



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



اشرافيية
عليه صلوات الله
عليه و آله

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

مُسْتَعَارًا لِكَلِمَاتِ الْأَهْلِ وَالْبَيْتِ

الْقُدُّوسِ

بِتَرْجُمَةِ الْأَسْمَاءِ

وَالْبُرُوقِ بِمَنْزِلَةِ الْأَهْلِ وَالْبَيْتِ

الشَّهِيدِ

بِسْمِ اللَّهِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام

كاتب:

شيخ زين الدين عاملى شهيد ثانى

نشرت فى الطباعة:

موسسه المعارف الاسلاميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام المجلد ٦
٩	اشاره
١٠	اشاره
١٤	تتمه القسم الثاني في العقود
١٤	كتاب الهبات
١٤	اشاره
١٦	الأول في الحقيقة
٥٧	الثاني في حكم الهبات
٥٧	اشاره
٥٧	الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع من آخر
٦١	الثانية: إذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض
٦٣	الثالثة: لو قال: وهبت و لم أقبضه، كان القول قوله، و للمقرّ له إخلافه إن ادعى الإقباض
٦٦	الرابعة: إذا رجع في الهبة و قد عابت لم يرجع بالأرض
٦٨	الخامسة: إذا وهب و أطلق، لم تكن الهبة مشروطة بالثواب
٧٣	السادسة: إذا صنع الموهوب له الثوب، فإن قلنا: التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب
٧٤	السابعة: إذا وهب في مرضه المخوف و برئ، صحت الهبة
٧٦	كتاب السبق و الرمايه
٧٦	اشاره
٨٠	و تحقيق هذا الباب يستدعى فصولا
٨٠	اشاره
٨٠	الأول في الألفاظ المستعمله فيه
٩٣	الثاني فيما يسابق به
٩٧	الثالث في عقد المسابقه و الرمايه

٩٧	اشاره
٩٧	عقد المسابقه
١٠٥	و أما عقد الرمي
١١٠	الفصل الرابع في أحكام النضال
١١٠	اشاره
١١٠	الأولى: إذا قال أجنبي لخمسه: من سبق فله خمسته، فتساووا في بلوغ الغايه
١١٢	الثانيه: لو كانا اثنين و أخرج كل واحد منهما سبقا و أدخلهما محللا و قال: أيّ الثلاثة سبق فله السبقان
١١٤	الثالثه: إذا شرط المبادره، و الرشق عشرين، و الإصابه خمسته، فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمسته
١١٦	الرابعه: إذا تمّ النضال، ملك الناضل العوض
١١٧	الخامسه: إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل، و يسقط المستمي لا إلى بدل
١٢١	السادسه: إذا نزل أحدهما الآخر في الإصابه، فقال له: اطرح الفضل بكذا
١٢٣	كتاب الوصايا
١٢٣	اشاره
١٢٥	الأول في الوصيه
١٢٥	اشاره
١٤١	فرع
١٥٠	الثاني في الموصي
١٥٦	الثالث في الموصى به
١٥٦	اشاره
١٥٦	الأول: في متعلق الوصيه
١٥٦	اشاره
١٨٣	فرع
١٨٦	الطرف الثاني: في الوصيه المبيهمه
١٨٦	اشاره
١٩٩	تفريع
٢٠٠	الطرف الثالث: في أحكام الوصيه

- ٢٠٠ اشارة
- ٢٢٠ مسائل أربع
- ٢٢٠ الأولى: إذا أوصى بعتق عبده و ليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعه
- ٢٢١ الثانيه: لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له سواه
- ٢٢١ الثالثه: لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه و جب
- ٢٢٣ الرابعه: لو أوصى بعتق رقبه بثمان معتين، فلم يجد به لم يجب شراؤها
- ٢٢٥ الرابع فى الموصى له
- ٢٥١ الخامس فى الأوصياء
- ٢٥١ اشارة
- ٢٨٠ مسائل ثلاث
- ٢٨٠ اشارة
- ٢٨٠ الأولى: الصفات المرعاة فى الوصى تعتبر حاله الوصيه
- ٢٨٥ الثانيه: تصخ الوصيه على كل من للموصى عليه ولاية شرعيه
- ٢٨٦ الثالثه: يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ (١) أجره المثل عن نظره فى ماله
- ٢٩٠ السادس فى اللواحق
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ القسم الأول، و فيه مسائل
- ٢٩٠ اشارة
- ٢٩٠ الأولى: إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد
- ٢٩٦ الثانيه: لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده
- ٣٠١ الثالثه: إذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثلاه
- ٣٠٣ الرابعه: إذا أوصى بثلثه للفقراء و له أموال متفرقه
- ٣٠٦ الخامسه: إذا أوصى لإنسان بعيد معتين، و لآخر بتمام الثلث
- ٣٠٨ السادسه: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه و هو مريض، عتق عليه من أصل المال
- ٣١٢ السابعه: إذا أوصى له بدار فانهدمت و صارت براحا ثم مات الموصى بطلت الوصيه
- ٣١٢ الثامنه: إذا قال: أعطوا زيدا و الفقراء كذا

القسم الثاني في تصرفات المريض ٣١٤

اشاره ٣١٤

فالمؤجله ٣١٤

أما منجزات المريض ٣١٥

و هاهنا مسائل ٣٢٧

الأولى: إذا وهب و حابى، فإن وسعهما الثلث فلا كلام، وإن قصر بدئ بالأول فالأول ٣٢٧

الثانية: إذا جمع بين عطيه منجزه و مؤخره قدّمت المنجزه ٣٢٧

الثالثة: إذا باع كرا من طعام قيمته ستّه دنانير، و ليس له سواه، بكرى قيمته ثلاثه دنانير ٣٣١

الرابعة: لو باع عبدا قيمته مائتان بمائه و برى لزّم العقد ٣٣٦

الخامسه: إذا أعتقها فى مرض الموت و تزوّج و دخل بها، صحّ العقد و العتق ٣٤٠

السادسه: لو أعتق أمته و قيمتها ثلث تركته، ثمّ أصدقها الثلث الآخر و دخل ثمّ مات ٣٤١

تعريف مركز ٣٤٤

سرشناسه : شهيد ثانی، زين الدين علی، ق ٩٦٦ - ٩١١

عنوان و نام پديد آور : مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام [محقق حلی]: الفهارس العامه/ تالیف زين الدين بن علی
العالمی "شهيد ثانی"؛ تحقيق و نشر موسسه المعارف الاسلاميه

مشخصات نشر : قم: موسسه المعارف الاسلاميه، ١٤٢٣ق. = ١٣٨١.

مشخصات ظاهری : ص ٤٤٨

فروست : (بنیاد معارف اسلامی ٤٧)

شابک : ٩٦٤-٧٧٧٧-٢٧-٢(ج.١٦)؛ (دوره)؛ (دوره)

یادداشت : جلد شانزدهم "مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام" الفهارس می باشد

یادداشت : عربی.

یادداشت : عنوان روی جلد: الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

یادداشت : کتابنامه

عنوان روی جلد : الفهارس مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام.

موضوع : شهيد ثانی، زين الدين علی، ٩٦٦ - ٩١١ق. مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام -- فهرستها

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٢ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفری -- قرن ٧

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٧٦ - ٦٠٣ق. شرايع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

شناسه افزوده : بنیاد معارف اسلامی

رده بندی کنگره : BP182/م3ش ٤٠٧٢ ١٣٨١

رده بندی دیویی : ٢٩٧/٣٤٢ م ٣٣١ ش/ش ش

شماره کتابشناسی ملی : م ۸۲-۴۳۱۸

ص: ۱

اشاره

تمه القسم الثاني في العقود

كتاب الهبات

اشاره

كتاب الهبات

ص: ٥

الأول فى الحقيقه

الأول فى الحقيقه الهبه هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض، تملكاً منجزاً مجرداً عن القربه. (١) كتاب الهبات جمعها باعتبار أفرادها المختلفه فى الحكم، كالهبه المقبوضه و غيرها، و المعوض عنها و غيرها، و المتصرف فيها و غيرها، و الواقعه للرحم و غيره، و نحو ذلك، و إلا فهى حقيقه واحده و إن اختلفت خواصها، و من ثم عبر الأكثر بها موحد.

قوله: «الهبه هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض تملكاً منجزاً مجرداً عن القربه».

قد تقدم (١) الكلام فى إطلاق [المعنى المطلوب من] (٢) هذه الألفاظ على العقد الدال عليها فى نظائره من البيع و غيره، و أنه مجاز من باب إطلاق اسم السبب على المسبب، أو حقيقه. و العقد هنا بمنزله الجنس يشمل سائر العقود، و خرج به الفعل الدال على ذلك، كتنار العرس و إحضار الطعام بين يدي الضيف، فإنه لا- يسمى هبه بل إباحه، و الموت المقتضى لتملك الأعيان بالإرث، و حيازه المباحات كالاحتطاب و الاحتشاش.

ص: ٧

١- (١) لاحظ ج ١٤٤: ٣.

٢- (٢) لم ترد فى «س» و «ش». و لعله أولى.

و قد يعبر عنها بالنحلة و العطيّه. (١) و خرج بقوله: «المقتضى لتمليك العين» نحو العاربه و الإجاره، فإنّ الأوّل لا يقتضى تمليكا مطلقا، و الثاني يقتضى تمليك المنفعه. و بقوله: «من غير عوض» نحو السبع و الصلح الواقع على الأعيان بعوض. و بقوله: «منجزا» الوصيّه بالأعيان، فإنّ ملكها يتوقّف على الموت. و بقوله: «مجّدا عن القربه» الصدقه، فإنّها مشروطه بها كما سلف، و الوقف و السكنى و ما يلحق بها إن اعتبرنا فيها القربه، و إلّا فالتعريف منتقض بها كما هو الأصحّ. و دخل فى العقد الدالّ على ذلك إشاره الأخرس، بخلاف ما عّبر به غيره من أنّه «اللفظ الدالّ على ذلك» فإنّها خارجه.

و ينتقض فى عكسه بالهبه المشروط فيها الثواب و المتقرّب بها، فإن القربه و إن لم يشترط فيها إلّا أنها لا تنافيه، بل المتقرّب بها أكمل أفرادها.

و يمكن دفعها بأنّ المراد من قوله: «من غير عوض و مجّدا عن القربه» أنّ العوض غير لازم فيها و كذا القربه، لا انتفاء العوض و القربه أصلا، و الهبه المشروط فيها العوض و المتقرّب بها العوض و القربه غير شرط، فلو تجرّدت عنهما صحّت، بخلاف ما يعتبران فيه كالبيع و الصدقه.

و بأنّ العقد المذكور لا يقتضى الملك بنفسه، بل لا بدّ معه من القبض إجماعا، فلا يكون وحده مقتضيا للملك.

و يمكن دفعه بأنّه إنّما جعله مقتضيا للتمليك لا للملك، و لا شبهه فى أنّ قوله:

«وهبتك» يقتضى تمليكه العين المخصوصه و إن لم يتحقّق الملك بذلك، بل توقّف على أمر آخر. أو يقال: إنّ الاقتضاء أعمّ من التامّ و الناقص، فلا ينافى توقّفه على أمر آخر.

قوله: «و قد يعبر عنها بالنحلة و العطيّه».

النحلة - بالكسر - اسم للعطيّه، و المصدر النحل بالضم، تقول: نحلته أنحله (١) نحلا - و العطيّه تطلق على مطلق الإعطاء المتبرّع به (٢)، فيشمل الوقف

ص: ٨

١ - ١) راجع الصحاح ١٨٢٦: ٥، و لسان العرب ١١: ٦٥٠ مادّه (نحل).

٢ - ٢) راجع الصحاح ١٨٢٦: ٥، و لسان العرب ١١: ٦٥٠ مادّه (نحل).

و هي تفتقر إلى الإيجاب و القبول (١) و القبض. فالإيجاب كل لفظ قصد به التملك المذكور كقوله-مثلا-: وهبتك و ملكتك.

و الصدقه و الهبه و الهديه و السكنى، و من ثم أطلق بعض الفقهاء (١) عليها اسم العطايا و عنونها بكتاب، فتكون أعم من الهبه. و النحل في معناها، فيكون إطلاقها على الهبه كإطلاق الجنس على النوع. و قد عرفت أن الهبه أعم من الصدقه، لاشرطها بالقربه دونها.

و أما الهديه فهي أخص من الهبه أيضا، لأنها تفتقر إلى قيد آخر مضافا إلى ما ذكر في تعريف الهبه، و هو أن يحمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب منه إعظاما له و توقيرا، فامتازت عن مطلق الهبه بذلك، و لهذا لا يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها، فلا يقال: أهدى إليه دارا و لا أرضا، و يقال: و هبه ذلك، فصارت الهبه أعم منها أيضا (٢).

و على هذا يتفرع أنه لو نذر الهبه برئ بالهديه و الصدقه، دون العكس مطلقا.

و لو حلف لا يهب، فتصدق أو أهدى حنث، دون العكس بتقدير فعله فردا منها خارجا عنهما. و قال الشيخ في المبسوط: «الهبه و الهديه و الصدقه بمعنى واحد» (٣) ثم علله بمسأله الحلف، و هي لا تدل على مطلوبه كما لا يخفى، بل التحقيق ما ذكرناه.

قوله: «و هي تفتقر إلى الإيجاب و القبول. إلخ».

لما كانت الهبه من العقود اللازمة على تقدير اجتماع شرائط اللزوم اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من الإيجاب و القبول القوليين العربيين و فوريه القبول للإيجاب بحيث يعد جوابا له، و غير ذلك مما يعتبر في العقود. و لما كانت جائزه على كثير من الوجوه لم يضيّقوا المجال فيها على حدّ العقود اللازمة، فاكتفوا فيها بكلّ ما دلّ على التملك المذكور، حتى قالوا: لو قال: هذا لك، مع نيه الهبه كفى مع كونه ليس

ص: ٩

١- ١) راجع إرشاد الأذهان ٤٤٩: ١.

٢- ٢) في «س»: أعم منها مطلقا.

٣- ٣) المبسوط ٣٠٣: ٣.

بلفظ الماضى، لدلالته على الإنشاء من حيث اسم الإشارة المقترن بلام الملك أو الاختصاص. و هذا بخلاف ما لو قال: هذا مبيع لك بكذا، فإنّ البيع لا ينعقد به، لما قلناه من عدم لزوم هذا العقد مطلقاً، فتوسّع فيه كما توسّعوا في عقد الرهن حيث كان جائزاً من أحد الطرفين لازماً من الآخر.

و ظاهر الأصحاب الاتّفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولى في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدلّ على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرّد الإباحه، حتى لو كانت جاريه لم يحلّ له الاستمتاع بها، لأنّ الإباحه لا تدخل في الاستمتاع.

قال الشيخ في المبسوط: «و من أراد الهدية و لزومها و انتقال الملك منه إلى المهدى إليه الغائب فليوكّل رسوله في عقد الهدية معه، فإذا مضى و أوجب له و قبل المهدى إليه و أقبضه إيّاها لزمه العقد، و ملك المهدى إليه الهدية» (١). و نحوه قال في الدروس (٢)، و جعل عدم اشتراط الإيجاب و القبول فيها احتمالاً.

و اختلف كلام العلامة ففى القواعد (٣) قطع بأنّ الهدية كالهبة فى اشتراطها بالإيجاب و القبول و القبض. و فى التحرير نقل قريباً من كلام الشيخ، ثمّ قال: «و لو قيل بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهها، قضاء للعاده بقبول الهدايا من غير نطق» (٤).

و يلوح من آخر كلامه فى التذكرة (٥) الفتوى به من غير تصريح، لأنّه نقل عن قوم من العامّة أنّه لا حاجة فى الهدية إلى الإيجاب و القبول اللفظيين، بل البعث من

ص: ١٠

١-١ (١) المبسوط ٣:٣١٥.

٢-٢ (٢) الدروس: ٢٣٨.

٣-٣ (٣) قواعد الأحكام ١:٢٧٤.

٤-٤ (٤) تحرير الأحكام ١:٢٨٤.

٥-٥ (٥) تذكرة الفقهاء ٢:٤١٥.

جهد المهدى كالإيجاب و القبض من جهه المهدى إليه كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهده صَلَّى الله عليه و آله و سلم إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم.

قال: «و منهم من اعتبرهما كما في الهبه، و اعتذروا عما تقدم بأن ذلك كان إباحه لا تمليكا. و أوجب بأنه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، و معلوم أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم كان يتصرف فيه و يملكه غيره، و يمكن الاكتفاء في هدايا الأطمعه بالإرسال و الأخذ جريا على العاده بين الناس».

قال: «و التحقيق مساواه غير الأطمعه لها، فإن الهدية قد تكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم، فإن ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا».

و هذا الذى ذكره من التحقيق يشعر بما نقلناه عنه من الاكتفاء بذلك، و هو حسن. و مع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاه يفيد الملك المترزل، و يبيح التصرف و الوطى، و لكن يجوز الرجوع فيها قبله، عملا- بالقواعد المختلفه، و هى أصاله عدم اللزوم، مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به، و ثبوت جواز التصرف فيها، بل وقوعه و وقوع ما ينافى الإباحه، و هو الوطء و إعطاؤه الغير، فقد وقع ذلك للنبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم فى ماريه أم ولده (١)، و قد كان يهدى إليه الشئ فيهديه لزوجاته و غيرهم (٢)، و أهدى إليه حلّه فأهداها لعلي عليه السلام (٣) من غير أن ينقل

ص: ١١

١-١ الطبقات الكبرى ١:١٣٤

٢-٢ الطبقات الكبرى ٨:١٨٨-١٨٩، المستدرک للحاكم ٣:٢١٨.

٣-٣ راجع سعد السعود: ٩٠، و البحار ٧٦:٤٣.

و لا يصح العقد إلا من بالغ كامل العقل جائز التصرف. (١) و لو وهب ما فى الذمه، فإن كانت (٢) لغير من عليه الحق، لم يصح على الأئمة، لأنها مشروطة بالقبض. و إن كانت له صح و صرفت إلى الإبراء، قبول لفظي عنه و لا من الرسل إيجاب كذلك مقارن له، و هذا كله يدل على استفادة الملك فى الجملة لا الإباحة، و لا ينافى جواز رجوع المهدى فى العين ما دامت باقية.

و اعلم أن المصنف ذكر الإيجاب فى الهبة و لم يذكر القبول، و لعله اكتفى بأصل اشتراطه و ظهور لفظه من لفظ الإيجاب، فإنه الرضا به.

قوله: «و لا يصح العقد إلا من بالغ كامل العقل جائز التصرف».

إطلاق العقد شامل لمتولّى الإيجاب و القبول، فكما لا يصح إيجاب الهبة من الصبيّ و المجنون و العبد و المحجور عليه لا يصح قبولها منهم، لكن تولّى الإيجاب منتف منهم و من الولي، إذ لا غبطه لهم فى هبة ما لهم إلا على وجه نادر، و أما القبول فيمكن من الولي. و لا فرق فى الصبيّ بين من بلغ عشرة و غيره.

و تبه باشتراط وقوع العقد من البالغ مطلقا على خلاف من جوز هبة و صدقه من بلغ عشرة من الأصحاب (١)، و على خلاف بعض العامة [١] حيث اكتفى بإيجاب الولي حتى فى البيع بأن يقول: اشتريت لطفلى كذا، أو أتتهب له كذا. و من هذا الباب ما لو قال الولي: جعلت هذا الشيء لابنى و كان صغيرا، أو غرس شجرا و قال:

غرسته له و نحو ذلك، لم يكن فى ملكيه الولد حتى يقبل له لفظا بناء على عدم الاكتفاء بالإيجاب، و فرع المجتزى به الاكتفاء بذلك فى ملكه.

قوله: «و لو وهب ما فى الذمه فإن كان إلخ».

هنا مسألتان:

أولاهما: أن يهب الدين لغير من هو عليه، و فى صحته قولان:

ص: ١٢

أحدهما -و عليه المعظم-:العدم، لأنَّ القبض شرط في صحَّه الهبه، و ما في الذمّه يمتنع قبضه، لأنه ماهيّه كليّه لا وجود لها في الخارج، و الجزئيات التي يتحقّق الحقّ في ضمنها ليس هي الماهيّه، بل بعض أفرادها، و أفرادها غيرها.

و الثاني: الصحّ، ذهب إليه الشيخ (١) و ابن إدريس (٢) و العلامه في المختلف (٣)، لأنه يصحّ بيعه و المعاوضه عليه فصحت هبته للغير. و اشتراطها بالقبض لا- ينافيه لتحققه بقبض أحد جزئياتها، بأن يقبضه المالك ثمّ يقبضه أو يوكله في القبض عنه ثمّ يقبض من نفسه، لا- بأن يجعل قبضه عن الهبه قبضا عن المالك لئلا يلزم الدور. و هذا الكليّ يرجع إلى الكليّ الطبيعي، لأنّ المراد من الدّين الذي في الذمّه - كمائه درهم مثلا- معروض مفهوم الكليّ النوعي ككليّه الإنسان بالنسبه إلى مفهوم النوع، و الكليّ الطبيعي موجود في الخارج بعين وجود أفراده. و لأنّه لو لا وجوده و القدره على تسليمه لما صحّ بيعه و المعاوضه عليه، لأنّ البيع مشروط بالقدره على تسليم المبيع إجماعا في غير الآبق، بل يشترط وجوده مطلقا، و الماهيّه لا وجود لها على ما ذكره.

و ما قيل في الفرق بين البيع و الهبه بأن القدره على تسليمه يكفي فيها ما به يتحقّق المعاوضه، و تحقّقها يكفي فيه القدره على تسليم بعض أفراد الماهيّه المعدود أحد العوضين، و يدخل في ملك المشتري من غير توقّف على قبض، ثمّ يستحقّ المطالبه بالإقباض، بخلاف الهبه، فإنّ الإقباض له دخل في حصول الملك، فلا بدّ أن يقبض الواهب الدّين ثمّ يقبضه المتّهب، فامتنع نقله إلى ملك المتّهب حين هو دين، و كذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب، لانتفاء الملك، و بقبض الواهب يحدث الملك له فيمتنع تقديم إنشاء الهبه عليه، إذ تكون جاريه مجرى هبه ما سيملكه ببيع و غيره، و ذلك غير جائز.

ص: ١٣

١- (١) المبسوط ٣:٣١٤، الخلاف ٣:٥٧٢ مسألة (٢٠).

٢- (٢) السرائر ٣:١٧٦.

٣- (٣) المختلف ٢:٤٨٧.

و قد ظهر عليك جوابه مما قررناه، فإنّ ما فى الذمّه إن كان موجودا متحقّقا يمكن قبضه و تسليمه فيعه و هبته صحيحان، لحصول الشرط و القدره على القبض.

و لا يقدح فى الفرق استحقاق المبيع من دون القبض دون الهبه، لأنّنا لا نحكم بصحّه الهبه حينئذ إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحّتها لو تعلّقت بعين خاصّه إلا بعد قبضها، لكن نقول: إنّ القبض لمّا كان ممكنا بقبض بعض أفراد الماهية التى جوّزتم بيعها كذلك جاز هبتها، و توقّفت صحّتها على حصول قبضها على ذلك الوجه. و لا شبهه فى أن الدّين مملوك للواهب قبل قبضه، و قبضه ممكن على الوجه المذكور، فصحّت هبته و توقّفت على قبضه كما توقّفت لو كان عينا.

و بهذا يظهر أنه لا- يمتنع نقله إلى ملك المتّهب حين هو دين، لأنه مملوك له و إلا- لما صحّ له بيعه و غيره من المعاوضات، و قبض الواهب ما أحدث له الملك بل التعيين، فأمكن تقديم إنشاء الهبه عليه و لم يكن كهبه ما سيملكه. فظهر أن الصحّه متوجّهه و إن كان جانب البطلان أيضا و جيتها من حيث إنه المشهور و لشبهه ما ذكر.

الثانية: أن يهب الدّين لمن هو عليه. و قد قطع المصنف و غيره (١) بصحّته فى الجملة و نزل الهبه منزله الإبراء، فإنه إسقاط لما فى الذمّه فلا يفتقر إلى قبض، و لا يجرى فيه الشبهه. و إبراء المديون لا إشكال فى صحّته، و ظاهرهم أنه لا ينحصر فى لفظ، بل ما دلّ عليه، و الهبه هنا يدلّ عليه، و قد جوّزه فى باب (٢) الجنائيات بلفظ «العفو» و أطلقه الله تعالى فى الآية أيضا فى قوله تعالى إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقده النكاح (٣) على تقدير كونه ديناً. و ينبغى على هذا جوازه بلفظ الإسقاط بطريق أولى، لأنه أقرب إلى معناه من الهبه التى متعلّقها ما يمكن قبضه شرعا، و هذا

ص: ١٤

١ - ١) راجع الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤١، المؤتلف من المختلف ١: ٦٨٦ مسأله (٢٠)، الجامع للشرائع: ٣٦٥، الدروس: ٢٣٦ و جامع

المقاصد ١٣٧: ٩.

٢ - ٢) كتاب القصاص، المسأله السابعه من القسم الثانى فى قصاص الطرف.

٣ - ٣) البقره: ٢٣٧.

و لا يشترط فى الإبراء القبول، على الأصح. (١) المعنى غير مراد هنا، بل غايته، إذ لا معنى لاستحقاق الإنسان ما فى ذمّه نفسه، بل الغايه من ذلك سقوطه، و عبّر عنه بالهبة لتقارب المعنيين و دلالة على المراد عرفا.

و يدلّ على وقوع الإبراء هنا بلفظ الهبة صحيحه معاويه بن عمّار عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له إله أن يرجع فيها؟ قال: لا» (١) فإنّه لو لم يجعل إبراء بل هبه لما أمكن إطلاق القول بعدم جواز الرجوع، لما سيأتى (٢) - إن شاء الله تعالى - من جوازه فيها فى مواضع كثيره، بخلاف الإبراء، فإنه لازم مطلقا.

و اعلم أنّ الإبراء مهموز ففعله الماضى فى صيغته يكون مهموزا أيضا، و يجوز تسهيله ألفا من جنس حركه ما قبله على القاعده العربيه. و أصله التخليص، قال الجوهرى: تقول: أبرأته ممّا لى عليه و برأته تبرئه (٣).

قوله: «و لا يشترط فى الإبراء القبول على الأصح».

موضوع هذه المسأله أعمّ من الأولى، لشمولها إبراء كلّ من عليه الحقّ بلفظ الإبراء و الهبه و غيرهما. و قد اختلف الأصحاب فى اشتراط القبول فى الإبراء مطلقا، فذهب الأكثر إلى عدمه، للأصل، و لأنّه إسقاط لا نقل شىء إلى الملك، فهو بمنزله تحرير العبد. و احتجّ له بقوله تعالى فَنَظَرَهُ إِلَى مَيْسَرِهِ وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ (٤)، حيث اعتبر مجرد الصدقه و لم يعتبر القبول، و بقوله تعالى:

ص: ١٥

١ - ١) الكافي ٧: ٣٢ ح ١٣، التهذيب ٩: ١٥٤ ح ٩٦٩، الاستبصار ٤: ١١١ ح ٤٢٤، الوسائل ١٣: ٣٣٢ ب «١» من أبواب الهبات ح ١.

٢ - ٢) فى ص: ٣١.

٣ - ٣) الصحاح ١: ٣٦.

٤ - ٤) سورة البقره: ٢٨٠.

وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا (١)، فأسقط الدية بمجرد التصدق و لم يعتبر القبول، والمراد بالتصدق فيهما الإبراء. وفيه: أن الصدقة كما تقدم (٢) من العقود المفتقرة إلى القبول إجماعاً، فدلالتهما على اعتباره أولى من عدمه.

و ذهب ابن زهره (٣) و ابن إدريس (٤) إلى اشتراط القبول، و اختلف كلام الشيخ في المبسوط (٥)، ففي أول المسألة قواه، و في آخرها قوى الأول، فإطلاق جماعه نسبة القول باشتراطه إليه ليس بجيد.

و احتجوا للاشتراط بأن في إبرائه من الحق الذي عليه منه فلا- يجبر على تحملها، كما لا يجبر على قبول هبه العين، و لو لم يعتبر القبول لتحملها جبراً.

و أجب بالفرق بين التملك و الإسقاط شرعاً و عرفاً:

أما الأول: فلأنه لو أبرأ مالك الوديعة المستودع منها مثلاً لم يملكها بذلك و إن قبل و كذا غيره، و كذا لو أسقط حقه من عين مملوكة لم تخرج بذلك عن ملكه، بخلاف الدين، فإنه قابل لذلك، لأنه ليس شيئاً موجوداً فكان أشبه بالعتق.

و أما الثاني: فلأن إسقاط الإنسان حقه باختياره من غير ابتداء من عليه الحق لا- تظهر فيه منه يثقل تحملها على من عليه الحق عرفاً، بخلاف هبه الأعيان المتوقفة على القبول إجماعاً، فلعلّ تعرّضه للقبول بحضرته و مقارنته للإيجاب و رعايه ما يعتبر في الصحه بعده من الإقباض و القبض دليل على الحرص على التملك (٦) الموجب للمنه غالباً.

ص: ١٦

١- (١) النساء: ٩٢.

٢- (٢) في ج ٤٠٨: ٥.

٣- (٣) الغنية (ضمن الجوامع الفقيهيه): ٥٤١.

٤- (٤) السرائر ١٧٦: ٣.

٥- (٥) المبسوط ٣١٤: ٣.

٦- (٦) كذا في «س». و في غيرها: التملك.

ولا- حكم للهبه ما لم يقبض.(١) و يدلّ على عدم اعتبار القبول أيضا ظاهر قوله تعالى إِلَّا أَنْ يَغْفُونََ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَهُ
النِّكَاحِ (١)، حيث اكتفى في سقوط الحقّ بمجرد العفو، ولا دخل للقبول في مسماه قطعا. و سيأتي الاكتفاء بمجرد العفو في المهر
(٢)، و في سقوط الحدود و الجنایات الموجبه للقصاص (٣)، و هو في معنى الإبراء. و هذا أقوى و أشهر.

قوله: «و لا حكم للهبه ما لم يقبض».

لا خلاف بين الأصحاب في أنّ القبض شرط في الهبه في الجملة، و لكن اختلفوا في أنّه هل هو شرط لصحتها أو للزومها؟ فمعظم
المتأخرين على الأوّل و هو مقتضى كلام المصنف، فإن الحكم المنفّى للهبه بدونه يقتضى رفع جميع الأحكام، لأنه وقع نكره
منفّيه و ذلك يقتضى عدم انعقادها بدونه أصلا. و استدّلوا عليه بأصالة بقاء الملك على مالكه و عدم تأثير العقد في
مقتضاه، خرج منه ما بعد القبض بالإجماع فيبقى الباقي، و لقول الصادق عليه السلام في روايه أبي بصير: «الهبه لا تكون أبدا هبه
حتى يقبضها» (٤) و قوله عليه السلام في [٥] النحلة و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها: «هي بمنزلة الميراث» (٥).

و ذهب جماعه- منهم أبو الصّلاح [٧] و العلامه في المختلف (٦)، و نقله ابن

ص: ١٧

١- (١) البقره: ٢٣٧.

٢- (٢) في المهور من كتاب النكاح، المسأله الثالثه عشره من الطرف الثالث.

٣- (٣) في كيفيه الاستيفاء من كتاب القصاص.

٤- (٤) التهذيب ٩: ١٥٩ ح ٦٥٤، الاستبصار ٤: ١٠٧ ح ٤٠٧، الوسائل ١٣: ٣٣٦ ب «٤» من أحكام الهبات ح ٧.

٥- (٥) التهذيب ٩: ١٥٥ ح ٦٣٧، الوسائل ١٣: ٣٣٤ ب «٤» من أحكام الهبات ح ١.

٦- (٦) مختلف الشيعه: ٤٨٦.

إدريس (١) عن المعظم مع اختياره الأول-إلى الثاني. و استدلوأ عليه بأنه عقد يقتضى التمليك فلا يشترط فى صحته القبض كغيره من العقود، و لعموم الأمر بالوفاء (٢) بها المقتضى له، و لأنه تبرع كالوصية فلا يعتبر فيه أيضا، و لصحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض، قسّمت أو لم تقسّم، و النحل لا تجوز حتى تقبض، و إنما أراد الناس ذلك فأخطأوا». (٣)

و أجابوا عن الأول بارتفاع الأصل بطرؤ السبب الناقل. و عموم الأمر بالوفاء بالعقد يمنع عدم تأثيره بل يقتضيه مطلقا. و الروايه الأولى لا-يجوز حملها على ظاهرها للتناقض، بل المراد أنّ الهبه لا-تكون هبه لازمه ما لم تقبض، و هو أولى من إضمار الصحه، فإنّ ما ليس بصحيح كالمعدوم. و الثانيه ضعيفه السند مرسله.

و يمكن أن يقال على الثاني: إنّ العقود منها ما يقتضى الملك و منها ما لا يقتضيه بدون القبض، و قد تقدّم منه الوقف، فيكون أعمّ. و المراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم و جواز و غيرهما، فلا يدلّ على المطلوب. و كذلك مطلق التبرع أعمّ مما لا يعتبر فيه القبض، و إلحاقه بالوصية قياس. و إطلاق الهبه على غير المقبوضه أعمّ من الحقيقه، و جاز أن يكون مجازا تسميه للشئ باسم ما يؤول إليه على تقدير لحوقه، أو إطلاقا لاسم المجموع على بعض الأجزاء، فإنّ الإيجاب و القبول أعظم أجزاء السبب التام فى تحققها على تقدير عدمه بهما خاصه.

و مطلق جوازها لا نزاع فيه. قال فى الدروس: «و الروايات متعارضه، و لعلّ الأصحاب أرادوا باللزوم الصحه، فإنّ فى كلامهم إشعارا به، فإنّ الشيخ قال: لا يحصل الملك إلا بالقبض و ليس كاشفا عن حصوله بالعقد. مع أنّه قائل بأنّ الواهب

ص: ١٨

١-١) السرائر ١٧٣: ٣.

٢-٢) المائده: ١.

٣-٣) التهذيب ١٥٦: ٩ ح ٦٤١، الاستبصار ١١٠: ٤ ح ٤٢٢، الوسائل ٣٣٥: ١٣ ب «٤» من أبواب الهبات ح ٤.

لومات لم تبطل الهبة، فيرتفع الخلاف» (١). هذا كلامه.

و فيه نظر، لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت، فإن الجمع بينها ممكن.

و إرادته جميع الأصحاب من اللزوم الصحه غير واضح، فإنّ العلامة في المختلف (٢) نقل القولين و احتجّ لهما ثمّ اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر؟ نعم، كلام الشيخ الذي نقله متناقض، و ليس حجّه على الباقيين، فإنّ الخلاف متحقّق.

و في التذكرة اتفق ما هو أعجب ممّا في الدروس، فإنّه قال: «الهبة و الهدية و الصدقة لا يملكها المتّهب و المهدي إليه و المتصدّق عليه بنفس الإيجاب و القبول إذا كان عينا إلا بالقبض، و بدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع». (٣) و هذا ظاهر في دعوى الإجماع على أنّ القبض شرط الصحه [إجماعاً] (٤) و هو يؤيد ما في الدروس و ينافي ما في المختلف.

و يمكن أن يحمل على أنه لا يحصل بدون الملك التامّ و هو اللازم، فيكون أعمّ من الصحه و عدمها، لئلاّ ينافي فتواه في المختلف و نقله الخلاف و إن كان خلاف الظاهر.

إذا تقرر ذلك فيتفرّع على القولين النماء المتخلّل بين العقد و القبض، فإنّه للواهب على الأول و للموهوب على الثاني، و فيما لو مات الواهب قبل الإقباض، فيبطل على الأول و يتخيّر الوارث في الإقباض و عدمه على الثاني، و في فطره المملوك الموهوب قبل الهلال و لم يقبضه إلاّ بعده، فإنّها على الواهب على الأول و على الموهوب على الثاني، و في نفقه الحيوان مطلقاً، فإنّها على الأول على الأول و على الثاني على الثاني.

ص: ١٩

١-١) الدروس: ٢٣٦.

٢-٢) المختلف: ٤٨٦.

٣-٣) التذكرة ٤١٧: ٢.

٤-٤) كذا ورد في النسخ. و الظاهر زيادته.

و لو أقرّ بالهبة و الإقباض،(١)حکم عليه بإقراره،و لو كانت فى يد الواهب.

و لو أنكر بعد ذلك لم يقبل.و لو مات الواهب بعد العقد و قبل القبض، كانت ميراثا.(٢) قوله:«و لو أقرّ بالهبة و الإقباض.إلخ».

و ذلك لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»(١).و كونها فى يد الواهب لا ینافیہ لجواز إقباضه إياها ثم ردها إليه،إلا أن يعلم كذبه فى إخباره به-كقصر الوقت الذى يسع (٢)القبض و الردّ و نحو ذلك-فلا يلتفت إليه.و على هذا فلا يتوجه على المقر له اليمين على القبض عملا-بمقتضى الإقرار.نعم،لو ادّعى المواطاه على الإقرار للمتّهب،و أن مخبره (٣)لم يكن واقعا،توجّهت له اليمين على المتّهب على حصول القبض،أو على عدم المواطاه على الأقوى.و قيل على الأول خاصّه.

قوله:«و لو مات الواهب بعد العقد و قبل القبض كان ميراثا».

أى كان ميراثا لورثه الواهب،لبطلان العقد عنده بموته قبل الإقباض،مع أنه شرط فى صحته كغيره من العقود الجائزه كالوكاله و الشركه.و لروايه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام فى الهبة و النحله ما لم تقبض حتى يموت صاحبها،قال:«هو ميراث»(٤).و فى معناها روايه (٥)أبان عنه عليه السلام.و لكن فى طريق الأولى على بن فضال و حاله معلوم،و داود بن الحصين و هو واقفى.و إن كانا ثقتين فهى من الموثق.و الثانيه مرسله ضعيفه.

و قال الشيخ فى المبسوط (٦):لا تبطل الهبة و قام الوارث مقامه كالبيع فى مدّه

ص:٢٠

١- ١) مرّ الكلام حول هذه الجملة و مصادرها و التشكيك فى كونها روايه فى ج ٩٠:٤٠٥ هـ ١.

٢- ٢) فى «س»:لا يسع.و فى «ب»:لم يسع.

٣- ٣) فى «س»:فحواه.

٤- ٤) التهذيب ٩:١٥٧ ح ٦٤٨،الاستبصار ١٠٧:٤ ح ٤٠٩،الوسائل ٣٣٥:١٣ ب «٤» من أبواب الهبات ح ٥.

٥- ٥) التهذيب ٩:١٥٥ ح ٦٣٧،الوسائل ٣٣٤:١٣ ب «٤» من أبواب الهبات ح ١.

٦- ٦) المبسوط ٣٠٥:٣.

و يشترط في صحّحه القبض إذن الواهب،(١)فلو قبض الموهوب من غير إذنه،لم ينتقل إلى الموهوب له.

الخيار،من حيث إن الهبه عقد يؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ بالموت.و تبعه ابن البراج (١)على ذلك،مع أنّ الشيخ قال في هبه ذى الرحم:إذا مات قبل قبضها كان ميراثا (٢).و قال:إنّ الملك لا يحصل إلّا بالقبض،و ليس كاشفا عن حصوله بالعقد (٣).فكلامه متناقض.

و موت الموهوب بمنزله موت الواهب،و لم يذكره الأكثر.و ممّن صرّح به العلامة في التذكرة (٤).و لا فرق مع موته قبل القبض بين إذنه فيه قبله و عدمه،لبطلان الإذن بالموت.و فى معناه ما لو أرسل هديّه إلى إنسان فمات المهدي أو المهدي إليه قبل وصولها،فليس للرسول دفعها حينئذ إلى المهدي إليه و لا إلى وارثه،لبطلان الهدية بالموت قبل القبض كالهبة.

قوله:«و يشترط فى صحّحه القبض إذن الواهب.إلخ».

هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا،و لأنّ التسليم لمّا لم يكن مستحقّا على الواهب كان قبض المتّهب بغير إذنه كقبض ماله كذلك،و هو محرّم لا يترتب عليه أثر،كما لو قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير إذن البائع،و أولى بالحكم هنا.

و لا فرق بين كونهما فى المجلس و عدمه.و خالف فى ذلك بعض (٥)العامّة،فلم يشترط الإذن إذا كانا فى المجلس استنادا إلى أنّ الإيجاب تضمّن الإذن فى القبول و القبض فى المجلس معا،بخلاف ما بعده.و لا يخفى منع الأمرين معا،فإنّ القبول

ص:٢١

١-١) المهذب ٢:٩٥.

٢-٢) النهاية:٦٠٢.

٣-٣) المبسوط ٣:٣٠٤.

٤-٤) التذكرة ٢:٤١٧.

٥-٥) المغنى لابن قدامة ٦:٢٧٧،و الشرح الكبير ٦:٢٧٩.راجع الباب ٢:١٧١،حليه العلماء ٦:٤٩.

و لو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ،(١) و لم يفتقر إلى إذن الواهب في القبض، و لا- أن يمضى زمان يمكن فيه القبض، و ربما صار إلى ذلك بعض الأصحاب.

أثبتته الشارع لا الموجب، و القبض تسليط على المال و لم يوجد ما يدلّ عليه. و لو سلّم دلالة الإيجاب عليه لم يختصّ بالمجلس.

و اعلم أنّه يستفاد من إطلاق اعتبار إذن الواهب في القبض عدم اشتراط كونه بتيه الهبه، فلو أذن له فيه مطلقاً صحّ، خلافاً لبعض الأصحاب (١) حيث اعتبر وقوعه للهبه و الإذن فيه كذلك، فإنّ ذلك هو المقصود، و حيث كان مطلق القبض صالحاً لها و لغيرها فلا بدّ من مائز و هو القصد. و هو حسن حيث يصرّح بكون القبض لا لها، لعدم تحقّق القبض المعتبر فيها، أما لو أطلق فلاكتفاء به أجد، لصدق اسم القبض، و صلاحيته للهبه، و دلالة القرائن عليه، بخلاف ما لو صرّح بالصارف.

قوله: «و لو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ. إلخ».

إطلاق الحكم و اليد يقتضى عدم الفرق بين كونه في يد الموهوب بوجه مأذون فيه كالعاريه و الوديعة و غيره كالغصب. و وجه تساويهما في الحكم بالصحة صدق القبض في الحالين، فإنّه مستصحب، و دوام الشيء أقوى من ابتدائه. و لا يقدر فيه ما تقدّم من اعتبار كون القبض للهبه أو مطلقاً، لأنّ إيجابه العقد و إقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها. و لا كونه على وجه الغصب، لما ذكرناه، و لأنّ إطلاق القبض المعتبر فيه يشملها، و غايته النهى عنه و هو لا يدلّ على فساد المعامله.

و حيث لا- يفتقر إلى إذن في القبض جديد لا- يفتقر إلى مضى زمان يمكن فيه، لأنّ الزمان المذكور إنّما يعتبر حيث يعتبر القبض، لكونه من ضروراته و لوازمه، فإذا لم يعتبر سقط اعتبار التابع.

و قول المصنف: «و ربما صار إلى ذلك بعض الأصحاب» يمكن عود الإشاره

ص: ٢٢

بذلك إلى مضيّ الزمان خاصّه، بمعنى أنّه لا يعتبر تجديد الإذن في القبض و لكن يفتقر إلى مضيّ زمان يمكن فيه القبض. و هذا هو الذي [١] يظهر من عبارته الشيخ في المبسوط و اختياره. و وجهه بأنّ إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض، فيكون ذلك كتجديد الإقباض، فيعتبر مضيّ زمان يمكن فيه القبض، كما لو لم يكن مقبوضاً بيده فأقبضه إياه، فإنّه يعتبر مضيّ زمان يمكن فيه القبض حيث لا يكون مقبوضاً في يده بالفعل، فكذا هنا. و جوابه يعلم مما سبق، فإنّا لا نجعل الإيجاب إقباضاً بل هو متحقّق قبله، و إنّما نجعله علامه و أماره على رضاه بقبضه السابق و تنزيهه منزله الإقباض.

و يمكن عود الإشاره إلى كلّ واحد من الإذن في القبض و مضيّ الزمان، بمعنى عدم الاكتفاء بالقبض السابق مطلقاً، بل يفتقر إلى تجديده و مضيّ زمان يمكن فيه القبض، لأنّ الموهوب ليس في يد الواهب، فلا يتصوّر إقباضه إياه خصوصاً في المغصوب، لأنّ يد القابض يد عدوان فلا يترتب عليه حكم شرعيّ. و لأنّ المعتبر قبضه للهبة لا مطلقاً، كما مرّ، فإنّه لو وهبه ثمّ أقبضه إياه على وجه الإيداع لم يحصل القبض الذي هو شرط الهبة، فافتقر إلى الإقباض. و قد عرفت جوابه. و ينبغي أن يستثنى منه حاله الغصب حيث لا يد للغاصب عليه شرعاً.

و كذا لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير، لزم بالعقد، لأنّ قبض الوليّ قبض عنه. (١) قوله: «و كذا إذا وهب الأب أو الجدّ الولد الصغير لزم بالعقد، لأنّ قبض الوليّ قبض عنه».

أى و كذا الحكم -و هو عدم افتقار الهبة إلى قبض جديد و لا مضىّ زمان- فيما إذا وهب الأب أو الجدّ له الولد الصغير -ذكرا كان أم أنثى- شيئا هو فى يد الواهب، فإنّ قبضه السابق على الهبة كاف عن قبض الهبة الطارئة لكونه تحت يده، فاليد مستدامة، و هى أقوى من المبتدأه. و إنّما ترك التصريح هنا بكون الموهوب تحت يده -مع أنّ هبته للولد ما هو ملكه أعمّ من كونه تحت يده و عدمه، و الحكم مختصّ بما هو تحت يده- اتكالا على ما علم فى المسألة السابقة، و قد شبّه بها حكم اللاحقة، و تبيينها عليه بالتعليل.

و حينئذ فلو فرض عدم كون الموهوب تحت يد الوليّ افتقر إلى قبضه عنه بعد الهبة قطعا كغيره. و يمكن فرضه فيمن اشترى شيئا و لم يقبضه، فإنّ الملك يتمّ بالعقد و إن لم يقبض، و يجوز نقله عن ملكه بالهبة و نحوها، و إن امتنع ببيعته على بعض الوجوه، و قد تقدّم (١). و يمكن فرضه أيضا فى مال ورثه تحت يد غيره و لم يتمكّن من قبضه، و فيما لو غصب منه أو أجره لغيره قبل الهبة. أمّا الوديعة فلا -يخرج بها عن يد المالك، لأنّ يد المستودع كيده. و فى العارية و جهان، أجودهما خروجها بها عن يده، فيفتقر إلى قبض جديد من الوليّ أو من يوكله فيه، و لو وُكّل المستعير فيه كفى.

بقى فى المسألة بحث آخر: و هو أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمخّض القبول لها، كما تقدّمت (٢) الإشارة إليه؟ ينبغى ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبة كالعلامة (٣)، لأنّ المال المقبوض فى يد الوليّ له، فلا ينصرف إلى

ص: ٢٤

١- ١) فى ج ٢٤٧: ٣.

٢- ٢) لاحظ ص: ٢٢.

٣- ٣) قواعد الأحكام ٢٧٤: ١.

و لو وهبه غير الأب أو الجدّ،(١) لم يكن له بد من القبض عنه، سواء كان له ولاية أو لم تكن، و يتولّى ذلك الوليّ أو الحاكم.

الطفل إلّا بصارف، و هو القصد. و على ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا، و ينصرف الإطلاق إلى قبض الهبه، و يلزم بذلك.

و تخصيص الحكم بالولد الصغير مخرج للبالغ الرشيد، ذكرنا كان أم أنثى.

و الحكم فيه كذلك، لا انتفاء ولايتهما (١) عنهما حينئذ، و إن بقيت ولايتهما على الأنثى فى النكاح على بعض الوجوه عند بعضهم (٢) لأنّ ذلك خارج بدليل آخر لا- يوجب الولاية عليها مطلقاً، فلو تصرّفت البالغة الرشيدة فى مالها ببيع و هبه لم يتوقّف على الولي اتفاقاً. و لكن فى عبارته ابن الجنيّد فى هذه المسألة ما يدلّ على إلحاق الأنثى مطلقاً بالصغيرة ما دامت فى حجره بالنسبة إلى هبته لها، لأنّه قال فى كتابه الأحمدي: و هبه الأب لولده الصغار و بناته الذين لم يخرجوا من حجابته و إن كنّ بالغات تامّه و إن لم يخرجها عن يده، لأنّ قبضه قبض لهم. (٣) انتهى. و هو قول نادر، و وجهه غير واضح، و قياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق.

قوله: «و لو وهبه غير الأب أو الجدّ إلخ».

أمّا إذا لم يكن له ولاية فالحكم واضح، لأنّ يده ليست كيد الموهوب، فلا بدّ من قابض لها عنه ممّن له الولاية عليه المتناوله لذلك، كما يفتقر قبولها إليه أيضاً. و أمّا على تقدير ولايته- و لم يكن أباً و لا جداً كالوصيّ- فألحقه الشيخ فى المبسوط (٤) بغير الوليّ محتجّاً بأنّه لا- يصحّ أن يبيع من الصبّي شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و حينئذ فينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبّي و يقبضها له. و تبعه المصنف هنا على

ص: ٢٥

١- ١) فى «ب»: ولايته، و فى «س، ش»: يده.

٢- ٢) راجع النهاية: ٤٦٤، المبسوط ١٦٢: ٤، فقه القرآن ١٣٨: ٢.

٣- ٣) راجع المختلف: ٤٨٨.

٤- ٤) المبسوط ٣٠٥: ٣.

و هبه المشاع جائزه، و قبضه كقبضه فى البيع. (١) الحكم، و الأصل ممنوع، و ولاية الوصى عامه، فلا وجه لاختصاصها بغيره. و الأصح أنّ حكم الوصى حكم الأب و الجدّ.

و قول المصنف: «و يتولّى ذلك الولّى أو الحاكم» يمكن فرضهما مع كون الواهب غير ولّى. و أمّا إذا كان وليّاً كالوصى فلا يفرض فيه إلّا تولّى الحاكم، لأنّ الوصى لا يتحقّق مع وجود الأب أو الجدّ له كما سيأتى (١)، فلم يبق معه إلّا الحاكم. و فى معنى الحاكم منصوبه لذلك أو مطلقاً.

قوله: «و هبه المشاع جائزه، و قبضه كقبضه فى البيع».

لا إشكال فى جواز هبه المشاع كغيره، لإمكان قبضه بتسليم الجميع. و إنّما الكلام فى تحقّق قبضه بأى معنى؟ فعندنا أنّه كقبضه فى البيع فيجرى فيه القولان، و هما: الاكتفاء بالتخليه مطلقاً، و التفصيل بها فى غير المنقول و بالنقل و ما فى معناه فيه. و هذا هو الأقوى. و إنّما كانا متساويين فيه لأنّ القبض معنى واحد، و المعتبر فيه العرف و هو متحد فى الموضوعين.

و ثبته بقوله: «و قبضه كقبضه فى البيع» على خلاف بعض الشافعيه (٢) حيث فرّق بين الموضوعين، و جعل المعتبر فى القبض هنا النقل و إن اكتفينا بالتخليه فى البيع بالنسبه إلى المنقول، فارقاً بينهما بأنّ القبض فى البيع مستحقّ، و للمشتري المطالبه به فجاز أن يجعل بالتمكين قابضاً، بخلاف الهبه، فإنّ القبض غير مستحقّ فاعتبر تحقّقه و لم يكتف بمطلق التخليه. و ليس بشيء، لما ذكرناه من اتّحاد مفهومه لغه و عرفاً، و ما ذكره إنّما اقتضى الفرق فى حكمه لا فى حقيقته.

و اعلم أنّا إن اكتفينا فى القبض مطلقاً بالتخليه فلا بحث، و إن اعتبرنا فى المنقول النقل و كان باقى الحصّه للواهب فأقباضه بتسليم الجميع إلى المتّهب إن أراد تحقّق القبض، و إن كان لشريك غيره توقّف تسليم الكلّ على إذن الشريك، فإنّ

ص: ٢٦

١- ١) فى ص: ٢٦٦.

٢- ٢) معنى المحتاج ٢: ٤٠٠.

و لو وهب لاثنين شيئاً،(١) فقبلا- و قبضا، ملك كل واحد منهما ما وهب له. فإن قبل أحدهما و قبض، و امتنع الآخر، صحّت الهبة للقابض.

رضى به و إلا- لم يجز للمتهب إثبات يده عليه بدونه، بل يوكل الشريك في القبض إن أمكن، فإن تعاسرا رفع أمره إلى الحاكم، فينصب أمينا يقبض الجميع، نصيب الهبة لها و الباقي أمانة للشريك حتى يتم عقد الهبة.

و في المختلف (١) اكتفى مع امتناع الشريك بالتخليه في المنقول، تنزيلا- لعدم القدره الشرعيه منزله عدمها الحسيه في غير المنقول. و فيه: منع عدم القدره الشرعيه حيث يوجد الحاكم المجر، أما مع عدمه فلا بأس به دفعا للضرر و العسر.

و بالغ شيخنا الشهيد- رحمه الله- في الدروس (٢) فاشتراط إذن الشريك في القبض مطلقا و إن اكتفينا بالتخليه، نظرا إلى أن المراد منها رفع يد المالك و تسليط القابض على العين، و ذلك لا يتحقق إلا بالتصرف في مال الشريك، فيعتبر إذنه.

و رفع المانع عن حصه المالك خاصه مع الإشاعه لا يحصل به التسليط على العين الذي هو المقصود من القبض، و قبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقه بالحكم، و من ثمّ لو كانت العين مغبوبه (٣) بيد متسلط لم يكف التخليه من المالك و تسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم. و له وجه حسن و إن كان الأشهر الأول.

و حيث يعتبر إذن الشريك فيقبض المتهب بدونه و ما في حكمه يقع القبض لاغيا، لا- للنهي فإنه لا- يقتضى الفساد في غير العباده، بل لأنّ القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مرادا للشارع، فإذا وقع منهيا عنه لم يعتد به شرعا، فيختل ركن العقد، و قد عرفت أنه قبض واحد لا- يقبل التفرقه في الحكم، بجعل القبض للموهوب معتبرا و النهي عن حق الغير الخارج عن حقيقه الموهوب.

قوله: «و لو وهب لاثنين شيئاً. إلخ».

الفرق بين الأمرين واضح من حيث اجتماع شرائط صحه الهبه في الأول دون

ص: ٢٧

١- (١) مختلف الشيعه: ٤٨٨.

٢- (٢) الدروس: ٢٣٧.

٣- (٣) في «س»: مقبوضه.

و يجوز تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه على كراهيه. (١) الثانى و لا ارتباط لأحدهما بالآخر، فيصح ما اجتمعت شرائطه خاصه. و لا يقال:

إنهما بمنزله عقد واحد، فلا بد من اجتماع شرائط مجموع العقد، و لا يتم إلا بقبولهما و قبضهما. لأنه و إن كان بصوره عقد واحد إلا أنه فى قوه المتعدّد بتعدّد الموهوب، كما لو اشتريا دفعه فإنّ لكلّ منهما حكم نفسه فى الخيار و نحوه، و قد تقدّم (١). و قوله:

«و امتنع الآخر» يشمل ما لو امتنع من القبول و القبض معا و ما لو امتنع من أحدهما، و إن كان المقام مقام القبض خاصه.

قوله: «و يجوز تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه على كراهيه».

أما جواز التفضيل فى الجمله فهو المشهور بين الأصحاب و غيرهم. و يشهد له أنّ الناس مسلّطون على أموالهم (٢) و يظهر من ابن الجنيد (٣) التحريم إلا مع المزيه، و التعديه إلى باقى الأقارب مع التساوى فى القرب. و الوجه الكراهيه المؤكّده، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «سووا بين أولادكم فى العطيه، فلو كنت مفضّلا أحدا لفضّلت البنات» (٤). و لأنّ التفضيل يورث العداوه و الشحناء بين الأولاد كما هو الواقع شاهدا و غابرا، و لدلاله ذلك على رغبه الأب فى المفضّل المثير للحسد المفضى إلى قطيعه الرحم.

و قد روى أن النعمان بن بشير أتى أبوه إلى النبی صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: إني نحت ابني هذا غلاما، فقال النبی صلّى الله عليه و آله و سلّم: «أكل وُلدك نحت مثل هذا؟» فقال: لا، فقال: «أردده». (٥) و فى روايه أخرى أنّ النبی

ص: ٢٨

١- ١) فى ج ٣٣٢: ٤.

٢- ٢) عوالى اللئالى ١: ٤٥٧ ح ١٣٨، ٢: ١٩٨ ح ٣٨٣، البحار ٢: ٢٧٢ ح ٧.

٣- ٣) مختلف الشيعه: ٤٨٧.

٤- ٤) المعجم الكبير ١١: ٣٥٤ ح ١١٩٩٧، السنن الكبرى ١: ١٧٧.

٥- ٥) راجع صحيح مسلم ٣: ١٢٤١-٣، ١٢٤٤، و السنن الكبرى ١: ١٧٦-٦، ١٧٨.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَالَ لَهُ: «أَتَحَبُّ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبَرِّ سِوَاءَ؟» فَقَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «فَارْجِعْهُ». (١) وَفِي حَدِيثٍ آخَرَ عَنْهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ لِمَنْ أَعْطَى بَعْضَ أَوْلَادِهِ شَيْئًا: «أَكُلْ وَلَدَكَ أُعْطِيتَ مِثْلَهُ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدَلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» فَرَجَعَ فِي تِلْكَ الْعَطِيَّةِ. (٢) وَفِي رَوَايَةٍ أُخْرَى: «لَا تَشْهَدُنِي عَلَى جُورٍ» (٣).

وَهَذِهِ الرِّوَايَاتُ تَصْلُحُ حُجَّةً لِبْنِ الْجَنِيدِ وَالْأَصْحَابِ حَمَلُوهَا عَلَى تَقْدِيرِ سَلَامَةِ السَّنَدِ - عَلَى الْكِرَاهَةِ جَمْعًا. وَقَدْ رَوَى أَبُو بَصِيرٍ فِي الصَّحِيحِ قَالَ: «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَخْصُصُ بَعْضَ وَلَدِهِ بِالْعَطِيَّةِ، قَالَ: إِنْ كَانَ مُوسِرًا فَنَعَمْ وَإِنْ كَانَ مَعْسِرًا فَلَا» (٤) وَلَا قَائِلٌ بِمُضْمُونِهِ مَفْضَلًا غَيْرَ أَنْ تَجْوِيزُهُ الْعَطِيَّةَ مَعَ الْيَسَارِ مَطْلَقًا حُجَّةً الْمَشْهُورِ، وَنَعْنَعُهُ مِنْهُ مَعَ الْإِعْسَارِ مَنَاسِبٌ لِلْكَرَاهَةِ وَ لِحَقِّ الْمَفْضَلِ حَيْثُ يَكُونُ عَلَيْهِ دِينَ وَنَحْوَهُ. وَإِطْلَاقُ النُّصُوصِ السَّابِقَةِ يُقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ حَالِهِ الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَحَالِهِ الْعُسْرِ وَالْيَسْرِ، إِلَّا الْحَدِيثَ الْأَخِيرَ فَخَصَّ النِّهْيَ بِحَالِهِ الْعُسْرِ. وَفِي رَوَايَةٍ سَمِعَهُ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَمَّا سَأَلَهُ عَنِ عَطِيَّةِ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ فَقَالَ: «أَقْرَبُ إِذَا كَانَ صَحِيحًا فَهُوَ مَالُهُ يَصْنَعُ بِهِ مَا شَاءَ، وَأَقْرَبُ فِي مَرَضِهِ فَلَا يَصْلُحُ» (٥). وَعَمَلٌ بِمُضْمُونِهَا الْعَلَامَةُ فِي الْمَخْتَلَفِ، فَخَصَّ الْكِرَاهِيَةَ بِالْمَرَضِ أَوْ الْإِعْسَارِ، وَفِي بَعْضِ نَسَخِهِ بَهُمَا مَعًا (٦).

وَالظَّاهِرُ أَنَّ دَلَالَةَ الْخَبْرَيْنِ عَلَى الْأَوَّلِ أَوْضَحُ. وَالْأَقْوَى عَمُومُ الْكِرَاهِيَةِ لِجَمِيعِ الْأَحْوَالِ وَتَأَكُّدُهَا مَعَ الْمَرَضِ وَالْإِعْسَارِ، إِعْمَالًا لِجَمِيعِ الْأَدَلَّةِ لِعَدَمِ الْمَنَافَاهِ. وَاسْتَشْنَى بَعْضُ الْأَصْحَابِ (٧) مِنْهُ مَا لَوْ اشْتَمَلَ الْمَفْضَلُ عَلَى مَزِيَّةٍ كَحَاجَتِهِ وَاسْتِغْثَالِ بَعْلِهِ،

ص: ٢٩

-
- ١- ١) راجع صحيح مسلم ١٢٤١: ٣-١٢٤٤، و السنن الكبرى ١٧٦: ٦-١٧٨.
 - ٢- ٢) راجع صحيح مسلم ١٢٤١: ٣-١٢٤٤، و السنن الكبرى ١٧٦: ٦-١٧٨.
 - ٣- ٣) راجع صحيح مسلم ١٢٤١: ٣-١٢٤٤، و السنن الكبرى ١٧٦: ٦-١٧٨.
 - ٤- ٤) التهذيب ١٥٦: ٩ ح ٦٤٤، الوسائل ٣٨٤: ١٣ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١٢.
 - ٥- ٥) التهذيب ١٥٦: ٩ ح ٦٤٢، الوسائل ٣٨٤: ١٣ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١١.
 - ٦- ٦) مختلف الشيعة: ٤٨٧.
 - ٧- ٧) التحرير ٢٨٣: ١، جامع المقاصد ١٧١: ٩.

و إذا قبضت الهبه فإن كانت للأبوين،(١)لم يكن للواهب الرجوع إجماعاً.و كذا إن كان ذا رحم غيرهما.و فيه خلاف.

و المفضّل عليه على نقص كفسق و بدعه و استعانه بالمال على معصيه و نحو ذلك،فلا يكره التفضيل حينئذ.و لا بأس به مع احتمال عموم الكراهه،لعموم الأدلّه و إطلاقها.

قوله:«و إذا قبضت الهبه فإن كانت للأبوين.إلخ».

يفهم من قوله:«و فيه خلاف»-و ضميره يعود إلى غير الأبوين من ذى الرحم -أنّ الإجماع متحقّق فى هبه الولد للوالدين خاصّه،فيدخل فى الخلاف العكس، و هو هبتهما للولد.و فى المختلف (١)عكس،فجعل الإجماع على لزوم هبه الأب ولده، و مع ذلك لم يذكر الأمّ فيه.و الظاهر أنّ الاتفاق حاصل على الأمرين إلا من المرتضى فى الانتصار[١]،فإنّه جعلها جائزه مطلقاً ما لم يعوّض عنها،و إن قصد به التقرب، و كأنّهم لم يعتدّوا بخلافه،لشدّوذه،و العجب مع ذلك أنّه ادّعى إجماع الإماميه عليه مع ظهور الإجماع على خلافه.و ذكر صاحب كشف الرموز (٢)أنّه سأل المصنف-رحمه الله-عن وجه إخلاله بذكر الأولاد مع أنّ الإجماع واقع على لزوم الهبه لهم كالأباء، فأجابه بأنّه كان زيغاً للقلم.و هو يدلّ على اعترافه بالإجماع على الأمرين.

إذا تقرّر ذلك:فانحصر الخلاف فى غيرهم من الأرحام،و قد اختلف الأصحاب فى حكم هبته مع بقاء العين و عدم التصرّف فيها و التعويض عنها،فذهب الأ-كثر إلى لزومها،لعموم الأمر بالوفاء (٣)بالعقود على ما فيه،و لأنّه مالك إجماعاً، و الأصل استمرار ملكه فى المتنازع،و لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام:«قال:الهبه و النحل يرجع فيهما صاحبهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذى

ص: ٣٠

١-١) مختلف الشيعة:٤٨٤.

٢-٣) كشف الرموز ٢:٥٦.

٣-٤) المائدة:١.

و إن كان أجنبيًا فله الرجوع (١) ما دامت العين باقيه، فإن تلفت فلا رجوع.

رحم، فإنه لا يرجع فيها» (١) وغيرها من الأخبار (٢). و ما ورد من الأخبار (٣) معارضا لها ضعيف السند، فلا يصلح للمعارضه فضلا عن ترجيحه عليها. و بذلك يضعف قول الشيخ في الخلاف (٤) بالجواز محتجا بها، كما ضعف قول المرتضى -رضى الله عنه - محتجا بالإجماع.

و اعلم أن المراد بالرحم في هذا الباب و غيره -كالرحم الذى تجب صلته و يحرم قطعه- مطلق القريب المعروف بالنسب و إن بعدت لحمته و جاز نكاحه. و هو موضع نص و وفاق.

قوله: «و إن كان أجنبيًا فله الرجوع. إلخ».

تلف العين الموجب للزوم الهبة أعم من كونه من قبل الله تعالى و غيره حتى من المتَّهب، لشمول الدليل للجميع، و هو حسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام:

«إذا كانت الهبة قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له» (٥). و ليس الخلاف فى هذه الصورة إلا مع المرتضى -رضى الله عنه- حيث جَوَّزها مطلقا ما لم يعوّض. و حجتنا النصّ، و عذره عدم قبول مثله. و ادعى فى التذكرة (٦) أن الحكم بالزوم مع التلف إجماعى، و هو فى مقابله دعوى المرتضى -رحمه الله- الإجماع على الجواز. و فى حكم تلفها أجمع تلف بعضها و إن قلّ، لدلاله الروايه عليه، فإن العين مع تلف (٧) جزء منها لا تعدّ قائمه.

ص: ٣١

- ١- ١) الكافي ٧:٣١ ذيل ح ٧، التهذيب ٩:١٥٦ ح ٩٦٣، الاستبصار ٤:١٠٨ ح ٤١٠، الوسائل ١٣:٣٣٨ ب «٦» من كتاب الهبات ح ٢.
- ٢- ٢) الوسائل ١٣:٣٣٨ ب «٦» من أبواب أحكام الهبات.
- ٣- ٣) الوسائل ١٣:٣٣٨ ب «٦» من أبواب أحكام الهبات.
- ٤- ٤) الخلاف ٣:٥٦٧ مسألة (١٢).
- ٥- ٥) الكافي ٧:٣٢ ح ١١، التهذيب ٩:١٥٣ ح ٩٦٧، الاستبصار ٤:١٠٨ ح ٤١٢، الوسائل ١٣:٣٤١ ب «٨» من كتاب الهبات.
- ٦- ٦) تذكرة الفقهاء ٢:٤١٩.
- ٧- ٧) فى «س»: متى تلف.

و كذا إن عوّض عنها و لو كان العوض يسيرا. (١) و هل تلزم بالتصرّف؟ قيل: نعم، و قيل: لا تلزم. و هو الأشبه. (٢) قوله: «و كذا إن عوّض عنها و لو كان العوض يسيرا».

هذا أيضا من المواضع الموجهة للزومها من الأجنبي، و هو موضع وفاق من جميع الأصحاب حتّى من المرتضى -رضى الله عنه- كما قد عرفت. و مستنده -مع الأدلّه العامّه- خصوص قول الصادق عليه السلام فى حسنه عبد الله بن سنان قال: «إذا عوّض صاحب الهبه فليس له أن يرجع» (١) و غيرها. و لا- فرق فى العوض بين القليل و الكثير مع تراضيهما عليه، لإطلاق النصّ و الفتوى، و لأنها تصير بالتعويض معاوضه محضه فيلزم، للعموم. و لو لم يرض الواهب باليسير ابتداء أو بعد العقد لم يؤثّر بذل المتّهب له كما سيأتى -إن شاء الله- تحريره (٢). و لا- فرق فى العوض بين كونه من بعض الموهوب و غيره، عملا- بالإطلاق، و لأنّه بالقبض بعد العقد مملوك للمتّهب فيصحّ بذله عوضا عن الجملة.

قوله: «و هل تلزم بالتصرّف؟ قيل: نعم، و قيل: لا تلزم. و هو الأشبه».

حكم هذه المسأله من المشكالات، و قد اختلف فيها الأصحاب، المتقدّمون منهم و المتأخرون. و تحرير الدليل على كلّ قول غير منقّح و لا سالم من إشكال، و نحن نذكر منه هنا ما يقتضيه المقام، و نحيلك على معرفه ما أهملناه بملاحظه ما حرّراه. فنقول:

إذا تمّت الهبه بالعقد و القبض، و لم يكن لذى رحم و لا- زوج و لا زوجته، و لم يعوّض المتّهب عنها، و لم يتلف فى يده، و لكن تصرّف فيها تصرّفا لا يسوغ له قبل

ص: ٣٢

١- ١) الكافي ٧: ٣٣ ح ١٩، التهذيب ٩: ١٥٤ ح ٦٣٢، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٣، الوسائل ١٣: ٣٤١ ب «٩» من كتاب الهبات ح ١.
٢- ٢) فى ص: ٥٩.

التملك، فهل يلزم الهبه بذلك، ويكون التصرف من جملة الأسباب الموجبه للزومها، أم تبقى جائزه على ما كانت قبل التصرف؟ فيه أقوال:

أحدها- وهو الذى اختاره المصنف فى الكتاب و مختصره (١)، و قبله (٢) سائر و أبو الصلاح (٣)، و هو ظاهر ابن الجنيد [٤]-
عدم تأثير التصرف مطلقا فى لزومها، بل للواهب فسخها كما كان له قبله. و إطلاقه بقاء الحكم بالجواز مع التصرف يشمل الناقل للملك، و المانع من الرد كالاستيلاد، و المغير للعين كطحن الحنطه، و غيرها.

و ثانيها: أنها تلزم بالتصرف مطلقا [٥]، ذهب إليه الشيخان (٤) و ابن البراج (٥) و ابن إدريس (٦) و أكثر المتأخرين كالعلامه (٧) و الشهيد (٨) - رحمه الله - فى اللمعه، و غيرهما (٩).

و ثالثها: التفصيل بلزومها مع خروجه عن ملكه، أو تغير صورته كقصاره الثوب و نجاره الخشب، أو كون التصرف بالوطى، و عدمه بدون ذلك كالركوب

ص: ٣٣

١- (١) المختصر النافع: ١٦٠.

٢- (٢) المراسم: ١٩٩.

٣- (٣) الكافى فى الفقه: ٣٢٣.

٤- (٤) الشيخ المفيد فى المقنعه: ٦٥٨، و الشيخ الطوسى فى الخلاف ٣: ٥٧١ مسألة ١٧، و النهايه و قد تقدم آنفا.

٥- (٥) المهذب: ٢: ٩٥.

٦- (٦) السرائر: ١٧٣: ٣.

٧- (٧) المختلف ٢: ٤٨٦، إرشاد الأذهان ٢: ٤٥٠.

٨- (٨) اللمعه: ٥٩.

٩- (٩) كابن فهد الحلى فى المقتصر ٢١٢، و الصيمرى فى تلخيص الخلاف ٢: ٢٢٩ مسألة ١٧.

و السكنى و اللبن و نحوها من الاستعمال. و هو قول ابن حمزه (١)، و الشهيد فى الدروس (٢)، و جماعه من المتأخرين [١]. و زاد ابن حمزه فقال: «لا يقدرح الرهن و الكتابه». و هو يشمل بإطلاقه ما لو عاد إلى ملك الواهب أو لم يعد.

إذا تقرّر ذلك: فلنعد إلى ما احتجّ به أصحاب الأقوال من الأخبار و الاعتبار، و سنبيّن ما فيه. فالذى يصلح حجّه لأصحاب القول الأول صحيحه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام فى الرجل يهب الهبه أ يرجع فيها إن شاء؟ فقال:

«تجوز الهبه لذوى القربات و الذى يثاب فى هبته، و يرجع فى غير ذلك» (٣). و الظاهر أن المراد بالجواز فى الخبر اللزوم، بقربته تخصيصه الحكم بالقرايه و المثاب و قوله:

«و يرجع فى غير ذلك». و حسنه الحلبي عنه عليه السلام قال: «إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له» (٤). و بقاء العين شامل لحالتى التصرف و عدمه.

و لأنّ استحقاق الرجوع ثابت قبل التصرف فيستصحب.

و أجاب فى المختلف عن الخبرين بحملهما على ما إذا لم يوجد التصرف (٥). و فيه نظر، لأنّ تخصيص العامّ و تقييد المطلق لا يصحّ إلاّ مع وجود معارض يتوقّف على الجمع بينهما بذلك، و لم يذكر ما يوجب المعارضه على هذا الوجه، كما سنبيّن إن شاء الله تعالى. و اقتصر فى المختلف على هذين الحديثين استدلال من طرف القائل، و أضاف إليهما الاستدلال بأصالة بقاء الملك على صاحبه (٦). و هو حجّه رديّه، لأنّ

ص: ٣٤

١ - ١) الوسيله: ٣٧٩.

٢ - ٢) الدروس: ٢٣٧.

٣ - ٤) التهذيب ٩: ١٥٨ ح ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٤، الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب «٦» من كتاب الهبات ح ١.

٤ - ٥) تقدّم ذكر مصادرها فى ص: ٣١، الهامش (٥).

٥ - ٦) المختلف: ٤٨٦.

٦ - ٧) المختلف: ٤٨٦.

انتقال الملك هنا متحقق على كل حال بعد القبض، وإنما الكلام في أنّ هذا الانتقال هل هو لازم أم جائز؟ والأولى إبداله بما ذكرناه من استصحاب الحكم بالجواز، لأنه موضع النزاع.

ويمكن أن يحتج له أيضا من الأخبار بصحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الهبه و النحلة يرجع فيهما صاحبهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلاّ لذي رحم، فإنه لا يرجع فيها» (١). و بصحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام:

«قال: إنما الصدقة محدثه، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ينحلون و يهبون، و لا ينبغي لمن أعطى لله عزّ و جلّ شيئا أن يرجع فيه، قال:

و ما لم يعطه لله و في الله فإنه يرجع فيه، نحلته كانت أو هبه، حيزت أو لم تحز» (٢) الحديث. و في معناها موثقه عبيد بن زراره قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق الصدقة إله أن يرجع في صدقته؟ فقال: إنّ الصدقة محدثه إنما كانت النحلة و الهبه. و لمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته، حيزت أو لم تحز، و لا ينبغي لمن أعطى شيئا لله عزّ و جلّ أن يرجع فيه» (٣). فهذه الأخبار الخمسة دالة بإطلاقها أو عمومها على ما ادّعاها المصنف من جواز الرجوع فيها و إن تصرف، و هو ظاهر.

لا- يقال: مدلول الأخبار على الإطلاق غير مراد، لتناولها ما لا يجوز الرجوع معه إجماعا، كحاله التعويض و التلف، فما تدلّ عليه لا يقولون به و ما يقولون به لا يقصر دلالتها عليه.

لأننا نقول: إنّ تينك الحالتين خرجتا من هذا العموم أو الإطلاق بنصّ

ص: ٣٥

١- ١) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٣٠-٣١، الهامش (١).

٢- ٢) الكافي ٧:٣٠ ح ٣، التهذيب ٩:١٥٢ ح ٦٢٤، الاستبصار ٤:١١٠ ح ٤٢٣، الوسائل ١٣:٣٣٤ ب «٣» من كتاب الهبات ح ١.

٣- ٣) الكافي ٧:٣٠ ح ٤، التهذيب ٩:١٥٣ ح ٦٢٥، الاستبصار ٤:١٠٨ ح ٤١١، الوسائل ١٣:٣٤٢ ب «١٠» من كتاب الهبات ح ١.

خاصّ، و هو الأخبار التي أسندنا إليها الحكمين، فتكون تلك الأخبار مخصّصه أو مقيدته لهذه. و طريق الجمع بينهما حمل هذه على ما عدا تينك الحالتين، إعمالاً للدليلين بحسب الإمكان، كما هو محقّق في الأصول، فتبقى هذه الأخبار كالعامّ المخصوص في كونه حجّة في الباقي. و حينئذٍ يضعف أيضاً قول من قال: إن هذه الأخبار لا عموم لها، أو أنّ تقييدها لا بدّ منه، فإنّ تقييدها بما يوجب الجمع بينها و بين غيرها لا يسقط دلالتها و يتناول موضع النزاع، و يحتاج تقييدها بغير حاله التصرّف إلى مقيد.

حجّة القول الثاني أمور:

الأول: عموم قوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم (١)، و ليس الرجوع تجاره و لا عن تراضٍ.

الثاني: عموم أو فوا بالعقود (٢)، خرج منه ما دلّ الدليل على جوازه فيبقى الباقي على أصله.

الثالث: روايه إبراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عليه السلام قال: «أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، و قال: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: مَنْ رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه». (٣) خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على أصله.

الرابع: أنّ جواز الرجوع يقتضى تسلّط الواهب على ملك المتّهب، و هو خلاف الأصل، لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم» (٤) فيقتصر فيه على موضع الدليل.

ص: ٣٦

١-١ (١) سورة النساء: ٢٩. و نصّ الآية الكريمة لا تأكلوا أموالكم بالباطل .

١-٢ (٢) المائدة: ١.

٣-٣ (٣) التهذيب ٩: ١٥٨ ح ٦٥٣، الوسائل ١٣: ٣٤٣ ب «١٠» من كتاب الهبات ح ٤.

٤-٤ (٤) راجع ص: ٢٨، الهامش (٢).

الخامس: قال الشيخ-رحمه الله-: «روى الأصحاب أنّ المتّهب متى تصرّف في الهبه فلا رجوع فيها» (١). وهو يدلّ على وجود روايات بذلك.

السادس: أنّ المتّهب قد ملك بالعقد والإقباض، وظهر أثر الملك بالتصرّف، فقوى وجود السبب، وهو تامّ وإلا لم يتحقّق أثره، فلا يتحقّق النقل عنه إلا بسبب طار، و الرجوع ليس سببا هنا وإلا لكان سببا في غيره.

السابع: أنّ جواز الرجوع يقتضى الضرر والإضرار بالمتّهب على تقدير بناءه و غرسه و طول مدّته، وهما منفيان شرعا.

الثامن: أنّ الموهوب قد صار ملكا للمتّهب بعقد الهبه، فلا يعود إلى ملك الواهب إلا بعقد جديد أو ما هو في حكمه.

التاسع: أنّه إجماع، لأنّ المخالف معروف الاسم و النسب فلا يقدح.

فهذه عشره أدلّه بحديث القىء، لأنّه دالّ برأسه و إن كان في ضمن حديث آخر، فقد روى (٢) منفردا أيضا. وهذه الأدلّه جمعتها من تضاعيف عبارات أصحاب هذا القول، و لم يتفق جمعها لأحد منهم هكذا، و هي أقصى ما أمكن من استدلالهم.

و في كلّ واحد منها نظر:

أمّا الأول فللمنع من كون أكل الهبه بطريق الرجوع فيها من الواهب أكلا لمال الغير بالباطل، بعد ورود الروايات الصحيحة على جواز الرجوع فيها المستلزم لعود ملكه لها بالفسخ، فيكون أكلا لمال نفسه بالحقّ لا لمال غيره بالباطل.

و أما الثانى فالأمر بالوفاء بالعقود المراد منه الوفاء بما تقتضيه و الالتزام بما يترتب عليه شرعا من لزوم و جواز، فمن فسخ بالعقد الجائز الذى قد دلّت الأخبار الصحيحة الكثيره على جوازه كان قد وفى العقد حقّه اللازم له شرعا. سلّمنا أن المراد

ص: ٣٧

١- (١) المبسوط ٣: ٣١٢، و قريب منه فى الخلاف ٣: ٥٧١ فى مسأله ١٧.

٢- (٢) الفقيه ٤: ٢٧٢ ضمن رقم ٨٢٨، الاستبصار ٤: ١٠٩ ح ٤١٦ و ٤١٧، الوسائل ١٣: ٣٤١ ب «٧» من كتاب الهبات ح ٥، و ٣٤٣ ب «١٠» منه ح ٣.

بالوفاء به التزامه مطلقا لكنّه مخصوص بالعقود اللازمه، و كون هذا العقد لازما في هذه الحاله عين المتنازع، و قد عرفت دلالة الأدله الصحيحه على جوازه، فيكون مستثنى كما استثنى غيره من العقود الجائزه.

و أمّا الثالث- هو خبر إبراهيم بن عبد الحميد- فأوّل ما فيه ضعف السند جدّا، فإنّ إبراهيم بن عبد الحميد واقفيّ المذهب، و إن قال بعضهم (١): إنّه ثقّه.

و الذي يرويه عنه عبد الرحمن بن حمّاد، و هو مجهول العين مطلقا، و إنّما يوجد في قسم الضعفاء عبد الرحمن بن أبي حمّاد، و هو غال لا يلتفت إليه. و الذي يرويه عنه «إبراهيم» بقول مطلق، و هو مشترك بين جماعه منهم الضعيف و الثقّه. و ما هذا شأنه كيف يجعل حجّه في مقابله تلك الأخبار الصحيحه، مع أنّ في معناها من الأخبار الضعيفه (٢) جمله لم يلتفت إلى ذكرها لذلك، و إن كان حالها أقوى من هذا الخبر؟.

و أمّا دعوى انجبار ضعفه بالشهره فأعجب من أصل الاستدلال به، فإنّ شهرته إن كانت بمعنى تدوينه في كتب الحديث فهو أمر مشترك بينه و بين سائر الأخبار الضعيفه المذكوره في كتب أصول الحديث المرويّه (٣)، و إن كان بمعنى عملهم بمضمونه فظاهرٌ بطلانه، لأنّ مضمونه لزوم الهبه متى قبضت، سواء كانت لرحم أم غيره، عوّض عنها أم لم يعوّض، بقيت عينها أم تلفت، و هذا المفهوم على إطلاقه لا يقول به أحد، و إنّما يأخذون منه هنا قدر حاجتهم خاصّه، و هو لزومها على تقدير التصرّف، و يطرحون باقي مدلوله، فأى معنى لاشتهاره على وجه يجبر ضعفه؟ سلّمنا، لكن لا دلالة له على التصرّف مطلقا، و إنّما دلّ على لزومها مطلقا بالقبض كما عرفت، و أنتم لا تقولون به، فأى وجه لحمله على حاله التصرّف خاصّه؟ و أمّا الاستدلال بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «إنّ الراجع في هبته كالراجع

ص: ٣٨

١-١) الفهرست للشيخ: ٧.

٢-٢) راجع الوسائل ٣٣٨: ١٣ ب «٤» من كتاب الهبات.

٣-٣) في «س»: المدوّنه.

فى قئئه«فالكلام فى طرئقه كما تقدم؁ و من هئء المءن مقءضاه ءءرئم الرجوع مءلقا كما ءءرم الرجوع فى القىء؁ و لا ءقول به أءء. و منه ءظهر أن ءمله على الكراهه مءلقا أولى. و وءه ءءشبهه اسءءءار الرجوع عند أهل البصيره و ذوى المروءه. سلمنا إراءه ءءرئم؁ لكن ءءرئم الرجوع لا ءءل على فساده و عدم ءرءب الأءر عليه؁ لعدم ءلاله النهى فى ءبر العباءء عليه.

و أما الرابع ففئه أن ءسلط الواهب إذا وقع بما أءن له الشارع فىه من العءءء الجاءر لا ءكون مءالفا للأصل؁ بل موافءءه له أو ضء؁ و بالرجوع ءبصر ماله؁ و ءسلطه ءئنءء على ماله لا على مال المءءب.

و أما الخامس - و هو ءءكاهه عن الشئء بأن الأصءاب روءا أن المءءب مءى ءصرف فى الهبه فلا رجوع فىها- فعءب؁ لأن أرباب هءا القول بالءوا و فءشوا فلم ءءءوا ءءءا و اءءا ءءل على ما اءعاه الشئء سوى رواءه إبراءم بن عبء ءءمءء فءءروها فى اسءءءالهم؁ و ءالها ما ءء رأءء ءلاله و سءءا. و ءءب الشئء الأءبارئء ءالئه عما اءعى رواءه الأصءاب له؁ و لم ءءعرض فى رواءءه أصلا إلى ءكم ءءصرف صرئءا؁ و إنما روى هو و ءبره من الأصءاب ما ءءنناه من ءكم ءواز الهبه على الوءه المءءءم المنافى لما اءعوه هنا.

و أما الساءس - و هو الاسءءءال بءءقق المءك و ظهور أءره بءصرف- ففئه:

أنه إن أراد بالمءك اللازم فهو مصادره على المءلوب؁ و هل هو إلا أول المسألة و عئن المءنازع؟! و إن أراد ءءقق المءك المءلق بالءءء و الإءباض أعم من اللازم و الجاءر و ءرءب أءر هءا المءلق فهو ءبر نافع؁ لأن العءءء الجاءر لا ءرفع ءوازه ءءصرف فىه على هءا الوءه؁ كما ءظهر ءلك فى ءصرف أءء المءبائعئن مع وءوء ءءار للآءر؁ و فى ءءصرف ءبر المءبئر للءئن و لا الناقل للمءك فى الهبه عند بعض الأصءاب (1). و ءئنء

ص: ٣٩

فالظاهر من أثر الملك إنما هو أثر الملك الحاصل، وهو الجائر رفعه على ما يدّعيه الخصم و دلّت عليه الأخبار (1) الصحيحة، وذلك لا- يوجب قوّه السبب و لا- تماميته، و لا ينافي كونه سببا. و دعوى كون الرجوع ليس سببا هنا عين المتنازع، فإنّ الخصم يجعله سببا تاما في رفع ملك المتهب و إثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذى قد استفيد من النصوص.

و أمّا السابع- هو استلزام جواز الرجوع الضرر في بعض الصور- ففيه: أنّ المتهب قدم على هذا الضرر بالتصرّف في ملك متزلزل أمره بيد غيره، و إذا أدخل هو الضرر على نفسه لا يضرّ عند الشارع، كما في نظائره من الموارد التي يلقي الإنسان نفسه فيها من الضمانات و الغرامات التي لا- تحصى كثرة. و مثله يقع كثيرا في تصرّف من ليس له الخيار مع من له ذلك في أبواب البيع و الشفعة و غيرها.

و أمّا الثامن: فجوابه ظاهر، لأنّه إن أراد صيرورته ملكا لازما فهو أوّل المسألة، و إن أراد الأعم لم يضرّهم. و قوله: «فلا يعود إلى ملك الواهب إلا بعقد أو ما في حكمه» مسلم لكن الفسخ في حكم العقد، حيث إنّه ناقل للملك من المتهب إلى الواهب كما لا يخفى.

و أمّا التاسع- هو دعوى الإجماع- فترك جوابه أليق، و كيف يتحقّق الإجماع في موضع الخلاف العظيم و المعركة الكبرى و المنازعة العظمى و تعدّد الأقوال؟! و علم عين القائل و نسبه مشترك الإلزام في كلّ مسألة ممّا يدّعى فيها الإجماع كذلك فضلا عن هذه، و ما هذه الدعوى عند أرباب النهى إلا من قبيل الهذيان و التخيلات.

و أعجب منها ما وقع في مقابلتها من دعوى المرتضى- رضى الله عنه- في الانتصار (2) الإجماع على جواز الهبة مطلقا، لرحم كانت أم لغيره، تصرّف فيها أم لم يتصرّف،

ص: ٤٠

١- ١) تقدمت في الاستدلال للقول الأول في ص ٣٤-٣٥.

٢- ٢) الانتصار: ٢٢٣، ٢٢١.

ما لم تعوّض.

حجّيه القول الثالث- وهو التفصيل بتغيّر العين و زوالها عن الملك و عدمه- حسنه الحلبي المتقدمه (1) عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها و إلا فليس له».

و وجه الدلاله أنها مع تغيّر عينها بالطحن و نجاره الخشب و تفصيل الثوب و نحو ذلك لا يصدق عليها بقاء العين، لأنّ المتبادر منها بقاؤها بأوصافها التي كانت عليها لا- أصل الذات، و مع خروجها عن ملكه لا يصدق بقاؤها عرفا، لأنّ ذلك منزّل منزله التلف، فضلا عن أصل الخروج عن الوصف. و على هذا فتكون هذه الروايه مخصّيه صه أو مقّيده لتلك الأخبار الصحيحه، كما قيدها في حاله التلف.

و لكن لا يخلو من إشكال في السند و الدلاله. أمّا السند فلعدم كونها من الصحيح، فمن يعتبر عداله الراوى بالمعنى المشهور يشكل عليه العمل بها. و أمّا الدلاله فيظهر في صورته نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها، فإنّ إقامه النقل مقام تغيّر العين أو زوالها لا يخلو من تحكّم أو تكلف. بل قد يدعى قيام العين ببقاء الذات مع تغيّر كثير من الأوصاف فضلا عن تغيّر يسير. و أيضا فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطاء مطلقا بالتغيّر مع صدق بقاء العين بحالها معه، اللهم إلا أن يدعى في الموطوءه عدم بقاء عينها عرفا. و ليس بواضح. أو يخصّ بما لو صارت أمّ ولد، فإنّها تنزّل منزله التالفه من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطئ.

و على كلّ حال فتقييد تلك الأخبار الكثيره الصحيحه الواضحه الدلاله بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلاله في كثير من مدّعيات تفصيله لا يخلو من إشكال، إلاّ أنّه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقا. و الذي يظهر أنّ الاعتماد عليه أوجه حيث يظهر دلالتة بصدق التغيّر عرفا، لأنّه من أعلى درجات الحسن، بل قد عدّه

ص: ٤١

الأصحاب من الصحيح في كثير من الكتب (١)، وإن كان ذلك ليس بجيد كما سنتبه عليه في آخر البحث (٢). و تبقى تلك الأخبار السابقة من كون الراجع في هبته كالراجع في قيئه، فإن له طريقا صحيحا وإن كان أكثر طرقه ضعيفه، وخبر إبراهيم ابن عبد الحميد كالشاهد له، فيكون في ذلك إعمال لجميع الأخبار، وهو خير من أطراح مثل هذا الحديث المعبر والباقيه (٣).

وقد ظهر ممّا ذكرناه أنّ أمتن الأقوال و أوضحها دلالة من النصوص الصحيحة المتكثّره هو ما اختاره المصنف من القول ببقاء هذا العقد على الجواز، وأنّ القول باللزوم مطلقا أبعدها عن الدلالة المعبره المقبوله وإن كانت كثيره بحسب الصوره.

فلا- تغتّر بما قاله صاحب كشف الرموز (٤) من ضعف ما اختاره المصنف، وأنّه باحثه فيه و راجعه و استقصى الكلام معه فلم يظهر له إلا- المخالفه و القول باللزوم مطلقا معتمدا فيه على الإجماع و الخبر السابق مع غفلته عما حقّقناه. و أعجب منه دعوى الإجماع على اللزوم في موضع الخلاف.

و اعلم أنّه على القول باللزوم الأمر واضح، لأنّ كلّ ما يعدّ تصرّفا يوجب، سواء غير العين أم لا، و سواء نقل عن الملك أم لا. وإن قلنا بالتفصيل فيعتبر في التصرف المعبر بتبديل صورته الموهوب و إن بقيت حقيقته، كطحن الحنطه و قطع الثوب و قصارته و نجاره الخشب و نحو ذلك، لعدم بقاء العين المعبر به (٥) في الخبر مع ذلك حسب ما تقرّر.

و هل ينزل إدخالها في البناء- بحيث يستلزم هدمه الإضرار بمالكة مع بقاء

ص: ٤٢

١- ١) كالدروس: ٢٣٧، و التنقيح الرائع ٢: ٣٤٥، و جامع المقاصد ٩: ١٥٨.

٢- ٢) في ص: ٤٤.

٣- ٣) في «و»: و إعمال الباقي ظ.

٤- ٤) كشف الرموز ٢: ٥٩.

٥- ٥) في ما عد «س» و «ش»: المعبر عنه.

العين و عدم تبدل صورتها- منزله التصرف المغير؟ وجهان، من صدق بقاء العين، و كون هذا الفعل أقوى من ذلك التبدل اليسير، و لزوم الإضرار بالمتَّهَب مع دخوله فيه دخولا شرعيًا بل من مالك العين، و لعلّه أقوى.

