



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي
الطبعة الثانية 1417 هـ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

| | |
|-----|--|
| ٥ | الفهرس |
| ١٠ | جواهر الكلام فى شرح شراىع الاسلام المجلد ٢٨ |
| ١٠ | اشاره |
| ١١ | [اتتمه القسم الثانى فى العقود] |
| ١١ | اشاره |
| ١٣ | [كتاب الوقوف و الصدقات] |
| ١٣ | اشاره |
| ١٣ | [أما الوقف] |
| ١٣ | اشاره |
| ١٣ | [النظر الأول فى العقد] |
| ٢٥ | [النظر الثانى فى الشرائط] |
| ٢٥ | اشاره |
| ٢٥ | [القسم الأول فى شرائط الموقوف] |
| ٣١ | [القسم الثانى فى شرائط الواقف] |
| ٣٧ | [القسم الثالث فى شرائط الموقوف عليه] |
| ٦٣ | [القسم الرابع فى شرائط الوقف] |
| ١٠٠ | [النظر الثالث فى اللواحق] |
| ١٠٠ | اشاره |
| ١٠٠ | [المسأله الأولى الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه] |
| ١٠٧ | [المسأله الثانیه إذا وقف مملوكا كانت نفقته فى كسبه] |
| ١٠٨ | [المسأله الثالثه لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص] |
| ١١٤ | [المسأله الرابعه إذا وقف فى سبيل الله انصرف إلى جميع ما يكون وصله إلى الثواب] |
| ١١٤ | [المسأله الخامسه إذا كان له موال من أعلى و موال من أسفل ثم وقف على موالیه انصرف الوقف إليهما] |
| ١١٦ | [المسأله السادسه إذا وقف على أولاد أولاده، اشترك أولاد البنین و البنات ذكورهم و إناثهم] |

- ١١٩ [المسأله السابعه إذا وقف مسجدا فخرّب أو خرجت القرية أو المحله لم يعد إلى ملك الواقف]
- ١٢٠ [المسأله الثامنه إذا انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها]
- ١٢٥ [المسأله التاسعه إذا أجز البطن الأول الوقف مده ثم انقضوا في أثنائها فهل يبطل الإجاره فيه تردد]
- ١٢٧ [المسأله العاشره لو وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد]
- ١٣٥ [أما الصدقه]
- ١٣٥ اشاره
- ١٤٣ [مسائل ثلاث]
- ١٤٣ اشاره
- ١٤٣ [المسأله الأولى لا يجوز الرجوع في الصدقه بعد القبض]
- ١٤٣ [المسأله الثانيه يجوز الصدقه على الذمي]
- ١٤٥ [المسأله الثالثه صدقه السر أفضل من صدقه الجهر]
- ١٤٨ [كتاب السكنى و أختيها و الحبس]
- ١٤٨ اشاره
- ١٥٢ [لزوم عقد السكنى]
- ١٧٤ [كتاب الهبات]
- ١٧٤ اشاره
- ١٧٤ [النظر الأول في حقيقه الهبه]
- ٢١٠ [النظر الثاني في حكم الهبات و هي مسائل]
- ٢١٠ اشاره
- ٢١٠ [المسأله الأولى لو وهب فأقبض ثم باع مثلا من آخر فإن كان الموهوب له رحما لم يصح البيع]
- ٢١٥ [المسأله الثانيه إذا تراخى القبض عن العقد ثم اقبض، حكم بانتقال الملك]
- ٢١٦ [المسأله الثالثه لو قال وهبت و لم اقبضه كان القول قوله]
- ٢٢٠ [المسأله الرابعه إذا رجع في الهبه و قد عابت لم يرجع بالإرث]
- ٢٢١ [المسأله الخامسه إذا وهب و أطلق لم تكن الهبه مشروطه بالشواب]
- ٢٢٨ [المسأله السادسه إذا صبغ الموهوب له الثوب فإن قلنا التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب]
- ٢٢٨ [المسأله السابعه إذا وهب في مرضه المخوف، و برء صحت الهبه]

- ٢٢٩ [كتاب السبق و الرمايه]
- ٢٢٩ اشاره
- ٢٣٠ [الفصل الأول في الألفاظ المستعمله فيه]
- ٢٣٦ [الفصل الثاني فيما يسابق به]
- ٢٤٠ [الفصل الثالث في عقد المسابقه و الرمايه]
- ٢٥١ [الفصل الرابع في أحكام النضال]
- ٢٥١ اشاره
- ٢٥١ [المسأله الأولى إذا قال أجنبي لخمسه مثلا من سبق فله خمسه فتساووا في بلوغ الغايه فلا شى ء لأحدهم]
- ٢٥٣ [المسأله الثانيه لو كان المتراهنان اثنين و أخرج كل واحد منهما سبقا و أدخلهما محلا فله السبقان]
- ٢٥٤ [المسأله الثالثه إذا شرط المبادره و الرشق عشرين و الإصابه خمسه فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمسه فقد تساويا في الإصابه و الرمى]
- ٢٥٦ [المسأله الرابعه إذا تم النضال ملك الناضل العوض]
- ٢٥٧ [المسأله الخامسه إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل]
- ٢٥٨ [المسأله السادسه إذا فضل أحدهما الآخر في الإصابه فقال له اطرح الفضل بكذا قيل لا يجوز]
- ٢٥٩ [المسأله السابعه يجوز عقد النضال بين حزين]
- ٢٦١ [كتاب الوصايا]
- ٢٦١ اشاره
- ٢٦١ [الفصل الأول في الوصيه]
- ٢٦١ اشاره
- ٢٨٠ [أفرغ لو أوصى بجاريه و حملها لزوجها و هى حامل منه فمات قبل القبول كان القبول للوارث]
- ٢٨٩ [الفصل الثاني في الموصى]
- ٢٩٨ [الفصل الثالث في الموصى به]
- ٢٩٨ اشاره
- ٢٩٨ [الطرف الأول في متعلق الوصيه]
- ٢٩٨ اشاره
- ٣٢٣ [إذا أوصى لأشخاص على الترتيب]
- ٣٣٥ [أفرغ لو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقا انصرف الوصيه إلى الثلث الباقي]

- ٣٣٧ [الطرف الثاني في الوصيه المبهمه]
- ٣٣٧ اشاره
- ٣٥٦ [تفريع إذا عين الموصى له شيئا مطلقا و ادعى قصده من هذه الألفاظ و أنكر الوارث كان القول قول الوارث مع يمينه]
- ٣٥٦ [الطرف الثالث في أحكام الوصيه]
- ٣٥٦ اشاره
- ٣٧٠ [الإشهاد على الوصيه]
- ٣٨٣ [مسائل أربع]
- ٣٨٣ اشاره
- ٣٨٣ [المسأله الأولى إذا أوصى بعق عبده و ليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعه]
- ٣٨٥ [المسأله الثانيه لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له سواه قيل عتق كله]
- ٣٨٦ [المسأله الثالثه لو أوصى بعق رقبه مؤمنه و جب]
- ٣٨٨ [المسأله الرابعه لو أوصى بعق رقبه بثمان معين فلم يجد به لم يجب شراؤها]
- ٣٨٩ [الفصل الرابع في الموصى له]
- ٤١٩ [الفصل الخامس في الأوصياء]
- ٤١٩ اشاره
- ٤٤٢ [مسائل ثلاث]
- ٤٤٢ [المسأله الأولى الصفات المرعاه في الوصى تعتبر حاله الوصيه]
- ٤٤٦ [المسأله الثانيه تصح الوصيه على كل من للموصى عليه ولاية شرعيه]
- ٤٤٨ [المسأله الثالثه يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجره المثل من نظره في ماله]
- ٤٧٤ [الفصل السادس في اللواحق]
- ٤٧٤ اشاره
- ٤٧٤ [القسم الأول و فيه مسائل]
- ٤٧٤ اشاره
- ٤٧٤ [المسأله الأولى إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد فقد شرك بينهما في تركته]
- ٤٨٠ [المسأله الثانيه لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده قيل تبطل الوصيه]
- ٤٨٣ [المسأله الثالثه إذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثلاه]

- ٤٨٥ [المسأله الرابعه إذا أوصى بثلثه للفقراء و له أموال متفرقه جاز صرف كل ما فى بلد إلى فقرايه]
- ٤٨٧ [المسأله الخامسه إذا أوصى الإنسان بعبد و لآخر بتمام الثلث صحت الوصيتان]
- ٤٩٠ [المسأله السادسه إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه و هو مريض عتق عليه من أصل المال]
- ٤٩١ [المسأله السابعه لو أوصى له بدار مثلا فانهدمت و صارت براحا ثم مات الموصى بطلت الوصيه]
- ٤٩٢ [المسأله الثامنه إذا قال أعطوا زيدا و الفقراء كذا كان لزيد النصف من الوصيه]
- ٤٩٣ [القسم الثانى فى تصرفات المريض]
- ٤٩٣ اشاره
- ٤٩٣ [أما المؤجله]
- ٤٩٤ [أما منجزات المريض]
- ٤٩٤ اشاره
- ٤٩٨ [أهنا مسائل]
- ٤٩٨ اشاره
- ٤٩٨ [المسأله الأولى وهب و حابى فان وسعهما الثلث فلا كلام]
- ٤٩٨ [المسأله الثانيه إذا جمع بين عطيه منجزه و عطيه مؤخره قدمت المنجزه]
- ٥٠٠ [المسأله الثالثه إذا باع كرا من طعام قيمته سته دنانير و ليس له سواه بكر ردى ء قيمته ثلاثه دنانير فالمحابه هنا بنصف تركته]
- ٥٠٢ [المسأله الرابعه لو باع عبدا قيمته مائتان بمائه و برء لزم العقد]
- ٥٠٥ [المسأله الخامسه إذا أعتق أمه فى مرض الموت و تزوج بها جاعلا مهرها عتقها و دخل بها صح العتق]
- ٥٠٦ [المسأله السادسه لو أعتق أمه و قيمتها ثلث تركته ثم أصدقها الثلث الآخر و دخل ثم مات فالتكاح صحيح]
- ٥١٠ تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان: عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمد لله الذي ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثاني و الله اعلم الحمد لله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه: المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط: نسخ

نوع و تزئینات جلد: جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق: تصحیحاتی اندک با نشان «صح» و توضیحاتی اندک با نشان «منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک: یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثاني من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن " (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۲۸، ص: ۱

[تمه القسم الثانی فی العقود]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

[كتاب الوقوف و الصدقات]

اشاره

كتاب الوقوف و الصدقات

[أما الوقف]

اشاره

و تمام النظر فيه يحصل فى العقد، و الشرائط، و اللواحق

[النظر الأول فى العقد]

الأول: الوقف عقد ثمرته تحبب الأصل و إطلاق المنفعه كما فى القواعد و التنقيح و إيضاح النافع و الكفايه على ما حكى عن بعضها بل و فى النافع و اللمعه أيضا لكن ترك ذكر العقد، كما هو المحكى عن المبسوط، و فقه القرآن للراوندى و الوسيه و السرائر و الجامع و المهذب البارع، و مجمع البرهان إلا أنه تبديل الإطلاق بالتسبيل كما

فى النبوى (١) «حبس الأصل و سبل المنفعه»

إلا- ان المتأخرين أبدلوه بالإطلاق لما قيل من أنه أظهر فى المراد من التسبيل الذى هو إباحتها للجهه الموقوف عليها بحيث يتصرف كيف شاء كغيره من الأملاك، لكن فى الصحاح سبل فلان ضيعته أى جعلها فى سبيل الله تعالى، و من هنا كان التعبير بالتسبيل أولى، بناء على اراده ذلك من الإطلاق القابل للتحبب كما هو مقتضى ابداله بذلك فى المتن و غيره لإشعاره باعتبار القربه حينئذ و أنه من الصدقات، كما فى النهايه و محكى المراسم أن الوقف و الصدقه شىء واحد و لعله لذا عرفه فى الدروس بأنه الصدقه الجاربه، بل فى المسالك و محكى التذكره و المهذب البارع و التنقيح «قال العلماء: المراد بالصدقه الجاربه الوقف».

و على كل حال فقد ذكرنا غير مره أن المقصود من أمثال هذه التعاريف التمييز فى الجملة، فلا ينبغى نقض تعريف المصنف بالسكنى و أختيها، و الحبس، و تعريف الدروس بنذر الصدقه و الوصيه و لا الجواب عن الأول بإرادته الحبس على الدوام، و كان الاختلاف فى ذكر العقد.

و عدمه على نحو ما سمعته في البيع و نحوه من أنها اسم للعقود، أو للمعنى الحاصل منها، و إن لم نقل بمشروعيه المعاطاه فيه، أو لما تسمعه من الخلاف باعتبار القبول فيه و عدمه، المقتضى للاختلاف في عقد أولا كما ستسمع.

و كيف كان ف اللفظ الصريح فيه وقفت بلا-خلاف كما في المسالك، و محكى التذكرة و جامع المقاصد، بل في محكى السرائر و التحرير و التنقيح و إيضاح النافع الإجماع على صراحتها فيه.

نعم عن الشافعي في بعض أقواله أنها كناية عن الوقف، و عن الفاضل في التذكرة أنه من أغرب الأشياء، و نفى الغرابه عنه بعض متأخري المتأخرين باستعمال لفظ الوقف في مجرد الحبس و السكنى و الرقبي و العمرى، في صحيح ابن مهزيار(١)، و الصفار(٢) و فيه أن الاستعمال مجازا لا ينافي الصراحة المراد منها وضع اللفظ لذلك كما هو واضح.

نعم الظاهر أنها الصريحه أما و في بعض اللغات الشاذه أوقفت، و لا بأس بالعقد بها على شذوذها أما لفظ حرمت و تصدقت فلا خلاف في عدم صراحتها فيه كما اعترف به غير واحد بل حكى الإجماع في المسالك، و محكى التنقيح فلا يحمل على الوقف إلا مع القرينه لاحتمالهما مع الانفراد عن قرينه حال أو مقال غير الوقف لاشتراكهما بينه و بين غيره.

و لكن لو نوى بذلك الوقف من دون القرينه دين بنيته كما عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و السرائر و غيرها من كتب المتأخرين، بل لا أجد فيه خلافا كما اعترف به بعض مشايخنا، بل و لا في أنه يدان بنيته إن لم يقصد الوقف بما هو صريح فيه إذا لم يكن له معارض، لكن قد يشكل الأول بعدم الاجتراء بمثل ذلك في غيره من العقود اللازمه، بل المشهور فيما بينهم عدم انعقادها بالمجازات، و إن كان

خلاف المختار إلا أنه على كل حال لا بد من اعتبار الدال على القصد في حصول أصل العقد، لا الحكم به، لأنه المتيقن من السببه و إن لم

١-١ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الوقوف - الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الوقوف - الحديث - ٢.

نجد في المقام دليلاً مخصوصاً، و دعوى- أن هذا العقد ليس من الخطاب الذي يراد به إفهام الغير حتى يعتبر فيه ذكر القرينه- تستلزم الاكتفاء بذلك في غيره من العقود، فلا حظ و تأمل.

و على كل حال فالمراد من الإدانه بنيته هو إيكاله إلى دينه و قصده فيما بينه و بين ربه، فيعامل كلا منهما معاملة حاله في الواقع مع فرض عدم المعارض.

نعم لو أقر أنه قصد ذلك أى الوقف بالكنايه حكم عليه بظاهر الإقرار في الظاهر فيكون كالصريح حينئذ من هذه الجبهه، و أن بقى حكم الإدانه بحاله في الواقع أيضاً، هذا.

و في محكى التذكرة إذا أتى بالكنايه فالمقترن الزائد عليه إما لفظ أو نيه، فاللفظ أن يقرن إليه صدقه موقوفه أو محبسه إلى أن قال: و أما النيه فينظر إن أضاف اللفظ إلى جهه عامه كأن قال: تصدقت بهذا على المساكين بنيه الوقف، فالأقرب إلحاقه بالصحيح، و إن أضافه إلى معين، فقال: تصدقت عليكم أو عليك لم يكن وقفاً على الأقوى و فى المسالك و غيرها أن الفرق غير واضح، إلا- أنه لم يحك عن التذكرة كما حكيناها، و قد يقال: إن مراده من عدم الحكم بوقفه و إن نواه لعدم ما يقتضى التأيد.

ثم إنه قد يظهر من عباره المصنف و ما شابهها أن اللفظين صيغه واحده للوقف باعتبار أفراد الضمير الراجع إليهما و لعله لذا قال فى الدروس، ان ظاهر الأصحاب يدل على أنهما صيغه واحده، فلا تغنى الثانيه عن الأولى، و تغنى الأولى مع القرينه و لو قال: جعلته وقفاً أو صدقه مؤيده محرمة كفى لكن فى المسالك «أن ما ادعاه من الظاهر غير ظاهر».

قلت: قد عرفت الإشعار فى المتن و ما شابهه، نعم قد يناقش- فيما ذكر من الفرق بين الأولى و الثانيه- بأنه لا دليل عليه، بل فى محكى التذكرة «و أما حرمت هذه البقعه للمساكين أو أبدتها، أود أرى محرمة أو مؤبده، فالأقرب أنها كنايه عن الوقف، فإن انضم إليها قرينه تدل على الوقف صارت كالصريح، و إلا فلا، و كذا عن غيرها.

نعم حكى فيها عن أظهر وجهى الشافعيه المنع فى حرمت و أبدت لعدم استعمالهما مستقلين،

و إنما يؤكد بهما غيرهما، و أما ما ذكره أخيراً فلا أجد فيه خلافاً.

نعم فى المسالك بعد أن استحسنه قال: إلا أن فيه خروجاً عن صيغته الوقف المنقوله، و ظاهرهم عدم المسامحه فى مثل ذلك، و إن كان الأقوى الاكتفاء فى كل لفظ يدل على المطلوب صريحا.

قلت: هو كذلك فى غير المقام، أما فيه فمساحتهم فيه فى غاية الظهور، نعم هو ليس صريحا فى الاصطلاح الذى هو وضع اللفظ لخصوص المعنى.

و لو قال حبست أو سبلت قيل: يصير وقفا و أن تجرد ل

قوله (صلى الله عليه و آله) (١) «و حبس الأصل و سبل الثمره

فيكون صريحا فى الوقف كما عن الخلاف و الغنيه و الجامع و التذكرة و الكيدرى، بل فى الأول الإجماع عليه و قيل لا يكون وقفا إلا مع القرينه كما عن الأكثر لعدم الوضح له و الاستعمال أعم إذ ليس ذلك عرفاً مستقراً بحيث يفهم (عند الإطلاق لا أقل من الشك و الأصل بقاء الملك، و لا ريب فى أن هذا أشبه بأصالة عدم النقل و الانتقال، و عدم ترتب أثر الوقف و أحكامه، خصوصاً مع معلوميه اشتراك كل منهما معنى بين الوقف و غيره، و الخبر إنما يدل على حصول الوقف بهما معاً، لا بكل واحد منهما، فيكون صريحا فى عدم صراحتهما التى هى بمعنى وضع اللفظ للوقف الذى معناه مركب من معاهما، كما هو واضح بأدنى تأمل. هذا بل هما معاً لا يقومان مقام وفتت فى الصراحة، لاشتراكهما بين الوقف و بين الحبس، بل لعلهما فى الثانى أظهر، و ربما توهم من عدم تعرض المصنف للقبول، عدم اعتباره فيه، و كذا غيره.

و لكن فيه أنه يمكن اكتفاء المصنف عنه بذكر كونه عقداً، و من المعلوم اعتباره فى معناه، و عدم ذكره بالخصوص لعدم النزاع فى خصوص ألفاظه، إذ هو ما يدل على قبول ذلك الإيجاب، و لذا ترك ذكره المصنف فيما تقدم

من بعض العقود الجائزه المعلوم اعتباره فيه، على أنه سيأتى له التصريح بعدم اعتباره فى خصوص ما إذا كان على جهه عامه، و هو كالصريح

فى اعتباره فيه فى غيرها، و نحوه غيره ممن ذكره فى قسم العقود، بل فى جامع المقاصد و المسالك إطباق الأصحاب على أنه من قسمها مؤيدا ذلك كله بمعلومية عدم دخول عين أو منفعة بسبب اختيارى ابتداء فى ملك الغير من دون قبول، مع أنه لو كان لاتجه كونه حينئذ من قسم الإيقاع، فلا يبطله الرد، و هو مناف لما صرح به جماعه من البطلان به، و إن لم نقل باشتراط القبول، بل عن ظاهر الإيضاح و جامع المقاصد أنه لا خلاف فيه بيننا، و أن المخالف فيه إنما هو بعض الشافعية و حينئذ فعدم اشتراطه فيه مطلقا- كما عساه يتوهم من عدم ذكر جماعه له فى غير محله.

نعم قد صرح المصنف و من تأخر عنه كالفاضل و الشهيدين و غيرهم بعدم الحاجة إليه فى الوقف على الجهات العامه، لعدم القابل للقبول فيها، و لما عساه يظهر من المحكى من صدقات أمير المؤمنين (عليه السلام) و الزهراء (عليها السلام) و الصادق (عليه السلام)^(١) المشتمله على ذكر إنشاء الإيجاب بدون قبول، و لأن الأصل عدم اشتراطه بعدم تناول المطلقات للمجرد عنه، إلا أن الجميع كما ترى، ضروره عدم اقتضاء الأول الصحه بلا قبول، بل بعد فرض الدليل على اعتباره، يتجه عدم

الصحه فيها حينئذ، على أن قبول الولى العام كالحاكم أو منصوبه ممكن، بل ربما يستفاد من بعض الأدله الآتية فى القبض الاكتفاء بقبول من يجعله فيما لها، و لو نفسه كالقبض و لعله على ذلك ينزل ما وقع من صدقاتهم بناء على أنها من الوقف، لا قسم مستقل برأسه، ثبت مشروعيته من هذه الروايات، لخلوها عن التصريح بكونه وقفا، و لا بعد فى دعوى مشروعيه مثل هذا التسييل بهذه النصوص، و إن لم أجد من احتمله.

و أما الأصل فيقتضى اعتباره، لا عدمه، لما سمعت من أن مقتضاه عدم ترتب الأثر، و المطلقات لا تتناوله، بعد فرض الشك فى معناه، و أنه من قسم العقود المعترف فيها المعنى الارتباطى بين اثنين أولا، بل من ذلك ينقدح قوه اعتباره مطلقا على نحو غيره من العقود، حتى فى الفوريه و العريه و غيرهما، ضروره ظهور النصوص أجمع فى كونه قسما واحدا، و قد عرفت المفروغيه من اعتبار القبول فيه فى الجملة، إذ القول بعدم اعتباره مطلقا و أنه فلك ملك

كالتحرير فى غايه السقوط، بل لم نعرفه قولاً لأحد من المعتبرين و إنما يذكر احتمالاً، و تهجساً، فالوحده المزبوره حينئذ تقتضى اعتباره أيضاً حتى فى الجهات العامه، بعد فرض مشروعيتها فيها، على نحو فرض مشروعيه غيره من العقود فيها، من الصدقه و غيرها، و إلا كان للوقف معنيان أحدهما عقدي، و الآخر إيقاعي، و هو مناف للوحده المزبوره، كما هو واضح و نافع و موافق للذوق السليم.

نعم قد يقال: إن الأصل يقتضى عدم اعتبار القربه فى صحته، و إن كان هو خير الفاضل فى القواعد، للأصل بعد اندراج فاقدها بناء على ما ذكرناه فى العقود المأمور بالوفاء بها، و فى نحو قوله

(١) «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها»

وقوله (صلى الله عليه و آله) (٢) «حسب الأصل و سبل الثمره»

و نحوها، و إطلاق الصدقه عليه فى كثير من النصوص - بل لم يذكر فيما ورد مما أوقفوه (عليهم السلام) الا بلفظ الصدقه، و من المعلوم اعتبار القربه فيها خصوصاً بعد

الصحيحين (٣) «لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل»

بل هو دال عليه فى الفرض، بناء على إرادته الوقف منه أو ما يشمله، و إرادته نفي الصحه فيه كما هو الأقرب للحقيقه لا الكمال، بل لو سلم إطلاقها عليه من باب المجاز فهو من التشبيه البليغ أو الاستعاره المقتضيين للمشاركة فى الأحكام الظاهره التى لا شك فى كون القربه منها، مؤيداً ذلك كله بما صرح به فى وقوفهم من وقوع ذلك منهم ابتغاء وجه الله - لا يقتضى ذلك، ضروره عدم اقتضاء شىء من ذلك أن الوقف جميعه من الصدقه، بل أفصاه أن منه ما يكون كذلك، و هو ما قصد به وجه الله تعالى،

و هو الذى وقع منهم (عليهم السلام) و لذا اتبعوه بذلك، و لا دلالة فيه على اعتبارها فى صحته على وجه، بحيث لو وقف على ولده و نحوهم من دون ملاحظه القربه يكون باطلاً، مع أن مقتضى ما سمعته من الإطلاقات صحته، و ما من الغنيه و السرائر من الإجماع على ذلك لم نتحققه، لخلو كثير من عبارات الأصحاب المشتمله على بيان شرائطه عنه.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات.

٢- ٢ المستدرک ج ٢ ص ٥١١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث - ٢ - ٣.

نعم قد يقال: باستفاده رجحانه في نفسه عند الشارع على نحو رجحان النكاح و هو غير اعتبار النيه فيه على وجه يلحقه بالعبادات، على بحث يأتي فيه، أنه هل هو اسم للصحيح منه أو للأعم، و أن القربه في الصيغه، أو في القبض و الإقباض و غير ذلك مما لا يخفى على الفقيه بأدنى ملاحظه القطع بعدمه، خصوصا بعد معلوميه عدم اعتبار ما يعتبر في الصدقه في الموقوف عليه من فقر و نحوه، بل ستسمع إن شاء الله تصريحهم بجوازه على الكافر، و بصحة وقف الذمي على البيع و الكنائس، و منه و من العامي المعلوم عدم صحه عبادتهما لفقد الايمان، و لعله لذا و غيره اعترف غير واحد من المحققين هنا بعدم الدليل على الاشتراط هنا، و في الأول أى القبول بأن الأولى اعتباره حتى في الجهات العامه لما ظهر من ذلك، فتأمل جيدا فإن كثيرا من الكلمات هنا غير نقيه بل ظاهره في التشويش من أهلها، و الله العالم.

و كيف كان ف لا يلزم عقد الوقف إلا بالإقباض الذي هو القبض بالاذن فلكل منهما حينئذ فسخه قبله، و هذا لا ينافي كونه مع ذلك من شرائط الصحه التي هي بمعنى ترتب الأثر من ملك الموقوف عليه المنفعه و غيره كما سيصرح به المصنف و غيره، بل فرعوا عليه البطلان بموت الواقف قبله و غيره، ضروره كون المراد هنا بيان عدم اللزوم قبله كما عن بعض العامه أو بيان أن وقوع العقد لا يقتضى وجوب الإقباض الذي هو من شرائط الصحه، و إن توهم من نظير المقام جمعا بين قوله تعالى (١) «أَوْفُوا» و ما دل على اعتباره في الصحه التي هي بمعنى ترتب الملك و نحوه إذ هو- مع أنه مناف لأصالة البراءه و غيرها- لا يوافق ما دل هنا على اعتباره مما هو كالصريح بل صريح في الاذن بالفسخ قبل حصوله، و أنه لا إثم عليه.

قال صفوان في الصحيح (٢): «سألت عن الرجل يوقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث في ذلك شيئا؟ فقال: إن كان وقفها لولده و لغيرهم، ثم جعل لها قيما لم يكن له أن يرجع، و إن كانوا صغارا، و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا كبارا و لم يسلمها إليهم، و لم يخاصموا حتى يحوزونها عنه، فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يجوزونها عنه، و قد بلغوا».

١- ١ سورة المائدة الآيه- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب الوقوف الحديث- ٢ و ٨.

عن الأسدى فيما ورد عليه من جواب مسأله عن العمري (١) عن صاحب الزمان روى له الفداء «و أما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم، فصاحبه فيه بالخيار، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه «إلى أن قال»: و أما ما سألت عنه من أمر الرجل الذى يجعل لنا حياتنا ضيعه و يسلمها من قيم يقوم فيها و يعمرها و يؤدي من دخلها خراجها و مؤنتها، و يجعل ما بقى لنا من الدخل لناحيتنا، فإن ذلك جائز لمن جعله صاحب الضيعه قوما عليها إنما لا يجوز ذلك لغيره»

لكن كما ترى غير صريحين، بل و لا ظاهرين فى اشتراطه فى الصحه بمعنى ترتب الأثر الذى هو الملك و نحوه ضروره انطباق ما فيهما على كونه شرطاً فى اللزوم، و تظهر الثمره فى النماء المتخلل بينهما.

لكن فى جامع المقاصد و المسالك نفى الخلاف من كونه شرطاً فيها مكرراً، بل فيها الإجماع على ذلك، و إن كان قد يناقش بما قد يظهر من الغنيه من كونه شرطاً فى اللزوم حيث أنه بعد أن ذكر شرائط الصحه، قال: «فأما قبض الموقوف عليه أو من يقوم مقامه فى ذلك فشرط فى اللزوم» بل لعله صريحها بعد التأمل فى جميع كلامه، و حينئذ يكون هو معقد إجماعها، بل لعله ظاهر اللمعه أيضاً حيث ذكر أولاً أنه لا يلزم بدون القبض بإذن الواقف، فلو مات قبله بطل، إلى أن قال، و شرطه التنجيز و الدوام، إذ من المحتمل بل الظاهر كونه من العقود الجائزه فيلحقه حكمها من البطلان

بالموت، و لو للنصوص الداله على ذلك فى الصدقه بناء على إرادته الوقف منها، أو ما نعم عبارته المصنف و ما شابها محتمله لإرادته الصحه بقريته تصريحه بعدم ذلك بكونه من شرائطها أو من شرائطه الظاهر فى إرادتها أيضاً، و احتمال العكس بعيد و لإرادته ما ذكرناه أو لبيان أنه متى كان شرطاً فى الصحه كان شرطاً فى اللزوم، أما من لم يكن له إلا التعبير بكونه شرطاً فى اللزوم، فلا- ريب فى ظهوره بترتب الصحه قبله كالمحكى عن المبسوط و الخلاف و السرائر، بل عن الأخيرين الإجماع عليه مضافاً إلى إجماع الغنيه، و بذلك يظهر أن فى المسأله

قولين، بل عن الوسيه أنه جعل التسليم شرطاً في الصحه، إلا إذا جعل ولايه الوقف لنفسه مده حياته.

و عن كافي أبي الصلاح «إذا تصدق على أحد الوجوه المذكوره، و أشهد على نفسه بذلك، و مات قبل التسليم، فان كانت الصدقه على مسجد أو مصلحه فهي ماضيه، و إن كانت على من يصح قبضه، أو وليه، فهي وصيه يحكم فيها بأحكام الوصايا» و عن سلالر في المراسم عدم ذكره من الشروط أصلاً، و بذلك كله يظهر لك ما في المسالك و الرياض و غيرهما من المفروغيه عن اشتراطه فيها حتى فيما حكوه عن التنقيح من الإجماع على ذلك، مع أن التأمل في كلامه يقتضى إرادته دعواه على اعتباره في الجملة لأنه بعد ذلك بلا فاصله معتد بها حكى الخلاف فيه، بل قد يقال: باقتضاء القواعد كونه شرطاً فيه لا فيها، جمعا بين ما يدل عليها بدونه من الإطلاقات، و آيه «أَوْفُوا» و غيرها و بين الخبرين السابقين.

و أما النصوص المتضمنه لبطلان الصدقه بالموت قبل القبض، فمع أن الاستدلال مبني على إرادته الوقف منها أو ما يشمله، لا تدل على اشتراطه في الصحه، و إن ذكره غير واحد، إذ من الممكن ما سمعت من كونه عقداً جائزاً يفسخ بالموت و مثله و لو لهذه النصوص، و الخروج عن ذلك في الصدقه غير الوقف لدليل لا يقتضى الخروج عنه في الوقف أيضاً، و مع الإغضاء عن ذلك كله فالمتجه كونه شرطاً كاشفاً لا جزء سبب، كما حرره في المسالك، و تبعه غيره، لما عرفت من وجود مقتضى الصحه فلا وجه حينئذ لجعل الثمره في النماء المتخلل، فتأمل جيداً، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في أنه إذا تم الوقف بجميع شرائطه المعبره فيه كان لازماً، لا يجوز الرجوع فيه، إذا وقع في زمان الصحه بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل هو كالضروري من مذهبنا، خلافاً لأبي حنيفه، فجوز للواقف الرجوع به بل لورثته، إلا أن يرضوا به بعد موته، فيلزم، أو يحكم به حاكم، مع أن تلميذه أبا يوسف لما قدم إلى بغداد كان على قوله، و لكن حدثه إسماعيل بن إبراهيم بن عليه عن ابن عوف عن ابن عمر خلافه، فقال هذا لا يسع احد خلافه، و لو تناهى الى أبي حنيفه لقال

به، مع أن المحكى عن أبي حنيفة أنه قال: إن أوصى بالوقف لزم في الثلث، وفي الخلاف، تناقض، لأنه جعله لازماً في ثلثه في مرضه المخوف، و لم يجعله إذ أنجزه لازماً في جميع ما له في حال صحته، وإن كان قد يفرق بينهما، بعد تسليم اراده لزوم الوقف منه، هذا.

و لكن للمفيد في المقنعه ما ينافى بظاهره لما ذكرنا قال: «الوقف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم، و القرب إلى الله سبحانه و تعالى بصلتهم أو يكون تغير الشرط في الوقف إلى غيره أرد عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله، و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقفه عليه لم يجز له الرجوع في شىء منه، و لا- يغير شرائطه و لا- نقله من وجوهه و سبله» و عن ابن إدريس انه أطال في رده، و يمكن أن يكون ذلك منه بناء على اعتبار بقاء صلاحية الموضوع للتقريب في الموقوف، فيكون انتفاء الوصف المزبور حينئذ مقتضياً لانتفاء الموقوف عليه المقتضى لبطان الوقف بناء على مختاره من عدم اعتبار التأييد فيه، و الأمر سهل بعد وضوح الحال، و الله العالم.

هذا كله لو وقف في زمان الصحة أما لو وقف في مرض الموت فإن أجازته الورثه نفذ من الأصل و إلا اعتبر من الثلث لكونه حينئذ ك باقى منجزاته من الهبه و المحاباه في البيع و نحوهما و قيل يمضى من أصل التركة و لا ريب في أن الأول أشبه كما أوضحنا ذلك مفصلاً في كتاب الحجر و كتاب الوصايا و حينئذ ف لو وقف و وهب و أعتق و باع فحبابى و لم يجز الورثه، فإن خرج ذلك من الثلث، صحح و إن عجز بدئ بالأول فالأول لأنه هو السابق في التعلق حتى يستوفى قدر الثلث ثم يبطل ما زاد خلافاً للمحكى عن الفاضل في المختلف فبسط الثلث على الجميع فارقاً بين المنجزات و الوصايا، و ضعفه واضح.

و هكذا لو أوصى بوصايا، و لو جهل المتقدم قيل و القائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه، لكن فيما إذا أوصى يقسم على الجميع بالحصص (١١) لعدم الترجيح بعد قيام احتمال التقدم المعلوم كونه في أحدها في كل منها، و بذلك يكون الفرض كالمنجزات التى لم يعلم التقدم في أحدها المحكوم فيها بالافتران لأصالة عدم تقدم كل منها على الآخر، كما هو قضيه

كل حادث اشتبته سبقه بالآخر و تأخره عنه و لكن فيه ما لا يخفى عليك فى المقيس، و المقيس عليه، ضروره كون المتجه فى الأول القرعه، و لذا قال المصنف و لو اعتبر ذلك بالقرعه كان حسنا (١)

- «لأنها لكل أمر مشتبه (١)»

و لا ريب فى أن الفرض منه، بل لعل الأمر كذلك فى المقيس عليه أيضا إذا فرض عنوان الحكم فى الشرع السبق و الاقتران، و لم يعلم

أحدهما، إذ الأصل لا يشخص الثانى الذى هو من الحوادث، و الأصل عدمه فليس إلا القرعه.

نعم لو قلنا أن العنوان فى الشرع السبق خاصه كما هو الظاهر فمع عدم العلم يبقى الحكم على مقتضى إطلاق الوصيه الذى هو التعلق بالجميع فمع القصور يتجه التقسيم حينئذ بالحصص، لا القرعه كما سلف لنا غير مره فى نظائر المقام، بل قد ذكرنا جملة من ذلك فى هذه المسأله فى كتاب الوصايا فلا حظ و تأمل.

ثم أنه لا يخفى عليك أنه ليس فى الشرع اعتبار كيفيه خاصه للقرعه بالنسبه إلى التعدد و الاتحاد، فله حينئذ تعددها فى الثلاثه التى فى المتن مثلا، مع فرض جهل الحال فيها على وجه لم يعلم أنها مرتبه كلا- أو بعضا أو لا- فيقرع أولا لبيان اقترانها على السواء، أو ترتبها كذلك، أو الاقتران فى بعض و الترتب فى آخر، فإذا خرج أحدهما أقرع لتعرف احتمالاته خاصه إن كانت.

و له أن يقرع قرعه واحده بثلاثه عشر ورقه على عدد الاحتمالات فيها، و هى ترتيبها مع سبق الوقف ثم العتق ثم البيع، أو مع تقدم البيع على العتق، و سبق العتق ثم الوقف ثم البيع، أو مع تقدم البيع و سبق البيع مع الصورتين، فهذه ست.

و مقارنه اثنين منها و هى ست أيضا، اقتران العتق و الوقف سابقين، و تأخر البيع و لاحقين له، و تقارن الوقف و البيع سابقين و تأخر العتق و لاحقين له، و اقتران العتق و البيع سابقين و تأخر الوقف و لاحقين له و اقتران الثلاثه.

و له القرعه بكتابه سبع رقاع فى أحدها الوقف و فى الثانى العتق، و فى الثالثه البيع، و فى الرابعه الوقف و العتق، و فى الخامسه الوقف و البيع، و فى السادسه العتق و البيع، و فى السابعه

اجتماع الثلاثة، ثم يخرج واحده، فإن ظهرت بأحد المنفردين قدم، و أخرج أخرى، فإن ظهر منفرد آخر أو مجتمع مع غيره و الثلاثة أطرحتا و أخرج غيرها كما ذكر، و أن ظهر أولا رقعته الثلاثة أفاد الاجتماع، أو رقعته اثنين جمع بينهما سابقا و حكم بتأخر الثالث و بالجملة، فالمدار على كتبه رقع تصح على جميع الاحتمالات، و الله العالم.

و إذا وقف شاه كان صوفها الذى على ظهرها و لبنها الموجود فى ضرعها داخلا- فى ما اقتضاه الوقف من تسهيل الثمره ما لم يستثنه نظر إلى العرف كما لو باعها بلا خلاف أجده بين من تعرض له من الفاضل، و الشهيدين و الكركى و غيرهم، بخلاف الحمل، بل و بخلاف ثمره النخل و الشجر و نحوهما، فإنه لا عرف يقتضى ذلك إلا أن الانصاف عدم خلوه من الأشكال بحسب ما نجده الآن، بل قد يشك فى أصل الحكم حتى مع التصريح بناء على عدم اقتضاء عقد الوقف تمليك نفس الثمره و إنما اقتضاؤه ذلك بإدخال العين الموقوفه فى ملك الموقوف عليه، فتكون الثمره نماء ملكه المحبوس عليه بالمنع من التصرف فيه بيع و نحوه بخلاف الثمره، و من المعلوم أن ذلك إنما يكون فى النماء المتجدد دون ما حصل من النماء الذى هو ملك الواقف فإنه لا يتصور تملكه من حيث التبعية المزبوره كما هو واضح، و دعوى قابليه عقد الوقف لنقلها باعتبار كونها ثمره تقتضى قابليته لها على وجه التسهيل حتى مع الانفصال و هو محل تأمل، إلا أن ظاهر من تعرض المفروغيه من قابليته لذلك كاقترضه دخول باقى المنافع المتجدده فى ملك الموقوف عليه كالصوف و اللبن المتجددين، و عوض البعض، و اجره الدابه و العبد و نحوها، بل و النتاج المتجدد، كما نص عليه الفاضل فى القواعد و محكى التذكرة و إن كان لا يخلو من نظر تقدم فى نظائره فى كتاب البيع.

و أما أغصان الشجر الذى هو كالثمر فيها نحو شجر الخلاف فهو أيضا ملك للموقوف عليه لأنه من المنافع، بل لا يبعد دخول ما جرت العاده بقطعه كل سنه مما فيه إصلاح الشجر و الثمره من تهذيب الأغصان، و ما يقطع من أغصان شجر العنب فى الثمار كما لا- يبعد كونه من أجزاء الموقوف فى حال، و من المنافع فى حال آخر، مثل أطراف النخل حال كونها رطبه و يابس، و الله العالم.

بقى الكلام فى فروخ الأشجار المتجدده بعد الوقف، و لا يبعد أن تكون من نماء الوقف و من

فوائده إن كانت متولده منها نفسها و إلا فهي لمن يجوزها أو لمن كان بذرها له هذا.

و عن التذكرة اشتراط دخول اللبب المتجدد فى منافع الموقوف على وجه يدخل فى ملك الموقوف عليه بما إذا لم تكن العين موقوفه على وجه خاصه لا يدخل فيها نحو ذلك كما إذا وقف بقره للحرث، فان الدرع يكون للواقف، و مرجعه الى جواز الوقف فى بعض المنافع دون بعض و لنا فيه نظر يأتى إن شاء الله تعالى.

[النظر الثانى فى الشرائط]

إشارة

النظر الثانى: فى الشرائط و هى أربعة أقسام:

[القسم الأول فى شرائط الموقوف]

القسم الأول: فى شرائط الموقوف و هى أربعة الأول أن تكون عينا مملوكة ينتفع بها مع بقائها، و يصح إقباضها، فلا يصح وقف ما ليس بعين كالدين معجله و مؤجله على الموسر و المعسر و كذا الكلى كما لو قال: وقفت فرسا أو ناضحا أو دارا و لم يعين و إن وصفها بأوصاف معلومه، بل و كذا المنفعة، لأن العين تطلق فى مقابل الثلاثه التى لا يصح وقف شىء منها للشك فى تناول أدله الوقف لذلك، و لاتفاق الأصحاب ظاهرا، و لأن المستفاد من

قوله (١) (صلى الله عليه و آله) «حبس الأصل و سبل الثمره»

و ما وقع من وقوفهم، اعتبار فعلية التهيؤ للمنفعة فى الأصل الذى يراد حبسه، و لا ريب فى انعدام التهيؤ فعلا للكلى المسلم فيه مثلا، و لذا لا تصح إجارته و لا غير الإجاره

مما يقع على المنفعة، لعدم ملكها لمن يملكه.

نعم يصح بيعه و الصلح عليه و غيرهما مما يقتضى نقله نفسه، بل وهبته إن لم يدل دليل على اعتبار الشخصيه فيها، و تهيؤه بعد القبض لا يقتضى ذلك قبله الذى هو مورد العقد فى الفرض.

و أما وقف كلى موصوف فى الذمه على نحو إجارته الذى أشار إليه المصنف بقوله «و كذا»

إلى آخره فيمنعه أولاً: عدم صلاحية عقد الوقف لإثبات نحو ذلك في الذمم، كغيره من عقد الهبة و الصدقة و نحوهما مما هو ليس عقد معاوضه، بل هو غير مملوك. و ثانياً: عدم تحقق الحبس و التسبيل فعلاً و تأخره إلى التعيين مناف لاعتبار تنجيزه، و مقارنه الأثر لسببه، و بذلك افترق عن الإجاره المقتضيه لملك دابه موصوفه عليه فعلاً، و تأخر تعيينها للوفاء لا ينافى ذلك، كما لا ينافى ذلك ملك عين الكلى فى ذمته، كل ذلك، مضافاً إلى ما فى جامع المقاصد، من دعوى الاتفاق على ما فى القواعد من عدم صحه وقف الدين و المطلق كفرس غير معين و عبد فى الذمه و ملك مطلق، قال: و المراد بالأخير أن يقف ملكاً من الأملاك أيها كان و لا يشخصه، و يجوز أن يراد به أن يقول وقفت ملكاً و يقتصر على ذلك».

قلت: قد يشك فى عدم صحه وقف عبد من عبيده المعينين على وجه يكون الموقوف فيها واحدا منهم بخصوصه و شخصه على البدل على نحو مذهب الإماميه فى الواجب المخير، و يتعين حينئذ بالقرعه، أو بتعيين الواقف، أو يكون الموقوف عبداً منها الصادق على كل منها، بل لعل هذا هو المتيقن فى الفرض على تقدير الصحه، ضروره عدم وقف كل منها بالخصوص على البدل، و إن جاز ذلك فى الواجب المحير لغه و عرفاً على وجه لا- يحتاج إلى تعيين من الأمر و لا- قرعه، بخلافه فى المقام المفروض فيه كون أحدهما، لا كل منهما، و فى محكى التذكرة عن الشافعيه فى أحد الوجهين صحته كصحه عتق أحد العبدین، و ربما يشعر به اقتصار المصنف الأولين فى التفریع على العين، اللهم إلا أن يريد بقريته قوله و لم يعين خصوص المفروض أو الأعم منه، و فى مفتاح الكرامه «قل من تعرض لعدم الصحه فى ذلك، و أول من تعرض له الفاضل فى التذكرة» لكن فى الرياض عن الغنيه الإجماع على عدم الصحه فى المنفعه و الدين و المبهم، و إن كنا لم نتحققه، و إنما الموجود فيها و فى المحكى عن السرائر الإجماع على كونه معلوماً مقدوراً على تسليمه مع بقاء عينه فى يد الموقوف عليه، مع أنه يمكن إرادته إخراج نحو وقفت شيئاً من أملاكى، و بطلانه حينئذ للإبهام المحض الذى يشك معه فى صلاحية كونه مورداً للعقد ان لم يظن العدم، و لعله المراد من الملك المطلق فى القواعد كما سمعته من جامع المقاصد فى تفسيرها بل لعله المراد من اعتبار العلم فيما حكيناه عن الغنيه و السرائر، ضروره إرادته

إخراج فاقده أصلا و هو المبهم المحض و بالجمله إن لم يكن إجماعا فالقول بالصحة لا يخلو من وجه خصوصا على المختار عندنا من صحة وقف المشاع المنافى لدعوى التشخيص، و لتحقق الحبس و التسييل فعلا فى أحدهما كالوصيه به لشخص و الجهل بعينه لا- يقدح بعد عدم اعتبار المعلوميه فيه كالبيع و الإجاره، فتأمل جيدا فإنه قد تكون المسأله مبنيه على جواز ملك الكلى فى الخارج بدون الإشاعه بناء على أن الموقوف ملك للموقوف عليه، و قد تقدم الكلام فيها فى كتاب البيع و غيره، و الله العالم.

و أما عدم صحه وقف المنفعه فلعدم تصور الحبس فيها، ضروره كونها مبنيه على الاستيفاء شيئا فشيئا، و دعوى- عدم اعتبار أصل التحيس فى الوقف، بل يكفى فيه تسييل المنفعه كما عن أبى الصلاح- يدفعها ظهور النص و الفتوى بخلافه بل يمكن دعوى ضروره المذهب أو الدين على ذلك، نعم نحو ذلك يشرع فى السكنى و الرقى و العمرى، و هى غير الوقف كما هو واضح.

و كيف كان فلا- إشكال كما لا- خلاف بيننا فى أنه يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث و الآلات المباحه و نحو ذلك مما ضابطه كلما يصح الانتفاع به منفعه محلله مع بقاء عينه لا كمنفعه أعيان الملاهى و نحوها، و لا ما لا منفعه له أصلا، أو لا منفعه له إلا- بإتلاف عينه، كالطعام و الشمع و نحوهما، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله و خصوصها فى بعض.

نعم عن أبى حنيفه عدم جوازه فى الحيوانات و الكتب، بل عن مالك فى مطلق المنقول، و عن أبى يوسف عدم جوازه إلا فى الأرض و الدور، و الكراع، و السلاح، و الغلمان تبعا للضيعه، إلا- أنها كما ترى مخالفه للنصوص من طرقنا، و طرقها عموما و خصوصا، و الإجماع و السيره المستمره فى وقف الحصير و القناديل و الزوالى و نحوها.

لكن هل يعتبر طول زمان المنفعه أولا؟- ظاهر الأكثر كما اعترف به فى الروضه و النصوص الثانى، فيصح حينئذ وقف ريحانه يسرع فسادها، و ربما احتمال الأول، بل هو ظاهر جماعه و صريح محكى التذكرة و التحرير، لدعوى الانسباق الممنوعه على مدعيها، و للمنافاه للتأييد المراد من الوقوف الذى يدفعها معلوميه عدم إرادته أزيد من عمر العين منه، و إلا لم يصح وقف أبدا، لعدم عين عمرها الأبد كما هو واضح.

و كذا لا يعتبر فعليه النفع، بل يكفى تأهله، فيصح وقف الفلو و الجحش، و العبد الصغار، بلا خلاف أجده، لإطلاق الأدله أيضا و كذا يصح وقف الكلب المملوك ككلب الصيد و الماشيه و الزرع و الحائط بناء على ملكيتها و السنور و غيرها من الحيوانات التى تدخل تحت الملك، و لها منافع مقصوده محلله، لحصول مقتضى الصحه حينئذ من ملك الأصل و لإمكان الانتفاع به المحلل مع بقاء العين.

نعم لو قلنا بعدم ملكها و أن لصاحبها حق الاختصاص، و لكن له الانتفاع بها اتجه حينئذ عدم صحه وقفها، بناء على اعتبار ملك الأصل، بل لعل قوله حبس الأصل و سبل الثمره يشمله، إذ لا دلالة فى الأصل على اعتبار كونه مملوكا و هو واضح، نعم لا يصح وقف الخنزير، لأنه لا يملكه المسلم و كذا غيره من كلب الهراش، و نحوه مما لا يدخل تحت يد المسلم على وجه يملك منفعتة بلا خلاف أجده فيه، أما الكافر فالأقرب صحه وقفه له على مثله، كما فى القواعد و غيرها، بناء على صحه الوقف منه لمعاملته معامله الملك فى حقه، و المراد بصحه الإقباض فى المتن القدره على تسليمه أو ما يشملها، و لذا قال و لا وقف الآبق لتعذر التسليم مفرعا له على ذلك، و هو جيد فيما يرجع منه إلى السفه، كالطير فى الهواء و السمك فى الماء، أما إذا لم يكن كذلك فلا دليل على عدم جوازه، لإطلاق الأدله التى ليس فى شىء منها ما يقتضى مقارنه إمكان القبض للعقد فى الصحه، بناء على اعتبارها فيها، بخلاف البيع المعتبر فيه، عدم الغرر، الذى هو بمعنى الخطر، و حينئذ فيقف الآبق فإن قبض بعد ذلك صح، و إلا فلا كما صرح به ثانى المحققين و الشهيدين، و أولى بالصحه وقفه على القادر على تسليمه لحصول الإقباض من المالك الذى هو بمعنى الإذن فيه من جهته، بل قد عرفت فى كتاب البيع قوه صحه بيع مثله، فضلا عن وقفه.

و هل يصح وقف الدراهم و الدنانير قيل: لا يصح و هو الأظهر عند المصنف وفاقا لجماعه من القدماء بل فى الدروس عن المبسوط الإجماع عليه إلا- ممن شذ، و الموجود فى المحكى عنه و عن الغنيه و السرائر نفى الخلاف فيه، لأنه لا- نفع لها إلا بالتصرف فيها و هو مناف للوقف المقتضى بقاء الأصل و قيل: يصح كما أرسله فى محكى المبسوط لأنه قد يفرض لها نفع مع بقائها كالترين بها، و دفع الذل و نحوها، فيتناولها حينئذ إطلاق الأدله، و لعله لذا استشكل الفاضل فى القواعد بل فى محكى التذكرة أن أصحابنا ترددوا، و فى محكى السرائر لو قيل بالجواز كان وجهها، و فى المسالك أقوى، و فى الدروس و محكى التذكرة و الحواشى و جامع المقاصد الصحه مع المنفعه، كالتحلى و نحوه.

قلت: و يؤيده الإجماع- فى الظهور فضلا عن النصوص، كما تقدم فى محله- على جواز إعارتها، و هى كالوقف فى اعتبار وجود المنفعه، و احتمال الفرق بينهما لا وجه له هذا كله فى خصوص الدراهم و الدنانير.

أما إذا اتخذت حليا أو اتخذ منها حليا فلا إشكال فى جواز وقفها، و عن التحرير أنه يصح وقف الحلى إجماعا و لو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه مع عدم الإجازة قطعا و لو أجاز المالك قيل: لا يصح- لا لأن الفضولى على خلاف الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد فيه، لأن الظاهر عدم الاختصاص، بل- لأن نيه التقرب شرط فيه، و لا يقوم الغير مقام المالك فيها و نيتها حين الإجازة غير نافعه، إما لا- اشتراط المقارنه للصيغه، أو لأن تأثير نيته فى الصحه غير معلوم، و الأصل بقاء الملك و اختاره الكركى وفاقا للمحكى عن المهذب و جامع المقاصد و التحرير فى موضع، و كأنه قال به أو مال إليه فى الروضه.

و قيل: يصح، لأنه بالإجازة صار كالوقف المستأنف و هو حسن وفاقا للمحكى عن التحرير فى آخر، و اللمعه و الحواشى و شرح الإرشاد و للفخر، و الروض و التنقيح، و ظاهر المسالك و غيرها، لأنه قسم من الصدقه التى ثبت بالنص جوازها من الفضولى فى مثل مجهول المالك و نحوه، و التقرب بمال الغير عن الفاعل غير مشروع أما عن الغير نفسه ففى

الأدلة ما يدل على مشروعيه كل ذلك، بناء على اعتبار نيه التقرب فيه على وجه يكون من العبادة، أما على القول بعدم اعتبارها أصلاً فلا ريب أن المتجه حينئذ الصحة.

و يصح وقف المشاع بلا خلاف أجده فيه عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل نصوص التصديق به مستفيضه أو متواتره، فيدخل فيه الوقف، أو يراد منه بل في الغنيه أنه مورد قوله (عليه السلام) حبس الأصل و سبل الثمره، فما عن الشيباني - من عدم الجواز لعدم إمكان قبضه - واضح الضعف لما عرفت و لأن قبضه هنا كقبضه في البيع كما هو واضح، و الله العالم.

بقي الكلام فيما يندرج في الضابط المزبور من جواز وقف من ينعق على الموقوف عليه، و قد صرح به الفاضل في قواعده، و وافقه عليه في جامع المقاصد لأن العتق إنما هو في الملك التام، بل عن غايه المراد الميل إلى ذلك، أو القول به، هذا.

و لكن الإنصاف عدم خلوه من النظر، و تسمع لذلك تتمه إن شاء الله تعالى، في صيروره الأمه الموقوفه أم ولد، إذا وطأها الموقوف عليه، فولدت منه فتعتق بموت السيد، و يؤخذ من تركته قيمتها للبطون المتأخره، و أما أم الولد فالمتجه عدم جواز وقفها بناء على انتقال الموقوف للموقوف عليه، لعدم جواز نقلها إلى الغير بجميع وجوه النقل، أما على القول ببقائه على ملك الواقف فقد يقال بالجواز، و تبقى حينئذ على الوقف إلى موت السيد، و لو مات ولدها قبله تأبد وقفها، و إلا عتقت من نصيبه و بطل وقفها.

و فيه أنه مناف للتأييد المعتبر فيه الذي يراد منه بناؤه عليه من أول الوقف، اللهم إلا أن يمنع اعتبار ذلك، أو يقال: كما عن بعض الشافعيه من بقاء منافعها للموقوف عليه و إن تحررت، كما لو آجرها و مات، و أما المدير فلا إشكال في جواز وقفه، و يكون حينئذ رجوعاً عنه، و لعله لذا حكى الإجماع عن التذكرة على جواز وقفه.

نعم الظاهر عدم صحه وقف المكاتب بقسميه، لانقطاع سلطنه المولى عنه، كما عن التذكرة التصريح به، و أما العين المستأجره و الموصى بمنفعتها شهراً مثلاً - فلا - يجوز للمستأجر و الموصى له وقفها، لأنه لا يملك إلا المنفعه، و قد عرفت جواز وقفها، أما المالك فلا بأس

به، و القبض حينئذ يكون بإذن الآخر، أو إلى انقضاء تعلقه.

نعم لو فرض مده الإجاره يستغرق عمر العين غالبا، و تأييد الوصيه بالمنافع لم يجز الوقف، ضروره كون العين حينئذ مسلوبه المنافع، كضروره عدم جواز الوقف في العين المملوكه التي تعلق بها حق الرهن، أو الدين لفلس و نحوه، فالغرض من الملك في الضابط الخالي من نحو ذلك، و يمكن أن يكون نظر المصنف و غيره في خروج ذلك إلى ما تسمعه من شرائط الوقف التام، و الله العالم.

[القسم الثاني في شرائط الواقف]

القسم الثاني: في شرائط الواقف و يعتبر فيه البلوغ و لو بالعشر و كمال العقل و جواز التصرف و لعل الأخير مغن عن الأولين و لذا اكتفى في اللعمه باشتراط الكمال، و في الدروس بأهليه الوقف، و في محكى السرائر و الغنيه كونه مختارا مالكا للتبرع به إجماعا، و الأمر سهل بعد معلوميه سلب عباره الصبي، و إن قلنا بشرعيه عبادته، و أن الوقف من العباده، و سلب عباده المجنون بقسميه، و أن المحجور عليه لفلس أو سفه لا يجوز له التصرف المالى بعباده أو غيرها، بل قد يشكل صحته منه مع الإجاره المتأخره بما عرفته سابقا في الفضولي، اللهم إلا أن يجعل ذلك من شرائط الصحه كالقبض، فلا يمنع التقرب بالصيغه حينئذ.

و على كل حال ف في وقف من بلغ عشرا مميذا تردد بل خلاف، فعن المقنعه الأول، و عن وصايا النهايه و المهذب جواز صدقته، بل في جامع المقاصد في الوكاله أن المشهور جواز تصرفه في الوصيه و العتق و الصدقه، و المشهور الثاني بل لعل عليه عامه المتأخرين، بل لعل الخلاف منحصر في خصوص المفيد بناء على إرادته ما لا يشمل الوقف من الصدقه في كلامهم، بل و لا دليل عليه، ضروره اختصاص خبر زراره عن أبي جعفر (عليه السلام) (١) في الصدقه على الوجه المعروف في البالغ عشرا.

و موثق جميل (٢) «عن أحدهما في صدقه الغلام إذا كان قد عقل»

و كذا موثق الحلبي و محمد

١-١ الوسائل - الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ٢.

و من هنا قال المصنف المروى جواز صدقته على أنه في المسالك مثل هذه الأخبار الشاذة المخالفة الأصول المذهب بل إجماع المسلمين لا تصلح لتأسيس هذا الحكم، و في جامع المقاصد لا تنهض معارضات للتواتر.

قلت: و لا ينافى ذلك جواز وصيته و لو بالوقوف للنصوص المعمول بها بين معظم الأصحاب مع حرمه القياس، و حينئذ فلا ريب في أن الأولى المنع بل هو الأصح ل ما عرفت، و معلوميه توقف رفع الحجر على البلوغ و الرشد و من المعلوم عدم تحقق الأول منهما ببلوغ العشر، و دعوى كونه بلوغا بالنسبة إلى خصوص

ذلك واصله المنع، ضروره أن البلوغ مرتبه خاصه لا تفاوت فيها في ذلك.

و كيف كان فلا- إشكال في أنه يجوز أن يجعل الواقف النظر في الموقوف لنفسه خاصه و لغيره كذلك و لهما معا على الاشتراك و الاستقلال، بل و لا خلاف إلا ما يحكى عن ابن إدريس، و الموجود في محكى السرائر عداد الشروط، و منها أنه لا يدخله شرط خيار للواقف في الرجوع فيه، و لا أن يتولاه هو بنفسه أو بغيره متى شاء هو، و ليست صريحه، و لذا نفى الخلاف عنه من دون استثناء غير واحد، و قطع به آخر، و نفى الشبهه عنه ثالث، و إلا كان محجوجا بعموم الأدله و خصوصها بل مقتضى الإطلاق نضا و فتوى عدم الفرق في ذلك بين كونه عدلا أو فاسقا كما صرح به غير واحد بل لم أجد فيه خلافا و إن احتمله في المسالك، لكن في الرياض تبعا للكفايه فيه قولان و لم نتحققه.

نعم قد صرح غير واحد باعتبارها في غيره، بل في الكفايه أنه المعروف من مذهب الأصحاب، بل في الرياض دعوى حكايه الاتفاق عليه، و إن كان فيه ما لا يخفى على المتتبع، بل في محكى التحرير لو جعل النظر للأرشد عمل بذلك، و لو كان الأرشد فاسقا فالأقرب عدم ضم عدل إليه، و قال أيضا: لو جعل النظر لأجنبي عدل ثم فسق ضم إليه

الحاكم أميناً، و يحتمل انعزاله بفسقه، و حينئذ فالمتجه عدم الفرق بين اشتراطها لنفسه و لغيره بالنسبه إلى ذلك، و ما فى سيدنا أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) من اعتبار الرضا بهديه و إسلامه و أمانته لا يدل على اشتراط ذلك فى أصل الناظر.

و على كل حال فى المسالك و غيرها أنه إن عادت العدالة إليه عادت النظاره إن كان مشروطاً من الواقف، و نحو ذلك قد ذكره فى الوصى، و الظاهر اختصاص ذلك فيهما من بين العقود لاقتضاء العموم فى دليل مشروعيتها من

قوله (عليه السلام) (٢) «الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله»

و قوله تعالى (٣) «فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» إلى آخره جواز ذلك، و هو جعل العنوان الشخص الموصوف من حيث الوصف، و من المعلوم عدم جواز مثل ذلك فى الوكاله، و نحوها على وجه تدور و كالتة مدارها وجوداً و عدماً.

ثم الناظر المشروط فى نفس العقد لازم من جهة الواقف، لا يجوز له عزله مطلقاً، لعموم الأمر بالكون مع الشرط، و إن كان لا يجب على المشروط له القبول، للأصل بل لو قبل: لم يجب عليه الاستمرار لما فى الدروس و الروضه من أنه فى معنى التوكيل.

و فى المسالك «لأنه غير واجب فى الأصل فيستصحب فإذا رد صار كما لا ناظر له ابتداء فيتولاه الحاكم، أو الموقوف عليه، و يحتمل الحاكم مطلقاً، لخروج الموقوف عليه من استحقاق النظر بشرطه، فعوده إليه يحتاج إلى دليل، بخلاف الحاكم فإن نظره عام».

قلت: قد يناقش فى جواز الرد بعد القبول بإطلاق الأمر بالوفاء بالعقد من المتعاقدين و غيرهما ممن له تعلق بالعقد، و القبول بالنسبه إليه حينئذ رضاه بما اشترط له منه، و دعوى أنه فى معنى التوكيل كما ترى، ضروره عدم الدليل و عدم القصد بل ربما يومئ فى الجملة إلى ما قلناه و جوب القيام بما تقتضيه النظاره عليه مع عدم الرد لكونه من مقتضى العقد المزبور، بل و ما ذكره أيضاً من أنه إن اشترط الواقف له شيئاً من الثمره عوضاً عن عمله جاز، و ليس له أزيد

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث ٢.

٣- ٣ سورة البقره الآيه ١٨١.

منه و إن كان أقل من الأجره و إن أطلق فله أجره مثل عمله إن لم يرد التبرع، ضروره ابتناء التزامه بالعوض القليل على كونه من مقتضى العقد اللازم الذى لا وجه عند التأمل فى جواز رده بعد قبوله، مع أن المردود من أجزاء مقتضاه، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

و لو جعل النظاره لاثنين مثلا اشتركا فيها على وجه لا يجوز لأحدهما الاستقلال على ما صرح به غير واحد و لا بأس به مع قصد الواقف ذلك لعموم

(١) «المؤمنون» (٢)

و «الوقوف»

المقتضى جواز جميع الصور المتصوره فى المقام من الاستقلال و الاشتراك فى الجميع و

البعض و غيرهما مما لم يكن فيها مانع من الشرع.

و لكن هل يحمل على الاشتراك المزبور بمجرد تعدد الناظر لا يخلو من إشكال، كالأشكال فى استقلال الآخر لو مات أحدهما أو انزل بفسق و نحوه، كما أوضحنا ذلك فى الوصى الذى لا مقتضى للفرق بينه و بين الناظر فى مثل هذه الأحكام التى مرجعها إلى فهم معنى، أو عموم دليل أو نحو ذلك، و منه يعلم ما فى المسالك من أنه لو اختص أحدهما بالعدالة أو بقى عليها ضم إليه الحاكم حيث لا يكون منفردا أو انضم إلى الموقوف عليه إن انتقل إليه النظر كما تقدم، فلاحظ و تأمل.

ثم إن وظيفه الناظر مع الإطلاق، ما يتعارف من ذلك من العماره و الإجاره و تحصيل الغله و قسمتها على مستحقها، و حفظ الأصل و نحو ذلك مما لا يجوز لغيره بعد فرض اشتراط النظر المنصرف عرفا إلى تولى شىء من ذلك.

و فى

التوقيع (٣) «و أما ما سألت عن أمر الرجل الذى يجعل لناحيتنا ضيعه فيسلمها من يقوم بها و يعمرها و يؤدي من دخلها خراجها و مؤنتها و يجعل ما بقى من الدخل لناحيتنا، فإن ذلك لمن جعله صاحب الضيعه لا يجوز ذلك لغيره.»

لكن فى المسالك «الإشكال فى ذلك من وجهين: (أحدهما) ما لو كان الموقوف عليه

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب الوقوف الحديث - ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢ - من أبواب أحكام الوقوف - الحديث - ٨.

متحدا، أما ابتداء أو لاتحاده في بعض الطبقات اتفقا، فإنه مختص بالغله فتوقف تصرفه فيها على إذن الناظر بعيد، لعدم الفائدة خصوصا مع تحقق صرفها إليه بأن تكون فاضله عن العماره و غيرها مما تقدم على القسمة نعم لو أشكل الحال توقف على اذنه قطعا، لاحتمال أن يحتاج إليها أو إلى بعضها في الأمور المتقدمة على اختصاص الموقوف عليه، (و ثانيهما) الأوقاف العامه على المسلمين و نحوهم التي يريد الواقف انتفاع كل من الموقوف عليه بالثمره إذا مربها كأشجار الثمار فإن مقتضى القاعده أيضا عدم جواز تصرف أحد منهم في شىء منها إلا بإذن الحاكم، و لا يخلو من إشكال، و تفويت لكثير من أغراض الواقف، بل ربما دلت القرينه على عدم إرادته الواقف النظر على هذا الوجه، بل يريد تفويض الانتفاع إلى كل واحد من أفراد تلك الجهة، فكأنه في قوه جعل النظر إليه، لكن هذا كله لا يدفع الأشكال لما تقدم من أنه بعد الوقف حيث لا يشترط النظر لأحد يصير كالأجنبي، و ينتقل الحكم إلى الحاكم فلا عبره بقصده خلاف ذلك، حيث لا يوافق القواعد الشرعيه، جعل مثل هذا الإطلاق نظرا الى كل واحد في حيز المنع، و بالجمله فهذه القواعد الشرعيه المتفق عليها، لا تدفع بمثل هذا الخيال، و ينبغي أن يقال: أن المتصرف على هذا الوجه يأثم خاصه، و يملك حيث لا يجب صرف الثمره في الأمور المتقدمه على صرفها إلى الموقوف عليه، و كذا القول في تصرف الموقوف عليه المتحد، أما المتعدد فلا، لأن قسمتها و تمييز حق كل واحد من الشركاء يتوقف على ناظر، فيكون كالتصرف في المال المشترك بغير إذن الشريك، فتستقر في ذمته حصه الشريك من ذلك، و لم أقف في هذه الأحكام للأصحاب على شىء فينبغي تحرير النظر فيه».

إلا أنه من غرائب الكلام، ضروره أنه لا استبعاد في توقف تصرف الواحد على إذن الناظر مع فرض اشتراطه من الواقف على هذا الوجه، لأن

«الوقف على حسب ما يقفها أهلها»

كما أنه لا وجه لدعوى توقف المنتفع بثمر شجر أو ماء بئر أو ظلال أو نحو ذلك مما يراد من وقفه الانتفاع لمن يمر به على إذن الحاكم، إذ هو و إن كان الناظر مع الإطلاق إلا أنه فيما لم يتجه المالك بوقفه له على هذا الوجه.

و دعوى - أنه أجنبي مع فرض أنه وقف على هذا الوجه - غريبه، و أغرب منها دعوى الإثم

بالتناول المزبور، و إن ترتب عليه الملك، لمنافاته السيره المستمره، و للمعلوم من قصد الواقف بوقفه على هذا الوجه، و لما ورد فى النص من أحقيه السابق من غيره و لغير ذلك، و كذا لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين المتحد و المتعدد مع فرض تراضى الشركاء فيما بينهم بالقسمه، فإن الناظر لا مدخله له فى ذلك إلا أن يشترط الواقف كما هو واضح.

بقى الكلام فيما ذكره المصنف بقوله فإن لم يعين الواقف الناظر كان النظر إلى الموقوف عليهم بناء على القول بالملك و نحوه فى القواعد و محكى التحرير و الجامع و غيرها، و إليه يرجع ما عن جماعه من إطلاق كونه للموقوف عليهم، و ما فى المسالك «من أنه إن جعلنا الملك للواقف أو للموقوف عليه مطلقا فالنظر إليه، و إن جعلناه للموقوف عليه إن كان معينا، و لله تعالى إن كان على وجه عامه، فالنظر فى الأول للموقوف عليه، و للحاكم الشرعى فى الثانى، و كذا غيرها مما صرح فيه بتولية الحاكم إن كان عاما و إن كان على معين و ليه بنفسه، لمعلوميه ابتناء ذلك على كونه فى العالم الله أو للفقراء، و على كل حال فالولى الحاكم».

لكن لم نعرف لهم دليلا يعتد به مع فرض إرادته أحكام الناظر المشترط التى تمضى إجارته على الأعقاب و نحوها، و كون العين و المنفعه ملكا لهم ما داموا أحياء لا يقتضى إثبات مثل هذه الولاية لهم.

نعم لهم تناول ما هو ملك لهم من دون استيدان، و لهم التصرف فى تنميته و إصلاحه و نحو ذلك مما هو من توابع الملك، و ليس لهم إهماله كما يهمل المالك ملكه كما أنه ليس لهم النظر فيه على وجه يمضى على البطون المتأخره، و من ذلك يظهر لك قوه ما حكاه فى الدروس عن بعضهم من احتمال كون النظر للحاكم عند الإطلاق فى الوقوف كلها، لتعلق حق البطون المتعاقبه، بناء على إرادته ما ذكرناه بقريته تعليقه، لا مطلق التصرف بها، و تناول ثمرتها و نحو ذلك مما لا ينافى حق البطون أو كان فيه مصلحة لها، بل يمكن تنزيل إطلاق الكلمات على ما ذكرناه من التفصيل.

و أما احتمال أنه للمالك، لأن النظر و الملك كانا له، فإذا زال أحدهما بقى الآخر، فإنه و إن حكاه فى الدروس، بل احتمله الفاضل فى محكى التذكرة، إلا أنه فى غايه الضعف، ضروره

خروج الواقف بعد الوقف و صيرورته كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك، و إنما كان له ماله تبعاً لملكه، و قد زال كما هو واضح. و الله العالم.

[القسم الثالث فى شرائط الموقوف عليه]

القسم الثالث: فى شرائط الموقوف عليه و قد اشتهر فيما بينهم أنه يعتبر فى الموقوف عليه شروط أربعة (١) الأول أن يكون موجوداً و الثانى: أن يكون ممن يصح تملكه و الثالث أن يكون معيناً و الرابع أن لا يكون الوقف عليه محرماً بل فى محكى الغنيه و السرائر الإجماع على كونه معروفاً متميزاً يصح التقرب بالوقف عليه، و هو ممن يملك، بل فيه أيضاً و محكى المبسوط نفى الخلاف عن عدم صحته على المعدوم الذى لم يوجد بعد و الحمل و العبد، بل فى الأخير أيضاً أن الذى يقتضيه مذهبنا أنه لا يصح الوقف على المجهول و المعدوم، كل ذلك

مضافاً إلى معلوميه اقتضاء «عقد» (٢) الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة أو هى مع العين، و المعدوم و غير القابل للملك لا يصلح لذلك لعدم صلاحيتهما للقبول الذى قد عرفت اعتباره فيه.

و حينئذ ف لو وقف على معدوم ابتداء لم يصح، كمن وقف على من سيولد له مثلاً- أو على حمل لم ينفصل فإنه و إن كان موجوداً أو صحت الوصيه له و عزل الميراث له، إلا- أنه بحكم المعدوم بالنسبة إلى الوقف للإجماع المزبور، أو لعدم قابليته للملك إلا- ما خرج بناء على صحه الوصيه له بمعنى التمليك الاختيارى الفعلى و لو بقبول وليه، بناء على ثبوت الولاية له قبل التولد لا الوصيه العهديه أو التملكيه المتأخر قبولها من وليه عن تولده، فإن ثبوتها لا يقتضى صحه الوقف.

أما لو وقف على معدوم قابل لذلك بعد وجوده فضلاً عن الحمل تبعاً لموجود (١١) قابل لعقد الوقف و مقتضاه من التملك للمنفعه فإنه يصح (١٢) بلا خلاف فيه

١- ١ و فى المتن « شروط ثلاثه أن يكون موجوداً، ممن يصح أن يملك، و أن يكون معيناً و أن لا يكون الوقف عليه محرماً إلى آخره».

٢- ٢ كلمه « عقد » ليست موجوده فى بعض النسخ.

بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص بعمومها و خصوص صدقاتهم مستفيضه أو متواتره فيه على معنى تملكه بعد وجوده مرتبا و مشاركا.

نعم لو بدء بالمعدوم ثم بعده على الموجود لم يصح على المعدوم قطعا لما عرفت، و لكن هل يقتضى ذلك بطلان العقد رأسا قيل: هو كذلك ف لا يصح حينئذ حتى بالنسبه إلى الموجود كما

هو المشهور، و فى المسالك نسبتبه إلى المصنف و المحققين لأن اللازم من الصحة أحد أمور ثلاثه معلومه البطلان، و هى: إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، أو وقوع الوقف المشروط أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف، ضروره أنه حال الوقف إن لم يكن موقوفا عليه فهو الأول أو الثانى، و إن فرض أنه البطن الثانى فهو الثالث.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى خلافه و مبسوطه يصح على الموجود قال فى الأول: إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد أو حمل لم يوجد أو رجل مجهول و ما أشبه ذلك ثم بعد ذلك على أولاده الموجودين فى الحال، و بعد ذلك على الفقراء بطل الوقف فيما بدء بذكره، لأنه لا يصح الوقف عليهم، و صح فى حق الباقيين لأنه لا دليل على إبطاله، و لا مانع يمنع منه، و قال فى الثانى ما حاصله أنه مبنى على صحه تفريق الصفقه التى اعترف بالقول بها، ثم إن كان من بطل الوقف فى حقه لا يمكن اعتبار انقراضه، كالوقف على معدوم أو مجهول صرفت منفعه الوقف إلى من صح فى حقهم فى الحال، و إن كان ذلك ممكنا كالعبد ففى صرفها إليهم أيضا و عدمه، بل تصرف إلى الفقراء و المساكين إلى انقراض العبد فترجع إليهم قولان.

و عن يحيى بن سعيد فى الجامع موافقته فى الصحه فى حق الباقيين، و كأنه مال إليه فى غايه المراد حيث أجاب عن دليل الأول بالتزام أن هناك موقوفا عليه و هم البطن الثانى فإن أمكن اعتبار انقراض الأول اعتبر ذلك فى جواز انتفاع البطن الثانى، لا فى نفوذ الوقف، و النماء حينئذ للواقف أو ورثته، كمنقطع الوسط، مع احتمال مساواته لمن لا يمكن انقراضه، و يقال فيهما أنه لما كان المصدر به محالا كان شرط الواقف كلا شرط، فلا يلزم بمخالفته محال، و اتباع

شرط إنما يلزم لو كان سابقا، و بطلان الوقف إنما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه لكنه موجود قطعا و الواسطه غير صالح للمانع.

و فيه- مضافا إلى ما عرفت- أنه مبنى على عدم بطلان العقد ببطلان الشرط الذى قد تقدم الكلام فيه فى محله، بل فى المسالك أنه مناف أيضا لاعتبار إخراج الواقف نفسه عن الوقف و لو وفاء دين أو غله سنه فى صحه الوقف، و تشبيهه له بمنقطع الوسط رد له إلى المتنازع فإنه بمثابة منقطع الأول بعد الانقطاع، و إن أراد فيما قبله فالفرق واضح.

و بذلك ظهر لك حينئذ صلاحية الواسطه للمانع و أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده بعد وضوح الفرق على العبد مثلا بينه و بين تبعض الصفقه التى يساويها وقف الشاه و الخنزير مثلا، أو الوقوف على العبد مثلا و زيد الذى صرح الأكثر بجوازه فى الثانى فى النصف، لتوجه القصد فى الأول إليهما فيصح فى الجامع و يبطل فى الفاقده، و فى الثانى إلى التشريك بينهما فيصح فى القابل، و يبطل فى الفاقده بخلاف الفرض الذى تترتب فى القصد بل هو قصد إلى المرتب الذى هو كالمركب فى اقتضاء انتفاء المرتب عليه انتفاءه، لعدم الترتيب حينئذ، بل لعل التأمل يقتضى البطلان بنحو ذلك فى منقطع الوسط، و منقطع الأخير بناء على مدخلية الترتيب فى المتأخر كمدخلية فى المتقدم، لاتحاد سلسله الترتيب، فمتى كان اختلال فى أولها أو وسطها أو آخرها بطلت، لأن المعنى الترتيبى واحد بالنسبه إلى الجميع.

