سنه، والسلطان وصى من لا وصى له، والناظر لمن لا ناظر له»^(١).

ثم إن الموصى إذا قال: ليقوم بأموري فلان المجنون، لم تصح، لأن الناس لا يملكون أحكامهم، وقد جعله الشارع غير صحيح التصرفات.

نعم إذا قال: ليقراً على قبري القرآن مثلاً، لم تبعد صحته إذا كان يفعل ذلك، إذ لا محذور، على تأمل من جهة الشك في إمضاء الشارع لمثل هذه الوصيه، إلا أن يقال: إن عدم الردع كاف ولم يعلم ردعه عن مثل ذلك، وسيأتي بعض المسائل المرتبطه بالباب، إن شاء الله تعالى.

الثاني: الإسلام، ولا إشكال في اشتراطه في الجملة، وذلك فيما إذا لم يصح قيام الوصى بما أراد، كما إذا أوصى إلى الكافر بكنس المسجد، أو بيع القرآن، إذا قيل بحرمة تسليط الكافر على القرآن، لنهيه (صلى الله عليه وآله وسلم) أن يسافر بالقرآن إلى أرض العدو مخافه أن يناله العدو^(٢)، أو ما أشبه ذلك.

ص: ٣٧٨

١- الدعائم: ج ٢ ص ٣٦٣

٢- الدعائم: ج ١ ص ٣٤٨

ومنه يعلم صحة اشتراط الإيمان في مثل ذلك، كما إذا أوصى بصلاته وصومه وحجه أن يأتي بها غير المؤمن، لأن أعماله تلك باطله.

والظاهر أن وصيته بإداره الكافر شؤون أولاده مما يعد تسلطاً للكافر على المسلم غير صحيحه.

أما الوصيه بما لا محذور فالظاهر صحتها لإطلاق أدلتها، واحتمال عدم الصحة من جهة أنه سبيل وركون، ومواده وموالاه وما أشبه مما ينفى الآيات والروايات، خصوصاً إذا كان الكافر حربياً لأنها مواد، وقد قال سبحانه: (لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ) (١)، يرد عليه جزئيه الدليل، فلا يدل على النفي إطلاقاً، فإنه أخص من المدعى، وقد تقدم في روايه الدعائم ذكر عدم إبطال الارتداد الوصيه، كما تقدم بعض الكلام في صحة الوصيه للكافر مما ينفع المقام.

الثالث: القدره عقلاً وشرعاً، فإذا لم يقدر الوصى من تنفيذ الوصيه مطلقاً أو في الجملة، بطلت مطلقاً أو في الجملة، مثلاً أوصى إلى سجين لا يقدر حتى من التوكيل مثلاً، أو إلى مقعد أن يأتي بقضاء صلاته، حيث لا تصح مع القدره على الكامله، أو إلى مغمى عليه، أو أوصى إلى امرأه بكنس المسجد كل يوم وهى لا تقدر من ذلك أيام العاده شرعاً، أو ما أشبه ذلك، لم تصح، إذ في صوره عدم القدره العقليه تكون كالوصيه إلى الجماد، وفي صوره عدم القدره الشرعيه تكون الأدله منصرفه عنها، بالإضافة إلى أنه من غير المعقول أن يقول للوصى الشارع: أفعل ولا- تفعل، كما ذكره في باب اجتماع الأمر والنهى، أو يقال: إن عدم شمول الأدله لمثلها إنما هو من باب دليل الاقتضاء، أو غير ذلك.

ص: ٣٧٩

الرابع: اختلفوا في اعتبار العدالة في الوصى إلى أقول ثلاثه:

الأول: اعتبارها.

والثاني: عدم اعتبارها.

والثالث: إن المعتبر عدم ظهور الفسق لا ظهور العدالة.

أما الأول: فقد نسب إلى المشهور، بل عن الغنيه الإجماع عليه.

وأما الثاني: فهو المحكى عن ابن إدريس والفاضلين في النافع والمختلف وغيرهم.

وأما الثالث: فقد اختاره المسالك، قال: لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث.

والأقرب من هذه الأقوال الثاني، لإطلاق أدله الوصايه بعد عدم تماميه أدله القولين الآخرين.

أما ما استدل به للقول الأول، فهو أمور:

الأول: إن الإيضاء ركون ممنوع عنه شرعاً، إذ الفاسق ظالم، فيشملة: (وَلَا تَزْكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا) (١).

الثاني: إن الفاسق لا أمانه له شرعاً، كما استدل به في الشرائع، بضميمه ما أتمه الجواهر بقوله: لوجوب التثبت عند خبره، قال سبحانه: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) (٢).

أقول: ولعله بضميمه أنه معلوم من حال الشارع أنه أراد غلق باب غير الأمين، وإلا- فلا- تلازم بين لزوم التثبت من خبره وعدم صحه كونه وصياً.

ص: ٣٨٠

١- سورة هود: الآية ١١٣

٢- سورة الحجرات: الآية ٦

الثالث: إنه تسليط الفاسق على أموال وأنفس الناس، حيث إن المال بعده للورثة وأولاده الصغار أنفس محترمه، وهو ضياع له ولهم، فهو خلاف المصلحه، قال سبحانه: (وَلَا تُوْتُوا الشُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (١)، وقال: (لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا- بِأَلْتِي هِيَ أَحْسَنُ) (٢)، وقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «لعن الله من ضيع من يعول» (٣).

الرابع: إن وكيل الحاكم يلزم أن يكون عادلاً فأولى منه عداله الوصى، لأن الحاكم مشرف على وكيله، أما الوصى فلا مشرف عليه، أما لزوم أن يكون وكيل الحاكم عادلاً فلأن غير العادل خائن، وقد قال سبحانه: (وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِنِينَ خَصِيماً) (٤).

الخامس: المناط فى النصوص الداله على اشتراط عداله المتولى لأموال ورثه الميت إذا كانوا صغاراً فيما مات ولم يوص.

مثل ما رواه سماعه، قال: سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيه، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث، قال (عليه السلام): «إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله» (٥).

إلى غير ذلك مما ذكره الوسائل فى باب من مات ولم يوص من يتولى بيع جواريه وقسمه ماله.

السادس: إن هذا الشرط إنما هو لأن يحصل الوثوق بفعل الوصى ويقبل

ص: ٣٨١

١- سورة النساء: الآيه ٥

٢- سورة الأنعام: الآيه ١٥٣

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ١٢٢ الباب ٨٨ من أبواب مقدمات النكاح ح ٦

٤- سورة النساء: الآيه ١٠٥

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا ح ٢، الفقيه: ج ٢ ص ٢٨١، التهذيب: ج ٢ ص ٤٠٠، الفروع: ج ٢ ص ٢٥٣

وفى الكل ما لا يخفى.

إذ يرد على الأول: (لا تركنوا) منصرف عن مثل ذلك، وإلا لم يصح استيداع وتوكيل غير العادل، وهذا ما لا يقول به أحد، لا لأنه تخصيص للآية، بل لعدم شمول مثلها له، وكذلك الاستيجار وجعل الجعالة وغير ذلك.

وعلى الثانى: إنه لا- تلازم بين الفسق وبين عدم الأمانه، بالإضافة إلى أن الاعتماد على غير الأمين لا دليل على منعه، إذ الوجوه الذى ذكرناه بعد كلام الجواهر اعتبارى محض، لا يصح حجه على الحكم.

وعلى الثالث: إن الدليل أخص من المدعى، إذ ليس كل وصيه تسليطاً على الأنفس وأموال الغير، بالإضافة إلى أنه إذا كان ثقه لم يكن خلاف المصلحه فلا يشمل ما ذكر من الأدله.

وعلى الرابع: إنه لا- دليل على لزوم عداله وكيل الحاكم، بل يكفى فيه الثقه، إلا- إذا كان مما يشترط فيه العداله كوكيله فى القضاء وإمامه الجمع والجماعه والولاية على احتمال للأولويه من القضاء، أو لأن الوالى يتصدى لكل الشؤون، أما لزوم عداله مطلق وكيل الحاكم فلا دليل عليه، بالإضافة إلى أن تنظير الوصى بوكيل الحاكم بدون مناط قطعى، أما الملازمه العقليه أن غير العادل خائن فلا دليل على التلازم، بل الدليل بالعكس.

وعلى الخامس: إن الروايات دلت على وثاقته لا عدالته، والقول بأن كل غير عادل غير ثقه لا دليل عليه، بل المركوز فى الأذهان عدم التلازم، والروايات لم تدل على العداله بل على الثقه، كما نص بذلك فى الروايه المتقدمه، وقوله (عليه السلام): «إن كان مثلك ومثل عبد الحميد» لا يدل على أكثر من الثقه.

وروايه على بن رثاب وإسماعيل بن سعد لا دلالة فيهما إطلاقاً، فراجع الوسائل فى الباب المذكور.

وعلى السادس: إن الأصل فى فعل المسلم _ الشامل لقوله _ الصحه، مضافاً إلى أن هذا الدليل ليس فى سياق الأدله الأخرى، فإن تلك فى مقام الثبوت وهذا فى مقام الإثبات، ولذا الذى ذكرناه من قوه عدم الاشتراط، قال الجواهر: (ولعل خير الأقوال أوسطها ما لم يكن فيه مفسده على القاصر، لعموم الأدله وإطلاقها، خصوصاً ما ورد منها فى وصايه الامراه التى من الغالب عدم عدالتها، وفى وصايه ولده وفيهم الصغار والكبار، وأن الصبى يكون وصياً بذلك عند بلوغه أو قبله، ولتصرف عند البلوغ، سيما ما ورد من وصيه الكاظم (عليه السلام) جميع ولده ومنهم غير العدل، وجعل الولاية بيد على (عليه السلام) منهم لا يجدى بناءً على عدم صلاحيه الفاسق للوصايه ولو مع انضمامه إلى غيره ممن له الولاية عليه) انتهى.

أقول: أشار بذلك إلى روايه على بن يقطين: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأه وشرك فى الوصيه معها صبياً، فقال: «يجوز ذلك وتمضى المرأه الوصيه ولا تنتظر بلوغ الصبى، فإذا بلغ الصبى فليس له أن لا يرضى، إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت» (١).

ص: ٣٨٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٥٠ من أحكام الوصايا ح ٢

(مسأله ٢): لو أوصى إلى العدل ففسق في حال حياه الموصى ولم يعزله مع علمه بذلك، كانت الوصيه ظاهره في عدم اعتبار العدالة، إذ لو كانت العدالة مقومه لوصيته عزله، فعدم عزله دليل العدم.

أما مع عدم علمه فيأتي فيه الكلام في فسقه بعد موت الموصى فإن له صوراً ثلاثاً، إذ إما أن يعلم بأن عنوان العدالة سبب الوصيه باشراتها بها، أو يعلم بالعكس وأنها داعيه لا أن الوصيه انصبت على العدالة، أو لا يعلم أحد الأمرين.

ففي الأولى: ينزل.

وفي الثانية: لا ينزل.

وفي الثالثه: الأصل بقاء الوصيه للاستصحاب، والاحتمال لا يبطله.

ولو قيل: بأن الشك في المقتضى ليس مجرى للاستصحاب.

قلنا: إن إطلاق أدله الاستصحاب يقتضى حجته حتى في الشك في المقتضى، كما حققناه في الأصول.

قال في الشرائع: لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موت الموصى أمكن القول ببطلان وصيته، لأن الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق عند زواله.

قال في المسالك: وإنما قال أمكن، لأنه يمكن القول أيضاً بعدم البطلان.

أقول: لكن ظاهره الميل إلى البطلان، ولعل مراده ما كان ظاهر الوصيه ذلك وإن لم يقطع به، وإلا فمجرد الإمكان لا يوجب رفع اليد عن الإطلاق.

ولذا قال الجواهر: (فإن استصحابها كان في الحكم ببقائها، بل لو علم ملاحظه الوصف لكن لا على وجه دورانها معه وجوداً وعدمًا، بل لاحظه غير خاطر في باله الحالي عنه، فإن الاستصحاب أيضاً يمكن جريانه) إلى آخر كلامه.

نعم يرد عليه أنه قال: (ومثل هذه الصورة تأتي أيضاً فيما لو فسق حال حياه الموصى أيضاً، ضروره عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالي الموت والحياه) انتهى، إذ قد عرفت الفرق.

وكيف كان، فحال سائر الأوصاف حال العدالة إذا فقدت، كما إذا أوصى إلى المسلم فارتد، أو إلى الثقة فذهبت عنه أو ما أشبهه.

نعم لا إشكال في سقوط الوصيه إذا أوصى إلى العاقل فجن، أو إلى الرشيد فسفه، أو ما أشبه ذلك، للحجر الشرعى ولو أراده الموصى، إذ إطلاق دليل الوصايه لا يشمل المذكور، وإن شئت قلت: «الناس مسلطون على أنفسهم وأموالهم» لا على أحكامهم.

أما أمر الأيتام فأصعب، لأنه لا إطلاق لولايته على أولاده حتى يعطيه لغيره، وإن كان له مثل هذا الإطلاق على أمواله في الجملة.

ثم إنه إذا كانت الوصيه مقيده بالعداله أو ما أشبهه، انعزل بمجرد الفسق من غير حاجه إلى عزل الحاكم، إذ لا وصيه في حال الفسق، فالأصل عدم الاحتياج إلى عزله.

نعم لو صار خلاف بأنه ارتكب موجب الفسق، أو خلاف في أن ما ارتكبه يوجب الفسق أم لا، أى كان الشك في الصدق أو المصدق، من جهه اختلاف الورثه بينهم، أو اختلافهم مع الوصى، أو اختلاف من تتعلق به الوصيه، كما لو أوصى بإعطاء أولاده ثلثه تدريجاً، إلى غير ذلك من الأمثله، احتاج الحسم إلى الحاكم، لأنه المرجع في المنازعات.

ولو فسق مما أوجب انعزاله لم يحق له العمل إذا كان متشرعاً، مثل الشاهد

لا يحق له حضور الطلاق إذا علم فسق نفسه، على المشهور من اعتبار العدالة الواقعيه.

نعم قد ذكرنا فى بعض مباحث (الفقه) إن الظاهر عدم البأس بالحضور إذا علم الشاهد عدم ترتب أثر إطلاقاً على الطلاق، مثلاً لا الرجل يتزوج ولا-المرأه تتزوج، إلى آخر ذلك، أو علم الشاهد بأن المرأه أخته من الرضاعه ولم يلامسها حتى يوجب عدّه الشبهه، فإن طلاقها كالعدم، إلى غير ذلك.

وهل تعود الوصايه بعود العدالة، فيه صور، لأنه إما جعل الوصايه بحيث لا تعود، أو جعلها بحيث تعود فلا إشكال.

أما إذا لم يعلم أنها من أى القبيلين، فلا يبعد العود، لا لأن الظاهر أنها دائره مدار العدالة وجوداً وعدمًا، إذ ذلك خلاف فرض الشك، بل لاستصحاب الوصايه، فإن القدر المتيقن خروج حال الفسق.

أما قول بعضهم بتعارض الاستصحابين بعد خروجه عن الفسق، فقد ذكر الشيخ المرتضى (رحمه الله) رده فى الرسائل.

ويأتى هنا تفصيل ما ذكره من أن الزمان ظرف أو مفرد، وإن كانت المسأله بحاجه إلى التأمل، والله سبحانه العالم.

(مسألة ٣): لو أوصى إلى الصغير بقيد بعد كبره، لا ينبغي الإشكال في صحته منفرداً أو مجتمعاً مع الكبير، لإطلاق أدله الوصية، ولو أوصى إليه حتى في حال صغره باعتبار أن وليه يتصرف، فلا ينبغي الإشكال أيضاً، للإطلاق المذكور ولا محذور.

أما إذا أوصى في حال الصغر بدون تصرف ووليّه، لم يبعد حسب الصنّاعه صحتها في المميز الذي يأتي منه العمل، كما لو أوصى بإيصال مال له إلى الفقراء مما كان يوصله كذلك في حال حياته، إذ لا محذور في ذلك وهو عقلائي لم يعلم ردع الشارع له، بعد تأييده بصحة وصيه من بلغ عشرين وصحة معاملاته الخفيفة حسب قوله: (وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى) (١)، وللسيره على عمل الأطفال في المحقرات، خلافاً للمشهور، بل ظاهر الجواهر وغيره (أنه لا خلاف أجده فيه لقصوره بالصبي السالب لأقواله وأفعاله عن منصب الوكالة، فضلاً عن الوصايه التي قد عرفت أنها أعظم منها باعتبار كونها ولايه بخلافها) انتهى.

بل ربما أيد ذلك بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «رفع القلم» (٢)، و«لا يجوز أمر الغلام» وما أشبهه، إلا أنه يردّه ما رواه الفقيه، عن زياد بن أبي الحلّال، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) هل أوصى إلى الحسن والحسين مع أمير المؤمنين (عليهم السلام)، قال: «نعم»، قلت: وهما في ذلك السن، قال: «نعم، ولا يكون لغيرهما في أقل من خمس سنين» (٣).

ص: ٣٨٧

١- سورة النساء: الآية ٦

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٦٦ الباب ٣٦ من أبواب قصاص في النفس ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٣

ولعل التحديد بالخمس لعدم التميز في المتعارف في ما دون ذلك.

ولعل ظاهر الروايات الآتية في التشريك ما يؤيد كلام المشهور حتى علقت الشركة الفعلية على بلوغ الصبي.

قال في الشرائع: (ولا تصح الوصية إلى الصبي منفرداً، وتصح منضمّاً إلى البالغ، لكن لا يتصرف إلا بعد بلوغه).

أقول: وذلك للأصل، وبعض الروايات المعتبرة، فقد روى المشايخ الثلاثة في ما عدا الاستبصار، عن محمد بن الحسن الصفار، قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار، فوقع (عليه السلام): «نعم، على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك»^(١).

وروى المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة، عن علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأه وشرك في الوصية معها صبياً، فقال (عليه السلام): «يجوز ذلك، وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت»^(٢).

وفي الرضوى: «وإذا أوصى الرجل إلى امرأه وإلى غلام غير مدرّك، فجائز للمرأة أن تنفذ الوصية، ولا تنتظر بلوغ الغلام، وليس للغلام إذا أدرك

ص: ٣٨٨

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢

أن يرجع إلى شيء مما أنفذته المرأه إلا ما كان من تغيير أو تبديل»(١).

وزاد الصدوق فى محكى المقنع على ما عن الرضوى، بقوله: «فإن له أن يردده إلى ما أوصى به الميت»(٢)، لكن ظاهر هذه الرويات ما إذا كانت الوصيه لها مطلقه، لا ما إذا كانت مقيده بما إذا بلغ الصغير، وإلا لم يجر تصرف البالغ لعدم الوصيه حينئذ.

وعليه، فصور المسأله ثلاث: لأنه إما أن يطلق تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير وبعده، أو يقيد تصرفه بما قبل بلوغ الصغير، فإذا بلغ كان الوصى الصغير فقط، أو يقيد تصرفه بما بعد البلوغ فليس وصياً قبل البلوغ، والكل على وفق القاعده لإطلاق دليل الوصيه، بالإضافة إلى الروايات المتقدمه فى بعض صورها.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المسالك حيث قال: (إن صحه الوصيه إلى الصبى منضمماً على خلاف الأصل، لأنه ليس من أهل الولايه، ولكن جاز ذلك للنص، فلا يلزم مثله فى الوصيه إليه مستقلاً وإن شرط فى تصرفه البلوغ وكان ذلك فى معنى الضم، ووقفاً فيما خالف الأصل على مورده، ولأنه يغتفر فى حال التبعية ما لا يغتفر استقلالاً) انتهى.

كما ظهر وجه النظر فى كلام الجواهر، حيث قال: (نعم لو صرح بعدم تصرف الكبير حتى يبلغ الصغير صح، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»(٣))، إذ

ص: ٣٨٩

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٣٦ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٣٦ الباب ٤٢ من أبواب الوصايا ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح ٤، الاستبصار: ج ٢ ص ٢٣٢ ح ٤

ذلك ليس من باب الشرط، بل من باب قدر الوصيه، وكان تسميته شرطاً من باب المسامحه كتسميه استقلال الصغير إذا كبر عزلاً للكبير الذى كان وصياً قبل البلوغ).

وكيف كان، فلا إشكال فى تحديد وصايه الكبير ببلوغ الصغير، كما صرح به القواعد والدروس وجامع المقاصد وغيرهم، كما يصح تحديدها بغير ذلك كما إذا قال: أنت وصى إلى سنه وبعد ذلك لا وصى لى حتى يبلغ الصغير، أو ما أشبه ذلك من التحديدات التى يراها الموصى، مثل أن يجعلها شريكين بعد بلوغه، أو أن لأى منهما أن يعمل ولو مستقلاً أو ما أشبه ذلك، ومنه الترتيب فى الوصيه.

فقد روى المشايخ الثلاثة فى غير الاستبصار: إن أبا بصير المرادى قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): «ألا أحدثك بوصيه فاطمه (سلام الله عليها)»، قلت: بلى، فأخرج حقاً أو سلفاً فأخرج منه كتاباً فقرأه:

«بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصت به فاطمه (عليها السلام) بنت محمد (صلى الله عليه وآله وسلم) أوصت بحوائطها السبعه: بالعواف والدلال والبرقه والمبيت والحسنى والصافيه ومال أم إبراهيم، إلى على بن أبى طالب (عليه السلام)، فإن مضى على (عليه السلام) فإلى الحسن (عليه السلام)، فإن مضى الحسن (عليه السلام) فإلى الحسين (عليه السلام)، فإن مضى الحسين (عليه السلام) فإلى الأ-كبر من ولدى، تشهد الله على ذلك ومقداد بن الأسود والزبير ابن العوام، وكتب على بن أبى طالب (عليه السلام)» كذا رواه الشيخ (١).

ص: ٣٩٠

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣١١ الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات ح ١. التهذيب: ج ٢ ص ٣٧٤، الفقيه: ج ٢ ص ٢٩١، الفروع: ج ٢

ص ٢٤٧

وفى روايه عبد الرحمان بن الحجاج، عن أبى إبراهيم (عليه السلام) فى وصيه على (عليه السلام)، وأنه يقوم على ذلك الحسن بن على (عليه السلام) إلى أن قال: «وإن حدث بحسن بن على (عليه السلام) حدث وحسين (عليه السلام) حى، فإنه إلى حسين بن على» إلى أن قال: «وإن حدث بحسن وحسين حدث، فإن الآخر منهما ينظر فى بنى على (عليه السلام)» (١).

وفى وصيه موسى بن جعفر (عليه السلام) حسب روايه عبد الرحمان بن الحجاج: «وجعل صدقته إلى على وإبراهيم، فإذا انقرض أحدهما دخل القاسم مع الباقي، فإذا انقرض أحدهما دخل إسماعيل مع الباقي منهما، فإذا انقرض أحدهما دخل العباس مع الباقي، فإذا انقرض أحدهما دخل الأكبر من ولدى مع الباقي، وإن لم يبق من ولدى إلا واحد فهو الذى عليه» (٢).