و لو نقلها عن ملكه نقلاً- لازماً فقد قطعوا بلزومها حينئذ، و إن فرض عودها إلى ملكه بعد ذلك بإقاله أو غير ذلك من وجوه النقل المتجدد، لبطلان حق الرجوع بذلك، فعوده يحتاج إلى دليل جديد.

و لو كان عوده بخيار أو فسخ بعيب و نحوهما ممّا يوجب من حينه فكذلك، لتحقق انتقال الملك، مع احتمال عود الجواز، نظراً إلى ارتفاع العقد، و وجود سببه من حين العقد.

و يضعف: بأن الملك منتقل على التقديرين و إن كان متزلزلاً و قد صدر عن مالك، و عوده إليه لم يبطل ذلك الملك، و إنما تجدد ملك آخر، و من ثمّ كان النماء المتخلل لمن انتقل إليه دون المتَّهَب. و لو وطئ الأمه فقد حكموا بعده تصرفاً ملزماً مطلقاً، سواء استولدها به أم لا. و لا شبهه فيه. و على تقدير الاستيلاء لو تجدد موت الولد فكتجدد الفسخ، و أولى باحتمال عود الجواز، لعدم انتقالها عن ملك المتَّهَب، و إنّما منع منه مانع و قد زال. هذا إذا جعلنا المانع هو الاستيلاء لا الوطاء و إلا لم يعد مطلقاً، لوجود السبب الموجب للزوم.

و لو كان التصرف بالإجاره انتظر الواهب انقضاء المدّة، و جاز الفسخ معجلاً.

و لو كان بالكتابه روعى بالفسخ، فإن حصل تبين صحّح الرجوع و إلا فلا. و الفرق بين الفسخ هنا و فسخ ذى العيب و الخيار: أنّ الفسخ بعجز المكاتب يبطلها من أصلها، و من ثمّ يملك السيّد ما بيده من الكسب و ما وصل إليه قبله على تقدير كونها مشروطه، بخلاف ما يوجب من حينه. و لو كانت مطلقه و فسخ قبل الأداء فكذلك، و لو كان بعد أداء البعض ففي صحّح الرجوع فيما بطل فيه خاصّه وجهان. و قد

تقدّم (١) إطلاق ابن حمزه عدم بطلان الرجوع بالكتابة مطلقاً. و التفصيل أجود.

و لو كان التصرف بالرهن روعى انفكاكه فى صحته. و أطلق ابن حمزه (٢) عدم منعه. و كأنّ وجهه تقدّم حقّ الواهب على حقّ المرتهن، فيفسخ الرهن مطلقاً. و وجه العدم وقوع التصرف من مالك فكان ماضياً إلى أن يرد المانع (٣).

و التفرّيع على القول بالجواز مطلقاً واضح فيما لا- يحصل مع التصرف نقل الملك و لا- مانع من الردّ كالأستيلاد، أمّا معهما فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضاً من غير استثناء، و عموم (٤) الأدلّه يتناولها. و حينئذ فلا يتسلّط على ردّ العين، لانتقال الملك إلى غير الموهوب فى وقت كان مالكا، فوقع التصرف صحيحاً، و لكن يرجع إلى قيمه العين. و فى اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان أجودهما الأول، لأنّه وقت انتقال الملك الموجب للقيمة، جمعا بين الحقيين.

و يحتمل استثناء هاتين الصورتين من الحكم و إن كان القائل به قد أطلق، لأنّ حقيقه الرجوع لا- تتمّ إلا- بإبطال ملك غير المتّهب، و الرجوع إلى القيمة مع وجود العين إحاله على غير ما دلّ عليه الدليل الموجب للرجوع، و لأنّ فيه جمعا بين الأخبار، حيث يدعى أنّ نقل الملك منزل منزله تغير العين بل تلفها، و قد شرط فى الخبر السابق بقاء العين قائمه فى جواز الرجوع.

تنبيه هو خاتمه بحث المسأله:

اعلم أنّ العلامه (٥) فى التذكرة و المختلف (٦) و وصف روايه الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها. إلخ» بالصّحّه،

ص: ٤٤

١- ١) راجع ص: ٣٤.

٢- ٢) راجع ص: ٣٤.

٣- ٣) فى «و» إلا أن يزول.

٤- ٤) فى «س»: و مجموع.

٥- ٥) التذكرة ٢: ٤١٩.

٦- ٦) المختلف ٢: ٤٨٧.

و يستحب العطية لذوى الرحم، و يتأكد فى الولد و الوالد. (١) و تبعه على ذلك الشهيد فى الدروس (١) و الشيخ على فى الشرح (٢). و الحق أنها من الحسن لا من الصحيح، لأن فى طريقها إبراهيم بن هاشم، و هو ممدوح خاصه غير معدّل، و كثيرا ما يقع الغلط فى حديثه خصوصا فى المختلف، و قد وصفه بالحسن فى مواضع كثيرة (٣) منه موافقا للواقع، و العجب من تبعيه هذين الفاضلين له أكثر. و إنما طوّنا الكلام فى هذه المسألة و خرجنا عن موضع الكتاب لأنها من المهمات، و الله ولى التوفيق.

قوله: «و يستحب العطية لذى الرحم، و يتأكد فى الولد و الوالد».

لما فى العطية للمذكورين من الجمع بين الصدقة و صله الرحم المأمور بها، و قد قال الله تعالى مدحا للفاعل وَ آتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَ الْيَتَامَىٰ (٤) فبدأ بالقرباه. و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «صدقتك على ذوى رحمك صدقه و صله» (٥). و روى أنّ زينب امرأه عبد الله بن مسعود كانت صناعا، و كانت تنفق على زوجها و ولده، فأتت النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله إنّ عبد الله و ولده شغلانى عن الصدقه، فقال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «لك فى ذلك أجران أجر الصّله و أجر الصدقه» (٦). و الأخبار فى هذا الباب كثيره جدّا.

و إنما تستحب عطية الرحم حيث لا يكون محتاجا إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها، و إلاّ وجبت كفايه إن تحققت صله الرحم بدونها و إلاّ وجبت عينا، لأنّ صله

ص: ٤٥

١- (١) الدروس: ٢٣٧.

٢- (٢) جامع المقاصد ١٥٨: ٩.

٣- (٣) كما فى ص: ٣١١، ٢٠١، ١٠٦، ٤٧، ٢٩ و غيرها.

٤- (٤) البقره: ١٧٧.

٥- (٥) راجع المعجم الكبير ٣٣٧: ٦ ح ٦٢٠٧، و بهذا المعنى أحاديث ٦٢٠٤-٦٢١٢.

٦- (٦) وردت هذه القصه بتفاوت فى المصادر. راجع الطبقات الكبرى ٨: ٢٩٠، سنن ابن ماجه ١: ٥٨٧ ح ١٨٣٥، الاستيعاب ٤: ١٨٤٨

و ١٨٥٦ و ١٨٥٨، السنن الكبرى للبيهقى ٤: ١٧٩، أسد الغابه ٥: ٤٦١ و ٤٦٣، موارد الظمان: ٢١٢ ح ٨٣٢.

و التسويه بين الأولاد فى العطيه. (١) و يكره الرجوع فيما تهبه الزوجه لزوجها، (٢) و الزوج لزوجته، و قيل:

يجريان مجرى ذوى الرحم. و الأول أشبه.

الرحم واجبه عينا على رحمه. و ليس المراد منها مجرد الاجتماع البدنى، بل ما تصدق معه الصيله عرفا، و قد يتوقف ذلك على المعونه بالمال حيث يكون الرحم محتاجا و الآخر غنيا لا يضره بذل ذلك القدر الموصول به، بل قد يتحقق الصله بذلك و إن لم يسع إليه بنفسه، كما أن السعى إلى زيارته بنفسه غير كاف فيها مع الحاجه على الوجه المذكور.

قوله: «و التسويه بين الأولاد فى العطيه».

المراد بالتسويه معناها الظاهر، و هو جعل أنصباء الأولاد متساويه، ذكورا كانوا أم إناثا أم بالتفريق. فيعطى الأنثى مقدار ما يعطى الذكر و إن كان له ضعفها فى الإرث، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «سوّوا بين أولادكم فى العطيه، فلو كنت مفضّلا أحدا لفضّلت البنات» (١). و قد تقدّم (٢) البحث فى ذلك و ما يستثنى منه.

قوله: «و يكره الرجوع فيما تهبه الزوجه لزوجها. إلخ».

أمّا جواز رجوع أحدهما فى هبه الآخر فلدخوله فى عموم الأخبار السابقه (٣) الدالّه على جواز الرجوع فيها مطلقا عدا ذى الرحم، و ليسا من ذويه، و استصحابا للحكم السابق. و أمّا الكراهه فلقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى صحيحه الحلبي (٤) و غيرها (٥) من الروايات: «مثل الذى يرجع فى هبته كالذى يرجع فى قيئه».

ص: ٤٦

١-١) راجع ص: ٢٨.

٢-٢) راجع ص: ٢٨.

٣-٣) فى ص: ٣٥، ٣٤، ٣٠.

٤-٤) التهذيب ٩: ١٥٥، ح ٦٣٥، الاستبصار ٤: ١٠٩، ح ٤١٩، الوسائل ١٣: ٣١٦، ب «١١» من أبواب الوقوف و الصدقات ح ٤ و لكنّها فى الصدقه.

٥-٥) راجع ص: ٣٦، هامش (٣)، و الوسائل الباب المتقدم ح ٢.

و إذا لم يدل ذلك على التحريم فلا أقل من الكراهه.

و ذهب جماعه من الأصحاب (١) إلى عدم جواز رجوع أحدهما كالرحم، لصحيحه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «لا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته، و لا المرأة فيما تهبه لزوجها، حيز أو لم يحز، لأن الله تعالى يقول وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا، و قال فَإِنْ طِبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا، و هذا يدخل فى الصداق و الهبه» (٢).

و هذا هو الأقوى، لصحة الروايه، فتكون الزوجيه من أسباب اللزوم المستثناه من تلك الأخبار الصحيحه بخصوصيه هذا الخبر الصحيح، كما استثنى الرحم بالخبر الآخر. و لا يقدح فيه قوله: «حيز أو لم يحز» من حيث إن ظاهره اللزوم و إن لم يقبض، لما تقدم من دلالة الأدله على عدم لزومها قبل القبض قطعاً، فتحمل هذه الحيازه على قبض آخر جديد غير القبض الأول جمعاً بين الأدله، و لعل من ذهب إلى الكراهه أعلل هذا الخبر بذلك من حيث إنه متروك العمل بالظاهر، أو لأن ما دل عليه لا يقولون به و ما يقولون به لا يدل عليه.

و أما حديث القىء فلا- خصوصيه فى دلالتة للزوجين بل يدل على كراهه الرجوع فى الهبه مطلقاً، و إن تناولهما من حيث العموم، إلا أنه ليس وجهاً لتخصيص الكراهه بهما و إن صلح للدلاله فى الجملة. و لا فرق فى الزوجين بين الدائم و غيره، و لا بين المدخول بها و غيره. و المطلقه رجعتاً زوجه بخلاف البائن.

ص: ٤٧

١- (١) التذكرة ٤١٨: ٢، إيضاح الفوائد ٤١٦: ٢-٤١٧، المقتصر: ٢١٢، جامع المقاصد ٩: ١٦١.

٢- (٢) الاستبصار ٤: ١١٠ ح ٤٢٣، الوسائل ١٣: ٣٣٩ ب (٧) من كتاب الهبات ح ١. و رواه فى الكافى ٧: ٣٠ ح ٣، و التهذيب ٩: ١٥٢ ح ٦٢٤ باختلاف يسير. و الآيتان فى سورة البقره: ٢٢٩ و النساء: ٤.

الثانى فى حكم الهبات و هى مسائل:

الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع من آخر

الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع من آخر، فإن كان الموهوب له رحماً، لم يصح البيع. وكذا إن كان أجنبياً وقد عوض. أما لو كان أجنبياً ولم يعوّض، قيل: يبطل، لأنه باع ما لا يملك. وقيل: يصح، لأن له الرجوع. والأول أشبه. (١) قوله: «و لو وهب فأقبض ثم باع من آخر- إلى قوله- والأول أشبه».

المراد بعدم الصحه على تقدير لزوم الهبه- بكون المتهب رحماً أو معوضاً- عدم لزومه، بل يتوقف على إجازة المتهب على مختار المصنف و الأكثر فى بيع الفضولى، لا الصحه المقابله للبطلان، لأنه لا يقصر حينئذ عن الفضولى. والمراد أنه مع لزوم الهبه لا ينفذ البيع، لكونه تصرفاً فى ملك الغير. وأما مع جواز الرجوع فيه فهل يصح و يقوم مقام الرجوع و البيع معاً أم لا؟ قولان:

أحدهما: -و هو الذى اختاره المصنف-: عدم الصحه بذلك المعنى، لأنّ بالعقد و القبض قد انتقل عن ملكه إلى ملك المتهب، و إن كان انتقالاً قابلاً للزوال بالفسخ، فيبطله قبل الفسخ وقع فى ملك الغير فلم ينفذ. و لا يقدح كونه دالاً على الفسخ، لأنّ غايته أن يكون فسخاً موجباً لنقل الملك إليه، لكن هذا الانتقال لم يحصل إلا بالبيع، فيكون البيع واقعا قبل الانتقال، ضروره تقدم السبب على المسبب فوقع على ملك الغير، فلم يكن صحيحاً.

و الثانى: الصحه و قيام العقد مقام الفسخ و العقد معاً، لأنّ ثبوت الفسخ فرع

و لو كانت الهبه فاسده صحّ البيع على الأحوال.(١) صحّ العقد في نفسه، لأنه أثره، فلو كان البيع فاسدا لم يترتب عليه أثره و هو الفسخ، مع الاتفاق على أنّ الفسخ يحصل بذلك، و إنّما الخلاف في حصولهما معا به، و لعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (١).

و فيه نظر، لأننا نمنع من توقّف الفسخ على صحّ العقد، بل على حصول لفظ يدلّ عليه، و إيقاع البيع على هذا الوجه يدلّ على إرادته الفسخ فيقتضيه، و إن تخلّفت صحّ البيع من حيث اشتراط تقدّم الملك عليه.

و الأولى في الاستدلال على صحّته: أنّ العقد يدلّ على إرادته الفسخ، و الغرض من الألفاظ المعتبره في العقود الدلاله على الرضا الباطني لأنه هو المعتبر، و لكن لما لم يمكن الاطلاع عليه نصب الشارع الألفاظ الصريحه دالّه عليه و اعتبرها في صحّ العقد كما تبهوا عليه كثيرا في أبوابه. و حينئذ فالعقد المذكور يدلّ على تحقّق إرادته الفسخ قبل العقد، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع. أو نقول: إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب و كان العقد بمنزله الفضولي، و قد ملكها منّ إليه الإجازة، فلزم من قبله، كما لو باع ملك غيره ثمّ ملكه، أو باع ما رهنه ثمّ فكّه، و نحو ذلك، و أولى بالجواز هنا، لأنّ بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا له، بخلاف هذا، فإنه قاصد إلى البيع مطلقا كما لا يخفى.

و كيف كان فالأقوى صحّ البيع و الفسخ معا. و مثله يأتي في بيع ذي الخيار و بيع المدبّر و الموصى به مطلقا، و المكاتب حيث يجوز فسخها، و نحو ذلك.

قوله: «و لو كانت الهبه فاسده صحّ البيع على الأحوال».

المراد بالأحوال ما تقدّم تفصيله من كون الهبه لرحم أو غيره، عوّض عنها أو لم يعوّض. و يحتمل أن يريد به ما هو أعمّ من ذلك بحيث يشمل مع ذلك ما لو علم بالفساد أو لم يعلم. و وجه الصحّ في الجميع وقوع العقد من مالك جائز التصرف

ص: ٤٩

.....
فيكون صحيحا.

و يحتمل العدم على تقدير عدم علمه بالفساد، لأنه لم يقصد نقله عن ملكه، لبنائه على أنه ملك لغيره، والعقود تابعه للقصد، ويجوز على تقدير علمه بالفساد أن لا يبيع، وإنما قدم على بيع مال غيره بزعمه. و على تقدير احتمال إرادته البيع مطلقا فمجرد إيقاعه البيع أعم من قصده إليه على تقدير علمه بملكه و عدمه، و العام لا يدل على الخاص، فالقصد إلى البيع على تقدير كونه مالكا مشكوك فيه، فلا يكون العقد معلوم الصحة.

و يمكن الجواب عن ذلك بأن إيقاع العقد باللفظ الصريح كاف في الدلالة على القصد إليه شرعا، كما في نظائره من العقود، إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصدا إلى ذلك اللفظ حيث يكون شرعيا، بل يحمل إطلاق لفظه حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصدا. و احتزنا بتجرده عن قرائن عدمه عن نحو المكره و الهازل إذا أوقع عقدا، فإننا لا نحمل لفظه الصريح على القصد إليه، لدلاله القرائن على خلافه.

و يظهر من العبارة أن موضوعها ما لو كان جاهلا لعطف المسألتين الآتيتين عليه مشبها لحكهما بها مع تصريحه بفرض جهله بالحال فيهما. و لو قيل بالرجوع إلى قوله في ذلك كان حسنا، بمعنى أنه إن أخبر عن قصده إرادته البيع و إن كان مالكا صح. و إن قصده لكونه فضوليا لم يصح على تقدير ظهور كونه مالكا، لعدم توجه قصده إلى البيع اللازم، ولأن هذا أمر لا يمكن معرفته إلا منه، فيرجع إليه فيه كنظائره.

و اعلم أن العلامة في القواعد (1) ادعى الإجماع على صحه البيع بتقدير ظهور فساد الهبه، و عطف عليه حكم ما لو باع مال مورثه. و الإجماع ممنوع، مع أنه في كتاب البيع من الكتاب المذكور نقل الخلاف فيمن باع مال مورثه فبان موته، و إن

ص: ٥٠

و كذا القول فيمن باع مال مورثه، و هو يعتقد بقاءه. (١) استوجه الصحه.

قوله: «و كذا القول فيمن باع مال مورثه و هو يعتقد بقاءه».

بمعنى أنه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورث حال البيع، و أن البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم و هو صدور البيع عن مالك لأمره.

و يشكل بما مرّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنّما قصد بيع مال غيره و أقدم على عقد الفضوليّ، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصا مع ادّعائه عدم القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. و لعلّ هذا أقوى لدلاله القرائن عليه، فلا أقلّ من جعله احتمالا مساويا للقصد إلى البيع مطلقا فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع.

إلا أن يقال: إنّ المعتبر هو القصد إلى البيع مطلقا، و يمنع اعتبار القصد إلى بيع لازم بدليل صحه عقد الفضوليّ مع عدم القصد إلى بيع لازم، و توقّفه على إجازة المالك أمر آخر، لأنّ رضا المالك شرط في لزوم العقد لا في صحته في نفسه، و الأمر هنا وقع من المالك، فاجتمع القصد إلى البيع و الشرط و هو بيع المالك فلا يفتقر إلى إجازة أخرى. و إلى مثل هذا نظر المصنف و جزم بصحة البيع. و مثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء و كيله له قبل البيع.

و اعلم أنّ الشهيد في الدروس لمّا نقل عن الشيخ تساوى مسألتى فساد الهبه و بيع مال مورثه في الحكم بصحة البيع و إن جهل الحال قال: «و قد يفرّق بينهما بالقصد إلى صيغته صحيحه في مال المورث، بخلاف الموهوب» (١). و لا يخفى عليك فساد هذا الفرق، فإنّ القصد إلى الصيغته الصحيحه بالمعنى المقابل للباطل حاصل في المسألتين و بمعنى اللزوم منتف فيهما، فلا فرق بينهما أصلا كما لا يخفى.

ص: ٥١

و كذا إذا أوصى برقبه معتقه، و ظهر فساد عتقه. (١)

الثانيه: إذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض

الثانيه: إذا تراخى القبض عن العقد (٢) ثم أقبض، حكم بانتقال الملك من حين القبض، لا- من حين العقد. و ليس كذلك الوصيّه، فإنه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول، و إن تأخر.

قوله: «و كذا لو أوصى برقبه معتقه فظهر فساد عتقه».

أى و كذا الحكم -و هو صحّ الوصيّه- فيما لو أوصى برقبه من رقيقه لأحد و قد كان أعتقها قبل الوصيّه ثم ظهر فساد عتقه لها و أن الوصيّه صادفت ملكا، فتقع صحيحه و إن كانت بحسب الظاهر حال الوصيّه لم تكن صحيحه، لمصادفه الشرط و هو الملك فى نفس الأمر حال الوصيّه.

و يشكل بما مرّ، و يزيد هنا أنه-على تقدير كونه معتقا ظاهرا و لم يتبين له حال الوصيّه فساد العتق- لا يكون قاصدا إلى الوصيّه الشرعيّه أصلا، بل بمنزله الهازل و العابت بالنظر إلى ظاهر حاله، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك فى نفس الأمر، بخلاف من باع مال غيره، فإنه قاصد إلى بيع صحيح شرعى، غايته أنه جائر من قبل المالك لكنّه لازم من قبل المشتري، فهو عقد شرعى مقصود إليه و إن لم يقصد إلى لزومه مطلقا، بخلاف الوصيّه بالعتق ظاهرا، فإنها بحسب الظاهر باطله، فلم يتوجه قصده إلى وصيّه شرعيّه أصلا لعدم علمه بها. فالقول هنا بتوقفها على تجديد لفظ يدلّ على إمضائها متعين، و هو فى الحقيقه فى قوه وصيّه جديده، إذ لا ينحصر فى لفظ مخصوص، بل كلّ لفظ يدلّ عليها- كما سيأتى (١)- كاف، و هذا منه.

و اعلم أنّ ما ذكره الشهيد-رحمه الله- فى الدروس من الفرق بين مسألتى الهبه الفاسده و بيع مال مورثه يتوجه فى هذه المسأله، كما أشرنا إليه فى تينك المسألتين، لأنّ القصد فى الوصيّه هنا لم يتوجه إلى صيغه صحيحه بخلافهما كما قرّرناه، لكنّه لم يذكر مسأله الوصيّه معهما كما ذكرها المصنف و العلامه (٢) فلم يقع فرقه فى محلّه.

قوله: «إذا تراخى القبض عن العقد. إلخ».

قد عرفت فيما سلف

ص: ٥٢

١- ١) فى ص: ١١٦.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢٧٥: ١.

قد عرفت فيما سلف اختيار [المصنف] (١) أنّ القبض شرط لصحة الهبة لا- للزومها (٢)، سواء قارن العقد أم تراخي، لأنّ فوريتها ليست بشرط، للأصل.

و حينئذ فلو تراخي القبض عن العقد لم يحصل الملك بدونه، وإنّما يحكم بانتقال الملك إلى المتهب من حين القبض لا من حين العقد، فيكون القبض ناقلاً للملك حينئذ لا كاشفاً عن سبقه بالعقد. وتظهر الفائدة في النماء المتخلل بين العقد و القبض، و في أمور آخر سبق (٣) للتنبية على بعضها. و هذا بخلاف الوصية، فإنّ القبض فيها ليس شرطاً لصحتها و لا جزءاً، بل للزومها بالموت مع قبول الموصى له الوصية و إن تأخر القبض عن الموت، بل عنه و عن القبول، لأصاله عدم الاشتراط، و الهبة خرجت عن الحكم بدليل خاص، و قد تقدّم (٤).

و اعلم أنّ المصنف جزم بجواز تراخي القبض عن العقد، و الأمر فيه كذلك لما ذكرناه من أصاله عدم اشتراط الفورية، و الدليل الدالّ على اعتبار القبض أعمّ منه.

و في القواعد (٥) استشكل في حاله تراخيه، و الإشكال مبنيّ على القول بأنّ القبض شرط لصحة الهبة لا للزومها، فيكون جزءاً من السبب المصحح لها كالقبول، فاعتبر فوريتها كما اعتبر فوريتها القبول.

و فيه: أنّ الجزئية لا تقتضى الفورية أيضاً، إذ لا امتناع في تراخي بعض أجزاء السبب عن بعض، و اعتبار الفورية في القبول جاء من دليل خارج عند من اعتبره، نظراً منه إلى أنّه جواب الإيجاب فيعتبر فيه ما يعدّ معه جواباً، و مع ذلك ففيه ما فيه كما لا يخفى.

ص: ٥٣

١- ١) من (و) فقط.

٢- ٢) لاحظ ص: ١٧.

٣- ٣) في ص: ١٩.

٤- ٤) لاحظ ص: ١٩.

٥- ٥) قواعد الأحكام ٢٧٥: ١.

الثالثة: لو قال: وهبت و لم أقبضه، كان القول قوله، و للمقرّ له إخلافه إن ادّعى الإقباض

الثالثة: لو قال: وهبت و لم أقبضه، (١) كان القول قوله، و للمقرّ له إخلافه إن ادّعى الإقباض. و كذا لو قال: وهبت و ملكته (٢) ثمّ أنكر القبض، لأنّه يمكن أن يخبر عن وهمه.

قوله: «لو قال: وهبت و لم أقبضه. إلخ».

إنّما كان القول قوله لأنّه منكر له، إذ الأصل عدم وقوعه. و لا يقدح فى ذلك كونه شرطاً لصحّ الهبة، فيكون إنكاره كدعوى الفساد، و قد علم أنّ مدّعى الصحّ مقدّم، للفرق بين الأمرين، فإنّ منكر الإقباض لا يدّعى فساد الهبة، إنّما ينكر أمراً من الأمور المعتره فيها و أنّها لم تتحقّق بعد كما لو أنكر الإيجاب أو القبول، و إن اشترك الجميع فى عدم صحّ العقد بدونه.

و إنّما لم يكن الإقرار بالهبة إقراراً بالقبض مع كونه من أركانها المعتره فى صحّتها لأنّ المعروف شرعاً من الهبة هو الإيجاب و القبول خاصّه، و القبض و إن كان معتبراً فى الصحّ إلاّ أنّه خارج عن ماهيتها، و قد تقدّم (١) فى تعريف الهبة أنّ العقد المقتضى لتمليك العين. إلى آخره، و لا شبهه فى أنّ القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضى الإقرار بالآخر.

و يفهم من قوله: «و للمقرّ له إخلافه إن ادّعى الإقباض» أنّ تقديم قوله فى عدم الإقباض لا يوجب اليمين بمجرّده، بل مع دعوى المقرّ له الإقباض. و الأمر فيه كذلك، فإنّ اليمين تكون لإنكار ما يدّعيه المدّعى، فإذا لم يدّع عليه الإقباض لا يلزمه اليمين و إن صدق اسم المنكر عليه قبل الدعوى المذكوره، إذ ليس كلّ منكر يتوجه عليه اليمين بمجرّد الإنكار، بل لا بدّ من انضمام دعوى ما أنكره المنكر.

قوله: «و كذا لو قال: وهبت و ملكته. إلخ».

قد عرفت ممّا سبق (٢) أنّ الأصحاب قد اختلفوا فى أنّ القبض هل هو شرط لصحّ الهبة فلا يحصل الملك بدونه، أم للزومها خاصّه فيحصل بدونه الملك الجائر

ص: ٥٤

١- ١) فى ص: ٧.

٢- ٢) فى ص: ١٧.

رفعه بالفسخ قبله؟ و أنّ الهبه عبارته عن الإيجاب و القبول، و أنّ القبض خارج عن ماهيتها و إن اعتبر في صحتها. و حينئذ فقول المقرّ: «و هبته» لا يقتضى الإقرار بالملك، لجواز عدم الإقباض، فإذا أضاف إلى ذلك: «ملكته» نظر في أمر المقرّ، فإن كان ممّن يرى أنّ الهبه لا- تفيد الملك إلا- بالقبض حكم عليه بالإقباض حيث يقول: «و ملكته» و إن لم يقرّ به بخصوصه، لأنّ مسبّب عن الإقباض، فالإقرار بالمسبّب يستلزم الإقرار بالسبب، لأنّه لا يوجد بدونه، فيكون كما لو أقرّ بالسبب.

و إن كان ممّن يرى حصول الملك بمجرد العقد لم يكن إقراره بالهبه إقرارا بالإقباض، لجواز أن يخبر عن رأيه في ذلك، فلو فرض كون المقرّ له أو الحاكم الذى يتخاصمان إليه يرى الإقباض شرطا فى الملك لم يمكن الحكم على المقرّ بالإقباض بمجرد قوله: «ملكته»، و إن كان عندهما أنّ الملك يستلزم الإقباض، لاختلاف الرأيين. و كذا لو اشتبه حال المقرّ و مذهبه، لأنّ المسألة اجتهاديّة قد اختلف فيها أصحابنا و غيرهم (1)، فيجوز أن يكون إقراره مبيّنا على مذهب من لا- يرى التلازم، فلا يكون إقراره بمجرد كافيّا فى الإقرار بالقبض.

نعم، لو علم من مذهب المقرّ توقّف الملك على الإقباض بالاجتهاد أو التقليد المتعيّن لمن يقول به، و أنّه لم يتوهم خلافه، حكم عليه بالإقباض حينئذ.

و قول المصنف: «لأنّه يمكن أن يخبر عن وهمه» يدلّ على اشتراط الإمكان فى عدم الحكم عليه بالإقباض كما ذكرناه، فلو لم يمكن - كما لو علم مذهبه فى المسألة - حكم عليه بمقتضى مذهبه.

و ما ذكره المصنف من التعبير بإمكان إخباره عن وهمه أجود من قول غيره:

«الإمكان أن يعتقد رأى مالك» و قول القواعد: «إن اعتقد رأى مالك» (2) لما عرفت

ص: ٥٥

١- ١) راجع حليه العلماء ٤٨:٦، المغنى لابن قدامه ٢٧٤:٦، البحر الزخار ١٣٢:٤.

٢- ٢) قواعد الأحكام ٢٧٥:١.

أَنَّ الخلاف فيه واقع بين أصحابنا، فلا- يحتاج في ذلك إلى الخروج إلى مذهب مالك علما و لا إمكانا. هذا ما يتعلق بتحرير العبارة.

و بقى فى المسأله بحث آخر و هو: أنك قد عرفت أن التمليك من جمله العبارات المؤديه لإيجاب الهبه و قبولها، فإذا قال فى الإيجاب: «ملكك» و فى القبول «تملكت» تحقق عقد الهبه و افتقر بعده إلى الإقباض صحه أو لزوما، كما لو عثر بلفظ الهبه. و حينئذ فقوله: «و هبته و ملكته» كما يحتمل الملك المترتب على الإقباض أو على العقد المذكور عند بعض يحتمل أن يريد به إيقاع صيغه الهبه خاصه، و أن يكون عطف التمليك على الهبه مؤكدا لها، و يكون حاصل الإقرار إيقاع الهبه بلفظ التمليك، فلا يكون ذلك بمجرد إقراره بالقبض على القولين، و لا يحتاج إلى البناء على الخلاف المذكور فى القبض.

و لا يقال: إن حمله على ذلك يكون تأكيدا لقوله: «و هبته»، و حمله على حصول الملك المسبب عن العقد أو القبض معه يكون تأسيسا لمعنى آخر، و فائده التأسيس أولى من فائده التأكيد كما هو المشهور، مضافا إلى الأكثر فى الاستعمال من اقتضاء العطف المغايره للمقتضيه لكون مؤدى «ملكته» غير مؤدى «و هبته».

لأننا نقول: إن ألفاظ الأقرار لا تنزل على مثل هذه القواعد مع احتمال الأمرين، بل تعتبر فيها المعانى الظاهره، و هذه اللفظه مشتركه بين الصيغه و أثرها، فحملها على الثانى دون الأول ترجيح من غير مرجح، كما فى الإقرار بلفظ مشترك، فإنه لا ينزل على أحد معنيه بدون القرينه. و حمل العطف على المغايره مطلقا ممنوع، فإنه كما يجوز عطف الشئ على مباينه يجوز عطفه على مرادفه، كما هو محقق فى باب.

و على تقدير تسليم ظهور المعنى الثانى أو أغلبيته على الأول ينبغى أن يرجع إليه فى القصد، لا أن يتعين حمله على الغالب، كما تبهوا عليه فى نظائره من الإقرار بلفظ يحتمل معنيين، فإنه يقبل من المقر إرادته أحدهما و إن حمل إطلاقه على الغالب منهما، كما لو قال: «له على درهم و درهم و درهم» فإنه يقبل منه دعوى إرادته تأكيد

الرابعه: إذا رجع في الهبه و قد عابت لم يرجع بالأرش

الرابعه: إذا رجع في الهبه و قد عابت لم يرجع (١) بالأرش. و إن زاد زياده متّصله فللواهب. و إن كانت منفصله كالشمره و الولد، فإن كانت متجدّده كانت للموهوب له، و إن كانت حاصله وقت العقد كانت للواهب.

الثاني بالثالث (١)، و إن كان العطف يقتضى المغايره و كان الغالب عدم التأكيد.

و يمكن على هذا أن نقول: مع العلم بمذهب المقرّ في هذه المسأله و أنّ التملك عنده -بمعنى أثر العقد- لا يحصل إلاّ بالقبض لو قال: «وهبته و ملكته» ثمّ قال: أردت بالثاني تأكيد الأول، أو وهبته بصيغه التملك و لم أقبضه، قبل و لا يكون ذلك وهما في المذهب و لا رأيا في حكم القبض كالأول. و أولى منه ما لو قال ابتداء: «ملكته كذا» من غير أن يقول قبله «و هبته» فإنّه كما يحتمل الهبه المقبوضه يحتمل إيقاع صيغه الهبه خاصّه كما ذكرناه، فلا يكون إقرارا بالقبض لأن احتمال المغايره و التأسيس منتف هنا، و الاشتراك متحقّق، و الأغلبيه لأحد المعنيين منتفيه لغه و عرفا، بخلاف الأول.

و بهذا يظهر أنّ ما ذكره بعض الأصحاب (٢) -من أنّ قوله «ملكته» مجردا عن تقديم «و هبته» مثل قوله «و هبته و ملكته» سواء فيأتى فيه البحث السابق خاصّه، لأنّ التملك يقتضى الإقباض على المشهور و يحتمل خلافه على الرأى الآخر -ليس بجيّد، بل الفرق بينهما متحقّق، و الحكم بعدم الإقرار بالقبض في التملك المجرد متعيّن، فتأمّل.

قوله: «إذا رجع في الهبه و قد عابت لم يرجع إلخ».

إذا رجع الواهب في الهبه حيث يجوز له الرجوع -و ذلك على مذهب المصنف و إن تصرّف، و على مذهب غيره ما لم يتصرّف تصرّفا يمنع الرجوع -فلا يخلو: إمّا أن يجد العين بحالها لم تنقص و لم تزد و لم تتغيّر، أو يجدها ناقصه بما يوجب الأرش أو بما

ص: ٥٧

١ - ١) في «س»: الثاني و الثالث.

٢ - ٢) راجع جامع المقاصد ١٧٤: ٩.

لا- يوجهه، أو زائده بما يوجب الأرش كذلك أو بما لا- يوجهه، أو يوجب زياده فى القيمه، أو جامعه بين الأمرين، متّصله تلك الزيادة أو منفصله، مطلقاً أو من وجه، أو متغيّره بالامتزاج بالأجود أو الأدنى أو المساوى، أو غيره من الأعمال كالنجاره و القصاره و الطحن، أو غير ذلك من التغيّرات.

و المصنف ذكر حكم بعض هذه الأقسام، و هو حاله الزيادة و النقصان، فحكم بأنه إذا رجع و قد عابت-سواء كان العيب بزيادة أو نقصان-لا- يرجع بالأرش، لأنّه حدث فى عين مملوكه للمتهب، و قد سلّطه مالكها على إتلافها مجاناً، فلم تكن مضمونه عليه، سواء كان العيب بفعله أم لا- و لا فرق عنده بين الهبه المشروط فيها الثواب و غيرها فى ذلك من حيث الإطلاق، و سيأتى (١) التصريح به على تردّد منه [فى] (٢) حاله الاشتراط. و الحقّ أنّ هذه الصوره مستثناه من صور المعيب، و سيأتى.

و إن كان التغيّر بزيادة فى العين، فإن كانت متّصله كالسمن و تعلّم الصنعه فهى للواهب، لأنها تابعه للعين، بل داخله فى مسماها، أو جزء لها لغه و عرفاً، فالرجوع فى العين يستتبعها. و إن كانت منفصله حسّاً و شرعاً-كالولد الناتج، و اللبن المحلوب، و الثمره المقطوعه، و الكسب-فهى للمتهب، لأنها نماء حدث فى ملكه من ملكه فيختصّ به. و إن كانت منفصله شرعاً مع اتّصالها حسّاً- كالحمل المتجدّد بعد القبض، و اللبن كذلك قبل أن يحلب، و الثمره قبل قطفها-فكذلك على الأقوى، لما ذكر. و قال ابن (٣) حمزه: له الرجوع فى الأمّ و الحمل المتجدّد، بناء على أنه كالجزء من الأمّ، و الأظهر خلافه. و مثله الصوف و الشعر المستجزّ، و لو لم يبلغ أو ان جزّه فالأجود تبعيته للعين.

هذا كلّه إذا كانت الزيادة قد حدثت بعد ملك المتهب للعين، و ذلك بعد

ص: ٥٨

١-١ (١) فى ص: ٦٢.

٢-٢ (٢) من الحجرية.

٣-٣ (٣) الوسيله: ٣٧٩.

الخامسة: إذا وهب و أطلق، لم تكن الهبة مشروطة بالثواب

الخامسة: إذا وهب و أطلق، لم تكن الهبة مشروطة بالثواب.

العقد و القبض، أما لو حدثت قبله فهي كالموجوده قبل الهبة، فيرجع فيها كما يرجع في العين.

قوله: «إذا وهب و أطلق. إلخ».

إذا وهب شيئاً فلا- يخلو: إمّا أن يشترط الواهب على المتهب الثواب- أى التعويض عن الهبة- أو يشترط عدمه، أو يطلق. و على تقدير اشتراط الثواب لا يخلو:

إمّا أن يعينه بقدر مخصوص، أو يطلق. و على التقادير الأربعة: إمّا أن يكون المتهب أعلى من الواهب، أو مساوياً، أو أدنى. فهذه اثنتا عشرة صورته.

و تفصيل حكمها: أنه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعاً مطلقاً، و مع اشتراطه يلزم ما شرطه مطلقاً. ثمّ إن عينه ثمّ إن عينه لزم ما عين، بمعنى أنّ المتهب إن دفع المشروط و إلّا- تسلّط الواهب على الفسخ، و إن أطلق اشتراط الثواب لزم أيضاً الوفاء به، لكن إن اتّفقا على قدر فذاك و إلّا وجب أثابه مقدار الموهوب مثلاً (١) أو قيمه، و لا يلزمه الأزيد و إن طلبه الواهب، كما لا يجبر الواهب على قبول الأقل. و المعتبر قيمة الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد، و يحتمل عند دفع الثواب.

و إن أطلق الهبة و لم يشترط أحد الأمرين فالهبة جائزه من قبل الواهب إلّا أن يشبه المتهب بما يتّفقان عليه، و مع الاختلاف يرجع إلى مثل الموهوب أو قيمته، كما مرّ. و لا فرق في ذلك بين هبة الأعلى و المساوى و الأدنى على أصحّ الأقوال.

و قال الشيخ-رحمه الله-: إنّ مطلق الهبة في الأقسام الثلاثة يقتضى الثواب (٢).

و مقتضاه لزوم بذله و إن لم يطلبه الواهب، و هو بعيد. و يمكن أن يريد به جواز الرجوع في الهبة ما لم يثب، كما لو شرطه، فيكون المراد أنّ لزومها إنّما يتحقّق به، فيكون كقول الأصحاب.

و قال أبو الصلاح: إنّ هبة الأدنى للأعلى يقتضى الثواب فيعوّض عنها بمثلها،

ص: ٥٩

(١-١) في «ب» و «م» و نسخه بدل «و»: عينا.

(٢-٢) المبسوط ٣: ٣١٠، الخلاف ٣: ٥٦٨ مسألة (١٣).

فإن أثناب، لم يكن للواهب الرجوع. (١) وإن شرط الثواب صحَّ، (٢) أطلق أو عين. (٣) وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط، (٤) ولا يجوز التصرف فيها ما لم يعوّض عنها، لاقتضاء العرف ذلك (١). والأظهر خلافه، للأصل والعمومات.

إذا عرفت ذلك فقول المصنف: «إذا وهب و أطلق لم تكن الهبة مشروطة بالثواب» تنبيه على خلاف الشيخ و أبي الصلاح.

و قوله: «فإن أثناب لم يكن للواهب الرجوع» مفهوم شرطه أنّ له الرجوع مع عدم الإثابة، والحكم فيه كذلك، حتى إنّه لو أراد الرجوع فبذل له المتهب الثواب لم يجب عليه قبوله، بل يجوز له الامتناع ليتمكّن من الرجوع في هبته، لأصالة البراءة و إطلاق النصوص (٢) الصحيحة بجوازها ما لم يثب، ولا يتحقّق الثواب إلّا مع قبوله لا مع بذله خاصّه، لأنّه بمنزلة هبة جديده، ولا يجب عليه قبولها.

و قوله: «و إن شرط الثواب صحَّ» تبه به على خلاف بعض العامّة (٣) حيث منع من اشتراطه بناء على أنّ الهبة لا تقتضى ثوابا، فإذا شرطه فيها أخرجها عن مقتضاها.

و هو فاسد، لأن المطلق لا ينافى المقيد، وإنّما يتمّ لو قلنا إن الهبة تقتضى عدم الثواب، فإذا شرطه كان منافيا لمقتضاها، و فرق بين عدم اقتضاء الثواب و اقتضاء عدمه.

و قوله: «أطلق أو عين» تبه به على خلاف بعضهم (٤) أيضا حيث منع من اشتراط المعين، و آخرين (٥) حيث منعوا من اشتراط المبهوم. و عندنا أنّ الكلّ جائز، للأصل، و لأنّ الهبة من العقود المبتية على المغابنة فلا يضّرّ فيها الجهالة في عوضها، فكذا في شرطه، و لانضباطه بالقيمه مع الاختلاف.

و قوله: «و له الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط» شامل للأمرين معا. و دفع

ص: ٦٠

١- (١) الكافي في الفقه: ٣٢٨.

٢- (٢) الوسائل ١٣: ٣٤١ ب «٩» من كتاب الهبات، و كذا ١٢: ٢١٧ ب «٩١» من أبواب ما يكتسب به ح ٣.

٣- (٣) راجع حليه العلماء ٦: ٥٨، و المغنى لابن قدامة ٦: ٣٣٢.

٤- (٤) راجع حليه العلماء ٦: ٥٨، و المغنى لابن قدامة ٦: ٣٣٢.

٥- (٥) راجع حليه العلماء ٦: ٥٨، و المغنى لابن قدامة ٦: ٣٣٢.

و مع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء و لو كان يسيرا،(١) و لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع.(٢) المشروط المعين واضح، و المطلق يرجع إلى قاعدته المقررة مما يقع به التراضي أو مقدار المثل أو قيمه، لأن ذلك يحصل به تأدى ما شرط.

و قوله: «و مع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء و لو كان يسيرا» مقيد برضا الواهب به، إذ لو امتنع من قبوله تخير بين رد العين و بذل قيمتها أو مثلها كما مر (١).

و على كل حال لا- يتعين عليه ذلك و لا- على الواهب قبوله، لكن لو أراد الواهب و أراد المتهب دفع الثواب و لم يرد العين فحكمه كما ذكرناه. و الحاصل أنه لا يجب على المتهب دفع عوض بخصوصه، بل و لا دفعه مطلقا إذا رد العين، فإذا دفع عوضا و رضى به الواهب صح و امتنع الرجوع مع قبضه، قليلا كان أم كثيرا، و إلا تخير المتهب بين دفع الموهوب و عوض مثله، لانصراف الإطلاق إليه عادة.

و قوله: «و لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع» يفهم منه جواز رجوعه متى لم يقبضه و إن بذله المتهب. و الأمر فيه كذلك، و قد تقدم (٢). و لا ينافيه عموم الأمر (٣) بالوفاء بالعقود، و لا قول أبي عبد الله- عليه السلام- في صحيحه عبد الله بن سنان:

«تجوز الهبة لذوى القربى و الذى يثاب من هبته، و يرجع فى غير ذلك» (٤) كما زعم بعضهم (٥)، لأن عموم الوفاء بالعقود مقيد بغير الجائزه منها، و قد عرفت (٦) دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه إذا سلم دلالة الوفاء على المضى فيها مطلقا، و الإثابة فى الخبر لا يتحقق إلا بالاتفاق عليها لا بمجرد بذلها، و لم يحصل هنا.

ص: ٦١

١- ١) فى ص: ٥٩.

٢- ٢) فى الصفحة السابقه.

٣- ٣) المائده: ١.

٤- ٤) التهذيب ٩: ١٥٨ ح ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٤، الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب «٦» من أبواب أحكام الهبات ح ١.

٥- ٥) راجع جامع المقاصد ٩: ١٧٧.

٦- ٦) فى الصفحة السابقه.

و لا- يجبر الموهوب له على دفع المشترب، بل يكون بالخيار. (١) و لو تلفت و الحال هذه (٢) أو عابت، لم يضمن الموهوب له، لأن ذلك حدث في ملكه. و فيه تردد.

و قوله: «و لا- يجبر الموهوب على دفع المشترب، بل يكون بالخيار» أى بين دفع المشترب و رد العين كما مر (١). و مقتضاه أنه لا يجب عليه الوفاء بالشرط، و هو إما بناء على عدم وجوب الوفاء بالشرط فى العقد اللازم مطلقاً، بل يفيد اشتراطه جعل العقد عرضه للفسخ على تقدير امتناع المشروط عليه منه. و قد تقدم (٢) الكلام فيه، أو بناء على أن هذا العقد من العقود الجائزه خصوصاً من جهه الواهب، فلم يجب الوفاء بالشرط فيه كما لا- يجب الوفاء بأصله. و يشكل بأنه من طرف المتّهب لازم، فلا يجوز له الفسخ بنفسه و إن لم يبذل المشروط، و تخيرته بين بذل العين و الثواب المشروط لا ينافيه، و إنّما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصه.

قوله: «و لو تلفت و الحال هذه. إلخ».

ضمير «تلفت و عابت» يرجع إلى الهبه بمعنى الموهوب، لأنها هى المذكوره سابقاً. و يمكن عوده إلى العين الموهوبه المدلول عليها بالمقام. و حاصل الأمر: أن العين الموهوبه المشروط فيها الثواب لو تلفت فى يد المتّهب أو عابت قبل دفع العوض المشترب و قبل الرجوع- سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا- فهل يضمن المتّهب الأرش أو الأصل، أم لا؟ قولان:

أحدهما: عدم الضمان، و هو الذى اختاره المصنف ثمّ تردد فيه، و جزم به العلامه فى التذكرة (٣) و ولده فى الشرح (٤)، لما ذكره المصنف من العله، و هو أن ذلك النقص حدث فى ملك المتّهب فلم يلزمه ضمانه، و لأنّ المتّهب لا يجب عليه دفع

ص: ٦٢

١- ١) فى ص: ٥٩.

٢- ٢) فى ج ٢٧٤: ٣.

٣- ٣) التذكرة ٤٢٢: ٢.

٤- ٤) إيضاح الفوائد ٤٢٠: ٢.

العوض كما مرّ، بل للواهب الرجوع في العين، فالتفريط منه حيث تركها في يد مَنْ سلّطه على التصرف فيها مجاناً.

و الثاني: الضمان، جزم به ابن الجنيّد (١) من المتقدّمين و بعض المتأخّرين (٢)، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» (٣) ولأنّه لم يقبضها مجاناً بل ليؤدّي عوضها فلم يفعل، ولأنّ الواجب أحد الأمرين ردّها أو دفع العوض، فإذا تعذّر الأول وجب الثاني.

و أجيب عن دليل الأولين بأنّه لم يدخل في ملكه مجاناً بل بشرط العوض، و ذلك معنى الضمان. و عدم وجوب دفع العوض إن أريد به عدم وجوبه عينا لم يلزم منه نفى الوجوب على البديل الذي هو المدّعى، و حينئذ إذا تعذّر أحد الأمرين المخيّر فيهما وجب الآخر عينا. و إن أريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع. و هذا هو الوجه.

إذا تقرّر ذلك و قلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته، أو أقلّ الأمرين من ذلك و من العوض؟ وجهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أنّ المتّهب مخيّر بين الأمرين، و المحقّق لزومه هو الأقلّ، لأنّه إن كان العوض الأقلّ فقد رضى به الواهب في مقابلة العين، و إن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتّهب لا يتعيّن عليه العوض بل يتخيّر بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. و هذا هو الأقوى.

و وجه اعتبار قيمته مطلقاً: أنّ العين مضمونه حينئذ على القابض، فوجب ضمانها بالقيمه. و فيه: أنّه مسلّط على إتلافها بالعوض، فلا يلزمه أزيد منه لو كان

ص: ٦٣

-
- ١-١) حكاة عنه العلامة في مختلف الشيعة: ٤٨٧.
- ٢-٢) كالشهيّد في الدروس: ٢٣٧، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٧٧: ٩.
- ٣-٣) عوالي اللئالي ٢٢٤: ١ و غيره، و مستدرّك الوسائل ١٤: ٧ ب «١» من كتاب الوديعة ح ١٢ و ب «١» من كتاب الغصب ح ٤، و مسند أحمد ١٢: ٥، سنن أبي داود ٢٩٦: ٣ ح ٣٥٦١ و غيرها.

السادسه: إذا صبغ الموهوب له الثوب، فإن قلنا: التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب

السادسه: إذا صبغ الموهوب له (١) الثوب، فإن قلنا: التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب، وإن قلنا: لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبيًا، كان شريكًا بقيمه الصبغ.

أنقص.

ولا فرق على الوجهين بين القول بأن رجوع الواهب في الهبة المشروط فيها العوض منوط بعدم دفع العوض مطلقًا وقبوله له كما هو الأصح، وقد عرفته فيما سلف (١)، أو مع امتناع المتهب من دفع العوض، لأنّ تملك الواهب له و تسليطه على الإلتاف بالعوض - مع كونه أقل من قيمه - يقتضى عدم زياده عليه على كلّ تقدير.

هذا كلّ حكم الضمان على تقدير التلف. و أمّا أرش العيب فهو التفاوت بين قيمتها يوم ردّها و قيمتها يوم قبضها بعد العقد، لأنّ ذلك هو القدر المضمون عليه حيث تكون العين مضمونه.

و اعلم أنّ موضع الإشكال في كفيته الضمان إنّما هو مع شرط عوض معيّن، كما يظهر ذلك من تعليل أقلّ الأمرين، أمّا مع الإطلاق فالواجب هو المثل أو القيمة لا غير إذا لم يرض الواهب بما دونها، لأنّ ذلك هو مقتضى اشتراط العوض مطلقًا.

قوله: «إذا صبغ الموهوب له. إلخ».

إذا رجع الواهب في هبته فوجد المتهب قد عمل فيها عملاً، و جوّزناه مع التصرف مطلقًا كما ذهب إليه المصنف، فلا يخلو: إنّما أن يكون صفه محضه كقصاره الثوب و طحن الحنطه، أو عينا محضه كغرس الأرض، أو متردداً بينهما كصبغ الثوب.

ثمّ إنّ تزيد قيمه العين بمقدار قيمه الصنعه (٢)، أو يزيد عنها، أو ينقص مع زيادتها عن قيمه العين خاصه، أو تنقص. فإن زادت بمقدار القيمتين أو زادت

ص: ٦٤

١-١) لاحظ ص: ٦٠.

٢-٢) كذا في «ش». و في «و»: الصفه. و في «ب، س»: الصيغه، و لعلها الصبغه، و الأولى ما أثبتناه.

السابعه: إذا وهب في مرضه المخوف (١) و برئ، صحت الهبه، و إن مات في مرضه و لم تجز الورثه اعتبرت من الثلث، على الأظهر عنهما كان المتهب شريكا بنسبه قيمه عمله إلى قيمه العين. فلو كان الثوب يساوى مائه فصبغه بعشرين، فصار يساوى مائه و عشرين أو أزيد، صار شريكا بالسدس.

و لو نقص عن القيمتين و كان النقص بسبب الصبغ خاصه فالذاهب على المتهب، و لو لم يزد فلا شىء له، و لو نقص بسببه فهو كالعيب الحادث. و قد سبق في باب المفلس (١) تفصيل جملة هذه الأقسام و أحكامها، و كلها آتية هنا، فلتلحظ من هناك.

و المصنّف اقتصر على بيان حكم الصبغ، و لا فرق بينه و بين القصاره و الطحن عندنا، و إن كان الأمر فى الصبغ أقوى من حيث إنّه عين من وجهه. و أمّا العين المحضه كالغرس فلكلّ منهما ماله، و ليس لصاحب الأرض إجبار الغارس على إزالته مجاناً، بل يتخيّر بين الإبقاء بالأجره و القلع مع دفع أرش النقصان، كما فى العاريه و نظائرها، لوضعه فى الأرض بحقّ.

و قول المصنّف: «كان شريكا بقيمه الصبغ» المراد بنسبه قيمته إلى قيمه الثوب كما قرّرناه، ليكون الزيادة عن القيمتين بينهما على النسبه، لا- مقدار القيمه خاصه كما يظهر من العبارة، لأنّه يقتضى كون مجموع الزيادة للواهب، و ليس كذلك. و مثله يأتى فى صورته النقصان حيث لا يكون السبب من جهه الصبغ.

قوله: «إذا وهب في مرضه المخوف. إلخ».

لا خلاف فى أنّ المريض إذا برئ من مرضه ينفذ تصرّفه مطلقاً. و أمّا إذا اتّفق موته فى مرضه، فإن كان المرض مخوفاً بمعنى غلبه الهلاك معه فالأظهر أنّ منجزاته من الثلث حيث لا يجيز الوارث. و قيل: يكون من الأصل. و سيأتى (٢) تحقيق المسأله- إن شاء الله تعالى- فى الوصايا، و أنّ الحقّ اعتبار اتّصال المرض بالموت، سواء كان مخوفاً أم لا.

ص: ٦٥

١- ١) فى ج ١١٣: ٤-١١٥.

٢- ٢) فى ص: ٣٠٤.

كتاب السبق و الرمايه

اشاره

كتاب السبق و الرمايه

ص: ٦٧

كتاب السبق و الرمايه و فائدتهما:بعث العزم على الاستعداد للقتال،(١)و الهدايه لممارسه النضال.

و هى معامله صحيحه،مستندها قوله-عليه السلام-«لا سبق إلا فى نصل أو خفّ أو حافر»(٢)وقوله عليه السلام:«إن الملائكه لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه،ما خلا الحافر و الخفّ و الريش و النصل».

قوله:«و فائدتهما بعث النفس على الاستعداد للقتال.إلخ».

لا خلاف بين جميع المسلمين فى شرعيّه هذا العقد،بل أمر النبىّ (١)-صلى الله عليه و آله و سلم-به فى عدّه مواطن،لما فيه من الفائده المذكوره،و هى من أهمّ الفوائد الدينيه،لما يحصل بها من غلبه العدوّ فى الجهاد لأعداء الله تعالى الذى هو أعظم أركان الإسلام.و بهذه الفائده يخرج عن اللهو و اللعب المنهىّ عن المعامله عليهما،و من ثمّ كان مقصورا على ما ورد النصّ بتسويغه.

قوله:«مستندها قوله صلى الله عليه و آله و سلم:«لا سبق إلا فى نصل أو خفّ أو حافر».

هذه الروايه رواها العامّه (٢)فى الصحيح عن النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم، و رواها أصحابنا (٣)فى الحسن عن الصادق عليه السلام.و المشهور فى الروايه فتح

ص:٦٩

١-١) راجع الوسائل ١٣:٣٤٦ ب«١» و ٣٥٠ ب«٤» من كتاب السبق و الرمايه.

٢-٢) مسند أحمد بن حنبل ٢:٤٧٤، سنن ابن ماجه ٢:٩٦٠ ح ٢٨٧٨، سنن أبى داود ٣:٢٩ ح ٢٥٧٤، سنن النسائى ٦:٢٢٦.

٣-٣) الكافى ٥:٥٠ ح ١٤، الوسائل ١٣:٣٤٨ ب«٣» من كتاب السبق و الرمايه ح ١.

الباء من «سبق» وهو العوض المبدول للعمل كما سيأتى، و ماهيته المنفيّه غير مراده، بل المراد نفي حكم من أحكامها أو مجموعها بطريق المجاز كظائره، و أقرب المجازات إليه نفي الصحه، و المراد أنه لا- يصحّ بذل العوض فى هذه المعامله إلا- فى هذه الثلاثه، و على هذا لا ينفى جواز غيرها بغير تعويض.

و ربما رواه بعضهم بسكون الباء، و هو المصدر، أى لا يقع هذا الفعل إلا فى الثلاثه، فيكون ما عداها غير جائز، و من ثمّ اختلف فى المسابقه بنحو الأقدام، و رمى الحجر، و رفعه، و المصارعه، و بالآلات التى تشتمل على نصل، بغير عوض هل يجوز أم لا-؟ فعلى روايه الفتح يجوز، و على السكون لا. و فى الجواز مع شهره روايته بين المحدّثين موافقه للأصل، خصوصاً مع ترتّب غرض صحيح على تلك الأعمال.

اشاره

و تحقيق هذا الباب يستدعى فصولا:

الأول فى الألفاظ المستعمله فيه

الأول فى الألفاظ المستعمله فيه فالسابق هو الذى يتقدّم بالعنق و الكتد. و قيل: بأذنه. و الأول أكثر.

قوله: «فالسابق هو الذى يتقدّم بالعنق. إلخ».

المشهور بين الأصحاب و غيرهم أنّ السابق هو المتقدّم بعنق دابته و كتدها- بفتح التاء و كسرهما- و هو العالى بين أصل العنق و الظهر، و يعبر عنه بالكاهل. و ذهب ابن الجنيد إلى الاكتفاء بالأذن (١)، لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «بعثت و الساعه كفرسى رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه» (٢). و أجيب بالحمل على المبالغه، و أنّ ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حدّ قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«من بنى مسجدا و لو كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنّه» (٣) مع امتناع بناء مسجد كذلك. و بأنّ أحد الفرسين قد يكون هو السابق فيرفع رأسه فيتقدّم أذن الآخر عليه.

و اعلم: أنّ فى كلا القولين إشكالا، لأنّ السبق معنى من المعانى يختلف بحسب اللغه و العرف، و له اعتبارات متعدده عند الفقهاء و غيرهم، فتاره يعتبرونه

ص: ٧١

١-١) حكاه عنه العلامه فى المختلف: ٤٨٤.

٢-٢) تهذيب تاريخ دمشق لابن عساكر ٧: ١٢١.

٣-٣) راجع الوسائل ٣: ٤٨٦ ب «٨» من أبواب أحكام المساجد، ح ٢ و ٦، و مسند أحمد ١: ٢٤١.

و المصلّي:الذى يحاذى(١)رأسه صلوى السابق.و الصلوان ما عن يمين الذنب و شماله.

بالقوائم،و أخرى بالعنق،و ثالثه به مع الكتد،و رابعه بالإذن،فإذا أطلق المتسابقان العقد و جعلوا العوض للسابق ففي حمله على بعض هذه المعانى دون بعض نظر،بل فى صحّحه إطلاق العقد كذلك،إلا أن يدلّ العرف على إرادته شىء منها فيحمل عليه،و لا كلام فيه.

قوله:«و المصلّي هو الذى يحاذى.إلخ».

فائده الاحتياج إلى السابق ظاهره،لأنّ العوض فى الأغلب يبذل له وحده، و قد يشرك معه غيره،بأن يجعل للسابق شيئاً و للمصلّي شيئاً آخر دونه،و هكذا، فيحتاج إلى معرفه أسماء المتسابقين إذا ترتّبوا فى الحلبة،و قد جرت العاده بتسميه عشره من خيل الحلبة،و هى المجتمعه للسباق،و ليس لما بعد العاشر منها اسم إلاّ الذى يجىء آخر الخيل كلّها،فيقال له الفسكل (١)بكسر الفاء و الكاف أو بضّمهما.

فأول العشره:المجلى،و هو السابق،سمّى بذلك لأنّه جلّى عن نفسه،أى:

أظهرها،أو جلّى عن صاحبه و أظهر فروسيّته،أو جلّى همّه حيث سبق.

و الثانى:هو المصلّي،لما ذكره المصنّف من أنّه يحاذى رأسه صلوى السابق، و هما العظمان الناتان (٢)عن يمين الذنب و شماله.

و التالى للمصلّي هو الثالث.و يليه البارع،لأنّه برع المتأخّر عنه،أى:فاقه.

و المرتاح هو الخامس،سمّى به لأن الارتياح النشاط،فكأنه نشط فلحق بالسوابق.

و السادس:الحظى،لأنّه حظى عند صاحبه حين لحق بالسوابق،أى:صار ذا حظوه عنده أى:نصيب،أو فى مال الرهان (٣).

ص:٧٢

١-١) راجع لسان العرب ٥١٩:١١.

٢-٢) فى «م»:النابتان.

٣-٣) فى الحجريتين:إلى نصيب.و لعل الصحيح:نصيب أوفى فى مال الرهان.

و السبق-بسكون الباء-:المصدر، و بالتحريك:العوض،(١) و هو الخطر.

و السابع:العاطف،لأنه عطف إلى السوابق،أى مال إليها،أو كَرَّ عليها فلحقها.

و الثامن:المؤمّل،لأنه يؤمّل اللحق بالسوابق.

و التاسع:اللّطيم وزان فعيل بمعنى مفعول،لأنه يلطم إذا أراد الدخول إلى الحجره الجامعه للسوابق.

و العاشره:السكيت مصغراً مخفّفاً،و يجوز تشديده،سمّى به لسكوت ربّه إذا قيل لمن هذا،أو لانقطاع العدد عنده.و قيل:إنّ

السكيت هو الفسكل،و هو آخر فرس يجيء فى الرهان (١).

قوله:«و السبق-بسكون الباء-:المصدر،و بالتحريك:العوض.

إلخ».

السبق-بالسكون-مصدر سبق-بالتحريك-غيره سبقا و مسابقه.و فى التذكرة (٢)جعله مصدر«سبق»،و فى الصحاح (٣)جعله

مصدر«سابق»،و كلاهما صحيح إلّا- أن الثانى أوفق بالمطلوب هنا،لأنّ الواقع فى معاملته كون العمل بين اثنين فصاعداً،فباب

المفاعله به أولى.

و أما«السبق»بالتحريك فهو العوض المبذول للسابق و ما فى معناه،و يقال له «الخطر»بالخاء المعجمه و الطاء المهمله

المفتوحتين،و«الندب»بالتحريك أيضاً،و «الرهن»و منه أخذ الرهان لهذه المعامله.

ص:٧٣

١-١ (١) جمهره اللغه ١٢٧٢:٣.

٢-٢ (٢) تذكرة الفقهاء ٣٥٤:٢.

٣-٣ (٣) الصحاح ١٤٩٤:٤.

و المحلّل:الذى يدخل بين المتراهنين،إن سبق أخذ،و إن سبق لم يغرم.(١) و الغايه:مدى السباق.(٢)و المناضله:المسابقه و المراماه.(٣) قوله:«و المحلّل:الذى يدخل بين المتراهنين إن سبق أخذ،و إن سبق لم يغرم».

المحلّل هو الذى يدخل بين المتراهنين و لا- يبذل معهما عوضا،بل يجرى فرسه بينهما أو على أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد.و حكمه:أنه إن سبق أخذ العوض المبذول للسابق،و إن سبق لم يغرم شيئا.و سمى محلّلا لأنّ العقد لا يحلّ بدونه عند ابن الجنيّد (١)منا و الشافعى (٢)،أو يحلّ به إجماعا بخلاف ما إذا خلا عنه،فإنّ فيه خلافا،و سيأتى (٣)تحريره.

قوله:«و الغايه مدى السباق».

غايه الشىء منتهاه.و المراد بمدى السباق هنا منتهاه لا مجموع مسافته،كما يظهر من المدى.قال فى القاموس:المدى-ك«فتى»- الغايه (٤).و فى نهايه ابن الأثير:غايه الشىء مداه و منتهاه (٥).و يظهر منه أنّ المدى هو المنتهى و أنّ العطف تفسيرى،و هو المطابق لعباره المصنّف رحمه الله.

قوله:«و المناضله:المسابقه و المراماه».

المناضله مفاعله من النضل،و هو الرمى.قال الجوهرى:«ناضله:أى راماه،يقال:ناضلت فلانا فنضلته إذا غلبته،و انتضل القوم و تناضلوا:أى رموا

ص:٧٤

١-١) راجع المختلف:٤٨٤.

٢-٢) الأم ٢٣٠:٤،مختصر المزنى:٢٨٧.

٣-٣) لاحظ ص:٩٢.

٤-٤) القاموس المحيط ٣٨٩:٤.

٥-٥) النهايه ٣:٤.

و يقال: سَبَقَ-بتشديد الباء-إذا أخرج السبق، و إذا أحرزه أيضا.(١) و الرشق-بكسر الراء:-عدد الرمي، و بالفتح:الرمي.(٢) للسبق». (١)و في القاموس:ناضله مناضله و نضالا و نضالا باراه في الرمي». (٢)و في التذكرة:«السباق اسم يشتمل على المسابقه بالخيل حقيقه،و على المسابقه بالرمي مجازا،و لكل واحد منهما اسم خاصّ،فيختصّ الخيل بالرهان،و يختصّ الرمي بالنضال». (٣)و هذا موافق لقول الجوهري.

و أما إطلاق المناضله على ما يشمل المسابقه فليس بمعروف لغه و لا عرفا.

و لعلّ المصنف و مَنْ تبعه في ذلك تجوّزوا في الإطلاق،و بعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقه و المناضله (٤)و هو الموافق لما نقلناه عن اللغه.

قوله:«و يقال:سَبَقَ-بتشديد الباء-إذا أخرج السَبَقَ،و إذا أحرزه أيضا».

أى أخرج السَبَقَ-بالتحريك-و هو العوض،بمعنى ميّزه و أوقع العقد عليه، أو أخرجه عنه للسابق على تقدير جعله في ذمّته ثمّ ثبوته عليه.و المراد بإحرازه استحقاقه،سواء قبضه أم لا.

قوله:«و الرشق-بكسر الراء:-عدد الرمي،و بالفتح:الرمي».

الرشق-بكسر الراء-عدد ما يرمى به من السهام،يقال:رمى رشقا:أى رمى بسهامه التي يريد رميها كلّها.و إذا حصل الاتّفاق على رمى خمسه خمسه فكلّ خمسه يقال لها رشق،و خصّيه بعض أهل اللغه بما بين العشرين و الثلاثين.و أما بالفتح فهو المصدر،يقال:رشقه يرشقه رشقا إذا رماه بالسهام،و هو المراد بقوله:«و الرشق الرمي»أى المصدر لا اسمه.

ص:٧٥

١-١) الصحاح ١٨٣١:٥.

٢-٢) القاموس ٥٨:٤.

٣-٣) تذكرة الفقهاء ٣٦٠:٢.

٤-٤) المنهاج راجع سراج الوهاج:٥٦٨ و فى الأم ٢٢٩:٤ عنونه ب(السبق و النضال).

و يقال:رشق وجه و يد،و يراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ(١) الرشق.

و يوصف السهم:بالحابي،(٢)و الخاصر،و الخازق،و الخاسق، و المارق،و الخارم.

فالحابي:ما زلج على الأرض ثم أصاب الغرض.(٣) قوله:«و يقال:رشق وجه و يد و يراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ».

الرشق هنا بالكسر أيضا،بمعنى أنه مشترك بين العدد الذي يتفقان عليه و بين الوجه من الرمي لذلك العدد،فكما يقال:رموا رشقا أى عددا اتفقوا عليه،كذلك يقال:رموا رشقا إذا رموا بأجمعهم فى جهة واحده.قال الجوهري:«الرشق بالكسر الاسم،و هو الوجه من الرمي،فإذا رمى القوم بأجمعهم فى جهة واحده قالوا:«رمينا رشقا»(١).و المراد برشق اليد هذا المعنى أيضا.و إضافه الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه،فيقال:رشق وجه و رشق يد إذا كانت جهة الرمي واحده.و يمكن مع ذلك إضافته إليهما معا كما يظهر من العبارة.

قوله:«و يوصف السهم بالحابي.إلخ».

ذكر المصنف من أوصاف السهم عند الإصابه ستّة أوصاف و أردفها بسابع.

و فى التذكرة(٢) ذكر له أحد عشر اسما،و فى التحرير(٣) ستّة عشر،و فى كتاب فقه اللغة(٤) تسعة عشر اسما.و الغرض من ذلك اعتبار صفه الإصابه فى عقد الرمايه، فلا يستحقّ العوض بتخطى الشروط إلا أن يصيب بما هو أبلغ منه.

قوله:«فالحابي ما زلج على الأرض ثم أصاب الغرض».

الحابي-بإثبات الياء-من صفات السهم المصيب،و هو أن يقع دون الهدف

ص:٧٤

١-١) الصحاح ١٤٨١:٤.

٢-٢) التذكرة ٣٦٠:٢.

٣-٣) التحرير ٢٦١:١.

٤-٤) فقه اللغة:١٩٩.

و الخاصر: ما أصاب أحد جانبيه. (١) و الخازق: ما خدشه. (٢) و الخاسق: ما فتحه و ثبت فيه.

ثمَّ يجبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من جبو الصبي على الأرض، و جمعه حوابي.

و معنى قول المصنف: «زلج على الأرض» أى زلق. قال فى القاموس: «الزلج محرّكه:

الزلق، و يسكن» (١). و فى الصحاح: «مكان زلج-بسكون اللام و تحريكها- أى زلق، و التزلج: التزلج، و سهم زالج: يتزلج عن القوس» (٢).

و زعم بعض الفقهاء (٣) أنّ الحواب بإسقاط الياء نوع من الرمى قسيم للمبادره و المحاطّه. و المراد به أن يحتسب بالإصابة فى الشن و هو الغرض (٤) و فى الهدف و يسقط الأقرب من الشن ما هو الأبعد منه. و المشهور من معناه ما ذكره المصنف رحمه الله.

قوله: «و الخاصر ما أصاب أحد جانبيه».

هو-بالخاء المعجمه ثمَّ الصاد المهمله- مأخوذ من الخاصره، لأنها فى أحد جانبي الإنسان، سمى به لإصابته أحد جانبي الغرض، و هو فى معنى خاصرته.

و يسمّى أيضا جائزا. و قيل: الجائر ما سقط من وراء الهدف (٥). و قيل: ما وقع فى الهدف عن أحد جانبي الغرض (٦). فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة فى الغرض فالجائر مخطئ، و إن كانت مشروطة فى الهدف فهو مصيب.

قوله: «و الخازق ما خدشه. إلخ».

الخازق بالخاء و الزاى المعجمتين. و ضمير «خدشه» يعود إلى الغرض، و ظاهره أنه لم يثقبه و لم يثبت فيه، و بهذا صرح فى القواعد فقال: «الخازق ما خدشه ثمَّ وقع بين يديه». (٧) و فى التحرير: «أنّه ما خدشه و لم يثقبه». (٨)

ص: ٧٧

١-١ (١) القاموس ١٩٢: ١.

١-٢ (٢) الصحاح ٣١٩: ١.

٣-٣ (٣) فى «س»: بعض الأصحاب من الفقهاء. لاحظ التذكرة ٣٦٠: ٢ حيث نقله عن قوم.

١-٤ (٤) المصباح المنير ٣٩٢: ١.

١-٥ (٥) يراجع حليه العلماء ٤٨٢: ٥.

١-٦ (٦) يراجع حليه العلماء ٤٨٢: ٥.

١-٧ (٧) قواعد الأحكام ٢٦٤: ١.

١-٨ (٨) تحرير الأحكام ٢٦١: ١.

و المارق:الذى يخرج من الغرض نافذا.(١) و كلام أهل اللغة بخلاف ذلك،ففى نهايه ابن الأثير قال:«خزق السهم و خسق إذا أصاب الرميّه و نفذ فيها،و سهم خازق و خاسق» (١).و قال فى الصحاح:

«الخازق من السهام المقرطس،و الخاسق لغه فى الخازق». (٢)و قال فى باب السين:

«يسمى الغرض قرطاسا،يقال:رمى ففقرطس إذا أصابه». (٣)و مثله فى القاموس (٤).

و ظاهره أنّ الخازق و الخاسق ما أصاب الغرض مطلقا،و هو يدلّ بإطلاقه على خلاف ما ذكره المصنّف و صاحب النهايه،و مع الاختلاف قد اتّفقا على أنّ الخازق و الخاسق بمعنى واحد خلاف ما ذكره المصنّف.

و قال الثعالبي فى سرّ العربيه:«إذا أصاب الهدف فهو مقرطس و خازق و خاسق و صائب» (٥).و هذا أيضا يشمل ما يخدمه و غيره،و ما يثبت فيه و يقع،و يدلّ على ترادف الخاسق و الخازق.و يمكن حمل كلام المصنّف عليه من حيث إنّ إصابه السهم له مطلقا يوجب خدمه غالبا،و هو أعّم من أن يثقبه و لا- يثبت فيه و عدمه، كما أطلقه أهل اللغة،فيقرب من قولهم،لكن يبقى فيه مخالفه الخاسق للخازق فى عبارته دون أهل اللغة.

قوله:«و الخارق الذى يخرج من الغرض نافذا».

هو بالخاء المعجمه و الراء المهمله،و معناه موافق للمفهوم منه لغه،لأنّ الخرق الشقّ،فإذا شقّه و نفذ فيه-سواء سقط منه أم لا-فقد خرّقه،لكنّه ليس من أسمائه المعدوده لغه،و لم يذكره أحد من أصحاب الكتب الأربعة اللغويه السابقه و لا غيرهم ممّن وقفت على كلامه.و فى بعض نسخ الكتاب«المارق»بالميم بدل الخارق،و هو

ص:٧٨

١-١) النهايه ٢:٢٩.

٢-٢) الصحاح ١٤٦٩:٤.

٣-٣) الصحاح ٩٦٢:٣.

٤-٤) القاموس ٢٢٧:٣ و ٢٤٠:٢.

٥-٥) فقه اللغة:١٩٩.

و الخارم:الذى يخرم حاشيته.(١) الصواب الموافق لكلام أهل اللغة (١)نعنا (٢)و تعريفا.

و فى التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق،و قد تقدّم (٣)،و جعل الخازق بالزاي المعجمه مغايرا له كما مرّ خلاف ما ذكره أهل اللغة،و لو حمل فى كلامه الخارق -بالراء المهمله-على الخازق-بالمعجمه-ليكون مرادفا للخاسق كان موافقا لكلام أهل اللغة،لكن ذكره بعد ذلك الخارق و تعريفه بأنّه ما خدشه و لم يثقبه يوجب تعيّن كونه بالزاي المعجمه لا الراء،إذ لم يحصل فيما ذكره خرق.

و الذى يظهر أنّه وقع فى التحرير ضرب من التصحيف و السهو عن تحرير كلام أهل اللغة،لأنّ جعله الخارق مرادفا للخاسق موافق لكلام أهل اللغة لكن بشرط كونه بالزاي المعجمه،ثمّ لمّا ذكر الخارق بعد ذلك كان حقّه أن يكون بالمهمله فعرفه بما ينافى ذلك و يوافق تعريف المصنف فى الخازق بالمعجمه،فوقع الاضطراب.

و فى التذكرة (٤)جعل الخارق ما أثر فيه و لم يثبت،و الخاسق ما ثقبه و ثبت فيه، كما ذكره المصنف هنا فى الخازق بالمعجمه،فجعلهما متغايرين،و لم يتحقّق منه ضبط الراء و لا- ذكر الأمرين،فالالتباس فيه أشدّ،لأنّه إن جعل بالراء وافق كلام التحرير و خالف مفهومه لغه،و إن جعل بالزاي وافق كلامه فى القواعد (٥)و كلام المصنف هنا و خالف كلام أهل اللغة.

قوله:«و الخارم الذى يخرم حاشيته».

أى حاشيه الغرض،بأن يصيب طرفه فلا يثقبه و لكن يخرمه.و هذا الاسم لم يذكره أيضا أهل اللغة و إن كان مناسبا.و قد ذكروا للسهم أسماء آخر غير ما ذكره

ص:٧٩

١-١) لاحظ فقه اللغة و سرّ العرييه:٢٠٠،مجمّل اللغة ٨٢٨:٣.

٢-٢) كذا فى «و» و فى «ش»:لقبا و فى «س»:معنى.

٣-٣) لاحظ ص:٧٧.

٤-٤) التذكرة ٣٦٠:٢-٣٦١.

٥-٥) لاحظ ص:٧٧.

و يقال:المزدلف الذى يضرب الأرض ثمَّ يشب إلى الغرض.(١) تركنا ذكرها تبعاً لاختصاره[١].

قوله:«و يقال:المزدلف الذى يضرب الأرض ثمَّ يشب إلى الغرض».

أصل الازدلاف (١)التقدّم،و خصّه هنا بما يقع على الأرض ثمَّ يتقدّم إلى الغرض،و على هذا فيرادف الحابى.و به صرّح فى القواعد فقال بعد تعريف الحابى:

«و هو المزدلف» (٢).و فى تأخير المصنف ذكر المزدلف عن الحابى إشعاراً بالمغايره بينهما، و لعلّ المزدلف عنده أقوى فعلاً من الحابى حيث اعتبر فى مفهومه ضرب الأرض المقتضى لقوّه اعتماده،بخلاف الحابى فإنّه اقتصر فيه على مجرد زلقه على الأرض،فيكونان متباينين حيث إنّ الحابى ضعيف الحركه و المزدلف قويّها.

و هذا المعنى هو الظاهر من التذكرة،لأنّه قال فيها:«إن المزدلف أحدّ و الحابى أضعف» (٣).و لكن فى عبارتها إشكال من وجه آخر،لأنّه قال:«و هو-أى الحابى-نوع من الرمى المزدلف،يفترقان فى الاسم و يستويان فى الحكم» (٤).و جعل الافتراق فى الاسم ما حكينا عنه من القوّه و الضعف،و هذا الافتراق لا يوافق كونه نوعاً منه،لأنّه يقتضى كون المزدلف أعمّ من الحابى.و لو عكس الأمر-فجعل الحابى أعمّ،لأنّه عرّفه بكونه السهم الواقع دون الهدف ثمَّ يجبو إليه،و هو أعمّ من كون وقوعه بقوّه فيكون مزدلفاً و ضعف فيكون حابياً بالمعنى العام-لكان أوفق بتعريفهما.

ص: ٨٠

١-٢) راجع النهايه لابن الأثير ٢:٣٠٩.

٢-٣) قواعد الأحكام ١:٢٦٤.

٣-٤) تذكره الفقهاء ٢:٣٦٠.

٤-٥) تذكره الفقهاء ٢:٣٦٠.

و الغرض: ما يقصد إصابته، و هو الرقعه. و الهدف: ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره. (١) و المبادره: هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابه مع التساوى فى الرشق.

و المحاطه: هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابه. (٢) قوله: «و الغرض ما يقصد إصابته، و هو الرقعه، و الهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب و غيره».

الغرض من بيان «الغرض و الهدف» أنّ كلا- منهما محلّ الإصابه، و قد يكون شرط المترامين إصابه كلّ منهما بل ما هو أخصّ منهما، فإنهم يرتّبون ترابا أو حائطا ينصب فيه الغرض فيسمّون التراب و الحائط هدفا، و ما ينصبون فيه من جلد أو قرطاس يسمّونه الغرض. و بعضهم يسمّى المنصوب فى الهدف قرطاسا، سواء كان كاغدا أم غيره، و قد تقدّم (١) نقله عن الجوهري. و قد يخصّ الغرض بالمعلّق فى الهواء و القرطاس بغيره. و قد يجعل فى الغرض نقش كالهلال يقال له: «الدائره» و فى وسطها شىء آخر يقال له: «الخاتم». و شرط الإصابه و غرضها يتعلّق بكلّ واحد من هذه العلامات، فإن الإصابه فى الهدف أوسع، و فى الغرض أوسط، و فى الدائره أضيق، و فى الخاتم أدقّ. و هذا المذكور اصطلاح الرماه و تعبير الفقهاء. و فى الصحاح «الغرض: الهدف الذى يرمى فيه» (٢).

قوله: «و المبادره: هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابه مع التساوى فى الرشق، و المحاطه: هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابه».

المراماه قسمان: مبادره و محاطه. و المراد من الأوّل أن يتّفقا على رمى عدد معيّن

ص: ٨١

١- ١) فى ص: ٧٨.

٢- ٢) الصحاح ١٠٩٣: ٣.

كعشرين سهمًا مثلًا، فمن بدر إلى إصابه عدد معين منها - كخمسه - فهو ناضل لمن لم يصب أو أصاب ما دونها. والمراد من المحاطة - بتشديد الطاء - أن يقابل إصابتهما من العدد المشترك و يطرح المشترك من الإصابات، فمن زاد فيها بعدد معين كخمسه مثلًا ففاضل للآخر، فيستحق المال المشروط في العقد.

و ما ذكره المصنف من تعريفهما غير سديد، لدخول كل منهما في تعريف الآخر، فإنّ بدار أحدهما إلى الإصابه مع التساوى في الرشق متحقق ظاهرًا مع شرط المحاطة، وإسقاط ما تساوى فيه من الإصابه يتحقق مع شرط المبادره، و مع ذلك فالمقصود من معناهما غير حاصل من اللفظ.

و الأسد في تعريفهما ما أشرنا إليه سابقًا من أنّ المبادره هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه. و المحاطة هي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما اشتركا فيه.

فاذا كان شرط الرشق عشرين فرمياها و أصاب أحدهما خمسه و الآخر أربعة فالأول ناضل على الأول. و لو أصاب كل منهما خمسه فلا - نضل لأحدهما. و لو أصاب الرامي أولا خمسه و بقى للثاني عدد يمكن فيه لحوقه في الإصابه لم يتحقق نضل الأول إلى أن يرمى الثاني تمام عدده، فيمكن أن يصيب فيمنع (١) الأول من الاستحقاق، و أن يخطئ فيستقر الاستحقاق للأول، و سيأتي (٢) تفصيله إن شاء الله.

و على تقدير اشتراط المحاطة لو شرطا عشرين و خلوص خمس إصابات فرميا عشرين فأصاب أحدهما عشره و الآخر خمسه فالأول هو السابق، لأنهما يتحاطان خمسه بخمسه فيفضل للأول الخمسه المشترطه. و لو تساوى في الإصابه أو زاد أحدهما دون العدد المشترط فلا سبق.

ص: ٨٢

(١-١) كذا في «س». و في غيرها: فيمنع.

(٢-٢) في ص: ١٠٥-١٠٧.

و اعلم أنّ تقسيم المناضله إلى القسمين هو المشهور بين الفقهاء منّا و من غيرنا، و قد تقدّم (١) نقل العلامة في التذكرة أنّ بعض الفقهاء جعل قسما ثالثا لهما و هو الحوآب، و جعل معناه إسقاط الأقرب من الغرض ما هو الأبعد. و في القواعد (٢) جعل أقسامها ثلاثة أيضا، القسمان المذكوران هنا، و المفاضله و فسّرها بأنّها مثل من فضل صاحبه بإصابه واحد أو اثنين أو ثلاث من عشرين فهو السابق. و هذا بعينه هو المحاطّه، لأنّها لا تختصّ (٣) بشرط فضل شيء معيّن كما تقدّم. و يعتبر فيها فضل السابق على المسبوق بالعدد المشترط ليتحقّق معنى الحطّ المأخوذ في المحاطّه. مع أنّه صرّح في التحرير بأنّ المفاضله مرادفه للمحاطّه، فقال فيه: «لو قال: أينا فضل صاحبه بثلاث من عشرين فهو سابق فهو محاطّه، و يسمّى أيضا مفاضله» (٤). و هذا هو الظاهر من معناها لغه و اصطلاحا.

ص: ٨٣

١ - ١) لاحظ ص: ٧٧.

٢ - ٢) قواعد الأحكام ١: ٢٦٥.

٣ - ٣) في «س»: «إلا أنّها تختصّ».

٤ - ٤) تحرير الأحكام ١: ٢٦٤.

الثانى فيما يسابق به و يقتصر فى الجواز على النصل و الخفّ و الحافر، وقوفا على مورد الشرع. (١) قوله: «و يقتصر فى الجواز على النصل و الخفّ و الحافر وقوفا على مورد الشرع».

يظهر من التعليل أنّ هذا العقد مخالف للأصل فيقتصر فى جوازه على مورد الشرع الآذن (١) فيه، و هو الثلاثة المذكوره. و إنّما كان مخالفا للأصل لاشتماله على اللهو و اللعب و القمار على بعض الوجوه، فالأصل أن لا يصحّ منه إلا ما ورد الشرع بالإذن فيه، و هو الثلاثة المذكوره.

و يمكن أن يقال: إنّ عموم الأمر بالوفاء بالعقود (٢) و إجماع الأئمّه على جوازه فى الجمله - كما نقله جماعه من الفقهاء [١]- و وجود الغايه الصحيحه بل ما هو أفضل الغايات و هو الاستعداد للجهاد و الاستظهار فى الجلال لأعداء الدين و قطاع الطريق و غيرهم من المفسدين يقتضى جوازه مطلقا، لكن قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

«لا سبق إلا فى نصل أو خفّ. إلى آخره» (٣) يقتضى النهى عما عدا الثلاثة،

ص: ٨٤

١- ١) فى «س» و «و»: بالإذن.

٢- ٢) المائده: ١.

٣- ٤) تقدم مصادره فى ص: ٦٩، هامش (٢ و ٣).

و يدخل تحت النصل السهم، و النشاب، و الحراب، و السيف. (١) و يتناول الخفّ الإبل و الفيله اعتبارا باللفظ. (٢) فتبقى هي على أصل الجواز، نظرا إلى الأدلّه العامه، و هذا أجود.

و أيضا فإنّ الغرض الأقصى منه لما كان هو الاستعداد للجهاد، و هو منحصر غالبا في هذه الثلاثه، اقتصر عليها و ألغى النادر. و التعليل الوسط أو وسط.

قوله: «و يدخل تحت النصل السهم و النشاب و الحراب و السيف».

المعروف أنّ السهم هو النشاب، و في الصحاح: «النشاب: السهام» (١) فظاهره أنّهما مترادفان، و على هذا فعطف النشاب على السهم من عطف المترادف و إن اختلفا بالجمع و الافراد من قبيل «أولئك عليهم صيّموات من ربهم و رحمهم» (٢). و يمكن أن يختص أحدهما أو كل منهما (٣) بنوع خاص أو بلغه، كما قيل: إن السهم للعرب و النشاب للعجم.

و اعلم أنّ حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغه و عرفا، فلا يدخل فيه مطلق المحدّد كالمدبّوس و عصا المداقق إذا جعل في رأسها حديده و نحو ذلك، عملا بالأصل السابق. قال في الصحاح: «النصل نصل السهم و السيف و السكين و الرمح» (٤).

و يحتمل الجواز بالمحدّد المذكور إمّا بادّعاء دخولها في النصل، أو لإفادتها فائده النصل في الحرب. و قد كان بعض مشايخنا [١] المعتمدين يجعل وضع الحديد في عصا المداقق حيله على جواز الفعل، نظرا إلى دخوله بذلك في النصل.

قوله: «و يتناول الخفّ الإبل و الفيله اعتبارا باللفظ».

لا خلاف في جواز المسابقه على الإبل، لمشاركتها الخيل في المعنى المطلوب منها حاله الحرب من الانعطاف و سرعه الإقدام، و لأنّ العرب تقاتل عليها أشدّ القتال،

ص: ٨٥

١-١ (١) الصّحاح ١: ٢٢٤.

١٥٧: ٢-٢ (٢) البقره:

٣-٣ (٣) في «س»: أو كلاهما.

٥: ١٨٣٠ ٤-٤ (٤) الصّحاح

و كذا يدلّ الحافر على الفرس و الحمار و البغل. (١) و لا يجوز المسابقه بالطيور، و لا على القدم، و لا بالسفن، و لا بالمصارعه. (٢) و هى داخله فى الخفّ. و أما الفيله فهى كذلك عندنا و عند أكثر العامه (١)، لدخولها تحت اسم الخفّ أيضا، و يقاتل عليها كالإبل. و ذهب بعضهم (٢) إلى المنع منها، لأنه لا يحصل بها الكزّ و الفرّ، فلا معنى للمسابقه عليها، و الخبر حجتنا عليهم. و قول المصنف: «اعتبارا باللفظ» تعليل لدخول الفيله فى اسم الخفّ، ردّا على المخالف، و استنادا إلى دخوله فى لفظ الخفّ كما ذكرناه.

قوله: «و كذا يدلّ الحافر على الفرس و الحمار و البغل».

لا- خلاف عندنا فى جواز المسابقه على الثلاثه، لدخولها تحت الحافر و صلاحيتها للمسابقه عليها فى الجملة. و خالف بعض (٣) العامه فى جوازها على الأخيرين، لأنهما لا يقاتل عليهما غالبا و لا يصلحان للكزّ و الفرّ. و النصّ حجّه عليه.

قوله: «و لا يجوز المسابقه بالطيور و لا على القدم و لا بالسفن و لا بالمصارعه».

وجه المنع من هذه الأمور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضى لنفى مشروعيه ما عدا الثلاثه، و النهى عنه الشامل لهذه الأمور و غيرها، و لأنها ليست من آلات الحرب، و لا مفيده للحذق فيه.

و المنع منها مع العوض موضع وفاق عندنا. و ذهب بعض العامه (٤) إلى جواز المسابقه بالجميع، لأنّ الطيور مما يمكن الاحتياج إليها فى الحروب لحمل الكتب و استعلام أحوال العدوّ و أخباره، فيحتاج إلى معرفه السابق منها. و مثله السبق

ص: ٨٤

١-١) راجع المهدب ضمن المجموع ١٥:١٣٧، و المغنى لابن قدامه ١١:١٣٠، و الوجيز ٢: ٢١٨.

٢-٢) راجع المهدب ضمن المجموع ١٥:١٣٧، و المغنى لابن قدامه ١١:١٣٠، و الوجيز ٢: ٢١٨.

٣-٣) المغنى لابن قدامه ١١:١٣٠، حليه العلماء ٥:٤٦٤.

٤-٤) راجع المهدب (ضمن المجموع) ١٥:١٣٧.

بالأقدام، والسفن إذا وقع الحرب في البحر، وقد يقع القرمان في المصارعه فيستفيد العالم بها السلامه من العدو بها. ورووا عن النبي -صلى الله عليه وآله وسلم- أنه سابق (١) عائشه بالقدم مرتين سبق في إحداهما و سبق في الأخرى، ورواه ابن الجنيدي في كتابه الأحمدي (٢)، واستدل به علي جوازاها بغير عوض حيث لم يذكر العوض، و أنه صارع ركانه [١] ثلاث مرات، كل مره على شاه، فصرع خصمه في الثلاث و أخذ منه ثلاث (٣) شياه. و لم يثبت ذلك عندنا، والخبر السابق المتفق عليه يدفعه.

و لو خلت هذه الأمور و نحوها من العوض ففي جوازاها قولان، مأخذهما:

عموم النفي السابق الشامل للعوض و غيره، و أصاله الجواز و أنها قد يراد بها غرض صحيح. و قد عرفت أن المشهور في الروايه فتح الباء من «سبق» فيفيد نفي مشروعيه بذل العوض، و لا تعرض فيها لما عداه فيبقى علي أصاله الجواز، و علي روايه السكون المفيد لنفي المصدر مطلقا يدل علي المنع مما عدا المستثنى مطلقا. و يرجح الأول -مع الشهره- أن احتمال الأمرين يرفع دلالتها علي المنع مطلقا، فيبقى أصاله الجواز خاليه عن المعارض، مضافا إلى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها و غيرها، و بذلك يخرج عن اللهو و اللعب.

ص: ٨٧

١- ١) مسند أحمد ٦: ٢٦٤، سنن أبي داود ٣: ٢٩ ح ٢٥٧٨.

٢- ٢) لم نعثر عليه.