اللهم إلا- أن يدعى بين المرتب عليه و المرتب فى العرف، و لكنه صعب مع التأمل و الا فلا إشكال فيه مع فرض قصد الواقف ذلك، و حينئذ يكون من تبعض الصفقه، بل لو فرض فى الأول أيضا كان كذلك فلا حظ و تأمل جيدا كى لا يخفى عليك ما فى الذى حكيناه عن غايه المراد من التشبيه بمنقطع الوسط، و ما سمعته من رده بما فى المسالك.

و كذا ظهر أيضا لك الحال فيما لو وقف على من لا يملك ثم على من يملك و إن كان فيه ال تردد و الخلاف المزبور و لكن المنع أشبه بأصول المذهب و قواعده لا- عرفت، و لا- أقل من أن يكون الوقف المفروض محل شك فى تناول الأدله، و لو الإطلاقات و العمومات فالأصل فيه الفساد، لكن لا

يخفى عليك أن بناء جميع ما سمعته من الأصحاب في المنع على خلو الوقف عن موقوف عليه- و لا ريب في كون ذلك مانعا و منافيا لتنجيز الوقف، من غير فرق بين ابتداء الوقف و في أثنائه، و في آخره، مما عساه يظهر من المصنف و الدروس من أن هذا الشرط إنما هو في ابتداء الوقف، و إلا فلا بأس بالوقف على المعدوم تبعا للموجود- لا يخلو من إبهام، ضروره أن الصحيح من الوقف على المعدوم تبعا هو ما لا يقتضى خلو الوقف عن موقوف عليه في أحد الأزمنه، و بهذا المعنى لو فرض في الأول يكون صحيحا للعمومات بمعنى أنه يقف على الموجودين ما دام لم يولد له مثالا و متى ولد له كان الوقف عليهم على وجه يكونون هم المقدمون، و دعوى عدم صحه هذا أيضا ممنوعه على مدعيها، و إن كان سيأتى من المصنف ما يوهمها، و هو قوله «و لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز و بطل الوقف» إلا أنه في نقل الوقف من أصله عنهم، و هو غير ما نحن فيه مع أن ظاهر الشهيد في الدروس و غيره جوازه كما تسمعه في محله إن شاء الله تعالى.

و كيف كان فقد عرفت أنه لا خلاف بيننا كما لا إشكال في أنه لا يصح الوقف على المملوك بجميع أفراده المشتركة في عدم قابليته للملك الذي قد عرفت أنه من مقتضى الوقف.

نعم لو قلنا بأنه صح الوقف عليه و إن كان محجورا عليه، بل في عدم اعتبار إذن مولاه في القبول وجه، و ما عن بعض العامه- من جواز الوقف عليه على الأول و يكون لسيدة واضح البطلان، ضروره كون الوقف عقدا و هو تابع للقصد ف لا ينصرف الوقف إلى مولاه ل كون المفروض أنه لم يقصده بالوقفيه و إنما كان قاصدا للعبد و كذا لا خلاف و لا إشكال في أنه يصح الوقف على المصالح الراجعه إلى كافه الناس أو بعضهم كالقناطر و المساجد لعموم الأدله و لا ينافى ذلك عدم قابليتها للملك لأن الوقف في الحقيقه على الناس المسلمين (١١) و إن وقعت هي في اللفظ و القصد الأولى لكن (١٢) المراد حقيقتهم باعتبار انتفاعهم في ذلك ف هو (١٣) حينئذ صرف إلى بعض مصالحهم (١٤) و كذا الوقف على أكفان الموتى

و مؤنه حفر قبورهم بل و على العبيد المعدين لخدمه البيت و الحضرات المشرفه و الأماكن المعظمه، بل و البهائم كذلك لرجوع الأمر فى ذلك كله إلى ما عرفت، بل يمكن القول بصحة الوقف على الجهات الخاصه، كالوقف على كتب زيد و مدرسته مثلا لأنه فى الحقيقه وقف على زيد أن يصرفه فى مصلحه خاصه.

نعم يحتاج مع ذلك إلى ما يكون به مؤبدا، ضروره اتحاد الجميع فى المدرك، و أما

المرسل فى الفقيه فى باب فضل المساجد (١) إنه سئل عن الوقوف عليها، فقال لا يجوز، لأن المجوس وقفوا على بيوت النار»

المراد به على الظاهر ما رواه هو و

الشيخ فى التهذيب من خبر الصحارى (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قلت له: «الرجل اشترى دارا فبقيت عرصه فبناها بيت غله أوقفه على المسجد، فقال: إن المجوس أوقفوا على بيوت النار»

الذى هو مع شذوذه و ضعف سنده- و احتمالاه الوقف على نفس المسجد أو للتزيق و الزخرفه

أو وقف الأولاد للخدمه كما كان فى الشرع السابق و غير ذلك و إن بعد- فيمكن حمله على إداره بيان الأولويه بالجواز مما ذكر فيه من التعلل، فيكون حينئذ مؤيدا، لترك «لا» فى بعض النسخ فى المرسل الذى يكون حينئذ صريحا على هذا التقدير فى الجواز الموافق لما دل على الأمر بعمارتها و كنفها و غير ذلك مما يكون الوقف مقدمه له، و الله العالم.

و لا يقف المسلم على الحربى، و إن كان رحما وفاقا للمشهور كما عن المسالك، بل قد تشعر عبارته بعدم الخلاف كما عن ظاهر التنقيح، و إن كان فيه حينئذ ما ستعرف، للنهى عن موادته و بره، و لأنه مباح المال على وجه ينافى صحة الوقف عليه التى يترتب عليها عدم جواز تناوله منه كما أومى إليه بتعليل المنع فى الدروس بذلك.

لكن عن كثير من القدماء إطلاق جوازه على الكافر- بل عن مجمع البيان الإجماع على جواز أن يبر الرجل على من شاء من أهل الحرب قرابه كان أو غير قرابه، و إنما الخلاف فى إعطائهم الزكاه و الفطره و الكفارات، فلم يجوزه أصحابنا، و فيه خلاف بين الفقهاء- لعموم

قوله (٣)

١- ١ الوسائل- الباب- ٤٤- من أبواب أحكام المساجد الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٤٤- من أبواب أحكام المساجد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١- ٢.

(عليه السلام) «الوقوف على حسب»

إلى آخره ونحوه والحث على الإحسان والمعروف و صله الأرحام، وربما كان فيه تأليف لقلوبهم وميلهم إلى الإسلام، ولأن

«لكل كبد حرى أجر (١)»

والنهي عن المواده من حيث كونه محادا و محاربا، وإلا- لحزم محادثتهم والتعارف معهم ونحوه، و تحريم تغييره من حيث كونه وقفا، لا ينافى جوازه من حيث كونه مال حربى، لا أقل من أن يكون التعارض من وجه، و لا ريب فى رجحان الأخير، و مع الإغضاء عن ذلك كله، فالنهي عن المواده لا يقتضى الفساد إذا كانت فى عقد من العقود بل أقصاها الإثم.

و لكن فيه- بعد إمكان إرادته خصوص الذمى الذى ستعرف الحال فيه من الإطلاق كما عن الشهيد و جماعه، و أن يراد من معقد الإجماع المزبور ما لا- يشمل الوقف عليهم، الذى هو أولى بالمنع من الوصيه التى أطبقوا على ما قيل إلا من شذ على عدم جوازها له بل ظاهر المبسوط الإجماع على ذلك- أن ضروره الشريعه تقتضى الحث على قطع رحم الكفر، و على الإسائه لهم بكل ما يمكن، لأنهم شر دواب الأرض المؤذيه و أن الفساد على تقدير اعتبار القربه فيه واضح، لمعلوميه عدم كون العباده محرمة، بل و على العدم أيضا للنهي عن نفس العقد الذى هو فرد المقتضى للبر و المواده كالنهي عن فرد الإعانه على الإثم، و ليس هو الأمر خارجى كالبيع وقت النداء و الظاهر أن ذلك مبنى الفساد عندهم، لا ما فى الرياض من عدم صلاحيه الحربى للملك الذى هو مقتضى الوقف، و لا أقل من أن يكون محل شك، و الأصل

الفساد، إذ هو كما ترى مناف للضروره و ما سمعته من إباحه ماله لا يقتضى ذلك، بل هو ظاهر فى خلافه كظهور أدله التمليك فى ذلك أيضا، بل هو كالضرورى من مذهبنا.

نعم قد يتوقف بناء على الصحه فى تملك المسلم منه بالاغتنام و نحوه، لكونه وقفا لمسلم جامعا للشرائط، اللهم إلا أن يرجح ما دل على أن ماله فى ء للمسلمين على ذلك بعد فرض تناول ذلك لمثل هذا المال له، كما أو مانا إليه سابقا، و هو أمر آخر غير ما نحن فيه، فتأمل جيدا و الله العالم.

و أما القول بجواز أن يقف المسلم على الذمى و لو كان أجنبيا فهو محكى عن التذكرة و التبصره، و موضع من التحرير و الدروس و إيضاح النافع، بل لعله لازم للقائل بجواز الصدقه عليه الذى نسبه فى المسالك إلى الأشهر، بل فى الكفايه إلى المشهور، بل قيل لم يحك الخلاف فيه إلا عن الحسن، و منه ينقدح الاستدلال عليه بالنصوص الداله على ذلك، مضافا إلى عموم المقام، بل و عموم الإحسان و المعروف و صله الرحم و غيرها، بعد قوله (تعالى) (١) «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ .» و إلى فحوى ما دل على جواز الوصيه من الإجماع المحكى، أو النصوص و إلى ما سمعته من إجماع مجمع البيان، بل لا ينافى ذلك القول باعتبار القربه فيه بعد فرض شمول الأدله له، ضروره

عدم المانع من كونه مقربا إلى الله تعالى، و إن كان على أهل الذمه كالصدقه، و بذلك يظهر لك ضعف القول باختصاص الجواز فى الرحم- و إن حكى عن الشيخين و أبى الصلاح و بنى حمزه و زهره و سعيد و إدريس، بل فى جامع المقاصد أنه المشهور، بل فى الخلاف الإجماع عليه، بل قد يظهر من الغنيه نفى الخلاف فيه-

للمرسل (٢) «إن صفيه وقفت على أخ لها يهودى فأقرها النبى (صلى الله عليه و آله)»

ضروره عدم دليل صالح للاختصاص، و إن زاد الرحم بما دل على رجحان صلته و الوقف على الأرحام، بل يمكن إرادته القائلين وضوح القول بالجواز فيهم، لا- الجزم بنفيه عن غيرهم، و حينئذ لا يكون مخالفا للمختار، و كذا القول باختصاصه فيما إذا كان أحد الأبوين مع أنا لم نتحقق القول به إلا ما يحكى عن السرائر مع أن المنقول عنها فى موضع آخر التصريح بجوازه على مطلق الأرحام، كما لم نتحقق الدليل له إلا- المرسل فى محكى المراسم «إذا كان الكافر أحد أبوى الواقف كان جائزا» و الأمر بمعارضتهما بالمعروف و هما غير صالحين للدلاله على الاختصاص، و أما القول بالمنع، و إن حكى عن سلال و ابن البراج و الفخر و الشهيد فى الحواشى المنسوبة إليه لكن لا دليل لهم سوى ما سمعته فى الحربى الذى يجب الخروج عنه بما عرفته هناك كما هو واضح، هذا.

و لكن فى الرياض المناقشه فى أصل دلالة العمومات على الجواز مطلقا بكون المراد من

قوله (عليه السلام) «الوقوف»

إلى آخره و غيره، الوقوف الصحيحه المتضمنه لشرائط الصحه التى منها

١- ١ سورة الممتحنه الآية- ٨.

٢- ٢ المغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٢٢٢ طبعه بيروت دار الكتاب العربى سنة ١٩٣٢.

قصد القربة، و هي فرع الأمر بالوقف أو مطلق الصدقة عليهم و المبره بهم، و لا أثر له في الشريعة لا في الكتاب و لا في سنه، فكيف يقصد التقرب بشئ ء لم يرد به أمر أو حث أو ترغيب نحو ما ورد في المستحبات الشرعيه، و بذلك يظهر لك الجواب عن الاستدلال ب

قوله (عليه السلام) «لكل كبد حرى أجر»

و بآيه «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ» إلى آخره فإن غايتها الداله على ثبوت الأجر، و عدم النهى عن الموده، و هما لا يستلزمان الأمر بالوقف أو الموده حتى يتحقق فيه قصد القربه المشترطه فى الصحه، مع معارضتهما بعموم دليل المنع، حتى يتحقق فيه قصد القربه المشترطه فى الصحه، مع معارضتهما بعموم دليل المنع، و هو قوله تعالى (١) «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ» إلى آخره، مع أنى لم أجد لهذا القول عدا الماتن هنا و فى الشرائع قائلًا، إلى أن قال: فهو ضعيف غايته.

و هو من غرائب الكلام و ما كنا لنؤثر أن يقع ذلك منه لا فى النظر و لا فى التبع، إذ قد عرفت أنه قول غير المصنف أولاً، و ثانيا لا يخفى عليك- بعد الإغضاء عما فى تقييد

العمومات بالصحيحه المقتضى لعدم استفاده الصحيح منها حينئذ، و الإغضاء عن شرطيه نيه القربه- أنه يكفى فى ذلك إطلاق ما دل على استحباب الوقف، و أنه من الصدقه الجاريه، ضروره عدم الفرق بين متعلقه و متعلق أوامر الصدقه بين المسلم و الذمى خصوصا بعد

الخبر «أن لكل كبد حرى أجرا»

و كذا ما دل على الأمر بالإحسان و بالمعروف و فعل الخير و نحو ذلك، بل قوله تعالى (٢) «لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ» إلى آخره كاف فى ثبوت الحث على برهم، و الإقساط إليهم بالموده، «فَإِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ وَ الْمُحْسِنِينَ، وَ يَأْمُرُ بِالْإِحْسَانِ (٣)» و أغرب من ذلك قوله فى «غايتها» إلى آخره و بالجمله هو من غرائب الكلام، و الله هو المؤيد و المسدد و الحافظ من زلل الاقدام و الأقدام.

هذا كله فى الوقف عليهم أنفسهم من حيث أنهم من بنى آدم، و يمكن تولد مسلم منهم، بل يمكن صيرورتهم مسلمين، بخلاف ما لو وقف على الكنائس و البيع التى هى معابدهم فإنه لم يصح بلا خلاف أجده فيه بل عن ظاهر المبسوط و الغنيه

١- ١ سورة المجادله الآيه- ٢.

٢- ٢ سورة الممتحنه الآيه- ٨.

٣- ٣ سورة البقره الآيه- ١٩٥- و سورة النحل الآيه ٩٠.

نفيه بين المسلمين لكونه إعانه لهم على ما هو محرم عليهم من التعبيد فيها و نحوه و بذلك افترق عن الوقف عليهم لا بقصد شىء من ذلك و إن صرفوهم فى المحرم، و على المسلمين

أو مصالحهم كمساجدهم و قناطرهم و نحوها مما يستحب إعانتهم عليه هذا.

و لكن فى المسالك بعد أن ذكر وجه المنع بنحو ما قلناه قال: و أما تعليل المنع - بأن من جملة مصرف الوقف عمارتها و هى محرمه، بخلاف عماره المساجد، و باقى مصالح أهل الذمه - فغير مطرد، لأن من الكنائس ما يجوز لهم عمارتها بل هو الأغلب فى بلاد الإسلام، و تخصيصه بكنيسه لا - يجوز إحداثها كالمحدثه فى أرض الإسلام، أو أرضهم بعيد عن الإطلاق من غير ضروره».

و فيه أن عدم منعنا لهم عن ذلك لكونه من مقتضى عقد الذمه، لا يقتضى الجواز لهم فى الواقع، بل هو محرم عليهم، و حينئذ لا يجوز الوقف منا لهم على هذه الجبهه، بالإعانه على الإثم، نعم لا بأس فى الوقف على المصالح الراجعه إليهم الجائزه لهم كبناء دورهم و نحوها، لأنه كالوقف عليهم.

و كذلك فى عدم الصحه لو وقف على معونه الزناه فى زناهم من المسلمين فضلا عن غيرهم، أو قطاع الطريق أو شاربى الخمر أو غيرهم لا اشتراكهم معهم فى الدليل الذى هو النهى عن الإعانه على الإثم، و الوقف بهذا القصد فرد منها، فبناء على اعتبار القرية فيها فالأمر واضح، و على العدم يبطل لكون النهى عنه نفسه باعتبار أنه إعانه، نحو ما سمعته فى المواده و كذا لو وقف على كتب ما يسمى الآن بالتوراه، و الإنجيل بلا خلاف أجده فيه كما عن التذكرة و كذا المبسوط، لا لأنها منسوخه، فإن ذلك لا يقتضى حرمه النظر فيها كالمنسوخ من القرآن و إن توقف فيه فى جامع المقاصد لاختلاف الملتين بخلاف منسوخ القرآن إلا أنه كما ترى بل لأنها محرفه و لو فى الجملة و به صارت من كتب الضلال التى لا يجوز نسخها و النظر فيها لغير النقض و لذا

غضب رسول الله (صلى الله عليه و آله) على عمر لما رأى فى يده شيئا من التوراه (١) «و قال له: أ فى شك أنت يا بن الخطاب، أ لم آت بها بيضاء نقيه،

و لو كان أخى موسى حيا لما وسعه إلا اتباعى»

و لو وقف عليها بقصد الوجه الذى يجوز له إمساكها و النظر فيه جاز، لكونه حينئذ طاعه إلا أن الفرض لما كان نادرا أطلقوا المناع من الوقوف عليها، و كإطلاقهم المنع على الحربى، و البيع مع إمكان فرض جهه راجحه يجوز لها ذلك، لكنه بعد تسليم إمكان فرضه خروج عن محل البحث كما هو واضح. هذا كله فى وقف المسلم.

و أما لو وقف الكافر على البيع و الكنائس أو أحد الكتابين جاز بلا خلاف أجده فيه كما عن المقتصر الأعراف به بل عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه.

نعم فى جامع المقاصد بعد أن افتى بالجواز قال: «و فيه وجه آخر» و على كل حال فالمعروف الأول إقرارا لهم على دينهم، لكن فى المسالك هو يتم بناء على عدم اشتراط

القربه، أما معه فمشكل من حيث إن ذلك معصيه فى الواقع، فلا يتحقق معنى القربه بها إلا أن يراد قصدها فى الجملة و إن لم تحصل، أو قصدها ممن يعتقد حصولها، و هذا هو الظاهر، و الأصل فى ذلك ما عن الآبى فى كشفه قال: سألت المصنف عن وجه عدم الصحه أى الذى ذكره فى النافع، فأجاب بأنه يمكن أن يقال: أن نيه القربه شرط فى الوقف، و لا يمكن ذلك فى الكافر، فلا يصح منه الوقف.

و ناقشه فيه بأن لقائل أن يمنع المتقدمين، و الوجه الصحه، إذ كل قوم يدينون بدين و يعترفون بمعبود يتوجهون إليه، و تبعهما فى الرياض، فإنه بعد أن حكى عن المصنف احتمال عدم الجواز لتعذر النيه قال: و فيه نظر، لاختصاصه بالمعطله و الدهريه.

و فيه أن الجواز الإقرارى غير محتاج إلى شىء من ذلك، ضروره أنه كوقف الخنزير و نحوه، و أما الجواز الواقع الذى ينبغى فرضه فى الجامع لشرائط الصحه عندنا، سوى أنه من كافر لا فى نحو المقام الذى باطل عندنا، و الفرض اشتراكهم فى الفروع معنا، و حينئذ فلا ريب فى الفساد بناء على أن الوقف من العبادات المعتر فيها النيه المتوقفه على تحقق الأمر، و ليس هى إلا

بالصحيحة الجامعه للشرائط التي منها الإسلام، و دعوى الاتفاق على الصحة من الكافر في وقفه الجامع يقتضى ما أشرنا إليه من عدم اعتبار نيه القربه فيه، و إلا لم يكف القصد المزبور، ضروره شرطيه الإسلام في صحة عباداتهم الجامعه للشرائط، فضلا عن محل الفرض الذى ليس موضوع عبادته فى الواقع، و المذهب على اشتراكهم معنا فى الفروع و لعل ذلك هو مراد المصنف كما وقع له فى العتق، بل كذلك الكلام فى الوقف من فرق المسلمين المخالفه للحق، فإنه باطل على اعتبار القربه لمعلوميه اشتراط الإيمان فى صحه العباده».

و أما الوقف عليهم فالظاهر جوازه لنحو ما سمعته فى الوقف على الذمى، إلا ما كان ملحقا منهم بالحربى كالخوارج و الغلاه و النواصب و نحوهم مما لم يثبت شرعيه الوقف عليهم إن لم يكن الثابت من الأدله خلافه، و هو معنى آخر غير اشتراط القربه، و عليه يتفرع عدم جواز الوقف على الفاسق من حيث كونه كذلك، و كذا الكافر و المخالف على وجه لا يكون من الإعانه على الإثم، فليس حينئذ إلا اعتبار مشروعيه جهه الوقف فى الصحة فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع، و مما ذكرنا يعلم وجه الصحة فى وقف الكافر على بيوت النيران و قرابين الشمس و الكواكب كما هو المحكى عن المقنعه و المهذب و الكافى و الوسيله و السرائر و الدروس و المقتصر، بل و ظاهر النهايه و الجامع، إذ هى إما أن يراد منها الصحة الإقراريه إن كانوا ممن يقرون على ذلك، نحو قولهم بصحة وقف الذمى الخنزير على مثله، أو مبنى على عدم اعتبار نيه القربه فى الوقف، بل و على عدم اعتبار مشروعيه الجهه فى الوقف فى الواقع، لكن عن المختلف و التنقيح التصريح بعدم صحة ذلك، و هو مبنى على إرادته الصحة الواقعيه لا الإقراريه، و أن القربه معتبره فيها أو مشروعيه الجهه و الله العالم.

و المسلم إذا وقف على الفقراء انصرف عرفا إلى إرادته فقراء المسلمين دون غيرهم و إن كان اللفظ جميعا معرفا، و مقتضاه الاستغراق، إلا أن شهادته الحال عرفا تكفى فى تخصيصه و من هنا لو وقف الكافر كذلك بأن جعل عنوان وقفه الفقراء انصرف إلى فقراء نحلته أيضا لما عرفت بلا خلاف أجده فيهما، و ليس هو من الحقيقه العرفيه حتى يبنى على مسأله تقديمها على اللغويه أو بالعكس كما توهم، بل

هو من القرينه على إرادته الاختصاص، بل الظاهر قيامها على إرادته فقراء أهل مذهبه، لا غيرهم كما اعترف به بعضهم، بل يمكن إرادته الأ-كثر له، و إن أطلقوا، إلا- أنه كان بصدد بيان عدم دخول فقراء الكافرين من حيث كون الواقف مسلما، من المحققين كان أو المبطلين، أما لو فرض كونه إماميا فشهد هذا الحال الذى ذكرناه بنفسه قائم أيضا على إرادته الفقراء من الإماميه دون غيرهم، وهكذا إلا مع القرينه الداله على إرادته خلاف قرينه الإطلاق، و كذا لو جعل العنوان فقراء بلد أو بلد مخصوص.

نعم لو لم يكن فى البلد إلا- فقراء غير مذهبه، و كان عالما بذلك أتجه حينئذ الصرف إليهم للقرينه، أما إذا لم يكن عالما فلا يبعد بطلان الوقف لعدم الموقوف عليه خلافا لما فى المسالك من أن الأولى الصحه عملا بالعموم المتناول للموجودين و حملا للوقف على الوجه الصحيح، و فيه ما لا يخفى بعد فرض انصراف الإطلاق إلى ما ذكرناه و عدم القرينه إلى غيره.

و لو وقف على المسلمين انصرف إلى من صلى إلى القبلة كما عن الأكثر، بل المشهور، و هى الكعبه المشرفه، أى تدين بالصلاه إليها و إن لم يفعل، خلافا لما عن المفيد من اشتراط الفعل، بل الظاهر ما صرح به غير واحد من دخول أطفالهم و مجانينهم و المستضعفين منهم و نحوهم ممن محكوم بإسلامه شرعا للتبعيه، بل و الإناث و إن كانت الصيغه للذكور، إلا أن المراد منها الجنس.

نعم يخرج عنهم كل من حكم بكفره، و لو لسب و نحوه، و إن انتحل الإسلام كالخوارج و الغلاه و نحوهم ما لم يكن الواقف منهم، و إن احتمال دخولهم فى الرياض، لكنه فى غير محله، من غير فرق فى ذلك كله بين كون الواقف من المسلمين محقا و غيره، للعموم.

وقيل: إن كان الواقف محقا اختص الوقف بقبيلته بشاهد الحال، كما لو وقف على الفقراء، و لمنع صحه الوقف على غير المحق، بناء على اعتبار القربه فيه، و فيه منع شهادته بذلك، و لا تلازم بين اقتضائه فى لفظ الفقراء، و اقتضائه فى لفظ المسلمين، و إلا لاقتضى فى لفظ الناس و بنى آدم و نحوهم، و التعليل بعدم صحه الوقف على غير المحق خروج عن محل البحث، أولا، و ممنوع ثانيا و إن قلنا باعتبار القربه فيه، كما أوضحنا سابقا.

و منه يعلم ضعف ما عن الحلبي من خروج غير المؤمن إن كان مبناه الحكم بكفره على وجه لا- يجوز الوقف عليه كما أن من ذلك كله يظهر لك الحال فيما أظن فيه في الرياض خصوصا بعد ملاحظه كون المرجع في المسأله الفهم عرفا و لو بشاهد الحال، فيكاله حيثذ إلى الوجدان كما في نظائره أولى من إقامه الدليل و البرهان، و كذا في الدروس من أن الرجوع إلى الاعتقاد قوى، و إن خفى بنى على تحقق الإسلام و الكفر و هو فى علم الكلام، و الله العالم.

و لو وقف على المؤمنين انصرف إلى الاثنى عشرية، و قيل: و القائل الشيخ و جماعه إلى مجتنبي الكبائر منهم التى منها الإصرار على الصغائر و الأول أشبه لعدم الدليل على اعتبار ذلك فى الإيمان بل ظاهر الأدله خلافه بل استقر المذهب الآن على ذلك بل هو المحكى عن التبين للشيخ قائلا أنه كذلك عندنا، مشعرا بالاتفاق عليه، و عن الحلبي و الديلمى و كافه المتأخرين، بل ظاهر المصنف و الأكثر على ما اعترف به بعضهم بل فى الرياض نسبتبه إليهم عدم الفرق فى الانصراف المزبور بين كون الواقف منهم أو من غيرهم.

لكن فى المسالك بعد أن ذكر أن للإيمان معنيين، عام، و هو التصديق القلبي بما جاء به محمد (صلى الله عليه و آله)، و هو أخص من الإسلام، و خاص، و هو أيضا قسمان أحدهما أنه كذلك مع العمل الصالح، فصاحب الكبيره ليس بمؤمن و الثانى الاعتقاد بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام، و هو المتعارف بين الإماميه و ذكر ما اقتضاه ظاهر المصنف و الأكثر قال: «و هو مشكل لأن ذلك غير معروف عنده، و لا قصده متوجه إليه، فكيف يحمل عليه، و ليس الحكم فيه كالمسلمين فى أن لفظه عام فينصرف إلى ما دل عليه اللفظ، و إن خلاف معتقد الواقف كما تقدم، لأن الإيمان لغه هو مطلق التصديق، و ليس بمراد هنا و اصطلاحا مختلف بحسب المصطلحين، و المعنى الذى اعتبره أكثر المسلمين هو المعنى العام، فلو قيل بحمله عليه إذا كان الواقف غير إمامى كان حسنا، أو يقال: إذا كان من الوعيديه يحمل على معتقده أو من الإماميه، فعلى معتقده، أو من غيره فعلى معتقده عملا بشاهد الحال و دلالة العرف الخاص و القرائن الحاليه، و لو كان الواقف إماميا و عيديا كما اتفق لكثير من قدمائنا تعارض العرفان، و لعل حمله على المعنى المشهور و هو الأخير أوضح لأنه أعرف» و تبعه على ذلك فى الرياض.

قلت: قد يقال: إن نظر الأصحاب إلى أن هذا الاختلاف في مصداق المؤمن الموجود في الكتاب و السنه النبوه و أخبار الأئمه (عليهم السلام)، و ليس هو تعدد اصطلاح منهم، و حينئذ فمن أوقف أو أوصى و جعل العنوان المؤمن نفذ فيما هو مصداقه واقعا، لظهور إرادته الواقع من كل متكلم إذا كان من قبيل لا يعرف اختلاف علمائه في ذلك، بل لعله كذلك و إن كان خلاف ما اعتقده الواقف، إلا أن تكون قرينه على إرادته بوقفه ما يزعم أنه مصداق له، و مجرد الاختيار في التفسير لا يصلح قرينه على ذلك، و لا- ريب في أن المؤمن في العرف السابق، المصدق قلبا بمحمد (صلى الله عليه و آله)، و ما جاء به، و في العرف الحادث المصدق مع ذلك بإمامه الأئمه الاثني عشر (عليهم السلام)، فهم المؤمنون حينئذ حقا.

نعم يعتبر فيهم عدم صدور ما يخرجهم عن الايمان إلى الكفر من سب و إنكار ضرورى المذهب و نحو ذلك، مثل ما سمعته في المسلم بالنسبه إلى ذلك، بل و بالنسبه إلى إدخال أطفالهم و مجانينهم مما هو محكوم بإيمانه بالتبعيه، بل و المستضعف منهم، و كأنه أشار إلى بعض ما ذكرنا في الدروس حيث اعتبر اعتقاد العصمه في الاثني عشر مع الإمامه، و لعله لأنها من ضروريات المذهب الذى يقتضى إنكارها- من أهل المذهب الكفر، و إن نظر فيه في المسالك قال: «و يلزمه اشتراط اعتقاد أفضليتهم على غيرهم من معتقدات الإماميه المجمع عليها، و الفتاوى خاليه عنه، و الظاهر يشهد بخلافه» لكن فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه، و الله العالم.

و لو وقف على الشيعه فهو في عرفنا الآن للإماميه خاصه كما اعترف به في الرياض، بل في المسالك حكاه عن بعض من تقدمه، لكن قال: هو غريب بناء منه على أن الشيعى من شائع عليا (عليه السلام) في الإمامه مقدا له على غيره بعد النبى (صلى الله عليه و آله).

و حينئذ فيندرج فيهم الجاروديه و الإسماعيليه من فرق الزيديه دون غيرهم و الكيسانيه و الواقفيه و الفطحيه و غيرهم، الا- أن المصنف اقتصر على الجاروديه من فرق الزيديه للقول: بإمامه الشيخين من باقى فرقهم و انقراض الطوائف الأخر.

و على كل حال فالقول بالانصراف المزبور هو المشهور بين الأصحاب كما فى المسالك و لا يختص به فرقه نحلته الواقف خلافا للمحكى عن ابن إدريس فقال: «إن كان الواقف من احدى فرق الشيعة حمل كلامه العام عليه، و صرف فى أهل نحلته دون من عداهم، عملا بشاهد الحال» و عن التذكرة نفى البأس عنه، و هو كذلك مع فرض قيام قرينه عليه و إلا فالحكم لمصداق اللفظ فى الواقع كالمسلم، و مع فرض الاختلاف فى مصداق الشيعى فالحكم على حسب ما قلناه فى المؤمن، و هو واضح، كوضوح الانصراف الآن من هذا اللفظ- لو كان الواقف اثنى عشرىا- إليهم خاصة، و لا يدخل فيه أحد من الجاروديه أو غيرهم و لعل كلام الأصحاب محمول على حال عدم القرينه، فإن الأمر يدور حيثئذ على المفهوم واقعا فى نفسه، و من ذلك يظهر لك الحال فيما أورده بعض الناس- ممن قارب عصرنا- على الأصحاب من معلوميه خروج غير الاثنى عشرىه إذا كان الواقف واحد منهم كما هو واضح و هكذا إذا وصف الموقوف عليه بنسبه دخل فيها كل من أطلقت عليه إلا أن تكون هناك قرينه صارفه، و هذا هو الضابط فى جميع هذه المسائل على حسب غيره من المقامات.

لكن فى المسالك «لا- كلام فى ذلك مع اتفاق العرف و الاصطلاح، و مع التعدد يحمل على المتعارف عند الواقف، و بهذا يتخرج الخلاف و الحكم فى الجميع» و هو كذلك مع فرض العرف الخاص، لا- القول الخاص فى التفسير كما عرفته سابقا، و لكن لا يخفى عليك عدم تخرج الخلاف على ذلك ضروره عدم النزاع فى تقديم العرفيه الخاصه على غيرها فى لفظ أهلها كما هو واضح.

و على كل حال ف لو وقف على الإماميه، كان للاثنى عشرىه خاصه لأنهم المعروفون بهذا الاسم، و الظاهر عدم اعتبار اجتناب الكبائر هنا ممن اعتبره فى المؤمن كما هو مقتضى دليل القائل اما اعتبار العصمه فقد يظهر من الدروس ذلك، و لا يبعد أن يكون التحقيق فيها ما ذكرناه فى المؤمن فلا حظ و تأمل و لو وقف على الزيديه كان للقائلين بإمامه زيد بن على بن الحسين (عليه السلام) ثم لكل من خرج بالسيف من ولد

فاطمه (عليها السلام) من ذوى العلم والرأى والصلاح، و ما عن ابن إدريس من بطلان الوقف إذا كان الواقف غير زيدى خروج عن محل البحث.

و كذا الحال لو علقهم بنسبته إلى أب، كان لكل من انتسب إليه بالأبوه كالهاشميين: فهو لمن انتسب إلى هاشم من ولد أبى طالب (عليه السلام) و الحارث و العباس و أبى لهب، و الطالبين: فهو لمن ولده أبو طالب (عليه السلام) منهم خاصه بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك بل و لا إشكال فى أنه يشترك الذكور و الإناث فى ذلك المنسوبون إليه من جهة الأب نظرا إلى العرف إذا كان بلفظ لا يخص أحدهم كالهاشميه و العلويه، بل و الهاشميين و العلويين و نحوهم مما يفهم إرادته الجنس منه أو هو مبنى على التغليب و أما المنتسبون إليه بالأم ف فيه خلاف للأصحاب و قد حققنا فى كتاب الخمس عدم دخولهم فى مثل هذه الأسماء التى هى نحو أسماء القبائل، و إن قلنا بكونهم أبناء و أولادا حقيقه، فضلا عن الذريه و نحوهما، فلا يجزى عليهم الحكم الذى عنوانه ذلك كالخمس، بخلاف الحكم الذى - عنوانه الثانى كالنكاح، و لعل المرتضى و من تابعه اشتبه فى حكم العنوانين، لا فى الاندراج فى الموضوعين فلا حظ و تأمل جيدا و الله العالم.

و لو وقف على الجيران رجع إلى العرف كما فى القواعد و كشف الرموز و التذكرة و التحرير و المختلف و الإيضاح و جامع المقاصد و الروض و المسالك و الكفايه على ما حكى عن بعضها، و قواه بعض، و استحسنة آخر، و حكاة فى جامع المقاصد عن جماعه، لأنه المدار فى الألفاظ الصادره من أهله. و قيل: لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا كل ذراع أربعة و عشرون إصبعاً من كل جانب و هو حسن بل فى غير كتاب نسبته إلى الأ-كثر، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى المشهور، بل فى محكى الغنيمه و ظاهر التنقيح الإجماع عليه، بل قيل إنه يلوح أو يظهر من السرائر بل عن موضعين من الخلاف نسبته إلى روايات أصحابنا و إجماعهم، بل قد افتى به من لا يعمل إلا بالقطعيات كالتقى و ابنى زهره و إدريس، و ذكره من عادته التعبير بمتون الأخبار كالمقنعه و النهايه و غيرهما من كتب القدماء، و لعله غير مناف

لأول ضروره أنه تحديد للعرف بذلك، كما هي عاده الشارع في مثل ذلك، كالوجه و المسافه و نحوهما مما يشك في بعض الافراد منها، بعدم معرفه التحقيق في العرف على وجه يعلم الداخل فيه، و الخارج عنه فيضبطه الشارع الذي لا يخفى عليه الشئ بما هو حد له في الواقع، و ليس ذلك منه معنى جديد، و لا إدخال لما هو معلوم الخروج في العرف و بالعكس.

و من هنا كان ما قيل و إن لم نعرف قائله كما اعترف به في المسالك من تحديده بما يلي داره إلى أربعين دارا من كل جانب صغيره كانت أو كبيره ضعيفا جدا، بل في المتن و هو مطرح و في غيره شاذ و في ثالث ليس بشئ، كل ذلك للقطع بمخالفه العرف له و جعله عرفا شرعيا غير مجد في الألفاظ المتداوله بين أهل العرف في غيره كما هو المفروض.

و إن رواه

جميل بن دراج في الحسن أو الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) [\(١\)](#) «حد الجوار أربعون دارا من كل جانب، من بين يديه و من خلفه، و عن يمينه و عن شماله».

و عمرو بن عكرمه عنه (عليه السلام) أيضا [\(٢\)](#) «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): كل أربعين دارا جيران من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله».

و عمرو بن عكرمه عنه (عليه السلام) أيضا في حديث طويل في آخره [\(٣\)](#) «أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أمر عليا و سلمان و أبا ذر أن ينادوا في المسجد بأعلى أصواتهم بأنه لا إيمان لمن لم يأمن جاره بوائقه فنادوا بها ثلاثه، ثم أوماً بيده إلى أربعين دارا من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله».

لكنها محموله على التقيه من العامه الذين حكموا بذلك [\(٤\)](#)

للمرسل عن عائشه «أن النبي سئل عن حد الجوار، فقال: إلى أربعين دارا»

أو على إرادته جوار الشرف كساكني النجف

١-١ الوسائل - الباب - ٩٠ - من أبواب أحكام العشره الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٩٠ - من أبواب أحكام العشره الحديث ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٨٤ - من أبواب أحكام العشره الحديث ١.

٤-٤ المغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٥٥٦ طبع دار الكتب العربيه بيروت سنه ١٣٩٠.

و كربلاء و غيرهما بعنوان المجاوره لقبورهم، أو غير ذلك، فمن الغريب ميل ثانى الشهيدين إلى هذا القول مع شدة مخالفته للقواعد الشرعية، ضروره اقتضائه الوقف أو الوصيه لمن يعلم بعدم إرادته الواقف و الموصى إياه كما هو واضح.

و من ذلك يعلم أن المدار فى التحديد المزبور على نحو ذلك أيضا، فلو علم بدخول

من خرج عن التحديد فى إرادته الواقف حكم بدخوله، و إنما فائده التحديد عنه الاشتباه.

و لو انتهى عدد الأذرع إلى باب الدار خاصة فعن ابن البراج الدخول، و قواه فى الدروس، بل لعله ظاهر محكى المقنعه و النهايه أيضا و كأنه مبنى على دخول الغايه فى المغيا، و لعله هنا كذلك: أما إذا انتهى إلى أثناء دار فلا إشكال فى الدخول عرفا.

لكن فى المسالك إن انتهى العدد إلى آخر دار أو بين دارين فالحد متميز، و إن انتهى أثناء دار هل يدخل فى الحد أم لا يبنى على دخول الغايه فى المغيا مطلقا أم لا أم بالتفصيل بالمفصل المحسوس، فلا يدخل و عدمه فيدخل، و الأقوى تفرعا عليه حينئذ الدخول، و لو وصل المقدار إلى باب داره خاصة، بنى على ما ذكروا أولى بعدم الدخول هنا، و صرح ابن البراج بدخوله فى عبارته رديه و قواه فى الدروس، و لا يخفى عليك ما فيه ضروره كون المدار فى التحديد دخول من وصل إليه بعض الحد إنما الإشكال خاصة فيما إذا كانت باب الدار مثلا على رأس الذراع الأخير، و هو المبنى على ذلك كما هو واضح بأدنى تأمل. و لا يعتبر فى الجار عرفا الملكيه، فيدخل حينئذ المستأجر و المستعير و نحوهما بل و الغاصب فى وجه قوى، و إن كان المحكى عن التحرير عدم استحقاقه، بل حكى عنه التوقف فى المستأجر و المستعير، و لو باع صاحب الدار داره فسكنها المشتري دخل هو و خرج البائع، و لو عاد عاد الاستحقاق، و كذا المستعير و المستأجر و غيرهما ضروره دوران الحكم على التلبس بالوصف وجودا و عدما.

نعم لو غاب غيبه بقصد الرجوع مع بقاء عياله و عدمه لم يخرج بذلك عن الوصف و إن حصل الوقف حالها الا مع طول المده المقتضيه ذلك عرفا، و لا- عبره بتقارب الدور مع عدم السكنى حتى على الثالث، و إن احتمله فى المسالك، لكنه فى غايه الضعف، ضروره مدخلية السكنى فى صدق اسم الجار، لا ملك الدار و نحوه، لكن يكفى فيها صدقها عرفا،

فلو كان له داران يسكنهما صدق كونه جار الكل من يليهما مع تردده لكل منهما أما إذا كانت سكناه فيهما على التناوب و لو بحسب الفصول، ففي المسالك استحق زمن السكنى.

و الظاهر أن القسمة على عدد الرؤوس على الثلاثة، لصدق الجيران عرفا على الجميع و إن دخل بعضهم فى العيال فى وجه قوى.

نعم يخرج العبد لعدم قابليته للملك، إن كان المراد الملكيه، لكن فى المسالك لو اعتبرنا عدد الدور فى قسمته على رؤوس أهلها أو على عدد الدور وجهان، و على الثانى يقسم على الدور أولا، ثم يقسم حصه كل دار على رؤس أهلها، و فيه ما لا يخفى من أنه لا- اقتضاء فى التحديد بالدور و اعتبارها نفسها فى الجوار لا- ساكنيها، بل المراد هم، و إن كان التحديد بها كما هو واضح، و الله العالم.

و لو وقف على مصلحه كمسجد و قنطره و نحوهما فبطل رسمها و أثرها بالمره صرف فى وجوه البر كما هو المشهور على ما اعترف به غير واحد، بل لم أقف على راد له من الأصحاب عدا المصنف فى النافع. حيث نسبه إلى قول، مشعرا بتردده فيه، و قد نسبه فى محكى المهذب إلى الندره، و غيره إلى الضعف، بل فى محكى السرائر نفى الخلاف فيه، بل قيل ظاهره بين المسلمين، و كان الوجه فيه بعد معلوميه إرادته الواقف الدوام، و لو زعم دوام تلك المصلحه، بل عن جامع الشرائع و جامع المقاصد التصريح بكون الفرض مما يقتضى العاده بدوامها إلا أنه انفق بطلان رسمها على خلاف العاده استصحاب صحته، و إطلاق الأدله التى ليس فيها ما يقتضى البطلان بتعذر المصرف المعين، إذ هو ليس مقتضيا لانتفاء الموقوف عليه الذى هو فى الفرض المسلمون، كما أنه ليس فيها ما يقتضى الانتقال إلى ما يشابه تلك المصلحه، فليس حينئذ إلا الصرف فى وجوه البر التى هى الأصل فى كل مال خرج عن ملك مالكة لمصرف خاص تعذر، كما ستعرف فى نظائر المقام.

و من ذلك يعرف ما فى المسالك و غيرها حتى فيما ذكره من التحقيق الذى قد اعترف بتوجه كلام الأصحاب فيما لو كان الوقف فى مصلحه ما شأنه الدوام، لخروج الملك عن الواقف بالوقف فعوده يحتاج إلى دليل، و هو منتف، و صرفه فى وجوه البر أنسب بمراعاة غرضه الأسمى

إن لم يجز صرفه فيما هو أعم منه، و إنما توقف في الوقف على مصلحه مما تنقرض غالبا كشجر التين و العنب أو مجهوله الحال كالوقف على مسجد في قرية صغيره أو على مدرسه كذلك، بل جزم في الأول بأنه كمنقطع الآخر، بل هو بعض أفراده، فيرجع بعد انقضائه إلى الواقف أو ورثته على الخلاف حيث لا يجعله بعده لمصلحه أخرى تقتضى التأييد و أما الثاني فقد استشكل فيه من أصاله البقاء فيكون كالمؤبد، و من الشك في حصول شرط انتقال الملك عن مالكة مطلقا الذى هو التأييد فيحصل الشك فى المشروط فلا يحكم إلا بالمتيقن منه، و هو خروجه عن ملكه مده تلك المصلحه، و يبقى الباقي على أصاله البقاء على ملك مالكة.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت من ظهور كلمه الأصحاب فى إرادته الوقف المؤبد لا ما يشمل منقطع الآخر الذى هو بناء على مشروعيته ما يراد انقطاعه من أول صدوره و كون ذى المصلحه مما ينقرض غالبا لا ينافى دوام الوقف بعد عدم انحصاره فيها، و إنما هو مصرف فيها حيث يكون، و لو بأن يعود بعد الخراب و إلا فهو وقف على المسلمين، و يراد حينئذ بوجه البر ذلك، أو أن المراد تلك الجهه، و لكن قد تعذرت، و تعذرها لا يقتضى البطلان كما عرفت و أن الصرف فى وجه البر للأصل الذى قد ذكرناه فى كل مال قد تعذر مصرفه، كما يومى إليه فى الجملة ما فى كثير من النصوص الواردة فى نحو الوصيه و النذر المعين الذى له مصارف مخصوصه و قد تعذر.

كالخبر (١) «عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها كيف يصنع بالباقي، فوقع (عليه السلام) الأبواب الباقية اجعلها فى وجه البر».

و نحوه

خبر طويل (٢) يتضمن «أنه لو أوصى رجل بتركته إلى رجل و أمره أن يحج بها عنه، قال الوصى: فنظرت فإذا شىء يسير لا يكفى للحج، فسألت الفقهاء من أهل الكوفه فقالوا تصدق به عنه، فتصدق به، ثم لقي بعد ذلك أبا عبد الله (عليه السلام) فسأله و أخبره بما فعل،

١-١ الوسائل - الباب - ٤١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٨٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

فقال: إن كان لا يبلغ أن يحج به من مكة فليس عليك ضمان، وإن كان يبلغ ما يحج به، فأنت ضامن».

بل قد يؤيده في الجملة، ما في جملة وافر من الاخبار(١) مما يدل أن ما أوصى به للكعبه أو كان هديا أو نذرا يباع إن كان جاريه ونحوها، وإن كان دارهم يصرف في المنقطعين من زوارها، على أن القسم الأول الذي قد اعترف بصحة كلام الأصحاب فيه مبنى على ذلك، ضروره عدم مدخله زعمه لدوام المصلحه في صحة الوقف بعد فرض بيان فساده، و لو لاتفاق خلاف العاده، إذ لو لم يكن مبنى الصحه ما ذكرناه توجه بطلانه لعدم الموقوف عليه حينئذ و لو في الفرض النادر. هذا.

و ربما احتمل وجوب الصرف في الفرض إلى ما شابه تلك المصلحه فيصرف وقف المسجد في مسجد آخر، و المدرسه إلى مثلها، اقتصارا على

المتيقن، لاحتمال إرادته المثاليه فيما ذكره مصرفا في الوقف المراد تأبيده أو لفحوى ما دل على صرف آليات المسجد بعد اندراسه أو خرابه في مسجد آخر، على ملاحظه الشارع الأقرب إلى نظر الواقف.

و لكن قد عرفت إطلاق فتوى الأصحاب الذي مبناه ما قلناه، من استواء القرب كلها في عدم تناول عقد الوقف لها، و عدم قصده إليها بخصوصها، فلا- أولويه لبعضها على بعض بالنسبه إلى ذلك، و مجرد المشابهه لا دخل لها في تعلقه بها، فيبطل القيد، و يبقى أصل الوقف من حيث القربه، فيصرف في كل فرد منها، و لعل ذلك منشأ ما ذكرناه من الأصل، و نوقش بأن تحرى الأقرب فالأقرب ليس من حيث المشابهه، بل من حيث دخوله في نوع المصلحه الخاصه، و إن تميزت عنه بالخصوصيه، فإذا زالت بقى أفراد النوع الآخر الممكنه داخله، فكان الوقف تضمن أشياء ثلاثه، القربه و المسجديه مثلا، و خصوصيه المسجد، فإذا زال الأخير بقى الأول، لقاعده «الميسور» و «ما لا يدرك».

بل في المسالك و لعل هذا أقرب، و تبعه في الرياض، إلا أنه أشكله في الأول بأنه آت في المصلحه التي تعلم انقطاعها أيضا، مع أن حكم منقطع الآخر متناول لها، إلا أن يخص هذا بما

لا- يتعلق بمصالح المسلمين، مثل الوقف على أولاده من غير أن يسوقه في باقى البطون و نحو ذلك، ثم قال (١) و ليس بذلك، البعيد و للتوقف مجال، و كذا فى الرياض، فإنه بعد أن ذكر مثل ذلك قال: هذا كله فى غير معلومه الانقطاع، أما فيها ففى انسحاب الحكم أو لحاقها بمنقطع الآخر كما يظهر من بعض الأجله و جهان، من إطلاق الفتاوى هنا و ثمه، و الاحتياط لا يترك فى المقام.

و فيه ما لا يخفى بعد الإحاطه بجميع ما ذكرناه، بل منه يعلم عدم تحريرهم موضوع البحث عند الأصحاب، و أنه الوقف المؤبد الذى ذكر فيه الصرف على مصلحه خاصه و قد تعذرت، و أنه لا محل هنا لقاعده الميسور، بعد ما سمعت من الأصل و معلوميه عدم قصد الواقف ذلك، إذ لم يصدر منه إلا ذكر المصرف الخاص الذى يرتفع بارتفاع الخصوصيه كما هو واضح.

و لو وقف على وجوه البر الذى هو كما قيل: اسم جامع للخير كله و أطلق صرف فى الفقراء و المساكين و كل مصلحه يتقرب بها إلى الله سبحانه و تعالى بلا خلاف محقق أجده، و إن تعلق بعض وجوهه فى الأغنياء أيضا بعد أن يكون من الخير المأمور يفعله شرعا و لا- يجب تحرى الأكمل فالأكمل بعد إطلاق العنوان كما هو واضح، و ما عن الوسيله و الجامع من أن سبل البر الجهاد و الحج و العمره: و مصالح المسلمين، و معونه الفقراء و الضعفاء- لا خلاف فيه لما ذكرناه، مع أن العنوان فيه سبيل البر لا وجوهه، و إن كانا هما بمعنى.

و لو وقف على بنى تميم و نحوهم مما هو غير محصور صح و لو بنى آدم و يصرف إلى من يوجد منهم و لا- يجب عليه تتبع غيرهم، بل لا يجب استيعاب الموجودين على الأصح كما ستعرفه فى المسأله العاشره فى اللواحق.

وقيل: و القائل ابن حمزه منا و الشافعى من غيرنا لا- يصح لأنهم مجهولون فيعتذر المصرف و الأول هو المذهب بل حكى الإجماع عليه غير واحد صريحا و ظاهرا و اشعارا، مضافا إلى إطلاق الأدله و خصوص

خبر النوفلى (٢) «كتبت إلى أبى

١- ١ هكذا فى النسخ لكن الظاهر « و ليس ذلك ببعيد».

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب الوقوف و الصدقات الحديث- ١.

جعفر الثاني (عليه السلام) أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان، وهم كثير متفرقون فى البلاد فأجاب (عليه السلام) ذكرت الأرض التى وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان ابن فلان، وهى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف، وليس لك أن تتبع من كان غائبا»

و يمكن حمل كلام المخالف على ما إذا علم اراده الاستيعاب المفروض تعذره فيه، لا ما إذا علم العدم أو أطلق و حينئذ يكون خارجا عما نحن فيه.

و على كل حال ففى وجوب استيعاب من حضر على السويه أو التفاوت أو يكفى الصرف إلى أحدهم

كالزكاه أو إلى الثلاثة التى هى أقل الجمع مع فرض كون العنوان جميعا بحيث يأتى تحقيقه عند تعرض المصنف له فى المسأله العشره و الله العالم.

و لو وقف على الذمى جاز كما عرفت البحث فيه مفصلا لأن الوقف تمليك، فهو كإباحه المنفعه التى لا إشكال فى جوازها له، و لكل من لم تنه عن موادته من الفرقه الباطله و قيل: لا- يصح، لأنه يشترط فيه نيه القربه و هى مفقوده فيه و فى كل فرقته غير محقق، و فى أصل الاشتراط منع قدمناه، و على تسليمه نمنع فقده بعد فرض مشروعيته لشمول العمومات له، فإنه نفسه حينئذ قربه.

و قيل لا يصح الا على إحدى الأبوين المأمور بمعاشرتهما بالمعروف، و قيل يصح على ذوى القرابه خاصه.

و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، كما عرفت الكلام فيه مفصلا، و كلام المصنف صريح أو كالصريح هنا فى عدم اشتراط نيه القربه فيه و الله العالم.

و كذا يصح على المرتد كما فى القواعد و المسالك، لكن قيده بما إذا كان عن عله و زاد فى الأخير الفطرى إذا كان امرأه، و لم أجد شيئا من ذلك لغيرهم، بل الذى عثرت عليه من محكى التذكره و الإيضاح و جامع المقاصد على الجواز فى الملى، فضلا عن الفطرى الذى قد صرح بعدم جواز الوقف عليه الشهيديان أيضا و غيرهم، بل لم نعرف فيه خلافا، عدا ما يحكى عن التذكره أنه حكى فيه قولاً و لم نعرفه بل و لا وجهه، بناء على عدم قبول توبته،

و عدم قابليته للتملك، كما صرح به فى المسالك، بل و على تقدير قبول توبته، فلا أقل من أن يكون حينئذ مساويا للملى الذى قد عرفت التصريح أيضا بعدم جواز الوقف عليه، و لعل الوجه فيه ما سمعته فى الحربى، ضروره عدم إقراره على دينه الذى يرجع إليه و قبول توبته لا- يخرج به عن الحربى الذى نهينا عن موادته، و إن كان مقبول التوبه فيجربى حينئذ ما يجربى فيه، و قد عرفت عدم جواز الوقف عليه، و إن قال المصنف هنا و فى الوقف على الحربى تردد، أشبهه المنع لكن قد عرفت الكلام فيه مفصلا، و الله العالم.

و لو وقف و لم يذكر المصرف بطل الوقف على المشهور بل لم أقف فيه على مخالف ال- ابن الجنيد كما اعترف به فى المسالك بل قد سمعت فيما سبق إجماعى الغنيه و السرائر على كونه معروفا متميزا، بل لعل كون الموقوف عليه من أركان العقد من ضروريات الفقه، بل لعل ابن الجنيد غير مخالف فى ذلك، فإن المحكى عنده لو قال: صدقه لله و لم يذكر من يتصدق بها عليه جاز ذلك و كانت فى أهل الصدقات التى سماهم الله تعالى و هو ليس خلافا فى أصل اعتبار الموقوف عليه، بل هو دعوى انصراف ذلك إلى أهل الصدقات، و ليس بأبعد من انصراف الوقف على مصلحه المسلمين باعتبار عودها إليهم.

و لعله لذا مال إليه فى المختلف، و اقتصر فى الدروس على نقل القولين مشعرا بالتردد بل ربما يؤيده معلوميه صحه الوصيه بالثلث، و إن لم يعين مصرفه، و دعوى- عدم جواز ذلك أو اختصاص الوصيه به دون الوقف مع أن كلا منهما عقد- كما ترى، و كذا نذر الصدقه بالمال، و حينئذ فلا- وجه لرده بأن الوقف يقتضى التمليك المستلزم لذات تقويم به، كما فى كل عرض بالنسبه إلى جوهر، بل لا يخلو قوله من قوه.

نعم لو فرض ملاحظه الواقف عدم موقوف عليه اتجه البطلان فيه، بل و فى المصالح أيضا و نحوها، و أما إذا كان يكفى فى ملاحظه ما يرجع إليه فهو مستحق فى المقام فتأمل جيدا.

و كذا لو وقف على غير معين كأن يقول: على أحد هذين، أو على أحد المشهدين أو الفريقين فالكل باطل بلا خلاف أجده، بل فى المحكى من إجماعى الغنيه و السرائر اعتبار كونه معروفا متميزا مضافا إلى ما عرفت، من اقتضاء الوقف التمليك الذى لا بد له من مالك

معين، و لو فى ضمن عام أو مطلق، و لا يعقل تمليك ما ليس بمعين.

و لما فى المسالك من أن الوقف حكم شرعى، فلا بد له من محل معين يقوم به، كما يفتقر مطلق العرض إلى المحل الجوهرى، و أحد الأمرين كلى لا وجود له خارجا، و إن كان كل واحد منهما موجودا خارجا، و مقتضاه اختصاص البطلان بالمبهم الذى لا يتقوم فى فرد فى الخارج، أما لو كان الموقوف عليه أحدهما الصادق فى كل منهما فلا بأس به، و لعله لقابليته حينئذ التمليك كغيره من المفاهيم الكليه المالكة و المملوكة، و لا- دليل على اعتبار العلم فى الموقوف عليه على وجهه تقدر فيه مثل هذه الجهاله.

و لا- ينافى ذلك ما فى القواعد من الحكم بالبطلان فى رجل غير معين أو امرأه كذلك بناء على إرادته المبهم الذى لا يتحقق فى فرد، و لا- يعقل تمليكه بل و لا- تملكه، لا- فى الاكتفاء فيهما بالإطلاق و العموم، و لا يتوهم الانحلال ما ذكرناه إلى الوقف عليهما ضروره اقتضاء ذلك التصنيف بينهما، و جواز تناول كل منهما من حيث انه مصداق لأحدهما لا يقتضى الوقف عليهما من حيث الخصوصية كما هو واضح.

و إذا وقف على أولاده، أو اخوته أو ذوى قرابته، اقتضى الإطلاق اشتراك الذكور و الإناث و الأقرب و الأبعد بعد فرض التساوى فى صدق القرابه عرفا و التساوى فى القسمه، إلا أن يشترط ترتيبا فيهم أو اختصاصا لبعضهم على بعض أو تفضيلا له على آخر، بزياده النصيب و لو للأثنى أو الأبعد، بلا خلاف معتد به أجده فى شىء من ذلك، بل و لا إشكال ضروره اقتضاء الإطلاق ذلك كإقتضاء قاعده

«المؤمنون»

و «الوقوف على ما اشترطه»،

و ما عن الإسكافى من أن للذكر مثل حظ الأنثيين فى الوقف على الأولاد و الذريه فى غير محله، إلا أن يريد الوقف عليهم على حسب الإرث لا مع الإطلاق الظاهر فى التساوى كما هو واضح.

نعم الظاهر خروج الإناث مع فرض كون الضيعه تخص الذكور، إلا مع القرينه و ما فى المسالك و غيرها- من أن الإناث يدخلن تبعاً فى اللفظ المختص فى مثل هذه الإطلاقات، كما يدخلن فى الأوامر الشرعيه المختصه بالذكور إجماعا- كما ترى، ضروره الفرق بينهما بمعلوميه

دليل الاشتراك فيها دون المقام الا مع فرض القرينه على اراده الجميع كما هو واضح.

و لو وقف على أخواله و أعمامه تساوا جميعا لاشتراكهم فى أصل الوقف الظاهر فى التسويه، بلا خلاف أجده فيه، و إن حكى عن ابن الجنيد، لكن لم أتحمقه و إنما المحكى عنه أنه

روى عن الباقر (عليه السلام) (١) «و إذا أوصى بشىء معين لا عمامه و أخواله كان لا عمامه الثلثان، و لأخواله الثلث»

و الروايه ليست فتوى، و الوصيه غير الوقف، و على تقديره فهو واضح الضعف.

و إذا وقف على أقرب الناس إليه فى القواعد و غيرها بل المشهور هم الأبوان و الولد، و إن سفلوا، فلا يكون لأحد من ذوى القرباه شىء، كما لم يعدم المذكورون ثم الأجداد و الاخوه و إن نزلوا، ثم الأعمام و الأخوال على ترتيب الإرث، لكن يتساوون فى الاستحقاق، إلا أن يعين التفضيل لتساويهم فى سبب الاستحقاق، لكن فى محكى المبسوط أن المتقرب بالأبوين من الاخوه، الأقرب مطلقا، لأن الانفراد بقرباه يجرى مجرى التقدم بدرجة.

و قواه فى محكى المختلف، بل اختاره فى محكى التحرير بل زاد الأعمام و الأخوال فجعل المتقرب بالأبوين منهم مقدا على غيره و إن كان متقربا بالأم الذى عن بعضهم استبعاد دخوله، و خروج المتقرب بالأب. لكن فى الجميع أن مبنى كلام الأصحاب تعليق قصد الواقف على مفهوم الأقرب فى الواقع الذى كشف عنه الشارع بما ذكرناه فى الميراث الذى سببه آيه (٢) «و أولوا الأرحام» * لأن الناس لا يعلمون أيهم أقرب إليهم.

نعم لو كان قصد الواقف على ما هو أقرب فى ظاهر ما عندنا من العرف اختلف مع الميراث فى كثير من الافراد، لا فى خصوص ما ذكره كما هو واضح.

١- ١ الوسائل - الباب - ٤٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ سورة الأنفال الآيه - ٧٥.

[القسم الرابع فى شرائط الوقف]

القسم الرابع فى شرائط الوقف وهى أربعه: الدوام، و التنجيز، و الإقباض، و إخراجة عن نفسه بلا خلاف أجده فى الأول بمعنى عدم توقيته بمدة كسنه و نحوها، بل الإجماع محصله و محكيه- فى الغنيه و عن الخلاف و السرائر- عليه، و بذلك يخص عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(١) بناء على أنه منها، بل و عمومات الوقف أيضا إن لم نقل باعتبار ذلك فى مفهومه كما هو ظاهر تعبيره عنه بالشرطيه، و الا فلا شمول فيها له حينئذ، و حينئذ فلو وقفه و قرنه بمدة بطل قطعا مع فرض ارادته وقفا، أما إذا لم يعلم فهل يكون التوقيت قرينه على ارادته

حبسا، كما صار التأييد قرينه على اراده الوقف لو كان اللفظ حبسا و لو لا صاله الصحه، صرح المصنف و الشهيدان فى الدروس و المسالك و الروضه بالأول منهما، و فى جامع المقاصد فيه قوه، لكن قد يناقش بعدم صلاحية ذلك صارفا عن المعنى الحقيقى، و لو بملاحظه أصاله الصحه التى لا مدخلية لها فى الدلالة على المقصود الشامل للصحيح و الفاسد بعد ظهور اللفظ فى الحقيقه المقتضيه للفساد.

نعم لو قيل: بصيرورته حبسا و أن قصد معنى الوقف بدعوى أنه قدر مشترك بينهما كما عساه يظهر من بعضهم، و أن تشخيص كل منهما يحصل بذلك و نحوه كان متجها إلا- أنه كما ترى، ضروره تباينهما مفهومهما حتى بالنسبه إلى تمليك العين و إن اشتركا فى شىء فى الجملة نحو اشتراك البيع و الصلح مثلا فى نقل العين على أنك قد عرفت فيما مضى أن التمييز على هذا الفرض منحصر فى القصد حينئذ فمع فرض عدمه يبطلان معا كما هو واضح.

و من هنا قال فى المسالك تبعا لجامع المقاصد، بعد أن ذكر التعليل المزبور أنما يتم مع قصد الحبس فلو قصد الوقف الحقيقى و جب القطع بالبطلان، و إن ناقشه فى الرياض بأنه كذلك بناء على المختار من اشتراط الدوام، و أما على مختاره من التردد فى اشتراطه، فلا وجه للقطع به، و لعل مراده على تقدير اشتراطه، و لكن يدفعها ان تردده فيه بالنسبه إلى المسأله الآتية، لا بالنسبه إلى التوقيف الذى لم نعرف قولاً بصحته، بل و لا احتمالا.

و من ذلك يظهر لك أن ما أتعب به نفسه - حتى أنه ذكر أدله المسألة الآتية و ما فيها من الشهرة و غيرها فى هذه المسألة - فى غير محله و اشتباهه، و كان الذى أوقعه فى ذلك ما فى الكفاية من نسبة القول باعتبار الدوام إلى جماعه، و فرع عليه الاقتران بمده، إلا أنه لم يذكر فيه أيضا قولاً بالصحة وقفا بخلاف المسألة الآتية، فإنه هو قد اختار الصحة وقفا.

كما أنه غره فى الاستدلال فى المقام على الصحة حسبما بالصحيحين فقال: الأظهر الاستدلال عليه ب

صحيح ابن مهزيار(١)«قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة، و أنت أعلم بقول آبائك (عليهم السلام)، فكتب (عليه السلام) هو كذلك عندي».

وصحيح ابن الصفار(٢)«كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام) أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو، فقد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا فهو صحيح مسمى، و قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله عز و جل الأرض و من عليها، قال: و قال آخرون: هو موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و

الذى غير موقت ان يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا، فما الذى يصح من ذلك، و ما الذى يبطل؟ فوقع (عليه السلام): الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله تعالى»

ثم قال: و هما و إن دلا ظاهرا على الصحة وقفا إلا أن حملهما على الصحة حسبما متعين جدا، جمعا بينهما و بين ما دل على كون التأييد شرطا و رجوع مثل هذا الوقف بعد موت الموقوف عليه إرثا فإنه من لوازم الحبس كما يأتى إن شاء الله تعالى.

و فيه انه لا- وجه لما ذكره فى الصحيح الثانى المشتمل على تفسير الموقت فيه بما سمعت، بل هو شاهد على إرادته أيضا من الصحيح الأول كما ذكره شيخ الطائفة خصوصا بملاحظه كونه

١-١ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث - ٢.

المعروف فيما بينهم من السؤال و النزاع فيه، لا- المقرون بمدى الذى لم يعرف قديما و حديثا قول بصحته وقفا، و لا- أقل من احتمال ذلك فيها على وجه يرتفع ظهورها، فكيف يصح الاستدلال بها؟

و منه يعلم كون المراد من معاهد الإجماعات على اعتبار الدوام عدم التوقيت بمدى كما هو صريح ابن زهره و غيره، و إلا كان ما تسمعه منهم من الخلاف فى صحته وقفا لو وقف على من ينقرض غالبا متدافع مع ذلك، ضروره منافاته للإجماع على اعتبار الدوام المنافى لذلك.

و دعوى كون النزاع فى صحته حسبا و عدمها لا- وقفا لا- يخفى بطلانها على من له أدنى ممارسه و دربه كدعوى الاستدلال بعموم الجواب فى الثانيه على المطلوب، ضروره كونه كما ستعرف دالا على الصحه منقطعا لا الحبس، و بذلك كله ظهر لك الخلط فى كثير من الكلمات المتأخرين فى تحرير موضوع المسأله الذى قد عرفت أنه لا كلام فى بطلانه وقفا فى الاقتران بمدى، و إنما الكلام فى صحته حسبا بمعنى أن ذلك قرينه على قصده الحبس أولا، و قد سمعت الحال فيه.

و كذا قد سمعت غير مره اعتبار التنجيز فى كل سبب شرعى إلا ما خرج و أنه يبطل لو علق شيئا بصفه متوقعه الحصول فيما يأتى، بل أو متيقنه بلا خلاف و لا اشكال كما تسمع تمام الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

و كذا ظهر لك الحال فى الجمله لو جعله وقفا لمن ينقرض غالبا، كأن يقفه على زيد و يقتصره أو يسوقه إلى بطون ينقرضون غالبا، أو يطلقه فى عقبه و لا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض و إن هذه مسأله ثانيه لا تتفرع على اعتبار الدوام بالمعنى المزبور و تحقيق البحث فيها أنه لو فعل ذلك قيل: يبطل الوقف كما عن المبسوط إرساله أيضا و لكن لم أتحقق قائله.

نعم فى القواعد و محكى الوسيله و جامع الشرائع و الإرشاد و المختلف و التنقيح و المقتصر و إيضاح النافع و جامع القاصد و المسالك و الروضه، و كذا الروض التصريح بكونه حسبا،

و هو يوهم فى باده النظر ذلك لكن من المحتمل إرادتهم الحبس حكما كما يقضى بذلك بعض كلماتهم، بل هو صريح المختلف و المسالك و فى جامع المقاصد بعد أن حكى عن التذكرة عدم نقل العين منه إلى الموقوف عليه، معللا له بأن ذلك فى المؤبد منه قال: فعلى هذا أقسام الوقف كان حبسا، و حينئذ فالنزاع يرجع إلى التسميه فقط» انتهى.

و قيل: يجب إجراؤه حتى ينقرض المسمون بمعنى أنه يصح وقفا كما هو صريح جماعه، بل فى جامع المقاصد نسبته إلى الشيخين و المختلف و التذكرة و أكثر الأصحاب بل قد عرفت احتمال كونه مذهب الجميع بناء على إرادته المساواه فى الحكم من التصريح بكونه حبسا.

و بذلك يظهر لك وجه نقل الأصحاب فى المسأله، ففى المختلف و محكى الإيضاح نسبه صحته وقفا إلى الشيخين و ابن الجنيد و سلار و ابن البراج و ابن إدريس، و قال ابن حمزه «يكون حبسا بلفظ الوقف»، و عن المهذب البارع مثل ذلك، و فى التنقيح نسبته إلى النافع و الشيخ و ابني حمزه و إدريس و العلامه فى محكى المقتصر أنه يكون سكنى أو عمرى أو حبسا بلفظ الوقف و نسبه إلى الشيخين و تلميذهما و أبى على و ابن إدريس و المحقق فى النافع و قد سمعت ما فى جامع المقاصد، و لا تلتم كلماتهم إلا- على ما ذكرنا مؤيدا بأن المفهوم من أدلتهم و عنوانهم و غير ذلك كون البحث فى صحه الوقف المنقطع آخره و بطلانه، و من المعلوم أن المراد مع قصد الوقفيه، و هذا لا يمكن القول بصحته حبسا، ضروره كون الحبس عقدا آخر يحتاج إلى قصد مستقل و هو مابين لقصد الوقف المقتضى لنقل العين للموقوف عليه و خروجها عن الواقف بخلاف الحبس فلا يتصور حينئذ القول به فى مفروض المسأله الأعلى إرادته المساواه له فى الحكم كما هو واضح بأدنى تأمل.

نعم القول بالحبس فى مسأله أخرى و هى أنه بعد البناء على بطلان الوقف المنقطع لو عبر بلفظ وقفت و جعل متعلقها منقرضا، فهل يكون ذلك قرينه على قصد الحبس دون الوقف نحو ما سمعته فى الاقتران بمده، و هذه مسأله لفظيه لها طريق آخر من الاستدلال لا نحو هذا المذكور فى كلماتهم، و قد عرفت تحقيق الحال فى نظيرها، و هى الاقتران بمده.

و من ذلك يظهر لك ما فى جامع المقاصد و المسالك من ذكر أقوال ثلاثه، أحدها الحبس فى مفروض مسأله المتن و غيره من كتب الأصحاب التى هى صحه الوقف المنقطع و عدمها، و أعجب من ذلك ما أظن فى الرياض من أن المسأله ذات قولين: أحدهما البطالين مطلقا، و الآخر الصحه و المراد الصحه حبسا لا وقفا، و استشهد على ذلك بتصريح جماعه ممن قال بالصحه بانتقال العين الموقوفه بعد الانقراض إلى الواقف و ورثته، و هذا من لوازم الحبس فتكون كلمه القائلين بالصحه متفقه على إرادته الصحه حبسا لا وقفا، و هو من غرائب الكلام، و ما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه خصوصا بعد قول جماعه منهم بالانتقال إلى ورثه الموقوف عليه.

و قول آخر أنه يصرف فى وجوه البر و تصريح غير واحد بأن الأكثر على صحته وقفا، بل التتبع يشهد به، بل قد عرفت عدم إمكان تصور القول بصحه ذلك حبسا، و ما ذكره من اللزم المزبور كاد يكون صريحا بخلافه، ضروره ظهور كلام بعض و صريح آخر يعود ذلك الى الواقف بعد الانتقال إلى الموقوف عليه، و هذا لا- يكون فى الحبس الذى لم تنقل فيه العين عن المالك، و المصرح ببقاء العين هنا- مع ندرته- مدع أن هذا الوقف له حكم الحبس، و انما الذى يخالفه الوقف المؤبد دونه، و بالجملة لا ينبغى التأمل فى ضبط تحرير المسأله منه و من غيره و التحقيق ما عرفت.

كما أن التحقيق فيها القول بالصحه و أنه هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده، لا لكثير مما ذكره مما هو محل للنظر، بل لأصالة عدم الاشتراط المستفاده من عموم أدله العقود و خصوص أدله الوقف، سيما نحو

قولهم (عليهم السلام) «الوقف على حسب ما- يوقفها(١)»

و خصوصا الصحيحان المزبوران (٢) الظاهران أو الصريحان بعد تفسير أحدهما بما فى الآخر فى أن الوقف الموقت المحكوم فيهما الأعم من القسمين، بل هما ظاهران أو صريحان لمن وهبه الله تعالى قريحه نقاده فى أن كل وقف موقت صحيح، و كل وقف غير موقت باطل مردود

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ١- ٢.

على الورثة، ففي مثل المفروض هو موقت ما دام الموقوف عليه موجودا، و غير موقت إذا انقرضوا فيثبت له حكم كل منهما من الصحة و الفساد، ضروره أن

قوله (عليه السلام) في الصحيح الأول «هو كذلك عندي»

تقرير للكليتين المفسرتين بالصحيح الآخر الذى هو كالصريح فى صحة الوقف بالتفسير الثانى منهما و هو مفروض مسألتنا فالجمع بينهما حينئذ نتيجته ما ذكرناه.

بل من قوله «على حسب» إلى آخره، يستفاد أيضا اعتبار الموقوف عليه فى الصحة و إلا لم يدخل تحت المصداق الظاهر للفظ حسب هنا، كما أن منه يستفاد تأثير عقد، الوقف بالنسبة إلى نقله العين و المنفعه على حسب ما تضمنه العقد، و ما زاد عليه مما لم يكن فيه موقوف عليه هو من غير الموقت الذى حكم ببطلانه و رجوعه إلى الوارث.

بل لا يخفى ظهور قوله (عليه السلام) فى الصحيح الأول باطل مردود على الورثة فى نحو المفروض، لظهور لفظ الرد فى ذلك، و كذا الورثة إذ لو كان المراد خصوص الباطل من أول الأمر لكان الرد فيه على الواقف الذى لم ينتقل عنه حتى يرد عليه، فتأمل جيدا.

و دعوى- أن ملك العين لا- يكون إلى أمد، و أنها متى خرجت عن ملك المالك يحتاج عودها إلى سبب جديد- واضحه الفساد، لا- لما فى المسالك من النقض بالحبس و إخوته، ضروره اقتضائها نقل المنافع إلى العين التى لا إشكال فى بقائها على ملك المالك فى الثلاثه، بل لأنها كالاتجاه فى مقابله النص و الفتوى فى الوقف الذى قد شرع نقله على هذا الوجه، و لذا يتغير بتغيير الأوصاف التى منها الحياه و الموت، و الفقر و الغنى، و العلم و الجهل، و غير ذلك و فى الجميع يتلقى الثانى الملك عينا و منفعه من الواقف لا من زائل الوصف.

و حينئذ فلا- بأس فى مفروضنا من دعوى كون العين المملوكة للموقوف عليه المفروض انقرضه ما دام موجودا مثلا، و بعده تعود إلى الواقف، لأن عقد الوقف بعد فرض مشروعيته على هذا الوجه انما اقتضى نقلها عن المالك ما دام الموقوف عليه غير منقرض، و متى صار غير موقت صار باطلا مردودا على الواقف أو ورثته كما هو صريح الصحيح الأول، فلا يحتاج حينئذ إلى سبب جديد، بأن الناقل عن مقتضى الملك إنما نقل هذا المقدار، و ليس هذا من

التوقيت في الملك أو في الوقف الذي قد حكينا الإجماع على عدم جوازه، ضروره كون ذلك الذي قد أخذت فيه المده غايه، لا ما إذا جاءت تبعاً لانقراض الموقوف عليه فالعود إلى الملك بانتهاء سبب النقل كالعود بسبب الفسخ بالإقاله و الخيار اللذين ليسا سبب ملك جديد للمال، الذي خرج عن ملك المالك، و إنما هما سبب فسخ للسبب الذي اقتضى النقل، فعاد مقتضى السبب الأول على حاله، بل لعل ذلك هو الأصل في بطلان كل سبب طار على السبب الأول الذي منه ما نحن فيه كما هو واضح.

و من ذلك كله ظهر لك أنه لا وجه للقول بانتقاله إلى ورثه الموقوف عليه كما في المقنعه و محكى السرائر، بل ربما حكى عن سائر أئمة، بل مال إليه أو قال به الفاضل في محكى التحرير، باعتبار كونه ملكاً لمورثهم، إذا المورث إنما ملكه على الوجه المزبور فلا يدخل في تركته حتى تشمله أدله الإرث.

و كذلك القول بصرفه في وجوه البر الذي جعله في الغنيه أحوط، و نفى عنه البأس في المختلف، إذ هو إما مبني على بقائه وقفاً و ترك ذكر المصرف فيه فيصرف فيها أو على أنه مال جهل مالكة، و لو من حيث الأدله الشرعيه بمعنى عدم دليل بالخصوص يشخص مالكة و كلاهما كما ترى، ضروره عدم صحه بقائه وقفاً، بعد فرض أن الواقف لم يقصد بوقفه الا على خصوص المفروض انقراضهم، و قد عرفت

أنه (عليه السلام) قال: «الوقف على حسب، ما يوقفها أهلها(١)»

فبقاؤه وقفاً حينئذ و صرفه في ذلك مناف للعنوان المزبور قطعاً.

و أما دعوى كونه مجهول المالك شرعاً فيسدفعها ما عرفت من أن عقد الوقف لم يقتض إلا الإخراج عن الملك بالقدر المزبور، و ما عرفت من التصريح برجوع الوقف إلى الورثه و أنه المراد بعدم التوقيت الذي منه ما نحن فيه بعد الانقراض.

نعم قد يتوقف في انتقاله مع فقد الواقف إلى ورثته حين انقراض الموقوف عليه، باعتبار صيرورته بحكم ماله في ذلك الوقت، فلا مدخله

للوارث السابق الذي كان وارثاً للمال الذي هو

للميت حال موته، أو إلى الوارث الأول باعتبار تأهل الميت لصيرورته ملكا له بانقراض الموقوف عليه، لأن الملك إنما خرج عنه مترلزلا وهذا التأهل ينتقل إلى وارثه، لأن كل ما هو له يكون لوارثه، فهو حينئذ كفسخ المشتري بخياره بعد موت الميت بمدته، فإنه يكون المبيع للوارث الأول، و لو لأن انتقال المبيع عنه كان مترلزلا، بفسخ المشتري. إذ هو هنا كذلك قد انتقل المال عنه مترلزلا.