ثم إنه لا- إشكال ولا خلاف فى أنه ليس للصغير الاعتراض على تصرفات الكبير إذا بلغ، بل دل عليه النص المتقدم، نعم لا بد وأن يكون تصرفه حسب الموازين، أما إذا كان خلافها كان له حق الاعتراض، بل والإصلاح إذا أثبت ذلك عند الحاكم لدى اختلافهما فى أنه كان على نحو الصلاح أم لا، وإنما كان مدعياً، لأصاله صحه فعل المسلم.

والظاهر أنه لا يلزم إلا أن لا يكون على نحو الفساد، إلا إذا قيده الموصى

ص: ٣٩١

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣١٢ الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات، الكافى: ج ٢ ص ٢٤٧

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣١٤ الباب ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات ح ٥، التهذيب: ج ٢ ص ٤٧٥، الفقيه: ج ٢ ص ٣٩٣

بالصلاح، لوضوح الفاصل بينهما.

وهل للوصى الكبير أن يتصرف أزيد من زمانه إلى حال بلوغ الصغير فيما لم يكن مضطراً إلى ذلك، الظاهر لا، لأنه تصرف في حق الغير، مثلاً كان وصياً في إيجار داره وصرف بدله في الأمور الخيرية، وبعد سنه يبلغ الطفل، لا حق له في إيجار سنتين، لأنه تصرف في حق الغير.

نعم إذا كان مضطراً بأن لا تؤجر الدار إلا سنتين كان له ذلك، لأن تركه خلاف الوصيه.

ولو اختلفا في أنه كان له الحق أم لا، كان الأصل عدمه، كما لو اختلفا في أنه كان اضطرار أم لا، كان الأصل مع الوصى، لأنه أمين وليس عليه إلا اليمين.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع: (ولو أوصى إلى اثنين أحدهما صغير، تصرف الكبير منفرداً حتى يبلغ الصغير، وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد) انتهى.

وعليه فلو تفرد فإن كان مراد الوصى الاشتراك بطل كل العمل، كما إذا باع داره فالباع باطل، وإن كان مراده عدم صحة التفرد في الكل لا في قدر ولايته بطل نصف البيع، لأن قدر ولايته نصف مال الميت، ويكون حينئذ للمشتري خيار تبعض الصفقة، فإنه من قبيل بيع ما لا يملك مع ما يملك، نعم إذا أجاز البالغ صح، لأنه ليس أزيد من الفضولى.

وكذا إذا منعه عن التصرف حتى يبلغ صغيره فيشتركان، فتصرف قبل بلوغه توقف على كبر الصغير، فإن أجازا جاز، أما بالنسبة إلى إجازة الصغير فواضح، وأما بالنسبة إلى إجازة الكبير المجرى بنفسه للعقد، فلأنه من قبيل من باع ثم ملك، إذ لا حق له في البيع قبل بلوغ الصغير، حسب الوصيه.

ثم إذا كان الشرط أنه إذا كبر اشتركا، فعمل الكبير ولم يعلم بعدُ بكبر الصغير لم ينفع عدم علمه في نفوذ عمله، إذ الوصيه حسب الفرض معلقه بالواقع لا يزعم الكبير بلوغ وعدم بلوغ الصغير.

ومنه يعلم حال ما إذا زعم بلوغه ومع ذلك استبد، صح تصرفه إذا لم يكن في الواقع بالغاً.

ثم إنه لو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل أو ضلّ فلم يعرف له أثر أو ما أشبه ذلك، فإن كان مراد الموصى عدم تصرف الوصى حينذاك إلاّ معاً، بأن رجعت الوصيه إلى إعطائه الوصى جزء الصلاحيه، لم يكن للموصى الاستقلال في التصرف، بل اللازم أن يضم الحاكم معه من يشاركه في التنفيذ، لارتكاز الموصى ذلك، فهو كما لو أوصى إلى زيد بإداره وقفه فحدث به ما يمنع إدارته، حيث يجعل الحاكم إنساناً مكانه للارتكاز المذكور، إلى غير ذلك من الأمثله التي حكموا بها حسب الارتكاز.

وإن لم يكن مراد الموصى ذلك، وإنما أراد أن يكون لولده مثلاً شأن، صح للموصى أن يستقل لانتفاء الحكم بانتفاء الموضوع.

وإن لم يعلم أن مراده أى الأمرين، فالظاهر جواز استقلاله، إذ الأصل عدم الارتكاز.

ولعل الشرائع وغيره نظروا إلى صورتى الأولى والثالثه، قال فيه: (ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل كان للعاقل الانفراد بالوصيه ولم يداخله الحاكم لأن للميت وصياً).

وبذلك يظهر أنه لا وجه لتردد الدروس، وعلله الجواهر بالاستصحاب وبدلاله لفظ الموصى على الضم في وقت إمكانه عادة، قال: بل في الرياض إنه الأظهر لقوه دليله.

ثم قال الرياض: (وينبغى القطع به فيما إذا بلغ الصبى رشيداً ثم مات بعده

ولو بلحظه، لانقطاع الاستصحاب الأول حينئذ بلا خلاف، وتبدله باستصحاب عدم الاستقلال فيتبع) انتهى.

أقول: قد عرفت أن للمسألة صوراً فلا وجه لإطلاق المنع كما لا وجه لإطلاق الانفراد.

أما مسأله بلوغ الصبي رشيداً ثم مات، فالدليل يشمل حالي قبل بلوغه وبعد موته، إذا كان للوصيه إطلاق، فلا محل للاستصحاب.

ثم إن الظاهر أن البالغ قبل بلوغ الصبي يتصرف كتصرف سائر الأوصياء لإطلاق دليل الوصيه.

أما قول القواعد: (وهل يقتصر البالغ من التصرف على ما لا بد منه نظر)، ولعله تردد من جهة أن الغالب أن من أوصى بمثل ذلك إنما يريد الشركه، وإنما يطلق للوصى التصرف قبل البلوغ من جهة اللابديه، فاللازم أن يقتصر الوصى على ما لا بد منه اقتصاراً على القدر المتيقن، وهو كلام وجيه في نفسه، فاستغراب الجواهر من العلامه معللاً ذلك (بأنه مناف لإطلاق النص والفتوى، بل ولما هو كالصريح من خبر على بن يقطين) انتهى محل منع.

ثم إنه لو مات الكبير قبل بلوغ الصغير، فإن علم من الموصى إرادته تنفيذ وصاياه قبل البلوغ قام الحاكم مقام الميت، لما تقدم من الارتكاز، ولأن الحاكم ولى من لا ولى له، وإن علم منه إرادته العدم لم يقيم الحاكم مقامه لأنه خلاف الوصيه، وإن شك لم يستبعد أن يكون كالأول إذا لم تكن عند الموصيين إرادتهم تنفيذ وصاياهم، وإنما خصوصيه الوصى من باب تعدد المطلوب.

ومنه يظهر الإشكال فى كلاً- إطلاق الجواهر بقيام الحاكم، إلا- أن ينزل كلامه على المتعارف، وإطلاق غيره من جهة ثبوت الوصايه للصبي حال الانضمام

وإن لم يجز له التصرف، لأنه لا ولاية له مع وجود الوصى، فاللازم للحاكم الانتظار إلى البلوغ إلا فيما لا بد منه.

ثم إن الشرائع قال: (ولا تجوز الوصيه من المسلم إلى الكافر ولو رحماً، نعم يجوز أن يوصى إليه مثله) انتهى.

ومضى الروضه إلى أبعد من ذلك فقال: (الأقوى المنع بالنظر إلى مذهبننا، ولو أريد صحتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك، ولو ترفعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم، وإلا فاللازم الحكم ببطانها، بناءً على اشتراط العدالة _ في الوصى _ إذ لا وثوق بعدالته في دينه ولا ركون إلى أفعاله) (١) انتهى.

ويرد على الأول: ما تقدم من شمول إطلاق أدله الوصيه، وذلك بإطلاقه ليس ركوناً وموادةً منهيّاً عنهما، فالدليل أخص من المدعى، ودعوى الرياض عدم الخلاف في المنع منظور فيه صغرى وكبرى، ومن المعلوم أن الوصيه حالها حال الوكاله والإجاره والجعاله وما أشبهه، فعدم المنع فيها دليل على عدم المنع في الوصيه ولو بالملاك، وقد عمل على (عليه السلام) لبعض الكفار بأجره كما في بعض الروايات، فليس ذلك سبيلاً ممنوعاً، أو علواً لكفر على الإسلام ليشمله «الإسلام يعلو» (٢).

وعلى الثاني: إن معنى «ألزموهم» (٣) أن لهم أحكامهم، بالإضافة إلى السيره القطعيه، ولا حاجه إلى عدالته في دينه إذا لم يكن دينهم اشتراط العدالة.

ص: ٣٩٥

-
- ١- الروضه البهيه: ج ٥ ص ٦٩، ط حاشيه الكلاتر
 - ٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٧٦ الباب ١ من أبواب موانع الإرث ح ١١
 - ٣- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٣١ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المسالك: (ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلقاً مع عدالته فى دينه، لأن الغرض منها صيانته مال الطفل وحفظ ماله وأداء الأمانه) إلى آخر كلامه.

ومنه يعلم حال ما إذا أسلم الكافر على القول بالمنع، فإن الوصيه لما كانت من باب تعدد المطلوب لم يمنع عدم نفوذها برهه لكفر الوصى أو جنونه أو ما أشبه نفوذها فى غير تلك البرهه، إلا إذا علم بوحدته المطلوب، كما علم ما إذا ارتد المسلم وقتلنا بأنه لا يضر الكفر بالوصايه، حيث ارتداده لم يمنع قيامه بها.

قال فى الجواهر: (ولو أوصى الكافر إلى المسلم صح، وتصرف فيما يجوز للمسلم التصرف فيه من تركته دون غيره كالخمر).

أقول: العمل بوصيه الكافر قد يكون مما علم من الشرع إرادته خلافه، كما إذا أوصاه بإعطاء بعض ماله لحرب المسلمين، وقد لا يكون كذلك والظاهر صحتها ولزوم العمل بها وإن لم يكن فى مذهبنا، وذلك لقاعده الإلزام.

وكذا فى باب الوكاله، كما إذا وكله فى طلاق زوجته التى هى أخته فى المجوسى، ومثله المخالف كما إذا أوكله فى طلاق زوجته، فإن الطلاق فى الكافر يصح، إذ النكاح عندهم صحيح، وفى المخالف يصح بلا شهود لأنه مذهبهم، ولا دليل على لزوم أن يطلق بشهود بعد قاعده الإلزام، ولذا إذا وكله فى تقسيم تركه أبيه فى الكافر أو المخالف قسم رأيهما.

(مسألة ٤): لا إشكال ولا خلاف في جواز الوصية إلى المرأة، وقد اعترف بعدم الخلاف الجواهر، بل قال: إن الإجماع بقسميه عليه، كما أن المسالك قال: إنه موضع وفاق عندنا، ومثلهما غيرهما.

ويدل على ذلك بالإضافة إلى الإجماع بعض الروايات:

مثل ما رواه التهذيبان والمقنع، قال: كتبت إليه (عليه السلام): جعلت فداك إن امرأه أوصت إلى امرأه ودفعت إليها خمسمائة درهم ولها زوج وولد وأوصتها أن تدفع سهماً منها إلى بعض بناتها وتصرف الباقي إلى الإمام (عليه السلام)، فكتب: «تصرف الثلث من ذلك إليّ، والباقي يقسم على سهام الله عز وجل بين الورثة»^(١).

وما رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة، عن علي بن يقطين، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأه وشرك في الوصية معها صبياً، فقال: «يجوز ذلك، وتمضى المرأة الوصية ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تعديل أو تغيير فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت»^(٢).

ومن ذلك يعرف أن ما دل على عدم الصحة محمول على الكراهة أو التقيّه، أما الحمل على من فقد شرطاً من الشروط كما في الجواهر فمحل نظر.

فقد روى السكوني، عن جعفر بن محمد (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام) عن علي (عليه السلام)، قال: «المرأة لا يوصى إليها، لأن الله عز وجل يقول: (ولا تؤولوا السفهاء أموالكم)»^(٣)»^(٤).

ص: ٣٩٧

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٤ من أبواب الوصايا ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢

٣- سورة النساء: ٥

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٢ الباب ٥٣ من أبواب الوصايا ح ٢

قال فى الفقيه: وفى خبر آخر: قال: سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن قول الله عز وجل: (ولا- تؤتوا السفهاء أموالكم) قال: «لا تؤتوها شراب الخمر ولا النساء»، ثم قال: «وأى سفیه أسفه من شارب الخمر» (١).

قال الصدوق: إنما يعنى كراهه اختيار المرأه للوصيه، فمن أوصى إليها لزم القيام بها على ما تؤمر به ويوصى إليها فيه إن شاء الله (٢).

وقال الشيخ: الوجه أن تحمله على الكراهه، أو على التقيه لأنه مذهب كثير من العامه، قال: وإنما قال ذلك لإجماع علماء الطائفة على الفتوى بالخبر الأول _ كذا فى الوسائل _ ومراده بالخبر الأول ما تقدم عن على بن يقطين.

أما وصيه المرأه إلى الرجل فلا- إشكال فيها ولا- خلاف، بل لم أجد حتى منع أحد من العامه لها، ويدل عليه بالإضافه إلى الإطلاقات، بل والسيره والضروره والإجماع جمله من الروايات:

مثل وصيه فاطمه (سلام الله عليها) إلى على (عليه السلام)، ووصيه فاطمه بنت أسد إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم).

ففى حديث رواه الكافى: «فلما مرضت أوصت إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وأمرت أن يعتق خادمها، واعتقل لسانها فجعلت تؤمى إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) إيماءً، فقبل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وصيتها».

والحاصل: إن وصيه كل من الرجل والمرأه والخشى إلى الآخر لا إشكال

ص: ٣٩٨

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٩ الباب ٥٠ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٨ الباب ٤٩ من أبواب الوصايا ح ٤

فيها، أما الوصيه إلى شارب الخمر، فالظاهر الكراهه إلا عند من يرى لزوم العدالة في الوصى.

قال في الجواهر: لا يعتبر في الوصى البصر ولا كونه غير وارث بلا خلاف.

أقول: وهو كذلك للإطلاقات فيهما، وبعض الروايات الخاصه في الثاني، حيث إن الأئمه (عليهم السلام) أوصوا إلى وراثهم.

ص: ٣٩٩

(مسأله ۵): لا إشكال ولا خلاف في جواز الوصيه إلى واحد وإلى اثنين وإلى أكثر، وفي الثاني والثالث يجوز التشريك ويجوز التفريد، أي أن يجعل كليهما أو كلهم بحيث لا يعمل إلا مع الآخر أو الآخرين، أو يجعل كل واحد مستقلاً في العمل في كل الوصيه أو في بعض الوصيه، مثلاً يقول: يؤخذ عني حج برأى كليكما، أو برأى أي منكما، أو يأخذ هذا حجاً وهذا حجاً.

وكذا أن يقول: تصرفوا في أموالى برأى كليكما، أو برأى أي منكما، أو يعمل كل واحد منكما في نصف التركة مثلاً.

وفي ما كانوا جماعه يصح ما تقدم في الإثنين، كما يصح أن يقول برأى الأكثرية.

وإذا مات الوصى الواحد أو نحوه صح للحاكم جعل وصيين أو واحداً أو أكثر، كما إذا كان له وصى أو اثنان أو أكثر صح أن يجعل الحاكم مثل ذلك أو خلافه حسب ما يراه مصلحه.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: (ولو أوصى إلى اثنين فصاعداً جاز إجماعاً بقسميه، وسنّه عموماً وخصوصاً، فإن أطلق أو شرط اجتماعهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف) انتهى.

وعليه فإذا صرح أو ظهر من كلامه شرط الاجتماع أو كفايه الانفراد في الكل أو في البعض فلا إشكال، فلو خالف الاجتماع في الأول لم ينفذ، وهل تصح الفضوليه بالإجازة من الآخر، الظاهر ذلك إن شملتها الوصيه، كما إذا باع أحدهما مستقلاً فأجاز الآخر.

أما إذا أخذ نائباً ليحج عنه فأجازه الآخر بعد تمام المناسك فالظاهر عدم الصحة، لعدم شمول الوصيه لمثل ذلك، لكن ربما يقال بالصحة من جهة بقاء المجال، حيث إنه إذا لم يجز الآخر كان اللازم استنابه أخرى بموافقتهما، بخلاف

ما إذا أجاز حيث كان تنفيذاً للوصيه بموافقتهما، مثل البيع إذا لم يجزه الثانى بطل بخلاف ما إذا أجازته، نعم لابد أن يشمل قوله باجتماعهما لمثل الإجازة، وإلا لم يصح حتى فى البيع، لأنه وقع على مال الغير أى الميت بدون قابليته للإجازة والرد، فتأمل.

هذا فيما شرط الاجتماع، أما لو جعل لكل واحد منفرداً فى الكل أو البعض، فإذا شرط الانفراد لم يصح عملهما اجتماعاً، لأنه خلاف الوصيه، فإذا اجتماعاً بطل، ومسأله إجازة أحدهما بعد ذلك يأتى فيها الكلام السابق.

أما إذا لم يشترط الانفراد صح الاجتماع، لأنه من باب (لا بشرط) لا (بشرط لا).

ومن المسألتين يعرف حكم ما لو كان أكثر من ثلاثه، وقال باتباع أكثره الآراء.

هذا كله إذا قال بلزوم الاجتماع أو الانفراد أو ما أشبه ذلك، أما إذا أطلق، سواء قال: أنتما وصيى، أو قال لأحدهما: أنت وصيى، وقال للآخر: أنت وصيى، فهل يلزم الاجتماع، أو يصح الانفراد، أو يفصل ففى الأول لابد من الاجتماع وفى الثانى يصح الانفراد.

احتمالات، وإن كان الظاهر الرجوع إلى العرف والعادة، فإنهما كاشفان عن ارتكاز الموصى، لدخول الأمر فى الظاهر من كلامه، فيشملة دليل نفوذ الوصيه.

ومنه يعلم أن الاحتمالات المتقدمه مما قال بها بعض إنما ترجع إلى رؤيه أولئك القائلين أن العرف كما قالوا، ولعل الأعراف كانت مختلفه فى أزمتهم.

قال فى المسالك: أما إذا شرط الاجتماع فظاهر _ أى وجه قول الشرائع: فإن أطلق أو شرط اجتماعهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشىء من

التصرف _ لأنه لم يرض برأى أحدهما منفرداً، فولايتهما لم يثبت إلا على هذا الوجه، وأما إذا أطلق فلأن المفهوم من إطلاقه إرادته الاجتماع) انتهى.

فلا- يحق لمن رد المسالك أن يقول: ليس ذلك المفهوم من إطلاقه، إذ الظاهر أن الشهيد (رحمه الله) رأى ذلك في عرفه، وكذلك ما ذهب إليه الشيخ في أحد قوليّه، وتبعه بعض من أنه مع الإطلاق يجوز انفراد كل منهما.

ولذا قال في الجواهر: الإنصاف اختلاف ذلك باختلاف الأزمته والأمكنه والأحوال التي ليس من وظائف الفقيه تنقيحها، وأضاف في عبارته أخرى (الأشخاص) على الثلاثة المذكورة، وهو كما ذكره (رحمه الله).

بذلك يظهر أن ذهاب المشهور إلى لزوم الاجتماع مع الإطلاق، وغير المشهور إلى عدم لزوم الاجتماع مطلقاً، أو عدم لزوم الاجتماع إذا قال لهذا: أنت وصي، ولذاك: أنت وصي، بخلاف ما إذا قال: أنتما وصي، أو أنتما معاً وصي أو ما أشبه ذلك، لا ينفع في ذهاب الفقيه إلى أحد الأقوال الثلاثة بدون ملاحظه العرف والعادة، كما أن أدله الأقوال الثلاثة غير مقنعه.

فقد استدل المشهور بأمور:

الأول: إن الاجتماع هو المتيقن، وإذا دار الأمر بين التعيين والتخيير كان الأصل مع التعيين.

الثاني: إن الأصل تساويهما في الولاية، فانفراد أحدهما خلاف الأصل، لأنه عزل الآخر عن ولايته.

الثالث: بعض الروايات:

مثل صحيح الصفار الذي رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة، قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل كان أوصى لرجلين أيجوز لأحدهما

ص: ٤٠٢

أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف، فوقع (عليه السلام): «لا- ينبغي لهما أن يخالفا الميت ويعملا حسب ما أمرهما إن شاء الله»(١).

كذا في الوسائل المطبوعه جديداً بروايه الشيخ(٢)، ثم عن الصدوق، وذكر أن التوقيع عنده بخط العسكري (عليه السلام)، ثم عن الكليني، عن محمد بن يحيى، قال: كتب محمد بن الحسن إلى أبي محمد (عليه السلام) وذكر مثله(٣).

لكن في الجواهر: (ويعملان) مكان: (وأن يعملان).

وفي الرضوى (عليه السلام): «وإذا أوصى رجل إلى رجلين فليس لهما أن ينفرد كل واحد منهما بنصف التركة، وعليهما إنفاذ الوصيه على ما أوصى الميت»(٤).

وروى التهذيبان، عن صفوان بن يحيى، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك وله وصيان، فهل يجوز أن يدفع إلى أحد الوصيين دون صاحبه، قال: «لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم بينهما المال فوضع على يد هذا النصف وعلى يد هذا النصف لا يجتمعان بأمر السلطان»(٥).

وعن الشيخ أنه قال: الوجه فيه إن قسم ذلك السلطان العادل كان جائزاً، وإن كان السلطان الجائر ساع التصرف فيه للتقيه.

ص: ٤٠٣

-
- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ١، التهذيب: ج ٢ ص ٣٨٥
 - ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ١
 - ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ذيل ح ١
 - ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٦ الباب ٤٣ من أبواب الوصايا ح ٢
 - ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ٢، التهذيب: ج ٢ ص ٤٠١، الاستبصار: ج ٤ ص ١١٩

ويرد على الأول: إن أصل الوصيه متيقن والقيد مشكوك فيه فالأصل نفيه، كما إذا علم بأنه وكله ولم يعلم هل قيد وكالته بشيء، فإن الأصل عدم ذلك القيد.

وعلى الثاني: إن أصل تساوى الولايات لا يعطى التقيد، فهذا ولى وهذا ولى، أما تقيد ولاية هذا بهذا فالأصل عدمه.