٣- ٤) راجع المصنّف لعبد الرزاق ١١: ٤٢٧ ح ٢٠٩٠٩، المراسيل لأبي داود: ٢٣٥ ح ٣٠٨.

الثالث فى عقد المسابقه و الرمايه

عقد المسابقه

عقد المسابقه و هو يفتقر إلى إيجاب و قبول.(١) و قيل:هى جعاله فلا- تفتقر إلى قبول و يكفى البذل.و على الأول فهو لازم كالإجاره.و على الثانى هو جائز، شرع فيه أو لم يشرع.

قوله:«و هو يفتقر إلى إيجاب و قبول.إلخ».

اختلف الأصحاب و غيرهم (١)فى لزوم عقد المسابقه و جوازه،فذهب المصنف و قبله ابن إدريس (٢) و جماعه (٣)إلى لزومه،لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤)،و المؤمنون عند شروطهم (٥).و ذهب الشيخ (٤)و العلامة فى المختلف (٧)إلى جوازه،لأصالة عدم اللزوم، مع القول بموجب الآيه فإن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من جواز و لزوم،و قد تقدم (٨)تحقيقه.

و منشأ الخلاف أنّها عقد يتضمّن عوضاً على عمل،و هو مشترك بين الإجاره

ص:٨٨

١-١) راجع المغنى لابن قدامه ١١:١٣٢.

٢-٢) السرائر ٣:١٤٩.

٣-٣) منهم المحقق الآبى فى كشف الرموز ٢:٦٢،و العلامه الحلى فى قواعد الأحكام ١:٢٦٣.

٤-٤) المائده:١.

٥-٥) التهذيب ٧:٣٧١ ح ١٥٠٣،الاستبصار ٣:٢٣٢ ح ٨٣٥.

٦-٦) المبسوط ٦:٣٠٠،الخلاف ٢:٥٤٨ مسأله ٩.

٧-٧) مختلف الشيعه:٤٨٤.

٨-٨) فى ص:٣٧.

و الجعالة. ثمَّ إنَّها مشتملة على اشتراط العمل فى العوض و كونه معلوما و هو من خواصَّ الإجاره، و على جواز إبهام العامل فى السبق، و على ما لا يعلم حصوله من العامل، و على جواز بذل الأجنبى و هو من خواصَّ الجعالة. فوقع الاختلاف بسبب ذلك، فعلى القول بأنَّها جعالة يلحقها أحكامها من الاكتفاء بالإيجاب و الجواز، و على القول بالإجاره يفتقر معه إلى القبول و تكون لازمه.

و يمكن أن يجعل عقدا برأسه، نظرا إلى تخلف بعض خواصِّها عن كلِّ من الأمرين على حدته كما عرفت، و يقال حينئذ بلزومها لعموم الآيه، و هذا أجود اللهم إلا أن يناقش بأنَّ الجعالة ليست عقدا فلا تتناول الآيه لها و لنظائرها، و يرجع إلى أصله عدم اللزوم حيث يقع الشكُّ فى كون المسابقه عقدا أم لا.

و اعلم أنَّ المصنف جعل مورد الخلاف كونها عقدا يفتقر إلى إيجاب و قبول، أو إيقاعا فلا يفتقر إلى القبول، و رتبَّ على الأول اللزوم، و على الثانى الجواز. و بعض الفقهاء عكس فجعل مورد الخلاف أنه عقد لازم أو جائز، و رتبَّ على اللزوم كونها إجاره، و على الجواز كونها جعالة. و فى الحقيقة كلُّ واحد من التعريفين أعمُّ من المدعى، إذ لا يلزم من كونها عقدا لزومه، لأنَّ العقد ينقسم إلى اللازم و الجائز و المتردد، و لا يلزم من كون عقدها جائزا كونها جعالة، لجواز أن يكون عقدا مفتقرا إلى الإيجاب و القبول مع كونه جائزا كالمضاربه.

و لعلَّ ما فرضه المصنف أولى، لأنَّ من جعلها عقدا يمكن استدلاله على لزومه بعموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و إن كانت العقود أعمُّ من اللازمه، و من جعلها إيقاعا لا يناسبها إلا الجعالة من أفراد الإيقاعات بالنظر إلى خواصِّها فناسبها الجواز. و هذا حسن.

و لا يرد عليه ما أورده العلامة فى المختلف (1) من أنَّ الآيه لا يراد منها مطلق

و يصح أن يكون العوض عينا، أو دينا. (١) و إذا بذل السبق غير المتسابقين، صحّ (٢) إجماعا. و لو بذله أحدهما.

أو هما، صحّ عندنا، و لو لم يدخل بينهما محلّ. و لو بذله الامام من بيت المال جاز، لأنّ فيه مصلحة.

العقود و إلّا. و جب الوفاء بالوديعة و العاربه و غيرهما من العقود الجائزه، و هو باطل إجماعا، فلم يبق إلاّ العقود اللازمه، فلا ينفع هنا لأنّه المتنازع.

و إنما لم يرد ذلك لأنّ الأمر بالوفاء بالعقود عامّ في جانب المأمور و المأمور به، فيشمل بعمومه سائر العقود، ثمّ [بعد] (١) تخصيصه ببعضها و إخراج العقود الجائزه ببقى العموم حجّه في الباقي كما هو محقّق في الأصول، و إنّما تنتفى دلالتها حينئذ لو جعلناه بعد التخصيص مجملا غير حجّه في الباقي، و هو قول مردود، و لا يرتضيه العلامة و لا غيره من المحققين. و أمّا قوله: إنّ الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم و جواز فهو خلاف الظاهر منه، فإنّ مقتضى الوفاء بالشئ التزامه و العمل بمقتضاه مطلقا. قوله: «و يجوز أن يكون العوض عينا أو دينا».

قد عرفت أنّ عقد المسابقه لا يفتقر إلى العوض، بل دائره جوازه بدونه أوسع، لكن على تقدير ذكر العوض يجوز كونه عينا و دينا، كما في غيره من الأعاوض الواقعه في المعاملات. و يعتبر على التقديرين كونه مضبوطا بالمقدار و الجنس و النوع. و يتفرّع على كلّ من العين و الدين أحكامه اللاحقه له شرعا من الضمان و الرهن عليه و غير ذلك، فإنّه على تقدير كونه عينا لا يصحّ الرهن عليه، لتعدّد أخذها من الرهن، و لا ضمانها إلاّ إذا جوّزنا ضمان الأعيان المضمونه مطلقا. و على تقدير كونه دينا يصحّ الرهن عليه حيث يكون لازما، و ضمانه بشرطه. و كذلك يجوز كونه حالا و مؤجلا، منهما و من أحدهما و بالتفريق.

قوله: «و إذا بذل السبق غير المتسابقين صحّ إلخ».

إذا تضمّن عقد المسابقه مالا فإمّا أن يخرج المتسابقان معا، أو أحدهما، أو

ص: ٩٠

(١ - ١) من إحدى الحجريتين.

ثالث هو الإمام، أو غيره، فالأقسام أربعة:

الأول: أن يخرج المال الامام، و هو جائز إجماعاً مَنّا و من غيرنا، سواء كان من ماله أو من بيت المال، لأنّ النبي (١) -صلى الله عليه و آله و سلّم- سابق بين الخيل و جعل بينها سبقاً، و لأنّ ذلك يتضمّن حتّى على تعلّم الجهاد و الفروسيّه، و إعداد أسباب القتال، و فيه مصلحة للمسلمين و طاعه و قربه، فكان سائغاً.

الثاني: أن يكون المخرج غير الامام، و هو جائز أيضاً عندنا و عند أكثر العامّة (٢)، لأنّه بذل مال في طاعه و قربه، و طريق مصلحه للمسلمين، فكان جائزاً بل يثاب عليه مع نيّته، كما لو اشترى لهم خيلاً و سلاحاً و غيرها مما فيه إعانتهم على الجهاد. و قال بعض العامّة [١]: «لا- يجوز أن يخرج المال غير المتسابقين إلّا- الإمام، لاختصاص النظر في الجهاد به. و ضعفه ظاهر، لأنّ تهيئه أسباب الجهاد غير مختصّه به، و عموم الأخبار المسوّغه له في الأصل متناوله لموضع النزاع.

الثالث: أن يخرج المال أحد المتسابقين، بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقت فلك علىّ عشرة، و إن سبقت أنا فلا شيء لي عليك. و هو جائز عندنا أيضاً، للأصل و انتفاء المانع. و قال المانع من العامّة في السابق لا يصحّ هنا أيضاً، لأنّه قمار.

و يندفع- على تقدير تسليمه- بخروجه عنه بالنصّ السابق المتفق عليه الشامل لموضع النزاع.

الرابع: أن يخرج المتسابقان معاً، بأن يخرج كلّ منهما عشرة مثلاً على أن يحوزهما السابق. و هو جائز أيضاً مطلقاً على الأشهر.

ص: ٩١

١- ١) سنن أبي داود ٣: ٢٩ ح ٢٥٧٥.

٢- ٢) المغنى لابن قدامة ١١: ١٣١.

و لو جعل السبق للمحلل بانفراده، جاز أيضا. (١) و كذا لو قيل: من سبق منّا فله السبق، عملا بإطلاق الإذن في الرهان.

و يفتقر في المسابقة إلى شروط خمسة (٢): تقدير المسافة ابتداء و انتهاء.

و تقدير الخطر. و تعيين ما يسابق عليه. و تساوى ما به السباق في احتمال السبق، فلو كان أحدهما ضعيفا، تيّقن قصوره عن الآخر، لم يجز. و أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلل، و لو جعل لغيرهما لم يجز.

و قال ابن الجنيّد (١): لا يجوز إلا بالمحلل، بأن يكون بينهما ثالث في السباق إن سبق أحد السبقين معا و إن سبق لم يغرم، أخذنا بظاهر روايه (٢) عاميته عن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم، و دلالتها و حجيتها ممنوعتان.

إذا تقرّر ذلك فقول المصنف: «إذا بذل السبق غير المتسابقين صحّ إجماعا» يشمل ما لو كان البازل الامام و غيره. و قد عرفت أنّ موضع الإجماع ما لو كان البازل الامام لا غيره. و قوله: «أو هما صحّ عندنا» ليس على إطلاقه أيضا، لمنع ابن الجنيّد منه كالشافعي (٣) فكأنّه ما اعتبر خلافه في ذلك و ليس بذلك الجيّد.

قوله: «و لو جعل السبق للمحلل بانفراده جاز أيضا. إلخ».

المعتبر جعل المال على تقدير بذله للسابق منهما، أو من أحدهما، أو من المحلل. فإن عيّناه للمحلل خاصه على تقدير سبقه جاز و اختصّ به إن سبقهما. و إن سبق أحدهما لم يستحق شيئا. و كذا لو سبق أحدهما و المحلل، لعدم تحقّق الشرط و هو سبق المحلل، إلا أن يشترطا ما يشمل ذلك فيستحقّ بحسب الشرط، كما لو شرطاً أنه إن سبق استحقّ و إن سبق مع أحدهما اختصّ دون رفيقه، أو أنه إن سبق مع أحدهما استحقّ مال الآخر و أحرز رفيقه ماله. و لو أطلقا استحقاق السابق منهما و من المحلل صحّ أيضا، عملا بإطلاق الإذن في الأخبار الشامل لذلك.

قوله: «و تفتقر المسابقة إلى شروط خمسة. إلخ».

لما كان عقد المسابقة من عقود المعاوضات و إن لم تكن محضه فلا بدّ فيه من

ص: ٩٢

١-١ (١) لاحظ ص: ٧٤، هامش (١).

٢-٢ (٢) سنن أبي داود ٣: ٣٠ ح ٢٥٧٩، جامع الأصول ٢٥: ٢٥ ح ٣٠٣٦.

٣-٣ (٣) لاحظ ص: ٧٤، هامش (٢).

الضبط الرافع للجهاهه الدافع للغرر المحصل للغايه المطلوبه منه، و لا يتم ذلك إلا بأمر ذكر المصنف منها خمسه، و جعلها فى التذكره (١) اثنى عشر، و نحن نشير إليها جملة مبتدئين بما ذكره المصنف منها:

الأول: تقدير المسافه ابتداء و انتهاء، فلو لم يعيناهما أو أحدهما- بأن شرطاً المال لمن يسبق منهما حيث يسبق- لم يجوز، لأنه إذا لم يكن هناك غايه معينه فقد يديمان السير حرصاً و يتعبان فتهلك الدابته. و لأن من الخيل ما يقوى سيره فى ابتداء المسافه ثم يأخذ فى الضعف و هو عتاق الخيل، و صاحبه يبغى قصر المسافه، و منها ما يضعف فى الابتداء ثم يقوى و يشتد فى الانتهاء، و هو هجانها، و صاحبه يبغى طول المسافه، فإذا اختلف الغرض فلا بد من الإعلام و التنصيص على ما يقطع النزاع، كما يجب التنصيص على تقدير الثمن فى البيع و الأجره فى عقد الإجاره، إذ السبق أحد العوضين هنا. و على هذا فلو استبقا بغير غايه لينظر أيهما يقف أولاً لم يجوز، لما ذكر.

الثانى: تقدير الخطر، و هو المال الذى تسابقا عليه جنسا و قدراً، لأنه عوض عن فعل محلل فيشترط فيه العلم كالإجاره. فلو شرطاً مالاً- و لم يعيناه، أو تسابقا على ما يتفقان عليه، أو على ما يحكم به زيد بطل العقد، للغرر و إفضائه إلى التنازع المخالف لحكمه الشارع. و يجيء على قول من يجعلها جعالة جواز الجهاهه فى العوض على بعض الوجوه، و ذلك حيث لا يمنع من التسليم و لا يفضى إلى التنازع، كجعل عبده الفلانى أو جزء منه- لا يعلمانه أو أحدهما- لمن سبق، و قد تقدم (٢) أن المال ليس شرطاً فى عقد المسابقه، بل يعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه.

الثالث: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهده، لأن المقصود من المسابقه امتحان الفرس ليعرف شدّه سيره و تمرينه على العدو، و ذلك يقتضى التعيين. و فى الاكتفاء

ص: ٩٣

١- (١) التذكره ٣٥٤: ٢.

٢- (٢) راجع ص: ٨٧، ٩٠.

بالوصف وجه ضعيف، لعدم إفادته الغرض منه إذ لا يتم إلا بالشخص، بخلاف نحو السلم لأن الغرض فيه متعلق بالكلّي. وحيث يعينان الفرسين لا يجوز الإبدال و إن قيل بجواز العقد، لأنه خلاف المشروط.

الرابع: تساوى ما به السباق فى احتمال السبق، لأن الغرض الاستعلام، وإنما يتحقق مع احتمال سبق كل منهما، إذ لو علم سبق واحده لم يكن للاستعلام فائده.

و المراد بالتساوى فى احتمال السبق قيام الاحتمال فى كل واحده و إن ترجح أحدهما على الآخر، لا تكافؤ الاحتمالين كما يظهر من العبارة. و فى تمثيله بما لو كان أحدهما ضعيفا يتيقن قصوره عن الآخر تنبيه على ما فسّرنا به، و على هذا لا يبطل إلا مع القطع بسبق أحدهما.

الخامس: أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحل، فلو جعل لغيرهما لم يجز، لأنه مفوت للغرض من عقد المسابقة إذ الغرض التحريض فى طلب العوض. و كذا لو جعل للمسبوق، لأن كلا منهما يحرض على كونه مسبقا ليحصل العوض فيفوت الغرض. و كذا لا- يجوز جعل القسط الأوفر للمسبوق، و يجوز العكس لحصول الغرض فى الجملة بالنسبه إلى الزيادة، كما يجوز جعلها خاصه عوضا. فهذه جملة ما اعتبره المصنف من الشروط. و الذى زاده فى التذكرة (1):

السادس: تساوى الدابّتين فى الجنس، فلا- يجوز المسابقه بين الخيل و البغال، و لا بين الإبل و الفيله، و لا بينها و بين الخيل، لأنه مناف للغرض من استعلام قوه الفرس و تمرينها مع السباق مع جنسها. و لو تساويا جنسا لا وصفا كالعربى و البرذون و البختى و العربى فالأقوى الجواز، لحصول الشرط و هو احتمال سبق كل منهما لأنه المفروض، و لتناول اسم الجنس لهما. و وجه العدم بعد ما بين الصنفين كتباعد الجنسين. و هو بعيد.

السابع: إرسال الدابّتين دفعه، فلو أرسل أحدهما دابّته قبل الآخر ليعلم هل

و هل يشترط التساوى فى الموقف؟ قيل: نعم. و الأظهر: لا، لأنه مبنى على التراضى. (١) يدركه أم لا، لم يجر، لأنه مناف للغرض من العقد، لأن السبق ربما كان مستندا إلى إرسال أحدهما أولا. و أيضا فإن استعمال إدراك الآخر للأول غير استعمال السبق فلا يجوز العقد عليه.

الثامن: أن يستبقا على الدابتين بالركوب، فلو شرطا إرسال الدواب لتجرى بنفسها فالعقد باطل، لأنها تتنافر بالإرسال و لا تقصد الغايه، بخلاف الطيور إن جوّزنا المسابقه عليها لأن لها هدايه إلى قصد الغايه.

التاسع: أن يجعللا- المسافه بحيث يحتمل الفرسان قطعها و لا ينقطعان دونها، فلو كانت بحيث لا ينتهيان إلى غايتها إلا بانقطاع و تعب شديد بطل العقد.

العاشر: أن يكون ما ورد عليه العقد عدّه للقتال، فإنّ المقصود منه التأهب له، فلا يجوز السبق و الرمي من النساء لأنهن لسن من أهل الحرب.

الحادى عشر: العقد المشتمل على أركانه المعتبره فيه، و قد تقدّم (١) فى كلام المصنف ما يدلّ عليه.

الثانى عشر: عدم تضمّن العقد شرطا فاسدا، فلو قال: إن سبقتنى فلك هذه العشره، و لا أرمى بعد هذا أبدا، أو لا أناضلك إلى شهر، بطل العقد لأنه شرط ترك قربه مرغب فيها ففسد و أفسد.

قوله: «و هل يشترط التساوى فى الموقف؟ قيل: نعم، و الأظهر: لا، لأنه مبنى على التراضى».

وجه الاشتراط ما عرفته من أنّ الغرض الذاتى من المسابقه معرفه جوده عدو الفرس و سبقه و فروسيه الفارس، و هو منتف مع عدم التساوى، لأن عدم السبق قد يكون لما بينهما من المسافه فيخلّ بمقصود العقد.

و الأقرب عدمه، لما أشار إليه من أنه عقد مبنى على التراضى و قد حصل،

ص: ٩٥

١-١) فى ص: ٨٨.

و أما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمر سته: (١) الرشق، و عدد الإصابه، و صفتها، و قدر المسافه، و الغرض، و السبق، مضافا إلى أصاله عدم الاشتراط، و إطلاق الأخبار الداله على الاذن فيه الشامل لموضع النزاع. و التفاوت الحاصل بين الموقفين إن حصل معه احتمال السبق من كل منهما لم يضرّ عروض التخلف و إلا كان المانع فقد ذلك الشرط الذي قد اتفق على اعتباره.

و الفرق بين هذه المسأله و مسأله إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى- حيث منع منه ثمّ و جوزت هذه- أنّ التفاوت بين الموقفين هنا مضبوط يمكن معه رفع الجهاله عمّا هو في حكم العوض، بخلاف إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى، فإنّ المنع منه موجه إلى الإطلاق كما ذكر، إذ لو انضبط موقف المرسله أولا بالنسبه إلى المتأخره لكانت هي هذه المسأله.

قوله: «و أما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمر سته. إلخ».

المراد بالسته ما عدّه من قوله: «الرشق إلى قوله و السبق».

فالأول من الستّه: الرشق، و قد تقدّم (١) أنه عدد الرمي فيعتبر العلم به، لأنه العمل المقصود و المعقود عليه، ليكون غايه رميها معلومه منتهيه إليه. فلو لم يعين أمكن أن يطلب المسبوق الرمي بمقتضى العقد ليلحق أو يسبق و يمتنع الآخر، فيحصل التنازع على وجه لا سبيل إلى دفعه و لا غايه يتفقان عليها، و ذلك خلاف حكمه الشارع المضبوطه في مثل ذلك.

و فضل بعضهم فاشترط العلم به في المحاطّه دون المبادره (٢)، محتجّا بأنّ المراد في المحاطّه خلوص إصابه العدد المشترط بعد مقابله الإصابات من الجانبين من عدد يجب إكماله، فلا بدّ من تعيينه و إلا لأفضى إلى الجهاله، بخلاف المبادره لأن الاستحقاق فيها متعلّق بالبدار إلى إصابه العدد المعتر حيث اتفق، و لا يجب إكمال

ص: ٩٤

١- ١) في ص: ٧٥.

٢- ٢) إيضاح الفوائد ٢: ٣٧١.

العدد المشروط فلا حاجة إلى تعيينه. و الاشتراط مطلقاً أقوى لما ذكر سابقاً.

الثاني: عدد الإصابه كخمس إصابات من عشرين رميه، لأن الاستحقاق بالإصابه، و بها يتبين حذق الرامى و جوده رميه، و لأن معرفه الناצל من المنصول و صفه الإصابه إنما تتبين بها. فلو عقدا على أن يكون الناצל منهما أكثرهما أصابه من غير بيان العدد لم يصح عندنا، كما لو جعلنا- المسابقه على الخيل إلى غير غايه. و أكثر ما يجوز اشتراطه من الإصابه ما ينقص عن عدد الرشق المشروط بشىء و إن قلّ، ليكون تلافياً للخطأ الذى يتعدّر أن يسلم منه المتناصلون، و أحذق الرماه فى العرف من أصاب تسعه من عشره، فلو شرطها كذلك جاز لبقاء سهم الخطأ، و ربّما قيل بعدمه، لندوره. و أقلّ ما يشترط من الإصابه ما يحصل به التفاضل، و هو ما زاد على الواحد.

الثالث: صفتها من مرق أو خزق أو ازدلاف أو غيرها من الصفات المتقدمه و غيرها، لاختلاف الأغراض فيها و اختلافها بالشده و الضعف، فقد يقدر بعضهم على بعضها أزيد من الآخر، فيكون ترك التعيين غرراً.

و قيل: لا- يشترط، و يحمل الإطلاق على الإصابه مطلقاً، لأنه المقصود حقيقه و القدر المشترك بين الجميع، و يعبر عنه بالقارع المصيب للغرض كيف كان، و كذلك المعنى الحاصل بالخازق على بعض معانيه كما عرفته. و هذا هو الأقوى، لأصاله البراءه من اعتبار التعيين مع حصول الغرض، و الغرر مع إرادته مطلق الإصابه ممنوع.

الرابع: قدر المسافه التى يرميان فيها، و هى ما بين موقف الرامى و الهدف أو ما فى معناه، لأن الإصابه تكثر مع قربها و تقلّ مع بعدها، و الأغراض تختلف باختلافها، و التعيين يرفع النزاع و يكشف الحال، و يحصل بأمرين: المشاهده و ذكر المساحه. و يحتمل الاكتفاء بالإطلاق و حمله على العاده الغالبه للرماه فى ذلك الموضع، و يقرب ذلك مع غلبه العاده، أمّا مع عدمها أو اضطرابها فلا. و حيث يعتبر تعيين ما

و تماثل جنس الآله. (١) يحتمل الإصابه منه بحسب حال المتعاقدين فلو عينا مسافه لا يحتمل إصابتهما منها و إن احتمل في غيرهما بطل، و لو كانت منهما نادره فالأقوى الصّحّه.

الخامس: الغرض، لأنّه المقصود بالإصابه. و يحصل العلم به بأمرين:

موضعه من الهدف في ارتفاعه و انخفاضه، لأنّ الإصابه في المنخفض أكثر منها في المرتفع. و الثاني قدره في ضيقه و سعته، لأنّ الإصابه في الواسع أكثر منها في الضيق.

السادس: قدر السبق - بالفتح - أى العوض المبذول للسابق، حذرا من الغرر في المعامله كغيره من الأعواض، فإن أغفلا ذكره أو جعلاه مجهولا بطل العقد.

و سيأتى (١) حكمه بالنسبه إلى ثبوت أجره المثل و عدمها.

قوله: «و تماثل جنس الآله».

هو - بالجر عطفًا على العلم بالأمر السّته - خارج عنها، و العبارة في قوّه افتقار الرمي إلى أمرين: أحدهما: العلم بالأمر السّته. و الثاني: تماثل جنس الآله. و قد وقع بسبب ذلك اشتباه على بعضهم فتوهمه مندرجا فيما يجب أن يعلم، و وجده سابعا زائدا في العدد. و الصواب ما ذكرناه، و إنّما فصله عنها لأنّه مما يفتقر إليه في العقد لا ممّا يجب أن يعلم، بخلاف السّته.

إذا تقرّر ذلك: فالمراد بتماثل جنس الآله تماثل ما يرميان به من القوس في الصنف كالعربي الخاصّ، و من السهم لاختلاف الرمي باختلافه، فيجب ضبطه حذرا من الجهاله، و لأنّ اختلافها بمنزله اختلاف حيوان السباق كالخيل و البغال.

و قيل: لا يشترط التعيين، و لا يضرّ اختلاف النوع و يجوز إطلاق العقد مجرّدا عنه، و إنّما يلزم مع اشتراطه. ثمّ إن كان هناك عرف معيّن حمل الإطلاق عليه، و إلا - كان الخيار لهما فيما يتفقان عليه. و هذا هو الأقوى. و حيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشروط إلاّ - برضا صاحبه فيجوز، لأنّ موجب الشرط أن يلتزمه كلّ واحد في حقّ صاحبه ما لم يرض بإسقاط حقّه.

ص: ٩٨

و في اشتراط المبادره و المحاطه تردّد، و الظاهر أنّه لا يشترط. (١) قوله: «و في اشتراط المبادره و المحاطه تردّد و الظاهر أنّه لا يشترط».

قد عرفت معنى المبادره و المحاطه و اختلاف مفهومهما و فائدتهما. و قد اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين أحدهما في العقد و عدمه مع الاتفاق على أنّ الإطلاق على تقدير صحّته منزّل على إحداهما بعينها، فالمصنف و جماعه (١) ذهبوا إلى عدم الاشتراط، لأصالة عدمه مع انتفاء الدليل عليه.

و عليه فهل ينزّل الإطلاق على المحاطه أو المبادره؟ قولان أشهرهما الأول، لأنّ اشتراط السبق إنّما يكون لإصابه معينه من أصل العدد المشترط في العقد، و ذلك يقتضى إكمال العدد كلّه لتكون الإصابه المعينه منه، فإنّهما إذا عقدا على أنّ من أصاب خمسه من عشرين كان له كذا فمقتضاه رمى كلّ منهما العشرين و إلّا لم يتحقّق كون الخمسه التي حصلت الإصابه بها من العشرين، و ذلك هو معنى المحاطه، إذ المراد بها خلوص إصابه الخمسه من رمى العشرين لواحد. و لأنّها أجود فائده في الرمي حيث يعتبر إكمال العدد غالباً، بخلاف المبادره.

و قيل: يحمل الإطلاق على المبادره، لأنّها الغالب في المناضله، و لأنّ المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيّناً استحقاقه إياه متى ثبت له ذلك الوصف.

و كلاهما ممنوع.

و في التذكرة (٢) اختار اشتراط التعرّض في العقد لأحدهما لأنّ حكم كلّ واحد منهما مخالف لحكم الآخر، فإن أهمل بطل العقد، لتفاوت الأغراض، فإنّ من الرماه من تكثر إصابته في الابتداء و تقلّ في الانتهاء، و منهم من هو على عكس ذلك. و لعلّ هذا أجود.

ص: ٩٩

(١-١) راجع التحرير ٢٦٢:١، كشف الرموز ٦٤:٢، حاشيه المحقق الثاني على الشرائع: ٣٧٤، و جامع المقاصد ٣٦٠:٨.

(٢-٢) التذكرة ٣٦٢:٢.

و كذا لا يشترط تعيين القوس و السهم.(١) قوله:«و كذا لا يشترط تعيين القوس و السهم».

أى لا يشترط تعيين شخصهما، لأن ذلك تضيق لا فائده فيه، ولأنه قد تعرض له أحوال خفيه تحوجه إلى الأبدال، حتى لو عينه لم يتعين و جاز الإبدال لما ذكر، كما لو عين الكيل فى السلم. و على هذا فهل يفسد العقد بتعيينه؟ وجهان: أحدهما:

الفساد كما فى كل شرط فاسد يذكر فى العقد، و هو اختيار العلامة فى التذكرة (١).

و الثانى: عدمه، بل يكون ذكره لغوا، و هو اختياره فى القواعد (٢). و لو قيل بتعيينه بالتعيين و إن لم يكن ذكره شرطا كان حسنا، لعموم الأمر بالوفاء به، و لإمكان تعلق الغرض بذلك المعين. و تفاوت القوس الشديده و اللينه قريب من تفاوت القوس العربيه و العجميه.

ص: ١٠٠

١-١) التذكرة ٣٦١:٢.

٢-٢) القواعد ٢٦٤:١.

الفصل الرابع فى أحكام النضال و فيه مسائل:

الأولى: إذا قال أجنبى لخمسه: من سبق فله خمسه، فتساوا فى بلوغ الغايه

الأولى: إذا قال أجنبى لخمسه: من سبق فله خمسه، (١) فتساوا فى بلوغ الغايه، فلا شىء لأحدهم، لأنه لا سبق. و لو سبق أحدهم كانت الخمسه له. و إن سبق اثنان منهم كانت لهما دون الباقيين. و كذا لو سبق ثلاثه أو أربعه.

قوله: «إذا قال أجنبى لخمسه: من سبق فله خمسه. إلخ».

قد تقدّم (١) أنّ النضال عند المصنّف يطلق على ما يشمل السبق و الرمى على ما فيه من التجوّز، و قد جرى فى هذه الأحكام على ذلك، فذكر أحكاما مشتركه بينهما، و بدأ منها بشىء من أحكام السبق.

و حاصل المسأله: أنّه إذا قال لجماعه: أيكم سبق فله خمسه فلا يخلو: إمّا أن يسبق واحد منهم خاصّه، أو يستوى الجميع بأن جاؤوا جميعا، أو يسبق أكثر من واحد. ففي الأول لا إشكال فى استحقاق السابق المال، لا اختصاصه بالوصف الموجب للاستحقاق، كما لا إشكال فى عدم استحقاق أحدهم شيئا منه فى الثانى، لانتفاء الوصف عن الجميع، إذ لا سابق منهم.

و لو سبق ما فوق واحد فقد حكم المصنّف و جماعه (٢) باشتراك السابقين فى المال المبذول، فيوزّع عليهم على الرؤوس، لأنّ «من» يحتمل كلّ فرد فرد من السابقين

ص: ١٠١

١- ١) فى ص: ٧٤.

٢- ٢) منهم الشيخ فى المبسوط ٢٩٥: ٦، و العلامه فى الإرشاد ٤٣٢: ١.

و لو قال: من سبق فله درهمان (١) و من صلّى فله درهم، فلو سبق واحد أو اثنان أو أربعة فلهم الدرهمان. و لو سبق واحد و صلّى ثلاثة و تأخر واحد، كان للسابق درهمان، و للثلاثة درهم، و لا شيء للمتأخر.

و مجموع من سبق أعمّ من الواحد و المتعدّد، و مع الاحتمال فالأصل براءة ذمّه البازل ممّا زاد على القدر المبذول، فيقتسمه السابقون بالسويّة.

و قيل: يستحقّ كلّ واحد منهم المال المبذول، لأنّ «من» لما كانت من ألفاظ العموم فهي بمعنى كلّ فرد فرد كما في نظائره من القضايا الكلية، و لأنّ العوض في مقابلة السبق و قد تحقّق من كلّ واحد منهم، فيستحقّ كمال العوض. و قد حكم المصنّف (١) و غيره (٢) في باب الجعالة بأنّه لو قال: من دخل دارى فله دينار و دخلها جماعه استحقّ كلّ منهم ديناراً، معلّين بأنّ كلا منهم قد صدر منه الفعل المجعول عليه- و هو الدخول- كاملاً، و هذا بخلاف ما لو قال: من ردّ عبدى فردّه جماعه، لأنّ كلّ واحد لم يتحقّق منه الفعل الذى هو الردّ، و إنما استند إلى المجموع من حيث هو مجموع، فيكون لهم عوض واحد، بخلاف الدخول. و مسألنا من قبيل الدخول، لأنّ السبق قد تحقّق كاملاً من كلّ واحد، فيستحقّ كلّ واحد العوض كاملاً. و هذا أقوى.

و لا يقدر فيه كون العوض غير معلوم حاله العقد من حيث إنّه لا يعرف قدر السابقين، لأنّ المعتبر العلم بأصل القدر لا من كلّ وجه، و من ثمّ جاز: من سبق فله كذا و من صلّى فله كذا. و الوجه فيه أنّه عقد متردّد بين الجعالة و الإجاره، و هما يحتملان من الغرر ما لا يحتمله غيرهما من عقود المعاوضات.

قوله: «و لو قال من سبق فله درهمان. إلخ».

هذا مبنى على ما اختاره من اشتراك المشتركين فى الوصف فى العوض المعين.

و عليه فيمكن استحقاق المصلّى أكثر من السابق بأن يسبق ثلاثة و يصلّى واحد،

ص: ١٠٢

١- ١) فى المسأله الثالثه من النظر الثانى من الجعالة.

٢- ٢) كما فى التحرير ١٢٢: ٢، و الدروس: ٣٠٦.

الثانية: لو كانا اثنين و أخرج كل واحد منهما سبقا و أدخلنا محلا و قال: أي الثلاثة سبق فله السبقان

الثانية: لو كانا اثنين و أخرج (١) كل واحد منهما سبقا و أدخلنا محلا و قال: أي الثلاثة سبق فله السبقان. فإن سبق أحد المستبقيين كان السبقان له على ما اخترناه، و كذا لو سبق المحلل. و لو سبق المستبقان، كان لكل واحد منهما مال نفسه، و لا شيء للمحلل. و لو سبق أحدهما و المحلل، كان للمستبق مال نفسه و نصف مال المسبوق، و نصفه الآخر للمحلل. و لو سبق أحدهما و صلي المحلل، كان الكل للسابق عملا بالشرط. و كذا لو سبق أحد المستبقيين، و تأخر الآخر و المحلل. و كذا لو سبق أحدهما، و صلي الآخر و تأخر المحلل.

فيكون للثلاثة درهمان و للمصلي وحده درهم، و هو خلاف الأمر المعتبر في العقد، فإنه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد مما يجعل للمصلي، فلو ساوى بينهما بأن جعل للسابق درهما-مثلا-و للمصلي درهما لم يصح، فأولى ما لو زاد، و من ثمّ احتمل هنا البطلان، لأن المقصود من هذا العقد الحث على السبق بالفضل في الجعل، فإذا احتمل مساواة المصلي فضلا عن تفضيله قلّ جدّ الغريم و حرصه في إجهاد نفسه و فرسه رجاء للسبق، فإنه كما يرجوه زائدا يرجو ما هو أسهل منه كذلك.

و ردّ بأن استحقاق الزيادة هنا باعتبار التفرد بالوصف لا باعتبار جعل الفاضل للمتأخر فلا يقدح. و فيه نظر، لمنافاه الغرض المقصود على التقديرين. و على ما اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين القدر المعين له فيرفع الاشكال، و لا يتحقق مساواة المصلي للسابق فضلا عن رجحانه عليه.

قوله: «لو كانا اثنين و أخرج. إلخ».

قد عرفت فيما (١) سبق أنّ صور إخراج المال من المستبقيين و أحدهما و ثالث كلّها جائزه عندنا، و أنّ بعض العامه (٢) و ابن الجنيّد (٣) منّا منعنا من بعض الصور، و إلى الخلاف المذكور أشار بقوله: «على ما اخترناه».

ص: ١٠٣

١-١ (١) لاحظ ص: ٩٠-٩١.

٢-٢ (٢) راجع ص: ٩١.

٣-٣ (٣) راجع ص: ٩٢.

إذا تقرّر ذلك: فعلى تقدير إخراج كلّ من المتسابقين مالا- وإدخالهما محلّلا- بينهما إمّا أن يسبق أحدهم خاصّه، أو اثنان، أو يستووا فى بلوغ الغايه، و يتشعب من ذلك أحوال سبعة:

الأول: أن ينتهوا إلى الغايه على السواء، فيحرز كلّ من المتسابقين مال نفسه و لا شىء للمحلّل، لانتفاء السابق.

الثانى: أن يسبق المخرجان بأن يصلا معا إلى الغايه، و يتأخّر المحلّل عنهما فكذلك، لاستوائهما فى السبق، و لا شىء للمحلّل لأنه مسبق.

الثالث: أن يسبق المحلّل و يأتى المخرجان بعده على السواء أو مترتبين، فيستحقّ المحلّل سبق المخرجين، لسبقه لهما.

الرابع: أن يسبق أحد المخرجين ثمّ يأتى بعده المحلّل و المخرج الآخر على السواء، فيحرز السابق العوضين معا لسبقه.

الخامس: أن يسبق المحلّل و أحد المخرجين بأن يأتيا إلى الغايه على السواء و يتأخّر المخرج الآخر، فيحرز السابق من المخرجين مال نفسه، و يكون مال المخرج المسبق بين المخرج السابق و المحلّل، لتشاركهما فى سبب الاستحقاق و هو السبق.

السادس: أن يسبق أحد المخرجين المحلّل، فيكون المحلّل مصليا و المخرج الآخر أخيرا، فالمال كلّه للسابق كما مرّ. و قال بعض العامّه (١): إنّ مال المسبق من المخرجين للمحلّل، لأنه سبق المتأخّر، و يحرز السابق مال نفسه خاصّه. و غلّطوه فى ذلك.

السابع: أن يسبق أحد المخرجين المحلّل و يكون المخرج الآخر مصليا و المحلّل تاليا، فالسابق يحرز السبقين أيضا عندنا لما ذكر، و عند ذلك البعض من العامّه (٢) أنّ للسابق سبق نفسه و للمسبق الثانى سبق نفسه و لا شىء للمحلّل.

ص: ١٠٤

١-١) حليه العلماء ٤٧١:٥، المجموع ١٥١:١٥.

٢-٢) حليه العلماء ٤٧١:٥، المجموع ١٥١:١٥.

الثالثة: إذا شرط المبادره، و الرشق عشرين، و الإصابه خمس، فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمس

الثالثة: إذا شرط المبادره، و الرشق عشرين، و الإصابه خمس، (١) فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمس، فقد تساويا فى الإصابه و الرمى، فلا يجب إكمال الرشق، لأنه يخرج عن المبادره.

و لو رمى كل واحد منهما عشره، فأصاب أحدهما خمس و الآخر أربعة، فقد نضله صاحب الخمسه. و لو سأل إكمال الرشق لم يجب.

أما لو شرط المحاطه، فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمس، تحاطا خمس بخمس و أكمل الرشق. (٢) و لو أصاب أحدهما من العشره تسعه، و أصاب الآخر خمس، تحاطا خمس بخمس و أكمل الرشق.

و لو تحاطا، فبادر أحدهما إلى إكمال العدد، (٣) فإن كان مع انتهاء الرشق فقد نضل صاحبه.

قوله: «إذا شرط المبادره و الرشق عشرين و الإصابه خمس. إلخ».

قد عرفت أن المبادره هى اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه. و حينئذ فإذا رمى رشقا و تساويا فى إصابته لم يتحقق السبق، و لا يجب الإكمال، لأنه لو وجب لرجاء السبق فى الباقي خرج عن وضع المبادره إلى المحاطه، و هذا خلاف المفروض. و كذا لا يجب الإكمال لو أصاب أحدهما خمس منها و الآخر أربعة، لتحقق السبق من الأول بمبادرته إلى إصابه المشروط، فلو وجب الإكمال خرج عن وضعها.

قوله: «أما لو شرط المحاطه - إلى قوله - و أكمل الرشق».

لأن مقتضى المحاطه هو ذلك على ما عرفت من تعريفها، فإذا تحاطا الخمسه بالخمسه بقى لهما عشره يرجى لكل منهما السبق بها، فيجب إكمال الرشق.

قوله: «و لو تحاطا فبادر أحدهما إلى إكمال العدد».

أى العدد المشترط إصابته و هو الخمسه. و المراد بكونه مع انتهاء الرشق انتهاؤه

و إن كان قبل انتهائه،(١) فأراد صاحب الأقل إكمال الرشق، نظر، فإن كان له في ذلك فائده، مثل أن يرجو أن يرجح عليه أو يساويه أو يمنعه أن ينفرد بالإصابة بأن يقصر بعد المحاطة عن عدد الإصابه، أجبر صاحب الأ-كثر.و إن لم يكن له فائده لم يجبر، كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها، و رمى الآخر فأصاب منها خمسة، فيتحاطن خمسة، فإذا أكمل فأبلغ ما يصيب صاحب الخمسة ما تخلف، و هي خمسة، و يخطئها صاحب الأكثر، فيجتمع لصاحب الخمسة عشرة. فيتحاطن عشره بعشره، و يفضل لصاحب الأكثر خمسة، فلا يظهر للإكمال فائده.

منهما، فيتحقق حينئذ سبق من أصاب العدد دون صاحبه، إذ لم يبق له ما يرجو معه لحاقه فضلا عن السبق. و هو واضح.

قوله: «و إن كان قبل انتهائه. إلخ».

إذا بقى من الرشق لهما شيء و الحال أنّ المشروط المحاطة، أو العقد مطلق و هو محمول عليها، فقد يبقى للإكمال فائده فيجاب إليه طالبه، و قد لا يبقى فلا، بل يلزمه العوض قبل الإكمال. و قد ذكر المصنّف أنّ الفائده تتحقق بثلاثة أمور:

أحدها: أن يرجو المسبوق الرجحان بالإكمال على السابق، بحيث يصير بالرجحان سابقا و يأخذ العوض، أو لا يصير به سابقا و لكن يمنعه من السبق.

فالأول كأن يكون شرط الرشق عشرين، و الشرط التفرد بخمسة، فرمى كلّ منهما عشره فأصابها أحدهما [أجمع] (١) و أصاب الآخر منها خمسة. فهنا إذا طلب المسبوق الإكمال أجيب إليه، لأنه يرجو أن يخطئ صاحبه العشره الباقيه و يصيبها هو، فيتم له خمسة عشر إصابه و لصاحبه عشره، فيتساقطان عشره بعشره يفضل للمسبوق خمسة يصير بها سابقا.

و الثانى: كالمثال بعينه إلا أنّ المسبوق أصاب من العشره أقل من الخمسة،

ص: ١٠٦

(١ - ١) من «ب» و هامش «و».

الرابعة: إذا تمّ النضال، ملك الناضل العوض، و له التصرف فيه كيف شاء، (١) و له أن يختصّ به، و أن يطعمه أصحابه.

فرجاؤه المذكور يوجب رجحانه على صاحبه بشيء لكن لا يبلغ حدّ السبق، كما لو كان قد أصاب من العشرة الأولى اثنين، فإنه على تقدير إصابته العشرة الثانية بتمامها يبقى له اثنا عشر و للآخر عشرة، فإذا تحاطا عشرة بعشرة بقي له اثنان.

و ثانيها: أن لا يرجو المسبوق الرجحان و لكن يرجو المساواه المانعه من سبق الآخر، كما لو رميا عشرة في المثال فأخطأها أحدهما و أصابها الآخر، فالعشرة الباقيه يرجو المسبوق إصابتها و أخطأ السابق لها، فيساويه في الإصابه و يمنعه من السبق.

و ثالثها: أن لا- يرجو الرجحان و لا المساواه و لكن يرجو منعه من التفرد بإصابه العدد المشروط، كما لو رميا في المثال خمسة عشر فأصاب أحدهما منها عشرة و الآخر أربعة، فالمسبوق لا يرجو المساواه فضلا عن الرجحان، لأنّ غايته أن يصيب الخمسه الباقيه و يخطئها الآخر، فتصير إصابات المسبوق تسعه و السابق عشرة فيمنعه من التفرد بالخمس المشروطه، و هو فائده تمنع من استحقاق صاحبه العوض كالأولين.

و قول المصنف: «كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها. إلى آخره» مثال ما إذا انتفت الفائده أصلا، و قد بين (١) وجه انتفاء الفائده فيه.

قوله: «إذا تمّ النضال ملك الناضل العوض و له التصرف فيه كيف شاء».

مفهوم (٢) الشرط أنه لا- يملك الناضل العوض بدون التماميه، و هو من خواصّ الجعالة لا الإجاره التي قد اختار أنه مثلها في اللزوم. و كأنّ السرّ في تعليق الملك على تماميه النضال أنّ العقد و إن كان لازما إلّا- أنّ الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه، لاحتمال السبق من كلّ منهما و عدمه، فإذا تحقّق السبق على وجه من الوجوه فقد تمّ النضال، سواء أكمل الرشق أم لا، و تحقّق الملك للسابق، و قبل ذلك لا يحصل ذلك

ص: ١٠٧

١- ١) في «ش» و «و»: تبين.

٢- ٢) في «و»: يفهم من الشرط.

و لو شرط فى العقد إطعامه لحزبه، لم أستبعد صحته. (١)

الخامسة: إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل، و يسقط المسمى لا إلى بدل

الخامسة: إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل، (٢) و يسقط المسمى لا إلى بدل. و لو كان السبق مستحقاً، و يجب على البازل مثله أو قيمته.

بخلاف الإجاره. و بهذا يظهر أنّ هذا العقد ليس على حدّ أحد العقدين و لا غيرهما من المعاوضات مطلقاً، و إنّما له شبه بأحدهما أو بهما من بعض الوجوه، فلا بعد فى اختصاصه ببعض الأحكام بالنسبه إليهما و إلى غيرهما.

إذا تقرّر ذلك: فمتى تحقّق ملكك العوض لأحدهما كان ملكاً من أملاكه يفعل به ما شاء من اختصاص و تصرف كيف شاء كغيره من الأملاك. و هو واضح.

قوله: «و لو شرط فى العقد إطعامه لحزبه لم أستبعد صحته».

وجه عدم البعد عموم الأمر بالوفاء (١) بالعقود، و لكون المسلمين عند شروطهم (٢) الشامل لهذا الفرد، و لأنّه مما يتعلّق به غرض صحيح شرعى فلا مانع من صحه شرطه.

و قال الشيخ (٣) فى أحد قوليّه: يبطل الشرط و العقد، لأنّ عوض العمل يجب أن يكون للعامل كالإجاره، فاشتراط خلافه مناف لمقتضاه، و يبطلانه يبطل العقد كما علم مراراً.

وفيه: أنّ إلحاقه بالإجاره قياس مع وجود الفارق، لما عرفت من أنّه ليس على نهجها مطلقاً، بل و لا على نهج المعاوضات، لصحّه البذل بل أولويته ممّن لا دخل له فى العمل و لا يصل إليه شىء من العوض الآخر، فإذا دلّ على صحته دليل عامّ كما ذكرناه لم يقدر فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه.

و للشيخ (٤) قول آخر ببطلان الشرط دون العقد. و قد تقرر ضعفه فى نظائره.

قوله: «إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل. إلخ».

إذا فسدت المعامله بعد العمل فلا يخلو: إنّما أن يكون الفساد ابتداء بحيث لم

ص: ١٠٨

١-١) المائده: ١.

٢-٢) الوسائل ٣٥٣: ١٢ ب «٦» من أبواب الخيار ح ١، ٢، ٥.

٣-٣) المبسوط ٣٠٢: ٦. راجع أيضاً الخلاف ٥٤٨: ٢ مسألة ١٠.

٤-٤) المبسوط ٣٠٢:٦. راجع أيضا الخلاف ٥٤٨:٢ مسأله ١٠.

يتزلزل العقد، بل لم ينقذ أصلاً، سواء كان بسبب العوض بأن كان خمراً أو مجهولاً، أم من جهة ركن من أركان العقد بأن اختل بعض شروطه السابقة أو غيرها. وإما أن يكون طارئاً على أصل الصحّة بأن ظهر العوض مستحقاً، فإن العقد وقع صحيحاً غايته تزلزله حيث وقف على إجازة المالك، وإما طرأ له البطلان بعدم إجازته، ومن ثمّ لو أجاز لزم العقد، فدلّ على أنه لم يقع فاسداً ابتداءً. فهذا هو الوجه في فرق المصنّف بين القسمين.

فإن كان فساداً من الجهة الأولى فقد قطع المصنّف بأنّه لا شيء للسابق، وهو اختيار الشيخ (١) رحمه الله. ووجهه أنّه لم يعمل له شيئاً ولا فوت عليه عمله ولا عاد نفع ما فعله إليه، وإنما فائده عمله راجعه إليه، بخلاف ما إذا عمل في الإجاره و الجعالة الفاسدتين، فإنّه يرجع إلى أجره مثل عمله، لأنّ فائده العمل للمستأجر و الجاعل.

و ذهب العلامة (٢) و جماعه المتأخّرين [١] إلى وجوب أجره المثل، لأنّه عقد استحقّ المسمّى في صحيحه، فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد و جب عوض المثل.

ولا نسلم أنّ وجه وجوب أجره المثل في العقدين و نظائهما رجوع عمل العامل إلى من يجب عليه العوض، لأنّ العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك و مع ذلك يكون مضموناً.

و عندى فيه نظر، لأنّ الالتزام لم يقع إلاّ على تقدير العقد الصحيح، و الأصل براءة الذمّة من وجوب شيء آخر غير ما وقع عليه العقد. و الفرق بين هذا العقد و بين

ص: ١٠٩

١-١) المبسوط ٣٠٢:٦.

٢-٢) التحرير ٢٦٢:١، القواعد ٢٦٣:١.

ما يجب فيه أجره المثل من العقود واضح، لا- من جهة ما ذكره من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالأجره حتى يرد عليه مثل العمل الذى لا يعود به عليه نفع فى القراض، بل لأنّ تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له أجره فى العاده، فإذا فسد العقد المتضمّن (١) للعوض المخصوص بقى أصل الأمر بالعمل الموجب لأجره المثل، بخلاف هذا العقد، فإنه لا يقتضى أمرا بالفعل، فإن قوله: سابقتك على أن من سبق منّا فله كذا، و نحو ذلك من الألفاظ الدالّة على المراد ليس فيها أمر و لا ما يقتضيه بفعل له أجره، فالأصل براءة الذمّه من وجوب شىء آخر غير ما تضمّنه العقد. وقاعده أنّ كلّ ما كان صحيحه موجبا للمسمّى ففاسده موجب لأجره المثل لا- دليل عليها كليه، بل النزاع واقع فى بعض مواردّها، فكلّ ما لا إجماع و لا دليل صالح يدلّ على ثبوت شىء فالأصل يخالف مدعى القاعده.

نعم، لو اتّفق وقوع العقد بصيغته تقتضى الأمر بالفعل و جوّزناه أتجه وجوب أجره المثل، إلاّ- أنّ هذا خارج عن وضع الصيغ المعهوده و إنّما يتّفق، حيث لا نخصّه (٢) بعبارته بل كلّ لفظ دلّ عليه كالجعله.

إذا عرفت هذا فحيث نقول بأجره المثل يرجع فيها إلى مجموع العمل و هو مجموع ركضه، لا إلى القدر الذى سبق به، لأنّه سبق بمجموع عمله لا بذلك القدر.

و إن كان فساد العقد من جهة خروج العوض مستحقّا فقد جزم المصنّف بأنّه يجب على البازل مثله أو قيمته، و وافقه عليه جماعه (٣) من المتأخرين. و وجهه ما عرفت من صحّه العقد ابتداء بالعوض المعين، و إنّما اتّفق مترلزا موقوفا على إجازة المالك،

ص: ١١٠

١- ١) فى «ب» و هامش «و»: المقتضى.

٢- ٢) فى النسخ الخطيه: يخصّه.

٣- ٣) التحرير ٢٦٢: ١، اللمعه: ١٠١.

السادسه: إذا نضل أحدهما الآخر فى الإصابه، فقال له: اطرح الفضل بكذا

السادسه: إذا نضل أحدهما الآخر فى الإصابه، (١) فقال له: اطرح الفضل بكذا، قيل: لا يجوز، لأن المقصود بالنضال إبانة حذق الرامى و ظهور اجتهاده، فلو طرح الفضل بعوض كان تركا للمقصود بالنضال، فتبطل المعاوضه و يردّ ما أخذ.

فقد تشخّص العوض المعين للعقد، فإذا طرأ زوال ذلك العوض بعدم إجازة المالك و جب الرجوع إلى أقرب شىء إليه، و هو مثله إن كان مثلياً و قيمته إن كان قيمياً، كالصداق إذا ظهر فساد.

و قيل تجب أجره المثل هنا أيضا (١)، لأنّ العوض المسمّى إذا فات و جب قيمه العوض الآخر و هو أجره مثله كما فى سائر المعاوضات. و ما ذكره من الفرق بين الأمرين لا- يوجب الفرق فى الحكم، لأنّ المالك إذا فسخ العقد من أصله لا من حين الفسخ فصار العوض المعين كالمعدوم ابتداءً، بل كغير المتموّل بالنسبه إلى غير المالك. و هذا القول أوجه حيث يوجب بهذه المعامله إذا فسدت شيئاً، لكن فيه ما قد عرفت.

قوله: «إذا فضل أحدهما الآخر فى الإصابه. إلخ».

هذا هو المشهور، بل كثير منهم لم يذكروا فيه خلافاً. و وجه المنع: ما ذكره المصنّف من منافاه ذلك للغرض و الحكمه المسوّغه لهذا العقد. و نسبته إلى القيل مشعر بالتوقّف فيه، و وجهه: أنّه جعل على عمل محلّ، و منع كون المقصود بالنضال منحصرًا فيما ذكر، لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدّماته، مضافاً إلى أصله الصحّ، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد، و الكون مع الشرط، و منافاته للمشروع غير متحقّقه.

ص: ١١١

كتاب الوصايا

اشاره

كتاب الوصايا

ص: ١١٣

الأول فى الوصيه

اشاره

الأول فى الوصيه و هى: تمليك عين، أو منفعه، بعد الوفاه. (١) قوله: «فى الوصيه و هى تمليك عين أو منفعه بعد الوفاه».

التمليك فى التعريف بمنزله الجنس يشمل سائر التصرفات المملّكه الواقعه من الفاعل من البيع و الوقف و الهبه و غيرها. و فى ذكر العين و المنفعه تنبيه على متعلقى الوصيه. و يندرج فى العين الموجود منها بالفعل كالشجره، و القوه كالثمره المتجدده، و فى المنفعه المؤبده و الموقته و المطلقه. و تخرج ببعديه الوفاه الهبه و غيرها من التصرفات المنجزه فى الحياه المتعلقه بأحد الأمرين.

و ينتقض فى عكسه بالوصيه إلى الغير بإنفاذ الوصيه، و بالولاية على الأطفال و المجانين الذين تجوز له الوصيه عليهم. و من ثمّ زاد المصنف فى النافع (١) و الشهيد (٢) فى التعريف: «أو تسليط على تصرف بعد الوفاه» ليندرج فيه الوصايه. و ربما جعلت الوصيه خارجه عن الوصايه قسيمه لها فلا- يحتاج إلى الاحتراز عنها، حتى إنّ الشهيد فى الدروس (٣) عنون لكل واحد من القسمين كتابا، إلا أنّ المصنف لم يجر على ذلك

ص: ١١٥

١-١) المختصر النافع ١٦٣:١.

٢-٢) اللعه الدمشقيه: ١٠٤.

٣-٣) الوصيه فى ص: ٢٣٩ من الدروس، و الوصايا فى ص: ٢٤٧.

و يفتقر إلى إيجاب و قبول.(١) و الإيجاب كل لفظ دلّ على ذلك القصد، كقوله: أعطوا فلانا بعد وفاتي، أو فلان كذا بعد وفاتي، أو أوصيت له.

الاصطلاح، بل جعل الوصايه من جمله أقسام الوصيه فكان عليه إدراجها في التعريف.

و ينتقض في عكسه أيضا بالوصيه بالعق فانه فكّ ملك لا تمليك للعبد نفسه، و كذلك التدبير على القول بأنه وصيه كما ذهب إليه الأَكثَر، و الوصيه بإبراء المديون و بوقف المسجد فإنّه فكّ ملك أيضا، و بالوصيه بالمضاربه و المساقاه فإنهما و إن أفادا ملك العامل الحصّه من الربح و الثمره على تقدير ظهورهما إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، و قد لا يحصل ربح و لا ثمره فينتفى التمليك.

قوله: «و يفتقر إلى إيجاب و قبول. إلخ».

يستفاد من افتقارها إلى الإيجاب و القبول كونها من جمله العقود، و من جواز رجوع الموصى ما دام حيا و الموصى له على بعض الوجوه أنّها من العقود الجائزه، و قد يلحق باللازمه على بعض الوجوه. و لم يذكر المصنّف كيفيه القبول هل ينحصر في اللفظ أم يكفي الفعل؟ و اكتفى جماعه (١) بالقبول الفعلى الدالّ عليه كالأخذ و التصرّف فيه لنفسه، و هو المناسب لبناء هذا العقد على الجواز و إنما يعرض له اللزوم، بل أطلق المصنّف الحكم عليه بالجواز. و يتفرّع عليه أيضا عدم اشتراط مقارنة القبول للإيجاب، و هو موضع وفاق.

و إطلاق اعتباره الإيجاب و القبول يشمل الوصيه لمعيّن كزيد و غيره كالفقراء فيقبل لهم الحاكم. و الأصحّ في الثاني عدم اشتراط القبول، لتعذّره من المستحقّ إن أريد من الجميع، و من البعض ترجيح من غير مرجّح مع أنّ الوصيه ليست له

ص: ١١٤

١- ١) كالعلاّمه في القواعد ١: ٢٩٠، و الشهيد في الدروس: ٢٣٩، و الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٣٦٢.

و ينتقل بها الملك إلى الموصى له، بموت الموصى (١) و قبول الموصى له، و لا ينتقل بالموت منفردا عن القبول، على الأظهر.

بخصوصه، و قد تقدّم مثله في الوقف (١). و حينئذ فيشكل إطلاق العقد على الوصية لشموله لهذا الفرد، إلا أن يجعل ذلك لضرب من التجوّز و إلحاقه بطريق الاستباج، و لا يخفى ما فيه فإنّ أفراد هذا النوع كثيره.

و اعلم أنّ التقييد بقوله: بعد وفاتي، في الإيجاب إنّما يفترق إليه في اللفظ المشترك بينها و بين غيرها، كقوله: أعطوا فلانا، المشترك بين الوصية و الأمر، و قوله:

لفلان كذا، المشترك بينها و بين الإقرار له، فلا بد من مائز يخرج ما يحتمله اللفظ من غيرها و هو يحصل بقوله: بعد وفاتي. أمّا قوله: أوصيت له بكذا، فلا يفترق إلى القيد لأنّه صريح في العطيّة و نحوها بعد الموت.

قوله: «و ينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصى. إلخ».

لا خلاف في توقّف ملك الوصية على الإيجاب من الموصى، لأنّه أحد أركان العقد الناقل للملك، أو تمام الركن حيث لا يعتبر القبول على بعض الوجوه، و في توقّفه على موته، لأنّ متعلّقها هو الملك و ما في معناه بعد الموت، فقبله لا ملك.

و إنّما الخلاف في أنّ قبول الموصى له هل هو معتبر في انتقال الملك إليه بالموت، بمعنى كونه شرطا في الملك، أم تمام السبب المعتبر فيه، فلا يحصل الملك بدون أصله، أو يعتبر في الجملة أعمّ مما ذكر، أو لا يعتبر أصلا بل ينتقل إليه الملك على وجه القهر كالإرث لا بمعنى استقراره له كذلك، بل بمعنى حصوله مترزلا فيستقر بالقبول و يبطل استمراره بالردّ فينتقل عنه به إلى ورثه الموصى؟ فهذه أقوال ثلاثة.

و الذي اختاره المصنف أنّ الملك لا يحصل بالموت منفردا عن القبول، بل يبقى المال على حكم مال الميت فينتقل إلى وارثه انتقالا مترزلا فيستقرّ برّد الموصى له و ينتقل إلى ملكه بقوله. فقوله على هذا جزء السبب الناقل للملك إليه، لأنّ الباء في قوله:

ص: ١١٧

(١ - ١) في ص: ٣١٣ و ٣٧٢.

«و ينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصى» للسبب، وهو مفيد لما ذكرناه. و مع ذلك يحتمل أن يريد الانتقال المبتدأ من حين القبول على تقدير تأخره عن الموت كما هو ظاهر العبارة، فقبله لا ملك له أصلاً. و هذا هو القول الأول الذى حكيناه، و هو مختار العلامة فى المختلف (١). و أن يريد به مجرد سبب القبول فى الملك بمعنى توقّفه عليه، و لكنّه يكشف عن سبق ملك الموصى له من حين الموت. و هذا القول هو مختار الأكثر، و هو الذى حكيناه ثانياً.

و الحجّة المشتركة بين القولين الدافعه للقول الثالث أنّ القبول لما كان معتبراً فتحصيل الملك للموصى له قبل قبوله لا وجه له، و لأنّ الوصية تمليك عين إلى آخره كما عرفت فلا يسبق الملك القبول كسائر العقود، و أنّ الموصى له لو ردّ الوصية بطلت و لو كان قد ملك بالموت لم يزل ملكه بالردّ كما بعد القبول، و أنّ الملك لو حصل بدون القبول لم يحتج إلى قبول وارث الموصى له لو مات قبله مع اتّفاقهم على اعتباره فى تملكه.

ثمّ يقال فى تقرير القول الأوّل: إنّك لما عرفت أنّ القبول معتبر فى تحقّق الملك فى الجملة فيجب أن لا يتحقّق قبله مطلقاً. و أيضاً فإنّ القبول تمام السبب الموجب للملك كغيره من العقود الناقله له، و الموت شرط فى انتقال الملك، لأنّ مقتضى الوصية التمليك بعده، فقبل القبول لم يتحقّق السبب الناقل للملك و إن وجد الشرط، كما فى الملك الحاصل بالبيع فإنه قبل القبول لا يتحقّق أصلاً و إن اجتمعت الشرائط المعتبره فى صحّة البيع من جميع الجهات.

و القائل الثانى يقول مضافاً إلى المشترك: إنّ الله تعالى جعل ملك الوارث بعد الوصية و الدّين، و الوصية هنا موجوده فلا يجوز انتقال متعلّقها من التركة إلى الوارث عملاً بظاهر الآية (٢)، و لا يبقى على ملك الميت لانتفاء أهليّته له، و لا إلى ملك غير

ص: ١١٨

١-١) المختلف: ٥٠٠.

٢-٢) النساء: ١١ و ١٢.

الوارث و الموصى له إجماعاً، فلم يبق إلا الانتقال إلى ملك الموصى له انتقالاً متوقفاً على قبوله اعتباراً بما سبق من دليله، مع كون القبول كاشفاً عن سبق ملكه من حين الموت اعتباراً بما ذكر هنا من الدليل، و على تقدير ردّه يتبين بطلان الوصية و أنها كأن لم تكن فيكشف الردّ عن ملك الوارث من حين الموت، و لا ينافيه الحكم بانتقالها إلى الموصى له، لأنّ ذلك كان مراعى بالوصية و قد تبين عدمها، فكأنّ هذا الموصى به على تقدير الردّ لم يكن موصى به أصلاً، فلا يأتي دليل الانتقال عن الوارث أصلاً.

و لا يخفى عليك ما فى هذا التوجيه من التكلّف و العجز عن مقاومه دليل الأول، و قد اعتذر عن تحرير الأول بكون سببته القبول تقتضى عدم حصول الملك بدونّه، و أنّ مدخلته القبول فى الوصية ليست قويّه على حدّ مدخلته فى غيرها من العقود كالبيع. و وجه ضعفها عدم الافتقار إليه فى بعض الموارد كما عرفت و فى موضع النزاع على خلاف، بخلاف قبول البيع و نحوه فإنّه معتبر فى تمام السببته إجماعاً، و اعتباره فى الوصية على بعض الوجوه - مع ما فيه من الضعف المذكور - يكفى فيه كونه كاشفاً. و لا يخفى ما فيه. و مما قرّرناه يظهر: أنّ المصنّف يمكن أن يكون مختاره هو الأول، لما قد ظهر من قوّه دليله.

ثمّ لقائل أن يقول على دليل الحصر من الآيه: أنّه لا - مانع من القول بانتقالها إلى الوارث قبل القبول، لأنّ الوصية قبله غير متحقّقه، لما عرفت من أنّ الوصية هى التمليك المخصوص الذى لا يتمّ إلا بالإيجاب و القبول، و من ثمّ كان القبول معتبراً فيها، و كانت الآيه فى قوّه «من بعد وصية مقبولة» لأنّ إطلاقها يقتضى ذلك، فقبل القبول لا وصية فينتقل إلى الوارث بحكم الأصل، و لا يزول عن ملكه إلا بقبول الموصى له، فحينئذ تتحقّق الوصية و يحكم بانتقالها إليه.

و لا يقدح فى ذلك ما قيل: إنّّه يلزم منه تلقّى الموصى له الملك عن الوارث و هو خلاف الواقع، لمنع ذلك، إذ يجوز كون ملك الوارث حينئذ مراعى بعدم قبول الموصى له و معيى بغايه قبوله، فاذا حصل القبول انتفى ملكه و انتقل إلى ملك الموصى

له بسبب الوصية السابقة، وذلك سبب قهري من جهة الشارع سابق على ملك الوارث، إلا أنه لما لم يكن ثم تحقق ملك الوارث إلى حين تمامه ثم ارتفع.

وقيل على الحصر أيضا: نمنع عدم بقاء ملك الميِّت، لم لا يجوز بقاؤه كما بقي ملكه فيما يحتاج إليه من مئونه تجهيزه و قضاء دينه؟ و كما يجوز أن يتجدد له الملك كالديه لو مات قتيلا، و ما يثبت في آله الصيد التي نصبها حيا بعد وفاته.

وقد يجاب عن هذا بأنه قد علم أن الموت سبب في انتقال الملك عنه و خروجه عن أهليته. و ما ذكر لا يدل صريحا على ملكه، لجواز كونها ملك الوارث و إن تقدم حق الميِّت من تلك الوجوه عليه كما يقدم المرتهن بمال الرهن على الراهن المالك، فلا منافاه بين ملك الوارث لها و تقدم الميِّت بها. و يرشد إلى ذلك في مئونه التجهيز أنه لو فقد الميِّت رجع الكفن إلى الوارث، و لو لم يكن ملكه ابتداء لم يرجع إليه. و أميا الصيد فإنما يملكه الوارث دون الميِّت، لقيامه مقامه فكان كما لو نصب الشبكة بنفسه.

و حجه الثالث: من ظاهر الآيه الدالّة على انتفاء ملك الوارث مع الوصية بنحو ما استدلوا به، فإنه لا يمكن القول ببقاء المال على ملك الميِّت لما تقدم (1)، و لا بانتقاله إلى الوارث، لأنه بعد الوصية و هي أعم من المقبولة، إذ لم نقل بعد وصية مقبولة، و نمنع عدم تحققها قبل القبول بل غايته عدم لزومها فلم يبق إلا أن يكون ملكا للموصى له بالموت. و لأن الوصية مشابهة للإرث من حيث إنه يملك بالموت، و إن فارقت في جواز إزاله ما حصل من الملك قهرا برد الوصية كي لا يحصل له الملك المستقر باختيار غيره قهرا عليه حيث لا يريده.

و جوابه على القول الأول واضح، فإننا نختار انتقاله إلى الوارث عند موت الموصى بحكم الأصل، فإذا قبل الموصى له تمّ السبب الذي ابتدأه الموصى فانتقل الملك إليه. و جواب الثاني قد علم من تضاعيف ما سبق.

و اعلم أنّ موضع الخلاف الوصّيّه المفتقره إلى القبول، فلو كانت لجهه عامّه كالفقراء و المساجد انتقلت إلى الجهه المعينه بالوفاه بغير خلاف، بحيث تكون الوصّيّه نافذه.

إذا تقرّر ذلك فتظهر فائده الخلاف فى مواضع:

أحدها: كسب العبد، و ثمره الشجره، و سائر زوائد الموصى به الحاصله بين الموت و القبول، فإن قلنا: تملك بالموت فهى للموصى له قبل الوصّيّه أو ردّها، و يحتمل ارتدادها على الورثه إذا ردّ تبعاً. و إن قلنا: تملك بالقبول لم تكن الزوائد للموصى له قبل الوصّيّه أو ردّها. و إن قلنا بالوقف فهى موقوفه، فإن قبل فهى له و إلاّ فلا. و إذا قلنا يرتدّ ففى مستحقّها من الموصى و الورثه وجهان، من حيث إنّها من جملة التركة فيقضى منها دينه و تنفذ وصاياه كالأصل، و من حدوثها بعد زوال ملكه.

و هذا أقوى تفريعا على ذلك القول.

و ثانيها: فطره العبد الموصى به إذا وقع وقت وجوبها بين القبول و الموت على من تجب؟ يخرج على الأقوال. و النفقه و المؤمن المحتاج إليها بين القبول و الموت كالفطره.

و ثالثها: إذا زوج أمته حرّاً و أوصى له بها، فإن ردّ الوصّيّه استمرّ النكاح، إلاّ إذا قلنا يملك بالموت فينفسخ من يوم الموت و إن كان الملك ضعيفاً. و إن قبل انفسخ النكاح على كلّ حال، و يكون الانفساخ من يوم القبول إن قلنا يملك بالقبول، و من يوم الموت على سبيل التبيين إن قلنا بالتوقّف.

و لو كان زوجها وارثه ثمّ أوصى بها لغيره، فإن قبل الموصى له الوصّيّه استمرّ النكاح، إلاّ إذا قلنا: إنّ الملك بالقبول و إنه قبل القبول للوارث فإنّه ينفسخ، و يحتمل العدم لضعف الملك، و إن ردّ انفسخ النكاح.

هذا إذا خرجت الأمه من الثلث، و إن لم تخرج و لم تجز الورثه انفسخ النكاح، لدخول شىء ممّا يزيد على الثلث فى ملك الزوج. و إن أجازوا و قلنا يملك بالموت أو موقوف، فهل ينفسخ أم لا؟ يبنى على أنّ الإجازة تنفيذ، أو ابتداء عطيه، فعلى الثانى

ينفسخ، و على الأول لا.

و رابعها: لو أوصى بأمته الحامل -و حملها من زوجها- لزوجها و لابن لها حرّ و مات، و خرجت كلّها من الثلث و قبلا الوصيّيه و هما موسران، نظر إن قبلا- معا عتقت الأمه كلّها على ابنها، نصفها بالملك و الباقي بالسرايه، و عليه للزوج قيمه نصفها، و يعتق الحمل عليها بالسويّه، أمّا نصيب الزوج فلأنه ولده، و أمّا نصيب الابن فلأنّ الأمّ عتقت عليه إن قلنا بسرايه عتق الحامل إلى الحمل أو كان الحمل أنثى، و إلاّ اختصّ العتق بالأب.

و إن قبل أحدهما قبل الآخر، فإن قلنا يحصل الملك بالموت أو قلنا بالوقف فكما تقدّم، لأنّ وقت الملك واحد و إن اختلف وقت القبول. و إن قلنا يحصل بالقبول، فإن تقدّم قبول الابن عتقت الأمه و الحمل عليه إن قلنا بالسرايه أو كان الحمل أنثى، و إلاّ عتقت الأم خاصّه. و إن تقدّم قبول الزوج عتق جميع الحمل عليه، النصف بالملك و الباقي بالسرايه، و يغرم قيمه نصفه يوم الولاده للابن، و لا يعتق عليه من الأمه شيء، فإذا قبل الابن عتق عليه جميعها بالملك و السرايه، و غرم للزوج نصف قيمتها.

و خامسها: لو أوصى لإنسان بمن يعتق عليه فقبل بعد الموت، فإن قلنا يملك بالقبول عتق عليه حينئذ، و إن قلنا بالموت أو موقوف تبين أنه عتق عليه يوم الموت، و ترتّب عليه حكم ما يتجدّد من كسبه و نحوه.

و سادسها: لو أوصى بأمه لابنها من غيره، فإن خرجت من الثلث و قبل الابن الوصيّيه عتقت عليه، و إن ردّ بقيت للوارث، و إن لم تخرج فالجواز [١] في قدر الثلث كذلك، و أمّا الزائد فإن أعتقه الوارث و هو موسر عتق عليه. ثمّ إن لم يقبل ابنها

و لو قبل قبل الوفاه جاز، و بعد الوفاه أكد، و إن تأخر القبول عن الوفاه ما لم يرد. (١) الوصيّه فقد بيّنا أنّ جميعها للوارث، فيسرى العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي، و إن قبل عتق عليه ما قبل.

ثمّ إن قلنا يملك بالموت ابتداءً أو تبيناً قوّم نصيب الوارث عليه، و إن قلنا يملك بالقبول عتق الكلّ على الوارث، لأنّه يسرى من نصيبه إلى قدر الثلث، و القبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول و هو موسر. هذا إذا حكمنا بحصول السرايه بنفس الإعتاق، و إن قلنا لا يحصل إلاّ بأداء القيمه فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمه، و في نفوذه وجهان يأتيان (١) إن شاء الله.

و سابعها: لو أوصى بعبد لشخصين أحدهما قريبه الذي يعتق عليه، فإن قبلا معا عتق جميعه على القريب إن كان موسرا، النصف بالملك و النصف بالسرايه، و إن قبل القريب أولاً فكذلك. و إن قبل الأجنبيّ أولاً و أعتق نصيبه قبل قبول القريب ثمّ قبل، فإن قلنا يملك بالقبول قوّم نصيبه على الأجنبيّ كما مرّ، و إن قلنا يملك بالموت تبيناً أنّ عتق الأجنبيّ غير نافذ، و أنّه عتق جميعه على الوارث، و عليه نصف القيمه للأجنبيّ.

قوله: «و لو قبل قبل الوفاه جاز و بعد الوفاه أكد و إن تأخر القبول عن الوفاه ما لم يرد».

حيث اعتبرنا قبول الموصى له فقبل بعد وفاه الموصى فلا إشكال في اعتبار قبوله، لمطابقته للإيجاب الصادر من الموصى، لأنّه أوقع تمليكا بعد الوفاه فقبله في تلك الحال.

و إن قبل في حياه الموصى فالأكثر على اعتباره أيضاً، لحصول المطلوب و هو قبول ما نقل إليه من الملك على الوجه الذي نقله إليه و إن لم يكن في وقته، فإنّ ذلك هو

ص: ١٢٣

(١ - ١) في ص: ١٦٧-١٦٨.

المعتبر لأنّه كما وقع التملك قبل وقت الانتقال فقبوله كذلك. و كما أنّ الموصى مالك للمال حينئذ فله نقله في أيّ وقت شاء، فالموصى له مالك أن يملك أيضا في أيّ وقت شاء و إن لم يكن وقت الملك باختياره، كما في نظائره من قبول البيع بشرط و أجل في الثمن و غيره. و افتراقهما في انتقال أصل الملك في البيع منجزا دون الوصية لا يقدح في ذلك.

و ذهب بعض الأصحاب (١) و منهم العلامة (٢) إلى أنّ القبول إنّما يعتبر بعد الموت، محتججا بأنه أوجب له بعد موته فقبله ليس محلا للقبول فأشبهه القبول قبل الوصية و كما لو باعه ما سيملكه، و بعدم المطابقه بين الإيجاب و القبول، و بأنّ القبول إمّا كاشف أو جزء السبب، و على التقديرين يمتنع اعتباره قبل الموت، أمّا إذا جعل كاشفا فلأنّ الكاشف عن الملك يجب أن يتأخر عنه و يمتنع الملك قبل الوفاء، و أمّا إذا جعل جزء السبب فلأنّه إذا تمّ العقد و جب أن يترتب عليه أثره، و هو هنا ممتنع قبل الموت.

و قد عرفت مما قرّناه جواب ذلك كلّ، فإنّ القبول لا يلزم أن يحصل به الملك، و إنّما يحصل به تمام سببه، و هو لا يوجب وجود سببه، لجواز تخلفه لفقد شرط، و هو هنا كذلك، لأنّ الموت شرط انتقال الملك، و الإيجاب كما وقع قبل زمان انتقال الملك ناقلا له في وقت متأخر فكذلك القبول، فالمطابقه حاصله. و الفرق بينه و بين بيع ما سيملكه واضح فإنّ ذلك ممتنع شرعا إيجابا و قبولا، و هنا لا مانع منه إلاّ بواسطة التخيّل المذكور، و هو غير مانع.

و قوله: «إنّ القبول إمّا كاشف أو ناقل» يمكن اختيار كلّ واحد من القسمين، أمّا الكشف فلا نعى به أنّ كلّ فرد من أفراد القبول يقع كاشفا عن سبق الملك عليه

ص: ١٢٤

١-١) راجع الغنيه (الجوامع الفقيهيه): ٥٤٢، الجامع للشرائع: ٤٩٩، جامع المقاصد ١٠: ١٠.

٢-٢) راجع المختلف: ٤٩٩، و القواعد ٢٩٠: ١، و في كلامه فيه ما يوهم التناقض راجع جامع المقاصد ١٠-١٢، و التحرير ٢٩٢: ١.

فإن ردّ في حياة الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته،(١) إذ لا حكم لذلك الردّ. وإن ردّ بعد الموت و قبل القبول بطلت. وكذا لو ردّ بعد القبض و قبل القبول. ولو ردّ بعد الموت و القبول و قبل القبض، قيل: تبطل، وقيل: لا تبطل. وهو أشبه.

بالضرورة، فإنّ ذلك لا يتحقّق إلا إذا تأخّر عن الموت، وأما إذا وقع حال الحياة فلا يحكم عليه بذلك، ولا ضروره إلى التزام كشفه في كلّ فرد، فإنّ هذه ليست قاعده منصوصه كليه و لا متّفقا عليها، وإنما هي مستنبطه في فرد خاصّ و هو ما لو تأخّر القبول عن الموت كما قد سبق تحقيقه.

و أمّا النقل فمعناه أنّ القبول الواقع مع الإيجاب سبب تامّ في نقل الملك على الوجه الواقع في الإيجاب و القبول لا مطلقاً، و لما كان الإيجاب تمليك المال الخاصّ بعد الوفاء لا مطلقاً فالقبول الرضا بتملكه كذلك. و العقد سبب تامّ في نقل الملك، و لا يلزم من وجود السبب التامّ في ثبوت حكم وجود مسّبه إلا أن يجتمع شرائطه، و من جملة شرائطه هنا الموت. و يرشدك إلى ذلك بيع الفضوليّ، فإنّ الإيجاب و القبول سبب تامّ في نقل الملك، كما عرفت في تعريف البيع بأنه: اللفظ الدالّ على نقل الملك.

إلى آخره، و مع ذلك لم يحصل الملك، لفقده شرطه و هو كون الناقل له مالكا، فلما حصلت الإجازة من المالك و لو بعد حين حصل الشرط، فعمل السبب عمله، فكذلك هنا السبب التامّ في نقل الملك حصل بالإيجاب و القبول، و الشرط و هو الموت المعلق عليه الملك لم يحصل، فإذا حصل الشرط عمل السبب عمله.

و حاصل الأمر: أنّ النقل التامّ و الكشف التامّ إنّما يتحقّق بالقبول بالنسبه إلى الفرد المتنازع فيه، و هو ما لو تأخّر القبول عن الموت لا مطلقاً، و ذلك غير لازم و لا ضائر (١). و لا يمكن توهم أن يقال: الإجماع واقع على أنّ القبول يستلزم أحد الأمرين، لأنّ ذلك ظاهر الفساد دعوى و وضعاً.

قوله: «فإن ردّ في حياة الموصى جاز أن يقبل بعد وفاته. إلخ».

قد عرفت أنّ ملك الموصى له متوقّف على الإيجاب - و هو إيصال الموصى -

ص: ١٢٥

١ - ١) في «و» و «ب»: و لا جائز.

و القبول و موت الموصى حيث كان مقتضى الوصية التمليك بعد الوفاء، فبدون أحد الثلاثة لا يحصل الملك قطعا.

و اختلفوا فى أنّ القبض مع ذلك كله هل هو شرط فى تحقّق الملك، كالهبة و الوقف، لاشتراكهما فى العلة المقتضية له، و هو العطيّة المتبرّع بها، مع أولويّة الحكم فى الوصية من حيث إن العطيّة فى الهبة و ما فى معناها منجزه و فى الوصية مؤخره، و الملك فى المنجز أقوى منه فى المؤخر بقريته نفوذ المنجز الواقع من المريض من الأصل -على خلاف- بخلاف المؤخر، أم ليس بشرط، لأصالة العدم، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود الشامل لموضع النزاع، و بطلان القياس من حيث خروج الهبة و نظائرها بدليل خاصّ و قد تقدّم (١)، و هو لا يتناول الوصية، و الأولويّة المذكورة لا تفيد الحكم المتنازع، و أصل الخلاف واقع فى المؤخر أيضا كما سيأتى (٢) إن شاء الله تعالى؟ و قد ظهر بذلك قوّه كون القبض ليس بشرط فى ملك الوصية.

إذا تقرّر ذلك: فيتفرّع على الملك ردّ الموصى له الوصية [١] أفمتى وقع الردّ بعد تحقّق ملكه لم يؤثر رده، لأنّ الملك لا يزول بإعراض مالكه عنه و إن أفادت إباحة التصرف لغيره فيه فى بعض الموارد، فإنّ إباحة التصرف أمر آخر غير زوال الملك.

و حينئذ فإن وقع الردّ بعد الموت و القبول و القبض فلا حكم له إجماعا، و ذلك لتحقّق الملك فيه إجماعا.

و إن وقع بعد الموت و القبول و قبل القبض بنى على أنّ القبض هل هو شرط فى الملك أم لا؟ فإن جعلناه شرطا صحّ الردّ قبله و بطلت الوصية، و إلا فلا كما لو وقع

ص: ١٢٤

١-١) فى ص: ١٧.

٢-٢) فى ص: ١٥٠-١٥١.

أما لو قبل و قبض ثم ردّ لم تبطل إجماعاً، لتحقق الملك و استقراره.

و لو ردّ بعضاً و قبل بعضاً صحّ فيما قبله. (١) بعده.

و إن كان الردّ بعد الموت و قبل القبول، سواء كان بعد القبض أم لا، بطلت الوصية، لأن الملك لم يتحقق حينئذ، فكانت الوصية حينئذ كالعقد الجائر إذا أبطله أحدهما، و كاللازم إذا ردّه أحدهما بعد الإيجاب و قبل القبول.

و إن وقع الردّ قبل الوفاة، سواء كان قبل القبول أم لا، فلا حكم له، و له أن يجدد القبول بعد ذلك إن كان قد سبق، على ما اختاره المصنف و جماعه (١).

و وجهه: أنّ الوصية لما كانت تمليكا بعد الوفاة، فقبلها لم يحصل ملك، و إن حصل القبول، فردّه حينئذ بمنزله ردّ ملك الغير فيقع لاغياً، لأنّه و إن كان قد قبله فالشرط لملكه موت الموصى كما مرّ و الفرق بينه و بين الردّ بعد الموت و قبل القبول مع عدم حصول الملك فيهما: أنّ الملك بعد الموت قد بقي موقوفاً على القبول لا غير، فردّه حينئذ واقع في محله، لأنّ الملك قد بقي متوقفاً على رضاه، فاذا ردّ تبين عدم الرضا فبطلت الوصية، كما لو ردّ كلّ قابل للعقد الذى قد صدر إيجابه و بقي ملكه متوقفاً على القبول، و هذا بخلاف الردّ الواقع فى حال الحياه فإنّ الملك لا يحصل و إن قبل.

و اعلم: أنّ تفريع هذا الحكم على القول بعدم اعتبار القبول حال الحياه أوضح، و الشبهه عنه منتفيه أصلاً، بخلاف ما لو اعتبرنا القبول حال الحياه كما ذكره المصنف، فان تفريع عدم تأثير الردّ حينئذ لا يخلو من إشكال، و قد حررنا ما فيه.

قوله: «و لو ردّ بعضاً و قبل بعضاً صحّ فيما قبله».

لما كانت الوصية تبرّعا محضاً لم يرتبط بعض أجزائها ببعض، فكما يصحّ قبول جميعها يصحّ قبول البعض و يلزمه حكمه خاصّه، بخلاف البيع و نحوه من عقود المعاوضات، فإن المشتري لو قبل البعض وقع لاغياً، لأنّ الغرض فيه مقابله أجزاء

ص: ١٢٧

(١-١) راجع الدروس: ٢٣٩، الجامع للشرائع: ٤٩٩، و القواعد ٢٩٠: ١، و التنقيح ٣٦٢: ٢.

و لو مات قبل القبول، قام وارثه مقامه في قبول الوصية. (١) العوض بأجزاء المعوض فالبعض الذي اختص بالقبول غير مقصود للبائع إلا- مقيداً بالجمله، بخلاف التبوع المحض فإن القصد إلى الجمله يتضمن القصد إلى كل واحد من أجزائها منضمه و منفردة، و من ثم لو أوصى بما زاد على الثلث و لم يجز الوارث بطل في الزائد و صح في قدر الثلث و إن قبل الموصى له، لعدم الارتباط الذي بيناه.

و في هذا الأخير إن مثله آت في عقود المعاوضات المحضة، كما لو باع ملكه و ملكه غيره صفقه، و قبلهما المشتري كذلك و لم يجز المالك، فإن البيع يصح في البعض دون البعض، مع عدم جواز الاقتصار على قبول البعض ابتداءً، و ما زاد على الثلث في الوصية بمنزله التصرف في مال الغير، و إن لم يكن عينه.

قوله: «و لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه في قبول الوصية».

إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية سواء مات في حياة الموصى أم بعد وفاته و لم يكن الموصى قد رجع في وصيته فالمشهور بين الأصحاب أن وارث الموصى له يقوم مقامه في القبول، و ينتقل إليه الملك كما كان لمورثه على تقدير قبوله، بناء على أن القبول كان حقاً للمورث فيثبت لوارثه بعد موته كباقي الحقوق الموروثة من الخيار و الشفعه و غيرهما. و لروايه محمد بن قيس عن الباقر- عليه السلام- قال: «قضى أمير المؤمنين- عليه السلام- في رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الذي أوصى له قبل الموصى، قال: الوصية لوارث الذي أوصى له، قال: و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً، فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصية لوارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل (١) موته».

و هذه الروايه نص في الباب لو تمّ سندها، إذ لا يخفى أن محمد بن قيس الذي يروى عن الباقر- عليه السلام- مشترك بين الثقة و الضعيف و غيرهما، فكيف تجعل روايته مستند الحكم؟ إلا أن يدعوا جبرها بالشهره على ما هو المشهور بينهم في ذلك.

ص: ١٢٨

١ - ١) الكافي ٧: ١٣ ح ١، الفقيه ٤: ١٥٦ ح ٥٤١، التهذيب ٩: ٢٣٠ ح ٩٠٣، الاستبصار ٤: ١٣٧ ح ٥١٥، راجع الوسائل ١٣: ٤٠٩ ب (٣٠) من أحكام الوصايا ح ١.

.....
و فيه ما فيه.

و أما الاستدلال بكون القبول حقًا للمورث (١) ففيه منع كليله الكبرى المدعاه:

أنَّ كلَّ حقِّ يورث-إن سلّم أن القبول حقّ-فإن حق القبول لا يورث في سائر العقود إجماعاً، كما لو باع أو وهب فمات المشتري أو الموهوب قبل القبول فقبل الوارث و إن كان على الفور، فإنّه لا- يعتدّ به قطعاً فكذا هنا. مع أنّا نمنع من كون القبول حقًا للمورث (٢) مطلقاً و إنما كان حقًا للمورث (٣) على تقدير مباشرته، و يرشد إليه أنّ الأ-غراض في الوصية تختلف باختلاف الأشخاص، فقد يكون للموصى غرض في تخصيص الميِّت دون وارثه. و هذا بخلاف حقّ الخيار و الشفعة و نحوهما، فإنّ ذلك من الحقوق الثابتة المستقرّة للمورث شرعاً بحيث لا قدره لمن عليه الحقّ على إسقاطه بنفسه، و يترتّب عليه غرض ماليّ فيورث عنه، بخلاف قبول الوصية، فإنه لا يشتمل على شيء من هذه الخواصّ.

و من ثمّ ذهب جماعة (٤) إلى بطلان الوصية بموت الموصى له قبل القبول، سواء مات في حياة الموصى أم بعد موته، بناء على أن الوصية عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول من الموجب له، فيبطل بموته كما بيناه. و استندوا مع ذلك إلى صحيحه أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله-عليه السلام-قال: «سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء» (٥). و في معناها موثقه منصور ابن حازم عنه-عليه السلام-قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية إن حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء» (٦).

ص: ١٢٩

١-١) كذا في الحجريتين و هو الصحيح و في ما لدينا من النسخ الخطية: للوارث.

٢-٢) هذا هو الصحيح ظاهراً و ان كان في ما لدينا من النسخ و الحجريتين: للوارث.

٣-٣) الأولى: له.

٤-٤) كالعلامة في المختلف: ٥١٣.

٥-٥) التهذيب ٩:٢٣١ ح ٩٠٦، و الاستبصار ٤:١٣٨ ح ٥١٨، الوسائل ١٣:٤١٠ ب «٣٠» من أحكام الوصايا ح ٤.

٦-٦) التهذيب ٩:٢٣١ ح ٩٠٧، و الاستبصار ٤:١٣٨ ح ٥١٩، الوسائل ١٣:٤١٠ ب «٣٠» من أحكام الوصايا ح ٥.

و فضل بعض الأصحاب (١) فخصّ البطلان بما إذا مات الموصى له قبل الموصى عملاً بمدلول هاتين الروايتين، فلو مات بعده لم يبطل، للأصل و عدم المعارض، و تبقى الروايه السابقه شاهده و إن لم تكن مستندا حيث لم تسلم سندا.

و الحقّ أنّ هاتين الروايتين لا- صراحه فيهما في المطلوب، لأنّهما كما تحتلان أنّ الوصيّه حينئذ لا- شيء يعتدّ به بمعنى بطلانها، يحتمل إرادته أنّ الموت ليس بشيء ينقض الوصيّه، بل ربّما كان الثاني أنسب بأسلوب الكلام و تذكير الضمير المستتر في الفعل. و به يندفع التنافي بين الروايات، فيكون أولى.

و يمكن ترجيح التفصيل الأخير بناء على ما تقدّم (٢) من كون القبول على تقدير تأخره عن الموت كاشفا عن سبق ملك الموصى له من حين الموت، و قد كان الموصى له حينئذ حيا قابلا للملك، و لا يقدح فيه كون القابل غيره لأنه كالنائب عنه حيث هو الوارث عنه.

نعم، لو قيل بأنّ الوارث مع قبوله ينتقل الملك إليه و لا يدخل في ملك الميّت كما اختاره العلامة (٣) أشكال هذا القول من حيث إنّ الموصى له بعد موت الموصى لم يكن مالكا و لا- صالحا للملك بسبب موته قبل القبول، و الوارث قبل موت مورّثه ليس بقابل أيضا لملك الموصى به، لأنّه ليس بموصى له و لا- انتقل إليه الحقّ بعد، فكشف القبول عن ملكه من حين الموت غير موجّه، بل غايه ما يمكن جعله كاشفا عن ملكه من حين موت مورّثه، و هو أمر آخر غير الكشف و النقل. إلا أن الإشكال إنما يأتي على القول بأنّه لا يدخل في ملك الميّت مطلقا كما أطلقه بعضهم، و هو لا يتمّ. و الحقّ أنّه على القول بالكشف ينتقل إلى ملك الميّت. و سيأتي (٤) تحقيقه.

ص: ١٣٠

١-١) كما في نكت النهايه، راجع النهايه و نكتها ١٦٥:٣-١٦٧.

٢-٢) في ص: ١١٨.

٣-٣) التحرير ٢٩٢:١.

٤-٤) في الصفحه التاليه.

فرع لو أوصى بجاريه (١) و حملها لزوجها و هي حامل منه، فمات قبل القبول، كان القبول للوارث. فإذا قَبِل ملك الوارث الولد، إن كان مَمَّن يصح له تملكه، و لا- ينعق على الموصى له، لأنه لا يملك بعد الوفاة، و لا يرث أباه لأنه رق، إلا أن يكون مَمَّن ينعق على الوارث و يكونوا جماعه، فيرث لعتقه قبل القسمة.