و لعل الثانى منهما لا يخلو من قوه، و إن أمكن الفرق بين المشبه و المشبه به، بوجود الثمن فى البيع الذى ملكه البائع مترلزلا، و الفسخ يقتضى رد العوض بخلاف المقام إلا أنه فرق لا ينافى ما ذكرناه من القوه التى مبناها تناول أدله الإرث لمثل ذلك.

و بذلك كله ظهر لك وجه القول بالرجوع إلى ورثه الواقف على فرض الصحه وقفا. و أما دعوى أن الفرض و إن كان وقفا إلا أنه لا يفيد الا مفاد الحبس - حتى ذكر بعضهم ندور الثمره فى الفرق بينهما، و انما هى فى النذر و الوصيه، و النيه المصححه لمثل هذا الوقف إن كان متعلقها الحبس و المفسده له إن كان الوقف، و نحو ذلك فلا يفيد حينئذ نقل العين إلى الموقوف عليه، و إن أفاده فى المؤبد- فيدفعها ظهور أدله الوقف فى اتحاد مقتضاها فى جميع أفرادها، و إلا لاقتضى التوقف حينئذ فى الحكم بملك العين و عدمه فى نحو الفرض المحتمل لانقراض الموقوف عليه و عدمه و هو معلوم البطلان كما هو واضح.

و من الغريب دعوى هؤلاء كون الفرض من الحبس، و قولهم بندور الثمره بينه و بين الحبس، ضروره عدم معقوليه ذلك إلا على جعله وقفا، كى يتجه ظهورها بمثل النذر و اليمين، و كل ذلك ناشئ من عدم تحريم المسأله على وجهها.

و لا- يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه ما فى كثير من الكلمات فى المقام- فضلا عما فيها من التشويش، و الله الهادى و الحافظ من زلل الأقدام و الأقلام- و لا ما فى دليل القول بالبطلان الذى أرسله الشيخ المبنى على دعوى اعتبار الدوام فى الوقف على وجه يشمل الفرض- و هى مصادره محضه، كدعوى رجوع ذلك إلى التوقيت الذى قد عرفت بطلانه، للفرق الواضح بينهما- و على أنه يكون وقفا على مجهول و هو باطل و فيه أن المجهول إن أريد به بالابتداء فظاهر

فساده، و إن أريد به بعد الانقراض فليس هناك موقوف عليه أصلاً، فلا يحكم عليه بالجهالة، إذ بعد انقراضه يبطل الوقف و يصير موروثاً كما عرفت.

و كذا ظهر فلنك الحال أيضاً فيما ذكره المصنف و غيره بقوله فإذا انقضوا رجع إلى ورثه الواقف، و قيل: إلى ورثه الموقوف عليهم و قيل: يصرف في وجوه البر و أن الأول أظهر و أشهر بل المشهور، و الله العالم.

هذا كله فيما لو حصل الانقراض في الموقوف عليه، أما مع فرض دوام له و ان كان محتملاً من أول الأمر، فلا وجه لاحتمال البطلان حينئذ، فلو قال: وقفت على أولادى و نسلهم، فان مات الأولاد و لا نسل، فعلى إختوتى، فإذا انقض النسل فعلى الفقراء، و اتفق حصول النسل و انقضهم، صح الوقف بلا اشكال لعموم

«الوقف (١)»

و غيره لكن في الدروس ربما احتل البطلان على تقدير انقراض النسل، لأنه تأييده حال العقد، و هو كما ترى، لأن المصحح صرفه إلى جهة مؤبده و إن لم تكن معلومه الوقوع و من ثم لو بقى النسل أبداً صح الوقف، كما أن ما ذكرناه من الصحة إنما هو في منقطع الآخر بخلاف منقطع الأول الذى قد عرفت سابقاً بطلانه، خلافاً للشيخ، و أما منقطع الوسط فالظاهر الصحة إليه ثم البطلان بعده، فلو وقف مثلاً على زيد ثم على عبده ثم على المساكين صح على زيد، و بطل في العبد و المساكين.

لكن في الدروس احتمال صحته في الطرفين، و بطلانه في الوسط، و صرف غلته فيه إلى الواقف أو وارثه، و كأنه مبنى على مختار الشيخ من اجراء حكم تبعض الصفقة فيه الذى قد عرفت بطلانه فيما تقدم، و احتمال الاستدلال له بالكليتين فى الصحيح السابق يدفعه معلوميه تقييد ذلك بما إذا لم يحصل للوقف مبطل آخر من تعليق و نحوه فتأمل.

نعم قد يحتل البطلان على زيد أيضاً باعتبار عدم حصول سلسله الترتيب، فلم يكن الوقف حينئذ على حسب ما وقفه أهله، و منه يظهر الفرق حينئذ فى منقطع الآخر بين أن يكون لعدم

ذكر موقوف عليه، و بين من كان لترتيب من لا- يصح الوقف عليه، لكن فيه أن الظاهر من ذلك عدم ملاحظه الواقف الترتيب بالنسبه إلى ذلك، و إنما الظاهر ملاحظته بالنسبه إلى اعتبار المتقدم فى المتأخر لا العكس، إلا مع القرينه المقتضيه لملاحظه الترتيب فى كل منهما، و حينئذ يتجه البطلان بفساد شىء من السلسله فتأمل.

و لو وقف على أبنيه ثم على الفقراء فمات أحدهما ففى الدروس الأقرب صرف نصيبه إلى أخيه، لأن شرط الصرف إلى الفقراء انقراضهما و لم يحصل، و يمكن جعله منقطع الوسط فيكون نصيب الميت لأقرباء الواقف، و يمكن جعله للفقراء عملاً بالتوزيع.

و فيه أن صرف نصيبه إلى أخيه مع عدم كون ذلك من الواقف لا- وجه له فيتعين انقطاع الوقف حينئذ بالنسبه إليه و تختص صحته فى نصيب الآخر خاصه و منه يعلم الحال فيما احتمله فيها أيضا فيما لو حبسه على أبنيه ثم مات أحدهما احتمل صرف نصيبه إلى الحابس أو وارثه، و يحتمل صرفه إلى الآخر لأنه مصرف الحبس فى الجمله، و لو وقفه على ولده سنه ثم على الفقراء أو مده حياه الواقف على ولده ثم الفقراء ففى الدروس «صح و نقل فيه الفاضل الإجماع، لأنه وقف مؤبد فى طرفيه و وسطه».

قلت: لكن فيه أنه مناف لا- اشتراط الدوام بالمعنى الذى ذكرناه سابقا، اللهم إلا أن يحمل ذلك على اراده تقييد أصل الوقف بمدته، لا تقييده بالنسبه إلى خصوص موقوف عليه فتأمل جيدا.

و لو وقف على أولاده و شرط أن يكون غلته العام الأول لزيد و الثانى لعمر و هكذا و بعدهم على الفقراء ففى العام الأول لعلمائهم و فى الثانى لزهادهم، و فى الثالث لشييوخهم اتبع شرطه، كما فى الدروس

لعموم «المؤمنون»

و «الوقوف»

إذا كان الشرط للموقوف عليهم، أما إذا كان لأجنبى فالظاهر الصحه ما لم يستغرق، و كون الولد موقوفا عليهم لا ينافى ذلك، و إن استحقوا هم المنفعه لو لا الشرط المزبور، و ربما يستأنس له فى الجمله ب

خبر جعفر بن حيان (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقف غله له على قرابه له من أبيه، و قرابه من

أمه، و أوصى لرجل و عقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم كل سنه، و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و أمه؟ قال: جائز للذى درهم لورثته يتوارثونها ما بقى واحد منهم، فإذا انقطع ورثته و لم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابه الميت ترد إلى ما يخرج من الوقف»

بحمل الوصيه فيه على تمليك ذلك بالشرط.

و لو وقف على ولده فإذا انقضوا و انقض أولادهم فعلى المساكين فى الدروس، «الأقرب عدم دخول أولادهم فى الوقف و النماء لأقرباء الواقف حتى ينقضوا» و قال الشيخ بدخولهم، أما لشمول لفظ الولد للنافله كقول المفيد و جماعه، و إما لقرينه الحال، و هو قوى.

قلت لا- إشكال مع ذلك، إنما الكلام مع فرض تصريح الواقف بذلك، و لا- ريب فى كونه حينئذ مع انقراض الأولاد دون أولادهم منقطع الآخر، و حينئذ يتجه بطلانه لخلوه عن موقوف عليه فى بعض الزمان، و فى القواعد بعد أن حكى قول الشيخ قال: «و ليس بمعتمد بل يكون منقطع الوسط، فإذا انقض أولاد أولاده عاد إلى الفقراء، و النماء قبل انقراض أولاد الأولاد لورثه الواقف على اشكال» و هو مبنى على اختصاص البطلان فى منقطع الوسط فيه خاصه، الا أن ذلك يقتضى عدم الإشكال حينئذ فى كونه لورثته.

و لو قال: وقفت إذا جاء رأس الشهر و إن قدم زيد لم يصح بلا خلاف و لا إشكال بل الإجماع بقسميه عليه، لما ذكرناه غير مره من منافاه التعليق على متيقن الحصول أو متوقعه لظاهر ما دل على تسبب الأسباب المقتضى لترتب آثارها حال وقوعها، فما فى المسالك من عدم الدليل على ذلك فى غير محله.

و من هنا كان المتجه الصحه فى التعليق الذى لا- يقتضى ذلك كقوله وقفت إن كان اليوم الجمعة للعالم بذلك و إن أبطله بعضهم أيضا بدعوى مانعيه صورته التعليق لكن الإشكال فى إثباتها هذا، و فى المسالك «أنه يتوجه على قول الشيخ بجواز الوقف المنقطع الابتداء إذا كان الموقوف عليه أولا مما يمكن انقراضه أو يعلم كنفسه و عبده بمعنى صحته بعد انقراض من بطل فى حقه جواز المعلق على بعض الوجوه».

قلت: قد عرفت تحقيق كلامه و ضعفه، و إمكان خروجه عن التعليق فى بعض وجوهه المحكيه عنه و الأمر سهل، و كذا تقدم الكلام مشبعاً فى أن القبض بإذن الواقف شرط فيه للنصوص التى ستسمع بعضها مضافاً إلى الإجماع بقسميه عليه فى الجملة.

و

صحيح صفوان عن أبى الحسن عن أبى عبد الله (عليه السلام) (١) «سألته عن الرجل يوقف الضيعة ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئاً فقال إن كان وقفها لوالده و لغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها و إن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم

لم يكن له أن يرجع فيها و ان كانوا كباراً لم يسلمها إليهم، و لم يخاصموا حتى يجوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لا يجوزونها عنه، و قد بلغوا»

و خبر العمري (٢) عن صاحب الزمان (عليه السلام)، «و أما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتنا ثم يحتاج إليه صاحبه ما لم يسلم فصاحبه بالخيار، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج إليه أو لم يحتج افتقر إليه أو استغنى عنه»

الحديث.

و لكن قد عرفت البحث فى أن القبض شرط فى صحته على وجه لا- يترتب عليه الأثر قبله، أو أنه شرط للزومه فلو وقف و لم يقبض ثم مات بطل و كان ميراثاً على الأول بل و الثانى، و كذا يبطل لو جن أو أغمى عليه كما هو الشأن فى جميع شرائط الصحة إذا حصل المانع منها فى أثنائها قبل تمام السبب الذى ظاهر ما دل على سببته أو.

المتيقن منه اعتبار دوام التأهل إلى تمام السبب من غير فرق بين الموجب و القابل و العين التى هى متعلق العقد، و من هنا لم يظهر خلاف بين الأصحاب فى سائر المقامات فى بطلان السبب بعروض المانع فى أثنائه و إن زال بعد ذلك.

نعم لو قلنا بكونه شرط للزوم انفسخ بموت الواقف للصحيح الآتى بناء على اراده الوقف فيه من الصدقه، و إن ناقش فيه فى المسالك، إلا أن المشهور الاستدلال به، بخلاف الجنون و

الإغماء، بل قد يتوقف فى الانفساخ بموت البطن الأول من الموقوف عليه قبله بناء على أنه

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب الوقوف الحديث - ٨.

شرط اللزوم، و دعوى أن ذلك شأن العقد الجائر يدفعها عدم الدليل على ذلك لو كان من المملكات كالهبة و الجواز فى نفسه أعم من ذلك، بل ربما احتتمل عدم البطلان بموتهم على تقدير كونه شرطاً للصحة أيضاً لا مكان قيام البطن الثانى مقامه فى القبض، و ان بطل بموت الواقف للفرق بينهما بالانتقال إلى الوارث المقتضى للبطلان بخلاف الفرض، و لعله لذا توقف فى صحته إذا قبض البطن الثانى فى محكى التحرير.

لكن قد يناقش - بأن المراد القبض ممن كان قبول العقد له، لعل ظاهر صحيح صفوان و غيره مما دل على اعتبار القبض - بما فى الرياض من أن قبض البطن الثانى إنما يؤثر الصحة بالنسبة إليه، دون من مات و لم يقبض، فوجوده حينئذ كعدمه، و يكون وقفاً على معدوم غير تابع لموجود، على أن معنى صحة الوقف صحة ما جرت عليه صيغته العقد و هو ليس إلا الوقف عليهما دون الثانى فقط، فصحته بالنسبة إليه خاصة دون الأول غير ما جرى عليه العقد، و فيه أنه لا حاصل له بعد فرض جريان العقد على وجه صحيح و البطلان و عدمه إنما عرض بحصول شرط الصحة شرعاً و عدمه، فهو كالوقف على شخصين قبض أحدهما دون الآخر فتأمل جيداً.

ثم إن الظاهر عدم اعتبار الفوريه فيه، لظهور ما دل على اعتباره من خبرى عبيد و محمد فى ذلك، مؤيداً بعدم الخلاف فيه فيما أجد، و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد مما ذكرناه، و من أنه باعتبار توقف الصحة عليه كان كالقبول من العقد، إلا أنه كما ترى.

و لو وقف ما فى يده على أولاده الأصاغر الذين هو ولى عنهم كان قبضه قبضاً عنهم، و كذا الجرد للأب بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، ل

صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) «أنه قال فى الرجل يتصدق على ولده، و قد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذى يلى أمره».

و خبر عبيد بن زرار (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «أنه قال فى رجل تصدق على ولد له قد أدركوا

١-١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب أحكام الوقف الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب أحكام الوقف الحديث ٥.

قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذى يلي أمره، و قال: لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله».

و خبر على بن جعفر(١) المروى عن قرب الاسناد عن كتابه «إذا كان أب تصدق على ولد صغير فإنها جائزه، لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على ذلك.

بل فى المسالك و غيرها أن الظاهر عدم الفرق بين قصده بعد ذلك القبض عن المولى عليه للوقف، و عدمه، لتحقق القبض الذى لم يدل الدليل على أزيد من تحققه.

قلت: لا- ينبغى التأمل فى ظهور دليله فى اعتبار كون القبض على أنه وقف، فلا- يجرى القبض، بعد الوقف مع الذهول عنه، أو كان على وجه العاربه أو الوديعه، أو نحو ذلك مما هو ليس قبضا للوقف من حيث أنه وقف قطعاً، و حينئذ فمع فرض شرطيته حتى فى الفرض لا يتعلق بدون القصد، ضروره عدم امتياز أصل الفعل المشترك، فضلا عن الاستدامه التى كان افتتاحها لغيره.

نعم لو قيل بعدم اشتراطه فى مثل الفرض لعدم العموم فى دليله أو لخصوص النصوص المزبوره، بناء على أنه المراد من التعليل فيها أيضا على معنى أنه إذا كان هو الذى يقبض عنه، فكيف يعتبر القبض فى وقفه، إذ لا- يتصور أن يقبض نفسه، اتجه حينئذ ذلك، إلا أنه مناف لظاهرهم من عموم شرطيته.

اللهم إلا- أن يراد من نحو عبارته صيروره قبضه قبضا عنهم شرعا، و لكن فيه حينئذ أنه خلاف ظاهر الأدله، خصوصا صحيح صفوان(٢) الظاهر فى اعتبار الحيازه لهم المتوقف على النيه،

بل لعل ذلك هو المراد من التعليل، لا إرادته عدم الاحتياج إلى قصد، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الانتقاد.

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من كتاب الهبات الحديث ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب أحكام الوقوف الحديث ٤.

و لعله إلى ذلك أشار في جامع المقاصد بعد أن ذكر ظهور عبارته في كفايته مع عدم القصد، قال: «و يشكل بأن القبض انما القبض انما يحسب لذى اليد، ما لم يقصده لغيره ممن له ولايه عليه و نحوه» خلافا لما سمعته من ثانی الشهيدين و غيره بل و شيخنا في كشفه، بل في الأخير و لو نوى الخلاف فالأقوى الجواز، و فيه نظر، و أغرب منه ما سمعته من الأول من إلحاق قبض الودعي و المستعير، بل و الغاصب في وجهه، يقبض الولي في عدم الحاجة إلى الإذن و القصد.

و على كل حال فلا فرق في الحكم بين أصناف الولي، خصوصا بعد ملاحظته التعليل المزبور، و لكن المتن و في الوصي تردد، أظهره الصحه و لم أجده لغيره عدا ما يحكى عن التحرير، و ما تشعر به عبارته النافع، و كأنه للتردد فيه في غير موضع، باعتبار اتحاد الموجب و القابل فيه، المغتفر في الأب و الجد، للنصوص، إلا أنه قد بينا ضعف ذلك أيضا في غير موضوع، و المراد هنا أن التردد لذلك، لا- لدعوى أن ولايه الوصي ضعيفه، فلا تقتضى صيروره قبضه قبضا عنهم، التي هي واضحه الفساد، إذا لا إشكال في عدم مدخلية ذلك، كما لا إشكال في كفايه قبضه عنهم في الوقف من أجنبي و الهبه و غيرها مما لا خلاف فيه، و لا اشكال فيه، و إن ظن في الرياض دخول القبض من الأجنبي في التردد، إلا أنه كما ترى.

و كيف كان ففي المسالك و في معنى ما ذكر، أي قبض الولي ما لو كان الموقف تحت يد الموقوف عليه قبل الوقف بوديعة و عاريه و نحوهما، لوجود المقتضى للصحه، و هو القبض، فإن استدامته كابتدائه، إن لم يكن أقوى، و لا دليل على اعتبار كونه واقعا مبتدأ بعدا الوقف فيه.

و إن كان فيه ما لا يخفى، بناء على عموم شرطيته، و عدم الاذن و القصد في الاستدامه، بل قد عرفت البحث فيه معهما في كتاب الرهن، و إن كان الأقوى الاكتفاء بهما حتى في القبض بالغضب و الشراء الفاسد، تنزيلا للاستدامه معهما منزله العود ثم القبض في الإثم و غيره.

و أما احتمال الاكتفاء- بالقبض بلا اذن من الواقف و لا قصد من الموقوف عليه، بل و مع

قصده العدم، لأن المدارك كونه تحت يده بعد الوقف مع فرض القول بالشرطيه الشامله للفرض ففى غايه الضعف، بل لا ينبغي صدوره من ذى مسكه.

و على كل حال فلا يعتبر فيما ذكرنا بناء على المختار مضى زمان يمكن فيه إحداث القبض، ضروره عدم صيرورته قبضا حقيقه بذلك، وإنما المدار تنزير زمان الاستدامه المفروض حصولها بالاذن و القصد منزله القبض حقيقه، و هذا لا يحتاج إلى زمان بعد حصولها.

و فى المسالك «و حيث لا يعتبر تجديد القبض لا يعتبر مضى زمان يمكن فيه احداثه و إن اعتبر، لأن الإذن فيه يستدعى حصوله، و من ضروراته مضى زمان، بخلاف ما لا يعتبر فيه التجديد».

و فيه أن ذلك لا يجدى فى التجديد الحقيقى، و أما الحكمى فغير محتاج إلى ذلك كما هو واضح.

و لو وقف على نفسه لم يصح بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد بل عن التذكرة نسبتة إلى علمائنا، بل فى محكى السرائر الإجماع، و هو الحجج، مضافا إلى عدم تعقله، لما عرفت من اقتضاء الوقف نقل المنفعه خاصه، أو مع العين للموقوف عليه، و لا معنى لنقل ملكه إلى نفسه، و إلى فحوى ما تسمعه من النصوص فى المسئله الآتیه، فما عن بعض العامه- من جوازه لأن استحقاق الشىء وفقا غير استحقاقه ملكا، و قد يقصد حبسه أو منع نفسه من التصرف المزيل للملك- واضح الفساد.

و كذا لم يصح الوقف من أصله لو وقف على نفسه ثم على غيره لكونه حينئذ منقطع الأول الذى قد عرفت تحقيق الحال فيه، و قيل و القائل الشيخ يبطل فى حق نفسه و يصح فى حق غيره و لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده كما تقدم الكلام فيه و فى غيره من الصور مفصلا.

نعم لو عطف الغير عليه بالواو فالأقوى الصحه فى النصف، لعدم الانقطاع فيه لبقاء موقوف عليه ابتداء و هو الغير، فإن الموقوف عليه ليس هو المجموع منه و من الغير من حيث هو

مجموع، بل كل واحد منهما، فيبطل النصف في حقه، و يصح في النصف الآخر الذى لا مانع من الصحة فيه، و ربما احتل كون المجموع للغير كما سمعته من الشيخ فى المرتب فضلا عن المفروض، إلا أنه واضح الفساد فيهما، لمخالفته لقصد الواقف الذى جعل الشارع الوقف على حسب ما وقفه، كوضوحه أيضا فى دعوى البطلان فيهما معا، لان ما وقع عليه العقد لا يجب به الوفاء إجماعا، و العقد لا يكون مبعضا ضروره عدم كون ذلك من التبعض الممنوع، بل هو من باب تبعض الصفقه الذى قد فرغنا من الكلام فى صحته فى محله، و لو وقف على نفسه و الفقراء فالظاهر الصحة أيضا فى النصف، و فى الدروس احتمالها، و الصحة فى الثلاثه الأرباع، و البطلان رأسا و فى الأخيرين - المبنى أولهما على إرادته أقل الجمع، و هو الثلاثه من لفظ الفقراء، و يكون هو حينئذ رابعا فيبطل و ثانيهما على بطلان تبعض الصفقه - ما لا يخفى.

و كذا لو وقف على غيره و شرط قضاء ديونه أو إدرار مؤنته لم يصح بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل ظاهر المسالك إلى الأصحاب، معللا له بأن الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه، فإذا شرط ذلك و نحوه فقد شرط ما ينافى مقتضاه، فيبطل الشرط و الوقف معا، بل مقتضى إطلاق بعض ما هو صريح آخر من عدم الفرق فى ذلك بين دين معين و عدمه و إدرار مؤنته مده معينه و عدمه، و بين تقدير ما يأخذه منه أو إطلاقه.

و بين الانتفاع به مده حياته أو مده معلومه، كل ذلك للقاعده المزبوره.

و إلفيس فى النصوص إلا

مكاتبه على بن سليمان (١) إلى أبى الحسن (عليه السلام) «جعلت فداك ليس لى ولد ولى ضياع و رثتها عن أبى و بعضها استفدتها و لا آمن الحديثان فإن لم يكن لى ولد و حدث بى حدث فيما ترى جعلت فداك، لى أن أقف بعضها على فقراء إخوانى و المستضعفين أو أبيعها و أتصدق بثمانها عليهم فى حياتى، فإنى أتخوف أن لا ينفذ الوقف بعد موتى، فإن وقفها فى حياتى فلى أن تأكل منها أيام حياتى أم لا؟ فكتب (عليه السلام) فهمت كتابك فى أمر ضياعك، فليس أن تأكل منها من الصدقه فإن أنت أكلت منها لم تنفذ إن كان لك ورثه، فبع

و تصدق ببعض ثمنها في حياتك، و ان تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك، مثل ما صنع أمير المؤمنين (عليه السلام)».

و خبر طلحه بن زيد(١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن أبيه (عليه السلام) «أن رجلا تصدق

بدار له و هو ساكن فيها فقال: الحين اخرج منها»

و بعض النصوص الآتية في مسأله اشتراط العود إليه عند الحاجة.

مع أن في خبر أبي الجارود عن الباقر (عليه السلام) لا يشتري الرجل ما تصدق به، و إن تصدق بمسكن على ذى قرابه فإن شاء سكن معهم و إن تصدق بخادم على ذى قرابه خدمه إن شاء الله.

بل عن النهايه إذا وقف انسان مسكنا جاز له أن يقعد فيه مع من وقف عليه، و ليس له أن يسكن غيره فيه، و لعله نظر إلى الخبر المزبور الذى لا بد من حمله على اذن الموقوف عليه، و إلا كان مخالفا للقواعد و غيرها و لا جابر له.

نعم ليس فى تلك المكاتبه و غيرها إخراج النفس، بل و لا جميع ما ذكره، فيكون منشؤه القاعده المزبوره، و لكن الظاهر عدم اقتضاها بطلان اشتراط ذلك على جهه الاستثناء له من التسييل الذى قصده بالوقف لقاعده

«المؤمنون»

و «الوقوف»

و غيرهما.

بل ربما كان المراد من

قوله (عليه السلام) فى المكاتبه المزبوره «و إن تصدقت أمسكت لنفسك ما يقوتك»

كما عساه يظهر من عنوان الحر فى الوسائل، أقصاها بطلان استحقاقه له من حيث كونه وقفا لاعتبار إخراج نفسه من عينه و منفعتة، لا- نحو ما ذكرناه الراجع إلى وقف عين و تسييل منفعتها الخارجه عما استثناءه، فهو حينئذ كوقف العين المستأجره مده مثلا، و ربما يشهد له فى المجله ما تقدم له سابقا من دخول اللبن و الصوف الموجودين فى الشاه الموقوفه ما لم يستثنه، بل حكينا عن الفاضل فى التذكرة أن وقف البقره للحرث مثلا خاصه يقتضى بقاء باقى المنافع من اللبن و غيره للوقف.

لكن فى جامع المقاصد التصريح فى مسأله الشاه بعدم جواز استثناء شىء من المنافع المتجدده بخلاف الصوف و اللبن الموجودين، فإنه يجوز استثناءهما و يكون المسبل ما عداهما.

إلا أنه كما ترى جرد دعوى عاريه عن الدليل بل مخالفه لما ذكره من الدليل، بل ستسمع هنا من المسالك جواز الشرط للناظر، فإذا كان الواقف، هو أخذه، و هو مبنى على ما ذكرناه، بل فى كشف الأستاذ «و لو شرط رد مظالم عنه أو صدقه أو عباده أو أداء ديون لزمته فى حياته، و نحو ذلك قوى القول بالصحه» مع أنه قال قبل ذلك: «و لو شرط اجاره عن عباده تجوز عن الاحياء و كان حيا كزياره و حج و نحوهما قوى البطلان» و كأنه بناه على الفرق بين شرط الانتفاع به حال حياته، و بعد موته الذى هو خروج عن الوقف، و إن رجع إليه ثواب ذلك فلا تنافيه القاعده المزبوره كما لا يتنافى شرط أكل أهله منه، بل و أضيافه و ممن يمر به و التابعه، فيصح حينئذ كما حكى من فعل النبى (صلى الله عليه و آله) فى خبر أحمد(١) عن أبى الحسن الثانى (عليه السلام) بل نحو ذلك عن فاطمه (عليها السلام) أيضا فى صدقتها(٢).

بل فى الدروس و الرياض و لا يقدر كونهم واجبي النفقه، و تسقط نفقتهم ان اكتفوا به، و هو متجه فى غير الزوجه و المملوك، أما هما فيشكل برجوع ذلك إلى نفسه أيضا، و لذا قال فى الأول منهما بعد ما سمعت: «و لو شرط أكل الزوجه ففيه نظر من عود النفع إليه» و من توهم بقاء نفقتها كما لو وقف عليها و إن كان فيه أنه لا- نظر فى جواز أكلها، و انما الكلام فى اشتراط نفقه الزوجيه، و هو الذى قلنا أنه من شرط النفع لنفسه، و كذا مملوكه و لو كان حيوانا».

و على كل حال فالمدار على عدم منافاه القاعده المزبوره، فيصح حينئذ جميع ما لا ينافيها، بل فى المسالك «و كذا لو شرط أن يأكل الناظر منه أو يطعم غيره، فإن كان وليه الواقف كان له ذلك عملا بالشرط، و لا يكون ذلك شرطا لنفع نفسه» و هو إن لم يكن مبني على ما ذكرناه مشكل، ضروره عدم خروجه بسبب النظاره عن ملكه صدقته و عدم إخراج نفسه عن وقفه، و كذا قيل: لا ينافى ما ذكره المصنف و غيره بقوله.

١- ١ الوسائل- الباب- ١٠- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٠- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ١.

أما لو وقف على الفقراء و كان منهم أو لم يكن ثم صار فقيراً، أو على الفقهاء و كان منهم أو لم يكن ثم صار فقيهاً صح له المشاركة بالانتفاع بل و الاختصاص به، لأنه ليس وقفاً على نفسه و لا على جماعه هو منهم، لأن الوقف بهذا الوجه ليس وقفاً على الأشخاص المتصفين بهذا الوصف، بل على الجهة المخصوصه، و لهذا لا يعتبر قبولهم، و لا قبول بعضهم و لا قبضهم و إن أمكن.

بل فى المسالك «و لا ينتقل الملك إليهم، و إنما ينتقل إلى الله تعالى، و لا يجب صرف النماء فى جميعهم، بل مثل هذا يسمى وقفاً على الجهة، لأن الواقف ينظر إلى جهة الفقر و المسكنه و يقصد نفع كل موصوف بهذا الوصف لا شخص بعينه».

لكن فى الكفايه الإشكال فى المشاركة المزبوره قال: «و احتجاجهم بأن ذلك ليس وقفاً على نفسه و لا على جماعه هو منهم صحيح غير نافع، إنما ينعف لو كان النص المانع وارداً بلفظ الوقف على نفسه، أو ثبت إجماع على المشاركة فى محل البحث، و ليس كذلك، إذ الأخبار المذكوره ليس على هذا الوجه كما لا يخفى، و لا إجماع على المشاركة هنا» و كأنه لحظ فى نفى الإجماع خلاف ابن إدريس، فإن المحكى عنه عدم جواز انتفاع الواقف بما وقفه على الحال، بل و الفاضل فى المختلف و التذكرة.

قال فى الأول: «الوجه عندى أى الوقف إن انتقل إلى الله تعالى كالمسجد فإن للواقف الانتفاع به كغيره من الصلاه فيه و غيرها، و إن انتقل إلى الخلق لم يدخل سواء كان مندرجاً فيهم وقت الوقف، كأن وقف على المسلمين أو على الفقهاء و هو منهم، أو لم يكن منهم وقت العقد ثم صار منهم» و كذا عن التذكرة و عن المهذب لابن البراج أنه جعل الوقف العام أقساماً، وقف المسجد و القنطره، و وقف الدور و المنازل التى ينزلها الحاج و الخانات، و وقف الدور و المنازل التى ليست كذلك. و الوقف على المسلمين، فحكم فى الأول و الأخير بجواز الانتفاع و فصل فى الدروس و المنازل بين ما ينزلها الحاج و الخانات و بين غيرها فجوز فى الأول دون الثانى.

لكن فى محكى المبسوط فأما إذا وقف وقفاً عاماً مثل أن يقفه على المسلمين جاز له الانتفاع بلا خلاف، لأنه يعود إلى أصل الإباحه، فيكون هو و غيره سواء، و مثله فى محكى الغنيه.

قلت: لا ينبغي التأمل و لو للسيره القطعيه فى جواز الانتفاع فى المسجد، و الخان و نحوهما اللذين صارا بسبب الوقف كالتحرير، بل الظاهر خروجهما عن المالىه فينتفع به حينئذ على الوجه الذى ذكره من غير فرق بين الواقف و غيره.

لكن دعوى- أن كل وقف عام حتى ما كان موضوعه العلماء و المجتهدون و غير ذلك و كان له ثمرات تدخل تحت الملك كثمره البستان و نحوها كذلك- محل بحث أو منع، ضروره كون الملك فيه بقصد الواقف و غيره للجنس، و لو بواسطة افراده التى لو- فرض كون الواقف منها، لم يكن قد أخرج نفسه عن صدقته و تحقق فيه المانع المزبور، من غير فرق بين ذى الوصف السابق و المتجدد، على أن وقفه على الفقراء نحو ملك الزكاه للفقراء الذين لا يندرج فيهم من عليه الزكاه، و مالكيه الكلى على نحو مملوكيته، فكما أن خصوص الفرد فى الثانى يكون منطبقا على الكلى المملوك و تحصل به براءه الذمه ممن عليه فكذلك مالكيه الكلى أيضا إذا تشخص بفرد انطبق عليه، فإذا فرض أنه الواقف، صار هو المالك لصدقته المعترف فيها خروجه عنه، فلا بد حينئذ فى صحه الوقف من خروج تشخص الكلى به عنه، كما أومى إليه الفاضل فيما حكى عنه.

نعم لا- بأس به فيما ذكرناه مما هو خارج عن المالىه، و الانتفاع به ليس على طريق الملك، كالصلاه فى المسجد و العبور على القنطره و الجلوس فى الخان، و نحو ذلك مما هو جائز باعتبار الإباحه الشرعيه، و لو بسبب الوقف أو للسيره القطعيه أو لغير ذلك هذا.

و فى جامع المقاصد عن بعض فتاوى الشهيد أنه ما لم يقصد منع نفسه أو إدخالها و استحسنة كثنائى الشهيدين فى المسالك قال: «فإنه إذا قصد إدخال نفسه فقد وقف على نفسه و لم يقصد الجبهه، و إذا قصد منع نفسه خصص العام بالنيه و هو جائز، فيجب اتباع شرطه للخبر السابق، و إنما الكلام مع الإطلاق».

و فيه أن قصد إدخال نفسه بقصد الجبهه التى يندرج فيها عين مفروض المسأله فمع فرض بطلانه يتجه ما قلناه فتأمل جيدا.

و لو شرط عوده إليه عند حاجته صح الشرط، و بطل الوقف و صار حبسا و يعود إليه

مع الحاجة التي يرجع في مصداقها إلى العرف على حسب غيرها من الألفاظ و يورث مع عوده بها أو مطلقا كما ستعرف، و الأصل في ذلك

خبر إسماعيل بن الفضل (١) قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير، و قال: إن احتجت إلى شىء من المال فأنا أحق به ترى ذلك له؟ و قد جعله الله يكون له في حياته، فإذا أهلك الرجل يرجع ميراثا إلى أهله أو يمضى صدقه؟ قال: يرجع ميراثا إلى أهله».

والموثق (٢) «من أوقف أرضا ثم قال: إن احتجت إليها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع إلى الميراث».

و لكن اختلف فيه الأصحاب، فبين قائل بطلان ذلك من أصله كما عن أبي علي و ابني حمزه و إدريس و الآبي، بل حكاها في المختلف عن الشيخ في المبسوط أيضا و إن كنا لم نتحققه نعم هو ظاهر النافع و الحر و الكفايه، لمنافاه الشرط المزبور دوام الوقف، بل هو من التعليق، و لظهور قوله يرجع ميراثا، في إرادته البطلان، و لأنه صدقه و لا يجوز رجوع إلى صدقه، و لوجوب إخراج نفسه من الوقف.

و بين قائل بصحته وفقا لإن احتاج كان منقطعا، و إلا كان مؤبدا كما هو صريح كلام السيد في الانتصار، مدعيا عليه الإجماع، و الفاضل في المختلف و القطيفي في المحكى عن إيضاحه و ظاهر المقنعه و المراسم، بل في المسالك نسبة صحه الشرط إلى السيد و المعظم تاره و أخرى قال:

«إن العمل بخبر إسماعيل بن الفضل اتفاق من الأصحاب أو من أكثرهم».

و على كل حال فلا ريب في أنه الأقوى، لعموم «الوقوف» و «المؤمنون» و عدم جواز الرجوع بالصدقه التي لم يكن التصديق بها على الوجه المزبور، و ليس هذا من إدخال الواقف نفسه في الوقف قطعا بل هو تقييد للوقف بما يقتضى انتهاءه، و دوام الوقف غير شرط كما عرفته سابقا من صحه الوقف المنقطع، و لا تعليق فيه على وجه ينافى عقد الوقف، بل هو تقييد للوقف على نحو

١-١ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٣ - ١.

٢-٢ التهذيب ج ٩ ص ١٥٠ الحديث - ٤٠.

تقييده بوجود الموقوف عليه أو بغيره من الأوصاف التي لا إشكال في جوازها، ضروره رجوعه إلى جعله وقفا ما دام غنيا عنه، لأنه بناء على مشروعيه المنقطع منه، لا- فرق في الأوصاف التي يكون ارتفاعها غايه، بين أن تكون في الموقوف عليه أو في غيرهم بعد اشتراكهما في اقتضاء ارتفاعهما بقاء الوقف حينئذ بلا موقوف عليه، و صيرورته من غير الموقوف الذي قد عرفت بطلانه نسا و فتوى، و ليس هو من اشتراط الخيار في الوقف الذي لم اعرف خلافا في عدم جوازه، عدا عبارته في محكى التحرير لم يعلم أنها له أو للشيخ.

و على كل حال لا ريب في شذوذها لمنافاته للزوم في الوقف على وجه لم يشرع فسخه اختيارا بوجه، و ما نحن فيه إنما هو من انتهاء الوقف بانتهاء الوصف المعلق عليه، و فرق واضح بين المقامين، و الخبران- بعد احتمال إرادته البطلان فيهما باعتبار اشتراط كونه أحق به، و هو وقف، لما سمعت من اعتبار إخراج نفسه من الوقف في جميع الأحوال، و حينئذ يكونان خارجين عما نحن فيه- يمكن إرادته الرجوع ميراثا في الأول منهما بعد فرض حصول الحاجه منه، و عاد الوقف إليه بحسب شرطه فإذا هلك بعد أن كان كذلك رجع المال إلى ورثته، ضروره بطلان الوقف بحصول الحاجه، و الوجه في ذلك أن السائل سأل عن صحة الشرط و عدمه، و أنه على تقدير صحته يكون أحق به ما دام حيا، فإذا هلك يبقى على الصدقه لعدم حاجته إليه، أو يرجع ميراثا؟ فأجاب الإمام عن ذلك كله بالرجوع ميراثا، بمعنى أن الشرط صحيح، و إذا حصلت الحاجه إليه رجع المال إليه، و بعد رجوعه لا يعود إلى الوقف، بل هو ميراث.

و منه يعلم وجه المراد في الموثق لظهور اتحاد المراد فيهما، بل ربما يشهد لذلك في الجملة ما

في صدقه أمير المؤمنين (عليه السلام) (١) حيث قال: «و أنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله تعالى في حل محلل لا حرج عليه. فإن أراد بيع

نصيب من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء و لا حرج عليه فيه، و إن شاء جعله شراء الملك»

بناء على إرادته الرخصه له إن شاء بيع نصيب من المال الموقوف على جهه إبطال وقفه لا خصوص الثمره منه، فتأمل.

و أما القول بصحة الشرط المزبور و رجوع الوقف حبسا حتى جعلوه قولاً- ثالثا في المسأله، و نسبه إلى الشيخ و القاضى و المصنف هنا، و الفاضل في القواعد و التذكرة و الإرشاد و الشهيد في الدروس و التنقيح و جامع المقاصد و الروض و الروضه، فإن أرادوا به ذلك مع فرض تحقق الحاجه، فهو المختار، و إن أرادوا به ذلك مع عدم الحاجه أيضا بدعوى أن الميت بموته قد احتاج فهو كالخرافه، ضروره عدم كون ذلك المراد من إطلاق الشرط مع إمكان فرض التصريح بإرادتها حال الحياه، و كذا دعوى- كون موت الحابس غايه لحبسه بعد أن لم يذكر له أمد ضروره أنه قد ذكر له أمد و لم يحصل فمقتضى ذلك بقاؤه محبوبا إلى آخره، على أن مفروض المسأله في الوقف و هو ما علم قصد الوقف به، لا- أن مفروض المسأله، من قال وقفت، فيحمل قصده على إرادته الحبس بقرينه الشرط المزبور إذ هو كما ترى خروج عما نحن فيه و رجوع إلى مسأله لفظيه قد عرفت البحث في نظيرها، و أن المتجه فيها الحمل على البطلان لعدم صلاحية أصاله الصحه لصرف ظاهر اللفظ كما تقدم تحقيق الحال فيه سابقا.

على أن دعوى بطلان الشرط المزبور- بعد فرض القول بصحة الوقف المنقطع- واضحه الفساد، و كونه باطلا في نفسه للتعليق، يدفعه معلوميه جواز نظائره في الوقف، و أنه ليس تعليقا ممنوعا، و لو سلم فهو باطل في الحبس أيضا ضروره اشتراكهما بالنسبه إلى ذلك.

و كذا دعوى أن الحكم بكون الفرض حبسا مع القول بصحة الوقف المنقطع و صحه هذا الشرط، و كون القصد الوقف إنما هو للخبرين المزبورين، إذ قد عرفت أنهما- بعد احتمالهما ما سمعت- لا يصلحان لإثبات مثل هذا الحكم المخالف للضوابط من وجوه، و ليس بأولى من القول بصحته وقفا على هذا الوجه، بمعنى أنه له حكم الحبس نحو ما سمعته منا في حمل كلامهم في الوقف على من ينقرض، بل هو صريح الفاضل في المختلف، و إن كان هو هنا فيه ما لا- يخفى فلا محيص حينئذ عن القول بالصحه حسب ما قلناه.

و مما ذكرناه يظهر لك الوجه في المسأله و أقوالها و أدلتها، بل و ما في الفوائد التي ذكرها في المسالك، بل و ما في غيرها من كتب الأصحاب أيضا، هذا و يمكن حمل عبارته المصنف

و الفاضل و ما شابهها على إرادته بطلانه وقفا على كل حال و إن حبسه و صيرورته إرثا بعد عوده إليه للحاجه، لا كما ذكره فى المسالك، أو يراد حكم الحبس فيها، أو غير ذلك.

و من الغريب بعد ذلك كله دعوى ابن إدريس الإجماع على البطلان. و من هنا حكم بخطئه فى المختلف قال: «فإنه قد ذكرنا ما صرنا إليه و هو قول أكثر علمائنا، حتى أن السيد المرتضى ادعى الإجماع عليه، و احتج عليه بأن كون الشىء وقفا تابع لاختيار الواقف، و ما يشترط فيه، فإذا شرط ما ذكرناه كان كسائر ما يشترطه و اعترض على نفسه بأن هذا شرط يناقض كونه وقفا و حسبا بخلاف غيره من الشروط، و أجاب بأنه غير مناقض لأنه متى لم يختار الرجوع فهو ماض على سبيله، و إن مات قبل العود نفذ نفوذا ثابتا، و هذا حكم ما أفاده فى عقد الوقف، فكيف يكون نقضا لحكمه، و لا يقاس عليه العتق لبطلانه و للفرق بعدم صحه دخول الشرط مطلقا فى العتق، بخلاف الوقف الذى لا فرق بين هذا الشرط و غيره فى الجواز، ثم اعترض و قال: فإن قيل: قد خالف ابن الجنييد فيما ذكرتموه، ثم أجاب بأنه لا اعتبار به، و قد تقدمه إجماع الطائفة، و تأخر أيضا عنه، و إنما عول على ظنون له و حسابات و أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها.

و لو شرط إخراج من يريد بطل الوقف بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط اعترافه به، بل قيل ظاهره نفيه بين المسلمين، بل فى المسالك و عن صريح و ظاهر غيره الإجماع عليه، و لعله العمده، و إلا ففى الكفايه فيه إشكال، نظرا إلى الدليل، أى عموم «الوقوف» و نحوها مما اقتضى جواز نظائره، كالعود عند الحاجه و غيره، مما يمكن فرض ما نحن فيه نحوها و حينئذ فدعوى أنه شرط مناف لمقتضى اللزوم فى عقد الوقف، يدفعها عدم المنافاه، مع فرض وقوعه على نحو غيره من الشرائط التى ينقطع الوقف بها و لا تكون منافية للزومه.

و ربما كان مراد الأصحاب باشتراط إخراج من يريد، فسخ الوقف حينئذ، لا خروجه بانتفاء الوصف المعلق عليه الوقف، و حينئذ يتجه البطلان فيه، ضروره رجوعه إلى نحو اشتراط الخيار الذى قد عرفت فساده أو إلى اشتراط كون سلطنه السبب الذى هو المشهور إليه، و نحو ذلك مما تسمعه فى اشتراط الإدخال و النقل، اللهم إلا ان يدعى صلاحية الإراده وصفا

للموقوف عليه، و لكنه كما ترى.

بل قد يشكل ذلك بما ذكره المصنف و غيره من أنه لو شرط إدخال من يريد مع الموقوف عليهم جاز سواء وقف على أولاده أو على غيرهم معللين له بأن هذا الشرط لا ينافي مقتضى الوقف، فإن بنائه على جواز إدخال من سيوجد أو سيولد مع الموجود، و اشتراط إدخال من يريد إدخاله في معناه، بل أضعف منه لأنه قد يريد، فيكون في معنى اشتراط دخوله، و قد لا يريد فيبقى الوقف على أصله، فإذا جاز الأول، اتفاقا جاز الآخر كذلك، أو بطريق أولى.

و ما يقال:- من أن ذلك يقتضى نقصان حصه الموقوف عليه فيكون إبطالا للوقف في ذلك البعض.

يدفعه أولا: أنه وارد في إدخال كل معدوم تابعا للموجود.

ثانيا: أن العقد لما تضمن الشرط لم يكن للموقوف عليه حق إلا ما كان مطابقا له فلا يعتبر.

و ثالثا: أن الوقف حق لازم في حق الموقوف عليه في الجملة، و إنما المختلف الحصه، و ذلك غير قادح، كما لو وقف على بطون فزادت تاره، و نقصت أخرى، ضروره أن ذلك كله مبنى على صلاحية الإراده و صفا لدخول الموقوف عليه كالوجود و العلم و نحوهما، فإذا جاز ذلك جاز جعلها و صفا للخروج منهم، و كباقي الأوصاف التي يقتضى زوالها ذلك.

أما لو فرض إرادته اشتراط سلطنه الإخراج و الإدخال إليه، على وجه يكون أصل الوقف بيده دخولا و خروجا، فالمتجه البطلان فيهما، لرجوعه إلى اشتراط كون أصل السببيه بيده، و الفرض أن ذلك أمر شرعى لا يرجع إليه.

و لعله لذا أبطله بهما في ظاهر الدروس كما حكاه عنه في جامع المقاصد و غيره قال فيها:

«و ليس له إدخال غيرهم معهم، و إن كانوا أطفاله على الأصح، و لا إخراج من يريده و لو

شرطه فى العقد بطل و فى محكى المبسوط و لو شرط أن يخرج من شاء منهم، و يدخل فى ذلك من شاء، و أن يفضل بعضهم على بعض إن شاء، أو يسوى بينهم إن شاء كان ذلك كله باطلا، لأنه شرط التصرف فيما هو ملك لغيره، بلا خلاف، و قد روى أصحابنا: أنه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم، و أما الإخراج و النقل فلا خلاف عندنا أيضا فى عدم جوازه.

و من ذلك يظهر ذلك ما فى جامع المقاصد فإنه بعد أن حكى عن ظاهر الدروس ما عرفت قال: و هو بعيد، لعدم المنافاه، و عموم قوله

(١) «الوقوف»

فالأصح الصحه إذ قد عرفت أن المتجه الصحه مع جعل الإراده وصفا للدخول و الخروج، فيدخل و يخرج من اتصف بها من غير إدخال و إخراج منه، كما أن المتجه عدمها مع اشتراط الإدخال و الإخراج، بمعنى جعل السلطنه إليه فى الإدخال و الإخراج.

بل و كذا يظهر لك النظر فيما فى المتن، و غيره من الفرق بينهما فى الحكم، اللهم إلا- أن ينزل على ما ذكرناه، و لكنه بعيد، ضروره ظهورها فى الفرق بين الإدخال و الإخراج، فلا يصح شرط الأول بخلاف الثانى.

و قد عرفت تحقيق الحال الذى عليه أو على ما لا ينافيه ينزل

خبر أبى طاهر البلالى المروى عن إكمال الدين (٢) قال: كتب جعفر بن حمدان «استحللت بجاريه إلى أن قال: و لى ضيعه قد كنت قبل أن تصير إلى هذه المرأه سبيلتها على وصاياى و على سائر ولدى على أن الأمر فى الزيادة، و النقصان فيه إلى أيام حياتى و قد أتت بهذا

الولد فلم ألحقه بالوقف المتقدم المؤبد، و أوصيت إن حدث بى حدث الموت أن يجرى عليه ما دام صغيرا، فإن كبر أعطى من هذه الضيعه جمله مأتى دينار غير مؤبد، و لا يكون له و لا لعقبه بعد إعطائه ذلك فى الوقف شىء، فأرىك أعزك الله تعالى، فورد جوابها يعنى من صاحب الزمان، أما الرجل الذى استحل بالجاريه «إلى أن قال:» و أما إعطاؤه، المأتى دينار و إخراج من الوقف، فالمال ماله، فعل فيه ما أراد.»

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ١- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ٢.

و كيف كان فهذا كله فى الشرط على النحو المزبور و أما لو شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد لم يجز و بطل الوقف فى المشهور بل قد سمعت نفى الخلاف عنه فى محكى المبسوط: بل قيل: إن ظاهره إرادته نفيه بين المسلمين، لكن فى القواعد على إشكال، بل فى الدروس الأقرب جوازه، و فى محكى التذكرة لو قال: هذا وقف على أولادى سنه ثم على المساكين صح إجماعاً.

و فيه أيضاً لو قال هذا وقف على أولادى مدته حياتى ثم بعد مماتى للمساكين صح إجماعاً، لكن فى المقام أفتى بالبطلان كالمشهور.

و لعله من التأمل فيما ذكرناه يعلم تحقيق الحال هنا، فيحكم بالبطلان على إرادته النقل منه، لرجوعه إلى اشتراط ما هو المشهور و الصحه على إرادته الانتقال على حسب باقى العنوانات فى الوقف، بمعنى أنه على هؤلاء مثلاً ما دام خالياً عن الولد، و إلا كان الوقف عليه، ثم منه على المساكين مثلاً فإن خروج من خرج حينئذ لفوات عنوان الموقوف عليهم، كالفقر و العلم و نحوهما، فيشملة

(١) «الوقف على حسب»

إلى آخره و غيره.

و لعله إلى ذلك أومئ فى جامع المقاصد فإنه بعد أن حكم بالبطلان قال، و يمكن الفرق بين ما هنا و بين إناطه الوقف بصفه فى الموقوف عليه، مثل فقراء أولاده، و فقهاءهم، بأن الوقف فى الثانى لم يكن على الأولاد، بل على الفقراء منهم، فإذا زال الفقر ينتفى الموقوف عليهم، فإن ذلك جارياً مجرى موتهم و عداهم، بخلاف ما إذا ثبت الوقف لهم و شرط نقله عنهم، فإن ذلك ابطال للوقف باختياره.

و قال أيضاً فى شرح قول الفاضل متصلاً بمسألتنا السابقه «و كذا الإشكال لو قال على أصاغر أولادى سنه ثم على الفقراء»، منشأ الإشكال هنا قريب من الذى قبله، إلى أن قال: و اعلم أن بين هذه المسأله و التى قبلها فرقا، من حيث أنه فى تلك شرط نقله عن الموقوف عليهم إلى من سيوجد، و فى هذه وقفه على أولاده سنه ثم بعد مضيها هو وقف على المساكين، فينتقل إليهم هو،

من غير أن ينقله هو» و هو ظاهر أو صريح في أن موضوع البطلان ما فرضناه، لا ما حكمنا بصحته.

أو يقال: إن المدار في الصحة و البطلان في هذه المسائل كلها ملاحظه معنى العنوانيه سواء كانت لوصف في الموقف عليه، أو في الواقف، أو في غيرهما فيصح لعموم

«الوقوف (١)»

و غيره و ملاحظه معنى الشرطيه التي تقتضى تعليقا في السبب أو إبطالا لما هو ثابت في الشرع أو إثباتا لما هو للشارع لا له أو نحو ذلك، فيبطل جيدا، فإن في كلامهم تشويشا حتى الرياض، فإنه بعد الإغضاء عما حكاه فيه عن التذكرة و عما ذكره، من غير ذلك.

قال: «و التحقيق أن يقال: إن هنا إجماعين متصادمين بحسب المرجحات، فلا يمكن التمسك بأحدهما، فيبقى الرجوع إلى حكم الأصل، و هو عدم الصحة، و إثباتها بالعمومات غير ممكن، بعد فرض سقوطها، كالشهره المرجحين للإجماعين في البين، كنفس الإجماعين، مضافا إلى ما عرفت من و هن الإجماع الثاني، فإذا المذهب مختار الأكثر، و إن كان الصحة في الجملة أحوط».

إذ هو كما ترى من غرائب الكلام، بعد ما عرفت من أن موضوع إجماع التذكرة من انتقال الوقف، غير موضوع إجماع الشيخ الذي هو النقل، و من هنا قد سمعت أن المحكى عنه هنا البطلان، مع دعواه الإجماعين المزبورين.

بل و يظهر لك ما في المسالك، بل و ما في جامع المقاصد فضلا عن غيرهما من الكتب فلا حظ و تأمل كي تعرف الحال في المسائل الثلاثه، و أن المدار في البطلان فيها أجمع على اشتراط

الإدخال و الإخراج و النقل، و في الصحة على اشتراط الدخول و الخروج و الانتقال، و في معقد إجماع التذكرة و غير ذلك من مسأله الوقف على الأولاد سنه، ثم على الفقراء و غيرها و الله العالم.

و على كل حال فقد قيل و القائل الشيخ في النهايه إذا وقف

على أولاده الأصاغر، جاز له أن يشرك معهم من يتجدد له من الأولاد وإن لم يشترط و وافقه على ذلك القاضى، و لكن بشرط عدم تصريحه بإرادته الاختصاص، و لعل ذلك مراد الشيخ أيضا.

و كيف كان فهو ليس بمعتمد لمنافاته قاعده الأسباب و ما استفاضت به النصوص من عدم جواز الرجوع فيما كان الله، إذا التشريك فيه رجوع عما فعله أولاد، و لغير ذلك، و لذا أعرض المشهور عنه، بل لم أجد من وافقهما عليه كما اعترف به غير واحد، فإن احتج لهما بصدر

صحيح ابن يقطين «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس بذلك، و عن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده و يبينه لهم، إله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعد أن أبانهم بصدقه؟ قال: ليس له ذلك، إلا أن يشترط أنه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له».

و خبر سهل «سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله، ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده، قال: لا بأس به».

و صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يجعل لولده شيئا و هم صغار ثم يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: لا بأس».

و خبر على بن جعفر (١) عن أخيه (عليه السلام) المروى عن قرب الاسناد «سألته عن رجل تصدق على ولده بصدقه ثم بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أ يصلح ذلك؟ قال: نعم يصنع الوالد بمال ولده ما أحب، و الهبه من والد بمنزله الصدقه من غيره»

فإن الجميع - بعد الإغضاء عما فى السند مع عدم الجابر، و عما فى المتن من أنها غير مختصه بدعوى القائل من تشريك خصوص من يتحدد له من الأولاد، و احتمال الصدقه و الجعل غير الوقف أو إرادته الصدقه و العزم عليها - من المطلق الذى يجب حمله على المقيد الذى فى خبر ابن يقطين، بل هو كالصريح فى ذلك، ضروره عدم الفرق بين سؤاله حتى أجاب الأول منهما بنفى البأس، و الثانى بعدم الجواز إلا

بالتقييد المزبور، بل منه يظهر أن الإطلاق في مثل هذا السؤال منصرف إلى فاقد القيد، المراد منه عدم الإقباض أو عدم بيان المتصدق به، وإن كان عازما عليه.

و على كل حال يكون خارجا عن المفروض الذى هو التشريك فى الوقف، بعد وقوعه و جمعه لجميع شرائط الصحة اللزوم، و تجرده عن اشتراط الشركه بالإرادته.

و من الغريب ما فى المسالك من الميل إلى قول القاضى حيث قال بعد ذكر النصوص «و يمكن التوفيق بين النصوص بأمرين أحدهما- أن يكون فى الثانى قد شرط قصره على الأولين كما يشعر به قوله «بعد أن أبانهم بصدقه»

و يحمل الأول على ما لم يشترط ذلك على ما يدل عليه إطلاقه، فيكون ذلك كقول القاضى، و الثانى حمل النفى فى الثانى على الكراهه جمعا، و كلاهما متجه، إلا أن الأول من التأويلين أوجه».

إذ هو كما ترى مناف للاستثناء الظاهر فى الخبر المزبور، و بعيد عن لفظ الإبانه أو التبيين، فلا- ريب فى أن الجمع بينهما بما ذكرناه، و خبر قرب الإسناد إنما هو على مذاق غيره من النصوص الداله على ثبوت السلطنه للوالد على مال ولده، نحو

(١) «أنت و مالك لأبيك»

المحموله على رجحان عدم معارضه الولد للوالد فيما أحبه لو كان بالغا، و على ثبوت الولاية له على ماله على حسب الوجه الشرعى، فلا بد من حمل الصدقه فيه على ما يقبل التشريك الحاصل من الوالد، و لو بسبب جديد حتى فى الوقف بالنظر إلى التشريك معه فى المنفعه بصلح و نحوه.

فظهر من هذا كله أن الوقف متى تم لم يجز له حينئذ تغييره بإدخال أو إخراج أو نقل إلا- مع الشرط الذى ذكرناه، لكن فى المقنعه «لو حدث فى الموقوف عليهم حدث يمنع الشرع عن معوثته و الصدقه عليه، و التقرب إلى الله تعالى بصلته جاز التغيير فإن الوقف صدقه، فلا يستحقه من لا يستحقها، فإذا أحدث فى الموقوف عليه كفر أو فسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذ للواقف التغيير و الإدخال».

و نفى عنه البعد فى المختلف قال: «و إن منعه الحلبي و غيره «ثم قال» و هذا مع حدوث المانع، أما لو كان حاصلًا حال الوقف فلا.

و هو كما ترى لا يخفى عليك ما فيه إذا لم يكن ذلك على جهة تغيير العنوان، ضروره معلوميه اللزوم فى عقد الوقف، و لا دليل على جواز نقضه و تغييره بحدوث الحادث المزبور فى الموقوف عليه الذى صار الموقوف بسبب الوقف كسائر أمواله، اللهم إلا أن يدعى أن الوقف لما كانت صدقه جاريه اعتبر فى استدامته ما اعتبر فى ابتدائه من كون الموقوف عليه محلاً للصدقه، و لكن هى أيضا كما ترى.

و مما ذكرنا ظهر لك جواز كل شرط سائغ فى الوقف، حتى أنه لو شرط أن يؤجر من ضعيف أو مماطل أو لا يؤجر أزيد من عام مثلا أو لا يوقع عليه عقدا حتى ينقضى مده الأول، أو لا يسلم حتى يقبض الأجره و نحو ذلك.

نعم لو شرط أن له كلما شرط الواقفون فى وقفهم أو سيشرطونه، ففى الدروس «بطل للجهاله» و عن بعض العلماء جوازه، و كأنه يحمله على الشروط السائغه بأسرها، و لو أنه صرح بذلك فالظاهر البطلان لعدم انحصارها.

قلت: قد يقال: أنه لم يثبت البطلان بعدم الانحصار هنا بعد فرض تناول

عموم «الوقف»

و «المؤمنون»

له و الله العالم.

و كيف كان ف القبض معتبر فى الصحه أو اللزوم فى الموقوف عليهم أولا و إن شاركهم فى طبقتهم من يتحدد من المعدومين و يسقط اعتبار غير ذلك من القبض فى بقيه الطبقات.

بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل و قد تشعر به عبارته بعضهم فى باقى الطبقات، لعموم الأدله و إطلاقها التى اقتصر فى الخروج عنهما على هذا المقدار من القبض، دون غيره الذى يمكن دعوى القطع بعدم اعتباره، و هذا هو العمده لا ما ذكروه- من أنهم يتلقون الملك عن الأول، و قد تحقق الوقف و لزم بقبضه، فلو اشترط قبض الثانى لانقلب العقد اللازم جائزا بغير دليل، و هو باطل.

إذ هو كما ترى، ضروره أن التلقى من الواقف، و خصوصا مع شركة المعدوم معهم فى طبقتهم، فمع فرض عموم دليل القبض و عدم حصوله من الحاكم الذى هو ولى البطون، لا مانع من صيروره العقد لازما فى حق من قبض، دون غيره ممن فقد الشرط، و ليس ذلك انقلابا للعقد، و لا تبعيضا ممنوعا، بل أقصاه أنه يكون منقطعا مع فرض الفسخ قبل قبض الطبقة الثانية أو عدم قبضهم، و الممنوع إنما هو انقلابه جائزا فى حق من لزوم فى حقه بلا دليل، كما هو واضح و الأمر سهل بعد معلوميه الحال.

و لو وقف على الفقراء أو على الفقهاء أو نحو ذلك ممن لا- يمكن حصول القبض منهم أجمع، فلا- بد بعد فرض تناول دليل اعتبار القبض لذلك من قبض الحاكم الذى هو الولى العام أو نصب قيم منه لقبض الوقف و لا يكفى قبض بعض المستحقين فإنه ليس هو الموقوف عليه بل الجنس الذى لا- يتحقق القبض بالنسبه إليه إلا- بقبض جميع أفراده أو الولى العام دون بعض أفراده.

و من هنا كان قبض الحاكم للزكاه قبضا للفقراء اجمع و موجبا لبراءه ذمه الدافع و كان له الصلح عنها بخلاف قبض مستحقيها فإنه لا يكون قبضا لها عن الجميع، و إنما له قبض ما يخصه الدافع به، باعتبار كونه مصرفا من مصارفها، كما هو واضح، هذا.

و لكن فى الدروس و المسالك و الروضه و الكفايه و المفاتيح أن للواقف نصب قيم لذلك، بل فى الثانى منها خصوصا مع فقد الحاكم و منصوبه، و محل نصبه قبل إيقاع الصيغه إن اعتبرنا فوريته، و إلا فقبله أو بعده.

و فيه أنه لا دليل على أن له هذه الوظيفة باعتبار كونه واقفا. نعم له اشتراط الناظر على وقفه فى عقد وقفه، لعموم

(١) «المؤمنون عند شروطهم»

و هو غير قابض الوقف و ربما استدلل له بما

فى صحيح صفوان (٢) السابق فى مبحث القبض «إن كان أوقفها لولده و لغيرهم، ثم جعل لها قيما، لم يكن له أن يرجع فيها»

إلى آخره.

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب الوقوف الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب الوقوف الحديث ٨.

و ربما فى التوقيع السابق (١) فإن ذلك جائر لمن جعله صاحب الضيعة قيما عليها، و لا يجوز لغيره، إلا أن الثانى منهما إنما هو فى الناظر، ضروره كون الوقف فيه خاصا عليه، فلا يراد من القيم فيها إلا الناظر فى عمارتها، و أداء خراجها، و مؤنتها و إيصال ما بقى من دخلها إليه، و أما الأول منهما- فهو مع أن من الموقوف عليه ولده، و لم يتعرض فيه

لقبضهم أو للقبض عنهم، و القيم لا يجدى بالنسبه إليهم- ظاهر فى الإكتفاء فى مثل هذا الوقف بذلك، و لا يحتاج إلى قبض، و لا دلالة فيه على ما ذكره من النصب المزبور قبل الوقف أو بعده.

بل لعل التزام ذلك أولى منه، بدعوى أنه لا- دليل على اعتبار القبض فى مثل الفرض، لاختصاص أدلته بما لا يشمل، بإطلاق الأدله و عمومها بحاله بالنسبه إلى نفى شرطيته فيه، و حينئذ فما ذكره لا يخلو من إشكال، خصوصا بعد اعترافهم بأن المراد مما أطلقه المصنف و غيره من النصب، الحاكم، لا ما يشمل ذلك.

و لو كان الوقف على مصلحه كالقنطره و المسجد و نحوهما كفى إيقاع الوقف على اشتراط القبول عند المصنف و جماعه، بل فى المسالك أن وجهه ظاهر، لأن القبول يكون من الموقوف عليه، و قد عرفت أن الموقوف عليه فى مثل ذلك هو الوجهه، و لا يعقل اعتبار قبولها، بخلاف ما لو كان الوقف على معين، فإن قبوله ممكن.

و إن كان لا يخفى عليك ما فيه، ضروره كون القبول جزء من الوقف الذى قد عرفت الإجماع على أنه من العقود، فهو أولى من القبض الذى هو شرط على فرض اعتباره، و تكلفوا حصوله بقبض الناظر و الحاكم و غيرهما، و قد مر تحقيق المسأله، و قلنا الظاهر وحده سببه الوقف، لا أنه عقد فى المعين، و إيقاع فى غيره، و قد استظهرنا كونه عقدا فى الجميع، فلا بد من القبول من الحاكم أو منصوبه فى المفروض، فضلا عن سابقه.

إنما الكلام فى قول المصنف و من تأخر عنه هنا، و كان القبض إلى الناظر فى تلك المصلحه الذى هو مبنى على اعتبار القبض فى الوقف مطلقا، حتى فى المسالك نفى الريب عنه، كما أن فيها و فى غيرها أيضا أنه إن كان لتلك المصلحه ناظر شرعى من قبل الواقف تولى

القبض من غير اشتراط مراجعه الحاكم، لأن الناظر مقدم عليه، فإن لم يكن لها ناظر خاص فالقبض إلى الحاكم.

و إن كان قد يناقش بأن لا دليل على اقتضاء نظارته المستفاده من

عموم «المؤمنون»

ثبوت ولايه له على وجه يكون قبضه لما يوقف على الصرف فيها قبضا عن الموقوف عليه، اللهم إلا أن يقال: إن مشروعيه نظارته تقتضى ذلك، أو يقال: إن الوقف إنما هو على المصلحة التى تحقق ولايته عليها باشتراط النظاره فيها، فيكون وليا لها بالنسبه إلى ذلك.

لكن فيه ما عرفت من أن الوقف فى ذلك على المسلمين و إن صرف فى المصلحة الخاصه لهم، لعدم قابليه الجبهه للوقف عليها، و حينئذ فاشتراط نظارته فيها لا تقتضى الولاية على المسلمين على وجه يقوم قبضه ما يوقف لإرادته تعميمها و نحوه مقام قبضهم، فضلا عن أن يكون هو مقدا على الحاكم الذى هو الولي العام، و لعله لذا و غيره عبر فى الرياض عن هذا الحكم بلفظ قالوا مشعرا بعدم الإذعان به.

و لو وقف مسجدا صح الوقف، و لو صلى فيه واحد بإذنه بنيه أنه قبض له، بل حتى لو كان هو الواحد، و كذا لو وقف مقبره تصير وقفا بالدفن فيها و لو واحدا كذلك لتحقق القبض حينئذ بذلك، و لعل دليله ما يقال: من الإجماع المستفاد من الإيضاح، و جامع المقاصد، و إن كنا لم نتحققه.

نعم ذكره غير واحد من الأصحاب ذكر المسلمات، فان تم إجماعا و إلا- فلا- يخفى ما فيه من الإشكال، ضروره أنه لا ولايه للفاعل على جميع الموقوف عليهم، حتى يكون القبض منه بالفعل المزبور قبضا عنهم، على أنه لم يعتبر أحد منهم فى القبض و غيرهما انتفاع القابض بالموقوف فيما وقفه عليه واقفه، و إلا- لا كتنفى به فى باقى الأوقاف العامه التى قد عرفت أنه لا بد من نصب قيم فيها، و دعوى الفرق بينهما- بأن الوقف فيها على الجبهه، فيكفى قبض واحد من عباد الله بخلاف غيرها من الوقف على الفقراء و نحوهم كما ترى لا تستأهل ردا، ضروره أن الوقف هنا على المسلمين أو أخص منهم، كما فى المقبره الخاصه، مع أن الفعل المزبور فرع حصول الوقف لا أنه به يتم الوقف و خصوصا فى أمثال ذلك من المصالح العامه التى مرجعها للمسلمين بل إن أريد

حصر قبضها لمثل ذلك على وجه لا- يجزى غيرها ازداد إشكالا، لمخالفته لعموم ولايه الحاكم المقتضى للاكتفاء بحصول القبض منه، و من منصوبه بالاستيلاء عليه بإذن الواقف، كغيره من الموقوفات من غير حاجه إلى صلاه أو دفن.

ولذا صرح الفاضل فى القواعد و المحقق الثانى فى جامعه و الشهيد الأول فى دروسه، و الثانى فى مسالكة بالاكتفاء به، كما هو المحكى عن الإيضاحين و التنقيح و الكفايه و المفاتيح، إلا أن الجميع ذكروا ذلك بلفظ الأقرب و الأقوى و نحوهما، مشعرين باحتمال العدم، كما صرح به فى جامع المقاصد قال: لعدم النص، و ظاهره وجوده فى الأول، لكن لم نعثر عليه.

و على كل حال فقد قيده غير واحد بوقوع ذلك بإذن الواقف ليتحقق الإقباض الذى هو شرط صحه القبض، و بوقوعهما بنيه القبض أيضا فلو أوقعاه لا بنيته كما لو وقع قبل العلم بالوقف أو بعده قيل الإذن فى الصلاه أو بعدها لا يقصد أما لذهوله عنه، أو لغير ذلك لم يعتب، و هو مؤكد لما قلناه هناك فى القبض.

لكن فى جامع المقاصد و تبعه غيره «و إنما اختص هذا الوقف بنيه القبض، و لم يشترط فى مطلقه، لأن المقصود هنا صرفه إلى الجهه الموقوف عليها، و قبض بعض المستحقين كقبض الأجنبى بالنسبه إلى قبض الموقوف عليه، فلا بد من نيه صادقه له إلى الوقف، بخلاف الوقف على معين، فإن قبضه متحقق لنفسه، و المطلوب صرفه إليه و هو حاصل، فلا حاجه إلى قصد بعينه» و من الفرق يظهر أن القابض لو كان وكيلا عن الموقوف عليه اعتبرا قصده القبض عن الغير، و كذا لو وقف الأب و الجد ما بيدهما على المولى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، و لا يكفى استصحاب يدهما، لأن القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره.

و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا ما فى هذا الكلام، بعد معلوميه كون القبض يقع على وجوه متعدده، فلا بد من تشخيصه بالقصد، و إن كان الوقف على معين سواء كان فى يده المال بعاريه و نحوها أو لم يكن، فلا يكفى فاقد القصد فضلا عن المقصود به عدم قبض

الوقف كما هو واضح مع أنه قد يقال في المقام الذي فرض دليله إطلاق الأصحاب ذلك، الاكتفاء بذلك كيف كان، للإطلاق المزبور، اللهم إلا- أن يقال: بانسباق المقصود من القبض منه دون الأعم، و مثله آت في الوقف على المعين مع فرض وجود إطلاق يقتضى الاكتفاء به، و إلا فقد عرفت أن ظاهر الأدلة القبض المقصود به قبض وقف كما عرفت الكلام فيه مفصلا، و كذا المنساق بعد انحصار الدليل في الإطلاق المزبور الوقوع على الوجه الشرعى، و كون المدفون من جملة الموقوف عليهم، و كالمسلم فيما يوقف على المسلمين، و فى حكمه من يتبعه من طفل أو مجنون، بل و المسبى فى وجه قوى كما صرح بذلك كله بعضهم، و إن كان لا- يخلو من نظر فى بعض الأفراد التى يمكن دعوى تحقق صدق القبض فيها كالدفن الذى لم يمنع الرائحه مثلا.

و لو صرف الناس فى الصلاة فى المسجد أو فى الدفن و لم يتلفظ ب صيغه الوقف، لم يخرج عن ملكه بلا خلاف أجده فيه هنا و كذا لو تلفظ بالعقد و لم يقبضه بل فى المسالك هذا موضوع وفاق، و إنما نبه به على خلاف أبى حنيفة حيث جعل الوقف متحققا بالاذن مع الصلاة و بالدفن كذلك محتجا بالعرف، و قياسا على تقديم الطعام للضيف، و العرف ممنوع، و الفرق ظاهر.

قلت: لكن قد ذكرنا فى أحكام المساجد أنه قال فى المبسوط: «إذا بنى مسجدا خارج داره فى ملكه، فإن نوى به أن يكون مسجدا يصلى فيه كل من أراه، زال ملكه، و إن لم ينو ذلك فملكه باق عليه، سواء صلى فيه أو لم يصل» و قال فى الذكرى: «ظاهره الاكتفاء بالنيه، و ليس فى كلامه دلالة على التلفظ، و لعله الأقرب» و نحوه فى الدروس و محكى مجمع البرهان و قلنا هناك، إن دليلهم دعوى السيره من المسلمين على ذلك، و هى ممنوعه، و عن جامع المقاصد أن فى النفس من ذلك شيئا، لأن الحال فيه كالحال فى غيره من العقود مثل النكاح.

قلت: هو حينئذ كالنكاح من العقود الخاصه مما شرعت المعاطاه فيه بالسيره القطعيه عند القائل بها كما نفحناه فى محله إلا أنها لما كانت مفقوده فى مثل المساجد و نحوهما فضلا عن غيره من

الأوقات الخاصة قلنا: أنه كالكناح لا يجرى فيه إلا العقد، ولا تشرع فيه المعاطاه و إن حكى عن بعض المعاصرين المتأخرين توهم ذلك، إلا أنه كما ترى.

[النظر الثالث فى اللواحق]

إشاره

النظر الثالث: فى اللواحق و فيه مسائل:

[المسأله الأولى الوقف ينتقل إلى ملك الموقوف عليه]

الأولى: الوقف إذا تم زال عن ملك الواقف عند الأ-كثر، بل عن المشهور بل فى محكى الغنيه و السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه على ما تفرد به أبو الصلاح فى ظاهر المحكى من كافيهِ من البقاء على ملك الواقف، مضافا إلى إمكان دعوى القطع به من النصوص التى ستسمع بعضها فى إثبات انتقاله إلى الموقوف عليه و مضافا إلى دعوى كون ذلك هو المراد من إنشائه الذى شرع الشارع المعنى المتعارف فيه على نحو شرعه باقى العقود، و إن جعل لها شرائط صحه و لزوم، خصوصا بعد ملاحظه كونه قسما من الصدقات.

و

قوله (عليه السلام) (١) «حبس الأصل و سبل الثمره»

لا- دلالة فيه على ما ينافى ذلك، ضروره إمكان إرادته بقاء الأصل محبوسا و لو على ملك الموقوف عليه، بحيث لا يباع و لا يوهب و لا يورث إذ الحبس فيه مقابل تسبيل الثمره، لا الحبس الذى هو العقد المقتضى بقاء ملك العين للمالك، إذ هو قسيم الوقف، لا نفسه، و

جواز إدخال من يريد فيه- مع صغر الأولاد و إن لم يشترط- قد عرفت منعه عندنا، مع أنه لا يدل على ذلك، ضروره إمكان كونه لدليل شرعى، و هو النصوص السابقه، و إلا فلا إشكال فى كون الثمره للموقوف عليه فتكفى حيثنذ فى المنع عن الشريك المزبور كما هو واضح، فما عن بعض العامه- من بقاءه على ملك الواقف لذلك و للأصل المقطوع بما عرفت واضح الفساد.

بل الأقوى ما أطلقه المصنف من أنه ينتقل إلى ملك الموقوف عليه كما عن المبسوط و فقه القرآن و الغنيه و السرائر و التذكرة و الإرشاد و شرحه لولده و جامع الشرائع و التحرير و المختلف، سواء كان على معين أو غير معين أو جهه عامه حتى المسجد و المقبره التى

وقف على المسلمين مثلاً، بل في المسالك نسبة ما في المتن إلى الأكثر و عن غيرها إلى المشهور لأن فائده الملك باستحقاق النماء و الضمان بالتلف و نحوهما موجوده فيه و نقض ذلك بضمن بوارى المسجد و آلاته مع أنها ليست مالا - يدفعه منع عدم كونها مالا، و إلا لم تضمن، ضروره اقتضاء اعتبار الماليه في الضمان المستفاد من قوله

(عليه السلام) (١) «من أتلف مال غيره»

و نحوه فيتعين حينئذ ضمانها للمسلمين الذين هم الموقوف عليهم، كباقي أموالهم من أرض

الخراج و غيره، لعلو رتبه ملك، السموات و الأرض عن التشبيه، بملك آدميين، و ما كان ذلك فهو لوليه، كما في الأنفال، و من المعلوم عدم كونه المقام منها.

و على كل حال فلا محيص عن القول بالملك للموقوف عليه. و المنع من البيع لا ينافيه كما في أم الولد و غيره مع أنه قد يصح بيعه على وجه من الوجوه عند كثير من الأصحاب، و لما سمعته سابقاً من أن كل وقف لا بد له من موقوف عليه، بل هو من أركانه، و أن الوقف على الجهات في الحقيقة على المسلمين، و المراد بالموقوف عليه هو الذي يتصدق عليه بعين الموقوف و منفعته، كما هو صريح ما ورد عنهم (عليهم السلام) في صدقاتهم.

ف

في صدقه الكاظم (عليه السلام) (٢) «هذا ما تصدق به موسى بن جعفر (عليه السلام) تصدق بأرضه، بمكان كذا و كذا و حد الأرض كذا و كذا كلها و نخلها و أرضها و بياضها و مائها و أرجائها و حقوقها و شربها من الماء و كل حق قليل أو كثير هو لها في مرفع أو مظهر أو مفيض أو مرقق أو ساحه أو شعبه أو مشعب أو مسيل أو عامر أو غامر، تصدق بجميع حقه من ذلك على ولده من صلبه الرجال أو النساء»

إلى آخره.

بل هو المستفاد من

«قول أمير المؤمنين (عليه السلام) لما جاءته البشير بعين ينبع (٣) فقال: بشر الوارث هي

صدقه بتا بتلا في حجيج بيت الله تعالى و عابر سبيل الله لا تباع و لا توهب و لا تورث فمن

١-١ قاعده مستفاده من مضامين الأخبار.

٢-٢ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٥. مع اختلاف يسير.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٢.