وعلى الثالث: إن الصحيح بعد عدم معلوميه كون الروايه يعملان أو يعملان، وما ذكره المسالك والجواهر وغيرهما غير مجد في الجزم، أن محتملات عملهما انفراد كل واحد منهما بشيء من التركة واجتماعهما، وعمل كل كأنه ولى مستقل، والروايه على تقدير الدلاله نفي الأول، أما الآخرا فلا دلالة فيها على أحدهما حتى تكون مفيدة للمشهور القائلين بلزوم الاجتماع.

وبذلك يظهر وجه النظر في الروايتين الأخيرتين كالرضوى والصحيحه.

وخبر صفوان(١) يمنع دفع المال إلى أحد الوصيين، أما لزوم اشتراكهما في كل عمل فلا دلالة له فيه.

ويؤيد ذلك الذى ذكرناه من إطلاق تصرفهما، ما رواه المشايخ الثلاثة فى الكتب الأربعة، عن بريد بن معاويه قال: إن رجلاً مات وأوصى إلى وإلى آخر أو إلى رجلين فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك وأعطنى النصف مما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، فقال (عليه السلام): «ذلك له»(٢).

الظاهر فى أن للآخر أن يفعل ما أمره شريكه، وذلك لأن لكل من الوصيين أن يعمل مستقلاً، وأن يعمل بالاجتماع، وأن يعمل بالنصف أو أكثر أو أقل بموافقه الآخر.

ص: ٤٠٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٤٠ الباب ٥١ من أبواب الوصايا ح ٣

نعم ليس لأحدهما أن يستبد بكل العمل، لأنه خلاف ظاهر وصيه الموصى بأن الآخر أيضاً وصى، وما ذكر هو الذى فهمه الشيخ، قال فى محكى كلامه: (ذكر ابن بابويه أن هذا الخبر لا عمل عليه، وإنما عمل على الخبر الأول ظناً منه أنهما متنافيان، وليس الأمر على ما ظن، لأن قوله (عليه السلام): «ذلك له» ليس فى صريحه أن ذلك للطالب الذى طلب الاستبداد بنصف التركة، ولا يمتنع أن يكون المراد بقوله: «ذلك له» لغير الذى أبى على صاحبه الانقياد إلى ما أراده، فىكون تلخيص الكلام أن له أن يأبى عليه ولا يجيبه إلى ملتسمه، فعلى هذا الوجه لا تنافى بينهما) انتهى.

أقول: قوله (لا يمتنع)، كان الأولى أن يقول: (إنه الظاهر) ولو بقرينه الروايه السابقه، بل لو فرض أن (ذلك له) محتمل للاستبداد من الطالب، والقبول من المطلوب له، فيدل على كل حال أن لهما أن لا يجتمعا، وهذا هو خلاف المنسوب إلى المشهور من لزوم اجتماعهما.

أما قول الوسائل إن خبر بريد يحتمل الحمل على إذن الموصى، فهو حمل تبرعى.

قال فى القواعد: ولو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو لم يكن رجوعاً، ولو لم يقبل عمرو انفرد زيد، ولو قبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلا مع قرينه داله على الرجوع أو التفرد.

أقول:

فى الأول: قد يكون رجوعاً، وقد لا يكون، وقد يشبهه.

وفى الثالث: الأصل عدم الرجوع.

وفى الثانى: إنما ينفرد زيد إذا لم يكن رجوعاً ولم يعلم إرادته الاجتماع على نحو التقييد وإلا سقطت الوصيه.

نعم إذا فهم تعدد المطلوب بأنه يريد زيداً ويريد أن لا ينفرد، كان اللازم

ضم الحاكم آخر إلى زيد، والحال كذلك إذا لم يقبل الثاني الوصيه، وإنما بقى زيد وحده قابلاً للوصيه.

وفى الثالث: أى قوله (ولو قبلاً) إلخ، قد عرفت صحه الانفراد بما لا يضر بوصيه الآخر عرفاً، فهو كما إذا قال الفقيه لزيد: أنت وكيلى، وقال لعمر: أنت وكيلى، فلكل منهما التصرف منفرداً، إلا فيما لا يدع مجالاً لو كاله الآخر، حيث إن ظاهر توكيله لهما أن كلاً منهما له الاستقلال كذلك.

ومما تقدم يظهر وجه القولين الآخرين لغير المشهور.

كما ظهر أن المختار الإطلاق، إلا مع العرف والعادة مما يوجب صرف وجهه الوصيه إلى غير الإطلاق.

ثم إذا لزم الاجتماع لتصريح الموصى أو العرف أو قرينه أخرى، فالظاهر أن المراد موافقتهما، وإن لم ير أحدهما ذلك صلاحاً، إذ اللزم عدم المفسده لا المصلحه، كما ذكره فى التصرف فى مال اليتيم، ويؤيده قوله تعالى: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ) (١١)، فإن الإصلاح فى قباهما عدم الفساد لا فوق ذلك، بقرينه المقابله، إلى غير ذلك.

وهذا هو الظاهر من الجواهر، حيث قال: (المراد باجتماعها اتفاقهما على رأى على وجه يحكمان بكونه مصلحه، وإيقاع العقد لو احتيج إليه عن رأيهما بمباشره أحدهما وإذن الآخر أو غيرهما أو بإذنهما) انتهى.

نعم لو رأى أحدهما الصلاح والآخر الفساد، لا يحق لأحدهما إعطاء رأى للآخر لأنه بنظره خلاف الوصيه، فهل المجال القرعه أو حكم الحاكم أو التقسيم لو

ص: ٤٠٦

أمكن، وبدونه أحد الأمرين، احتمالات، ولا يبعد أن يكون الأوسط أوسط، للشك في كون المجال للأول، والتقسيم خلاف الوصيه حسب فرض كونها بالاجتماع بينهما.

قال في الشرائع: (ولو تشاحا لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه، إلا ما لا بد منه، مثل كسوه اليتيم ومأكوله).

وأضاف المسالك: (والرقيق والدواب، ومثله شراء كفن الميت، وزاد بعضهم: قضاء ديونه وإنفاذ وصيه معينه وقبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع، والخصومه عن الميت وله، وعن الطفل وله مع الحاجة، ورد الوديعة المعينه، والعين المغصوبه).

وقال أبو الصلاح: مع التشاح يرد الناظر في المصالح الأمر إلى من كان أعلم بالأمر وأقوى عليه ويجعل الباقي تبعاً له، وفيه استلزام تخصص أحدهما وقد منعه الموصى من ذلك.

وأطلق الشيخ في المبسوط عدم جواز تصرف أحدهما مع التشاح في القسمين من غير استثناء.

إلى أن قال: ولقد أحسن ابن إدريس هنا حيث قال: فإن تشاحا في الوصيه في الاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه، إلى قوله: وللناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما، لأنهما حينئذ قد فسقا لأنهما قد أخلا بما وجب عليهما القيام به) إلى آخر كلام المسالك.

أقول: ومما تقدم من ترجيح احتمال الرجوع إلى الحاكم في التشاح يظهر وجه النظر في جملة من هذه الكلمات، والتي من أوضحه إيجاب ابن إدريس فسقهما، إذ التشاح لا يوجب الفسق مطلقاً، فالدليل أخص من المدعى.

وإطلاق الشرائع (ما لا بد منه) مستثنى مطلقاً مع أنه لم يذكر كيفية الاستثناء وأن أيهما يقدم فيما إذا أراد أحدهما إكسائه ثوب كذا والآخر ثوب كذا، فإنه لا شك أن اللازم عدم بقاء اليتيم عارياً أو جائعاً أو ما أشبهه، لكن ما هو العلاج، هل

القرعه، أو الحاكم، أو الثانى إلا أن لا يكون فالأول، أو أن الحاكم يقرع.

نعم قال الجواهر: (تتجه ذلك فيما تشتد الضروره إليه على وجه لا يمكن الوصول إلى الحاكم، أو من يقوم مقامه فيتولاه حينئذ أحدهما أو غيرهما من العدول من باب الحسبه لا من حيث الوصايه).

أقول: لكن لا بد فى مثل ذلك من ترجيح عدول المؤمنين لأحد الوصيين أو القرعه.

ثم إنه لو اختلف اجتهادهما أو تقليدهما، فرأى أحدهما صحه الانفراد ورأى الآخر لزوم الاشتراك، فإن عمل كل برأيه بدون التشاح فلا- كلام، أما مع التشاح كان المرجح حاكم الشرع، وأمره نافذ فيهما، كما ذكرناه فى مراجعه مجتهدين متنازعين إلى مجتهد آخر، وأمره نافذ وإن اختلف اجتهاد أحدهما أو كليهما له، فراجع كتاب القضاء.

ويؤيد ذلك إطلاق ما ذكره الشرائع وغيره، قال: (وللحاكم جبرهما على الاجتماع، أما ما تقدم عن الحلبي من أن الحاكم يردهما إلى الأعلم والأقوم، فلا- دليل عليه، إذ ربما يرى الحاكم جعل حَكَم بينهما، أو حكمه بالاقتراع، أو التقسيم مع الإمكان، أو إلى المفضول لاعتبار شرعى أو عرفى، أو غير ذلك) ثم قال الشرائع: (فإن تعاسرا _ أى بأن لم يمكن جمعهما _ جاز له الاستبدال بهما) انتهى.

أقول: إن أراد مجرد الجواز فى قبالة جواز غيره لم يكن به بأس، وإن أراد التعيين فهو غير ظاهر الوجه، وإن استدلل له الجواهر بقوله: (حذراً من الترجيح بلا- مرجح، وصوناً لوصايا الميت عن التعطيل، وحفظاً للمال عن التلف، ولبقاء المال بلا ولى، بعد فرض تعذر الاجتماع الذى هو شرط ولايتهما فينتفى المشروط

بانتفائه ويكون حينئذ وجودهما بمنزله عدمهما) انتهى.

وفى الكل ما لا يخفى.

وعن التذكرة أنهما لا ينعزلان بالاختلاف، وأن الذين أقامهما الحاكم نائبان عنهما.

وعن الدروس له عزل أحدهما والضم إليه، وليس له جعله منفرداً.

إلى غير ذلك من كلماتهم التي لا يخفى ما فيها.

ومقتضى القاعده أن الحاكم يفعل الصالح، فإن أمكن ذلك مع كليهما أو أحدهما فعله، لأنه جمع بين ارتكاز الوصى بالعمل الصالح ووصيته، والحاكم يقوم بالأول، أى ارتكاز الوصى، وإن لم يمكن ذلك إلا بعزلهما أو عزل أحدهما فعل ذلك، لأنه ولى من لا- ولى له، وإفسادهما للوصيه حسب نظر الحاكم يدخل الأمر فى دائره ولايته، وللمنط فى آيه (من خاف من موص جنفاً أو إثماً) ولغير ذلك من الوجوه المؤيده.

ومما تقدم من العمل بالصلاح للحاكم يظهر وجه النظر فيما ذكره الشرائع بقوله: ولو أراد _ أى الحاكم _ قسمه المال بينهما لم يجز، وإن ادعى الجواهر أنه لا خلاف فيه ولا إشكال، وعلله بأنه خلاف مقتضى الوصيه من الاجتماع فى التصرف، إذ حيث إن الوصيه لا يمكن تطبيقها يرجع فيها إلى الارتكاز الذى قد يشخصه الحاكم فى التقسيم وقد يشخصه فى غيره.

قال فى الشرائع: ولو مرض أحدهما ضم إليه الحاكم من يقومه، والمراد المثال، إذ كل ما يعجز الوصى عن القيام حاله حال ذلك، من عجز أو سفر أو سجن أو ما أشبه ذلك، وإنما يلزم الضم لارتكاز الوصى الاثنيني فلا يقوم الباقي وحده، وإنما لا حق للوصى فى الضم لأنه ليس ولياً وإنما الولى الحاكم.

ثم إن كان الذى لم يسقط عن القيام قادراً على العمل بالانضمام وشملته الوصيه إليه، ضم هو بنفسه إلى نفسه، لأنه مقتضى الوصيه، ولا حاجه إلى الحاكم.

أما إذا لم يقدر على الضم أو لم تشمله الوصيه كانت النوبه للحاكم، والحاكم إنما يضم إلى ذلك العاجز مع الإمكان، إذ لا وجه لسقوط الميسور بالمعسور، فيكونون ثلاثه، أما مع عدم الإمكان فيكون ما يجعله الحاكم مكان العاجز فيكون اثنين.

وبذلك يظهر أن من أطلق الاثنين أو الثلاث يلزم تقييد كلامه بما ذكرناه.

قال فى المسالك فى تفسير كلام الشرائع: إن الحاكم يضم إلى المريض أو العاجز شخصاً يقويه ويعينه على التصرف، لأن مرضه وعجزه لا يخرجُه عن الوصايه، فيعتبر اجتماع الثلاثه على التصرف.

لكن عن محكى الدروس إطلاق كون الضم إلى الآخر بالعجز لا إلى العاجز، بل عن الكفايه إن ذلك هو الأشهر.

ثم قال الشرائع: أما لو مات أو فسخ لم يضم الحاكم إلى الآخر وجاز له الانفرد، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود وصى.

وقال فى الجواهر: إن هذا هو الذى ذهب إليه الأكثر، على ما فى محكى الشرائع للصيمرى والكفايه.

أقول: إنما يتم ذلك إذا لم يكن ارتكاز الموصى الاشتراك، ويعرف ارتكازه من العرف، وإلا كان اللازم الضم، وعله الشرائع لا تكفى لهذه الصوره.

أما لو شك كان الأصل إطلاق تصرف الوصى الباقي، إذ تقييده بآخر حتى فى صوره عدم ذلك الآخر خلاف الأصل، وكأنه لذا قال فى الشرائع بعد كلامه السابق: (وفيه تردد)، وعله الجواهر بقوله: مما سمعت ومن أن ظاهر الشرطيه عدم رضى الموصى برأى أحدهما منفرداً، والوصى إنما هما معاً لا أحدهما منفرداً، فلا بد أن ينضم إليه أمين، ومن هنا كان ذلك خيره الفاضل فى قواعده ومحكى إرشاده وتحريره والشهيدى وفاضل الرياض، بل هو المحكى

أقول: قد عرفت أن للمسألة صوراً ثلاثاً، ومقتضى القاعده فى كلها.

ثم إن قولهم بالضم الظاهر إرادتهم فى الجملة، فربما يرى الحاكم ضم اثنين إلى العاجز أو مكانه، لأن كفايتهما ككفايه ذلك السقاط.

أما هل يصح ضم واحد مكان اثنين لكفايته بقدرهما، فيما كان الأوصياء ثلاثة فسقط اثنان منهم، يرجع إلى ما يستفاد من الارتكاز، بضميمه ما يراه الحاكم صلاحاً، كما تقدم لزوم الجمع بينهما، الأول لمكان الوصيه والثانى لمكان المصلحه.

ومنه يعلم أنه كما للحاكم ضم الضميمة إلى الوصى الواحد إذا رأى ذلك صلاحاً، كذلك له عزل أحدهما فى الوصى المتعدد، إذا رأى صلاحاً بدون ضم آخر مع الأول، فإشكال الرياض فيه من أن الموصى لم يرض برأى الآخر على الانفراد فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه وإلا- لزم التبديل المنهى عنه فى الشريعة، غير ظاهر الوجه، إذ عدم رضا الموصى كان فى حال صلاحهما، أما وقد ظهر فساد أحدهما أو نحوه فليس متعلق الوصيه الاثنين، وعليه فإذا لم يكن حاكم، ورأى الباقى الصلاح فى انفراده لفساد الآخر أو ما أشبهه رجع إلى عدول المؤمنين، ومع عدمهم يستقل هو بنفسه من باب الحسبه أو الارتكاز.

ولو قال الموصى: اعملاً بالاجتماع أو الانفراد، كان تصرف كل واحد منهما ماضياً بأى حال، ويحق لهما تقسيم المال أو ما أشبهه، كتولى كل واحد بعض ولده أو بعض وقفه أو بعض صلته وصيامه.

بل فى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال _ فى الاجتماع والانفراد وتقسيم المال _ والتقسيم يصح بالمماثله والاختلاف، كل ذلك لشمول الوصيه لكل،

كما تشمل ما إذا قال لأحدهما: يحق لك التصرف وحدك، وقال للآخر: لا يحق لك التصرف إلا مع الآخر، وكذا لو شرط الائتثار لثالث لهما أو لأحدهما.

ولو شرط الانفراد في كل منهما، لم يحق لهما الاجتماع لأنه خلاف الوصيه، فاحتمال صحه الاجتماع لأنه يصدر عن رأى كل منهما، وشرط الانفراد يقتضى الرضا برأى كل منهما وهو حاصل إن لم يكن هنا أكد _ كما فى الجواهر _ خلاف الفرض.

ولذا قال أخيراً: إن ذلك بمنزله ما لو نهاهما عن الاجتماع، فإنه لا إشكال فى اتباعه، عملاً بمقتضى الوصيه المنهى تبديلها.

ولو علم بأنه نهى أحدهما عن الانفراد، كان مقتضى الاحتياط أن يعمل اجتماعاً، إذ لا يعلم أى منهما نفوذ عمله إذا عمله منفرداً.

ص: ٤١٢

(مسألة ٦): لا إشكال ولا خلاف في أن لكل من الموصى والوصى رد الوصية، لأنها عقد جائز، كما تقدم تفصيل الكلام في هذه المسألة في شرح المتن، لكن في المقام صورتان قالوا فيهما بعدم حق الوصى في الرد.

الأولى: ما إذا كان الوصى ولدًا، فقد قال جمع بوجوب قبوله الوصية، لأن عدم القبول عقوق، كما عن المختلف، ولبعض الروايات.

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة فيما عدا الاستبصار، عن علي بن الريان (رثاب، خ ل) قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته، فوقع (عليه السلام): «ليس له أن يمتنع» (١).

وقريب منه عبارته الصدوق في المقنع الذي هو متون الروايات (٢).

وتقدم في المسألة التاسعة في المتن ما يفيد ذلك من روايه الهمداني.

والمشهور على عدم الوجوب.

وإنما القائل بذلك، بالإضافة إلى المختلف والصدوق وميل الرياض، صاحب الوسائل والمستدرک، قال ثالثهم: إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، ولا يمكن دعواه بإطلاق عبارات الأصحاب بجواز الرد مطلقاً، لعدم تبادل المقام منه جداً، والمطلقات محتمل على القيد لاشتماله على شرائط الحجية.

أقول: أما استدلال العلامة بالعقوق فلا يخفى أنه أخص، وهو أمر ثانوي لا يمكن أن يجعل دليلاً للمسألة، فهو مثل الاستدلال لذلك ولغيره من ذوى الأرحام بأنه صله وخلافه قطيعه.

ص: ٤١٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٢ الباب ٢٤ من أبواب الوصايا ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٣

وأما الروايه فهي حجه فى نفسها، وأخص مطلقاً، حيث يلزم حسب الصنائه تقديمها، إلا أن إعراض الأصحاب عنها _ بدليل عدم استثنائه كما يظهر لمن راجع كتبهم _ أوجب التوقف، وكأنهم حملوها على نوع من التأذب، ككثير من الروايات الوارده فى شؤون الآباء والأولاد، ولذا كان الأظهر حملها على الاستحباب.

ولذا قال الجواهر: لا تقاوم هذه الإطلاقات، لتعدد نصوص الإطلاق واتحاد خبر التقييد واعتضاد المطلقات بإطلاق الفتاوى.

ثم الظاهر عدم شمول ذلك لوصيه الأب لبنته، والأم لولدها، والأجداد، للأصل بعد عدم القطع بوحده المناط حتى لو قيل به، كما قال أولئك.

وهل على القول بالقبول لازم عليه وإن لم يقبل، أو يتوقف على قبوله، فإذا لم يقبل يأثم ولا يكون وصياً، اختار الجواهر الأول، لكن لا يبعد استفاده الثانى من الروايه، حيث قال (عليه السلام): «ليس له أن يمتنع»، وفى المقنع: «أن يأبى»، فإن العرف يرى أن ذلك يفيد الوضع.

وهل يتعدى إلى الكافر والمخالف فيما كان ولدهما مؤمناً، وإلى ولد الزنا بالنسبه إلى الزانى، الإطلاق وأنه ولد حقيقه ولذا يحرم نكاحه إلى غير ذلك من أحكام الأولاد باستثناء مثل الإرث، يقتضى الأول، وأصالة عدم اللزوم إلا فى المتيقن تقتضى الثانى.

والخنى إذا قيل بالاحتياط فيه بين تكاليف الرجال والنساء، يلزم عليه القبول.

ثم إن الموصى له أن يرد الوصيه ما دام حياً، بلا إشكال ولا خلاف، بل الإجماع عليه، ويدل عليه بالإضافه إلى الأصل روايات مستفيضه:

مثل ما رواه ابن مسكان، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين

(عليه السلام) أن المدبر من الثلث، وأن للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت» (١).

وعن يونس، عن بعض أصحابه، قال: قال علي بن الحسين (عليه السلام): «للرجل أن يغير وصيته فيعتق ما أمر بملكه، ويملك من كان أمر بعتقه، ويعطى من كان حرمه، ويحرم من كان أعطاه، ما لم يمت» (٢).

وعن عبيد بن زرار، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «للموصى أن يرجع من وصيته إن كان في صحه أو مرض» (٣).

وعن بريد العجلي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لصاحب الوصيه أن يرجع فيها ويحدث في وصيته ما دام حياً» (٤).

وعن علي بن سالم، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) فقلت له: إن أبي أوصى بثلاث وصايا فبأيهن آخذ، فقال: «خذ بأخراهن»، قلت: فإنها أقل، فقال: «وإن قلت» (٥).

إلى غيرها من الروايات.

لكن هل له جعل الرد بيد الوصى، مثل أن يوصى بوصايا، ثم يقول: إن شاء الوصى بعد موتى أن يزيد أو ينقص أو يرد، الظاهر ذلك، لأنه من الوصيه الواجب تنفيذها.

نعم إذا رد هو أو وصيه الواجب بقى واجباً، ويذهب عنه الواجب الثانى بالوصيه، كما إذا كان عليه دين فأوصى به ثم رده، فإنه يجب إعطاء الدين من

ص: ٤١٥

١- الوسائل: ج ١٦ ص ٧٨ الباب من أبواب الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٥ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٦ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٤

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٧ الباب ١٨ من أبواب الوصايا ح ٧

باب أنه دين، لا من باب أنه وصيه أيضاً.

وإذا كانت الوصيه شرطاً عليه أونذراً أو نحوه فردها، فالظاهر عدم الفائدة في الشرط لأنه يوجب الوضع، كما ذكروا فيما لو شرط أن لا يتزوج عليها، حيث ذهب جمع إلى بطلان الزواج الثاني لاستفاده ذلك من «عند شروطهم» أي لم يشرع الشارع التعدي عنه.

أما في مثل النذر فالوصيه بردها تبطل، وإن كان ذلك موجباً للحنث، وكذا في اليمين والعهد، ومخالفة الأب والزوج.