قوله: «لو أوصى بجاريه. إلخ».

هذا فرع على المسألة السابقة المتضمنه لكون القبول موروثا. فإذا فرض كون الموصى به جاريه و حملها، و الحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أو غيره، ففرض المصنّف كون الموصى له زوجا غير لازم، و يفرض كون الحمل رقاً لمولى الجاريه بالاشتراط على القول بصحّته. و حينئذ فإذا مات الموصى له قبل القبول، و قلنا بانتقال حقّه إلى وارثه فقبل الوصيّه بهما، ملك الجاريه و الولد، و لا ينعق الولد، لأنّ أباه لم يملكه، و إنّما انتقل ملكه ابتداء إلى الوارث كما أشرنا إليه سابقا.

نعم، لو كان مَمَّن ينعق على الوارث كما لو كان الوارث ابنا و الحمل أنثى انعتق عليه. و لو فرض كون الوارث متعدّدا و بعضه مَمَّن ينعق عليه و الآخر مَمَّن لا- ينعق عليه، كما لو كان ابنا و بنتا، عتق منه بحساب ما يرث منه من ينعق عليه، فينعق في الفرض ثلثاه.

و هذا كلّه مبنيّ على أن قبول الوارث يوجب انتقال الموصى به إليه ابتداء من غير تويّط المورث مطلقا، كما أشرنا إليه في الأصل المبنيّ عليه. و يشكل على القول بكون القبول كاشفا، فإنّه يقتضى ملكه من حين الموت. و لو فرض كون موت الموصى له بعده لزم من الكشف ظهور انتقاله إلى ملك المورث، لأنّ الوارث حين الموت لم يكن وارثا فلا يتصوّر ملكه للموصى له.

و القول باختصاص حكم الكشف بما يمكن منه بالنسبه إلى الوارث- و هو الحكم بملكه من حين موت مورثه إلى حين قبوله نظرا إلى الجمع بين الحكمين

المتنافيين بحسب الإمكان- لا يطابق الدليل الدالّ على القول بالكشف، وقد عرفته سابقاً، لأنّ حاصل الموجب له انحصار الملك بعد موت الموصى فى الميِّت أو الوارث أو الموصى له، مع إثبات بطلان ملك الأولين، فلو لم يحكم بملك الموصى له بعد الموت ولا بملك وارثه عاد المحذور السابق، واحتيج إلى إثبات مالك للمال حينئذ، و معه لا ضروره إلى القول بملك القابل قبل قبوله مع كون القبول جزء السبب المملّك.

و التحقيق فى هذه المسألة القول بملك الموصى له فى هذا الفرض و إن كان غير قابل، لقيام قبول الوارث مقام قبوله، لأنّه خليفته و نائب عنه، فكأنه بالوصيّه إليه قد صار له ملك أن يملك و لو بغير اختياره على تقدير قبول مورثه، و هذا غير ضائر، لأنّ قبول الوصيّه ليس بشرط فى التملّك مطلقاً، بل قد يصير الموصى له مالكا بدون القبول فى بعض الموارد كما قد عرفت، فصيرورته مالكا بقبول خليفته أولى.

و حينئذ فلا بدّ من تحرير محلّ النزاع، فإنّ قول المصنّف: «فمات قبل القبول» شامل لما لو مات فى حياه الموصى و بعده، و حكمه بعده بعدم العتق على الموصى له مطلق أيضاً، و هو لا- يتمّ مطلقاً بل يتحصّل ممّا حقّقناه أنّ موت الموصى له إن كان فى حياه الموصى فعدم انتقال الملك إليه مطلقاً جيّد فى موضعه، لأنّ الملك مشروط بوفاه الموصى، فإذا فرض قبول الوارث ملك بالموت، سواء كان قبوله فى حياه الموصى إن اعتبرناه أم بعد وفاته، و حينئذ فينتقل الملك إلى الوارث ابتداء على التقديرين بغير إشكال، و لا عتق هنا على الوارث إلاّ أن يكون ممن ينعق عليه بخصوصه، و على هذا التقدير يتمّ ما أطلقه المصنّف من الحكم.

و إن كان موت الموصى له بعد موت الموصى و قبل القبول فقبل الوارث بنى الحكم بالعتق على القول بانتقال الملك متى هو؟ فإن قلنا ينتقل بالقبول لا على معنى الكشف- كما هو مختار العلّامه (1) و ظاهر فتوى المصنّف- فالحكم كذلك، لأنّه لم

ينتقل إلى ملك الميِّت أيضا كالسابق.و إن قلنا:إنَّ القبول يكشف عن سبق الملك من حين الموت فالوجه الحكم بانعتاقه على الموصى له الميِّت،للحكم بملكه له قبل موته و إن لم يقبل كما بيَّناه،مع احتمال العدم و اختصاص الكشف بما بعد وفاه الموصى له،وقد عرفت ما فيه.هذا ما يتعلّق بالعتق.

و أما الإرث بالنسبه إلى هذا الولد فنقول:إن حكمنا بعدم عتقه على أبيه كما أطلقه المصنف لم يرث منه،لأنه رِقٌّ،إلا أن يكون ممّن يعتق على الوارث فيمكن فرض إرثه بأن يعتق (١)قبل القسمه حيث يكون الوارث متعدّدا.و إن قلنا بعتقه على أبيه على تقدير تأخّر موته عن الموصى -بناء على الكشف-ورث أيضا في الجملة.

و تحرير البحث يتمّ بأمرين:

أحدهما:إثبات أصل الإرث.و وجهه واضح،لأنّ بنوّته معلومه،و إنّما المانع من إرثه الرقّ و قد زال بقبول الوارث حيث يعتق عليه أو على الميِّت،لأنه الفرض.

وقد خالف في ذلك الشيخ (٢)فمنع من إرثه مطلقا،لأنه موقوف على قبول الوارث، فلو فرض كونه وارثا لا-عتبر قبوله في الإرث،و اعتبار قبوله موقوف على كونه وارثا، فيدور.و أجيب:بأنّ المعبر قبول الوارث في الحال لا في المآل،وقد حصل بقبول من كان وارثا حينئذ.

و الثاني:ما يرث منه.فنقول:إن كان الوارث متّحدا لم يرث هذا الولد مطلقا،لاختصاص الوارث بالتركة قبل عتقه.و إن كان متعدّدا فلا- يخلو:إمّا أن يكون موت أبيه الموصى له قبل موت الموصى أو بعده.ففي الأول لا يرث من أمّه مطلقا،لأنها لم تدخل في ملك أبيه فلم تكن من التركة كما لم يدخل هو فيها،و أمّا ما ترك أبوه فإن كان وقع القبول قبل قسمه الورثه شارك أو اختصّ.و في الثاني يبنى على الكشف بالقبول أو الانتقال،فعلى الثاني لا يرث من أمّه شيئا أيضا،لأنها لم تدخل

ص:١٣٣

١-١) في «ب»:ينعتق.

٢-٢) المبسوط ٣٢:٤.

و لا تصحّ الوصيّة في معصيه. (١) فلو أوصى بمال للكنايس أو البيع، أو كتابه ما يسمّى الآن تورا أو إنجيل، أو في مساعده ظالم، بطلت الوصيّة.

في ملك أبيه، و على الكشف يرث منها، لأنها صارت من جملة التركة و الحال أنّها لم تقسم حين الحكم بحريّته، لأنّ ذلك حين القبول، و إن كانت بقيه التركة قد قسمت، و بنى إرثه من باقى التركة على القسمة و عدمها.

و مما قررناه يعلم أنّ قول المصنّف: «و يكونوا جماعه فيرث، لعتقه قبل القسمة» لا يتمّ على إطلاقه، بل قد يكون عتقه قبل القسمة و قد يكون بعدها. نعم، يأتي مطلقا بالنسبه إلى أمّه كما بيّناه، و لعلّ المصنّف أراد إثبات مطلق الإرث كما يرشد إليه إطلاقه التعليل.

قوله: «و لا تصحّ الوصيّة في معصيه. إلخ».

قد تقدّم (١) البحث في ذلك في الوقف و في الفرق بين الوصيّة للكافر و الكنيسه و البيعه فلينظر ثمّ. و مقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق بين كون الموصى كذلك مسلما و كافرا. و الأمر في المسلم واضح، لأنه معصيه في اعتقاده و في نفس الأمر. أمّا من الكافر المعتقد لكونه طاعه فوجهه تحقّق المعصيه في الواقع فيحكم بالبطلان بالنسبه إليه أيضا، لفقد شرط الصّحّه، و قد تقدّم (٢) في الوقف أنّ ذلك منه صحيح. و يمكن الجمع بين الحكمين بمعنى إقراره عليه لو ترافعا إلينا إجراء لهم على أحكامهم، و هو معنى الصّحّه ظاهرا و إن كان باطلا في نفسه.

و في تقييده بتسميه الكتابين الآن تورا و إنجيلا- تنبيه على أنّهما محرّفان، فليسا هما الكتابين المنزّلين من الله. و المراد أنّ المجموع من حيث هو مجموع كذلك لا الجميع، لأنّ بعضه أو أكثره باق على أصله قطعا. و المراد بمساعده الظالم على ما هو

ص: ١٣٤

١-١) يراجع ج ٣٣٢: ٥-٣٣٤.

٢-٢) يراجع ج ٣٣٥: ٥.

و الوصية عقد جائز من طرف الموصى (١) ما دام حياً، سواء كانت بمال أو ولايه.

و يتحقق الرجوع بالتصريح، (٢) أو بفعل ما ينافي الوصية. فلو باع ما أوصى به، أو أوصى ببيعه، أو وهبه و أقبضه، أو رهنه، كان رجوعاً.

و كذا لو تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن مسماه، كما إذا أوصى بطعام فطحنه، أو بدقيق فعجنه أو خبزته. و كذا لو أوصى بزيت فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعام فمزجه بغيره حتى لا يتميز.

ظلم و من حيث هو ظالم، فلو أوصى بمساعدة شخص ظالم لا من حيث الوصف صح.

قوله: «و الوصية عقد جائز من طرف الموصى. إلخ».

لا خلاف في جواز رجوع الموصى في وصيته ما دام حياً، لأنه ماله و حقه، و الناس مسلطون على أموالهم (١). و إنما يتحقق كون الوصية عقداً يقبل الفسخ على تقدير قبول الموصى له في حياة الموصى، فلو تأخر قبوله لم يتحقق العقد، مع بقاء الحكم و هو جواز رجوع الموصى فيه. و يمكن أن يقال: حكمه بجوازه مع تمامه بالقبول يقتضى جوازه قبله بطريق أولى، فليس فيه إخلال.

و على كل حال فعقد الوصية من العقود المترددة بين الجواز و اللزوم، بمعنى جوازه في حال و لزومه في آخر، و هو ما بعد الوفاء و القبول، إنما مع القبض أو بدونه على الخلاف. و حينئذ فإطلاق بعض الأصحاب كونه من العقود اللازمه -مع مخالفته صريحاً لما ذكره المصنف هنا و غيره- لا -يستقيم، مع أن أحكام الجائز جاريه عليه مطلقاً، كجواز تراخي القبول، و كونه فعلياً، و عدم اعتباره باللفظ العربي، و غير ذلك.

قوله: «و يتحقق الرجوع بالتصريح. إلخ».

اعلم أن الرجوع في الوصية و نحوها من العقود الجائزه قد يكون بالقول، و قد

ص: ١٣٥

يكون بالفعل. و القول إما صريحا، أو استلزاما، أو باعتبار إشعاره بإرادته الرجوع.

فهذه أقسام أربعة أشار المصنف إلى جملتها:

فالأول: القول الصريح، كقوله: رجعت في الوصية الفلانية، أو نقضتها، أو فسختها، أو لا تعطوه ما أوصيت له به. و في معناه قوله: هو-
أى الموصى به- لوارثي، أو ميراثي، أو ميراث، لا: من تركتي، على الأقوى، لأنّ الموصى به من جمله التركة.

و الثاني: مثل بيع العين الموصى بها، لأنّه يستلزم نقل الملك إلى المشتري فيمتنع معه بقاء الوصية، و عتق المملوك و كتابته
لاقتضائهما قطع السلطنة التي من جملتها الوصية، و الهبة مع الإقباض، لانّ انتقال الملك به، أمّا بدون الإقباض فهي من القسم.

الثالث: و هو فعل ما يدلّ على إرادته الرجوع و إن لم يكن صريحا. و يتحقّق بفعل مقدّمات الأمور التي لو تحققت لناقضت
الوصية، كالعرض على البيع مریدا له، فإنه قرينه دالّ على إرادته الرجوع عن الوصية. و مثله العرض على الهبة فضلا عن الشروع فيها
قبل إكمال ما يوجب لزومها. و في معناه العرض على العقد الموجب لنقل الملك أو المنع من التصرف، كالقرض و الصلح و
الرهن. و لو دلّت القرينه في هذه المواضع على عدم إرادته الرجوع بذلك بل كان الغرض أمرا آخر، عوّل عليها، لضعف هذا
القسم حيث كان مناطه القرينه. و يشكل الحال لو أشكل الغرض.

و لعلّ ترجيح الرجوع أولى عملا بظاهر حال العاقل.

و قول المصنف: «أو وهبه و أقبضه» قد يوهم أنّه مع عدم الإقباض لا يكون رجوعا، و هو محتمل نظرا إلى بقائه على ملكه، إلا أنّ
الظاهر خلافه و أنّ تقييده بقبضه يصيّر من أمثله القسم الثاني. و قد نبّه من القسم الثالث على مثال واحد، و هو الوصية ببيعه، فإنّ
الوصية كما عرفت عن قريب يجوز نقضها، فكانت في معنى

التوكيل في بيعه وهبته، وهو أبلغ من الهبة بالفعل قبل القبض، إلا- أنّ ذكر الهبة المقبوضة بعد الوصية ببيعته يشوّش الأمثله، ويضطرب بسببها ترتيب الأقسام. وقد ذكر أيضا من أمثله الرجوع رهنه من غير أن يشترط قبضه، مع أن مذهبه عدم لزوم الرهن بدون القبض (١)، فالجمع بينه وبين التمثيل بالهبة المقبوضة لا يخلو من تشويش وإن كان الحكم في نفسه صحيحا.

الرابع: الفعل المبطل للاسم الذى هو متعلق الوصية، كما لو أوصى له بحنطه معينه فطحنها، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، أو بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بدار فهدمها بحيث خرجت به عن اسمها، أو بزيت فخلطه بغير جنسه بحيث لم يتميز. ووجه البطلان في جميع ذلك أنّ متعلق الوصية هو المسمى الخاص وقد زال، مضافا إلى إشعار هذه الأفعال بالرجوع.

و لو خلط الزيت بمماثله جنسا، فإن كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعا، لاشتغال حصته على زياده و لم يحصل منه الرضا ببذلها مع عدم إمكان فصلها. وإن خلطه بمساو أو أردى فمفهوم كلام المصنف أنّه لا يكون رجوعا، لبقاء المال و عدم اشتغاله على وصف مانع. و هو ظاهر مع المساواه، و مع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزله إتلاف الموصى له فيبقى الباقي على الأصل. و أطلق جماعه (٢) كون الخلط موجبا للرجوع. و هو حسن مع انضمام قرينه تدلّ عليه.

و هذا كلّه مع عدم دلالة القرينه على عدم إرادته الرجوع بهذه الأفعال، كما إذا فعل ذلك لمصلحه العين، كدفع الدود عن الحنطه بطحنها، و خبز العجين حذرا من فساده، و خلطه كذلك، و نحو ذلك، فإنّ مرجع هذه الأمور إلى القرائن المقترنه بها نفيا و إثباتا. و لو كان الفعل من غير الموصى بغير إذنه لم يقدر، لانتفاء مقتضى.

ص: ١٣٧

١-١) راجع ج ١١: ٤.

٢-٢) راجع المبسوط ٤: ٤٣، القواعد ١: ٣٥٦، الدروس: ٢٤٧، جامع المقاصد ١١: ٣١٩.

و اعلم أن الحكم مخصوص بالمعّين كما أشرنا إليه، بأن أوصى بهذه الحنطه، أو بهذا الزيت، أو بما فى البيت منه، فإنّ تغييره دليل على صرفه عن جهة الوصيّ. أمّا المطلق كأعطوه صاعا من حنطه فطحن ما عنده منها لم يكن رجوعا، لعدم اختصاص الموصى به بما عنده، حتى لو لم يوجد فى تركته لوجب تحصيله من خارج، فلا يضرّ تغيير ما عنده.

و المصنف رحمه الله قد أشار إلى الفرق فى عبارته، و خصّ موضع البطلان بالمعّين حيث أعاد الضمائر إلى الموصى به فى قوله: «كما إذا أوصى بطعام فطحنه».

إلى آخره» فإنّه لو كان مطلقا لم يتصوّر الحكم بكون المطحون هو الطعام الموصى به و كذا غيره، لأنّه حينئذ يكون ماهيته كليّه و الأفراد الخاصّه غيرها و إن أمكن تشخيصه بها.

و هذا التفصيل واضح، و قد ثبته عليه جماعه منهم العلامة فى القواعد (١)، لكن فى التذكرة عكس الحكم فقال بعد أن حكم بكون التغيير المذكور رجوعا: «أما لو أشار إلى حنطه أو دقيق فقال: أوصيت بهذا، أو قال: أوصيت بما فى البيت، ففى بطلان الوصيه بالطحن و العجن إشكال أقربه العدم، إذ الاسم تعلّقت به الوصيه هنا». (٢) و مقتضى الاستدراك تخصيص الحكم بالرجوع بغير المعّين، و ليس بجيّد بل و لا سديد كما لا يخفى. و الاعتذار (٣) له - بأنّ الوصيه إذا تعلّقت بعين مخصوصه لم تبطل إلا بتلفها أو بحصول القرينه الدالّه على الرجوع، كطحن الحنطه ليأكلها لا بدونها، و صيروره الحنطه دقيقا لا يعدّ تلفا عرفا، فلا تبطل الوصيه بمجرد - تعليل بموضع النزاع، و مستلزم لعدم البطلان بهذه الأفعال فى المطلق بطريق أولى، و لا

ص: ١٣٨

١-١ (١) القواعد ٣٥٦:١.

٢-٢ (٢) التذكرة ٥١٦:٢.

٣-٣ (٣) راجع المقاصد ٣٢٠:١١.

أما لو أوصى بخبز فدقه فتيتا، لم يكن رجوعا. (١) يقول به أحد في القسمين معا، بل هم بين مطلق لكون ذلك رجوعا (١) و بين مخصّص له بالمعيّن (٢). و في التذكرة ما يدلّ على العكس، فتأمل.

قوله: «أما لو أوصى بخبز فدقه فتيتا لم يكن رجوعا».

لأنّ هذا الفعل لا يدلّ على الرجوع و لا بالقرينه، مضافا إلى أصاله بقائها على حالها. و علل أيضا ببقاء اسم الخبز. و فيه نظر. نعم، لو استفيد من القرائن إرادته الرجوع به عمل بها. و في القواعد (٣) استشكل في ذلك، و ألحق به جعل القطن محشوا في فراش، و تجفيف الرطب تمرا، و تقديد اللحم. و وجه الاشكال مما ذكرناه، و من دعوى أنّ ظاهر هذه الأفعال يؤذن بإرادته الاستيثار بها. و الوجه في الجميع ما قلناه من عدم إفاده الرجوع إلّا مع القرينه. كلّ ذلك مع التعيين كما يستفاد من ضمير «فدقه» أمّا مع الإطلاق فلا، بل يجب تحصيل غيره و لو من غير التركة.

ص: ١٣٩

١-١) كما في الإرشاد ١:٤٥٧، و للمعه: ١٠٦، و التنقيح الرائع ٢:٣٦٨.

٢-٢) كما في المبسوط ٤:٤٣، و الدروس: ٢٤٧.

٣-٣) القواعد ١:٣٥٦.

الثانى فى الموصى و يعتبر فيه كمال العقل، و الحرّيه. (١) فلا تصحّ وصيّته المجنون، و لا الصبىّ ما لم يبلغ عشرة. فإن بلغها فوصيّته جائزه فى وجوه المعروف، لأقاربه و غيرهم على الأشهر إذا كان بصيرا. و قيل: تصحّ و إن بلغ ثمان.

و الروايه به شاذّه.

قوله: «فى الموصى. و يعتبر فيه كمال العقل و الحرّيه. إلخ».

تفريع عدم صحّه وصيّته الصبىّ على اعتبار كمال العقل مبنى على الغالب من أنّ العقل لا يكمل بدون البلوغ أو ما فى معناه من المدّه المذكوره هنا، و إلّا- فيمكن بكثره خلافه، إذ العقل المعتبر فى التصرّفات يحصل بدونّه غالبا، و لهذا يعبّرون كثيرا باعتبار البلوغ و العقل ليفرّعوا عليه حكم الصبىّ و المجنون، و الأمر سهل.

إذا تقرر ذلك فقد اختلف الأصحاب فى صحّه وصيّته الصبىّ الذى لم يبلغ بأحد الأمور الثلاثة المعتبره فى التكليف بسبب اختلاف الروايات فى ذلك، فذهب الأكثر من المتقدمين و المتأخرين إلى جواز وصيّته من بلغ عشرة مميّزا فى المعروف، و به أخبار كثيره، منها صحيحه عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله- عليه السلام- قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيّته» (١). و صحيحه أبى بصير عنه- عليه السلام- قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله فى حقّ جازت

ص: ١٤٠

١- (١) الكافى ٧: ٢٨ ح ٣، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠١، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٦، و الوسائل ١٣: ٢٢٩ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ٣.

وصيته» (١) وغيرهما من الأخبار المتظافره (٢). و أضاف الشيخ [١] إلى الوصيه الصدقه و الهبه و الوقف و العتق، لروايه زواره (٣) عن الباقر-عليه السلام- و قد تقدّمت (٤).

و فى قول المصنف: «لأقاربه و غيرهم» إشاره إلى خلاف ما روى فى بعض الأخبار من الفرق كصحيحه محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله-عليه السلام- قال:

«الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء» (٥). و رواها ابن بابويه فى الفقيه (٦)، و هو يقتضى عمله بها كما أشار إليه فى أول كتابه.

و القائل بالاكْتفاء فى صحه الوصيه ببلوغ الثمان ابن الجنيد، و اكتفى فى الأثنى بسبع سنين (٧)، استنادا إلى روايه الحسن بن راشد عن العسكرى-عليه السلام- قال: «إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجازر أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تمّ للجاريه سبع سنين فكذلك» (٨). و هذه الروايه مع ضعف سندها شاذّه مخالفه لإجماع المسلمين من إثبات باقى الأحكام غير الوصيه، و لكنّ ابن الجنيد اقتصر فيها على الوصيه. و مثل هذه الروايات لا تصلح لإثبات الأحكام خصوصا

ص: ١٤١

١- (١) الكافي ٧: ٢٩، الفقيه ٤: ١٤٥، التهذيب ٩: ١٨٢ ح ٧٣٢، و الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ٢.

٢- (٢) راجع الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا.

٣- (٣) الكافي ٧: ٢٨ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٩، و الوسائل ١٣: ٤٢٩ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ٤.

٤- (٤) فى ج ٥٥: ٣٢٣ ح ٤.

٥- (٥) الكافي ٧: ٢٨ ح ٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٨، و الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ١، و الفقيه ٤: ١٤٦ ح ٥٠٤.

٦- (٦) الكافي ٧: ٢٨ ح ٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٨، و الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ١، و الفقيه ٤: ١٤٦ ح ٥٠٤.

٧- (٧) راجع المختلف: ٥١٠.

٨- (٨) التهذيب ٩: ١٨٣ ح ٧٣٦، الوسائل ١٣: ٣٢١ ب «١٥» من أحكام الوقوف و الصدقات ح ٤.

و لو جرح الموصى نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى، لم تقبل وصيته. (١) المخالفه للنصوص الصحيحه بل إجماع المسلمين.

و ابن إدريس (١) سدّ الباب و اشترط فى جواز الوصيه البلوغ كغيرها، و نسبه الشهيد فى الدروس (٢) إلى التفرد بذلك. و لا ريب أنّ قوله هو الأنسب، لأنّ هذه الروايات التى دلّت على الحكم و إن كان بعضها صحيحا إلا أنّها مختلفه بحيث لا يمكن الجمع بينها، فإثبات الحكم المخالف للأصل لها مشكل.

قوله: «و لو جرح الموصى نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل وصيته».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده صحيحه أبى و لاد قال: «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالد فيها. قلت له: أ رأيت إن كان أوصى بوصيه ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا فى نفسه من جراحه أو قتل أجيزت وصيته فى ثلثه، و إن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته» (٣).

و الروايه مع صححتها نصّ فى الباب، و علّل مع ذلك بدلاله الفعل على سفهه، و بعدم استقرار حياته فى حكم الميّت، و بأنّ القاتل يمنع من الميراث لغيره فيمنع من نفسه، لأنّ قبول وصيته نوع إرث لنفسه.

و الكلّ ضعيف، أمّا السفه فلأنّ الفرض انتفاؤه و ثبوت رشده إن شرطنا انتفاءه فى غيره، و من الجائر أن يفعل بنفسه ذلك لعارض ثمّ يرجع إليه رشده لو فرض زواله حالته.

ص: ١٤٢

١-١) السرائر ٣:٢٠٦.

٢-٢) الدروس: ٢٤٠.

٣-٣) التهذيب ٩:٢٠٧ ح ٨٢٠، و راجع الكافى ٧:٤٥ ح ١، الفقيه ٤:١٥٠ ح ٥٢٢، و الوسائل ١٣:٤٤١ ب «٥٢» من أحكام الوصايا.

و لو أوصى ثمّ قتل نفسه قبلت. (١) و أما استقرار الحياه فليس بشرط، و الأصل يقتضى نفوذ تصرف الحى العاقل الجامع لباقي الشروط مطلقا، و النصوص الدالّه على نفوذ وصيه المريض مطلقا متناوله له، و القياس على عدم حلّ المذبوح حينئذ لكونه بمنزله الميت فاسد لو سلّم الأصل، و سيأتى إن شاء الله ما فيه فى بابه، و من ثمّ وجبت لديه على قاتله فى هذه الحاله، و حلّ اللحم حكم آخر.

و أما حديث منع القاتل من الميراث و جعل الوصيه كالميراث فواضح الفساد، فلم يبق إلا العمل بالنصّ الصحيح إن اقتضاه أصل المعنى أو ردّه بأحد الوجوه المقتضيه له، ككونه آحادا أو مخالفا للأصول كما اختاره ابن إدريس (١)، محتجّا على الصحه بأنّه حى عاقل مكلف، و بالنهى عن تبديل الوصيه بعد سماعها بالقرآن (٢) الذى هو حجّه، المتناول بعمومه لمحلّ النزاع، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد. و لكلام ابن إدريس وجه وجيه و إن كان الوقوف مع المشهور و العمل بالنصّ الصحيح أقوى.

قوله: «و لو أوصى ثمّ قتل نفسه قبلت».

هذا الحكم لا إشكال فيه، لوقوع الوصيه حالتها من مستجمع للشرائط المعبره فيها، و فى صحيحه أبى ولاد السابقه (٣) ما يدلّ عليه أيضا. و توهم أنّ الفعل الواقع عقبيه دالّ على عدم ملكه الرشد مردود بجواز تجدده لو سلّمت دلالاته عليه.

و فى حكمه ما لو أوصى ثمّ جنّ أو صار سفيفا إن منعنا من وصيه السفيفه، و لأنّ حال المريض يؤدّى إلى ذلك و ما فى معناه.

ص: ١٤٣

١-١) السرائر ١٩٧: ٣.

٢-٢) البقره: ١٨١.

٣-٣) المتقدمه فى الصفحه السابقه، هامش (٣).

و لا تصحّ الوصيّه بالولاية على الأطفال إلا من الأب، أو الجدّ للأب خاصّه. (١) و لا ولاية للأم. و لا تصحّ منها الوصيّه عليهم. (٢) و لو أوصت لهم بمال (٣) و نصبت وصيًا، صحّ تصرّفه في ثلث تركتها و في إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تمض على الأولاد.

قوله: «و لا تصحّ الوصيّه بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجدّ للأب خاصّه».

لَمّا كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفه للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرّف الإنسان في مال غيره بغير إذنه أو ما في معناه، ووجب الاقتصار في نصب الوليّ على الأطفال على محلّ النصّ أو الوفاق و هو نصب الأب أو الجدّ له، فلا يجوز للحاكم و إن كان وليًا عليهم أن ينصب بعده عليهم وليًا، لأنّ ولايته مقصوره عليه حيًا، و إذا مات ارتفع حكمه و إن جاز له أن يوكل حيًا عليهم، لأنّ له الولاية حينئذ.

و يشمل إطلاق المنع من توليه غيرهما الوصيّ من أحدهما، فليس له أن يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصّيهما على ذلك على أصحّ القولين، و سيأتي (١) إن شاء الله تعالى، أمّا مع النصّ فتوليه الوصيّ حينئذ في معنى توليه أحدهما، لصدوره عن إذنه، كما جازت ولاية الصبي ابتداء عنهما.

قوله: «و لا ولاية للأم و لا تصحّ منها الوصيّه عليهم».

هذا الحكم داخل في السابق الدالّ على عدم صحّ الوصيّه عليهم لغير الأب و الجدّ له، و إنما خصّ الأم بالذكر بعد دخولها لإثبات ابن الجنيد (٢) الولاية لها مع رشدّها بعد الأب. و هو شاذّ.

قوله: «و لو أوصت لهم بمال. إلخ».

هذا الحكم واضح بعد ما سلف من عدم ولايتها عليهم. و تبيّه بتخصيصه على

ص: ١٤٤

١-١) في ص: ٢٤٣.

٢-٢) راجع المختلف: ٥١٤.

أَنَّ تَبَعُصَ وَصِيَّتِهَا-إِذَا اشْتَمَلَتْ عَلَى أُمُورٍ بَعْضُهَا سَائِغٌ وَبَعْضُهَا مَمْنُوعٌ-غَيْرَ مَانِعٍ مِنْ نَفُوزِ الْمَشْرُوعِ مِنْهَا، وَحِينَئِذٍ فَتَصَحَّ وَصِيَّتُهَا لَهُمْ بِالْمَالِ وَلَا يَصَحُّ إِيصَاؤُهَا، بَلْ يَبْقَى حُكْمُ الْمَالِ الْمَوْصَى بِهِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِمْ يَرْجَعُ فِيهِ إِلَى وَلِيِّهِمُ الْخَاصِّ أَوِ الْعَامِّ.

وَإِحْتِمَالُ صَحِّهِ الْوَصِيَّةِ هُنَا فِي ثُلُثِ الْمَالِ، لِأَنَّ لَهَا إِخْرَاجَهُ عَنْهُمْ رَأْسًا فَيَجُوزُ إِثْبَاتُ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ لِلْغَيْرِ بِطَرِيقِ أَوْلَى. وَقَدْ ذَهَبَ إِلَى هَذَا الْإِحْتِمَالِ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ (١) إِذَا كَانَ النَّاصِبُ الْأَبُّ مَعَ وُجُودِ الْجَدِّ، وَالْمَأْخُذُ وَاحِدًا.

وَيُضَعَّفُ: بِمَنْعِ الْمَلَاذِمَةِ وَالْأَوْلَوِيَّةِ، فَإِنَّ إِزَالَهَ الْمَلِكِ يَقْتَضِي إِبْطَالَ حَقِّ الْوَارِثِ أَصْلًا، وَبِقَاؤِهِ فِي مَلِكِ الْوَارِثِ يَقْتَضِي كَوْنَ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ لَوْلِيهِ الشَّرْعِيِّ.

ص: ١٤٥

إشاره

الثالث في الوصى به وفيه أطراف:

الأول: في متعلق الوصيه

إشاره

الأول: في متعلق الوصيه.

و هو إما عين أو منفعه. و يعتبر فيهما الملك،(١) فلا تصح بالخمير و لا الخنزير و لا كلب الهراش و لا ما لا نفع فيه.

قوله: «و يعتبر فيهما الملك. إلخ».

المراد به هنا صلاحية الملك للموصى و الموصى له كما ترشد إليه الأمثله، فإنّ المذكورات لا- تقبل الملك بالنسبه إلى المسلم، أو مطلقا بناء على اعتبار الواقع في نفس الأمر، و إن جاز إقرار الكافر على وصيته بشيء من ذلك لمثله، لأنّ ذلك أعمّ من الصحه كما أشرنا إليه سابقا. و لا- بدّ من تقييد الخمر بغير المحترمه، فإنّها مملوكه تقبل النقل بالوصيه و غيرها. و احترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة و الجر و القابل للتعليم، فتصح الوصيه بها لكونها مملوكه لها قيمه و منفعه. و يجوز أن يريد بالملك ما هو أعمّ ممّا ذكرنا و من الملك بالفعل، ليستفاد منه عدم جواز الوصيه بمال الغير. و هو جيد و إن لم يشر إليه في الأمثله.

و المراد ب«ما لا ينتفع به» نفعاً معتداً به في نظر العقلاء بحيث يكون متموّلاً، فلا تصح الوصيه بمثل حبه الحنطه و قشر الجوزه كما لا- يصح نقله بغير الوصيه. و إنما احتيج إلى تقييد الملك بما ذكرنا ليخرج لأنّ الحقّ كونها مملوكه في الجملة حتى لا يصحّ غضبها من المالك و إن لم تجز المعاوضه عليها لعدم التمول.

و يتقدّر كلّ واحد منهما بقدر ثلث التركة (١) فما دون. و لو أوصى بما زاد بطلت في الزائد خاصّه، إلا أن يجيز الوارث.

قوله: «و يتقدّر كلّ منهما بقدر ثلث التركة. إلخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب و ربّما كان إجماعاً، و الأخبار (١) الصحيحة به متظافره، و قد ذكرنا بعضها فيما سلف في مقام (٢) آخر.

و ذهب عليّ بن بابويه (٣) إلى نفوذ الوصيّة مطلقاً من الأصل محتجاً [١] بروايه عمّار الساباطي عن أبي عبد الله -عليه السلام- قال: «الرجل أحقّ بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّهُ فهو جائز» (٤). و ضعف الرواية -مع معارضتها للنصوص الصحيحة و فتوى الأصحاب و غيرهم (٥)- يردّ هذا القول، مع أنّها لا تدلّ على المطلوب، فإنّنا نقول بموجبها و أن للإنسان أن يوصى بجميع المال ما دام حيّاً، و هو لا ينافي توقّف نفوذها بعد موته على إجازة الوارث. و هذا أولى من حمل الشيخ (٦) لها على من لا وارث له، لأنّنا نمنع من الحكم فيه أيضاً، لأنّ وارثه العامّ داخل في عموم ما دلّ على توقّف الزائد على إجازته.

ص: ١٤٧

١- ١) لاحظ الوسائل ١٣: ٣٦١ ب «١٠» و «١١» من أحكام الوصايا.

٢- ٢) ج ٤: ١٥٦.

٣- ٣) راجع المختلف: ٥١٠.

٤- ٤) الكافي ٧: ٧ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩: ١٨٧ ح ٧٥٣، و الوسائل ١٣: ٣٧٠ ب «١١» من أبواب الوصايا ح ١٩.

٥- ٥) راجع المغنى لابن قدامة ٦: ٤٥٧.

٦- ٦) التهذيب ٩: ١٨٨، و الاستبصار ٤: ١٢١.

و لو كانوا جماعة (١) فأجاز بعضهم نفذت الإجازة في قدر حصته من الزيادة.

و إجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة. (٢) و هل تصحّ قبل الوفاة؟ فيه قولان أشهرهما أنها تلزم الوارث.

قوله: «و لو كانوا جماعة. إلخ».

لَمَّا كانت الوصية مما يقبل التبعض لكونها تبرّعا محضاً، و كان الزائد عن الثلث منها موقوفاً على إجازة الوارث، جاز له إجازة البعض كما يجوز له إجازة الجميع، لأنّ ذلك حقّه فله التبرّع بجملته و بعضه. و كما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض و يلزم كلّ واحد حكمه كذلك يجوز إجازة البعض من الجميع كالنصف و الثلث، و ينعقد بالقدر المجاز دون ما عداه.

فلو فرض كون الوارث ابناً و بنتاً، و أوصى بنصف ماله، فإنّ أجازاً معاً فالمسألة من ستّة، لأنّ لهما نصف التركة أثلاثاً و للموصى له نصفها. و إن ردّا معاً فالمسألة من تسعة، لأنّ لهما ثلثي التركة أثلاثاً، فأصلها ثلاثة ثمّ تنكسر عليهما في مخرج الثلث و لا وفق.

و إن أجاز أحدهما ضربت وفق إحدى المسألتين و هو الثلث في الأخرى تبلغ ثمانية عشر، للموصى له الثلث بغير إجازة ستّة، و لهما اثنا عشر أثلاثاً. فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد، و هو سهم من البنت و سهمان من الابن، إذ لو أجاز الابن لكان له ستّة من الثمانية عشر، و معه من الاثني عشر ثمانية، فيدفع إلى الموصى له سهمين، و لو أجازت البنت لكان لها ثلاثة من الثمانية عشر و معها أربعة فتدفع سهماً، فيكمل للموصى له على تقدير إجازتهما تسعة هي النصف، و على تقدير إجازته خاصّة ثمانية، و على تقدير إجازتها خاصّة سبعة. و قس عليه ما يرد عليك من نظائره.

قوله: «و إجازة الوارث يعتبر بعد الوفاة. إلخ».

أكثر الأصحاب على أنّ إجازة الوارث مؤثّره متى وقعت بعد الوصية، سواء

كان ذلك في حياة الموصى أم بعد وفاته. وقال المفيد (١) وابن إدريس (٢) لا تصح الإجازة إلا بعد وفاته، لعدم استحقاق الوارث المال قبله فيلغو كردّه.

و يدلّ على المشهور صحيحه منصور بن حازم (٣) وحسنه محمد بن مسلم (٤)، عن أبي عبد الله -عليه السلام- في رجل أوصى بوصيته، وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال: «ليس لهم ذلك»، و الوصية جائزه عليهم إذا أقرّوا بها في حياته». وغيرهما من الأخبار. ويؤيده عموم الأدلة الدالة على وجوب إمضاء الوصية (٥) و كون الإرث بعدها (٦)، خرج منه ما إذا لم يجر الوارث مطلقا فيبقى الباقي، ولأنّ المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنّما هو لحقّ الوارث، و هو متحقّق في حال الحياة، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقّهم، ولأنّ المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى و الوارث، لأنّه إن برئ كان المال له و إن مات كان للورثه، فإن كان للموصى فقد أوصى به و إن كان للورثه فقد أجازوه.

و بهذا يظهر الجواب عن حجه المانع. و الاعتماد على النصّ الصحيح، و الباقي شاهد أو مؤيد. و لا فرق في ذلك بين كون الوصية و الإجازة حال صحه الموصى و مرضه المتصل بالموت و غيره، لا اشتراك الجميع في المقتضى.

و الفرق بين إجازة الوارث حال الحياة و ردّه حيث لم يؤثّر الثاني دون الأول: أنّ الوصية مستمره بقاء الموصى عليها، فيكون استدامتها كابتدائها بعد الردّ فلا يؤثّر، بخلاف الردّ بعد الموت لانقطاعها حينئذ، و بخلاف الإجازة حال الحياة لأنّها حقّ

ص: ١٤٩

١- (١) المقنعه: ٦٧٠.

٢- (٢) السرائر ١٩٤: ٣.

٣- (٣) الكافي ٧: ١٢ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٧ ح ٤، التهذيب ٩: ١٩٣ ح ٩٧٦، الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٥، و الوسائل ١٣: ٣٧١ ب «١٣» من أحكام الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٥، و الوسائل ١٣: ٣٧١ ب «١٣» من أحكام الوصايا ح ١.

٤- (٤) الكافي ٧: ١٢ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٧ ح ٤، التهذيب ٩: ١٩٣ ح ٩٧٥، الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٤، و الوسائل ١٣: ٣٧١ ب «١٣» من أحكام الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٤، و الوسائل ١٣: ٣٧١ ب «١٣» من أحكام الوصايا ح ١.

٥- (٥) كآييه «١٨١» من سورة البقره.

٦- (٦) النساء: ١١ و ١٢.

و إذا وقعت بعد الوفاه كان ذلك إجازة لفعل الموصى، و ليس بابتداء هبه، فلا- تفتقر صحتها إلى قبض. (١) الوارث و قد أسقطه، فلا جهة لاستمراره، و دوام الوصية يؤكدها.

و اعلم أنّ إذن الوارث للموصى فى الوصية بما زاد على الثلث فى معنى الإجازة، فإن قلنا إنّ الإجازة حال حياته تلزمهم فكذا مع إذنه له فى الوصية بالزائد، و إن قلنا لا تلزم فكذا مع الاذن.

قوله: «و إذا وقعت بعد الوفاه كان ذلك إجازة لفعل الموصى، و ليس بابتداء هبه، فلا تفتقر صحتها إلى قبض».

لا- ريب فى توقّف ما زاد من الوصية عن الثلث على إجازة الورثة، فإن أجازوا فى حال الحياه حيث نعتبه كان تنفيذًا لا ابتداء عطية بغير إشكال، لأنّ الوارث لم يملك حينئذ، فلا يأتى فيه الاحتمال.

و إن وقعت الإجازة بعد الوفاه ففى كونها تنفيذًا لما فعله الموصى أو ابتداء عطية من الوارث وجهان، من انتقال الحقّ إليهم بالموت و زوال ملك الموصى، و أنّ تصرّف الموصى فى الزائد على الثلث منهيّ عنه (١)، و النهى يقتضى الفساد، لأنّ الزيادة حقّ الورثة فيلغو تصرّف الموصى فيها و تكون العطية من الوارث. و من أنّ الملك باق على ملك المريض لم يخرج عنه بمرضه، فيصحّ تصرّفه فيه لمصادفته الملك، و حقّ الوارث إنّما يثبت فى ثانى الحال، فأشبهه بيع الشقص المشفوع و إرث الخيار حيث تترتب عليه إجازة البيع، فإنه لا- يكون ابتداء بيع بل تنفيذ لما فعل سابقا. و أيضا فإنّ الوارث ليس بمالك، و ثبوت حقّ الإجازة له لا يقتضى الملك، لأنّ الحقّ أعم منه، فتصرّف الموصى فى ملكه، و إجازة الوارث فى معنى إسقاط حقّه. و لأنّه لو برئ من مرضه نفذت تصرّفاته المنجزه مع كونها كانت متوقّفه على إجازة الوارث كالوصية على ما يأتى (٢)- و لم تفتقر إلى الاستيناف، فدلّ على اعتبار ما وقع من الموصى لا على فساد.

ص: ١٥٠

١-١) راجع الوسائل ٣٦٥:١٣ ب «١٠» و «١١» من أحكام الوصايا.

٢-٢) فى ص: ٣٠٤.

و بهذا يريخ كونها تنفيذاً كما ذكره المصنف، و هو مذهب الأصحاب لا يتحقق فيه خلاف بينهم و إنما يذكر الأخير و جهها أو احتمالاً- و إنما هو قول للعامه (١)، و المريحح عندهم ما اخترناه أيضاً. و يجاب عما ذكروه فى توجيه ذلك الوجه بالمنع من كون التلطف بالوصيه منهياً عنه و كون النهى فى مثل ذلك يقتضى الفساد، و لو سلم فأنما يقتضيه لو لم يجر الوارث. و نمنع من كون الزيادة حقاً للورثه، بل هى ملك الموصى غايته أن حقهم قد تعلق بها و مع الإجازة يسقط كإجازة المرتهن تصرف الراهن.

إذا تقرر ذلك فيتفرع عليه أحكام كثيره ذكر المصنف منها حكماً واحداً، و هو أنه على تقدير كونه تنفيذاً لفعل الموصى لا عطيه لا تفتقر صحتها إلى قبض من الموصى له، و لو جعلناها عطيه افتقرت إلى القبض كما تفتقر العطيه المبتدأه.

و منها: أنه لا يفتقر إلى تجديد هبه، بل يكفى: أجزت، و أنفذت، و أمضيت، و ما أفاد هذا المعنى. و على العطيه تفتقر إلى لفظ يدل عليها و إن لم يكن بلفظ الإجازة و ما فى معناها.

و منها: أنه لا يفتقر إلى قبول الموصى له بعد الإجازة لو كان قد تقدم قبوله للوصيه قبلها. و على العطيه يفتقر إلى القبول بعد الإجازة بغير فصل معتد به كغيرها من العطايا.

و منها: أنه ليس للمجيز الرجوع و إن لم يحصل القبض من الموصى له حيث لم يعتبر القبض فى لزوم الوصيه. و لو جعلناها عطيه فله الرجوع فيها ما لم يحصل القبض المعتبر فى العطيه.

و منها: ما لو أجاز الوصيه و هو لا يعلم بالقدر الزائد على الثلث و لا بقدر التركة صحت الإجازة بناء على التنفيذ، و على العطيه المبتدأه يشترط، مع احتمال عدمه بناء على جواز هبه المجهول. و فى التذكرة (٢) قطع بعدم الاشتراط، و نسبه إلى علمائنا مؤذنا

ص: ١٥١

١- (١) المغنى لابن قدامه ٦: ٤٥٧ بالملاحظه إلى ص: ٤٤٩.

٢- (٢) التذكرة ٢: ٤٨٢.

و يجب العمل بما رسمه الموصى إذا لم يكن منافيا للمشروع(١).

بأفهامهم عليه.

ومنها: لو أعتق مملوكا لا مال له سواه، أو أوصى بعقده و أجاز الورثة فالولاء للموصى، لأنه المعتقد على المختار، فيكون لعصبته على القول بكون الوارث للولاء هو العصبه. و على الوجه الآخر يكون ثلث الولاء لعصبه الموصى و ثلثاه لعصبه الوارث، لأنهم باشروا الإعتاق. و يحتمل -تفريعا على هذا الوجه- أن يكون الولاء للموصى أيضا، لأن إجازة الوارث على تقدير كونها ابتداء عطيه كإعتاقه عن الميت بإذنه لا عن نفسه، و ذلك يقتضى ثبوت الولاء للإذن. و فرع (١) بعضهم على الثانى أنه لا بد من الإتيان فى إجازة العتق بلفظه ليطابق كونه ابتداء عتق.

ومنها: لو كان الوارث المجيز مريضا لم يتوقف صحه إجازته على خروج الموصى به من الثلث على التنفيذ، و على العطيه يتوقف كالمبتدأه. و العلامه (٢) جمع بين القول بالتنفيذ و اعتبار إجازة المريض من الثلث، و ظاهرهما التنافى.

ومنها: لو كانت الوصيه لأحد الوارثين و لا رحم بينهما و لا زوجيه فأجاز له الوصيه، فإن جعلناها تنفيذا فلا رجوع له، و إن جعلناها ابتداء عطيه فله الرجوع، لأنها عندهم بمنزله الهبه. و يتفرع أيضا النماء و النفقه و الفطره و غير ذلك.

قوله: «و يجب العمل بما رسمه الموصى إذا لم يكن منافيا للمشروع».

هذا الحكم واضح، لأمر الله تعالى بالعمل بمقتضى الوصيه و ترتيبه الإثم على تبديلها (٣). و لا ريب أن ذلك مقيد بما لا يخالف المشروع و إلا لم ينفذ، و من الرسم الذى لا يخالف المشروع تخصيص الإناث من الصنف الموصى لهم أو الذكور، أو تفضيل أحد الصنفين على الآخر، أو تخصيص العاجز أو الصالح أو العالم أو غير ذلك من الأوصاف المطلوبه للعقلاء المطابقيه للشرع.

ص: ١٥٢

١-١) المهذب، راجع المجموع ١٥:٤١٠.

٢-٢) القواعد ١:٢٩٦ و ٣٣٤، التحرير: ٢٩٤ و ٣٠٥.

٣-٣) البقره: ١٨١.

و يعتبر الثلث وقت الوفاة، لا وقت الوصاية. (١) فلو أوصى بشيء و كان موسرا في حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة، لم يكن بإيساره اعتبارا. و كذلك لو كان في حال الوصية فقيرا ثم أيسر وقت الوفاة، كان الاعتبار بحال إيساره.

و لو أوصى ثم قتله قاتل (٢) أو جرحه كانت وصيته ماضيه من ثلث تركته و ديته و أرش جراحته.

قوله: «و يعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصاية. إلخ».

إنما اعتبر الثلث عند الوفاة لأنه وقت تعلق الوصية بالمال و استقرار الملك للوارث و الموصى له، و هو يتم على إطلاقه مع كون الموصى به قدرا معيناً كعين أو مائة درهم مثلا- أو بجزء من التركة مع كونه حاله الموت أقل منه زمان الوصية أو مساويا، لأن تبرّعه بالحصة المخصوصه زائده يقتضى رضاه بها ناقصه بطريق أولى. أما لو انعكس أشكل اعتبار وقت الوفاة، للشك في قصد الزائد، و ربما دلّت القرائن على عدم إرادته على تقدير زيادته كثيرا حيث لا تكون الزيادة متوقّعة له غالبا.

و وجه إطلاق المصنّف و غيره اعتبار حاله الوفاة الشامل لذلك النظر إلى إطلاق اللفظ الشامل لذلك. و قد يتفق زياده التركة بعد الوفاة و نقصانها بالديه على دم العمد و تلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فيشكل أيضا إطلاق اعتبار حاله الموت، لإفضاء الأول إلى نقصان الوصية عمّا عينه الموصى، و نفوذها على الوارث في الزائد عن الثلث بغير اختياره في الثانى. و ينبغى اعتبار الأقل إلى حين القبض في الثانى و الأكثر في الأول.

قوله: «و لو أوصى ثم قتله قاتل. إلخ».

بناء على اعتبار المال حين الوفاة، و هذا مما حصل حال الوفاة مقترنا بها. و هو ظاهر في أرش الجراحه. و أمّا الدية فلم تستقرّ إلا بالوفاء فهى فى الحقيقة متأخره عنها و إن اقترنت بها، و مع ذلك لا ينافى ما اعتبره المصنّف من وقت الوفاة، لأنّ الوقت فى مثل هذا يعتبر فيه الأمر العرفى و هو ممتدّ يحتمل مثل هذا.

و لو أوصى إلى إنسان بالمضاربه بتركته(١)أو ببعضها على أن الریح بينه و بین ورثته نصفان صحّ. و ربما يشترط كونه قدر الثلث فأقلّ. و الأول مروى.

و يظهر من قوله: «و ديته» أنّ الحكم مخصوص بقتل الخطأ، لأنّه هو الموجب للديه على الإطلاق. و أما العمد فان قيل إنّّه يوجب أحد الأمرين: القصاص أو الديه فيدخل في العبارة، لأنّ الديه أحد الأمرين المترتبين على الوفاء المستنده إلى القتل، فكانت الديه مقارنه للوفاء كالخطأ و إن كان لها بدل. و أمّا على القول المشهور من أنّ موجب العمد القصاص و إنّما تثبت الديه صلحا و الصلح لا يتقيّد بالديه بل يصحّ بزياده عنها و نقصان، ففي دخوله في العبارة تكلف. و قد يندفع بأنه حينئذ عوض القصاص الذي هو موروث عن المجنى عليه، و عوض الموروث موروث.

و ربما أشكل من وجه آخر، و هو أنّ الموروث إنّما هو القصاص و ليس بمال، فلا يتعلّق به الحقّ المالى المترتب على مال الميت. و يندفع بأنّه بقبوله المعاوضه بالصلح على مال في قوّه الحقّ المالى و زياده. و فى الدروس (١) صرح بعدم اعتبار ما يتجدّد بعد الوفاء.

قوله: «و لو أوصى إلى إنسان بالمضاربه بتركته. إلخ».

ما اختاره المصنف من جواز الوصيه بالمضاربه هو المشهور بين الأصحاب، و مستندهم عليه روايه خالد بن بكير الطويل قال: «دعاني أبى حين حضرته الوفاء فقال: يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به و خذ نصف الربح و أعطهم النصف و ليس عليك ضمان، فقدّمتنى أمّ ولد له بعد وفاه أبى إلى ابن أبى ليلى فقالت:

إنّ هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقترضت عليه ما أمرنى به أبى، فقال ابن أبى ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه [١]. فدخلت على أبى عبد الله - عليه السلام

ص: ١٥٤

-بعد ذلك فاقترضت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أمّا قول ابن أبي ليلى فما أستطيع رده، و أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان» (١). و رواه محمد ابن مسلم فى الموثق عن أبى عبد الله-عليه السلام-: «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال و يكون الربح بينه و بينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حيّ» (٢).

و مقتضى الروايتين كون الأولاد صغاراً، أما الأولى فبالصريح، و أما الثانية فيظهر منها ذلك من قوله: «أوصى بولده» فإن الوصية بغير الولد الصغير غير صحيحة، و إطلاق الوصية محمول على الصحيحة. و المصنف و أكثر الجماعة (٣) أطلقوا الصححة فى الورثة الشامل للمكلفين.

و شمل إطلاقهم و إطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أجره المثل و ما إذا كان زائدا عليها بقدر الثلث و أكثر، من حيث إنه- عليه السلام- ترك الاستفصال و هو دليل العموم عند جمع من الأصوليين.

و وجهه-مضافاً إلى النص- أن المقيّد بالثلث هو تفويت بعض التركة و ليس حاصلها هنا، لأن الربح مما يتجدد بفعل العامل و سعيه، و ليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابة و الشجره و نحوهما حيث كان معتبراً من الثلث، لظهور الفرق بأن ذلك نماء الملك و وجوده متوقّف، بخلاف الربح فإنه أثر سعى العامل، مع أنه إنما يحدث على ملك العامل و الوراث، فما يملكه العامل ليس للوراث و لا للموصى فيه حقّ.

ص: ١٥٥

١- ١) الكافي ٧: ٦١ ح ١٦، الفقيه ٤: ١٦٩ ح ٤٩١، التهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩١٩، و الوسائل ١٣: ٤٧٨ ب «٩٢» من كتاب الوصايا ح ٢.

٢- ٢) الكافي ٧: ٦٢ ح ١٩، الفقيه ٤: ١٦٩ ح ٥٩٠، التهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩٢١، و الوسائل الباب المتقدم ح ١.

٣- ٣) كالشيخ فى النهاية: ٦٠٨، و العلامه فى المختلف: ٥١١ و غيره.

و لا يقدر في ذلك شراؤه (1) بمال الوارث، فيكون محسوبه منه فيكون نموؤها تابعها، لأنها إنما تدخل في ملك الوارث على تقدير صحه المضاربه و إلا- لم يكن الشراء نافذا، و متى صحّت المضاربه كانت الحصه من الربح ملكا للعامل، فلو لا صحه المضاربه لأدى فسادها إلى عدم الفساد، لأنه على تقدير الفساد إنما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرعا، و ذلك إنما يكون على تقدير زياده الحصه عن أجره المثل بزياده عن الثلث و كونه من نماء التركة، و إنما يكون كذلك مع صحه المضاربه ليكون الشراء نافذا، فلو فسدت المضاربه لم ينفذ الشراء، فلم يتحقق الربح فانتفى التصرف في الزائد عن الثلث فانتفى المقتضى للفساد فوجب الحكم بالصحه، فقد أدى فرض الفساد إلى عدمه. هذا أقصى ما يوجه به القول بالصحه.

و فيه نظر: أما من جهه الأخبار ففي سند الأولى جهاله من جهه خالد، و في طريق الثانيه علي بن فضال و أبو الحسن [١]، و هما و إن كانا ثقتين لكنهما فاسدا العقيدة، و العمل بالموثق خروج عن قيد الايمان، و جبر الضعف بالشهره ضعيف مجبور بالشهره.

و أما من جهه الاعتبار فإنّ المضاربه- و إن لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه- مشتمله على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه خصوصا إذا كان مكلفا، و تعريضه بالضرب في الأرض إلى التلف المؤدى إلى عدم الضمان مع عدم التفريط، مضافا إلى ما لو وقعت بحصه قليله للمالك في مدّه طويله كخمس سنه، و ذلك في حكم منع الوارث من التركة أصلا، و هو باطل.

و أما القول بأنّ النماء إنما يملكه العامل على تقدير صحه المعامله، و حينئذ فلا

تفويت في مال الوارث، وإن لم يصح لا يصح البيع، ففيه إمكان جبره بإجازة المالك الشراء لنفسه، فيكون جميع الربح له، فيحصل التفويت على تقدير صحه البيع و حصول الربح. و من ثم ذهب ابن إدريس (١) إلى أنّ الصحه مشروطه بكون المال قدر الثلث فما دون، أطراحا للأخبار و ردّا إلى الأصول المعلومه في هذا الباب، و بعض المتأخرين (٢) إلى أن المحاباه في الحصيّه من الربح بالنسبه إلى أجره المثل محسوبه من الثلث أيضا. و لكلّ منهما وجه.

و الذي نختاره في هذه المسأله: أنّ الوارث إن كان مولّى عليه من الموصى كالولد الصغير فالوصيّه بالمضاربه بماله صحيحه مطلقا، لأنّ التكبّب بماله غير واجب على الوصي، و الحاصل من الربح زياده فائده، و التعرّض للتلف غير قادح، لأنّ الواجب على العامل مراعاة الأمن و الحفظ و ما فيه مصلحه المال، و العمل به على هذا الوجه مما يرجّحه العقلاء. و لا يلزم مراعاة المدّه التي شرطها الموصى، بل يصحّ ما دام الوارث مولّى عليه فإذا كمل كان له فسخ المضاربه، لأنّها عقد مبنّى على الجواز.

و تحديد الموصى لها بمدّه لا يرفع حكمها الثابت بالأصل، و إنما يفيد التحديد بالمدّه المنع من التصرف فيما زاد عليها لا الالتزام بها فيها. و لا يلزم من ذلك تبديل الوصيّه و تغييرها المنهية عنه، لأنّ تبديلها هو العمل بخلاف مقتضاها، و هنا ليس كذلك، لأنّه لما أوصى بعقد جائز فقد عرّض العامل لفسخ العقد في كلّ وقت يمكن عملا بمقتضاه، فلا يكون الفسخ تبديلا للوصيّه بل عملا بمقتضاها. و لا فرق حينئذ بين زياده الحصّه المجمعوله للعامل عن أجره المثل و عدمها، و لا بين كون المال بقدر الثلث و أزيد، و لا بين كون الربح بقدر الثلث كذلك و أزيد، لما ذكرناه.

و إن كان الوارث مكلفا غير مولّى عليه فالوصيّه كذلك جائزه أيضا، لكن لا يلزم الوارث الوفاء بها، بل له فسخها عاجلا و في كلّ وقت كما قرّرتاه في الصغير إذا

ص: ١٥٧

١-١) السرائر ١٩٢: ٣.

٢-٢) راجع التنقيح الرائع ٢: ٤٠٣.

و لو أوصى بواجب و غيره،(١) فإن وسع الثلث عمل بالجميع. و إن قصر و لم تجز الورثه، بدئ بالواجب من الأصل، و كان الباقي من الثلث، و يبدأ بالأول فالأول. و لو كان الكل غير واجب، بدئ بالأول فالأول، حتى يستوفى الثلث.

كامل، لعين ما ذكرناه. و فائده الصّحّه أنّ الوارث إذا لم يفسخ و عمل الموصى له فى المال استحقّ الحصّه المعيّنه له عملاً بمقتضى الوصيه، و ليس فى هذا المقدار مخالفه للأصول الشرعيّه و لا للروايات، إذ ليس فيه تفويت على الوارث بوجه، و لا منع عن التصرف فى ماله حتى يتوقّف على رضاه.

و يندفع بما قرّناه ما أورده المانع من لزوم الإضرار بالوارث على تقدير زياده المدّه و قلّه الربح، لأنّ ذلك مستند إليه حيث لم يفسخ مع قدرته عليه، و الضرر على تقديره مستند إليه، و زمان الصغر لا ضرر فى مدته لقصرها غالباً و عدم التفويت.

و لو عملنا بالروايتين قصّرنا الحكم على كون الورثه مؤلّى عليهم كما وقع فيهما، و مع ذلك يخفّ الاشكال. و لعلّه أولى (١).

قوله: «و لو أوصى بواجب و غيره. إلخ».

إنّما يخرج الواجب من أصل المال إذا كان واجباً مائياً حتى يكون متعلّقاً بالمال حال الحياه، سواء كان مائياً محضاً كالزكاه و الخمس و الكفّارات و نذر المال أم مائياً مشوباً بالبدن كالحجّ، فإنّ جانب المائيه فيه مغلب من حيث تعلّقه به فى الجمله. أمّا لو كان الواجب بدنياً محضاً كالصلاه و الصوم فإنّه يخرج من الثلث مطلقاً، لأنّه لا يجب إخراجه عن الميّت إلّا إذا أوصى به، فيكون حكمه حكم التبرّعات الخارجه من الثلث مع الوصيه بها و إلّا فلا. و الأقوى وجوب الوصيه به على المريض كغيره من الواجبات إن لم يكن له وليّ يقضيه عنه.

و ربما قيل بعدم وجوب الوصيه به، لأنّ الواجب فعله بنفسه أو بوليّه، لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك.

ص: ١٥٨

و فيه: أنّ علمه بوجوبه و استحقيقه العقاب على ترك الواجب اختياراً مع قدرته على براءة الذمّه منه يوجب وجوب الوصيّه ليتخلّص من العقاب بتركه، فإنّ دفع الضرر عن النفس واجب.

نعم، لو كان فوات الواجب لا بتفريطه - كالغفله عن الصلاه مع عدم قدره على القضاء حال الوصيّه - احتمل حينئذ عدم وجوب الوصيّه، إذ لا عقاب على ذلك التفويت، ولا دليل على وجوب الوصيّه بالقضاء.

و يمكن الاستدلال على الوجوب مطلقاً بقول أبي عبد الله - عليه السلام - في صحيحه محمد بن مسلم وغيره: «الوصيّه حقّ على كلّ مسلم» (١). و الحقّ وإن كان أعمّ من الواجب إلّا - أن «على» ظاهره في الوجوب، ولا ينافيه عدم وجوب الوصيّه لمن لا حقّ عليه، لأنّ ذلك خرج عن العموم بدليل خارج، فيبقى العامّ حجّه في الباقي. و يمكن استعمال «على» في حقيقته و مجازه على سبيل التجوّز حيث تعذّر حملها على الحقيقه في جميع أفراد الوصيّه.

إذا تقرّر ذلك: فإذا اجتمع حقوق واجبه ماليه و بدئيه و متبرّع بها بدئى بالماليه من الأصل، ثمّ نظر إلى ثلث الباقي و أخرج منه الباقي مبتدئاً بالواجب الأول فالأول، ثمّ بغيره على الترتيب إن لم يجز الوارث الجميع. و لو أجاز البعض بدئى به من الأصل كالواجب الماليّ، لكن لو ضاق المال عنهما بدئى بالواجب.

و لو حصر الموصى الجميع في الثلث بدئى بالواجب الماليّ، فإن فضل منه شيء أخرج من باقى المال و إن خرج عن مقتضى الوصيّه، لوجوب إخراج هذا النوع من الواجب و إن لم يوص به. و إن فضل من الثلث عنه شيء أخرج الواجب البدنى بعده، و هكذا على الترتيب إلى أن يستوفى الثلث، و يبطل الباقي حيث لا إجزاه.

و لو كان الجميع غير واجب بدئى بالأول في الذكر فالأول حتى يستوفى الثلث.

(١ - ١) التهذيب ١: ١٧٢ ح ٧٠١، الوسائل ١٣: ٣٥٢ ب «١» من كتاب الوصايا ح ٣ عن أحدهما عليهما السلام.

و لو كان مع الوصية منجز حال المرض يخرج من الثلث قدم من الثلث على الوصية مطلقا.

هذا إذا أتى بالوصية مترتبة إما بأداه الترتيب ك«ثم» و الفاء، أو في الذكر فقط بالعطف بالواو أو بدونه، أو صرح بترتيب بعضها على بعض و لو بالبداهة بما ذكره أخيرا، بأن عدّد جملة ثم قال: ابدأ بكذا ثم بكذا إلى آخره. و لو جمع بأن ذكر أشياء ثم أوصى بمجموعها، أو قال: أعطوا فلانا [مائة] (١) و فلانا مائة، أو قال بعد الترتيب: لا تقدّموا بعضها على بعض، و نقص الثلث عنها دخل النقص على الجميع بالنسبة فيقسم عليها على جهة العول.

و إنما بدئ بالأول فالأول ذكرا و إن لم يدخل عليه أداه الترتيب لأنّ الوصية الصادره أولا- نافذه، لصدورها من أهلها في محلّها، بخلاف الصادر بعد استيفاء الثلث، و لا سبيل إلى التوزيع مع الضيق هنا لاستلزامه تبديل الوصية النافذه.

و لا يرد مثله على الأخير لو نصّ آخرا على تقديمه، لأن نصّه حيثشذ في قوّه تقديمه لفظا حيث إن المعبر تلقّظه و قصده، فلو قدّم غيره أو شرّك لزم تبديل الوصية المنهية عنه (٢)، و كذا لو نصّ على التثريك.

و لا- يقال أيضا: إنّ الحكم إنّما يتحقّق عند تمام الكلام و المعطوف من جملته، لأنّ الوصايا المتعدّده على الوجه السابق يتمّ الكلام مع كلّ واحد، كقوله: أعطوا فلانا كذا أعطوا فلانا كذا، فإذا صادفت الأولى محلّ النفوذ نفذت و لم يجر تغييرها بطرؤ أخرى عليها، كما لو باع شيئا لزيد ثمّ باعه لعمرو، و إنما يكون جملة واحد حيث لا تتم الفائدة بدونه، كقوله: أعطوا فلانا و فلانا كذا.

و يشهد [١] للمراعاة الترتيب- مضافا إلى ما ذكرناه- روايه حمران عن أبي جعفر

ص: ١٦٠

١- ١) من «و» فقط.

٢- ٢) البقره: ١٨١.

و لو أوصى لشخص بثلث،(١) و لآخر بربع، و لآخر بسدس، و لم تجز الورثه أعطى الأول، و بطلت الوصيه لمن عداه.

عليه السلام: «عن رجل أوصى عند موته: أعتقوا فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الذين أمرهم بعتقهم، قال: يقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منهم أول من سمّاهم ثمّ الثانی ثمّ الثالث ثمّ الرابع ثمّ الخامس، و إن عجز الثلث كان ذلك في الذين سمّاهم أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، و لا يجوز له ذلك» (١).

و اعلم أنه لا فرق في هذا الحكم بين العتق و غيره من التبرعات، خلافا للشيخ (٢) و ابن الجنيد (٣) حيث قدّم العتق و إن تأخر. و لا بين أن يقع المرتب متصلا في وقت واحد عرفي أو في زمانين متباعدين كغدوه و عشيه، خلافا لابن (٤) حمزه حيث فرّق بينهما، فحكم في الأول كما ذكره الجماعة، و جعل الثاني رجوعا عن الأول إلا أن يسعهما الثلث فينفذان معا. و هو شاذّ ضعيف المأخذ.

قوله: «و لو أوصى لشخص بثلث. إلخ».

إنما صحّت وصيته الأول خاصه لاستيفائها الثلث النافذ بدون الإجازة، مع رعايه ما تقدّم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث. و لا يتوهم هنا أنّ الوصيه المتأخره تقتضى الرجوع عما قبلها، لأنّ الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال، بل لا بدّ من لفظ يدلّ عليه، و مجرد الوصيه بما زاد على الثلث ثانيا و ثالثا أعمّ من الرجوع عن الأول و عدمه، فلا تدلّ عليه.

و لا- فرق بين أن يوصى بهذه الأجزاء المذكوره و بما شاكلها، كالوصيه لواحد بنصف و لآخر بخمس و لثالث بربع، أو للأول بجميع المال و لآخر بثلث و لثالث

ص: ١٤١

١- (١) الكافي ٧: ١٩ ح ١٥، الفقيه ٤: ١٥٧ ح ٤٥٥، التهذيب ٩: ٢٢١ ح ٨٦٧، و الوسائل ١٣: ٤٥٧ ب «٤٤» من كتاب الوصايا ح ١.

٢- (٢) المبسوط ٤: ٤٨.

٣- (٣) راجع المختلف: ٥١٧.

٤- (٤) الوسيله: ٢٧٥-٢٧٦.

و لو أوصى بثلثه لواحد،(١)و بثلثه لآخر، كان ذلك رجوعاً عن الأول إلى الثانى.

بنصف،و غير ذلك من الفروض، لعدم وجود ما يدلّ على الرجوع فى الجميع، فيعتبر الترتيب بالأول فالأول عملاً-بالقاعدته المستمرّه عند عدم وجود ما يدلّ على خلافها، و سيأتى له مزيد تحقيق فى المسأله الآتية.

قوله:«و لو أوصى بثلثه لواحد. إلخ».

الفرق بين هذه المسأله و التى قبلها الموجب لاختلاف الحكم: أنّ الثلث المضاف إلى الموصى هو القدر النافذ فيه وصيته شرعاً، فإذا أوصى به ثانياً فقد رجع عن الوصيه الأولى، لأنه ليس له ثلثان مضافان إليه على هذا الوجه، فيكون بمنزله ما لو أوصى بمعين لواحد ثمّ أوصى به لآخر، بخلاف قوله: لفلان ثلث، من غير إضافه إلى نفسه، فإنّه متعلّق بجمله المال من غير أن ينسب إلى الثلث النافذ فيه الوصيه. فإذا أوصى بعده بربع لا يتبادر إلى الفهم منه أنه بعض ذلك الثلث السابق، بل الربع الذى هو خارج عن الثلث المتعلّق بأصل المال، و كذلك السدس، فتكون وصايا متعدّده لا تضادّ بينها، فيبدأ بالأول منها فالأول إلى أن يستوفى الثلث عند عدم الإجازة. و فى معنى قوله: ثلثى، قوله: الثلث الذى تمضى فيه وصيتى، أو الثلث المتعلّق بى و نحو ذلك.

و الحاصل: أنّ المرجع إلى شىء واحد، و هو أنّ الأصل فى كلّ وصيه أن تحمل على الصحيحه، سواء كانت نافذه من الأصل أم متوقّفه على إجازة الورثه، لأنّ كلّاً منهما صحيح، و التوقّف على إجازة الورثه لا ينافيه، بل هو كالخيار الثابت للبائع، فإنّه لا ينافى ملك المشتري، خصوصاً على المختار من كون الإجازة تنفيذاً لا ابتداءً عطيه، و من ثمّ لو بدأ فيما كان منجزاً صحّ الجميع مع توقّف الزائد منه على الإجازة كالوصيه، فمجرد التوقّف على الإجازة لا ينافى الصحه.

و إذا عرفت أنّ كلّ وصيه من هذه الوصايا صحيحه فلا يزول هذا الحكم إلا بلفظ يدلّ على الرجوع عمّا سبق و حكم بصحته، و هو فى المسأله السابقه و كلّ ما فى معناها منتف، و فى قوله: ثلثى و نحوه موجود بالقرينه القويّه. و لو أبدله بقوله: لفلان

ثلث و لفلاين ثلث فكالأول، لعدم القرينه الدالّه على الرجوع فضلا عن الصريح، و مجرد الشكّ في الرجوع كاف في عدمه، فيحكم بصحّه الجميع، و يعمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعده المستقرّه من البدأه بالأول فالأول.

و متى وجدت الدلاله على الرجوع عمل بها، و كان الثاني ناسخا للسابق.

و على هذا فلو قال: لزيد ثلث: ثمّ قال: أعطوا عمرا ثلثي، كان ناسخا للأول، لما ذكرناه. و لو عكس فقال: أعطوا زيدا ثلثي، ثمّ قال: أعطوا عمرا ثلثا، لم يكن الثاني ناسخا للأول، لعين ما ذكرناه من القرينه الدالّه على الرجوع و عدمه. و لو فرض في بعض الأوقات أو الأفراد تخلفها فيما حكمنا بوجودها فيه أو وجودها فيما حكمنا بتخلفها فيه عمل بمقتضاها نفيًا و إثباتًا، إلاّ أنه عند التجرد عن العوارض فظهورها فيما ذكرناه و انتفاؤها عن غيره ظاهر.

و لو عبّر ب«ثلث مالي» عوضا عن «ثلثي» ففي إلحاقه به أو بالمطلق وجهان، يظهر وجههما مما حقّقناه. و الأقوى عدم التضادّ هنا أيضا، للشكّ في إرادته الرجوع بذلك مع كون اللفظ أعمّ، فإنّ ثلث ماله أمر آخر غير الثلث المنسوب إليه في باب الوصيه التي دلّت القرائن على إرادته مع الإضافه إليه، و لم يظهر ذلك مع الإضافه إلى ماله، و قد حقّقنا أنّ مجرد الشكّ كاف في عدم الحكم بالرجوع، و هو هنا موجود.

و لو فرض وجود قرينه خارجه عن اللفظ أفادت الرجوع عمل بها هنا أيضا كما قرّرناه، إلاّ أنّ ذلك أمر خارج عن اللفظ. هذا خلاصه ما ينبغي تحقيقه في هذه المسائل.

و اعلم: أنّ كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافا كثيرا، و كذلك الفتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعدّده بل الكتاب الواحد، فالعلامه في القواعد (1) وافق المصنف على ما ذكره في المسألتين، لكنّه استشكل بعد ذلك في المسأله الثانيه.

ص: ١٤٣

و فى التحرير (١)نسب الحكم فى الثانى كذلك إلى علمائنا و جعل فىه نظرا، و وجه الاشكال و النظر ممّا ذكرناه، و من أنّ كلّ واحد منهما وصيّيه يجب تنفيذها بحسب الإمكان و لا- يجوز تبديلها مع عدم الزيادة، و مجرد إضافه الثلث إليه لا- يقتضى الرجوع، لأنّ جميع ماله ما دام حيّا له فيصحّ إضافته إليه، و إنّما يخرج عن ملكه بعد الموت. و نحن نقول بموجهه إلاّ أنّا ندعى وجود القرينه فى هذه الإضافه على الرجوع، و من ثمّ لما أبدلها بالإضافه إلى ماله فضلا عن جعل الثلث مطلقا شككنا فى إرادته الرجوع فلم نحكم به و قدّمنا الأول.

و فى المختلف (٢)اعتمد على اعتبار القرينه و عدمها كما حقّقناه، و جزم بعدم وجودها فى «ثلث مالى» و لم يتعرّض للثلث المضاف إلى الموصى، بل اعتمد على القرينه و مع الشكّ فيها على عدم الحكم بالرجوع. و هذا هو الحقّ فى المسأله.

و المحقق الشيخ على- رحمه الله- فى شرحه (٣)اعتمد فى المسأله على أصل آخر غير ما ذكرناه و رتبّ عليه الحكم، و هو أنّ الأصل فى الوصيّيه أن تكون نافذه فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ بحسب الإمكان، و إنّما تكون الثانى نافذه إذا كان متعلّقها هو الثلث الذى يجوز للمريض الوصيّيه به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملا للبيع على معناه الحقيقى. و حينئذ فيتحقّق التضادّ فى مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد و بثلث لعمرو، فيكون الثانى ناسخا للأول فيقدّم، و أولى منه ما لو قال: ثلث مالى. ثمّ فرّغ عليه: أنّه لو أوصى لزيد بثلث و لعمرو بربع و لخالد بسدس و انتفت القرائن أن يكون الوصيّيه الأخيره رافعه للأولى، مع اعترافه بأنّه مخالف لما صرّح به جميع الأصحاب.

و الحامل له على ذلك ما فهمه من أنّ إطلاق الوصيّيه محمول على النافذه، و أنت

ص: ١٦٤

١-١) التحرير ٢٩٥:١.

٢-٢) المختلف: ٥٠٤.

٣-٣) جامع المقاصد ٢٢:١٠.

قد عرفت مما حَقَّقناه سابقاً أنّ الإِطلاق في الوصِيَّة و غيرها من العقود إنّما يحمل على الصحيح، أمّا النافذ بحيث لا يترتّب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعاً، ألا ترى أنّ الوصِيَّة بجميع المال توصف بالصّحّة و وقوف ما زاد على الثلث على الإِجازة، و لا يقول أحد: إنّها ليست صحيحة، و لذلك لو باع بخيار حكم بصحّة البيع و إن لم يكن نافذا بمعنى أنّه لا يستحقّ أحد فسخه.

و ما مثّل به من بيع الشريك النصف و أنّه محمول على استحقاقه لا يؤثّر هنا، للفرق بينه و بين المتنازع، لأنّ جميع التركة مستحقّة للموصى حال حياته إجماعاً فقد أوصى بما يستحقّه، و من ثمّ حكموا بصحّة وصيّته بما زاد على الثلث و صحّحه هبته له و إن توقّف على إجازة الورثة، لأنّ ذلك لهم كالخيار للبائع بالنسبة إلى ملك المشتري بل أضعف، للخلاف في أنّ الملك هل ينتقل إليه في زمن الخيار أم لا- و الاتفاق على أنّ التركة مملوكة للموصى ما دام حياً، و من ثمّ لزمته الهبة لو برئ من مرضه، و كانت الإِجازة تنفيذاً للوصيّة لا عطية متجدّده على مختار أصحابنا، و قد ادّعى الشيخ في المبسوط (١) عليه الإجماع، و إنّما الخلاف في التنفيذ و العطية للعامّة (٢)، و أصحابنا يجعلون العطية احتمالاً مرجوحاً لا قولاً.

و إذا تقرّر أنّ الإِطلاق محمول على الوصيّة الصحيحة، و كلّ وصيّة من المذكورات صحيحة، سواء كانت نافذة أم لا، لم تدلّ الوصيّة المتأخّره عن الوصيّة بالثلث على أنّها ناسخة للسابقة و رجوع عنها، بل على إرادته الموصى إعطاء كلّ واحد ما أوصى له به و إن توقّف ذلك على إجازة الورثة، فإنّ ذلك أمر غير الوصيّة المعتمّره شرعاً.

و قد ظهر بذلك أنّه لا تضادّ بين قوله: أوصيت لزيد بثلث و لعمر و بثلث، و لا بين قوله: لزيد بثلث و لعمر و بربع بطريق أولى. و إنّما يقع التضادّ صريحاً إذا قال بعد

ص: ١٦٥

١-١) المبسوط ١٠: ٤-٩.

٢-٢) راجع المهذب، ضمن المجموع ١٥: ٤١٠، الوجيز ١: ٢٧٠، جواهر العقود ١: ٤٤٧.

الوصية لزيد بثلاث: أوصيت لعمرو بالثلث الذى أوصيت به لزيد، أو بثلاثى، أو بالثلث الذى جعله الله تعالى غير متوقف على إجازة و نحو ذلك، و فى مثل قوله: بثلاثى لزيد ثم بثلاثى لعمرو، بالقرينه لا بالتصريح كما حققناه.

و أما الشيخ -رحمه الله- فقد اتفق له فى هذه المسأله غرائب، ففى الخلاف قال: «إذا أوصى بثلاث ماله لإنسان ثم أوصى بثلاث ماله لغيره، و لم تجز الورثه كانت الوصيه الثانيه رافعه للأولى و ناسخه لها». (١) ثم استدلل عليه بإجماع الفرقه و الأخبار، و بأنه لو قال: العبد الذى كنت أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان، فإنه يكون رجوعا عن الأولى فكذا إذا أطلق، و ادعى عدم الفرق بين المقيّد و المطلق.

ثم قال فى الخلاف أيضا: «لو أوصى له بماله و لآخر بثلته و أجازوا بطل الأخير، و لو بدأ بالثلث و أجازوا أعطى الأول الثلث و الأخير الثلاثين». (٢)

و هذا ظاهر المنافاه للسابق الذى ادعى عليه الإجماع، لأنّ الثلث فى المسأله الثانيه مضاف إليه، فهو أقوى فى إرادته ثلثه الخاصّ به من ثلث ماله فى السابق الذى جعله رجوعا. و كون السابق فى الثانيه جميع ماله لا يؤثّر فى دفع المنافاه، لأنّ جميع ماله متضمّن للثلث الذى أوصى به ثانيا. و ما احتجّ به من الأخبار لم نقف عليه أصلا إلا من حيث عموم ما دلّ منها على جواز الرجوع عن الوصيه (٣)، و ذلك لا يفيد، لمنع تناوله للمتنازع فيه. و أمّا استدلاله بالرجوع عن الوصيه بالمعيّن من شخص إلى غيره، و دعواه عدم الفرق بين المعين و المطلق فيغنى (٤) عن الجواب.

و فى المبسوط ذكر ما حكيناه عن الخلاف فى المسألتين أيضا ثمّ ذكر مسأله ثالثه، فقال: «رجل أوصى بثلاث ماله لأجنبيّ و بثلاث ماله للوارث، قد بينّا مذهبنا فيه، و هو

ص: ١٦٦

١-١) الخلاف ٤:١٥٤ مسأله (٢٨).

٢-٢) الخلاف ٤:١٤٢ مسأله (١١).

٣-٣) راجع الوسائل ٣:٣٨٥ ب (١٨) من كتاب الوصايا.

٤-٤) كذا فى «و». و فى غيرها: يغنى. و لعلّ الصحيح: فيغنى.

و لو اشتبه الأول استخرج بالقرعه. (١) و لو أوصى بعق مماليكه دخل فى ذلك (٢) من يملكه منفردا، و من يملك بعضه، و أعتق نصيبه حسب. و قيل: يقوّم عليه حصّه شريكه إن أن يمضى الأول منهما فان اشتبه استعمل القرعه» (١) فجزم فى هذه بتقديم الأولى و جعله مذهب الأصحاب. و قال بعد ذلك: «إذا أوصى لرجل بثلث ماله ثمّ أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيتان بثلثى ماله، و كذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل ثمّ أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه، فهما وصيتان و يكون الثانى رجوعا عن الأول». (٢) و هذا ظاهر التنافى بين الحكّمين، و إنّما افترقا بكون أحد الموصى له فى الأولى وارثا و الآخر أجنبيا، و لا فرق بذلك عندنا، و إنّما قصد به الردّ على المخالفين الفارقين بين الوصيّ للوارث و الأجنبى (٣)، كما ذكره قبل ذلك بغير فصل.

فتأمّل كيف ادّعى فى الخلاف الإجماع على نسخ الثانيه الأولى، و فى المبسوط نسب تقديم الأولى إلى مذهبنا المشعر أيضا بالإجماع كما يظهر من عادته أن يكون ذلك فى مقابله مذهب المخالفين، و مع ذلك يذكر الحكم مختلفا فى كلّ واحد من الكتابين مع اتّحاد مثال المسأله. و الله الموفق.

قوله: «و لو اشتبه الأول استخرج بالقرعه».

أى اشتبه السابق من الموصى لهما بالثلث، فإنّه يستخرج بالقرعه ليحكم بالوصيّ للمتأخّر على ما اختاره، أو له على القول الآخر، إذ لا فرق بين الحكّمين فى اعتباره بالقرعه. و صفتها: أن يكتب فى رقعته اسم أحدهما و أنّه السابق، ثمّ يكتب فى أخرى اسم الآخر و أنّه السابق، و يجمعان و يخفيان ثمّ يخرج إحداهما، فمن خرج اسمه كان هو السابق. و لو كتب فى كلّ رقعته أنّ صاحبها المتأخّر صحّ أيضا. و قس على ذلك ما لو تعدّد الموصى له.

قوله: «و لو أوصى بعق مماليكه دخل فى ذلك. إلخ».

أمّا دخول المملوك جميعه فواضح، و أمّا المبعوض فلصدق المملوكيه له على ذلك

ص: ١٦٧

١- ١) المبسوط ١١: ٤.

٢- ٢) المبسوط ٤٣: ٤.

٣- ٣) راجع المغنى لابن قدامه ٤٤٩: ٦ و ٤٥٧، و جواهر العقود ٤٤٣: ١.

احتمل ثلثه لذلك، وإلا أعتق منهم ما يحتمله الثلث، و به روايه فيها ضعف.

البعض، و مماليكه الموصى بعقدهم جمع مضاف فيفيد العموم في كل ما تناوله اللفظ.

و أما عدم تقويم حصّه الشريك عليه و إن و في ثلثه بقيمتها فلزوال ملكه عن ماله بالموت إلا ما استثناه، و حصّه الشريك ليست منه، و العتق إنما حصل بعد الموت فصادف عدم المال الموجب لعدم السرايه.

و القول بالتقويم للشيخ في النهايه (١)، و نصره في المختلف (٢)، لروايه أحمد بن زياد، عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل تحضره الوفاه و له مماليكه لخاصّه نفسه، و له مماليكه في شركه رجل آخر، فيوصى في وصيته: مماليكى أحرار، ما حال مماليكه الذين في الشركه؟ فكتب: يقوّمون عليه إن كان ماله يحتمل فهم أحرار». (٣) و لأنّ الموصى أوجد سبب السرايه في العتق، لاستناد العتق في الحقيقه إليه و لهذا كان له ولاؤه فيوجد مسببه.

و فيه: أنّه إن أراد مطلق السبب أعمّ من التامّ لم يفده المطلوب، و إن أراد به التامّ منعناه هنا، لأنّ السبب التامّ للسرايه العتق مع اليسار، و اليسار هنا منتف، لأنّه لا يملك بعد الموت. أو نقول: إنّ سبب السرايه إنّما هو العتق لا الوصيه به، و العتق إنّما وقع بعد الوفاه، فمبسبه يجب أن يقع بعدها كذلك مع اجتماع شرائطه التي من جملتها اليسار، و هو منتف عنه بعد الوفاه لما ذكرناه.

فإن قيل: كما أنّ العتق سبب قريب في السرايه كذلك الوصيه سبب فيها، لأنّها سبب العتق و قد حصلت حاله اليسار لأنّه المفروض، و العتق سبب في السرايه.

قلنا: مجرد وجود السبب لا يقتضى وجود المسبب إلا إذا اجتمعت شرائطه،

ص: ١٤٨

١-١) النهايه: ٤١٦-٤١٧.

٢-٢) المختلف: ٥٠٩.

٣-٣) الكافي ٧: ٢٠، الفقيه ١٥٨: ٤، التهذيب ٩: ٢٢٢، ح ٨٧٢، و الوسائل ١٣: ٤٦٣، ب «٧٤» من كتاب الوصايا ح ٢.

و لو أوصى بشيء واحد لاثنتين (١) و هو يزيد عن الثلث و لم تجز الورثة، كان لهما ما يحتمله الثلث.

و لو جعل لكل واحد منهما شيئاً بدئ بعطيته الأول، و كان النقص على الثاني منهما.

و إلا فيمكن تخلف المسبب عن سببه لفقد شرط، و هو هنا كذلك، لأن شرط العتق وفاه الموصى، لأنه جعله وصيه، و الوصيه إنما تقع بعد الوفاء، فإذا تخلف المسبب و هو العتق عن سببه إلى ما بعد الوفاء لزم منه تخلف مسببه و هو السرايه كذلك، و تمّ المطلوب حيث لم يصادف المال. و أمّا الروايه فلا تصلح لتأسيس الحكم بذاتها، لضعف سندها بأحمد بن زياد المذكور، فإنه وافق غير ثقه.

قوله: «و لو أوصى بشيء واحد لاثنتين. إلخ».

المراد بوصيته بالواحد للاثنتين في الأول جعلها بلفظ واحد بحيث لا يحصل الترتيب بين الوصيتين و إن كان اللفظ أعمّ من ذلك بقريته الحكم، بأن قال: أعطوا فلانا و فلانا مائه درهم أو الدار الفلانيه، فإنها تكون وصيه واحده، فإن لم يحتملها الثلث جاء النقص عليهما معا بالنسبه.

و المراد بجعله لكل منهما شيئاً وصيته لهما متعاقبه، بأن يقول: أعطوا زيذا خمسين و أعطوا عمرا خمسين، أو أعطوا زيذا نصف الدار و عمرا نصفها، بقريته الحكم و إن كان اللفظ أيضا أعمّ منه، لتناوله الصوره الأولى كالعكس، فإنه لو قال:

أوصيت لزيد و عمرو بالدار الفلانيه لكل واحد نصفها، فقد صدق أنه جعل لكل واحد منهما شيئاً، و حكمه كالأول.

و لو قال: أوصيت لهما بالدار، لزيد منها البيت الفلاني و لعمرو الباقي، فالظاهر أنّها وصيه واحده و إن كان آخرها مفضيلاً متعاقباً، لأنه وقع بيانا لما أجمله أولاً، و قد أوقعه لهما دفعه. و مثله ما لو قال: أوصيت لهما بمائه درهم، لزيد منها ثلاثون و لعمرو الباقي. و لو اقتصر على التفصيل الأخير فلا ريب في كونهما وصيتين متعاقبتين، فيقدم الأولى منهما حيث لا يسعهما الثلث.

و لا فرق على تقدير التعاقب بين أن يوصى لكل منهما بشيء معين من المعين

و لو أوصى بنصف ماله (١) مثلاً فأجاز الورثه، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه و اختلفوا على الزائد. و فيه تردد.

أما لو أوصى بعبد أو دار (٢) فأجازوا الوصيه، ثم ادّعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت إلى دعواهم، لأن الإجازة هنا تضمنت معلوماً.

كاليث الفلاني من الدار و مشاع كالنصف، لا شترأكهما في المقتضى.

قوله: «و لو أوصى بنصف ماله. إلخ».

المراد أنه يقبل قولهم في قلّه المال مع يمينهم و يقتضى عليهم بما ادّعوا ظنه، كما لو قالوا بعد إجازتهم لو وصيته بنصف ماله: ظننا أنه ألف درهم فظهر ألف دينار، فإذا حلفوا قضى عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم.

و وجه قبول قولهم استناده إلى أصاله عدم العلم بالزائد، مضافاً إلى أن المال ممّا يخفى غالباً، و لأنّ دعواهم يمكن أن تكون صادقه، و لا- يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا- من قبلهم، لأنّ الظن من الأمور النفسائيه، فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر لتعدّر إقامه البينه على دعواهم.

و وجه تردد المصنف مما ذكرناه، و من تناول لفظه للقليل و الكثير و قدومه على ذلك، مع كون المال ممّا يخفى كما ذكر، فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلاله على معنى يعمّ الجميع إلى دعوى ظنّ يجوز كذبه. و الأقوى القبول، و حينئذ فيدفع إلى الموصى له نصف ما ظنوه و ثلث باقى التركة.

قوله: «أما لو أوصى بعبد أو دار. إلخ».

تبه بقوله: «لأنّ الإجازة تضمنت معلوماً» على الفرق بين ما إذا كانت الوصيه بعين فأجازوها- و هي هذه المسأله- زاعمين أنهم ظنوا أن العين الموصى بها بمقدار ثلث التركة أو أزيد بيسير فظهرت أزيد بكثير لقلّه المال أو ظهور دين، و بين ما إذا كانت بجزء مشاع- و هي الماضيه- حيث قبل قولهم في الثاني دون الأول.

و إذا أوصى بثلث ماله-مثلا-مشاعا(١) كان للموصى له من كل شىء ثلثه.و إن أوصى بشىء معيّن و كان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت،و لا اعتراض فيه للورثه.

و حاصل الفرق: أنّ الإجازة هنا وقعت على معلوم للورثه،و هى العين المنصوصه كيف كانت من التركة فكانت الإجازة ماضيه عليهم،بخلاف الوصيه بالجزء المشاع من التركة،فإنّ العلم بمقداره موقوف على العلم بمجموع التركة، و الأصل عدمه فتقبل فيه دعوى الجهاله،و مرجع ذلك إلى بنائهم على الأصل فى الأول و على خلافه فى الثانى.

و مال فى الدروس (١)إلى التسويه بين المسألتين و القبول فى الحالين،و جعله فى التحرير (٢)وجها،و فى القواعد (٣)احتمالا.