باعها أو وهبها فعليه لعنة الله و الملائكة و الناس أجمعين لا يقبل الله منه صرفا و لا عدلا»

فإن المراد بالوارث الموقوف عليه كما أن المراد من

قوله (عليه السلام) «بته بتلاء»

بأنه منقطعه عن صاحبها، بل لعل

قوله «لاتباع و لا توهب»

يؤمى إلى إرادته الصدقة بها عينا و منفعه على الموقوف عليه، إلا أن الصدقة بالعين ليس على حد غيرها من الصدقة التى تباع و توهب بل هى له على إرادته ملك نحلته مثلا ملكا مطلقا، على أنه لا إشكال فى أن أمثال هذه العيون و البساتين و الدور و العبيد أموال تضمن بالتلف، و ليس فى الشرع مال بلا مالك، و الفرض خروج الواقف بوقفه عنه، فليس إلا الموقوف عليه الذى قصد التصديق به عليه، و مقتضى شرعية ذلك ترتب ما قصده عليه لا غيره، على أن رب العزه تعالى عن شبه ملك الآدميين، و انما هو مالك السموات و الأرضين و ما نحن فيه من الملك المالى المختص بالآدميين، و ملكه بالمعنى المزبور إنما هو لوليه كما فى النص، و التزام ذلك هنا معلوم الفساد، ضروره عدم كون العين الموقوفه من الأنفال التى هى للإمام (عليه السلام) بحق الإمامه، كما هو المعلوم من حصرها بغير المقام كما هو واضح.

و بذلك كله ظهر لك وجه الدليل فى المسأله، لا ما يذكر فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما مما هو واضح الضعف، و من الغريب مع اعتراف بعضهم بضعف ما ذكروه دليلا قال: الأقوى الانتقال إليه، لكنه إنما يتم فى الموقوف عليه المعين، أما لو كان على وجه عامه أو مسجد و نحوه فالأقوى أن الملك فيه لله تعالى شأنه، لتساوى نسبه كل واحد من المستحقين إليه و استحاله ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين، للإجماع و استحاله الترجيح و لا المجموع من حيث هو مجموع، لاختصاص الحاضر به.

و كأنه تبع بذلك الفاضل فى قواعده حيث أنه بعد أن جزم بزوال الوقف عن مالكه قال: «ثم إن كان مسجدا فهو فك ملك، كالتحرير، و إن كان على معين فالأقرب أنه يملكه، و إن كان على وجه عامه فالأقرب أن الملك لله تعالى» و إن كان مخالفا له فى المسجد و نحوه.

و فيه أولا: مضافا إلى ما عرفت إمكان دعوى الإجماع منا على الانتقال إلى الموقوف عليه، خصوصا فى المعين، و إن أرسل فى محكى المبسوط و السرائر قولاً بالانتقال إلى الله تعالى إلا أن

الظاهر كونه للعامه كما لا- يخفى على المتتبع، بل قيل: ظاهر التذكرة أو صريحها أن الخلاف بين الخاصه و العامه فى أنه هل ينتقل إلى الموقوف عليه أو إلى الله سبحانه و تعالى - إنما هو فيما إذا وقف على معين أو جهه عامه.

و ثانيا: إمكان دعوى القطع باتحاد كيفيه سببيه الوقف، و أن مقتضاه مقتضى واحد سواء كان متعلقه عامه أو خاصا و لا إشكال فى اقتضائه الانتقال إلى المعين، فيثبت فى غيره أيضا مطلقا، إذ كل وقف لا بد له من موقوف عليه كما عرفته فى محله.

و ثالثا: قد ذكرنا غير مره أن نسبه الملك إلى الكلى كنسبه المملوكيه له ثابتة فى الشرع، و لا محيص عن القول بها فى مثل الزكاه و الخمس و الأرض المفتوحه عنوه و الوصيه و النذور؟

و غيرها، فما ندرى ما السبب الذى دعاهم إلى هذه التكاليف و التجسمات التى لا توافق قواعد الفقه، خصوصا بعد احتمالاه فى الدروس أن الملك فى المسجد فضلا عن غيره للمسلمين، ضروره اقتضاء ذلك عدم امتناعه، فيجب أن يكون هو مقتضى العقد الذى قد قصد به الصدقه بالعين و المنفعه عليهم، لكن على الوجه الذى اعتبره الواقف «فإن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها» بالنسبه إلى ذلك.

و لعله لذا أطلق المصنف و المعظم أن الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه لمعلوميه عدم خلو وقف عن موقوف عليه، إما عام، و إما خاص حتى الوقف على الجهات، بل لعل ما تقدم من الفاضل من جواز وقف البقره للحرث مثلا خاصه، على معنى بقاء غيره من المنافع على ملك المالك أيضا كذلك فتكون عين البقره و منفعتها الخاصه للموقوف عليه، و إن بقى غيرها من المنافع على ملك الواقف كما لو استثنى بعض المنافع من تسبيل الوقف، فتأمل جيدا فى ذلك بل و فى غيره من الوقف المنقطع بناء على المختار عندنا من أنه قسم من الوقف لا أنه حبس، فيتجه حينئذ ما ذكرناه فى الوقف المؤبد، و الله العالم.

و بذلك كله يظهر لك النظر فيما فى جملة من كتب الأصحاب كالدروس و الإيضاح و جامع المقاصد و غيرها، فتأمل جيدا.

فلو وقف عبده أو حصه من عبد مشترك بينه وبين غيره مثلا ثم أعتقه لم يصح العتق قطعا لخروجه عن ملكه عندنا

«و لا عتق في ملك (١)»

بل و عن القول ببقائه له، لمنافاته ما سبق من الوقف المقتضى حبس العين على وجه لا- تتغير عينا و لا منفعه عما وقعت عليه بسبب قهرى كالإرث فضلا عن الاختيارى من بيع و نحوه، و فسخه بالشفعه إنما هو لسبق تعلقها بالعين قبل حصوله، فكأنه صار وقفا مستحقا في عينه الشفقه و ليس كذلك الخيار المتعلق بالعقد دون العين كما أوضحناه في محله.

و على كل حال ظاهر أدله مشروعيته عدم تغييره بسبب من الأسباب إلا ما خرج و من هنا لو أعتقه الموقوف عليه الذى قد عرفت أنه

المالك عندنا لم يصح أيضا لما سمعت، و تعلق حق البطون به حيث يكون مؤبدا عليهم مثلا، بل و كذا الحال فيما لو أعتقه الشريك و إن مضى العقد فى حصته و (١١) لكن لم يقوم عليه (١٢) فى الحصه التى هى الوقف، لما عرفت من اقتضاء الوقف بقاءها و ل (١٣) كن فى المتن تعليقه ب أن العتق لا ينفذ فيه مباشرة فأولى أن لا ينفذ سرايه (١٤) لأن العتق مباشرة أقوى من العتق بالسرايه، لأنه يؤثر إزاله الرق بلا واسطه، و هى إنما تؤثر فيه بالواسطه، و لأنها من خواص عتق المباشره و توابعه، فإذا لم يؤثر الأقوى المتبوع و ذو الخاصه فالأضعف و التابع أولى فاتجه له أن يقول.

و يلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم انفكاكه من الرق و يفرق بين العتق مباشره و بينه سرايه (١٥) لفقدان الشرط الأول ل أن العتق مباشره يتوقف على انحصار الملك فى المباشر أو فيه و فى شريكه (١٦) و هو هنا مفقود لتعلق حق البطون و ليس كذلك افتكاكه فإنه (١٧) لا يشترط فيه ذلك إذ هو ازاله للرق شرعا (١٨) بطريق القهر ل

قوله (عليه السلام) (٢) «من أعتق شقصا من عبد و له مال قوم عليه الباقي»

و حينئذ فيسرى فى

١- ١ الوسائل - الباب - ٥- من أبواب العتق.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤١- من أبواب العتق الحديث - ٨.

باقية، و يضمن الشريك قيمه، لأنه يجرى مجرى الإلتلاف الموجب لذلك.

و لكن فيه تردد بل منع بعد ما عرفت من أن الدليل ظهور أدله الوقف فى بقاء العين على وجه لا- يؤثر فى تغييرها عنه السبب الاختيارى بعوض و دونه كالهبة و البيع، و لا القهرى كالإرث.

بل لعل ما فى النصوص من أنه لا تباع و لا توهب و لا تورث يشير إلى ذلك، و حينئذ فلا يعارضه أدله الأسباب الأخر من غير فرق بين دليل السرايه و غيره- مع عدم (1) (تمامها) فى المنقطع بناء على المختار من كونه قسما من الوقف حقيقه لا حبسا و ليس مبنى المنع شركه البطون التى لاحظها المصنف فى الفرق بين العتق مباشره و سرايه.

على أنه قيل: من شرط السرايه، أن تستلزم الانتقال إلى ملك المعتق و هو مفقود فى المقام فلا ريب فى عدم نفوذ العتق فيه مباشره و لا سرايه وفاقا للمشهور، بل فى المسالك كاد أن يكون إجماعا بل لم أجد قائلا بخلافه.

ثم إن ظاهر المتن اختصاص جريان الاحتمال المزبور على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، دون القول ببقائه على ملك الواقف أو انتقاله إلى الله تعالى شأنه، بل هو صريح الدروس حيث قال: «إن الوجهين مبنيان على المالك، فإن قلنا: هو الله تعالى أو الواقف فلا سرايه، و إن جعلناه الموقوف عليه فالأقرب عدم السرايه».

و فى غايه المراد «أن احتمال التقويم على تقدير القول بالانتقال إلى الله تعالى و يقوى على تقدير القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم» و لم يتعرض لحكمه على القول ببقائه على ملك الواقف، و ربما وجه بأن انتقاله إلى الله سبحانه فى معنى التحرير فلا وجه للسرايه فيه، إلا- أنه كما ترى، ضروره إرادته قطع سلطنه الآدميين عنه، و إلا- فهو كملكهم و لذا يباع فى بعض الوجوه، و حينئذ فلا مانع من نفوذ العتق فيه مع الدليل، كما أن توجيه عدم السرايه فيه- على القول ببقائه على ملك الواقف، بأنه ليس ملكا محضا له لملك البطون منفعته بالوقف، و من شرط السرايه محضيه الملك- واضح المناقشه بأن دليلها عام.

و من هنا قال فى المسالك: «الحق أن الاحتمال قائم على الجميع، لأن عموم خبر السرايه شامل للجميع، و المنع مباشره لعارض موجود كذلك، و قد قررناه سابقا، و الفرق بين ملك الواقف و الموقوف عليه ضعيف جدا، فإن كلام منهما، ممنوع من التصرف، أما لحق الموقوف عليه مطلقا، أو لباقي البطون، أو لعموم اقتضاء الوقف تحييس الأصل عن مثل هذا التصرف.

قلت: و دعوى أنها على خلاف القواعد فيقتصر فيها على المتيقن، و هو غير الملك المفروض تقتضى عدم جريانها حتى إذا كان الملك للموقوف عليهم كما هو واضح، و الأمر سهل بعد معلوميه الحال.

[المسأله الثانيه إذا وقف مملوكا كانت نفقته فى كسبه]

المسأله الثانيه: إذا وقف مملوكا فى محكى المبسوط كانت نفقته فى كسبه شرط ذلك أو لم يشترط و إن قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليه، لأن نفقته من شروط بقاءه كعماره العقار، و هى مقدمه من غلته على حق الموقوف عليه، و لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه، و هو موقوف على بقاء عينه و إنما تبقى بالنفقه فيصير كأنه شرطها من كسبه.

نعم لو عجز عن الاكتساب بما لا- ينعقد به، كانت نفقته على الموقوف عليهم و فيه أن الكسب أحد أموال المولى الذى هو الموقوف عليه و لا دليل على اختصاص الإنفاق الواجب عليه من المال المزبور، و كذا العقار الا مع الشرط المفروض عدمه.

و من هنا لو قيل فى المسألتين كذلك أى أنها عليهم بناء على الانتقال إليهم كان أشبه بالأدله لأن ها مطلقه فى أن نفقه المملوك تلزم المالك من غير فرق بين الموقوف عليه و غيره، و بين كسبه و غيره، و من هنا اختاره جميع من تأخر عن المصنف.

نعم قيده جماعه بما إذا كانوا معينين، و إلا كانتفى كسبه، إن كان ذا كسب، قال بعضهم:

و إلا فى بيت المال، فإن لم يكن بيت مال وجبت كفايه كغيرها من المحتاجين، بل فى الدروس هى فى كسبه أيضا، و ان كان لمعينين إن قلنا بأن الملك لله تعالى، فإن تعذر فعلى الموقوف

عليهم، و بناه فى المسالك على أن نفقه الأجير الخاص و الموصى بخدمته على مستحق المنافع أم لا، لأن جعلناها عليه فهى على الموقوف عليهم أيضا، و إلا ففى كسبه، فإن تعذر ففى بيت المال، و يحتمل كونها فى بيت المال مطلقا، ثم قال: «و على القول بكونه للواقف، فالنفقه على الموقوف عليه على الأول و على الواقف على الثانى، فإن تعذر لإعسار أو غيره ففى كسبه، فإن قصر ففى بيت المال و يحتمل تقديم كسبه، و تقديم بيت المال» و عن الإيضاح و ظاهر الدروس أو صريحها أنها فى كسبه، و عن ظاهر التذكرة فى بيت المال.

و لكن لا يخفى عليك أن مقتضى إطلاق دليل لزوم النفقه للمالك عدم الفرق بين كونه معيناً أو غير معين، مع فرض وجود مال للأخير كما لو فرض أنه للفقراء. و لهم مال زكاه أو غيرها، فلا يتعين كونه فى كسبه، و كذا لو قلنا: أنه لله تعالى شأنه كانت نفقته على غيره من أموال الله تعالى إن كانت، و إلا- و جب على بيت المال، أو على الناس كفايه كغيره من المحتاجين، و بناء على أنه للواقف تكون النفقه عليه، و فإنه تعذر كان فى بيت المال، و إلا- و جب على الناس كفايه، لأن المولى هو، لا مالك المنفعة، فالنفقه عليه، و كذا نفقه الأجير و الموصى بخدمته إن لم يفهم الاشتراط، أو يكون متعارفا ينزل عليه العقد، و كذا الكلام فى مؤنه تجهيزه بعد مدته، و أما عماره العقار مع عدم الشرط فلا يتعين كونها من غلته، بل لهم بذلها من غيره.

نعم مع عدمه أخذت عمارته منها، لمعلوميه إرادته بقاء العين، فإذا قصرت لم تجب على أحد، بخلاف الحيوان الذى يجب حفظ حياته لمكان النفس المحترمه، و ربما تسمع فى النفقات ماله دخل فى المقام.

و على كل حال ف لو صار مقعدا مثلا انعتق عندنا فتسقط حينئذ عند الخدمه و عن مولاه نفقته لصيرورته حرا فيجرى عليه حينئذ حكم الأحرار و كأنه لا- خلاف فى ذلك بيننا، و لولاه لأمكن الإشكال فى تأثير نحو هذه الأسباب العتق لنحو ما سمعته فى السرايه، اللهم إلا أن يدعى قوه دليلها على أدله الوقف و لو لهذا التسالم.

[المسأله الثالثه لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص]

المسأله الثالثه: لو جنى العبد الموقوف عمدا، لزمه القصاص بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه لعموم أدلته على وجه لا تصلح أدله الوقف لمعارضتها فإن كانت

دون النفس بقى الباقي وقفاً للأصل، وإن كانت نفساً اقتصا منه، وبطل الوقف حينئذ بانتفاء موضوعه، وليس للمجنى عليه استرقاقه هنا كما هو ظاهر الأكثر، وإن جاز فى غيره، لما فيه من إبطال الوقف الذى قد عرفت اقتضاء الصحيح منه بقاء العين على حالها حتى يرثها وارث السموات والأرض.

لكن فى جامع المقاصد والمسالك أن له ذلك، لأولويته من استحقاق الإبطال بالقتل بعد مطلوبه العفو شرعاً، بل فيه جمع بين ذلك، وبين حق المجنى عليه، والتأييد فى الوقف إنما هو حيث لا يطرأ عليه ما ينافيه، وهو موجود هنا فى القتل الذى هو أقوى من الاسترقاق، وهو كما ترى بعد القطع بعدم الأولوية المزبوره، وحرمة القياس عندنا والتخيير الثابت للمجنى عليه إنما هو فى غير الفرض المعتذر فيه أحد الفردين، لظهور قوه أدله الوقف على ذلك من وجوه بالنسبه إليه، دون القصاص الذى لا مدخله له فى تغيير الوقف المستفاد منه من الأدله الظاهره فى إرادته نقله عما هو عليه بالنسب الاختيارى أو القهرى، لا نحو ذلك الذى هو من قبيل حده بالارتداد ونحوه، ولذا يتعين حينئذ القصاص دونه.

وإن كانت الجنايه خطأ تعلقت بمال الموقوف عليه وإن كان ذا كسب، كما عن الشيخ وجماعه، بناء على الانتقال إليهم لتعذر استيفائها من رقبته الموقوفه، لاقتضاء ذلك بطلان الوقف فى الكل والبعض فيتعين عليه الفرد الآخر من التخيير، وهو الفداء كما تعين القصاص من الفردين فى الأول.

وقيل: كما عن الشيخ أيضاً يتعلق المال بكسبه، لأن المولى لا يعقل عبده ولا يجوز إهدار الجنايه، ولا طريق إلى عتقه فيتوقع فيتعين ذلك جمعا بين الحقين وهو هنا أشبه عند المصنف وفاقاً للقواعد وغيرها، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه، وفيه أن كسبه أحد أموال المولى، فالتأديه منه يقتضى عقل المولى له، ولا دليل على اختصاص هذا المال من أمواله على أنه لا يتم فى غير الكسوب.

ومن هنا قال فى المسالك: «يتجه حينئذ تعلق حق الجنايه برقبته، إذا لم يكن كسوباً، فيجوز بيعه كما يقتل فى العمده، بل هو أدنى منه».

وفيه أن ذلك يقتضى ترجيح أدله الجنايه على أدله الوقف، وحينئذ يتجه تعلقها من أول

الأمر برقبته، إلا- أن يفديه المولى، كما احتمله الفاضل فى المحكى من المختلف، و لعله لا- يخلو من قوه، و إلا- كان المتجه سقوط حق الجنايه عن المولى مطلقا حتى فى كسب العبد الذى هو أحد أمواله، لأنه لا يعقل عبده، فينتظر حينئذ اعتاقه القهرى أو يأخذ الأرش من بيت المال كالحر المعسر.

و بالجمله فالمتعين فى المسأله أحد الاحتمالين، و إن كان الأول أقواهما، لا التعلق بمال المولى مطلقا، و لا خصوص كسبه، فإن لم يكن كسوبا فبرقبته، إذ لا يخفى عليك خروجهما عن قواعد الفقه، و لا ينافى ذلك ما ذكرناه فى مسأله العمد الذى تعين حق الجنايه، و عدم بطلان دم المسلم بالقصاص، بخلافه هنا، لأنه مع عدم التعلق برقبته الذى هو مقتضى دليل الجنايه يقتضى بطلان دم المسلم مرجوحيه حق الجنايه بالنسبه إلى حق الوقف، و المعلوم خلافه فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع و الله العالم.

هذا كله على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، أما لو قلنا بعدم انتقاله أو انتقاله إلى الله تعالى فى القواعد و غيرها تعلق بكسبه، بل فى المسالك «هو كذلك قطعا- لكن قال متصلا بذلك- و يحتمل تعلقها بمال الواقف بيت المال، بل فى القواعد و كذا إن كان على المساكين أو على المعسر أى فى التعلق بالكسب.

و لكن لا يخفى عليك بعد التأمل فيما ذكرنا أنه لا فرق بين الجميع فيما سمعته من الاحتمالين و أقواهما.

أما لو جنى عليه فإن أوجبت الجنايه أرشا لكونها خطأ أو كان الجانى حرا فللموجودين من الموقوف عليهم دون غيرهم كما فى محكى السرائر و التبصره، و احتمله فى القواعد و قواه فى محكى المبسوط و الإيضاح لكونه حينئذ شبه المنفعه المخصصه بهم، إن لم يكن منها، فلا استحقاق لغيرهم من البطون الذين يتوقف استحقاقهم على وجودهم المفروض عدمه، و على وجود العين الموقوفه.

و إن كانت نفسا توجب القصاص فإليهم بناء على أنهم المالكون، بل ربما احتمل ذلك حتى على القول بكون المالك هو الله تعالى شأنه، من حيث استحقاقهم المنفعه،

و لاحتتمال مصالحه القاتل على مال فيرجع نفعه إليهم طلقا أو وقفا، و ان كان هو كما ترى، بل المتجه أنه للحاكم، و إلا لاقتضى كون ذلك إليهم و إن كان المالك الواقف و إن لم أجد من احتمله، ضروره منافاته ما دل على كون ذلك للمولى الذى هو مالك الرقبه قطعاً لا المنفعه.

و إن أوجبت ديه أخذت من الجانى قطعاً و هل يقام بها مقامه؟ قيل:

نعم و اختاره فى المسالك لأن الديه عوض رقبته و هى ليست ملكاً تاماً للموجودين، ل تعلق حق لبطن بها، و لو بالقوه القريبه باعتبار حصول سبب الملك، و مقدماته حينئذ فيلحق القيمه حينئذ حكم العين، و لا يكون ذلك الا بشراء مثلها و وقفها، و لأن الوقف تابع لبقاء المالىه، و لهذا يجب الشراء بقيمته حيث يجوز بيع ما يكون وقفاً، و لأن حق الوقف أولى من نحو حق الرهن الذى يتعلق بالقيمه.

و قيل: لا، بل تكون للموجودين من الموقوف عليهم لعين ما سمعته فى الأرض ضروره أنها عوض المنافع فى الحقيقه، لعدم قيمه للعين مسلوبه منها، فكان المنافع أجمع وجدت دفعه لا تدريجا كى يستحقها البطن بتدرجهم.

و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأن الوقف تعلق بالعين الذى فرض نقلها، المقتضى لبطلان الوقف و انقطاع حق البطن، و لم يتناول القيمه و إلا لاقتضى صيرورتها نفسها وقفاً، و الشراء بها عبداً مماثلاً بالذكوره أو الأنوثة أو شقفاً فيكون وقفاً أو بصيغه جديده من الموقوف عليهم، أو من الحاكم الذى هو ولى البطن فيتولى الشراء و الوقف مع التمكن منه أو منصوبه و الا فعدول المؤمنين حسبه أحكام شرعيه تحتاج إلى دليل، و لا تكفى فيها البدليه المعنويه و أسبق إلى الذهن ذلك لكنه من الاستحسان الفاسد عندنا، مع عدم الدليل المعتبر على أن وقف العين المشتره بالقيمه على الموجودين مع فرض كونها ملكهم، مناف لوجوب إخراج الواقف نفسه عن الوقف، سواء كانوا هم الواقفين أو الحاكم إذ لا- نيابه عن الواقف الأصلى الذى قد فرض خروجه عن العين بوقفه، و أضعف من ذلك دعوى مساواه الأرض للديه فى ذلك كله، خصوصاً فى أرض الصفه و نحوها، على أنه حيث يكون المستحق القصاص فالديه عوض عن نفس الجانى المستحق ازهاقها، لا نفس المجنى عليه

التي كانت وقفاء، و الفرض عدم القول بالفصل، بل هي على كل حال من الإبدال الشرعيه عن النفس، بمعنى ترتب حكم شرعي بالسبب المزبور، لا البدليه المقتضيه للحقوق أحكام المبدل منه، بل اللازم على ما ذكره أنه مع تعذر العين المماثله و الشقص يتجه شراء مال آخر و وقفه.

بل يشكل الحال في أرش - مثلاً - لا يقابل ما لا تنتفع به البطون الذي مدار هذه الاحكام على مراعاة حقهم، و لعل احتمال كون الديه هنا للواقف - باعتبار بطلان الوقف الذي من أركانه بقاء العين و الانتفاع بها، فيكون من قبيل الوقف المنقطع، و لو بانقطاع بقاء العين - أو لبيت المال لتزاحم الامارات فيها، أولى مما ذكره.

و كيف كان فقد ظهر لك النظر في المباحث المذكوره في المسالك و غيرها التي منها - هل للموقوف عليهم العفو عن القصاص أو عن الأرش أو الديه؟ يبنى على أن البطون اللاحقه هل تشارك فيه، أم لا، فعلى الأول ليس لهم العفو، و على الثاني لهم، لانحصار الحق فيهم، و على تقدير المشاركة لو عفى الأول فللثاني أن يستوفى لوجود سبب الاستحقاق من حين الجنايه، و إن لم يثبت بالفعل، مع احتمال العدم لتجدد استحقاقهم بعد سقوط الحق بالعفو، و على تقدير جواز استيفاء الثاني هل له القصاص كأول لو كانت الجنايه توجبه، أو تختص بالديه و جهان، من مساواته للأول في الاستحقاق، و من تغليب جانب العفو بحصوله من الأول، و الأقوى الأول، و كأنه أخذ بعض ذلك مما في القواعد من أنه لو جنى عليه بما يوجب القصاص، و فإن اقتص الموقوف عليهم استوفى، و إن عفى فهل لمن بعده من البطلان الاستيفاء الأقرب ذلك إن لم يكن نفساً.

و فيه أنه مناف لما ذكره أجمع بلا - اشكال و لا - تردد، من أن للموقوف عليهم الموجودين استيفاء القصاص، بناء على انتقال العين إليهم بلا - غرامه منهم للبطون اللاحقه، و على تقدير أنها لله تعالى - يتولاه الحاكم - أو للواقف يتولاه هو، و يحتمل على ضعف الموقوف عليهم فيهما كما تقدم سابقاً - ضروره أنه لا يتجه استيفاؤهم له، مع فرض مشاركة البطون اللاحقه لهم فيه، كما أن المتجه مع فرض أن ذلك لهم جواز عفوهم عنهم لمعلوميه تخيير ذى الحق بين استيفائه

و بين العفو عنه، و ليس للبطون الآتية القصاص حينئذ لعدم حق لهم فيه، و إن لوحظ قاعده استيفاء حق القصاص للمشتركين أنه إن عفى أحدهم دون الآخر، كان له القصاص مع غرامه ما يخص من عفى من الديه، فيتجه حينئذ بناء على الاشتراك هنا غرامه من يقتص منهم الديه تماما للآخرين لعدم معلوميه التوزيع هنا، مع عدم انحصار الموقوف عليهم، و دعوى- أن ذلك يوجب عدم الغرامه- ليس بأولى من دعوى عدم جواز القصاص مع العفو عن بعضهم.

كل ذلك مضافا إلى ما فى القواعد من إشكال الفرق بين الطرف و النفس، و إن كان قد يوجه باقتضاء الجنايه على النفس بطلان الوقف، فلا- حق حينئذ للبطون، بخلاف الأطراف، فإن حق الوقف باق ببقاء محله، لكنه كما ترى، ضروره اقتضاء ذلك اختصاص الواقف بالديه فى الجنايه على النفس خطأ لبطلان الوقف، بل مقتضاه أن ولايه القصاص له، و إن قلنا بالانتقال إليهم لانتقال ملكهم الوقفى بتلف ملك العين المفروض كونه من مبطلات الوقف نحو الانقطاع بموت الموقوف عليهم، و فرق واضح بين انتهاء الوقف، و بين بطلانه هذا.

و عن الإيضاح أنه حكى قولاً بأن البطون يستوفون الديه لتغليب العفو و قال أنه الأصح، و عن الكركى إن فيه قوه.

و فيه إن العفو مع صحته على مال أو مطلقا يقتضى السقوط مطلقا، و إلا فلا يؤثر شيئا، و جميع هذه الاحتمالات و التهجسات نشأت من احتمال بقاء أثر عقد الوقف مع تلف العين بنحو ذلك، فينتقل أثره إلى ما أوجبه الإلتلاف المزبور، و لو القصاص، إلا أنه هو كما ترى، و إنما المتجه اختصاص الموقوف عليهم، بناء على الانتقال إليهم بذلك قصاصا أو ديه أو أرشا، أو بطلان الوقف و رجوع ذلك إلى الواقف، أو يرجع أمره إلى والى المسلمين، لعدم معرفه حاله، و لعلها مترتبه بالقوه و الضعف، و إن لم أجد المصرح بالأخيرين.

و لا- يخفى عليك بعد ذلك كله الحال فيما لو كان الجانى عبد و استرق كله أو بعضه بجنايته، فهل يختص به الموجودون أو يكون وقفا، إذ هو على البحث السابق، و كذا لو اتفق هو و مولاه على الفداء، فهل يختصون به أيضا، أو يشتري به عبدا أو شقفا أو مالا آخر يكون وقفا؟

[المسألة الرابعة إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى جميع ما يكون وصله إلى الثواب]

المسألة الرابعة: إذا وقف في سبيل الله انصرف إلى جميع ما يكون وصله و طريقا إلى الثواب، كالغزاه و الحج و العمره و بناء القناطر و المساجد و نفع المحاويع و نحو ذلك مما هو طريق إلى ثوابه و رضوانه، كما هو المعروف بين الأصحاب، بل عن ابني زهره و إدريس في بحث الوصيه الإجماع عليه، و هو الحجه مضافا إلى الفهم عرفا، و إلى الخبر المروى عن تفسير على بن إبراهيم (١) على ما تقدم مفصلا في كتاب الزكاه خلافا للمحكي عن الشيخ من اختصاصه بالغزاه المطوعه دون العسكر المقاتل على باب السلطان، و بالحج و العمره فيقسم أثلاثا، و ابن حمزه من اختصاصه

بالمجاهدين إذ هو كما ترى، مناف للمفهوم - عرفا و لغه - من ذلك بلا دليل و إن كان ما ذكره أقوى في الدلاله، الا أنه لا يمنع من تناول غيره مما يدخل في مفهومه و ملاحظه معنى الطريق في ذلك لا يقتضى التخصيص المزبور عرفا كما هو واضح.

و كذا لو قال في سبيل الله تعالى و سبيل الثواب و سبيل الخير كان واحدا بمقتضى الفهم عرفا و حينئذ ف لا يجب قسمه الفائده أثلاثا أحدها للغزاه و الحج و العمره و هو سبيل الله، و الثانى: للفقراء و المساكين و يبدأ بأقاربه و هو سبيل الثواب، و الثالث: لأصناف الزكاه و هو سبيل الخير. كما عن الشيخ لعدم الدليل على ذلك على وجه يقتضى الخروج عن مفهوم اللفظ لغه و عرفا، و دعوى أنه كذلك فيها لا يخفى عليك ما فيها.

[المسألة الخامسة إذا كان له موال من أعلى و موال من أسفل ثم وقف على مواله انصرف الوقف إليهما]

المسألة الخامسة: إذا كان له موال من أعلى و هم المعتقون له أو من انتهى إليه ولاء العتق و موال من أسفل و هم الذين أعتقهم و من انتقل إليه و لاؤه، ثم وقف على مواله، فان علم أنه أراد أحدهما بقريته حال أو مقال انصرف الوقف إليه (١١) بلا خلاف و لا اشكال، كما إذا لم يكن إلا أحدهما، بناء على أنه قرينه على عدم إرادته غير الموجود، و لو مع الضم إلى الموجود، و إن لم يعلم (١٢) ففي المسالك، «رجع إليه في تفسيره، لأنه أعلم لما أراد، فإن تعذر الرجوع إليه أو قال: إنه لم يقصد شيئا بخصوصه، و إنما

وقف على مدلول هذا اللفظ، ففي بطلان الوقف أو صرفه إليهما، أو أحدهما أقوال».

و فيه إنه لا- وجه لتعيين الرجوع اليه، بناء على أن اللفظ ظاهر ينصرف إليه، كما أنه لا بد من التأمل في تصور المسألة هنا، حيث يقول إنى لم أقصد شيئاً مع أنك قد عرفت فيما سلف الإجماع على اعتبار معلوميه الموقوف عليه و تمييزه، و لو بوجه العموم، ضروره اعتبار قصد إنشاء التمليك للمنفعه، أو مع العين منه، خصوصاً في الوقف الخاص المحتاج إلى قبول للإنشاء الذى توجه إليه على أن المشترك اللفظى لا مدلول له بالخصوص يحمل عليه من دون قصد.

و على كل حال فالأمر فى ذلك سهل، إذ يكفى فى ذلك تصور المسألة الصوره الأولى:

و حكمها عند المصنف و جماعه أنه إذا كان كذلك انصرف الوقف إليهما وفاقاً للمشهور، كما عن الدروس، و هو مبنى على جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى مطلقاً أو إذا كان للفظ الجمع، و أنه يحمل على إرادته جميع المعانى مع التجرد عن القرائن مطلقاً، و إذا كان بلفظ الجمع الذى لا- يعتبر فيه- و فى التثنيه- اتفاق المعنى، كما صرح به بعض النحويين، لأنه بمثابة العطف بالواو، خلافاً لجماعه فأبطلوه، بناء على عدم جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى و ان كان بلفظ الجمع أو على عدم حمله على الجميع مع التجرد.

قال فى المسالك: «و إن قلنا بعدم حمله على معانيه حقيقه بطل، لعدم تعيين مصرفه، سواء جوزنا جمع المشترك بجميع معانيه أم لا، أما على الأول فظاهر، و أما على الثانى فلأنه حينئذ بمنزله المفرد المشترك، و حكمه كذلك، و تبعه عليه غيره».

قلت: قد حققنا فى الأصول جواز استعمال المشترك فى أكثر من معنى واحد لكن على جهه المجاز، و أن المعتبر فى الجميع اتفاق المعنى مع اتفاق اللفظ، و أنه لا- يحمل اللفظ المشترك على الجميع مع التجرد عن القرائن، بل على معنى واحد منها بخصوصه، إلا أنه مع ذلك كله قد يقال: بالصحة فى المقام، و يستخرج الموقوف عليه بالقرعه، بعد فرض اجتماع باقى شرائط الصحة فيه، إذ إجمال الموقوف عليه فى الظاهر لا يقتضى بطلان الوقف، بل هو كالمشبه فى الأثناء.

نعم لو فرض تجرد الواقف عن قصد واحد بخصوصه، اتجه البطلان، ولكنه خلاف ظاهر الاستعمال، خصوصا في مثل المقام، و أما بناء الصحة في الفرض على أنه مشترك معنوي كما عن الشيخ فهو منافي للمحكي عن نص أهل اللغة على الاشتراك اللفظي، بل و للعرف الآن عندنا، خصوصا مع عدم صلاحية قدر مشترك بينهما يقصده المستعمل و كذا ما عن ابن حمزه من أنه إن جمع اللفظ حمل عليهما، و إن أفرد حمل على الأعلى، بقرينه المكافاه للإحسان، و أضعف منه ما عن بعض الشافعية من الحمل على المولى من أسفل خاصة بقرينه محتاجا فتوجه النفس إلى الوقف عليه لشده حاجته بخلاف الأعلى، لأنه على العكس غالبا إذ هو كما ترى لا يستأهل ردا، و مما ذكرنا يعلم لك الحال فيما لو كان الوقف بلفظ المفرد، كما أنه يظهر لك الحال أيضا في ظاهر جملة من الكلمات هنا و الله العالم.

[المسألة السادسة إذا وقف على أولاد أولاده، اشترك أولاد البنين و البنات ذكورهم و إناثهم]

المسألة السادسة: إذا وقف على أولاد أولاده، اشترك أولاد البنين و البنات ذكورهم كما عن الشيخ و إناثهم بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع صريحا و ظاهرا عليه من غير واحد، بل لعله لا اشكال فيه بناء على تناول اسم الولد الذي هو بمعنى التولد منه لهما حقيقة، و إن كان هو محل تأمل في عرفنا الآن، بل لعل الظن بالعدم كما أنه لا اشكال و لا خلاف في اشتراكهم في ذلك من غير تفصيل لأنه المفهوم عرفا من إطلاق سبب الاستحقاق المفروض اتحادهم فيه، بل الأظهر دخول الخنثى معهم أيضا كذلك، و إن قلنا إنهم طبقه مستقلة، لصدق اسم الولد بالمعنى المزبور عليها.

نعم لو كان وقفه على البنين خاصة، قيل: لم يدخلن، كالبنت، و على البنات لم يدخلن كالبنين، و عليهما بنى دخولهم - على عدم خروجهم عن الصنفين في نفس الأمر، لقوله تعالى (١) «يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً» إلى آخره و لاستخراج أحدهما بالعلامات و مع فقدها نصف النصيبين - و خروجهم على كونهم واسطه لعدم ظهور الآيه في الحصر و لا كلام فيه مع وجود

العلامات، كما لا دلالة في نصف النصيبين على ذلك، بل يمكن دلالة على عدمه، ضروره جواز كون نصيبها المتوسط، لأنها متوسطه الحقيقة.

قلت: قد يقال: إن المتجه القرعه في الأول كما في الدروس قال: «لأنها في نفس الأمر من أحد الصنفين» قلت: بل لعله كذلك، و إن قلنا بالواسطه، فتتجه القرعه، حتى في الثاني أيضا، إذ هي غير معلومه اللهم إلا أن يقال: بتشخيصها حينئذ بالخروج عنها بعدم ظهور أماره أحدهما، و إلا فالأصول متعارضه حتى أصاله عدم الاستحقاق، فإنه معارض بأصاله عدم اختصاص غيرها به أيضا، و منه يظهر قوه القول بها في الأول، فتأمل جيدا.

ثم لا يخفى عليك أن المراد هنا بيان اندراج أولاد البنين و البنات في الدرجه الأولى في أولاد الأولاد، لصدق الولد على الذكر و الأنثى، لا بيان دخول أولاد أولاد الذكور من الدرجه الثانيه و الثالثه، و هكذا كما احتمله في الرياض، و أشكله في أولاد بنات أولاد الواقف، بناء على المشهور بأنهم ليسوا بأولاد حقيقه لأولاده بخلاف أولاد أولاده الذكور، فإنهم أولاد حقيقه، و إن نزلوا إجماعا إذ هو كما ترى مناف لما تسمعه منهم بلا خلاف من اختصاص الوقف على أولاده و أولاد أولاده بالبطنين فيما لو قال: أولادى، و أولادى أولادى، لدعوى الانصراف عرفا فلا وجه لاحتمال إرادتهم هنا ما ذكره كما هو واضح.

و على كل حال فذلك غير ما نحن فيه أما لو قال من انتسبا إلى منهم لم يدخل أولاد البنات على الأشهر بل المشهور، بل يمكن دعوى الإجماع من الجميع، فان المرتضى و ابن إدريس و إن قالوا فيما لو قال أولادى و أولاد أولادى أنه ولد، لكن لا يلزم القول منه بصدق الانتساب المفهوم منه عرفا، خلاف ذلك.

و من هنا قال في محكى السرائر فى الباب إنما أراد الشاعر بقوله

«بنونا بنو أبنائنا»

إلى آخر الانتساب، بمعنى أن أولاد البنت لا ينسبون إلى أمهم، و إنما ينسبون إلى أبيهم، و ليس كلامنا فيه، بل فى الولاده و هى متحققه من جهه الأم من غير خلاف، و الذكر و الأنثى فيه سواء، و نحوه عن اختلاف، و قد أومأنا نحن سابقا إلى نحو ذلك، و قلنا: إن أولاد البنات و إن كانوا أولادا حقيقه إلا أنهم لا يستحقون الخمس الذى عنوانه اسم القبيله الخاص بالذكور و من يتولد منهم، و حينئذ فما عن التحرير- من أن فى دخول أولاد البنات فى الفرض نظرا، و عن إيضاح النافع أن الفرض ضعيف و عن الكفايه أن الأظهر الرجوع إلى العرف بل عن الإيضاح و جامع المقاصد، أن الخلاف مع المرتضى

و ابن إدريس - فى غير محله.

و لو وقف على أولاده و أولاد فلان و أطلق و لم يكن ثم قرينه حال أو مقال انصرف إلى أولاده لصلبه، و لم يدخل معهم أولاد الأولاد وفاقا للمشهور و قيل: لما عن المقنعه و الكافى و النهايه و المهذب و السرائر، و بعض نسخ النافع. و اللمعه و التحرير بل يشترك الجميع لصدق الولد على الجميع حقيقه و لا ريب فى أن الأول أظهر، لأن ولد الولد لا يفهم من إطلاق لفظ الولد و إن قلنا أنه حقيقه، لمعالميه اختلاف أفراد المتواطى، فلا- ينافى الاختصاص بغيره كونه حقيقه، ضروره رجوعه إلى انسياق بعض أفراد المطلق عند الإطلاق، و ربما يؤيده قرأه النصب فى قوله تعالى (١) «وَوَصَّىٰ بِهَا إِبْرَاهِيمُ بَنِيهِ وَيَعْقُوبُ» و احتمال كونه لتفخيم شأن يعقوب كما فى عطف جبريل على الملائكه فى قوله تعالى (٢) «مَنْ كَانَ عَدُوًّا لِلَّهِ» إلى آخره خلاف ظاهر العطف، و بذلك يظهر لك سقوط الأطناب هنا فى الاستدلال على كونه ولدا حقيقه مطلقا، أو فى خصوص ولد الذكر دون الأنثى، لما عرفت من أن وجه المسأله ما ذكرنا، اللهم إلا أن يمنع الانسياق المزبور، فيتجه الاستدلال المذكور حينئذ، و قد ذكرنا مختارنا فيه غير مره أن ولد الولد ولد حقيقه، من ذكر كان أو أنثى، و الله العالم.

و لو قال: على أولادى و أولاد أولادى اختصاص بالبطنين دون ما نزل، إلا مع القرينه، بناء على ما عرفت من الانسياق المزبور من غير فرق فى ذلك بين الذكور و الإناث.

و لو قال: على أولادى فإذا انقرضوا و انقرض أولادى فعلى الفقراء، فالوقف لأولاده لصلبه خاصه بناء على ما عرفت فإذا انقرضوا قيل:

كما عن الشيخ حاكيا له عن بعض يصرف إلى أولاده، فإذا انقرضوا فإلى الفقراء و إلا لكان ذكرهم لغوا، و فى الدروس أنه قوى، إما لقرينه الحال و إما لشمول لفظ الولد للنافله، كقول المفيد و جماعه، و كأنه مال إليه أيضا فى غايه المراد،

١-١ سورة البقره- الآيه- ١٣٢.

٢-٢ سورة البقره الآيه- ٩٧.

قال: عملا بالظاهر و القرينه المقاليه يجعل ذلك المجاز واردا مورد اللفظ، و لا شك أن عطف الانقراض، على الانقراض مشعر بذلك، و إلا لكان الوقف منقطعا، و الوقف شأنه الدوام.

وقيل: لا يصرف إلى أولاد الأولاد لأن الوقف لم يتناولهم، لكن يكون انقراضهم شرطا لصرفه إلى الفقراء بناء على صحه منقطع الوسط و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره أنه لا- دلالة في اللفظ المزبور على دخولهم في الوقف، لا مطابقه و لا تضمنا و لا- التزاما إذ لا- تلازم بين اشتراط انقراضهم، و بين كونه وقفا عليهم، و إلا- لاقتضى اشتراكهم مع الأولاد، لا ترتيبهم عليهم، و الخصم لا يقول به، و اعتبار الدوام في الوقف لا يكون قرينه على ما لا يظهر من اللفظ، و يكفي في فائده ذكرهم إرادته الشرطيه فلا دلالة في عطفه انقراض الأولاد على إرادته الدخول، بل لعل فيه دلالة على العدم.

نعم على قول المفيد و من تبعه بشمول إطلاق الأولاد لأولادهم يتجه دخولهم في الوقف معهم على الشركه- لا على الترتيب- بمجرد اللفظ الأول و يكون ذكرهم ثانيا لفائده بيان وقت استحقاق الفقهاء، فيكون في قوه تقييد إطلاق الأولاد الشامل للبطون المترتبة أبدا بالبطنين الأولين، و يكون ذكرهما قرينه لإرادته تخصيصهما بالأولين، و إن كان منهما متناولا لما بعده أبدا لو لا القرينه.

أما على المختار من انسياق خصوص أولاد الصلب من إطلاق الأولاد و بطلان منقطع الوسط في المراتب المتأخره مع فرض تحقق انقطاعه فالمتجه البطلان، اللهم إلا- أن يدعى أنا نفهم عرفا أن العبارة المزبوره للدخول على الترتيب المذكور، و لكن المتجه أيضا على ما ذكرنا اختصاص ذلك بالبطنين، و قد تقدم البحث سابقا في مصرف الوقف بناء على صحه المنقطع حال الانقطاع بنحو ذلك، فلا حاجة إلى إعادته بعد معلوميه فساده لديك بلا مزيد عليه كما هو واضح.

[المسألة السابعة إذا وقف مسجدا فخرّب أو خرجت القرية أو المحله لم يعد إلى ملك الواقف]

المسألة السابعة: إذا وقف مسجدا مثلا فخرّب أو خرجت القرية أو المحله التي هو فيها لم تبطل بذلك مسجديته، للأصل بعد إمكان الانتفاع به، و لو فيما يأتي و حينئذ لم يعد لذلك إلى ملك الواقف، و لا تخرج العرصه عن الوقف

و إن لم يبق من آثاره غيرها، إذا هي العمده في المسجد بلا خلاف أجده في شىء من ذلك بينا.

نعم في المسالك هذا كله يتم في غير المبنى في الأرض المفتوحة عنوه حيث يجوز وقفه، تبعاً لآثار التصرف، فإنه حينئذ ينبغي بطلان الوقف بزوال الآثار، لزوال المقتضى للاختصاص، و خروجه عن الأصل، اللهم إلا أن تبقى فيه رسوم، و لو في أصول الحيطان بحيث يعد ذلك أثراً في الجملة، كما هو الغالب في خراب البناء، و حينئذ فقول المصنف «لا تخرج» إلى آخره لا يتم إلا في المملوك بالأصل، إذ لم يعتبر في الوقف إلا العرصه و هي أرض المسجد، و إن زالت الآثار أجمع.

قلت: قد أشرنا في كتاب البيع إلى خروج ذلك بالسيره القطعيه على اتخاذ المساجد فيها، و إجراء حكمها علينا من غير مدخليه للآثار في ذلك، ضروره اقتضاء المسجديه الدوام و التأييد، و حينئذ فلا وجه للحكم بمسجديتها لا على هذا الوجه، بل التزام عدم صيرورتها مسجداً حينئذ أولى، و إن كان هو مردوداً بالسيره القطعيه، بل بالمعلوم من الشرع من جريان أحكام المساجد على مساجد العراق و نحوه، و غيرها من المفتوحة عنوه.

و على كل حال فما عن بعض العامه - من عود المسجد بما عرفت إلى ملك الواقف قياساً على ما لو أخذ السيل مثلاً ميتاً فيئس منه كان الكفن للورثه لجامع تعذر المصرف في الموضعين - واضح الضعف، أن الكفن الذى هو من التركة قد كان ملكاً لهم بموت الميت، و إن وجب عليهم صرف ذلك في تكفينه فإذا زال الموجب عاد إلى ما كان، كما يعود إلى الزكاه أو إلى الوقف أو إلى باذله إن كان منها، بل لو قلنا أن مقدار الكفن من التركة على حكم مال الميت، فالحكم كذلك أيضاً لمعلوميه تقييده بما دام الميت محتاج إليه، و إلا دخل في الإرث.

[المسأله الثامنه إذا انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف و لم يجز بيعها]

المسأله الثامنه: إذا انهدمت الدار و لم يبق من آثارها شىء لم تخرج العرصه بذلك عن الوقف و لم يجز بيعها بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كالفاضل و الشهيدين و غيرهم، لأن الخراج لا يصلح لنقض الوقف و إبطاله، مع بناءه على التأييد، و على عدم جواز بيعه، و لأن العرصه من جمله الموقوف، و هي باقيه، بل لم يحكوا

الخلافة في ذلك إلا عن بعض العامه، فجوز بيعها، إذا انهدمت، و لم يكن عمارتها كالمسجد، و في المسالك تقييده في غير الأرض الخراجيه على نحو ما سمعته في المسجد».

قلت: لا ريب في أن الحكم كذلك مع فرض وقوع عقد الوقف عليها من حيث نفسها، و إن قارن بذلك كونها دارا، فينتفع بها حينئذ بزرع و نحوه مما تكون قابله له، إذ لا- حصر للانتفاع بها في الدارويه، و إن كانت حال الوقف دارا، إلا- أن يصرح بالاشتراط.

نعم قد يشكل تغييرها اختيارا كما نص عليه في محكي التذكرة قال: لا- يجوز تغيير الوقف عن هيئته، فلا- يجوز جعل الدار الموقوفه بستانا و لا حماما، و لا بالعكس، و لو تعذر الاستمرار صار إلى أقرب الأوصاف، و

عن الكاظم (عليه السلام) (١) فيما وقفه «لا يحل لمؤمن بالله تعالى و اليوم الآخر أن يبيعها، و لا يبتاعها، و لا ينحلها و لا يغير شيئا منها»

إلى آخره، اللهم إلا أن يحمل ذلك منه لبيان الاشتراط منه (عليه السلام) كما يحمل كلام التذكرة على وقف الدار الملحوظ في وقفها داريتها، لكن لا يخفى أنه لا داعى إلى هذا الحمل، لظهور وقف الدار إلى إرادته الانتفاع بها دارا و هكذا إلا مع التصريح بعدم قصد ذلك و هو خارج عن محل الفرض.

هذا كله مع عدم ملاحظه الدارويه في وقفه، أما إذا لا حظ الواقف في وقفه لها حيثه كونها دارا، فمتى بطل كونها كذلك بحيث خرجت عن قابليه ذلك، يمكن الحكم، ببطان الوقف حينئذ بذهاب موضوعه، بل يمكن التزامه في النخله الموقوفه الملاحظه في وقفها تسبيل ثمرتها أيضا إذا سقطت كما ستسمعه إن شاء الله تعالى.

و لعل مرجعه إلى نظير ما سبق من جواز الوقف في منفعه خاصه، و ربما يشهد لذلك ما سمعته سابقا من ثانى الشهيدين و من تبعه في أن الوقف على مصلحه تنقضى غالبا يكون من الوقف المنقطع الآخر، و هو كذلك.

و من ذلك كله يظهر لك أن وقف الدار مثلا يقع على وجوه:

أحدها: وقفها ما دامت دارا فانهدمت و الظاهر كونها من منقطع الآخر.

ثانيها: وقفها دارا على معنى أنه يتنفع بها دارا، و الظاهر أنها وقف كذلك ما دامت صالحه لذلك، و إن انهدمت نعم إذا خرجت عن قابليه ذلك على وجه لا يرجى عودها، أمكن القول ببطلان وقفها.

ثالثها: وقف الدار على معنى تسبيل منفعتها كائنه ما كانت و إن قارن كونها دارا حال الوقف، و الظاهر بقاء وقفها، بل يجوز تغييرها اختيارا.

رابعها: وقفها دارا و علم إرادته دوام أصل الوقف منه، فاتفق انهدامها، و الظاهر عدم جواز تغييرها اختيارا لكن إذا انهدمت جاز له الانتفاع بها على غير وجه الداربه، إلا مع التصريح.

و قد ذكرنا تفصيل بعض ذلك في كتاب البيع في مسأله بيع الوقف إذا أدى بقاؤه إلى خرابه و من ملاحظته يعلم الحال فيما لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه و إن قال المصنف هنا جاز بيعه جاز ما به، إلا أن المسأله شديده الإشكال و الاختلاف، و قد استقصينا الكلام فيها هناك بحمد الله تعالى شأنه و كذا فيما لو لم يقع خلف بينهم و لا يخشى خرابه، بل كان البيع أنفع لهم و إن قيل: أنه يجوز بيعه حينئذ في ذلك و لكن الوجه المنع كما ذكرنا الكلام فيه مفصلا و (١١) منه يعلم الحكم أيضا فيما لو انقلعت نخله من الوقف (١٢) و إن قال المصنف هنا قيل: (١٣) و القائل الشيخ في محكي مبسوطه و نهايته يجوز بيعها لتعذر الانتفاع إلا بالبيع و قيل: (١٤) و القائل ابن إدريس لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجاره للتسقيف و شبهه و هو أشبه (١٥) و في المختلف أن النزاع بينهما لفظي، لأن الشيخ فرض عدم الانتفاع إلا بالبيع، و ابن إدريس فرضه بالتسقيف و نحوه.

قلت: عبارته الخلاف لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه، لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل، و لا يرجى عوده، و عبارته المبسوط جاز بيعها لأرباب الوقف لأنه تعذر الانتفاع بها على الوجه الذي شرطه، و هو أخذ ثمرتها، و ظاهرهما بطلان الوقفيه المقتضيه لحبس العين و عدم جواز بيعها، ببطلان المنفعه التي وقفت العين أي حبست العين عن النوافل،

لإيراده استيفائها، فلا يجب حينئذ على الموقوف عليه حبسها لغيرها من المنافع، وإن كانت صالحه للانتفاع بها مع بقاء عينها، و حينئذ يكون الخلاف معنويا لا لفظيا و إن زعمه الفاضل في المختلف.

بل لعل كلام الشيخ لا يخلو من قوه، و إن خالفه من تأخر عنه، خصوصا مع ملاحظه الواقف ذلك قيذا في وقفه، كما هو مقتضى تعبير الشيخ بالشرطيه، و حينئذ يرجع إلى ما ذكرناه في البيع و في المقام من أنه متى جعل الجاعل هيئه الموقوف عنوانا في وقفه، فذهبت الهيئه، بطلت الوقفيه المقتضيه لتحبيس الأصل و جاز البيع للموقوف عليهم، لا للواقف كما أوضحناه في كتاب البيع.

نعم لو لم يجعل ذلك عنوانا بل كان مراده الانتفاع بالعين مع بقائها كائنه ما كانت المنفعه لم يجز البيع حينئذ، إلا مع سلب المنافع أجمع و انحصار منفعتها بالإتلاف كالخشبه للإحراق و نحوه فتأمل جيدا.

و لا ينافي ذلك- و لا ما تقدم من مسأله المسجد و الدار- ما تقدم سابقا من صرف الوقف- على مصلحه فبطل رسمها- في وجوه البر بعد ما عرفت أن مرادهم ذلك في الوقف المؤبد الذي ذكر له مصرفا خاصا فاتفق تعذره المنزل على أنه يصرف له ما دام ممكنا ليجامع تأييد وقفه كما أوضحناه فيما تقدم هذا.

و في القواعد و لو شرط بيعه عند الضرر به كزياده خراج و شبهه، و شراء غيره بثمنه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلعه أو قلعه نفعه ففي صحه هذا الشرط إشكال، بل عن الإرشاد الوجه الجواز، و نفى عنه البأس في محكى الروض قيل: و كأنه مال إليه، أو قال به الشارحان له ولده و الشهيد، بل و ثانى المحققين و في الحواشى أنه الأقوى.

و لعله لعموم

«الوقف (١)»

و «المؤمنون (٢)»

و ما عساه يظهر من إذن أمير

١- ١ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ١- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٣.

المؤمنين (عليه السلام) (١) للحسن (عليه السلام) في صدقته بذلك، و ربما يرجع ذلك كله أو بعضه إلى نحو ما قررناه في شرط عوده إليه عند الحاجة، كما أنه لا ينبغي الإشكال في جواز اشتراط بعض ذلك بناء على جواز بيعه منه من دون شرط، فضلا عنه معه.

نعم بناء على منافاه هذا الشرط لعقد الوقف في الجميع كما عن الإيضاح، أو في البعض وجه المنع واضح.

لكن قد عرفت فيما تقدم سابقا من المباحث إمكان كونه على وجه لا ينافي مقتضاه، إذ المسلم منه عدم جواز بيعه و هو وقف، لا- جواز بيعه بعد خروجه عنه، و يمكن عود الشرط في جميعها أو في بعضها إلى ذلك، كما أو مانا إليه في اشتراط العود عند الحاجة، فلا حظ و تأمل كي تعرف بقريته ما سمعته في الديه، و قيمه العين الموقوفه من اختصاص البطن الأول بها كالقيمه عند سلب المنافع منها، أن معنى الوقف تمليك العين محبوسه على المالك عن النواقل ما دامت قابله، و متى خرجت عن الانتفاع تكون ملكا مطلقا من دون حبس، و كذا لو شرط الواقف ذلك معلقا له على حال من الأحوال السابقه أو يشترط شراء غيرها بثمانها على أن يكون وقفا، و لا يقدر ملك البطن في صحه الوقف عليهم، إذا المسلم منه غير هذه النوع من الملك، و لعل هذا غير الانقطاع من الملك الذي ذكرناه عوده إلى الواقف، ضروره كون الفرض تقييدا في الحبس، لا في الملك، و لكن الانصاف عدم خلو ذلك عن التأمل، و إن كان يشهد له بعض كلماتهم، فلا حظ و تأمل.

و كذا في القواعد و لو خلق حصير المسجد و خرجت عن الانتفاع به فيه أو انكسر جذع بحيث لا- ينتفع به في غير الإحراق، فالأقرب بيعه، و صرف ثمنه في مصالح المسجد كما عن التذكرة و الإيضاح و جامع المقاصد و الدروس التصريح به.

نعم زاد في الأخير اشتراط ان لا ينتفع به في غيره أيضا كما أنه في الثلاثه التصريح بصرف ثمنه في بدله من حصير و جذع، فان تعذر صرف في مصالح المسجد اعتبارا لما يقرب من مراد

الوقف، و في محكى التذكرة أيضا أنه لا خلاف بين العامة في جواز بيع ما اشترى من الوقف أو قبل المتولى هبته عند الحاجة، و في جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوه، فإذا بيع صرف في مصالح المسجد من غير تعيين شراء مثله، و لا يخفى عليك التحقيق في ذلك كله و في شراء عين بضمن الموقوف عوضه مساويه أو غير مساويه أو يكون تلقا لهم، بعد الإحاطه بما أسلفناه في كتاب البيع، و بما ذكرناه في كتاب الوقف في مسأله ما لو أتلّف العين الموقوفه متلف و غيرها من المسائل، فلا حظ و تأمل. لكن لا ينبغي ترك ما أمكن من الاحتياط في كثير من هذه المسائل لأنها غير منقحه.

نعم لا ينبغي التأمل في صرف حاصل الوقف في وجوه البر مع الجهل بأربابه، و إن توقف فيها أو في نحوها الخراساني في كفايته لكنه في غير محله، ضروره أنه من مجهول المالک، مضافا إلى

خبر أبي علي (١) بن الراشد «اشترت أرضا إلى جنب ضيعتي بألفى درهم، فلما وفرت المال خبرت أن الأرض وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف، و لا تدخل الغله في ملكك ادفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها ربا، قال: تصدق بغلتها»

و هو صريح فيما ذكرنا، بل منه يعلم الحال في نسيان المصرف و نحوه، فإن الجميع من واد واحد.

نعم لو علم الموقوف عليه، و لم يعلم سهامهم و لا ترتيبهم و لا عدمه و لو لتلف ما رسمه الوقف، فالظاهر تساويهم في القسمة الذي هو الأصل في نظائره، و خلافا لبعض الشافعية فيوقف إلى أن يصطلحوا، و كذا لو اختلفوا في شرط الوقف و لا بينه، يقسم بينهم بالسويه.

نعم لو علم تفضيل بعضهم على بعض و لم يعرف المفضل احتمل الوقف حتى يصطلحوا و الأقوى القرعه، و عن التذكرة أنه لا بعد في الرجوع إلى قول الوقف لو كان حيا، لأنه هو المتصدق، و فيه أنه لا رجوع إليه بناء على رجوعه عن الوقف، إذ هو حينئذ كالأجنبي، و كالبائع الذي لا يرجع إليه عند اختلاف المشتريين منه.

[المسألة التاسعة إذا آجر البطن الأول الوقف مده ثم انقرضوا في أثناءها فهل يبطل الإجاره فيه تردد]

المسألة التاسعة: إذا آجر البطن الأول الوقف مده معينه مثلا ثم

انقرضوا أجمع في أثنائها فإن قلنا أن الموقت يبطل الإجاره في الملك المطلق فلا كلام ضروره أولويه المقام منه و إن لم نقل فهل يبطل هنا؟ فيه تردد من إطلاق ما دل على صحه الإجاره و لزومها عموما و خصوصا، و من انكشاف دخول غير ما لهم من المده في مدتهم أظهره البطلان كما في الخلاف و المبسوط و التذكرة و التحرير و الإرشاد و الدروس و الإيضاح و اللمعه و جامع المقاصد و الروض و الروضه و المسالك، بل لا أجد فيه خلافا.

لأننا بينا أن هذه المده ليست للموجودين ضروره اقتضاء الوقف تسبيل المنفعه للموقوف عليه مده العنوان الذى يجعله الواقف لا أزيد، و البطن الثانى يتلقى عن الواقف كأول، و لذا لا تمضى إجارته مده يعلم بالعهده زيادتها على حياته مثلا بل قد يتوقف فى صحه غير ذلك لو صرح الواقف بإرادته تمليك البطن الأولى على حسب الملك المطلق، بناء على عدم مشروعيه عقد الواقف لمثل هذا التمليك، و إن كان لا يخلو من نظر.

لكن لا- إشكال فى حمل قصد الواقف مع الإطلاق على ما ذكرنا، و حينئذ فإجارته فى الفرض وقعت على ما له و ما ليس له، بخلاف المالك الذى هو مسلط على أمواله، و الوارث إنما يرث ما يجده على ملكه، فمع فرض زياده مده الإجاره على موته لم يكن للوارث شىء إذ المنفعه صارت ملكا للغير بعقد الإجاره، و ليست من تركه الميت.

و حينئذ فيكون فى الفرض للبطن الثانى الخيار بين الإجاره فى الباقى و بين الفسخ فيه لأنه من الفضولى، و هو المراد من البطلان المزبور.

و إن كان قد يشكل أولا: بعدم المجيز له فى المال بناء على اشتراط ذلك فى الفضولى و فرض عدمه، اللهم إلا أن يجعل الناظر الولى على ذلك، إلا أنه كما ترى.

و ثانيا: بعدم الملك و المالك حال العقد و مجرد تأهل العقد لملكهم لو وجد و إلا يجعله من الفضولى، اللهم إلا أن يدعى تناول أدلته لمثله، و تكون الإجاره حينئذ كاشفه حال انقراض البطن الأول، لا حال وقوع العقد، و فيه بحث، و لعله لذا حكى عن جماعه البطلان، الذى لا يترتب عليه أثر بالنسبه إليهم، لا بالمعنى الذى سمعته من المصنف.

و على كل حال فمع الفسخ و تسليمهم الأجره يرجع المستأجر على تركه الأولين بما قابل المتخلف بلا خلاف و لا اشكال فينسب أجره مثله إلى أجره مثل مجموع المده و يرجع من المسمى بمثل تلك النسبه، فلو كان قد أجره سنه بمائه و مات بعد انقضاء نصفها، و فرضنا أن أجره مثل النصف المتخلف تساوى ستين و أجره مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين رجح المستأجر بثلثي المائه كما هو واضح.

فمن الغريب و سوسه بعض متأخرى المتأخرين فى ذلك، حتى تجرأ بعض من تأخر عنه إلى الجزم بجواز اجاره البطن الأول مده تستغرق عمر الموقوف عليه، معللا له بأن المنفعه ملكهم ملكا مطلقا، و الناس مسلطون على أموالهم، و هو كما ترى.

نعم لو كان المؤجر، الناظر على الوقف لمصلحه الوقف اتجه ذلك، لأن له الولاية المقتضيه لنفوذ تصرفه فى ذلك مع وجودهم، فضلا عما قبله، و الأجره يملكها الموجودون، و إن كانت هى عوضا عن منافع المده المتأخره عن حياتهم، إلا أنها بعد فرض المشروعيه لهذه الإجاره بالإجماع، و ظاهر بعض النصوص الداله على جواز اشتراط الناظر صيرورته وليا للمال نفسه، و أن له هذه الولاية تكون حينئذ بمنزله وجود المنافع المتأخره فى حياتهم إلا أنها محبوسه أيضا لا يجوز لهم صرفها فى غير التعمير و نحوه، مما يرجع مصلحته للبطن أيضا، و لو سلم عدم الجزم بذلك، كان الحكم بالصحه كافيا فى حصول المطلوب و إن لم يجزم بتعيين مالك ما زاد من المنافع على الموجودين، و الله العالم.

و لو أجر المتولى بأجره المثل فى الحال، فاتفق زياده لم تنفسخ الإجاره لأصالة لزومها بعد وقوعها على الوجه المعبر شرعا، فلا خيار له، نعم لو أجره زياده عن المده التى اشترطها الواقف بطلت الإجاره فى الزائد خاصه، لأنه من تبعض الصفقه، بل قد يحتمل البطلان بالجميع، لأنه عقد مخالف لشرط الواقف، إلا أن الأول هو الأقوى.

[المسأله العاشره لو وقف على الفقراء انصرف إلى فقراء البلد]

المسأله العاشره: لو وقف على الفقراء مثلا- انصرف إلى إرادته صرف نمائه فى ذى الوصف منهم، لا استيفاؤهم، ضروره كون المراد من مثل هذه الوقف باعتبار عدم انحصارهم الجهه المخصوصه، و حينئذ فله صرفه فى فقراء البلد، و من يحضره من

غيرهم، ولا يجب تتبع الجميع بلا خلاف أجده فيه.

و كذا لو وقف على العلويين، و كذا لو وقف على بنى أب منتشرين، صرف إلى الموجودين، و لا يجب تتبع من لم يحضر فإن الجميع من واد واحد فى عدم إرادته- الاستيعاب و

فى خبر على بن محمد بن سليمان النوفلى (١) عن أبى جعفر الثانى (عليه السلام) «قال:

كتبت إليه أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان ابن فلان و هم كثير متفرقون فى البلاد، فأجاب (عليه السلام) ذكرت الأرض التى وقفها جدك على الفقراء من ولد فلان هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف، و ليس لك أن تتبع من كان غائباً».

لكن كلمات الأصحاب هنا لا تخلو من تشويش، إذ ظاهر المتن و غيره ممن عبر كعبارته و جوب استيعاب فقراء البلد و من يحضره من غيرها، بل لعله ظاهر الخير المزبور بل هو صريح المحكى عن شرح الإرشاد للفخر، قال: «إذا وقف على الفقراء صح إجماعاً و لم يكن لبيان المصرف إجماعاً، بل كان تشريكاً، و صرفه لكل معتذر لانتشارهم، و للزوم خروج نصيب كل واحد منهم عن الانتفاع و التملك، و صرفه للبعض ترجيح من غير مرجح، فلا بد من أن يقال: إنه يصرف إلى كل فقراء البلد، و من حضر فى البلد من غيرهم، و يجب الاستيعاب مهما أمكن، فهذا الوقف يشابه بيان المصرف من جهة الاقتصار على البعض، و التشريك من جهة أنه لا يجوز الاقتصار مع المسكنه».

و فى الدروس «يفرق فى فقراء بلد الوقف و من حضره، و لا يجب تتبع الغائب، و لو تتبعه جاز، و لا ضمان فى الأقرب بخلاف الزكاه، و الفرق أن الفقراء فيها لبيان المصرف بخلاف الوقف، و لا يجزى أقل من ثلاثة، مراعاة لأقل الجمع، و لا يجب التسويه، بخلاف المنحصرين» الى غير ذلك من عباراتهم الظاهره و الصريحه، إلا أن ما فى أيدينا من العرف فى أمثال ذلك على خلافه، و أنه لا فرق بينه و بين الزكاه و الخمس.

و حينئذ فلا فرق بين الواحد و الأزيد من أهل البلد و غيرهم، و الحاضرين و غيرهم و لا مدخلية لأقل الجمع، و كونه ثلاثة و اثنين، بل يمكن إرادته ذلك من الخبر (٢) المنساق لبيان عدم

١- ١ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ١.

وجوب التبع، و إن كان مشتتلا على النهى، إلا أنه فى مقام توهم الوجوب، و إلا لاقتضى عدم جواز الدفع إلى غيرهم، و هو باطل إجماعا، كما اعترف به بعضهم بل الظاهران المراد من قوله فى «لمن حضر» بيان كونهم مصرفا لذلك، و إن كان لا يجب استيعابهم، لموضع المشقه و غيره أيضا، و حينئذ فالمتجه الضمان مع التأخير، بعد أن كان مقتضاه المصرفيه و وجود المستحق، ضروره كونه كالزكاه بالنسبه إلى ذلك.

و لا يجوز للموقوف عليه وطى الأمه الموقوفه و إن انحصر فى واحد، و قلنا:

بانتقال الملك إليه، بلا-خلاف أجده فى بين من تعرض له، بل قيل: قد يظهر من المبسوط و التذكرة، أنه لا خلاف فى بين الخاصه و العامه إلا أن ما ذكره من الدليل له لا يخلو من إشكال ل أن المصنف و جماعه عللوه ب أنه لا يختص بملكها و غيره بأنه و إن كان مالكا إلا- أن للبطون اللاحقه حقا، و وطؤه و إن كان له انتفاعا فى زمن ملكه، إلا- أنه يغيره من وجوه الانتفاعات من حيث أنه معرض للحمل الموجوب لصيرورتها أم ولد المانع من دوام وقفها على البطون، لانعتاقها بموته.

و هما معا كما ترى، إذ هما- مع أنهما غير تامين فى المنقطع المختص به، و فى اليائسه و نحوها المعلوم عدم ولادتها- قد يناقش فى الأول منهما بمنع عدم الاختصاص الآن و إن تأهل العقد لملك البطن الثانى، إلا- أنه ليس ملكا فعلا، حتى يترتب عليه الاشتراك و نحوه، خصوصا مع فرض كونه معدوما.

و منه يعلم وجه المناقشه فى الثانى الذى لا يتم على القول بعدم صيرورتها أم ولد بذلك أيضا، على أن مجرد تعريضها لذلك لا يمنع الموقوف عليه من الانتفاع الحاصل له بسبب عقد الوقف فالعمده حينئذ الإجماع ان تم.

و على كل حال ف لو أولدها كان الولد حرا لأن وطأه غير معدود من زنا لأنه مالك فى الجملة و لا يجب قيمته عليه لمن بعده من البطون. لأنه المستحق له الآن إذ الولد بمنزله كسبها و ثمره البستان، و حينئذ ف لا يجب له على نفسه غرم (١١) و كذا لا مهر عليه للبطون الآتية.

نعم لو قلنا أن ولد الموقوفه وقف أيضا ففي المسالك «يجب أن يشتري بقيمته عند سقوطه - حيا ما يكون وقفا» وفيه نظر، و لا يجب عليه الحد لما عرفت من عدم كونه زانيا و إن أثم كالوطئ في الحيض، و لكن عليه التعزير مع العلم، بل عن التذكرة نفى الحد عليه أيضا على القول بانتقال الملك إلى غيره، لأنها مسألة اجتهادية، لا يرفع ترجيح أحد جانبيها أصل الشبهه عن الجانب المخالف، و هو كاف في درء الحد، و نفى عنه البأس في المسالك، و إن كان فيه ما لا يخفى.

هذا كله إذا لم يكن له شريك، بأن انحصر أهل طبقته فيه، و إلا وجب عليه قيمه حصه الشريك، بل في المسالك «و في حده بنسبه حصته وجه قوى، لأن ملكها مشترك بينهما على حد سواء، و وطء الأمه المشتركه يوجب ذلك، و لكن لم يتعرضوا له هنا».

قلت: قد يناقش فيه بعدم صدق الزانى عليه أيضا، و لا أقل من الشبهه التي تدرأ الحد أيضا، و قد مر تمام الكلام في ذلك في البيع فيما لو وطئ أحد الشريكين الجاريه المشتركه.

و كيف كان ف هل تصير الأمه في الفرض أم ولد؟ قيل:

نعم كما عن المبسوط و التذكرة و شرح الإرشاد للفخر و الإيضاح و حواشى الشهيد، بل عن غايه المراد نسبتة إلى الأصحاب لتحقق علوقها منه في ملكه، و هو السبب في صيرورتها أم ولد بالنص و الإجماع على ما في المسالك.

و حيثئذ تنعقد بموته كغيرها من أمهات الأولاد، و تؤخذ قيمه من تركته لمن يليه من البطون، و فيه تردد بل منع، وفاقا لثانى المحققين و الشهيدين لمنع سببيه مطلق ذلك على وجه يشمل الفرض الذى قد عرفت ظهور الأدله في عدم تغيره بالأسباب الاختياريه و القهرية، مضافا إلى خصوص استصحاب بقاء حكمه و لزومه و دوامه، المقدم على عموم الاستيلاد، أو السالم عن معارضته، بعد معاضدته بعمومات الوقف، و خصوصا بناء على عدم اقتضاء الملك الوقفى الانعتاق، و لذا صح وقف من ينعق على الموقوف عليه عند بعض.

ثم على تقدير صيرورتها أم ولد، فلا خلاف أجده فيه في ترتب الحكمين المزبورين حينئذ بل عن التذكرة و الإيضاح الاتفاق على ذلك، بل عن المبسوط أن الناس متسالمون على أخذ قيمتها من تركته، وإنما اختلفوا فيما إذا يعمل بها، فمن قال: إن الموقوف عليه إذا أتلّف اشترى بقيمته آخر قال هنا: يشترى بها أخرى تقوم مقامها، و من قال: تنتقل إليه قال: أعطى من يليه من البطون تلك القيمة، كما إذا وجبت القيمة و هو حي، و حاصل مراده أن الإتلاف منه على بعده إنما هو بعد موته الذى هو سبب فى انعاقها المترتب عليه رتبه كغيره من المسببات، و هو فى ذلك الحال غير مالك، و إنما هو زمان ملك البطن المتأخر فلا تكون القيمة له.

نعم يجرى فيها الاحتمالان اللذان سمعتهما فى قيمه العين الموقوفة و الموقوف عليه موجود، و لعل هذا هو الوجه فى استشكال الفاضل فى القواعد قال: «و معه تنعق بموته، و تؤخذ من تركته قيمتها لمن يليه من البطون على اشكال» بل و تردد المصنف بناء على رجوعه إلى ذلك، لا- إلى صيرورتها أم ولد، و اعترضهم الشهيد فى شرح الإرشاد «بأنها إذا صارت أم ولد حكم بنفوذ الاستيلاء فى الحال، كما فى صورته ما إذا وطأ أحد الشريكين و علقت، إلى أن قال: و لعلهم أرادوا ذلك، إلا أنه لما كان أحد الاحتمالين صرفها إلى من يليه من البطون، و هو الآن غير مالك، تأخر الدفع إلى ما بعد الموت، و لا يلزم منه تأخر الحكم بنفوذ الاستيلاء.

و فيه أولاً: أن الفرق بين المقام و بين وطئ الشريكين واضح ضروره حيلولته بين المالك و بين التصرف فى ملكه، بمجرد الاستيلاء، بل بالإيجاب، فتوجه له القيمة عليه، كما تطابقت عليه النصوص و الفتاوى هناك، بخلاف المقام الذى لا حيلوله فيه بين العين الموقوفة و بين البطن اللاحق، لعدم استحقاقه، و لأن الوقف كان هو السبب فى المنع من التصرفات الناقله، فلا وجه لترتب الضمان عليه هنا بمجرد الاستيلاء.

و ثانياً: أنه مناف لتصريح بعضهم بانعاقها من نصيب ولدها، إذ على تقدير أنها من وطئ أحد الشريكين ينبغى أخذ القيمة منه، لأنه من نصيب ولدها، و مناف أيضاً لصريح المحكى عن المبسوط و التذكرة و بل كلامه نفسه فى الحواشى بل و لظاهر المتن و غيره بل للإجماع المحكى على أخذ قيمتها من تركته على كل حال، بل و لما سمعته

من عبارته الفاضل، لأنه على هذا التقدير لا تختص القيمة بمن يليه من البطن قطعاً، فلا يتجه الإشكال المذكور، لأن احتمال اختصاص البطن الذى يليه بها إنما يتجه إذا كان الإلتلاف واقعا حين اختصاصهم بالوقف، ولا يتحقق إلا إذا كان الحكم بنفوذ الاستيلاء بعد الموت.

أما إذا حكمنا بنفوذه قبله فإن الاختصاص بالوقف ثابت للواطى حينئذ فإيجاب القيمة عليه حينئذ على هذا التقدير إنما هو لتعلق حقوق الموقوف عليهم جميعاً فكيف يحتمل اختصاص البطن الذى يليه بالقيمة ليكون فيه اشكال، واحتمال أن المراد بقولهم إن القيمة لمن يليه شراء جاريه تكون وقفاً لهم لاختصاصهم بذلك طلقاً، ياباه صريح المحكى عن المبسوط والتذكرة و ظاهر غيرهما.

هذا مع أن الاستيلاء إنما يترتب عليه العتق الموجب للإلتلاف بعد الموت، ضرورة أن الولد إذا مات قبل أبيه لم يتحقق سبب العتق، المقتضى لبطلان الوقف بعد تمامه و لزومه، و دعوى أن ذلك كاشف عن نفوذ الاستيلاء من حينه، ليس بأولى من دعوى عدم تمامه السبب قبله، و ليس فى النصوص (١) إلا الانعتاق من نصيب الولد، و مسئله وطئ أحد الشريكين قد عرفت أنها مورد نص (٢) و فتوى، و وجه الفرق بينها و بين ما نحن فيه واضح، و قد أفرغنا الكلام فيها فى محله فلا حظ و تأمل، على أنه لو سلم اقتضاء الاستيلاء ذلك كان المتجه شراء عين بدلها حينها، لا تأخيرها إلى البطن اللاحق ملاحظه إلى إرادته استمرار الوقف و استدامته المقصود للواقف، بل هو مع كونه صدقه جاريه كما هو واضح.

و أضعف مما ذكره ما حكاه ما هو عن شيخه السيد عميد الدين فى شرح مشكلات القواعد و فى حلقه درسه من أن هذين الإشكاليين إنما يتأتیان على تقدير دخول ولدها فى الوقف لينتقل إليه بموت أبيه شىء منها أو المجموع، أما على تقدير عدم دخوله فى الوقف

فيموت الواطئ انتقلت إلى بطون آخر غيره فلم يجر للولد عليها ملك، فلا يفرض فيها عتق.

و فيه أولاد: أنه مناف لإطلاق صيرورتها أم ولد.

١-١ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب أحكام الشركة.

و ثانيا: أنه مناف لما ذكره الفاضل في القواعد من جواز وقف من ينعق على الموقوف عليه، و أنه يبقى وقفا و حينئذ ملك ولدها لها على جهة الوقف لا يقتضى انعقادها عليه إنما المقتضى له ملكها بطريق الإرث.