ولو علم الوصى بأنه غير، لكن لم يعلم ما ذا غير منها، فإن كان مسرحاً لقاعده العدل أجريت، وإلا كان المجال للقرعه، كما إذا أوصى أن يعطى زيد وعمرو كل واحد منهما ديناراً ثم رد الوصيه بالنسبه إلى أحدهما، ولم يعلم أنه رد زيدا أو عمرواً، فإن الدينار يعطى لكليهما نصفين، لما ذكرناه من أن ذلك حكم الماليات في الموارد المشتبهه.

أما إذا أوصى بأن يحج عنه، وأن يزار عنه مشهد الإمام الرضا (عليه السلام)، ثم سحب أحدهما، فإنه حيث لا يمكن التنصيف يقرع بين الأمرين، لأنها لكل أمر مشكل.

وكيف كان، فللموصى إليه أن يرد الوصيه، وإن كان قد قبلها ما دام الموصى حياً، بشرط أن يبلغه الرد، كما في الشرائع وغيره، بل في المسالك قال: (بأن بطلانها مشروط بأن يبلغ الموصى الرد، فلو لم يبلغه لزم، كما لو رد بعد الوفاء، وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم) انتهى.

أقول: ويدل على عدم قبول الرد إذا لم يبلغ الموصى الرد، بعض الروايات وهي وإن كانت منافية لقاعده سلطنه الناس على أنفسهم، لكنه ثبت بالنص والفتوى.

نعم الظاهر أن ذلك في غير الماليات وغير العسر والضرر، إذ المنصرف من النص والفتوى العمل الجسدى لا المالى، فإذا أوصى أن يعطى زيد ديناراً عنه كان له الرد، كما أنه إذا أوصى بما يضره أو يعسر عليه كان له الرد، لتقدم قاعده «الاحرج» (١) و«لا ضرر» (٢) على الأحكام الأولية، كما أنه لا يستبعد أن يكون له أخذ الأجره فى ما ليس له الرد إذا كان القيام بالعمل الجسدى له أجره عرفاً، وذلك جمعاً بين الحقين، الحق الثابت شرعاً بوجود القيام عليه، والحق الثابت بمقتضى «الناس مسلطون على أنفسهم» (٣)، إذ لا دليل على أكثر من وجوب العمل بالوصيه عليه، أما أن يكون ذلك مجاناً فلا.

فعن محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يرد وصيته، وإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل» (٤).

وعن الفضيل بن يسار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل يوصى إليه، قال (عليه السلام): «إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، وإن كان فى مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه» (٥).

وعن منصور بن حازم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» (٦).

ص: ٤١٧

١- سورة الأحزاب: الآية ٥٠

٢- الكافى: ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨

٣- البحار: ج ٢ ص ٢٧٣ ح ٧

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ١

٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٢

٦- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٨ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٢

وعن الفضيل، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: الرجل يوصى إليه، قال (عليه السلام): «إذا بعث إليها من بلد فليس له ردها»^(١).

والرضوى (عليه السلام) قال: «وإذا أوصى رجل إلى رجل وهو شاهد، فله أن يمتنع من قبول الوصيه، فإن كان الموصى إليه غائباً ومات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه، فإن الوصيه لازمه للموصى إليه»^(٢).

وعن الصدوق في المقنع مثله^(٣).

أما ما رواه هشام بن سالم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يوصى إلى الرجل بوصيته فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «لا يخذله على هذه الحال»^(٤).

فالمراد بها إما ما تقدم بتقييدها بذلك، ولذا ذكرها الوسائل في هذا الباب، أو المراد كراهه رد الوصيه مطلقاً.

ومما تقدم ظهر وجه روايه الدعائم بلزوم حملها على اللزوم، خصوصاً وفيها قرائن على ذلك.

فقد روى عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «من أوصى إلى رجل فالموصى إليه بالخيار في أن يقبل أو يردها إذا كان حاضراً، فإن ردها بحضره الموصى لم يلزمه، وإن كان قد أوصى إليه وهو غائب ثم مات الموصى فليس ينبغى للموصى إليه أن يرد الوصيه وقد مات الموصى وصار حقاً من حقوق الله عزوجل»^(٥).

ص: ٤١٨

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٥

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٢ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٢

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٣ الباب ٢٢ من أبواب الوصايا ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٩٩ الباب ٢٣ من أبواب الوصايا ح ٤

٥- دعائم الإسلام: ج ٢ ص ٣٦١ ح ١٣٧١

ومع ذلك كله فقد أختار الفاضل في محكى المختلف والتحرير والشهيد في المسالك جواز الرد مطلقاً ما لم يقبل، قال الثانى:

(عملاً بالأصل وبدفع الضرر المنفى بقوله تعالى: (مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) (١١))، وقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا ضرر ولا ضرار» (٢٢))، وحمل أخبار الباب على حصول القبول أولى، لأنه عقد فلا بد فيه من القبول.

والحق أن هذه الأخبار وصحيحه محمد بن مسلم والفضيل وروايه منصور بن حازم وحسنه هشام، ليست صريحه فى المدعى، لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، والغائب يلزمه مطلقاً وهو غير محل النزاع، نعم فى تعليق الروايه المتقدمه إيماء إلى الحكم، إلا أن إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعيه بإثبات حق الوصايه على الموصى إليه على وجه القهر، وتسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء بحيث يوصى ويطلب من الشهود كتمان الوصيه إلى حين موته، ويدخل على الوصى الحرج والضرر غالباً بمجرد هذه العله المستنده إلى سند غير واضح بعيد، ولو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدة الاستحباب كان أولى) انتهى.

أقول: حيث إن الحكم على خلاف القاعده لزم الاقتصار فيه على مورده، من غيبه الموصى وعدم بلوغه الرد، وعدم كون الوصيه تحميلاً عليه ولا عسراً، وموت الموصى قبل الالتقاء بالموصى إليه.

ص: ٤١٩

١- سورة الحج: الآية ٧٨

٢- الكافى: ج ٥ ص ٢٨٠ ح ٤، التهذيب: ج ٧ الرقم ٥١٤٦ _ ٦٥١

أما الأول: فللنص.

وأما الثاني: فلأنه لما يشمله العله فى خبر منصور.

وأما الثالث: فللانصراف عن مثله، كما إذا أوصى أن يعطى الموصى إليه من كيسه دين الموصى، أو أن يقضى صلاته أو ما أشبه.

وأما الرابع: فلأدلته.

وأما الخامس: فلأنه لو التقى به لم يشمله العله فى خبر منصور، لإمكان طلب الغير مع الالتقاء، وقد ذكره الرضوى أيضاً.

أما هل يتعدى عن مورد النص بأخذ قوله (عليه السلام): «لأنه لو كان شاهداً» إلخ عله، فإذا كان حاضراً لم يمكنه غيره أو لم يمهل الأجل أن يوصى إلى غيره أو ما أشبه ذلك، لا حكمه، احتمالان.

وإن كان مقتضى غلبه ذكر الحكم فى الروايات لا يبقى وثوقاً بالعليه، مع أن الحكم على خلاف القاعده.

ولذا قال فى الجواهر: إن المنساق من التعليل إرادته بيان واقع فهو شبه الحكمه، لا أن المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره، ضروره عدم لزوم طلب غيره، إذ قد لا يريد وصيه غير هذا الذى ردها، فاستصحاب بقاء الرد بماله حينئذ، من غير فرق بين المتمكن وغيره من حيث البينه وغيرها.

أقول: ويؤيد عدم كفايه الوصيه مطلقاً فى الإلزام ولو بكتمانها حتى يموت، ما يشعر به وصيه فاطمه (سلام الله عليها) إلى على (عليه السلام)، وقولها له إنه إن لم يقبلها أوصت إلى غيره، فإنه لو كانت الوصيه لازمه ولو بكتمانها كانت أوصت بدون إعلامه، فإذا توفيت كانت لازمه عليه، فتأمل.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر بصرحه الوصيه لمن يعلم بعدم رضاه بقبولها لو علم، مع إخفائه إلى أن مات الموصى، بل لو ردها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الرد ثم أوجب الموصى بعد الإيجاب المردود ثم أخفاه إلى أن مات، اتجه لزومها له، لعدم العبره بها فى نفسه، بل يمكن ذلك لو صدر منه ما يقتضى الرد مع عدم علمه بالإيجاب، لكن يقوى فى النظر خلافه.

أما ما رواه الكافى والتهذيب، عن سعد بن إسماعيل، عن أبيه، قال: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه وأخوين، شهد الابن وصيته وغاب الأخوان، فلما كان بعد أيام أبيا أن يقبلا الوصيه مخافه أن يتوثب عليهما ابنه فلم يقدر أن يحل - بما ينبغى، فضمن لهما ابن عم لهما وهو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه، فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، وقد اشترطا عليه ابنه وقالوا: نحن براء من الوصيه ونحن فى حل من ترك جميع الأشياء والخروج منه (ويخرجنا منه، يه) أيستقيم أن يخليا عما فى أيديهما وعن خاصته، فقال: «هو لازم لك فأرفق على أى الوجوه كان فإنك مأجور، لعل ذلك يحل بابنه» (١).

فعل الظاهر منه أن ضمير (لك) خطاب لابن العم الملتزم لا لأحدهما، فالمراد أرفق بكفايه الابن لا أن الوصيه لازمه وإن فقدت شرط الوصى، ولو احتملت غير هذا الاحتمال كانت الروايه مجمله يردّ علمها إلى أهلها (عليهم السلام).

ثم إذا أوصى ولم يقدر الوصى على التنفيذ، أو لم يرد بعد أن كان له حق الرفض، كان اللازم على الحاكم الشرعى أن ينفذها، لأنه ولى القاصر.

ص: ٤٢١

نعم الظاهر أخذ الأجره إذا احتاج التنفيذ إلى أجره من يعمل بها ممن يجعله الحاكم مكان الوصى، للجمع بين الحقين، ولا وجه لأخذها من بيت المال، والله سبحانه العالم.

ثم الظاهر أن الرد يكفى فيه اللفظ والكتابه والإشاره ولو من الأخرس، لصدق الرد على كل ذلك، وفي الوصيه التى تمليك لا يملك إلا إذا رضى، لما تقدم فى أول الكتاب من أصله عدم دخول شىء فى ملك الإنسان بدون رضاه، لأنه خلاف تسلط الناس على أنفسهم وأموالهم(1)، والوصيه العقديه بحاجه إلى القبول، إذ لا يتحقق العقد بدون القبول، فراجع أول الكتاب.

ص: ٤٢٢

١- بحار الأنوار: ج ٢ ص ٢٧٢

(مسألة ٧): هل تصح الوصية إلى العاجز عن نفوذها مطلقاً، بأن لا يقدر بنفسه ولا بوكيله مطلقاً، أى ولا يقدر نفوذ البعض من الوصية متعلقاً وزماناً، الظاهر لعدم لانصراف الأدلة عن مثله.

ومنه يعلم العجز عن بعضها زماناً أو متعلقاً أو مباشرة، حيث لا تصح الوصية بالنسبة إلى ذلك، فإذا كان عاجزاً عن التنفيذ فى الصيف من كل عام لا بنفسه ولا بوكيله، أو عاجزاً عن تنفيذ نصف الوصية، كما إذا أوصاه بالتصرف فى كل أمواله وهو لا يقدر عن التصرف إلا فى نصفها، وفى النصف الآخر يعجز مباشرة وتسيباً، أو عاجزاً عن المباشرة فى متعلق الوصية وإن كان قادراً على التوكيل ونحوه، لم تصح بالنسبة إلى القدر العاجز.

فإذا أوصى إليه فى الكل، أو فى جميع الأزمنة، أو فى الأعم من المباشرة، بطلت بالنسبة إلى القدر العاجز منها، فىكون الميت بلا وصى بالنسبة إلى ذلك، فىجعل الحاكم للوصى مساعداً ينفذ ذلك إذا لم تكن الوصية مرتبطة ببعضها ببعض بنحو التقييد، وإلا بطلت مطلقاً وجعل الحاكم وصياً.

قال فى الدروس: من الشرائط كفاية الوصى، فلو أوصى إلى هرم يعجز عن التصرف، أو إلى مريض مدنف، أو إلى سفيه، ففى بطلانها من رأس، أو صحتها ويضم الحاكم مقوماً نظراً، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن، ومن عدم الفائده المقصوده بالوصية.

أقول: الظاهر أنه لا- وجه للترديد، كما لا- وجه لقوله: ولو عرض العجز فى الأثناء ضم الحاكم إليه قطعاً ولا- ينزل، إذ العجز الواقعى كان مانعاً عن الوصية واقعاً، وجهل الموصى لا يجعل الحكم على خلاف الواقع، كما لو استأجره لخياطه أثوابه فعجز فى الأثناء، أما من ذكروا الضم مع العجز كالشرايع وغيره

بل عن التذكرة وجامع المقاصد الإجماع على عدم الانعزال بالعجز، فكأنهم أرادوا العجز في الجملة مما يتعاون أيضاً بعد عجزه في الرأى والوجهه وما أشبه، لأن ذلك هو المنصرف من كلامهم، وإلا فهل يقول أحد بصحة الوصيه إلى مقعد بأن يمشى برجله إلى زياره أحد الأئمه (عليهم السلام).

ثم الظاهر أنه إذا جعل الحاكم إنساناً بضميمه العاجز تكون الولاية بينهما، إذ الوصى ولى مجعول والحاكم ولى شرعى فيجتمعان، وكذا إذا لم يقدر الأب والجد من الإدارة الكامله للأولاد فضم إليهما الحاكم، حيث إن الولاية بينهما تكون بالاشتراك.

فقول الجواهر: (إن الولاية بتمامها للوصى، ولكن يضم إليه مساعداً على ما كلف به، لعدم معهوديه شركه الحاكم وغيره في الولاية) غير ظاهر الوجه، لأنه مقتضى القاعده، وعدم المعهوديه لا يقاومها.

ثم إذا لم يكن حاكم، فإن علم من الشرع إرادته ما أوصى به، قام عدول المؤمنين مقامه لما ذكره هناك، وإلا لم يلزم عليهم، كما إذا أوصى أن يقرأ الوصى عنه كل يوم ختمه قرآن في قبال أخذه الأجره من ماله فرضى الوصى بما لا يقدر إلا قراءه نصف ختمه، فإنه لا دليل على لزوم الإتمام على عدول المؤمنين.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق قول الجواهر، بل إن لم يتم إجماع على اعتبار الضم من الحاكم أمكن القول بوجوبه كفايه على الناس، للأمر بالمعاونه على البر والتقوى وغيره مما دل على ذلك.

ثم إنه إن زال العجز عن الوصى رجع إلى كامل وصايته وانسحب الحاكم، وذلك لأنه مقتضى إطلاق الوصيه، ولعل قول جامع المقاصد إن في ذلك وجهين، إنما أراد ما لم يكن للوصيه إطلاق، فيستصحب ولاية الحاكم بعد زوال العجز.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا جعل الميت ناظراً على الوصى أو قيماً على أولاده، فعجز عن المباشرة، أو عن النظر، أو عن بعض أحدهما أو بعضهما، فإن الحاكم يجعل بقدر ما عجز لا أكثر.

ثم إنه قد تقدم إعطاء الحاكم الأجره لمن يجعله، فإذا كانت الأجره توجب فوت معظم الوصيه سقط الجعل، كما إذا كان ثلثه عشره وقد قبل الوصى أن يقرأ قرآناً بها، ثم عجز إلا عن نصفه، والخمسه الباقية لا تكفى إلا عن قراءه سورته مثلاً، مما لا يعد ميسوراً من نصف القرآن، فالظاهر سقوطها و صرفه فى وجوه البر، لارتكاز الوصى كما ذكروا فى الوقف.

ويؤيده ما رواه المشايخ الثلاثة، عن محمد بن مسلم، قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا باباً واحداً منها كيف يصنع فى الباقي، فوقع (عليه السلام): «الأبواب الباقية اجعلها فى البر» (١).

ولو دار الأمر بين قراءه الوصى نصف القرآن بخمسه والخمسه الأخرى تصرف فى البر، أو قراءه غيره كل القرآن بعشره، حيث لا يوجد من يقرأ نصفه بخمسه، لوحظ ارتكاز الموصى فى الترجيح، فإن لم يكن ارتكاز تخير الحاكم بينهما.

ص: ٤٢٥

(مسأله ٨): إذا ظهر من الوصى خيانه، فإن أمكن انضمام إليه فى رفعها ضم، وذلك لعدم اشتراطنا الوصايه بالعداله حتى يقال بأنه ينعزل تلقائياً، وإنما نقول بالضم لأنه جمع بين إرادته الموصى وبين حفظ الوصيه الواجبه على الحاكم، حيث إنه ولى القاصر، لكن إنما يكون الضم إذا لم يكن أكثر مؤنه من الخيانه، مثلاً إن الوصى يخون فى كل مائه واحداً، بينما تكليف أجره الضميه اثنان، فإنه لا وجه للضم حينئذ.

وإن لم يمكن الضم فى رفعها عزل الوصى وأقام غيره مكانه، لأنه ولى القاصر كما تقدم، ويستثنى من المقام مثل المستثنى فى الفرع الأول، فإنه إذا كان جعل إنسان جديد يكلف أكثر من الخيانه لم يكن دليل على الجعل، مثلاً كانت الخيانه عشره وأجره الوصى خمسه، أما إذا جعل آخر كانت أجرته عشرين.

ومنه يعلم الحال فيما إذا لم ينفع الضم أو الجعل فى رفع الخيانه، حيث قدره الوصى على مثل تلك الخيانه حتى مع الضم والجعل، نعم إذا صارت أخف بأى منهما ضم وجعل.

ومنه يعلم وجه النظر فى إطلاق جمله منهم المحقق، حيث قال: وإن ظهر منه خيانه وجب على الحاكم عزله ويقوم مكانه أميناً، ويؤيد الحكم بالإضافه إلى القاعده ما ورد فى قوله سبحانه: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا) (١)، فراجع الوسائل باب أن من خاف فى الوصيه للوصى ردها إلى الحق (٢).

ص: ٤٢٦

١- سورة البقره: الآيه ١٨٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢١ الباب ٣٨ من أبواب الوصايا ح ١

ويؤيده ما رواه المستدرک في باب نواذر الوصايا، عن الدعائم، عن علي (عليه السلام)، قال: «لا يزيل الوصي زوال العقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانه أو ترك سنه».

نعم إذا كان جعل الوصي بعنوان أمانته أو عدالته كانت الخيانه موجه لسلب الوصيه لفقد العنوان.

ثم إذا خان الوصي مما عزله أو ضم اليه، فإذا ذهبت خيانه رجعت إليه الوصايه، لأنه المركوز في أذهان الموصين الذي يجرى عليه الوصيه فإطلاق الوصيه يشمل، نعم إذا لم يشمل الإطلاق كان استصحاب الانعزال أو الانضمام محكماً.

ويأتي في المقام المسأله السابقه بأن كان النصب للجديد أو الضم أكثر مؤنه من الخيانه، حيث لا وجه لهما حينئذ.

ص: ٤٢٧

(مسألة ٩): الوصى أمين لا يضمن ما يتلف فى يده أو ما يشتبه فيه، إلا إذا كان بتعدّد أو تفريط، فإذا تلف بدونهما أو اشتبه اشتباهاً متعارفاً كما إذا آجر الدار بمائه ثم ارتفعت قيمه إلى مائتين، حيث لو كان يعلم ذلك كان الإيجار بالمائه خلاف الموازين لم يضمن، لأنه ليس مأموراً باتباع علم الغيب، ولا خيار له فى الغبن، لأنه وقت الإيجار لم يكن غبناً، بل معتدلاً، وإنما ارتفعت قيمه مثلاً فجئته.

والحاصل: إنه مأمور أن يعمل حسب الموازين، فإذا عمل بها لم يكن ضمان.

وفى الجواهر عند قول المصنف: الوصى أمين، بلا خلاف أجده فيه، بل فى جامع المقاصد نفيه بين أهل الإسلام، وكذا ادعى عدم الخلاف فى ذلك المسالك.

ولو شك عند إرادته التصرف هل هو تصرف حسب المتعارف أم لا، لم يحق له إلاّ بعد تحقق تعارفه، فلو عمل والحال هذه فظهر ضرر أو نحوه كان ضامناً.

ولا يلزم تحرى الأفضل، بل المتعارف، لأن الوصاية ليست بأكثر من ذلك.

وحيث قد عرفت أن اللانتمتع بالتعارف، فإذا كان المتعارف احتمال الضرر لكن العرف يقدم لم يكن به بأس، كما إذا كانت التجاره بالمال فى البحر خطيراً لكن العرف يقدم على ذلك صح له ذلك، وإن تلف لم يضمن، وكذا إذا كان إجراء العمليه على الطفل من القيم خطيراً، لكن الآباء يقدمون على ذلك من باب الأهم والمهم صح له الإقدام، ولو تلف الطفل لم يضمن. ولو تلف الطفل بدون تعارف الإقدام فهو ضامن لديته.

ولو أعطى الصوم والصلاه والحج لغير الثقة فلم يعمل ضمن، وإلا لم يضمن إذ المطلوب حصل، ولو أعطاه للثقة ظاهراً

فظهر أنه لم يعمل لم يضمن لأنه عمل بتكليفه فلا- وجه لضمائه، وما دل عليه بعض النصوص من الضمان يحمل على غير المتعارف.

مثل ما رواه سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: سألته عن رجل يوصى بنسبه فيجعلها الوصى في حجه، قال: فقال: «يغرمها ويقضى وصيته»^(١).

وقريب منه ما رواه أبو سعيد.

وعن محمد بن مارد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى رجل وامرأه يعتق عنه نسبه بستمائه درهم من ثلثه، فانطلق الوصى فأعطى الستمائه درهم رجلاً يحج بها عنه، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أرى أن يغرم الوصى ستمائه درهم من ماله ويجعلها فيما أوصى الميت في نسبه»^(٢).

أقول: ومن الضمان ما لو كان ميسوراً للوصيه فجعله في غير الميسور من وجوه البر، مثلاً- أوصاه بذبح خروف لإطعام الفقراء، فكانت أكثر من الثمن المجمعول، فإنه يجب عليه جعله في نصف خروف مثلاً- بالاشتراك، لا- في بناء المسجد، لأنه أقرب إلى ارتكاز الموصى.

ويؤيده ما رواه علي بن مريد، قال: أوصى إلى رجل بتركته فأمرني أن أحج بها عنه، فنظرت في ذلك فإذا هي شيء يسير لا يكفي للحج، فسألت أبا حنيفة وفقهاء أهل الكوفة فقالوا: تصدق بها عنه، إلى أن قال: فلقيت جعفر بن محمد (عليه السلام) في الحجر، فقلت له: رجل مات وأوصى إلى بتركته أن أحج بها عنه فنظرت في ذلك فلم يكف للحج، فسألت من عندنا من الفقهاء فقالوا: تصدق بها، فقال (عليه السلام): «ما صنعت»، قلت: تصدقت بها، فقال (عليه السلام): «ضمنت، إلا أن لا يكون يبلغ ما يحج به من مكة، فإن كان لا يبلغ ما يحج

ص: ٤٢٩

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٢٠ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤١٩ الباب ٣٧ من أبواب الوصايا ح ١

به من مكه فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما يحجج به من مكه فأنت ضامن»(١١).