و وجه القبول هنا: أنّ الإجازة و إن وقعت على معلوم إلا- أنّ كونه مقدار الثلث أو ما قاربه ممّا تسامحوا فيه إنّما يعلم بعد العلم بمقدار التركة،و الأصل عدم علمهم بمقدارها و بنائهم على الظنّ،فكما احتمل ظنّهم قلّه النصف فى نفسه يحتمل ظنّهم قلّه العين بالإضافة إلى مجموع التركة و إن لم يكن قليلا- فى نفسه.و مخالفه الأصل هنا بظنّهم كثره المال مع أنّ الأصل عدمه لا يؤثّر فى دفع الظنّ عنه و اعتقاد كثرته،بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثره،و لكن ظهر عليه دين قدّم على الوصيه فقلّ المال الفاضل عنهما،و هذا موافق للأصل كالأول.و أيضا:فمن جملة المقتضى للقبول فى الأوّل إمكان صدقهم فى الدعوى و تعدّر إقامه البيّنه بما يعتقدونه، و هو متحقّق هنا،لأنّ الأصل عدم العلم بمقدار التركة،و ذلك يقتضى جهاله قدر المعين من التركة كالمشاع.و لعلّ القبول أوجه.

قوله:«و إذا أوصى بثلث ماله مثلا مشاعا.إلخ».

إذا أوصى له بثلث ماله فما دون فلا يخلو:إمّا أن يكون معيّنا أو مشاعا كجزء

ص:١٧١

١- (١) الدروس:٢٤٣.

٢- (٢) التحرير ٢٩٤:١.

٣- (٣) القواعد ٢٩٧:١.

و لو كان له مال غائب، أخذ من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر، و يقف الباقي حتى يحصل من الغائب، لأن الغائب معرض للتلف.

من التركة، فإن كان الثاني فهو شريك للورثة في كل شيء حاضر و غائب، دين و عين، فحكمه حكم الورثة في التصرف في المال المشترك، و أمره واضح.

و إن كان الموصى به معيناً كدار مخصوصه و عبد ملكه الموصى له بالموت و القبول، و ليس للورثة اعتراض فيه من حيث إن فيه تخصيصاً عنهم بجمله العين و هم يستحقون ثلثها، لعموم الأدلة (١) الدالة على أن تصرف المريض في ثلث ماله ماض مطلقاً من غير اعتبار إذن الورثة، فأعيان الأموال هنا لا يغيه، و المعتبر وجود ضعف الوصية بأيديهم من جملة التركة كيف كان بالقيمة الشرعية (٢)، و هو هنا حاصل.

هذا إذا كان ضعف الموصى به بأيديهم كما ذكر. و لو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب أو بيد متسلط مانع، فإن لم يكن بيدهم شيء أصلاً تسلط الموصى له على ثلث تلك العين خاصه، و كان ثلثها موقوفاً على تمكن الوارث من ضعفها من المال. و إن كان بيدهم شيء لا يقوم بالضعف أخذ له من العين ما يحتمله الثلث منها و ممّا بأيديهم من المال، و كان الباقي منها موقوفاً، لا بمعنى تسلط الوارث عليه، لإمكان حصول الغائب و ما في معناه فتصح الوصية بجميع العين، بل بمعنى وضعه بيد الحاكم [أو من يوثق به] [١] أو من يتراضى عليه الوارث و الموصى له -لأن الحق منحصر فيهم- إلى أن يتبين الحال.

ثمَّ القدر الذي يخرج من الثلث من العين منجزاً هل يتسلط الموصى له عليه، أم يمنع من التصرف فيه و إن كان مملوكاً له؟ وجهان أصحهما الأول، لوجود

ص: ١٧٢

١-١) راجع الوسائل ٣٦١:١٣ ب «١٠» و «١١» من كتاب الوصايا.

٢-٢) في «س»: السوقية.

فرع لو أوصى بثلاث عبده (١) فخرج ثلثه مستحقاً، انصرفت الوصية إلى الثلث الباقي، تحصيلاً لإمكان العمل بالوصية.

المقتضى، وهو ملكه له بالوصية المحكوم بصحتها بالنسبة إلى الثلث على كل حال، لأن غايه ما هناك تلف الغائب بأجمعه فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع.

و وجه المنع: أن حق الوارث التسلط على ضعف ما يستحقه الموصى له، كما يتسلط الموصى له على الثلث على حد ما يتسلط عليه الوارث، وهو هنا ممتنع بالنسبة إلى الوارث، لأن ملكه لما زاد على الثلث من العين غير معلوم الآن حيث تعلقت به الوصية، والحال أن المال الذى هو ضعف العين موجود وإنما وقفت فى الجميع لعدم قبض الوارث له، فيجب أن يمنع الموصى له من التصرف فى الثلث لاحتمال تلف ذلك المال الغائب فيكون الوارث شريكاً فى العين.

وفيه: أن مجرد الاحتمال لا يقوم دليلاً على منع المالك المستقر ملكه على الثلث، مع كون الباقي غير خارج عن ملكه بل استقرار ملكه له موقوف على حصول الغائب، وإلا فأصل الملك حاصل بالوصية والقبول والخروج من الثلث فى الجملة، ومن ثم لو حضر الغائب كان نداء العين أجمع للموصى له، ومراعاة حق الوارث لاحتمال تلف المال يحصل بإيقاف ما زاد على الثلث إلى أن يظهر حال المال.

قوله: «لو أوصى بثلاث عبده. إلخ».

المراد أنه عبده فى ظاهر الحال فأوصى بثلثه ثم ظهر كونه لا يملك منه إلا الثلث، انصرفت الوصية إلى مستحقه منه، ولا ينزل على الإشاعة حتى تصح فى ثلث الثلث خاصه، كالإقرار قطعا والبيع على أحد الوجهين. والفرق بينهما وبين الوصية أن الوصية لا تصح إلا - بما يملكه الموصى، فلو أوصى بمال الغير لغت، بخلاف الإقرار فإنه منزل على مال الغير، حتى لو قال: ملكى لفلان، لم يصح الإقرار، والبيع يصح لمال الغير بمعنى وقوفه على إجازته، فإذا أجاز صح و كانت الإجازة كاشفه عن وقوع الملك من حين البيع، فمن ثم قلنا: البيع صحيح وإن

و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرّم (١) انصرف إلى المحلل، تحصينا لقصد المسلم عن المحرّم، كما إذا أوصى بعود من عيدانه.

و لو لم يكن له عود إلاّ- عود اللهو (٢) قيل: يبطل، و قيل: يصحّ. و تزال عنه الصفة المحرّمه. أمّا لو لم يكن فيه منفعة إلاّ المحرّمه بطلت الوصيّه.

توقف على الإجازة.

و حكى فى الدروس (١) صحّحه الوصيّه بمال الغير مع وقوفه على إجازته احتمالاً.

و على تقدير هذا الاحتمال يتفرّع نفوذ الوصيّه هنا فى ثلث حقه خاصّه، إلاّ أنّ المبنى عليه لَمّا كان ضعيفاً لم يلتفت إليه المصنّف و قطع بانصرافه إلى ما يملكه. و نبه بما ذكره من الحكم على خلاف بعض العاّمه (٢) حيث حكم بنفوذ الوصيّه- فى المسأله المفروضه فى ثلث خاصّه.

و المراد بانصراف الوصيّه إلى الثلث الباقي صحّحتها فيه أعمّ من نفوذها. ثمّ إن لم يملك الموصى غيره نفذ فى ثلث الثلث و وقف فى ثلثيه على الإجازة، و إن ملك غيره اعتبر خروج مجموع الثلث من الثلث كما هو مقرّر.

قوله: «و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرّم. إلخ».

إنّما نزل على المحلل- مع أنه لفظ مشترك، و من شأن المشترك أن لا يحمل على أحد معانيه إلاّ بقريته- لما أشار إليه المصنّف من النظر إلى ظاهر حال المسلم، فإنّ قصده يحصّن عن المحرّم و كلامه عن اللغو و المنهى عنه شرعاً، و لوجوب تنفيذ الوصيّه بحسب الإمكان لعموم «فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» (٣) و لا يتمّ إلاّ بذلك. و قيل: لا تصحّ الوصيّه بالعود مطلقاً، لانصرافه إلى عود اللهو لأنّه الغالب. و الصحّحه أقوى، و الأغلبيه بحيث لا يتبادر (٤) غيره ممنوعه.

قوله: «و لو لم يكن له إلاّ عود اللهو. إلخ».

موضع الصحّحه و الانصراف إلى المحلل ما إذا كان للموصى من ذلك النوع

ص: ١٧٤

١-١) الدروس: ٢٤٥.

٢-٢) راجع المهذب، ضمن المجموع ١٥: ٤٥٤، حليه العلماء ٦: ٨٩.

٣-٣) البقره: ١٨١.

٤-٤) فى «س» لا يتناول.

و تصحّ الوصيّ بالكلاب المملوكه (١) ككلب الصيد و الماشيه و الحائط و الزرع.

متعدّد بأن يكون له عود لهو و عود حرب و غيرهما، فتصرف الوصيّ إلى المحلّل. و أولى بالحكم ما لو لم يكن له إلا المحلّل و إن كان لفظه أعمّ من المحرّم. أمّا لو لم يكن له إلا المحرّم فقول: تبطل الوصيّه، لانصرافه إلى غير المشروع حيث لم يكن له غيره، و الحال أنّه قد خصّ بها بما هو له فلا ينتقل إلى تحصيل غيره. و قيل: تصحّ الوصيّ به حينئذ و لكن تزال عنه الصفه المحرّمه، بأن يحوّل منها إلى غيرها من الصفات المحلّله إن أمكن، فان لم يكن له إلا المنفعه المحرّمه بطلت الوصيّه.

و إطلاق العبارة يقتضى أنّ زوال الصفه المحرّمه مع بقاء المنفعه لو تحقّق بكسره و الانتفاع بخشبه فى بعض المنافع المحلّله كفى فى الصحّحه على هذا القول. و يشكّل مع خروجه عن كونه عوداً، لأنّ وصيّته معتمده على وصف العود فكسره خروج عن الاسم.

لا- يقال: إذا انتقل إلى الموصى له فله أن يفعل به ما شاء، و من جملته كسره، بل هو واجب حيث يتوقّف زوال الصفه المحرّمه عليه فلا يقدر ذلك فى جواز الوصيّه.

لأنّنا نقول: إنّ جواز تصرّفه فيه بالكسر و غيره موقوف على صحّحه الوصيّه، و صحّحتها موقوفه على كسره، فيدور. و لو قيل: إنّه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ليندفع الدور، جاء فيه ما تقدّم من زوال اسم العود الذى هو متعلّق الوصيّه فلا يكون بعد كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال.

و الأقوى أنّه إن أمكن إزاله الصفه المحرّمه مع بقاء اسمه صحّت الوصيّه و إلا بطلت، لحصره فيما عنده، و هو ينافى تحصيل عود من خارج، و لم يوجد عنده ما يتناوله الاسم شرعاً، فيكون ذلك بمنزله ما لو أوصى بالمحرّم.

قوله: «و تصحّ الوصيّ بالكلاب المملوكه. إلخ».

فى قوله: «المملوكه» تنبيه على أنّا لو لم نقل بملكها لم تصحّ الوصيّه بها، لعدم

الطرف الثاني: في الوصية المبهمة.

من أوصى بجزء من ماله فيه روايتان (١) أشهرهما العشر. وفي روايه سبع الثلث.

كونها مالا منتفعا به، و من ثمّ لم يصحّ بيعها عند القائل بعدم المائيه. و الأقوى جواز الوصيه بها و إن لم نقل بملكها و لم نجوز بيعها، لثبوت الاختصاص بها و انتقالها من يد إلى يد بالإرث و غيره، و هو أعمّ من المال. و خالف في ذلك بعض العامه (١) فمنع من الوصيه بها و إن جاز اقتنائها، و هو شاذّ عندهم أيضا. و في حكم الكلاب الأربعة الجرو الذي يتوقع الانتفاع به على الأقوى، لجواز إمساكه و تربيته. و أمّا ما لا يحلّ اقتناؤه كالكلب العقور فلا تصحّ الوصيه به قطعاً.

إذا تقرّر ذلك: فإذا أوصى بكلب تجوز الوصيه به فان وجد في التركة فذاك، و إلاّ فإن جوزنا شراءه اشترى من التركة و دفع إلى الموصى له، و إن لم نجوز شراءه احتمل بطلان الوصيه حينئذ لعدم إمكان إنفاذها على الوجه المشروع، و مراعاة تحصيله بغير البيع إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم إمكان تحصيله بغيره، فيجب تحصيله على الوارث تفضيلاً من تبديل الوصيه مع إمكان إنفاذها فإن أمكن تحصيله و إلاّ بطلت. و يشكل بأنّه لا يلزم من إمكان تحصيله للوارث وجوبه عليه، إذ لا يجب عليه إنفاذ وصيته مورثه إلاّ من مال المورث، و هو منتف هنا فالأقوى البطلان مطلقاً، لكن لو تبرّع به متبرّع من وارث و غيره صحّ و إن لم يكن ذلك واجباً.

قوله: «من أوصى بجزء من ماله فيه روايتان. إلخ».

إذا أوصى بجزء من ماله فقد اختلف الأصحاب في تعيينه مع اتّفاقهم على اختصاصه بقدر معيّن شرعاً و إن لم يكن معيّن لغه و لا عرفاً. و وجه الاختلاف اختلاف الروايات فيه، فذهب جماعة منهم المصنف إلى أنّه العشر، لروايه عبد الله ابن سنان عن عبد الرحمن بن سيابه، قال: «إنّ امرأه أوصت إليّ و قالت: ثلثي يقضى به ديني و جزء منه لفلان، فسألته ابن أبي ليلى فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدري ما

ص: ١٧٦

الجزء؟ فسألت أبا عبد الله عن ذلك فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إن الله تعالى أمر إبراهيم -عليه السلام- فقال: اجعل على كل جبل منهنّ جزءاً و كانت الجبال يومئذ عشره، فالجزء هو العشر من الشيء». (١) و في معناه روايه معاويه بن عمّار قال: «سألت أبا عبد الله -عليه السلام- عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال:

جزء من عشره، قال الله تعالى ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءًا و كانت الجبال عشره أجمال» (٢). و روى أبان بن تغلب في الحسن عن أبي جعفر -عليه السلام- مثله (٣)، و استشهد بالجبال. و روى أبو بصير عن أبي عبد الله -عليه السلام- مثله (٤).

و هذه الأخبار و إن ضعف سندها لكنّها كثيره يعضد بعضها بعضاً، مع أنّ فيها الحسن كما ذكرناه. و ذكر العلامة في المختلف (٥) أنّ حديث عبد الله بن سنان صحيح، و لم يذكر في سننه عبد الرحمن بن سيابه، بل جعل الراوى عن الامام عبد الله بلا واسطه. و قد رواه الشيخ كذلك في الاستبصار و عليه فيكون صحيحاً كما ذكر، لكنّ الموجود في التهذيب -و هو عندى بخط الشيخ أبي جعفر- رحمه الله -روايته عن عبد الرحمن بن سيابه و هو مجهول فلا يكون صحيحاً، و يؤيده كونه سأل ابن أبي ليلى في ذلك، و من المستبعد جدّاً أنّ عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الإمامى سأل ابن أبي ليلى في ذلك، بل الموجود في الأخبار أنّ ابن أبي ليلى كان يسأله و يسأل

ص: ١٧٧

١- (١) الكافي ٧: ٣٩ ح ١، التهذيب ٩: ٢٠٨ ح ٨٢٤، الاستبصار ٤: ١٣١ ح ٤٩٤، و الوسائل ١٣: ٤٤٢ ب «٥٤» من كتاب الوصايا ح ٢، و الآيه في سورة البقره: ٢٦٠.

٢- (٢) الكافي ٧: ٤٠ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥٢ ح ٥٢٨، التهذيب ٩: ٢٠٨ ح ٨٢٥، و الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٣- (٣) الكافي ٧: ٤٠ ح ٣، التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٢٦، الاستبصار ٤: ١٣٢ ح ٤٩٦، و الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٤- (٤) التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٢٧، الاستبصار ٤: ١٣٢ ح ٤٩٧، و الوسائل الباب المتقدم ح ١١.

٥- (٥) المختلف: ٥٠١.

أصحابه مثل محمّد بن مسلم وغيره عن كثير من المسائل. وكذلك في الدروس (١) جعله صحيحا كما ذكره العلامة. وبالجملة فالرواية بذلك تصير مضطربة السند إن لم نرجح روايه التهذيب حيث إنّه أصل الاستبصار، فلا تكون صحيحه على كلّ حال.

و ذهب جماعه (٢) من الأصحاب و أكثر المتأخرين إلى أنّه السبع، لصحيحه أحمد ابن أبي نصر البزنطى قال: «سألت أبا الحسن عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال:

واحد من سبعة، إن الله تعالى يقول لها سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمُ جُزْءٌ مَقْسُومٌ قلت: فرجل أوصى بسهم من ماله، فقال: السهم واحد من ثمانية ثمّ قرأ: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ الْآيَةَ». (٣) و مثله روى إسماعيل بن همام في الصحيح (٤) عن الرضا- عليه السلام - و استشهد بالأبواب السبعة.

و هذا القول أصحّ روايه و الأموال أكثر، فلذلك قال المصنف: أشهرهما العشر، فإنّ تلك أشهر و هذه أصحّ و ينبغي ترجيح الصحيح.

نعم، من حكم بصحّه روايه عبد الله بن سنان و انضمّ إليها حسنه أبان و الباقي من الموثّق توجّه ترجيحه لمضمونها. و هو خيره العلامة في المختلف (٥) محتجًا بكثرتها و زيادتها على هذه، و موافقتها للأصل، و بعدها عن الاضطراب، إذ في روايه

ص: ١٧٨

(١ - ١) الدروس: ٢٤٥.

(٢ - ٢) كالمفيد في المقنعه: ٦٧٣، و الشيخ في النهايه: ٦١٣، و ابن إدريس في السرائر ١٨٧: ٣ و ٢٠٧، و ابن سعيد في الجامع للشرائع: ٤٩٥، و العلامة في الإرشاد ١: ٤٦١.

(٣ - ٣) التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٢٨، الاستبصار ٤: ١٣٢ ح ٤٩٨، و الوسائل ١٣: ٤٤٧ ب «٥٤» من كتاب الوصايا ح ١٢ و ورد ذيله في: ٤٤٨ ب «٥٥» ح ١. و الآيتان الأولى في سورة الحجر: ٤٤، و الثانيه في سورة التوبه: ٦٠.

(٤ - ٤) التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٢٩، الاستبصار ٤: ١٣٢ ح ٤٩٩، الوسائل ١٣: ٤٤٧ ب «٥٤» من كتاب الوصايا ح ١٣.

(٥ - ٥) المختلف: ٥٠١.

و لو كان بسهم كان ثمنا. (١) السبع أنه سبع الثلث و هي الروايه الثالثه التي أشار المصنف إليها أخيراً، رواها الحسين بن خالد عن أبي الحسن -عليه السلام- قال: «سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: سبع ثلثه» (١). وهذه الروايه مع جهاله سندها بالحسين بن خالد شاذّه لا عامل بمضمونها.

و الفرق بينها و بين روايه عبد الله بن سنان المتضمّنه لعشر الثلث: أنّ الموصى فيها صرّح بكون الجزء من الثلث و هنا جعله من ماله، و لا إشكال في حمل الجزء على معناه من العشر أو السبع لأيّ شيء نسب، فإن نسب إلى المال فهو عشره أو سبعة، أو إلى الثلث أو إلى النصف أو غيرهما فهو العشر أو السبع من ذلك الجزء المنسوب إليه، فالروايه الأولى لا تخالف سوى روايه السبع بخلاف هذه فإنها تخالف الجميع.

و الشيخ (٢) -رحمه الله- جمع بين الأخبار بحمل الجزء على العشر مع استحباب العمل بالسبع للورثه. و لا بأس بهذا الحمل حذرا من أطراح الروايات المعتمره.

و اعلم أنّه قد ظهر مما قرّرناه أنّ معنى قول المصنف: «فيه روايتان أشهرهما العشر» أنّه يريد بالروايتين روايه العشر و روايه السبع و أراد به جنس الروايه، لأنّها متعدّده من الجانبين، و أنّ قوله: «و في روايه سبع الثلث» إشاره إلى روايه ثالثه، لا أنّ هذه ثانيه الروايتين و أنّ إحداهما روايه العشر و هذه الأخرى كما يوهمه ظاهر اللفظ.

قوله: «و لو كان بسهم كان ثمنا».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و قد تقدّم في صحيحه البنزطى (٣) ما يدلّ عليه، و استشهد بسهام أرباب الزكاه الثمانيه. و مثله حسنه صفوان (٤) عن الرضا-

ص: ١٧٩

١- ١) الفقيه ٤: ١٥٢ ح ٥٢٩، التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٣١، الاستبصار ٤: ١٣٣ ح ٥٠١، و الوسائل الباب المتقدّم ح ١٤.

٢- ٢) راجع التهذيب ٩: ٢١٠، و الاستبصار ٤: ١٣٣.

٣- ٣) لاحظ الصفحه السابقه، هامش (٣).

٤- ٤) الكافي ٧: ٤١ ح ٢، معانى الأخبار: ٢١٦ ح ٢، التهذيب ٩: ٢١٠ ح ٨٣٣، الاستبصار ٤: ١٣٣ ح ٥٠٣، و الوسائل ١٣: ٤٤٨ ح ٥٥» من كتاب الوصايا ح ٢.

و لو كان بشيء، كان سدسا. (١) و لو أوصى بوجوه فنسى الوصيّ وجها، جعله فى وجوه البرّ. و قيل:

يرجع ميراثا. (٢) عليه السلام - و موثقه السكونى (١) عن أبى عبد الله عليه السلام. و ذهب الشيخ (٢) فى أحد قوليّه إلى أنّه السدس، لما روى عن ابن مسعود «أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبىّ صلى الله عليه وآله و سلمّ السدس» (٣). و قيل: إنّ السهم فى كلام العرب السدس (٤). و روى طلحة بن زيد (٥)، عن أبى عبد الله - عليه السلام - أنّه العشر، و لا نعلم به قائلا و نسبه الشيخ (٦) إلى وهم الراوى و أنّه سمعه فيمن أوصى بجزء من ماله فظنّه بالسهم، أو أنّه ظنّ أنّ السهم و الجزء واحد. قوله: «و لو كان بشيء كان سدسا».

هذا اللفظ من جملة الأجزاء المعيّنة نصّا، و الظاهر أنّه اتّفاق إذ لا يظهر فيه مخالف. و المستند روايه أبان عن على بن الحسين - عليهما السلام - أنّه سئل عن رجل أوصى بشيء، فقال: «الشيء فى كتاب علىّ من ستّه». (٧).

قوله: «و لو أوصى بوجوه فنسى الوصيّ وجها جعله فى وجوه البرّ.

و قيل: يرجع ميراثا».

القول الأول هو المشهور و الأصحّ، لخروج المال عن الوارث بالوصيّة النافذه أولا، لأنّه الفرض فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل، و جهاله مصرفه يصيّره

ص: ١٨٠

١ - ١ الكافى ٧: ٤١ ح ١، الفقيه ٤: ١٥٢ ح ٤٢٦، معانى الأخبار: ٢١٦ ح ١، التهذيب ٩: ٢١٠ ح ٨٣٢، الاستبصار ٤: ١٣٣ ح ٥٠٢، و الوسائل الباب المتقدم ح ٣.

٢ - ٢ الخلاف ٤: ١٤٠ مسألة (٩)، المبسوط ٤: ٨.

٣ - ٣ كشف الأستار عن زوائد البزار ٢: ١٣٩ ح ١٣٨٠، مجمع الزوائد ٤: ٢١٣.

٤ - ٤ راجع الخلاف المتقدم و كذا المغنى لابن قدامة ٤: ٤٧٧.

٥ - ٥ التهذيب ٩: ٢١١ ح ٨٣٤، الاستبصار ٤: ١٣٤ ح ٥٠٤، و الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٦ - ٦ التهذيب ٩: ٢١١ ح ٨٣٤، الاستبصار ٤: ١٣٤ ح ٥٠٤، و الوسائل الباب المتقدم ح ٤.

٧ - ٧ الكافى ٧: ٤٠ ح ١، الفقيه ٤: ١٥١ ح ٤٢٥، التهذيب ٩: ٢١١ ح ٨٣٥، و الوسائل ١٣: ٤٥٠ ب «٥٦» من كتاب الوصايا.

و لو أوصى بسيف معين (١) و هو فى جفن، دخل الجفن و الحليه فى الوصيه. و كذا لو أوصى بصندوق و فيه ثياب، أو سفينه و فيها متاع، أو بمنزله المال المجهول المستحق، فيصرف فى وجوه البرّ. و لأنّه لو رجع إلى الوارث بالإرث لزم تبديل الوصيه المنهيه عنه، بخلاف البرّ لأنّه عمل بمقتضاها، و من ثمّ أخرج عن الوارث، غايته جهاله المصرف فيصرف فيه المال المجهول.

و لأنّ الموصى ربما أراد بوصيته القربه المخصوصه فإذا فات بالخصوص بالنسيان بقى العموم فيكون أقرب إلى مراد الموصى.

و تشهد له روايه محمّد بن الرّيان قال: «كتبت إلى أبى الحسن -عليه السلام- أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها، كيف يصنع بالباقي؟ فوقّع عليه السلام: الأبواب الباقية اجعلها فى البرّ». (١) و المراد بالبرّ وجوه القرب من الفقراء و المساكين و المساجد و الطرقات و كلّ ما فيه قربه معتدّ بها.

و القول برجوعه ميراثا لابن إدريس (٢)، و نقله عن الشيخ أيضا فى بعض فتاواه [١]، و إلا - فهو فى كتبه (٣) مع الأول. و احتجّ له بأنّها وصيه بطلت، لا تمتنع القيام بها فيرجع إلى الميراث. و جوابه: منع استلزام العجز عن القيام بها البطلان، لما ذكرناه من أنّ وجوه البرّ بعض مراد الموصى، مضافا إلى ما ذكرناه من خروجها عن ملك الوارث فلا تعود بمثل هذه الأوهام. و قد تقدّم (٤) لهذه المسأله نظائر كثيره فى الوقف و الحجّ.

قوله: «و لو أوصى بسيف معين. إلخ».

القول بدخول جميع ما ذكر فى الوصيه هو المشهور بين المتقدّمين و المتأخّرين،

ص: ١٨١

١- (١) الكافى ٧: ٥٨ ح ٧، الفقيه ٤: ١٦٢ ح ٤، التهذيب ٩: ٢١٤ ح ٩، ٨٤٤، و الوسائل ١٣: ٤٥٣ ب «٦١» من كتاب الوصايا.

٢- (٢) السرائر ٣: ٢٠٩-٢٠٨.

٣- (٣) النهايه: ٦١٣.

٤- (٤) لاحظ ج ١٨٩: ٢، و ج ٣٤٦: ٥.

جراب و فيه قماش، فان الوعاء و ما فيه داخل فى الوصيّه. و فيه قول آخر بعيد.

و المستند روايه أبى جميله عن الرضا-عليه السلام-قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف و كان فى جفن و عليه حليه، فقال له الورثه: إنّما لك النصل و ليس لك المال، قال: فقال: لا بل السيف بما فيه له، قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فيه مال، فقال الورثه: إنّما لك الصندوق و ليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن-عليه السلام-: «الصندوق بما فيه له» (١) و عن عقبه بن خالد، عن أبى عبد الله-عليه السلام-قال: «سألته عن رجل قال: هذه السفينه لفلان، و لم يسمّ ما فيها، و فيها طعام، أ يعطاها الرجل و ما فيها؟ قال: هي للذى أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متّهما و ليس للورثه شيء» (٢).

و هذه الروايات ضعيفه السند إلا أن العرف شاهد بدخول جفن السيف و حليته فيه و هو محكّم فى أمثال ذلك، فإنه لو قيل: خذ سيفك، أو سافر فلان بسيفه، لا يفهم منه إلا مجموع هذه الأشياء، حتى لو جرّده من غمده لعدّه العقلاء سفيها، و العرف كاف فى إثبات الحكم، و تبقى الروايه شاهدا، فالحكم بدخولها فيه قوى. و أمّا الباقي فلا يدلّ العرف على تناول الظرف للمظروف غالبا، و الروايه قاصره عن إثبات المطلوب، فالقول بعدم الدخول أجود.

نعم، لو دلّ العرف أو القرينه على شيء فى بعض الأفراد اتّبع، كما أنه لو دلّ على عدم دخول الجفن أو الحليه فى بعض الموارد لم يدخل. و جملة الأمر ترجع إلى عدم

ص: ١٨٢

١- (١) الكافي ٧:٤٤ ح ١، الفقيه ٤:١٦١ ح ٥٦١، التهذيب ٩:٢١١ ح ٨٣٧، و الوسائل ١٣: ٤٥١ ب «٥٧» من كتاب الوصايا ح ١ و ذيله فى ب «٥٨» ح ٢.

٢- (٢) الكافي ٧:٤٤ ح ٢، الفقيه ٤:١٦١ ح ٥٦٢، التهذيب ٩:٢١٢ ح ٨٣٨، و الوسائل ١٣: ٤٥٢ ب «٥٩» من كتاب الوصايا.

الدخول إلا مع العرف أو القرينه.

و القول الذى أشار إليه المصنف و استبعده للشيخ فى النهايه (١)، فإنه حكم بدخول هذه الأشياء بشرط أن يكون الموصى عدلا مأمونا و إلا لم تنفذ الوصيه فى أكثر من ثلثه. و هو بعيد من وجوه:

أحدها: اشتراط عداله الموصى، و هو غير معتبر فى الوصيه مطلقا، و إنما يعتبرها بعض الأصحاب (٢) فى الإقرار على بعض الوجوه على ما فيه.

و ثانيها: نفوذها من الأصل على تقدير العداله و من الثلث على تقدير عدمها، و هذا أيضا ليس من جملة أحكام الوصيه بل من أحكام إقرار المريض على بعض الوجوه، و سيأتى (٣).

و ثالثها: تعميم الحكم فى هذه الأشياء، مع أن الروايه التى هى منشأ حكمه إنما تضمنت بعضها و هى روايه عقبه بن خالد المشتمله على السفينه خاصه، فتعديته إلى غيرها- مع مخالفته للأصل- بعيد.

و اعلم أنه لا فرق فى الحكم على التقديرين بين كون الصندوق مقفلا و الجراب مشدودا و عدمه خلافا للمفيد (٤) حيث قيدهما بذلك.

و احترز المصنف بالمعين فى هذه عمّا لو كان مطلقا، كما لو قال: أعطوه سيفا أو سفينه أو صندوقا، فإنه لا يتناول إلا الظرف خاصه عملا- بمدلول الروايه حيث خصّيتها بالمعين، و لدلاله العرف عليه أيضا. و هو يتم فى غير السيف أما فيه فدخول الجفن فيه قوى، لأنه كالجزم عرفا، أما الحليه فلا تدخل إلا مع التعيين.

ص: ١٨٣

١- ١) النهايه: ٦١٣-٦١٤.

٢- ٢) راجع المقنع: ٦٦٢، المهذب ١: ٤١٩.

٣- ٣) فى النظر الثانى من كتاب الإقرار.

٤- ٤) المقنع: ٦٧٤-٦٧٥.

و لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته (١) لم يصحّ. و هل يلغو اللفظ؟ فيه تردّد بين البطلان و بين إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد، فتمضى في الثلث، و يكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضه. و الوجه الأول. و فيه روايه بوجه آخر مهجوره.

قوله: «و لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته. إلخ».

اختلف الأصحاب فيمن أوصى بإخراج بعض ولده من الإرث هل يقع صحيحا، و يختصّ الإرث بغيره من الوراث إن خرج من الثلث، و يصحّ في ثلثه إن زاد، أم يقع باطلا؟ الأكثر على الثاني، لأنها مخالفه للكتاب و السنّه فتلغو، قال الله تعالى يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ (١) الآيه، وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ (٢). و روى سعد بن سعد، عن الرضا-عليه السلام- في رجل كان له ابن يدّعيه فنفاه ثمّ أخرجته من الميراث و أنا وصيّيه فكيف أصنع؟ فقال-عليه السلام-:

«لزمه الولد، لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه» (٣).

و وجه الصحّه و اعتبار الثلث: أنّ إخراجها من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثه بها فكان كما لو أوصى بها فتمضى من الثلث بمعنى حرمان الموصى بإخراجها من الثلث، و مشاركتها في الثلاثين إن كان معه مساو و الاختصاص بالباقي إن لم يكن.

و هذا القول رجّحه العلّامه في المختلف (٤)، و على هذا فلو أجاز نفذت في الجميع.

و يضعّف بأن الحمل على الوصيّه خلاف مدلول اللفظ، لأن إخراجها من الإرث لا يقتضى كونه أوصى بنصيبه لباقي الورثه و إن لزم منه رجوع الحصّه إليهم، لأن ذلك ليس بالوصيّه بل لاستحقاقهم التركة حيث لا وارث غيرهم، و ربما لم يكن

ص: ١٨٤

١- (١) النساء: ١١.

٢- (٢) الأنفال: ٧٥.

٣- (٣) الكافي ٧: ٦٤ ح ٢٦، الفقيه ٤: ١٦٣ ح ٥٦٨، التهذيب ٩: ٢٣٥ ح ٩١٨، الاستبصار ٤: ١٣٩ ح ٥٢٠، و الوسائل ١٣: ٤٧٦ ح ٩٠ من كتاب الوصايا ح ١.

٤- (٤) المختلف: ٥٠٧.

حال الوصية عالما بالوارث كما لو لم يكن له إلا- ذلك الولد، ولا- يعلم من يرثه بعده و لم يخطر على باله الوارث. فالحكم بالوصية بذلك عدول باللفظ إلى ما لا يدل عليه بإحدى الدلالات، فإن انتفاء دلاله المطابقه و التضامن ظاهر، و دلاله الالتزام قد عرفت تخلف شرطها، لأن شرطها اللزوم البين بحيث يلزم من تصور الملزوم تصور اللازم أو مع الوسط، و هو متنف كما أشرنا إليه من جواز ذهوله عن الوارث أصلا و عدم التفاته إليه، بل عدم معرفته، و إنما غرضه مجرد الانتقام من الولد الوارث، فالبطلان مطلقا أقوى.

و أشار بقوله: «و فيه روايه بوجه آخر مهجوره» إلى ما رواه الشيخ و الصدوق عن وصي علي بن السري قال: «قلت: لأبي الحسن موسى -عليه السلام- إن علي بن السري توفي و أوصى إلي، فقال: رحمه الله، قلت: و إن ابنه جعفر وقع علي أم ولد له فأمرني أن أخرجته من الميراث، قال: فقال لي: أخرجته فإن كنت صادقا فسيصيه خبل، قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري و هذا وصي أبي فمره فليدفع إلي ميراثي من أبي، فقال لي:

ما تقول؟ فقلت له: نعم، هذا جعفر بن علي بن السري و أنا وصي علي بن السري، قال: فادفع إليه ماله، فقلت: أريد أن أكلمك، قال: فادنه، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي، فقلت له: هذا وقع علي أم ولد لأبيه فأمرني أبوه و أوصى إلي أن أخرجته من الميراث و لا- أورثه شيئا، فأتيت موسى بن جعفر -عليه السلام- بالمدينه فأخبرته و سألته فأمرني أن أخرجته من الميراث و لا أورثه شيئا، فقال: الله إن أبا الحسن أمرك، قال: قلت: نعم، فاستحلفني ثلاثا ثم قال: أنفذ ما أمرك فالقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك» (١).

قال الشيخ في كتابي الأخبار بعد نقله الحديث: «هذا الحكم مقصور على هذه

ص: ١٨٥

١- (١) الفقيه ٤: ١٦٢ ح ٥٦٧، التهذيب ٩: ٢٣٥ ح ٩١٧، الاستبصار ٤: ١٣٩ ح ٥٢١، و رواه الكليني في الكافي ٧: ٦١ ح ١٥، و الوسائل ١٣: ٤٧٦ ب «٩٠» من كتاب الوصايا ح ٢.

و إذا أوصى بلفظ مجمل (١) لم يفسره الشرع، رجع في تفسيره إلى الوارث، كقوله: أعطوه حظًا من مالي أو قسطا أو نصيبا أو قليلا أو يسيرا أو جليلا أو جزيلا.

القضيّة لا يتعدّى به إلى غيرها. و قال الصدوق عقيب هذه الرواية: «مَنْ أوصى بإخراج ابنه من الميراث و لم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصيّ إنفاذ وصيّته في ذلك».

و هذا يدلّ على أنهما عاملان بها فيمن فعل ذلك. أما الشيخ فكلامه صريح فيه، و أما ابن بابويه فلاّنه و إن لم يصرح به بل إنّما دلّ بمفهومه عليه إلاّ أنّه قد نصّ في أوّل كتابه (١) على أن ما يذكره فيه يفتى به و يعتمد عليه، فيكون حكما بمضمونه. و ما ذكره من نفيه عمّن لم يحدث ذلك دفع لتوهم تعدّيه إلى غيره، و إلاّ فهو كالمستغنى عنه.

فهذا هو الوجه الذي أشار إليه المصنف.

و وجه هجر الرواية أنّ الوصيّ الراوى للخبر مجهول الاسم و العدالة، فلا يعمل بخبره، و في طريقه أيضا المعلى و هو مشترك بين الثقة و الضعيف.

و اعلم أنه لا فرق في الحكم بين الولد و غيره من الوارث إن حكمنا بالبطلان أو بنفوذها من الثلث، و إن عملنا بالرواية و جب قصرها على موردها، و هو الولد المحدث للحدث المذكور، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده.

قوله: «و لو أوصى بلفظ مجمل. إلخ».

إنّما رجع في ذلك إلى الوارث لأنّه لا مقدّر لشيء من ذلك لغيره و لا عرفا و لا شرعا، فكلّ ما يتموّل صالح لأن يكون متعلّق الوصيّ به. أمّا في القسط و النصيب و الحظّ و القليل و اليسير فواضح، و أمّا في الجليل و الجزيل و ما في معناهما كالعظيم و النفيس فإنّه و إن كان يقتضى عرفا زياده على المتموّل إلاّ أنّه مع ذلك يحتمل إرادته الأقلّ، نظرا إلى أنّ جميع المال متّصف بذلك في نظر الشارع، و من ثمّ حكم بكفر مستحلّ قليله و كثيره، كما تبّهوا عليه في الإقرار بمثل ذلك متّفقين على الحكم في الموضوعين، و لا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلة و نحوها، لا اختلاف الحيثية، فقلّته من

ص: ١٨٤

و لو قال: أعطوه كثيرا، (١) قيل: يعطى ثمانين درهما كما فى النذر. و قيل:

يختص هذا التفسير بالنذر اقتصارا على موضع النقل.

حيث المقدار و جلالته من حيث الاعتبار.

و على هذا فلو قال: أعطوا زيدا قسطا عظيما، و عمرا قسطا يسيرا، لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزياده الأول عن الثانى لما ذكرناه، مع احتمالهما نظرا إلى أغلبيته العرف بإرادته ذلك.

و فيه أن ذلك إن اعتبر لزم مثله عند الانفراد، لظهور أغلبيته العرف بالفرق بين قوله يسيرا و قليلا و قوله عظيما و جليلا، خصوصا مع الجمع بين ألفاظ متعدده بأحد المعنيين.

و لو تعدد الرجوع إلى الوارث لغيبه أو امتناع أو صغر أعطى أقل ما يصدق عليه الاسم، لأنه المتيقن.

قوله: «و لو قال: أعطوه كثيرا. إلخ».

لفظ الكثير كظائره ممتا ذكر من الألفاظ السابقه فى عدم دلالة اللغة و العرف على حمله على مقدّر مخصوص، و لكن وردت روايه (١) أن من نذر الصدقه بمال كثير يلزمه الصدقه بثمانين درهما، فعداها الشيخ (٢) و الصدوق (٣) و جماعه (٤) إلى الوصيه، و أضاف الشيخ (٥) الإقرار نظرا إلى أن ذلك تقدير شرعى للكثير كالجزم و السهم، فلا يقصّر على مورد السؤال، إذ لو حمل فى غيره على غيره لزم الاشتراك المخالف للأصل، مع أن الروايه الوارده فى النذر (٦) مرسله، رواها على بن إبراهيم، عن أبيه، عن بعض

ص: ١٨٧

١- ١) الوسائل ١٨٦: ١٦ ب «٣» من كتاب النذر و العهد.

٢- ٢) الخلاف ٤: ١٣٩ مسألة (٨).

٣- ٣) المقنع: ١٦٣، الفقيه ٤: ١٥٣.

٤- ٤) كما فى الوسيه: ٣٧٨، و فقه القرآن ٢: ٣١٣، و المؤلف من المختلف ٢: ٦٠ مسألة (٨).

٥- ٥) الخلاف ٣: ٣٦٠-٣٥٩ مسألة (١).

٦- ٦) الكافي ٧: ٤٦٣ ح ٢١، التهذيب ٨: ٣٠٩ ح ١١٤٧، و الوسائل ١٨٦: ١٦ ب «٣» من كتاب الإقرار ح ١.

و الوصية بما دون الثلث أفضل،(١) حتى إنها بالربع أفضل من الثلث، و بالخمس أفضل من الربع.

أصحابه أنّ المتوكل نذر كذلك فأجابه الجواد-عليه السلام-[١]بذلك،و ما هذا شأنه كيف يتعدى إلى غير مورده،مع ضعفه في نفسه و مخالفته للأصل و اللغه و العرف.

و استشهاده بالمواطن الكثيره المتصور فيها لا يقتضى انحصار الكثير فيه،فقد ورد في القرآن فَنَّهُ كَثِيرَةً (١)و ذَكَرًا كَثِيرًا (٢)و لم يحمل على ذلك،و الحق الرجوع فيه إلى الوارث كالعظيم في غير موضع الإجماع،لضعف المأخذ.

قوله:«و الوصية بما دون الثلث أفضل.».

الحقّ النافذ للموصى أن يوصى بثلث ماله فما دون،قال الصادق-عليه السلام-:«من أوصى بالثلث فلم يترك» (٣)و في لفظ آخر«فقد أضرّ بالورثه،و الوصية بالخمس و الربع أفضل من الوصية بالثلث».(٤)و قال الباقر-عليه السلام-:«كان أمير المؤمنين-عليه السلام-يقول:لأن أوصى بخمس مالى أحبّ إلى من أن أوصى بالربع،و أن أوصى بالربع أحبّ إلى من أن أوصى بالثلث،و من أوصى بالثلث فلم يترك،و قد بالغ» (٥).

و مقتضى النصوص و الفتاوى عدم الفرق بين كون الوصية بذلك لغني و فقير و غيرهما من وجوه القرب،و الحكمه فيه النظر إلى الوارث فإنّ صله الرحم و الصدقه عليه أفضل من الأجنبيّ،و ترك الوصية لغير الوارث بمنزله الصدقه بالتركه عليه.

و فضل ابن حمزه فقال:«إن كان الورثه أغنياء كانت الوصية بالثلث أولى،و إن

ص:١٨٨

١-٢) البقره:٢٤٩.

٢-٣) الأحزاب:٤١.

٣-٤) الكافي ٧:١١ ح ٥،٦، الفقيه ٤:١٣٦ ح ٤٧٥، التهذيب ٩:١٩١ ح ٧٦٩، الاستبصار ٤:١١٩ ح ٤٥١،و الوسائل ١٣:٣٦٠ ب«٩»من كتاب الوصايا ح ٢.

٤-٥) الكافي ٧:١١ ح ٥،٦، الفقيه ٤:١٣٦ ح ٤٧٥، التهذيب ٩:١٩١ ح ٧٦٩، الاستبصار ٤:١١٩ ح ٤٥١،و الوسائل ١٣:٣٦٠ ب«٩»من كتاب الوصايا ح ٢.

٥-٦) الكافي ٧:١١ ح ٤، الفقيه ٤:١٣٦ ح ٤٧٤، التهذيب ٩:١٩٢ ح ٧٧٣، الاستبصار ٤:١١٩ ح ٤٥٣،و الوسائل الباب المتقدم ح ١.

تفريع إذا عيّن الموصى له شيئاً، (١) وادّعى أنّ الموصى قصده من هذه الألفاظ و أنكر الوارث، كان القول قول الوارث مع يمينه، إن ادّعى عليه العلم و إلا فلا يمين.

كانوا فقراء فبالخمس، و إن كانوا متوسطين فبالربع» (١). و هو لاحظ ما ذكرناه من مراعاة جانب الوارث.

و أحسن منه ما فصله العلامة في التذكرة فقال: «لا يبعد عندي التقدير بأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحبّ الوصية، لأنّ النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم علل المنع من الوصية بقوله: «إن ترك خيراً» لأنّ ترك ذريتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة، و لأنّ إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيّتهم فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم، فحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة و كثرتهم و قلتهم و غناهم و حاجتهم، و لا يتقدّر بقدر من المال». (٢)

قوله: «إذا عيّن الموصى له شيئاً إلخ».

إن ادّعى الموصى له أنّ الموصى أراد تقديراً مخصوصاً من الألفاظ السابقة و نحوها ممّا يرجع فيه إلى تفسير الوارث، كأن قال: أعطوه مالا جليلاً، فقال الموصى له: أراد به ألف درهم، فأنكر الوارث فالقول قوله.

ثمّ إن ادّعى الموصى له عليه العلم بما ادّعى أنّ الموصى إرادته، فعلى الوارث اليمين على نفى علمه بذلك، لا- على نفى إرادته الموصى ذلك، لأنّ إرادته لا تلزم الوارث إلا إذا علم بها و إن كانت واقعه في نفس الأمر، فإذا ادّعاها الموصى له لا يلتفت إليه إلا أن يدّعى علم الوارث بها فيحلف على نفى العلم لا على البتّ، لأنّه حلف على نفى فعل الغير، قاعده مستمرّه.

ص: ١٨٩

١-١) الوسيلة: ٣٧٥.

٢-٢) التذكرة ٤٨٠: ٢-٤٨١.

الطرف الثالث: في أحكام الوصية:

إذا أوصى بوصية ثم أوصى بأخرى مضاده للأولى عمل بالأخيره. (١) و لو أوصى بحمل فجاءت به (٢) لأقل من ستة أشهر، صححت الوصية به. و لو كان لعشره أشهر من حين الوصية لم تصح. و إن جاءت لمده بين الستة و العشره و كانت خاليه من مولى و زوج، حكم به للموصى له.

و إن كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له، لاحتقال توهم الحمل فى حال الوصية و تجدده بعدها.

قوله: «إذا أوصى بوصية ثم أوصى بأخرى مضاده للأولى عمل بالأخيره».

يتحقق التضاد باتحاد الموصى به و اختلاف الموصى له بأن أوصى بالعين الفلانيه لزيد ثم أوصى بها لعمرو، أو أوصى بمائه درهم مطلقا لزيد ثم قال: المائه التى أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمرو. و لا يتحقق فى المطلقه مطلقا، كما إذا أوصى لزيد بمائه درهم ثم أوصى لعمرو بمائه، أو أوصى لزيد بدار ثم أوصى لعمرو بدار، و نحو ذلك. و مثله يأتى فى الأجزاء المشاعه، كما لو أوصى لزيد بخمس ماله ثم أوصى لعمرو بثلث ماله، و هكذا. و قد يقع الاشتباه فى بعض الوصايا المتعدده هل هى متضاده أم لا؟ كالوصية لزيد بثلث ماله ثم الوصية لعمرو بثلث ماله، و قد تقدم (١).

قوله: «و لو أوصى بحمل فجاءت به. إلخ».

و اعلم أنه ليس من شرط الموصى به كونه موجودا بالفعل وقت الوصية، بل لو أوصى بما تحمله الأمه أو الدابّه أو الشجره فى هذه السنه أو فى المستقبل مطلقا صح، كما سيأتى (٢). و لكن لو أشار الى معين و أوصى بحمله الموجود، أو بالحمل الموجود لأمته، أو بحملها مطلقا حيث تدلّ القرينه على إرادته الموجود، أو مطلقا نظرا إلى

ص: ١٩٠

١-١) فى ص: ١٦٢.

٢-٢) فى ص: ١٩٣.

ادعاء دلالة القرينه عليه كما قيل، اشترط كونه موجودا حال الوصيه و لو بمقتضى ظاهر الشرع، فإن كان الحمل لأمه و ولدته لأقل من سته أشهر من حين الوصيه علم أنه كان موجودا.

و إنما اعتبر كونه لأقل من سته أشهر لأنه حال الوصيه لا يمكن حدوثه، فلا بد من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطى الأمه بحيث يمكن فيه تخلق الولد، و ذلك قد يكون في مدّه قريبه من الوصيه و بعيده بحسب ما يتفق وقوعه أو يمكن.

و الضابط: ولادتها له في وقت يقطع بوجوده حال الوصيه، و يتحقق بولادته لأقل الحمل من حين الوطى المتقدم على الوصيه.

و لو علم عدم وجوده قطعا بأن ولدته لأكثر من أقصى مدّه الحمل من حين الوصيه تبين بطلانها، و قد فرض المصنف الأقصى عشره أشهر بناء على ما يختاره فيه (1). و إنما اعتبر في الأقصى حال الوصيه لأنه إذا كانت المدّه من حين الوصيه قد مضت كذلك فبطريق أولى أن يكون قد مضت من حين الوطى المتولد عنه الحمل قبل الوصيه.

و لو ولدته فيما بين أقصى مدّه الحمل و أقله أمكن وجوده حال الوصيه و عدمه، فينظر حينئذ إن كانت الأمه فراشا بحيث يمكن تجددّه بعد الوصيه لم يحكم بصحتها، لأصالة عدم تقدمه حالتها، و إن كانت خاليه من الفراش بأن فارقها الواطى المباح و طؤه لها من حين الوصيه حكم بوجوده، عملا بالظاهر و أصالة عدم وطى غيره.

و ما يقال- من أنّ الظاهر الغالب إنّما هو الولاده لتسعه أشهر تقريبا، فما يولد قبلها يظهر كونه موجودا و إن كان لها فراش، و أنّ الخاليه يمكن و طؤها محللا بالشبهه، و محرّما لو كانت كافره، إذ ليس فيها محذور لعدم الصيانه، بخلاف المسلمه- يندفع بأنّ الحكم السابق مرتّب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض إلّا فيما شدّ.

و بالجملة: فالمسأله حينئذ من باب تعارض الأصل و الظاهر، فلو رجح مرجح

و لو قال: إن كان فى بطن هذه ذكر (١) فله درهمان، و إن كان أنثى فلها درهم، فإن خرج ذكر و أنثى كان لهما ثلاثة دراهم. أمّا لو قال: إن كان الذى فى بطنها ذكرا فكذا، و إن كان أنثى فكذا، فخرج ذكر و أنثى لم يكن لهما شىء.

الظاهر عليه فى بعض مواردّها- كما يتفق فى نظائره- لم يكن بعيدا إن لم ينعقد الإجماع على خلافه. و كيف كان فلا خروج عمّا عليه الجماعة.

و اعلم أنّ اعتبار المصنّف خلوّها من زوج واضح، لأنّ المفروض كون الحمل مملوكا، و يمكن فرضه مع الزوج الرقيق المشروط على مولاه رقّ الولد، أو على مولاها لو كان مولاه هو الموصى، و مع الحرّ على القول بجواز اشتراط رقّ الولد. أمّا فرضه خلوّها من مولى فتركه أولى كما تركه غيره، لأنّ المولى الحرّ يتبعه الولد، و يمكن على بعد تقدير فرضه فى مولى رقيق على القول بأنّه يملك إذا ملك الأمه، فإنّ ولده مملوك كأبويه، و إن كان الأب مولى الأمه. و الحكم مخصوص بحمل الأمه كما يظهر من تمثيله و اعتبار خلوّها من زوج و مولى، و إن كان اللفظ مطلقا.

و لو كان الحمل لغير الأمه من البهائم صحّ أيضا و اشترط وجوده حاله الوصيّه كحمل الأمه، إلا أنّ العلم به لا يتقيّد بولادته قبل سنّه أشهر، و لا- انتفاء وجوده حالتها يعلم بتجاوزه العشره، لاختلاف الحيوان فى ذلك اختلافا كثيرا، و المرجع فيها إلى العاده الغالبه، لعدم ضبط الشارع حملها كالآدمى. و يختلف العاده باختلاف أجناسه، فإنّ للغنم مقدارا معلوما عاده، و للبقر مقدارا زائدا عنه، و كذا للخيّل و غيرها من الحيوان، فيرجع فيه إلى العاده، لأنّها المحكّمه عند انتفاء الشرع. و حيث يقع الشكّ فى الوجود حاله الوصيّه لا- يحكم بصحّتها. و يشكل مع هذا حمل الآدمى على المتيقّن و الحيوان على الغالب، لاشتراكهما فى المقتضى على التقديرين.

قوله: «و لو قال: إن كان فى بطن هذه ذكر. إلخ».

الفرق بين الصيغتين أنّه فى الأولى اعتبر وجود الذكر فى البطن و وجود الأنثى فيه من غير أن ينحصر ما فى البطن فى أحدهما، فإذا وجدا معا فى البطن صدق أنّ فى بطنها ذكرا فيستحقّ ما أوصى له به و أنّ فى بطنها أنثى فتستحقّ ما أوصى لها به،

و تصحّ الوصيّه بالحمل (١) و بما تحمله المملوكه و الشجره، كما تصحّ الوصيّه بسكنى الدار مدّه مستقبليه.

لتحقّق الشرط فيهما، و زياده الآخر لا تضرّ، لأنّ الظرفيه لشيء لا ينافى الظرفيه لغيره، بخلاف الثانيه فإنّه شرط صفه المذكوره و الأنوثه فى جملة الحمل، فقد اعتبر كون جميع ما فى بطنها هو الذكر أو الأنثى، فإذا وجدا معا فيه لم يصدق أنّ الذى فى بطنها ذكر و لا- أنثى، بل هما معا، و المجموع غير كلّ واحد من أجزائه فلا يستحقّان شيئا. و فى حكم العبارة الثانيه قوله: إن كان ما فى بطنها، أو إن كان حملها، و نحو ذلك.

فرع: لو ولدت خنثى دفع إليه الأقلّ، لأنّه المتيقّن، بناء على أنّه ليس طبيعه ثالثه، مع احتمال عدم استحقاق شيء لأنّه ليس أحد الأمرين.

و لو ولدت فى الصوره الأولى ذكرين أو أنثيين أو هما معا، فى تخير الوارث فى إعطاء نصيب الذكر لأيهما شاء، و نصيب الأنثى لأيهما شاء، أو اشتراك الذكرين فى الدرهمين و الأنثيين فى الدرهم، أو الإيقاف حتّى يصطلحا، أو وجه أجودها الأول، لأنّ المستحقّ للوصيّه هو ذكر فى بطنها أو أنثى فى بطنها و هو صادق عليهما، فيكون تعيينه إلى الوارث كما فى كلّ لفظ متواط. و لا يتوجّه هنا احتمال استحقاق كلّ واحد من الذكرين ما عيّن له و كلّ واحد من الأنثيين كذلك، لأنّ الموصى له مفرد نكره فلا يتناول ما زاد على واحد، بل كان بالنسبه إليهما متواطئا، كما لو أوصى لأحد الشخصين أو لفقير و نحو ذلك.

قوله: «و تصحّ الوصيّه بالحمل. إلخ».

المراد صحّه الوصيّه بالحمل الموجود فى بطن أمه و بالمتجدّد. و قد تقدّم (١) حكم الموجود، و إنّما أعاده ليرتب عليه قسيمه. و المراد بالمملوكه هنا ما يعمّ الأمه و غيرها من البهائم، و إن كان إطلاقها على الأمه أغلب، و لو فرض إرادته الأمه فهو تمثيل.

و لا فرق فى جواز الوصيّه بالمتجدّد من ذلك بين المضبوط بمدّه كالمجدّد فى هذه

ص: ١٩٣

١-١) فى ص: ١٩٠.

و لو أوصى بخدمه عبد، أو ثمره (١) بستان، أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع، على التأييد أو مدّه معيّنه، قوّمت المنفعه، فإن خرجت من الثلث، وإلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث.

السنة أو عشر سنين أو عدد كأربعه، و بين المطلق و العامّ المتناول لجميع ما يتجدّد منها ما دامت حيّه. و لا فى المضبوط بمدّه بين المتّصل بالموت و المتأخّر كالسنه الفلانيه من المتجدّد. و المراد بالعامّ المتناول لجميع المتجدّد ما استفيد من لفظ يدلّ عليه، كقوله كلّ حمل يتجدّد، أو كلّ ثمر يتجدّد دائما (١)، و نحو ذلك.

و لو كانت الوصيه باللفظ الذى ذكره المصنف كقوله: أوصيت بما تحمله، فهل تنزل على العموم، أم تحمل على حمل واحد أو ثمره واحده؟ يبنى على أنّ «ما» الموصوله هل تفيد العموم أم لا؟ و فيه خلاف بين الأصوليين، و مع الشكّ فالواحد معلوم و الأصل فيما بعده عدم التبرّع به.

و يبقى فيه بحث آخر، و هو أنّ الحمل المتجدّد يدخل فى هذه العبارة قطعاً، لأنّها بصيغه المضارع، و هل يدخل الموجود حال الوصيه؟ يبنى على أنّ المضارع هل هو مشترك بين الحال و الاستقبال، أم مختصّ بأحدهما حقيقه و هو فى الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأصوليين و النحويين، و عليه يتفرّع الحكم. و الأقوى عدم دخول الموجود، للشكّ فى تناوله للحال، و رجحان الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأصوليين. و بالجمله فالمسأله مشكله المأخذ جدّاً.

قوله: «و لو أوصى بخدمه عبد أو ثمره. إلخ».

الغرض من ذلك بيان كيفيه احتساب المنفعه من الثلث، فإن لم تكن المنفعه الموصى بها مؤيّده فأمرها سهل، لأنّ العين تبقى لها قيمه معتبره بعد إخراج تلك المنفعه، فإذا أوصى بمنفعه العبد مثلاً عشر سنين قوم العبد بجميع منفعه، فإذا قيل: قيمته مائه دينار قوم ثانياً مسلوب المنفعه تلك المدّه، فإذا قوم كذلك بخمسين فالتفاوت خمسون يخرج من الثلث، بمعنى أنّه يعتبر أن يكون بيد الوارث مائه منها

ص: ١٩٤

(١ - ١) فى «س» بدل «دائماً»: أو كلّ نماء.

رقبه العبد و قيمتها في المثال خمسون.

و ربما استشكل إخراج هذه المنافع من الثلث من حيث إنها متجدّده بعد الموت، و المتجدّد بعد الموت من زوائد التركة لا يحسب منها، و لا- تقع موروثه بل يملكها الوارث، فكيف يحسب على الموصى له من الثلث المقتضى لكونها من التركة؟ و أجيب: بأنّ المحسوب من الثلث ليس هو نفس المنافع المتجدّده، و إنّما هو التفاوت بين القيمتين للعين منتفعا بها و مسلوبه المنافع، أو مجموع قيمه العين كما سيأتي، و ذلك مملوك للموصى و معدود من تركته قطعاً إذ لا شبهه في كون تلك المنافع تنقص قيمه العين، و تختلف قيمتها باختلافها زياده و نقصاناً، فذلك هو المحسوب، و إن كُنّا لا نقضى الدّين من المنافع المتجدّده بعد الموت و لا نحتسبها من جملة التركة.

و إن كانت المنفعة مؤبّده ففي تقويمها أوجه:

أحدها: تقويم العين بمنافعها و خروج مجموع القيمة من الثلث، لخروجها بسلب جميع منافعها عن التقويم فقد فات على الورثه جميع القيمة فكانت العين هي الفائته (1)، و لأنّ المنفعة المؤبّده لا يمكن تقويمها، لأنّ مدّه عمره غير معلومه و إذا تعدّر تقويم المنافع تعيّن تقويم الرقبه.

و ثانيها: إنّ المعبر ما بين قيمتها بمنافعها و قيمتها مسلوبه المنافع. و على هذا تحسب قيمه الرقبه من التركة، لأنّ الرقبه باقيه للوارث يقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكاً- و هو غرض كبير (2) متقومّ بالمال- و بيعها من الموصى له أو مطلقاً، و هبتها، و الوصية بها، فلا وجه لاحتسابها على الموصى له. و يمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر من جذوعه و يبيس، و من الدار بآلاتها إذا خربت و لم يعمرها الموصى له. فحينئذ يقوّم العبد مثلاً بمنفعته، فإذا قيل: مائه، و يقوّم مسلوب المنفعة صالحاً للعتق و ما ذكرناه، فإذا قيل: عشره، علم أنّ قيمه المنفعة تسعون، فيعتبر أن

ص: ١٩٥

١- ١) في «س، ش»: القائمة.

٢- ٢) في «و، م»: كثير.

و إذا أوصى بخدمه عبده مدّه معيّنه فنفقته على الورثه، لأنّها تابعه للملك. (١) يبقى مع الورثه ضعفها و من جملته الرقبه بعشره. و هذا هو الأصحّ.

و ثالثها: أن يحتسب قيمه المنفعه من الثلث، و لا يحتسب قيمه الرقبه على أحد من الوارث و لا الموصى له، أمّا الموصى له فلاّنها ليست له، و أمّا الوارث فللحيلولة بينه و بينها و سلب قيمتها بسلب منافعها فكأنّها تالفه. و هذا يتمّ مع فرض عدم القيمه للرقبه منفرده كبعض البهائم، و إلاّ فعدل (١) الوسط ظاهر.

إذا عرفت ذلك فيتفرّع على هذه الأوجه مسائل كثيره:

منها: ما لو أوصى لرجل برقبته و لاّخر بمنفعته، فإن قلنا: يعتبر من الثلث تمام القيمه، نظر فيما سواه من التركه و أعطى كلّ واحد حقّه كاملاً أو غير كامل. و إن قلنا: المعبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبه على الوارث إذا بقيت له حسب هنا كمال القيمه عليهما، و إلاّ لم يحتسب (٢) أيضاً على الموصى له بها، و تصحّ وصيته من غير اعتبار الثلث.

و منها: ما لو أوصى بالرقبه لرجل و أبقى المنفعه للورثه، فإن اعتبر من الثلث كمال القيمه لم تعتبر هذه الوصيه من الثلث، ليجعلنا الرقبه الخاليه عن المنفعه كالتالفه.

و إن قلنا: المعبر التفاوت، فإن حسبنا القيمه على الوارث حسبت هنا قيمه الرقبه على أهل الوصايا و يدخل في الثلث، و إلاّ فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث و لا تحسب قيمه الرقبه على الوصايا. (٣)

قوله: «و إذا أوصى بخدمه عبده مدّه معيّنه فنفقته على الورثه، لأنّها تابعه للملك».

لا- إشكال في وجوب النفقه على الوارث لو كان المنفعه مؤقّته، لبقاء الرقبه على ملك الوارث، و النفقه تابعه للملك، و لم تخرج الرقبه عن كونها منتفعا بها. و إنّما

ص: ١٩٤

١- ١) في «و» نسخه بدل: فقول الوسط.

٢- ٢) في «س»: تحسب.

٣- ٣) في «و» نسخه بدل بعد هذه الجملة: لذلك.

الكلام في نفقه المؤبدته خدمته للموصى له، و المصنف لم يتعرّض لحكمه، و في محلّ وجوب نفقته أوجه:

أحدها- و هو الأصحّ-:أنّه الوارث كأول، لما ذكر من كونه المالك للرقبه، و هو مناط النفقه.

و الثاني:أنّه الموصى له، لكونه مالكا للمنفعه مؤبدا فكان كالزوج، و لأنّ نفعه له فكان ضرره عليه كالمالك لهما جميعا، و لأنّ إثبات المنفعه للموصى له و النفقه على الوارث إضرار به منفيّ.

و الثالث:أنّه بيت المال، لأنّ الوارث لا نفع له، و الموصى له غير مالك، و بيت المال معدّ للمصالح و هذا منها.

و يضعف الثاني بأنّ ملك المنفعه لا يستتبع النفقه شرعا كالمستأجر. و القياس على الزوج باطل مع وجود الفارق، فإنّ الزوجه غير مملوكه، و النفقه في مقابله التمكين في الاستمتاع لا- في مقابله المنافع. و ثبوت الضرر بإيجابها على الوارث ممنوع، لانتفائه مع اليسار و انتفائها مع عدمه. و أمّا النفقه من بيت المال فمشرطه بعدم المالك المتمكّن، و هو هنا موجود.

و اعلم أنّه لا- فرق بين العبد و غيره من الحيوانات المملوكه. و أمّا عماره الدار الموصى بمنافعها، و سقى البستان و عمارته من حرث و غيره إذا أوصى بشماره، فإنّ تراضيا عليه أو تطوّع أحدهما به فذاك و ليس للآخر منعه، و إن تنازعا لم يجبر أحد منهما، بخلاف نفقه الحيوان لحرمة الروح. و يحتمل طرؤ الخلاف في العماره و سائر المؤن، بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للمال. و الفرق [١] واضح. نعم، لو كانت المنفعه مؤقتة اتّجه وجوبها على المالك و إجباره عليها حفظا لماله عن الضياع،

و للموصى له التصرف فى المنفعه.(١)و للورثه التصرف فى الرقبه ببيع و عتق و غيره،و لا يبطل حق الموصى له بذلك.

و لو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب و النبل و الحسبان إلا مع قرينه تدل على غيرها.(٢) لأن منفعته به مترقبه إن أوجبنا إصلاح المال.

قوله:«و للموصى له التصرف فى المنفعه.إلخ».

أمّا جواز تصرفهم فى الرقبه فى الجمله فظاهر،لأنها ملكهم فيجوز التصرف فيها بالعتق مطلقا،إذ لا مانع منه بوجه.و لا يبطل حق الموصى له من المنافع كما كانت قبل العتق،لأن حق الوارث هو الرقبه فلا يملك إسقاط حق الموصى له من المنافع.و ليس للعتيق الرجوع على الوارث بشىء،لأن تفويت المنافع عليه ليس من قبله.

و أما بيعه فإن كان المنفعه موقته بوقت معلوم فجوازه واضح لعدم المانع،كما يجوز بيع العبد المستأجر.و إن كانت مؤبده ففى جوازه مطلقا،أو على الموصى له خاصه،أو المنع مطلقا،أوجه أجودها الجواز حيث تبقى له منفعه كالمملوك لإمكان عتقه،و تحصيل الثواب به أعظم المنافع،و لأنه يتوقع استحقاق الأرش بالجنايه عليه أو الحصه منه،و قد تقدم (١)فى بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع و يرجح الجواز.و لو لم يبق له منفعه كبعض البهائم فالمنع أجود،لانتفاء المائيه عنه بسلب المنافع كالحشرات.

نعم،لو أوصى بنتاج الماشيه مؤبدا صح بيعها،لبقاء بعض المنافع و الفوائد كالصوف و اللبن و الظهر.و إنما الكلام فيما استغرقت الوصيه قيمته.

قوله:«و لو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب و النبل و الحسبان إلا مع قرينه تدل على غيرها».

اسم القوس يطلق على العربيّه و هى التى ترمى بها النبل و هى السهام العربيّه، و على الفارسيّه و هى التى يرمى بها النشاب،و على القسيّ التى لها مجرى ينفذ فيها

ص:١٩٨

(١-١) فى ج ٤٢٧:٥.

السهم الصغار و تسمى الحسبان، و على الجلاهق و هي ما يرمى بها البندق، و على قوس الندف. و السابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة، فإذا قال:

أعطوه قوسا، حمل على أحدها دون الجلاهق و قوس الندف. هكذا أطلقه المصنف و الأكثر.

و قال ابن إدريس: تتخير الورثة في إعطاء ما شاءوا من الخمس، لأن اسم القوس يقع على كل واحد منها و لا دليل للتخصيص.

(١)

و في كل واحد من القولين نظر، لأن الذهاب إلى التخيير بين الثلاثة يعترف بإطلاق اسم القوس على الخمسة و لكنه يدعى غلبته في الثلاثة عرفا، و ذلك يقتضى في الثلاثة أتباع العرف في ذلك، و هو يختلف باختلاف الأوقات و الأصقاع. و لا ريب في أن المتبادر في زماننا هو القوس العربيّة خاصّه، و قوس الحسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس، و لا ينصرف إليه فهم أحد من أهل العرف فمساواته للأولين بعيدة، و نظر ابن إدريس إلى الإطلاق اللغويّ جيّد لكنّ العرف مقدّم عليه.

و الأقوى أنه إن وجدت قرينه تخصّص أحدها حمل عليه، مثل أن يقول:

أعطوه قوسا يندف به أو يتعيش به و شبهه، فينصرف إلى قوس الندف، أو يغزو بها، فيخرج قوس الندف و البندق إذا لم يكن معتادا في الغزو (٢). و إن انتفت القرائن أتبع عرف بلد الموصى، فإن تعدّد تخير الوارث. و لو قال: أعطوه ما يسمى قوسا، ففي تخيره بين الخمسة أو بقاء الاشكال كالأول و جهان أجودهما الأول.

إذا تقرّر ذلك: فالواجب إعطاء ما يطلق عليه اسمه عرفا، و هو يتحقّق بدون الوتر على الظاهر. و قيل: لا، لأن المقصود منه لا يتم إلا به فهو كالفصّ بالنسبة إلى الخاتم، و الغلاف بالنسبة إلى السيف، بل أولى، لأنه بدونه بمنزلة العصا. و الأجود الرجوع إلى العرف أو القرينه، و بدونه لا يدخل.

ص: ١٩٩

١-١) السرائر ٢٠٥:٣-٢٠٦.

٢-٢) في «م، س، ش»: العرف.

و كَلَّ لفظ وقع على أشياء وقوعا متساويا فلورثه الخيار في تعيين ما شاءوا منها. (١) قوله: «و كَلَّ لفظ وقع على أشياء وقوعا متساويا فلورثه الخيار في تعيين ما شاءوا منها».

هذا كالتّمه لما سبق مع إفاده قاعده كليّه، فإنّ لفظ القوس يطلق على أشياء متعدّده على القولين، فيتخيّر الورثه في إعطاء ما شاءوا ممّا ينصرف إليه اللفظ من الثلاثه و الخمسه و غيرهما. وهذا اللفظ و إن كان يعطى القاعده في غير هذه المسأله إلاّ أنّه بتوسّيطه بين أحكام القوس يرشد إلى تخصيصه بمسألته، و إن كان حكمه على الإطلاق صحيحا أيضا.

و الكليه متناوله للفظ المشترك، لأنّه هو اللفظ الواحد الواقع على أشياء متعدّده، و في حكمه المتواطئ فإنّ الوارث يتخيّر في أفراده الداخلة تحت معناه.

و يمكن إدخاله في العبارة بجعل الأشياء الواقع عليها اللفظ أعمّ من كونها داخله تحته بغير واسطه و هو المشترك، أو بواسطه المعنى الواحد و هو المتواطئ، و هذا أعمّ فائده.

و في عبارته العلامه (١) تصريح بإرادته على ما فيه من التكلّف.

و الحاصل: أنّ الموصى بلفظ يقع على أشياء وقوعا متساويا- إمّا لكونه متواطئا، بأن تكون الوصيه بلفظ له معنى، و ذلك المعنى يقع على أشياء متعدّده كالعبد، أو لكونه مشتركا بين معان متعدّده كالقوس- فإنّ للورثه الخيار في تعيين ما شاءوا. أمّا في المتواطئ فلأنّ الوصيه به وصيه بالماهيه الكليه، و خصوصيات الأفراد غير مقصوده له إلاّ تبعا، فيتخيّر الوارث في تعيين أيّ فرد شاء، لوجود متعلّق الوصيه في جميع الأفراد. و أمّا المشترك فلأنّ متعلّق الوصيه هو الاسم، و هو صادق على المعاني المتعدّده حقيقه، فيتخيّر الوارث أيضا. و ربّما قيل في المشترك بالقرعه. و هو بعيد.

ص: ٢٠٠

أمّا لو قال: أعطوه قوسى، و لا قوس له إلاّ واحده انصرفت الوصية إليها من أىّ الأجناس كانت. (١) و لو أوصى برأس من مماليكه كان الخيار فى التعيين إلى الورثه. (٢) و يجوز أن يعطوا صغيرا أو كبيرا، صحيحا أو معيبا.

قوله: «أمّا لو قال: أعطوه قوسى، و لا قوس له إلاّ واحده انصرفت الوصية إليها من أىّ الأجناس كانت».

هذا تتمه حكم الوصية بالقوس، و حاصله: أنّ التخيير بين الثلاثه و الخمسه إنّما هو مع إطلاقه إعطاء القوس من غير أن يضيفه إلى نفسه، فإنّه فى نفسه مشترك متعدّد. أمّا لو قال: أعطوه قوسى، و ليس له إلاّ أحدها انصرفت الوصية إليه، من أىّ نوع كان، لتقييده بالإضافة. و لو فرض مع قوله: أعطوه قوسى أنّ له قسما متعدّده فكالسابق فى التخيير، لكن يزيد هنا أنّ الحكم مختصّ بما لو كان له من كلّ نوع، فلو كان له من نوعين خاصّه أو ثلاثه، فإن كان أحدها خاصّه من الغالب حمل عليه، و إن اشتركت فى الغلبه تخير الوارث. و إن تعدّد الغالب مع وجود غيره، كما لو كان له قوس ندف (١) و قوس نبل و قوس حسبان، تخير فى الأخيرين خاصّه. و لو لم يكن له إلاّ قوس ندف و جلاهاق خاصّه ففى التخيير بينهما، أو الانصراف إلى الجلاهاق لأنّه أغلب، و جهان، و على ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع إليه هنا.

و اعلم: أنّ القوس مما يجوز تذكيره و تأنيثه لغه سماعا، ذكره جماعه (٢) من أهل اللغة، فلذلك أنّته المصنف و ذكره غيره.

قوله: «و لو أوصى برأس من مماليكه كان الخيار فى التعيين إلى الورثه».

إلخ».

المملوك من الألفاظ المتواطئه بالنظر إلى ما تحت معناه من الأفراد، يشمل الذكر و الأثنى و الخنثى، و الصغير و الكبير، و الصحيح و المعيب، و المسلم و الكافر،

ص: ٢٠١

١- ١) فى «و»: بندق، نسخه.

٢- ٢) الصحاح ٣: ٩٦٧، لسان العرب ١٨٥: ٦.

و لو هلك ممالیکه بعد وفاته (١) إلا واحدا تعین للعطیه. فإن ماتوا بطلت الوصیه. فإن قتلوا لم تبطل، و كان للورثه أن یعینوا له من شاءوا أو يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، و إلا أخذها من الجانی.

فیتخیر الوارث فی إعطاء أيها شاء، لوقوع اسمه على كل واحد منها.

و إنما اجتزأ هنا بالمعيب مع إطلاق الموصى و لم يحمل عليه فى التوكيل فى البيع و نحوه لأن عقود المعاوضات مبنيه على المكايسه (١)، و يطلب فيها حفظ المائيه، بخلاف الوصيه فإنها تبرع محض فتتبع اللفظ و إن فات بعض المائيه. و إنما يتخیر الوارث مع وجود المتعدّد فى التركة، و إلا تعين الموجود. و لو لم يوجد له مملوك بطلت.

و هل المعتبر بالموجود عند الوصيه أو الموت؟ وجهان أجودهما الثانى، لأنه وقت الحكم بالانتقال و عدمه كما اعتبر المال حينئذ. و وجه الأول إضافه الممالیک إليه المقتضيه لوجود المضاف.

قوله: «و لو هلك ممالیکه بعد وفاته. إلخ».

المراد بهلاكهم موتهم، لا ما يعمّ قتلهم، و إن كان اللفظ أعمّ، إذ لو قتلوا إلا واحدا لم يتعين للوصيه، لأنّ المقتول بمنزله الموجود، و من ثمّ لم تبطل الوصيه بقتل الجميع، فيتخیر الوارث فى تعيين من شاء من الحىّ و المقتول.

و وجه البطالان مع موت الجميع فوات متعلق الوصيه بموتهم، بخلاف القتل لبقاء المائيه بثبوت قيمه على القاتل و هو بدل عن العين فكانت للموصى له.

و التقييد بهلاكهم بعد الوفاه لإدراج باقى الأقسام فيه بغير إشكال، فإنّ قتلهم فى حال حياته موضع خلاف فى بطلان الوصيه، من حيث فوات متعلق الوصيه، و من بقاء البدل و هو قيمه، و إن كان الأصحّ عدم البطالان. و أمّا الهلاك بالموت فلا فرق بين وقوعه فى حياته و بعد موته فى البطالان إن استوعب، و الصحّ ما بقى واحد، فتقييده ببعديّه الوفاه لا وجه له.

و اعلم: أنّ الحكم بعدم البطالان لو قتلوا بعد الوفاه واضح على تقدير سبق

ص: ٢٠٢

و تثبت الوصيّه بشاهدين (١) مسلمين عدلين، و مع الضروره و عدم عدول المسلمين تقبل شهاده أهل الذمه خاصه.

القبول القتل، أو على القول بكون القبول كاشفا عن سبق الملك بالموت، أو بالمراعاة. أما على القول بأنّها لا تملك إلا بالقبول فقيل: إنّها تبطل كالموت، لفوات محلّ الوصيّه قبل ملكه، كذا فصّله العلامة في التذكرة (١). و هذا إنّما يتمّ على القول بأنّهم لو قتلوا حال الحياه بطلت أيضا، أمّا لو قلنا بعدم البطلان حينئذ فعدمه لو قتلوا بعد الوفاه على جميع التقادير بطريق أولى، لتعلّق حقّه بهم في الجملة و إن لم يتمّ، بخلافه حال الحياه لعدم تصوّر ملك الموصى له حينئذ.

قوله: «و تثبت الوصيّه بشاهدين. إلخ».

لا شبهه في ثبوتها بشهاده شاهدين مسلمين عدلين، لأنّ ذلك مما يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثنى ممّا يتوقّف على أربعة، و حكم الوصيّه أخفّ من غيرها، و من ثمّ قبل فيها شهاده المرأه الواحده على بعض الوجوه، و شهاده أهل الذمه كذلك. و لا فرق في قبولها بهما بين كونها بمال و ولايه.

و مع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهاده عدول أهل الذمه بالمال، للآيه (٢) و الروايه (٣)، و دعوى نسخها لم تثبت. و الآيه تضمّنت اشتراط قبولها بالسفر، و تحليفهما بعد الصلاه قائلين لا نشتري به تمنا و لو كان ذا قربي و لا نكتم شهاده الله إنا إذا لمن الأثمين، و ذلك إذا ارتاب وليّ الميت في شهادتهما، و أنّه إن عثر على أنّهما شهدا بالباطل فليس له نقض شهادتهما حتّى يجئ شاهدان فيقومان مقام الشاهدين الأولين فيقسمان بالله لشهادتنا أحقّ من شهادتهما و ما اعتدنا إنا إذا لمن الظالمين (٤).

و أكثر الأصحاب - و منهم المصنف - لم يعتبروا السفر و جعلوه خارجا مخرج

ص: ٢٠٣

١- ١) التذكرة ٤٨٦: ٢.

٢- ٢) المائدة: ١٠٦.

٣- ٣) راجع الوسائل ٣٩٠: ١٣ ب (٢٠) من كتاب الوصايا.

٤- ٤) المائدة: ١٠٧.

و تقبل فى الوصية بالمال شهاده واحد مع اليمين، أو شاهد و امرأتين. (١) الغالب، و لا- الحلف، و أوجهه العلامة [١] بعد القصر (١) بصوره الآيه، و هو حسن، لعدم ظهور المسقط. و يمكن استنادهم فى عدم اشتراط السفر إلى موثقه هشام بن الحكم عن أبى عبد الله- عليه السلام- فى قوله تعالى أو آخران من غيركم قال:

«إذا كان الرجل فى بلد ليس فيها مسلم جازت شهاده من ليس بمسلم على الوصية» (٢) فإنها متناوله بإطلاقها للحضر و السفر.

و لو وجد مسلمان فاسقان فالذميتان، العدلان أولى، للآيه. أمّا المسلمان المجهولان فيبنى على اعتبار ظهور العدله كما هو المشهور، أو الحكم بها ما لم يظهر خلافها كما ذهب إليه جماعه من الأصحاب، فعلى الثانى لا ريب فى تقديم المستور من المسلمين، لأنه عدل. و على الأول فى تقديمه على عدل أهل الذمه وجهان، و اختار العلامة (٣) تقديم المسلمين، بل قدم الفاسقين إذا كان فسقهما بغير الكذب و الخيانه. و فيه نظر.

قوله: «و تقبل فى الوصية بالمال- إلى قوله- و امرأتين».

الحكم فيهما موضع وفاق، لأن الضابط الكلى ثبوت المال مطلقاً بذلك، و الوصية بالمال من أفراده. و قد دلّ قوله تعالى فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ (٤) على الاكتفاء برجل و امرأتين. و لا خلاف عندنا فى الاكتفاء بالشاهد مع

ص: ٢٠٤

١- ٢) فى «س، و، م»: العصر.

٢- ٣) الكافى ٧: ٤ ح ٣، التهذيب ٩: ١٨٠ ح ٧٢٥، و الوسائل ١٣: ٣٩١ ب «٢٠» من كتاب الوصايا ح ٤. و الآيه فى سوره المائده: ١٠٦.

٣- ٤) التذكرة ٥: ٢٢٢.

٤- ٥) البقرة: ٢٨٢.

و يقبل شهاده الواحده (١) فى ربع ما شهدت به، و شهاده اثنتين فى النصف، و ثلاث فى ثلاثه الأرباع، و شهاده الأربع فى الجميع.

اليمين، و هو ثابت فى السنّه (١) عن النبىّ صلى الله عليه و آله و سلّم. و سيأتى إن شاء الله تعالى.

قوله: «و تقبل شهاده الواحده. إلخ».

هذا أيضا موضع وفاق بين الأصحاب، و روه (٢) عن الصادق (٣) -عليه السلام- و عن أمير المؤمنين (٤) -عليه السلام. و لا يخفى أنّ ذلك مع عداله النساء كما هو المعترف فى كلّ شهاده.

و لا يتوقف ثبوت ما ذكر بشهادتهنّ على اليمين، لإطلاق النصّ، فلو اعتبر لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، و لا بعد فيه بعد ثبوته بالنصّ، و إن كان مخالفا لحكم غيره من الحقوق فإنّها مختلفه بحسب الشهاده اختلافا كثيرا. و اختار العلّامه فى التذكرة (٥) توقف الحكم فى جميع الأقسام على اليمين، كما فى شهاده الواحد. و فيه:

أنّ اليمين مع شهاده الواحد يوجب ثبوت الجميع، فلا يلزم مثله فى البعض. و لو فرض انضمام اليمين إلى الاثنتين أو الثلاث ثبت الجميع، لقيامهما (٦) مقام الرجل، أمّا الواحد فلا يثبت بها سوى الربع مطلقا.

و لو شهد رجل واحد فى ثبوت النصف بشهادته من غير يمين، نظرا إلى قيام شهادته مقام اثنتين (٧)، أو الربع خاصه، لأنّه المتيقن من حيث إنّه لا يقصر عن المرأه، أو سقوط شهادته أصلا، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده، أو جه أوسطها الوسط.

و الخنثى كالمرأه على الأقوى، مع احتمال سقوطها هنا لما ذكر فى الرجل الواحد.

ص: ٢٠٥

١- ١) لاحظ الوسائل ١٩٢: ١٨ ب «١٤» من أبواب كيفيته الحكم.

٢- ٢) فى «ب»: فى الصحيح.

٣- ٣) راجع الوسائل ٣٩٥: ١٣ ب «٢٢» من كتاب الوصايا.

٤- ٤) راجع الوسائل ٣٩٥: ١٣ ب «٢٢» من كتاب الوصايا.

٥- ٥) التذكرة ٥٢٢: ٢.

٦- ٦) كذا فى «و، ب» و فى غيرهما: لقيامها.

٧- ٧) فى «س»: اثنتين.

ولا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين،(١) ولا تقبل شهادة النساء في ذلك. و هل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد، أظهره المنع.

واعلم: أن المرأة الواحدة لو علمت بالحال فأضعفت المال حتى صار ربه قدر الموصى به ليثبت الجميع قبل ظاهرا، واستباحه الموصى له مع علمه بالوصية أو جهله بكذبها في الزيادة لا بدونه، ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك للكذب. ولا يشترط في قبول شهادة المرأة هنا تعذر الرجال عملا بالعموم، خلافا لابن إدريس (١) وقبله ابن الجنيدي [٢].

قوله: «و لا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين. إلخ».

لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء منفردات في الولاية، لأنها ليست وصية بمال بل هي تسلط على تصرف فيه، ولا مما يخفى على الرجال غالبا، وذلك ضابط محل قبول شهادتهن منفردات.

و أما ثبوتها بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردد فيه المصنف ثم استظهر المنع.

وهو واضح، لأن ضابطه ما كان من حقوق الأدمي مالا أو المقصود منه المال، و ولاية الوصاية ليست أحدهما. و وجه تردده مما ذكرناه، و من أنها قد تتضمن المال، كما إذا أراد أخذ الأجره أو الأكل بالمعروف بشرطه، و لما فيه من الإرفاق و التيسير فيكون مرادا للآية [٣] و الرواية [٤].

و لا يخفى ما فيه، و قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة و لا تردد، و وافقهم المصنف في مختصر (٢) الكتاب على القطع، و أبدل هذا التردد بالتردد

ص: ٢٠٦

١-١) السرائر ١٣٨: ٢.

٢-٥) المختصر النافع: ١٦٧.

و لو أشهد إنسان (١) عبدين له على حمل أمته أنه منه، ثم مات فأعتقا و شهدا بذلك، قبلت شهادتهما و لا يسترقهما المولود. و قيل: يكره. و هو أشبه.

فى ثبوت الوصية بالمال بشاهد و يمين، و كلاهما كالمستغنى عنه، للاتفاق على الحكم و القاعده المفيده للحكم فيهما.

قوله: «و لو أشهد إنسان. إلخ».

الأصل فى هذه المسأله ما رواه الحلبي فى الصحيح عن أبى عبد الله -عليه السلام- فى رجل مات و ترك جاريه و مملوكين، فورثهما أخ له فأعتق العبدين و ولدت الجاريه غلاما، فشهدا بعد العتق أنّ مولاهما كان أشدهما أنه كان يقع على الجاريه و أنّ الحبل منه، قال: «يجوز شهادتهما، و يردان عبدين كما كانا» (١).

و هذه الروايه مبنيه إما على قبول شهاده المملوك مطلقا أو على مولاه، لأنهما بشهادتهما للولد و الحكم بها صارا رقًا له، لتبين أنّ معتقهما لم يكن وارثا، أو على أنّ المعتبر حرّيتهما حال الشهاده و إن ظهر خلافها بعد ذلك، أو على أنّ الشهاده للمولى (٢) لا عليه فتقبل، كما هو أحد الأقوال فى المسأله. و فيه: أنّ الحكم بكون الولد مولى موقوف على شهادتهما، فلو توقفت شهادتهما على كونه مولى لتكون الشهاده له، دار. و الشيخ (٣) -رحمه الله- خصّ الحكم بالوصية، فإنّ أمرها أخفّ من غيرها من الحقوق، كما قبلت فيها شهاده أهل الكتاب. و كيف كان فلا سبيل إلى ردّ الروايه الصحيحه المقترنه بعمل الأصحاب.

إذا تقرّر ذلك و حكم ببنوّ الولد عادا رقًا، لتبين وقوع العتق من غير المالك.

و يكره له استرقاقهما، لأنهما كانا سببا فى حرّيته بعد الرقيه فلا يكون سببا فى رقيتهما بعد

ص: ٢٠٧

١- ١) التهذيب ٩: ٢٢٢ ح ٨٧١، الاستبصار ٤: ١٣٦ ح ٥١١، الوسائل ١٣: ٤٦١ ب «٧١» من كتاب الوصايا ح ٢.

٢- ٢) فى «م»: على المولى.

٣- ٣) النهايه: ٣٣١.

و لا تقبل شهادة الوصيّ (١) فيما هو وصيّ فيه، و لا ما يجزّ به نفعاً أو يستفيد منه ولايه.

الحزّيه. و قيل: لا يجوز له استرقاقهما، لروايه داود بن فرقد (١) عن أبي عبد الله عليه السلام. و الأصحّ الكراهه.

و معنى كراهه استرقاقهما استحباب عتقهما لا- بناؤه على العتق الأول، و الذى اشتملت عليه روايه داود أنّ مولاها أعتقهما و أشهدهما على أنّ الحمل منه، فشهدا بالأمرين معا بعد عتقهما، فقال: «تجوز شهادتهما، و لا يسترّقهما الغلام الذى شهدا له، لأنّهما أثبتا نسبه». و بمضمون هذه الروايه فرض العلّامه المسأله فى القواعد (٢).

و عليه لا يفتقر إلى تجديد العتق، لأنّهما بزعمهما معتقان، و إن كان العتق (٣) أولى، لعدم ثبوته بشهادتهما.

و أمّا ما فرضه المصنّف تبعاً لروايه الحلبي فلا تعرّض فيه لتحريم استرقاقهما و لا لكراهته، إلاّ أنّ تعليل الروايه الأخرى يقتضيه، فإنّ إثبات نسبه بهما متحقّق على التقديرين. و طريق الجمع بين الروايتين حمل ذلك النهى على الكراهه، و إلاّ فشهادتهما بعتق المولى لهما شهادة لأنفسهما على المولى فلا تسمع.

قوله: «و لا تقبل شهادة الوصيّ. إلخ».

الضابط: أنّ شهادته متى كانت لنفسه منها حظّ لم تقبل، و يتحقّق ذلك بأمر:

منها: أن يشهد فيما هو وصيّ فيه، بأن يجعله وصيّاً على مال معيّن فينازعه فيه منازع، فيشهد به للموصى.

و منها: أن يجزّ به نفعاً، بأن جعله وصيّاً فى تفرقه ثلثه فشهد بمال للمورث، فإنه يجزّ به نفعاً باعتبار زياده الثلث.

ص: ٢٠٨

١ - ١) الكافي ٧:٢٠ ح ١٦، الفقيه ٤:١٥٧ ح ٥٤٤، التهذيب ٩:٢٢٢ ح ٨٧٠، الاستبصار ٤:١٣٦ ح ٥١٢، و الوسائل ١٣:٤٦٠

ب «٧١» من كتاب الوصايا ح ١.

٢ - ٢) القواعد ١:٣٥٥.

٣ - ٣) لم ترد العتق إلا فى الحجريتين. و الظاهر أنّه الصحيح. و فى «ب» و هامش «و»: العمل.

و لو كان وصيًا في إخراج مال معين، (١) فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث، لم يقبل.

و منها: أن يجعله وصيًا على ولده الصغير فيشهد للولد بمال، فإنه يستفيد به ولا يه على المال. و لو انتفت التهمة قبلت، كما لو جعله وصيًا على أملاك الأطفال فشهد لهم بدين، أو على الصدقة بمال معين أو بعلقه ملك معين فشهد للوارث بحق آخر للمورث، و نحو ذلك.

و المنع من قبول شهادته الوصي كذلك هو المشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا إلا ابن الجنيدي، فإنه قال: «شهادته الوصي جائزة لليتيم في حجره و إن كان هو المخاصم للطفل، و لم يكن بينه و بين المشهود عليه ما يرد شهادته عليه» (١) و مال إليه الفاضل (٢) المقداد في شرحه. و لا بأس بهذا القول، لبعده هذه التهمة من العدل حيث إنه ليس بمالك، و ربما لم يكن له أجره على عمله في كثير من الموارد، إلا أن العمل بالمشهور متعين.

و اعلم: أنه يجوز قراءه «تجرّ» بالتاء، بعود الضمير المستكنّ فيه إلى الشهادته، و بالياء بعوده إلى الوصي، و أن المانع من قبول شهادته التهمة بجرّ النفع كما ذكر، فلو ادعى مدعى الوصاية و لم تثبت وصايته، لعدم البيّنة الموجبه له، لم يقدح ذلك في شهادته و إن كان وصيًا بزعمه، لعدم التهمة بانتفاء ولايته ظاهرا.

قوله: «و لو كان وصيًا في إخراج مال معين. إلخ».

هذا من فروع المسألة السابقة، فإنه يجرّ بشهادته نفعاً لنفسه بإخراج مجموع ذلك المال بشهادته من الثلث بعد أن كان بعضه مردوداً، كما لو أوصى إليه بإخراج ألف درهم و التركة ظاهراً ألفاً، فشهد الوصي أن للميت على أحد ألفاً مثلاً، فإن قبول هذه الشهادة يستلزم إخراج الألف المجموع و وصيًا فيها من الثلث و نفوذ الوصي فلا تقبل.