و من ذلك يظهر لك زياده ضعف القول بصيرورتها أم ولد، ضروره توقف ذلك على القول بخروجها عن الملك الوقفى إلى غيره من الملك بالاستيلاء من حينه أو قبل الموت بآن ما، ليتوجه وارثيه ولدها حينئذ نصيبها منها ينعق عليه، و يسرى فى غيره فيؤخذ القيمه منه، و هو كما ترى، ضروره أن الاستيلاء لا يغير كيفيه الملك، و إنما هو يبطل سلطنه بعض التصرفات فيه.

و كذا يظهر لك منه أيضا ما فى جملة من الكتب فى هذه المسأله التى قال فخر المحققين: «تسمى بمتشعبه المبادى».

ثم لا يخفى عليك أن جميع ما ذكرناه على فرض اختصاص البطن الأول بالواطى أما مع فرض شريك له فهل يحكم بالقيمه من حين الاستيلاء، أم بعد الموت؟ الظاهر الثانى كما فى جامع المقاصد لمثل ما قلناه، و إن خالف فى ذلك الشهيد فى نكت الإرشاد، إذ هى الآن باقيه على حكم الوقف، فلا ضرر على الشريك إلا بالموت المقتضى لانعقادها، كما عرفت.

كما لا يخفى عليك أيضا أن المتجه على ما سمعته من الشهيد أخذ قيمه عوض الأمه من أصل التركة يشتري بها ما يكون وقفا للموقوف عليهم، ثم يغرم الولد ما زاد على نصيبه من أصل التركة، للورثه بسبب الانعقاد الحاصل من سرايه انعقاد نصيبه عليه بل لعل ذلك كذلك بناء على ظاهر كلمات الأصحاب أيضا بل ربما كان هو المنساق من نحو عبارته المتن، اللهم إلا أن يقال انها تنتقل من الواقف إلى خصوص ولده دون باقى الورثه فيختص حينئذ بغرم قيمتها للموقوف عليهم من نصيبه، لكنه كما ترى، و لو كانت الأمه موقوفه على الواطى وقف انقطاع، و قلنا بانتقال الملك إليه فأولدها ففى غرامته القيمه فعلا، أو إلى أن يموت، البحث السابق، و كذا لو أولدها الواقف و قلنا هو المالك، لا الموقوف عليه.

و كيف كان فلا خلاف بيننا كما اعترف به بعضهم صريحا و ظاهرا فى أنه يجوز

تزويج الأمه الموقوفه و ما عن جامع الشرائع من نسبه عدم الجواز إلى القيل لا يقتضى كون القائل منا، كما أن التعبير في محكى المبسوط و التحرير عن الحكم بالأقوى و الأقرب لا يقتضى ذلك أيضا بل لا ينبغى الإشكال فيه أيضا ضروره أنه عقد على بعض منافعها كالإجاره، و اقتضاء ذلك التعريض لها للجل المعطل لها و الذى يتحقق معه التلف بالطلاق لا يمنع جواز الانتفاع بها المملوك لهم بعقد الوقف و من ذلك يعلم قوه جواز وطئ الواقف لها إن لم يكن إجماعا.

و على كل حال فالمتولى لتزويجها هو الموقوف عليه، بناء على الانتقال إليه، و الوقف بناء على البقاء على ملكه، و الحاكم بناء على الانتقال إلى الله تعالى شأنه، كما لو كانت أيضا موقوفه على جهه العموم، و ما عن الشيخ من تزويجها لنفسها على الأخير فى غير محله، و كذا احتمال أنه الموقوف عليه مطلقا، لأنه من المنافع التى هى له، و إن كان المالك للعين غيره.

و كذا لا- خلاف و لا- إشكال فى أن مهرها للموجودين من أرباب الوقف، لأنه فائده كأجره الدار فلا مدخله لمالك العين حينئذ، إذ لا- يخفى عليك الفرق بين النكاح و غيره، فى توقف الأول على الاذن من السيد و هو المالك للعين، و لا يكفى فيه ملك المنفعه، بخلاف غيره، و لعل هذا هو السبب فى اتفاهم ظاهرا على كون المتولى للنكاح على التفصيل الذى ذكرناه، و إن كان هو أيضا إن لم يكن إجماعا محلا للنظر، بعد اقتضاء عقد الوقف تمليك سائر المنافع للموقوف عليه التى منها النكاح كما هو المفروض.

و كذا ولدها من نمائها، إذا كان من مملوك أو من زنا إذ هو كثره البستان و حينئذ يختص به البطن الذى تولد معهم و إن كانوا غير من حصل العقد فى زمانهم، بل الظاهر اختصاص من كان علوقه فى زمانهم و إن لم يولد، خلافا للمحكى عن الإسكافى و الشيخ من تبعه الولد للأم فى الوقف كالمدبره و المرهونه إذ هو بعد تسليم الحكم فى المقيس عليه لا يصح عندنا، بناء على حرمه القياس كما هو واضح.

فإن كان من حر بوطئ صحيح كان حرا بلا خلاف و لا اشكال تغلبا لجانب الحريه بالتبعيه لأشرف الأبوين الا أن يشترطوا عليه رقيته في العقد فإنه يكون رقا حيثئذ، خلافا لبعض كما تسمعه في كتاب النكاح إن شاء الله تعالى.

و لو وطأها الحر بشبهه، كان الولد حرا لأنها كان كالصحيح بالنسبه إلى ذلك، و لكن عليه قيمته طلقا للموقوف عليهم بناء على ما عرفت كما لو وطأ غير الموقوفه شبهه، لأنه السبب في إتلاف النماء على أهله كما هو واضح، و محرر في محله.

و لو وطأها الواقف كان كالأجنبي بناء على خروجها عنه عينا و منفعه بالوقف هذا كله في الوقف.

[أما الصدقه]

إشاره

و أما الصدقه غير الوقف التي قد تواتر ندبها و الحث على فعلها حتى صار ذلك من ضرورى المذهب، بل الدين، خصوصا في شهر رمضان و خصوصا على الجيران و خصوصا على الأرحام، فإن

«الصدقه بعشر(١)، و صله الإخوان بعشرين و صله الأرحام بأربع و عشرين»

و هي دواء المريض(٢)،

و «دافعه البلاء و قد أبرم إبراهيم(٣)،

و «بها يستنزل الرزق»(٤)

و «تقع في يد الرب قبل يد العبد»(٥)،

و «تقضى الدين و تخلف البركه و تزيد في المال»،

و يستحب التكبير بها لدفع شر ذلك اليوم(٦)، و في أول الليل كذلك(٧)

و «أنها تدفع ميتة السوء و الداء، و الدبيله، و الحرق، و الغرق، و الهدم، و الجنون إلى أن عد سبعين بابا من السوء»(٨)

إلى غير ذلك مما ورد فيها، هذا.

و لكن

قال الصادق (عليه السلام): في خبر زراره(٩) «إنما كان الناس على عهد رسول الله (صلى الله عليه و آله) ينحلون و يهبون، و لا

ينبغي لمن أعطى الله شيئاً أن يرجع فيه، قال: و ما لم يعط الله

- ١-١ الوسائل - الباب - ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ١- إلى ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ١- إلى ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ١- إلى ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ١- إلى ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٦-٦ الوسائل - الباب - ١- إلى ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٧-٧ الوسائل - الباب - ١- إلى ٢٠- من أبواب الصدقه.
- ٨-٨ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب الصدقه الحديث - ١.
- ٩-٩ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب أحكام الهبات الحديث - ١.

تعالى أو فى الله تعالى، فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز، و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته».

و لعل المراد على ما قيل: أن الناس كانوا على عهد رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم) لا يتصدق بعضهم على بعض، إذا أرادوا معروفا فيما بينهم، سوى الزكاه و ما يعطى لأهل المسكنه، بل كانوا يهبون و ينحلون، إما لإرادته تحصيل ملكه الجود، أو لإيراده سرور الموهوب له، و الإثابه منه، و غير ذلك، و إنما صدقه بعضهم على بعض فى غير الزكاه و الترحم للمساكين أمر محدث، أعنى القصد بالهبه و النحل لله تعالى شأنه المسمى ذلك بالصدقه محدث، كما يشهد لذلك فى الجمله ما

فى خبر ولده (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتصدق بالصدقه إله أن يرجع فى صدقته؟ فقال: إن الصدقه محدثه، إنما كان النحل و الهبه و لمن وهب أو نحل أن يرجع فى هبته حيز أو لم يحز و لا ينبغى لمن اعطى شيئاً لله عز و جل أن يرجع فيه».

و ربما احتمال كون المراد حدوث الصدقه بمعنى الوقف، إلا أنه كما ترى، و من هنا قال فى محكى المبسوط: إذا قصد الثواب و التقرب بالهبه إلى الله تعالى سميت صدقه، و فرق بذلك بينها و بين الهبه و الهديه.

و فى الحدائق الظاهر أن إطلاق الصدقه على هذا المعنى المشهور المشروط بالشروط

المعلومه أمر محدث، لم يكن فى زمنه (صلى الله عليه و آله)، و انما كان الذى فى زمنه النحل و الهبات، و الصدقه يومئذ إنما تستعمل بمعنى الوقف، كما فى صدقات على و فاطمه (عليهم السلام) و الكاظم (عليه السلام) (٢)، ثم استدل على ذلك بخبر عبيد المزبور، مدعياً ظهوره فى السؤال عن الصدقه المعهوده، فأجاب بأنها بهذا المعنى محدث، و إنما المستعمل يومئذ النحل و الهبه، ثم أجاب بان من أعطى لله أى قرن عطيته بالقربه صدقه أو هبه أو نحله لا- ينبغى الرجوع فيه، و أما قوله و لمن وهب فالمراد به عدم القربه، و فيه أن ما ورد من الكتاب و السنه بهذا اللفظ مراداً به هذا المعنى لا يكاد يحصى، فليس المراد إلا حصول الحدوث بالمعنى الذى ذكرناه، و لعله هو الذى ينطبق عليه ما

١-١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات الحديث ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب أحكام الوقوف.

عن التذكرة و المسالك من أن الهبة أعم من الصدقة، لاشتراطها بالقربه دونها، و أن الهدية أخص من الهبة أيضا لأنها تفتقر إلى حمل الهدى من مكان إلى مكان، فلا- يقال: أهدى إليه دار أو عقارا، بل يقال: و هبه ذلك، فلو نذر الهبة برىء بالصدقة و الهدية، و لو حلف أن لا- يهب حنث إذا تصدق أو أهدى، دون العكس، و هل يعتبر في حد الهدية أن يكون بين المهدى و المهدى إليه واسطه أو رسول وجهان:

أظهرها العدم و هو جيد، إلا أنك ستعرف أنه أعم منه من وجه.

و على كل حال ف هي عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول بلا- خلاف محقق أجده فيه، بل عن ظاهر المبسوط و فقه الراوندى و الغنيه و الكفايه و المفاتيح الإجماع عليه، بل صريح بعض و ظاهر آخر اعتبار ما يعتبر في العقد اللازم فيها.

لكن في الرياض يعتبر فيها ما يدل على الإيجاب و القبول و لو فعلا، و فاقا لبعض أصحابنا خلاف لجماعه فاشتروا فيها ما يشترط في العقود اللازمه، و إطلاق النصوص بلزوم الصدقة بعد القبض و قصد القربة يدفعه، و هي و إن اشتملت ما ليس فيه إيجاب و قبول بالمره، إلا أن اعتبارهما و لو فعلا لازم البتة، فإن مع عدمها لا يعلم كونها صدقة مضافا إلى عدم انصراف الإطلاق بحكم التبادر إلى خلافهما، هذا مضافا إلى الاتفاق في الظاهر على اعتبارهما الجملة، و سيأتى عن المبسوط أن عليه إجماع الإماميه، و فيه أن ما ذكرها أيضا مناف للمتفق عليه في الظاهر من كونها عقدا بالمعنى المتعارف الذى قد عبروا به في غيرها من العقود، و من المعلوم عدم تحققه اصطلاحا بالإيجاب الفعلى كما أن من المعلوم تحقق الصدقة بالأفعال، و لو من الطرفين، فلا محيص عن التزام أن لها عقدا أو معاطاه على نحو ما سمعته في البيع، بل كان ينبغى التزام الجواز في الثانى و إن اندرج تحت اسم الصدقة على نحو اندراجها في اسم البيع، إلا أن ظاهر قوله في

نصوص المقام «أن ما كان لله تعالى لا رجوع فيه»

يقتضى لزومها، ضروره استبعاد حمله على خصوص العقد منها، كاستبعاد القول بجوازها و إن قصد الله تعالى شأنه فيها، باعتبار عدم العقد فيها، فيتعين القول بلزومها و إن كانت معاطاه، إذ هو جهه غير جهه العقديه و المعاطاتيه، و المتفق عليه في باب المعاطاه من الفرق بين العقد اللازم و معاطاته بالجواز

و عدمه، انما هو إذا كان اللزوم من جهه العقديه، لا- ما إذا كان من جهه هي متحققه فى العقد و معاطاته، بل لو لا- الجهه المخصوصه لكان عقدها جائزا ضروره كونه حينئذ هبه، و هي من العقود الجائزه.

و من ذلك يعلم أنه لا وجه لاعتبار ما يعتبر فى العقود اللازمه من اللفظ المخصوص و نحوه، ضروره كون لزومها من جهه القربه لا من جهه العقديه، فيه حينئذ كالهبه المعوضه.

نعم يبقى شىء و هو احتمال دعوى أعميه الصدقه من العقد، ضروره صدقها على الإبراء المتقرب به، و الوقف كذلك، بل و على بذل الطعام و الماء و نحوهما للفقراء و المساكين مثلا، و إن لم يكن على جهه معنى العقديه الذى هو قصد الارتباط بالإيجاب و القبول، و لقد

كان على ابن الحسين (عليه السلام) (١) «يتصدق على الفقير فى السر على وجه لا يحصل فيه معنى العقديه»

بل لا- يبعد كونها دفع المال مجانا قربه إلى الله تعالى شأنه، فإن كان مورده الإبراء، كان صدقه و إبراء، و إن كان مورده الهبه، كان هبه و صدقه، و إن كان مورده الوقف، كان وقفا و صدقه، و إن كان غير ذلك كان صدقه، و منه الزكاه و الكفاره و نحوهما.

فالإبراء حينئذ منه ما هو صدقه، و منه ما هو ليس كذلك، و كذلك الهبه و الوقف، و حينئذ فيجرى على كل منها أحكام ذلك إلا الرجوع بها حيث تقوم مقام الهبه للعله التى سمعتها، و ليست هى عقدا مستقلا تقوم مقام المذكورات على نحو الصلح، كما عساه يظهر من أفرادها بكتاب عن الهبه و إطلاقهم كونها عقدا، لكنه ليس فى محله عند التأمل، و إلا لاحتاجت إلى القبول فى قيامها مقام الإبراء، و من المعلوم خلافه بل لم يجرحكم الإبراء حينئذ على ما كان صدقه منه و كذا الوقف و الهبه، و بذلك يظهر أن ذلك ليس ممنوعا لها عنها، كما أومئ إليه الفاضل و غيره فيما سمعته من الحث بالصدقه لو حلف أن لا يهب و لا يهدى.

و بذلك يظهر لك النظر فيما ذكرها فى جامع المقاصد حيث قال: «إن ما ذكره فى الاحتجاج على أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول، و هو قوله تعالى (٢) «وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ»

١- ١ الوسائل - الباب - ١٣ - من أبواب الصدقه الحديث - ٨.

٢- ٢ سورة البقره الآيه - ٢٨٠.

حيث فسروا الصدقه هنا بالإبراء، يقتضى عدم اشتراط القبول، و لا نيه القربه».

إذ هو كما ترى لا يقتضى إلا عدم اعتبار القبول فى هذا القسم خاصه و أما اعتبار القربه فهو من مقوماتها دونه، فليس كل إبراء صدقه، و لا كل صدقه إبراء، و كذلك الهبه و الوقف، بل بينها و بين هذه العموم من وجه، لما عرفت من صدق الصدقه على ما لا- يندرج فى شىء منه، فليست هى إلا لمعنى متحد شامل للجميع، و هذه افراده، و كل فرد منها داخل تحت اسم آخر يلحقه حكمه، و إن سمي باعتبار قصد القربه فيه أنه صدقه، إلا- أن ذلك كله مناف لظاهر جعلها عقدا مستقلا عن الهبه، الظاهر فى مباينتها لها، و أن التميز بينها و بين الهبه بالقصد و إن اتحد موردها، و حينئذ لا تجتمع الصدقه العقديه مع غيرها من العقود أصلا، و الهبه قربه إلى الله تعالى مع عدم القصد بأنها صدقه تكون هبه لا صدقه، و بالعكس صدقه لا هبه.

و بذلك يظهر النظر فى جملة من الكلمات السابقه، و لعله الى ذلك يرجع ما فى المسالك و إن كان هو لا يخلو من نظر من وجه آخر، قال: قد يلوح من بعض كلامهم عدم الاتفاق على اشتراط القربه، حيث استدلوا على أن الإبراء لا يحتاج إلى القبول بقوله تعالى (١) «وَ أَنْ تَصِدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ» و فسروا الصدقه هنا بالإبراء، مع أنه غير مفتقر إلى القربه، و يلزم منه عدم افتقارها إلى القبول أيضا كذلك، إلا- أن يقال: إنها تطلق على معينين: خاص و عام، و أن الإبراء صدقه بالمعنى العام، و كلامهم هنا فى المعنى الخاص و قد

تقدم فى الوقف أنه صدقه، و الاخبار مشحونه به، مع أن الأصح عدم اعتبار نيه القربه فيه، و هذه فوائد اعتبار معنى العام».

و كيف كان فتفتقر صحتها مع الإيجاب و القبول إلى اقباض أى القبض بإذن، بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به واحد، بل قيل: إنه قد يلوح الإجماع على ذلك، أو يظهر مع المبسوط الراوندى بل عن التذكرة، الإجماع عليه فى موضعين و هو الحجج بعد النصوص المذكوره فى الوقف، ك

حسنه عبيد بن زراره (٢) عن الصادق (عليه السلام) «فى رجل يتصدق على ولد قد أدركوا فقال: إذا لم يقبضوا حتى يموت

١- ١ سورة البقره الآيه- ٢٨٠.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ٥.

و غيره مما تقدم سابقا لما عرفت من أعميه الصدقه من الوقف، فترك الاستفصال حينئذ يقتضى العموم، بل قد يدعى أنه المتبادر من نصوص الصدقه المشتمله على ذلك فإنها بمعنى الإعطاء صدقه، بل ربما يستدل بأصالة عدم الصحه أيضا، إلا أنه فى غير محله، لانقطاعه بالعمومات.

نعم يتجه الاستدلال عليه بما دل على اعتباره فى الهبه بناء على أنها هى مع زياده نيه القربه التى اقتضت عدم جواز الرجوع بها بعد

اجتماع شرائط صحتها التى منها الإقباض المزبور.

و حينئذ ف لو قبضها المعطى له، من غير رضا المالك لم ينتقل إليه لعدم حصول الإقباض الذى هو بمعنى القبض بالإذن، كما فى كل مقام كان القبض فيه من شروط الصحه، لا لكونه منها عن حينئذ بدون الإذن، إذ هو معامله لا ينافى ترتب أثره عليه كونه محرما، و لكن الشرط الإقباض و لو للإجماع على ذلك، لم يحصل الشرط حينئذ، فلم يترتب عليه الأثر، فضلا عن عدم القبض أصلا، و ارتفاع الضمان عن المبيع - بقبض المشتري من دون إذن البائع - إنما هو لعدم كون القبض فيه شرطا للصحه، كما فى الفرض، لتاميه الملك بعقد البيع، و إنما وجب الإذن للتقايض الذى هو مقتضى المعاوضه، و هو أمر خارج عما نحن فيه، و الضمان بالتلف قبل قبضه إنما كان لفوات المعاوضه، فمع فرض تحققه تمت المعاوضه، فلا ضمان بعد على البائع حينئذ من هذه الجهه، و إن كان القبض بغير إذنه.

نعم لا يرتفع الخيار مثلا بهذا القبض و لا غيره من الأحكام التى تترتب على القبض و الله العالم.

و من شرطها إن لم يكن من مقوماتها نيه القربه بلا خلاف أجده فيه بلا الإجماع بقسميه عليه، و المناقشه فى ذلك - و فى اعتبار القبول بقوله تعالى (١) «وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ» المستدل به على الإبراء - قد عرفت جوابها مما تقدم، كل ذلك مضافا إلى

حسنى حماد و صحيحه عن أبى عبد الله (عليه السلام) «لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز

و جل»

و صحيح محمد بن مسلم (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) «و لا يرجع فى الصدقه إذا ابتغى وجه الله عز و جل»

و خبر الحكم (٢) «إنما الصدقه لله فما جعل لله فلا رجعه له فيه»

و غير ذلك من النصوص الداله عليه حتى

النبوى (٣) المروى فى الطرفين «أن مثل الراجع فى صدقته مثل الراجع فى قيئه».

و حيثئذ ف لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض على الأصح بل عن السرائر و التذكرة و ظاهر المفاتيح و كذا الغنيه الإجماع عليه، للعموم المقتضى ذلك و الخصوص الذى عرفته، و لأن المقصود بها الأجر و قد حصل، فهى كالهبة المعوض عنها و كالعباده التى لا- خيار فيها، مضافا إلى أولويه اللزوم فى المقام منه فى الهبة المنوى فيها القربه المحكى عليه الإجماع عن الانتصار و الغنيه و التذكرة إن لم تكن هى، كما عرفته سابقا.

لكن مع ذلك كله عن المبسوط، و المهذب و فقه الراوندى ان صدقه التطوع بمنزله الهبة فى جميع الأحكام، و من شرطها الإيجاب و القبول، و لا تلزم إلا بالقبض أو ما يجرى مجراه، و كل من له الرجوع فى الهبة، له الرجوع فى الصدقه، و لا ريب فى ضعفه و إن احتمل بناءه على عدم اعتبار القربه فى الصدقه، و إذ هو لا يخفى عليك ما فيه، بل المحكى عن صريحه التصريح باعتبار القربه فى مفهومها، فضلا عن كونه شرطا فيها، و ما أبعد ما بينه، و بين المحكى عنه فى النهايه، و المفيد فى المقنعه، من أن ما تصدق به لوجه الله فلا يجوز أن يعود إليه بالبيع أو الهبة أو الصدقه، و إن رجع بالميراث كان جائزا، و لعله لقول الصادق (عليه السلام) فى صحيح منصور بن حازم (٤) المحمول على الكراهه لمعارضته للعمومات التى هى أصول المذهب و قواعد، بل عن المحقق حمل عبارته النهايه على ذلك، بل عن ابن إدريس نفى الخلاف عن جواز الرجوع بذلك، و لعله تحمل عبارته المقنعه على ذلك أيضا.

-
- ١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ٧.
 ٢- ٢ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ١.
 ٣- ٣ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ٤.
 ٤- ٤ الوسائل- الباب- ١٢- من أبواب أحكام الوقوف الحديث- ١.

و كيف كان ف الصدقه المفروضه أو الزكاه منها خاصه محرمه على بنى هاشم إلا صدقه الهاشمى أو صدقه غيره عند الاضطرار، و لا بأس بالصدقه المندوبه عليهم مطلقا أو ما عدا النبي (صلى الله عليه و آله) و الأئمه (عليهم السلام) منهم، كما تقدم الكلام فى ذلك مفصلا.

و من الغريب أنه بناء على أن الصدقه هى الهبه المتقرب بها و كذا الهديه و أن المندوبه محرمه على النبي (صلى الله عليه و آله) و الأئمه (عليهم السلام) يتوجه تحريمها حينئذ عليهم إلا مع عدم ملاحظه القربه و يمكن القطع بعدمه، و منه يعلم كون كل منها مفهوما مستقلا عن الآخر.

[مسائل ثلاث]

إشاره

مسائل ثلاث

[المسأله الأولى لا يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض]

الأولى: قد عرفت أنه لا- يجوز الرجوع فى الصدقه بعد القبض، سواء عوض عنها أو لم يعوض، لرحم كانت أو لأجنبى على الأصح خلافا لمن سمعت، فجعل حكمها حكم الهبه، لأنها قسم منها، و قد عرفت ضعفه.

و لكن لا يخفى أن مرجع ذلك و مرجع ما سمعته عن التذكرة و غيرها أن الصدقه حينئذ من الأوصاف اللاحقه للهبه، و ليست عقدا مستقلا مقابلا لها، و حينئذ فإذا أفسدت النيه فيها بمنافاه الإخلاص و نحوه يتجه ثبوت حكم الهبه لها حينئذ فله الرجوع بها حينئذ مع عدم العوض، و عدم كونها لرحم، و إلا فلا يجوز، أما على ما قلناه من كونها عقدا مستقلا فالمتجه بطلان العقد حينئذ بفساد شرطه، فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الثانيه يجوز الصدقه على الذمى]

المسأله الثانيه: يجوز الصدقه على الذمى و غيره من الكافر غير الحربى و إن كان أجنبيا على الأصح ل

قوله (صلى الله عليه و آله) «على كل كبد حرى أجر (١)»

و لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين و لم يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ (٢) و غير ذلك مما سمعته فى الوقف، فإن المسأله من واد واحد دليلا، و خلافا و الله العالم.

-
- ١-١ الوسائل- الباب- ١٩- من أبواب الصدقه الحديث- ٢- و المستدرك ج ١ ص ٥٤٦.
- ٢-٢ سوره الممتحنه الآيه- ٨.

[المسألة الثالثة صدقه السر أفضل من صدقه الجهر]

المسألة الثالثة: صدقه السر التي تطفئ غضب الرب (١) أفضل من صدقه الجهر بلا خلاف أجده فيه بل في المسالك هو موضع وفاق، قال الله تعالى (٢) «وَإِنْ تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ» و

عن الصادق (عليه السلام) (٣) «والله الصدقة في السر أفضل منها في العلانية»

إلى غير ذلك، الا أن يتهم في ترك المواساه، فيظهرها دفعا للثمة التي تجنب عنها سيد المرسل (صلى الله عليه وآله) مع بعده عنها فضلا عن غيره أو قصد الاقتداء به، أو ترغيب

الناس، أو نحو ذلك مما يقترن به الجهر على وجه يرجح على مراعاة السرية التي هي أرجح من الجهرية من حيث نفسها.

نعم في الدروس و غيرها تخصيص ذلك للمندوبه، أما الواجبه فالأفضل إظهارها، كما عن تفسير على بن إبراهيم روايته عن الصادق (عليه السلام)، و لبعدها عن تطرق الرياء، و للأمر بحملها إلى الإمام المنافى للكتمان، بل

عن ابن عباس (٤) «أن صدقه السر في التطوع تفضل علانيتها بسبعين ضعفا، و صدقه الفريضة علانيتها أفضل من سرها بخمسه و عشرين ضعفا»

لكن المصنف و غيره أطلقوا أفضلية السر، و هو لا- يخلو من وجه و الأمر سهل بعد إيكال الأمر إلى عالم السر و الجهر، و الله العالم.

و يكره الصدقة بجميع ماله على ما صرح به غير واحد، و لعله لقوله تعالى (٥) «يَسْتَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ، قُلِ الْعَفْوَ» أى الوسط و قوله تعالى (٦) «وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ (٧)» و «إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا»

قوله (صلى الله عليه وآله) (٨) «أفضل الصدقة عن ظهر غنى»

لكن لا يخفى عليك رجحان مقام الإيتار الذى أشار إليه رب العزه بقوله (٩) «وَيُؤْتُونَ عَلَى أَنْفُسِهِمْ وَ لَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ» و فعله الأولياء و لعله لذا قال فى الدروس: «و يكره أن يتصدق بجميع ماله إلا مع وثوقه بالصبر و لا

١- ١ الوسائل- الباب- ١٣- من أبواب الصدقة الحديث ١.

٢- ٢ سورة البقره الآيه- ٢٧١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١٣- من أبواب الصدقة الحديث- ١.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٥٤- من أبواب المستحقين للزكاة الحديث- ١.

٥-٥ المستدرک ج ١ ص ٥٣٤.

٦-٦ سورة البقره الآيه- ٢١٥.

٧-٧ سورة الإسراء الآيه- ٢٩.

٨-٨ سورة الفرقان الآيه- ٦٧.

٩-٩ الوسائل- الباب- ٢٨- من أبواب الصدقه الحديث- ٤.

عيال له» و كأن الرجوع فى ذلك كله إلى الموازين الشرعيه- المختلفه باختلاف الأمكنه و الأزمنه و الأحوال- هو المتجه فى ذلك و فى غيره، كالصدقه و عنده عيال محتاجون أو عليه دين التى نفى استحبابها فى الأول فى القواعد، و عن غيرها، و حكم بكراتها فى الثانى.

لكن من المعلوم إرادته قله الثواب من ذلك، نحو الصدقه على الأجنبى مع حاجه القريب الذى ورد فيها

(١)«لا صدقه و ذو رحم محتاج»

المراد منها المرجوحه بالنسبه إلى تلك، و التى

«سئل النبى (صلى الله عليه و آله)(٢)أى الصدقه أفضل؟ قال على الرحم الكاشح»

هذا.

و قد تضمنت النصوص و وظائف كثيره للصدقه، كما أنها تضمنت الحكم بالصدقه فى جملة من الأمور كالتوسعه على العيال، و بذل الجاه، و الكلمه اللينه و نحو ذلك مما مراد منها مشابعتها فى الفصل، لأنها منها حقيقه، فلاحظ و تدبر، و الله العالم و الموفق و المؤيد و المسدد.

١- ١ سورة الحشر الآيه- ٩.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب الصدقه الحديث- ٤- ١.

[كتاب السكنى و أختيها و الحبس]

إشارة

كتاب السكنى و أختيها و الحبس و هى عقد بالمعنى الأعم الشامل للمعاطاه بناء على مشروعيتها يفتقر فى الصحه إلى معنى الإيجاب و القبول و لو فعلا- بلا- خلاف و لا إشكال، و يفتقر فى اللزوم إلى اللفظين منه على نحو غيرها من العقود اللازمه التى شرعت المعاطاه فيها، على أنها من أفرادها و لا- فرق فى ذلك بين كونها مطلقه، أو مقترنه بمده أو عمر، كما هو ظاهر الأصحاب، و جواز الرجوع بها فى الأول متى شاء لا ينافى افتقار مشروعيتها إلى معنى الإيجاب و القبول، على حسب ما سمعته فى العقود الجائزه على أن الظاهر لزومها فى الفرض أيضا بالنسبه إلى مسمى الإسكان، و جواز الرجوع لمكان تحقق مقتضاها لا لكون العقد جائزا، و إلا لجاز عدم إسكانه أصلا و الأمر فى ذلك سهل.

و أما القبض فلا خلاف أجده فى اعتبارها فيها أيضا، بل فى الرياض عن ظاهر جماعه و صريح آخر الإجماع عليه. نعم فى جامع المقاصد ينبغى أن يكون اشتراطه على القول باللزوم، أما على عدم اللزوم فإنه بمنزله العاربه، و الظاهر أن مراده ما فى الروضه من أنه إنما يشترط على تقدير لزومها، أما لو كانت جائزه فالإقباض شرط فى جواز التسلط على الانتفاع، و لما كانت الفائده بدونه منتفيه، أطلق اشتراطه فيها، و إلا فلا يخفى عليك عدم منافاه شرطيته لجوازه، كما فى القبض بالنسبه إلى الهبه، على معنى عدم تحقق أثر العقد إلا به، هذا.

و عن المبسوط و المهذب و فقه الراوندى و السرائر و غيرها أنه يفتقر فى صحتها إلى الإيجاب و القبول، و لزومها إلى القبض، و لعله لا يخلو من قوه، لأن العمده فى اشتراطه إجماع الخلاف، و هو أنه إنما يقتضيه، لا الصحه التى هى من مقتضى العمومات و الإطلاقات قال فى

المحكى عنه: «إذا أتى بواحدة منها أى العقود الثلاثه، و أقبضه فقد لزمتم العمري، ثم ادعى عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

لكن ظاهر الأكثر و صريح بعض أنه شرط فى الصحه، بل الظاهر أنه معقد ما سمعته من الرياض، و لعله لكونها من لواحق الوقف أو الهبه، بل فى المحكى من كلام ابن حمزه اعتبار نيه القربه فى صحتها أيضا، و لا دليل عليه، بل لا دليل على اعتباره فى لزومها أيضا كما هو المحكى عن المقنعه و الكافى و جامع الشرائع و الغنيه، بل ظاهر الأدله كعموم «أَوْفُوا(١)» و

«المؤمنون»(٢)

و غيرهما لزومها بدون ذلك، و غيرها.

و من هنا كان ظاهرا الأكثر أو المشهور ما هو صريح جماعه من عدم اعتبارها فى الصحه و اللزوم، و إن توقف عليها حصول الثواب. نعم

فى جواز السكنى المطلقه أو لزومها فى المسمى خلاف تسمع تحريره إن شاء الله.

و على كل حال ف فائدها التسلط على استيفاء المنفعه تمام المده المشروطه مع بقاء الملك على ملك مالكة بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، إلا- ما يحكى عن الشيخ و الراوندى و ابن البراج من اقتضائها نقل العين فى خصوص ما لو قال: هذه الدار لك عمرك و لعقبك من بعدك، مع أنا لم نتحقق ذلك عن الشيخ و ابن البراج، بل المتحقق عن أولهما خلافه، و إن حكى عنه ما يوهم ذلك، و على تقديره فلا ريب فى ضعفه، ضروره عدم اختلاف مقتضاها باختلاف كيفية تعلقها، مع أن الأصل بقاء الملك على ملك مالكة، كما ستسمع تحقيق الحال فيه.

و إنما غرض المصنف و غيره فيما ذكره التنبيه على خلاف بعض العامه حيث جعلها مفيده فائده الهبه على بعض الوجوه، فينتقل مالك العين إلى الساكن و هو واضح الفساد. و الله العالم.

و كيف كان ف يختلف عليها أى السكنى الأسماء بحسب اختلاف الإضافه، فإذا اقترنت بالعمر قيل: عمري و سكنى و بالإسكان

١- ١ سورة المائدة الآية- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٢.

وحده قيل: سكنى خاصه و بالمده المعينه قيل: سكنى و رقبى إما من الارتقاب، أو من رقبه الملك، فالسكنى حينئذ مع تعلقها بالمسكن، و كون الصيغه بلفظها أعم منها، و إن كانا هما أعم منها من وجه آخر و هو فيما إذا كانت الصيغه بلفظ أعمرتك و أرقبتك فإنهما حينئذ عمرى و رقبى، و لا- يقال: سكنى، أو كان موردهما غير المسكن بل دابه و نحوها، كذا فى المسالك حاكيا له عن الأكثر، بل ستسمع فيما يأتى التصريح منه بأن العمرى و الرقبى المتعلقه بالمسكن هما كالسلم و الصرف بالنسبه إلى البيع، أى قسم خاص من السكنى.

لكن لا يخفى عليك أولا: أن مقتضاه إطلاق السكنى عليهما و إن كانت الصيغه بلفظهما، كإطلاق البيع على السلم و الصرف.

و ثانيا: أن المعلوم من النص و الفتوى تباين العقود، و أنه لا يجتمع عقدان فى عقد واحد، ضروره كون كل منهما سببا مستقلا فى نفسه، كما أن المعلوم منهما هنا أن هذه العقود الثلاثه كغيرها من العقود، بدليل - اختلاف مواردها فى كثير من المقامات - و غيره، و مع فرض اتحاد مواردها و اتحاد الصيغه القابله لكن منها يجب التمييز بالنيه و القصد، كالصله و البيع و الهبه المعوضه.

بل قد يظهر من المحكى عن التحرير عدم إمكان اجتماعها أصلا، قال: «إن كانت السكنى مطلقه أو يقول أسكنتك عمرى أو عمرك، أو مدته معينه من الزمان قيل: سكنى، و إن قيدت بالعمر بأن يقول: أعمرتك مدته عمرك أو عمرى قيل: عمرى و إن قرنت بالمدته قيل: رقبى، بأن يقول: أرقبتك هذه المدار مدته» ضروره ظهوره فى اعتبار تحقق كل منها الصيغه باسمها بل لعل التباين ظاهر المحكى عن الوسيله و الكافى.

قال فى الأولى: «العمرى أن يجعل منفعه داره أو ضيعته لغيره مدته حياته، و الرقبى أن يجعلها مدته معلومه، و السكنى أن يجعل سكنها لغيره مدته عمر أحدهما».

و فى الثانى: السكنى أن يجعل منفعه سكنها لغيره مدته معلومه، و الرقبى أن يسكنه فيها مدته حياه المالك، و العمرى أن يسكنه فيها طول عمر المعمر» أى الغير.

و عن المبسوط و الخلاف و المهذب و فقه القرآن للراوندى و الغنيه و السرائر أن صوره الرقبى صوره العمرى، إلا- أن اللفظ يختلف، فإنه يقول: أعمرتك هذه الدار مده حياتك أو حياتى، و الرقبى يحتاج أن يقول أرقبتك هذه الدار مده حياتك أو حياتى بل عن المبسوط لا فرق بينهما عندنا، و عن المهذب و ما يفرق به بعض الناس ليس مذهبا لنا.

و فى محكى التذكرة

عن على (عليه السلام) (١) «الرقبى و العمرى، سواء»

و فى محكى الخلاف أن العمرى عندنا سكنى، و عن الجامع أن العمرى و الرقبى بحكم السكنى، و عن صيغ العقود أن العبارات شتى و المقصود واحد، و عن المختلف بعد أن ذكر كلام المبسوط و المهذب و الوسيله و الكافى و السرائر قال: و هذه اختلافات لفظيه.

قلت: لا إشكال فى أن المفاد واحد مع فرض كون المورد المسكن، إلا أنه تظهر الثمره مع فرض التباين بلزوم القصد مع فرض العقد باللفظ الصالح للجميع، كما فى كل مشترك، و قضى القدر المشترك غير كاف، لعدم ثبوت مشروعيته لنفسه، نحو قصد النقل المطلق من دون تشخيص كونه يبعأ أو صلحا أو هبه معوضه، و الفرض صلاحية المورد، فإن كان المراد من الوحده و التسويه بالنسبه إلى النتيجة أو بالنسبه إلى أكثر الأحكام الثابته لهما، فكذلك، و إن أريد بالوحده الاتحاد بالعقد و إن تكثرت أسماؤه باعتبار ألفاظه فخلاف ظاهر النص و الفتوى أنها عقود مستقلة مختلفه المعانى، بل لو أريد من مورد أحدها الآخر بطل، نحو ما يراد من البيع الصلح، و بالعكس، إلا بناء على جواز إنشاء العقد اللازم بالمجاز، و الفرض قصد المعنى المجازى، أما مع عدمه فلا ريب فى بطلانه ضروره كونه حينئذ كإرادته الإجاره بالبيع، و بالعكس، فتأمل.

و من ذلك يظهر أن الأولى قصد السكنى و العمرى فى اللفظ المشتمل عليهما، و كذا اللفظ المشتمل على المده المعينه و ربما تسمع لذلك تتمه إن شاء الله تعالى.

و على كل حال ف العبارة عن العقد أن يقول: أسكتتك أو أعمرتك أو.

أرقتك أو ما جرى مجرى ذلك، هذه الدار أو هذه الأرض أو هذا المسكن عمرك أو عمري أو مده معينه بلا خلاف ولا إشكال في أصل جواز العقد بذلك.

إنما الكلام في حصره بذلك، وقد قدمنا سابقا تحقيق الحال في سائر العقود اللازمه، فضلا عن غيرها بالنسبه إلى خصوص اللفظ و بالنسبه إلى اعتبار الماضيه و غيرها فلاحظ و تأمل.

لكن عن التذكرة هنا أو يقول: أرقتك هذه الدار، و هي لك مده حياتك أو وهبت منك هذه الدار عمرك على أنك إن مت قبلى عادت إلى، و إن مت قبلك استقرت عليك، قيل: و ظاهره الملك للعين مستقرا كما حكاه هو و غيره عن بعض العامه، و يمكن اراده الاستقرار للمنفعه بقيه العمر لمعلوميه مخالفه الأول لظاهر المذهب و أن يكون مراده صحه الهبه على هذا الوجه، و لكن جاء بها في المقام لأن لها شبيها بالعمري من حيث التقييد به، لا عقد العمري بلفظ الهبه الذي قد يشكل بأنه مجاز فلا يعقد به العقد اللازم بناء على المعروف عندهم، و الأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال.

ثم إنه غير خفى عليك وجه المناسبه في العمري، أما الرقبى فالظاهر أنها من الارتقاب الذي هو الانتظار، لانتظار كل منهما المده، المضروبه، أو من رقبه الملك باعتبار دفع الرقبه إليه لاستيفاء المنفعه، و عن بعض أصحابنا أن الرقبى أن يقول: جعلت خدمه هذا العبد لك مده حياتك أو مده حياتي، و كأنه أخذها من رقبه العبد إلا أنا لم نعرفه، كما اعترف به غيرنا.

بل في الحدائق إنكار أصل عقد الرقبى، لعدم وجود لفظها في شىء من نصوصنا، و إن كان فيه عدم اعتبار ذلك في ثبوت العقد، خصوصا بعد المرسل عن علي (عليه السلام) المتقدم (١)، بل عن الخلاف نسبتة إلى أخبارنا، و الله العالم.

[لزوم عقد السكنى]

و كيف كان ف تلزم السكنى و أختاها بالقبض بعد فرض اجتماع غيره مما يشترط فيها قيل: و القائل أبو الصلاح في المحكى عن كافي، بل لعله ظاهر المحكى عن المقنعه و الغنيه، و جامع الشرائع تلزم ان قصد به القربه و إلا فلا.

و الأول أشهر بل المشهور في المسالك هو المعروف من مذهب الأصحاب، بل فيها أيضا لم نقف على قائل بالقولين الآخرين، بل في محكى الخلاف إذا أتى بواحد منها أى العقود الثلاثة و أفضسه فقد لزم العمرى، ثم ادعى عليه إجماع الفرقه و اخبارهم، و لعله الحجج مضافا إلى قاعده اللزوم و استصحابه.

و

خبر أبى الصباح الكنانى (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سئل عن السكنى و العمرى فقال: إن كان قد جعل السكنى فى حياته فهو كما شرط، و إن كان جعلها له و لعقبه بعده حتى يغنى عقبه، فليس لهم أن يبيعوا و لا- يرثوا ثم ترجع الدار إلى صاحبها الأول».

و مضمهر حمران (٢) «سألته عن السكنى و العمرى؟ فقال: إن الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته سكن حياته، و إن كان لعقبه فهى لعقبه كما شرط حتى يفنوا، ثم ترد إلى صاحب الدار».

و حسن الحلبي أو صحيحه (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يسكن الرجل داره و لعقبه من بعده، قال: يجوز، و ليس لهم أن يبيعوا و لا- يرثوا، قلت: فرجل أسكن رجلا فى حياته قال: يجوز ذلك، قلت: فرجل أسكن رجلا داره، و لم يوقت، قال: جائز و يخرج إذا شاء»

المعلوم إرادته المضى من الجواز فيه خصوصا بملاحظه ذيل الخبر، و ما تقدمه من النصوص المراد منها لزوم الشرط على حسب ما شرط.

و كذا

صحيح الحسين بن نعيم (٤) عن الكاظم (عليه السلام) «سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته أوله و لعقبه من بعده، هل هى له و لعقبه كما شرط؟ قال: نعم قلت فان احتاج يبيعها قال: نعم، قلت فينقض بيعه الدار السكنى؟ قال: لا ينقض البيع، كذلك

١- ١ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب أحكام السكنى الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢- من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢.

٣- ٣ الوسائل ذكره صدره فى الباب - ٣- من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢ و ذيله فى الباب - ٣- الحديث - ١.

٤- ٤ التهذيب ج ٩ ص ١٤١ الحديث - ٤٠ الفقيه ج ٤ ص ١٨٥.

سمعت أباي (عليه السلام) يقول، قال أبو جعفر (عليه السلام): لا ينقض البيع الإجاره و لا

السكنى، و لكن يبيعه على أن، الذي يشتريه لا يملك ما اشترى حتى تنقضى السكنى على ما شرط، و كذلك الإجاره».

كما صرح به

في خبر أحمد بن عمر الحلبي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «سألته عن رجل أسكن داره رجلا في حياته؟ قال: يجوز له و ليس له أن يخرجها، قال: قلت فله و لعقبه؟ قال يجوز له، و سألته عن رجل أسكن رجلا و لم يوقت له شيئا قال يخرجها صاحب الدار إذا شاء».

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يعارضها

خبر أبي البختری (٢) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن علي (عليه السلام) «أن السكنى بمنزله العاريه إن أحب صاحبها أن يأخذها أخذها، و إن أحب أن يدعها فعل أي ذلك شاء»

القاصر عن ذلك من وجوه مع أنه محمول على السكنى المطلقة، بل لعلها هي السكنى، و أما المحدود بالعمر و المده المعينه فهي العمرى، و الرقبى، كما سمعت الكلام فيه سابقا، و إطلاق المصنف و غيره هنا لزومها منزل على غير هذا الفرد الذي سيصرح المصنف بحكمه، مع إمكان إرادته الإطلاق حتى بالنسبه إليه لكن في مسماها خاصه، كما سمعته من الفاضل بل هو مقتضى الجمع بين الأدله على ما ستعرف.

و على كل حال فقد ظهر لك ضعف القولين المزبورين اللذين لم نتحقق أولهما كما لم

نعرف دليله، سوى الخبر المزبور المعارض بما عرفت و بما دل سابقا من النصوص على عدم جواز الرجوع بما أعطى الله تعالى شأنه، إن كان مراده الجواز حتى في هذا الفرد، بل و لا دليل الثاني منهما إلا العمل به أيضا و بنصوص ما أعطى الله تعالى شأنه لا يجوز الرجوع فيه، إلا- أن الجميع كما ترى مناف لقواعد الاستنباط، و الجمع بين جميع الأدله بعد وزنها بموازين القسط. و الله العالم.

و لو قال: لك سكنى هذه الدار مثلا ما بقيت أنت أو ما حييت أنت جاز بلا خلاف و لا إشكال، لعموم الأدله،

١- ١ التهذيب ج ٩ ص ١٤٠ الحديث- ٣٦ الفقيه ٤ ص ١٨٦.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب أحكام السكنى الحديث- ٣.

و خصوصها التي تقدمت الإشارة إليها و مقتضاها أن السكنى ترجع إلى المسكن بعد موت الساكن لأن، ذلك هو مقتضى شرطه الذي شرطه.

لكن قال المصنف على الأشبه مشعرا بوجود الخلاف فيه بيننا، و لم نجده كما اعترف به غيرنا أيضا، بل في محكى المبسوط أنه الصحيح على مذهبنا، بعد أن حكى في المسألة قولين الصحة و البطلان، و أن القائلين بالصحة منهم من قال: إنها تكون للعمر مدته بقائه و لورثته بعده، و منهم من قال: إنه إذا مات رجعت إلى المعمر أو ورثته إن كان هو مات، و ظاهره ان هذه الأقوال للعامه خصوصا بعد أن كان المحكى عن أكثر أصحاب الشافعي استظهار البطلان من قوله في القديم، إلا أبا إسحاق منهم، و فإنه استظهر منه الصحة، و الرجوع بموته إلى المالك أو ورثته، و أما القول بالصحة و أنها ترجع إلى ورثته الساكن، كالهبة فهو قوله في الجديد، فكان الذي ينبغي ترك قول المصنف «و الأشبه» هذا كله مع الإطلاق.

و أما لو قال فإذا مت رجعت إلى فإنها ترجع قطعاً بلا خلاف و لا إشكال بل عن المبسوط و الخلاف إجماع الفرقه عليه، مع زياده و أخبارهم في الثاني، و إن كان لا فرق بين ذلك و الأول سوى التصريح و عدمه، و هو ليس فارقاً كما هو واضح، و الله العالم.

و لو قال: أعمرتك هذه الدار لك و لعقبك، كان عمري فيجری عليها حكمها من لزومها ما دام العقب، فإذا انقرضوا رجعت المنفعه إلى المالك.

و أما العين فهي على ملك المال و لم تنقل منه إلى المعمر بالفتح و كان كما لو لم يذكر العقب، على الأشبه بأصول المذهب و قواعده و النصوص المتقدمه سابقا بل في ظاهر المحكى من التذكرة في مواضع و جامع المقاصد الإجماع عليه.

لكن عن المبسوط إذا قال: لك عمرك و لعقبك من بعدك، فإنه جائز، ل

ما رواه جابر (١) «أن النبي (صلى الله عليه و آله) قال: أيما رجل أعمار عمرى له و لعقبه، فإنما هي للذى يعطاها لا ترجع للذى أعطها، فإنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث».

قيل و ظاهر احتجاجه بالحديث لفتواه عمله بمضمونه إذ لو لا ذلك لكان احتجاجه بالأخبار التي ذكرها هو في التهذيب كروايه
أبي الصباح و غيرها أولى، و فيه أنه يمكن إرادته إثبات أصل المشروعيه الذي أفتى به بالخبر المزبور، و من ثم لم يذكرها
خلافه، بل عن بعض نسخ الكتاب أنها خاليه عن لفظ الأشبه.

نعم يحكى عن فقه القرآن للراوندى الفتوى بمتن الخبر المذكور، من دون نسبه إلى روايه، و لا ريب فى ضعفه، ضروره كون
الخبر عاميا معرضا عنه منافيا لظاهر النصوص المزبوره، بل و لأصول المذهب و قواعده، إذا أريد النقل إليه و إن لم يقصده
الناقل. و الله العالم.

و إذا عين للسكنى مده، لزمت بالقبض لما عرفته سابقا و لا يجوز الرجوع فيها إلا بعد انقضائها، و كذا لو جعلها عمر المالك لم
ترجع السكنى و إن مات المعر بالفتح لجميع ما تقدم من أدله اللزوم، و حينئذ ف ينتقل ما كان له إلى ورثته كغيرها من الحقوق
و الأمل-ك، حتى يموت المالك بل عن الشيخ فى الخلاف أن عليه إجماع الفرقه و أخبارهم، معتضدا بما فى المسالك و عن
غيرها من نفى الخلاف فيه.

و إن كان قد يناقش بما عن المصنف فى المحكى من نكت النهايه قال: «إن الذى يرجح فى ذهنى أنه لا تكون لعقبه السكنى
إلا- إذا جعلها له و لعقبه بعد، و لو جعل السكنى له مده حياه المالك و لم يتلفظ بجعلها العقبه، و مات المجمعول له بطلت
السكنى، لأنه ليس بتمليك، بل هو أشبه شىء بالإباحه، فلا يتعدى المجمعول له و ما ذكره فى النهايه مطالب بدليله».

وفيه: إن الدليل ما عرفت من الإجماع المزبور و غيره، و بل خبر محمد بن قيس (١)، فى أحد احتماليه قضى فى العمري أنها
جائزه لمن أعمرها، فمن أعمر شيئا ما دام حيا فإنه لورثته إذا توفى.

لكن الإنصاف عدم خلو كلامه من قوه بناء على ما تسمعه من ظهور إطلاق السكنى فى سكناه خاصه، و من يتبعه فى العاده، و
أنه ليس له إسكان غيره، و لا إجارته، اللهم إلا أن

يقال: إن ذلك لا ينافي كون السكنى حقا له على وجه الصلح عنه للمالك، وحينئذ يتجه انتقاله إلى الوارث، وإن لم يجوز له سكناه، ولكن يكون الحق له على وجه له الصلح عنه من المالك.

فيكون إسقاطا، إذ لا تلازم بين تعذر السكنى بموت أو حبس مثلا وبقاء الحق المزبور، وبهذا يجمع بين كلامهم هنا و كلامهم الآتي، أو يحمل هذا على ما إذا كانت العمري على وجه

تنتقل إلى الوارث باعتبار التصريح فيها على أنها له يفعل فيها ما شاء، و كلامهم الآتي إنما هو في الإطلاق المنزل على إرادته الخصوصيه الذي يقوى فيه ما سمعته من المصنف فلا حظ و تأمل جيدا.

و لو قرنها بموت المعر بالفتح ثم مات المالك قبله، لم يكن لورثته إزعاجه، لقاعده اللزوم و غيرها مما عرفته سابقا، بلا خلاف معتد به أجده فيه، سوى ما يحكى عن أبي على من التفصيل بأنه إن كانت قيمه الدار يحيط بها ثلث الميت لم يكن لهم إخراجها، و إن كان ينقص عنها كان ذلك لهم، و هو مع شدوذه مخالف للقواعد و الضوابط، فضلا عن الأدله السابقه.

و لم نعثر له على شاهد سوى

خبر خالد بن نافع البجلي (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «سألته عن رجل جعل لرجل سكنى دار له مده حياته، يعنى صاحب الدار، فمات الذى جعل السكنى، و بقى الذى جعل له السكنى، أ رأيت إن أراد الورثه أن يخرجوه أ لهم ذلك؟ فقال:

أرى أن يقوم الدار بقيمه عادله، و ينظر إلى ثلث الميت، فإن كان فى ثلثه ما يحيط بثمان الدار، فليس للورثه أن يخرجوه، و إن كان الثلث لا يفى بثمان الدار فلهم أن يخرجوه، قيل له: أ رأيت إن مات الرجل الذى جعل له السكنى بعد موت صاحب الدار تكون السكنى لورثه الذى جعلت له السكنى؟ قال: لا».

و هو مع ضعف سنده و اضطراب متنه حتى قال الشيخ: ما تضمنه الخبر المزبور من قوله «يعنى صاحب الدار» غلط من الراوى و وهم منه فى التأويل، لأن الاحكام التى ذكرها

بعد ذلك إنما تصح إذا كان قد جعل السكنى حياه من جعلت له السكنى فحينئذ يقوم و ينظر باعتبار الثلث و زيادته و نقصانه، و لو كان جعل له مده حياته يعنى صاحب الدار لكان حين مات بطلت السكنى، و لم يحتج معه إلى تقويمه، و اعتباره بالثلث و ربما استظهر من هذا الكلام موافقه الشيخ لابن الجنيده.

و فيه: أنه يمكن إرادته بيان بطلان هذا التأويل بعدم جريان الأحكام المزبوره عليه، أما إذا جعل عمر الساكن و الفرض حياته، و موت المالك فيمكن جريان الحكم المزبور، بعد إرادته منفعه الدار من الدار فيه، و إرادته تسلطهم على الإخراج بالنقصان لثبوت حق لهم فى الجملة، لا البطلان أصلاً، و لو بحمله على الوصيه أو على التنجيز فى مرض الموت، أو على ما يوافق كلام الإسكافى أو غير ذلك.

و من هنا قال غير واحد: إن فى متن الخبر المزبور اضطراباً و خللاً، فكيف يخرج بمثله عن مقتضى الأدله السابقه. فمن الغريب بعد ذلك كله و سوسه الخراسانى فى الكفايه فى المسأله بعد أن لم نجد موافقا للإسكافى من زمنه إلى زمنه إلا ما سمعته من الشيخ.

هذا كله إذا مات المالك و المعمر حى أما إذا مات هو و الفرض أن الغايه عمره لم يكن لوارثه شىء و رجعت إلى المالك بلا خلاف و لا إشكال و الله العالم.

ثم لا يخفى عليك أن مورد النصوص فى العمرى عمر أحدهما و عمر عقب المعر بالفتح لكن يقوى فى النظر التعدى إلى غير ذلك من عمر الأجنبى كما عن الشهيد الفتوى به فى بعض فوائده، و نفى عنه البأس فى المسالك و بعض من تأخر عنها، لعموم «الأمر بالوفاء، بالعقود(١)»،

«و المؤمنون»(٢).

و خصوص مضمهر حمران(٣) و غيره مما تقدم سابقاً، و لصدق اسم العمرى فى الجملة، المدلول على شرعيتها فى بعض الاخبار من غير تقييد بعمر أحدهما، كما فى المسالك، بل مقتضى ذلك التعدى إلى غير ذلك من عمر حيوان بل جماد، و لو نفس العين

١- ١ سورة المائده الآيه- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢- من أبواب السكنى الحديث- ١.

التي هي مورد العمرى، و إن كان الأحوط عدمه، و أحوط منه الاقتصار على ما فى خصوص النصوص.

و على كل حال فيفرع على التعدى المزبور حكم ما لو مات أحدهما فى حياه من علفت بعمره، فإن كان المالك فالحكم كما لو مات فى حياه المعر الذى علفت العمرى بموته و قد عرفت سابقا أنه يبقى على استحقاقه، و إن كان هو

المعر ففى المسالك، و غيرها رجعت العمرى إلى المالك، كما لو مات من علفت على عمره.

و فيه: أن المتجه بناء على ما ذكرناه عوده إلى ورثه المعر فى الأول نحو ما سمعته فيما لو مات بحياته المالك الذى كان عمره غايه العمرى، إلا- على ما سمعته من المحقق فى النكت كما تقدم الكلام فيه هنا، و فيها أيضا أنه أولى ما فى النصوص جواز جعل العمرى لبعض معين من العقب، و مثله ما لو جعله له مدته عمره و لعقبه مدته مخصوصه، و العقد حينئذ مركب من العمرى و الرقبى، و فيه ما لا يخفى مع فرض اتحاد إيجاب العقد، و إلا لجاز اجتماع السكنى المطلقة و العمرى و الرقبى فى عقد واحد، و إن كان متعلق كل منهما مختلفا، و حينئذ يكون العقد جائزا لازما، و هو كما ترى.

نعم قد يقال: إن مقتضى العمومات خصوصا خبر حمران جريان كثير من أحكام الوقف فيما، من التشريك و الترتيب و تبعيه المعدوم للموجود، من غير فرق بين عقبه و غيره، و الدوام و الانقطاع و غير ذلك، بل يجوز فيها كل شرط سائغ فى نفسه، نحو ما سمعته فى الوقف أيضا، و لعل ترك الأصحاب التعرض لأكثر من ذلك اتكالا على ذكرهم له فيه، نحو اتكالهم فى ذكر جملة من الأحكام على العمرى مثلا، أو السكنى أو الرقبى مثلا على اتحاد الجميع فى ذلك، خصوصا بعد ما سمعت من

المرسل عن على (عليه السلام) «العمرى و الرقبى سواء»

و فى محكى المبسوط لا فرق بينهما عندنا، و المهذب و ما يفرق به بعض الناس ليس مذهبا لنا، إلى غير ذلك مما تقدم مما هو محمول على إرادته التساوى فى الأحكام، حتى إذا كان مورد العمرى و الرقبى غير المسكن، فضلا عنه.

و لو أطلق المدءه و لم يعينها كان صحيحا بلا- خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، لإطلاق الأدله و عمومها، و لكن له الرجوع متى شاء لحسن الحلبي أو صحيحه (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام)، و خبر أحمد بن عمر الحلبي (٢) عن أبيه عنه أيضا المتقدمين سابقا، لكن ظاهر الإخراج فيهما كما هو المحكى من تعبير الأكثر لا ينافى لزوم العقد الذى هو مقتضى ما عرفته سابقا من أدلته الشامله لجميع الأفراد فيما يتحقق به مسمى السكنى، كما عن العلامه فى التذكرة التصريح به، و وافقه عليه أول الشهيدين و ثانى المحققين فيما حكى عنهما، و ما فى المسالك من المناقشه فى ذلك- بأن الروايه مخصصه للآيه، لدالتها على جوازه مطلقا، كما خصصت الآيه بسائر العقود الجائزه بدليل من خارج-» يدفعها ما سمعت من عدم اقتضاء الروايه أزيد مما عرفت، و الأمر سهل هذا كله فى السكنى المطلقه.

أما العمرى و الرقبى فالظاهر بطلانها مع الإطلاق، كما قطع به فى الدروس فى الأول.

و لم يتعرض للرقبى، و لعله لاتحادها معها فى الحكم، و احتمال فى المسالك «الصحه، إقامه

إلها مقام السكنى، لاشتراكهما فى كثير من الأحكام و المعانى، و تناسبهما على الوجه الذى قررناه سابقا، فيكون كاستعمال لفظ السلم فى مطلق البيع، و كذا القول: فى الرقبى، و أولى بالصحه هنا، لأن إطلاقها باعتبار رقبه الملك، أو ارتقاب المدءه التى يرتضيها المالك ممكنه هنا بطريق الحقيقه، فاستعمالها فى السكنى يكون كاستعمال أحد المرادفين مكان الآخر، و إن اختلفا من جهه أخرى و هذا قوى».

وفيه: أن الكلام ليس فى استعمال لفظ العمرى و الرقبى و السكنى، بل هو فى مشروعيه إطلاق عقديهما على نحو عقد السكنى، و لو فى غير الدار، ثم حكى عن التحرير القطع بأنه مع إطلاق العمرى و الرقبى يصح، و يكون للمالك إخراجها متى شاء كالسكنى قال: و هو فى الرقبى حسن، و فتوى الدروس فى العمرى أحسن.

و فيه ما لا يخفى، إذ يمكن أن يكون بناء ما فى السرائر على مساواه العمرى و الرقبى فى الحكم المزبور للسكنى، و لو لا مكان دعوى تحققهما بعمر من الأعمار، و بمضى زمان من

١- ١ الوسائل- الباب- ٣ و ٢- من أبواب السكنى الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣ و ٢- من أبواب السكنى الحديث- ٢.

الأزمته لا لاستعمال لفظيهما فيها، حتى يفرق بينهما بالحقيقه و المجاز.

و أغرب من ذلك قوله و يتفرع على ذلك ما لو أعمره مده معينه، فعلى جواز إطلاق العمرى لا شبهه فى الجواز هنا، لانضباطها بالمده، فهى أولى من الإطلاق، و على المنع يحتمله هنا، لاختصاصها بالعمر، و لم يحصل هنا، و الجواز هنا، و إن منع على الإطلاق، و الفرق أنها مع الإطلاق محموله على أحدهما، أو عمر مطلق و لم يعين، فبطلت للجهاله، بخلاف ما لو عين المده، فإنه صريح فى إقامتها مقام السكنى أو الرقبى فيصح كما صح اقامه السلم مقام غيره من أفراد البيع الحال، مع التصريح بإرادته الحلول إقامه للنوع مقام الجنس، و أقل مراتبه أنه مجاز مشهور، و ليس بجيد، لأن المعتمد فى العقود اللازمه الألفاظ الحقيقه الصريحه، و هو منفى هنا، إذ هو كما ترى.

و التحقيقى عدم مشروعيه الجميع، للأصل السالم عن معارضه الأدله الظاهره فى غير الفرض، فلا يصحان مع الإطلاق، و لا استعمال العمرى فى الرقبى و لا العكس لما عرفت من أنها عقود متميزه، و أما استعمال لفظ كل منهما فى عقد الآخر فهو مبنى على ما حررنا فى محله من جواز العقد اللانزم بكل لفظ صالح للدلاله، و لو على جهه المجازيه كما هو الأقوى، أو يعتبر لفظ مخصوص، و هذا غير ما نحن فيه كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان فلا يتوهم اختصاص مورد العمرى و الرقبى بمورد السكنى، بل هو أعم إذ كل ما صح وقفه، صح إعمارها من العقار و الحيوان و الأثاث و غير ذلك كما صرح به كثير من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافا بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه، للعمومات و خصوصا خبر محمد بن قيس (١) المتقدم سابقا، بل

فى الصحيح محمد بن مسلم (٢) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها، قال: هى لها على النحو الذى قال».

و خبر يعقوب بن شعيب (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن الرجل يكون له الخادمه

١-١ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢.

١-٢ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ١.

٢-٣ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢.

تخدمه فيقول هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو سته ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها بمقدار ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد أعتقت»

وهما في الرقبي، فكان على المصنف أن يذكرها مع العمرى، إلا- أنك قد عرفت أن ذلك و نحوه لمعلوميه تساويهما في الحكم.

و على كل حال فلا- يبطل عقد العمرى بالبيع و غيره من نواقل العين الذى مورده غير موردها كما لا تبطل بالإجاره بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع عليه، كما عن ظاهر التنقيح أو صريحه، مضافا إلى الأصل و غيره من أدله اللزوم المتقدمه، و خصوص صحيح الحسين بن نعيم المتقدم سابقا و الظاهر أن الرقبي أيضا كذلك، لاتحاد الدليل فى الجميع، بل قيل أنها أولى، بل و كذا السكنى اللازمه، أما السكنى المطلقه و العمرى و الرقبي بناء على مشروعيه الإطلاق فيهما فالذى صرح غير

واحد بل لا أجد خلافا بينهم فيه انفساخها، كما هو شأن العقد الجائر إذا طرأ عليه لازم ينافيه.

و ربما يحمل على ذلك ما فى الدروس «لو باع المالك العين كان فسخا للسكنى، لا للعمرى و الرقبي» بناء منه على عدم جريان الإطلاق فيهما، و قد يناقش بعدم منافاه نقل العين لنقل المنفعه، و إن كان على وجه الجواز حتى يكون ذلك فسخا شرعا و إن لم يقصده به.

نعم لو قصد به الفسخ و لو بقصد التسليط على العين و منافعها فى وجه التجه حينئذ ذلك.

و كيف كان فالمراد أن نقل العين من حيث كونه كذلك لا يقتضى فسخ العقد اللازم الذى مورده المنفعه، بل يجب أن يوفى المعمر مثلا ما شرط له.

نعم فى صحه أصل البيع من بين النواقل و بطلانه خلاف، فالأكثر على الصحه، للعموم و خصوص الصحيح المزبور، و الجهاله بوقت الانتفاع لا- ينافيه، لأنها ليس موردا له، خصوصا مع عدم انحصار المنفعه فى ذلك، لجواز التصرفات التى لا تنافيه، و استقرب الفاضل فى محكى التحرير البطلان، بل عن إيضاح النافع القطع به و استشكل فيه فى القواعد

و محكى المختلف و موضع من التذكرة و الإيضاح و التنقيح، و جزم بالصحة فى محكى الإرشاد، فاختلف كلامه فى كتبه، و لعله ذلك مما عرفت، و من أن الغرض المقصود من البيع هو المنفعة، و لهذا لا- يجوز بيع ما لا- منفعه فيه، و الفرض أن زمان استحقاق المنفعة مجهول، فيتجهل المبيع، و لذا منع الأصحاب من بيع المسكن الذى تعتد فيه المطلقه بالإقراء لجهاله وقت الانتفاع به، و من المعلوم أن المقام أولى منه، لإمكان استثناء الزوج مده يقطع بعدم زياده العده عليها، بخلاف المتنازع.

إلا- أن ذلك جميعه كما ترى، ضروره تحقق الانتفاع بالمبيع، و إنما تخلف منه نوع خاص، و ذلك لا يقدر، كما أن الجهل بوقت الانتفاع ليس جهلا- بعين المبيع، إذ هو ليس من أوصافه فما دل على اعتبار المعلوميه فى المبيع لا ينافيه، مثل هذا الجهل الذى لم يثبت مانعيته من الصحة، و منع الأصحاب من بيع مسكن المعتده مبنى على ما منعه هنا لاشتراكهما فى المعنى، و يلزم القائل بالصحة هنا القول به.

ثم إن لم يكن دليل يخصصه، مضافا إلى النص المعتبر هنا بالجواز صريحا، الذى يكون القول بالبطلان معه كالأجتهد فى مقابلته، و هو صريح فى الجواز، بل لعله ظاهر فيه حتى لو كانت العمرى فى العقب الذى لا عاده بانتهائه، و من هنا أمكن الفرق بينهما بذلك، إن لم ندع اتحاد الطريق، أو يقال بخروج ذلك بدليله إن كان و الأولويه التى ادعوها فى مسكن المعتده باعتبار إمكان استثناء قدر يقطع بانقضاء العده قبله.

ففى المسالك «إن مثله آت فى العمرى، نظرا إلى العمر الطبيعى الذى لا يعيش المعمر بعده قطعا أو عاده، و من ثم يحكم بموت المفقود، و حينئذ يقسم ماله و تعتد زوجته عده الوفاة، اتفاقا».

و إن كان قد يناقش فى أصل ذكر الأولويه المزبوره، بأن المنع إنما هو مع فرض استثناء قدر العده المجهول الدائر بين كونه سته و عشرين يوما و لحظتين، أو خمسه عشر شهرا أو سنه، أو تسعه أشهر، لا ما إذا فرض استثناء الزائد، ضروره القطع بجواز بيع العين المستأجره مده معلومه.

أنه قد يناقش في النقض بذلك، و بأن العمرى قد لا يمكن فيها ذلك، كما إذا كانت مقرونه بعمر العقب أيضا، فلا ريب فى أن ذلك كله خروج عن وجه المسأله الذى هو بيع العين المستحق منفعتها زمانا مجهولا، باعتبار عود مثل هذه الجهاله للبيع و عدمه، و لا ريب فى أن المتجه الصحه، إلا أن تكون المعامله سفهيه.

نعم يكون له الخيار مع الجهل بين الصبر مجانا إلى انقضاء المده و بين الفسخ لقاعده الضرر، من غير فرق فى ذلك بين بيعه على المعمر و غيره، و إن قال فى المسالك «إنه ربما فرق بينهما، فيصح فى الأول، دون الثانى، نظرا إلى استحقاق المعمر المنفعه ابتداء و استمرار استحقاقه فتقل الجهاله، بخلافه غيره».

و فيه أن المعبر من العلم بالمنفعه المطلوبه فى البيع إن كان مما ينافيه هذا الفائت منها بطل مطلقا، و إلا صح مطلقا، لاختلافه الاستحقاقين، فلا يبنى أحدهما على الآخر، كما هو واضح.

«بقى شىء» و هو أن المعمر لو كان هو المشتري ففى المسالك جاز له بيع العين بجميع منافعتها، لأنها بأجمعها مملوكه له، و لا مانع من نقلها إلى غيره بوجه، و إن كان قبل الشراء ما كان يمكنه بيع هذه المنفعه، فإن المانع لم يكن الجهاله، بل عدم جواز أفراد المنفعه بالبيع، و ليس ببعيد جواز الصلح عليها، لاحتماله من الجهاله ما لا يحتمله البيع، و صحته على العين و المنفعه، فعلى هذا لو كان مشتري العين غيره و جوزناه جاز له أن يصلح المشتري على تلك المنفعه المستحقه له مده عمره، بمال معلوم، و يصير المشتري حينئذ مالكا للجميع، كما لو كان هو المعمر».

و فيه أولا: أن البيع لا يقع إلا- على العين و المنفعه تكون تابعه للعين باعتبار تبعيه النماء للأعيان فى الملك، فمع فرض كون المنفعه مستحقه للمعمر بعقد العمرى لا يصح تناول عقد البيع لها، ضروره عدم تبعيتها للعين المملوكه بسبب الملك كما هو واضح، و كذا فى العين المستأجره و نحوها، و ثانيا أنه لا- يوافق ما سيأتى من عدم جواز إسكان الساكن غيره، و لا إجارته للمسكن، اللهم إلا أن يحمل على عمرى مصرح فيها بجواز النقل للغير، و الأمر سهل.

و كيف كان ف إطلاق السكنى يقتضى أن يسكن بنفسه هو و أهله و أولاده، و لا يجوز أن يسكن غيرهم إلا أن يشترط ذلك كما صرح به جماعه، بل فى جامع المقاصد نسبته إلى الأكثر، بل فى المسالك و غيرها نسبته إلى المشهور و الظاهر إرادته ما فى النافع و غيره من أن إطلاقها يقتضى أن يسكن بنفسه، و من جرت عادته بإسكانه معه، و لذا نسبه فى التنقيح، إلى الشيخ، و القاضى و المشهور، قال: و عليه الفتوى.

لكن قد يظهر من بعض المتأخرين الخلاف بينهم، فى ذلك، حتى أنه فى الكفايه قال:

يلحق بأهله و ولده من جرت العاده بإسكانهم كالعييد، و الإمام و الخدم و المرضعه و الضيف و غيرهم، و فى غيرها عن جماعه أيضا إلحاق الدابه إذا كان الموضوع معدا لمثلها، و جواز وضع ما جرت العاده بوضعه من الأمتعه و الغله.

و فى التنقيح يجوز من الغله قدر الحاجه، و الظاهر عدم الخلاف بينهم فى ذلك و مراد الجميع أن المدار على ما يفهم عرفا من مثل الإطلاق المزبور الذى هو كغيره من الخطابات العرفيه، و ليس هو إلا سكناه نفسه و توابعها.

و حينئذ ف لا- يجوز له أن يؤجر السكنى لغيره كما لا- يجوز أن يسكن غيره بعاريه و نحوها، ضروره اقتضاء الإجاره ثبوت السلطنه على موردها، و الفرض أن التمليك له قد وقع على وجه خاص.

لكن فى السرائر: «الذى يقتضيه أصول المذهب أن له جميع ذلك له إجارته و انتقاله و إسكان غيره معه سوى ولده و امرأته، سواء اذن له فى ذلك أم لا، لأن منفعه هذه الدار استحقها، و صارت مالا من أمواله و حقا من حقوقه فله استيفؤها كيف شاء، بنفسه و غيره، و ما أورده شيخنا فى نهايته فلا شك أنه خبر واحد قليلا ما يورده أصحابنا فى كتبهم، فشيخنا المفيد لم يورده فى مقنعته، و لا السيد المرتضى و لا المحصلون من أصحابنا».

قلت: لم نقف فيما وصل إلينا من النصوص على الخبر الذى ذكره كما اعترف به فى

الحدائق، اللهم إلا أن يقال: أنه

قول الصادق (عليه السلام) في خبرى أبي الصباح والحلبى (١) المتقدمين «ليس لهم أن يبيعوا ولا أن يورثوا»

و زاد فى أولهما

«ثم ترجع الدار على صاحبها»

على معنى إرادته عدم نقل المنفعة لهم و عدم إرثها لا العين المعلوم فيها ذلك، بل ربما فى جعل ذلك جوابا للشرط فى أحدهما إشعار بذلك، و لا- ينافيه نفي الإرث، إذ هو كذلك فى مفروض البحث الذى هو سكناه و سكنى عقبه مدة عمر كل واحد منهم، و مع فرض موت أحدهما تنتهى السكنى، فلا إرث.

و لو لا ذلك لاتجه كلام ابن إدريس، ضروره اقتضاء عقد السكنى و أختيها ملك المنفعة، التى هى السكنى، و الناس مسلطون على أموالهم و كون مورد العقد سكناه لا- يقتضى اختصاص تملكه بمباشرته، و إلا- لاقتضى ذلك فى الإجاره للسكنى، أو للركوب أو نحو ذلك مما كان المستأجر فيه موردا لا شرطا، و دعوى ظهور عقد السكنى فى ذلك ممنوعه كل المنع، و أولى بذلك عقد العمرى و الرقبى، بل قد يقال: إن منافع الأعيان لا تشخص بفعل المستوفى لها، ضروره عدم كون فعله حينئذ من منافع المملوكه له، و إنما الفعل مملوك الفاعله.

نعم قد يكون ذلك بطريق الاشتراط، كما فى الإجاره، بل لو قلنا بالتشخيص المزبور لم يتجه الإرث فى مورده، بل لم يتجه ذلك ملك الساكن الأجره بإذن المسكن لان سكنى الغير حينئذ ليس مما انتقل إليه فلا يملك أجرته، فليس حينئذ إلا دعوى أن الإيجاب هنا قد تحمل تملك السكنى، و اشتراط كون الساكن هو المستوفى، و هى كما ترى لا يساعده عليها عرف، و لا شرع، إذا ليس الإيجاب هنا إلا كغيره مما يراد منه نقل مورده إلى المخاطب، و ليس هو هنا إلا منفعة الدار لا عمل الساكن، أى سكونه الذى هو ليس من منافع الدار.

و بذلك يظهر لك وجه النظر الذى ذكره فى المسالك، فإنه بعد أن حكى عن ابن إدريس ما سمعته، و الجواب عنه بمنع ملكه لها مطلقا بل على الوجه المخصوص فلا يتناوله غيره قال:

«و فيه نظر» بل و يظهر النظر فى أصل استدلال المشهور، بأن الأصل عصمه مال الغير من التصرف بغير إذنه، خرج ذلك ما أذن فيه، و هو سكناه بنفسه، و من فى معناه، فيبقى الباقي على أصل المنع، ضروره ابتناء ذلك على أن المفهوم من العاقد ذلك، و حينئذ يكون النزاع مع ابن إدريس فيما يفهم منه عرفاً، فإن كان كما ذكره الشيخ وافقه ابن إدريس عليه، و إن كان العكس انعكس الحال، و قد سمعت من ابن إدريس أن مبنى منع الشيخ الخبر الذى أورده لا- الفهم من عبارته العاقد، و بالجمله إن كلمات هؤلاء المتأخرين فى غايه التشويش، لا يمكن الجمع بين تعليلهم المزبور و قولهم أن الأجره للساكن إذا أذن المالك و قولهم يارث حق السكنى فيما إذا كان الغايه عمر المالك، و بين قولهم أنه ملك على وجه خاص.

نعم يتم ذلك بناء على أن هذه الخصوصية شرعيه على نحو خصوصيه الموقوف عليه ملك العين الموقوفه، و خصوصيه ملك أم الولد، و غير ذلك مما ثبت من الشرع، و يبقى المطالبه فى دليل هذه الخصوصية، و ليس فيما نجد إلا الخبران المزبوران.

و لكن يشكل الخروج بهما عن مقتضى القواعد، مع عدم استدلال أحد من الأصحاب بهما على ذلك، اللهم إلا أن يقال، بكفايه عمل المشهور على ما يوافقهما و لا ريب فى أنه أحوط.

و إذا حبس فرسه مثلاً- فى سبيل الله تعالى شأنه أو غلامه فى خدمه البيت أو المسجد لزم ذلك. و لم يجز تغييره ما دامت العين باقيه بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به الحلّى وغيره، قال فى المحكى من نوادر قضاء سرائره: «إذا كان الحبس على مواضع قرب العبادات مثل الكعبه و المشاهد و المساجد، فلا يعاد إلى الأملاك، و لا تنفذ فيه الموارث، لأنه بحبسه على هذه المواضع، خرج عن ملكه عند أصحابنا بلا خلاف، مضافاً إلى ما تقدم من النصوص فى الصدقه^(١) المتضمنه لعدم جواز الرجوع فى كل ما يعطى لله تعالى شأنه، بل صريح ما سمعته من الحلّى نفى الخلاف فى الخروج عن الملك، فضلاً عن اللزوم،

لكن فى المسالك ظاهر العبارة أنه لا يخرج عن ملك المالك، حيث حكم بلزومه، و عدم جواز تغييره ما دامت العين باقيه».