ومما تقدم يظهر حال مثل ركوب الدابه والسياره وسكنى الدار ولبس الثوب واستخدام الطفل وغير ذلك، فإنها كلها إن دخلت فى المتعارف لم يضمن، وإلا ضمن، فإن كان عالماً عامداً كان من الخيانه، وإلا كان الضمان فقط. وقد يكون خيانه دون ضمان، إذا عمل بالولد عملاً سيئاً، فبين الأمرين عموم من وجه، وإلى ما ذكرناه ينظر الشارحان للشرائع فى أمثله ذكراها.

أما قول الجواهر: والظاهر أن من التفريط التكاسل فى أمر الوصيه والتهاون، فهو كذلك إن عد عرفاً تفريطاً، لأن لهما مراتب كما لا يخفى.

وهل التفريط فى البعض يوجب الخيانه المطلقه، أو فى نفس ذلك البعض، مثلاً. أوصى إليه بداره وبستانه، لكن يفرط فى البستان دون الدار، احتمالان، وإن كان لا يبعد أن يكون كل شىء بحسبه، فإذا لم يكن عن عمد عين الحاكم غيره أو معه فى البستان شخصياً، وإن كان عن عمد فإن قلنا باشتراط العداله شرطاً أو تقييد الموصى له بها عزل لفقد الشرط، وإن لم نقل باشتراطها ولم يقيدها الموصى بها لم يعزل، بل يعين الحاكم غيره معه، أو استقلالاً بالنسبه إلى البستان مثلاً.

ومما تقدم من أن مقتضى الوصيه العمل حسب المتعارف فى كل الشئون جاز للموصى بيع وشراء ورهن وغيره بالنسبه إلى ماله، سواء لنفسه أو لغيره، كما يجوز له أخذ دينه الذى على الميت وإعطاء دين الميت من نفسه، له أو

ص: ٤٣٠

لغيره، إلى غير ذلك، فلا وجه للتفصيل الذى ذكره الشرائع قائلاً: ولو كان للوصى دين على الميت جاز أن يستوفى دينه مما فى يده من غير إذن الحاكم إذا لم يكن له حجه، وقيل يجوز مطلقاً.

أقول: وهذا هو الذى اختاره الشهيدان، بل فى الجواهر هو الأقوى، ولا يعارض ذلك إلا الإشكال فى أنه كيف يتوحد البائع والمشتري فى إجراء الصيغه، وإلا بعض الروايات:

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة فى ما عدا الاستبصار، عن بريد بن معاوية، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: إن رجلاً أوصى إلىّ، فسألته أن يشرك معى ذا قرابه له ففعل، وذكر الذى أوصى إلىّ أن له قبل الذى أشركه فى الوصيه خمسين ومائه درهم (خمسمائه درهم، يه) عنده ورهنأ بها جاماً من فضه، فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبله أكرار حنطه، قال (عليه السلام): «إن أقام بينه وإلا فلا شىء له»، قال: قلت له: أيحل له أن يأخذ مما فى يديه شيئاً، قال: «لا يحل له»، قلت: أرأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان ذلك له، قال (عليه السلام): «إن هذا ليس مثل هذا» (١).

ويرد على الأول: إنه لا مانع منه، إذ لا دليل على لزوم الاثنييه فى العقد، كما قرر فى محله.

وعلى الثانى: إن الكلام فى الروايه حول الدعوى على الميت لمن هو وصى الميت، فإن الشريك يريد الأخذ من مال الميت بإجازة الوصى الآخر أو بسكوته، وهذا غير استيفاء الإنسان حقه من مال الميت أو الحى، وقد أشار الإمام (عليه السلام) إلى ذلك بقوله: «ليس هذا مثل هذا».

ولذا قال فى الجواهر:

ص: ٤٣١

(وخروج الموثق عن الفرض باعتبار الاشتراك في الوصيه على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرف من دون إذن الآخر الذي ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات) انتهى.

ومن ذلك يعلم حال الأجنبي الذي يطلب من الميت، فإنه إذا تمكن من ماله عليه جاز له أخذه منه ولو بدون إثبات أو إذن حاكم إذا لم يكن محذور خارجي، فإذا كان يطلب زيد من الميت ديناراً ووجد من مال الميت ديناراً حق له الأخذ عرفاً، والشارع لم يمنع عنه، ولا دليل على التفصيل بين إمكانه إثباته فلا يحق له وعدمه فيحق له، كما لا دليل على التفصيل بين إمكانه الإجازة من الحاكم فلا يحق له بدون الإجازة، وبين عدم إمكانه ذلك فيحق له.

لا يقال: هذا الدينار مشترك كسائر أموال الميت بين الدين والورثه، ولا يحق التصرف في المال المشترك إلا برضى الشريك.

لأنه يقال: الدين مقدم على الإرث، قال سبحانه: (مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ) (١)، ومثل ذلك ما إذا أوصى إلى زيد وعنده بقدر الوصيه أو ظفر به، فإنه لا دليل على لزوم رخصه الورثه أو إجازة للحاكم وإن كان كلاهما سهلاً، نعم ذلك احتياط.

وربما يؤيد ما ذكرناه بأدله المقاصه حيث أطلقت التقاص، وبقوله: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) (٢)، وبقوله: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ) (٣)، وغير ذلك من العمومات.

ص: ٤٣٢

١- سورة النساء: الآية ١١

٢- سورة التوبه: الآية ٩١

٣- سورة البقره: الآية ١٩٤

(مسألة ١٠): يجوز للوصى أن يشتري ويبيع ويهب بعوض وغير ذلك من أصناف المعامله بالنسبه إلى مال الميت، وهذا هو المشهور فيما ذكروه من البيع وغيره مثله، لأن الحكم فى الجميع واحد، خلافاً لما نقل عن الخلاف والحلى حيث منعوا عن ذلك.

ويدل على المشهور إطلاق الأدله، وأنه ولى فلا يمنع عن عمله الذى فيه الصلاح أو عدم الفساد.

ويؤيده ما رواه المشايخ الثلاثة فى غير الاستبصار، عن الهمدانى، قال: كتبت مع محمد بن يحيى: هل للوصى أن يشتري من مال الميت إذا بيع فيمن زاد يأخذ لنفسه، قال (عليه السلام): «يجوز إذا اشترى صحيحاً» (١).

ويؤيده ما دل على اشتراء الأب من مال ولده، وأنه يجوز فى النكاح، ففى المقام أولى، للاحتياط فى النكاح بما لا يحتاط مثله فى المقام.

أما دليل من خالف فهو وجوب التغير بين الموجب والقابل، وهو فى المقام مفقود، وبأنه معرض الغبن والضرر.

وبما روى عن ابن مسعود، من أن رجلاً أوصى إلى رجل ببيع فرس له فاشتراه الوصى لنفسه واستفتى عبد الله بن مسعود، فقال: ليس له لك (٢).

قال فى محكى الخلاف بعد أن حكى ذلك عن ابن مسعود: ولا يعرف له مخالف.

وبما ورد من المنع عن شراء الوكيل لنفسه، فمناطه جار فى الوصى.

وفى الكل ما لا يخفى.

إذ لا دليل على لزوم التغير بينهما، فيشمله (عقودكم) المستفاد من

ص: ٤٣٣

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٥ الباب ٨٩ من أبواب الوصايا ح ١

٢- الخلاف: ص ٨٦ السطر ١٥

(أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، ومعرضيه الغبن ممنوع أولاً، ومتدارك ثانياً، وروايه ابن مسعود ليست حجه، بالإضافة إلى ضعف دلالتها.

وقد عرفت أن المشهور على الجواز، فلو سلم لا- خلاف الخلاف فهو مهدوم بمخالفه المتأخرين له، والمنع في الوكيل لا يعلم مناطه، بالإضافة إلى أنه في الوكيل أول الكلام.

ولذا قال في الشرائع: وفي شرائه لنفسه من نفسه تردد والأشبه الجواز، وأيده الشارحان وغيرهما، نعم قال بعد ذلك: إذا أخذ بالقيمة العدل، وأضاف الجواهر: ولم يكن ثمه من يزيد عليه لوجوب مراعاة المصلحه في ذلك، خصوصاً بعد قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) (٢).

أقول: كأنه قيد يستغنى عنه، إذ لو كان هناك من يزيد لا يسمى القيمة عدلاً، وإلا لزام قيد وأن لا يكون لليتم حاجه وغير ذلك من القيود المستغنى عنها.

ثم لو اشترى بقيمه غبنه، فهل البيع باطل، أو هناك خيار غبن، احتمالان، من النهي في الآيه المستتبع للوضع عرفاً، ومن أنه لا يزيد عن سائر المعاملات الغيبه، فاللازم عليه الفسخ، وإن لم يفسخ أجبر عليه، لا يبعد الأول، وإن كان للثاني وجه.

ثم إذا غبن اليتيم وقلنا بعدم البطلان فبلغ وأجاز كفى، وإن تغيرت القيمة بما صار في مصلحه اليتيم، فالظاهر عدم لزوم الفسخ، ولا مجال لاستصحابه لتبدل أركانه، وإذا اشترى منه بما غبن هو لجهله بالقيمة حق له الفسخ.

وفي بقاء خيار المجلس مطلقاً، لأن الموجب والقابل واحد فلا افتراق احتمال، وإن كان الظاهر

ص: ٤٣٤

١- سورة المائدة: الآيه ١

٢- سورة الإسراء: الآيه ٣٤

عدمه من جهه استفاده عدمه من الأدله، أو على الأقل لا إطلاق للخيار يشمل مثل المقام، فاللازم الاقتصار فيه على المتيقن.

قال فى الشرائع: وإذا أذن الموصى للموصى أن يوصى جاز إجماعاً.

وقال فى المسالك: لا خلاف فى جوازه.

وقال فى الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، وذلك لإطلاق أدله الوصيه.

ثم قد يوصى الوصى عن نفسه، وقد يوصى عن الموصى، ففى الأول يجوز له عزله، وفى الثانى يتبع قدر الوصايه، مثلاً قال له: أوص عنى ولك عزله، فإن له عزله، لإطلاق دليل الوصايه الشامل للمقام.

أما ما يظهر من الجواهر من نوع تردد فيه، قال: وهل يجوز نصب وصى عن الموصى مع التصريح من الموصى بذلك، وجهان لا يخلو أولهما من قوه.

فلعل وجه الآخر انصراف أدله الوصيه إلى نصب الشخص نفسه.

ومنه يعلم وجه احتمال عدم صحه الوصيه إذا قال لغيره: أوص عنى، ولم يعلم ما ذا أوصى، أما إذا علم فلا إشكال فيه، وقد تقدم صحه الفضوليّه إذا أجازها، لكن الكلام هنا فيما لم يعلم ما ذا قال عنه، وجه عدم الصحه انصراف الأدله، وأنه غير عقلائى، والغرر، وقد نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر(1).

لكن يمكن أن يقال: لا وجه للانصراف، فإنها وصيه فهو مثل ما إذا لم يعلم ما ذا فى صندوقه وقال: أعطوه بعدى للفقراء، إذ لا وجه لعدم صحته، وهو عقلائى ولا غرر فى مثل ذلك، فإن من أراد الوصيه بثلثه فى أبواب البر لا يفعل وصيه

ص: ٤٣٥

أكثر من ذلك فلا يطلق عليه الغرر.

ثم إنه إذا أوصى زيد إلى عمرو بوصيه فنفذ عمرو كل الوصيه فلا كلام، وإن لم ينفذ فهو على ثلاثة أقسام:

الأول: أن يصرح الموصى للموصى بأن يوصى من بعده إلى غيره، ولا كلام في صحه ذلك لإطلاق الأدله.

الثاني: أن يصرح بعدم حق له، ولا كلام أيضاً.

الثالث: أن يطلق، فهل للموصى أن يوصى إلى غيره بأن يعمل بعده بما تركه من الوصيه إما عمداً، أو لأنه كان وصياً على الأطفال فلم يكملوا، أو على غله تتجدد كل عام أو ما أشبه ذلك، الظاهر أن له حق الوصيه وفقاً للشيخ ولا بنى الجنيد والبراج، خلافاً لما نسب إلى الأكثر من عدم الجواز، فإذا وصى كان لغواً، وإنما يرجع الأمر بعد الوصى إلى الحاكم الشرعى لأنه وصى من لا وصى له، للإطلاقات، وللروايه الخاصه عن علي (عليه السلام)، كما تقدم في الشرح لنا أن إطلاق كونه وصياً يشمل الاستنابه في حياته بالوكاله ونحوها، وبعدها بالوصايه فإنه المركز في أذهان المتشرعه، وللسيره فإن الأوصياء يعينون أوصياء لهم، ولمكاتبه الصفار في الصحيح إلى أبي محمد الحسن (عليه السلام): رجل كان وصى رجلاً فمات وأوصى إلى رجل، هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذي كان هذا وصيه، فكتب (عليه السلام): «يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله» (١).

والظاهر أن (يلزمه) أي الموصى للموصى (بحقه) أي بحق الموصى الأول

ص: ٤٣٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٦٠ الباب ٧٠ من أبواب الوصايا ح ١

على الوصى الأول (إن كان له) أى للموصى الأول (قبله) أى قبل الوصى الأول، فهى ظاهره فى المسأله، ولذا استدل بعضهم، فلا وجه للاحتتمالات التى ذكروها مثل:

١: يلزمه الوفاء بحقه إن كان مؤمناً.

٢: أو يلزم الوصى الثانى أن ينفذ وصيه الموصى الأول بسبب حقه الذى على الوصى الثانى، لأنه كان له أى للأول عليه حق من حيث الوصيه فيجب على الثانى إنفاذ كل حق على الأول.

٣: أو إن كان للموصى الأول قبله أى الموصى الثانى حق من جهه وصيته إليه بالإيصاء لزمه الوفاء به، وإلا فلا يكون المراد بالحق حق التوصيه إلى الوصى الثانى بأن صرح بالوصيه.

ومما تقدم يظهر أن الاستدلال لقول الأكثر بأصالة عدم حق له فى ذلك، وأصالة عدم إلزام هذه الوصيه للوصى الثانى، وأصالة عدم إطلاق الوصيه الأولى بحيث تشمل الوصيه الثانى، وبأن ظاهر الوصيه المباشرة، خرج منها الاستنباه حياً وبقى الباقي، وبأنه داخل فى قوله سبحانه: (فمن بدله) وبأن العهد _ الذى هو الوصيه _ ظاهر فيما يتعلق به لا ما يشمل الغير، فلا إطلاق لأدله الوصيه يشمل وصيه الوصى بحيث يشمل عهد الموصى إليه أيضاً، كل ذلك بعد إجمال الروايه، غير ظاهر الوجه.

إذ لا- مجال لكل ذلك بعد الإطلاق والارتكاز والسيره والروايه الظاهره كما عرفت، ومما تقدم يظهر مواقع النظر فى كلام الشارحين وغيرهما، فراجع.

ثم إذا لم يكن له جعل الوصى ولم يكن حاكم ولا وكيله صح له جعل الوصى من باب عدول المؤمنين والحسبه، فإنهما يشملان حال الحياه وبعد

وإذا قلنا بعدم الصحه فى ما أطلق الموصى الأول فضلاً عما إذا صرح بعدم، فإذا لم نعلم كيفية وصايه الأول وقد أوصى الثانى، فهل يحمل فعله على الصحيح، لإطلاق قوله (عليه السلام): «ضع أمر أخيك على أحسنه»^(١)، أو لا بد من ثبوت الإيضاء إليه بذلك فلا يكفى دعواه فضلاً عن مجرد فعله، ظاهر الجواهر الثانى، لكن إطلاق دليل الصحه الأول ففعله كفعل سائر الأوصياء والوكلاء.

وكيف كان، فلو مات إنسان ولا ولى له من وصى أو أب وجد فالنظر إلى الحاكم الشرعى، ولو لم يكن ولا وكيله وصل ذلك إلى الثقات المعبر عنهم بعدول المؤمنين، وقد تقدم عدم اشتراط العدالة، بل يكفى الثقه، ولذا قال الشرائع: جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به.

قال فى الجواهر: هذا هو المشهور بين الأصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك، للمعتبره المستفيضه المؤيده بما دل على الحسبه وحسن الإحسان^(٢)، وولاية المؤمنين بعضهم على بعض^(٣)، وغير ذلك.

أقول: قد تقدم جملة من تلك المستفيضه.

ثم إن الشرائع بعد عبارته المتقدمه قال: وفى هذا تردد، ولعله أراد التردد فى عمل الثقه من باب الولاية كولاية الأب والجد، كما أن ابن إدريس حيث نفى ولايته لم يستبعد أن يراد به ذلك، إذ لا يمكن إمكاناً شرعياً ضياع الأولاد والأموال.

والفارق بين ولاية الأب والجد، وولاية الثقه أن الأولين يعملان عمل

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٦١٤ الباب ١٦١ من أبواب العشره فى كتاب الحج ح ٣

٢- الوسائل: ج ٨ ص ٣٩٩ - ٤٠٣ الباب ١ من أبواب العشره

٣- سوره المائده: الآيه ٥١

الأولياء مطلقاً، والأخير يعمل حسب الضروره.

وكيف كان، فقوله سبحانه: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) (١)، و(بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) (٢) و(أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) (٣)، في الأرحام إذا تولوا ذلك، كاف في الدلالة على ما ذكره المشهور، هذا بالاضافه إلى الروايات الخاصه كما تقدم بعضها.

قال إسماعيل بن سعد الأشعري: سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل مات بغير وصيه وترك أولاداً ذكراً وغلماً صغاراً وترك جوارى ومماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى، قال (عليه السلام): «نعم». وعن الرجل يموت بغير وصيه وله ولد صغار وكبار، أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك، فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفه أيطيب الشراء منه أم لا، فقال (عليه السلام): «إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع وقام عدل في ذلك» (٤).

وخبر محمد بن إسماعيل، قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاض الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثه صغاراً ومتاعاً وجوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيه، وكان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام) وقلت له: يموت الرجل

ص: ٤٣٩

١- سورة التوبه: الآيه ٩١

٢- سورة المائده: الآيه ٥١

٣- سورة الأنفال: الآيه ٧٥

٤- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٧٠ _ ٢٧٥ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع ح ٣١

من أصحابنا ولا يوصى إلى أحد ويخلف جوارى فيقيم القاضى رجلاً منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك، قال: فقال (عليه السلام): «إذا كان القيم به مثلك، أو مثل عبد الحميد فلا بأس» (١١).

ثم إنه قد تقدم الإلماع إلى كفايه الثقة، وذلك للنص عليه فى خبر زرعه (إن قام رجل ثقه)، فذكر العدل فى خبر الأشعرى محمول على الفضل، لأنه مقتضى الجمع بينهما عرفاً، كما إذا قال فى خبر: أعط ديناراً، وفى خبر: أعط درهماً، بالإضافة إلى أن الاعتماد على الثقة فى كل الشؤون إلا ما خرج بالدليل هو مقتضى المركز فى أذهان التشريع المبنى عليه غالب الفقه الذى هو أهم من مثل هذه الموضوعات، وإن ذكر غير واحد لزوم العدل من باب أن الروايتين من باب المطلق والمقيد وأنه المبنى عليه فى باب الموضوعات أمثال الشهادات ونحوها، وهو كما ترى.

قال فى الشرائع: وإذا أوصى بالنظر فى شىء معين اختصت ولايته به، ولا يجوز التصرف فى غيره، وجرى مجرى الوكيل فى الاقتصار على ما يوكل فيه.

أقول: وذلك واضح، كما أنه كذلك إذا خصها بزمان دون زمان، أو مكان دون مكان، أو حالة دون حالة، فالتصرف أزيد من ذلك داخل فى قوله سبحانه: (فمن بدله).

ولو شك الوصى فى أنه هل كان للموصى مثل ذلك التصرف حمل فعله على الصحيح، والله سبحانه العالم.

ص: ٤٤٠

(مسألة ١١): الظاهر أن الصفات المعتبره فى الوصى من البلوغ والعقل وغيرهما إنما تعتبر حاله تنفيذ الوصيه لا حاله الوصيه ولا حاله الموت ولا بينهما ولا غير ذلك، لأن الدليل لم يدل على أكثر مما ذكرناه.

فلو أوصى أن يزوج زيد ولده إذا كبر، وكان الولد صغيراً يبلغ بعد عشر سنوات وكان زيد مجنوناً أو صغيراً يبلغ ويعقل بعد عشر سنوات صحت الوصيه، لإطلاق أدلتها بعد أن لم يكن المخصص شاملاً لذلك الوقت، خلافاً لمن قال بالاعتبار حاله الوصيه، كما جعله الشرائع أشبه، وقال المسالك: إنه مختار الأكثر، ومن قال بالاعتبار حال الوفاه نسبه المسالك إلى بعض الأصحاب، ومن قال باعتبارها من حين الوصيه إلى حين الوفاه كما عن الدروس، ومن قال باعتبارها من حين الوصيه إلى أن ينتهى متعلقها بأن يبلغ الطفل ويخرج الوصايا ويقضى الديون وغير ذلك، ومن قال من حين الوفاه إلى حين الانتهاء.

والكل كما ترى لا دليل عليها، وإن ذكروا لها وجوهاً هي أشبه بالاعتبار، كما لا يخفى على من راجع الشرحين.

ومنه يعلم جعل الجواهر القول الثانى قوياً لمقتضى عمومات الوصيه المقتصر فى تخصيصها على ما تيقن من شرطيه هذه الأشياء فى الوصى بمعنى المتلبس بالولاية وأول أنات تلبسه بذلك مع الإطلاق من حين الوفاه فتعتبر الشرائط ذلك الوقت، غير ظاهر الوجه، فإن الاعتبار العقلانى اشتراط الشرائط العقلانيه حال العمل، والشارع لم يزد على ذلك، وإنما زاد بعض الشرائط وليس هذا منها، فإذا قال: فلان وصى يقضى دينى الذى يحل بعد سنه، وكان فلان مجنوناً وأفاق قبل أداء الدين، فهل يكون موضع إيراد أنه كيف يكون وصياً، أو يقال إنه لا يشمل العمومات.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين التراوح بين الصفه وعدمها، وبين عدمها مطلقاً إذا

كان حال العمل متصفاً، فإنه وقت تعلق الوصيه، وكذلك حال الوكيل، فإذا قال: فلان وكيلى ليزوج بنتى بعد بلوغها خمس عشره سنه، وكان فلان مجنوناً وأفارق قبل ذلك الوقت وقبل الوكاله كان صحيحاً، والإشكال فى تعليق الإنشاء ونحوه غير وارد بعد وضوح أن الإنشاء خفيف المؤنه، كما هو واضح.