و لا يشترط في المنع خروج جميع ما أوصى به إليه من الثلث، بل متى كان

ص: ٢٠٩

١- ١) حكاة عنه العلامة في المختلف: ٧٢٧.

٢- ٢) راجع التنقيح الرائع ٤١٩: ٢.

مسائل أربع:

الأولى: إذا أوصى بعق عبيده و ليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعه

«الأولى»: إذا أوصى بعق عبيده (١) و ليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعه. و لو رتبهم الأول فالأول حتى يستوفى الثلث. و تبطل الوصية فيمن بقي. و لو أوصى بعق عدد مخصوص (٢) من عبيده استخرج ذلك العدد بالقرعه. و قيل: يجوز للورثة أن يتخيروا بقدر ذلك العدد، و القرعه على الاستحباب. و هو حسن.

الثلث قاصرا عن الوصية و لم يجز الوارث فشهادة الوصي بمال للميت مردوده و إن قل، لأن زيادة المال توجب زياده النافذ من الموصى به و إن لم ينفذ جميعه. و اعلم: أنه لو عطف هذه المسألة على ما قبلها بالفاء كان أجود.

قوله: «إذا أوصى بعق عبيده. إلخ».

المراد بعق ثلثهم بالقرعه تعديلهم أثلاثا بالقيمة ثم إيقاع القرعه بينهم، و يعتق الثلث الذي أخرجته القرعه. و لو توقف التعديل على إدخال جزء من أحدهم فعل، فان خرج الثلث الذي فيه الجزء عتق من العبد بحسابه و يسعى في باقى قيمته، كما هو فى كل مبعض.

و إنما لم نحكم بعق ثلث كل واحد - مع أن كل واحد منهم بمنزله الموصى له، و قد حكم فيما سلف بأن الوصايا إذا وقعت دفعه قسط عليها الثلث بالنسبه - لما ورد من فعل (١) النبي صلى الله عليه و آله و سلم فى القرعه بين سته عبيد أعتقهم مولاهم عند موته و لم يكن له غيرهم، فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم. و أيضا فإن عتق بعض كل واحد يوجب الإضرار بالوارث، حيث يوجب سعى كل واحد فى باقيه فيلزم عتق جميعهم.

و لو رتبهم فى الوصية بدئ بالأول فالأول إلى أن يستوفى الثلث و لو فى بعض عبد. هذا كله إذا لم يجز الوارث، و إنما تركه لظهوره.

قوله: «و لو أوصى بعق عدد مخصوص. إلخ».

وجه القرعه: أن العتق حق للمعتق، و لا ترجيح فيه لبعضهم على بعض،

ص: ٢١٠

الثانيه: لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له سواه

«الثانيه»: لو أعتق مملوكه (١) عند الوفاه منجزا و ليس له سواه، قيل:

عتق كله. و قيل: ينعتق ثلثه، و يسعى للورثه فى باقى قيمته. و هو أشهر.

و لو أعتق ثلثه سعى فى باقيه. (٢) و لو كان له مال غيره أعتق الباقي من ثلث تركته.

الثالثه: لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه و جب

«الثالثه»: لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه (٣) و جب. فان لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب.

فوجب التوضيح إليه بالقرعه. و وجه ما اختاره المصنف: أن متعلق الوصيه متواطئ، فيتخير فى تعيينه الوارث كغيره، و لأن المتبادر من اللفظ الاكتفاء بأى عدد كان من الجميع. و هذا أقوى و إن كانت القرعه أعدل.

قوله: «لو أعتق مملوكه. إلخ».

هذه المسأله جزئيه من جزئيات منجزات المريض، و سيأتى (١) البحث فيها و تحرير محل الخلاف و بيان الراجح، و إنما فصلها هنا ليرتب عليها باقى المسأله.

قوله: «و لو أعتق ثلثه سعى فى باقيه. إلخ».

المراد بسعيه فى باقيه فى كل موضع يصير بعضه حرا دفع جميع ما يكتسبه فاضلا عن مؤنته بعد ذلك فى فك باقيه لا بنصيب الحريه خاصه.

و لو كان للمعتق مال غيره فاضل عن المستثنيات فى الدين سرى عليه فى ثلث ذلك الفاضل لا من الأصل، لأن سبب السرايه و هو العتق وقع فى حال المرض و اعتبر من الثلث، فيكون مسببه كذلك. و خصه بالذكر لئلا يتوهم أن العتق بالسرايه قهرى فيكون من الأصل. و دفع الوهم بما ذكرناه من أن مختار السبب كمختار المسبب. و لا يخلو من نظر.

قوله: «لو أوصى بعتق رقبه مؤمنه. إلخ».

المراد بالمؤمنه هنا الايمان الخاص، و هو أن يعتقد اعتقاد الإماميه، بقريته قوله:

ص: ٢١١

و لو ظنَّها مؤمنة فأعتقها، ثمَّ بانت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصى. (١) «أعتق من لا يعرف بنصب» مع أنَّ من كان كذلك قد يكون مؤمنا بالمعنى الأعم.

و أيضا فذلك هو المتعارف بين فقهاءنا، فكأنَّه حقيقه عرفيه، و قد حَقَّقناه في باب الوقف (١).

و لا ريب في وجوب تحرّي الوصف مع الإمكان، وفاء بالوصية الواجب إنفاذها، و حذرا من تبديلها المنهي عنه (٢). فإن لم يجد مؤمنه قال المصنف و قبله (٣) الشيخ: «أعتق من لا يعرف بنصب» من أصناف المخالفين.

و المستند روايه علي بن أبي حمزه، عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: «سألته عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد، قال:

يشترى من الناس فيعتق» (٤).

و في السند ضعف بعلي بن أبي حمزه، فالحكم بها - مع مخالفته مقتضى الوصية - ضعيف. و مع ذلك فليس في الروايه تقييد بعدم النصب، لكن اعتبره الجماعة نظرا إلى أنَّ الناصبي كافر، و عتق الكافر غير صحيح، فالقيد من خارج. و يلزم على ذلك اعتبار عدم الكفر مطلقا، فإنَّ عدم النصب أعم من عدم الكفر، لجواز وجوده في ضمن غيره من الفرق الإسلاميه المحكوم بكفرها فضلا عن غيرها. و الأقوى أنَّه لا يجزى غير المؤمنه مطلقا، فيتوَّع المكنه.

قوله: «و لو ظنَّها مؤمنة فأعتقها، ثمَّ بانت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصى».

و ذلك لأنَّه متعبَّد في ذلك بالظاهر لا بما في نفس الأمر، إذ لا يطَّلَع على السرائر

ص: ٢١٢

١-١) في ج ٣٣٧: ٥.

٢-٢) البقره: ١٨١.

٣-٣) النهايه: ٦١٦.

٤-٤) الكافي ٧: ١٨، الفقيه ٤: ١٥٩، التهذيب ٩: ٢٢٠، و الوسائل ١٣: ٤٦٢ ب (٧٣) من كتاب الوصايا ح ١.

الرابعة: لو أوصى بعق رقبه بثمان معين، فلم يجد به لم يجب شراؤها

«الرابعة»: لو أوصى بعق رقبه بثمان معين، (١) فلم يجد به لم يجب شراؤها، وتوقع وجودها بما عين له. ولو وجدها بأقل اشتراها و أعتقها و دفع إليها ما بقي.

إلا- الله، فقد امثل الأمر و هو يقتضى الإجزاء. و لا فرق في ذلك بين استناده في إيمانها إلى أخبارها أو إخبار من يثبت بقوله ذلك.

قوله: «لو أوصى بعق رقبه بثمان معين. إلخ».

المراد بقوله: «فلم يجد به» أنه وجد و لكن بأكثر من ذلك الثمن المعين، بقريته ما ذكره في قسمه بقوله: «و لو وجد بأقل». و يستفاد من قوله: «لم يجب شراؤها» أنها موجودة، و إلا كان قوله: «فلم يجد» شاملا لما لو لم يوجد أصلا أو وجد بأزيد.

و عدم وجوب الشراء بأزيد واضح، لانتهاء المقتضى له، و حينئذ فيتوقع إمكان الشراء به، فإن يئس منه ففي بطلان الوصية، أو صرفه في البر، أو شراء شقص به فإن تعذر فأحد الأمرين، أوجه أجودها الأخير، لأن شراء الشقص أقرب إلى مراد الموصى من عدمه، و لعموم: «فأتوا منه ما استطعتم» (١)، و لخروج المال عن الوارث بالموت فلا يعود، و وجوه البر مصرف مثل ذلك، و قد تقدم (٢) له نظائر. و وجه البطلان تعذر الموصى به، و لا دليل على وجوب غيره، و نفى عنه في التذكرة (٣) البأس، و قد ظهر جوابه.

و أما وجوب الشراء بأدون لو وجد و إعطاء الباقي فلروايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سألته عن رجل أوصى أن يعق عنه نسمة بخمسائه درهم من ثلثه، فاشترى نسمة بأقل من خمسمائه درهم، و فضلت فضله فما ترى؟ قال:

ص: ٢١٣

١- ١) مسند أحمد ٢: ٤٢٨، السنن الكبرى للبيهقي ٤: ٣٢٦. و راجع أيضا عوالي اللئالي ٤: ٥٨ ح ٢٠٦.

٢- ٢) تقدم نظيره في ص: ١٨٠.

٣- ٣) التذكرة ٢: ٤٩١.

تدفع الفضله إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثم تعتق عن الميت». (١)

و الروايه-مع ضعف سندها بسماعه-دلت على أجزاء الناقصه و إن أمكنت المطابقه، لأنه لم يستفصل فيها هل كانت المطابقه ممكنه أم لا؟ و ترك الاستفصال من وجوه العموم، إلا أن الأصحاب نزلوها على تعذر الشراء بالقدر، و لا بأس بذلك مع اليأس من العمل بمقتضى الوصيه، لوجوب تنفيذها بحسب الإمكان. و إعطاء النسمة الزائد صرف له فى وجوه البر، و هو محلّه حينئذ، و تبقى الروايه شاهدا إن لم تكن حجّه، لأن سماعه و إن كان واقفيا لكنّه ثقّه، فيبنى حجيتها على قبول الموثق أو على جبر الضعف بالشهره. و على ما بيناه لا ضروره إلى ذلك، لموافقه مضمونها للقواعد إذا قيدت باليأس من تحصيل النسمة بالشرط.

ص: ٢١٤

١- (١) الكافي ٧:١٩ ح ١٣، الفقيه ٤:١٥٩ ح ٥٥٧، التهذيب ٩:٢٢١ ح ٨٦٨، و الوسائل ١٣: ٤٦٥ ب (٧٧) من كتاب الوصايا ح ١.

الرابع فى الموصى له و يشترط فيه الوجود.(١)فلو كان معدوما لم تصح الوصيه له، كما لو أوصى لميت، أو لمن ظن وجوده فبان ميتا عند الوصيه. و كذا لو أوصى لما تحمله المرأه، أو لمن يوجد من أولاد فلان.

قوله:«و يشترط فيه الوجود. إلخ».

لمّا كانت الوصيه تمليك عين أو منفعه- كما سلف من تعريفها- اشترط كون الموصى له قابلا للتمليك ليتحقق مقتضاها، فلا تصح الوصيه للمعدوم و لا للميت.

و تبّه بخصوص الميت على خلاف مالك (١) حيث صحح الوصيه له مع علمه بموته و ينصرف إلى وارثه. و بالمنع من الوصيه لما تحمله المرأه مطلقا على خلاف بعض الشافعيه (٢) حيث صحح الوصيه له كما تصح به، و بعضهم (٣) حيث جوّزها له بشرط وجوده حال الموت. و الأصح عندهم (٤) البطلان مطلقا كما اخترناه.

و أمّا الوصيه [١] لمن سيوجد فقد أطلق الأصحاب و غيرهم المنع منه و لو بالتبعيه للموجود، مع أنّه قد تقدّم (٥) جواز الوقف على المعدوم تبعا للموجود، و دائره الوقف

ص: ٢١٥

١- ١) المدوّنه الكبرى ٦:٧٣، الحاوى الكبير ١٩٣:٨.

٢- ٢) روضه الطالبين ٥:٩٦، المغنى لابن قدامه ٥٠٩:٦.

٣- ٣) روضه الطالبين ٥:٩٦.

٤- ٤) حليه العلماء ٦:٧٤، إخلاص الناوى ٥٢٩:٢.

٥- ٥) فى ج ٣٢٨:٥.

و تصح الوصية للأجنبي و الوارث. (١) أضيق من دائره الوصية كما يعلم من أحكامها. و يمكن الفرق بينهما الموجب لافتراقهما في هذا الحكم بأن الغرض من ملك العين في الوقف تمليك العين على وجه الحبس و إطلاق الثمره، فالموقوف حقيقه هو العين، و ملكها حاصل للموقوف عليه الموجود، ثم ينتقل منه إلى المعدوم، و إن كان يتلقى الملك من الواقف، ففائده الملك المقصوده منه متحققه فيهما (١)، بخلاف الوصية فإن الملك المقصود (٢) منها إطلاق الأصل و الثمره على تقدير كون الموصى به الأصل و على تقدير كون الثمره المتجدده، فيعتبر قبول الموصى له لنقل الملك ابتداء.

إذا تقرّر ذلك: فإذا أوصى للموجود ثم للمعدوم، فإن كان بعين فمقتضى تلك الوصية للموجود التصرف فيها و نقلها عن ملكه إذا شاء كيف شاء، و التصرف فيها كذلك ينافى الوصية بها للمعدوم، لأن الوصية له تقتضى تمليكه أيضا، فلا بد من وصولها إليه.

و إن كانت الوصية بثمره فهو موضع الشبهه، كما لو أوصى مثلا بثمره بستان خمسين سنه لزيد و لأولاده المتجددين من بعده، فهذا و إن لم يأت فيه ذلك المحذور إلا أنّ كلّ واحد من الموصى له الأول و أولاده موصى له بطريق الاستقلال لا التبعية، لأن الثمره التي يملكها الأول بالوصية غير الثمره التي يملكها الثاني في زمانه، و ملك الأصل الجامع بينهما منتف عنهما، فقد صدق تمليك المعدوم الذي لا يقبل الملك و لا بالتبعية، بخلاف الوقف لأن الملك متحقق للموجود في الأصل ابتداء، و منه ينتقل إلى المعدوم كما تقرّر، فكان تابعا له فيه فظهر الفرق.

قوله: «و تصح الوصية للأجنبي و الوارث».

اتفق أصحابنا على جواز الوصية للوارث كما تجوز لغيره من الأقارب و الأجانب. و أخبارهم الصحيحه به وارده، ففي صحيحه أبي بصير قال: قلت لأبي

ص: ٢١٦

١- ١) في «س»: فيها.

٢- ٢) في «س»: فإن المقصود منها.

عبد الله عليه السلام: «يجوز للوارث وصيته؟ قال: نعم» (١). و في صحيحه أبي ولاد عنه-عليه السلام-لما سأله عن الميت قد يوصى للبت (٢) بشيء قال: «جائز» (٣) وغيرهما من الأخبار (٤).

و في الآيه الكريمة ما يدلّ على الأمر به فضلا عن جوازه، قال الله تعالى:

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٥). و معنى كتب فرض، و هو هنا بمعنى الحثّ و الترغيب دون الفرض. و الوالدان لا بدّ أن يكونا وارثين و إن تخلف ذلك في الأقربين على بعض الوجوه، إلا أن يكون الأبوان ممنوعين من الإرث بكفر و ما في معناه، و اللفظ أعمّ منه فيشمل موضع النزاع.

و قد ذهب أكثر الجمهور إلى عدم جوازها للوارث (٦)، و روي في ذلك حديثا عنه-صلّى الله عليه و آله و سلّم-أنه قال: «لا وصية لوارث» (٧) و اختلفوا في تنزيل الآية، فمنهم (٨) من جعلها منسوخة بآيه الموارث، و منهم (٩) من حمل الوالدين على الكافرين و باقى الأقارب على غير الوارث منهم جمعا (١٠)، و منهم من جعلها منسوخة فيما يتعلّق بالوالدين خاصّه.

ص: ٢١٧

-
- ١- (١) التهذيب ٩: ١٩٩ ح ٧٩٤، الاستبصار ٤: ١٢٧ ح ٤٧٧، الوسائل ١٣: ٣٧٥ ب «١٥» من كتاب الوصايا ح ١٠.
 - ٢- (٢) في «س»: للوارث و به أيضا حديث لأبي ولاد و هو الحديث «٧» من الباب.
 - ٣- (٣) الاستبصار ٤: ١٢٧ ح ٤٧٨، الوسائل ١٣: ٣٧٥ ب «١٥»، من كتاب الوصايا ح ٨.
 - ٤- (٤) الوسائل ١٣: ٣٧٣ ب «١٥» من كتاب الوصايا.
 - ٥- (٥) سورة البقره: ١٨٠.
 - ٦- (٦) الكافي للقرطبي ٢: ١٠٢٤، المغنى لابن قدامه ٦: ٤٤٩.
 - ٧- (٧) مسند أحمد بن حنبل ٤: ١٨٦، سنن ابن ماجه ٢: ٩٠٥ ح ٢٧١٣ و ٢٧١٤.
 - ٨- (٨) راجع جامع البيان (تفسير الطبرى) ٢: ٦٨، الجامع لأحكام القرآن ٢: ٢٦٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١: ٢١٧.
 - ٩- (٩) راجع جامع البيان (تفسير الطبرى) ٢: ٦٨، الجامع لأحكام القرآن ٢: ٢٦٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١: ٢١٧.
 - ١٠- (١٠) راجع جامع البيان (تفسير الطبرى) ٢: ٦٨، الجامع لأحكام القرآن ٢: ٢٦٢، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١: ٢١٧.

و تصح الوصية للذمي (١) ولو كان أجنبيا. وقيل: لا يجوز مطلقا. و منهم من خص الجواز بذوى الأرحام. و الأول أشبه.

و يبطل الأول بأن الشيء إنما ينسخ غيره إذا لم يمكن الجمع بينهما، و هو هنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد عن الوصية، أو ما زاد عن الثلث كغيرها من الوصايا، و به يبطل الباقي. و الخبر -على تقدير تسليمه- يمكن حمله على نفى وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض، أو على نفى الوصية مطلقا بمعنى إضائها و إن زادت عن الثلث كما يقتضيه إطلاق الآية. و المراد نفى الوصية عمّا زاد عن الثلث، و تخصيص الوارث لحدّ الآية على الوصية له، إذ لولاه لاستفيد من الآية جواز الوصية له بجميع ما يملك الموصى. و وافقنا بعضهم حتى قال: ليست الوصية إلا للأقربين (١)، عملا بمقتضى الآية. و هو قادح في دعوى بعضهم الإجماع على نسخها.

و اعلم: أنّ المراد بالأجنبيّ في قول المصنف غير الوارث و إن كان قريبا بقرينه ذكر قسيمه. و لو قال: للوارث و غيره، كان أجود، لأنّ المتبادر من الأجنبيّ من ليس بقريب، فلا يكون اللفظ شاملا للقريب غير الوارث.

قوله: «و تصح الوصية للذمي. إلخ».

وجه الجواز مطلقا عموم قوله تعالى لا- ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين -إلى قوله- أن تبرؤهم (٢) و الوصية بر. و خصوص صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في رجل أوصى بماله في سبيل الله، قال: أعط لمن أوصى له و ان كان يهوديا أو نصرانيا، إن الله تعالى يقول فمنّ بدله بعد ما سجمه فإنما إنتمه على الذين يبدلونه» (٣). و قريب منها حسنه محمد بن مسلم (٤) عن أبي عبد

ص: ٢١٨

١-١) جامع البيان للطبري ٢: ٦٩.

٢-٢) الممتحنه: ٨.

٣-٣) الكافي ٧: ١٤ ح ٢، الفقيه ٤: ١٤٨ ح ٥١٤، التهذيب ٩: ٢٠١ ح ٨٠٤، الاستبصار ٤: ١٢٨ ح ٤٨٤، الوسائل ١٣: ٤١١ ب «٣٢» من كتاب الوصايا ح ١، و الآية في سورة البقره: ١٨١.

٤-٤) الكافي ٧: ١٤ ح ١، التهذيب ٩: ٢٠٣ ح ٨٠٨، الاستبصار ٤: ١٢٩ ح ٤٨٨ و الوسائل الحديث المتقدم.

و فى الوصية للحربى تردّد، أظهره المنع. (١) الله و موثقه يونس بن يعقوب (١) عنه عليه السلام.

و وجه الثانى: أنّ الوصية تستلزم الموادّه، و هى محرّمه بالنسبه إلى الكافر، لقوله تعالى لا- تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُؤَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ (٢) الآية، و هى متناوله للأرحام و غيرهم.

و يضعّف بمعارضته بقوله تعالى لا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ . الآية، و الذمى مطلقا داخل فيها، و بما تقدّم من الأخبار، و بقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم: «على كلّ كبد حرّى أجر» (٣). و ينتقض بجواز هبته و إطعامه، و بمنع كون مطلق الوصية له موادّه، لأنّ الظاهر أنّ المراد منها موادّه المحادّ لله من حيث هو محادّ لله بقربنه ما ذكر من جواز صلته و هو غير المتنازع، لأننا نسلم أنه لو أوصى للكافر من حيث إنه كافر- لا من حيث إنه عبد لله ذو روح من أولاد آدم المكرمين- لكانت الوصية باطله.

و وجه الثالث: ما ورد من الحثّ على صلة الرحم مطلقا (٤)، فيتناول الذمى.

و هو غير مناف لما دلّ على صلته غيره، فالقول بالجواز مطلقا أقوى.

قوله: «و فى الوصية للحربى تردّد أظهره المنع».

قد عرفت من دليل المانع من الوصية للذمى ما يدلّ على الحربى بطريق أولى، و من الدليل المخصّص بذى الرحم ما يفيد فى الحربى أيضا.

و وجه المنع من الحربى دون الذمى قوله تعالى إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُواكُمْ فِي الدِّينِ . (٥) الآية، و الحربى ناصب نفسه لذلك.

ص: ٢١٩

١- (١) الكافى ٧: ١٤ ح ٤، الفقيه ٤: ١٤٨ ح ٤٠٥، التهذيب ٩: ٢٠٢ ح ٨٠٥، الاستبصار ٤: ١٢٨ ح ٤٨٥ و الوسائل ١٣: ٤١٤ ب «٣٣» من كتاب الوصايا ح ٤.

٢- (٢) سورة المجادلة: ٢٢.

٣- (٣) راجع مسند أحمد ٢: ٢٢٢، صحيح البخارى ٣: ١٤٧، عوالى اللئالى ١: ٩٥ ح ٣، و أيضا ٢: ٢٦٠ ح ١٥.

٤- (٤) راجع الوسائل ١٥: ٢٤٣ ب «١٧» من أبواب النفقات و غيره.

٥- (٥) الممتحنه: ٩.

و فيه نظر، لأنَّ الحربى قد لا يكون مقاتلا بالفعل، بل ممتنعا من التزام شرائط الذمه، فلا يدخل فى الآية. و قوله -عليه السلام- فى الخبر السابق: «أعط لمن أوصى له و إن كان يهوديا أو نصرانيا» و استشهاده بالآيه يتناول بعمومه الحربى، لأنَّ «من» عامه فى المتنازع، و كذلك اليهودى و النصرانى شامل للذمى و غيره حيث لا يلتزم بشرائط الذمه.

و لا- يقدر فى دلالة عطفه اليهودى و النصرانى ب«إن» الوصلية الدالة على أنه أخفى الأفراد، مع أنَّ الحربى أخفى فكان ذكره أولى، لمنع كونه أخفى، و جاز تخصيص اليهودى و النصرانى دون الوثنى، لأنَّ الملتين من أهل الكتاب، و مناقشتهم على الكفر أقوى بسبب علمهم و تلقىهم الأحكام من الأنبياء، بخلاف الوثنى هل يستوى الذين يعلمون و الذين لا يعلمون (١). و من هذا جاء ما ورد فى الحجَّ أن من وجب عليه فتركه فليمت إن شاء يهوديا و إن شاء نصرانيا (٢). و يمكن تخصيصهما حذفاً لما سواهما عن درجه الاعتبار.

و أيضا فقد عرفت أن الملتين شاملتان للحربى منهما و غيره، و إذا جازت الوصيه لحربى أهل الكتاب جاز لحربى غيره، إذ لا قائل بالفرق، مع أن صدر الخبر متناول بعمومه للجميع. مضافا إلى أن الوصيه نوع عطيه لا تتوقف على القربه، فلا فرق بين وقوعها فى الحياه و بعد الوفاه.

و أما ما قيل من الفرق بين الهبه و الوصيه -أنَّ ملك الحربى غير لازم و ماله غير معصوم فلا يجب دفعه إليه، فلو جازت الوصيه له لكان إميا أن يجب على الوصى دفعه إليه و هو باطل لما تقدم، أو لا يجب و هو المطلوب إذ لا معنى لبطان الوصيه إلا عدم وجوب تسليمها إلى الموصى له -ففيه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصيه إليه بطلانها، لأنَّ معنى صحتها ثبوت الملك له إذا قبله، فيصير حينئذ ملكا من أملاكه

ص: ٢٢٠

١- (١) الزمر: ٩.

٢- (٢) راجع الوسائل ٨: ١٩ ب (٧) من أبواب وجوب الحج ح ١.

و لا تصحّ الوصية لمملوك الأجنبي،^(١) و لا لمدرّبه، و لا لأم ولده، و لا لمكاتبه المشروط أو الذي لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً و لو أجاز مولاه.

يلزمه حكمه، و من حكمه جواز أخذ المسلم له، فإذا حكمنا بصحّ وصيته و قبضه الوصيّ ثمّ استولى عليه من جهة أنه مال الحربى لم يكن منافياً لصحّ الوصية، و كذا لو منعه الوارث لذلك، و إن اعترفوا بصحّ الوصية و ملكه جزءاً من التركة.

و تظهر الفائدة في جواز استيلاء الوصيّ على العين الموصى بها للحربى، فيختصّ بها دون الورثة، و كذا لو استولى عليها بعض الورثة دون بعض حيث لم يكن في أيديهم ابتداء، و لو حكمنا بالبطلان لم يتأتّ هذا، بل يكون الموصى به من جملة التركة لا يختصّ بأحد من الورّاث.

و اعلم: أنّ النكته في تعبير المصنف عن اختياره في مسأله الذمى بالأشهر [١] و فى الحربى بالأظهر: أنّ مصطلحه كون الأشهر فى الروايات و الأظهر فى الفتوى، و قد عرفت أنّ فى صحّ وصية اليهودىّ و النصرانىّ بخصوصه روايات و فى عدم الصحّ أيضاً روايات منها: روايه علىّ بن بلال أنّه كتب إلى أبى الحسن عليه السلام: «يهودىّ مات و أوصى لديّانه بشىء أقدر على أخذه، هل يجوز أن أخذه فأدفعه إلى مواليك، أو أنفذه فيما أوصى به اليهودىّ؟ فكتب عليه السلام: «أوصله إلّىّ و عزّفيه لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله تعالى»^(١). و غيرها فى معناها ممّا ليس بصريح فى البطلان مع ضعف سنده، فلذلك كان الجواز أشهر الروايتين. و أمّا الوصية للحربى فليس فيها بخصوصها حديث، و الأظهر فى الفتوى من حيث الأدلّه العامه و الاعتبار المتقدّم المنع. و ينبغى مراعاة ما بيّناه فى كلّ مسأله خلافية يعبر فيها المصنف بمثل ذلك، فإنه يلتزم فى فتاواه بهذا الاصطلاح.

قوله: «و لا تصحّ الوصية لمملوك الأجنبيّ. إلخ».

أما عدم جواز الوصية لمملوك الغير فظاهر، لا تنفاه أهليته الملك الذى هو شرط

ص: ٢٢١

(١-٢) الفقيه ١٧٣:٤ ح ٦٠٩، التهذيب ٢٠٥:٩ ح ٨١٣، الاستبصار ١٣٠:٤ ح ٤٩٠. الوسائل ١٣:٤١٦ ب «٣٥» من كتاب الوصايا ح ٣.

فى الموصى له، بناء على أنّ المملوك لا يملك شيئاً مطلقاً. ولا فرق فيه بين القنّ والمدبّر و أم الولد، لا شراكتهم فى تمخّض الرقيّة. ولو قلنا بملك ما أوصى له به صحّت الوصيّه له و اعتبر قبوله.

و الشافعيّه (١) أجازوا الوصيّه له مطلقاً، بناء على ذلك، لكن جعلوا الوصيّه لسيدّه إن استمرّ رقه إلى بعد الموت، وإلاّ فهي له. و حيث كان المختار أنّه لا يملك و إن ملكه سيده فمع تمليك غيره أولى، و يمنع من ملك سيده، لأنّه غير مقصود بالوصيّه و لا تعلق لها عنه (٢). و روى عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا وصيّه لمملوك» (٣) و لعلّها شاهد، مع احتمالها نفى أن يوصى المملوك لغيره، لأنّ الوصيّه اسم مصدر يمكن إضافته إلى الفاعل و المفعول.

و أمّا عدم جواز الوصيّه لمكاتب الغير إذا كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً فلبقاءه على المملوكيّة. و يؤيده روايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام «فى مكاتب كانت تحته امرأه حرّه فأوصت له عند موتها بوصيّه، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيّيها إنّها مكاتب لم يعتق و لا - يرث. فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيّه بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب اوصى له بوصيّه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيّه، و فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأجاز ربع الوصيّه» (٤).

و قيل: تصحّ الوصيّه له مطلقاً، لانقطاع سلطنه المولى عنه، و لهذا يصحّ بيعه و اكتسابه، و قبول الوصيّه نوع من الاكتساب. و الروايه ضعيفه باشتراك محمد بن

ص: ٢٢٢

١- (١) المغنى لابن قدامه ٥٦٩:٦، المنهاج ضمن مغنى المحتاج ٣:٤١.

٢- (٢) كذا فى «ش» و فى «م»: و لا متعلق لها عنه. و لعلّ الصحيح: و لا تعلق لها به.

٣- (٣) التهذيب ٩:٢١٦ ح ٨٥٢، الاستبصار ٤:١٣٤ ح ٥٠٦، الوسائل ١٣:٤٦٦ ب «٧٨» من كتاب الوصايا ح ٢.

٤- (٤) الكافي ٧:٢٨ ح ١، الفقيه ٤:١٦٠ ح ٥٥٨، التهذيب ٩:٢٢٣ ح ٨٧٤، الوسائل ١٣:٤٦٨ ب «٨٠» من كتاب الوصايا.

و تصحّ لعبد الموصى و لمدبّره، و مكاتبه، و أم ولده. و يعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فان كان بقدر قيمته أعتق، و كان الموصى به للورثه. و إن كانت قيمته أقل أعطى الفاضل. و إن كانت أكثر سعى للورثه فيما بقى، ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به، فإن بلغت ذلك بطلت الوصيه. و قيل: تصحّ و يسعى فى الباقي كيف كان. و هو حسن. (١) قيس الذى يروى عن الباقر- عليه السلام- بين الثقه و غيره، مع أنّها قضيه فى واقعه فلا تعمّ. و هذا أقوى.

قوله: «و تصحّ لعبد الموصى و لمدبّره، و لمكاتبه و أم ولده- إلى قوله- و هو حسن».

إذا أوصى لعبد نفسه بشىء من التركة فلا يخلو: إمّا أن يوصى له بجزء مشاع من أجزاء التركة كثلثها و ربعها، أو بمال معين منها كدار معينه أو نصفها و لو مشاعا.

فإن كان الأول صحّت الوصيه، سواء كان العبد قنّا أم لا. ثمّ ينظر فى الموصى به فان كان بعد خروجه من الثلث بقدر قيمه العبد عتق و لا- شىء له، و كان باقى التركة للورثه، و جرى ذلك مجرى ما لو قال: أعتقوا عبدى من ثلثى. و إن كانت قيمته أقلّ أعتق و أعطى الفاضل.

و إن كانت قيمته أكثر من الوصيه فلا- يخلو: إمّا أن تبلغ ضعف ما أوصى له به فصاعدا، كما لو كان قيمته مائتين و أوصى له بمائه، أو يكون قيمته أقلّ من الضعف و لو كان قليلا. فإن كان الثانى عتق منه بقدر الوصيه إن خرجت من الثلث، و إلّا فبقدر الثلث، و استسعى للورثه فى الباقي، كما لو أوصى له بمائه و خمسين و قيمته مائتان و الثلث مائه و خمسون، فيعتق ثلاثه أرباعه و يسعى للورثه فى ربع قيمته و هو خمسون، و لو كان الثلث مائه عتق نصفه و يسعى للورثه فى قيمه نصفه و هو مائه، و هكذا، و هذا ممّا لا خلاف عندنا فيه.

و إن كان الأول- و هو ما لو كانت قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به- فالأصحّ

أنه كذلك، فينتق منه بحساب ما أوصى له به مطلقا ما لم يزد عن الثلث، فإن زاد فبحساب الثلث. وقال الشيخان (١): إنّه مع بلوغ قيمته الضعف تبطل الوصية استنادا إلى روايه الحسن بن صالح بن حيّ عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال عليه السلام: يقوم المملوك بقيمه عادله ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد في ربع قيمه، وإن كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه» (٢).

و وجه دلالة الروايه من جهه مفهوم الشرط في قوله فيها: «فإن كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد في ربع القيمه»، فإنّ مفهومه أنّه لو لم يكن أقل بقدر الربع لا يستسعى، وإنّما يتحقّق عدم الاستسعاء مع البطلان.

و لا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل، فإنّ مفهومها أنّ الثلث إن لم يكن أقل من قيمه العبد بقدر ربع القيمه لا يستسعى في ربع القيمه، لا أنّه لا يستسعى مطلقا، وهذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم، فلا ينافى القول بأنّه يستسعى بحسبه، فإن كان أقل بقدر الثلث يستسعى في الثلث، أو بقدر النصف يستسعى في النصف، وهكذا.

و أيضا: فلو كان المفهوم الذي زعموه صحيحا لزم منه أنّه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصية، وهذا شامل لما لو كانت القيمه قدر الضعف و أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع، فمن أين خصوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف؟! ما هذا إلاّ عجيب من مثل هذين الشيخين الجليلين. هذا مع تسليم الروايه فإنها ضعيفه السند بالحسن المذكور، فإن

ص: ٢٢٤

(١ - ١) المقنعه: ٦٧٦، النهايه: ٦١٠.

(٢ - ٢) التهذيب ٩: ٢١٦ ح ٨٥١، الاستبصار ٤: ١٣٤ ح ٥٠٥، الوسائل ١٣: ٤٦٧ ب «٧٩» من كتاب الوصايا ح ٢.

حاله فى الزيدى مشهور.

و هذا كله إذا كانت الوصية بجزء مشاع من التركة كالثلث مثلاً، فإن العبد حينئذ يكون من جملة التركة، فكأنه قد أوصى بعق جزء منه، فيعتق و يسرى فى الباقي، فيدفع ثمنه من الوصية بعقده. و لو كانت بجزء معين كدار أو بستان فالأكثر -و منهم المصنف- أطلقوا جريان الحكم فيه، لإطلاق النص -كالرواية السابقة- الشامل للمعين و المطلق، و للنهي عن تبديل الوصية بحسب الإمكان.

و ذهب جماعة -منهم العلامة فى المختلف (1) و قبله ابن الجنيدي (2)- إلى اختصاص الحكم بالجزء المشاع، أما المعين فتبطل الوصية من رأس، لعموم: «لا وصية لمملوك» (3) و أنه إنما صح فى المشاع لتناوله لرقبه العبد كما قلناه و ذلك منتف فى محل النزاع، و لأن تنفيذ الوصية بالمعين محال لامتناع ملك العبد، و التخطى إلى رقبته يقتضى تبديل الوصية.

و أوجب بمنع تعليل صحه الوصية فى المشاع بتناوله لرقبه العبد، و لم لا يجوز لكونه وصية له لا لأمر غير ذلك؟ و التبديل غير لازم، لأن ذلك تنفيذ للوصية بحسب الممكن، و لو منع ذلك لمنع من الإشاعة، لأن التخصيص برقبه العبد خروج عن الإشاعة التى هى مناط الوصية، و قد عرفت أن الرواية السابقة تشمل بإطلاقها الثلث المعين و المشاع.

و الحق هنا أن يقال: لا بد للحكم بصحة الوصية للعبد مع الحكم بكونه غير مالك من دليل، و هو من النص منتف فى غير الرواية المذكورة، و هى ضعيفه السند، فإن اعتبرناها من حيث الشهره أو غيرها شملت القسمين، و إلا فما أجمع على حكمه لا مجال لمخالفته، و ما اختلف فيه فلا بد لمثبته من دليل صالح، و قد رأينا المصححين للوصية مطلقاً يردون على من قيدها بكون القيمة دون ضعف الوصية بضعف

ص: ٢٢٥

١-١) راجع المختلف ٢:٥٠٥.

٢-٢) راجع المختلف ٢:٥٠٥.

٣-٣) تقدمت فى ص: ٢٢٢، هامش (٣).

و إذا أوصى بعرق مملوكه و عليه دين، فان كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك، و يسعى في خمسة أسداس قيمته. و إن كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعقده. و الوجه أن الدين يقدم على الوصية فيبدأ به، و يعتق منه الثلث مما فضل عن الدين. أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرناه أولاً، عملاً بروايه عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام. (١) مستنده، و ليس لهم في صحيح الوصية لعبد الموصى سوى تلك الروايه، و في مقابلتها روايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام أنه: «لا وصية لمملوك» و هي قريه منها في السند، لكن دلاله تلك أقوى كما رأيت.

قوله: «و لو أوصى بعرق مملوكه و عليه دين -إلى قوله- عن أبي عبد الله -عليه السلام-».

قد عرفت من القواعد المتقدمه أن الوصية المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال، و أن الدين يقدم أولاً ثم تعتبر الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدين، و أن المنجزات المتبرع بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند المصنف و الأكثر، و لا شبهه في أن العتق من جمله التبرعات.

إذا تفررت هذه المقدمات فنقول: إذا أوصى بعرق مملوكه تبرعاً، أو أعتقه منجزاً بناء على أن المنجزات من الثلث، و عليه دين، فان كان الدين يحيط بالتركة بطل العتق و الوصية به، و إن فضل منها عن الدين فضل و إن قل، صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث، و يسعى في باقي قيمته، سواء في ذلك [ما لو] (١) كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل، لأن العتق تبرع محض فيخرج من الثلث، و المعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدين على تقديره كغيره من التبرعات.

ص: ٢٢٦

(١ - ١) من هامش «و» بعنوان (ظاهراً).

هذا هو الذى تقتضيه القواعد المذكوره، و لكن وردت روايات صحيحه فى التبرع بالعتق تخالف ما ذكر.

و حاصلها: أن تعتبر قيمه العبد الذى أعتق فى مرض الموت، فان كانت بقدر الدّين مرتين أعتق العبد و سعى فى خمسه أسداس قيمته، لأن نصفه حينئذ ينصرف إلى الدّين فيبطل فيه العتق و هو ثلاثه أسداس يبقى منه ثلاثه أسداس، للمعتق منها سدس و هو ثلث التركة بعد وفاء الدّين، و للورثه سدسان هما ثلثا التركة، و هو واضح. و إن كانت قيمه العبد أقل من قدر الدّين مرتين بطل العتق فيه أجمع. روى ذلك عبد الرحمن بن الحجاج فى الصحيح (١) عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث طويل محصّيه ما ذكرناه.

و روى عن زراره فى الحسن مثله إلا- أن الروايه مقطوعه (٢)، فلذا لم يذكرها المصنف هنا و اقتصر على روايه عبد الرحمن لصحتها، و قد عمل بمضمونها المصنف و جماعه (٣) و إن خالفت القواعد المتقدمه، نظرا إلى اعتبارها، و يكون العتق المنجز مستثنى من الحكم السابق.

و الشيخ (٤) و جماعه (٥) عدّوا الحكم من منطوق الروايه إلى الوصيه بالعتق، و لعلّه نظر إلى تساويهما فى الحكم السابق و أولويته فى غير المنصوص، لأنّ بطلان العتق المنجز

ص: ٢٢٧

-
- ١- ١) الكافى ٧: ٢٦ ح ١، التهذيب ٩: ٢١٧ ح ٩، الاستبصار ٩: ٤ ح ٢٧، و الوسائل ١٣: ٤٢٤ ب «٣٩» من كتاب الوصايا ح ٥.
 ٢- ٢) التهذيب ٩: ٢١٨ ح ٨٥٦. و لكن فى الكافى ٧: ٢٧ ح ٢ عن أحدهما عليهما السلام. ثمّ انها رويت صحيحا فى الفقيه ٣: ٧٠ ح ٢٣٩ و التهذيب ٨: ٢٣٢ ح ٨٤٠ و الاستبصار ٧: ٤ ح ٢٤ عن أبى عبد الله عليه السلام.
 ٣- ٣) راجع المقنع: ٦٧٦-٦٧٧، النهايه: ٥٤٥.
 ٤- ٤) النهايه: ٦١٠.
 ٥- ٥) المهذب ١٠٨: ٢، إصباح الشيعه (ضمن سلسله الينابيع الفقيهيه) ١٢: ٢٠٧.

على تقدير قصور قيمه عن ضعف الدّين-مع قوّه المنجّز لكونه تصرّفًا من المالك في ماله،و الخلاف في نفوذه من الأصل- يقتضى بطلانه في الأضعف-و هو الوصيّه- بطريق أولى.

و المصنف اقتصر على العمل بمنطوق الروايه،و هو جريان الحكم المذكور مع تنجيز العتق لا- مع الوصيّه به،وقوفا فيما خالف الأصل على مورده.و أكثر المتأخّرين ردّوا الروايه لمخالفتها لغيرها من الروايات[١]الصحيحه الدالّه على تلك القواعد المقرّره،و لعلّه أولى.

و يرد على الشيخ القائل بتعديتها إلى الوصيّه معارضتها فيها بصحيحه الحلبي، قال:قلت لأبي عبد الله-عليه السلام-:«رجل قال:إن متّ فعبدى حر،و على الرجل دين،فقال:إن توفّي و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام ببيع العبد،و إن لم يكن أحاط بثمان العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه،و هو حر إذا أوفى»(١).و هذه الروايه تدلّ بإطلاقها على انعقاده متى زادت قيمته عن الدّين،و هو الموافق لما تقرّر من القواعد،فلا- وجه لعمل الشيخ بتلك الروايه مع عدم ورودها في مدّعاها و أطراح هذه،و من الجائز اختلاف حكم المنجّز و الموصى به في مثل ذلك- كما اختلفا في كثير من الأحكام-على تقدير تسليم حكمها في المنجّز.

لكن يبقى في روايه الحلبيّ أنه-عليه السلام-حكم باستسعاء العبد في قضاء دين مولاه و لم يتعرّض لحقّ الورثه،مع أنّ لهم في قيمته مع زيادتها عن الدّين حقًا كما تقرّر،إلّا أنّ ترك ذكرهم لا يقدح،لإمكان استفادته من خارج،و تخصيص الأمر بوفاء الدّين لا ينافيه.

ص: ٢٢٨

(١-٢) الفقيه ٣:٧٠ ح ٢٤٠، التّهذيب ٩:٢١٨ ح ٨٥٧ و الوسائل ١٣:٤٢٣ ب «٣٩» من كتاب الوصايا ح ٣.

و لو أوصى لمكاتب غيره(١)المطلق و قد أدى بعض مكاتبته كان له من الوصية بقدر ما أداه.

و لو أوصى الإنسان(٢)لأمّ ولده صحت الوصية من الثلث،و هل تعتق من الوصية أو من نصيب ولدها؟ قيل:تعتق من نصيب ولدها،و تكون لها الوصية.و قيل:بل تعتق من الوصية،لأنه لا ميراث إلا بعد الوصية.

قوله:«و لو أوصى لمكاتب غيره.إلخ».

بناء على بطلان الوصية للمكاتب فتبطل فى جزئه الباقي على الكتابه،لأنه لا يملك به.و على ما اخترناه من صحتها له تصح هنا فى الجميع بطريق أولى.

قوله:«و لو أوصى الإنسان.إلخ».

لا خلاف فى صحه وصية الإنسان لأمّ ولده،و لا فى أنها تعتق من نصيب ولدها إذا مات سيدها و لم يوص لها بشيء.و أما إذا أوصى لها بشيء هل تعتق منه،أو من نصيب ولدها و تعطى الوصية على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها؟قولان معتبران متكافئا المأخذ،فمن ثم اقتصر المصنف على نقلهما من غير ترجيح.

و وجه الأول:أنّ الإرث مؤخر عن الدين و الوصية بالآيه (١)،فلا يحكم لابنها بشيء حتى يحكم لها بالوصية،فتعتق منها إن وفّت بقيمتها،فان قصر أكمل من نصيب ولدها،لأنّ الباقي يصير كما لو لم يكن هناك وصية.

و فيه:أنّ المراد من الآيه استقرار الملك بعد المذكورات لا أصل الملك،لعدم بقاء التركة على ملك الميت،لعدم صلاحيته للتمليك،و عدم انتقالها الى الديان و الموصى لهم إجماعاً،و عدم بقائها بغير مالك،فيتعين الوارث.

و وجه الثانى:أنّ التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث كما بيناه،فيستقرّ ملك ولدها على جزء منها،فتعتق عليه و تستحقّ الوصية،لأنّ ملكها متأخر عن الموت و إن ملكها المملوك بغير قبول،من حيث إنّ نفوذ الوصية موقوف على وصول التركة إلى الوارث،و ملك الوارث لا يتوقف على شيء.

ص:٢٢٩

و يؤيده روايه أبى عبيده فى الصحيح قال: «سألت أبى عبد الله-عليه السلام- عن رجل كانت له أم ولد له منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفى درهم أو بأكثر، للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميِّت و تعطى ما أوصى لها به. و فى كتاب العباس: تعتق من نصيب ابنها و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به» (١) و هذا الموجود فى كتاب العباس نصّ فى الباب، و هو موجود بهذه العبارة فى الكافى و التهذيب منضمًا إلى خبر أبى عبيده.

و لا يخفى أنّ الاستدلال بمجرّد وجوده فى كتاب العباس لا يتمّ و إن صحّ السند. و روايه أبى عبيده مشكله على ظاهرها، لأنّها إذا أعطيت الوصية لا- وجه لعتقها من ثلثه، لأنّها حينئذ تعتق من نصيب ولدها. و ربما حملت على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث، أو على ما إذا أعتقها المولى و أوصى لها بوصية. و كلاهما بعيد، إلا أن الحكم فيها بإعطائها الوصية كاف فى المطلوب، إذ عتقها حينئذ من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح، و يبقى ما نقل عن كتاب العباس شاهدا على المدعى، و لعلّ هذا أجود.

و فى المسألة أقوال آخر نادره، و العمده منها على هذين القولين. و المصنف و إن تردّد هنا فى الفتوى، و كذلك فى النافع (٢)، لكنه أفتى بالأول فى باب الاستيلاء (٣) من هذا الكتاب، و بالثانى فى كتاب نكت (٤) النهاية.

ص: ٢٣٠

١- (١) الكافى ٧:٢٩ ح ٤، التهذيب ٩:٢٢٤ ح ٨٨٠ و الوسائل ١٣:٤٧٠ ب «٨٢» من كتاب الوصايا ح ٤.

٢- (٢) المختصر النافع: ١٦٤.

٣- (٣) فى الأمر الثانى من كتاب الاستيلاء.

٤- (٤) نكت النهاية ٣:١٥١.

و إطلاق الوصية يقتضى التسوية،(١) فإذا أوصى لأولاده و هم ذكور و إناث فهم فيه سواء. و كذا لأخواله و خالاته، أو لأعمامه و عمّاته. و كذا لو أوصى لأخواله و أعمامه كانوا سواء على الأصحّ. و فيه رواية مهجوره. أما لو نصّ على التفضيل أتبع.

قوله: «و إطلاق الوصية يقتضى التسوية. إلخ».

أما اقتضاء إطلاق الوصية التسوية فلاستواء نسبه الوصية إليهم، و انتفاء ما يدلّ على التفضيل فى كلام الموصى، فلا فرق فيه بين الذكر و الأنثى، و لا- بين الأخوال و الأعمام و غيرهم. و اختلافهم فى استحقاق الإرث جاء من دليل خارج، و لا يقاس عليه ما يقتضى التسوية بمجردّه.

و لا خلاف فى ذلك كلّ إلا فيما لو أوصى لأعمامه و أخواله، فإنّ المشهور فيه ذلك، و لكن ذهب الشيخ (١) و جماعه [٢] إلى أنّ للأعمام الثلاثين و للأخوال الثلث، استنادا إلى صحيحه زراره عن الباقر عليه السلام فى رجل أوصى بثلث ماله فى أعمامه و أخواله، فقال: «لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث». [٣] و حملت على ما لو أوصى على كتاب الله. و هذه هى الرواية المهجوره التى أشار إليها المصنف.

و فيه رواية (٢) أخرى ضعيفه تقتضى قسمه الوصية بين الأولاد الذكور و الإناث على كتاب الله، و هى مع ضعفها لم يعمل بها أحد. و لا إشكال لو نصّ على التفضيل، أو قال: يقسم بينهم على كتاب الله، أو على طريق الإرث، و ما شاكلة.

ص: ٢٣١

١- (١) النهاية: ٦١٤.

٢- (٢) الكافي ٧: ٤٥ ذيل ح ١، الفقيه ٤: ١٥٥ ح ٤٣٦، التهذيب ٩: ٢١٤ ذيل ح ٨٤٦، الوسائل ١٣: ٤٥٥ ب «٦٤» من كتاب الوصايا ح ٢.

و لو أوصى لذوى قرابته (١) كان للمعروفين بنسبه، مصيرا إلى العرف.

وقيل: كان لمن يتقرب إليه بآخر أب و أم له في الإسلام. و هو غير مستند إلى شاهد.

قوله: «لو أوصى لذوى قرابته. إلخ».

لا- إشكال في صحه الوصيه للقرابه، لما فيه من الجمع بين الصدقه و صله الرحم، و لكن اختلف الأصحاب في أن القرابه من هم؟ لعدم النصّ الوارد في تحقيقه. و الأكثر على ما اختاره المصنف من رده إلى العرف، لأنه المحكم في مثل ذلك حيث لا معين له من الشارع، و هو دالّ على أن المراد به المعروفون بنسبه عاده، سواء في ذلك الوارث و غيره.

و للشيخ (١) قول بانصرافه إلى من يتقرب إلى آخر أب و أم له في الإسلام، و معناه الارتقاء بالقرابه من الأدنى إليه إلى ما قبله و هكذا إلى أبعد جدّ في الإسلام و فروعه، و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بقرابته عرفا.

و إنما اعتبر الإسلام لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «قطع الإسلام أرحام الجاهليّه» (٢) و قوله تعالى لنوح-عليه السلام- عن ابنه إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ (٣).

قال المصنف-رحمه الله-: «و هو غير مستند إلى شاهد» أي إلى دليل معتبر من خبر أو عرف. أما الخبر فظاهر، إذ لم يرد فيه شيء بخصوصه إلا ما ذكرناه من قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، و هو-مع تسليم سنده- غير دالّ على المراد، لأنّ قطع الرحم للجاهليّه لا يدلّ على قطع القرابه مطلقا مع أصناف الكفار، و كذا قطع الأهليه عن ابن نوح عليه السلام، مع أن اللغه و العرف يدلّان على خلاف ذلك، فإنّ من عرف بقربه إلى جدّ بعيد جدّا لا يعدّ قرابه و إن كان الجدّ مسلما، و من تجدد إسلام أبيه [لا] (٤) يتحقّق له أقارب من الكفار، فالمرجع إلى العرف و هو يتناول

ص: ٢٣٢

١- ١) النّهايه: ٦١٤.

٢- ٢) .

٣- ٣) هود: ٤٦.

٤- ٤) الزيادة من الحجريتين فقط. و هو الصحيح ظاهرا.

و لو أوصى لقومه قيل: هو لأهل لغته. (١) المسلم و الكافر منهم، إلا أن تدلّ القرينه على إرادته المسلم كما ذكره في الوصيه للفقراء.

و قال ابن الجنيد: «من جعل وصيته لقربته و ذوى رحمه غير مسمين كانت لمن تقرب إليه من جهه والده أو والديه، و لا أختار أن يتجاوز بالتفرقه ولد الأيب الرابع، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يتجاوز ذلك في تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس». (١) و ما ذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم، و فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم بالخمس لا يدل على نفي القراه مطلقا عما عداه، فان ذلك معنى آخر للقربى، فلا يلزم ذلك فى حق غيره حيث يطلق.

ثم على أى معنى حمل يدخل فيه الذكر و الأئنى، و الفقير و الغنى، و القريب و البعيد، و الوارث و غيره. و لا فرق بين قوله: أوصيت لأقاربي، و قرابتي، [و لذى قرابتي] (٢) و لذوى قرابتي، و ذى رحمى، لا اشتراك الجميع فى المعنى. إذا تقرّر ذلك فإن الوصيه تنصرف إلى الموجود منهم، سواء اتحد أم تعدد، و سواء ذكرهم فى الوصيه بصيغه الجمع أو الإفراد.

قوله: «و لو أوصى لقومه قيل: هو لأهل لغته».

القول للشيخين (٣) و أكثر الأصحاب. و مع ذلك خصوه بالذكر لا مطلقا، و يشهد له قوله تعالى لا يسيخروا قوم من قوم عسى أن يكونوا خيرا منهم و لا نساء من نساء عسى أن يكن خيرا منهن (٤) حيث جعل القوم قسيم النساء المقتضى للمغايره. و منهم من أطلق القوم على أهل اللغه من غير تقييد بالذكر، و لعله مراد المصنف أيضا، إلا أن الأول أشهر، فلذلك حملنا كلامه عليه.

ص: ٢٣٣

١-١) حكاها العلامة فى المختلف ٢: ٥٠٣.

٢-٢) الزيادة من «ش، ب» و هامش «و».

٣-٣) المقنعه: ٦٥٥، النهايه: ٥٩٩.

٤-٤) الحجرات: ١١.

و لو قال لأهل بيته،(١)دخل فيهم الأولاد و الآباء و الأجداد.

و نسبته إلى القيل يدلّ على توقّفه فيه،و وجهه دلالة العرف على ما هو أخصّ من ذلك،و هو مقدّم على اللغة لو سلّم انحصارها فيما نقلوه.و من ثمّ قال ابن إدريس (١):إنّهم الرجال من قبيلته ممّن يطلق (٢)العرف بأنهم أهله و عشيرته دون من سواهم،محتجًا بأنّه هو الذى تشهد به اللغة،ثمّ استشهد بقول الشاعر:

قومى هم قتلوا أميم أخی فإذا رميت يصيبنى سهمى

و غيره من الشواهد،و ذكر أنّه قد روى أنّ قوم الرجل جماعه أهل لغته من الذكور دون الإناث.

قوله:«و لو قال لأهل بيته.إلخ».

لا- إشكال فى دخول من ذكر،لاتّفاق أهل التفاسير على ذلك.إنّما الكلام فى دخول غيرهم،فإنّ الاقتصار على ما ذكر يقتضى كون على عليه السلام ليس من أهل البيت،لخروجه عن الأصناف الثلاثة،مع أنّه داخل إجماعا.

و قال العلامة:«يدخل فيهم الآباء و الأجداد و الأعمام و الأخوال و أولادهم و أولاد الأولاد،الذكر و الأنثى».ثمّ قال:«و بالجمله كلّ من يعرف بقربته». (٣)و هذا يقتضى كون أهل بيته بمنزلة قرابته.و حكى عن ثعلب أنّه قال:«أهل البيت عند العرب آباء الرجال و أولادهم كالأجداد و الأعمام و أولادهم و يستوى فيه الذكور و الإناث» (٤).

و ما اختاره العلامة من مساواه أهل البيت للقرابه هو الظاهر فى الاستعمال، يقال:الفلاتيون أهل بيت فى النسب معروفون،و عليه جرى قوله صلّى الله عليه و آله

ص:٢٣٤

١-١) السرائر ١٦٤:٣.

٢-٢) كذا فى الحجرّيتين و فى «م»:ينطق.و فى سائر النسخ:ينطلق و هو كذلك فى السرائر(الحجريه و الحديثه).

٣-٣) التذكرة ٤٧٧:٢.

٤-٤) المغنى لابن قدامه ٥٨٢:٦-٥٨٣.

و لو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه. (١) و لو قال لجيرانه، قيل:

كان لمن يلي داره (٢) إلى أربعين ذراعاً من كل جانب. و فيه قول آخر مستبعد.

و سلم: «إنا أهل بيت لا تحلّ لنا الصدقة» (١). و الأقوى الرجوع إلى عرف بلد الموصى، و مع انتفائه يدخل كل قريب. و أما أهل بيت النبي صلى الله عليه و آله و سلم فإنهم أخص من ذلك بالرواية (٢) الواردة عنه صلى الله عليه و آله و سلم في حصرهم في أهل الكساء.

قوله: «و لو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه».

هذا أحد التفسيرين للعشيرته لغه، و قد ذهب إليه جماعه (٣) من الأصحاب.

و في القاموس: «عشيرته الرجل بنو أبيه الأذنون أو قبيلته» (٤). و في كتب (٥) العلامه أنّ العشيره هي القرابه مطلقاً. و الأجود الرجوع إلى العرف، و مع انتفائه فالعموم حسن.

قوله: «و لو قال لجيرانه، كان لمن يلي داره. إلخ».

القول الآخر المستبعد هو أنه لمن يلي داره بأربعين داراً، و لعلّ استبعاده من مخالفته العرف، فان العرف لا يبلغ بالجار هذا المقدار، و لأنّ المشهور استناده إلى روايه (٦) عاميته، و قد حقّقنا في الوقف أنّ به من طرقنا روايات كثيره، منها حسنه جميل بن درّاج عن أبي جعفر عليه السلام قال: «حدّ الجوار أربعون داراً من كلّ

ص: ٢٣٥

١-١ (١) عيون أخبار الرضا (ع) ٢: ٢٩٩ ح ٣٢، الوسائل ١٨٧: ٦ ب «٢٩» من أبواب المستحقين للزكاة ح ٦.

٢-٢ (٢) تفسير الحبري: ٢٩٧-٣١١، تفسير فرات الكوفي: ٣٣٢ ح ٤٥١-٤٦٦، شواهد التنزيل ٢: ٢٠-٩٢.

٣-٣ (٣) منهم المفيد في المقنع: ٦٥٥، و الشيخ في النهاية: ٥٩٩، و ابن إدريس في السرائر ١٦٤: ٣.

٤-٤ (٤) القاموس المحيط ٢: ٩٠.

٥-٥ (٥) قواعد الأحكام ١: ٢٩٤، التذكرة ٢: ٤٧٨، التحرير ١: ٣٠١، و في الإرشاد ١: ٤٥٩ و التبصره: ١٢٧ أنّه أقرب الناس إليه نسبا كما هنا.

٦-٦ (٦) المغنى لابن قدامه ٦: ٥٨٦.

و تصحّ الوصيّه للحمل الموجود،(١)و تستقرّ بانفصاله حيًا.و لو وضعته ميتًا بطلت الوصيّه.و لو وقع حيًا ثمّ مات كانت الوصيّه لورثته.

و إذا أوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته.و لو كان كافرا انصرف إلى فقراء نحلته.(٢) جانب» (١).و أما ما اختاره المصنف فلم نقف على مستنده مع اشتهاه،و قد مضى تحقيق ذلك في الوقف (٢).

قوله:«و تصحّ الوصيّه للحمل الموجود.إلخ».

قد سبق (٣)في تحقيق الوصيّه بالحمل ما يظهر به حكم الوصيّه للحمل،و ما يحكم معه بوجوده و عدمه.ثمّ وجوده حال الوصيّه شرط لصحّتها و إن لم تحلّه الحياه، لكن استقرارها مشروط بوضعه حيًا،و معنى استقرارها حينئذ تحقّق صحّتها من حين موت الموصى و إن لم يكن ذلك الوقت حيًا،فالنماء المتخلّل بين الولاده و الموت يتبع العين.و لو وضعته ميتًا تبين بطلان الوصيّه و إن كان حال الوصيّه في بطن أمّه حيًا.

و إذا استقرّت الوصيّه بولادته حيًا لا- يقدر فيها موته بعد ذلك،بل ينتقل إلى ورثته،و هو واضح،لكن يعتبر هنا قبول الوارث،لإمكانه في حقّه،و إنّما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعدّره،كما سقط اعتباره في الوصيّه للجهات العامه.و وجه سقوطه عن الوارث تلقّيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول.و المتّجه اعتبار القبول في الوصيّه للحمل مطلقا فيقبله وليه ابتداء و وارثه هنا.و تظهر الفائده فيما لو ردّها الوارث قبل قبوله،فان اعتبرناه بطلت و إلا فلا أثر للردّ.

قوله:«و إذا أوصى المسلم للفقراء-إلى قوله-فقراء نحلته».

المخصّص لذلك مع عموم اللفظ القران الحاليه،و قد تقدّم (٤)البحث فيه في الوقف.

ص:٢٣٦

١-١) الكافي ٢:٦٦٩ ح ٢،الوسائل ٨:٤٩١ب «٩٠» من أبواب أحكام العشره ح ١.

٢-٢) في ص:في ج ٥:٣٤٣.

٣-٣) في ص:١٩٣.

٤-٤) في ج ٥:٣٣٦.

و لو أوصى لإنسان فمات قبل الموصى (١) قيل: بطلت الوصية. وقيل:

إن رجع الموصى بطلت الوصية، سواء رجع قبل موت الموصى له أو بعده.

و إن لم يرجع كانت الوصية لورثه الموصى له. و هو أشهر الروايتين. و لو لم يخلف الموصى له أحدا رجعت إلى ورثه الموصى. (٢) قوله: «و لو أوصى لإنسان فمات قبل الموصى. إلخ».

قد تقدّم (١) البحث في هذه المسألة و في الروايتين مستوفى، و المختار عدم البطلان إلا مع القرينة الدالة على إرادة الموصى تخصيص الموصى له بالوصية دون وارثه، لمزيد علم أو صلاح و نحوه.

و الفرق بين هذه و بين السابقة: أنّ السابقة تضمّنت كون وارث الموصى له يرث القبول لو مات الموصى له قبله، و ليس فيها تعرّض لمملك الموصى به و عدمه، و الغرض من هذه بيان أنّ الموصى به ينتقل بموت الموصى له إلى وارثه إن لم يرجع الموصى عن الوصية على خلاف فيه، سواء كان مورثه قد قبل الوصية قبل موت الموصى أم لا. فلو فرض أنه قبل الوصية في حياة الموصى ثمّ مات في حياته، و اكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصى، لم يفتقر وارثه إلى القبول، و لكن يبقى الخلاف في بطلان الوصية و عدمه، و هو المقصود بالبحث هنا. و إن لم يكن قد قبل انتقل إلى الوارث حقّ القبول، و هو المستفاد من السابقة، و معه يملك الموصى به على الخلاف، و هو المذكور هنا.

قوله: «و لو لم يخلف الموصى له أحدا رجعت إلى ورثه الموصى».

هذا تتمّه الحكم السابق، و حاصله: أنّ الموصى له إذا مات في حياة الموصى و لم يخلف وارثا خاصا رجعت الوصية إلى ورثه الموصى، بمعنى بطلانها حينئذ. و هذا الحكم شامل بإطلاقه لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله و بعده.

و الحكم في الأول واضح، لأنّه بموته قبل القبول و عدم قيام أحد مقامه في

ص: ٢٣٧

١- ١) في ص: ١٢٨.

و لو قال: أعطوا فلانا كذا و لم يبين الوجه، ووجب صرفه إليه يصنع به ما شاء. (١) القبول تبطل الوصية، و يرجع إلى ورثه الموصى. و يحتمل على هذا أن ينتقل حقّ القبول إلى وارثه العامّ و هو الإمام، لأنه وارث في الجملة فيرث حقّ القبول كما يرثه وارثه الخاصّ، لقيامه مقامه في إرث جميع ما يورث عنه، و يتولاه نائبه العامّ و هو الحاكم الشرعيّ مع غيبته، إلا أن هذا الاحتمال لم يذكره مع توجيهه.

و أما الحكم الثاني - و هو ما إذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاة - فيشكل القول بطلان الوصية حينئذ، لتمام سبب الملك بالإيجاب و القبول، و توقّفه على الشرط و هو الموت لا يوجب بطلانه، و من ثمّ انتقل إلى الوارث لو كان، فكما أنّه بحصول الشرط يتمّ الملك للوارث فينبغي أن يتمّ هنا أيضا.

و يمكن الجواب عنه بأنّ الملك لَمّا كان مشروطا بالموت لا يحصل بدونه كما هو ظاهر، و حينئذ فلا بدّ من مستحقّ صالح للتملك لينتقل إليه الملك، فإنّ مجرد السبب و إن كان تامّا لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط، و حينئذ فإن كان للموصى له وارث انتقل حقّ الوصية إليه و حكم بملكه، لأنّ له أهلية الملك و إن لم يقبل بناء على القبول السابق، و إن لم يكن له وارث لم يجد الملك محلاّ قابلا - له لينتقل إليه، إذ ليس له هناك إلاّ الموصى له و قد فاتت أهليته للملك بموته، أو وارثه و الفرض عدمه.

نعم، يتمشّى على الاحتمال السابق هنا بطريق أولى أن ينتقل الملك إلى الامام، لتمام سبب الملك و حصول الشرط، و الامام وارث للموصى له كالخاصّ فينتقل الملك إليه و إن لم نقل بانتقال حقّ القبول إليه، لأنّ الحقّ هنا أقوى.

قوله: «و لو قال: أعطوا فلانا كذا و لم يبين الوجه، ووجب صرفه إليه يصنع به ما شاء».

لأنّ الوصية تمليك فيقتضى تسلّط الموصى له على المال تسلّط غيره من الملاك، و هو ظاهر. و لو عيّن الموصى له كما لو قال: أعطوه ليصرفه في الجهة الفلانية، تعيّن عليه صرفه فيها، للنهي عن تبديل الوصية، فلو صرفه في غيرها ضمن و لزمه إقامه بدله و صرفه في الوجه المعين.

و لو أوصى فى سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر. و قيل: يختصّ بالغزاه. و الأول أشبه. (١) و تستحبّ الوصية لذوى القرباه و ارثا كان أو غيره، (٢) قوله: «و لو أوصى فى سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر. و قيل: يختصّ بالغزاه. و الأول أشبه».

الأصل فى السبيل الطريق، و المراد بسبيل الله الطريق إليه، أى: إلى رضوانه أو ثوابه، لاستحاله التحيز عليه تعالى، و هذا المعنى شامل لكل ما يتقرب به إلى الله فيجب حمل اللفظ عليه حيث لا مخصص من شرع أو عرف، و هما منتفیان.

و القول باختصاصه بالغزاه للشيخ (١) و من تبعه (٢)، و جعل مصرفه عند تعدد الجهاد أبواب البر من معونه الفقراء و المساكين و ابن السبيل و صله آل الرسول، محتجين بأن حكم الشرع يقتضى صرف السبيل إلى الغزاه، و حكم كلام الأدميين مع إطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع. و هما ممنوعان، و المختار الأول.

قوله: «و يستحبّ الوصية لذوى القرباه و ارثا كان أو غيره».

لا- خلاف فى استحباب الوصية للقرباه فى الجملة، و عندنا لا فرق بين الوارث و غيره، لعموم الآية (٣) و الأخبار (٤)، و قد تقدم (٥) الكلام فيه. و فى بعض الأخبار عنهم عليهم السلام «من لم يوص عند موته لذوى قربته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيه» (٦). و سأل محمد بن مسلم أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية للوارث

ص: ٢٣٩

١- ١) النّهاية: ٦١٣، المبسوط ٤: ٣٥.

٢- ٢) كما فى الوسيله: ٣٧١.

٣- ٣) البقره: ١٨٠.

٤- ٤) الوسائل ١٣: ٣٧٣ ب «١٥» من كتاب الوصايا.

٥- ٥) فى ص: ٢١٦.

٦- ٦) الفقيه ٤: ١٣٤ ح ٤٦٦، تفسير العناشى ١: ٧٦، التهذيب ٩: ١٧٤ ح ٧٠٨، الوسائل ١٣: ٤٧١ ب «٨٣» من كتاب الوصايا ح ٣.

و إذا أوصى للأقرب (١) نزل على مراتب الإرث، و لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب.

فقال: «تجوز، ثم تلا الآية: إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ» (١).

قوله: «و إذا أوصى للأقرب. إلخ».

المراد تنزيهه على مراتب الإرث من حيث المرتبة لا- في كيفية الاستحقاق، فإن الوصية يتساوى فيها الذكر و الأنثى، و المتقرب بالأب و المتقرب بالأبوين و المتقرب بالأم و إن كانوا إخوه.

و معنى تنزيهه على المراتب تقديم المرتبة الأولى على أهل الثانية، لأنها أقرب إلى الميت منها، و كذا الثانية على الثالثة. و منه يظهر أنه لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب» لاستفيد من تنزيهه على مراتب الإرث تقديم ابن العم هنا أيضا، و هو محتمل إلا أن الأصح الأول.

و مقتضى مراعاة المرتبة أنه لو اجتمع الأخ من الأبوين مع الأخ من الأب قدم الأول عليه كما في الإرث. و هو كذلك على الأقوى، مع احتمال تساويهما هنا.

ص: ٢٤٠

١- ١) الكافي ٧: ١٠ ح ٤، الفقيه ٤: ١٤٤ ح ٤٩٣، التهذيب ٩: ١٩٩ ح ٧٩٢، ٧٩١، الوسائل ١٣: ٣٧٤ ب «١٥» من كتاب الوصايا ح ٥، و الآية في سورة البقرة: ١٨٠.

الخامس فى الأوصياء و يعتبر فى الوصى العقل و الإسلام. و هل يعتبر العدالة؟ (١) قيل:

نعم، لأنّ الفاسق لا- أمانه له. و قيل: لا، لأنّ المسلم محلّ للأمانه كما فى الوكاله و الاستيداع، و لأنها ولايه تابعه لاختيار الموصى فيتحقق بتعيينه.

قوله: «و هل تعتبر العدالة. إلخ».

اختلف الأصحاب فى اشتراط عداله الوصى، فذهب الأكثر منهم إلى اشتراطها محتجين بأنّ الوصايه استيمان على مال الأطفال و من يجرى مجراهم من الفقراء و الجهات التى لا- يراعيها المالك، و الفاسق ليس أهلا للاستئمان على هذا الوجه و إن كان أهلا للوكاله، لوجوب التثبت عند خبره.

و بأنّ الوصىه تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى إليه به من تفرقه المال و إنفاقه و صرفه فى الوجوه الشرعيه، و الفاسق ظالم لا يجوز الركون إليه، لقوله تعالى:

وَ لَا تَزْكُونا إِلى الَّذِينَ ظَلَمُوا (١).

و بأنّ الوصىه استتابه على مال الغير لا على مال الموصى، لانتقاله عنه بعد موته، و ولايه الوصى إنّما تحصل بعد الموت، فيشترط فى النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل أولى، لأنّ تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل و ذلك من أكبر البواعث على تحرّز وكيل الوكيل من تجاوز الحدود، بخلاف الوصى فإنّ ولايته بعد موت الموصى على الجهات التى أشرنا إليها، و هى مما لا يشارفه (٢) فيها أحد غالبا، و لا

ص: ٢٤١

١- (١) هود: ١١٣.

٢- (٢) كذا فى «و» و فى هامشها و«س»: يشاركه و فى سائر النسخ غير واضح.

يَتَّبَعُ أفعاله، خصوصاً إذا كانت في إخراج حقوق لغير منحصر.

و ذهب ابن إدريس (١) بعد اضطراب في الفتوى إلى عدم اشتراطها، و رَجَّحَ المصنّف في النافع (٢)، و العلامه في المختلف (٣) بعد أن اختار في غيره من كتبه (٤) اشتراطها استناداً إلى أنها ولاية تابعه لاختيار الموصى كالكاله. و قدحوا في صغرى القياس في الأول بجواز إيداع الفاسق و توكيله. و يضعّف بظهور الفرق بين الوكاله و الوصيه بما أشرنا إليه من مراعاة الموكل حال الوكيل في كل وقت يختار، و بأنه في الوكاله مسلط على مال نفسه و هنا على مال غيره، و لهذا اشترطت في وكيل الوكيل.

هذا محصّل كلام الفريقين. و يمكن أن يقال على الأول: لا- يلزم من عدم أهليته الفاسق للاستيمان و لقبول الخبر اشتراط العدالة، لأنّ هناك واسطه بينهما، و هو المستور و المجهول الحال فإنّه لا يصحّ وصفه بالفسق بل يعزّر واصفه به فلا يدخل في المدلول.

و اشتراط عداله و كيل الوكيل إن أرادوا بها اشتراط ظهور عدالته- كما هو المشهور- فهو عين المتنازع، و إن أرادوا به عدم ظهور الفسق سلّمناه لكن لا يفيد الاشتراط. و بالجملة: لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه أمّا اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث.

و أما ما احتجّ به المصنّف و غيره على اشتراط ظهورها- بأنّ الفسق لَمّا كان مانعاً فلا بدّ من العلم بانتفائه، و ذلك هو اشتراط العدالة- فواضح المنع، لأنّ المانع لا يشترط العلم بعدمه في التأثير بل عدم العلم بوجوده، كما هو المعتبر في حكم كلّ مانع.

ص: ٢٤٢

١-١) السرائر ١٨٩:٣.

٢-٢) المختصر النافع: ١٦٤.

٣-٣) مختلف الشيعة ٥١٠:٢.

٤-٤) التذكرة ٥١١:٢، القواعد ٣٥٣:١.

أما لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موت الموصى (١) أمكن القول ببطلان وصيته، لأنّ الوثوق ربّما كان باعتبار صلاحه فلم يتحقّق عند زواله، فحينئذ يعزله الحاكم و يستنوب مكانه.

قوله: «أما لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موت الموصى. إلخ».

هذا استدراك من الحكم السابق، و حاصله: أنّ العدالة و إن لم تشترط ابتداء فإنه لو أوصى إلى عدل ففسق بعد موت الموصى اتّجه القول ببطلان وصيته، لأنّنا إذا لم نشترطها و أوصى إلى الفاسق ابتداء يكون الموصى قد أقدم على الوصية و رضى به، فلا يؤثّر فسقه، أما لو أوصى إلى العدل ابتداء ففسق ينزل، لما أشار إليه المصنف من أنّ الباعث على الإيضاء إليه بخصوصه ربما كان باعتبار عدالته، فإذا زالت العدالة فات الباعث فتبطل.

و لم يعزم المصنف بالحكم، بل قال: أمكن القول بالبطلان لذلك، لأنّه أيضا يمكن القول بعدم البطلان، لأنّ الوصية إليه لا يتعيّن أن يكون الباعث عليها عدالته، بل جاز أن يكون أمرا آخر من صحبه و قرابه و غير ذلك و الوصف اتّفاقي، و جاز أن تكون العدالة مزيدة في الباعث لا سببا تاما فلا يقدر فواتها، و لأنّها إذا لم تشترط ابتداء كانت استدامه الفسق غير مانعه من صحه الوصية ابتداء فأولى أن لا يمنع صحتها استدامه ابتداءه، لأنّ استدامه كلّ شيء أقوى من ابتداءه.

و ما استدركه المصنف بطريق الإمكان جزم به العلامة (١) و حكم ببطلان الوصية حينئذ. و هو أقوى إن ظهر كون الباعث على نصبه عدالته، و إلا فلا، و فاقا في الثاني لابن إدريس (٢). و بما حكينا يظهر فساد ما قيل: إنه لا خلاف في بطلانها عندنا بالفسق على هذا الوجه. و حيث حكم ببطلان الوصية بفسقه لا تعود بعوده عدلا، للأصل.

ص: ٢٤٣

١- (١) القواعد ٣٥٣، التحرير ٣٠٣، المختلف: ٥١٠، الإرشاد ٤٦٣، التبصرة: ١٢٩.

٢- (٢) السرائر ١٩٠: ٣.

و بقى فى العبارة أمران:

أحدهما: تقييده بكون فسقه بعد موت الموصى يستفاد منه بحسب المفهوم أنه لو فسق فى حياته لم ينزل، مع أنّ العلة المذكوره لعزله متناوله للحالتين. و يمكن الفرق: بأنّ فسقه فى حياته مع استمراره عليه يؤذن برضاه بوصايته فاسقا بخلاف ما لو فسق بعد موته. لكن يجب تقييد هذا بعلم الموصى بفسقه، وإلا فلا دلالة له على رضاه به على تلك الحالة.

و يمكن أن يكون ذلك مبتيّا على أنّ المعتبر فى صفات الوصى بحاله الوفاء لا- حاله الوصايه، كما هو أحد الوجوه فى المسأله. فإذا فسق فى حال حياه الموصى و استمرّ كذلك إلى بعد وفاته لم تنعقد الوصايه له إلا و هو فاسق فيكون كما لو نصبه فاسقا، بخلاف ما إذا تجدد الفسق بعد موته فإنّه أمر طار على الحكم بوصايته، فتزيلها لما ذكر. و المتّجه الفرق بين علم الموصى بفسقه و عدمه على تقدير حصول الفسق حال حياته على كلّ حال.

و الثانى: أنّ قوله: «أمكن بطلان وصيته» يقتضى انزاله و إن لم يعزله الحاكم، و قوله: «فحينئذ يعزله الحاكم» ينافيه. و الحقّ على هذا التقدير انزاله و إن لم يعزله الحاكم، لفوات الباعث المنزّل منزله الشرط فيفوت المشروط بفواته. و ربما اعتذر له بأنّ المراد بعزل الحاكم له تسلّط الحاكم على منعه من التصرف و إقامه غيره مجازا فى عزله.

و قد اتّفتت هذه المسأله فى عبارته الشافعيّه (١)، و اختلفوا فى بطلان الوصيّه بذلك من رأس أو تسلّط الحاكم على فسخها من غير أن تبطل، و تظهر الفائده فى تصرّفه قبل أن يعزله الحاكم. و هذه العبارة جيده، فأخذ المصنف و العلامه ناظر الى (٢) الوجهين.

ص: ٢٤٤

١- (١) الحاوى الكبير ٨: ٣٣٤، روضه الطالبين ٥: ٢٧٤، رحمه الأئمه: ١٩٧.

٢- (٢) كذا فى الحجرتين. و فى «و» ينظر فى. و فى غيرها: نظر فى.

و لا تجوز الوصية إلى المملوك إلا بإذن مولاه. (١) و لا تصح الوصية إلى الصبي منفردا، (٢) و تصح منضمًا إلى البالغ، لكن لا يتصرف إلا بعد بلوغه.

و يقوى الإشكال لو لم يكن هناك حاكم يعزله، فإن الفائدة المطلوبة للموصى من عدالته منتفيه رأسا. و الأقوى -تفريعا على كون ذلك مانعا من الصحة- البطلان و إن لم يعزله الحاكم، ليحصل الغرض.

قوله: «و لا تجوز الوصية إلى المملوك إلا بإذن مولاه».

لأن منافع مملوكه لمولاه، و الوصية إليه تستدعى نظرا منه في الموصى فيه و سعيًا على تحصيل المطلوب منها، و هو يستلزم التصرف في ملك الغير، فيتوقف على إذنه، فإذا أذن زال المانع لأن المنع لحقه، خلافا لبعض العامة (١) حيث منع من الوصية إليه مطلقا.

إذا تقرر ذلك: فلو أذن المولى له في الوصاية لم يكن له الرجوع في الإذن حيث يلزم الوصى المضى فيها بأن مات الموصى، و حيث لا يلزمه المضى يجوز للمولى الرجوع لكن بشرط إعلام الموصى كالحزب. و بالجملة: فيقوم المولى في ذلك مقام الوصى و إن كان فعل متعلق الوصية منوطا بالمملوك.

قوله: «و لا تصح الوصية إلى الصبي منفردا. إلخ».

فأفاده صحة الوصية إلى الصغير منضمًا مع عدم صحته تصرفه صغيرا تأثير نصبه في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ. و مستند جواز الوصية إليه منضمًا روايه علي بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن -عليه السلام- عن رجل أوصى إلى امرأه و شرك في الوصية معها صبيًا، فقال: يجوز ذلك، و تمضى المرأة الوصية و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له ألا يرضى إلا ما كان من تعديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت». (٢) و في صحيحه الصفار قال: «كتبت إلى أبي محمد

ص: ٢٤٥

١- (١) الحاوى الكبير ٣٢٩: ٨، المغنى لابن قدامة ٦: ٦٠٢.

٢- (٢) الكافي ٧: ٤٦ ح ١، الفقيه ٤: ١٥٥ ح ٥٣٨، التهذيب ٩: ١٨٤ ح ٧٤٣، الاستبصار ٤: ١٤٠ ح ٥٢٢، الوسائل ١٣: ٤٣٩ ب «٥٠» من كتاب الوصايا ح ٢.

عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صحَّ على الميت شهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقَّع عليه السلام: نعم، على الأكبر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يجسوه بذلك» (١).

و يدلّ على جواز تصرّف الكبير قبل بلوغ الصغير-مضافا إلى الخبرين- أنه في تلك الحال وصيّ منفردا و إنما التشريك معه بعد البلوغ، كما لو قال: أنت وصيّ و إذا حضر فلان فهو شريكك. و من ثمّ لم يكن للحاكم أن يداخله و لا أن يضمّ إليه آخر ليكون نائبا عن الصغير. و أما إذا بلغ الصغير فلا يجوز للبالغ التفرد و إن كان ذلك غير مستفاد من الخبرين، لأنّه الآن غير مستقلّ فيرجع إلى تلك القاعدة.

و اعلم: أنّ صحّه الوصّيّ إلى الصبيّ منضمّا على خلاف الأصل، لأنّه ليس من أهل الولاية، و لكن جاز ذلك للنصّ، فلا يلزم مثله في الوصّيّ إليه مستقلاً و إن شرط في تصرّفه البلوغ و كان ذلك في معنى المنضمّ، و قوفا فيما خالف الأصل على مورده، و لأنّه يغتفر في حال التبعية ما لا يغتفر استقلالا.

و اعلم أيضا: أنّ مورد المسألتين في الكتاب واحد، و هو جواز انضمام الصغير إلى البالغ في الوصاية، غير أنّ الأولى تضمّنت حكم تصرّف الصبيّ في أنه مشروط ببلوغه، و الثانية تضمّنت جواز تصرّف الكبير قبل بلوغ الصغير و عدم جواز انفراده بعد بلوغه. و لو جمع الأحكام الثلاثة في مسألة واحدة كما فعل غيره كان أخصر، فيقول بعد قوله: «لكن لا يتصرّف إلا بعد بلوغه»: «و يتصرّف الكبير منفردا».

إلى آخره» فيستغنى عن فرض مسألتين.

ص: ٢٤٦

(١- ١) الكافي ٧: ٤٦ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥٥ ح ٥٣٩، التهذيب ٩: ١٨٥ ح ٧٤٤، الوسائل ١٣: ٤٣٨ ب «٥٠» من كتاب الوصايا ح ١.

و لو أوصى إلى اثنين أحدهما صغير، تصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصغير، و عند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد. و لو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل، (١) كان للعاقل الانفراد بالوصية و لم يداخله الحاكم، لأن للميت وصيا. و لو تصرف البالغ ثم بلغ الصبي، (٢) لم يكن له نقض شيء مما أبرمه، إلا أن يكون مخالفا لمقتضى الوصية.

قوله: «و لو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل. إلخ».

إنما كان له ذلك لأن شركه الصبي له مشروطه ببلوغه كاملا و لم يحصل، فيبقى الاستقلال الثابت أولا له بالنص على حاله، عملا بالاستصحاب. و مداخله الحاكم مشروطه بعدم وجود الوصي المستقل، و هو هنا موجود. و هو معنى قول المصنف:

«لأن له وصيا» أى مستقلا، و إلا فالحاكم يداخل الوصي غير المستقل. و يمكن أن يريد به مطلق الوصي، لما سيأتي (١) من تعليقه بذلك في مسألة الوصي غير المستقل.

و ربما احتمل بطلان استقلاله بذلك، لأن الموصي إنما فوض إليه الاستقلال إلى حين بلوغ الصبي، فكأنه جعله مستقلا إلى مده مخصوصه لا مطلقا. و قد تردّد في الحكم العلامة في التذكرة (٢) و الشهيد في الدروس (٣). و فيما اختاره المصنف قوله.

نعم، لو بلغ الصبي رشيدا ثم مات بعده و لو بلحظه زال الاستقلال، لفقد شرطه.

قوله: «و لو تصرف البالغ ثم بلغ الصبي. إلخ».

قد سلف (٤) في الخبرين المتقدمين ما يدل على هذا الحكم، و لأن البالغ وصي مستقل حينئذ، فتصرفه نافذ مطلقا.

و اعلم: أن التصرف متى كان مخالفا لمقتضى الوصية فهو باطل لا يتوقف

ص: ٢٤٧

١-١) في ص: ٢٥٤.

٢-٢) التذكرة ٥١٠: ٢.

٣-٣) الدروس: ٢٤٨.

٤-٤) في ص: ٢٤٥.

و لا تجوز الوصية إلى الكافر (١) و لو كان رحما. نعم، يجوز أن يوصى إليه مثله.

و تجوز الوصية إلى المرأه إذا جمعت الشرائط. (٢) إبطاله على نقض الصبي بعد بلوغه، فالاستثناء في العبارة منقطع، و قد تبع فيه الروايه فإنه قال فيها: «إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت». و كان حقّ العبارة الاقتصار على منعه من نقض ما كان موافقا للشرع، فإن ما خالفه منقوض.

قوله: «و لا تجوز الوصية إلى الكافر. إلخ».

لأنّ الكافر ليس من أهل الأمانه و لا الولايه، و الركون إليه منهي عنه (١) لأنّه ظالم، و الرحميّه هنا لا دخل لها في الجواز. و أمّا جواز وصيّه مثله إليه فلاجرائه على حكمه لو ترفعوا إلينا، لا الحكم بصحتها عندنا إن اشترطنا العدالة، لأنّ الكافر أسوء حالا من الفاسق المسلم.

و يحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته في دينه، لأنّ الغرض منها صيانه مال الطفل و حفظه و أداء الأمانه، و إذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرّمات قائما بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين.

قوله: «و تجوز الوصية إلى المرأه إذا جمعت الشرائط».

هذا عندنا موضع وفاق، و قد تقدّم (٢) في حديث عليّ بن يقطين ما يدلّ على الصحه، بل إذا حصلت الشرائط في أمّ الأطفال فهي أولى من غيرها، لمزيد الحنوّ.

لكن روى الشيخ في التهذيب عن السكوني مرسلًا، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين -عليه السلام-: «المرأه لا يوصى إليها، لأنّ الله تعالى يقول وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» (٣). ثمّ حملها على ضرب من الكراهه جمعا.

ص: ٢٤٨

١-١ (١) هود: ١١٣.

٢-٢ (٢) في ص: ٢٤٥، هامش (٢).

٣-٣ (٣) التهذيب ٩: ٢٤٥ ح ٩٥٣. و رواه في الفقيه ٤: ١٦٨ ح ٥٨٥ مسندا. و الحديث في الوسائل ١٣: ٤٤٢ ب (٥٣) من كتاب الوصايا ح ١، و الآيه في سوره النساء: ٥.

و لو أوصى إلى اثنين،(١) فإن أطلق أو شرط اجتماعهما، لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف.

قوله: «و لو أوصى إلى اثنين. إلخ».

أمّا مع شرطه الاجتماع فظاهر، لأنه لم يرض برأى أحدهما منفردا، فولايتهما لم تثبت إلاّ على هذا الوجه. و أمّا إذا أطلق فلأن المفهوم من إطلاقه إرادته الاجتماع. و لو حصل الاشتباه فثبوت الولاية لهما مجتمعين معلوم، و ثبوتها لكلّ واحد منفردا مشكوك فيه، فيؤخذ باليقين و يرجع إلى أصالة انتفائها عن كلّ واحد منفردا.

و ذهب الشيخ (١) في أحد قوليّه و من تبعه (٢) إلى جواز انفراد كلّ منهما مع الإطلاق، و لعلّه استند إلى روايه بريد بن معاويه، قال: «إنّ رجلا- مات و أوصى إلىّ و إلى آخر أو إلى رجلين، فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك و أعطني النصف مما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله- عليه السلام- عن ذلك فقال: ذلك له» (٣).

مع أنّ الشيخ في التهذيب حمل قوله: «ذلك» على إباء صاحبه، أي: له أن يأبى عليه و لا يجيبه إلى ملتسمه. و إنّما حمّله على ذلك لئلا ينافى ما رواه محمد بن الحسن الصفّار في الصحيح قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كان أوصى إلى رجلين، أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة و الآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت، و أن يعملّا على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى» (٤).

و يمكن أن يقال: لا- وجه لحمل تلك الروايه على ذلك الوجه البعيد لتوافق هذه، لأنّه ليس في هذه ما يدلّ على وجوب الاجتماع، لأنّ لفظ «لا ينبغي» ظاهرٌ في الكراهه لا الحظر ففيها دلالة على جواز الانفراد على كراهه، و تبقى تلك مؤيّده لها كما

ص: ٢٤٩

١- (١) التّهايه: ٦٠٦.

٢- (٢) كما في المهدّب ١١٦: ٢- ١١٧ و الجامع للشرائع: ٤٩٢.

٣- (٣) الكافي ٧: ٤٧ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥١ ح ٤، التهذيب ٩: ١٨٥ ح ٧٤٦، الاستبصار ٤: ١١٨ ح ٤٤٩، الوسائل ١٣: ٤٤٠ ب (٥١) من كتاب الوصايا ح ٣.

٤- (٤) التهذيب ٩: ١٨٥ ح ٧٤٥، الاستبصار ٤: ١١٨ ح ٤٤٨ و الوسائل ١٣: ٤٤٠ ب (٥١) من كتاب الوصايا ح ١. و روى في الكافي ٧: ٤٦ ح ١، و الفقيه ٤: ١٥١ بوجه آخر.

و لو تشاحا، لم يمض (١) ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه إلا ما لا بد منه، مثل كسوه اليتيم و مأكوله. و للحاكم جبرهما على الاجتماع، فان تعاسرا جاز له الاستبدال بهما.

فهمه الشيخ في فتوى النهايه، فإنه أجود ممّا فهمه في التهذيب، مع أنّ المتأخرين كالعلامه في المختلف (١) و من بعده [١] فهموا من الروايه المنع من الانفراد، و استحسنا حمل الروايه الأخرى على ما ذكره الشيخ.

و ربما رجح الحمل بأن الإباء أقرب من القسمه فعود اسم الإشاره إليه أولى.

و فيه: أنّ الإشاره ب«ذلك» إلى البعيد، فحملة على القسمه أنسب باللفظ (٢).

و يمكن أن يستدلّ لهم من الروايه الصحيحه لا من جهه قوله: «لا ينبغي» بل من قوله: «أن يخالفا الميت، و أن يعملا على حسب ما أمرهما» فإنّ ذلك يقتضى حمل إطلاقه على أمره بالاجتماع، و مع أمره به لا- يبقى في عدم جواز المخالفه إشكال، و يتعين حمل «لا ينبغي» على التحريم، لأنه لا ينافيه بل غايته كونه أعمّ أو متجوّزا به فيه بقرينه الألفاظ الباقية. و هذا أجود.

إذا علمت ذلك: فمعنى وجوب اجتماعهما في الحالتين اتّفاقهما على الرأى الواحد على وجه واحد يحكمان بكونه مصلحه، و إذا توقّف على عقد فليصدر عن رأيهما، إمّا بمباشره أحدهما بإذن الآخر، أو غيرهما بإذنهما.

قوله: «و لو تشاحا لم يمض. إلخ».

إذا تشاح الوصيان في صوره اشتراط الموصى اجتماعهما، أو إطلاقه على القول بحمله على الاجتماع، أى تمانعا و أبى كل منهما على صاحبه أن يوافق، لم يمض ما

ص: ٢٥٠

١- ١) المختلف ٥١٢: ٢.

٢- ٣) في «س» و «ش»: بالغرض.