و فيه منع الظهور المزبور، و لعل السيره قديما و حديثنا فى فرش المساجد و المشاهد المشرفه بناء على أنه على ذلك، بل لعل قصد الحابس ذلك أيضا، بل ربما كان ثوب الكعبه الذى قد تضمنت النصوص بجواز أخذ القطع منه انتهاء عمره للتبرك من أيدي الخدمه منه أيضا.

بل قد يقال: ان مقتضى السيره الاكتفاء فيه بالفعل بهذا العنوان فلا يحتاج صحته بل و لا لزومه إلى لفظ، فضلا عن أن يكون عقدا محتاجا إلى القبول من الناظر، أو الحاكم، لكن عن التحرير و اللمعه و صيغ العقود و المسالك و

الروضه و التفتيح و التذكره التصريح بكون الحبس عقدا بل قيل: أنه ظاهر الباقيين، و يمكن إرادتهم غير المفروض، إذ قد عرفت فتوى المشهور فى الوقف، بعدم الاحتياج إلى القبول، فضلا عن الحبس، و إن كان قد سمعت المناقشه فيه منا، و أما القبض فعن التذكره، و اللمعه و المسالك و الروضه اعتباره فى الحبس.

لكن قد سمعت سابقا فى الوقف و فى الصدقه أن أقصى ما تقتضيه الأدله اعتباره فى لزوم، دون الصحه، فضلا عنه، فإنه لا دليل على اعتباره فيه، اللهم الا أن يستفاد من فحوى ما دل عليه فى الوقف المنقطع، و مما دل عليه فى الصدقه فيما كان منهما متمما بعدم القول بالفصل.

نعم الظاهر عدم اعتبار نيه القربه فى صحته، لما عرفته سابقا فى الوقف، و فى السكنى من أصاله عدم الاشتراط و غيرها، خلافا للمحكى عن المقنعه، و النهايه و الوسيله و التحرير و جامع المقاصد و التذكره، ثم إن الظاهر أنه كالوقف بالنسبه إلى الموقوف و الموقوف عليه كما عن المقنعه و النهايه و المهذب و الوسيله و جامع الشرائع و التحرير و غيره من كتب المتأخرين، بل لعل حكمهم فى الوقف المنقطع الآخر بأنه حبس ظاهر أو صريح فى ذلك، و ربما كان هذا هو السبب فى عدم استقصائهم الكلام فى عقده، و شرطه و مورده، و المحبوس عليه، و نحو ذلك.

بل لعل النصوص أيضا كذلك، فإننا لم نعثر فيه إلا على

صحيح ابن أذينة (١) قال:

«كنت شاهدا لابن أبي ليلي ففضى لرجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم يوقت وقتا فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبي ليلي، و حضر قرابته التي جعل لها غله الدار فقال ابن أبي ليلي أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال له: محمد بن مسلم الثقفي أما إن على بن أبي طالب (عليه السلام) قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال: و علمك؟ فقال سمعت أبا جعفر محمد بن علي (عليه السلام) يقول قضى: علي بن أبي طالب (عليه السلام) برد الحبس و إنفاذ المواريث، فقال ابن أبي ليلي: هذا عندك في كتاب؟ قال: نعم قال: فأرسل إليه و ائنتي به، فقال محمد بن مسلم: علي أن لا تنظر في الكتاب إلا في ذلك الحديث، فقال: لك ذلك، فأحضر الكتاب فأراه الحديث عن أبي جعفر (عليه السلام)، فرد قضيته».

و خبر عبد الرحمن الجعفي (٢) قال: «كنت اختلف إلى ابن أبي ليلي في مواريث لنا ليقسمها و كان فيها حبيس، فكان يدافعني فلما طال شكوته إلى أبي عبد الله (عليه السلام) فقال: أو ما علم أن رسول الله أمر برد الحبيس و إنفاذ المواريث، قال: فأتيته ففعل مثل ما كان يفعل، فقلت إنى شكوتك إلى جعفر بن محمد (عليه السلام) فقال لي كيت و كيت قال: فحلفني ابن أبي ليلي أنه قد قال ذلك؟ فحلفت له، ففضى لي بذلك».

والمكاتبه عن ابن معبد «قال: كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم سنة ثلاث و ثلاثين و مائتين يسأله عن رجل مات و خلف امرأه و بنين و بنات و خلف لهم غلاما أوقفه عليهم عشر سنين ثم هو حر من بعد عشر سنين فهل يجوز لهؤلاء الورثة بيع هذا الغلام، و هم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك جعلني الله فداك؟ فكتب (عليه السلام) لا يبيعه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم»

بناء على إرادته الحبس من الوقف فيه.

١-١ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام السكنى الحديث - ٢.

و كذا

خبر محمد بن مسلم (١) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها؟ قال: هي لها على النحو الذي قال»

وخبر يعقوب بن شعيب (٢) عن أبي عبد الله «قال:

سألته عن الرجل له الخادم تخدمه فيقول: هي لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ستة ثم يجدها ورثته، أ لهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت».

و على كل حال فمما سمعت يظهر الوجه فيما ذكره المصنف وغيره بقوله أما لو حبس شيئاً على رجل مثلاً ولم يعين وقتاً، ثم مات الحابس كان ميراثاً كما دل عليه الخبران الأولان بل لا

أجد فيه خلافاً، بل الإجماع بقسميه عليه، وكذا لو عين مده و لو عمر أحد هما وانقضت كان ميراثاً لورثه الحابس بلا خلاف، و لا إشكال في ذلك، و لا في لزومه إليها، لعموم «أوفوا (٣)» و

«المؤمنون»

و خبر محمد بن مسلم (٤) و سابقه، بناء على أنهما من الحبس و لا- ينافيه إطلاق الخبرين المزبورين المحمولين على الحبس المطلق، خصوصاً و في سؤال أحدهما ذلك، على أن التعارض بينهما و بين ما ذكرنا من وجه، و لا ريب في أن الترجيح لذلك، و لو لفتوى الأصحاب.

إنما الكلام في لزوم الأول إلى موت الحابس، و جوازه ففي القواعد إن لم يعين كان له الرجوع متى شاء، و مال إليه بعض من تأخر عنه، و لعله لكونه حينئذ كالسكنى المطلقة، بناء على أن جوازها للقاعدة باعتبار عدم اقتضاء عقدها إلا الطبعه التي تتحقق بالمسمى.

و فيه أن ذلك لما سمعته من النص، و إلا فمقتضى العقد اللزوم، و صيروره السكنى مطلقاً ملكاً له، إذ ليست هي إلا شيئاً متحداً، و التعدد إنما يكون في استيفائها، و قد ملكت بالعقد، إلا أن النص المزبور كشف عن أن الحكم فيها شرعاً ذلك، فلا يقاس عليها الحبس خصوصاً بعد ظهور الفرق بينهما، بعدم انسياق احتمال إرادته ذلك فيه، بل مقتضى عقده حث

صول الحبس في المحبوس الذي يحتاج إلى دليل شرعي في فكه، و الوقف ليس من مقوماته.

١-١ الواسائل - الباب - ٦- من أبواب السكنى الحديث ١.

٢-٢ الواسائل - الباب - ٦- من أبواب السكنى الحديث ٢.

٣-٣ سورة المائدة الآيه - ١.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٦ - من أبواب السكنى الحديث ١ - ٢.

و من هنا ذهب و هم ابن أبى ليلى إلى لزومه، و عدم تغييره بموت الحابس، و لو لا قول رسول الله (صلى الله عليه و آله) و قضاء على (عليه السلام) «برد الحبيس و إنفاذ المواريث» لكان متجها، بل قد يدعى ظهور الخبرين المزبورين فى لزومه إلى موت الحابس، بل لعله مقتضى التدبر فى عبارته اللعنه أيضا.

و ربما يشهد لما ذكرنا حكمهم بلزوم الوقف المنقطع الآخر إلى موت الموقوف عليهم، فيرجع إلى ورثته الواقف حينئذ، و ما هو إلا لاقتضاء عقد الوقف ملك الموقوف عليه المنفعة المقتضى دوامه، و لو بالاستصحاب بل مقتضاه صيروره المنفعة إرثا، إلا أن النصوص السابقة صرحت برجوعه إلى الورثه.

و منه يعلم قوه ما تقدم منا من كون الوقف المنقطع قسما من الوقف مشروع فى نفسه، لا أنه حبس كما ذكروه، و إلا لاقتضى بطلانه بموت الحابس، نحو ما سمعته هنا فى الحبس المطلق، لا موت المحبوس عليه، بل و كان جائزا على ما ذهب إليه الفاضل، و من تبعه مع أنه لا خلاف عندهم فى لزوم الوقف المنقطع إلى موت الموقوف عليه، اللهم إلا أن يحمل كلامهم هناك على ما إذا علم إرادته الوقف ما دام الموقوف عليه حيا فلا ينافيه حينئذ ما ذكروه فى الحبس المطلق، إذ هو بناء على كلامهم من الحبس المعلق على مده.

إلا أنه كما ترى، ضروره اكتفائهم فى انقطاع الوقف بنحو قول الواقف «وقفته على زيد» من دون ذكر شىء آخر هذا.

و ربما كان ظاهر المحكى عن التنقيح و إيضاح المنافع كون الحبس المطلق كالوقف المنقطع فى العود إلى المالك بموت المحبوس عليه، لا الحابس، إلا أنه خلاف المشهور و خلاف ما دل عليه الخبران المزبوران.

و على كل حال ربما يؤيد ما ذكرناه إطلاقهم اللزوم فى المحبوس على القرب من غير تقييد ذلك بما إذا أقرنه بمده عمر المحبوس، بل ظاهرهم الإكتفاء بلزومه بمجرد الحبس على الأماكن المخصوصه، اللهم إلا أن يدعى ظهور ذلك فى إرادته الدوام، و فيه منع.

و دعوى- خروج ذلك عن الفرض من حيث نيه القربه فيه- يدفعها أنه لا تقتضى إلا اللزوم فى مقتضى العقد، إن دائما فدائما و إن مقيدا فمقيدا، فلو حبسه مثلا فى سبيل الله تعالى سنه لم يلزم فى غيرها، بل الظاهر عدم خروجها عن المالك بذلك و إن قلنا به فى المطلق، لعدم السيره فيه، فيبقى حينئذ على حكم غيره من أفراد الحبس إذ لا خلاف فى بقائه على ملك مالكة، و بذلك كله بان لك أكثر أحكام الحبس، و إن أشكلت على بعض الناس، لعدم استيفاء الأصحاب لها، إلا أنك قد عرفت إيكالهم جملة منها إلى الوقف و السكنى و أختيها و الله هو العالم.

[كتاب الهبات]

إشاره

كتاب الهبات التي جمعها باعتبار اختلاف حكم أفرادها، وإلا فهي حقيقه واحده، كالبيع و نحوه، و لذا عبر الأكثر بها موحد، و كيف كان ف النظر فيها في الحقيقه و الحكم.

[النظر الأول في حقيقه الهبه]

أما الأول فحقيقه الهبه: هي العقد المقتضى تملك العين من غير عوض، و تملكها منجزا مجردا عن القربه أو الأثر الحاصل منه، و لو بالمعطاه أو فعل الواهب، كما تقدم نظير ذلك، إذا الظاهر كون المسأله من واد واحد.

لكن في الرياض هنا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على دعوى اعتبار العقد القولى كما يظهر من الكفايه، و صرح به في المسالك.

و فيه: أن ما ذكر سندا للمعاطاه في غيرها من دعوى السيره القطعيه متحقق في المقام، كتحقق صدق الهبه عليها بدون العقد، فلا محيص عن القول بمشروعيتها هنا بناء على مشروعيتها هناك لذلك، و حمل كلام المصنف و نحوه على إرادته بيان أنها من قسم العقود، لا- الإيقاعات، و إن تحققت بما يتضمن معنى الإيجاب و القبول من الأفعال، أو على بيان القسم العقدى منها، كما ستمع تتمه لذلك إن شاء الله.

و حينئذ فالعقد بمنزله الجنس الشامل لسائر العقود الذى يخرج به الفعل الدال على ذلك، و المقتضى له، كتنثار العرس و حيازه المباح، و الموت المقتضى للتمليك بالإرث و نحو ذلك، كما أنه خرج بقوله «تمليك العين» نحو العاريه و الإجاره و السكنى و الرقبى و العمرى،

و نحوها، مما تقتضى تمليك المنفعة، أو إباحتها، و بقوله «من غير عوض» البيع و نحوه، و بقوله «منجزاً» الوصيه بالأعيان، و بقوله «مجرداً عن القربة» الصدقه بل و الوقف، بناء على اعتبارها فيه، إلا أنك قد عرفت أن الأصح عدم شرطيتها فيه، فينتقض التعريف، اللهم إلا أن يقال إنه بناء على اقتضائه نقل العين ليس بملك تام، و هو المنساق من لفظ التمليك.

نعم ينتقض بالهبة المعوضه، و لو بالقربة، و قد يدفع بأن المراد - من قوله «من غير عوض و مجرداً عن القربة» - عدم لزوم ذلك فيها، لا عدم اتفاق حصوله فيها، كما أن المراد من اقتضائه التمليك ما لا ينافى توقفه على أمر آخر، كالقبض كما هو واضح.

و على كل حال ف قد يعبر عنها بالنحله و العطيه و إن كانا هما أعم منها، ضروره صدقهما على مطلق العطاء المتبرع به، الشامل للوقف و الصدقه و غيرهما، كما أن الهبه أعم من الصدقه و الهديه بناء على ما سمعته سابقاً من التذكرة و المسالك مفرعين عليه البر بهما فيما لو نذر الهبه، دون العكس مطلقاً، و الحنث بهما فيما لو حلف أن لا يهب فتصدق أو أهدي، دون العكس، بتقدير فعله فرداً منها خارجاً، و إن كان قد عرفت النظر فيه منا بالنسبه إلى الصدقه و الهبه، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف هي بمعنى العقد تفتقر إلى الإيجاب و القبول و القبض بالنسبه إلى صحتها و ترتب الأثر عليها، فالإيجاب كل لفظ أو ما قام مقامه نحو إشاره الأخرس قصد به التمليك المذكور و كان صالحاً للدلاله عليه، بحسب التجاور كقوله مثلاً وهبتك و ملكتك أو نحوهما، من غير فرق بين صيغه الماضى و غيره، فيكفى مثل قوله هذا لك قولاً واحداً، كما فى الرياض و غيره، و هو مؤيد لما قلناه سابقاً من عدم اعتبار اللفظ المخصوص فى العقود اللازمه، فضلاً عن الجائزه كما أوضحناه سابقاً هذا.

و لكن فى المسالك بعد أن حكى عن ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبه مطلقاً إلى العقد القولى فى الجملة، قال: «فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهديه من غير لفظ يدل

على إيجابها وقبولها لا- يفيد الملك، بل مجرد الإباحه، حتى لو كان جاريه لم يحل الاستمتاع بها، لأن الإباحه لا تدخل فى الاستمتاع».

قال الشيخ فى المبسوط: «و إن أراد الهديه و لزومها و انتقال الملك منه إلى المهدى إليه الغائب، فليوكل رسوله فى عقد الهديه معه، فإذا مضى و أوجب له و قبل المهدى إليه و أقبضه إياها لزوم العقد، و ملك المهدى إليه الهديه» و نحوه قال فى الدروس، و جعل عدم اشتراط الإيجاب و القبول احتمالا.

و اختلف كلام الفاضل، فى القواعد جزم باعتبار الإيجاب و القبول و القبض فيها و فى محكى التحرير قرب فى أول الباب استغنائها عن الإيجاب و القبول، عملا بالإذن المستفاده من العاده، و قال فى آخر كلامه نحو ما فى المبسوط، ثم قال: «و لو قيل: بعدم اشتراط القبول نطقا كان وجهها، لقضاء العاده بقبول الهدايا من غير نطق».

و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم احتياجها إليهما، لأنه حكى عن قوم من العامه أنه لا حاجه فى الهديه إلى ذلك، بل البعث من المهدى كالإيجاب، و القبض من المهدى إليه، كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) من كسرى و قيصر و سائر الملوك فيقبلها، و لا لفظ هناك، و استمر الحال من عهده إلى هذا الوقت من سائر الأصقاع، و لهذا كانوا يبعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتد بعباراتهم- ثم قال- و منهم من اعتبرهما، كما فى الهبه، و اعتذروا عما تقدم بأن ذلك إباحه لا- تملك، و أوجب بأنه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، و معلوم أن النبى (صلى الله عليه و آله) كان يتصرف فيه و يملكه غيره، و يمكن الاكتفاء فى هذا الأ-طعمه بالإرسال و الأخذ، جريا على العاده بين الناس- إلى أن قال:- و التحقيق مساواه غير الأ-طعمه لها، فإن الهديه قد تكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب و الدواب من الملوك إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فإن ماريه القبطيه أم ولده كانت من الهدايا».

و فى جامع المقاصد إنه قوى متين، و فى المسالك هو حسن، لكن قال: «و مع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاه يفيد الملك المترزل، و يبيح التصرف و الوطاء، و لكن يجوز

الرجوع فيها قبله، عملاً 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 إعطاؤه الغير، فقد

«وقع ذلك النبى (صلى الله عليه و آله) فى ماريه القبطيه أم ولده(١)، و قد كان يهدى إليه الشىء فيهديه لزوجاته و غيرهن»(٢).

، «و أهدى إليه حله فأهداها لعلى (عليه السلام) من غير أن ينقل عنه قبول لفظى، و لا عن الرسل إيجاب كذلك مقارن له،»

و هذا كله يدل على استفاده الملك فى الجملة، لا الإباحه، و لا ينافى جواز الرجوع بها ما دامت العين باقيه.

قلت: قد عرفت القول بمشروعيه المعاطاه فى الهبه و غيرها من العقود إلا ما خرج فضلاً عن الهديه، و أنها تفيد مفاد العقد فى الملك،

لاندراجها فى الاسم و إن لم تكن عقداً، إلا أنهم اعتبروا فيها جميع ما يعتبر فى العقد سوى اللفظ، و حينئذ يشكل فى الفرض دعوى كونها منها، ضروره عدم المقارنه بين الفعلين المنزليين منزله الإيجاب و القبول، المقصود بهما الإنشاد.

نعم بناء على التوسع بالنسبه إلى ذلك فى المعاطاه فيتجه كونها حينئذ منها، بل و كذا فى معاطاه كل عقد، أما على عدمه فلا محيص حينئذ عن دعوى مشروعيتها قسماً آخر من الهدايه مثلاً مستقلاً برأسه، خارجاً عن العقد و المعاطاه، لمكان السيره القطعيه التى هى الأصل فى مشروعيه المعاطاه، فالفرض مثلها حينئذ، و لعله أوماً إليه بقوله كالمعاطاه، بل ينبغى التزامه فى غير المقام، حتى البيع و شبهه، بناء على اندراج هذا القسم و إن لم يكن معاطاه فى اسمه.

و أما إذا فرض مشروعيته بالسيره، و عدم اندراجها فى الاسم، فلا بد من القول باستقلاله بنفسه، و إن شابه معاطاه كل عقد فى المفاد، و لزومه و جوازه يتبع الأدله من استصحاب الملك و نحوه.

و إنما الكلام فى أصل مشروعيته، و ترتب الأثر عليه من الملك و غيره، فهو كذلك فى الهديه و غيرها، و من الغريب ما فى ظاهر الرياض من عدم مشروعيه المعاطاه فى الهبه، لشبهه الاتفاق المزبور، و مشروعيتها فى خصوص الهديه لما عرفت، و كأنه لم يسرح نظره فى أطراف المسأله،

١-١ البحار ج ٢٢ ص ١٩٣ المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٢٢٩ الى ٢٥٢.

٢-٢ البحار ج ٢٢ ص ١٩٣ المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٢٢٩ الى ٢٥٢.

بل اقتصر على بعض الكلمات الموهومه لذلك فى المقام، و فى غيره، فلا حظ و تأمل، و الله العالم.

و على كل حال ف لا يصح العقد أو ما يقوم مقامه الا من بالغ كامل العقل جائز التصرف على حسب ما مر غير مره من تفصيل الحال فى ذلك كله بالنسبه إلى غيره من العقود فلاحظ.

و لو وهب ما فى الذمه، فإن كانت لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه بأصالة عدم الانتقال و غيرها، و الأشهر بل المشهور لأنها مشروطه بالقبض و ما فى الذمه يمتنع قبضه، و دعوى - إمكانية - بقبض أحد جزئياته - يدفعها أن الموهوب الماهيه، و هى غير الجزئيات قطعاً، و صحه بيعه مع معلوميه اشتراط صحته بالقدره على التسليم، لمعلوميه الاكتفاء فيها بما تتحقق به المعاوضه و تحققها يكفى فيه القدره على تسليم بعض أفراد الماهيه المعدود أحد العوضين، و يدخل فى ملك المشتري من غير توقف على قبض، ثم يستحق المطالبه بالإقباض.

بخلاف المقام الذى لا شك فى مدخله الإقباض فى حصول الملك فيه، فلا بد أن يقبض الواهب الدين، ثم يقبضه المتهب، فامتنع نقله إلى ملك المتهب حين هو دين، و كذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب، لانتفاء الملك، و بقبض الواهب يحدث الملك له، فيمتنع تقدم إنشاء الهبه عليه، إذ يكون هبته حينئذ جاريه مجرى هبه ما سيملكه ببيع و غيره، و ذلك غير جائز قطعاً، و إلا لصحه تملك ما سيشتره و يحتط به و يحتشيه، و من ثم لم يصح هبه موصوف فى الذمه، و صح بيعه.

و لكن قد يناقش فى ذلك كله بمعلوميه كون التحقيق فى محله أن وجود الكلى الطبيعى عين وجود أفراده، و بذلك جاز نقله بالبيع، المشروط بالقدره على التسليم، و غيره من النواقل التى منها الهبه، و لا يقدح الفرق باستحقاق المبيع من دون القبض، بخلاف الهبه، لأننا لا نحكم بصحه الهبه حينئذ إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلقت بعين خاصه إلا بعد قبضها، و هو ممكن بقبض بعض أفراد الماهيه الذى وجوده عين وجود الكلى.

و قبض الواهب له إنما يفيد تعيينا له من بين الأفراد، لا أنه يحدث ملكا جديدا، بل التأمل الصادق يقتضى عدم الفرق بين المقام، و بين هبه المشاع الذى هو كلى أيضا فلو وهبه كذلك، ثم عينه الواهب و دفعه إلى الموهوب له لم يكن إشكال فى صحته، لعموم الأدله فكذلك المقام.

هذا كله مع إرادته قبض الشخصى فيه، أما إذا وهبه كليا، لأنه مال مملوك له متحقق، و لذا جاز جريان غير الهبه عليه من النواقل، ثم أراد إقباضه على كليته بأن إذن للموهوب بقبضه على وجه التقابض بينه و بين من عليه الدين، إذا فرض كون الموهوب مديونا لمن عليه الذين بقدره، و لا قائل بالفرق- فلا إشكال فيه حينئذ. كل ذلك مضافا إلى ما يشعر به

صحيح صفوان (١)«سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده، فذكر له الرجل المال الذى له عليه، فقال له: ليس عليك فيه شىء فى الدنيا و الآخرة، يطيب ذلك له؟ و قد كان وهبه لولد له؟ قال نعم وهبه له ثم نزع فجعله لهذا»

- من صحه هبته، و إنما جاز له نزع منه لعدم حصول القبض و إطلاق لفظ النزع باعتبار إيجاد عقد الهبه الذى هو جزء السبب الملك.

و من ذلك يظهر لك أن حمل الخبر على ما ذكرنا أولى من طرحه و رميه بالندور أو تأويله بإرادته المجاز من إطلاق الهبه، بمعنى العزم عليها و نحو ذلك، كما أنه ظهر لك منه قوه القول بالصحه، كما عن المبسوط و السرائر و المختلف و غيرها، و فى المسالك أنه متجه، بل عن المبسوط أنه الذى يقتضيه مذهبنا، و لعله لذا ترك الترجيح فى محكى التذكرة و الإيضاح و الدروس.

هذا كله فى هبه الدين لغير من هو عليه و إن كانت له صح بلا خلاف أجده فيه، بل فى بعض كتب مشايخنا ظاهرهم الاتفاق عليه و لعله ل

صحيح معاوية بن عمار (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألت عن الرجل يكون له على الرجل دراهم فيهبها له، إله أن يرجع فيها؟

قال: لا».

١- ١ الوسائل - الباب - ٢- من أبواب أحكام الهبات الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١- من أبواب أحكام الهبات الحديث - ١.

و لا ينافيه

صحيحه الآخر(١) عنه أيضا «رجل كانت عليه دراهم لإنسان فوهبها له ثم رجع فيها ثم وهبها له ثم هلك قال: هي الذي وهب له» إذ الرجوع بعد الهبة إنما كان في كلام السائل مضافا إلى عموم الأدلة التي لا- ينافيها ما دل على اعتبار القبض في الهبة، إذ الموهوب هنا مقبوض للموهوب له، باعتبار كونه في ذمته، فهو حينئذ كهبه ما في يده بل أقوى.

ولذا لم يجز الرجوع فيها ضروره اقتضاء صحتها سقوط المال عن ذمته لعدم تعقل ملك الإنسان على نفسه شيئا نحو غيرها من أسباب النقل كبيع الدين على من هو عليه، وغيره، فيكون ذلك بمنزلة تلف المال الموهوب الذي هو ملزم للهبة.

ومن هنا قال المصنف صرفت إلى الإبراء على معنى اتحادها معه في المفاد لا أن المراد بلفظ الهبة الإبراء، فإن ذلك خارج عن المقام الذي هو هبه ما في الذمه، ومن المعلوم أنها من أسباب التمليك كالبيع ونحوه لا الإسقاط ولكنها تفيد مفاد الإبراء بالطريق الذي عرفت.

ومن هنا كان المتجه اعتبار القبول فيها وإن قلنا إنه لا- يشترط الإبراء القبول على الأصح وفاقا للأكثر بل المشهور، و خلافا للمحكي عن الغنية والسرائر بل والمبسوط وإن كنا لم نتحققه، بل المحكي عنه التصريح بكون الأقوى عدم الاشتراط، وإن كان الاشتراط قويا أيضا كالراوندى في فقه القرآن.

و على كل حال فالمذهب الأول، لصدق الاسم بدونه، ولأنه إسقاط، ولذا عبر عنه بالعفو في قوله تعالى (٢) «إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ» إلى آخره وللنصوص المتكثرة(٣) في إبراء المديون حيا مع عدم حضوره وميتا، ولغير ذلك.

لكن المقام من العقود التي لا بد فيها من القبول، وإن كان هي بعد تمامها تفيد مفاد الإبراء، كالصلح وبيع الدين على من هو عليه، وبذلك ظهور لك حقيقة الحال على وجه لا- يخفى عليك التشويش في جملة من كلماتهم التي بعضها ظاهر في كون البحث في التعبير عن الإبراء

١- ١ الوسائل - الباب - ١ - من أبواب أحكام الهبات الحديث - ٢.

٢- ٢ سورة البقره الآيه ٢٣٧.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب الدين.

بلفظ الهبة و من المعلوم خروج ذلك عما نحن فيه، إذ هو بحث آخر، مبني على عدم اشتراط لفظ مخصوص في الإبراء بل يكفي كل ما دل عليه من حقيقه أو مجاز، و بعضها ظاهر في أنه من الهبة، و لكن هذا القسم من الهبة لا يحتاج إلى القبول، لأنها كالإبراء و هو لا يحتاج إليه.

و فيه أن ظاهر النص و الفتوى كون الهبة قسما واحدا، و أنها من قسم العقود و ثالث جعلها من قسم الإبراء، و بنى مسأله القبول على احتياج الإبراء إليه و عدمه، و قد عرفت تحقيق الحال في ذلك.

و لا- حكم للهبة من ملك و غيره ما لم يقبض الموهوب على ما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما في جامع المقاصد، و عليه المتأخرون إلا- الفاضل في المختلف و الشهيد في الدروس، و الأ- كثرون من علمائنا في محكى السرائر، و المشهور في محكى إيضاح النافع، بل عن التذكرة بعد ان حكى القول بان القبض شرط في اللزوم، لا الصحه عن ظاهر الشيخين.

و جماعه قال: «لا يحصل الملك بدونه عند علمائنا أجمع» و الإيضاح: عليه إجماع الإماميه، و نص الأئمه، و نهج الحق: ذهبت إليه الإماميه، بل لعله مقتضى التدبير في المحكى عن الخلاف، و إن قال فيه لا تلزم إلا بالقبض مستدلا عليه بإجماع الفرقه و أخبارهم، إلا أن الظاهر إرادته الصحه من اللزوم فيه.

بل في الدروس لعل الأصحاب أرادوا باللزوم الصحه فإن في كلامهم اشعارا به، فإن الشيخ قال: لا يحصل الملك إلا بالقبض و ليس كاشفا عن حصوله بالعقد مع أنه قائل بأن الواهب لو مات لم تبطل الهبة فيرتفع الخلاف، و نظر فيه المسالك بأن العلامه في المختلف نقل القولين، و احتج لهما ثم اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر.

نعم كلام الشيخ الذي نقله متناقض، و ليس حجه على الباقيين، فإن الخلاف متحقق، ثم قال: و في التذكرة اتفق ما هو أعجب مما في الدروس فإنه قال: الهبة و الهديه و الصدقه لا يملكها المتهم و المهدي إليه و المتصدق عليه بنفس الإيجاب و القبول إذا كان عينا إلا بالقبض، و بدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع، و هذا ظاهر في دعوى الإجماع على أن القبض شرط

فى الصحه إجماعا، و هو يؤيد ما فى الدروس، و ینافى ما فى المختلف و یمکن أن یمحل على أنه لا یحصل بدونه الملك التام، و هو اللازم فىكون أعم من الصحه و عدمها لثلا ینافى فتواه فى المختلف، و نقله الخلاف، و إن كان خلاف الظاهر.

قلت: الظاهر أن مراده فى المختلف من الصحه الحاصله بدون القبض صحه العقد من حیث كونه عقدا لا صحته بمعنى ترتب الملك علیه فىكون المراد عدم مدخلیه القبض فى مفهوم الهبه باعتبار أنها عطیه، و هى كذلك بل تصدق الهبه، و تتحقق بالعقد، و إن توقف الملك مع ذلك على القبض كما یشهد لذلك جوابه عن مرسل أبان- بعد أن ذكره دلیلا للمخالف- باننا نقول بموجهه بأن الهبه بنفسها لا تنقل الملك بل مع القبض.

نعم العقد صحیح لكنه لیس لازما، و هو ظاهر فیما قلناه إن لم یکن صریحا و كأنه أراد بقوله لیس لازما الرد على ما حکاه عن الشیخ و ابن البراج بعد مسائل من أنه إذا مات الواهب قبل الإقباض لا تبطل الهبه، و قام الوارث مقامه كالبیع فى مده الخيار لأنه بعد أن حکى عنهما ذلك قال: و الأقرب البطلان لنا أنها عقد جائز قبل القبض فانفسخ بالموت كالوكاله و الشركه، و خبر داود بن الحصین الآتى.

قلت: و به یمظهر ما فى المسالك و غیرها من جعل ذلك من ثمرات الخلاف فتأمل ثم قال:

و الفرق ظاهر بینه و بین بیع الخيار لأنه نوع معاوضه بخلاف الهبه خصوصا و الشیخ رحمه الله ذکر خلافا فى المبسوط إن الملك هل یحصل من حین القبض أن من حین العقد، و یكون القبض كاشفا، و اختار الأول و جعله الصحیح عنده، و هو الذى سمعت من الدروس و حکایته عن الشیخ مستظہرا منه إرادته الصحه من اللزوم فیها، و ربما يؤیده أيضا ما عن الخلاف و المبسوط من التصریح بأنه إذا قبض بغير إذن الواهب كان القبض فاسدا بناء على أن ذلك من لوازم كون القبض شرطا فى الصحه لا اللزوم، كما عن فخر الإسلام و أبى العباس الاعتراف به بل زاد الثانى منهما البطلان لو مات أحدهما قبل القبض بل عن المبسوط إنه فرع على ما اختار من حصول الملك بالقبض فساده بدون الإذن هذا، و لكن المحكى عنه فى الخلاف و المبسوط إنه قال: إذا وهب لغيره عبدا و لم یقبضه حتى هل شوال ثم قبضه فالفطره على الموهوب له لأن الهبه تنعقد

بالإيجاب و القبول و ليس من شرط انعقادها القبض و سنين ذلك فى باب الهبه، و إذا ثبت ذلك ثبت هذه لأن أحدا لم يفرق بينهما و فى أصحابنا من يقول القبض شرط فى صحه الهبه و على هذا لا- فطره، و تلزم الفطره- الواهب، و هو كالصریح فى حصول الملك الموجب للفطره بالهبه قبل القبض، اللهم إلا أن يدعى أن عنوان وجوب الفطره «الموهوب» و إن لم، يكن ملكا، إلا- أنه كما ترى، و التزام اختلاف كلام الشيخ لبعده المسافه بينهما أولى و على كل حال فكلام القائلين بكونه شرطا للزوم غير منقح، و خصوصا بعد ما استعرفه من الإجماع على جواز الهبه بعد القبض أيضا إلا فى مواضع خاصه، و حمل كلام القائل عليها- بمعنى أنه لا- جهه للزوم قبله- بخلاف ما بعده فإنه قد يلزم- واضح الفساد، بل الظاهر أن اللزوم فى المواضع المخصوصه، لخصوصها، لا- للقبض الذى هو كما أنه حاصل فيها حاصل فى غيرها، و لو كان سببا فى اللزوم لاقتضاه فى الجميع كما هو واضح، اللهم إلا أن يقال كما استعرف فيما يأتى أن المراد بجواز الرجوع بالهبه مالا ينافى اللزوم، باعتبار عدم كونه فسخا لعقد الهبه، و إنما هو ناقل للملك من المتهب، و حينئذ يكون العقد لازما بالقبض، بمعنى عدم جواز فسخه، و إن جاز الرجوع بالهبه، بخلاف ما قبل القبض، فإن له فسخ العقد، و عليه ينطبق حينئذ ما فى بعض النصوص من أن له الخيار ما لم يقبض، فإنه لا خيار له فى نفس العقد بعد القبض و لكنه أيضا مناف لظاهر ما سمعته منهم من كون الرجوع بالهبه بعد القبض فسخا لعقدها لا ناقلا مستقلا، و إن ذهب إليه بعض الشافعيه فلا- حظ و تأمل، و حينئذ تتم المنافاه المزبوره، بل هو أيضا مناف للإجماع إن لم يكن المحصل على مدخله القبض فى الهبه مطلقا فى الجملة، و على التقدير المزبور ليس للقبض حينئذ فى أكثر أفراد الهبه مدخله لا فى صحه و لا فى لزوم.

و بذلك كله يظهر ضعف القول المزبور، بل لم أتحقق قائلا به على الوجه المحرر عند المتأخرين الذى ذكروا له الثمرات، و إن نسب إلى جماعه كظاهر الشيخين و بنى حمزه و البراج و إدريس و لم يحضرننا كلام بعضهم، و لعله كغيره مما حضرنا لا صراحه فيه أو غير منقح.

كل ذلك مضافا إلى دلالة النصوص على المشهور أيضا ك

خبر أبى بصير(١) المنجبر بما عرفت

عن أبي عبد الله (عليه السلام) «الهبه لا تكون أبدا هبه حتى يقبضها و الصدقه جائزه عليه»

فإن نفي الصحه أقرب من غيره إلى نفي الماهيه، و

موثق داود(١)«الهبه و النحله ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال: هو ميراث، فإن كانت لصبي فى حجره أو أشهد عليه فهو جائز»

فإن الظاهر منه بقاءها على الملكيه و لذا كان ميراثا، لا أنه كان عقدا جائزا انفسخ

بالموت و صار ميراثا، كما التزم به الفاضل فى المختلف فإنه و إن كان محتملا إلا أنه مخالف للظاهر، و لا داعى له لما ستعرف من عدم المعارض المقتضى لارتكاب خلاف الظاهر.

و بذلك يظهر وجه الدلاله أيضا

فى مرسل أبان (٢) عن الصادق (عليه السلام) أيضا «النحله و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هى بمنزله الميراث»

إذ هو كالسابق، و ان اختلف معه بلفظ المنزله المراد منه من جهه تعلق عقد الهبه المفيد للتهيؤ و إن لم يكن ناقلا.

كل ذلك مضافا إلى فحوى ما تقدم فى الصدقه التى لا فرق بينها و بين الهبه إلا باشتراط قصد القربه و عدمه، كما أو مأت إليه النصوص سابقا، و إلى عدم دليل صالح لمعارضه ما سمعت سوى العمومات التى يجب الخروج عنها ببعض ما عرفت فضلا عن جميعه مضافا إلى المناقشه فى نحو «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» منها و إن كان فيها ما فيها.

و سوى

صحيح أبى بصير(٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض، قسمت أو لم تقسم، و النحل لا تجوز حتى تقبض و إنما أراد الناس ذلك فأخطأوا»

الذى ليس بواضح الدلاله.

ضروره كون المظنون مساواه المراد به ل

خبره الآخر(٤)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن صدقه ما لم يقسم و لم يقبض فقال: جائزه إنما أراد الناس النحل فأخطأوا»

بل عن بعضهم احتمال اتحاده معه، و التعبير بالهبه من الراوى أو النساخ، و قد فسر فى الوافى خبر الصدقه بأنهم أرادوا الفتوى بالمنع من ذلك فى النحل فأخطأوا، فمنعوا منه فى الصدقات، و ذلك لأنهم أطلقوا الصدقه و أرادوا به النحله.

- ١-١ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب أحكام الهبات - ٥.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب أحكام الهبات - ١.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب أحكام الهبات - الحديث - ٤.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٢.

و على كل حال يكون الموضوع فيهما حينئذ هبه ما لم يقبض للواهب و لم يقسم كذلك و هو غير ما نحن فيه مضافا إلى ما فى التنقيح- من أنه لا دلالة فى الروايه على المدعى، و إنما هى حكاية قول الناس و خطأهم فيه و تبين فيها الحق- و إلى ما فيها من مخالفه الإجماع من الفرق بين الهبه و النحل و إلى احتمال كون المراد فى الصدر بيان حكم هبه ما لم يكن مقبوضا للواهب من أملا- كه كميراث لم يصل إلى يده أو قبل أن يقسمه، و فى ذيله بيان عدم جوازها بدون قبض الموهوب، و التعبير بالنحل، لا للفرق بينها و بين الهبه، بل تفتنا فى التعبير و إلى غير ذلك مما يقطع ببعضه بسقوط دلالة على المطلوب فضلا عن جميعه.

و من ذلك يعلم الكلام فى دعوى دلالة

خبر عبد الرحمن بن سيباه (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إذا تصدق الرجل بصدقه أو هبه قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزه».

ضروره إمكان إرادته الواهب من الصاحب لا- الموهوب، بل ربما احتمال فيه و فى غيره إرادته اللزوم من الجواز كما فى كثير من النصوص فيكون حينئذ خارجا مخرج التقيه، و إن كان هو بعيدا فى مثل الخبر الأول الذى ذكر التعريض بهم و فيه، و إرادته أصل المشروعيه بمعنى عدم وقوع عقد الهبه باطلا بحيث لو جاء القبض بعد ذلك لم يصح و غير ذلك فلا محيص حينئذ عن القول باعتبار القبض الصحه على وجه لا- يترتب عليه ملك قبلها إلا- على احتمال الكشف الذى هو قوى فى نفسه، و قد قررناه فى نظائره غير مره إلا ان الإجماع بحسب الظاهر هنا على خلافه.

و أما الاستدلال بما فى بعض النصوص (٢) من الخيار فى الرجوع و عدمه قبل القبض لا بعده فلا خيار، ففيه مؤوله عند الفريقين بإرادته الكراهه و نحوها للاتفاق على الجواز بعد القبض من الجميع.

و لو أقر الواهب بالهبه و الإقباض، حكم عليه بإقراره

لعموم «إقرار العقلاء»

و لو كانت فى يد الواهب لعدم المنافاه بعد جواز إقباضه إياها ثم ردها إليه إلا مع العلم بكذبه و لو أنكر بعد ذلك لم يقبل بلا إشكال و لا خلاف بل ليس له

١- ١ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٤- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ٦ و ٨.

اليمين على الموهوب، لأن الغرض ثبوت الهبة والإقباض شرعا.

نعم لو ادعى الموطاه على الإقرار، و أن مخبره لم يكن واقعا توجه له اليمين عليه على حصول القبض كما فى الدروس و المسالك و محكى المبسوط و المهذب، أو على عدم الموطاه كما فى محكى الحواشى المنسوبه إلى الشهيد و جامع المقاصد، و الأقوى الأول لأنه هو المقصود فى الدعوى و الموطاه إنما ذكرت لبيان دعوى العلم بفساد ما وقع مع الإقرار الذى هو أماره فى الظاهر، و مثلا الإقرار بالبيع، و قبض الثمن ثم أنكر و ادعى الموطاه أو الاقتراض و ادعاها.

و لو مات الواهب أو الموهوب بعد العقد بل و الاذن و قيل القبض كانت ميراثا على المشهور بل فى محكى التذكرة نسبتة إلى علمائنا لعدم اجتماع شرائط الصحة، و تلفيق السبب من الوارث و المالك لم يثبت مشروعيته بعد انسياق العمومات و الإطلاقات إلى خلافه.

و من هنا كان الحكم عاما فى جميع شرائط الصحة مضافا إلى ما سمعته من الخبرين السابقين المحكوم فيهما بكونها ميراثا إلا أنه مع ذلك كله حكى عن الشيخ و ابن البراج القول بعدم بطلانها بموت الواهب و أنه يقوم مقامه كالبيع فى مدته الخيار من حيث إن الهبة عقد يؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ و هو كأنه اجتهاد فى مقابلة النص، بل و القواعد.

و لذا جزم الفاضل بكونها ميراثا مع قوله بعدم كون القبض من شروط الصحة على أن المحكى عن الشيخ رحمه الله فى هبه ذى الرحم إذا مات قبل قبضها كان ميراثا كما أن المحكى عنه ما سمعته من أن الملك يحصل بالقبض، و ليس هو كاشفا عن حصوله بالعقد، فكلامه لا يخلو من تهافت كما أو مانا إليه سابقا، و لا فرق فى الحكم المزبور بين الاذن قبله و عدمها لبطلانه، بالموت، و هو واضح كوضوح الحكم فيما لو أرسل هديه إلى انسان فمات المهدي أو المهدي إليه قبل وصولها، إذ هو من المفروض فى الحقيقة فليس للرسول حينئذ دفعها إليه و لا إلى وارثه للبطلان بالموت، و الله العالم.

و يشترط فى صحه القبض الذى هو شرط فى صحه الهبه على ما عرفت اذن الواهب كما فى غيره مما اعترف فيه القبض بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى أنه مقتضى أصل عدم ترتب الأثر، و أصل عدم الانتقال مع عدم إطلاق يوثق به فى تناوله مثله بل لعل ما دل على شرطيته ظاهر فى خلافه بناء على قراءته يقبضها من باب الافعال أو التفعيل كما هو واضح.

و حينئذ فلو قبض الموهوب لو من غير إذنه لم ينتقل إلى الموهوب له لعدم حصول الشرط إلا مع الإجازة بناء على جريانها فى مثله، و لا- فرق فى ذلك عندنا بين المجلس و غيره، و دعوى ظهور العقد فى الاذن بذلك فى المجلس دون غيره- كما عن بعض العامه، بل أبى حنيفه منهم- واضحة الفساد مع فرض عدم القرينه.

نعم قد يتوجه عدم اعتبار الاذن على القول بتحقيق الملك قبله لقاعده «تسلط الناس على أموالها» و إن كان لا يترتب عليه لزوم فى حق الواهب فى موضوعه كهبه الرحم و نحوها لبعض ما سمعته من الأدله على القول الأول مع احتمالها هذا.

و ربما استفيد من إطلاق اعتبار الاذن عدم اشتراط كونه بنيه الهبه فلو إذن فيه مطلقا صح، بل فى الرياض أنه الأشهر، و عليه عامه من تأخر، و فى الكفايه أنه المشهور لكن قد عرفت الكلام فيه فى الوقف لم تتحقق ما ذكره من الشهره بل صرح الفاضل فى القواعد هنا باعتبار إيقاع القبض للهبه.

و فى المسالك هنا بعد ان حكى عن بعض الأصحاب اعتبار ذلك لصلاحيه مطلق القبض لها و لغيرها فلا بد من مائز، و هو القصد قال تبعا لجامع المقاصد، و هو حسن حيث يصرح بكون القبض لا- لها، لعدم تحقق القبض المعبر فيها، أما لو أطلق فالافتاء به أجود لصدق اسم القبض و صلاحيته للهبه، و دلالة القرائن عليه، بخلاف ما لو صرح بالصارف».

و لا- يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم كون البحث فى الحكم الظاهرى إنما الكلام فى أصل تحقق الشرط بالقبض الخالى فى الواقع عن قصد كونه للهبه، سواء كان بقصد غيرها أولا، و لا معنى لصرف مثل ذلك إليها بعد فرض تشخصه فى الخارج، و دعوى- تحقق الشرطيه

بذلك دون المقصود به غير الهبه- واضحه المنع، و لا ريب فى أن الأصل عدم ترتب الأثر بعد فرض عدم إطلاق يوثق به فى تناول مثله لتحقق الشرط المعلوم اشتراطه و يقبل قول كل من الواهب و المتهب فى تشخيص القصد، فلو خالفه الآخر قدم بيمينه، لأنه أعلم بقصده، هذا كله فى هبه غير المقبوض للموهوب له.

و أما لو وهب ما هو فى يد الموهوب له صح، و لم يفتقر إلى إذن الواهب فى القبض، و لا أن يمضى زمان يمكن فيه القبض بلا خلاف أجده بين من تأخر عن المصنف و لا إشكال.

نعم ربما صار الى ذلك بعض من تقدمه من الأصحاب كالشيخ رحمه الله و يحيى بن سعيد فاعتبرا الاذن فى القبض، و لو من إقراره له و مضى زمان يمكن فيه القبض، قال أولهما فى المحكى عن مبسوطه: إذا وهب له شيئاً فى يده مثل أن يكون فى يده وديعه فيهبها له نظر، فإن أذن له فى القبض و مضى بعد ذلك زمان يمكن القبض فيه لزوم العقد، و إن لم يأذن له فى القبض فهل يلزم القبض بمضى الزمان الذى يمكن فيه القبض أو لا بد من الاذن فى القبض، و الأقوى أنه لا يفتقر الى الاذن فى القبض، لأن إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض.

و ثانيهما فى المحكى عن جامعه إذا أذن له فى قبضه و مضى زمان يمكن فيه القبض صحت الهبه، و فيه منع تناول دليل الشرطيه لمثل الفرض فيبقى أصاله استقلال العقد بتسبب الملك بحاله، و إلا لوجب إرجاعه ثم قبضه جديداً، لتحقق صدق القبض للهبه حينئذ حقيقه، فإن استدامه القبض و لو مع الاذن و مضى الزمان ليست قبضاً حقيقه، و لو سلم فيكفى الاذن و لا يحتاج إلى مضى زمان قطعاً، و وجهه فى المسالك بأن إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض، فيكون ذلك كتجديد الإقباض فيعتبر مضى زمان يمكن فيه القبض، كما لو لم يكن مقبوضاً بيده فأقبضه إياه فإنه يعتبر مضى زمان يكون فيه القبض، فكذا هنا، ثم أجاب عنه بما حاصله أن إيجاب العقد و إقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها و ليس هو إقباضاً بل هو متحقق قبله، و إنما هو علامه و أماره على رضاه بالقبض السابق، و ينزله منزله الإقباض.

و فيه ما لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم الدليل على الشرطية في الفرض و على تقديره فالمتجه عوده ثم قبضه، و لو سلم كفايه الاذن في الاستداه في تحقق مسماه، فيمكن منع دلالة الإيجاب و الإقرار على مقتضى القبض السابق على ذلك، و إلا- لا-تجه كلام أبي حنيفة المتقدم سابقا، على أنه لا يتم فما لو فرض خلو الواهب عن ذلك المشمول لإطلاق المصنف و غيره.

و من هنا ناقش في الرياض في أصل الدليل بعد أن حكاه عنهم: «بأن دعوى حصول القبض المشترط أول البحث» لعدم عموم يدل على كفايه مطلقه لا- من إجماع و لا من غيره للخلاف، و ظهور النصوص المشترطه له بحكم التبادر في القبض بعد العقد فاللازم في غيره الرجوع إلى حكم الأصل الدال على عدم الصحه، أو اللزوم إلى أن يتحقق القبض المتيقن إيجابه لهما، و ليس إلا المجمع عليه و هو القبض الخاص به، أو المأذون فيه ثانيا للهبه، و لعله لذا اعتبر بعض الأصحاب ما أسقطه الأكثر، و هو أظهر، إن لم يكن إجماع المتأخرين على خلافه انعقد، إلى أن قال: و يحتمل قويا المصير إلى مختار الأكثر لما مر في الوقف و سيأتي في هذا البحث من الاكتفاء بقبض الولي الواهب مع سبقه على العقد، للنصوص الداله عليه، المعمله بعضها له بحصول القبض، من دون أن يذكر فيها ما مر من القيود، و هذا التعليل جار في المفروض و العله المنصوصه يتعدى إلى غير المورد كما تقرر في الأصول».

و إن كان فيه مواضع للنظر لمن أحرز ما قدمناه في الوقف و في المقام، و ما يأتي، و قد تقدم نظير هذه المسأله في الرهن و في الوقف فلاحظ و تأمل كى تعرف الحال في القبض الغصبى أيضا الذى قد صرح هنا غير واحد بعدم الفرق بينه و بين غيره، بل لم أجد فيه خلافا إلا- ما عساه يظهر من ثانى الشهيدين فى الروضه من المسيل إلى الفرق بينه و بين غيره، و باعتبار أنه لا يدل للغاصب عليه شرعا، بل ظاهره أنه قول البعض، و إن كنا لم نتحققه، بل لا وجه معتد به له بناء على حصول الاذن من العقد فيه، إذ لا فرق فى اقتضاها تغيير الاستداه عن الابتداء بين الجميع كما أن الوجه عدم الفرق أيضا على ما ذكرناه و هو واضح و الله العالم.

و كذا الحال لو وهب الأب أو الجد للولد الصغير و لو أنثى ما هو فى يده لزم بالعقد بلا خلاف أجده فيه لنحو ما سمعته فيما تقدم و لذيل

موثق داود(١)

المتقدم (فإن كانت لصبي في حجره و أشهد عليه فهو جائز))

مضافا إلى فحوى ما تقدم في الوقف من

قوله (١) «و إن كانوا صغارا و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم».

و التعليل

في الصحيح الآخر (٢) «لأن والده هو الذي يلي أمره»

و في خبر علي بن جعفر (عليه السلام) (٣) «إذا كان أب يتصدق على ولد صغير فإنها جائزه، لأنه يقبض لولده إذا كان صغيرا»

و غير ذلك، إنما الكلام في اعتبار قصد القبض عن الطفل بعد الهبة لئتمحض القبض بها و عدمه.

في المسالك تبعا لغيره ينبغي ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبة كالعلامة لأن المال المقبوض في يد الوالي له، فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف، و هو القصد، و على ما اخترناه من الاكتفاء بعده القبض لغيره هنا، و ينصرف الإطلاق إلى قبض الهبة، و يلزم ذلك.

قلت: قد عرفت تحقيق الحال هنا و في باب الوقف و أنه بناء على الشرطية في الفرض و كفايه القصد في الاستدामه في تحقق مسماه لا بد من حصوله، و إلا يكن قبضا، و مع الإطلاق لا ينصرف إليه قطعا إذا الفرض خلوه في الواقع خصوصا في قبض الولي الذي كان قبضا لنفسه.

على أنه مع فرض عدم التجديد يكون ناويا للخلاف، ضروره لحوق الاستدामه بالابتداء ما لم يجدد لها قصدا يفصلها عن الابتداء، و النصوص السابقة إن لم تكن ظاهره فيما ذكرناه من تجديد القصد المزبور، فهي مبنيه على سقوط الشرط في الفرض نحو ما ذكرناه في المسألة السابقة، و ربما كان قول المصنف، «و كذا» إشارة إلى ذلك، و لا ينافيه التعليل بقوله لأن قبض الولي قبض عنه الذي يمكن إرادته بيان الوجه في سقوط الشرط بذلك منه.

و على كل حال فالمراد من المتن و غيره ممن أطلق ما قيدنا به العبارة من كون الموهوب في يده، أما لو فرض خروجه عنها كميراث لم يصل إليه، أو مبيع لم يقبضه فلا ريب في افتقار صحه هبه إلى قبض.

١- ١ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٤ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٥.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الهبات الحديث - ٥.

نعم فى المسالك و غيرها عدم خروج الوديعه عن اليد لأن يد المستودع كيده و فى العاربه و جهان أجودهما خروجها عن يده فيفتقر إلى قبض جديد من الولي أو من يوكله فيه، و لو وكل المستعير فيه كفى.

لكن لا يخفى ما فى الفرق بين الوديعه و العاربه، سواء كان ذلك من حيث كونهما كذلك أو من حيث أفرادهما، كما أنه لا يخفى عليك ما فى دعوى عدم الخروج بالاستيداع مطلقا عن اليد، ضروره عدم صدق كونه فى يده، و تحت قبضته فى جملة من أفراد الوديعه و إن حكى عن الإيضاح الإجماع عليه فى الوديعه، و أنها كالمال فى يد الوكيل، فإن تم كان هو الحجه، و إلا كان مشكلا.

و فى القواعد، و لو كان مغصوبا أو مستأجرا أو مستعارا على اشكال، افتقر الى القبض بخلاف ما فى يد وكيله، و الظاهر اختصاص الإشكال فى العاربه، كما عن الإيضاح التصريح بذلك، مدعى الإجماع على الافتقار فى الأولين، و جعل وجه الإشكال فيها من عدم كونها بحق لازم فكانت قبض الوكيل، و من أنه إنما قبضه لنفسه فكانت اليد له لا للمعير فكان كالمستأجر.

و فيه: أنه لا مدخله للأول فى صدق القبض و إلا لكان المغصوب مقبوضا أيضا كما عن الشهيد الإشكال فيه أيضا لذلك حاكيا له عن بعض النسخ المقروءه على المصنف إلا أنه كما ترى مناف للصدق العرفى الذى عليه المدار، حتى فى مثل الإجاره التى يمكن حصولها مع فرض كون العين فى يد المؤجر، و حينئذ لا ينافى القبض المزبور الذى هو فى كل شىء بحسبه بمقتضى العرف فتأمل جيدا.

و خرج بقوله «الصغير» الكبير الذى لا- ولايه لهما عليه فى مثل ذلك ذكرا كان أو أنثى، و إن بقيت ولايتهما على الأنثى فى النكاح عند بعض، لدعوى الدليل عليه بالخصوص لا مطلقا، فإن الرشيد إذا تصرفت بمالها بيع و هبه لم يتوقف على الولي اتفاقا

لعموم «الناس مسلطون»

و غيره لكن عن الإسكافى إلحاق الإناث و إن رشدن بالصغار فى كون قبض الأب قبضا لهم، و لا ريب فى ضعفه، إلا أن ينزل على الوكاله و الأذن فى ذلك كما هو واضح.

و لو وهبه غير الأب و الجد لم يكن له بد من القبض عنه سواء كان له ولاية أو لم تكن، و يستولى ذلك الولي أو الحاكم بلا خلاف و لا إشكال في ذلك، إذا كان الواهب غير الولي، ضروره كونه حينئذ أجنبيا، فلا يكون قبضه حينئذ عن الطفل قبضا إنما الكلام في قول المصنف (سواء) إلى آخره فإن مقتضاه كون الوصي أجنبيا أيضا، فلا يقوم قبضه عنه، من غير فرق بين كونه هو الواهب أو غيره، كما عن المبسوط التصريح بذلك و لم نعرفه لغيرهما صريحا، محتجا بأنه لا يصح له أن يبيع له شيئا من نفسه، و لا أن يشتري منه كذلك فينصب الحاكم أمينا يقبل منه هبه الصبي و يقبضها له.

و فيه: أن ولاية الوصي عامه كالأب و الجد بالنسبة إلى ذلك، بل ولايته في الحقيقة من ولايتهما، بل لعل التعليل المزبور في الخبر المتقدم سابقا يقتضى ذلك بل قد يشكل ولاية الحاكم الذي هو ولي له في الفرض المزبور الذي وصى أحد الأبوين فيه موجود، و دعوى ولايته في خصوص هذا التصرف كما ترى، بل التزام عدم جواز هذا التصرف حينئذ أولى.

و أولى منه ما اخترناه من عموم ولايته، بل هي ولاية الأبوين في الحقيقة، كما أن عموم ولاية الحاكم التي هي من ولاية أولى الحقيقي أولى، فمن الغريب موافقه المصنف هنا لما سمعته عن الشيخ الممنوع أصلا و تفريعا، و لو حمل كلام المصنف على أن ذلك منه بناء على التردد في مسأله اتحاد الموجب و القابل بالنسبة إلى غير الأب و الجد كما سمعته منه في الوقف - ففيه أن الذي استظهره بعد التردد هناك الاكتفاء بقبض الوصي، فكان المناسب هنا ذكر الحكم كذلك هذا.

و في المسالك «قول المصنف: و يتولى» إلى آخره يمكن فرضهما مع كون الواهب غير ولي، و أما إذا كان وليا كالوصي فلا يفرض فيه إلا تولى الحاكم، لأن الوصي لا يتحقق مع وجود الأب و الجد له كما سيأتى، فلم يبق إلا الحاكم، و في معنى الحاكم منصوبه لذلك مطلقا.

قلت: و أما لو كان الواهب الحاكم، و الفرض عدم ولي غيره، فلا بد من التزام قبض حاكم آخر عنه، و قد عرفت التحقيق الخالي عن مثل هذه الالتزامات و الله العالم.

و هبه المشاع جائزه عندنا بل عن الغنيه و نهج الحق الإجماع عليه، بل فى جامع المقاصد لا خلاف بين أصحابنا فى صحه هبه كلما صح بيعه من الأعيان سواء كان مشاعا أو مقسوما من الشريك و غيره، و عن التذكرة تصح هبه المشاع كما يصح بيعه على الحد الذى يجوز بيعه عند علمائنا أجمع، و هو الحجه مضافا إلى العمومات، و فحوى ما دل عليه من النصوص الكثيره التى يمكن دعوى تواترها فى الصدقه.

و خصوص

موثق أحمد بن عمر (١) الحلبي «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار، قال: يجوز قلت: أ رأيت إن كان هبه؟ قال يجوز».

و صحيح أبى بصير (٢) المتقدم سابقا، بل قد يستفاد من المروى فى طرق العامه فضلا عن الخاصه

كالنوى (٣) «زن و أرجح»

بناء على أن الراجح هبه مشاع، و

قوله (عليه السلام) لوفد هوازن لما جاء و أ يطلبون منه أن يرد عليهم ما غنمه منهم (٤): «ما كان لى و لبنى عبد المطلب فهو لكم»

و لكن مع ذلك كله و المحكى عن أبى حنيفة أن هبه المشاع الذى يمكن قسمته لا تجوز لغير الشريك و الذى لا تمكن قسمته لا تجوز هبته مطلقا، و عن مالك المنع من هبه المنقسم بين اثنين مستندين إلى أن وجوب القسمة يمنع من صحه القبض و تمامه و هو كما ترى تهجس و استحسان يندفع بوجوب تسليمه أجمع ثم أنه يقسم.

و كيف ما كان ف قبضه فهو كقبضه فى البيع ضروره اتحاد معناه عرفا فيهما و فى غيرهما فيجوز فيه حينئذ القولان، و هما الاكتفاء بالتخليه مطلقا كما هو المختار، و التفصيل بها فى غير المنقول و بالنقل و ما فى معناه فيه بلا خلاف أجده فيه إلا ما يحكى عن القاضى منا و بعض الشافعيه من غيرنا من الفرق بينهما: بأن القبض فى البيع مستحق، و للمشتري المطالبه، فجاز أن يجعل بالتمكين قابضا، بخلاف الهبه فإن القبض غير مستحق فاعتبر تحققه، و لم يكتف بمطلق التخليه فى المنقول و ان كتفينا بها فى البيع، و ليس بشىء بعد

١- ١ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب أحكام الوقوف الحديث - ٢.

٣- ٣ المستدرک ج ٢ ص ٤٦٤ جامع الصغير ج ٢ ص ٢٨ الطبع أحمد حنفى.

٤- ٤ البحار ج ٢١ ص ١٨٥ من الطبعة الحديثه الآخوندى.

ما عرفت من اتحاد مفهومه لغه و عرفاء، و ما ذكره إنما يقتضى الفرق فى حكمه لا فى حقيقته، ثم إن الظاهر تحقق التخليه من دون إذن الشريك لعدم توقف مفهومها على التصرف فيه، و لو قبضه فى يده، إذ هى على ما حققنا كون الشىء تحت يده، و فى سلطانه على نحو المالك الذى لا- إشكال فى كون ماله مقبوضا له بمعنى كونه فى قبضه، و إن كان له شريك فيه، فمتى خلى بينه و بين الموهوب على هذا الوجه تحقق القبض.

و إن كان صريح جماعه و ظاهر آخرين عدم اعتبار إذن الشريك فى القبض بالمعنى المزبور خلافا فى الدروس فاعتبر إذن الشريك أيضا فيها، و وجه بأن المراد بها رفع يد المالك و تسليط القابض على العين، و ذلك لا يتحقق إلا بالتصرف فى مال الشريك فيعتبر إذنه و رفع المانع عن حصه خاصه مع الإشاعه لا- يحصل به التسلط المقصود من القبض، و قبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقه، و من ثم لو كانت العين مغصوبه بيد متسلط لم تكف التخليه من المالك.

و تسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم.

و هو كما ترى و إن استحسنته فى المسالك، إذ التسلط لا يتوقف على الدخول فى الدار و نحوها، و فرق واضح بين الفرض و بين الغصب الراجع للتسلط العرفى، و هو المانع عن صدق كون المال تحت قبضته و سلطانه.

و بذلك كله ظهر لك أنه حينئذ لا- بحث على المختار من تحقق القبض بالتخليه مطلقا، أما على التفصيل فيتحقق فى المنقول بتسليم الموهوب الجميع حينئذ كما إذا كان الباقي من الحصه للواهب أو لغيره و قد أذن، فإن امتنع و كله الموهوب له على القبض عنه، فإن امتنع مثلا رفع الأمر إلى الحاكم ليقبضه بنفسه أو نائبه.

و عن الفاضل فى المختلف الإكتفاء بالتخليه مع امتناع الشريك لعدم القدره الشرعيه منزله عدمها الحسيه فى غير المنقول، و فيه منع عدم القدره الشرعيه مع وجود الحاكم المنسوب لأمثال ذلك، أما مع عدمه ففى الدروس و المسالك لا بأس به دفعا للضرر و العسر.

و فيه: أن المتجه حينئذ مع فرض عدم قيام غيره من عدول المؤمنين مقامه بقاء الهبه موقوفه ضروره عدم تغير معنى القبض بذلك، و الفرض اشتراطها به كما هو واضح.

ثم إنه قد صرح غير واحد بعدم وقوع القبض إذا كان من دون إذن الشريك حيث يعتبر - لا للنهي الذي لا يقتضى الفساد فى المعامله على ما حرر فى محله - بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراد للشارع، فإذا وقع منها عنه لم يعتد به شرعا، فيختل ركن العقد، وقد عرفت أنه قبض واحد لا يقبل التفرقه فى الحكم بجعل المقبوض للموهوب معتبرا و النهى عن الحق الغير الخارج عن حقيقه الموهوب.

إلا أنه كما ترى لا يرجع إلى مستند صالح بعد فرض كون النهى لأمر خارج لا يترتب عليه فساد، و معلوميه كون القبض شرطا فى صحه العقد، و عدم اعتبار ما كان بغير إذن الواهب لظهور الأدله فى اعتبار الإقباض المعتبر فى تحققه الاذن كما أوأنا إليه سابقا.

كل ذلك مع أن الفاضل و ولده و الشهيدين و غيرهم على ما حكى عنهم قد صرحوا فى كتاب الرهن بصحه قبض المشاع من دون اذن الشريك، و ترتب أثر الرهانه عليه، و إن تعدى به معللين له بأن النهى إنما هو لحق الشريك لا للاذن من قبل الراهن الذى هو المعتبر شرعا، و كونه قبضا واحدا لا ينافى الحكم بالوقوع لاختلاف الجهه، و مثله آت فى المقام إذا لا فرق بينهما بعد فرض كون القبض شرطا فى الصحه فيهما.

و من ذلك يعلم الحال أيضا فى هبه المرهون و إقباضه بدون إذن المرتهن و ان استشكل فيه فى القواعد، بل عن الإيضاح و غيره عدم الصحه لما سمعته من التعليل المزبور الذى عرفت ما فيه.

نعم قد يقال: بعدم الحكم بحصول الملك فعلا حتى يقع الفك له، و إلا انكشف فساد الهبه، و لعله المراد من قوله فى القواعد فإن سوغناه لم يحصل الملك، فإن فك صحت الهبه أو يقال بحصول الملك له بذلك، و لكن حق الرهانه على تعلقها، و لا يمنع ذلك من التسلط على بيعه و إن انتقل إلى غير الواهب إذ هو كانتقاله إلى الوارث مثلا.

نعم تبقى الصحه مراعاة لو وهبه المرهون و لم يقبضه، فإن بيع ظهر البطلان، و إن انفك فللراهن الخيار فى الإقباض و عدمه بعد ما ستعرف من عدم اشتراط فوريه القبض.

و من ذلك يعلم أيضا الكلام فى هبه المستأجر و لغير المستأجر، ضروره اتحاد المدرك فى الجميع، و قد تقدم فى كتاب الرهن ماله نفع تام فى أمثال هذه المباحث كما أنه تقدم فى كتاب

البيع فى بحث اشتراط القدره على التسليم ما يستفاده منه صحه الهبه لغير المقدور على تسليمها حال الهبه إذا اتفق الإقباض بعد ذلك.

فما عن المبسوط و التحرير و التذكرة من اشتراط صحه هبه المغصوب لغير الغاصب بالقدره على الانتزاع بل عن الأخير التصريح بفسادها، و فساد هبه الآبق و الضال لامتناع الإقباض كما ترى لا دليل عليه فيما كان إقباضه ممكنا، و إن كان غير مقدور الآن فيصح حينئذ، و يتم بالإقباض كما أوضحنا فى البيع الذى فرق واضح بينه و بين المقام من حيث المعاوضه و عدمها.

نعم هى نحوه إذا كان فيها عوض، و يكون المدار على ما يعد سفها فى أنظار العقلاء.

و لو وهب لاثنين شيئا مثلا فقيلا و قبضا، و ملك كل واحد منهما ما وهب له و لو مشاعا لوجود المقتضى من العمومات و ارتفاع المانع فإن قبل أحد هما و قبض، و امتنع الآخر، صحت الهبه للقباض منهما لاجتماع شرائط صحتها فيه دون الآخر، و ليس ذا من تبعض العقد، فإنه باعتبار تعدد القابل كان بمنزله عقدين كما لو اشترى دفعه، فإن لكل منهما حكم نفسه فى الخيار و نحوه كما فى المسالك و غيرها.

قلت: و عليه يجوز للواهب الرجوع بهبه أحدهما دون الآخر، و كذا الحال فيما لو تعدد الواهب، و اتحد القابل.

نعم لو تعدد المال الموهوب قد يشكل جواز الرجوع بأحد هما دون الآخر، بناء على أن رجوعه فسخ للعقد، لاقتضائه التبعض فى العقد الواحد، و ليس كالواقع من أصله مبعضا نحو أن يهب ماله و مال غيره، أو ما تصح هبته و ما لا تصح هبته.

و كان الوجه فى ذلك معلوميه عدم اعتبار الوحده فى متعلق العقد، بل هى كغيرها فى اقتضائه، بخلاف تعدد القبول أو الإيجاب، فإنه فى قوه التعدد، و إلا لاقتضى مشروعيه عقد واحد متعدد إيجابه، و يتحد قبوله، و بالعكس و هو غير معهود، بل المعهود خلافه، من أن العقد هو الإيجاب و القبول فلا بد حينئذ من جعل إيجاب، و لو تنزيلا مقابلا للقبول مع فرض تعدده، و بالعكس، و ربما كان العرف يشهد لذلك أيضا، و مع الإغضاء عن ذلك

كله و جعل التعدد فى الإيجاب و القبول كالتعدد فى المتعلق بالنسبه إلى إطلاق مصداق العقد اتجه حيثئذ الواحده فى الفرض و نظائره، و أشكل الفسخ حيثئذ فى بعض دون آخر فتأمل جيدا و الله العالم.

و يجوز تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه بلا خلاف معتد به أجده فيه بل الإجماع بقسيمه عليه، بل يمكن دعوى تواتر النصوص به أو القطع به منها مضافا إلى أصول المذهب و قواعده، فما عساه يظهر من المحكى عن ابن الجنيذ من حرمه ذلك و تعديته إلى باقى الأقارب مع التساوى فى القرب فى غايه الضعف، بل مسبوق بالإجماع و ملحق به.

و يمكن أن يريد به الكراهه، فإنه و إن قلنا بالجواز لكنه على كراهيه كما هو المشهور، بل فى محكى التذكرة نفى الخلاف فيه، و لعله كذلك و لا ينافيه إطلاق نفى البأس عن ذلك فى محكى المقنعه المحتمل إرادته بيان الجواز بل مقتضى إطلاق الفتاوى و مقعد نفى الخلاف عدم الفرق فى ذلك بين حالى الصحه و المرض، و العسر و اليسر، خلافا لما عن المختلف من قصرها على حال المرض أو الإعسار، و عن بعض نسخه «عليهما».

و فى محكى النهايه و يكره فى حال المرض إذا كان الواهب معسرا، و إن كان موسرا لم يكن به بأس، و لعله لإطلاق النصوص فى الجواز، و أنه قد فعل ذلك الأئمه عليهم السلام على كثرتها حتى عقد لها فى الوسائل بابا(١)، و ليس فى شىء منها إشاره إلى كراهه، سوى

خبر أبى بصير(٢) عن الصادق (عليه السلام) «و قد سأله عن الرجل يخص بعض ولده بالعطيه قال: إن كان موسرا فنعم، و إن كان معسرا فلا».

و موثق سماعه(٣) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عطيه الوالد لولده فقال: إذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء، فاما فى مرضه فلا يصلح».

و خبر جراح المدائنى(٤) قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) «عن عطيه الوالد لولده يبينه قال: إذا أعطاه فى صحته جاز»

مع أن الأخيرين ليسا فى التفضيل، بل و إن كان الولد

١- ١ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب أحكام الهبات.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١١.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٤.

واحدًا، و محتملان إرادته بيان عدم مضي ذلك من الأصل إذا كان في مرض الموت فلم يبق إلا خبر أبي بصير.

لكن لما كان الحكم الكراهه التي يتسامح فيها، و يكفي فيها بعض ما سمعت، مضافا إلى

النبي العامي (١) «إنه قال: لبشير أبي النعمان لما نحل ابنه النعمان غلاما، أكل ولدك نحلتهم مثل هذا؟ فقال لا، فقال: اردده» في روايه و في أخرى «أرجعه»، و في ثالثة «اتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم» و في رابعه «لا تشهدني على جور»

و إلى ما في ذلك من مثار و الشحناء و البغضاء و الحسد و جب حمله على شدة الكراهه الواضح و جهها باقتضاء ذلك حرمان الوارث أو النقض المضر به خصوصا بعد إمكان حمل ما في نصوصهم (عليهم السلام) من وقع التفصيل منهم على المزيه في الفضل، أو النقض في المفضل عليه بناء على زوال الكراهه بذلك كما في محكى التحرير و الحواشى و الروضه و جامع المقاصد، و نفى عنه البأس في المسالك.

و على كل حال فالأمر سهل بعد أن كان الحكم من السنن و الله العالم.

و إذا قبضت الهبه بالإذن فإن كانت للأبوين لم يكن للواهب الرجوع إجماعا محكيا مستفيضا أو متواترا و محصلا، و خلاف المرتضى فيهما و في الأولاد و غيرهما من الأرحام منقرض و لذا لم

يعتدوا بخلافه، و أن نسبه إلى إجماع الإماميه و كذا لا يرجع ان كان الموهوب ذا رحم غيرهما و لكن فيه خلاف حتى في الولد في الجملة و إن حكى الإجماع عليه في محكى كشف الرموز و المختلف و المذهب البارع و غايه المرام و الدروس في الصغار، و المختلف في هبه الأب ولده، و ظاهر الوسيله و التذكرة.

و في المسالك الظاهر أن الاتفاق حاصل فيه، و عن التنقيح، و ظاهر جامع المقاصد أنه لا خلاف فيه، بل عن الآبي إنى سألت المصنف عن الإخلال بذكر الأولاد مع أن الإجماع حاصل منهم أيضا فقال كان زيغا من القلم، لكن عن موضوع من المبسوط يصح الرجوع ان وهب أولاده الكبار دون الصغار و به جمع بين الاخبار في المحكى من موضع من التهذيب و الاستبصار.

اللهم إلا أن يحمل ما فى المبسوط على ما قبل القبض، و ما فى كتابى الاخبار على أنه احتمال للجمع لا مذهب.

و على كل حال فالحكم فى المقامين واحد، بل التذكرة لا فرق بين الولد و ولد الولد و إن نزل الذكور و الإناث عند علمائنا، لا صلاة اللزوم، و إطلاق ما دل من النصوص على عدم جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض المقتصر فى تقييدها على غير المقام و خصوص ما مر من النصوص فى الأولاد الصغار هنا و فى الصدقة و غير ذلك.

و أما باقى الأرحام فالمشهور نقلا و تحصيلا أنهم كذلك أيضا، بل فى الرياض عليه عامه من تأخر، بل قيل قد يظهر من التحرير الإجماع عليه، بل عن الغنية دعواه صريحا و هو الحجة بعد ما سمعت، و بعد.

صحيح ابن مسلم (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) «الهبة و النحلة يرجع فيهما صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم، فإنه لا يرجع فيها».

وصحيح ابن مسلم (٢) بن أبى عبد الله و عبد الله بن سليمان «قالا سألتنا أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يهب الهبة أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوى القرابه و الذى يثاب عن هبته و يرجع فى غير ذلك».

خلافاً للمحكى عن أبى على و موضع من السرائر، و ما سمعته من علم لهدى فجوز الرجوع فيها، و فى محكى الخلاف إذا وهب لأجنبى أو لقريب غير الولد فإن الهبة تلزم بالقبض و له الرجوع، و ادعى عليه فى الأول إجماع الفرقه و أخبارهم، و به جمع بين الاخبار فى المحكى عن تهذيبه و كأنه أراد

موثق داود (٣) عن أبى عبد الله (عليه السلام)، «و أما الهبة و النحلة فإنه يرجع فيها حازها أو لم يحزها و إن كانت لذى قرابه»

و مثله صحيح المعلى بن خنيس و مرسل ابان، لكن لا يخفى عليك أن مقتضى قواعد الفقه طرحها فى مقابله ما عرفت، لعدم المكافاه من وجوه أو

١- ١ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب أحكام الهبات - ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب أحكام الهبات - ٢.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب أحكام الهبات - ٢ - ١ - ٣.

تأويلها بجعل قوله (عليه السلام) «وإن» إلى آخره قيّدا لقوله (أو لم يحز) على معنى جواز الرجوع بها قبل القبض، وإن كانت لذي قربي، أو غير ذلك.

و من الغريب ما في الكفايه من حمل تلك النصوص على الكراهه، و أغرب من ذلك حملها عليها مع قطع النظر عن هذه النصوص لمعارضتها إطلاق ما دل على جواز الرجوع قال: «لأنه أولى من التقييد و يشهد له هذه الاخبار الثلاثه» و هو كما ترى لا يستأهل ردا و الله الهادي لنا و له.

و المراد بالرحم في هذا الباب و في الصله و غيرهما مطلق القريب المعروف بالنسب و إن بعدت لحمته و جاز نكاحه، و في المسالك «أنه موضع نص و وفاق» مضافا إلى آيه (١) «أولوا الأرحام» و الصدق العرفي و غير ذلك، فما عن بعضهم من اختصاصه بمن يحرم نكاحه شاذ محجوع بما عرفت و الله العالم.

و إن كان الموهوب أجنبيا فله أى الواهب الرجوع ما دامت العين باقيه، فإن تلفت فلا رجوع بلا خلاف معتد به في شىء من ذلك، بل عن الغنيه و السرائر و كشف الرموز و التذكرة و ظاهر التنقيح الإجماع عليه، بل لم يحك الخلاف فيه إلا من المرتضى فجوز الرجوع على كل حال و لعله لا يقول به في الفرض الذى هو تلف العين، و خروجها عن قابليه الرجوع بها، و

الرجوع إلى ضمان قيمتها لا دليل عليه و مناف لأصل البراءه و غيرها.

و

في صحيح جميل و الحلبي أو حسنهما (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله ان يرجع فيها، و إلا فليس له»

مضافا إلى إطلاق ما دل على جواز الرجوع بها من المعترضه المستفيضه المقتصر في الخروج منها على المتيقن.

نعم الظاهر ما هو صريح بعض بل عن المهذب البارع الإجماع عليه، عدم الفرق في ذلك بين كون التلف من الله تعالى شأنه أو من غيره و لو المتهب بل في المسالك و عن جامع المقاصد

١- ١ سورة الأنفال الآيه - ٧٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب أحكام الهبات الحديث - ١.

و الكفايه عدم الفرق بين تلف الكل أو البعض و إن كان قد يشكل ذلك فيما يصدق عليه قيام الهبه بعينها كتلف الظفر و نحوه، و لعلهم لا- يريدونه، كما يشهد له التعليل فى المسالك لما ذكره بان العين مع تلف جزء منها لا تعد قائمه بعينها بل لعلهم لا يريدون أيضا تلف بعض الموهوب المتعدد كعبدین و نحوهما، اللهم إلا أن يقال: إنه و إن تعدد فهو هبه واحده، و المدار على قيامها.