نعم إذا كان إنشاؤه الوصيه مقيداً بوقت لا يصح تعلقها بالوصى لم تصح، كما إذا قال: إن زيدا الجامع للشرائط الآن، أو فى وقت موتى، أو ما أشبهه هو وصيى، بنحو تقييد الوصيه بذلك، وإنما لا تصح لأنه على تقدير فقد الشرط لم يوص، ومن الواضح أن العقود والإيقاعات تتبع القصد، وإلا لم يكن عقده وإيقاعه.

ومما تقدم ظهر أنه لو تقطعت الأحوال، فإن كانت الوصيه على نحو تعدد المطلوب صحت حال الوصف، وحال عدم الوصف يكون الحاكم وصياً، وإلا بطلت لوحده المطلوب المتعذره فرضاً، مثلاً قال زيد: وصيى يحج عنى كل عام، وكان الوصى يجن عاماً ويفيق عاماً، فإن عام جنونه يكون الحاكم ولياً بخلاف عام إفاقته، إلا إذا كان على نحو وحده المطلوب، من غير فرق بين أن يجن من الأول أو الأوسط أو الأخير، إذ الميزان قصد الموصى الشاهد له ارتكاز العرف إذا شك فى كيفية قصده، فحال الوصى فى ما كان الارتكاز حال الأب والجد والوكيل، فى حال ارتكاز ذلك فيه، والحاكم ووكيله، حيث إن التقطع لا يضر بولايتهم حال الشرط، فتوهم أنه بعد فقد الشرط يستصحب العدم فى الوصى غير ظاهر الوجه بعد شمول الوصيه له، لشمول إطلاق الولايه وإطلاق الوكاله لهم.

وأوضح من الإطلاق ما لو قال: إن هذا المجنون وصيى كلما أفارق، أو ما أشبه ذلك من التصريحات.

(مسأله ١٢) لا تصح الوصيه على ذوى الميت الكبار كأولاده وأبويه وإخوته، سواء كانوا فى الصغر اختيارهم بيد الموصى أم لا، بلا- إشكال ولا خلاف، بل عليه النص والفتوى، حيث إن «الناس مسلطون على أنفسهم»^(١)، بل لا تصح الوصيه وإن رضى الكبير كما لو قال ولده الكبير: لا بأس بأن توصى زيدا ليكون قيماً وولياً على، إذ ليس للكبير مثل هذه الولاية على نفسه، فإن «الناس مسلطون على أنفسهم» لا على أحكامهم.

نعم إذ دخل فى الوصيه المشروعه وقبل الكبير صح ذلك، كما إذا قال: ابنى الكبير وصى عليكم أيها الأولاد الكبار فى أن يزوجهكم حسب رأيه، فقالوا نعم قبلنا ذلك، فاللزم عليهم التنفيذ، لأنه من الوصيه الممضاه من الكبار، حاله حال ما إذا أوصى بأكثر من الثلث أو بالصلاه عليه أو بما أشبهه، حيث إن الوصيه تحديد لحرىاتهم وأموالهم، فاذا قبلوا وجبت ولزمتهم.

ومثل ذلك إذا أوصى أن لا- تزوج زوجته إلا- من زيد، أو أوصت أن لا- يزوج زوجها إلا- من أمامه، إلى غير ذلك، فالمعيار المشروعيه فى نفسها وقبول الوصى، وبدون كليهما لا تصح، فقول الشرائع وغيره: (لو أوصى على أولاده الكبار العقلاء أو على أبيه أو على أقاربه لم تمض الوصيه عليهم)، ناظر إلى ما ذكرناه فليس لنفيهم إياها إطلاق.

وإذا شك فى المنع الشرعى فالظاهر عدم نفوذ الوصيه، كما لو أوصى أن لا تزوج زوجته أو بنته أو أخته، أو لا يزوج زوجها ما دام العمر، وذلك للشك فى أن الشارع شرع مثل هذه الوصيه، فالأصل إطلاق أدله تلك الأحكام.

ثم إنه ظهر مما تقدم أنه لا تصح الوصيه بالنظر فى المال الذى تركه لورثته

ص: ٤٤٣

الكبار، إذ المال لهم ولا حق للميت في جعل مشرف عليه، وهل تصح الوصيه بالنظر في ثلثه وإن لم يوص بالثلث، فإنه قد يوصى أن ثلثه يصرف في الخير وهذا يصح جعله تحت نظر الموصى، وقد لا يوصى بالثلث مما يكون الثلث للورثه، فيوصى بأن يكون التصرف فيه منهم تحت نظر الوصى.

قال في الجواهر عند قول الشرائع: (ولو أوصى بالنظر في المال الذى تركه لهم لم يصح له التصرف في ثلثيه): (بل ولا في ثلثه، لأنه لا ولاية له عليه مع عدم الوصيه به، وعدم إخراجة عن إرث الوارث، فلا تصح الولاية عليه مع كونه ملكاً للوارث، كما في نظائره) انتهى.

لكن ربما يحتمل صحه مثل هذه الوصيه، إذ لما كان للميت بثلثه كان له أن يجعل النظر في ثلثه إلى الوصى بطريق أولى، ففى الثلثين لا حق له في جعل الولاية، أما فى الثلث فله ذلك، لإطلاق أدله الوصيه، وإطلاق دليل الثلث، كما أن له أن يقيد ثلثه، كما إذا قال: لا حق لكم فى التصرف فيه إلا فى زمان كذا، أو مكان كذا، أو حاله كذا، أو لأجل كذا، وهذا من تقييد ماله لا من تقييد سلطنه الورثه حتى يقال: إنه مناف لتسلط الناس على أموالهم أو على أنفسهم، ومثله ما إذا وهبه مالا بشرط، والفرق بأن الهبه لا تدخل فى ملكهم إلا برضاهم، والإرث يدخل بدون رضاهم لا يوجب فرقا فى المقام، وهذا هو الأقرب.

ثم إنه إذا أوصى بأن يصرف ثلثه فى كذا، فإن كان مميزاً فلا إشكال فى حق الوصى بدون شراكه الوارث فى شىء، أما إذا كان مشاعاً فهل للوصى حق الاستقلال بأن ينزع ثلثه، أو حاله حال الشركاء حيث لا يجوز له التصرف إلا بإجازة الباقين، الظاهر الأول، إذا نص

الميت على استقلاله، والثاني إذا لم ينص.

أما الأول: فلأنه ولي على كل ماله ما دام حياً، فله إعطاء هذه الولاية للوصى، ولذا قال في الجواهر: لأن له مثل هذه الولاية التي هي أولى من حصره ثلثه في عين معينه.

أما استدلال الجواهر بما ورد في المضاربه فلا دلالة له بذلك، حيث إنه من باب الولاية على الأول والصغار، وقد تقدم الكلام في ذلك.

قال محمد بن مسلم: إنه سئل عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي» (١).

بل في روايه بن الحجاج: «أخوتك الصغار» (٢).

هذا لكن ربما يقال: إن حق الميت في الثلثين ينقطع بالموت، فلا حق له في أن يوصى باستقلال الوصى بالقسمه لأخذ ثلثه، وفرق بين ما إذا جعل ثلثه في شيء معين حيث لا شركة للورثه فيه، وبين جعل ثلثه مشاعاً حيث لهم الشركة، فلا دليل مخرج عن مقتضى عدم تصرف شريك إلا بإذن سائر الشركاء، والمسأله بحاجه إلى تأمل أكثر.

أما إذا قال: إن للوصى أن يختار لثلثه ما شاء من الأعيان، فالظاهر أنه مثل ما إذا شخصه في عين خاصه، حيث إنه مثله، فإذا كان له ثلاثه دور كل واحده ثلث ما يملك، صح له أن يقول: خذ دارى الأولى، أو أى دار شئت، أما أن يقول: خذ ثلثك ولو من الدور الثلاثه بأن تبيعها وتقبض ثلث الثمن وتعطى الثلثين للورثه، ففيه الإشكال السابق، والاستدلال لصحته بـ (من بدله) لا يخفى ما فيه، إذ الآيه في الوصيه الصحيحه، والحكم لا يثبت الموضوع.

ص: ٤٤٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٨ باب ٩٢ فى أحكام الوصايا ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٧٨ باب ٩٢ فى أحكام الوصايا ح ٢

ولو أوصى بإعطاء دينه من ثلثه وجعل وصياً على ذلك فأبراه المديون، أو سارع بعض الورثة أو متبرع بوفاء دينه، فالظاهر سقوط الوصيه، إذ لا مورد لها حينئذ، ويكون المال للورثة حسب الإرث، كما إذا أوصى بصرف ثلثه في تزويج بنته فماتت.

أما إذا وقع التعارض، بأن أراد الوارث إعطاء الدين من نفسه وأراد الوصي إعطاءه من ثلثه، فالظاهر أن أيهما تقدم كان له، إذ لا دليل على تقدم الوصي، فقول الجواهر: (نعم لو أوصى وصياً على قضاء دينه وأطلق، لم يكن له معارضة الوارث لو أراد بذل الدين من نفسه، أو من بعض أعيان التركة لا حقيقته بأعيانها من غيره) انتهى، غير ظاهر الوجه.

ولو أوصى بإعطاء الوصي حجه له أو صوماً وصلاةً، فتقدم الوارث وأعطاهما، فإن كان على نحو التقييد بإعطاء الوصي لم ينفع عمل الوارث في إسقاط الوصيه، وإن كان على نحو تعدد المطلوب بأن أراد الأصل وأراد أن يكون ذلك بنظر الموصي سقطت، لأنه لا مجال للوصيه بعد حصول المطلوب، فهو كما إذا أوصى بتزويج الوصي بنته فتزوجت بدون نظر الوصي، حيث لا مجال للوصيه بعد ذلك، وإن شك ولم يكن ارتكاز _ وإن كان الارتكاز على تعدد المطلوب غالباً _ كان اللازم عمل الوصي كإطلاق دليل الوصيه.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا أوصى أن يحج عنه زيد، أو يصوم ويصلي عنه، فأعطى حجه وصلاته وصومه لغيره، حيث إنه مع تعدد المطلوب تسقط الوصيه، ومع وحدتها لا تسقط، وكذا في سائر الشرائط والخصوصيات.

(مسألة ١٣): يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجره المثل من جهة نظره في ماله، كما لعله المشهور الذى ذهب إليه الشيخ فى بعض فتواه، والإسكافى والفاضلان وغيرهم، بل عن مجمع البيان إنه الظاهر من روايات أصحابنا.

من غير فرق فى ذلك بين الحاكم ووكيله والوصى الخاص وعدول المؤمنين، سواء كان غنياً أو فقيراً.

خلافاً للقائل بأخذ قدر كفايته، كما عن نهائه الشيخ وابن إدريس.

والقائل بأخذه أقل الأمرين من أجره المثل وقدر الكفاية كما عن الخلاف والبيان.

والقائل بأقل الأمرين مع فقره، كما عن المبسوط.

والقائل بالأجره إن كان فقيراً، كما عن المسالك.

والقول الأول بعد تقييده بعدم وجود المتبرع فيما للمتبرع التولى _ إذ لو لم يكن له التولى كما إذا كان وصى خاص، فإن له التولى بأجره، إذ لا حق لغيره التولى بعد جعل الميت إياه وصياً _ وبعدم قبول الوصى ونحوه التبرع، إذ لو قبل الوصى التبرع فقد أهدر حقه، هو مقتضى القاعدة، لأصله احترام فعل المسلم (١) ككون «الناس مسلطون على أنفسهم» (٢)، والوجوب الشرعى لا- ينافى الأجره، إذ هو تكليف وهو لا يلازم عدم الوضع، ولذا وجب بذل الأكل فى المخصصه مع حق الباذل فى أخذ قيمه، وكذا فى إنقاذ الغريق وإسكان المضطر وبذل الدواء للمضطر، إلى غير ذلك من الأمثلة، بالإضافة إلى جملة من الروايات.

مثل صحيح هشام بن الحكم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن تولى مال اليتيم ما له يأكل منه، فقال: «ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر

ص: ٤٤٧

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٠ الباب ٣ من أبواب القصاص فى النفس ح ٣

٢- البحار: ج ٢ ص ٢٧٣

لهم فليأكل بقدر ذلك» (١).

أقول: وهذا هو المعروف، إذ لا إفراط فيه ولا تفريط، فيدل عليه أيضاً صحيح ابن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل وأنا حاضر عن القيم لليتامى والشراء لهم والبيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم، فقال: «لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله عز وجل: (فليأكل بالمعروف) هو القوت» (٢).

أقول: والمراد بالأكل أعم من اللباس والمسكن ونحوهما، ولذا قال: (الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا) (٣)، وقال: (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٤).

وفى صحيحه الآخر، عنه (عليه السلام): «المعروف هو القوت» (٥).

وفى خبر أبي الصباح، عن الصادق (عليه السلام): «ذاك لرجل يحبس نفسه عن المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» (٦).

ونحوه خبر سماعه وأبي أسامه.

وفى خبر أبي بصير، قال: «هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشيه ويشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف، وليس له ذلك في الدنانير والدراهم التي عنده موضوعه» (٧).

ص: ٤٤٨

١- الوسائل: ج ١٢ ص ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١

٣- سورة النساء: الآية ١٠

٤- سورة البقرة: الآية ١٨٨

٥- الوسائل: ج ١٢ ص ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١

٦- الوسائل: ج ١٢ ص ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٣. وانظر العياشي: ج ١ ص ٢٢١ ح ٢٩ و ٣٠

٧- تفسير العياشي: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٣١

أقول: وذلك لأن حفظهما غالباً لا أجره له، والحبس ليس بشرط، وإنما ذكر للغلبه ولو بقريته الروايه الأولى.

ومنه يعلم أن تقييد الآيه الكريمة وبعض الروايات بالفقر، إنما هو من جهه الفضل فى الغنى لا اللزوم، قال سبحانه: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (١).

فقد روى سماعه، عن أبى عبد الله (عليه السلام) وأبى الحسن (عليه السلام) قال: سألته عن قوله: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا) الآية، قال: «بلى من كان يلى شيئاً لليتامى وهو محتاج وليس له شىء وهو يتقاضى أموالهم ويقوم فى ضيعتهم فليأكل بقدر الحاجه ولا يسرف، وإن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج لنفسه فلا يرزئن من أموالهم شيئاً» (٢).

ويؤيده جعل مقابله الضرر فى ما رواه الكاهلى، قال: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) فسأله رجل ضرير البصر، فقال: إنا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام معهم خادم لهم فنقعد على بساطهم، ونشرب من مائهم، ويخدمنا خادمهم، وربما أطعمنا فيه الطعام من عند صاحبه وفيه من طعامهم، فما ترى أصلحك الله، فقال: «قد قال الله: (بَلِ الْإِنْسَانِ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ) (٣)، فأنتم لا يخفى عليكم، وقد قال الله: (وَأَنْ تُوَاطَّوهُمُ فَإِخْوَانُكُمْ) (٤) إلى (لَا عُنْتَكُمْ) ثم قال: إن لم يكن دخولكم عليهم فيه منفعه لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا» (٥).

ص: ٤٤٩

١- سورة النساء: الآية ٦

٢- تفسير العياشى: ج ١ ص ٢٢١ ح ٣٢٠

٣- سورة القيامة: الآية ١٤

٤- سورة البقره: الآية ٢٢٠

٥- تفسير العياشى: ج ١ ص ١٠٧ ح ٣٢٠

وفى موثق سماعه، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «من كان يلى شيئاً لليتامى وهو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم فى ضيعتهم فى كل بقدر ولا يسرف، وإن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه فلا يرزئن من أموالهم شيئاً» (١).

وموثق حنان، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «سألنى عيسى بن موسى عن القيم للأيتام فى الإبل ما يحل له منها، فقلت له: إذا لاط حوضها وطلب ضالتها وهناً جرباها، فله أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع ولا فساد لنسل» (٢).

إلى غيرها من الروايات الموجودة فى الوسائل والمستدرک فى كتاب التجاره، وفى غيرها هنا وهناك.

وإذا كانت أجره مثله أقل، لكنه لا يرضى إلا بالأكثر، وهو أصلح أو الصالح الوحيد الذى لا بديل له، فالحاكم يلاحظ الأهم والمهم، كما أن حال غير اليتيم حال اليتيم، مثلاً- سافر الأب ولا جد فالحاكم يضع من يلاحظ أولاده، أو يفعل ذلك عدول المؤمنين من باب الحسبه، ويأخذون الأجره العادله لوحده الملاك ولإطلاق دليل احترام عمل المسلم (٣)، بل الكافر كذلك، فإن كون «الناس مسيطون على أنفسهم» (٤) يشمل غير المسلم أيضاً.

ولا فرق فى أخذ الأجره العادله بين الحفظ والعمل بماله أو تربيته للإطلاق والمناطق.

بل وما عن كثر العرفان قال: إن رجلاً قال للنبي (صلى الله عليه وآله وسلم):

ص: ٤٥٠

١- الوسائل: ج ١٢ ص ١٨٥ باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ١٨٥ باب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٩٤ الباب ١٨ ح ٣

٤- البحار: ج ٢ ص ٢٧٣

إن في حجري يتيماً أُنْأكل من ماله، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «بالمعروف لا مستأثراً مَالاً ولا واق»^(١)، أى غير مستأصل للمال ولا واق بماله مالك.

وكذا يؤيده ما تقدم من المضاربه بمال الطفل، إلى غيرها من المؤيدات.

وإذا كان الميزان الأجره لم يكن وجه للكلام فى أنه هل يأخذ لنفسه وعائلته أو لنفسه فقط، ومما ذكر يظهر وجه ضعف سائر الأقوال، وإن كان يؤيدها بعض ما تقدم.

ولو اختلف العرف فى الأجره أخذ بين الأمرين أو الأمور، كما ذكره فى باب التقويم من باب قاعده العدل، فلا يقال الأصل الأقل.

والمراد بالأجره حيث كان المتعارف، يشمل ما إذا كان بعض السنه لا يعمل، لكنه يأخذ الأجره لبقائه إلى وقت الاحتياج، وما يأخذ الظالم من الأجير ظلماً محضاً أو بعنوان التأمين وما أشبه داخل فى الأجره إذا كان متعارفاً.

ولو عمل الأب والجد كان لهما الأجره أيضاً إذا كان الولد ذا مال، للإطلاق والمناط.

ولو عمل الولي أو الوصى أو نحوهما ولم يقصد الأجره ولا عدمها، كان اللازم الأجره إذا أراد، لأصالة الاحترام إلا ما خرج وهو ما قصد الإعراض.

ولذا قال فى الجواهر: لو لم يقصد الرجوع ولا عدمه، فالظاهر الاستحقاق أيضاً، لقاعده الاحترام^(٢)، والآيه وإن كانت ظاهره فى فعلية الأكل إلا أن إطلاق الاحترام وبعض الروايات المتقدمه يعطى أن له الحق، وإن لم يأخذ فعلاً يكون ديناً.

ص: ٤٥١

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٥٤ باب ٥٩ من أبواب ما يكتسب به ح ٣. نقلاً عن العوالى

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ١٠ الباب ٣ من أبواب القصاص فى النفس ح ٣. المستدرک: ج ٣ ص ٢٤٥

ومما تقدم يظهر أن ما رواه رفاعه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في قوله تعالى: (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (١)، قال: «كان أبي يقول: إنها منسوخة» (٢)، اللازم حملها على بعض المحامل.

وعن جماعه من العامه تفسيرها بقدر الحاجه من مال اليتيم على جهه القرض، ثم يرد عليه ما أخذ إذا وجد.

قال في مجمع البيان: وهو مروى عن الباقر (عليه السلام) (٣)، وهذا يؤيد الحمل على الكراهه، ولذا قال الجواهر: وإن كان الثابت عندنا خلافهما.

ثم إذا وصى الميت أن يزاو أعمال اليتيم مجاناً أو بأجره أقل وقبل وجب، فإنه هو الذى أهدر احترام سعى نفسه، وإن شرط الوصى الأكثر من أجرته وقبل الموصى صح، وكان الزائد من الثلث، إذ لا حق له فى الأكثر منه إلا إذا قبل الكبار من الوراثة، وإذا أعطاه الموصى مقداراً خاصاً ثم ظهر أنه أقل أو أكثر من أجره المثل بما لا يكفى ثلثه، أو لم يقبل الكبار بالزائد منه، حق للوصى فى الأول أخذ التفاوت إن كان جاهلاً، لما ذكره من دليل «لا ضرر» فى خيار الغبن، وحق للحاكم إرجاع الوصى إلى أجره المثل رعايه لحال الأيتام، فإن لم يقبل جعل غيره مكانه.

ص: ٤٥٢

١- سورة النساء: الآية ٦

٢- تفسير العياشى: ج ١ ص ٢٢٢ ح ٣٣

٣- مجمع البيان: ج ٣ ص ٩. ومثله فى العياشى: ج ١ ص ٢٢٣ ح ٣٦

(مسألة ١٤): لو أوصى لأجنبي عن الإرث وإن كان قريباً، أو كان وارثاً لو لا قتله وما أشبهه، بمثل نصيب ابنه، وليس له إلا واحد أعطى النصف مع رضا الابن، والثالث مع عدم رضاه، ولو كان له بنت كان كذلك، ولو كان له ابنان كان للأجنبي الثلث، وكذا لو كانت له بنتان، ولو كان له ابن وبنت، وقال: كالابن، كان له الخمسان مع رضاهما، ولو قال: كالبنت، كان الربع، ولو كان له ثلاثة أولاد وقال: كأحدهم، كان له الربع.

قال فى الشرائع: والضابط إنه يضاف إلى الوارث ويجعل كأحدهم إن كانوا متساوين، وإن اختلف سهامهم جعل مثل أضعفهم سهماً، وعلل الأخير فى المسالك والجواهر بأنه المتيقن.

وفيه: إن اللازم إجراء قاعده العدل إن لم نقل بالتخيير، أما الثانى فلأنه مقتضى كل مكان فيه أقل وأكثر، كما إذا قال: أعط الفقير بقدر ما يملكه أبناء زيد، وكان يملك أحدهم ضعف الآخر وهو ضعف الثالث، فإنه يحق له أن يعطى بأى قدر من الثلاثة لانطباق الكلى عليه، فإذا لم يعطه عصياناً جاز لنفسه الأخذ بأى قدر من الثلاثة إذا لم يمكن الوصول إلى الحاكم مثلاً.

وأما الأول: فلأنه مقتضى العدل والإنصاف، كما يستفاد من جملة من الروايات الواردة فى مختلف أبواب الفقه، كإرث الخنثى ودرهمى الودعى وغيرهما، ولذا تقدمه على القرعه، إذ القاعده ترفع الإشكال.