تفرّد به أحدهما من التصرّف، لأنّ الموصى لم يرض برأيه منفرداً، فيكون تصرّفه بغير إذن كتصرّف الأجنبيّ. واستثنى المصنّف وجماعه (١) منه ما تدعو الحاجة إليه، ولا- يمكن تأخيره إلى وقت الاتّفاق، من نفقه اليتيم و الرقيق و الدوابّ، و مثله شراء كفن الميّت. و زاد بعضهم (٢) قضاء ديونه، و إنفاذ وصيّته معينه، و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع، و الخصومه عن الميّت و له، و عن الطفل و له مع الحاجة، و ردّ الوديعه المعيّنه، و العين المغصوبه.

و قال أبو الصلاح: مع التشاّح يرّد الناظر في المصالح الأمر إلى من كان أعلم بالأمر و أقوى عليه، و يجعل الباقي تبعاً له (٣). و فيه: استلزامه تخصيص أحدهما و قد منعه الموصى من ذلك. و أطلق الشيخ في المبسوط (٤) عدم جواز تصرّف أحدهما مع التشاّح في القسمين من غير استثناء.

و مال العلامه في القواعد (٥) إلى الفرق بين حاله الإطلاق و النهى عن الانفراد، فاحتمل ضمان المتفرّد في الثاني مطلقاً، و جواز ما لا- بدّ منه في حاله الإطلاق، و حمل كلام الأصحاب على ذلك. و يشكل: بأنّ من الأصحاب من (٦) صرّح بعدم الفرق بين الحالتين فلا يمكن حمل كلامه على التفصيل، و بأنّ حاله الإطلاق إن حملت على إرادته الاجتماع كما فهموه لا وجه للفرق، و إن كانت حاله النهى عن الانفراد آكد.

و قيل: يضمن المنفرد مطلقاً. و لعلّه أجود.

ص: ٢٥١

١-١) كالشهيّد في الدروس: ٢٤٨، و السيورى في التنقيح الرائع ٣٨٨: ٢، و الكركى في جامع المقاصد ٢٩٢: ١١.

٢-٢) جامع المقاصد ٢٩٢: ١١.

٣-٣) الكافي (في الفقه): ٣٦٦.

٤-٤) المبسوط ٥٤: ٤.

٥-٥) القواعد ٣٥٤: ١.

٦-٦) راجع المبسوط ٥٤: ٤، و السرائر ١٩٠: ٣.

إذا تقرر ذلك: فقد أطلق المصنف وغيره (١) أنهما في هاتين الحالتين مع التعاسر يجبرهما الحاكم على الاجتماع، فإن لم يتفق جاز له الاستبدال بهما. ولا يخلو على إطلاقه من إشكال على القول باشتراط العدالة، لأنهما بتشاخهما حيث يمكن الاجتماع وإصرارهما عليه يخرجان عن العدالة، خصوصاً مع إجبار الحاكم لهما وتعاسرهما بعده. والذي ينبغي تفرّيعاً على اشتراط العدالة الحكم بفسقهما مع تشاخهما حيث يمكنهما الاجتماع ويكون ذلك محض العناد، ويستبدل بهما الحاكم.

ولقد أحسن ابن إدريس هنا حيث قال: «فإن تشاخاً في الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه - إلى قوله - وللناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما، لأنهما حينئذ قد فسقا، لأنهما أخلاً بما وجب عليهما القيام به، وقد بينا أن الفسق يخرج الوصية من يده» (٢) ومع ذلك ففي كلامه خبط من جهة أنه قبله بلا فصل صرح بعدم اشتراط العدالة، وأنكر على الشيخ القول بها وبأن الوصية إذا فسق يخرج من يده ثم عقبها بمسألة الوصيتين - وهي هذه - بلا فصل.

والحاصل: أنه مع اشتراط العدالة يلزم القول بانعزالهما مع التشاخ الموجب للإخلال بالواجب مع الإصرار عليه حيث لم يثبت كون مثل ذلك من الكبائر. نعم، يمكن فرض التشاخ من غير فسق بأن يختلف نظرهما في الأمر، فلا يمكنهما الاجتماع على رأى واحد منهما، لأن كل واحد منهما فرضه العمل بما يقتضيه نظره، ومثل هذا يجب استثنائه، ولا يمكن الحاكم إجبارهما على الاجتماع فيه.

و يبقى الكلام فيما يمكن فيه الاجتماع ويكون الاختلاف مستنداً إلى التشهّي أو الميل الطبيعي، بأن أراد أحدهما الصدقة بالمال الموصى به بتفرقة على أشخاص معينين، وأراد الآخر غيرهم مع استحقاق الجميع، أو أراد أحدهما شراء نوع من

ص: ٢٥٢

(١ - ١) راجع النهاية: ٦٠٦، المهذب ٢: ١١٦، والوسيلة: ٣٧٣، وتلخيص الخلاف ٢: ٢٩٠ ذيل مسأله (٣٩).

(٢ - ٢) السرائر ٣: ١٩١.

و لو أرادا قسمه المال بينهما لم يجز. (١) و لو مرض أحدهما أو عجز ضمّ إليه الحاكم من يقويه. (٢) المأكول و الملبوس للطفل، و أراد الآخر غيره مع اشتراكهما في المصلحه، و نحو ذلك، فإنّ مثل هذا يجب فيه الاتفاق، و يخلّ تركه بالواجب حيث لا يكون أمره موسّعا، و يحكم بانعزالهما مع التشاح فيه، خصوصا مع وقوع التصرف بالفعل منفردا. و قد اقتصروا على التعبير بأن التصرف حينئذ لا ينفذ، و بالغ في التذكرة (١) فصّرح بأنهما لا ينعزلان بالاختلاف، و أنّ اللذين أقامهما الحاكم نائبان عنهما.

قوله: «و لو أرادا قسمه المال بينهما لم يجز».

لأنّ القسمه تقتضى انفراد كلّ منهما بالتصرف فيما خصّه من القسمه، و هو خلاف مراد الموصى من الاجتماع فيه. و الحكم مع النصّ على الاجتماع واضح، و مع الإطلاق فيه ما مرّ.

قوله: «و لو مرض أحدهما أو عجز ضمّ إليه الحاكم من يقويه».

الضمير البارز في قوله: «إليه» و «يقويه» يرجع إلى المريض و العاجز، بمعنى أنّ الحاكم يضمّ إلى المريض أو العاجز شخصا يقويه و يعينه على التصرف، لأنّ مرضه و عجزه لا يخرج عن الوصايه لجواز الوصيه إلى المريض و العاجز ابتداء، فكما لا يقدر ذلك في الابتداء فكذا لا يقدر في الاستداه. و حينئذ فيعتبر اجتماع الثلاثة على التصرف، حتى لو كان وصيا منفردا فمرض أو عجز عن الاستقلال ضمّ الحاكم إليه أيضا من يعينه كما سيأتى (٢) و لم يرتفع أمره بالكلية فكذا هنا.

و في الدروس (٣) جعل الضمّ مع عجز أحدهما إلى الآخر كما لو جنّ أو فسق.

و يمكن الجمع بحمل العجز هنا على القيام بجميع ما كلف به مع ثبوت أصل القدره، فالضميمه إليه تحصل الغرض، و حمل العجز في كلام الدروس على العجز

ص: ٢٥٣

١- (١) التذكرة ٥٠٩: ٢.

٢- (٢) في ص: ٢٥٨.

٣- (٣) الدروس: ٢٤٨.

أما لو مات أو فسق لم يضمّ الحاكم (١) إلى الآخر، و جاز له الانفراد، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصيّ، وفيه تردّد.

الكليّ بقرينه مشاركته الفاسق و المجنون له في الحكم، و بقرينه الحكم بالضمّ إلى الآخر أيضا.

و يجوز أن يعود الضمير في عبارته المصنف إلى الوصيّ الآخر المدلول عليه بأحدهما ضمنا، و يريد بالعجز و المرض بالبالغين حدّ المنع من أصل الفعل، كما فرضه في الدروس، و تكون التقويه حينئذ للوصيّ الآخر. و لكن الأول أنسب بالمقام.

قوله: «أما لو مات أو فسق لم يضمّ الحاكم. إلخ».

إذا تعدّرت مشاركته أحد الوصيّين على الاجتماع لصاحبه بموت، أو فسق، أو عجز كليّ، أو جنون، أو غيبه بعيده، فقد ذهب المصنف و أكثر الأصحاب إلى أنّ الوصيّ الآخر يستقلّ بالوصيّة من غير أن يضمّ إليه الحاكم بدلا، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصيّ، و هو هنا موجود فإنّ نصب الآخر معه لم يخرجّه عن كونه وصيّاً، و لهذا يقال: نصب وصيّين.

و قد تردّد المصنف في الحكم، و وجهه مما ذكر، و من أنّ الموصى لم يرض برأى أحدهما منفردا، فتصرّفه وحده مناف لمقصود الموصى. و يمنع من انتفاء ولايته الحاكم مع مطلق الوصيّ بل مع المنفرد، لأن ولاية الحاكم تتعلّق بما لا يشرع إنفاذه لغيره من أحكام الميّت هنا، و هو هنا موجود. و يمكن أن يدعى أنّ أحد الوصيّين على الاجتماع ليس وصيّاً حقيقياً بل جزء وصيّ، و إطلاق الوصيّ عليه لا يستلزم الحقيقة.

و الأقوى وجوب الضمّ، و ليس للحاكم أن يفوّض إليه وحده و إن كان عنده صالحا للاستقلال، لأنّ الموصى لم يرض برأيه وحده، و عند وجود إرادته الموصى لا يعتبر إرادته الحاكم، لأنّ ذلك كمنعه من كونه وصيّاً بالانفراد فلا يتخطاه الحاكم. و كذا لا يجوز للحاكم عزله و إقامه بدله متّحدا و متعدّدا، لما ذكرناه من تقديم منصوب الموصى، و هو هنا موجود.

و لو شرط لهما الاجتماع و الانفراد،(١) كان تصرّف كل واحد منهما ماضيا و لو انفراد.و يجوز أن يقتسما المال،و يتصرّف كل واحد منهما فيما يصيبه، كما يجوز انفراده قبل القسمة.

و للموصى إليه أن يرّد الوصية(٢) ما دام الموصى حيًا، بشرط أن يبلغه الرّد.

قوله: «و لو شرط لهما الاجتماع و الانفراد. إلخ».

المراد بشرط الاجتماع لهما و الانفراد تسويغ الانفراد، و لو عبّر به كان أظهر و أخصر، فإنّ شرط الاجتماع هنا لا دخل له في الحكم، إلّا- أن يجعل تنبيها على قسم رابع، و هو ما إذا شرط لهما الانفراد و منعهما من الاجتماع، فإنّ ذلك جائز و يجب فيه اتباع شرطه فيكون التعبير بشرط الاجتماع و الانفراد إشاره إلى تسويغ الأمرين معا.

و كيف كان فمع الإذن في الانفراد يكون تصرّف كل منهما بمقتضى الوصية ماضيا، لأنّ كلا منهما وصى مستقلّ. و يجوز لهما حينئذ اقتسام المال و تصرّف كل منهما فيما يصيبه، و ليست قسمة حقيقته بل لكلّ منهما بعد القسمة التصرّف في قسمة الآخر، كما يجوز قبل القسمة، لأنّ كلا منهما وصى في المجموع. و لا فرق في جواز القسمة بين جعلها متساوية و متفاوتة حيث لا يحصل بها ضرر.

قوله: «و للموصى إليه أن يرّد الوصية. إلخ».

قد تقدّم (١) أنّ الوصية من العقود الجائزة في حياة الموصى، لكلّ من الموصى و الموصى له و إليه فسخها في حياة الموصى. فإذا كانت الوصية بالولاية و قبلها الوصية، فإن كان بعد وفاه الموصى لم يكن له ردها، كما ليس له ردّ المال الموصى به بعد القبول و الوفاء.

و إن كان الرّد في حياة الموصى جاز كما له ردّ المال، لأنّ الوصاية إذن له في التصرّف المخصوص، فله أن لا يقبل الإذن كالوكالة، لكن يختصّ حكم الوصاية بكون بطلانها مشروطا بأن يبلغ الموصى الرّد، فلو لم يبلغه لزمتم كما لو ردّ بعد الوفاء.

ص: ٢٥٥

١-١) في ص: ١٣٥.

و ظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، و فى الأخبار إيماء إليه، ففى روايه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره» (١).

و مقتضى هذا التعليل أن صحّ الردّ مشروطه ببلوغه الخبر، لأنه إذا كان مشروطا بدون القبول فبه أولى، و فى معناها كثير، و لأنه على تقدير قبوله يكون قد غرّه و منعه من طلب غيره فلم يكن له أن يضيّع حقّه.

أمّا لو ردّ فى حياته و بلغه الردّ فإنّ الوصية تبطل اقتصارا بالزوم على موضع الوفاق فيما خالف الأصل، و لانتفاء المحذور هنا.

و اعلم: أنّ كلّ موضع يلزمه الوفاء بالوصية لو امتنع من القيام بها فإنّ أصرّ عليه خرج عن أهليته الوصاية بفسقه على القول باعتبار العدالة فيخرج عن الوصاية.

و لو كان جاهلا بالوجوب أو لم نشترطها أجبره الحاكم على القيام بها و أخبره بالوجوب.

و أطلق جماعه (٢) من الأصحاب إجبار الحاكم له مع امتناعه، و هو مقتيد بعدم الخروج بالترك عن الأهلية.

و بقى فى المسألة أمر آخر، و هو أنّه هل يشترط مع بلوغ الموصى الردّ إمكان إقامته وصيا غيره، أم يكفى مطلق بلوغه حيناً؟ ظاهر الفتاوى الثانى، و مقتضى التعليل الأول، لأنه إذا لم يمكنه نصب وصى آخر يكون بمنزله ما لو لم يعلم بالردّ.

و الأجود اعتبار الإمكان كما يرشد إليه قوله عليه السلام: «لأنّه لو كان شاهدا و أبى أن يقبلها طلب غيره» فإنّ العله المنصوصه تتعدى على الأقوى، و لانتفاء الفائده بدونه. فعلى هذا لو كان حيا و لكن لم يمكنه نصب أحد و لو بالإشارة لم يصحّ الردّ.

و لو أمكن و لكن كان المنسوب غائبا بحيث يتوقّف ثبوت وصايته على البيّنه و لم يحضر

ص: ٢٥٦

١- (١) الكافى ٧: ٦ ح ٣، الفقيه ١٤٥: ٤ ح ٥٠٠، التهذيب ٩: ٢٠٦ ح ٨١٦، الوسائل ١٣: ٣٩٨ ب «٢٣» من كتاب الوصايا ح ٣.

٢- (٢) كما فى القواعد ٣٥٤: ١، و تلخيص الخلاف ٢: ٢٨٣ ضمن مسأله (٢١).

و لو مات قبل الردّ، أو بعده (١) و لم يبلغه، لم يكن للردّ أثر، و كانت الوصية لازمه للموصى.

الموصى من تثبت به الوصايه ففي تنزيله منزله عدم التمكن من الوصايه وجهان، من حصول أصل القدره و تحقّق الشرط، و من انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته.

قوله: «و لو مات قبل الردّ أو بعده. إلخ».

إطلاق كلامه يشمل ما لو كان قد قبل الوصية ثمّ ردّها و ما إذا لم يقبلها أصلاً.

و الحكم في الأول موضع وفاق، و قد تقدّم (١). و أمّا الثاني فالمشهور بين الأصحاب أنّ الحكم فيه كذلك، و استندوا فيه إلى أخبار كثيرة:

منها: صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يردّ وصيته، فإذا أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل» [١].

و منها: صحيحه الفضيل بن يسار عنه عليه السلام «في رجل يوصى إليه، قال: إذا بعث إليه بها من بلد فليس له ردّها، و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه» (٢).

و منها: روايه منصور بن حازم عنه عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره» (٣).

ص: ٢٥٧

١- ١) في ص: ٢٥٥.

٢- ٣) الكافي ٧: ٦ ح ٢، الفقيه ١٤٤: ٤ ح ٤٩٧، التهذيب ٩: ٢٠٥ ح ٨١٥، الوسائل ١٣: ٣٩٨ ب «٢٣» من كتاب الوصايا ح ٢.

٣- ٤) مرّ في الصفحة المقابله هامش (١).

و لو ظهر من الوصيّ عجز، ضمّ إليه مساعد. (١) و منها: حسنه هشام بن سالم عنه عليه السلام «في الرجل يوصى إلى رجل بوصيته فأبى أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا يخذله على هذه الحال» (١).

و ذهب العلامة في التحرير (٢) و المختلف (٣) إلى جواز الرجوع ما لم يقبل، عملاً بالأصل، و بدفع الضرر المنفّى بقوله تعالى ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٤) و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لا ضرر و لا ضرار» (٥) و حمل الأخبار على حصول القبول أولاً، لأنّه عقد فلا بدّ فيه من القبول.

و الحقّ: أنّ هذه الأخبار ليست صريحة في المدّعى، لتضمّنها أنّ الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً و الغائب يلزمه مطلقاً و هو غير محلّ النزاع. نعم، في تعليل الرواية المتقدّمة إيماء إلى الحكم، إلّا أنّ إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعيّة- بإثبات حقّ الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء، بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصية إلى حين موته، و يدخل على الوصيّ الحرج و الضرر غالباً- بمجرّد هذه العلّة المستنده إلى سند غير واضح بعيد. و لو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدّه الاستحباب، كان أولى. و لو حصل للموصى ضرر ديني أو دنيوي، أو مشقّه لا يتحمّل مثلها عادة، أو لزم من تحمّلها عليه ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه، قوى جواز الرجوع.

قوله: «و لو ظهر من الوصيّ عجز ضمّ إليه مساعد».

لا فرق بين وجود العجز من الوصيّ عن الاستقلال بالوصية حاله الوصية إليه،

ص: ٢٥٨

١- (١) الكافي ٧: ٦ ح ٥، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٤٩٩، التهذيب ٩: ٢٠٦ ح ٨١٨، الوسائل ١٣: ٣٩٩ ب «٢٣» من كتاب الوصايا ح ٤.

٢- (٢) التحرير ١: ٣٠٣.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٢: ٤٩٩.

٤- (٤) سورة الحجّ: ٧٨.

٥- (٥) راجع الوسائل ١٧: ٣٤٠ ب «١٢» من كتاب احياء الموات.

و تجددّه بعدها قبل موت الموصى و بعده. فكما لا تبطل وصيته بالعجز الطارئ زمن وصايته لا تبطل لو كان متصفا به ابتداء، و يضمّ الحاكم إليه مساعدا في الحالين حيث يقتصر الموصى عليه.

و عموم الأدلّه متناول لما ذكرناه في القسمين، و به صرح في التذكرة، فقال:

«الظاهر من مذهب علمائنا جواز الوصيه إلى من يعجز عن التصرف و لا يهتدى إليه، لسفه أو هرم أو غيرهما، و ينجر نقصه بنظر الحاكم» (١).

و لكنّ الشهيد في الدروس (٢) توقّف في صحّه الوصيه إلى العاجز ابتداء، من حيث وجوب العمل بقول الموصى ما أمكن، و من عدم الفائدة المقصوده في الوصيه.

و يمكن منع عدم الفائدة على هذا التقدير، لجواز أن يكون العاجز ذا رأى و تدبير و لكنّه عاجز عن الاستقلال فيفوض إليه الموصى أمره لذلك و يعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له معينا فتحصل الفائدة المطلوبه من الوصيه و يسلم من تبديلها المنهى عنه.

و قد يفهم من قول المصنف: «و لو ظهر من الوصيّ عجز» كونه مستورا في حال الوصيه، و إنّما ظهر بعد الوصايه. و كيف كان فالاعتماد على عدم الفرق بين الأمرين.

و اعلم أنّه بنى الضمّ للمجهول و لم يجعل الضامّ الحاكم كما صنع غيره (٣)، و يمكن كون النكته فيه ليشمل ما لو وجد الحاكم المتمكّن من الضمّ فيكون هو الفاعل، لما هو المعلوم من أنّ هذه الوظائف لا يتولّاها غيره، و ما لو تعدّر فيجب على عدول المؤمنين الانضمام إليه و مساعدته على إنفاذ الوصيه، كما يجب عليهم إنفاذها لو لم يكن هناك وصى أصلا كما سيأتى. (٤)

ص: ٢٥٩

١-١ (١) التذكرة ٥١١:٢.

٢-٢ (٢) الدروس: ٢٤٨.

٣-٣ (٣) كما في القواعد ٣٥٣:١ و الدروس: ٢٤٨.

٤-٤ (٤) في ص: ٢٦٤.

و إن ظهر منه خيانه وجب على الحاكم عزله، و يقيم مكانه أميناً. (١) و الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف، إلا عن مخالفته لشرط الوصيّ أو تفريط. (٢) و لو كان للوصيّ دين على الميّت جاز (٣) أن يستوفى مما فى يده من غير إذن الحاكم إذا لم تكن له حجّه. و قيل: يجوز مطلقاً.

قوله: «و إن ظهر منه خيانه وجب على الحاكم عزله، و يقيم مكانه أميناً».

إنّما يتوقّف عزله على عزل الحاكم لو لم يشترط عدالته، فللحاكم حينئذ أن يعزل الخائن مراعاة لحقّ الأطفال و أموال الصدقات و نحوهما. و أمّا إذا اشترطنا عدالته فإنّه يعزل بنفس الفسق و إن لم يعزله الحاكم، و قد تقدّم (١) مثله. و لعلّ المصنف يريد بعزل الحاكم له منعه عن التصرف أو ما هو أعمّ منه و من مباشره عزله ليجرى على المذهبيين، إذ لم يتقدّم منه ترجيح لأحد القولين.

قوله: «و الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن مخالفته لشرط الوصيّ أو تفريط».

لا- خلاف فى كون الوصى أميناً لا- يضمن ما بيده من الأموال التى يلى عليها بالوصايه إلا بتعدّد أو تفريط. و عبّر عن التعدّد بمخالفه شرط الوصيّ، فإنّه إذا لبس الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصيّ، لأنّ مقتضاها حفظه للطفل، أو بيعه و صرفه فى الجبهه المأمور بها، و نحو ذلك، فاستعماله لا يدخل فى شرط الوصيّ. و مثله ركوب الدابّه، و الكون فى الدار، و غير ذلك. هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ماله فيه الولاية بحيث لا- يتمّ بدونه، كما لو ركب الدابّه لقضاء حوائج الطفل و استيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب، أو دخل داره لإصلاح أمره، أو لبس الثوب ليدفع عنه الدود حيث يتوقّف عليه، و نحو ذلك.

قوله: «و لو كان للوصيّ دين على الميّت جاز له إلخ».

القول الأول للشيخ

ص: ٢٤٠

١- ١) فى ص: ٢٥٢.

فى النهايه (١)، فإنه قيد جواز الأخذ بإقامه البيئه و لم يذكر جواز الأخذ عند عدمها. و لكنّه يستفاد من مسأله المقاصه حيث لا بيئه للمدين، و لم يذكروا له حجّه على ذلك.

و يمكن الاستدلال له بموثقه بريد بن معاويه، عن أبى عبد الله عليه السلام -قال: «قلت له: إنّ رجلا أوصى إلىّ فسألته أن يشرك معى قرابه له ففعل، فلمّا هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبله أكرار حنطه، قال: إن أقام البيئه و إلا فلا شىء له، قال: قلت له: أ يحلّ له أن يأخذ ممّا فى يده شيئا؟ قال: لا يحلّ له، قلت:

أ رأيت لو أنّ رجلا عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أ كان له ذلك؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا» (٢).

و القول بالجواز مطلقا لابن إدريس (٣)، و هو الأقوى، لأنّ الفرض كونه وصيا فى إثبات الديون فيقوم مقام الموصى فى ذلك. و الغرض من البيئه و الإثبات عند الحاكم جواز كذب المدعى فى دعواه، فنيطت بالبيئه شرعا، و علمه بدينه أقوى من البيئه التى يجوز عليها الخطأ، و لأنه بقضاء الدين محسن و ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٤).

و بهذا يظهر الفرق بين دين الوصى و دين غيره حيث لا يعلم به الوصى، و على تقدير علمه يمكن تجدد البراءه منه فلا بدّ من إثباته حتى باليمين مع البيئه لذلك.

و أيضا فإنّ الغير لا يجوز للوصى تمكينه من التركه بمجرد دعواه، و لا- له أن يعين لدينه بعض الأموال دون بعض، لأنّ ذلك منوط بالمديون أو نائبه، لأنه مخير فى جهات

ص: ٢٤١

١- (١) النهايه: ٦٠٨.

٢- (٢) الكافى ٧: ٥٧ ح ١، الفقيه ٤: ١٧٤ ح ٦١٣، التهذيب ٩: ٢٣٢ ح ٩١٠، الوسائل ١٣: ٤٧٩ ب «٩٣» من احكام الوصايا ح ١.

٣- (٣) السرائر ٣: ١٩٢.

٤- (٤) سوره التوبه: ٩١.

و في شرائه لنفسه من نفسه تردّد، أشبهه الجواز إذا أخذ بالقيمة العدل. (١) القضاء، و الغير ليس له ولاية التعيين، بخلاف الوصيّ.

و الجواب عن الروايه-مع قطع النظر عن سندها- أنّها مفروضه في استيفاء أحد الوصيّين على الاجتماع بدون إذن الآخر، ونحن نقول بموجبه، فإنّ أحد الوصيّين كذلك بمنزله الأجنبيّ ليس له الاستيفاء إلاّ بإذن الآخر كباقي التصرفات، و ليس للآخر تمكينه منه بدون إثباته، و الكلام هنا في الوصيّ المستقلّ، و قد تبّه عليه بقوله في آخر الروايه حيث سأله عن أخذ ماله ممّن أخذ منه قهرا: «إنّ هذا ليس مثل هذا» و المراد أنّ هذا إنّما يأخذ باطلاع الوصيّ الآخر، فليس له تمكينه من الأخذ بمجرد دعواه، بخلاف من يأخذ من مال من أخذ ماله على جهه المقاصه، فإنّ له ذلك حيث لا يطّلع عليه أحد، و هو هنا منتف.

قوله: «و في شرائه لنفسه من نفسه تردّد، و الأشبه الجواز إذا أخذه بالقيمة العدل».

القول بالمنع من ذلك للشيخ (١) (رحمه الله) استنادا إلى أنّ الواحد لا يكون موجبا و قابلا في عقد واحد، لأنّ الأصل في العقد أن يكون بين اثنين إلاّ ما أخرجّه الدليل، و هو الأب أو الجدّ له.

و الأصحّ الجواز، لأنّه بيع صدر من أهله في محلّه إذ الفرض أنّه جائز التصرف [و] (٢) يجوز أن يتولّى كلا- من الطرفين بالانفراد فله أن يتولّاهما على الاجتماع، إذ لا مانع إلا اجتماعهما لواحد، و هو غير صالح للمانع شرعا، للأصل، و لجواز مثله فيما اعترفوا به من الأب و الجدّ. و على الجواز روايه (٣) مجهوله الراوى و المروى عنه، لكنّها شاهد.

ص: ٢٤٢

١- (١) الخلاف ٣:٣٤٦، ٣:٣٤٦ مسألة «٩»، المبسوط ٢:٣٨١.

٢- (٢) من «و» فقط.

٣- (٣) الكافي ٧:٥٩ ح ١٠، الفقيه ٤:١٦٢ ح ٥٦٦، التهذيب ٩:٢٣٣ ح ٩١٣، الوسائل ١٣: ٤٧٥ ب «٨٩» من كتاب الوصايا ح ١.

و إذا أذن الموصى للموصى أن يوصى، جاز إجماعاً. وإن لم يأذن له لكن لم يمنعه (١) فهل له أن يوصى؟ فيه خلاف، أظهره المنع، و يكون النظر بعده إلى الحاكم.

قوله: «و إذا أذن الموصى للموصى أن يوصى جاز إجماعاً. وإن لم يأذن له لكن لم يمنعه. إلخ».

إذا أوصى إلى غيره بشيء و لم ينفذ جميع ما أوصى به إليه، إمّا لكونه وصيًا على أطفال لم يكملوا، أو في تفرقه شيء و لم يتمكن من إنفاذه، أو غلّه يتجدد كل سنه، فلا يخلو إمّا أن يكون الموصى قد أذن له في الإيضاء على ما أوصاه فيه على العموم أو على وجه مخصوص، أو نهاه عن الإيضاء به مطلقاً، أو أطلق. و لا خلاف في جواز وصايته في الأول على الوجه الذى أذن له فيه عملاً بمقتضى الإذن، و لا في عدم صحتها في الثانى اقتصاراً على ما أذن له فيه و هو مباشرته بنفسه.

و أما مع الإطلاق فهل يجوز له الإيضاء بما كان وصيًا فيه؟ قولان أحدهما - هو قول أكثر الأصحاب - المنع، للأصل، و لأنّ المتبادر من الاستنباط له فى التصرف مباشرته بنفسه، أمّا تفويض التصرف إلى غيره فلا دليل عليه.

لا - يقال: ينتقض بتوكيله فى ما هو وصى فيه، فإنّه جائز فى ما جرت العاده فى التوكيل فيه قطعاً و غيره على الأقوى، فلو اقتضى إطلاق الإيضاء المباشره لما جاز له التوكيل.

لأنّ نقول: فرق بين الوكاله على جزئيات مخصوصه ملحوظه بنظره حيّا يمضى منها ما وافق غرضه و يردّ ما خالف، و بين الإيضاء الحاصل أثره بعد موته و فوات نظره. و أيضاً فإنّه فى حال الحياه مالك للتصرف على الوجه المأذون فيه، و وكيله فيه بمنزلته، بخلاف تصرف الوصى بعد وفاته، لزوال ولايته المقصوره على فعله بنفسه و ما فى حكمه بموته.

و القول الثانى: الجواز، لأن الاستنباط من جملة التصرفات التى يملكها حيّا بالعموم كما يملكها بالخصوص، و لأنّ الموصى أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية

و كذا لو مات إنسان و لا وصي له كان للحاكم النظر في تركته. و لو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به. و في هذا تردد. (١) ما يثبت له، و من ذلك الاستنابه بعد الموت. و روى ابن بابويه في الصحيح عن محمد ابن الحسن الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام: «رجل كان وصي رجل فمات و أوصى إلى رجل، هل تلزم الوصي وصيه الرجل الذي كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام: يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله تعالى». (١)

قالوا: و المراد بالحق هنا حق الإيمان، فكأنه قال: يلزمه لو كان مؤمنا، و فاء لحقه عليه بسبب الإيمان فإنه يقتضى معونه المؤمن و قضاء حوائجه و من أهمها إنفاذ وصيته.

و أجيب عنه بمنع كون الاستنابه بعد الوفاة مما يملكها الوصي، و هل هو إلا عين المتنازع؟ و إقامة الموصى له مقام نفسه لياشر الأمر بنفسه و نظره، و هو لا يدل على إقامته بعد الوفاة مقام نفسه مطلقا، فإنه المتنازع.

و الروايه كما تحتمل ما ذكره تحتمل أيضا أن يريد بحقه: الوصيه إليه بأن يوصى، فضمير حقه راجع إلى الموصى الأول. و المعنى حينئذ: أن الوصيه تلزم الوصي الثاني بحق الأول إن كان له - أي: للأول - قبله - أي: الوصي الأول - حق، بأن يكون قد أوصى إليه و أذن له أن يوصى، فقد صار له قبله حق الوصيه، فإذا أوصى بها لزم الوصي الثاني. و مع تطرق الاحتمال يسقط الاستدلال إن لم يكن الثاني أرجح. على أن حق الإيمان لا يختص بهذا الوصي الثاني، بل يجب على كل مؤمن كفايه كما سيأتي، و الكلام في اختصاص هذا الوصي بالوصيه على جهه الوصايه لا على جهه المعونه العامه. و على هذا: إذا لم يأذن الموصى في الاستنابه يكون النظر في أمور الموصى الأول إلى الحاكم كغيره ممن لا وصي له.

قوله: «و كذا لو مات إنسان و لا وصي له - إلى قوله - تردد».

اعلم: أن الأمور المفتقره إلى الولايه إمّا أن تكون أطفالا - أو وصايا و حقوقا و ديونا. فان كان الأول فالولايه فيهم لأبيه، ثم لجده لأبيه، ثم لمن يليه من الأجداد

ص: ٢٦٤

(١ - ١) الفقيه ٤: ١٦٨ ح ٥٨٧، و رواه أيضا في التهذيب ٩: ٢١٥ ح ٨٥٠، الوسائل ١٣: ٤٦٠ ب (٧٠) من كتاب الوصايا ح ١.

على ترتيب الولايه، الأقرب منهم إلى الميِّت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصى الأب، ثم وصى الجدّ و هكذا، فإن عدم الجميع فالحاكم. و الولايه فى الباقي غير الأطفال للوصى ثم الحاكم. و المراد به السلطان العادل، أو نائبه الخاص، أو العامّ مع تعذر الأولين، و هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل. و إنّما كان حاكما عامّا لأنّه منصوب من قبل الامام لا بخصوص ذلك الشخص بل بعموم قولهم عليهم السلام:

«انظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا» (١) إلى آخره.

فإن فقد الجميع فهل يجوز أن يتولّى النظر فى تركه الميِّت من المؤمنين من يوثق به؟ قولان أحدهما المنع ذهب إليه ابن إدريس (٢)، لأنّ ذلك أمر موقوف على الإذن الشرعى، و هو منتف.

و الثانى و هو مختار الأكثر تبعاً للشيخ (٣) (رحمه الله): الجواز، لما فيه من المعاونه على البرّ و التقوى المأمور بها (٤)، و لقوله تعالى وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (٥) خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم فيه فيبقى الباقي داخلا فى العموم، و لأنّ ذلك من المعروف و المصالح الحسينيه فيستفاد الإذن فيها من عموم دلائل الأمر بالمعروف، و مثل هذا كاف فى الإذن الشرعى الذى ادعى المانع عدم وجوده. و تطرّق محذور التصرف فى مال الطفل يندفع بوصف العدالة فى المتولّى المانع له من الإقدام على ما يخالف مصلحته.

و يؤيّده أيضا روايه سماعه قال: «سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه، و له خدم و مماليك و عقد، كيف تصنع الورثه بقسمه ذلك

ص: ٢٦٥

١- ١) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، التهذيب ٢١٨: ٦ ح ٥١٤ و الوسائل ١٨: ٩٨ ب «١١» من أبواب صفات القاضي ح ١.

٢- ٢) السرائر ٣: ١٩٤.

٣- ٣) النّهايه: ٦٠٨.

٤- ٤) المائده: ٢.

٥- ٥) التوبه: ٧١.

و لو أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبيّ و له أب لم يصحّ،(١) و كانت الولاية إلى جدّ اليتيم دون الوصىّ. و قيل: يصحّ ذلك فى قدر الثلث ممّا ترك، و فى أداء الحقوق.

الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّ فلا بأس» [١]. و عن إسماعيل بن سعد قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيّته و ترك أولادا ذكرانا [و إناثا] (١) و غلمانا صغارا و ترك جواري و ممالك، هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم» (٢). و على كلّ حال فهذا القول لا بأس به.

و يستثنى من موضع الخلاف ما يضطرّ إليه الأطفال و الدوابّ من المؤنه و صيانته المال المشرف على التلف، فإنّ ذلك و نحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين فضلا عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورّثهم مالا فمؤنه الأطفال و نحوهم من العاجزين عن التكبّب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية، كإعانه كلّ محتاج و إطعام كلّ جائع يضطرّ إليه، فمن مال المحتاج أولى. و حيث يجوز لأحد فعل ذلك فالمراد به معناه الأعمّ، و المراد منه الوجوب، لما ذكرناه من أنّه من فروض الكفایات.

و المراد بقوله: «لم يكن هناك حاكم» عدم وجوده فى ذلك القطر و إن وجد فى غيره، إذا توقّفت مراجعته على مشقّه لا تتحمّل عادة. و يجب مع وجوده بعيدا الاقتصار على ما لا بدّ منه، و تأخير ما يسع تأخيره إلى أن يمكن مراجعته.

قوله: «و لو أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبيّ و له أب لم يصحّ.

إلخ».

قد عرفت من المسألة السابقة أنّ ولاية الجدّ و إن علا على الولد مقدّمه على

ص: ٢٦٦

١- ٢) من «و». و ورد بين معقوفتين فى الكافى.

٢- ٣) الكافى ٧: ٦٦ ح ١، التهذيب ٩: ٢٣٩ ح ٩٢٧، الوسائل ١٣: ٤٧٥ ب «٨٨» من كتاب الوصايا ح ٣.

ولايه وصى الأب، فإذا نصب الأب وصيًا على ولده المولى عليه مع وجود جدّه للأب و إن علا لم يصحّ، لأنّ ولايه الجدّ ثابتة له حينئذ بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه ولا إثبات شريك معه. ومعنى عدم صحتها أنّها لا تقع ماضيه مطلقاً، لكن هل تقع باطله من رأس، أم تصحّ على بعض الوجوه دون بعض؟ أقوال:

أحدها: البطلان مطلقاً، لأنّ الأب لا ولايه له بعد موته مع وجود الجدّ و صلاحيته للولاية، فإذا انقطع ولايه الأب بموته لم تقع ولايه وصيه، فإذا مات الجدّ افتقر عود ولايه الأب - لتؤثر في نصب الوصي - إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها فلا تصحّ في حياة الجدّ ولا بعد موته.

الثاني: بطلانها في زمان ولايه الجدّ خاصه، لأنّ ولايه الأب شامله للأزمنة كلّها إلا زمان ولايه الجدّ فيختصّ البطلان بزمان وجوده. وقد عرفت جوابه، فإنّ انقطاع ولايه الأب بموته مع وجود الجدّ صالحاً للولاية أمر معلوم، و عودها بعد موت الجدّ يحتاج إلى دليل. و دعوى أنّ ولايه الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلة التي من جملتها ما بعد زمان الجدّ غير معلوم، بل هو عين المتنازع، و إنّما المعلوم مع وجود الجدّ بعده انقطاع ولايته لا ثبوتها بعد موت الجدّ.

الثالث: صحتها في الثلث خاصه، لأنّ له إخراجها عن الوارث أصلاً فيكون له إثبات ولايه غيره بطريق أولى.

وفيه: منع الأولويّه بل الملازمه، فإنّ إزالة الملك تقتضى إبطال حقّ الوارث منه أصلاً و هو الأمر الثابت له شرعاً، و أمّا بقاؤه في ملك الوارث فإنّه يقتضى شرعاً كون الولاية عليه لمالكه أو وليّه الثابتة ولايته عليه بالأصل، فلا يكون للأب ولايه عليه بالنسبه إليه أصلاً. و قد ظهر أن أجود الأقوال الأول، و القول الأول و الأخير كلاهما للشيخ في المبسوط (1).

ص: ٢٤٧

و اعلم أنّ قوله فى القول الأخير: أنّها تصحّ فى أداء الحقوق، أجنبيّ من المسأله التى هى موضع النزاع، لأنّ موضوعها الوصيّ بالنظر فى مال ولده و له أب، لا وصيته فى ماله ليخرج منه الحقوق فإنّ ذلك ثابت بالإجماع. و أيضا فظاهر اللفظ أنّ الوصيّ المذكوره مقصوره على نظر الوصيّ فى مال ولده، و معه لا- يتناول كون هذا الوصيّ وصيًا على إخراج الحقوق، و إن كان للموصى أن ينصب وصيًا فى ذلك، لأنّ الوصيّ يتبع فيها نصّ الموصى من عموم و خصوص.

و بالجمله فإن ذكر الموصى لهذا الوصيّ لفظا (1) يدلّ على كونه وصيًا على إخراج الحقوق مضافا إلى وصايته على ولده يكون قد اشتملت على أمرين: أحدهما المختلف فيه، و الآخر خارج عن محلّ النزاع، و لا وجه لإدخال المتفق فيه هنا، لأنّ اشتمال الوصيّ على معنى صحيح و آخر باطل لا يقدر فى صحّته الصحيح و لا إبطال الباطل.

و إن كان قد اقتصر على جعله وصيًا على النظر فى مال ولده- كما هو الظاهر- لم يتناول ذلك الوصيّ إليه فى إخراج الحقوق.

و يمكن أن يفرض لجواز الوصيّ فى إخراج الحقوق فائده، و هى: أنّ وصيته الإنسان مع وجود أبيه فى إخراج الوصايا و إن كانت جائزه لكن لا تخلو من إشكال، لأنّ وصيته الولد إنّما تصحّ بما لا ولايه للأب فيه، و لهذا لم تصحّ الوصيه على الأطفال مع وجود الأب. و إذا كان كذلك فلو لم يوص الولد بقضاء الدّين و إنفاذ الوصايا مع وجود أبيه كان الأب أولى بذلك من غيره حتى الحاكم، كما هو أولى بالأطفال، كما نبه عليه فى التذكرة (2)، و نسب القول بكون الحاكم أولى بوصايا و الأب أولى بديونه إلى الشافعيه. و إذا كان عدم الإيصاء موجبا لولايه الأب على ذلك دلّ على أنّ للأب حقّ الولايه على وصيه ابنه كما له الولايه على أولاده، فإذا أوصى الابن إلى غيره يجب أن لا يكون صحيحا، كما لو أوصى بأولاده إلى غيره، فنبه المصنف بما ذكر من

ص: ٢٤٨

١- ١) كذا فى النسخ و الظاهر: بلفظ.

٢- ٢) التذكرة ٥١٠: ٢.

و إذا أوصى بالنظر(١) فى شىء معيّن اختصّت ولايته به، و لا يجوز له التصرف فى غيره، و جرى مجرى الوكيل فى الاقتصار على ما يوكل فيه.

صحتها فى أداء الحقوق على ذلك. و وجهه: أنّ ثبوت ولاية الجدّ على الأطفال ليست على حدّها على الوصايا، فإنّ تلك ثابتة بالأصل بحقّ البنوّه، و الوصيّه ليست كذلك. و لا يلزم من ثبوتها له بدون الوصيّه-على تقدير تسليمه-ثبوتها معها، كما أنّ الحاكم له الولاية على الوصايا مع عدم الوصي، و ليس له ذلك مع وجوده، فالملازمه ممنوعه.

قوله: «و إذا أوصى بالنظر. إلخ».

لما كانت الوصيّه بالولاية استنابه من الموصى بعد موته فى التصرف فيما كان له التصرف فيه-من قضاء ديونه و استيفائها، و ردّ الأمانات و استرجاعها، و الولاية على أولاده و إن نزلوا الذين له عليهم الولاية من الصبيان و المجانين و السفهاء، و النظر فى أموالهم و التصرف فيها بما لهم فيه الحظّ، و تفريق الحقوق الواجبه و المندوبه، و نحو ذلك-كانت الاستنابه تابعه لاختيار الموصى فى التخصيص ببعض هذه و التعميم، لأنّ ذلك حقّ له فيتّبع فيه رأيه، و ربما اختلف الأوصياء فى الصلاحيّه لجميع هذه الأشياء و لبعضها و الاطلاع على مزايا المعيشه و ضبط الأموال و القيام بإصلاحها و حفظها.

فإذا نصب من له الوصيّه فى ذلك أحدا فلا يخلو إمّا أن يعمّم له الولاية، أو يخصّيهما بشىء دون شىء، أو يطلق. فإنّ عمّمها-بأنّ قال: أنت وصيّى فى كلّ قليل و كثير، أو فى كلّ مالى فيه ولاية، أو فى كذا و كذا ممّا فصّلناه سابقا حتى استوفى الجميع، و نحو ذلك-كان له الولاية فى جميع ما تناوله اللفظ ممّا له فيه ولاية فتدخل فيه الأموال و الأولاد.

و إن خصّيهما بشىء دون شىء، أو بوقت دون وقت، أو بحال دون حال، اختصّت ولايته بما عيّن له و لا- يتجاوزّه. فالتخصيص بالأشياء كأن يقول: أنت وصيّى فيما أوصيت به يوم الدفن، أو فيما ذكرته فى وصيّتى و كان قد ذكر أشياء مخصوصه، أو يكتسب وصيّته كذلك ثمّ يقول: و جعلت وصيّى فى ذلك أو فيما أوصيت به فلانا، و نحو ذلك. و التخصيص فى الأوقات بأن يقول: أوصيت إليك إلى سنه،

مسائل ثلاث:

الأولى: الصفات المراعاة في الوصية تعتبر حاله الوصية

(الأولى): الصفات المراعاة في الوصية (١) تعتبر حاله الوصية. وقيل:

حين الوفاء، فلو أوصى إلى صبي فبلغ ثم مات الموصي، صحّت الوصية.

و كذا الكلام في الحرّيه و العقل. و الأول أشبه.

أو إلى أن يبلغ ابني فلان، أو إلى أن يحضر فلان الغائب. و بالأحوال أن يوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج، أو إلى فلان إلى أن يقع منه كذا و نحو ذلك، أو ما دام على صفة كذا و نحو ذلك.

و إن أطلق بأن قال: جعلت فلانا وصي، فإن اقتصر على ذلك كان لغوا، كما لو قال: وكّلتك و لم يعين ما وكله فيه. و إن أضاف إليه قوله: على أولادي، و لم يذكر التصرف انصرف إلى حفظ مالهم خاصه، لأنه المتيقن. و يحتمل قويا جواز التصرف بما فيه الغبطه، لأن المفهوم عرفا من هذا اللفظ هو إقامته مقامه، خصوصا عند من يرى أنّ المفرد المضاف يفيد العموم. و في المسألة وجه ثالث، و هو عدم الصحه ما لم يبين ما فوّضه إليه.

و حيث يخصّص الوصية (١) بشيء دون شيء يجوز تعدد الأوصياء، لا على سبيل الاشتراك في ذلك الأمر و لا على سبيل الانفراد فيه، بل يجعل له وصيا على حفظ مال أولاده، و وصيا آخر على الإنفاق عليهم، و ثالثا على إنفاذ وصاياه و حقوقه، و رابعا على استيفاء ديونه، فيختص كل واحد بما عين له. و يجوز له مع ذلك تعميم بعضهم و تخصيص آخرين، على الاجتماع و الانفراد و التفريق.

قوله: «الصفات المراعاة في الوصية. إلخ».

اختلف الأصحاب و غيرهم (٢) في وقت اعتبار الشروط المعتره في صحه الوصايا، من التكليف و الإسلام و الحرّيه و العدالة، هل هو عند الوصية، أو عند الموت، أو من حين الوصية مستمرا إلى أن يموت، أو من حين الوصية إلى أن ينفذها

ص: ٢٧٠

٢-٢) راجع المغنى لابن قدامه ٦:٦٠٣ و المهذب ضمن المجموع ١٥:٥١١.

بعد الموت؟ على أقوال:

أحدها- هو مختار الأ-كثر و منهم المصنف-:الأول، و هو اعتبار وجودها حاله الوصيّه بمعنى وجودها قبلها باقيه إليها قضيه للشرطيّه، فإنّ الشرط يعتبر تقدّمه على المشروط و لو بآن ما.

و وجه هذا القول: أنّ هذه المذكورات شرائط صحّه الوصيّه، فإذا لم تكن حاله إنشائها موجوده لم يكن العقد صحيحا، لأن عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شرائط سائر العقود، ولأنّه في وقت الوصيّه ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات، و النهى في المعاملات إذا توجّه إلى ركن العقد دلّ على الفساد، ولأنّه يجب في الوصيّ أن يكون بحيث لو مات الموصى كان نافذ التصرف مشتملا على صفات الوصايه، و هو هنا منتف، لأنّ الموصى لو مات في هذه الحال لم يكن الوصيّ أهلا لها.

و في هذا الأخير نظر، لأنّ من يكتفى بوجودها حاله الموت يحصل على مذهبه المطلوب، فإنّ الموصى إذا فرض موته بعد الوصايه بلا فصل قبل أن يتّصف الوصيّ بالصفات لا يكون نافذ التصرف من حيث إن الموصى قد مات و هو غير جامع لها، و ذلك كاف في البطلان.

و ثانيها: أنّ المعبر اجتماعها عند الوفاه، حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق كماله عند الوفاه صحّت الوصيّه، لأنّ المقصود منها التصرف بعد الموت فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ، لأنّه محلّ الولاية، و لا حاجه إلى وجودها قبل ذلك، لانتفاء الفائده.

و يضعّف بأنّ الوصايه لما كانت عقدا و لم يحصل شروطها حاله الإيجاب، وقع العقد فاسدا. و لا نسلم أنّ الولاية حاله الموت خاصّه بل هي ثابتة من حين الوصيّه، و إنّما المتأخر التصرف كالوكالة المنجزه المشروط فيها التصرف بعد وقت حتى لو قال له الموصى: إذا متّ فأنت وصيّي في كذا، وقعت لغوا.

و ثالثها: اعتبارها من حين الوصيّه إلى حين الوفاه، و هو مختار الشهيد في

الدروس (١). أما حين الوصية فلما تقدّم في توجيه القول الأول. و أما استمرارها إلى حين الوفاة فلائ الوصاية من العقود الجائزه فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كظائرها، ولأنّ المعترف في كلّ شرط حصوله في جميع أوقات المشروط، فمتى اختلّ في أثناء الفعل وجب فوات المشروط إلّا ما استثنى في قليل من الموارد بدليل خارج. و ربما يقال: إنّه لا يستثنى منه شيء، لأنّ ما خرج عن ذلك يدعى أنّ الفعل المحكوم بصحّته عند فوات الشرط ليس مشروطاً به مطلقاً، بل في بعض الأحوال دون بعض. و هذا أولى.

و رابعها: أنّ المعترف وجود الشرائط من حال الوصية إلى أن ينتهي متعلّقها بأن يبلغ الطفل و يخرج الوصايا و يقضى الديون و غير ذلك، لأنّ اشتراط هذه الأمور يقتضى فوات مشروطها متى فات بعضها في كلّ وقت. فلو فرض فوات بعضها بعد الوصية قبل (٢) انتهاء الولاية بطلت. و هذا هو الأقوى.

و اعلم: أنّ الذي يقتضيه كلام الأصحاب و غيرهم من الباحثين في هذه المسألة أنّ من يعتبر وجود الشرائط حاله الوصية لا يعتبر استمرارها إلى حاله الموت، و إلّا لكان القول الأوّل هو القول الثالث، مع تصريحهم بأنّ الأقوال الثلاثة، بل صرح بعضهم بأنّ المعترف في القول الأوّل وجوده حاله الوصية خاصّه. و ممّن صرح بذلك الشهيد في الدروس، فإنّه قال: «هذه الشروط معتبره عند الوصية إلى حين الموت فلو اختلّ أحدها في حاله من ذلك بطلت، و قيل: يكفى حين الوصية، و قيل: حين الوفاة». (٣) فقوله: «و قيل: يكفى حين الوصية» تصريح بأنّ القائل بذلك يكتفى بوجودها حينها و إن لم يستمرّ. و هذا واضح. و في التذكرة (٤) نقل الأقوال الثلاثة الأولى

ص: ٢٧٢

١-١) الدروس: ٢٤٨.

٢-٢) في النسخ الخطيه: إلى قبل.

٣-٣) الدروس: ٢٤٨.

٤-٤) التذكرة ٥١١: ٢.

أيضا حتى عن الشافعيه،و أنهم جعلوا اعتباره في الحالين و ما بينهما قولاً ثالثاً.

و إنما تبهنا على ذلك لأنّ ظاهر دليل المشتري يقتضى خلاف ذلك، فإنّ اختلال الشرائط بعد الوصيه و انعقاد العقد لا يفيد الفائده التي اعتبرت الشرائط لأجلها، خصوصاً بعد الوفاء و محلّ التصرف. اللهم إلاّ- أن يقولوا: إنّ فواتها لا يقدح ما دام حيّاً خاصّه، لأنّ الفائده لا تفوت فيعتبر وجودها حاله الوصيه ليصحّ العقد، و لا يضرّ تجدد نقيضها إلى حين الوفاء، ثمّ يعتبر وجودها زمن التصرف. و مما يتبّه على إرادتهم ذلك اتّفاقهم على أنّ تجدد الفسق يبطل الوصاه حيث نعتبرها، و لم يتعرّضوا لغيره من الشروط لندور وقوع خلافه، فإنّ البلوغ لا يطرأ ضده، و الإسلام كذلك غالباً، و كذلك الحرّيه. و على هذا فيتّحد القول الثالث و الرابع. و لعلّ هذا أجود.

و المحقّق الشيخ على (رحمه الله) (1) فهم أنّ في المسأله قولين خاصّه، بناء على أنّ القائل باشتراط حصول الشرائط عند العقد يعتبر استمرارها من حينه إلى الآخر، و معتبر حصولها عند الوفاء يعتبره كذلك إلى الآخر. و هذا الفهم من حيث الاعتبار حسن إلاّ أنّ كلامهم ينافيه كما تبّهنا عليه سابقاً، فإنّهم قد صرّحوا بإرادته خلاف ذلك، خصوصاً عبارته الشهيد في الدروس (2) و شرح الإرشاد (3).

و على كلّ حال فكلامهم في هذه الأقوال غير محزّر، فإنّ اشتراط استمرار الشرائط من حين الوفاء إلى انقضاء الولاية ممّا لا شبهه فيه ليحصل الغرض المقصود منها، فمن قال: إنّ المعتبر حصولها حال الوفاء قائل باعتبار استمرارها فيه إلى الآخر، و من قال: إنّ المعتبر حال الوصيه لا يعتبر استمرارها حال الحياه ثمّ يعتبر وجودها بعد الوفاء. فلا ينضب الكلام، و لم يتبّهوا عليه إلاّ أن استبطن كلامهم يقتضيه، و لو لا تصريحهم بذلك لكان ما ذكره الشيخ على- رحمه الله- جيداً. و على هذا فيتحرّر

ص: ٢٧٣

١-١ (١) جامع المقاصد ٢٨١:١.

٢-٢ (٢) الدروس: ٢٤٨.

٣-٣ (٣) غايه المراد: ١٥٥.

الثانية: تصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية شرعية

(الثانية): تصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية شرعية، (١) كالولد و إن نزلوا، بشرط الصغر، فلو أوصى على أولاده الكبار العقلاء أو على أبيه، أو على أقاربه، لم تمض الوصية عليهم. و لو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم، لم يصح له التصرف و لا في ثلثه، و تصح في إخراج الحقوق عن الموصى كالديون و الصدقات.

رجوع الأقوال إلى ثلاثة: اعتبار الشرائط حال الوفاة مستمرا، اعتبارها من حين الوصية و إن ارتفعت بعدها حال الحياة، ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة مستمرا.

قوله: «تصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية شرعية».

إلخ».

قد تقدم (١) ما يدل على هذا الحكم، و بقي ما يتعلق بخصوص هذه العبارة، فإن قوله: «تصح الوصية على كل من للموصى عليه ولاية شرعية» يدخل فيه الأب إذا أوصى على الولد مع وجود الجد، فإنه يصدق أن الموصى له عليه ولاية، فإن ولايته حاله الوصية و حاله الحياة ثابتة قطعاً، و إنما انتقلت إلى الجد بعد وفاته. و لو حمل على إرادته من له عليه ولاية حال التصرف - و هو ما بعد الموت - لم يصح أيضاً، لأن المعتبر حصول الشرط حاله الوصية مستمرا كما مر. و لو أريد من له عليه ولاية مستمرا إلى ما بعد الموت ففيه: أن الموت يقطع الولاية فلا يتم أيضاً. و كان الأنسب التقييد بانتفاء الجد كالسابقه.

و قوله: «بشرط الصغر» فيه قصور أيضاً، لأن شرط الصغر غير كاف بل يشترط عدم الكمال، إذ لو ارتفع الصغر و استمر مجنوناً أو سفيهاً بقيت ولاية الأب مستمرا كما مر في بابه. و الكلام في صحة الوصية في إخراج الحقوق مع الوصية على الكاملين كما سلف من افتقارها إلى لفظ يدل على جعله وصياً في الجميع، ليصح فيما له فيه الولاية و يبطل في الباقي.

ص: ٢٧٤

الثالثة: يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم أن يأخذ (١) أجره المثل عن نظره فى ماله

(الثالثة): يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم أن يأخذ (١) أجره المثل عن نظره فى ماله. وقيل: يأخذ قدر كفايته. وقيل: أقلّ الأمرين. والأول أظهر.

واعلم أنّه على تقدير نصب وصيّ فى إنفاذ الوصيّة ووفاء الديون مع كون الورثة كبارا ليس للوصيّ التصرف فى التركة لأجل ذلك إلا بإذنهم، لأنّ لهم إمساكها وقضاء الدّين من مالهم، بناء على القول المنصور من انتقال التركة إليهم بالموت مطلقا، وإنّما تظهر فائدته فى نفس التصرف.

ثمّ إن دفعوا إليه من مالهم ما تنفذ فيه الوصيّة أو أذنوا له فى بعض التركة فلا إشكال، وإن امتنعوا ألزمهم بأحد الأمرين - إمّا البيع أو الأداء من مالهم - لتبرأ ذمّيه الموصى. فان لم يمكن ذلك رفع أمره إلى الحاكم إن اتّفق ليلزمهم بأحد الأمرين أو يبيع عليهم، لأنّه وليّ الممتنع من أداء الحقّ. فإن تعذّر جميع ذلك جاز له أن يبيع من التركة ما يقضى به الوصيّ ويوفى به الدّين، مراعى فى ذلك الأصلح للبيع بالنسبة إليهم فالأصلح، إن أمكن بيعه وإلا باع الممكن. ويحتمل تخيره فى المال مطلقا مع امتناعهم، لأنّ الدّين مقدّم على الإرث، والضرر جاء من قبلهم. والأول أولى.

هذا كلّ مع إطلاق الوصاية بقضاء الدّين. أما لو أوصى إليه ببيع شىء من تركته فى قضاء دينه لم يكن للورثة إمساكه، بل كان للوصيّ امتثال أمر الموصى. وكذا لو قال: ادفع هذا العبد مثلا إليه عوضا من دينه، لأنّ فى أعيان الأموال أغراضا. قوله: «يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم أن يأخذ. إلخ».

المراد بالمتولّى لمال اليتيم من له عليه ولاية شرعيّة، سواء كانت بالأصالة كالأب والجدّ أم لا كالوصيّ. وقد اختلف فى قدر ما يجوز له أخذه على أقوال:

أحدها: أن يأخذ أجره مثل عمله - وهو اختيار المصنّف - لأنّها عوض عمله، وعمله محترم فلا يضيع عليه، وحفظه بأجره مثله.

الثانى: أن يأخذ قدر كفايته، لظاهر قوله تعالى وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ (١) والمعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير.

ص: ٢٧٥

الثالث: أن يأخذ أقلّ الأمرين من أجره و الكفايه، لأنّ الكفايه إن كانت أقلّ من أجره فلاّنه مع حصولها يكون غتيا، و من كان غتيا يجب عليه الاستعفاف لقوله تعالى وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ تَعْفِفْ (١) و الأمر للوجوب فيجب عليه الاستعفاف عن بقيه الأجره. و إن كانت أجره المثل أقلّ فإنّما يستحقّ عوض عمله، فلا- يحلّ له أخذ ما زاد عليه، و لأنّ العمل لو كان لمكلف يستحقّ عليه الأجره لم يستحقّ أزيد من أجره مثله، فكيف يستحقّ الأزيد مع كون المستحقّ عليه يتيما؟! و في صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «سئل و أنا حاضر عن القيمّ لليتامى في الشراء لهم و البيع فيما يصلحهم، إله أن يأكل من أموالهم؟ فقال:

لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله تعالى في كتابه وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ تَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ هو القوت، و إنما عنى: فليأكل بالمعروف الوصيّ لهم و القيمّ في أموالهم ما يصلحهم». (٢)

و التحقيق: أنّ الأكل بالمعروف يحتاج إلى تنقيح، فإن أريد به الأكل المتعارف - كما يظهر من الآيه و الروايه - و جعل مختصّا بالولّي لا يتعدّى إلى عياله، فلا منافاه بين الفقر و حصول الكفايه منه بهذا الاعتبار، لأنّ حصول القوت يحتاج معه إلى بقيه مئونه السنه من نفقه و كسوه و مسكن و غيرها حتى يتحقّق ارتفاع الفقر، و إن لم يشترط (٣) حصول ذلك في نفقه (٤) عياله الواجبي النفقه. و حينئذ فقولهم في الاستدلال بثبوت أقلّ الأمرين: إنّه مع حصول الكفايه يكون غتيا فيجب عليه الاستعفاف عن بقيه الأجره، غير صحيح.

ص: ٢٧٦

١- (١) النساء: ٦.

٢- (٢) التهذيب ٩: ٢٤٤ ح ٩٤٩، الوسائل ١٢: ١٨٤ ب «٧٢» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

٣- (٣) في «س» و «ش» و «و»: إن لم.

٤- (٤) في «س» و «ش»: في بقيه.

و إن أريد به مطلق التصرف - كما هو المراد من قوله وَ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا (١) وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ (٢) إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا (٣) و غير ذلك - فقيده المعروف من ذلك غير واضح المراد ليعتبر معه أقل الأمرين، لأن التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص و الحاجه، و ربما أدى ذلك إلى الإضرار بمال اليتيم. و قوله فى الروايه: «هو القوت» تخصيص لمعنى الأكل إلا أنه ليس بصريح فى اختصاصه بأكله بنفسه، لما عرفت من أن الأكل يستعمل لغه فيما هو أعم من ذلك.

و على كل معنى فسر الأكل لا يتم الحكم فيه على إطلاقه، لأن العمل ربما كان قليلا و القوت كثيرا فيؤدى إلى الإضرار باليتيم زياده على المكلف، فاعتبار أجره المثل مطلقا أجود. و يمكن حمل الأمر بالمعروف عليه، لأن أجره المثل إن كانت أقل فالمعروف بين الناس أن الإنسان لا يأخذ عوض عمله من غير زياده عن عوضه المعروف و هو أجره مثله، و مثل هذا يسمى أكلا بالمعروف، و الزيادة عليه أكلا بغير المعروف.

هذا إذا كان فقيرا، أمّا لو كان غنيا فالأقوى و جوب استعفافه مطلقا عملا بظاهر الآية، و بذلك يتحقق قول رابع، و هو استحقاق أجره المثل مع فقره. و ذهب بعضهم (٤) إلى قول خامس، و هو جواز أخذ أقل الأمرين من أجره مثله و كفايته مع فقره. و لو تحقق للكفايه معنى مضبوط كان هذا القول أجود الأقوال. و مثبتو أحد الأمرين من غير تقييد بالفقر حملوا الأمر بالاستعفاف على الاستحباب، و ادّعوا أن لفظ الاستعفاف مشعر به، و له وجه.

ص: ٢٧٧

١ - ١) النساء: ٦.

٢ - ٢) البقره: ١٨٨.

٣ - ٣) النساء: ١٠.

٤ - ٤) المبسوط ٢: ١٦٣، الخلاف ٣: ١٧٩ مسأله (٢٩٥).

و اعلم أنّ هذا كلّه مع نيّة أخذ العوض بعمله، أما لو نوى التبرّع بعمله لم يكن له أخذ شيء مطلقاً. و لو ذهل عن القصد فالظاهر جواز الأخذ، لأنّه مأمور بالعمل من الشارع فيستحقّ عوضه ما لم ينو التبرّع، لأنّه عمل محترم، كما لو أمره مكلف بعمل له أجره في العادة، فإنّه يستحقّ عليه أجره المثل ما لم ينو التبرّع، كما ذكروه في بابه، خصوصاً إذا قلنا بجواز أخذه الكفاية، للإذن فيها من الله تعالى من غير قيد، فيشمل ما إذا نوى العوض أو لم ينو.

اشاره

السادس فى اللواحق و فيه قسمان:

القسم الأول، و فيه مسائل

اشاره

القسم الأول، و فيه مسائل:

الأولى: إذا أوصى لأجنبى بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد

الأولى: إذا أوصى لأجنبى (١) بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد، فقد شرّك بينهما فى تركته، فللموصى له النصف، فإن لم يجر الوارث فله الثلث. و لو كان له ابنان، كانت الوصية بالثلث. و لو كان له ثلاثة، كان له الربع.

و الضابط: أنه يضاف إلى الوارث، و يجعل كأحدهم إن كانوا متساوين. و إن اختلفت سهامهم، جعل مثل أضعفهم سهما، إلا أن يقول مثل أعظمهم، فيعمل بمقتضى وصيته.

قوله: «إذا أوصى لأجنبى. إلخ».

إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته و عينه - كإبنة - صحّت الوصية من الثلث إجماعا، و اختلف فى تقديره، فالمعروف من مذهب علمائنا أنّ الموصى له يكون بمنزله وارث آخر فيضاف إلى الورثة، و يتساوى الموصى له و الوارث إن تساوا، و إن تفاضلا جعل كأقلهم نصيبا، لأنّ ذلك هو المتيقن و الزائد مشكوك فيه. فلو كان له ابن واحد و أوصى بمثل نصيبه لزيد فرض كأنّ له ابنين فتكون الوصية بالنصف، فإن أجاز الابن أخذ الموصى له النصف و الابن النصف، و إن ردّ كان للموصى له الثلث و الباقي للابن. و لو كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما

فللموصى له مثل نصيب أحدهما مزادا على الفريضة، و يكون كواحد منهم زاد فيهم، و على هذا.

و قال جماعة (١) من العامه: إنه يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال، و يقسم الباقي بين الورثة إن تعددوا، لأن نصيب الوارث قبل الوصيه من أصل المال، فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه و له ابن واحد فالوصيه بجميع المال، و إن كان اثنان فالوصيه بالنصف، و إن كانوا ثلاثة فله الثلث.

و مال إليه العلامه فى التحرير (٢) و جعله قريبا من الصواب ثم رجح مذهب الأصحاب.

و أجيب عن حجتهم بأن التماثل يقتضى شيئين، و الوارث لا يستحق شيئا إلا بعد الوصيه النافذه، فالوارث الموصى له بمثل نصيبه لا نصيب له إلا بعد الوصيه، و حينئذ فيجب أن يكون ما للموصى له (٣) مماثلا لنصيبه بعد الوصيه. و على ما ذكره - من أن الوصيه مع الواحد بالجميع، و مع الاثنين بالنصف، و مع الثلاثة بالثلث - لا يكون هناك نصيب للوارث مماثلا لنصيب الموصى له، و هو خلاف مدلول الوصيه فيكون تبديلا لها.

و الضابط عندنا: أن يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصيه فيقام فريضة الميراث و يزداد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه، و عند أولئك الباقيين يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن وصيه.

و اعلم أن هذه المسأله و أشباهها من المسائل الدوريه، لأن معرفه نصيب الوارث متوقفه على إخراج الوصيه، و معرفه نصيب الموصى له إنما تكون إذا عرف نصيب الوارث، إلا أن التخلص منها سهل بغير طريقه الجبريين و غيرهم فلذلك لم

ص: ٢٨٠

١- ١) راجع المغنى لابن قدامه ٤٧٩:٦، حليه العلماء ١٠٥، ١٠٤:٦.

٢- ٢) التحرير ٢٩٧:١.

٣- ٣) كذا فى إحدى الحجريتين. و فى الأخرى و النسخ الخطيه: مال الموصى له.

فلو قال له: مثل نصيب بنتي، (١) فعندنا يكون له النصف إذا لم يكن وارث سواها، ويرد إلى الثلث إذا لم تجز.

و لو كان له بنتان كان له الثلث، لأن المال عندنا للبتين دون العصبه فيكون الموصى له كئالته.

و لو كان له ثلاث أخوات من أمّ و إخوه ثلاثه من أب، (٢) فأوصى للأجنبيّ بمثل نصيب أحد ورثته، كان كواحد من الأخوات، فيكون له سهم من عشره، و للأخوات ثلاثه، و للإخوه ستّه.

يتعرّضوا لها هنا، و سيفرض المصنف أمثله لمن جعل للموصى له مثل نصيبهم مع تساويهم في الميراث و مع اختلافهم و جعل له مثل أقلهم و مثل أعظمهم، و بتقريره يتحرّر ما أجمله المصنف في هذه المسأله.

قوله: «و لو قال له: مثل نصيب بنتي. إلخ».

إذا أوصى له بمثل نصيب بنته و لا- وارث [له] سواها فعندنا له النصف إن أجازت و الثلث إن لم تجز، لأنها تأخذ المال كلّه بالفرض و الردّ فيكون حكمها حكم الابن في الوصيه بمثل نصيبها. و لو كان له بنتان فله الثلث، لأنّ المال عندنا للبتين دون العصبه فيكون الموصى له كبت أخرى. و هو واضح.

و عند العامّه (١) لو كان له بنت و أوصى بمثل نصيبها فالوصيه بالثلث، لأنّ المسأله عندهم من اثنتين، للبنت واحد و للعصبه واحد لو لم يكن وصيه، فيزيد على الاثنتين سهما و يعطيه سهما من ثلاثه. و لو كان له ابنتان فالوصيه بالربع، لأنّ المسأله من ثلاثه لو لا الوصيه، لكل واحد سهم و للعصبه سهم، فيزيد للموصى له سهما تبلغ أربعة. و إلى الردّ على هذا أشار المصنّف بقوله: «لأنّ المال عندنا للبتين دون العصبه».

قوله: «و لو كان له ثلاث أخوات من أمّ، و إخوه من أب. إلخ».

هذه من صور ما لو أوصى بمثل نصيب أحد ورثته من غير تعيين و كانوا

ص: ٢٨١

و لو كان له زوجه (١) و بنت، و قال: مثل نصيب بنتي، فأجاز الورثة، كان له سبعة أسهم، و للبنت مثلها، و للزوجه سهمان. و لو قيل: لها سهم واحد من خمسة عشر كان أولى.

مختلفين في النصيب، و نزلت الوصية على مثل أقلهم نصيباً، فإنّ للأخوات من الأم الثلث و للإخوة الثلاثين، فأصل الفريضة من ثلاثه ثمّ تنكسر على الفريقين، و عددهما متماثل على تقدير كون الإخوة ثلاثه فيضرب عدد أحدهما في أصل الفريضة تبلغ تسعة، للأخوات الثلاث ثلاثه، لكل واحد سهم، و للإخوة ستة. فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم حمل على نصيب أقلهم و هو الأخوات، فتريد الفريضة واحداً تبقى عشره، لما عرفت من أنّ الضابط تصحيح الفريضة بين الورثة ثمّ زياده نصيب الموصى له عليها فالوصية هنا بعشر التركة.

و اعلم أنّ الحمل على نصيب الأخوات و أنّه أقلّ مبنى على كون الإخوة للأب ثلاثه بحيث يتحقق معهم الجمع كما ذكرناه، و يصحّ مع كونهم أربعة و خمسة، فلو كانوا ستة فصاعداً لم يتمّ المثال، مع أنّ تعبيره بالإخوة من غير بيان عددهم يشمل ذلك و زياده كما لا يخفى [١].

قوله: «و لو كان له زوجه. إلخ».

هذا مثال لما لو أوصى له بمثل نصيب أعظمهم. و طريقه على ما سبق أن تصحّح فريضة الميراث أولاً، و هي هنا من ثمانية، للزوجه الثمن سهم و للبنت الباقي و هو سبعة أسهم، و يزداد عليها مثل نصيب من أضيف إليه الوصية و هي هنا البنت، فيكون مجموع التركة خمسة عشر. هذا هو الصواب الذي جعله المصنف أولى، و هو متعين.

و أما ما ذكره أولاً من جعلها ستة عشر، للزوجه سهمان و لكل واحد من البنت و الموصى له سبعة، فهو قول الشيخ (١) رحمه الله (و هو سهو من قلمه، لأنّه على هذا

ص: ٢٨٢

التقدير تكون الوصية من نصيب البنت خاصه و يكون سهم الزوجه تاما من أصل التركة، لأنّ الاثنتين ثمن الفريضة التي هي ستة عشر، و الواجب أن تكون الوصية من أصل التركة و يدخل النقص بها على جميع الورثة في كلّ واحد بنسبه استحقاقه، فيكون من خمسة عشر عملا- بالطريق السابق، و هو تصحيح فريضة الميراث ثمّ زياده مثل من أضيف إليه الوصية ليشارك الجميع في النقص.

هذا كلّ مع إجازة الورثة. و لو لم تجز فالمسألة من اثني عشر، له الثلث أربعة، و الثمانيه بين الزوجه و البنت على أصل الفريضة الشرعيه، للزوجه سهم و للبنت سبعة. و لو أجازت إحداهما خاصه ضربت إحدى الفريضتين في وفق الأولى تبلغ ستين، لأنّ بين الاثني عشر و الخمسه عشر توافقا بالثلث، فيضرب ثلث أحدهما في الأخرى، فمن أجاز ضرب نصيبه من مسأله الإجازة في وفق مسأله الردّ، و من ردّ ضرب نصيبه من مسأله الردّ في [وفق] (1) مسأله الإجازة، فذلك نصيبه و الباقي للموصى له.

و هذا ضابط في كلّ ما يرد عليك في إجازة البعض و ردّ الآخرين. فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما في الأخرى، و نصيب من أجاز من مسأله الإجازة في مسأله الردّ، و نصيب من ردّ في مسأله الإجازة. فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسأله الإجازة سبعة من خمسة عشر، تضربها في أربعة وفق مسأله الردّ تبلغ ثمانيه و عشرين، فهو نصيبها من الستين. و للزوجه واحد من اثني عشر مسأله الردّ، تضربه في وفق مسأله الإجازة- و هو خمسة من خمسة عشر- تبلغ خمسة، فهي نصيبها من الستين. و الباقي- و هو سبعة و عشرون- للموصى له.

و لو كان المجيز هو الزوجه ضربت نصيبها من مسأله الإجازة- و هو واحد في أربعة وفق مسأله الردّ، فلها أربعة، و نصيب البنت من مسأله الردّ- و هو سبعة من اثني عشر- في وفق مسأله الإجازة- و هو خمسة- تبلغ خمسة و ثلاثين، و الباقي- و هو

و لو كان له أربع زوجات و بنت، (١) فأوصى بمثل نصيب إحداهنّ، كانت الفريضة من اثنين و ثلاثين، فيكون للزوجات الثمن، أربعة بينهنّ بالسويّة، و له سهم كواحدة، و يبقى سبعة و عشرون للبنت. و لو قيل: من ثلاثة و ثلاثين كان أشبه.

واحد و عشرون-للموصى له. فله مع إجازتهما ثمانية و عشرون، و للبنت كذلك، و للزوجة أربعة. و مع ردهما عشرون، و للبنت خمسة و ثلاثون، و للزوجة خمسة. و مع إجازة إحداهما يأخذ الموصى له التفاوت.

و لو انعكس الفرض بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجة و أجازا فللموصى له التسع، لأنك تزيد نصيب الزوجة- و هو واحد- على الفريضة. و هم الشيخ (١) هنا أيضا فجعل للزوجة سهما من ثمانية و للموصى له سهما و للبنت ستّة فأخرج الوصيّه من نصيب البنت خاصّه، و الصواب إدخال نصيبه عليهما فيكون من تسعة.

قوله: «و لو كان له أربع زوجات و بنت. إلخ».

القول الأول للشيخ (٢) أيضا. أصل الفريضة ثمانية، نصيب الزوجات الأربع منها واحد ينكسر عليهنّ، فتضرب عددهنّ في الفريضة تبلغ اثنين و ثلاثين، فأعطى الشيخ الزوجات أربعة تمام نصيبهنّ، و جعل نصيب الموصى له مأخوذا من نصيب البنت خاصّه، و هو خطأ كما مرّ. و القاعده أن يفرض له واحد كإحدى الزوجات، و يزداد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع، فيكون له واحد من ثلاثة و ثلاثين.

و هو واضح.

و لو كانت الوصيّه بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانية و عشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستّين إن أجازوا الوصيّه. و إن ردّوا ألحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع، و يكون الثلثان قائمين بالفريضة، فيكون من ثمانية و أربعين، للموصى له ثلثها ستّة عشر، و للزوجات أربعة، و للبنت ثمانية و عشرون.

ص: ٢٨٤

١-١) المبسوط ٤:٤.

٢-٢) المبسوط ٤:٤.

الثانية: لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده (١)، قيل: تبطل الوصية، لأنها وصية بمستحقه. وقيل: تصح، ويكون كما لو أوصى بمثل نصيبه. وهو أشبه.

و لو أجازت إحداهن ضربت وفق مسأله الإجازة- و هو هنا جزء من اثني عشر هو نصف السدس- في مسأله الردّ أو بالعكس، فتضرب خمسة في ثمانية و أربعين، أو أربعة في ستين تبلغ مائتين و أربعين، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسأله الإجازة مضروبا في وفق مسأله الردّ، و من ردّ أخذ نصيبه من مسأله الردّ مضروبا في وفق مسأله الإجازة. فمع إجازة البنت يكون لها مائة و اثنا عشر، هو الحاصل من ضرب ثمانية و عشرين في أربعة، و للزوجات عشرون، هي الحاصل من ضرب أربعة في خمسة، و الباقي- و هو مائة و ثمانية- للموصى له. و مع إجازة الزوجات جمع دون البنت يكون لهنّ ستة عشر مضروب أربعة في أربعة، و للبنت مائة و أربعون، و الباقي- هو أربعة و ثمانون- للموصى له. و لو أجاز بعض الزوجات فله نصيبها من المجاز، و هو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه.

قوله: «لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده. إلخ».

القول بالبطلان للشيخ (١) معللا بما ذكره المصنف من أنّها حينئذ وصية بمستحق الولد، فكانت كما لو قال: بدار ابني. و استدّلوا عليه أيضا بأنّ صحه الوصية موقوفه على بطلانها، لتوقف صحتها على أن يكون للابن نصيب، و لا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية، لأنّ الابن لا يملك الموصى به لقوله تعالى من بعيد وصية يوصي بها أو دين (٢) و بأنّ بطلانها لازم لكل واحد من النقيضين، فإنّه إن ثبت للابن نصيب امتنعت صحتها، إذ لا يملك الموصى به لما ذكر، و كذا إن لم يثبت له نصيب، لانتفاء متعلق الوصية فإنّ متعلقها نصيبه.

و وجه ما اختاره المصنف من الصحه: أنّ الولد ليس له نصيب الآن حقيقه،

ص: ٢٨٥

١-١) المبسوط ٧: ٤.

٢-٢) النساء: ١١.

وإنما يصير له نصيب بعد موت مورثه، فإضافه النصيب إليه حال الوصية مجاز في كونه جميع التركة، فكأنه قال: إن جميع التركة لفلان التي هي نصيب ابني لو فرض كونه وارثا لها وحده من غير مزاحم له من وصيه ولا غيرها. وهذا المعنى وإن كان مجازا إلا أنه هناك معنى حقيقى يمكن حمله عليه حتى يقال: تقدم الحقيقه على المجاز.

لا يقال: معناه الحقيقى كون الوصيه بنفس نصيبه، ولا نصيب له فيكون الوصيه باطله، نظرا إلى الحمل على الحقيقه.

لأننا نقول: مثل هذا وارد في قوله: أعطوه مثل نصيب ابني، فإن ابنه لا نصيب له الآن حقيقه وإنما أطلق نصيبه عليه مجازا، فكما حكتم بالصحة هناك فكذا هنا، لاشتراكهما في المفهوم وأن المراد بنصيبه في الحالتين ما يخصه بعد الموت من التركة، وهذا مجاز شائع لا ضرر في استعماله بل لا يفهم من اللفظ غيره.

و بالجمله: فإنه كناية عن مجموع التركة لا يفيد كونه مستحقا للوارث حتى يتناقض الكلام ويكون وصيه بمال الغير. وبما قررناه يندفع جميع ما أورده في هذا الباب على القول بالصحة.

و أما ما احتجوا به على البطلان فجوابه منع كون الوصيه بمستحق الولد، بل بجميع التركة كما بيناه. و فرق بين وصيته بدار ابنه و بنصيبه في الميراث، فإن دار ابنه لا - حق للموصى فيها، بخلاف التركة التي تكون نصيب ابنه لو لم يخلف غيره و لم يوص منها بشيء، فإن التركة حال الوصيه مملوكة للموصى، و إن كان قد تعلق بها حق ابنه على وجه تصح إضافة النصيب إليه بعد الموت بطريق المجاز. و كذلك نمنع من كون صحتها على هذا التقدير موقوفه على بطلانها، لأن المراد بنصيبه لو لا الوصيه كما قررناه. و هذا هو الجواب عن قولهم: إن بطلانها لازم للنقيضين.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إن حكمنا بالصحة ففي حمل الوصيه على كونها بجميع التركة، أو بنصفها على تقدير اتحاد الوارث وجهان:

أحدهما: حملها على الجميع، وهذا هو الذى لم يذكر فى المختلف (١) غيره.

و وجهه قد ظهر ممّا قرّرناه، فإنّ نصيب الولد على تقدير انحصار الوارث فيه جميع التركة، فتكون الوصية بنصيبه وصية بالجميع.

و الثانى: حملها على النصف، كما لو قال: له مثل نصيب ابنى، لأنه لما تعدّر حمل النصيب على الحقيقة حملناه على مجازة و هو المثل، فيلزمه حكمه.

و فيه نظر، لأنّ المثل هنا غير المثل فيما لو صرح به، فإنه مع التصريح به يكون نصّا على تشريكه معه، فلزم منه حمل المثل على كونه مثله بعد الوصية، و أمّا هنا فإنّما أوصى له بنفس نصيبه الذى هو كناية عن مجموع التركة، و المثل إنّما صاروا إليه من حيث إنّه لا- نصيب للابن الآن على ما قرّرناه، أو لأنّ حملها على نفس النصيب يوجب البطلان فحملوها على المثل لتعدّر الحمل على الحقيقة لذلك. و هذا المصير غير مرضى، لأنّ مجرد البطلان على تقدير حملها على نفس النصيب لا يقتضى العدول عنه و صرفه إلى المجاز ليصحّ، بل الوجه فيه ما قرّرناه سابقا. و عليه فالمثل يراد به مجموع التركة لا مشاركة الموصى له للولد. و ممّا حقّقناه يظهر أنّ كلّ من حمل هذه الوصية على المثل و أطلق لا يعلم منه إرادته أحد الأمرين، و لا يتحقّق مذهبه منهما إلا بدليل خارجي.

و الذى نختاره فى المسألة: أنّ الموصى إن قصد بكلامه هذا نفس مستحقّه على تقدير الموت فالوصية باطلة. و إن قصد نصيبه الذى يتبادر لكلّ أحد من أنّ الولد الواحد إذا انحصر الإرث فيه يكون نصيبه جميع التركة، فالوصية بجميع التركة. و إن قصد به كون الموصى له شريكا للابن فى نصيبه بتقدير المثل فالوصية بالنصف. و هذا كلّه لا إشكال فيه. و إن أطلق اللفظ مريدا مقتضاه من غير أن يلحظ شيئا بخصوصه يكون موصيا بجميع التركة كما حقّقناه.

ص: ٢٨٧

و اعلم أنّ المحقق الشيخ على (١) (رحمه الله) ذكر في شرحه أنّ للفقهاء في المسألة قولين خاصّه، أحدهما البطلان و الثاني الحمل على المثل بمعنى المشاركة بالنصف كما لو أوصى له بمثل نصيبه. و ذكر أنّ الاحتمال الثالث - وهو حمله على الوصية بالجميع - مختصّ به لم يتعرّض إليه أحد.

و هذا عجيب منه فإنّ هذا الاحتمال الثالث لم يذكر الأكثر غيره فضلا عن أن لا يكون مذكورا. قال في المختلف - بعد أن نقل في المسألة قولين: البطلان و صحّ الوصية و يكون بمنزله ما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه - ما هذا لفظه: «و المعتمد الأول، لنا: أنّه أوصى بما هو حقّ للابن فيبطل، كما لو قال: بدار ابني. احتجّ الآخرون بأنّ اللفظ يحمل على مجازة عند تعدّد حمله على الحقيقة، و لأنّه وصية بجميع المال في الحقيقة، و لو أوصى له بجميع ماله لم تكن الوصية باطلة» (٢). انتهى. و هذا كما ترى صريح في أنّه فهم من القائل بالصحة و الحمل على المثل إرادته بالجميع، فكيف لا يكون مذكورا لأحد؟! و قال في التذكرة: «إذا أوصى له بنصيب وارث، فإن قصد المثل صحّت الوصية إجماعا، و إن قصد العين بطلت الوصية، و به قال الشافعيّ و أبو حنيفة. و قال مالك و أهل البصرة و ابن أبي ليلى و زفر و داود: تصحّ الوصية، لأنّ ذلك وصية بجميع المال» (٣). انتهى. و هو قريب من كلامه في المختلف حيث اقتصر على القولين و حصر القول بالصحة في الوصية بالجميع.

و قال الشيخ في المبسوط: «و إذا كان له ابن فقال: أوصيت له بنصيب ابني فإنّ هذه وصية باطلة، و قال قوم: تصحّ الوصية و يكون له كلّ المال» (٤). انتهى. و لم يذكر

ص: ٢٨٨

١-١ (١) جامع المقاصد ٢٣٩: ١٠-٢٤٠.

٢-٢ (٢) المختلف ٥٠١: ٢.

٣-٣ (٣) التذكرة ٢: ٤٩٧ لاحظ المغنى لابن قدامه ٤٨٠: ٦.

٤-٤ (٤) المبسوط ٧: ٤.

و لو كان له ابن قاتل فأوصى (١) بمثل نصيبه، قيل: صحّت الوصيّة، و قيل: لا تصحّ، لأنّه لا نصيب له. و هو أشبه.

الاحتمال الآخر.

و على هذا فيكون مراد من أطلق الصحّه و حمّله على المثل صحّه الوصيّة فى الجميع، لأنّ ذلك هو الموجود فى عبارته أصحابنا، و أمّا حمّله على النصف كما لو أوصى بلفظ المثل فلم يذكره أحد من أصحابنا بخصوصه و إنما هو محتمل من إطلاقهم.

نعم، فى عبارته الشيخ فخر الدين ما يؤذن بفهمه إرادته النصف من القائل بالصحّه، لأنّه قال فى شرحه بعد تقرير القولين: «فعلى الصحّه لا- فرق بين زياده لفظه المثل و حذفها، فقوله: «أوصيت بنصيبه» مثل: «أوصيت بمثل نصيبه» و إنما فرّق القائل بالبطلان» (١) فهذه العبارة كالصريحه فى إرادته المثل حقيقه كما لو كان مذكورا و هو يقتضى الوصيّة بمشاركه الابن.

و أمّا الشافعيّه فقد صرّحوا فى كتبهم بأنّ فى المسأله ثلاثه أوجه. قال الرافعيّ فى الشرح الكبير: «لو قال: أوصيت بنصيب ابني و لم يذكر لفظ المثل فوجهان، أحدهما: أنّ الوصيّة باطله لورودها فى حقّ الغير. و الثانى: أنّها صحيحه و المعنى بمثل نصيب ابني، فإن صحّحناها فهى وصيّة بالنصف كما لو قال: أوصيت بمثل نصيب ابني، و فى التهذيب وجه آخر أنّها وصيّة بالكلّ». انتهى ملخصا.

و المبسوط و التذكرة جاريان على فروع الشافعيّه و وجوههم، لكنّهما أخلاّ بالوجه الثالث و هو كونها وصيّة بالنصف، مع أنّه أشهر عندهم من الآخر.

و الحاصل: أنّ حمّله على الوصيّة بالجميع فى عبارته أصحابنا أكثر مع وجود الآخر، و حمّله على النصف فى كلامهم أكثر مع وجود الآخر.

قوله: «و لو كان له ابن قاتل فأوصى. إلخ».

وجه البطلان ظاهر، لما أشار إليه المصنف من أنّه لا نصيب له فيكون قوله فى قوه: أوصيت له بمثل نصيب من لا شيء له. و بهذا قطع الشيخ فى المبسوط (٢) و لم

ص: ٢٨٩

١- ١) إيضاح الفوائد ٥٤١: ٢-٥٤٢.

٢- ٢) المبسوط ٧: ٤.

الثالثة: إذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثلاه

الثالثة: إذا أوصى بضعف نصيب ولده (١) كان له مثلاه. و لو قال:

ضعفاه كان له أربعة. و قيل: ثلاثة. و هو أشبه أخذا بالمتيقن. و كذا لو قال: ضعف ضعف نصيبه.

يذكر غيره.

و وجه الصحّح: حمل الكلام على التقدير صونا له عن الهذريّ، و تقديره: بمثل نصيبه لو لم يكن قاتلا. و ضعفه ظاهر.

و فضّل في المختلف (١) فحكم بالبطلان إن كان الموصى عارفا بأن الابن قاتل و أنّ القاتل لا نصيب له، و الصحّح إن جهل أحدهما. و هو حسن، كما أنه لو قصد الموصى مماثله نصيبه لو كان وارثا صحّت قطعا.

قوله: «إذا أوصى بضعف نصيب ولده. إلخ».

اختلف الفقهاء و اللغويون في معنى الضعف، و عليه بينى الضعفان، فقيل:

الضعف المثل، قال الجوهري: «ضعف الشيء مثله، و ضعفاه مثلاه، و أضعافه أمثاله». (٢) و قال أبو عبيد القاسم بن سلام: «الضعف المثل، قال الله تعالى:

يُضَاعَفُ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ (٣) أي مثلين، و قال تعالى فَآتَتْ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ (٤) أي مثلين، و إذا كان الضعفان مثلان (٥) فالواحد مثل (٦). و قال الأزهرى: «الضعف المثل فما فوقه، و ليس بمقصور على مثلين، فأقلّ الضعف محصور في الواحد، و أكثره غير محصور» (٧). و قال الخليل (٨) «الضعف أن يزداد على

ص: ٢٩٠

١- (١) المختلف ٥٠١: ٢.

٢- (٢) الصحاح ١٣٩٠: ٤.

٣- (٣) الأحزاب: ٣٠.

٤- (٤) البقرة: ٢٤٥.

٥- (٥) كذا في النسخ و له وجه. و في هامش «و» نقلا عن خط الشيخ على حفيد الشارح: مثلين. و كذا في المغنى.

٦- (٦) نقله عنه ابن قدامه في المغنى ٤٨١: ٦.

٧- (٧) تهذيب اللغة ٤٨٠: ١.

٨- (٨) كتاب العين ٢٨٢: ١.

أصل الشيء فيجعل مثلين أو أكثر». وقال أبو عبيده معمر بن المثنى: «ضعف الشيء هو و مثله، و ضعفاه هو و مثلاه» (١). وقال في الجمهرة: «هذا ضعف هذا الشيء أى:

مثله. و قال قوم: مثلاه» (٢) و فى نهايه ابن الأثير أنّ الضعف مثلان، قال:

«و قيل: ضعف الشيء مثله» (٣).

و الأشهر بين الفقهاء ما اختاره المصنف من أنّ الضعف مثلان، بل نقله الشيخ فى الخلاف (٤) عن عامّة الفقهاء و العلماء، و إن كان هذا التعميم لا يخلو من تجوّز، فقد سمعت كلام أهل اللغة، و الفقهاء أيضا مختلفون كأهل اللغة.

و يشهد للمشهور قوله تعالى إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَ ضِعْفَ الْمَمَاتِ (٥) أى عذاب الدنيا و عذاب الآخرة مضاعفا، و قوله تعالى فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضُّعْفِ (٦) و قوله تعالى وَ مَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَوٰةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ (٧). و لم ينقل المصنف خلافا فى الضعف كما نقله غيره أنه المثل استضعافا له.

و أما ضعفا الشيء فعلى تفسير المثل يكون مثلاه، و على المثلين قيل: يكون أربعة أمثاله، لأنّ ذلك هو الحاصل من انضمام مثلين إلى مثلين. و المصنف اختار كونه ثلاثة أمثاله، لما نقل عن بعض أهل اللغة من أنّ ضعفى الشيء هو و مثلاه (٨) فيكون ثلاثه أمثاله. و على تقدير حصول الشك فيها و فى الأربعة لاختلاف أهل اللغة

ص: ٢٩١

١- ١) راجع الأضداد للأبىبارى: ١٣١، و تهذيب اللغة ١: ٤٨٠.

٢- ٢) جمهره اللغة ٢: ٩٠٣.

٣- ٣) النهايه ٣: ٨٩.