و فيه ان الأصل جواز الرجوع، و الفرض محل شك- فيبقى على مقتضاه اقتصارا فى الخارج منه على المتيقن و الله العالم.

و كذا لا رجوع بها إن عوض عنها و لو كان العوض يسيرا بلا خلاف أجده فيه حتى من المرتضى بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منه مستفيض أو متواتر مضافا إلى

صحيح عبد الله بن سنان (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إذا عوض صاحب الهبه فليس له أن يرجع».

و صحيح عبد الرحمن و عبد الله بن سليمان (٢) المتقدم سابقا، بل ظاهر إطلاق النص و الفتوى عدم الفرق فى العوض بين أن يكون فى نفس العقد أو بعده بأن أطلق فى العقد ثم بذل العوض بعد ذلك.

نعم صرح جماعه باعتبار بذله على أنه عوض، و قبول الواهب له على ذلك، إذ هو حيثئذ هبه جديده، و لا يجب عليه قبولها، و لا- بأس به اقتصارا فى الخروج عن أصل الجواز على المتيقن، و منه يعلم المناقشه فيما فى القواعد و بعض من تأخر عنها، من الاكتفاء بها و لو كان من بعضها، بل المتبادر من المعاوضه هو كون أحد العوضين غير الآخر، و الا لزم صدق المعاوضه بدفعها جميعها إليه، و من المعلوم كون مثله ردا لا معاوضه، كما هو واضح.

و هل تلزم الهبه بالتصرف فى الموهوب غير المتلف لعينه؟ قيل: و القائل الشيخ و

القاضى و أبو الصلاح و صاحب الرائع و ابن حمزه فى

١- ١ الوسائل - الباب - ٩- من أبواب أحكام الهبات الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦- من أبواب أحكام الهبات الحديث - ١.

الواسطه و ابنا إدريس و سعيد و الآبى و الفاضل و ولده و الشهيدان و المقداد نعم تلزم بذلك بل هو المشهور نقلا و تحصيلا، بل عن الخلاف نسبه ذلك فى قصر الثوب- فضلا عن غيره من التصرف- إلى إجماع الفرقه و اخبارهم.

و فى محكى المبسوط نسبه إلى روايه أصحابنا، و أنه الذى يقتضيه مذهبنا، و عن السرائر و كشف الرموز الإجماع عليه، و هو الحجه مضافا إلى أصاله اللزوم و خصوص إطلاق ما دل عليه فى الهبه بالقبض، و إن خرج عنه ما خرج.

و صحيح الحلبي (١)المشترط جواز الرجوع ببقاء الهبه بعينها قائمه بناء على انتفاء ذلك بمطلق التصرف و إلى منافاه الرجوع القواعد فى خصوص التصرف الناقل للملك خصوصا إذا كان على وجه اللزوم، فإن التسلط على فسخه مناف لما دل على لزومه، و إلزام المتهم بالقيمه مناف لقاعده البراءه و الضرر و غيرها، بل دليل الرجوع لا يقتضى إلا العين و كذا الكلام فى التصرف المانع من الرد بالخيار فضلا عن المقام.

و لكن مع ذلك كله قيل لا تلزم بالتصرف و هو الأشبه عند المصنف خاصه و ان حكى عن المفيد

و أبى الصلاح و ابنى حمزه و زهره لكن فى المقنعه الأول و كذا إذا أحدث فيها حدثا لم يكن له سبيل إلى الرجوع، و فى محكى الكافى للثانى فى الهديه التى هى من الهبه و له الرجوع فيها ما لم يتصرف من أهديت إليه و عن الواسطه للثالث موافقه المشهور، بل فى كشف الرموز أنه حكى المشهور عن الشيخين و أتباعهما، و ابن البراج و صاحب الرائع، و صاحب الواسطه.

نعم ربما كان ظاهرا المحكى عن المراسم و الغنيه، و لأنه قال فى الأول: «إن هبه الأجنبى على ضربين هبه ما يستهلك، و هبه غيره، فما كان مما يستهلك كالمواكيل و استهلك فلا رجوع، و ما لم يكن من ذلك فعلى ضربين، معوض عنه و غير معوض عنه فما عوض عنه لا يجوز الرجوع فيه، و ما لم يعوض يجوز الرجوع فيه».

و فى الثانى قد جعل الضرب الذى لا- يجوز الرجوع فيه ما استهلكت فيه الهبه أو تعوض عنها، و كانت لذى رحم، أو كان الموهوب له ممن يصح التقرب بصلته إلى الله تعالى و قال: الضرب الثانى ما عدا ما ذكرنا، و يدل على ذلك الإجماع و هو الحجة بعد استصحاب الجواز و خصوص إطلاق ما دل عليه من المعتبره المستفيضه المتقدمه سابقا التى لا يقدر فى دلالته على ذلك خروج ما خرج منها بدليله، بعد ما تحرر فى الأصول «أن العام المخصوص حجه فى الباقي».

و فيه أن بعض ما سمعت يكفى فى الخروج عن ذلك، فضلا عن جميعه، إذ العام لا- يعارض الخاص، و المطلق لا- يعارض المقيد، فضلا عن مثل المقام الذى قد عرفت اعتضاد أدلته مع اعتبارها فى نفسها بالشهره العظيمه و الفرض عدم معارضه شىء لها عدا مطلقات، حتى إجماع الغنيمه، فإن معقده عام فلا يعارض ما عرفت من الإجماعات الخاصه و غيرها.

و من الغريب ما فى الرياض من جعله العمده فى دليل هذا القول، حتى أنه مال إليه بعد شدة اضطراب فى آخر كلامه، و أغرب من ذلك كله التمسك فى هذه المسأله للقولين بعمومات و مطلقات و نحوهما، مع أن العمده إنما هو صحيح الحلبي (١)، بل لا دليل على اللزوم بالتلف الذى اتفقوا عليه إلا- هو، بل ربما كان ظاهر من خص الحكم بالتلف، دون باقى التصرف أنه فهم منه منافاته خاصه للقيام بعينها، و إن كان هو كما ترى، ضروره أنه كما يدل على غيره مما لا يصدق عليه شرط الرجوع الذى هو على الظاهر بقاء نفس عين الموهوب قائما فى يد المتهم بالهبه السابقه ليستحق الرجوع به، فمتى تصرف فيه تصرفا منافيا لذلك لم يجر الرجوع، لانتفاء شرطه، و يمكن إرادته القائل باللزوم به التصرف الذى هو كذلك لا مطلقه الذى لا ينافى شيئا من ذلك و يصدق معه بقاء نفس العين قائمه فى يد المتهم، و إلا- لم يبق لأخبار جواز الرجوع فى الهبه على كثرتها موضوع، ضروره صدق التصرف بوضعه بعد قبضه و يسقى الدابه و علفها و لمسها و ركوبها و نحو ذلك كما أنه يمكن إرادته المصنف عدم اللزوم بمطلقه لا ما كان منه نحو التلف فى انتفاء شرط الرجوع. و

حينئذ تلتئم كلمه الجميع، و تذهب متعبه ثانى الشهيدين و أطنا به فى

ترجيح خيره المصنف و بطلان القول الآخر حتى ذكر له أدله عشره، و ردها أجمع و لكن قد ذكرها على وجه يدخل بعضها فى بعض و يسهل الجواب عنها أجمع و ظن أن ذلك أقصى ما يقال لهم، و لا يخفى عليك أنه أطناب فى غير محله، و إنما الأصل فى المسأله الصحيح المزبور(١)الذى لا اشكال فيه من حيث السند لأنه و إن عد من قسم الحسن إلا أنه كالصحيح، بل أعلى من بعض أفراده و تحريره أنه الأصل فى الهبه للزوم، أو الجواز الذى ستسمعه فى المسأله الآتية فمن خص مفهومه بصورة التلف، اقتصر فى اللزوم عليه، و من جعل مفهومه أعم من ذلك كما هو الواقع ضروره كونه أعم منه كما عرفت، تعدى من التلف إلى غيره مما يدخل فى المفهوم المزبور، بل إليه نظر القائل بالتفصيل الذى نسبوا إلى الدروس و ابن حمزه و جماعه، و هو اللزوم بالخروج عن الملك، أو تغيير الصورة كقصاره الثوب و نجاره الخشب و الوطء للأمه و عدمه بدون ذلك كالركوب و السكنى و اللبس، بل عن ابن حمزه زياده و لا يقدر الرهن و الكتابه بل قيل: ان مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين العود إلى ملك الواهب و عدمه، مع أن غير واحد من الأصحاب جعل فى المسأله قولين لا غير، بل قد سمعت احتمال

كون القول فيه واحدا لبعده التزام القول باللزوم بمطلق التصرف كبعده التزام اللزوم فى خصوص التلف، مع أن الصحيح المزبور شامل لغيره قطعاً، و لعله لذا جعل فى الدروس التصرف بالخروج عن الملك خارجاً عن محل الخلاف كالتلف لكن فى المسالك ان التفريع على القول بالجواز مطلقاً واضح فيما لا يحصل مع التصرف نقل الملك، و لا مانع من الرد كالاستيلاء، أما معهما فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضاً من غير استثناء، و عموم الأدله يتناولوه و حينئذ فلا يتسلط على رد العين، الانتقال الملك إلى غير الموهوب فى وقت كان مالكا، فوق التصرف صحيحاً، و لكن يرجع إلى قيمه العين، و فى اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل و جهان أجودهما الأول، لأنه وقت انتقال الملك له الموجب للقيمه جمعا بين الحقين».

و هو من غرائب الكلام ضروره عدم تعقب الهبه المجانيه الضمان المنافى لأصول المذهب و قواعده، و لعله التزام القائل بفسخ العقد المترتب عليها مع بقاء العين لأنه انتقل إليه ملك

جائز، أولى من ذلك، و إن كان فيه أن الأدله إنما اقتضت فسخ الهبه من حينها، لا البيع الذى مقتضى دليله اللزوم، فلا محيص حينئذ عن القول باللزوم و ان الرجوع بالهبه إنما هو عينى لا عقدى، كالخيار، بل قد يحتمل كون الرجوع غير فاسخ و لا ناقص لعقدها، كما عن بعض الشافعيه، و انما هو سبب شرعى لانتقال العين من المتهب إلى الواهب إذ النصوص إنما أفادت الرجوع الذى هو أعم من فسخ العقد الذى مقتضى العقد لزومه، و لعل هذا يكون وجهاً للقول بكون القبض فيها شرطاً للزوم، مع قوله بأن له الرجوع، على معنى أن له فسخ العقد قبله، لا بعده، و إن جاز له الرجوع المقتضى لانتقال العين من المتهب إلى الواهب، إلا أن هذا الرجوع مشروط بقيام العين نفسها فى يد المتهب بالهبه التى كانت السبب فى ذلك على الحال الذى انتقلت إليه و من هنا لم يكن له الفسخ بعد موت المتهب على الأصح لانتقال الملك فيها إلى الوارث الذى لم يثبت سببه الرجوع به، بل بناء على أن الرجوع فسخ، يتجه اشتراطه حينئذ بذلك للصحيح المزبور، الكاشف عن أن حق الرجوع بالهبه إنما هو الرجوع بها نفسها من حيث كونه ملكها بالهبه.

و من هنا يظهر لك النظر فيما فى المسالك من التفريع على القول باللزوم، قال: «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، لبطان حق الرجوع بذلك، فعود يحتاج إلى دليل، و لو كان عوده بخيار أو فسخ لعيب و نحوهما مما يوجب من حينه فكذلك، لتحقق انتقال الملك مع احتمال عود الجواز، نظر إلى ارتفاع العقد و وجوب 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 ثم كان النماء المتخلل لمن انتقل إليه دون المتهب».

إذ لا يخفى عليك ما فيه من الفرق بين الإقاله و الفسخ بالخيار أولاً، و من دعوى سببه ملك جديد بالفسخ ثانياً، مستدلاً عليه بالنماء، مع معلوميه أن الملك إنما هو الأول و لكن عاد جديداً و تبعيه النماء لذلك، و إنما الكلام فى ظهور الصحيح المزبور باشتراط الرجوع ببقاء ملك الهبه على حاله الذى انتقل به و عدمه، كما أن الكلام فى غير ذلك من محل الشك بالنسبه إلى الشرط المزبور كوطئ الأمه و رهن العين و مكاتبه العبد و نحو ذلك مما يرجع فيه إلى الأصل المزبور،

مع فرض الشك في تحقق الشرط فيها فلا يلتفت هنا إلى ما يقال من اقتضاء ما قلناه و نحوها الخرق للإجماع المركب بإحداث قول جديد ضروره عدم القطع بالمسأله حتى يترتب عليه ذلك، بل مدارها على الاجتهاد في مفاد جديد الصحيح المزبور، و في تأسيس الأصل المذكور، و قد بينا لك الحال بعد أن دفننا إليك القسطاس المستقيم فزن به مستعينا بالله الرؤوف الرحيم، و منه يظهر لك ما في جملة من الكلمات المتأخره عن المسالك، و الله هو العالم و الهادي.

و تستحب العطيّه لذي الرحم و إن لم يكن فقيرا بلا خلاف، و لا إشكال في شىء من ذلك، و تتأكد في الوالد و الولد الذين هم أولى من غيرهم من الأرحام، لأنها من صله الرحم المعلوم ندبها كتابا(١) و سنه(٢) و إجماعا بل لعله من الضروري بل في المسالك «و إنما تستحب عطيه الرحم حيث لا يكون محتاجا إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها و إلا وجبت كفايه إن تحققت صله الرحم بدونها، و إلا وجبت عينا، لأن صله الرحم واجبه عينا على رحمه، و ليس المراد هنا مجرد اجتماع البدن، بل ما يصدق معه الصله عرفا، و قد يتوقف ذلك على المعونه بالمال، حيث يكون الرحم محتاجا، و الآخر غنيا لا يصره بذلك ذلك القدر الموصول به، بل قد تتحقق الصله بذلك، و إن لم يسع إليه نفسه، كما أن السعى إلى زيارته بنفسه غير كاف فيها مع الحاجه على الوجه المذكور، و تبعه على ذلك في الكفايه.

و لكن قد يشكل ذلك فيما لا يرجع إلى وجوب الإنفاق، لمنافاته للأصول و عدم عدادهم له في الواجبات، و عدم بيان مقداره غير ذلك، اللهم إلا أن يفرض تحقق قطع الرحم بدونه، و قلنا بحرمة بالنسبه إلى ذلك، و هو كما ترى، و الله العالم.

و كذا تستحب التسويه بين الأولاد في العطيّه بلا خلاف فيه بين العلماء كما في محكى التذكرة، بل في محكى الخلاف، لا فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى بإجماع الفرقه و أخبارهم، مضافا إلى ما سمعته من الأمر بالنسويه في النبوى المتقدم سابقا في كراهه التفضيل و المنساق من التسويه جعل الأنثى

كالذكر، و ان تفاوتت معه في الإرث لا كما يحكى عن شريح و أحمد و محمد بن الحسن من

١-١ سورة النساء- الآيه- ١، و سورة الأنفال الآيه- ٧٥، و سورة محمد الآيه- ٢٢.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب الصدقه.

جعل الذكر ضعف الأنثى، و يكره الرجوع فيما تهبه الزوجه لزوجها، و الزوج لزوجته عند الأكثر في المفاتيح و عندنا في محكى المبسوط بل عن الخلاف و الغنيه الإجماع عليه و قيل: و القائل الفاضل و فخر الإسلام و المقداد و القطيفي و ثاني المحققين و الشهيدين و الخراساني و الكاشاني بجريان مجرى ذوى الرحم فى اللزوم بل عن التذكرة حكايته عن جماعه، كما عن التحرير و الحواشى للشهيد حكاية عن الشيخ و كأنه مال إليه أول الشهيدين و الأول أشبه عند المصنف لإطلاق ما دل على الرجوع بها، و خصوص

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (عليهما السلام) «أنه سئل عن رجل كانت له جارية فأذته امرأته فيها فقال: هي عليك صدقه فقال: إن كان قال ذلك لله فليمضها، و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها»

و الإجماع المحكى.

و فيه: أن الإطلاق المزبور معارض بإطلاق ما دل على المنع فيها من النصوص و غيرها، و الصحيح معارض ب

صحيح عبيد بن زراره (١) عن الصادق (عليه السلام) «لا ينبغي لمن أعطى الله تعالى أن يرجع

فيه و ما لم يعطه الله و فى الله، فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه حيزت أو لم تحز و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأه فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز، أليس الله تعالى يقول «و لا يحلُّ لكم أن تأخذوا ممَّا آتيتُموهنَّ شيئاً» و قال «فإن طبنَّ لكم عن شئٍ منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً» و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه»

المؤيد ب

صحيح ابن بزيع (٢) «سألت الرضا (عليه السلام) عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئاً و هبه لها، من غير طيب نفسها من خدم أو متاع أ يجوز ذلك له؟

قال: نعم، إذا كانت أم ولده»

بناء على أن المراد بالشرط مملوكته، لعدم صحه الهبه لها، فيدل بمفهومه حينئذ على عدم الجواز إذا كانت زوجته، و إجماع الشيخ موهون بمصيره نفسه إلى خلافه، على ما حكى عنه، و حمل الصحيح المزبور على الكراهه ليس بأولى من حمل الصحيح الأول على فساد الصدقه، بخلوها عن القربه، بل هذا أولى، إن لم يكن متعينا و ترجيح الأول بمخالفته لمذهب أبى حنيفه معارض بموافقه الثانى للكتاب، بل منه يستفاد كون الآيه (٣) دليلاً مستقلاً لا يصلح لمعارضتها حينئذ ما سمعت، فضلاً عن أن يحمل ما فيها من النهى

١- ١ الوسائل- الباب- ١٠- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٠- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ٢.

على الكراهه بعد التصريح فى الخبر بتناول ذلك للصداق و الهبه و لعل هذا هو الذى دعا صاحب الكفايه إلى القول بعدم الجواز هنا مع قوله بالجواز فى هبه ذى الرحم فما أظن فى التعجب منه فى الرياض حينئذ فى غير محله.

و المناقشه- فى الصحيح المزبور باشماله على ما لا يقول به أحد من لزوم الهبه قبل القبض - يدفعها عدم خروجها بذلك عن الحجية فى غيره، مع أن الصحيح الأول فى الصدقه التى تنزلها على الهبه مع عدم القصد بكونها لله ليكون مما نحن فيه ليس بأولى من حملها على الصدقه غير لازمه أو غير صحيحه، بناء على اشتراط القربه فى صحتها أو لزومها، بل هذا أولى لما فيه من بقاء الصدقه على حقيقتها، و مع التنزل عن ذلك كله فلا- أقل من الشك، و الأصل اللزوم، و لو لاستصحاب الملك و قوله (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و دعوى أن الهبه من العقود الجائزه، و إن اعترافها اللزوم فى بعض أفرادها بل هذا أولى، لأن اللزوم قد يعتريه الجواز حتى البيع الذى فيه خيار المجلس، و العيب، و الغبن، و غيرها، و أما العقد الجائز فلزومه إنما يكون بأمر خارجى كشرط و نحوه على أنه قد ذكروا فى غير مقام الإجماع على انفساخ العقد الجائز بالجنون و الإغماء و الموت و من المعلوم هنا خلافه، و ذلك كله دليل على أن الهبه من العقد اللزوم، و إن اعترافها الجواز فى بعض أفرادها بل قد يقال: إنه و إن اختلف إطلاق النصوص فى ذلك باعتبار إطلاق الرجوع فى بعضها، و عدمه فى آخر، بل ربما كان دلاله بعضها على الجواز أظهر، لذكر الفرد اللزوم على جهه الاستثناء، إلا أن الأصل

فى العقد اللزوم، للاستصحاب بل و الآيه (٢) فتأمل جيدا فإنه نافع فى غير المقام أيضا و الله العالم.

[النظر الثانى فى حكم الهبات و هى مسائل]

إشاره

النظر الثانى: فى حكم الهبات و هى مسائل:

[المسأله الأولى لو وهب فأقبض ثم باع مثلا من آخر فإن كان الموهوب له رحما لم يصح البيع]

الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع مثلا من آخر فإن كان الموهوب له رحما، لم يصح البيع على وجه يترقب عليه أثره، بل يكون

١- ١ سورة المائده الآيه- ١.

٢- ٢ سورة المائده الآيه- ١.

فضولاً، و كذا إن كان أجنبياً و قد عوض أو نحو ذلك مما تكون الهبة به لازمه، ضروره وقوع البيع حينئذ على مال الغير، أما لو كان أجنبياً و لم يعوض فلا إشكال فى زوال ملك المتهب بل فى المسالك و عن ظاهر المحكى عن التذكرة الاتفاق عليه.

و إنما الكلام فى صحة البيع و فساده، و إليه أشار المصنف بقوله قيل: و القائل الشيخ و القاضى و يحيى بن سعيد على ما حكى عنهم يبطل البيع لأنه باع ما لا يملك و لأن الشىء الواحد لا يحصل به الفسخ و العقد، و لذا كان المصلى يخرج بتكبيره الإحرام الثانى من الصلاه، و لا يدخل بها فيها، و لأن البيع

موقوف على الملك الموقوف على الفسخ، المتأخر عن البيع، باعتبار كونه سبباً فيه، و السبب متقدم على المسبب، فلو كان الفسخ سبباً فى صحته لزوم الدور.

و قيل: يصح لأن له الرجوع و لكن لم أعرف القائل به ممن تقدم على المصنف نعم هو خير الفاضل فى جملة من كتبه و ولده و الشهيد فى الحواشى و المحقق الثانى و الشهيد الثانى و الخراسانى على ما حكى عن بعضهم لعموم (١) «أوفوا» و لأن العقد يدل على تحقق إرادته الفسخ، قبل العقد، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع و لأنه إذا تحقق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب فيصير العقد بمنزلة الفضولى، و قد ملكه من إليه الإجازة، بل هو أولى، لأن بايع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكا لها، بخلاف الفرض فإنه قاصد إلى البيع مطلقاً، و لأن ثبوت الفسخ فرع صحة العقد فى نفسه لأنه أثره، فلو كان البيع فاسداً لم يترتب عليه أثر و لأنه بأول جزء منه تنفسخ الهبة فيكون المحل قابلاً لمجموع العقد.

و لكن مع ذلك كله الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده عند المصنف لما عرفت، إلا أنه قد يناقش فيه بأن المسلم من الأول ما إذا اتحد مورد الفسخ و العقد لا مع التعدد، كما فى الفرض الذى هو فسخ الهبة و انعقاد البيع، و عدم الانعقاد بالتكبير الثانى

للنهي عنها، ولأنها وقعت في صلاها منعقدة، و لغير ذلك مما قررناه في محله، و الدور إنما هو دور معيه كما ستعرف.

كما أنه قد يناقش في أدله القول الثاني بفقد شرط وقوع البيع فيه و هو الملك لأنه لا يبيع إلا فيه، فلا وجه للتمسك بالعموم مع فقد الشرط المعلوم، و بما تقدم في إجازة الفضولي و الفسخ بالخيار، من اعتبار اللفظ الدال على ذلك ل

قوله (١) «إنما يحلل الكلام»

أو مطلق الدال و لو فعلا، و إنه لا- يكفي القصد المجرد عن ذلك، و بالشك في تناول دليل الفضولي لمثله، على ما تقدم في محله، و بالمنع من توقف الفسخ على صحة العقد بل حصول لفظ يدل عليه، و إيقاع البيع على هذا الوجه يدل على إرادته الفسخ فيقتضيه و إن تخلفت صحة البيع من حيث اشتراط تقدم الملك عليه، و بأن السبب مجموع العقد فلا يكفي ورود ما بقي على المحل بعد انتقاله إليه.

فالأولى من ذلك كله الاستدلال على الصحة بإطلاق ما دل على الرجوع الشامل للأفراد و القولية و الفعلية و منها حينئذ البيع و العتق و نحوهما، إذ ليس المراد منه تصور معنى الفسخ و إنشائه، بل و لا تصور معنى الرجوع و إنشائه بلفظه، و إنما المراد إيجاد ما يدل عليه أو يقتضيه من قول أو فعل، و منه المفروض فيكون حينئذ دالا على صحة البيع، و لو بالتزام إلا الاكتفاء في اشتراط الملك فيه بنحو ذلك، فيؤثر عقد البيع حينئذ فسخ ملك

المتهب، و رجوع الملك إلى الواهب و انتقاله عنه، كما أثر عقد بيع الأب على ولده انتقالا من البائع إلى المشتري و تحريرا، لأنه مقتضى الجميع بين

«لا عتق إلا في ملك» (٢)

«و من اشترى أباه انعتق عليه» (٣)

و قلنا بكفايه الترتب الذاتى عن الزمانى، جمعا بين الأدله، و كذا المقام، فإنه بعد أن شرع له الرجوع بالبيع لا محيص عن التزام ذلك كله فيه، كما أنه بعد أن شرع الرجوع بالوطى مثلا، كان فعله سببا لفسخ الملك عن المتهب مثلا، مقارنة لدخوله في ملك الواطى، لكى يقع الوطى في ملك، فلا يكون أوله محرما و ثانيه محللا و المقام من هذا القبيل عند التأمل، فلا وجه، حينئذ لهذه الإشكالات، التى منها أنه لا وجه لاقتضاء البيع الملك لشخصين في زمان واحد،

١- ١ الوسائل- الباب- ٨- من أبواب أحكام العقود الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب العتق الحديث- ١- ٢- ٦.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب العتق الحديث- ١- ٢- ٣.

إذ ليس هو بأعظم من اقتضائه الملك، و الخروج عنه فى زمان واحد فى صورته شراء الأب و الترتب الذاتى آت هنا، بان يقال اقتضى الانفساخ و الدخول فى ملك البائع و منه إلى المشتري كما هو واضح، فإن العمده ثبوت شرعيته المقتضيه ذلك كله، خصوصا بعد معلوميه كون الأسباب الشرعيه من قبيل الأوضاع الجعليه، فيجوز ذلك كله فيها، بعد مجىء

الدليل، لا أنها أسباب عقليه، و الله العالم. هذا كله فى الهبه الصحيحه.

و أما لو كانت الهبه فاسده صح البيع على جميع الأحوال من غير فرق فيها بين هبه الرحم و المعوض عنها و غيرهما، ضروره بقاء المال حينئذ على ملك مالكة بل فى القواعد الإجماع على ذلك، بل لعله كذلك فى حالى العلم بالفساد و الجهل به و إن كان قد يشكل فى الثانى مما فى المسالك من عدم قصده النقل عن ملكه، لبنائه على أنه ملك غيره، و العقود تابعه للقصود، و لعله لو علم بالفساد و أن المال ماله لم يبعه، بل على تقدير احتمال إرادته البيع مطلقا، فمجرد إيقاعه البيع أعم من قصده إليه على تقدير علمه بملكه و عدمه، و العام لا يدل عليه الخاص، فالقصد إلى البيع على تقدير كونه مالكا مشكوك فيه، فلا يكون العقد فيه معلوم الصحه.

لكن قد يدفع أولا: بأن المفروض صدور البيع منه على أنه رجوع بالهبه التى يزعم صحتها على حسب البيع المذكور فى المسأله السابقه، و هذا لا يكون إلا بقصد نقل ملكه و لعله لذا حكم فى القواعد الإجماع كما سمعت، و إن حكى الخلاف فيها فيمن باع مال مورثه فبان موته و استوجه الصحه فى كتاب البيع لوضوح فرق بينهما حينئذ.

و ثانيا: أن وقوع البيع يقتضى قصد نقل المال إلى المشتري، و كونه عنه أو عن غيره ليس من مشخصاته، و لذا لو قصد بيع مال الغير عن نفسه لم يخرج عن الفضوليه فكذا لو قصد بيع ماله- و لو واقعا- عن غيره لم يخرج عن كونه بيعا لازما، كما أنه يدفع الأخير بأن إيقاع العقد و اللفظ الصريح كاف فى الدلاله على القصد إليه شرعا، نحو نظائره من العقود، إذ لا يشترط فى صحته العلم بكونه قاصدا إلى ذلك الشئ ء حيث يكون شرعيا، بل يحمل إطلاق لفظه حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصدا بخلاف الهاذل و المكروه.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر فيما فى المسالك من استحسان الرجوع إلى قوله، بمعنى أنه إن أخبر عن قصده إرادته البيع و ان كان مالكا صح، و إن قصده لكونه فضوليا لم يصح على تقدير ظهور كونه مالكا لعدم توجه قصده إلى البيع اللازم و لأن هذا أمر لا يمكن معرفته إلا منه، فيرجع إليه فيه كمنظائره.

حتى أنه أشكل قول المصنف و كذا القول فيمن باع مال مورثه و هو يعتقد بقاءه الظاهر فى أن مفروض المسألة السابقه حال الجهل أيضا بقريته التشبيه بما قدمه من عدم قصده إلى البيع اللازم، و إنما قصد الفضوليه، فينبغى أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصا مع ادعائه عدم القصد على تقدير كونه مالكا، ثم قال: «و لعله أقوى لدلاله القرائن عليه، فلا أقل من احتمالاه احتمالا مساويا للقصد إلى البيع مطلقا، فلا يبقى و ثوق بالقصد المعترف فى لزوم البيع».

و فيه: ما لا يخفى بعد الإحاطه بما ذكرناه من عدم تشخيص العقد بذلك و إن قصده، فيترتب عليه حينئذ ما يقتضيه من الأثر، إن لزوما فلزوم، و إن فضولا ففضول، و حينئذ فلا مدخله لبيان جمل المطلق على قصد البيع لنفسه و عدمه، هذا.

و كأن المصنف عطف هذه المسألة على السابقه بقوله «و كذا» مشعرا بالفرق بينهما، لما ذكرناه أولا من فرض البيع الرجوعى الذى هو المبحوث عنه فى أصل المسألة و حينئذ لا- إشكال فى الفرق بينهما ضروره قصد البيع لنفسه و قد صادق اجتماع الشرائط فى الواقع حتى لو كان جاهلا- بالفساد، بل و لو كان زاعما صحه الهبه، و كانت لرحم، لكنه فعل ذلك لزعم جواز الرجوع الذى هو غير مشروع، و إن كان لا يخلو من اشكال و لعله على ذلك ينزل ما فى الدروس فإنه بعد أن حكى عن الشيخ تساوى مسألتى فساد الهبه و بيع مال مورثه فى الحكم بصحه البيع، و إن جهل الحال قال: «و قد يفرق بينهما بالقصد إلى صيغته صحيحه فى مال الموروث بخلاف الموهوب» فيسقط عنه ما اعترضه به فى المسالك- حيث أنه بعد أن حكى ذلك عنه قال: «و لا يخفى عليك فساد هذا الفرق فإن القصد إلى الصيغته الصحيحه بالمعنى المقابل للباطله حاصل فى المسألتين و بمعنى اللزوم منتف فيهما، و لا فرق بينهما أصلا- كما لا يخفى، إذ

قد عرفت من كلامه فى الفرض الذى ذكرناه و هو البيع لنفسه، و لو ظلما بإرادته الرجوع بالهبة اللازمه فى ظنه.

نعم قد عرفت أن الأقوى فى الصحه على التقدير المزبور لعموم الأدله، و ربما كان فى قول المصنف و كذا إذا أوصى برقيه معتقه و ظهر فساد عتقه إشاره إلى ما قلناه، فإنه نحو مفروض المسأله ضروره كونه أوصى برقيه يزعم عتقها، و من هنا استوجه فى المسالك كلام الدروس فيها، لعدم قصده إلى الوصيه الشرعيه بل بمنزله الهاذل و العايب بالنظر إلى ظاهر حاله، فلا ينفه ظهور ملكه بعد ذلك فى نفسه الأمر، بخلاف من باع مال غيره، فإنه قاصد إلى بيع صحيح شرعى غايته أنه جائز من قبل المالك، لكنه لازم من قبل المشتري، فهو عقد شرعى مقصود إليه، و إن لم يقصد إلى لزومه مطلقا لكنه كما ترى لا- دليل على اعتبار مثل ذلك فى الصحه، بل مقتضى عموم الأدله و إطلاقها الصحه و لذا كان بيع الغاصب- القاصد ترتب الأثر على بيعه معاملا للمغصوب معاملة مال نفسه و لو ظلما- من الفضولى، و دعوى أن ذلك و الفرض و أشباههما كالهازل و العايب غريبه، بل هو قصد صحيح فى نفسه كغيره من مقاصد عقلاء أهل الدنيا، و إن لم يترتب عليه أثر شرعى، بل من ذلك عقد الكتاييه و المخالفه متعه، فإن الظاهر الصحه و إن زعما الفساد فإن الصحه الشرعيه تترتب على القصد العرفى قصدت أو لم تقصد، بل و إن قصد عدمها بعد فرض حصول سببها الشرعى كما هو واضح. بل لعل السر فى ذكر المصنف و غيره المثالين المزبورين إرادته بيان اتحاد الحكم و أنه الصحه على جميع التقادير فتأمل جيدا لكن لا يخفى عليك محال النظر فيما فى المسالك و غيرها.

[المسأله الثانيه إذا تراخى القبض عن العقد ثم قبض، حكم بانتقال الملك]

المسأله الثانيه: إذا تراخى القبض عن العقد ثم قبض، حكم بانتقال الملك لعدم اعتبار الفوريه فيه، بلا خلاف أجده لإطلاق ما دل على شرطيته مما تقدم سابقا: بل لعل مرسل أبان منها ظاهرا فى عدم اعتبار الفوريه فيه، بل ينبغى القطع به بناء على أنه شرط للزوم لا الصحه، كما اعترف به بعضهم.

نعم فى القواعد «الإشكال فى ذلك، بناء على أنه شرط للصحة لكونه حينئذ جزء السبب، فأشبهه القبول، و للاقتصار على المتيقن» و فىه أن كونه جزء السبب لا يقتضى الفورىة بعد إطلاق الأدله، و وجوبها فى القبول باعتبار كونه جوابا للإيجاب، فىخرج حينئذ مع عدم الفورىة عن طريق التخاطب المعتبر فى العقود كالعربىة، و لعل الأولى فى وجه الاشكال احتمال توقف حقيقه الهبه عليه، لأنها عطيه و إيتاء، فالعقد بدونه لا يكون هبه كما هو مقتضى الخبر المتقدم «لا تكون الهبه هبه حتى يقبضها» منضما ذلك إلى دعوى ظهور الأدله فى أن الهبه التى يترتب عليها الأثر ليست إلا- شيئا واحدا يحصل فى زمان واحد مثل البيع و الإجاره و نحوهما، و حينئذ فسببته الهبه بناء على اعتبار ذلك فى مفهومها ينافيها التراخى، بل لا أقل من الشك فى شمول الأدله لها معه، و به يفرق بينه و بين غيره مما اعتبر القبض فى الصحة كالوقف و نحوه، مما هو غير داخل فى مفهومه، و إن اعتبر فى ترتب أثر السبب عليه، لكونه شرطاً له.

بل كان ذلك هو السبب فى اتفاق القائلين بكونه شرطاً للصحة على انتقال الملك به من حين ه أى القبض، لا أنه كاشف عن حصوله من حين العقد، و ليس كذلك الوصيه فإنه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول و إن تأخر القبض عنهما لعدم مدخليته فى الملك بها لإطلاق الأدله كما تسمع تحقيق الحال فيه إن شاء الله، مع أنه مقتضى القواعد- التى قررناها غير مره فى نظائره- كونه كاشفاً، بناء على أنه من الشرائط فما ذلك إلا لعدم حصول الهبه إلا به، فلا سبب متقدم عليه حتى يكون هو شرطاً كاشفاً، إلا أن الجميع كما ترى، ضروره عدم توقف الهبه بمعنى العقد عليه، و إن توقف بمعنى العطيه، و الكلام الآن فى الأولى فليس هو حينئذ بالنسبه إليها إلا شرطاً، و كان مقتضى ما عرفت أن يكون كاشفاً لكن ظاهر ما دل على شرطيته مع الإجماع حصول النقل به لا قبله و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو قال وهبت و لم اقبضه كان القول قوله]

المسأله الثالثه: لو قال: وهبت و لم اقبضه كان القول قوله بلا خلاف أجده فىه بل عن المبسوط و المهذب و التذكره و التحرير و الدروس و الحواشى أنه كذلك و إن قال: مع ذلك خرجت منه المراد منه أنى آذنت له فى قبضه كل ذلك لما عرفت من عدم دخول الإقباض فى حقيقه الهبه العقدىة، بناء على انصراف الإطلاق إليها، و لا يقدر فى ذلك كونه شرط

للصحة، فيكون إنكاره كدعوى الفساد المعلوم تقدم دعوى الصحة عليها، لما فى المسالك من الفرق بين الأمرين، فإن منكر الإقباض لا يدعى فساد الهبة، وإنما ينكر أمرا من الأمور المعتبره فيها، و أنها لم تحقق بعد، كما لو أنكر الإيجاب و القبول، و إن اشترك الجميع فى عدم صحة العقد بدونه، و هو تام لو كانت الدعوى من الواهب أما إذا كانت من وارثه التى هى دعوى الفساد بعد إقراره بأن مورثه قد وهب، و لكنه لم يقبض، بل قد يشكل ذلك فيه أيضا ضروره أن مبنى عدم كون الإقرار بالهبة إقرارا بالقبض الذى أحد أركان صحتها دعوى كون المعروف شرعا من الهبة هو الإيجاب و القبول خاصه و القبض و إن كان معتبرا فى الصحة إلا أنه خارج عن مهيتها، و قد تقدم فى تعريف الهبة أنه العقد إلى آخره و لا شبهه فى أن القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضى الإقرار بالآخر.

لكن قد يمنع ذلك بناء على ما تقدم غير مره من دخول المعاطاه فى مفهوم هذه الأسماء كالبيع و الإجاره و نحوهما و حينئذ فلا تكون أسماء للعقود حينئذ كى يتم الكلام المزبور، و يدفع بأن يقال إنا و إن قلنا: بعدم كونها أسماء للعقود نفسها لكنها اسم للأثر الحاصل بالعقد، و من المعلوم كونه التمليك المزبور، لا الأثر الحاصل من العقد و شرائطه و ليس القبض داخلا فى مفهومه و حصوله بالفعل لا يقتضى دخول ما أفاده الفعل من الإقباض فى حقيقته بل أقصاه حصول الأمرين به معا.

و حينئذ على كل حال فالإقرار بها ليس إقرارا به، بل لعله كذلك حتى لو قلنا بأن المعاطاه الفعلية نفسها هبه، ضروره تعدد أفرادها، و الإقرار بفرد منها لا يقتضى الآخر، فعلى مدعيه البينه حينئذ فيتجه ما ذكره المصنف كما أنه قد يدفع الأول: بأن دعوى الوارث عدم القبض ليس دعوى فساد، و إنما هى قائمه مقام دعوى المورث، و إن قارن ذلك حصول انفساخ بالموت لكن لا يكون به دعوى فساد على وجه تقدم عليه دعوى الموهوب، بأنه قد أقبض فتأمل و كيف كان فالإقرار بالهبة ليس إقرارا بالقبض نعم لو قلنا بدخول القبض فى مفهومها أتجه حينئذ عدم تقديم قوله و لكن قد عرفت فساد الدعوى المزبور.

نعم للمقر له إخلافه ان ادعى عليه الإقباض لعموم البينه، أما إذا

لم يدعه فلا يتوجه له عليه يمين، لعدم كونه منكرا حينئذ كما هو واضح لكن فى المسالك أنه منكر أيضا و لكن لا يمين عليه، إذ ليس كل منكر يتوجه على اليمين بمجرد الإنكار، بل لا بد من انضمام دعوى ما أنكره المنكر، و فيه ما لا يخفى، هذا و ليعلم أن المحكى عن المبسوط و المهذب و التذكرة و التحرير تقييد أصل الحكم المزبور بما إذا لم يكن الموهوب فى يد المتهم أو بما إذا كان فى يد الواهب على اختلافهم فى التعبير و مقتضاه أنه متى كان كذلك فالقول قوله، لأن كونه فى يده كناية عن إقباضه، و لعله لأنهم فرضوا المسألة فيما لو ضم إلى قوله و هبته خرجت منه إليه، الذى هو بمعنى الاذن بقبضه و إلا فمجرد كونه فى يده لا يدل على القبض بإذن، و من هنا حكى عن المبسوط فى باب الإقرار أن القول قول الواهب، و أنه لا فرق بين أن يكون الموهوب فى يد الواهب أو المتهم، لأنه قد يقبضه بغصب و غيره، بل قد يقال: أن الحكم كذلك حتى مع الضميمة المزبورة فإن الإقرار بالإذن لا يقتضى كون يده عليه حال الدعوى بالإذن السابقة ضروره كونها أعم من ذلك فتأمل جيدا.

و كذا لو قال: و هبته و ملكته ثم أنكر القبض فى أن القول قوله إذا كان ممن يرى أن الملك بالعقد و لو تقليدا، بل و إن لم يعلم حاله، لأنه يمكن أن يخبر عن وهمه و متى احتل فيه ذلك لم يحكم عليه بالإقرار بالقبض الذى تقتضى الأصول نفيه.

نعم لو علم أن مذهب المقر توقف الملك على الإقباض و لو تقليدا حكم عليه بالإقباض كما صرح به غير واحد لكن قد يناقش بإمكان إرادته التأكيد أو الهبه بصيغه التمليك الذى قد عرفت أنها تنعقد به، و مع ذلك يحتاج إلى القبض صحه أو لزوما، و دفعها- باقتضاء ذلك التأكيد الذى هو مرجوح بالنسبة إلى التأسيس- رده فى المسالك «بأن ألفاظ الأقرار لا تنزل على مثل هذه القواعد، مع احتمال الأمرين بل يعتبر 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 فيه: أنه لا إشكال فى جوازه، إنما الكلام فى مساواه احتماله للآخر مع عدم القرينه، و لا

ريب فى منعها، و مرجع هذه القواعد إلى ظاهر الخطاب الذى لا إشكال فى حجتيه فى الإقرار، و غيره.

و أغرب من ذلك قوله متصلاً بما سمعته منه و على تقدير تسليم ظهور المعنى الثانى أو أغلبيته على الأول ينبغى أن يرجع إليه فى القصد، لا- أن يتعين حملة على الغالب كما نبهوا عليه فى نظائره من الإقرار بلفظ يحتمل معنيين فإنه يقبل من المقر إرادته أحدهما و أن حمل إطلاقه على الغالب منهما، كما لو قال له على درهم، و درهم، و درهم، فإنه يقبل منه دعوى إرادته تأكيد الأول بالثانى، و الثانى بالثالث، و إن كان العطف يقتضى المغايره، و كان الغالب عدم التأكيد، إذ لا معنى للرجوع إليه بعد فرض ظهور لفظه، و لو بسبب الغلبه فى ذلك، لما عرفت من حجيته ظاهر اللفظ.

نعم لو ضم إليه مع ذلك ما يصلح لصرف ذلك الظاهر أتجه حينئذ عدم الأخذ به، كما فى سائر الخطابات، و القبول فى المثال- مع فرض ظهور الإطلاق فى خلافه و تأخر دعوى إرادته التأكيد عن زمان الإقرار ممنوع فالمتجه حينئذ التفصيل فى المفروض بين اتصال ما يقتضى صرف ذلك الظاهر على قياس المخاطبات التى هى كذلك عرفاً و لا يعد فيه من التناقض، فلا يؤخذ به، و بين غيره الذى هو ليس كذلك فيؤخذ به و يحكم عليه، و لم يسمع إنكاره بعد ذلك و لا تأويله، و لو متصلاً به، اللهم إلا أن يكون بحيث يقبل التأويل المتأخر على وجه يكون الأخذ بإطلاقه مبنيًا على عدم ذكر تأويله، فتأمل جيداً، هذا كله فيما جاء باللفظين.

أما لو اقتصر على ملكيته فعن بعضهم كذلك يأتى فيه البحث السابق و لم يستجوده فى المسالك لعدم ما يقتضى المغايره فيه، بخلاف الأول و حينئذ فاحتمال إرادته الهبه المقبوضه منه، كاحتمال إرادته إيقاع صيغه الهبه خاصه بلفظ التمليك من غير أغلبيه أحدهما على الآخر.

و فيه أنه و إن لم يكن فيه ما يقتضى المغايره من عطف و نحوه، و لكن قد يدعى ظهوره مع الإطلاق فى الاخبار بحصول أثر الملك نعم لو قرنه بما ينافى ذلك من عدم القبض و نحوه اتجه حينئذ الحكم بعدم اقتضائه الإقرار بالقبض فتأمل جيداً و الله العالم.

[المسألة الرابعة إذا رجع في الهبة و قد عابت لم يرجع بالإرث]

المسألة الرابعة: إذا رجع في الهبة المجانية حيث يكون له ذلك و قد عابت بزياده أو نقصان لم يرجع بالإرث بلا خلاف أجده فيه، للأصل، ولأنه حدث في عين مملوكة للمتهب، و قد سلطه مالكها على إتلافها مجاناً فلم تكن مضمونه عليه سواء كان التعيب بفعله أم لا.

و إن زادت زياده متصله لعلف و نحوه كالسمن و لو بفعله على وجه يكون جزءاً من العين فللواهب بلا خلاف أيضاً و لا إشكال، لأنها من العين المفروض جواز الرجوع بها.

و إن كانت منفصله كالثمره و الولد، فإن كانت متجدده كانت للموهوب له لأنها نماء ملكه، و خارجه عن العين، و إن كانت حاصله وقت العقد كانت للواهب لأنها حينئذ من الهبة التي فرضنا جواز رجوعه بها بلا خلاف معتد به أجده في شىء منه بل هو صريح بعض، و ظاهر آخر عدم الفرق في الأول بين كون الرجوع بعد الانفصال بالولادة أو بالحلب أو بالقطف أو قبله كالحمل قبل انفصاله، و اللبن، قبل أن يحلب، و الثمره قبل قطفها و الصوف المستجز قبل جزه، لأن الجميع منفصل شرعاً و عرفاً عن العين الموهوبه لأنه شىء جديد.

نعم في الوسيله الرجوع بالحيوان الحامل مع حملة بناء منه على أنه الجزء من الأم، و هو كما ترى.

و أما الصوف و الشعر إذا لم يبلغ أو ان جزه ففي المسالك «أن الأجود تبعيته للعين» و هو حسن مع فرض كونه كذلك عرفاً، هذا.

و لكن بقى الكلام في أمرين أحدهما أنه قد تقدم لزومها بتلف البعض كالكل، فإطلاقهم الرجوع هنا بالعيب الذى قد يكون بتلف البعض لا يخلو من تسامح، الثانى: أنهم أطلقوا هنا كون الزيادة للواهب إذا كانت متصله، بل صرح بعضهم بأنها كذلك و إن كانت من فعله، و قد صرحوا في خيار الغبن بمشاركه المشتري للبائع المغبون إذا فسخ بزياده الصفه في العين، بل و بغير ذلك مما يأتى مثله في المقام، و لم يشر أحد منهم إلى شىء من ذلك.

نعم فى المسالك قد ذكر الأقسام هنا و هى كون العين بحالها أو نقصانها بما يوجب الأرش، أو بما لا يوجبه، و زيادتها بما يوجبه أيضا أو بما لا يوجبه، أو يوجب زياده فى القيامه أو جامعه بين الأمرين متصله تلك الزيادة، أو منفصله مطلقا أو من وجه، و تغييرها بالامتزاج بالأجود و المساوى و الأدنى، أو بغيره من الأعمال كالنجاره و القصاره و الطحن أو غير ذلك من التغييرات، و لم يتعرض لحكمها، بل ظاهره موافقه المصنف على إطلاقه كما أنه لم يتعرض لضمان الواهب لما يتضرر به الموهوب برجوعه من نقض بناء أو غرس أو نحوهما، و لعل ذلك كله للإحاله على ما تقدم مما لا يصعب جريان ما يقتضى القواعد جريانه هنا على من أحاط خبرا بما مضى من المسائل السابقه فى العاريه و فى خيار الغبن و غيرهما، فلا حظ و تأمل أو على ما تسمعه منه إن شاء الله فى المسئله السادسه مع احتمال عدم اختيار الشركه فى الصفات المحضه من المصنف و غيره ممن أطلق، بل يختص الواهب بالعين، و إن زادت بذلك، لإطلاق ما دل على الرجوع بها كما ذكرنا ذلك فى خيار الغبن فلاحظ كما أنه لا يخفى عليك حكم الرجوع بالتغيير و لو بغير فعله بعد الإحاطه بما ذكرناه من كون المدار على صدق بقاء الموهوب بعينه، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا وهب و أطلق لم تكن الهبه مشروطه بالثواب]

المسأله الخامسه: إذا وهب و أطلق فضلا عن أن يكون قد اشترط العدم لم تكن الهبه مشروطه بالثواب سواء كانت من المساوى أو من الأدنى، أو من الأعلى بلا خلاف محقق أجده فيه، و إن حكى عن المبسوط و الخلاف إلا أن الظاهر من المحكى عنهما خصوصا الأول إرادته اشتراط لزومها به، فلو كانت حينئذ لرحم مثلا لزممت حينئذ بدونها نعم عن كافى أبى الصلاح أن هديه الأدنى إلى الأعلى تقتضى الثواب بمثلها، و لا يجوز له التصرف فيها قبل الإثابه أو العزم عليها، و لعله يريد ما هو المتعارف من إرادته الثواب بمثل الفرض، و هو خارج عما نحن فيه، و حينئذ يتم ما حكيناه من نفى الخلاف فى ذلك بيننا و كذا ما فى السرائر من أن عليه إجماع أصحابنا و أن أحدا لم يذكر ذلك فى مسطور، و هو الحجه بعد إطلاق الأدله.

نعم هى و إن لم تكن مشروطه به، و لكن له الإثابه و عدمها فإن أثاب لم يكن للواهب الرجوع مع قبوله لما عرفته سابقا من أدله لزومها بذلك نعم لا يجب عليه القبول

للأصل لأنه بمنزله هبه جديده لا يجب عليه قبولها، خصوصا بعد اقتضائه سقوط حقه من الرجوع كما تقدم الكلام فى ذلك بل الظاهر أيضا عدم جواز الرجوع للموهوب بثوابه، لأنه أيضا من الهبه التى اثبتت و إن شرط الثواب فى هبته صح بلا خلاف فيه عندنا بل عن التذكرة الإجماع عليه، للإطلاق خلافا لما عن أحد قولى الشافعى من عدم الجواز لمنافاته مقتضاها الذى هو المجانيه و فيه منع واضح، بل لا فرق فى صحته أطلق أو عين بلا خلاف أجده فى الثانى منهما، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع عليه بل و الأول على ما فى المفاتيح و ظاهر قوله فى المسالك عندنا لكن عن يحيى بن سعيد فى الجامع و إن شرط مجهولا لم يصح.

و فيه: أنه مناف لإطلاق الأدله و لبنائها على المغابنه، و لأنها مضبوط بالقيمه مع التعاسر.

و ل

خبر القاسم بن سليمان (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يهب الجاربه على أن يثاب فلا يثاب إله أن يرجع فيها؟ قال: نعم إذا كان شرط له عليه، قلت: أ رأيت إن وهبها له و لم يثبه أ يثاب أم لا؟ قال: نعم إذا كان لم يشترط عليه».

و خبر إسحاق بن عمار (٢) «قال: قلت الرجل يهدى الهديه يتعرض لما عندى فأخذها و لا

أعطيه شيئا أ يحل؟ قال: نعم هى لك حلال، و لكن لا تدع أن تعطيه».

الخبر.

اللهم إلا أن يقال: أن الثانى منهما لا شرطيه فيه، و إن كان الداعى هو الأول و المراد منه إطلاق الثواب المنزل عند التعاسر على المثل أو القيمه، و هو غير الثواب المجهول.

و لكن فيه بعد التسليم أن الإطلاق كاف و لكن له الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط مطلقا أو معينا بلا خلاف أجده فيه لإطلاق الأدله السابقه، و خصوصا خبر القاسم، و أولويته من العقد اللازم الذى ثبت الخيار فيه، بعدم بذلك الشرط، و لغير ذلك و مع الاشتراط من غير تقدير، يدفع ما شاء و إن كان يسيرا مع رضا الواهب به، لعدم ما يقتضى التعيين، بل الإطلاق قاض بعدمه.

١- ١ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٩١- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ٢.

و لو امتنع من قبوله فعن أبي على أنه يشبه حتى يرضى، كما عن بعض العامه ل

خبر أبي هريره (١) «أن أعرابيا وهب للنبي (صلى الله عليه و آله) ناقته فأعطاها: ثلاثا فأبى فزاده ثلاثا، فأبى فزاده ثلاثا فلما استكمل تسعا قال: رضيت»

الذى هو فى غاية الضعف سندا و دلالة.

و عن التقى فى الكافى فى الهدايه أنه يشبه قدر قيمه الهبه أو مثلها، كما عن بعض

العامه أيضا أو يشبه مقدار ما يعتاد فى جزاء مثله، كما عن المبسوط و الخلاف و غيرهما، لانصراف الإطلاق إليه، و فى محكى الخلاف أيضا لو قلنا: أن لا- مقدار للثواب و إنما هو ما يثاب عنها قليلا كان أو كثيرا لكان قويا، و عن التحرير إذا شرط ثوابا مجهولا صح و لزمه دفع ما يصدق عليه إطلاق الاسم، و كأنه يرجع إلى ما عن بعض العامه من الإكتفاء بأقل ما يتمول، عكس ما عن آخر منهم أيضا من أنه لا بد من دفع ما يزيد على قيمه، و الا لباعها بالسوق، الى غير ذلك مما لا يخفى عليك وجهه و لا ما فيه عدا القول بدفع المثل أو القيمه الذى يرجع إليه القول بدفع المعتاد ثوابا ضروره كونه المعتاد فصاعدا لا أنقص من ذلك كما أنه لا يخفى عليك أنه لم يكن للواهب مع قبضه الرجوع لما عرفته من صيروره العقد حينئذ لازما و إنما الكلام فيما ذكره المصنف بقوله و لا- يجبر الموهوب له على دفع المشترط، بل يكون بالخيار بين رد العين و بين دفع المشترط، و نحوه ما فى القواعد من أنه إن لم يرض، أن الواهب بما دفع إليه، تخير المتهب بين دفع الموهوب، و عوض المثل قيل و مقتضاه عدم وجوب الوفاء عليه به، و بناه فى المسالك على كونه كذلك فى العقد اللازم أيضا و إنما فائدته جعل العقد اللازم جائزا، أو على أن هذا العقد من العقود الجائزه خصوصا من جهه الواهب، فلم يجب الوفاء به، كما لا يجب الوفاء بأصله و أشكله فيها أيضا بأنه من طرف المتهب لازم، فلا يجوز له الفسخ بنفسه، و إن لم يبذل المشروط و تخيره بين بذل العين و الثواب المشروط لا ينافيه، و إنما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصه كما أن الأول قد بينا

ضعفه في محله و قلنا: إنه مناف لعموم «أَوْفُوا(١)»

و «المؤمنون عند شروطهم(٢)»

فيلزم حينئذ بالوفاء، و إن تسلط البائع مع ذلك على الخيار مع فرض عدم وصول شرطه إليه.

و يمكن أن يقال: بل لعله الظاهر أن الخيار المزبور في المتن و غيره لا ينافي لزوم العقد ورد العين - باعتبار كونها ثوابا، أو أولى منه - ليس فسخا للعقد، بل هو نحو رد العين في القرض، و إن أوجب عقده المثل أو القيمة، لكن رده نفسه أولى بالقبول، فكذا ما نحن فيه.

نعم يتسلط الواهب على الفسخ مع الامتناع عن أصل البذل على نحو ما سمعته في غيره من العقود اللازمة و لعله لذا جزم بعض بتنزيل إطلاق المحكى عن جماعه لزوم العوض على إرادته الخيار المزبور.

نعم بقى الكلام في شىء آخر و هو أنه ما ذكره في المسالك أيضا من أنه يفهم من قول المصنف «و لم يكن للواهب الرجوع مع قبضه» جواز رجوعه متى لم يقبضه و أن بذلك المتهم و الأمر فيه كذلك و قد تقدم، و لا ينافيه عموم (٣) «أَوْفُوا» و لا

قول أبى عبد الله (عليه السلام) في الصحيح «تجوز الهبة لذى القربى و الذى يثاب عن هبته، و يرجع في غير ذلك»

كما زعمه بعضهم، لأن عموم الوفاء بالعقود مقيد بغير الجائز، و قد عرفت دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه، إذا سلم دلالة الوفاء على المضى فيها مطلقا، و الإثابة في الخبر لا يتحقق إلا بالاتفاق عليها، لا بمجرد بذلها، و لم يحصل هنا».

قلت: الذى قدمه في صدر المسألة بعد أن ذكر الصور الأثنى عشر، قوله: «و تفصيل حكمها أنه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعاً، و مع اشتراطه يلزم ما شرطه مطلقاً ثم إن عينه لزوم ما عين بمعنى أن المتهم ان دفع المشروط، و إلا تسلط الواهب على الفسخ، و إن أطلق اشتراط الثواب لزوم أيضا الوفاء به، لكن إن اتفقا على قدر فذلك، و إلا وجب

١- ١ سورة المائدة الآية- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٩- من أبواب أحكام الهبات الحديث- ٣.

أثابه مقدار الموهوب عينا أو قيمه، ولا يلزم الأزيد، وإن طلبه الواهب، كما لا يجبر الواهب على قبول الأول، والمعتبر قيمه الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد، ويحتمل عند دفع الثواب».

و هو كالصريح فى وجوب القبول عليه، مع بذل المثل أو القيمة بل لعله ظاهر تقييد عدم وجوب القبول بما إذا لم يذكر العوض فى الهبة فى القواعد، بل لعله ظاهر قول المصنف ما لم يدفع إليه، إلى آخره كالقواعد أيضا، بل قيل إن مثل ذلك عبارته المبسوط، و التحرير و الدروس، بل لعله ظاهر ما سمعته أيضا من الفاضل من الخيار المزبور إذا لم يرض الواهب باليسر، بل عن جامع المقاصد فى البعد عنه.

نعم عن الإيضاح أن الأقرب جواز الرجوع فيه، و فيه أنه مناف لآيه «أَوْفُوا(١)» و

«المؤمنون(٢)»

و غيرهما، و ثبوت الجواز فى غير الفرض لا يقتضى ثبوته فيه، و ليس هو من الشرط فى العقد الظاهر فى صدق

يثاب عن هبته»

على بذله من المتهب، بل مقتضاه ذلك و إن كان يسيرا، إلا أن انصراف إطلاق العوض المشترط إلى المساوى - فصاعدا مضافا إلى قاعده لا ضرر و إلى العاده - صار سببا للخروج عنه، أما إذا كان معينا فالظاهر لزومها ببذله، و إن كان يسيرا، و بذلك ظهر لك أن ما فى المسالك مشوش، خصوصا بعد ملاحظه كلامه فى تفسير قوله فى المتن «و مع الاشتراط من غير تقدير» إلى آخره فلا حظ و تأمل.

و لو خرج العوض أو بعضه مستحقا أخذه مالكة، ثم إن كانت الهبة مطلقه لم يجب دفع بذله، و لكن للواهب الرجوع، لإطلاق دليله، بعد ظهور فساد ما دفع من العوض فيكون كما إذا لم يعوض عنها، و إن شرطت بالعوض:

ففى القواعد «دفع المتهب مثله أو قيمته مع التعيين أو العين، أو ما شاء إن رضى الواهب

مع الإطلاق» و هو ظاهر أيضا فى وجوب دفع العوض، و فى وجوب قبول الواهب له مع

١- ١ سورة المائدة الآية - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٤.

بذله، اللهم إلا أن يحصل على إرادته بيان كفايته في عدم رجوع الواهب في العين و لو بقريته ما تقدم له سابقا.

و لكن يشكل أيضا بأن الواجب على الواهب قبوله نفس العوض المذكور في العقد دون غيره، لعموم

قوله «المؤمنون»

و غيره.

نعم لو رضى به و قبضه فلا- يجب، لكن لا- يختص بالمثل أو القيمة حينئذ اللهم إلا- أن يقال: إن فساد العوض فيها لا يقتضى فسادها ضروره كونه فيها كالمهر في النكاح، لأنها تصح بدونها و حينئذ تبقى صحيحه، و لكن لا وجه للمجانبه بعد فرض قصد المعاوضه بها فليس حينئذ إلا مثل العوض المذكور أو قيمته نحو ما ذكره في المهر الفاسد.

لكن لا يخفى عليك النظر في المقيس عليه، كما ذكرناه في محله فضلا عن حرمة القياس.

نعم حكم بصحة النكاح للإجماع- و الرجوع إلى مهر المثل، بخلاف المقام، فإنه لا شىء مقرر هنا على تقدير الفساد- فالمتجه حينئذ البطلان مع فرض ذكر العوض فيها على طريق ذكره في عقود المعاوضه، بناء على صلاحية عقدها للتملك كالنكاح فلا يحتاج إلى سبب آخر.

نعم لو ذكر العوض فيها على معنى اشتراط هبه عوض هبه أمكن القول لعدم اقتضاء ظهور استحقاقه فساد الهبه، و لكن يكون للواهب حينئذ الرجوع، و إن بذل المتهب المثل أو القيمة، هذا كله في العوض المعين المشخص، أما المطلق فيدفع بدله سواء كان مقدارا كمائه درهم، أو لم يكن، و من ذلك يعلم ما في عبارته القواعد من التشويش، و الأمر سهل بعد وضوح الحال و فيها أيضا «و لو كان معينا ألزم بالأرش أو دفع العين في المعينه لا المطلقه» و هو ظاهر في وجوب قبول الواهب مع دفع الأرش.

و فيه: أن المتجه عدمه، لأن الفرض اشتراط العوض المعين المنصرف إلى الصحيح فلا يجب عليه القبول، فالأولى بالإلزام بالعين، أو بما يرضى به الواهب، و لو الأرش، و أما المطلقه، فإن كانت من دون تقدير عوض أصلا، و دفع عوضا معينا و هو مع العيب بقدر.

القيمة، فإنه على ما يسبق ليس له رده، و لا الرجوع، و إن كان أقل طالب بالزائد و إن كانت

بتقدير عوض غير مشخص، فدفع ذلك القدر فظهر معيبا، فإنه يتجه - بناء على أنه كالسلم - أن يقال له المطالبة بالأرش أو البديل أو العين، و متى دفع المتهم أحدها لم يكن له الامتناع، و إن قلنا ليس المقام كالسلم، فله المطالبة بالبديل، و الله العالم.

و لو ظهر استحقاق نصف العين الموهوبه، رجع بنصف العوض، بل قيل: له أن يرد الباقي و يرجع بجميع الثواب خلافا للمحكي عن أحد قولي الشافعي، و حيث قال: ببطلان هبه الكل، و لو ظهر استحقاقها بعد تلفها في يد المتهم، ففي القواعد الأقرب رجوعه على الواهب بما غرمه من قيمه، و إن زادت عن العوض أو قلت عنه، و عن الإيضاح و جامع المقاصد أنه الأصح، و قد تقدم في باب البيع و يأتي في الغضب ما يستفاد منه تحقيق ذلك و الله العالم.

و كيف كان ف لو تلفت العين الموهوبه في يد المتهم و الحال هذه أى كان مشروطا فيها الثواب أو عابت لم يضمن الموهوب له عند المصنف و الفاضل و ولده في محكي التذكرة و الشرح، و إن كان ذلك بفعل المتهم لأن ذلك حدث في ملكه و لأن المتهم لا يجب عليه دفع العوض، و للواهب الرجوع في العين، فالتفريط منه بتركها في يد من يجوز له ذلك فيها بتسليطه.

و لكن فيه تردد بل منع كما عن ابن الجنييد و جمع من المتأخرين لعموم «أَوْفُوا» و نحوه، و لأن قبضها على أن يؤدي عوضها و لأن الواجب أحد الأمرين ردها أو دفع العوض، فإذا تعذر الأول و جب الثاني، و بذلك يظهر لك ما في دليل القول الأول - ضروره دخولها في ملكه، و لا هو سلطه عليها كذلك، و عدم وجوب دفع العوض إن أريد به عدم وجوبه عينا لم يلزم منه نفى الوجوب على البديل الذي هو المدعى، و حينئذ فإذا تعذر أحد الأمرين المخير فيهما و جب الآخر عينا و إن أريد عدم الوجوب أصلا فهو ممنوع - لكن المراد بالضمان هنا وجوب دفع العوض إذا كان معينا، و المثل أو قيمه إذا كان مطلقا لأنه هو مقتضى الأمر بالوفاء، و

قوله «المؤمنون»

و غير ذلك مما تقدم سابقا لا قيمه على كل حال، لأن العين مضمونه على القابض و الشرط لا يجب عليه قبوله، إذ فيه أنها مضمونه بالعوض لا غير، و دعوى عدم وجوب قبول العوض ممنوعه، كما عرفت، و ما في المسالك من أقل الأمرين من

ذلك، و من العوض قال: لما عرفت من أن المتهم مخيرين الأمرين و المحقق لزومه هو الأقل، لأنه إن كان العوض هو الأقل فقد رضى به الواهب فى مقابله العين، و إن كان الموهوب هو الأقل فالمتهب لا يتعين عليه العوض، بل يتخير بينه و بين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها، و هذا هو الأقوى».

و لا يخفى عليك ما فيه بعد فرض عدم انفساخ العقد بذلك، و الإكتفاء برد العين مع وجودها

لا يقتضى الإكتفاء بقيمتها بعد تلفها، بل اللازم من اقتضاء قاعده تعذر أحد فردى المخير التى اعترف بها تعين الفرد الثانى فتأمل جيداً، فإن بعض الوهم هنا قد نشأ من الخلل فى المسائل السابقه، و من تفسير الضمان بالمعنى المزبور الذى لا يتم إلا مع انفساخ العقد، و كون العوض على طريق المعاوضات، أما إذا كان بمعنى الثواب و الجزاء بهبه جديده فقد يتردد فى الضمان من كونه كالعوض بالمعنى الأخص و من منع ذلك، و أنه لا يقتضى الضمان حينئذ، و كذلك الكلام لو وجدها معيه، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا صبغ الموهوب له الثوب فإن قلنا التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب]

المسأله السادسه: إذا صبغ الموهوب له الثوب مثلاً فإن قلنا مثل هذا التصرف يمنع من الرجوع، فلا رجوع للواهب، و إن قلنا لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبياً رجع به و كان الموهوب له شريكاً معه فى الثوب ب مقدار نسبه قيمه الصبغ إلى الثوب.

بل فى المسالك لا فرق بين الصبغ، و بين القصاره و الطحن عندنا فى ذلك، و قد تقدم فى الغبن و فى الفلس و العاريه و غيرها النظر فى أمثال هذه المسائل فلا حظ و تأمل كى تعرف أيضاً الحكم فيما لو كان للموهوب غرس و نحوه و رجع الواهب، فإن لكل ما له، و أنه هل لصاحب الأرض إجبار الغارس على ازالته مجاناً، أو ليس له ذلك بل يتخير بين الإبقاء بأجره، و القلع مع الأرض، و الله العالم و المؤيد.

[المسأله السابعه إذا وهب فى مرضه المخوف، و برء صحت الهبه]

المسأله السابعه: إذا وهب فى مرضه المخوف، و برء صحت الهبه بلا خلاف و لا إشكال فيها، و لا فى شىء من تصرفاته المجانيه و إن مات فى مرضه، و لم تجز الورثه اعتبرت من الثلث على الأظهر كما عرفت البحث فيه مفصلاً فى كتاب الحجر، و الله هو العالم، و الحمد لله رب العالمين أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً و الشكر لله.

[كتاب السبق و الرمايه]

اشاره

كتاب السبق و الرمايه بسكون الباء و هو فى الأصل مصدر سبق كضرب، أو سابق، بل قيل: إنه أوفق فى معاملته الكائنه بين اثنين فصاعدا على ما ستعرف، و لعل مادته كافيه فى ذلك عن الهيئه، و عرفا معامله على إجراء الخيل و ما شابهها فى حله السباق، لمعرفة الأجود منها و الأفرس من المتسابقين، و كذا الرمى و الرمايه فى الأصل لمطلق ذلك، و عرفا معامله على المناضله بالسهم مثلا ليعلم حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

و فائدتها بعث العزم و تهيؤه على الاستعداد للقتال و الهدايه لممارسه النضال فى حرب الكافرين.

و هى معامله صحيحه و مستندها بعد إجماع المسلمين بقسميه بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، بل قيل: و الكتاب المبين،

للمرفوع المروى عن عبد الله بن مغيره (١) فى تفسير قوله تعالى «وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسِيَّطَعْتُمْ» الآيه عن النبى (صلى الله عليه و آله) «إنه الرمى»

و قوله تعالى (٢) «إِنَّا ذَهَبْنَا نَشْتِيْقُ» بناء على أصاله بقاء مشروعيه ما كان فى مله غيرنا حتى يعلم النسخ - السنه المستفيضه أو المتواتره منها قوله (عليه السلام) المروى فى طرق الخاصه و العامه (٣) لا سبق إلا فى نضل أو خف أو حافر منها

قول الصادق (عليه السلام) (٤) «إن الملائكه لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل

و قد

سابق رسول الله (صلى الله عليه و آله) أسامه بن زيد و أجرى الخيل

ك ،

قوله أيضا (٥) «ليس

١- ١ الوسائل - الباب - ٢- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث - ٣.

٢- ٢ سورة يوسف الآيه - ١٧.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٣- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث - ١ - ٢.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث - ٦.

٥- ٥ الوسائل - الباب - ١- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث - ٤.

شىء تحضره الملائكة إلا الرهان و ملاعبه الرجل أهله» و

منها

خبر طلحه عن الصادق - عليه السلام (١) «أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أجرى الخيل التي أضمرت من الحصى (٢) إلى مسجد بنى زريق و جعل سبقها ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقا أى نخله و أعطى المصلى عذقا و أعطى الثالث عذقا»

و منه

خبر غياث بن إبراهيم عنه أيضا (٣) عن أبيه عن على بن الحسين (عليه السلام) «أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) أجرى الخيل و جعل سبقها أواقى من فضه»

إلى غير ذلك من النصوص.

و كيف كان ف تحقيق هذا الباب يستدعى فصولا

[الفصل الأول فى الألفاظ المستعمله فيه]

الأول: فى الألفاظ المستعمله فيه فالسابق: أى المجلى من خيل الحلبه المجتمعه للسباق و هو الذى يتقدم و لو بالعنق و الكتد بفتح التاء و كسرهما و هو العالى بين الظهور و أصل العنق و يعبر عنه بالكاهل.

و قيل و القائل الإسكافى يكفى التقدم بأذنه، و الأول أكثر ل

قوله (عليه السلام) «بعثت و الساعه كفرسى رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه».

و فيه - مع إمكان حملة على المبالغه نحو

قوله (صلى الله عليه و آله) (٤) «من بنى مسجدا و لو كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنة»

مع امتناع بناء مسجد كذلك - أنه لا دلالة فيه على كون السابق على الإطلاق كذلك، إذا النزاع فيه لا المقيد بنحو ذلك.

كما أن فى الأول منعاً واضحاً إن أريد الحمل عليه، و إن كان العرف على خلافه، ضروره عدم الوضع الشرعى فيه، و على تقديره فلا مدخله له فى ألفاظ المتراهنين، فالتحقيق حينئذ إيكاله إلى العرف، و لعله فى زماننا لا يصدق إلا أن يسبق بالكل، و بالجمله فالمدار على العرف إن كان، و إلا فلا بد من التقييد لرفع الغرور و النزاع، بناء على اعتبار المعلومه فى ذلك، و إن كان القائل بالأول أكثر و الله العالم.

- ١-١ الوسائل - الباب - ٤- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث - ١.
- ٢-٢ الحفى خ ل.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ١- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث - ١.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٨- من أبواب أحكام المساجد الحديث - ٢.

و المصلى منها أيضا هو الذى يحاذى ب رأسه صلوى السابق فصاعدا و الصلوان ه ما العظامان الثابتان عن يمين الذنب و شماله و التالى للمصلى هو الثالث، و يليه البارح الرابع لأنه يرع المتأخر عنه وفاقه، ثم المرتاح و هو الخامس، من الارتياح بمعنى النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق، و السادس الحظى لأنه حظى عند صاحبه حين لحق بالسوابق، أى صار ذا حظوه و نصيب عنده، أوفى مال الرهان.

و السابع: العاطف، لأنه عطف إلى السوابق أى مال إليها، أو كر عليها فلحقها و الثامن:

المؤمل لأنه اللحق بالسوابق، و التاسع: اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول، لأنه يلتطم إذا أراد الدخول إلى الحجره الجامعه للسوابق.

و العاشر: السكيت بالتصغير مخففا، و يجوز تشديده، سمي به لسكوت ربه إذا قيل لمن هذا، أو لانقطاع العدد عنده، و ليس لما بعد العاشر من خيل الحلبه اسم إلا الذى هو آخر الخيل كلها، فيقال له: الفسكل بكسر الفاء و الكاف أو بضمهما الذى هو آخر فرس يجىء فى الرهان، و قيل: إنه السكيت.

و لا يخفى عليك أنه لا مدخلية لهذه الأسماء فى شىء من أحكام الباب، ضروره بناء أحكامها على مسمياتها، لا على أسمائها، و هو يتبع عرف المتراهنين، أو ما يتفقون عليه فى بيان ذلك، فقد يعبرون عن المجلى و المصلى و غيرهما بغير أسمائها كما هو واضح.

و على كل حال فقد عرفت أن السبق بسكون الباء فى الأصل المصدر ثم نقل إلى المعامله الخاصه و بالتحريك: العوض فى هذه المعامله، و هو (١١) المسمى ب الخطر (١٢) بالخاء المعجمه و الطاء المهمله المفتوحين و النذب و الرهن و منه أخذ الرهان بهذه المعامله و المحلل (١٣) هو الذى يدخل بين المتراهنين (١٤) و لا- يبذل معهما عوضا بل يجرى فرسه بينهما أو فى أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد، على أنه إن سبق (١٥) بنفسه أو مع غيره أخذ (١٦) العوض أو بعضه على حسب الشرط، و إن لم يسبق لم يغرم (١٧) شيئا و الغايه مدى السباق (١٨) و منتهاه.

و المناضله: المسابقه و المرماه قال فى الصحاح: ناضله: أى راماه يقال:

ناضلت فلانا فنضلته، إذا غلبته، و انتضل القوم و تناضلوا: أى رموا للسبق، و عن التذكره السباق اسم يشتمل على المسابقه بالخيل حقيقه، و على المسابقه بالرمل مجازا و لكل واحد منهما اسم خاص، فيختص الخيل بالبرهان، و يختص الرمل بالنضال.

و فى المسالك «إطلاق المناضله على ما يشتمل المسابقه ليس بمعروف لغه، و لا عرفا، و لعل المصنف و من تبعه فى ذلك تجوزوا فى الإطلاق، و بعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقه و المناضله، و هو الموافق لما سمعته من أهل اللغه».

قلت: يمكن أن يريد المصنف أن المناضله المسابقه فى الرمل، و يكون قوله و المرماه تفسيراً، و إطلاق السبق على الرمل هو المنافق لقوله (عليه السلام) لا سبق إلى آخره على أن يكون المراد منه الغلبه فى السبق المعنوى: و الأمر سهل.

و يقال: سبق - بتشديد الباء - إذا أخرج السبق بالتحريك أى العوض منه لغيره و إذا أحرز أيضاً باستحقاقه له قبضه أم لم يقبضه.

و الرشق - بكسر الراء - عدد الرمل أى عدد ما يرمى به من السهام يقال:

رمى رشقا: أى رمل بسهامه التى يريد رميها كلها، و إذا حصل الاتفاق على خمسه خمسه، فكل خمسه يقال له رشق، و عن بعض أهل اللغه تخصيصه بما بين العشرين و الثلاثين.

و أما بالفتح فهو الرمل الذى هو المصدر، يقال:

رشقه يرشقه رشقا: إذا رماه بالسهم، و يقال: أيضاً رشق وجه و يد بكسر الراء و يراد، به الرمل على ولاء حتى يفرغ الرشق فيكون مشتركا إذا كان الإطلاقان على جهه الحقيقه، و فى الصحاح «الرشق بالكسر الاسم، و هو الوجه من الرمل، فإذا رمل القوم بأجمعهم فى جهه واحده قالوا: رمينا رشقا».

و فى المسالك «و المراد برشق اليد هذا المعنى، و إضافه الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه، فيقال: و رشق يد، إذا كانت جهه الرمل واحده، و يمكن مع ذلك إضافته إليهما معا كما يظهر من العبارة».

قلت: قد يقال: ظاهر الولاء الذى فى العبارة غير الاتحاد فى الجهه، المذكور فى الصحاح.

و على كل حال ف يوصف السهم المرامى به، بأوصاف كثيره ذكر فى محكى التحرير منها سته عشر، و محكى كتاب فقه اللغه تسعه عشر اسما، و اقتصر المصنف على سته منها، لما عرفت سابقا من عدم فائده معتد ب ها فى ذلك.

و هى الحابى، و الخاصر، الخازق، الخاسق، و المارق، و الخارم فالحابى: ما زلج أى زلق على الأرض ثم أصاب الغرض بمعنى أنه يقع دون الهدف ثم يحبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبى، و جمعه حوابى، و فى محكى الصحاح سهم زلج: يتزلج عن القوس.

و الخاصر بالخاء المعجمه و الصاد المهمله من الخاصره هو ما أصاب أحد جانبيه أى الغرض، و فى المسالك يسمى جائزا و قيل: الجائز ما سقط من وراء الهدف، و قيل: ما وقع فى الهدف عن أحد جانبيه الغرض فهو مخطئ إن كان شرط الإصابه فى الغرض، و مصيب إن كان فى الهدف.

و الخازق بالخاء و الزاء المعجمتين ما خدشه أى الغرض.

و الخاسق: ما فتحه و ثبت فيه لكن عن نهايه ابن الأثير خرق السهم و خسق إذا أصاب الرميّه و نفذ فيها، و سهم خازق و خاسق، و فى الصحاح: الخازق من السهام المقرطس، و الخاسق لغه فى الخازق، و قال فى باب السين سمي الغرض قرطاسا يقال: رمى بمقرطس إذا أصابه و نحوه عن القاموس، و ظاهر الجميع أنهما بمعنى واحد، و هو النفوذ كما فى النهايه، و الإصابه كما فى الصحاح و القاموس، و عن الثعالبي فى سر العرييه إذا أصاب الهدف فهو مقرطس، و خارق و خاسق و صائب.