نعم إذا قال: مثل أعظمهم، وكانوا مختلفين، عمل بمقتضى ذلك إن لم تزد على الثلث، وإلا وقف على الإجازة.

وحيث إن المسألة لم توجد إلا فى جملة من الكتب، كان مراد جامع المقاصد حيث نسبها إلى علمائنا من ذكروها، فلا

إجماع فى المسأله، بالإضافه إلى أنه ظاهر الاستناد فلا حجیه فیه، وإن سلم وجوده.

ومما تقدم ظهر عدم الفرق بین أن یعین أحد الورثه بالاسم أو یطلق.

فالأول كأن یقول: أعطوه مثل نصیبی ولدی زید.

والثانى كأن یقول: مثل نصیب أحد أولادى.

ولو كان له ابن و بنت و ختی وقال: مثل نصیب أحدهم، جاز مثل أحد الثلاثه لما تقدم، ولو عین عمل على التعین.

قال فى الشرائع: ولو كان له زوجة و بنت، وقال: مثل نصیب بنتى، فأجاز الورثه كان له سبعة أسهم، وللبنت مثلها، وللزوجه سهمان، ولو قیل لها سهم واحد من خمسہ عشر سهماً كان أولى.

أقول:

الأول: قول الشیخ على ما حکى عنه.

والثانى: قول المشهور الذى ذهب إليه الفاضلان و جامع المقاصد والشارحان وغيرهم، وذلك لأن للزوجه ثمن المال بعد فرض أن هناك بنتین، لأن ظاهر الوصیه تصحیح الفریضه مع الأجنبى أولاً حتى یرد النقص على الجميع، اللهم إلا إذا صرح بخلافه.

أما على مبنى الشیخ فلا یرد النقص إلا على البنت فقط، وذلك خلاف ظاهر الوصیه، ولذا قال فى المسالك: إنه سهو من قلم الشیخ.

أقول: ولعل الشیخ لاحظ ما ذكرناه من أن مراد الموصى ما ذكرناه بـ (اللهم) ثم قال المسالك: هذا مع إجازة الورثه، ولو لم یجز فالمسأله من اثنى عشر الثلث أربعة _ أى للأجنبى _ والثمانیه بین الزوجه والبنت.

ولو أجاز أحد الورثه خاصه كان للأجنبى بالإضافه إلى الثلث بقدر التفاوت

بين الثلث وبين الحصه المنتزعه من المجيز، ويأتى فى المقام القاعده المذكوره فى علم الحساب التى ذكر الفقهاء تفصيلها فى الإبرث من التباين والتوافق وغيرهما مما تعطى الحصه بدون كسر، وقد ذكر بعض الأمثله المسالك وتبعه الجواهر وغيره فراجعهم.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع إنه لو كان له أربع زوجات و بنت فأوصى بمثل نصيب إحداهن كان له واحد من ثلاثه وثلاثين، إذ أصل الفريضة من ثمانية لهن واحد، فيضرب عددهن فى الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين، ويزاد عليها واحد بالوصيه فتكون ثلاثه وثلاثين.

خلافاً للشيخ حيث قال: كانت الفريضة من اثنين وثلاثين، فيكون للزوجات الثمن أربعة بالسويه وله سهم كواحد و يبقى سبعة وعشرون للبنت، وقد تقدم وجه الاعتذار عنه، وإن قيل بالسهو من قلمه الشريف.

(مسأله ١٥): لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده، فإن أراد جعله مثله صحت الوصيه، والزائد على الثلث يحتاج إلى إجازته، وإن أراد إعطاء نصيبه للأجنبي كان محتاجاً إلى الإجازة في الزائد من الثلث، وإن أراد جعل نصيب الوارث لغيره بما هو تشريع بطلت الوصيه، وإن شك في البطلان وغيره حملت الوصيه على الصحه، وإن شك الأولين كان الزائد على الثلث بحاجه إلى إجازته، وبذلك يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات.

ولو كان له ولد قاتل أو كافر مثلاً فأوصى بمثل نصيبه، فالظاهر الصحه، لأن المتبادر من هذا الكلام أنه لو لم يكن قاتلاً كان له كم، فيعطى مثله للموصى له، تبعاً للجواهر وغيره، خلافاً للشيخ عن مبسوطه فقال بعدم الصحه، وجعله الشرائع أشبه، وعللوه بأنه لا نصيب للقاتل.

وفيه: إن عدم النصيب فعلاً لا يلزم كون معنى كلام الموصى ذلك، فإن الأصل في كلام العقلاء الحمل على الصحه، إلا إذا علم بالخلاف، وفي المقام لم يعلم بالخلاف، ولا فرق في ذلك بين أن يعلم الموصى أنه لا نصيب للقاتل مثلاً، أو لا يعلم، إذ هما لا مدخليه لهما في ظاهر كلامه.

(مسأله ١٦): إذا أوصى أن يكون لفلان الوارث ضعف حصته، فالظاهر إرادته مثل حصه الإرث، فيكون له إرث ومثل إرث، لا أن يعطى ثلاثه مرات، فإن كان له دينار إرثاً أعطى دينارين لا- ثلاثه دنائير، أما إذا قال: أعطوا الأجنبي ضعف نصيب الوارث الفلاني، كان له مثلاه لأنه المنصرف.

ولا يستشكل بأنه كيف اختلف معنى الضعف، لأن الأول إنما تنزل عن المثليين للقرينه عرفاً، وإلا فالضعف معناه المثليين في كل مكان بدون قرينه، وهو مأخوذ من الضعف مقابل القوه، حيث إن الشريك أضعف من المستقل، فلا يقال كيف يكون معنى الضعف بالكسر زياده، وبالفتح القوه، مع أن القاعده أن الماده الواحده تعطى المعنى الواحد في كل هيئاته.

والظاهر أن من فسر الضعف بالمثل أو بالمثليين أراداً شيئاً واحداً، فبملاحظه مع الأصل فسر بالثاني، وبملاحظه نفسه في قبال الأصل فسر بالأول.

فلا- يقال: كيف قال في المسالك: إن الأشهر بين الفقهاء أن ضعف الشيء مثله، بل عن الخلاف حكايته عن عامه الفقهاء والعلماء، مع أن المحكى عن الصحاح والجمهره وابن العبيد أن الضعف المثل، وعن الأزهرى الضعف المثل فما فوقه.

ويؤيد زياده مثل الأصل عليه أو فوق المثل قوله سبحانه: (إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ) (١)، أى عذاب الدنيا وعذاب الآخره كلاً مضاعفاً، وذلك لأن القدوه إذا انحرف تحمل مسؤوليه الذين يقتدون به أيضاً لأنه صار سبب ضلالهم.

وقوله سبحانه: (فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعْفِ)، وقوله سبحانه: (فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ)، وقوله: (يُضَاعَفُ) إلى غيرها.

ص: ٤٥٧

ولو قال: أعطوه ضعفي، فالظاهر أنه ثلاثة لأنه المتبادر، لا لأنه المتيقن كما جعله الشرائع أشبه، خلافاً لما عن المبسوط من أنه يكون له أربعة، ولذا كان المحكى عن أبي عبيده ضعفى الشيء هو مثله.

ثم لو شك فى إعطائه ثلاثة أو أربعة للشك فى إرادته الموصى كان المتيقن ثلاثة.

قال فى محكى الدروس: ولو أوصى له بضعف ولده أعطى مثليه، وبضعفيه ثلاثة أمثاله.

ولو قال: أعطوه ضعف الضعف، فالظاهر أنه أربعة، لأن الضعف الأول اثنان والثانى مثله فىكون أربعة، وبذلك يظهر وجه الضعف فى سائر الأقوال مما لا حاجة إلى الإطاله.

ولو قال: أعطوه أضعاف حصته بالنسبه إلى الوارث، فالظاهر كفايه الأربعة للتبادر.

ولو قال: أعطوه أضعافاً مضاعفاً مضاعفه، فهل يكفى الأربعة لأنه تأكيد، مثل الليل الأليل، أو اللازم ثمانية لأنه أول مضاعفه الأضعاف، والأضعاف كانت أربعة، لا يبعد الأول، ولو شك فإنه متيقن، ويؤيده قوله: (لا تأكلوا الرِّبوا أضعافاً مضاعفةً) (١)، والله العالم.

ص: ٤٥٨

(مسأله ١٧): لو أوصى بثلثه أو أقل أو أكثر مع إجازة الوارث، للفقراء أو العلماء أو الكتاب أو الزراعه والصناعه أو ما أشبه فإن كان انصراف أو قرينه أخرى على الخصوصيه اتبع، ولو صار إجمال بين متيقن وغيره أخذ بالأول، أو إجمال بين أمرين أو أمور عمل بقاعده العدل(١)، وإن كان إطلاق صح صرفه في البلد وغير البلد.

أما إخراجهم عن البلد مع وجود الموصى له في البلد، فربما يكون تكليف بالحرمة والوضع بالضمان، وربما لا يكون أحدهما، وربما يكون أحدهما.

فالأول: كما إذا كان في البلد المصرف وكان الطريق خطراً، ومع ذلك أخرجه فتلف أو سرق، فإنه فعل حراماً وكان ضامناً، لأنه أتلف المال عمداً فاللازم إعطاء بدله فتوىً ونصاً مطلقاً، وفي المقام حيث تقدمت روايه صرف المال في غير مراد الموصى حيث ضمنه الإمام (عليه السلام).

والثاني: كما إذا لم يكن في البلد المصرف وكان الطريق مأموناً واتفق العطب، فإنه لا شيء على الأمين، كما تقدم في الوصيه وفي غيرها.

والثالث: كما إذا كان تفريطاً عقلائياً، ولكنه كان جاهلاً، فإنه لا تكليف مع وجود الوضع، إذ لا تلازم بين عدم التكليف وعدم الوضع، فدليل كل من (الرفع لما لا يعلم) و«على اليد» شامل للمقام.

والرابع: كما إذا كان خطراً لكنه لم يسرق اتفاقاً، حيث قلنا بأن التجري حرام، أو أن تعريض مال الغير للخطر حرام، ثم إذا سرقه السارق وكان من

ص: ٤٥٩

قبيل الموصى إليه كما إذا قال: أعطه للفقراء، وكان السارق فقيراً واحتسبه الوصى له كفى، إذ لا يشترط في المصرف عدم الفسق إلا إذا صرح به الموصى أو ارتكزه.

قال في الشرائع: لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصى جاز، ومعناه جواز كل من النقل وعدمه، ولذا علق عليه المسالك بما لم يستلزم تغيراً بالمال بسبب نقله، ولا- تأخيراً لإخراج الوصيه مع إمكان التعجيل، وإلا أشكل الجواز، وفي إطلاقه ما عرفت من الأقسام الأربعة، وإلى بعض ما ذكرناه أشار الجواهر بقوله: (وفيه إنه لا إشكال أيضاً وإن أتم أو ضمن، إذ الكلام في أصل جواز صرفه فيهم) إلى آخر كلامه.

ثم إن كان أموال الموصى متفرقة وأوصى بالثلث فإن كانت مطلقه جاز إعطاء ثلث كل شيء، كما جاز التبديل، أما إذا لم تكن الوصيه مطلقه لم يجز التبديل، كما في ما إذا كان المال الذي عليه الخمس سكرراً لم يجز تبديل خمسه إلى الملح أو الثلج أو الفحم مثلاً إلا برضا الحاكم الشرعى.

والحاصل إن اللازم اتباع إطلاق أو تقييد الموصى، ولو المستفاد منه ارتكازاً للعرف الحاكم بذلك، ولو شك في جواز التبديل كان الأصل عدمه.

ثم الظاهر من الوصيه قد يكون إرادته الجنس ولو الواحد، وقد يكون إرادته الجمع ولو ثلاثه، وقد يكون إرادته الأكثر، وقد يكون الاستيعاب، فإذا قال: أعطوه للمراجع كان الظاهر الجنس، فيصح إعطاؤه لواحد.

ولو قال: أعطوه للفقراء، وعلم من ارتكازه جماعه منهم أعطاه ثلاثه

أو أكثر، ولو كان المال كثيراً كانت القرينه على إعطاء الأكثر، بل أحياناً المئات.

ولو قال: أعطوه لأقربائى، وكانوا عشره مثلاً، اعطى الجميع كل ذلك يلزم أن يفهم من الارتكاز المكشوف بالعرف أو نحوه.

ولو قال الجمع، ولم يعلم هل أراد الجنس أو الجمع، أقله أو الأكثر، عمل حسب اللغه، لأنها المرجح إذا لم يكن عرف.

ومنه يعلم وجه قول الشرائع: (يدفع إلى الموجودين فى البلد ولا يجب تتبع من غاب، وهل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً، قيل: نعم، وهو الأشبه عملاً بمقتضى اللفظ، وكذا لو قال: أعتقوا رقاباً، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد، إلا أن يقصر ثلث مال الموصى) انتهى.

أقول: لو قال: أطعموا الجياع، فهل يلزم الإشباع ولو واحداً، إذا لم يكن المال إلا بقدر سبع واحد، تقديماً لظاهر الكلام ارتكازاً، أو الثلاثة ولو كلاً- بقدر سبع ثلث بطنه تقديماً لظاهر الجمع، أو التخيير، احتمالات، وإن كان الأول أقرب إلى الذهن العرفى، لكن لم يبعد الثالث.

ومثله لو قال: أعتقوا رقاباً، وقد تقدم فى بعض الروايات تقسيم المال الذى لم يكف كل الوصايا طائفه فى هذا وطائفه فى ذاك.

ولو قصر المال عن سبع حتى واحد، فالظاهر الإطعام بالقدر الممكن للارتكاز ودليل الميسور(1) المروى عن على (عليه السلام) كما فى الغوالى، وقوله (صلى الله

ص: ٤٤١

عليه وآله وسلم): «فأتوا منه ما استطعتم»^(١٢)، فاحتمال أنه يصرف في مطلق سبيل الخير لا وجه له.

ولو ذكر قيدين لم يمكن الجمع بينهما، كما إذا قال: أشبعوا ثلاثه كل واحد بقدر درهم، ثم صار التضخم بما لزم إما رفع اليد عن الدرهم لأن الإشباع بدرهمين، أو عن الإشباع بإطعام درهم نصف البطن، قدم المركوز في أذهان العرف، وذلك غالباً رفع اليد عن قيد الدرهم، إذ الظاهر أنه إنما قال درهم لأنه كان يساوى الشبع في زمانه.

ومثله الوقف الذى يدور الأمر بين قيديه، وما إذا أمر المولى عبده بمثل ذلك، والمسألة سياله.

ص: ٤٤٢

١- العوالى: ج ٤ ص ٥٨ ح ٢٠٦

(مسألة ١٨): إذا أوصى لإنسان بفرسه وللآخر بتمام الثلث، فالفرس إما أقل من الثلث أو بقدره أو أكثر، فإن كان أقل حصل الثاني على تتمه الثلث، وإن كان مساوياً لم يكن للثاني شيء إلا إذا أجاز الورثة، وحينئذ يعطون له ما يشاؤون، إذ لا شيء محدد قابل للإجازة، فإن ارتكاز الموصى إعطاؤه شيئاً، وحيث لا شيء خاص بين فرس و الثلث لا شيء خاص تتعلق به إجازة الوارث وإنما يعطونه شيئاً وفقاً لارتكاز الموصى.

وإن كان أكثر فللورثة أن لا يجيزوا الكثيره، فلا يحصل الأول إلا على بعض الفرس الذى بقدر الثلث، وأن يجيزوها كلها فيحصل الأول على كل الفرس، وأن يجيزوا بعضها فيحصل على بعض الفرس زائداً على الثلث زياده بقدر إجازتهم، وأن يجيزوا فوق ذلك على ما للثاني فيعطوه قدر ما يشاؤون حسب إرادته الموصى إعطاءه شيئاً كما سبق، كما أن للورثة أن لا يجيزوا ما زاد على الفرس من الثلث، وإنما يجيزوا للموصى له الثاني فيكون بقدر الثلث من الفرس للأول وما يعطونه بالإجازة للثاني.

ثم إنه لو تغيرت قيمة الفرس فالاعتبار بقيمته عند الموت، فلو كان بقدر الثلث قبلاً ثم عند الموت صار نصف الثلث كان للثاني السدس، ولو كان قبل الموت أقل من الثلث ثم صار عنده بقدر الثلث احتاج الثاني إلى إجازتهم، ولو كان قبل الموت أكثر ثم صار أقل عنده فكالأول، أو مساوياً فكالثاني.

ومنه يعلم ضعف قول الشرائع، قال: (ولو حدث فى العبد _ لأنه فرض المسألة فى العبد وتمام الثلث _ عيب قبل تسليمه إلى الموصى له كان للموصى له الآخر تكمله الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً، لأنه قصد عطيه التكمله والعبد صحيح)، إذ المعيار بالموت فلا اعتبار بالتسليم وعدمه.

ثم من أين أن قصد الموصى

ذلك بينما ظاهر هذه الوصيه أن المعين يعطى الموصى له، زادت قيمته أو نقصت، عابت أم لا.

نعم لو قصد أن العبد بقيمته صحيحاً يكون من ثلثه وما بقى من الثلث كان للثاني، أعطى العبد للأول، وما بقى بين قيمته صحيحاً ومعيباً للثاني، ويربح الوارث التفاوت بين الصحيح والمعيب كأن كان فرسه يسوى مائه صحيحاً، وكل التركة ستمائه بما فيها الفرس، فإنه يكون للثاني _ والفرس صحيح _ مائه، أما إذا عاب الفرس بما نقص خمسين، فإن المعطى للأول فرس، وللثاني مائه، والخمسون الباقي من الثلث يربحه الورثة إذ لا وصيه به.

ولذا قال فى الجواهر: (فالزيادة للوارث ضروره عدم استحقاق الموصى له بالعبد إياها، لأنها ليست مما أوصى بها له، ولا الثانى لأنها ليست من التتمه، ففى الفرض يأخذ الموصى له الثانى ما زاد من قيمه العبد صحيحاً) انتهى.

ومن ذلك يعرف حال ما إذا تضخمت قيمه الفرس بين الوصيه والموت أو تنزلت، وكذا حال ما إذا تضخمت قيمه بقيه التركة أو تنزلت، أو عابت بعض التركة بما سبب قله قيمتها أو نمت بما سبب كثره قيمتها، وبذلك يظهر مواضع النظر فى كلام المسالك والجواهر فراجعهما.

ولعل مراد الشرائع حيث قال: ولو كانت قيمه العبد بقدر الثلث بطلت الوصيه للآخر، إذ الوصيه الثانیه غير لازمه لا أنها باطله، حتى لا تقبل الإجازة.

ثم إنه لو مات الفرس قبل موت الموصى بطلت الوصيه به لفوت متعلقها، فإن كان مراد الموصى التفاوت بين قيمته والثلث حال الوصيه، أو حال موت الفرس، أو حال موت الموصى أعطى بقدر التفاوت بين القيمه والثلث للموصى له الثانى، وإن اطلق بأن قال: أعطوا الزائد منه إلى الثانى، أعطى التفاوت عند

موت الموصى، بأن يفرض الفرس حياً إلى حال الموت فالتفاوت للثاني، وقد عرفت أن التفاوت إنما يكون إذا لم يكن الفرس بقدر الثلث أو أكثر، وإلا احتاج إلى إجازة الورثة لدى العلم بارتكاز الوصى إرادته تحصيل الموصى له الثاني شيئاً.

ولو انعكس الفرض بأن قال: أعطوا زيداً مائة والباقي من الثلث أعطوا عمرواً من الفرس، فإنه يكون حال المائة هنا حال الفرس فى الفرع السابق، إذ قد يكون المائة عند الموت أقل من الثلث، وقد يكون مساوياً له، وقد يكون أكثر منه، ولكل حكمه كما تقدم.

ثم لو أوصى بدوره الثلاثة وليس له سواها فجعل كل واحده لواحد، حق للوارث إجازة الجميع وإجازة بعض الثلثين الذين لهم لمن شأؤوا، مثلاً- حق لهم إجازة مالهم لأحدهم أو لاثنتين منهم، كل مالهم أو بعض مالهم، مثلاً- إذا كانت كل دار تسوى ثلاثمائة، حق أخذ الثلثين من أحدهم دون الآخرين، أو من اثنين دون آخر، كما يحق لهم أخذ بعض الثلث، مثلاً يأخذون من اثنين مائتين مائتين، أما من الآخر فمائة مثلاً، إلى غير ذلك من الصور، والله العالم.

(مسألة ١٩): لو أوصى له بدار فانهدمت، فإن كانت الوصية على نحو التقييد بطلت، لأن العرصه ليست بدار، وإن كانت على نحو تعدد المطلوب بقت، لأنها جزء الوصية، كما إذا أوصى له بشيئين ففات شيء، وحيث إن المتعارف المرتكز في أذهان الواقفين والموصين الثاني كان مع الشك في أنه أراد أي الأمرين محكوماً بأن العرصه له.

ولا فرق في ذلك بين أن يوصى بإعطائه داره أو إحدى دوره فانهدمت تلك أو كلها، أما إذا انهدم البعض كان اللازم إعطاء أخرى سليمة.

ومنه يعلم وجه النظر في تردد الشرائع، قال: (لو أوصى له بدار فانهدمت وصارت براحاً، ثم مات الموصى بطلت الوصية لأنها خرجت عن اسم الدار، وفيه تردد).

وفصل في المسالك فقال: (موضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصى، وإلا كان رجوعاً)، وفيه نظر، إذ الانهدام قد لا يكون بقصد الرجوع بعد أن كانت الوصية على نحو تعدد المطلوب، فلماذا يكون إبطاً.

أما إذا أوصى بإعطائه أرضه تلك ثم بناها داراً أو جعله بستاناً أو ما أشبهه، فالظاهر أنه عدول، إلا إذا كانت قرائن تدل على العدم.

نعم إذا قال: أعطوه إحدى أراضي، ثم عمر إحداها، خرجت عن كونه طرف الوصية.

ولو أوصى وقال: أعطوه إحدى دوري، ثم باعها واشترى غيرها ثم مات فالظاهر نفوذ الوصية، إذ حالها حال سائر الوصايا المشابهة، كما إذا قال: أعطوه ألف دينار وكانت له دنانير، ثم تلفت وبعد ذلك حصل غيرها، فإن المرتكز عدم الخصوصية للمتعلق الموجود، وأن تشمل الوصية ما كانت موجوده عند الموت، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولو أوصى بدار معينه ثم جعل بعضها اصطبلًا أو دكانًا أو ما أشبهه لم تخرج

البقيه عن المتعلق.

أما خروج الدكان ونحوه، فمبنى على فهم العرف أنه بهيئته الجديده خارجه أم لا.