٤- ٤) الخلاف ٤: ١٣٨ مسألة (٥).

٥- ٥) الاسراء: ٧٥. و فى الآية: إِذَا لَأَذَقْنَاكَ.

٦- ٦) سبأ: ٣٧.

٧- ٧) الروم: ٣٩.

٨- ٨) راجع تهذيب اللغة ١: ٤٨٠.

الرابعة: إذا أوصى بثلثه للفقراء (١) و له أموال متفرقه، جاز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه، و لو صرف الجميع في فقراء بلد الموصى جاز أيضا.

فالمتيقن هو الثلثه. و لا يرد: أن منهم من جعله مثلين فيكون هو المتيقن أيضا، لضعف هذا القول و شذوذه فلم يعتد به كما لم يعتد به في المثل، أو يحمل على المجاز لأنه خير من الاشتراك. و علل أيضا بأن ضعف الشيء ضم مثله إليه فاذا قال:

ضعفاه، فمعناه ضم مثليه إليه فيكون ثلاثه.

و أما ضعف الضعف فقد قال المصنف إنه كالضعفين، أي: فيه القولان، و المختار عنده أنه ثلاثه أمثاله، و ذلك لأن من قال إن الضعف مثلان فتضعيفه قدره مرتين و هو أربعة أمثاله فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب، و من قال إنه ضم مثل الشيء إليه فتضعيف هذا الضم زياده مره أخرى فيكون ثلاثه.

و يضعف بمخالفته للتفسيرين السابقين للضعف، لأن من جعله المثل فالضعف مثلان، و من جعله مثلين لزمه أن يكون تضعيفه أربعة. و أما اعتبار المنضم خاصه فيه أن الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المماثل و الزائد لا نفس الزائد، و إلا لكان هو القول بالمثل. و بالجملة: فالقول بأن ضعف الضعف ثلاثه أمثاله ضعيف جدا، و قد وافق المصنف عليه العلامه في التذكره (١) و الإرشاد (٢).

و في المسأله وجه ثالث: أن ضعف الضعف سته أمثال، بأن يكون الضعف و مثله معا هو الموصى به. و يضعف بأن الوصيه بالمضاف خاصه. و رابع: بأنه مثل واحد، بناء على أن الضعف هو المثل، فضعف الضعف مثل المثل، و المثل واحد، فمثله كذلك. و قد عرفت ضعف المبني عليه. و قد ظهر أن أرجح الأقوال كون ضعف الضعف أربعة أمثاله.

قوله: «إذا أوصى بثلثه للفقراء. إلخ».

لا إشكال في جواز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه، لحصول الغرض من

و يدفع إلى الموجودين في البلد، فلا- يجب تتبع من غاب. (١) و هل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعدا؟ قيل: نعم. و هو الأشبه، عملا بمقتضى اللفظ. (٢) الوصيّه و عدم وجود مانع منه. و أمّا صرفه في بلد الموصى فكذلك، إن لم يستلزم تغيرا بالمال بسبب نقله، و لا تأخيرا لإخراج الوصيّه مع إمكان التعجيل، و إلا أشكال الجواز لذلك. نعم، لو فرض عدم المستحقّ في بلد المال و عدم الخطر في نقله فلا إشكال.

و لو فرض إخراج قدر الثلث في بلد الموصى من المال الموجود فيه و ترك الأموال المتفرقة للورثه مع رضاهم بذلك صحّ أيضا، لأنّ المعبر إخراج ثلث المال بالقيمه لا الإخراج من كلّ شيء، و إن كان إطلاق الثلث يقتضى الإشاعه، إلا أن يتعلّق غرض الموصى بشيء من الأعيان أو بالجميع فيتّبع مراده.

و لو كان نقل المال إلى بلد آخر لغرض صحيح- كأولويّه المستحقّ فيه أو لوجود الحاكم فيه و نحو ذلك- جاز أيضا، كما يجوز نقل الزكاه الواجبه لذلك و إن لم يجز مطلقا.

قوله: «و يدفع إلى الموجودين في البلد و لا يجب تتبع من غاب».

لأنّ الفقهاء غير منحصرين فلا- يجب الاستيعاب، و لا- يتّبع من ليس في البلد لذلك. و يفهم منه وجوب استيعاب من في البلد منهم، و وجهه: أن الموصى لهم يستحقّون على جهه الاشتراك لا على جهه بيان المصرف كالزكاه. و بهذا يظهر أنّ عدم وجوب التتبع رخصه و أنه لو صرفه إلى غير الموجودين أو إليهم و إلى غيرهم جاز.

قوله: «و هل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعدا؟ قيل: نعم. و هو الأشبه عملا بمقتضى اللفظ».

وجه وجوب الدفع إلى ثلاثة فصاعدا: أن الفقهاء جمع و أقلّه ثلاثة على المختار، و من قال إنّ أقلّه اثنان اكتفى بهما هنا. فعلى هذا لا- يجوز أن يقصر عن ثلاثة، فان لم يوجد في البلد ثلاثة وجب الإكمال في غيره مراعاة للفظ الجمع، و أن الحكم ليس لبيان المصرف كما مرّ و إلا لاكتفى بالواحد.

و يشكل بأنه: إن كان للاشتراك وجب تتبع الممكن، و إن كان لبيان المصرف

و كذا لو قال: أعتقوا رقابا،(١) ووجب أن يعتق ثلاثه فما زاد، إلا أن يقصر ثلث مال الموصى.

لزم الاكتفاء بواحد، فالجمع بين وجوب استيعاب من بالبلد و عدم وجوب صرفه إلى غيرهم مع وجوب الدفع إلى ثلاثه لا يخلو من إشكال. و لعلّ الوجه فيه: أنّ مراعاة الجمع يوجب الثلاثه فصاعدا و استيعاب من حضر لا شراكتهم في الاستحقاق، و عدم وجوب الدفع إلى من عداهم رخصه و تخفيف.

قوله: «و كذا لو قال: أعتقوا رقابا. إلخ».

وجوب عتق الثلاثه هنا مع سعه الثلث ممّا لا إشكال فيه، مراعاة لصيغه الجمع. و لو قصر الثلث عن الثلاثه اقتصر على ما يسعه، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور. و لا يرد: أنّ الموصى به مسمّى الجمع و قد تعدّر فينبغي أن تبطل الوصيه أو يتوقع تنفيذها إن رجي، لأنّ معنى الجمع واحد و واحد و واحد، و إنّما اختصروه بلفظ الجمع، كما نصّ عليه أهل العربيّه، فإنّهم قالوا: رجال في قوه رجل و رجل و رجل، فلا يسقط البعض بالعجز عن البعض كما لو أوصى بعتق الثلاثه مفضّلا بهذا اللفظ.

و على هذا فلو قصر الثلث إلا- عن واحد و لم يجز الوارث أعتق الواحد. و لو قصر عنه ففي وجوب إعتاق شقص مع الإمكان قولان أقربهما الوجوب، لأنّ وجوب عتق الجزء ثابت كالكلّ، و لعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» (١). و وجه العدم: أنّ لفظ الرقبه لا يدلّ على البعض إلاّ تضمّنا، و الدلاله التضمّنيه تابعه للمطابقيه، فإذا فات المتبوع انتفى التابع. و جوابه: أنّ عتق الرقبه لمّا لم يتحقّق إلاّ بعتق جميع أجزائها فكلّ جزء مقصود عتقه و مأمور به بالذات لا بالتبعيه، فيجب حيث يمكن.

فإنّ تعدّر ففي صرف القدر في البرّ أو رجوعه إلى الورثه وجهان تقدّم نظيرهما،

ص: ٢٩٤

(١-١) مسند أحمد ٥٠٨، ٤٢٨، ٢: ٢٥٨، عوالى اللئالى ٤: ٥٨ ح ٢٠٦.

الخامسة: إذا أوصى لإنسان بعبد معين، و لآخر بتمام الثلث

الخامسة: إذا أوصى لإنسان بعبد معين، و لآخر بتمام الثلث،(١) ثم حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له، كان للموصى له الآخر تكمله الثلث بعد وضع قيمه العبد صحيحاً، لأنه قصد عطيه التكمله و العبد صحيح، و كذا لو مات العبد قبل موت الموصى، بطلت الوصيه، و أعطى الآخر ما زاد عن قيمه العبد الصحيح. و لو كانت قيمه العبد بقدر الثلث، بطلت الوصيه للآخر.

و أنّ الأول أقوى مع إمكان صرفه في العتق قبل ذلك في وقت ما بعد الوصيه، و الثاني إن تعذر ذلك من الابتداء، مع احتمال صرفه في البرّ مطلقاً، لأنّ البرّ أقرب إلى مراد الموصى من الورثه، و أقرب المجازات متعين عند تعذر الحقيقه.

قوله: «إذا أوصى لإنسان بعبد و لآخر بتمام الثلث. إلخ».

إذا أوصى لواحد بعبد معين و لآخر بتمام الثلث باعتبار قيمه العبد و ضمّه إلى الثلث صحّت الوصيتان، لوجود المقتضى للصحه فيهما و انتفاء المانع، فيقوم العبد يوم موت الموصى، لأنه حال نفوذ الوصيه، و ينظر إلى بقيه التركة فإن خرج العبد من الثلث صحّت وصيته و ينظر بعد ذلك فإن بقي من الثلث بقيه فهي للموصى له الثاني، و إلا بطلت وصيته لفوات متعلقها. و هذا لا إشكال فيه. و إنما الكلام فيما لو تغيرت قيمه العبد أو بقيه التركة بزياده أو نقصان، قبل موت الموصى أو بعده، و قبل تسليم الموصى له العبد أو بعده، و قبل وصول الثلثين إلى الورثه أو بعده.

و تحرير الحال أن نقول: قد عرفت أنّ المعتبر في قيمه التركة بحال الوفاء بالنسبه إلى زياده المال و نقصانه، أو بالأقلّ من حال الوفاء إلى حين قبض الوارث، لأنّ الوارث لا بدّ أن يصل إلى يده مقدار ضعف الوصيه، و لهذا لو كان له مال غائب لا ينفذ من الوصيه إلا مقدار ثلث الحاضر، و إن كانت خارجه من الثلث بالنسبه إلى جميع المال. و حينئذ إذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالنقص على الموصى له الثاني، لأنّ الوصيه له بتكملة الثلث بعد الوصيه الأولى فلا بدّ من اعتبار إخراج الأولى أولاً.

و لو حدث عيب فى العبد قبل تسليمه إلى الموصى له فللثانى تكمله الثلث بعد وضع قيمه العبد صحيحا، لأنّ الموصى قصد عطيه التكمله و العبد صحيح، فاذا تجدد العيب كان ذلك نقصا فى العين فلا بدّ من اعتبار الناقص مع الباقي. فلو فرض أنّ قيمه العبد صحيحا مائه و باقى التركة خمسمائه فأصل الثلث مائتان و الوصيه للثانى بمائه، فاذا تجدد نقص العبد خمسين مثلا رجعت التركة إلى خمسمائه و خمسين، و ثلثها مائه و ثلاثه و ثمانون و ثلث (1)، فاذا وضعت منه قيمه العبد صحيحا بقى ثلاثه و ثمانون و ثلث للموصى له.

و يشكل بأنّ مقتضى الوصيه الثانیه أن يكون بيد الورثه ضعف ما بيد الموصى له الثانى بعد إسقاط الأول، و هنا ليس كذلك، لأنّ الباقي من المال بعد قيمه العبد خمسمائه (2) فيجب أن يكون نقص العبد محسوبا من التركة بالنسبه إلى الأول فهو كالباقي، فالمتجه أن يكون للثانى مائه، و الواصل إلى الورثه الثلثان و زياده.

و لو كان نقص العبد باعتبار السوق، و العين بحالها، و مقدار النقص خمسون كما سبق، اعتبرت قيمه التركة عند الوفاء و لا ينقص بسببه شىء على الثانى، بل يعطى تمام الثلث حينئذ مائه و ثلاثه و ثلاثين [1] و ثلثا. و الفرق: أنّ العين هنا قائمه بحالها، و الثلث إنّما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصى و هو حاله الوفاء، بخلاف نقص المعيب فإنه نقص محسوس له حصّه من الثمن، و لهذا ضمنه الغاصب و ثبت أرشه للمشتري على البائع دون رخص السوق.

و لو فرض موت العبد بطلت وصيته لفوات متعلقها، و أعطى الآخر ما زاد على

ص: ٢٩٦

١- ١) فى النسخ: و ثلثا.

٢- ٢) فى هامش «و» نقلا عن الشيخ على حفيد الشارح: خمسمائه و خمسون صح.

السادسه: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه و هو مريض، عتق عليه من أصل المال

السادسه: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه (١) و هو مريض، عتق عليه من أصل المال إجماعاً منّا، لأنّه إنما يعتبر من الثلث ما يخرجّه عن ملكه، و هنا لم يخرجّه بل بالقبول ملكه و اعتق عليه تبعاً لملكه.

قيّمته، لأنّ له تكمله الثلث فلا يسقط بموته شيء، فيعتبر قيمته عند وفاه الموصى لو كان حيّاً، و يحطّ قيمته من الثلث و يدفع الباقي إلى الموصى له الثاني.

و لو فرض نقص المال غير العبد- كأن ينقص مائه مثلاً- فالنقص على الثاني، فيكون له ستّه و ستّون و ثلثان، و لا يجري مجرى موت العبد، لأنّ الفاتت هنا على الورثه و هناك على الموصى له الأول، و جانب الورثه موثّر. نعم، لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاه كان محسوباً عليهم، فيكون للثاني تمام المائه.

بقي في المسأله تقييد المصنّف و غيره حدوث العيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصى له، فإنه يقتضى أنّ النقص لو كان بعد الموت و قبل تسليمه إلى الموصى له يكون الحكم كذلك. و يشكل على القول بأنّ القبول كاشف عن دخوله في ملك الموصى له من حين الموت، فإنّ النقص حينئذ داخل على ملك الموصى له الأول، فلا يحتسب على غيره. و كذا يقتضى أنّه لو تسلّمه في حياه الموصى فحدث العيب قبل موته لا يعتبر نقصه، و ليس كذلك، لأنّ هذا التسليم لا حكم له.

قوله: «إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه. إلخ».

إذا انتقل إلى المريض من يعتق عليه، فإنّما أن يكون بعوض أو غيره، ثمّ الانتقال إمّا أن يكون قهريّاً أو اختياريّاً، و العوض إمّا أن يكون موروثاً أو لا، فهذه أقسام المسأله. و المصنّف اقتصر منها على قسم واحد، و هو انتقاله إليه باختياره بغير عوض. و نحن نبيّن ما ذكره ثمّ نتبعه بالباقي.

فنقول: إذا ملكه بغير عوض اختياريّاً، كما لو أوصى له به فقبل الوصيه و هو مريض، أو وهبه بغير عوض فقبل الهبه، فإن قلنا إن منجزات المريض من الأصل عتق من الأصل، و لا كلام حينئذ فيه. و أمّا على القول الآخر فقد قال المصنّف: إنّهُ يعتق أيضاً مدّعياً الإجماع، و لأنّه إنما يعتبر من الثلث ما يخرجّه المريض عن ملكه بنفسه اختياريّاً كما لو باشر عتقه، و هنا لم يخرجّه المريض كذلك و إنما أخرجه الله تعالى

عن ملكه حين ملكه بالقبول، و انعتق عليه تبعا لملكه بغير اختياره فلم يكن مفوتًا باختياره شيئًا و إنما جاء الفوات من قبل الله تعالى.

و يشكل هذا: بأنّه لو تمّ لزّم مثله فيما لو اشتراه بعوض فإنّ مجرد الشراء و التملك ليس هو المانع من النفوذ، و إنما المانع و المفوت لحقّ الورثه العتق و هو يحصل بغير اختياره كما قيل هنا. (١)

لكن يجاب عنه: بأنّه هنا مفوت على الورثه الثمن باختياره حيث بذله فى مقابله ما يوجب التلف قطعاً بغير فائده تعود على الوارث، و حينئذ فلا يتمّ الدليل إلا بإضافه أمر آخر، و هو أنّه لم يخرج شيئاً عن ملكه بعوض يحصل به فوات شىء على الورثه. و كان الأولى فى الاستدلال على هذا التقدير أن يقول: لأنّه لم يفوت شيئاً على الورثه من حيث إنّ ملكه بغير عوض، و العتق وقع قهريًا.

و الحاصل: أنّ المعترف فى صحّ العتق حصول الأمرين معاً، و هما عدم العوض، و كون العتق قهريًا، فمتى انتفى أحدهما اعتبر من الثلث.

و أما ما ادّعاه المصنف من الإجماع على الحكم فبالنظر إلى من تقدّمه من أصحابنا و كأنّه لم يظهر له مخالف قبله، و إلاّ فالمسألة محتمله، و العامّه مختلفون فى حكمها فذهب بعضهم (٢) إلى اعتبار خروجه من الثلث كالعتق اختياراً، و قوّاه العلامة فى التحرير (٣) استناداً إلى أنّ اختيار السبب كاختيار المسبّب، فمتى كان الأوّل مقدوراً فالثانى كذلك، و هو قول بعض المتكلمين. و حينئذ فلا يلزم من كون العتق قهريًا خروجه من الأصل، و إنما يلزم ذلك لو لم يكن مستنداً إلى اختيار المريض فى التمليك. و الأقوى ما اختاره المصنف.

و لا يقدح دعواه الإجماع فى فتوى العلامة بخلافه، لأنّ الحقّ أنّ إجماع

ص: ٢٩٨

١- ١) فى «ب» هنالك. و فى الحجريتين: هناك.

٢- ٢) راجع روضه الطالبين ١٨٦: ٥.

٣- ٣) التحرير ٣٠٩: ١-٣١٠.

أصحابنا إنما يكون حججه مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم، فإن حججه إنما هي باعتبار قوله عندهم، ودخول قوله في قولهم في مثل هذه المسألة النظرية غير معلوم. وقد نبه المصنف في أوائل المعبر على ذلك، فقال: إن حججه الإجماع لا تتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم في قول المجمعين (١)، ونهى عن الاغترار بمن يتحكم ويدعى خلاف ذلك. وهذا عند الانصاف عين الحق، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعه معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد (٢). وبهذا يظهر جواز مخالفه الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الإجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضى خلافهم، وقد اتفق لهم ذلك كثيرا لكن زلّه المتقدم مسامحه عند الناس دون المتأخر.

و لرجع إلى بقيه أقسام المسألة فنقول: قد عرفت حكم ما لو ملكه بغير عوض اختيارا، وأمّا إذا ملكه كذلك بغير اختياره كالإرث، فإن قلنا في القسم الأول بكونه من الأصل فهنا كذلك بطريق أولى، وإن قلنا بكونه ثم من الثلث احتمال كونه هنا كذلك، لتحقق الملك للمريض فيكون معدودا من جملة أمواله، فانعتاقه يفوت عليهم المآل. ويضعف بأنه لم يتلف على الورثه شيئا مآلا هو محسوب مالا له، ومع ذلك فالعتق قهري فلا مانع منه، وينبغي هنا القطع بنفوذه من الأصل. وفي التذكرة (٣) جعل العتق أقرب.

و لو ملكه بعوض فلا يخلو إما أن يكون اختيارا أولا. و على التقديرين فلا يخلو إما أن يكون العوض موروثا بحيث يحصل ببذله تفويت على الورثه أولا. فهذه أربعة أقسام:

ص: ٢٩٩

١- ١) المعبر ٣١: ١.

٢- ٢) كذا في «و» وفي غيرها: نادر.

٣- ٣) تذكره الفقهاء ٤٨٩: ٢.

الأول: أن يملكه بعوض موروث اختياراً بأن اشتراه، فإن كان بضمن المثل و اعتبرنا خروج المنجزات من الثلث ففي انعاقه قولان:

أحدهما: أنه من الثلث، لأن تملكه له باختياره سبب في عتقه فجرى مجرى المباشرة، خصوصاً عند من يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجبائين. وهذا هو الأصح.

و الثاني: نفوذه من الأصل، لأنه إنما يحجر عليه في التبرعات، و الشراء ليس بتبرع فلا يكون محجوراً عليه. و العتق حصل أولاً بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث.

و يضعف بأن بذل الثمن في مقابلة ما قطع بفواته و زوال ماليته بالعتق تضييع على الوارث، كما لو اشترى ما يقطع بموته عاجلاً.

و القولان اختارهما العلامة في القواعد (١) في الوصايا، أولهما في الأحكام المعنوية، و ثانيهما في كيفية التنفيذ. و لو اشتراه بدون ثمن المثل فالزائد محاباه حكمه حكم الموهوب (٢).

الثاني: أن يملكه بعوض موروث لكنّه بغير اختياره، بمعنى استناده إلى أمر الشارع له به، كما لو كان قد نذر في حال الصحة أو المرض - إن جوزنا كونه من الأصل - أنه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه، فوجده و هو مريض، فينفذ من الأصل على القولين. و يحتمل ضعيفاً كونه من الثلث، لحصول السبب المقتضى للتصرف في المرض. و ضعف باستناد ذلك إلى إيجاب الشارع فكان عليه بمنزلة الدين.

الثالث: أن يملكه بعوض غير موروث باختياره، كما لو آجر نفسه للخدمة به، فيعتق من الأصل على القولين، لعدم تفويته شيئاً على الورثة، و يأتي على احتمالها

ص: ٣٠٠

١- ١) قواعد الأحكام ١: ٣٠٤ و ٣٣٧.

٢- ٢) في هامش «و» نقلاً عن خط الشيخ على حفيد الشارح: الموروث.

السابعة: إذا أوصى له بدار فانهدمت و صارت براحا ثم مات الموصى بطلت الوصية

السابعة: إذا أوصى له بدار فانهدمت (١) و صارت براحا ثم مات الموصى بطلت الوصية، لأنها خرجت عن اسم الدار. وفيه تردد.

الثامنة: إذا قال: أعطوا زيدا و الفقراء كذا

الثامنة: إذا قال: أعطوا زيدا (٢) و الفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصية. وقيل: الربع. و الأول أشبه.

في الهبة ورود مثله هنا.

الرابع: أن يملكه كذلك بغير اختياره بل بإلزام الشارع، كما لو كان قد نذر تملكه بالإجاره كذلك، و حكمه كالسابق بطريق أولى.

قوله: «لو أوصى له بدار فانهدمت. إلخ».

منشأ التردد: من فوات متعلق الوصية، لأنه المجموع المركب من العرصه و السقف و باقى الأجزاء، و المركب يفوت بفوات بعض أجزائه خصوصا الموجب لفوات حقيقته فتبطل الوصية، و من بقاء بعض الأجزاء المتعلق حق الموصى له بها فى ضمن المجموع، فلا يفوت البعض بفوات البعض الآخر.

و فصل ثالث حسنا فقال: إن كان الموصى به دارا معينه فانهدمت فالوصية باقيه، لانتفاء الدليل الصالح للبطلان، و تغير الاسم لم يثبت كونه قادحا، و الباقي منها بعض ما أوصى به. و إن أوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت، لانتفاء المسمى. و موضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصى و إلا كان رجوعا.

قوله: «إذا قال: أعطوا زيدا. إلخ».

وجه الأول: أنه أوصى لفريقين فلا ينظر إلى أحادهما، كما لو أوصى لقبيلتين مختلفتى العدد. و وجه الثانى: أن أقل الفقراء ثلاثة، لأنهم جمع، و قد شرك بين زيد و بينهم بالعطف فيكون كأحدهم. و يضعف بأن التشريك بين زيد و الفقراء لا بينه و بين أحادهم، فيكون زيد فريقا و الفقراء فريقا آخر، و بأن التشريك لو كان بين الأحاد لما لزم الحكم بالربع، لأن الفقراء لا ينحصر فى ثلاثة، و كون الثلاثة أقل

الجمع لا يوجب المصير إليه مع وجود اللفظ الشامل له و لغيره. و حينئذ فمختار المصنف أقوى.

و فى المسأله وجه ثالث مخرّج من دليل الثانى و هو: أنّ زيدا يكون كأحد الفقراء، لأنّه و إن كان أقلّهم ثلاثه إلا أنّه يقع على ما زاد، و لا- يتعيّن الدفع إلى ثلاثه بل يجوز الدفع إلى ما زاد. فمقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم فيعطى سهما من سهام القسمه، فإن قسّم المال على أربعة من الفقراء أعطى زيدا الخمس، و إن قسّم على خمسة فالسدس، و هكذا. و رابع: أنّه يعطى أقلّ ما يتموّل، و لكن لا يجوز حرمانه و إن كان غنيا. و خامس: أنّه إن كان فقيرا فهو كأحدهم، و تخصيصه للاهتمام به، و إن كان غنياً فله النصف. و سادس: أنّه إن كان غنياً فله الربع و إلا فالثلث، لدخوله فيهم. و سابع: أنّ الوصيه فى حقّ زيد باطله، لجهاله من أضيف إليه.

و هذه الأوجه كلّها ضعيفه ما عدا الأولين، و أقوال أصحابنا منحصره فيهما، فلذا اقتصر عليهما المصنف، و أضعفها الأخير.

هذا كلّه إذا أطلق زيد، أمّا إذا وصفه بصفه الجماعه فقال: لزيد الفقير و للفقراء، جرى الخلاف فيما لزيد إن كان فقيرا. و الأقوى أنه كما لو أطلق، لما ذكرناه فى توجيه الأول. و لو وصفه بغير صفه الجماعه كقوله: لزيد الكاتب و للفقراء، فأولى بترجيح الوجه الأول. و لا بدّ على الأوجه من الصرف إلى ثلاثه من الفقراء مراعاة لصيغه الجمع.

إشاره

القسم الثاني في تصرفات المريض و هي نوعان: مؤجله، و منجزه.

فالمؤجله

فالمؤجله حكمها حكم الوصيه إجماعا، و قد سلفت. و كذا تصرفات الصحيح إذا قرنت بما بعد الموت. (١) قوله: «في تصرفات المريض - إلى قوله - بما بعد الموت».

أراد بالمؤجله المعلقه بالموت، و بالمنجزه المعجله حال الحياه و إن لم تكن حاضره محضا. و أصل المنجز الحاضر، قال الجوهري (١): «الناجز الحاضر، يقال: [بعته] (٢) ناجزا بناجز [أى] (٣): يدا بيد أى تعجلا - [بتعجيل] (٤)». و منه فى الدعاء: أنجز وعده، أى: أحضره.

و يستفاد من جعله المؤجله كالوصيه فى الحكم أنها غير الوصيه، و المغايره تظهر بينهما فى التدبير، فإنه تصرف معلق على الموت، و ليس بوصيه بعق العبد بل عتق بصفه على اختلاف الوجهين. و تظهر أيضا فى النذر المقيّد بالموت، فإنه لا يسمّى وصيه. لكن فى إلحاقه بالوصيه خلاف مشهور، فقد قال جماعه: إنه من الأصل، فلا يصحّ الحكم بكون حكمه حكم الوصيه بالإجماع، و إن كان المختار مساواته لها فى الحكم.

ص: ٣٠٣

١ - (١) الصحاح ٨٩٨: ٣.

٢ - (٢) من المصدر. و فى هامش «و»: أعطه.

٣ - (٣) فى المصدر: كقولك.

٤ - (٤) من المصدر.

أما منجزات المريض إذا كانت تبرّعا، كالمحابه في المعاوضات، والهبة والعق و الوقف، فقد قيل: إنَّها من أصل المال، وقيل: من الثلث.

و اتفق القائلان على أنه لو برئ لزم من جهته و وجه الوارث أيضا، و الخلاف فيما لو مات في ذلك المرض. (١) و على ما استفيد من تعريف المصنف للوصية: «أنَّها تملك عين أو منفعة إلخ» يتخلف كثير من الأفراد المعلقة على الموت فيطلق عليها التصرفات المؤجلة لا الوصية، و ذلك كالوصية بالعق، و الوقف على وجه عامه، و الوصية بإبراء المديون و غير ذلك.

و لو أطلق على الجميع اسم الوصية و ذكر أنّ حكمها الخروج من الثلث سلم من التكلّف. و التدبير ان كان وصية بالعق تناولته العبارة و إلا فيكتفى بذكر حكمه في محله.

و اعلم أنّا قد أسلفنا (١) نقل الخلاف في كون الوصية من الثلث عن ابن بابويه و أنّه حكم بكونها من الأصل، فدعوى المصنف الإجماع هنا في مقابله إمّا لعدم الاعتداد بخلافه، لضعف مستنده و شدوذ قوله فإنّ جميع المسلمين على خلافه، و إمّا على معنى أنّ مساواة التصرفات المؤجلة للوصية ثابت بالإجماع فمهما ثبت للوصية من الحكم ثبت للمؤجلة، و لا يكون فيه تعرّض لدعوى الإجماع على نفس حكم الوصية. و هذا أولى و أنسب بسياق العبارة. و لا فرق في التصرف المعلق على الموت بين وقوعه من الصحيح و المريض. و هو موضع وفاق.

قوله: «أما منجزات المريض -إلى قوله- في ذلك المرض».

احترز ب«التبرّع» عمّا ينجزه المريض من البيع بثمن المثل، و وفاء بعض الديان شيئا من أعيان ماله و إن كان قاصرا عن الدين، و ما يدفعه أجره عن منافع تصل إليه و نحوه، فإنّ مثل ذلك نافذ من الأصل إذ لا تفويت فيه على الوارث.

و أمّا البيع بدون ثمن المثل و الشراء بأزيد منه فإنه ليس تبرّعا محضا، لأنّ كلّ جزء من أجزاء المعوّض مقابل بجزء من أجزاء العوض و إن اختلفا في القيمة، إلا أنّ

القدر الزائد عمّا أخذه من العوض في قوّه المتبرّع به و إن لم يكن متميّزاً. وقد نبّه على إدخاله في المثال.

و خرج أيضاً عتق القريب المملوك بغير عوض فإنّ عتقه ليس من منجزات المريض، و إنّما وقع قهرياً من الشارع.

و بقي مثل الترويح بأقلّ من مهر المثل، و إجاره نفسه بأقلّ من أجره المثل داخلاً في التبرّع بالمنجزات، مع أنّه خارج عن حكمها لا- يتوقّف على خروجه من الثلث، لأنّه ليس إخراج مال من التركة، بل هو اكتساب. و المصنّف لم يبيّن المراد من المنجزات بغير المثال. و ضابطها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض.

إذا تقرّر ذلك فنقول: اختلف الأصحاب في تصرّفات المريض المنجزه المتبرّع بها على ذلك الوجه، فذهب الأكثر- و منهم الشّيخ في المبسوط (١)، و الصدوق (٢)، و ابن الجنيد (٣)- و سائر المتأخّرين (٤) إلى أنّها من الثلث كغير المنجزه. و قال المفيد (٥)، و الشّيخ في النهاية (٦)، و ابن البراج (٧)، و ابن إدريس (٨)، و الآبي (٩) تلميذ المصنّف: إنّها من الأصل. و المصنّف لم يرجّح هنا أحد القولين، لكنّه رجّح الأول في مواضع متعدّده من الكتاب (١٠).

ص: ٣٠٥

١-١) المبسوط ٤:٤٤.

٢-٢) المقنع: ١٦٥.

٣-٣) راجع المختلف ٢:٥١٤.

٤-٤) راجع إيضاح الفوائد ٢:٥٩٣، جامع المقاصد ١١:٩٤.

٥-٥) المقنعه: ٦٧١.

٦-٦) النهاية: ٦٢٠.

٧-٧) المهذب ١:٤٢٠.

٨-٨) السرائر ٣:١٩٩ و ٢٢١.

٩-٩) كشف الرّموز ٢:٩١.

١٠-١٠) كما في ج ٤:١٥٦.

و منشأ الخلاف من اختلاف الروايات ظاهراً، فمما استدلَّ به منها للأوَّل صحيحه عليّ بن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، و الثلث كثير» (١) و قد تقرَّر في الأصول أنّ جواب «ما» الاستفهاميّة للعموم. و صحيحه يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت، ماله من ماله؟ فقال: له ثلث ماله» (٢) و التقريب ما تقدّم. و روايه أبي ولّاد عنه عليه السلام في الرجل يكون لامرأته عليه الدّين فتبرئه منه في مرضها، قال: «بل تهبه له فيجوز هبتها، و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً» (٣). و روايه عليّ بن عقبه عنه عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق منه إلا - ثلثه، و سائر ذلك الورثة أحقّ بذلك، و لهم ما بقى» (٤). و هذه الروايه و إن كانت متضمّنه للعتق خاصّه إلا أنّه لكونه مبتياً على التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى. و روايه الحسن بن الجهم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام ما تقول في رجل أعتق مملوكاً له و قد حضره الموت و أشهد له بذلك، و قيمته ستمائة درهم، و عليه دين ثلثمائة درهم، و لم يترك شيئاً غيره؟ قال: يعتق منه سدسه، لأنّه إنّما له منه ثلثمائة و له السدس من الجميع» (٥).

ص: ٣٠٦

-
- ١- ١) التهذيب ٩: ٢٤٢ ح ٩٤٠، الوسائل ١٣: ٣٦٣ ب «١٠» من أبواب الوصايا ح ٨.
 ٢- ٢) الكافي ٧: ١١ ح ٣، التهذيب ٩: ١٩١ ح ٧٧٠، الفقيه ٤: ١٣٦ ح ٤٧٣، الاستبصار ٤: ١١٩ ح ٤٥٢، الوسائل ١٣: ١٤٤ ب «١٣» من كتاب الحجر ح ١. و في جميعها شعيب ابن يعقوب. و في الفقيه عنه عن أبي بصير.
 ٣- ٣) التهذيب ٩: ١٩٥ ح ٧٨٣، الاستبصار ٤: ١٢٠ ح ٤٥٧، الوسائل ١٣: ٣٦٧ ب «١١» من كتاب الوصايا ح ١١.
 ٤- ٤) التهذيب ٩: ١٩٤ ح ٧٨١، الاستبصار ٤: ١٢٠ ح ٤٥٥، الوسائل ١٣: ٣٦٥ ب «١١» من كتاب الوصايا ح ٤.
 ٥- ٥) التهذيب ٩: ٢١٨ ح ٨٥٥، الاستبصار ٤: ٨ ح ٢٥، الوسائل ١٣: ٤٢٣ ب «٣٩» من كتاب الوصايا ح ٤، راجع أيضاً الكافي ٧: ٢٧ ح ٣. و فيه زياده.

و روى العامه فى صحاحهم «أن رجلا من الأنصار أعتق سته أعبد له فى مرضه لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و جزأهم ثلاثه أجزاء و أقرع بينهم، فأعتق اثنين و أرق أربعة» (١).

و له (٢) وجوه أخرى من الاعتبار، منها: أنه إن كانت المؤخرات من الثلث فالمنجزات كذلك، لكن المقدم حق فالتالى مثله. و بيان الملازمه: أن المقتضى لحصر الوصيه فى الثلث النظر إلى الورثه و الشفقه عليهم، و هذه العله مبته عليها فى النصوص و هى موجوده فى المتنازع.

و منها: أنه لو لا كونها من الثلث لاختلت حكمه حصر الوصيه فى الثلث، فإنه لولاه لالتجأ كل من يريد الزيادة فى الوصيه على الثلث إلى العطايا المنجزه، فيفوت الغرض الباعث على المنع من الزائد.

و احتج الآخرون بأنه مالك تصرف فى ملكه، فيكون سائعا. و الصغرى مفروضه، و الكبرى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم» (٣) خرج منه ما بعد الموت فيبقى الباقي، أو يقال: إن ما بعد الموت من التصرف ليس تسليطا على ماله بل على مال غيره و هو الوارث. و بأصالة الجواز، و باستصحاب ما كان فى حال الصحه، و بأنه لو لا صحتها لما لزم بالبرء، و التالى باطل، فكذا المقدم. و بروايه عمارة عن الصادق عليه السلام: «قال: الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كله فهو جائز» (٤). و بروايه عمارة أيضا عنه عليه السلام فى الرجل

ص: ٣٠٧

١-١) سنن سعيد بن منصور ١: ١٢٢ ح ٤٠٨، مسند أحمد ٤: ٤٢٦، السنن الكبرى للبيهقى ٦: ٢٦٦.

٢-٢) كذا فى «س» و فى غيرها: و لهم.

٣-٣) عوالى اللثالى ٢: ١٣٨.

٤-٤) الكافى ٧: ٧ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩: ١٨٧ ح ٧٥٣، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٥٩، الوسائل ١٣: ٣٨٢ ب «١٧» من

كتاب الوصايا ح ٥.

يجعل بعض ماله لرجل في مرضه، فقال: «إذا أبانه جاز» (١). و بموثقه عمّار أيضا عنه عليه السلام قال: «الميت أحق بماله ما دام فيه الروح بين به، فان قال: بعدى، فليس له إلا الثلث» (٢). و بروايه سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل له الولد أ يسعه أن يجعل ماله لقربته؟ فقال: هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله، ولا يضرّ بورثته» (٣).

هذا محصول حجج الفريقين، و في كلّ واحد منهما نظر:

أمّا الصحيحتان الأوليان اللتان هما عمدته الاستدلال و معتمده فلا- دلالة لهما على المطلوب، بل دلالتهما على ما بعد الموت أولى. أمّا الثانية فإنّها صريحه فيه، لأنّه قال فيها: «الرجل يموت ماله من ماله؟» فلا وجه للاستدلال بها على المنجزات. و أمّا الأولى فكما يحتمل المنجز يحتمل الوصية، لأنّ «عند» من ظروف المكان المقتضية للمصاحبه فدلالتها على الوصية أقوى، و إن استعملت «عند» فيما تقدّم بيسير فإن سلّم كونه حقيقه غيره أكثر. و أما باقى الروايات على كثرتها فمشتركة في ضعف السند.

و أما ما يختصّ كلّ واحده ففي روايه على بن عقبه- مع كونها أوضح الجميع دلالة- أمران:

أحدهما: إمكان حملها على الوصية، لأنّ حضور الموت قرينه منعه من مباشره

ص: ٣٠٨

١- ١) التهذيب ٩: ١٩٠ ح ٧٦٤، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٦١، الوسائل ١٣: ٣٨٣ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١٠.

٢- ٢) التهذيب ٩: ١٨٨ ح ٧٥٦، الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٣، الوسائل ١٣: ٣٦٧ ب «١١» من كتاب الوصايا ح ١٢، راجع أيضا الكافي ٧: ٨ ح ٧. و في لفظه اختلاف.

٣- ٣) الكافي ٧: ٨ ح ١٠، التهذيب ٩: ١٨٨ ح ٧٥٥، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٦٢، الوسائل ١٣: ٣٨١ ب «١٧» من أحكام الوصايا ح ١، ٢. و في متن الحديث زياده و في السند سماعه عن أبي بصير.

العتق، و يجوز نسبه العتق إليه لكونه سببه القويّ بواسطة الوصيّه. وهذا و إن كان بعيدا إلا أنّه مناسب حيث لم يبق للروايه عاضد.

و الثاني: أنّها وارده في العتق فلا يلزم تعدّي الحكم منه إلى غيره. و دعوى أولويّه غيره ممنوعه بل هو قياس. و بناؤه على التغليب لا يدلّ على المطلوب. و عدم القائل باختصاصه بالحكم -على تقدير تسليمه- لا يجوز قياس غيره عليه، مع ما فيها من القصور.

و أما روايه أبي ولاد ففيها: أنّ مضمونها لا- يقول به أحد، لأنّ الإبراء ممّا في الذمّه صحيح بالإجماع دون هبته، و الحكم فيها بالعكس، فكيف يستند إلى مثل هذه الروايه المقلوبه الحكم الضعيفه السند؟! أو الكلام في روايه ابن الجهم كالكلام في روايه ابن عقبه.

و أجد ما في هذا الباب متنا و سندا الروايه العاميه (1)، و من ادّعى خلاف ذلك فالسبر يردّ دعواه، و عليها اقتصر ابن الجنيد في كتابه الأحمدي (2) و أما اعتبارهم الأول و دعوى الملازمه بين خروج الوصيّه و المنجزات من الثلث ففيه القدح في الملازمه، لأنّ مبنى الأحكام على مثل ذلك غير جائز. و العله ضعيفه، لأنّها غير منصوصه و إن كانت مظنوننه من حكمه الحكم المنصوص، مع أنّها منقوضه بالصحيح خصوصا المشارف على الموت بأحد الأسباب الموجهه للخطر مع عدم المرض. و ليس ببعيد أن يكون الحكمه في ذلك سهوله إخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجزّي عليه لتضييع حقّ غيره مع حفظه له لمّا كان حقّه و شحّه عليه.

و هذه الحكمه ليست حاصله في الحيّ و إن كان مريضا، لأنّ البرء ممكن، و الشحّ بالمال في الجملة حاصل، فيكون كتصرف الصحيح في ماله لا في مال غيره. و كون مال المريض في معرض ملك الورثه في الحال بخلاف الصحيح مطلقا ممنوع، فربّ

ص: ٣٠٩

(١-١) المتقدمه في ص: ٣٠٧، هامش (١).

(٢-٢) حكاه عنه العلامه في المختلف: ٥١٤ و لم يذكر الكتاب.

و لا بدّ من الإشارة إلى المرض الذي معه يتحقّق وقوف التصرّف على الثلث. فنقول: كلّ مرض لا يؤمن معه من الموت غالباً فهو مخوف، كحمّى الدقّ. (١) مريض عاش أكثر من الصحيح، وربّما كان في حال المراماه التي يغلب معها ظنّ التلف أبلغ من المريض.

و من هذا يظهر ضعف الاعتبار الآخر، فإنّ الخوف من البرء يمنع من الزيادة بخلاف ما بعد الموت بل هذا حاصل بالوجدان، فلا اختلال.

و أمّا ما احتجّ به الآخرون ففي رواياته جمع اشتراكها في ضعف السند و ليس فيها سوى واحده من الموثّق، كما نبهنا عليه. و في روايه عمّار الأولى نفوذ الوصيّه مطلقاً من الأصل و هم لا- يقولون به فيبطل الاستدلال بها. و القول بأنّها تدلّ على أنّ المنجز كذلك بطريق أولى لا يصحّ مع فساد المبنى عليه. و على تقدير اعتبارها فهي مكافئه لما دلّ على مطلوب الأولين من حيث السند لكن بعضها أقوى من حيث الدلالة.

و على كلّ حال فلا بدّ من الجمع إن اعتنى بالروايات من الجانبين. و يمكن أن يقال حينئذ: إنّ تلك خاصّه و هذه عامّه و الخاصّ مقدّم، و لو تكون في الروايات الصحيحه دلالة لترجّح القول بها. و أمّا كونه مالكا و ملاحظه الأصل بمعنييه فهو حسن إن لم يدلّ الدليل على خلافه، و إلاّ انقطع. و أمّا دعوى الملازمه بين لزومها بالبرء و صحّتها ففاسده، و أى مانع من صحّتها غير لازمه موقوفه على إجازة الوارث إن مات، و لازمه إن برئ؟! فيكون البرء كاشفا عن الصحّه و اللزوم كتصرّف الفضوليّ، و الموت كاشفا عن الفساد إذا لم يجز الوارث.

و اعلم أنّه على تقدير البرء لا فرق في الحكم بلزوم هذه التصرّفات بين كون المرض مخوفاً و عدمه، و إنما يحتاج إلى البحث عنه على تقدير الوفاة فيه.

قوله: «و لا بدّ من الإشارة إلى المرض- إلى قوله- كحمّى الدقّ».

و هي- بكسر الدال- حمّى تحدث في الأعضاء الأصليّه التي تتولّد من شدّه الاحتراق و ذهاب الرطوبات و انطفاء الحرارة، و لا تمتدّ معها الحياه غالباً.

و السِّل،(١) و قذف الدم(٢) و الأورام السودائيّة و الدمويّة.(٣) و الإسهال المنتن،(٤) و الذي يمازجه دهتيّه، أو براز أسود يغلى على الأرض، و ما شاكله.

قوله: «و السِّل».

هو قرحة في الرئّه يلزمها حمّى دقيقه (١)، و يأخذ البدن منه في النقصان و الاصفرار. و قد حكى في التذكرة (٢) فيه أقوالا ثلاثه، أحدها: أنّه ليس بمخوف مطلقا، لأنّه و إن لم يسلم صاحبه غالبا إلا- أنه لا- يخشى منه الموت عاجلا- فيكون بمنزله الشيخوخه. و الثاني: أنّه في انتهائه مخوف لا في ابتدائه، لأنّ مدّته تتناول فابتداؤه لا يخاف منه الفوت عاجلا، فاذا انتهى خيف. و منهم من عكس. و المصنّف اختار كونه مخوفا مطلقا. و في الحقيقة المرجع في ذلك إلى قول الأطباء و أهل التجربة لا- إلى الفقيه، و لكن ما يذكره الفقهاء هنا هو أقوال الأطباء فلا يرد أنّها ليست من المسائل الفقهيّه، لأنّ الفقيه يضطرّ إلى نقل ذلك هنا ليرتب عليه الحكم.

قوله: «و قذف الدم».

قذف الدم إلقاءه، و هو شامل لإخراجه من الفم بالقيء و التّنخّع و السعال، و لإخراجه من الأنف بالرعاف، و إخراجه من المعده بالبراز. و ليست كلّ هذه الأشياء مخوفه، بل بعضها كالخارج مع الإسهال و من الفم بسبب الريه و الرعاف الدائم و نحو ذلك.

قوله: «و الأورام السوداويّة و الدمويّة».

كلّ واحد من هذه الأورام جنس تحته أنواع من الأمراض، منها ما هو مخوف، و منها ما ليس بمخوف، فإطلاقه مخوفيه هذين الورمين أيضا متجوّز، و لم يذكرهما غيره من الفقهاء.

قوله: «و الإسهال المنتن. إلخ».

يمكن أن يعود ضمير «شاكله» إلى المذكور في أقسام الإسهال، فإنّ له أقساما

ص: ٣١١

١- ١) كذا في نسخه بدل «و» و في غيرها: دقيه.

٢- ٢) التذكرة ٥٢٣: ٢.

و أمّا الأمراض التي الغالب فيها السلامه فحكمها حكم الصّحّه، كحمّى يوم، (١) و كالصداع عن مادّه (٢) أو غير مادّه، و الدمل، و الرمّد، و السلاق، (٣) و كذا ما يحتمل الأمرين كحمّى العفن. (٤) مخوفه غير ما ذكر، كالإسهال المتواتر الذي لا يمكن منعه و لو ساعه، و ما كان معه زحير، و هو الخارج بشدّه و وجع في المقعده، و ما كان معه دم. و يمكن عوده إلى المذكور من الأمراض المخوفه فإنّه لم يستوفها و إنما ذكر قليلا منها. و هذا أنسب بالعباره.

قوله: «كحمّى يوم».

الحمّى حراره غريبه تنبعث من القلب إلى الأعضاء، فان لم تكن عن مرض و تعلّقت بأرواح البدن لا بأخلاقه و لا بأعضائه فهي حمّى يوم. و هي تحدث من أسباب باديه كغضب و فرح و سهر و كثره نوم و همّ و غمّ و فزع و تعب و نحو ذلك. و لا يشترط في تسميتها يوميه أن يبقى يوما واحدا بل يجوز أن تبقى أزيد من يوم إلى سبعة أيام.

قوله: «و كالصداع عن مادّه».

المراد بالصداع المادّي ما كان ناشئا عن أحد الأخلاط الأربعة، و عن غيرها ما كان سببه من غيرها كسقطه و ضربه و شمائم و أبخره رديّه و فرط جماع و نحو ذلك.

قوله: «و السلاق».

هو غلظ في الأجنان عن مادّه رديّه غليظه يحمرّ لها الجفن و ينتثر الهدب، و قد يؤدى إلى تقلّع (١) الجفن و فساد العين. و في حكمه جميع امراض العين فلو عمّم كان أولى.

قوله: «كحمّى العفن».

هي الحمّى المتعلّقه بالأخلاق الأربعة مع تعفّنها. و المراد بالعفونه في هذا المقام انفعال الجسم ذى الرطوبه عن الحراره الغريبه إلى خلاف الغايه المقصوده.

ص: ٣١٢

١- ١) في «و»: تفلّيع. و فلّعه: شقّه.

و الزحير،(١) و الأورام البلغميه.

و لو قيل: يتعلق الحكم (٢) بالمرض الذى يتفق به الموت، سواء كان مخوفا فى العاده أو لم يكن، لكان حسنا.

و الحمى العفنيه أنواع، منها: الورد، و هى التى تأتى كل يوم. و الغب، و هى التى تأتى يوما و تترك يوما. و الثلث، و هى التى تأتى يومين و تترك يوما. و الربع- بكسر أوله، و كذا ما قبله من الحميات- و هى التى تأتى يوما و تترك يومين و تعود فى الرابع.

و الأخوين، و هى التى تأتى يومين و تقطع يومين. و قد أطلق المصنف أنها ليست مخوفه بل محتمله للأمرين، و ذكر جماعه منهم العلامه (١) أن ما عدا الغب و الربع مخوف.

قوله: «و الزحير».

هو حركه منكروه من المعاء المستقيم تدعو إلى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره. و إنما يكون غير مخوف مع تجرده عن غيره من الأمراض، فلو اقترن به إسهال فهو مخوف كما تقدم.

قوله: «و لو قيل: يتعلق الحكم بالخ».

إذا قلنا: إن تبرعات المريض المنجزه من الثلث و ليس كل مرض يتفق للإنسان يكون تصرفه فيه موقوفا بل مرض مخصوص، احتيج إلى ضبطه. و قد اختلف الأصحاب فيه، فقال الشيخ فى المبسوط (٢): إن المرض المانع هو المخوف، و هو ما يتوقع به الموت قطعاً أو غالباً كما مر، دون غيره و إن اتفق به الموت. و قد مر تفصيله. و استند فى ذلك إلى ما تقدم من الأخبار المشعره بذلك، كقوله: «ما للرجل عند موته» (٣) و ليس المراد عند نزول الموت به بالفعل، فيتعين حمله على ظهور أمارته، لأنه أقرب من غيره من المجازات و المراد ظهوره بذلك المرض، و قوله فى بعض الروايات: «فى رجل حضره الموت» (٤) و إنما يصدق حضوره فى المرض المخوف،

ص: ٣١٣

١- ١) التذكرة ٥٢٢: ٢.

٢- ٢) المبسوط ٤٤: ٤.

٣- ٣) راجع ص: ٣٠٦.

٤- ٤) كما فى الوسائل ٣٨٤: ١٣ ب (١٧) من كتاب الوصايا ح ١٣.

لإشعار قوله عليه السلام: «المريض محجور عليه» [١] بذلك. و للإجماع على عدم الحجر على غير المريض حيث لا يكون سبب آخر. و يبقى حكم التصرف في غير المخوف من الأمراض باقيا على الأصل و الاستصحاب، و متمسكا فيه بعموم «الناس مسلطون على أموالهم» (١).

و المصنف (رحمه الله) اختار عدم اعتبار مخوفيه المرض و عدمه، بل المرض الذي يحصل به الموت، فان اتفق فيه تصرف كذلك فهو من الثلث، سواء كان مخوفا أم لا.

و تبعه عليه العلامة (٢) و غيره (٣) من المتأخرين.

و هذا هو الأقوى، لقصور تلك الأخبار عن الدلالة على اعتبار الخوف، و قد تقدم ما يدلّك على القصور، و جاز أن يريد بحضور الموت وقوعه في المرض كما وصفوه بالحضور في المخوف بل هذا أولى، لأنّ المخوف قد لا يتفق معه الموت. و لعموم قوله عليه السلام: «المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله» [٥] الشامل للمخوف و غيره، خرج منه ما إذا برئ بالإجماع فيبقى الباقي. هذا إن قلنا: إنّ المفرد المحلّى باللام يفيد العموم، و إلاّ - أشكل الاستدلال. و يمكن أن يقال: إنّ في هذا و نظائره للعموم بانضمام القرائن الحالّيه، لانتفاء فائدته على تقدير عدمه. و مثله قوله: «إذا بلغ الماء كرا» (٤) و قوله: «خلق الله الماء طهورا» (٥) و: «مفتاح الصلاة التكبير» (٦) و غير ذلك ممّا

ص: ٣١٤

١-٢) عوالي اللثالي ١٣٨: ٢.

٢-٣) القواعد ٣٣٤: ١-٣٣٥، التبصره: ١٣١.

٣-٤) كما في إيضاح الفوائد ٥٩٥: ٢، و الدروس: ٢٤٢.

٤-٦) عوالي اللثالي ١: ٧٦ ح ١٥٦.

٥-٧) عوالي اللثالي ١: ٧٦ ح ١٥٤، الوسائل ١: ١٠١ ب «١» من أبواب الماء المطلق ح ٩.

٦-٨) التهذيب ٣: ٢٧٠ ح ٧٧٥، و الوسائل ٤: ٧١٤ ب «١» من أبواب تكبيره الإحرام ح ٧.

أما وقت المراماه فى الحرب (١) و الطلق للمرأة و تراحم الأمواج فى البحر، فلا- أرى الحكم يتعلّق بها، لتجرّدها عن إطلاق اسم المرض.

هو كثير، و قد ادّعى جماعه من الفضلاء الإجماع على عمومّيه كثير ممّا ذكرناه فى أبوابه، و الوجه فيه ما قلناه.

و الباء فى قوله: «يتفق به الموت» سببیه، أى يحصل الموت بسببه. و احترز به عمّا لو اتفق موته بسبب آخر، كما لو قتل فى ذلك المرض أو أكله سبع فلا- يكون تصرّفه موقوفا. و فى عبارته العلامة فى القواعد «اتفق معه الموت» (١) و فى التذكرة «اتصل به الموت» (٢) فى شمل ما لو مات بسببه و غيره. و لعلّه أجود.

قوله: «أما وقت المراماه فى الحرب. إلخ».

لما ذكر المرض المخوف المانع من نفوذ التصرف فيما زاد على الثلث ذكر أموراً مخوفه لكنّها لا تسمّى مرضاً، و هى ثلاثه:

الأول: وقت التحام الحرب و امتزاج الطائفتين للقتال مع تساويهما أو تقاربهما فى التكافؤ، فإنّها حينئذ حاله خوف. و لو كانت إحداهما قاهره للأخرى لكثرتها أو قوتها و الأخرى منهزمه فالخائفه هى المنهزمه خاصّه، و لعلّ قول المصنف: «وقت المراماه» مشعر بالتكافؤ. و لو لم يمتزج الطائفتان لكن وقع بينهم مراماه بالنشأب و نحوه فيظهر من عبارته حصول الخوف أيضاً، و قطع غيره بكونها حينئذ ليست حاله خوف.

الثانى: حاله الطلق للمرأة، و هو مخوف لصعوبه ولاده المرأة خصوصاً مع موت الولد فى بطنها.

الثالث: وقت ركوب البحر مع تموّجه و اضطرابه فإنّه مخوف، لا إذا كان ساكناً.

و قد اختلف فى التصرف فى هذه الحاله، فالمشهور بين أصحابنا- بل لم ينقل

ص: ٣١٥

١- (١) القواعد ٣٣٤: ١.

٢- (٢) التذكرة ٥٢٣: ٢.

الأولى: إذا وهب و حابي، فإن وسعهما الثلث فلا كلام، وإن قصر بدئ بالأول فالأول

الأولى: إذا وهب (١) و حابي، فإن وسعهما الثلث فلا كلام، وإن قصر بدئ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث، و كان النقص على الأخير.

الثانية: إذا جمع بين عطية منجزه و مؤخره قدمت المنجزه

الثانية: إذا جمع بين عطية (٢) منجزه و مؤخره قدمت المنجزه، فإن اتسع الثلث للباقي، و إلا صحّ فيما يحتمله الثلث، و بطل فيما قصر عنه.

المصنف و لا غيره فيها خلافاً-نفوذه كالصحيح، للأصل. و ذهب ابن الجنيّد (١) إلى إلحاقها بالمرض المخوف، و زاد فيها ما إذا قدّم لاستيفاء قود، أو ليقتل رجماً في الزنا أو في قطع الطريق، أو كان أسيراً في يد عدوّ عادته قتل الأسير، و جعل الضابط كونه في حاله الأغلب معها التلف. و المختار المشهور.

قوله: «إذا وهب. إلخ».

المراد: أنّه نجّز أموراً متعدّدة تبرّعا بحيث يتوقّف على الثلث، كما لو وهب شيئا و حابي، بأن باع شيئا بدون قيمته، فإنّ الزائد من ماله عن مقدار ما أخذه ثمنا محاباه منه للمشتري فكان كالموهوب، فإذا لم يسع الثلث لهما بدئ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث، و توقف في الزائد. و هذا محلّ وفاق منّا، و إنّما خالف فيه بعض العامّة، فذهب بعضهم (٢) إلى تقديم العتق مطلقاً، و آخرون (٣) إلى التسوية بينه و بين المحاباه على تقدير تأخرها عنه و تقديمها مع التقدّم.

و وجه تقديم الأول: وقوعه من المالك في حاله نفوذ تصرّفه، لأنّ تصرّفه في ثلثه نافذ لا- يفتقر إلى رضا الورثة فلا مقتضى لردّه، فإذا استوفى الثلث وقع التصرف بعد ذلك في حقّ الوارث فتوقف. و لا- فرق في ذلك بين العتق و غيره، و إن لم يذكره المصنف في الفرض.

قوله: «إذا جمع بين عطية. إلخ».

لما بين اشتراك العطية المنجزه و المؤخره في الخروج من الثلث على المختار عنده،

١-١) لم نعثر عليه.

٢-٢) روضه القضاء ٢:٦٨٩، المغنى لابن قدامه ٦:٥٢٦.

٣-٣) روضه القضاء ٢:٦٨٩، المغنى لابن قدامه ٦:٥٢٦.

و فى تقديم الأول فالأول من كل منهما حيث لا يسع الثلث الجميع، أراد أن يبين ما يفترق فيه العطيتان من الحكم، وهو أنه مع جمعه بينهما و قصور الثلث عنهما معا يتدنى بالعطيته المنجزه أولا و إن تأخرت فى الذكر، فان فضل عنها من الثلث شىء صرف فى المؤخره. و إنما قدمت المنجزه مطلقا لأنها تفيد الملك ناجزا، و المؤخره لم يحصل الملك فيها إلا بعد الموت، فكانت لذلك متقدمه عليها حكما و إن تأخرت لفظا.

و اعلم أنه قد تلخص من ذلك-مضافا إلى ما تقدم-أنّ العطايا المنجزه توافق المؤخره فى أمور و تفارقها فى أمور، و المصنف لم يستوف الحكم فى الموضوعين فلتتمه، فنقول: إنّ العطيتين تتفقان فى ستّ أشياء:

الأول: أنّ نفوذهما متوقف على الخروج من الثلث، أو إجازة الورثه.

الثانى: أنّهما تصحان للوارث و غيره، مع إجازة الوارث و عدمها عندنا. و عند العامه (١) كلتاها تتوقفان للوارث على إجازة الورثه.

الثالث: أنّ اعتبار خروجهما من الثلث حال الموت، و إن كانت المنجزه متقدمه عليه. و لو اعتبرنا فيه حاله الوصيّه لكانت المنجزات حاله وقوعها بطريق أولى.

الرابع: أنّه مع اجتماع المنجزه و قصور الثلث عن جميعها يبدأ بالأول منها فالأول كالمؤخره.

الخامس: أنه يزاحم بها الوصايا فى الثلث، فيدخل النقص على الوصايا بسببها، كما يدخل النقص على وصيته بسبب أخرى.

السادس: أنّ فضيلتها ناقصه عن فضيله الصدقه، لأنّ النبى صلى الله عليه و آله و سلم سئل عن أفضل الصدقه فقال: «أن تصدق و أنت صحيح صحيح، تأمل الغنى و تخشى الفقر، و لا تهمل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا و لفلان كذا، و قد كان لفلان» (٢).

ص: ٣١٧

١-١) المغنى لابن قدامه ٦:٤٤٩ و ٥٢٥.

٢-٢) أمالى الطوسى ٢:١٢، و الوسائل ٢٨٢:٦ ب «١٦» من أبواب الصدقه ح ١، و المستدرک ٧: ١٨٩ ب «١٤» من أبواب الصدقه ح ٤.

و يفترقان في سته أشياء:

الأول: أن المنجزه لازمه في حق المعطى ليس له الرجوع فيها و إن كثرت، لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لحق الورثه فلم يملك إجازتها و لا- ردها. و إنما كان له الرجوع في الوصيه لأن التبرع بها مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد التبرع، بخلاف العطيّه في المرض، فإنه قد وجدت منه العطيّه و القبول من المعطى و القبض فلزمت، كالوصيه إذا قبلت بعد الموت و قبضت.

الثاني: أن قبول المنجزه على الفور حيث يكون القبول معتبرا، كما في غير المريض، بخلاف الوصيه، فإن قبولها المتأخر أولى من المتقدم إن اعتبرناه. و الفرق أن العطيّه تصرف في الحال فيعتبر قبولها في الحال، و الوصيه تبرع بعد الموت فيكفي حصول شروطها عند الموت.

الثالث: أن المنجزه مشروطه بالشروط المعتره فيها كما لو صدرت حال الصحه، من العلم بالعوض في المحاباه و التنجيز في البيع و غيره من العقود، بخلاف الوصيه فإنها متعلقه بالموت، و عدم الغرر ليس شرطاً في صحتها.

الرابع: أنها مقدمه على الوصيه من الثلث عند الاجتماع حيث يضيق عنهما و إن تأخرت عنها لفظاً، بخلاف الوصيه. و لا فرق هنا بين العتق و غيره عندنا، خلافا لبعض العامه (1) حيث قدمه، لتعلق حق الله تعالى به و حق الآدمي، و قوته بسرايته و نفوذه في ملك الغير.

الخامس: أنها لازمه في حق المعطى و الوارث معا على تقدير البرء، فإنه ليس لواحد منهما إبطالها، بخلاف الوصيه. و الفرق بين هذا و بين الأول: اختصاص الأول بالمعطى و لو في حال المرض، و هذا به و بالوارث على تقدير البرء.

السادس: لزومها في حق المتبرع عليه حيث يكون التبرع لازماً من طرفه،

ص: ٣١٨

الثالثة: إذا باع كزاً من طعام قيمته ستّة دنانير، و ليس له سواه، بكرّ ردّي قيمته ثلاثة دنانير

الثالثة: إذا باع كزاً من طعام قيمته ستّة دنانير، و ليس له سواه، بكرّ ردّي قيمته ثلاثة دنانير، فالمحابه هنا بنصف تركته، فيمضى في قدر الثلث، فلو رددنا السدس على الورثه لكان ربا. و الوجه في تصحيحه: أن يرّد على الورثه ثلث كزهم، و يرّد على المشتري ثلث كزه، فيبقى مع الورثه ثلثا كز قيمتهما ديناران، و مع المشتري ثلثا كز قيمتهما أربعه، فيفضل معه ديناران، و هي قدر الثلث من ستّة. (١) بخلاف الوصيّه.

و بينهما فرق سابع من حيث الخلاف و إن اشتركا فيه في الحكم المختار، و هو:

أنّه مع تعددها يقدم الأول فالأول في المعجله بلا خلاف عندنا، و أمّا في الوصيّه فقد تقدم (١) خلاف الشيخ و ابن الجنيّد في تقديم العتق و إن تأخر.

قوله: «إذا باع كزاً من طعام قيمته ستّة دنانير—إلى قوله—من ستّة».

قد عرفت أنّ تبرّعات المريض محسوبه من الثلث و من جملتها المحابه. فإذا باع محابه و لم يخرج المحابه من الثلث و لم يجز الورثه بطل البيع فيما زاد من المحابه على الثلث، فلا بدّ من بيان ما يصحّ فيه البيع و قدر المنفسخ فيه، إذ لا سبيل إلى صحّه الجميع، للزوم التصرف فيما زاد على الثلث، و لا إلى الانفساخ في الجميع، لأنّه عقد صدر من أهله في محلّه. و حينئذ فإمّا أن يكون العوضان ربويين أو لا. و الثاني يأتي حكمه في المسأله التاليه.

فإن كانا ربويين لم يمكن الحكم بصحّه البيع فيما قابل الثمن خاصّه من المبيع، و في مقدار الثلث بعد ذلك، و البطلان في الزائد، للزوم الربا، لأنّه على تقدير كون العوض الواصل إلى المريض يساوى نصف قيمه ما باعه يقابل نصفه مجموع العوض فلا تبرّع فيه، فلو صحّحنا من النصف الآخر مقدار الثلث و ارتجعنا الباقي و هو السدس لزم الربا، لأنّه يكون قد صحّ البيع في خمسّه أسداس كز بكرّ، فلا بدّ من مراعاة المطابقه بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر الثلث و العوض إلى المشتري.

فالطريق إلى تحصيله أن يترادّا ثلث كز، فيأخذ الورثه من المشتري ثلث كزهم

ص: ٣١٩

و قيمته ديناران، و يردون عليه ثلث كره و قيمته دينار. فيجتمع مع الورثة أربعة دنانير، ديناران قيمه ثلثي كره و ديناران قيمه ثلث كره هم هي ضعف ما صحح بالمحاباه. و مع المشتري خمسة دنانير، منها ثلاثة بالمعاوضه و اثنان بالمحاباه هي ثلث التركة. و بهذا يحصل الجمع بين تساوي العوضين المعتبر في الربوى مع إخراج ما صحح من المحاباه.

و الضابط: أنه يجب أن يبقى مع الورثة ضعف ما صحح فيه المحاباه من غير لزوم الربا. و طريقه: أن يسقط قيمه كره المشتري من قيمه كره الورثة و ينسب ثلث المبيع إلى الباقي، فيصح البيع في تلك النسبه، ففي مسأله الكتاب: إذا أسقطت ثلاثة دنانير من سته بقي ثلاثة، فإذا نسبت إليها دينارين كانا ثلثيها، فيصح البيع في ثلثي كل واحد بثلثي الآخر و يترادان الثلث.

و لو فرض أن قيمه كره المريض تساوى تسعه دنانير، و كره المشتري بحاله، فقد حابى بثلثي التركة، فيترادان النصف، فيرجع إلى الورثة نصف كرههم، و قيمته أربعة دنانير و نصف، و قد بقي معهم نصف كرهه، و قيمته دينار و نصف، فيكمل معهم سته دنانير. و يبقى مع المشتري من كرههم نصف قيمته أربعة دنانير و نصف، منها دينار و نصف في مقابله نصف كره الخارج عنه، و ثلاثة دنانير بالمحاباه، و هي مقدار ثلث التركة، و ما مع الورثة ضعف ما صحح فيه المحاباه، و هو مقدار ثلثي التركة.

و طريقه على ما سبق: أن يسقط ثلاثة دنانير قيمه كرهه من تسعه دنانير قيمه كره الورثة تبقى سته، فإذا نسبت الثلث إليها و هو ثلاثة دنانير كان نصفها، فيصح في نصف أحدهما بنصف الآخر كما قررناه. و قس على ذلك ما يرد عليك من الأمثله، و اعتبره بهذه الطريق.

و اعلم أن هذه المسأله دوريه، لتوقف معرفه قدر المبيع على معرفه قدر التركة، لاشتماله على المحاباه التي لا تخرج إلا من الثلث، فيجب معرفه قدر الثلث المتوقف على معرفه قدر مجموع التركة، و معرفه قدر مجموع التركة متوقف على معرفه قدر الثمن، لأنه من جملتها، و معرفه قدر الثمن متوقفه على معرفه قدر المبيع، فيدور.

و ليس هذا هو الدور المحال الذي لا يتصور تحققه، وهو الذي يتوقف فيه كل واحد من الشئيين على صاحبه، ولا يوجد إلا بعد وجوده، بل هو دور المعية وهو الذي يتوقف وجود كل منهما على صاحبه الآخر كالمتضايين. وللعلماء في التخلّص من هذا الدور و بيان المطلوب طرق:

منها: طريقه الجبر و المقابله. و حاصلها في المسأله الأولى -و هي مسأله الكتاب - أن نقول: صحّ البيع في شيء من الكثر الجيد بشيء من الردىء يساوى نصف شيء، فالمحابه بنصف شيء، فيجب أن يكون مع الورثه قدرها مرّتين و ذلك شيء، فيلقى (١) قدر المحابه -و هو نصف شيء - من الجيد يبقى كإلا - نصف شيء يعدل مثلى (٢) المحابه و هو شيء، فإذا جبرت بأن حذفت الناقص المستثنى و أتممت مثله في عديله و قابلت بينهما بقى كر يعدل شيئاً و نصفاً، فالشئ أربعه، و هي ثلثا الكثر الجيد، فيصحّ البيع في ثلثيه بثلثى الردىء.

و نقول في المسأله الثانيه التى فرضناها: صحّ البيع في شيء من الجيد بشيء من الردىء قيمته ثلث شيء، فالمحابه بثلثى شيء، فيجب أن يكون مع الورثه ضعفها، و هو شيء و ثلث، فإذا أسقطت قدر المحابه من الجيد بقى كر إلا ثلثى شيء يعدل شيئاً و ثلثاً، فإذا أجبرت فألقيت المستثنى و أثبته في عديله بقى كر يعدل شيئين، فالشئ نصف الكثر.

و لك وجه آخر: و هو أن تنسب الردىء إلى الجيد و تستخرج قدر المحابه، فللورثه ضعفها من الجيد و الردىء، فالمحابه بنصف شيء، فيجب أن يكون للورثه ضعفه و هو شيء، و قد حصل لهم نصف شيء من الردىء، فيجب أن يرجع إليهم من الجيد نصف شيء ليتمّ لهم حقّهم، فإذا رجع إليهم منه نصف شيء بطل البيع

ص: ٣٢١

١ - ١) فى النسخ: فيبقى.

٢ - ٢) فى «و، ب، م»: مثل.

فى مقابله من الردىء و هو ربع شىء، فالجيد فى تقدير شىء و نصف، الشىء مع المشتري و النصف مع الورثه، و الردىء فى تقدير ثلاثه أرباع شىء، نصف شىء مع الورثه و ربع مع المشتري، فالشىء أربعه دنانير و هو ثلثا المبيع، فيصح البيع فى ثلثيه بثلثي الثمن.

و نقول فى الثانيه: صح البيع فى شىء من الجيد بثلث شىء من الردىء فالمحابه بثلثي شىء، فيجب أن يكون مع الورثه قدره مرتين و ذلك شىء و ثلث شىء، و معهم ثلث شىء من الردىء، فيجب أن يرجع إليهم شىء من الجيد ليكمل لهم حقهم، فيبطل البيع فى مقابله من الردىء، و هو ثلث شىء، فالجيد فى تقدير شيئين، و الردىء فى تقدير ثلثي شىء، فالشىء أربعه دنانير و نصف، و هى نصف الجيد، فيصح البيع فى نصفه بنصفه.

و منها: طريقه الخطأين، فبالأ- كبر نقول: نفرض فى الأولى صحه البيع فى خمسه أسداس من الجيد بمثلها من الردىء، فمع الورثه ديناران و نصف من الردىء، و مع المشتري خمسه دنانير، فالمحابه بدینارين و نصف، و كان يجب كونها بدینارين ثلث التركه، فأخطأ الفرض بنصف زائد. فنفرض صحه البيع فى النصف بالنصف، فالمحابه بدینار و نصف، فالخطأ بنصف دينار ناقص. فتضرب العدد الأول- و هو خمسه- فى الخطأ الثانى- و هو نصف- يخرج اثنان و نصف (1)، و تضرب العدد الثانى و هو ثلاثه فى الخطأ الأول- و هو نصف أيضا- يخرج واحد و نصف، فتجمع الحاصل من المضروبين و هو أربعه، و تقسمه على المجتمع من الخطأين- و هو واحد- لا تتغير الأربعه، فهى مقدار ما صح فيه البيع من الجيد- و هو ثلاثه- بمثله من الردىء.

و بالأصغر: نفرض صحه البيع فى ثلث الجيد بمثله من الردىء، فمع المشتري ديناران من الجيد، و مع الورثه دينار من الردىء فى مقابله، فالمحابه بدینار،

ص: ٣٢٢

و قد كان يجب أن يكون بدينارين، فأخطأ الفرض بدينار ناقص. فتفرض الصّحّه في النصف، فيخطئ بنصف دينار ناقص أيضا كما مرّ. فقد اتفق الخطاء ان في النقصان، فتضرب العدد الأول- و هو اثنان- في الخطأ الثاني يكون واحدا، و تضرب العدد الثاني- و هو ثلاثه- في الخطأ الأول يخرج ثلاثه، فتأخذ الفضل بين العددين و هو اثنان، و تقسّمه على الفضل بين الخطأين- و هو نصف- يخرج أربعة. و إيضاحه:

بأن تضرب النصف في مخرجه- و هو اثنان- يخرج واحد، و تضرب الاثنان في اثنان كذلك يكون أربعة، فإذا قسّمتها على الواحد بقيت أربعة كما هي، فالأربعة مقدار ما صحّ فيه البيع من الجيد و هو ثلاثه.

و نقول في الثانيه بالأكبر: صحّ البيع في الثلاثين منهما، فمع المشتري ستّه و مع الورثه ديناران، فالمحابه بأربعة، و كان يجب كونها بثلاثه هي الثلث، فأخطأ الفرض بواحد زائد. فنفرض صحّته في الثلث، فمع المشتري ثلاثه و مع الوارث واحد، فالمحابه باثنين، و كان يجب أن يكون ثلاثه، فأخطأ الفرض بواحد ناقص. فنضمّ أحد الخطأين إلى الآخر يكون اثنان و هو المقسوم عليه، و تضرب العدد الثاني- و هو ثلاثه- في الخطأ الأول يبقى ثلاثه، و تضرب العدد الأول- و هو ستّه- في الخطأ الثاني تبقى ستّه أيضا، فتجمعها ثمّ تقسّم المجتمع على اثنان- و هما مجموع الخطأين- تخرج أربعة و نصف، و ذلك هو القدر الذي صحّ فيه البيع من الجيد- و هو نصفه- بمثله من الردىء.

و بطريق الخطأين الأصغر: نفرض صحّحه البيع في الثلاثين منهما كما مرّ، فالمحابه بأربعة و الخطأ بواحد زائد. ثمّ نفرض صحّته في خمسه أتساعه، فالمحابه بثلاثه و ثلث، لأنّ مع المشتري خمسه و مع الورثه واحدا و ثلثين، فالخطأ بثلث زائد.

فيسقط أقلّ الخطأين من أكثرهما يبقى ثلثان هو المقسوم عليه، ثمّ تضرب العدد الأول في الخطأ الثاني- و هو ثلث- يكون اثنان، ثمّ الثاني- و هو خمسه- في الخطأ الأول يكون خمسه، فإذا أسقطت أقلّ العددين من أكثرهما، و أخذت المتخلف و هو ثلاثه،

الرابعة: لو باع عبدا قيمته مائتان بمائه و برئ لزم العقد

الرابعة: لو باع عبدا قيمته مائتان (١) بمائه و برئ لزم العقد. و إن مات و لم تجز الورثة صحَّ البيع في النصف في مقابله ما دفع، و هي ثلاثة أسهم من ستته، و في السدسين بالمحابه، و هي سهمان هما الثلث من ستته، فيكون ذلك خمسه أسداس العبد، و بطل في الزائد و هو سدس، فيرجع على الورثة.

و قسّمته على فضل ما بين الخطأين - و هو ثلثان - خرج أربعة و نصف. و كيفيته: أن تضرب الثلاثين في مخرجهما - و هو ثلاثة - يكونان اثنين، و تضرب الثلاثة في ثلاثة كذلك تخرج تسعه، تقسّمها على اثنين تخرج أربعة و نصف، و هو نصف الجيد، فتصحّ في نصفه بنصف الردى، و هو المطلوب. و اعتبر ما فرضناه من الأمثله و قواعد الحساب، و استخرج ما شئت من المسائل.

قوله: «لو باع عبدا قيمته مائتان. إلخ».

هذا هو القسم الآخر من قسمي البيع المشتمل على المحابه. و [حكمه] (١) صحّحه البيع فيما قابل الثمن، و في مقدار ما تصحّ فيه المحابه و هو ثلث التركة، و البطلان في الزائد، إذ لا محذور هنا بسبب الزيادة. و الأصل فيه: أنّ المشتري كان قد ملك الجميع بالثمن ملكا متزلزلا - يستقرّ ببراء البائع، فلما فرض موته و اقتضى ذلك الحيف على الورثة بالزيادة عن الثلث ردّ إلى الورثة من التركة السدس ليفضل معهم مثلا المحابه من الثمن و المثلث، بخلاف الربوي، لمانع الزيادة.

هكذا حكم الشيخ (٢) و من تبعه (٣)، و المصنف، و العلامه في التلخيص (٤) و التحرير (٥). و وجهه: أصاله لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد على الثلث ممّا

ص: ٣٢٤

١-١) من هامش إحدى الحجريتين.

٢-٢) المبسوط ٤:٦٤.

٣-٣) إصباح الشيعه (ضمن سلسله الينايع الفقيهه) ١٢:٢١١.

٤-٤) نقله عن التلخيص في غايه المراد: ١٦٥ و في جامع المقاصد ١١:١٤١.

٥-٥) التحرير ١:٣٠٥.

لا عوض عنه فيبقى الباقي. ولأنّ العقد قد اشتمل على بيع و عطية، و محلّ العطيّة هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع، لأنّ معنى العطيّة هنا إزاله المريض ملكه تبرّعا من غير لزوم، و هو لا يتحقّق إلا في الزائد فيكون محلّ البيع هو الباقي فكأنّ العقد واقع بكلّ الثمن على الباقي. هكذا علّله الشيخ في المبسوط (١) حكاية عمّن وافقه.

و ذهب العلامة في باقي (٢) كتبه إلى أنّه كالربويّ، لأنّ فسخ البيع في بعض المبيع يقتضى فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابله أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما أنّه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً، فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، و إذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما، لأنّ المانع في الموضوعين هو بقاء أحد المتقابلين في المعاوضه بدون المقابل الآخر. و من ثمّ لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحدهما أخذ المشتري الأخرى بقسطها من الثمن.

و كذا لو اشترى شقصا و شيئا آخر، فأخذ الشفيع الشقص، فإنّ المشتري يأخذ الباقي بقسطه من الثمن. و كذا لو كثر الشفعاء و قلنا بثبوتها مع الكثرة أخذ كلّ واحد جزءا من المبيع بقسطه من الثمن.

و أجاب شيخنا الشهيد (٣) (رحمه الله) عن ذلك كلّ: بأنّه في المتنازع فيه قد اشتمل العقد على بيع و هبه من المريض كما تقدّم، و لهذا يسمّى بيعا مشتملا على المحاباه، فحينئذ لا - مساواه بينه و بين ما مثّل به العلامة في الصور كلّها، لأنّ ذلك بيع محض، و لا محذور لو بقى الموهوب بغير عوض يقابله.

و في الجواب نظر، لمنع اشتمال العقد المذكور على بيع و هبه بالاستقلال، و إنما هو بيع يلزمه ما هو بحكم الهبه، و ليس للهبه فيه ذكر البتّه، إذ ليس هناك إلا الإيجاب و القبول اللذان هما عقد البيع، و لا يلزم من لزوم ما هو كالهبه أن يتخلّف

ص: ٣٢٥

١- ١) لم نجده فيه.

٢- ٢) الإرشاد ١: ٤٦٦، المختلف: ٥١٧، القواعد ١: ٣٣٨.

٣- ٣) غايه المراد: ١٦٥.

عن البيع مقتضاه، و هو مقابله الجميع بالجميع.

و أما ما ذكره-من أنّ قضيه العقد ملك المشتري الجميع بالثمن، و إنّما تخلف الحكم فى الزائد لمانع التصرف فى الزائد عن الثلث، و من الاحتجاج بأصاله اللزوم فيما خرج عن (١) قدر الضروره-ففيه: أنّ البطلان فى القدر الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضه البطلان فى مقابله من الثمن كما مرّ، و معه لا يبقى الأصل متمسكا فى اللزوم بالنسبه إلى مجموع الثمن.

و حينئذ فمختار العلامه أقوى. فيبقى الحكم كما فى الربوى بعينه، و جميع ما قرّناه من الحساب آت هنا، فإنّ العبد المذكور قد بيع بنصف قيمته كبيع الكرّ المساوى لستّه دنانير بما قيمته ثلاثه. و على قول المصنف لا إشكال فى المسأله و لا دور.

و الضابط على طريقه المصنف فى البيع المشتمل على المحاباه إذا لم يكن ربوياً أن ينسب الثمن و ثلث التركه إلى قيمته، فيصحّ البيع فى مقدار تلك النسبه. ففى فرض المصنف إذا نسبت المائه التى هى الثمن و ثلث التركه-و هى ثلث قيمه العبد و هو ستّه و ستون و ثلثان-إلى مجموع قيمته-و هو مائتان-كان المجموع خمسه أسداسها، فيصحّ البيع فى خمسه أسداسه بكلّ الثمن. و لو كان العبد يساوى ثلاثمائه نسبت المائه التى هى الثمن و ثلث التركه-و هو مائه أيضا-إلى مجموع قيمته فيكون ثلثها، فيصحّ فى ثلثيه بمجموع الثمن، و على هذا.

و طريقه على القول المختار كما مرّ فى الربوى، بأن يسقط الثمن [و هو مائه] (٢) من قيمه المبيع، و ينسب الثلث إلى الباقي، فيصحّ البيع فى قدر تلك النسبه. ففى المسأله المفروضه إذا أسقطت الثمن-و هو مائه-من قيمه المبيع، و نسبت الثلث-و هو ستّه و ستون و ثلثان-إلى الباقي من القيمه-و هو مائه-يكون ثلثيه، فيصحّ البيع فى ثلثيه بثلثى الثمن. و فيما فرضناه من كون العبد يساوى ثلاثمائه مع بيعه بمائه يسقط

ص: ٣٢٤

١-١) فى النسخ الخطيه: فى قدر.

٢-٢) من «ب» و هامش «و».

و المشتري بالخيار (١) إن شاء فسخ، لتبعض الصفقة، وإن شاء أجاز، ولو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والإجابة، لأنَّ حقَّهم منحصر في العين.

الثلث من قيمته يبقى مائتان، ينسب الثلث - وهو مائة - إليه يكون نصفه، فيصحَّ البيع في نصف العبد بنصف الثمن. وهكذا اجعل الضابط في تلك المسألة الربويَّة، ورَّتب عليه ما شئت من الفروض.

و إن أردت تقرير مسأله العبد بالجبر للتمرين قلت في فرض المصنف: صحَّ البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو نصف ما صحَّ من العبد، فهو نصف شيء، فالمحابه بنصف شيء، فيجب أن يكون للورثة مثلاه و هو شيء، و قد حصل لهم من الثمن نصف شيء، فيبقى لهم نصف شيء يجب أن يرجع إليهم من العبد، فيبطل فيه البيع، و يبطل في مقابله من الثمن، و هو ربع شيء، فيكون العبد في تقدير شيء و نصف، فالشيء الذي صحَّ فيه البيع ثلثاه.

و قلت في المسأله المفروض فيها قيمه العبد ثلاثمائة: صحَّ البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو قدر ثلث شيء، لأنَّ الثمن بقدر ثلث قيمه العبد، فالمحابه بثلثي شيء، و هو ما زاد على قدر الثمن ممَّا صحَّ فيه البيع من العبد، فيجب أن يكون للورثة قدر المحابه مرَّتين، و ذلك شيء و ثلث شيء، و معهم ثلث شيء من الثمن، فيجب أن يرجع إليهم من العبد شيء، و ذلك هو القدر الذي بطل فيه البيع منه و في قدر ثلثه من الثمن، فيكون العبد في تقدير شيئين، و الثمن في تقدير ثلثي شيء، فالشيء مائة و خمسون، و ذلك قدر نصف قيمه العبد، فللمشتري نصفه و يرجع إليه نصف الثمن، و للورثة النصف الآخر و نصف الثمن، و ذلك ضعف المحابه.

قوله: «و المشتري بالخيار. إلخ».

هذا الحكم ثابت على القولين، لتحقق تبعض الصفقة فيهما. و إنما يكون للمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً بالحال، و هو أنَّ البائع مريض، و من حكم المريض وقوف ما زاد من بيعه عن الثلث حيث يشمل على المحابه، فلو كان عالماً بهما فلا خيار له. و لو جهل أحدهما خاصه فله الخيار، لتحقق الجهل بما يوجب الفسخ،

الخامسة: إذا أعتقها في مرض الموت و تزوج و دخل بها، صحَّ العقد و العتق

الخامسة: إذا أعتقها في مرض الموت و تزوج و دخل بها، صحَّ العقد و العتق (١) و ورثته إن أخرجت من الثلث. و إن لم تخرج فعلى ما مرَّ من الخلاف في المنجزات.

حيث هو أمر مركب من مجموع و لم يعلمه. و أما عدم وجوب بذل كلِّ منهما ماله للآخر بالعوض فظاهر، إذ لا يجبر أحد على بيع ماله لأجل مصلحه الآخر إلا في مواضع مخصوصه و ليس هذا منها.

قوله: «إذا أعتقها في مرض الموت و تزوج و دخل بها صحَّ العتق و العقد.

إلخ».

إذا أعتق المريض أمتة و تزوجها و جعل مهرها عتقها و دخل بها صحَّ الجميع مع خروجها من الثلث، و هو واضح. و إن لم تخرج من الثلث بأن كانت قيمتها مائة دينار مثلا و لم يخلف سواها، بنى على نفوذ منجزات المريض من الأصل أو الثلث، فعلى الأول يصحَّ الجميع أيضا و ترث. و على الثاني يعتق ثلثها و لا ترث، لبطلان النكاح، لأنَّ البضع لا يتبعض. و هل لها شيء من نفسها باعتبار الوطء؟ يحتمل العدم، لأنَّه لم يجعل لها عوضا خارجا عن رقبتها، و قد صارت للورثة، فكأنَّها رضيت باستيفاء البضع بغير عوض، و يحتمل أن تكون كالممهوره - و سيأتي - فيثبت لها من مهر مثلها بنسبه ما يعتق منها، و يدخلها الدور، لتوقف معرفه مقدار كلِّ واحد منهما على الآخر.

و طريق معرفتهما أن نقول: صحَّ العتق في شيء منها، و لها من مهر مثلها شيء على تقدير كون مهر مثلها مقدار قيمتها، و للورثة شيئا، فيكون التركة في تقدير أربعة أشياء، فيعتق ربعها، و لها من نفسها ربع آخر بالمهر، لأنَّ إياها نفسها جار مجرى إِمهارها عينا بقدرها.

و إنما فرضنا كونه قد جعل مهرها عتقها مع أنَّ المصنف لم يذكره لأنَّ الحكم بصحَّه عتقها أجمع يقتضى ذلك، إذ لو كان قد أمهرها شيئا آخر لكانت كالمسألة الآتية في اعتبار خروجه من الثلث، و جاء الدور. و كذا لا يجوز حملها على مفوضه البضع

السادسه: لو أعتق أمته و قيمتها ثلث تركته، ثم أصدقها الثلث الآخر و دخل ثم مات

السادسه: لو أعتق أمته (١) و قيمتها ثلث تركته، ثم أصدقها الثلث الآخر و دخل ثم مات، فالنكاح صحيح و يبطل المسمى، لأنه زائد على الثلث، و ترثه. و فى ثبوت مهر المثل تردّد، و على القول الآخر يصحّ الجميع.

أو المهر كما قاله بعضهم [١]، لأنّ الدخول بالمفوضه يوجب لها مهر المثل أو ما يفرضه المفوض إليه فيعتبر خروجه من الثلث أيضا، فلا يتم إطلاق أنها مع خروجها من الثلث يصحّ العتق و العقد.

و أمّا تقييده بالدخول ففائدته ترتب الحكم بصحّه العقد و الإرث، لأنّ نكاح المريض مشروط بالدخول، فبدونه يبطل العقد، و يترتب عليه عدم الإرث و المهر إن كان.

قوله: «لو أعتق أمه. إلخ».

أمّا صحّه العتق فلخروجها من الثلث مع تقدّمه. و أمّا بطلان المسمى فلقوعه بأجمعه زائدا على الثلث، و لأنّه لو صحّ لزوم الدور، لتوقّف صحّته على ثبوت النكاح المتوقّف على العتق المتوقّف على بطلان المهر، لقصور الثلث عن قيمتها مع صحّته، و هذا هو الدور المحال لا الدور الجارى فى نظائر هذه المسائل. و أمّا ثبوت مهر المثل ففيه تردّد، من استلزم ثبوته الدور كما مرّ، و من جريانه مجرى أرش الجنايه التى هى من الأصل. و لا- نسلم أنّ ثبوته يستلزم الدور كالمسمى، من حيث إنّه ينقص التركة، فلا تخرج قيمتها من الثلث، فلا تنعتق فلا يصحّ النكاح، لأنّا لا نرتّب ثبوته على صحّه النكاح بل على مجرّد الوطى، فلا دور.

و الطريق حينئذ إلى تحصيل مقدار العتق و نصيبه من مهر المثل: أنّ مهر المثل إمّا أن يساوى قيمتها، أو ينقص عنها، أو يزيد. ففى الأول نقول: عتق منها شيء، و لها من مهر المثل شيء، و للورثه شيان فى مقابله ما عتق منها لا فى مقابله المهر، لأنه

من الأصل كما قرّنا. فالتركة إذا في تقدير أربعة أشياء، فلو فرضنا قيمتها مائة، و مهر المثل مائة، و بقى من التركة غير (1) رقبته مائتان، فالشئ خمسة و سبعون، فيعتق منها ثلاثة أرباعها، و لها ثلاثة أرباع مهر المثل، و للورثة مائة و خمسون ضعف ما عتق منها، فتؤدى إلى الورثة ممّا أخذته من مهر المثل خمسة و عشرين و تعتق بأسرها.

و على تقدير زيادة قيمتها عن مهر المثل و فرضناه بقدر نصف قيمتها، قلنا:

عتق منها شئ، و لها من مهر المثل نصف شئ، و للورثة شيئان في مقابله ما عتق منها مرّتين. فالتركة في تقدير ثلاثة أشياء و نصف، تبسط من جنس الكسر تصير سبعة، لها منها ثلاثة، اثنان من نفسها بالعتق و واحد بالمهر، و للورثة أربعة، فيعتق مقدار سبعي التركة من الجارية، و هى ستّة أسباعها، و لها من مهر المثل سبع آخر يكمل منه عتقها، فيفضل معها ثلثا سبع التركة.

و على تقدير زيادة مهر المثل عن قيمتها، و فرضناه بقدرها مرّتين، قلنا: عتق منها شئ، و لها من مهر المثل شيئان ضعف ما عتق منها، و للورثة شيئان في مقابله ما عتق منها مرّتين. فالتركة في تقدير خمسة أشياء، فالشئ ستّون، فيعتق منها ثلاثة أخماسها، و لها ثلاثة أخماس مهر المثل مائة و عشرون، و للورثة مائة و عشرون ضعف ما عتق منها، فيعتق بأجمعها و يبقى لها ثمانون من مهر المثل.

و المصنف أطلق صحّه النكاح، و هو إنّما يتمّ على القول بعدم وجوب مهر المثل ليتمّ العتق في جميعها، أما إذا حكمنا منه (2) بشئ بطل العتق بسببه فيبطل النكاح كالمسألة السابقة، و إنّما لم يصحّ (3) النكاح و إن حصل عتق المجموع لأنّ عتق البعض لم يحصل إلا بالمهر. و يمكن أن يريد المصنف بصحّه النكاح ثبوته في الحال، فيترتب عليه استباحه و طؤها بذلك العقد، لأنّه محكوم بصحّته إلى الموت. و وجه الصحّه:

ص: ٣٣٠

١- ١) كذا في هامش «و» نقلا عن خط الشيخ على، و فى سائر النسخ: عن رقبته.

٢- ٢) فى «و»: فيه.

٣- ٣) فى «م»: يصحّ النكاح.

وجود المقتضى، و هو صدور العقد من أهله فى محلّه، و انتفاء المانع، إذ لا - حقّ لغيره الآن فى رقبتهها. و يحتمل بطلان النكاح، لبطلان عتق بعضها على كلّ تقدير، و لأنّه لو صحّ لوجب المسمّى، إذ المقتضى لبطلان المسمّى هو توقّفه على صحّه النكاح المتقدّم. تمّ الجزء الأول.

تمّ المجلّد السادس و لله الحمد، و يليه المجلّد السابع بإذنه تعالى

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 اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى 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