ولو شك فالأصل بقاء الوصيه، خصوصاً في مثل الاصطبل الذى هو جزء الدار، والدكان الذى هو عباره عن جعل غرفه دكاناً يرفع حاجزه عن الشارع وجعل باب لها إليه فقط، لصدق جزئيته للدار بعد.

ص: ٤٤٧

مسأله ٢٠ لو قال: أعطوا زيدا والفقراء كذا

(مسأله ٢٠): إذا قال: أعطوا زيدا والفقراء كذا، فالظاهر أن ذلك محول إلى إرادته الوصى إن شاء مثلهم أو مثل بعضهم أو أكثر منهم للإطلاق، فقول الشرائع: (كان لزيد النصف من الوصيه) غير ظاهر الوجه، وإن علله المسالك والجواهر بأنه كما لو أوصى لقبيلتين مختلفى العدد، لأنه:

أولاً: ليس كذلك عرفاً.

وثانياً: هناك أيضاً محتمل، فإن قال: أعطوا حاصل هذا الوقف لمدرستين من مدارس طلاب العلوم الدينيه، فهل يعطى أحدهما بقدر الأخرى وإن كان يسكن أحدهما مائه والأخرى عشره، إن مثل ذلك خلاف أذهان الموصين والواقفين، وكذلك حال الإقرار، كما إذا قال: أنا مديون لزيد والفقراء مائه أو للمدرستين أو للقبيلتين، فإنه لا يفهم منه التساوى.

ومنه يعلم عدم وجه لقول بعضهم إن له الربع، وإن علله بأن أقل الفقراء ثلاثه وقد شرك بينهم وبين زيد بالعطف فيكون كأحدهم، فهو فريق والثلاثه فرقاء ثلاثه.

ولو قال: أعطوا المدارس الدينيه مدرسه مدرسه ثلثي، فالظاهر عدم التقسيم بالتساوى إذا كان عدد الطلاب مختلفاً، بل حسب أعدادهم، فالمدرسه ذات المائه تعطى أكثر من ذات الخمسين وهكذا، لأنه المرتكز، كما أن الأمر كذلك فى باب الوقف.

ص: ٤٤٨

(مسألة ٢١): قال فى القواعد: لو أوصى له بثلاث، وآخر بربع، ولثالث بخمس، ولرابع بمثل وصيه أحدهم فله الخمس، وفى مفتاح الكرامة: نبه عليه فى المبسوط وصرح به فى التحرير وجامع المقاصد، وعلمه بأن الإطلاق ينزل على أقل الاحتمالات لتيقنه، والزائد مشكوك.

وفيه: إن الإطلاق يؤخذ به، ولا وجه لتنزيهه على أقل الاحتمالات.

وكذا أمثال ذلك، فلو قال: أعط زيد الفقير ديناراً، وعمراً نصف دينار، وبكراً ربع دينار، وخالداً كأحدهم، رأى العرف أن للمأمور الحق فى أن يعطيه كأحدهم، وكذلك فى الوقف وغيره، كما إذا قال لو كيلى: انكح لى بمثل عدد أزواج أحد الثلاثه، وكان لأحدهم أربع، وللثانى ثلاث، وللثالث اثنتان، فإنه وكيل فى تزويجه أربع أو ثلاث أيضاً، إلى غير ذلك.

ولا يخفى أن أمثال القواعد لا بد وأن يضاف كل ذلك إلى الثلث أو يحتاج إلى إجازة الورثة لأن المجموع يكون (٥٩) من (٦٠)، ولا يخفى بعد ذلك سوق ما اخترناه على أن يكون أضاف إلى الثلث ما أوصى إلى الثلث، ثم قال القواعد: (ولو قال فلان شريكهم فله خمس ما لكل واحد) (١).

أقول:

أولاً: يلزم أن يفرض ذلك فيما إذا أضاف الثلث والرابع والخمس إلى ثلثه، وأجاز الورثة الزائد على الثلث، إذ لو أضاف الكل إلى التركة لا يبقى مجال للوصيه الأخيره، فإنك قد عرفت أن الوصايا الثلاث تستوعب تسعه وخمسين من الستين المقسم عليه التركة كلها.

وثانياً: إن الدليل الذى ذكره مفتاح الكرامة له بعد نقله عن التحرير أيضاً غير واف، قال: (لأنه شرك بينه وبين الكل من حيث هو كل، وذلك لأن الكل مشتركون فى شىء واحد بأجزاء مشاعه، وإن اختلفت الحصص، وحيث كان

ص: ٤٦٩

شريكاً للمجموع من حيث المجموعيه، وإطلاق التوزيع منزل على أقل الحصص وجب أن يكون له خمس ما للمجموع) انتهى، وفيه نظر إذ الإطلاق لا وجه لتزييله على أقل الحصص.

بل الظاهر أنه بيد الوصى لفرض أنه إطلاق، ولذا أشكل على القواعد جامع المقاصد حيث قال: ولقائل إن قوله فلان شريكهم أعم من أن يكون شريكاً للمجموع أو لكل واحد، واشتراك الكل في شيء واحد لا يقتضى إرادته الأول.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام القواعد بعد ذلك، قال: (ولو أوصى لواحد بمائه ولاحر بدار ولاحر بعبد، ثم قال: فلان شريكهم، فله نصف ما لكل واحد، لأنه هنا يشارك كل واحد منفرداً والشركه تقتضى التسويه) انتهى.

إذ فيه: إن الشركه أعم، وكأنه لذا نسبه محكى التحرير إلى القيل، ولم يرتضه فى محكى جامع المقاصد، وعليه فاللازم إعطاء الوصى بعض كل واحد من الثلاثه للرابع للإطلاق.

نعم الظاهر بمقتضى الانصراف أن لا- يعطى الرابع أكثر منهم، كأن يعطى من المائه للرابع ستين، إذ لو كان كذلك لا يجعل صاحب الأربعين الأصل وغيره فرعه، فى المتعارف من المحاورات، بل يجعل العكس.

ولو قال: أعطوا زيدا الثلث وعمروا الربع وخالداً النصف من ثلثي، فإن أجاز الورثه أعطى خالد ما أوصى، وإلا نقص منه نصف السدس حيث إنه الذى زاد بقدر نصف السدس على الثلث، أما الأولان فلا ينقص من نصيبهم شيء لما تقدم فى بعض المسائل السابقه من أن الأوائل تسقط الأواخر.

ولو قال: أعطوا أولادى نصيبهم ومثل نصيبهم، وكان له ثلاثه أولاد مثلاً،

كانت الوصيه صحيحه، واحتمل البطلان إذ لا يعقل القدر الذى قاله، وإنما له الثلث والمفروض أنهم يعطونه سواء وصى أو لم يوص، مثلاً كان له تسعه دنانير فإن لكل واحد منهم ثلاثه إن لم يوص بالإرث، وإن وصى أخذوا سته إرثاً وثلاثه (ثلاثه) وصيه. وفيه: إن الثمره تظهر فى الخمس، حيث إنهم لو أخذوا كل واحد الثلاثه إرثاً لم يكن عليهم خمس، بخلاف ما إذا أخذوا الثلث بالوصيه حيث على دينار كل واحد منهم الخمس مع توفر شرائط الخمس.

ص: ٤٧١

(مسألة ٢٢): بحث منجزات المريض من الأصل أو من الثلث المذكور في كتاب الحجر، والكلام هنا في بعض الفروع، وقد اخترنا هناك أنها من الأصل، فإن «المرء أحق بماله ما دام فيه الروح»^(١)، ولا حاجة إلى ذكر الأمراض هنا، كما فعله الفاضلان وشراحهما وغيرهم.

والظاهر أن المراد بمرض الموت ما يموت فيه، لا ما يخوف ولا يموت، فالموت المعيار لا الخوف، ولذا قال الشرائع: (ولو قيل بتعلق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت، سواء كان مخوفاً في العادة أو لم يكن، لكان مناسباً).

وقال في القواعد: الأقرب عندي أن كل تصرف وقع في مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفاً أم لا، فإنه يخرج من الثلث، كما أن ما ليس بمرض وإن كان يموت فيه لا يدخل في ذلك كطلق المرأه وتزاحم الأمواج، وذلك لتجردها عن إطلاق اسم المرض، كما في الشرائع.

وقال في الجواهر وفاقاً للمشهور بين أصحابنا، بل في المسالك لم ينقل المصنف ولا غيره خلافاً فيه، بل في جامع المقاصد الإجماع عليه.

ومنه يعلم أن مثل من يقدم لرجمه، أو قتله قصاصاً، أو لأجل جنايه، أو لأن عدوه ظفر به فيقتله، أو سقط في بئر فيموت ولو جوعاً وعطشاً لعدم وجود ماء، أو في حال سقوط الطائره، أو الاحتراق، أو في حال هوى حائط المنجم عليه، وقرب الاستشهاد في ساحه الحرب، أو ما أشبه ذلك، لا يدخل في عنوان مرض الموت الذي علق به الحكم، واستنباط العله بعد عدم القطع بها، ومخالفه

ص: ٤٧٢

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣. الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٢

المشهور، بل المجمع عليه إلا ما يحكى من ابن الجنيد من الإلحاق، غير ظاهر الوجه.

قال سماعة: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عطية الوالد لولده، فقال: «أما إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء، وأما فى مرضه فلا يصلح» (١).

وقال عقبه بن خالد: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه، قال (عليه السلام): «ما يعتق منه إلا ثلثه» (٢).

وسأل الحلبي أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرئه فى مرضها، فقال (عليه السلام): «لا».

وفى حديث آخر مثله، وزاد: «ولكنها إن وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها» (٣).

إلى غيرها المحمولة على جملة من المحامل، والتي منها التقيه، لموافقته لمذهب أكثر العامة، كما عن العلامة فى التذكرة، وتبعه الوسائل وغيره.

بخلاف المشهور الذين ذهبوا إلى الصحة للصحة المتواترة:

مثل ما رواه أبو بصير وسماعة، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته، قال (عليه السلام): «هو ماله يصنع ما شاء به إلى أن يأتيه الموت» (٤)، إلى هنا رواه سماعة.

ص: ٤٧٣

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٤ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ١١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٤ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ١٣
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٤ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ١٥
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ١

وفى روايه أبى بصير، زياده: «إن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حياً، إن شاء وهبه، وإن شاء تصدق به، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل فى أن لا يضع من يعوله، ولا يضر بورثته» (١).

وعن ابن أبى السماك، عمن أخبره، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «الميت أولى بماله ما دامت فيه الروح» (٢).

وقال عمار بن موسى: إنه سمع أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شيء من الروح، يضعه حيث يشاء» (٣).

وعن مرزم، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل يعطى الشيء من ماله فى مرضه، فقال: «إذا أبان به فهو جائز، وإن أوصى به فهو من الثلث» (٤).

وعن عمار الساباطى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت: الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به، قال: «نعم، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث» (٥).

إلى غيرها من الروايات الموجوده فى الوسائل والمستدرک والوافى وغيرها.

ثم إن المحقق ذكر بعض الفروع المبنيه على مختاره من أن المنجزات من الثلث، ونحن نذكرها تبعاً له.

الأول: إنه إذا تبرع بتنجز أمور متعدده فى مرض موته، كما لو وهب وباع

ص: ٤٧٤

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٢
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨١ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٣
- ٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٢ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٤
- ٤- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٨٢ الباب ١٧ من أبواب الوصايا ح ٦
- ٥- الوسائل: ج ١٣ ص ٣٦٧ الباب ١١ من أبواب الوصايا ح ١٢

وكانت أكثر من الثلث بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث، وكان النقص على الأخير، إلا إذا أجاز الوارث فبقدر ما أجاز، كما تقدم مثله فيما إذا أوصى بوصايا متعددة.

وعليه فإذا جمع بين عطيه منجزه، وعطيه مؤخره بعد الموت بنحو الوصيه كان حالهما كما تقدم في أن الثلث إذا كان يفى بهما خرجا منه، وإلا- فالأول فقط، وإن لم يف بالأول صح منه ما يفى به، وإن وفى به وبعض الثانى صح الأول مطلقاً، والثانى بقدر الوفاء، إلا إذا أجاز الوارث فيصح الزائد على الثلث مطلقاً.

الثانى: قال فى الشرائع: إذا باع كراً من طعام قيمته ستة دنانير وليس له سواه، بكر ردىء قيمته ثلاثه دنانير، فالمحابه هنا بنصف تركته فيمضى بمقدار الثلث، فلو رددنا الثلث على الورثه لكان رباً، فالوجه فى تصحيحه أن يرد على الورثه ثلث كرههم، ويرد على المشتري ثلث كرهه، فيبقى مع الورثه ثلث كر قيمتها ديناران، ومع المشتري ثلث كر قيمتها أربعه دنانير، فيفضل معه ديناران وهى الثلث من ستة.

أقول: والضابط كما ذكره المسالك: إنه يجب أن يبقى مع الورثه ضعف ما صحت فيه المحابه من غير لزوم الربا، وقد ذكر هو وقبله القواعد وبعده الجواهر المسأله بإسهاب، ولا داعى لتفصيلها.

ثم إنه لو شك فى أنه هل نجز فى مرضه أو فى صحته، وكان محلاً- للاستصحاب جرى، وإلا- كان الأصل صحه المنجزات للشك فى موضوع عدم التنجيز.

ولو اختلفا فقال الوارث: عقد أو نحوه فى مرضه الذى مات فيه، وقال الطرف: بل لم يكن مريضاً، أو فعل ذلك فى غير مرضه الذى مات فيه، بل برئ من ذلك المرض ثم مات فجئه أو بمرض آخر، ففى ادعاء الطرف أنه لم يكن

مريضاً يكون الأصل معه، وفي ادعائه أنه برئ ثم عقد ثم مرض ومات أو مات فجئه يكون الأصل مع الوارث، حيث إن الاستصحاب معه، والطرف مدع.

ثم الظاهر أنه يحق للمريض مرض الموت إنجاز عقد أو إيقاع، لأنه لا دليل على منعه، وإنما يكون الخيار بيد الوارث، إن شاء أجاز وإن شاء منع.

نعم يمكن أن يقال على القول بأن له الثلث: إنه إن علم أن إنجازَه يوجب تفويت الزائد على الثلث على الوارث، حيث إنه لا يقدر على الاستدراك إذا لم يرد الإجازة، لم يجز للمريض الإقدام، لأنه تفويت لحقه، كما تقدم مثل هذه المسألة في أوائل الكتاب.

ولا يخفى أن عدم حق للمريض في أكثر من الثلث منوط بالواقع، فإذا زعم صحه نفسه لكنه كان مريضاً كان له الثلث، ولو انعكس بأن زعم مرض نفسه لكنه كان صحيحاً كان له الكل.

ولو اختلف الورثه في الإجازة والعدم كان لكل حكمه بقدر حصته.

ولو جاء في الأرض فهل للزوجه حق الرد وإن لم ترث هي لمورده، أم لا، لأنها لا حق لها في الأرض، فلا حق لها في ما يتعلق بالأرض، احتمالان، وقد ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب والمعنا إليه في حق الإنسان في ما حجره من كتاب إحياء الموات بأن لم يرد ملكاً، وإنما صار له حق الأولويه.

ولنختم الكتاب بروايتين عن علي (عليه السلام) كما في المستدرک، فقد روى عن الصادق (عليه السلام) عن آبائه (عليهم السلام) عن أمير المؤمنين (عليهم السلام)، أنه حضره رجل مقل فقال: ألا أوصى يا أمير المؤمنين (عليه السلام)؟ فقال (عليه السلام): «أوص بتقوى الله، وأما المال فدعه لورثتك، فإنه طفيف يسير، وإنما قال الله:

(إن ترك خيراً) وأنت لم تترك خيراً توصى فيه» (١١).

وعن الأصبغ إنه قال: أوصى رجل ودفع إلى الوصى عشرة آلاف درهم، وقال: إذا أدرك ابني فأعطه ما أحببت منها، فلما أدرك استعدى أمير المؤمنين (عليه السلام) قال له: «كم تحب أن تعطيه»، قال: ألف درهم، قال: «أعطه تسعة آلاف درهم فهي التي أحببت وخذ الألف» (١٢).

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، والصلاه والسلام على محمد وآله الطاهرين.

تم كتاب الوصيه، فى ليله ميلاد الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام)، ثالث عشر رجب ١٤٠٢ هجرية، بيد مؤلفه.

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

فى بلده قم المقدسه

ص: ٤٧٧

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٨٢ الباب ٦٩ من نواذر الوصايا ح ١

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٢٨ و ٥٢٩ الباب ٦٩ من نواذر الوصايا ح ٥

المحتويات

المحتويات

ص: ٤٧٩

معنى الوصيه..... ٥

مسأله ١ _ هل الوصيه تحتاج إلى القبول..... ١٢

مسأله ٢ _ القبول بعد الموت..... ٢١

مسأله ٣ _ توضيح الواجبات بظهور أمارات الموت..... ٢٥

مسأله ٤ _ أقسام رد الموصى له..... ٣٣

مسأله ٥ _ لو قبل الموصى له بعض الوصيه..... ٤٦

مسأله ٦ _ هل يجوز للورثه التصرف قبل القبول..... ٥١

مسأله ٧ _ إذا مات الموصى له قبل القبول..... ٥٤

مسأله ٨ _ الوصيه بحاجه إلى القبول..... ٨٢

مسأله ٩ _ الوصيه تتحقق بكل مظهر..... ٩١

مسأله ١٠ _ شرائط الموصى..... ١٠٠

مسأله ١١ _ جعل الأب والجد القيم..... ١٢١

فصل فى الموصى به

١٣١ _ ٢٠٢

مسأله ١ _ لا وصيه فى أزيد من الثلث..... ١٤١

ص: ٤٨١

مسألة ٢ _ لا يشترط قصد كونه من الثلث..... ١٥٢

مسألة ٣ _ لو لم يعلم هل هو بالواجب أم لا..... ١٥٨

مسألة ٤ _ إجازة الوارث بعد حياة الموصى..... ١٦٤

مسألة ٥ _ لو قال الورثة ظناً بكذا..... ١٧٦

مسألة ٦ _ الثلث حال الوفاة..... ١٨٥

مسألة ٧ _ هل النقص على الثلث..... ١٩٢

مسألة ٨ _ إذا حصل المال بعد الموت..... ١٩٦

فصل

٢٠٣ _ ٣٤٠

مسألة ١ _ لا تصح الوصية للمعصية..... ٢٠٣

مسألة ٢ _ جواز الرجوع عن الوصية..... ٢٠٩

مسألة ٣ _ لو أوصى بالمضاربه بتركته..... ٢١٧

مسألة ٤ _ هل الواجب بالمعارض كالواجب بالأصل..... ٢٢٤

مسألة ٥ _ حق الله وحق الناس..... ٢٣١

مسألة ٦ _ إذا لم يكف الثلث لوصاياه..... ٢٣٥

مسألة ٧ _ صور الوصايا المتعدده..... ٢٤١

مسألة ٨ _ لو أوصى بمعين زائد على الثلث..... ٢٤٥

مسألة ٩ _ الوصية بجزء المال..... ٢٥١

مسألة ١٠ _ لو أوصى بسهم من ماله..... ٢٥٨

مسألة ١١ _ لو أوصى بالسدس..... ٢٦١

مسأله ١٢ _ لو أوصى بشيء من ماله..... ٢٦٣

مسأله ١٣ _ لو أوصى بسفينه أو صندوق..... ٢٦٦

مسأله ١٤ _ لو أوصى بحرمان بعض الورثه..... ٢٧٠

ص: ٤٨٢

- مسألة ١٥ _ لو أوصى بلفظ مجمل..... ٢٧٦
- مسألة ١٦ _ لو أوصى بمال كثير..... ٢٨٢
- مسألة ١٧ _ لو أوصى بشيء مبهم..... ٢٨٧
- مسألة ١٨ _ لو أوصى بحمل الدابة..... ٢٨٨
- مسألة ١٩ _ لو قال: إن كان ذكراً فكذا أو أنثى فكذا..... ٢٩٢
- مسألة ٢٠ _ على من نفقه الدابة؟..... ٣٠١
- مسألة ٢١ _ يلزم اتفاق الورثة..... ٣٠٨
- مسألة ٢٢ _ الوصية تثبت بشاهدين..... ٣١٤
- مسألة ٢٣ _ شهادة المرأة في الوصية..... ٣٢٩
- مسألة ٢٤ _ شهادة العدل الواحد مع اليمين..... ٣٣٧
- مسألة ٢٥ _ شهادة الوصي..... ٣٣٩

فصل فى الموصى له

٣٤١ _ ٣٧٤

- مسألة ١ _ الوصية للمعدوم أو بالمعدوم..... ٣٤١
- مسألة ٢ _ الوصية للوارث..... ٣٤٤
- مسألة ٣ _ لو كان الموصى به غير محصور..... ٣٥٤
- مسألة ٤ _ الوصية للحمل..... ٣٦٤
- مسألة ٥ _ لو أوصى المسلم للفقراء..... ٣٦٦

فصل فى الأوصياء

٣٧٥ _ ٤٧٧

مسأله ١ _ عدم اعتبار اللفظ فى الوصيه..... ٣٧٥

ص: ٤٨٣

- مسألة ٢ _ لو أوصى إلى العاقل فجذ ٣٨٤
- مسألة ٣ _ الوصية إلى الصبي ٣٨٧
- مسألة ٤ _ الوصية إلى المرأة ٣٩٧
- مسألة ٥ _ لو أوصى إلى اثنين ٤٠٠
- مسألة ٦ _ وجوب قبول الوصية ٤١٣
- مسألة ٧ _ الوصية إلى العاجز ٤٢٣
- مسألة ٨ _ خيانه الوصي ٤٢٦
- مسألة ٩ _ عمل الوصي حسب العرف ٤٢٨
- مسألة ١٠ _ اشتراء الوصي من مال الميت ٤٣٣
- مسألة ١١ _ صفات الموصى حال التنفيذ ٤٤١
- مسألة ١٢ _ لا تصح الوصية على الكبار ٤٤٣
- مسألة ١٣ _ أجره المثل للوصي ٤٤٧
- مسألة ١٤ _ لو أوصى للأجنبي عن الإرث ٤٥٣
- مسألة ١٥ _ لو أوصى للأجنبي بنصيب ابن ٤٥٦
- مسألة ١٦ _ لو أوصى بالضعف ٤٥٧
- مسألة ١٧ _ لو أوصى للفقراء ٤٥٩
- مسألة ١٨ _ لو أوصى بفرسه وللآخر بتمام الثلث ٤٦٣
- مسألة ١٩ _ لو أوصى بدار فانهدمت ٤٦٦
- مسألة ٢٠ _ لو قال: أعطوا زيداً والفقراء كذا ٤٦٨
- مسألة ٢١ _ لو أوصى بثلاث ولاحر ربع ٤٦٩

مسأله ٢٢ _ منجزات المريض..... ٤٧٢

المحتويات..... ٤٤٩

ص: ٤٨٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