و الخارق (١١) بالخاء المعجمه و الراء المهمله هو الذى يخرج من الغرض نافذا (١٢) من الخرق بمعنى الشق، لكن فى المسالك «لم يذكره أحد من أهل اللغه ممن وقفت

على كلامه فى أسمائه، و فى بعض نسخ الكتاب المارق بالميم يدل الخارق و هو الصواب الموافق لكلام أهل اللغة».

و الخارم هو الذى يخرم حاشيته أى الغرض، و فى المسالك أيضا «لم يذكره أهل اللغة» و الأمر سهل.

و يقال: أيضا فى اسم السهم المزدلف و هو الذى يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض و ظاهر القواعد أنه رديف للحابى قد يفرق بينهما بما تشعر به عبارته المصنف من اعتبار القوه فى الثانى، بخلاف الحابى، بل فى المسالك «إن هذا هو الظاهر من التذكرة».

و الغرض ما يقصد اصابته، و هو الرقعه، و الهدف ما يجعل فيه الغرض من تراب أو غيره كحائط و نحوه، و قد يطلق على الغرض القرطاس، و إن لم يكن قرطاس، و قد يجعل فى الغرض نقش كالهلال، يقال: لها الدائره، و فى وسطها شىء آخر يقال له الخاتم:

و الإصابه تتبع الشرط، فقد يكفى فيها الهدف، و قد لا يكفى إلا الخاتم كما هو واضح.

و المبادره أحد قسمى المراماه و هى أن يبادر أحدهما مثلا إلى مطلق الإصابه أو إصابه عدد معين مع التساوى فى الرشق (١١) من مقدار معين أو مطلق، فلو أصاب أحدهما فى أول الرشق و أخطأ الآخر فهو ناضل له، و لو أصابا معالما يناضل أحدهما الآخر، و لو اشترطا إصابه خمس فى ضمن العشره، فأصاب أحدهما فيها و أخطأ الآخر فهو ناضل له، و إن أصاب أيضا لم يتناضلا، و إلى ما ذكرناه يرجع تفسيرها فى المسالك «بأنها اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين، من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه» ضروره أنه أعم منه كما هو مقتضى إطلاق المصنف.

و (١٢) القسم الثانى المحاطه و هى إسقاط ما تساويا فيه من الإصابه (١٣) بعد تساويهما فى الرشق، فإن نضل أحدهما الآخر، فهو ناضل له، و إلا لم يتناضلا، سواء اشترطا عددا معينا أولا، لأن المدار على تساويهما فى الرشق، و نضل أحدهما الآخر و أما غير ذلك فهو على حسب الشرط، و هذا مقتضى إطلاق المصنف، و إليه و إلى بعضه يرجع تفسيرها فى

المسالك «بأنها اشتراط العوض لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابه الآخر، و طرح اشتراكا فيه» ثم أكثر من الأمثله، و لكن إطلاق المصنف أجود، و منه يظهر أنه لا وجه لمناقشه المصنف بأن المقصود من معناهما غير حاصل من لفظه، و بدخول كل منهما فى تعريف الآخر، كما أن منه أيضا يعلم رجوع المناضله إليهما، لا أنها قسم ثالث كما فى القواعد، مع أن المحكى من التحرير صريح فى مرادفتها له.

نعم ربما قيل إن الجواب من دون ياء قسم ثالث للمراماه، و هى أن يحتسب بالإصابه للغرض و الهدف، و يسقط الأقرب للغرض ما هو الأبعد منه و لا بأس به.

[الفصل الثانى فيما يسابق به]

الفصل الثانى: فيما يسابق به و لا ريب أن الأصل عدم ترتب آثار هذا العقد و حينئذ ف يقتصر فى الجواز على النصل و الخف و الحافر، و قوفا فيما خالف الأصل على مورد الشرع و الإجماع على شرعيته فى الجمله لا يقتضى العموم، كما أن كون الحكمه فيه الاستعداد للجهاد كذلك أيضا، بل و لا «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بعد أن ذكرنا غير مره أن المراد منها العموم فى أنواعها، لا أفراد كل نوع منها الذى يرجع فى مشروعيتها إلى ما دل على مشروعيه نوعه إن كان على جهه العموم، أو الإطلاق الشامل للفرد المشكوك فيه، و ليس فى المقام ذلك، بل ظاهر خير الحصر، و نفره الملائكه عند الرهان، و لعن صاحبه خلافه، و بذلك يظهر لك النظر فيما فى المسالك فلا حظ و تأمل.

نعم أظن فى الحدائق فى إضافه الطيور إلى الثلاثه مستدلا على ذلك بنصوص قاصره السند و لا جابر، على أن خبر الحمام منها محتمل لإيراده اللعب به، بلا- مسابقه و لا- إرادته الخيل منه، بل قيل: أنه المتعارف فى لسان أهل المدينه، بل لعله أيضا ظاهر أو محتمل الاستدلال عليه فى خبره للنبوى المتضمن لإجراء الخيل، بل ربما احتتمل فى النصوص الريش منها إرادته السهم ذى الريش، و ليس فى عطفه على النصل فى أحد الخبرين دلالة على التغاير بينهما، بعد احتمال كونه من عطف المرادف، أو الخاص على العام المؤيد بإسقاط العطف، و إبدال النصل بالريش فى الخبر الثانى المصرح فيه بحرمة الباقي، كل ذلك مضافا إلى الإجماع المحكى مستفيضا على الحصر فى الثلاثه.

و كيف كان ف يدخل تحت النصل: السهم و النشاب و الحراب و السكين و السيف و الرمح، قال فى الصحاح: النصل نصل السهم و السيف و السكين و الرمح، و فيه أيضا: النشاب السهام، فىكون عطفه عليه هنا من عطف التفسير و عن مبسوط الشيخ أنه باعتبار اللغات، فىقال: سهم فى لغة العرب، و نشاب فى لغة العجم، و فى المسالك «إن حصر النصل فىما ذكر هو المعروف لغه، و عرفا، فلا يدخل فىه مطلق المحدد كالدينوس و عصا المرافق إذا جعل فى رأسها حديده و نحو ذلك عملا بالأصل السابق» و لكن مع ذلك قال: «و يحتمل الجواز بالمحدد المذكور، إما الادعاء دولها فى الأصل، أو لإفادتها فائده النصل فى الحرب، حيله على جواز الفعل نظرا إلى دخوله بذلك فى النصل» و هو كما نرى، ضروره أنه لا-وجه للاحتمال المزبور بعد الاعتراف بأن الحصر المزبور هو المعروف لغه و عرفا، فإن ادعاء دخولها فىكون غلطا حينئذ، كدعوى لحوقها فى الحكم و إن لم تدخل فى الموضوع كما هو واضح.

و يتناول الخف: الإبل و الفيله اعتبارا باللفظ الشامل لذلك بلا خلاف، أجده فىه بيننا، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه، بل حكاه فىها عن أكثر العامله أيضا نعم عن بعضهم المنع لأنه لا يحصل بها الكر و الفر، فلا معنى للمسابقه عليها، و كأنه مال إليه بعض متأخرى المتأخرين منا، لكنه فى غير محله، إذ هو كالاجتهد فى مقابله النص، و دعوى انصرافه إلى الأول خاصه ممنوعه، على أن كر كل حيوان و فراره بحسب حاله.

و كذا يدل الحافر على الفرس و الحمار و البغل فىجوز المسابقه عليها كما فى المسالك، خلافا لبعض العامه فمنع منها فى الأ-خيرين، لأنهما لا يقاتل عليهما عملا غالبا، و لا يصلحان للكر و الفر، و مال إليه بعض متأخرى المتأخرين لذلك، و لدعوى عدم انصراف الإطلاق إلى ما يشملهما، لكنه فى غير محله كما عرفت، خصوصا بعد مقاتله أمير المؤمنين (عليه السلام) على بغله رسول الله (صلى الله عليه و آله).

و كيف كان ف لا تجوز المسابقه المشتمله على عوض بالطيور و لا على القدم و لا بالسفن و لا بالمصارعه و لا بغير ذلك مما هو غير الثلاثة المزبوره بلا خلاف أجده

فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الحصر السابق، و لعن الملائكة الراهن في غيرها و أنه قمار حرام.

نعم عن بعض العامة جواز المسابقه بالجميع، لإمكان الاحتياج إلى الطيور في حمل الكتب، و استعلام حال العدو، و تعارف الحرب على الأقدام كتعارفه بالسفن في البحر، و

النبوى المروى (١) من طرقهم «أنه (عليه السلام) سابق عائشه بالقدم مرتين، سبق في إحداهما، و سبق في الآخر»،

و «أنه صارع ثلاث مرات (٢) كل مره على شاه فصرح خصمه في الثلاث، و أخذ منه ثلاث شياه».

و لكن لم يثبت شىء من ذلك عندنا، بل الظاهر الثابت خلافه كما عرفت، و أما جوازها بدون عوض فقد حكى فيه قولان: قيل: إن منشأهما فتح الباء في لفظ سبق المروى في خبر الحصر و سكونها، فعلى الأول الذى هو المشهور لا يدل إلى على عدم مشروعيه بذل العوض في غير الثلاثه، و لا تعرض فيها لغير ذلك، فيبقى على أصاله الجواز، و على الثانى يدل على المنع مطلقا، لكن يرجح الأول- مع شهره روايتها كذلك أن احتمال الأمرين يرفع دلالتها على المنع مطلقا، فيبقى أصاله الجواز خاليه عن المعارض.

مضافا إلى إمكان ترتب غرض صحيح عليها، يخرجها عن اللهو و اللعب، مع أنهما لم يثبت تحريمهما على وجه الإطلاق بحيث يشمل المجرد عن الآلات المعده لمثل ذلك، فيجوز حينئذ المسابقه بالأقدام، و رمى الحجر و دفعه، و المصارعه و الآلات التى لا تشمل على نصل و الطيور، و لعل من ذلك

مصارعه الحسين (عليهما السلام) بمحضر النبى (صلى الله عليه و آله) (٣).

و مكاتبتهما، و غيرهما مما هو مروى عن الحسن (عليه السلام) أيضا، و من ذلك و غيره

جزم به ثانى الشهيدين و من تبعه، لكن فى الرياض «أن الأشهر خلافه، بل ظاهر المذهب و المحقق الثانى و صريح المحكى عن التذكرة أن عليه إجماع الإماميه فى جميع الأمور المذكوره، ثم اختاره للإجماع المزبور المعتضد بالشهره، و بما دل على حرمه اللهو و اللعب لكون المسابقه فى المذكورات منها بلا تأمل.

١-١ المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ١٢٧-١٢٩.

٢-٢ المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ١٢٧-١٢٩.

٣-٣ المستدرک ج ٢ ص ٥١٧.

و خصوص ما مر من المعتبره^(١) المنجبر قصور سندها بالشهره، بل و عمل الكل و لو فى الجملة الداله على تنفر الملائكه عند الرهان، و لعنها صاحبها ما خلا الثلاثه، مع التصريح فى بعضها بأن ما عداها قمار محرم، و دعوى توقف صدق القمار و الرهانه على بذل العوض غير معلوم الصحه مع صدقهما، سيما الرهانه بدون عرفا و عاده و ربما جعل ذلك كله قرينه على صحه روايه السكونى التى دلالتها على عدم الصحه بل الحرمة ظاهره، لعدم إمكان إرادته نفي الماهيه، فتحمل على أقرب المجازات، و هو إما نفي جميع أحكامها التى منها الصحه و المشروعيه، أو نفيهما خاصه، لأنه المتبادر من نفي الماهيه بلا شبهه، سيما مع الاعتضاد بما عرفته من أدله الحرمة و بذلك يظهر الجواب عما فى الكفايه: من أنه لا- دلالة فى الروايه على الحرمة على النسختين، فإنه على الفتح يحتمل أن لا لزوم،

أو لا تملك، أو لا فضل للسبق، و العوض إلا فى هذه الثلاثه من بين الأفعال التى يسابق عليها، و حينئذ فلا دلالة لها على تحريم الفعل، أو الملاعبه مع العوض أيضا فى غير الثلاثه، بل لا يدل على تحريم العوض أيضا، و على السكون يحتمل أن يكون معناها لا اعتداد بسبق فى أمثال هذه الأمور إلا فى الثلاثه، أو لا فضل لسبق إلا فى الثلاثه، فلا دلالة فيها على التحريم» إذ هو كما ترى بعد ما عرفت، إذ لا ريب فى بعد الاحتمالات التى ذكرها، و لهذا لم يشر أحد من الأصحاب إلى جريان شىء منها فى الروايه، بل أطبقوا على دلالتها على الحرمة، و إنما اختلفوا لاختلاف النسخه فى متعلقها هل هو العوض خاصه، أو نفس الرهانه، و أين هذا الإطباق من صحه ما ذكره بل ينبغى القطع بفساده.

سيما مع ما عرفت من الروايات، بل للأدله الأخر الظاهره فى الحرمة و أخبارهم يكشف بعضها عن بعض» هذا حاصل ما فى الرياض، و نقلناه بطوله لجوده محصوله.

لكن ينبغى أن يعلم أن التحقيق الحرمة و عدم الصحه إذا أريد إيجاد عقد السبق بذلك، إذ لا ريب فى عدم مشروعيته، سواء كان بعوض أو بدونه، و لو للأصل، فضلا عن النهى فى خبر الحصر.

أما فعله لا- على جهه كونه عقد سبق، فالظاهر جوازه، للأصل و السيره المستمره على فعله فى جميع الأعصار و الأمصار من الأعوام و العلماء، و

ما ورد من مصارعه الحسن و الحسين

(عليه السلام) (١) و مكاتبتهما و التقاطهما حب قلاده أمهما،

بل

ما روته العامه من مسابقه النبي (صلى الله عليه و آله) (٢) لعائشه بقدمه فسبق و سبق»

لو قلنا بصحة ذلك، و عدم منافاه مثله لمنصب النبوه، لأنه من المداعبه مع الزوجه و غير ذلك.

بل لا يبعد جواز إباحتهما العوض على ذلك، و الوعد به مع استمرار رضاهما به، لا على أنه عوض شرعى ملتزم، بل قد يحمل

عليه ما

روى عن النبي (صلى الله عليه و آله) فى طرق العامه (٣) «من المسابقه بالقدم مع أشخاص ثلاثه على شاه، فغلب الثلاثه و أخذ

الشيء الثلاث»

ملتزم به، و المراد من الخبر - على السكون - لا عقد سبق، فإن السبق اسم لهذه المعامله، كالبيع و الصلح و الإجاره، و على الفتح

لا سبق إلا فى الثلاثه لعدم مشروعيه عقد السبق فى غيرها، و حينئذ يتحد المراد منها على النسختين، و الإجماعات المزبوره إنما

هى على

ما ذكرنا من عدم مشروعيه عقد السبق فى غير الثلاثه، و إن كان بغير عوض ففعله حينئذ تشريع محرم، لا أن المراد حرمة مطلق

المغالبه، و إن تعلق بها غرض صحيح، و دعوى أنها مطلقا لهو و لعب، و هما مطلقا حرام و اضحه المنع، خصوصا بعد معرفيه

مداعبه الصلحاء و مغالبتهم فى كثير من الأمور، بل ربما عد مثلها عباده، و بذلك ظهر لك ما فى كلام من الأصحاب، و إنه غير

محرر، فإن جمله من كلماتهم تقتضى بأن محل البحث إيقاع عقد المسابقه، و جمله منها تقتضى بحرمة مطلق المغالبه بغير

الثلاثه، و إن لم يكن على أنه عقد مسابقه، لأنها لهو و لعب و قمار، إلا أن التحقيق ما عرفت.

[الفصل الثالث فى عقد المسابقه و الرمايه]

الفصل الثالث: فى عقد المسابقه و الرمايه و هو يفتقر مضافا إلى ما يعتبر فى غيره من العقود من البلوغ و العقل و نحوهما إلى

إيجاب و قبول كغيره من العقود بالنسبه إلى ذلك، و إلى جميع ما يعتبر فى اللازم منها، بناء على أنه منها من العرييه و المقارنه و

نحو ذلك.

نعم الظاهر جريان المعاطاه فيه كغيره، بناء على عموم مشروعيتها.

١-١ المستدرک ج ص ٥١٧.

٢-٢ المغنى لابن قداحه ج ١١ ص ١٢٧.

و قيل: و القائل الشيخ فيما حكى عنه و الفاضل فى محكى مختلفه هى جعاله فلا تفتقر إلى قبول، و يكفى البذل كما يكفى فيها قول من رد عبدى فله درهم و نحوه، و على الأول: فهو لازم كالإجاره لعموم (١) «أَوْفُوا» و (٢)

«و المؤمنون»

و الأصل و على الثانى: هو جائز، شرع فيه أو لم يشرع كالجعاله و إن كان التحقيق خروجه عنهما معا، ضروره انتفاء جملة من خواص كل منهما فيه، منها- العوض، فإن الظاهر عدم اعتباره فيه، لإطلاق الأدله و عمومها، بل و قد وقع من رسول الله (صلى الله عليه و آله) بدونه.

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر طلحه بن زيد (٣) «أغار المشركون على سرح المدينة، فنادى فيها مناديا سوء صباحاه فسمعها رسول الله (صلى الله عليه و آله) فركب فرسه فى طلب العدو و كان أول أصحابه و لحقه أبو قتاده على فرس له، و كان تحت رسول الله (صلى الله عليه و آله) سرج دفتاه من ليف ليس فيه أشر و بطر، فطلب العدو فلم يلقوا أحدا، و تتابعت الخيل. قال: أبو قتاده: يا رسول الله إن العدو قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق فقال: نعم فاستبقوا فخرج رسول الله (صلى الله عليه و آله) سابقا ثم أقبل عليهم فقال: أن ابن العواتك من قريش إنه لهو الجواد البحر»

و منها عدم معلوميه السابق، و منها عدم رجوع العمل للجاعل إلى غير ذلك مما يظهر بأدنى تأمل، على وجه يقطع بخروج هذا العقد عنهما، و كونه عقدا برأسه، و ثانى الشهيدان و إن ذكر ذلك هنا احتمالا لكنه جزم بعد ذلك بخروجه عنهما، كالمحقق الثانى و عليه فرع

جملة من الأحكام الخارجة عنهما محتجا عليه بأنه عقد برأسه، بل لعل الأصحاب أجمع كذلك، و إن وقع من بعضهم كونه إجاره أو جعاله، إلا- أن مرادهم كالأول فى اللزوم، و الاحتياج إلى القبول، و كالثانى فى الجواز، و عدم الاحتياج إلى القبول العقدى، لا أن المراد كونه فردا منهما، و لذا جعلوا له كتابا مستقلا على نحو غيره من العقود، و أثبتوا له أحكاما لا توافق شيئا من العقدين كما هو واضح.

و على كل حال فالدليل على عقديته ذكر الأصحاب له فى نظمها، بل ظاهر المصنف فى النافع، و الفاضل فى المختلف بل و غيرهما المفروغيه من ذلك، و ان التردد إنما هو فى اللزوم و الجواز، و إن كان ظاهره هنا تفرغ لزومه و جوازه على عقديته و عدمه، لكنه فى غير محله،

١- ١ سورة المائدة الآية- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ١- من أبواب أحكام السبق و الرمايه الحديث- ٢.

ضروره كون كل منهما أعم من ذلك.

كما أن التردد في الجواز و اللزوم بعد فرض عقديته في غير محله، ضروره أن الأصل في العقد اللزوم، لعموم «أَوْفُوا»^(١) والاستصحاب الذي مقتضاه ذلك أيضا، و إن لم نقل بعديته، و ما في المختلف «من أن المراد من الأمر بالوفاء بالعقد العمل على مقتضاه إن كان جائزا، و ليس المراد مطلق العقود، و إلا لوجب الوفاء بالجائزه» واضح الفساد ضروره ظهور الأمر بالوفاء بالشئ التزمه و العمل به، لا العمل بمقتضاه من جواز أو لزوم و من

هنا كان طريقه الأصحاب حتى هو الاستدلال بها على اللزوم، و إلا كان دورا واضحا و خروج العقود الجائزه منها للأدله، لا ينافي بقاء حجيتها في الباقي.

و بذلك كله ظهر لك أنه لا إشكال في اللزوم على تقدير عقديته الذي قد عرفت ثبوتها من التسالم المزبور، بل و من أن ثبوت العوض في ذمه المسبوق، مع فرض كون الإيجاب من السابق من الأمور التي لا تثبت إلا- بالعقود، المعلوم كون موردها نحو ذلك بخلاف موارد الإنشاء، على أنه على فرض الشك في كونه عقد أو غيره، فالأصل عدم ترتب الأثر بالإيجاب خاصه، و لا ينافيه إطلاق المسابقه بعد فرض الشك فيها، و في الرياء بعد الفراغ من عقديته قال: «و حينئذ الأجود الاستدلال على اعتبار القبول أن يقال إن الوجه فيه ظاهر على القول باللزوم، و كذا على القول بالجواز، بناء على أن لزوم العوض المبذول بعد العمل للسابق على المسبوق لا يتأتى إلا على اعتبار قبوله، إذ لولاه لأمكنه الامتناع من بذله بعد العمل، مدعيا عدم رضاه بالإيجاب، و لعله خلاف الإجماع، بل العوض لازم عليه بهذا العمل كالجعله بلا خلاف، و لا يتم ذلك إلا بالإجماع لكن هذا إنما يجرى لو كان السابق هو الموجب، و لو انعكس أمكن عدم الاحتياج إلى القبول كالجعله، و إلا أنه يمكن التعميم بعدم القول بالفصل فتأمل».

و فيه، أولا: أنه لا حاجه إلى هذا الاستدلال، بعد فرض معلوميه كونه عقدا، لما هو معلوم من أنه المركب من الإيجاب و القبول، سواء كان جائزا أو لازما.

و ثانيا: أن المراد اعتبار القبول العقدي، و اللزوم بعد العمل يمكن أن يكون لحصول الرضا، و إن لم يكن على وجه القبول العقدي كالجعله:

كما أن ما فيه أيضا- بعد تسليم اللزوم في هذا العقد، بمعنى عدم جواز الامتناع من بذل العوض بعد تمام العمل لما في ذلك من الضرر على السابق بتضييع عمله المحترم الذي لم يقع إلا- برضاه، بدفع العوض عنه «من منع اللزوم بمعنى وجوب العمل عليه ابتداء، وعدم جواز الفسخ قبله أو بعده قبل التمام، للأصل، ولأنه إنما التزم فيه ببذل العوض بعد حصول السبق، إذ لا معنى لقوله من سبق فله كذا غير ذلك و هو غير الالتزام بنفس العمل في العوض في بدو الأمر بل حالها حينئذ كالجعله، فلكل منهما فسخها ابتداء، أو في الأثناء، ولكن يجب على المسبوق منهما للسابق بذل العوض الذي عيناه».

لا يخلو من نظر أيضا، ضروره عدم الدليل على أن كيفية العقد ما ذكره، بل لعل الظاهر خلافه، وأن ذلك يذكر بعد إنشائهما الالتزام بالمسابقه و المراماه الذي مقتضاه وجوب فعل ذلك منهما كما هو مقتضى العقود اللازمه، و كأنه لا خلاف فيه، قال الفاضل في القواعد و على اللزوم يجب البدء بالعمل، لا بتسليم السبق، و في جامع المقاصد في شرح ذلك: «الظاهر أنه لا خلاف فيه».

بل لا- يخفى على من تأمل غير ذلك من كلماتهم خصوصا القواعد و التذكرة و جامع المقاصد أنه لا إشكال على اللزوم في وجوب العمل، و عدم جواز الفسخ، بل يظهر من القواعد و غيرها التوقف في الفسخ على الجواز في بعض الصور، قال فيها بعد أن استقرب الجواز- فلكل منهما فسخه قبل الشروع، و يبطل بموت الرامي و الفرس و لو مات الفارس فللوارث الإتمام على أشكال، إلى أن قال: و إن كان بعد الشروع و ظهور الفضل، مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافه أو يصيب بسهام أكثر، فللفاضل الفسخ لا المفضول على أشكال، بل في جامع المقاصد «إن الأصح عدم الجواز» و هو مقرب التذكرة، لأن ذلك يؤدي إلى سد باب المسابقه، إذ متى ظهرت أمارات الغلبه لأحدهما فسخ الآخر، و إن كان هو كما ترى بعد استصحاب بقاء الجواز.

نعم ربما كان ذلك مؤيدا للقول باللزوم من الأصل، ثم لا يخفى عليك ما في قوله للوارث الإتمام، إذ لا ريب في الانفساخ على اللزوم، فضلا عن الجواز، ضروره كون المغالبه وقعت بين الشخصين، لا ورثتهما فهو كالمستأجر المشترط عليه المباشرة.

و دعوى- أن المراد بالمسابقه امتحان الفرس، لا الفارس و بذلك افترق عن المراماه و انفسخت بموت الفرس- واضحه المنع كوضوح فساد أصل الحكم، خصوصا بعد ملاحظه قصور الوارث عن ذلك، لكونه طفلا أو أنثى أو نحو ذلك، و دعوى استنابه غيرهم فى ذلك كما ترى، و بذلك كله بأن لك بحمد الله تعالى الحال فى جميع أطراف المسأله.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يصح أن يكون العوض عينا أو دينا على حسب غيره من المعاملات لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوصا

«ما وقع من النبى (صلى الله عليه و آله) (١) من بذل النخلات و الأوقى من الفضة.»

نعم ستعرف فيما يأتى أنه يعتبر فى ملكه- العمل على وجه يكون جزء السبب، فلا يصح ضمانه لو كان دينا قبله و لا الرهن عليه- أولا يعتبر ذلك، و إنما هو شرط كاشف و السبب العقد، و إن أطلق فى المسالك هنا ضمانه و الرهن عليه و الأمر سهل.

و إذا بذل السبق غير المتسابقين صح إجماعا من المسلمين- إذا كان الإمام و مطلقا- من المؤمنين، خلافا لبعض العامه فخص جوازه بالإمام، لأنه له النظر فى الجهاد، و ضعفه واضح، إذ هو و مقدماته مرغبه فيه مطلقا.

و إذا بذله أحدهما أو هما صح عندنا، و لو لم يدخل بينهما محلل خلافا لبعض العامه- أيضا، فلم يجوزه من أحدهما خاصه، معللا- له بأنه قمار، و هو كالاتجاه فى مقابله النص الذى منه الإطلاق و العموم و لابن الجنيده فلم يجوزه منهما من دون دخول محلل، لخبر عامى لا يصلح لمعارضه إطلاق الأدله و عمومها.

و لو بذله الإمام من بيت المال جاز بلا خلاف و لا إشكال لأن فيه مصلحه للإسلام و المسلمين، و هى مصرفه و لو جعل السبق للمحمل بانفراده

إذا سبق جاز أيضا لإطلاق الأدله و عمومها، فلا يستحق أحدهم شيئا إذا سبق بل يكون السبق لبأذله، لعدم حصول السبق ممن بذل له، و كذا لو سبق أحدهما و المحلل إذا كان الشرط سبق المحلل لهما نعم لو كان الشرط سبقه و لو لأحدهما استحق حينئذ.

و كذا يجوز لو قيل: من سبق منا أى الثلاثة فله السبق، عملاً بإطلاق الإذن فى الرهان المقتضيه جواز ذلك و غيره، و يرجع فى معناه إلى العرف كما تسمع فى نظائره.

و كيف كان ف تفتقر المسابقه إلى شروط خمس: الأول تقدير المسافه ابتداء و انتهاء للغرر، و لأنه مع عدم تعيين الغايه قد يديمان السير فتهلك الدابه و لأن من الخيل ما يقوى سيره فى ابتداء المسافه، ثم يأخذ بالضعف، و هو عتاق الخيل و منها بالعكس، و هو هجانها، و صاحب الأول يريد قصر المسافه و الآخر يريد طولها، فيؤدى عدم التعيين حينئذ إلى النزاع المعلوم من الشارع إرادته حسمه، فعلى هذا لا يجوز استباقهما، بل و بدون غايه المعرفه أيهما يقف.

و الثانى: تقدير الخطر بعد معرفه جنسه، للغرر فى المجهول و إثارة النزاع. نعم قد يجىء على القول بأنها جعله جواز جهالته فى بعض الوجوه، كما أنه لا إشكال فى اعتبار معلوميته بناء على أنها إجاره، و إن كان التحقيق خلافهما، و أنها عقد مستقل يشارك كلا منهما فى بعض الأمور، و ينفرد عنهما بأمر آخر.

و الثالث: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهده، لأن المقصود امتحان الفرس و ذلك يقتضى تعيينه، بل لا يكفى الوصف حينئذ، و إن كفى فى السلم الذى يراد به الكلى لا الشخصى.

و الرابع: تساوى ما به السباق فى أصل احتمال السبق و إن رجح فى أحدهما فلو كان أحدهما ضعيفا تيقن قصوره عن الآخر لم يجز لعدم الاستعلال فيه حينئذ.

لكن لا يخفى عليك المناقشه فى دليل كثير منها، أو جميعها كما تسمعه فى الشرائط الآتية، اللهم إلا أن يكون إجماعا كما عساه يظهر من نفي الخلاف من بعضهم، و إن كان هو كما ترى.

الخامس: أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلل فلو جعل لغيرهما لم يجز بلا خلاف للأصل بعد الشك في تناول إطلاق الأدله له و لما قيل: من أنه مفوت للغرض من عقد المسابقه و هو التحريص في طلب الغلبه و بذلك الجهد في الفروسية و نحوها، و إن كان لا يخلو من مناقشه.

نعم لو جعل للمسبق فات الغرض، بسبب اقتضاء ذلك حرص كل واحد منهما على كونه مسبوqa، فيفوت الغرض.

بل في المسالك «و كذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبق، و يجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبه إلى الزيادة، كما يجوز جعلها خاصه عوضاً».

و لكن قد يناقش بالشك في تناول إطلاق الأدله له إن لم يكن ظاهرها خلافه، و الأصل الفساد.

و زاد في محكى التذكرة سادسا: و هو تساوى الدابتين جنسا، فلا يجوز المسابقه بين الخيل و البغال مثلا لأنه مناف للغرض من استعمال قوه الفرس بالسباق مع جنسها و مرجعه إلى الأصل السابق بعد فرض الشك في تناول الإطلاق له، بل يمكن استفادته أيضا من المتن.

نعم يمكن منع الشك المزبور مع حصول احتمال سبق كل منهما، أما لو تساويا جنسا لا صنفا كالعربي و البرزون و البختي و العربي، فالأقوى الجواز مع فرض تحقق الاحتمال المزبور، لتناول الإطلاق.

و سابعا: و هو إرسال الدابتين دفعه، لمنافاه الغرض مع عدمه إذا ربما كان السبق مستندا إلى إرسال أحدهما أولا.

و فيه: أنه يتبع الشرط و لذا لا يشترط التساوى في الموقف، كما ستعرف، نعم يعتبر معرفه مقدار ذلك مع فرض الاشتراط تخلصا عن الجهاله المفضيه إلى التنازع مع احتمال الاكتفاء في تحقق السبق من أحدهما.

و ثامنا: و هو أن يستبقا على الدابتين في الركوب، فلو عقدا على إرسال الدواب بنفسها كان باطلا.

و فيه: أنه خروج عن موضوع السبق لا أنه من شروطه.

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

و عاشرًا: و هو أن يكون مورد العقد ممن يستعد للقتال فلا يجوز السبق و الرمي للنساء لأنهن لسن من أهل الحرب.

و فيه: منع، خصوصا في مثل الصبيان بعد العقد من أوليائهم.

و الحادى عشر: العقد المشتمل على أركانه المعتبره فيه، و فيه أن نحو ذلك ليس من الشرائط، على أن الظاهر الإكتفاء فيه بالمعاطاه، و قد تقدم فى كلام المصنف ما يدل عليه.

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

و فيه أولا: أنه ليس من الشرائط.

و ثانيا: منع عدم صحته و بذلك كله ظهر لك الحال فى أكثر هذه الشرائط، و أنه لا دليل عليها بالخصوص، و كأن كثيرا منها موافق لمذاق العامه، و التحقيق ما عرفت من صحه ما يفهم من الأدله منها، و ما يشك فى شرعيه العقد الفاقد لها منها، لأنه الأصل الفساد، و إلا فإطلاق الأدله ينفيه، هذا.

و فى القواعد و ليس لأحدهما أن يجنب إلى فرسه فرسا آخر يحرصه على العدو، و لا يصيح به فى وقت سباقه و لعله

للنبوى المرسل (١) «لا جلب و لا جنب»

لكن عن نهايه ابن الأثير الجلب هو أن يتبع الرجل فرسه فيزجره، و يجلب عليه و يصيح حثا له على الجرى، و الجنب بالتحريك أن يجنب فرسا إلى فرسه الذى يسابق عليه، فإذا افتر المركوب تحول إلى المجنوب فنهوا عنهما، و هو غير ما فى القواعد، بل قد يتوقف فى أصل الحكم، لعدم ثبوت دليله، بل لعل إطلاق الدليل يقتضى خلافه، خصوصا مع التصريح باشتراط نحو ذلك منهما و الله العالم.

و على كل حال ف هل يشترط التساوى فى الموقف؟ قيل: نعم لفوات الغرض الذى هو معرفته الفرس و الفارس و الأظهر أنه لا يشترط بعد فرض احتمال السبق، لأنه مبنى على التراضى فيشملة إطلاق الأدله (١)و

«المؤمنون عند شروطهم»

و إلى هذا يرجع الشرط السابع كما أو مانا إليه سابقا، هذا كله فى السبق.

و أما الرمى فيفتقر إلى العلم بأمر سته و البحث فيها نحو ما عرفته فى السبق الأول الرشق بكسر الراء الذى قد عرفت أنه عدد الرمى، إذا لو لم يعين أمكن أن يطلب المبسوط تعدد الرمى حتى تحصل الإصابه، و يمتنع الآخر، فيفضى إلى التنازع المعلوم من حكمه الشارع خلافه.

و لكن قد تقدم لنا فى المبادره ما يستفاد منه عدم اشتراط ذلك، مع فرض كون الشرط الإصابه مع التساوى فى الرمى، فمع فرض حصولها من أحدهما فى المرتين أو الثلاث فهو ناضل للآخر.

و الثانى عدد الإصابه كخمس من عشرين رميه، لأن الاستحقاق، و بيان حذق الرامى بها، فلو عقدا على أن يكون الناضل منهما أكثرهما أصابه من غير بيان العدد لم يصح، كما لو جعل السبق على الخيل، لا إلى غايه، و ظاهر المسالك الإجماع عليه، فإن تم كان هو الحجه، و إلا لإطلاق الأدله يقتضى الجواز مع فرض ضبط عدد الرمى، بل لعل ذلك قسم من المحاطه، قيل: و أكثر ما يجوز اشتراطه من الإصابه ما نقص عن عدد الرمى المشروط بشىء و إن قل، ليكون تلافيا للخطأ الذى يتعذر أن يسلم منه المتناضلون، و أحذق رماه من أصاب تسعه من عشره، فلو شرطها كذلك جاز، لبقاء سهم الخطأ، و ربما قيل: بعدمه لندوره، و أقل ما يشترط من الإصابه ما يحصل به التفاضل، و هو ما زاد على الواحد.

و فيه: أن الإطلاق يقتضى جواز اشتراطها فى جميع العدد المشروط أيضا.

و الثالث صفتها (١١) من خزق أو خرق و غيرهما من الصفات للغرر مع عدمه.

و فيه: أن الإطلاق يقتضى جواز اشتراط مطلق الإصابه التى هى قدر مشترك بين الجميع.

و الرابع معرفه قدر المسافه التى يرمى بها بالمشاهده، أو ذكر المساحه، إلا أن يكون عادة ينصرف إليها الإطلاق فتكفى حينئذ عن ذلك.

نعم يعتبر فيها احتمال الإصابه و لو نادرا على الأقوى، فلو عينا مسافه يعلم عدم اصابتها أو أحدهما فيها لم يصح.

و الخامس الغرض الذى هو المقصود بالإصابه، فلا بد من العلم بموضعه من الهدف ارتفاعا، و انخفاضا، و قدره بالنسبه إلى الضيق و السعه، و لعل مشاهدته تكفى عن ذلك.

و السادس السبق حذرا من الغرر و الجهاله المفضيه إلى النزاع المعلوم من الشارع إرادته رفعه، لا ثبوته، لكن الظاهر عدم اعتباره فى الصحه.

نعم حيث يشترط يجب معرفته بما يرتفع معه النزاع و لا دليل على اعتبار أزيد من ذلك.

و كذا يفتقر الرمى إلى العلم ب تماثل جنس الآله من كون القوس مثلا عربيا أو فارسيا، لاختلاف الرمى باختلاف ذلك، فهو حينئذ بمنزله تماثل حيوان السبق، و إنما فصله عن الشرائط السابقه، لأنه إنما يفتقر إليه فى العقد لا مما يجب أن يعلم بخلافها، لكن قد عرفت فيما مضى عدم الدليل على اشتراط نحو ذلك، مع احتمال الإصابه، بل إطلاق الأدله يقتضى خلافه، و لذلك قيل هنا لا يشترط التعيين، و لا يضر اختلاف النوع، و يجوز إطلاق العقد، مجردا عنه، و إنما يتم مع اشتراطه.

ثم إن كان هناك عرفت تعيين حمل الإطلاق عليه، و إلا كان لهما الخيار فيما يتفقان عليه، و فى المسالك «هذا هو الأقوى» و حيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشترط،

لعموم «المؤمنون»

إلا برضا صاحبه فيجوز حينئذ، لأن له إسقاط حقه.

و فى اشتراط تعيين أحد القسمين أى المبادره و المحاطه فى عقد الرمايه تردد (١١) بل و خلاف و لكن الظاهر أنه لا يشترط (١٢) لانصراف إطلاق

العقد إلى المحالطه على الأشهر، كما قيل: إذا اشترط السبق إنما يكون لإصابه معينه من أصل العدد المشترط فى العقد، و ذلك يقتضى إكمال العدد كله، ليكون الإصابه المعينه منه، فإنهما إذا عقدا على أن من أصاب خمسه من عشرين كان له كذا، فمقتضاه رمى كل منهما العشرين، و إلا لم يتحقق كون الخمسه التى حصلت الإصابه بها من العشرين، و ذلك هو معنى المحاطه إذ المراد بها خلو إصابه الخمسه من رمى العشرين لواحد، و لأنها أوجد فائده فى الرمى باعتبار إكمال العدد غالباً.

و قيل: يحمل على المبادره لأنها الغالب فى المناضله و لأن المتبادر من اشترط السبق لمن أصاب عددا معيناً استحقاقه إياه متى ثبت له ذلك الوصف.

و على كل حال لا وجه للاشترط بعد فرض الانصراف المزبور، نعم لو فرض عدم انصراف الإطلاق اتجه الاشترط حينئذ للغرر، و تفاوت الأغراض و الرماه فإن منهم من يكثر الابتداء و يقول فى الانتهاء، و بالعكس و عن الفاضل فى التذكرة اختياره و استجوده فى المسالك، و الأقوى الأول.

و كذا لا يشترط تعيين شخص القوس و السهم لإطلاق الأدله بل قيل: لو عينه لم يتعين، و عن التذكرة بل يفسد العقد بذلك، كما فى كل شرط فاسد، و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم كونه من الشرط المخالف، فالأقوى لزومه مع الاشترط، و إن كان اشترطه غير معتبر فى صحه العقد،

لعموم «المؤمنون»

و لا مكان تعلق الغرض بذلك، و عدم اعتباره فى الصحه لا يقتضى فساد كما هو واضح.

[الفصل الرابع فى أحكام النضال]

إشاره

الفصل الرابع: فى أحكام النضال الشامل للسبق على ما عرفته سابقاً و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا قال أجنبى لخمسه مثلاً من سبق فله خمسه فتساووا فى بلوغ الغايه فلا شىء لأحدهم]

الأولى: إذا قال أجنبى لخمسه مثلاً من سبق فله خمسه فتساووا فى بلوغ الغايه، فلا شىء لأحدهم بلا خلاف و لا إشكال لأنه لا سبق لأحدهم كما لا خلاف و لا إشكال فى أنه لو سبق أحدهم كانت الخمسه له لتحقق الوصف فيه دون غيره، و

أما إن سبق اثنان منهم ففي المتن و عن جماعه كانت الخمسه لهما بالنصف دون الباقيين و كذا لو سبق ثلاثه أو أربعة بالثلث أو الربع موزعه على الرؤوس، لظهور كون المراد بذل الخمسه لا غير لمن حصل له الوصف المزبور متحدا أو متعددا، خصوصا مع تشخصها، بل مع فرض منع الظهور بلا إشكال في الاحتمال و الأصل براءة الذمه من وجوب دفع الزائد، فيقتسمها السابقون.

وقيل: يستحق كل واحد منهم خمسه، و اختاره في جامع المقاصد، و تبعه في المسالك، لأن (من) للعموم الذي هو بمعنى كل فرد، بل الحكم في جميع القضايا الكليه كذلك، على أن لفظ (من) مفرد، بدليل عود الضمير إليها كذلك فهي بمعنى أي فرد، و لأن العوض في مقابل السبق و قد وقع من كل واحد، فيستحق كل منهم كمال العوض و قد صرح المصنف و الفاضل في كتاب الجعالة باستحقاق كل واحد الدراهم في نحو قوله من دخل دارى فله درهم فدخلها جماعه لأن كل واحد منهم قد دخل دخولا كاملا، و لا يقدر في ذلك عدم معرفه العوض حينئذ لعدم معرفه السابقين، لأن المعتبر العلم بأصل القدر في الجملة و لذا جاز من سبق فله كذا، و من صلى فله كذا.

و قد يناقش بأن مقتضى عموم الأفراد الذي هو بمعنى، لكل واحد سابق، عدم استحقاق واحد منهم شيئا مع التعدد، ضرورة عدم صدق الواحد السابق على الجميع عليه، و قد اتفق القولان على عدمه، فليس المراد حينئذ إلا العموم في (من) باعتبار الصله الذي هو بمعنى كل سابق، الشامل للمتحد و المتعدد، إما لدعوى ظهوره في ذلك، أو لأنه كذلك بعد انتفاء الأول، و هذا لا يتم إلا بملاحظه كون السابق المجموع ضروره كونه هو الذي تحقق فيه السبق المطلق بخلاف كل فرد، فإنما المتحقق فيه مطلق السبق الشامل للإضافي الذي تحقق صدق السبق معه ليس بأولى من صدق عدمه، بخلاف المجموع، فإنه يصدق اسم السبق المطلق عليه، و لا يصح عدم صدق السبق عليه، و بذلك افترق ما نحن فيه عن نحو من دخل دارى، و كان نحو من رد عبد و قد اشترك في رده جماعه، و صح كلام الشيخ و المصنف و الفاضل فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع.

و منه يظهر لك الوجه فيما ذكره المصنف فيما لو قال: من سبق فله درهمان و من صلى فله درهم حيث قال فلو سبق واحد أو اثنان، أو أربعة فلهم الدرهمان و لو سبق واحد، و صلى ثلاثة و تأخر واحد كان للسابق درهمان، و للثلاثة درهم، و لا شىء للمتأخر و لو سبق ثلاثة مثلا و صلى واحد و تأخر واحد كان الدرهمان للثلاثة و للمصلى درهم، و لا شىء للمتأخر، إذ ذاك كله مبنى على ما عرفت، و حينئذ يكون للمصلى أكثر من السابق فى الفرض الأخير.

و من هنا قال فى المسالك تبعا لجامع المقاصد: «هو خلاف الأمر المعتبر فى العقد، فإنه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد مما يجعل للمصلى، فلو ساوى بينهما لم يصح، فما زاد أولى» و من ثم احتمل البطلان هنا لفوات الغرض ثم قال: ورد بأن استحقاق الزيادة باعتبار التفرد بالوصف، لا- باعتبار جعل الفاضل للمتأخر، و فيه نظر لمنافاه الغرض المقصود على التقديرين و على ما اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين القدر المعين حينئذ يرتفع الإشكال، لأنه لا يتحقق معه مساواة المصلى للسابق فضلا عن رجحانه عليه».

قلت: قد عرفت سابقا ما فى أصل اشتراط زياده السابق، على أنه بناء على ما ذكرناه لا إشكال أيضا، إذ هو المجموع لا كل واحد فهو أكثر من المصلى.

[المسألة الثانية لو كان المتراهنان اثنين و أخرج كل واحد منهما سبعا و أدخل محلا فله السبقان]

المسألة الثانية: لو كان المتراهنان اثنين مثلا و أخرج كل واحد منهما سبعا و أدخل محلا، و قال: أى الثلاثة سبق فله السبقان، فإن سبق أحد المستبقين كان السبقان له بلا خلاف و لا إشكال على ما اخترناه من جواز جميع صور بذلك سبق.

و كذا لو سبق المحلل لحصول الوصف فيه و لو سبق المستبقان كان لكل واحد منهما مال نفسه، و لا شىء للمحلل لكن قد يشكل بأنه بناء على ما ذكرناه سابقا يشتركان فى المالين، لا أنه يكون لكل واحد منهما مال نفسه، و قد يدفع بأن المعهود من عوض سبق إذا كان من المتسابقين أن يبذله المسبوق إذا سبق و لم يسبق فى الفرض أحدهما، فلا وجه لأخذ العوض منه مع كونه سابقا.

و كذا الحال فيما لو سبق أحدهما و المحلل، كان للسابق مال نفسه لأنه لم يسبقه أحد، و نصف مال المسبوق، و نصفه الآخر للمحلل لاشتراكهما في.

صفه سبق له، لكن قد يشكل بعدم تناول مفروض العبارة لسبق ما زاد على الواحد، و فيتجه حينئذ عدم استحقاق شىء للمركب، اللهم إلا أن يقال: بصدق سبق الواحد منهم و لو شاركه غيره، أو يقال: إن المراد أى الثلاثة و لو المركب فتأمل.

و لو سبق أحدهما و صلى المحلل كان الكل للسابق عملاً- بالشرط خلافا لما عن بعض العامة من كون مال المسبوق الآخر للمحلل الذى هو سابق عليه و إنما يحرز السابق مال نفسه، و هو غلط واضح.

و كذا لو سبق أحد المستقبين، و تأخر الآخر و المحلل، و كذا لو سبق أحدهما و صلى الآخر و تأخر المحلل خلافا لما عن ذلك البعض من العامة فللسابق سبق نفسه، و للمسبوق الثانى سبق نفسه أيضا، لأنه سابقا للمحلل و لا شىء للمحلل، و لو تساوا جميعا فى الوصول إلى الغايه أحرز كل منهما مال نفسه و لا شىء للمحلل، و ذلك كله واضح.

[المسألة الثالثة إذا شرط المبادره و الرشق عشرين و الإصابه خمسه فرمى كل واحد منهما عشره فأصاب خمسه فقد تساويا فى الإصابه و الرمى]

المسألة الثالثة: إذا شرط المبادره، و الرشق عشرين، و الإصابه خمسه مثلا فرمى كل واحد منهما عشره، فأصاب كل واحد خمسه، فقد تساويا فى الإصابه و الرمى فلا يجب إكمال الرشق، لأنه يخرج عن المبادره التى قد عرفت أنها اشتراط العوض، لمن بدر إلى إصابه عدد معين، من مقدار رشق معين، مع تساويهما فيه، أو أعم من ذلك، و حينئذ فإذا رميا رشقا و تساويا فى إصابته لم يتحقق سبق، و لو وجب الإكمال لرجاء سبق فى الباقي، خرج عن موضوع المبادره إلى المحاطه، و هو خلاف المفروض.

و كذا لا يجب الإكمال فيما لو رمى كل واحد منهما عشره، فأصاب أحدهما خمسه، و الآخر أربعة، فقد نضله صاحب الخمسه و حينئذ ف لو سأل (١١) صاحب الأربعة إكمال الرشق لم يجب (١٢) لحصول المبادره، و إلا خرج عن موضوعها.

أما لو شرطاً المحاطه، فرمى كل واحد منهما عشرة، و أصاب خمسة، تحاطا خمسة بخمسه، و أكمل الرشق رجاء لحصول السبق، لأن مقتضى المحاطه ذلك على ما عرفت من تعريفها.

و كذا لو أصاب أحدهما من العشره تسعه و أصاب الآخر خمسة تحاطا خمسة بخمسه، و أكمل الرشق رجاء لحصول السبق فيما بقى و لو تحاطا، فبادر أحدهما إلى إكمال العدد الذى اشترط الإصابه فيه فإن كان مع انتهاء الرشق منهما فقد نضل صاحبه لحصول الفراغ من العقد و إن كان قبل انتهائه، فأراد صاحب الأقل إكمال الرشق نظر، فإن كان له فى ذلك فائده، مثل أن يرجو أن يرجح عليه كما لو رمى كل منهما عشره، فأصابها أحدهما و أصاب الآخر منها خمسة فإن صاحب الأقل يرجو إصابه العشره أجمع، و خطأ صاحبه له، فينضله حينئذ و يكون الخطر له، لأنه بعد التحاط يحصل له إصابه الخمسه المفروض اشتراطها فى عدد العشرين أو يساويه كما لو فرض فى المثال خطأ أحدهما للعشره، فإنه يرجو بالإكمال إصابه العشره الباقية، و خطأ الآخر له، فيساويه و يتحاطان و لا يستحق أحدهما على الآخر شيئاً أو يمنعه أن ينفرد بالإصابه، بأن يقصر بعد المحاطه عن عدد الإصابه كما لو فرض إصابه الاثنتين من العشره التى أصابها أجمع صاحبه، فيرجوا بالإكمال إصابه العشره الباقية له، و خطأ الآخر فيتحاطان عشره بعشره و يبقى اثنان له و لا يستحق أحدهما على الآخر شيئاً فمتى كان كذلك أجبر صاحب الأكثر على الإكمال و إن لم يكن له فائده (١١) لأنه مغلوب على كل حال لم يجبر (١٢) صاحب الأكثر على الإكمال كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها و رمى الآخر فأصاب منها خمسة، فيتحاطان خمسة بخمسه (١٣) و يبقى لأحدهما عشره فإذا أكمل فأبلغ ما (١٤) يفرض أنه يصيب (١٥) ها صاحب الخمسه ما تخلف و هى خمسة و يخطئها صاحب الأكثر، فيجتمع لصاحبه الخمسه (١٦) حينئذ عشره فيتحاطان عشره بعشره، و يفضل لصاحب الأكثر خمسة فلا تظهر للإكمال فائده (١٧) و هو واضح كوضوح مما يتصور هنا من نحو ذلك.

[المسألة الرابعة إذا تم النضال ملك الناضل العوض]

المسألة الرابعة: إذا تم النضال ملك الناضل العوض بلا خلاف ولا إشكال لأنه مقتضى العقد المحكوم بصحته شرعا، بل لا يبعد دعوى الكشف هنا، لما عرفته غير مره في نظائره، وإن كان هو خلاف ظاهر المتن وغيره، إلا أن سببه العقد المعلوم من النص والفتوى تقتضى بما ذكرناه، بل لعل التدبر في عبارته المسالك يقتضى بذلك قال «و كأن السر في تعليق الملك على تماميه النضال أن العقد وإن كان لازما، إلا أن الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه، لاحتمال السبق من كل منهما و عدمه، فإذا تحقق السبق على وجه من الوجوه فقد تم النضال، سواء أكمل الرشق أم لا، و تحقق الملك للسابق و قبل ذلك لا يحصل بخلاف الإجاره».

و هو ظاهر فيما قلناه، يتوجه صحه ضمانه، و صحه الرهن عليه كما صرح به في القواعد، و إن قلنا بجواز العقد، و إلا أشكل ذلك، ضروره أنه بناء على اعتبار العمل في ثبوته، يكون ضمانه من ضمان ما لم يجب، و إن قلنا بلزومه، إذ هو لا يجدى محله، لما عرفت في محله أن التحقيق كون المدار الثبوت في الذمه سواء كان بعقد جائز أو لازم.

إنما الكلام في توقف ثبوته في الذمه على العمل، و لا ريب في أنه عليه يتوجه ما عن التذكرة من حكايته الإشكال فيه عن بعض الفقهاء.

بل في جامع المقاصد أن هذا الإشكال واضح بين، و لا مدفع له إلا ما ذكرناه، و لا يقدر فيه عدم حصول وصف السبق حال العقد، إذ لا مانع من اقتضائه الملك حاله لمن يتصف بالسبق بعده، بناء على أن السبق شرط كاشف.

و على كل حال ف له التصرف فيه بعد تماميه النضال كيف شاء و له أن يختص به و له أن يطعمه أصحابه لعموم

«الناس مسلطون على أموالهم(١)»

و غيره و لو شرط في العقد إطعامه لحزبه لم أستبعد صحته لعموم (٢) «أَوْقُوا»

و «المؤمنون»(٣)

خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه من البطالين للشرط و العقد، لأن عوض العمل يجب أن يكون للعامل، كالإجاره، فاشترط خلافه مناف لمقتضاه.

١- ١ البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

٢- ٢ سورة المائدة الآية ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٢.

و رده في المسالك بأن إلحاقه بالإجاره قياس مع الفارق، لما عرفت أنه ليس على نهجها مطلقاً، بل ولا على نهج المعارضات لصحة البذل فيه من الأجنبي الذي لم يصل إليه شيء من العوض الآخر، فإذا دل على صحته دليل عام كما ذكرنا لم يقدح فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه، و نحوه في جامع المقاصد.

قلت: إن كان المراد بالشرط التزام صرف ما هو ملكه بالعقد في مصرف خاص فلا يقدح في الإجاره فضلاً عن غيرها، وإن كان المراد اشتراط ذلك على وجه يكون المستحق بالعقد غير المتسابقين، فقد تقدم سابقاً اعترافه بأن من شرائط صحة العقد كون العوض ولو من أجنبي لأحد المتسابقين، وأنه لا يجوز لأجنبي، ويمكن أن يكون المراد اشتراط إطعامه لحزب المسبوق منهما فيما إذا كان عقد المراماه بين حزبين، كما تسمعه في المسألة السابعة، و وجه البطلان حينئذ أنه رجوع إلى اشتراطه للمسبوق و قد عرفت جوازه، و الصحة للعمومات، و كون الحزب غير المسبوق.

[المسألة الخامسة إذا فسد عقد السبق لم يجب بالعمل أجره المثل]

المسألة الخامسة: إذا فسد عقد السبق بسبب كون العوض خمرًا مثلاً أو مجهولاً أو بنحو ذلك مما هو من شرائط صحة العقد لم يجب بالعمل أجره المثل وفاقاً للمحكي عن الشيخ و يسقط المسمى لا إلى بدل لظهور فساد العقد الذي تضمنه، لأنه لم يعمل له شيئاً، و لا استوفى منفعه عمله، إذ نفع سبقه راجع إليه بخلاف الإجاره و الجعالة الفاسدتين، الراجع نفع العمل فيهما إلى المستأجره و الجاعل.

و لكن في القواعد و جامع المقاصد و محكي التذكرة أن له أجره المثل، بل يجب أجره مثل عمله، و هو مجموع ركضه لا قدر ما سبق به، لأنه سبق بمجموع عمله، لا بذلك القدر لقاعده «ما يضمن بصحيحه» و لا ينافيه عدم حصول النفع له، فإن القراض الفاسد يجب فيه أجره المثل، و إن لم يحصل نفع بالعمل للمالك.

و أشكله في المسالك بأن الالتزام لم يقع إلا على تقدير العقد الصحيح و الأصل براءة الذمه من وجوب غير ما وقع عليه العقد، و الفرق بينه و بين ما تجب به أجره المثل من العقود واضح، لا من جهة ما ذكره من رجوع نفع عمل العامل إلى من يخاطب بالإجاره حتى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود عليه نفع في القراض، بل لأن تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له

أجره في العادة، فإذا فسد العقد المتضمن للعوض المخصوص، بقى أصل الأمر بالعمل الموجب لأجره المثل، بخلاف هذا العقد، فإنه لا يقتضى أمرا بالفعل، فإن قوله سابقتك على معنى أن من سبق منا فله كذا، ونحو ذلك من الألفاظ الداله على المراد ليس فيها أمر، و لا ما يقتضيه بفعل له أجره، و الأصل براءة الذمه من وجوب غير ما فى العقد، وقاعده «ما يضمن» لا دليل عليها كليه، بل النزاع واقع فى مواردنا، فكل ما لا إجماع و لا دليل صالح يدل على ثبوت شىء فيه، فالأصل يخالف مقتضى القاعدة، نعم لو اتفق وقوع العقد بصيغته تقتضى الأمر بالفعل و جوزناه اتجه وجوب أجره المثل، إلا أن هذا خارج عن وضع الصيغ المعهودة و إنما يتم حيث لا نخصه بعبارته، بل كل لفظ يدل عليه كالجعله.

و هو من غرائب الكلام ضروره أنه لا مدخلية للفظ الأمر المقصود به إنشاء العقد فى وجوب أجره المثل، بعد فرض فساد العقد، و إنما المقتضى لها عدم كون العمل متبرعا به، و الأصل ضمانه، لأن عمله كماله، و هو فى الجميع حاصل، و إن فرض عدم اعتبار وصول النفع إليه، على أنه لا فرق عند التأمل فى أصل الضمان بين ذلك، و بين ما ذكره المصنف و غيره، بل ظاهرهم عدم الخلاف فيه، من أنه لو كان السبق مستحقا وجب على البازل مثله أو قيمته ضروره اشتراك الجميع فى فساد العقد من الأصل، و كون الأخير صالحا للصحة لو أجاز المالك لا يقتضى فرقا فى الحكم المزبور.

و منه يظهر أن المتجه فيه أيضا وجوب أجره المثل لما عرفت، دون مثل المسمى أو قيمته، لعدم وجوب المسمى حتى يتجه ضمانه بذلك، لأن الفرض الفساد من الأصل، و القرب من المسمى الثابت لا يقتضى ضمانه، بعد فوات ما يقتضى لزوم المسمى، كما أن ثبوت نظيره فى الصداق على فرض تسليمه لا يقتضى الثبوت هنا بعد حرمة القياس، و قد اعترف بجمله من ذلك كله فى جامع المقاصد و المسالك،

[المسألة السادسة إذا فضل أحدهما الآخر فى الإصابه فقال له اطرحة الفضل بكذا قيل لا يجوز]

المسألة السادسة: إذا فضل أحدهما الآخر فى الإصابه، فقال له: اطرحة الفضل بكذا، قيل: لا يجوز، لأن المقصود بالنضال إبانته حذق الرامى و ظهور اجتهاده بحصول الغلبه له، فلو طرح الفضل بعوض أو بغير عوض كان تركا للمقصود بالنضال فتبطل المعاوضه و يرد ما

أخذ ه منه لذلك، بل فى المسالك بعد أن حكاه عن المشهور لم يذكر كثير منهم فيه خلافاً، إلا أنه قد يشعر من نسبة المصنف له إلى القيل بتمريضه ووجهه فى المسالك بأنه جعل على عمل محلل، و منع كون المقصود بالنضال منحصرًا فيما ذكر، لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدماته، مضافًا إلى أصاله الصحه و عموم الأمر بالوفاء، و الكون مع الشرط، و منافاته للشرع غير متحققه.

و فى الرياض «أنه أوجه من الأول، إن لم يكن الإجماع على خلافه انعقد» و فيه ما لا يخفى، إن أريد إدراجه فى الجعالة، إذ لا عمل يستحق عليه ذلك، بل و فى الصلح لعدم ثبوت حق له بذلك على وجه يصح بذل العوض عنه، و كذا إن أريد أنها معاوضه برأسها كما هو ظاهر المتن، بل لعل ذلك هو مفروض البحث، لا جواز ذلك صلحا أو غيره.

و فيه: أنه لا دليل على مشروعيتها، و عموم «أَوْفُوا» إنما هو للعقود المتعارفه، لا نحو ذلك، خصوصا بعد ما عرفت من شهره عدم مشروعيتها، و أنه لم يذكر فيه خلاف من غير فرق بين كون المراد من ذلك إتمام النضال بعد رفع اليد من الفضل، أو رفع اليد عنه رأسا، بل الثانى أولى بالعدم لأنه من العقود اللازمه.

نعم يشرع فيه التقابل و هو غير المفروض هنا الذى هو طرح الفاضل بالعوض، كما هو واضح.

[المسألة السابعه يجوز عقد النضال بين حزبين]

المسألة السابعه: يجوز عقد النضال بين حزبين كما يجوز بين اثنين، لإطلاق الأدله و المرسل عن النبى (صلى الله عليه و آله) أنه مر بحزبين من الأنصار يتناضلون، فقال: أنا مع الحزب الذى فيه ابن الأردع، و المراد من تناضل الحزبين إيقاع العقد بين الجماعتين و لو بوكاله كل جماعه واحدا منها، و يكون كل حزب فيما يتفق لهم من الإصابه و الخطأ كالشخص الواحد.

و فى اشتراط تساوى عددهم و جهان، بل قولان: أقواهما العدم، لإطلاق الأدله، فيرمى واحد مثلا ثلاثه، بمعنى أنه يرمى ثلاثه، و كل واحد منهم مره، و هل يعتبر تعيين كل واحد منهما فى مقابله من يرمى معه أو يكفى نصب رئيس لهما يكون الاختيار له فى تعيين

ذلك؟ و لا ريب فى أن الأولى الأول، و إن كان يقوى جواز ذلك أيضا إذا فرض تراضيهما فى العقد على ذلك، و لا يعتبر فى العاقد عن الحزبين أن يكون مطاعا فيما بينهم، مقدما عليهم فى الرمى، و إن اعتبرا ذلك بعض، و لكن لا دليل معتبر عليه، و لو شرط السبق من الرئيس خاصه أو من أجنبى أو من أحد الحزبين أو منهما جاز.

نعم يسقط على الحزبين بالسويه غرما و أخذا، إذا لم يشترط التفاوت، و احتمال التوزيع على قدر الخطأ و الإصابه لا دليل عليه، و يشترط قسمه الشرى بين الحزبين بغير كسر، فيجب عدد له ثلث إذا كانوا ثلاثة، و ربع إذا كانوا أربعة، و هكذا، و لو كان فى أحد الحزبين من لم يحسن الرمى بطل العقد فيه، و فى مقابله، و حينئذ، يتخير كل من الحزبين فى فسخ العقد، لكونه حينئذ كتبعض الصفقه، و كيفيه الغلبه بين الحزبين على حسبما يشترطونه و يتفقون عليها بينهم، و الله العالم و الحمد لله رب العالمين أولا و آخرها و باطنا و الشكر له على الإكمال.

[كتاب الوصايا]**إشاره**

كتاب الوصايا جمع وصيه من أوصى يوصى، أو وصى يوصى، قال فى الصحاح: «أوصيت له بشىء و أوصيت إليه إذا جعلته وصيك، و الاسم معا الوصايه بالكسر و الفتح، و أوصيته و وصيته أيضا توصيه بمعنى، و الاسم الوصايه، إلى أن قال و وصيت الشىء بكذا إذا وصلته به، و ذكر غير واحد من الأصحاب أن الوصيه منقوله من وصى يصى بالمعنى الأخير، لما فيها من وصل القربات الواقعه بعد الموت بالقربات فى حال الحياه أو بالعكس أو وصل التصرف حال الحيوه به بعد الوفاه، لكن ذلك كله كما ترى، و الأولى نقلها من الوصيه بمعنى مطلق العده، يقال:

أوصاه و وصاه توصيه عهد إليه إلى خصوص ما يعهده الإنسان بعد وفاته، بل الوصيه بمعنى التمليك ألصق بهذا المعنى من الأول كما هو واضح، و الأمر سهل.

و على كل حال فى النظر فى ذلك يستدعى فصولا.

[الفصل الأول فى الوصيه]**إشاره**

الأول: فى الوصيه و هى إنشاء الموصى تمليك عين أو منفعه بعد الوفاه و هذه لا اشكال بل لا خلاف فى أنها تفتقر إلى إيجاب و قبول للإجماع بقسميه على أنها حينئذ بحكم العقود المتوقفه على ذلك، و أنها بمنزله الهبه و العطيّه و الصدقه مضافا إلى أصاله عدم انتقال الملك من الموصى، و عدم دخوله فى ملك الموصى له بدونهما، بل ليس فى الشريعه فى أسباب الملك ما هو كالايقاع فى الحصول من جانب خاصه، و دعوى صدق الوصيه على الإيجاب وحده، على وجه يشمل ما نحن فيه واضحه المنع، خصوصا بعد ظهور إطلاقات الوصيه فيها بمعنى العهد الذى يعهد الموصى فعله بعد وفاته بأمر و نحوه، لا ما يشمل محل البحث، و هى بهذا المعنى ليست من العقود قطعا بل ضروره.

و من ذلك يظهر لك ما فى إطلاق كثير من الأصحاب كون الوصيه عقدا ثمرته تمليك العين أو المنفعة بعد الوفاه، اللهم إلا أن يريدوا من ذلك أحد أفراد الوصيه، و لعل الظاهر ذلك، و حينئذ، فلا وجه لنقض التعريف المزبور بالوصايه و بالوصيه بإبراء المديون و بالوقف و نحو ذلك، ضروره كون المراد تعريف ذلك الفرد من الوصيه، لا مطلق الوصيه به، بل لا يرد التدبير أيضا، بناء على أنه عتق معلق جاز للدليل، لا-وصيه، بل لو سلمنا أنه وصيه فهو قسم آخر منها خارج عما نحن فيه، من البحث عن الوصيه التمليكيه الملحقه بكتاب العطايا و الصدقات، و حينئذ فالتعريف تام.

نعم زاد فيه محكى التذكرة و إيضاح النافع تبرعا، و لعله لبيان الواقع باعتبار ظهور النص و الفتوى فى اعتبار المجانيه فى الوصيه بالمعنى المزبور، لأنها بمنزله الصدقه، فلو قال: هذا الفلان بعد موتى بكذا بطلت.

فما فى جامع المقاصد- من اشكاله بما إذا أوصى بالبيع و نحوه من المعاوضات فإنه وصيه، و لا تبرع فيه- فى غير محله لما عرفت من أن محل البحث فى الوصيه المملكه، لا العهديه، و قد عرفت اعتبار المجانيه فيه، بل الظاهر اقتصار التمليك فيها على ما كان نحو الصدقه، فلو قال:

بعث هذا من زيد بعد وفاتى بكذا مثلا بطل- لا للتعليق الذى يمكن دفعه بأنه ممنوع فى البيع، لا فى الوصيه به التى مبناه على ذلك، و لذا، جاز فى صيغه التمليك المجانى، بل لعدم ما يدل على صحه الوصيه على الوجه المزبور، بعد ما عرفت من ظهور نصوصها فى خلاف ذلك فيما كان بلفظ التمليك و نحوه فضلا عما كان بلفظ البيع و الصلح و الإجاره و نحوها مما لا دليل على صحه إيجاب الوصيه بها، فضلا عن ملاحظه العوض فيها.

و من ذلك لم يصح إنشاء الوقف و الرهن، و غيرهما مما لا عوض فيه بالوصيه على وجه يكون كالتمليك، بأن يقول: هو وقف بعد وفاتى على زيد، أو هو رهن بعد وفاتى أو نحو ذلك.

نعم يصح الوصيه بذلك على معنى العهد، أى يأمر بوقفه بعد وفاته مثلا، فتأمل جيدا كى يظهر لك ما فى كثير من كلماتهم فى المقام، حتى أن منهم من زاد فى

التعريف «أو تسليط على تصرف» لإرادته شمول الوصايه بمعنى الولايه، مع أنه ينتفض بالتدبير أيضا، و لذا زاد فى الكفايه مع ذلك «أو فك ملك قيل: أو تسليط».

و منهم من عرفها بأنها «تنفيذ حكم شرعى من مكلف أو ما فى حكمه بعد الوفاه» و هو كما ترى خارج عما نحن فيه، ضروره كون التنفيذ فعل الوصى أو الحاكم، و هما معا خارجان عن الوصيه، فضلا عن محل البحث، و الأمر فى ذلك كله سهل.

و على كل حال ف الإيجاب كل لفظ دل على ذلك القصد وضعا أو بقرينه و لو حاله كقوله: أعطوا فلانا بعد وفاتى، أو لفلان كذا بعد وفاتى مريدا بالأول إنشاء التمليك بذلك، لا الأمر بفعله بعدها أو أوصيت له بكذا من غير تقييد بما بعد الوفاه، للاستغناء عنه بلفظ الوصيه بخلاف الأولين.

نعم ينبغى أن يظهر إرادته إنشاء التمليك فيه بذلك و لو بقرينه حاله، لا الوصيه العهديه الخارجه عن محل البحث.

و لو قال: هو له فهو إقرار فى الحال لا يقبل منه حمله على الإيضاء عند التداعى، إلا أن يكون قد قرنه بما يفسد الإقرار، و يجعله وصيه.

نعم قد يقوى الإكتفاء بنيته التى قد فسر اللفظ بها بعد ذلك، إذا لم يكن له معارض و لا خصم، و المال فى يده و تحت سلطنته، و كذا الكلام فى قوله وهبته، ثم فسره، بإرادته الوصيه لا التنجيز، أما لو قرن ذلك و نحوه بما يقتضى ذلك لم يكن إشكال حينئذ فى الحكم بكونه وصيه، لعدم اختصاصها بلفظ، و كذا لو قال: عينت له كذا بعد وفاتى أو جعلت له كذا.

نعم ينبغى أن يكون استعماله اللفظ فى ذلك جاريا مجرى الاستعمال المتعارف و لا يكفى إرادته ذلك من لفظ غير صالح، لإرادته حقيقه و لا مجازا، و كذلك الكلام فى القبول الذى هو أوسع من الإيجاب و لذا جاز فيه أن يكون فعلا دالا على الرضا بالإيجاب بلا خلاف أجده فيه، و فى سائر العقود الجائزه.

نعم ظاهرهم بل صريح بعضهم عدم تحقق العقد فى شىء منها بالفعل فى الإيجاب، لكن لا يخفى عليك مشروعيته فى الجميع، كما لا- يخفى عليك صدق أسمائها كالعاريه و الوديعه، و نحوهما على ذلك، فلا مناص حينئذ عن القول بجواز ذلك فيها و لحوق أحكامها له، إلا- أنه ليس عقدا لها، فهو شبه المعاطاه فى العقود اللازمه التى تندرج فى الاسم، و لا يجرى عليها حكم العقد، و ليس عدم الثمره هنا بين المعاطاه و العقد بعد الاشتراك فى الجواز مانعا من ذلك كما هو واضح، فينحصر العقد هنا بالإيجاب لفظا و القبول كذلك أو فعلا، و ما عداه معاطاه، و هو ما كان إيجابه فعلا، سواء كان قبوله كذلك أو لا؟.

بقى الكلام فى أمرين:

أحدهما: أن ظاهر إطلاق المصنف و غيره حتى معقد إجماع الغنيه و نحوه و عدم الفرق فى افتقار هذا القسم من الوصيه إلى الإيجاب و القبول بين كونها لمعين و غير معين كالوصيه بشىء للفقراء أو لبني هاشم، و غير ذلك مما هو غير محصور، أو كان لجهه كالمسجد.

لكن فى القواعد و اللعه و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و محكى التذكره و التحرير و المختلف و الإيضاح و الدروس و التنقيح و إيضاح النافع و الكفايه أنه ينتقل بالموت من غير حاجه إلى القبول، بل فى المسالك «نفى الخلاف فيه، و عن إيضاح النافع أن عليه الفتوى، و ظاهرهم أنه لا يحتاج إلى قبول من الحاكم إن أمكن، كالوقف و ربما قيل: فيه بذلك، و لكن لا قائل به هنا» و نحوه فى جامع المقاصد، و لعله لإطلاق الأمر بإنفاذ الوصيه بعد فرض صدقها هنا على ذلك، من غير حاجه إلى قبول، و السيره المعلومه، و ما عساه يستفاد مما ورد من الوصايا بنحو ذلك و لما استدل به فى التذكره و غيرها من تعذر القبول منهم جميعهم، و البعض ترجيح بلا مرجح، على أن الكلام فى البعض الآخر، و إن أمكن المناقشه فيه إمكان اعتبار قبول الحاكم الذى هو بمنزله الجميع، أو الناظر.

لكن، لا يخفى عليك أن فساد ذلك لا يقتضى فساد أصل الدعوى، و إن تخيله بعض من عاصرناه، قائلا قضيه كلامهم أنه لو لا هذه العله لوجب القول بالقبول، و هذا يقضى بقوه القول به، بعد أن عرفت فسادها بالقبول من الحاكم مضافا إلى عدم الانتقال و نحو ذلك،

و إلى إطلاقهم كونها عقدا الذى يمكن أن يكون هو السبب لهم فى الاتكال على عدم التصريح بالقبول من الحاكم هنا، بل مثله يعد إجماعا على الاشتراط، و يؤخذ حجه عليه خصوصا بعد عدم المعارض لذلك كله إلا إطلاق الأدله الذى لم يسبق لذلك، بل قد يمنع صدق اسم الوصيه على الفرض، كما أنه قد يمنع إرادته هذا الفرد منها إلا أن الجميع كما ترى.

نعم قد يقوى كون الوصيه للفقراء و للجهه غير ما نحن فيه من الوصيه التمليكيه بل هو من الوصيه العهديه بالصرف على ذلك، خصوصا الوصيه للجهه، ضروره عدم صحه تمليك الجنس بعقد من العقود المملكه و إن قبل الحاكم عنه، إلا الوقف على إشكال فيه لقصور أدلتها عن ذلك، من غير فرق بين البيع و الصلح و الهبه و غيرها مما اشتمل على العوض، أو لم يشتمل، و لا يقاس التمليك بها على الملك الشرعى الثابت فى الزكاه و الخمس، بل و الوقف بناء على القول به، لحرمة القياس، على أن بناء الوقف على تمليك المعدوم بخلاف الوصيه، مع أن أفراد الجنس مختلفه، كمال الاختلاف ضروره كونهم حال الوصيه غيرهم فى الزمن الآخر، لصيروره الفقير غنيا و الغنى فقيرا، بل فيهم من لم يكن موجودا أصلا، ثم وجد فقيرا و هكذا، و لا ريب فى عدم ظهور معتد به فى أدله العقود على وجه يقتضى صلاحيتها لنحو هذا التمليك، بل لا يبعد بطلان الوصيه لو قصد بها التمليك المذكور.

و من ذلك ينقذ أن إطلاق الأصحاب كون الوصيه عقدا محتاجا إلى الإيجاب و القبول فى محله، و لا يرد عليهم مثل ذلك، لخروجه عن الوصيه التمليكيه، و دخوله فى الوصيه العهديه الخارجه عن محل البحث، خصوصا الوصيه للجهه كالمسجد و القنطره و المدرسه و نحوها، مما هى غير قابله للتمليك، و لم يقصد منها تمليك غيرها من الفقراء و نحوهم، فليس حينئذ إلا إرادته المصرف فتأمل جيدا فإنه جيد جدا، و إن كان مخالفا لما صرح به بعضهم، كالفاضل و المحقق الثانى و غيرهم من كون الوصيه فى الفرض مملكه و لكن لا- تحتاج إلى قبول مطلقا أو تحتاج إلى قبول من الحاكم، ضروره منافاه ذلك لكونها عقدا مفتقرا إلى الإيجاب و القبول المعبر، فيهما ما يعتبر فى باقى العقود إلا ما خرج بالدليل، حتى العربيه بناء على اعتبارها فى العقود جميعها، و إن صرح فى الروضه بعدم اعتبارها هنا، لكنه مسلم فى العهديه منها دون العقديه،

لعدم الفارق بينها وبين غيرها من العقود في ذلك، و القياس على ما خرج بالدليل من الفرق بينها وبين غيرها ممنوع عندنا.

اللهم إلا أن يدعى جواز ذلك من العقود الجائزه، و إن قدر على العربيه كما صرح به هنا في الدروس.

و لكن فيه أن دليل العربيه مشترك بين العقود جميعها، إذ هو انسياق العربي فيما اعتبر فيه اللفظ، فتأمل جيدا، فإنه قد يقال: إن الوصيه في عهد الميت بعد وفاته، بل لعله العقديه المستفاده من قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ» إلى آخر الآيه باعتبار ظهوره في التملك الناشئ، من الوصيه قسم من العهديه، كما عساه يشعر به ذكرهم في إيجابها أعطوا و افعلوا و نحوهما، و قد عرفت عدم الإشكال في جواز الفارسيه و نحوها في العهديه فتأمل جيدا.

ثانيهما: أنه قد يظهر من اعتبار العجز عن النطق في كفايه الإشاره الداله على المراد في كلام جماعه من الأصحاب، بل هو معقد نفى الخلاف في محكى التنقيح بل لا كلام فيه كما عن إيضاح النافع، بل في الروضه القطع به، بل في الرياض الإجماع عليه، بل لعله محصل أنه لا تجزى الإشاره مع التمكن من النطق، و هو مناف لما ذكرناه من كفايه الفعل في إجراء حكم الوصيه، و إن لم يتحقق بذلك عقدها، و أنه كالمعاطاه في البيع.

لكن يمكن أن يكون ذلك منهم لإرادته ما ادعوه من الإجماع و نفى الخلاف و نحو ذلك، لا- لإرادته اشتراط القاضى بعدم الجواز مع انتفاع ذلك، أو لإرادته اشتراط القاضى بعدم الجواز مع انتفاع ذلك، أو لإرادته تحقق العقد حينئذ و أنه ليس من المعاطاه في حال العجز، بل تقوم الإشاره حينئذ مقام اللفظ من القادر، لما دل عليه في الأخرس أو لغير ذلك، و إلا فلا دليل لهم يدل على ذلك، بل لعل الأدله بخلافه، بعد صدق اسم الوصيه عليه عرفا، فتجرى جميع أحكامها.

صحيح الحلبي (١) عن أبي عبد الله «ذكر أن أباه حدثه عن أبيه أن أمانه بنت أبي العاص بن الربيع، وأمها زينب بنت رسول الله (عليهما السلام) كانت تحت علي (عليه السلام) بعد فاطمه (عليها السلام) فخلف بعده و تزوجها بعد علي (عليه السلام) المغيرة بن نوفل، ذكر أنها توجعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها فجاءها الحسن و الحسين أبناء علي (عليهم السلام) لا تستطيع الكلام، فجعلا يقولان لها و المغيرة كاره لما يقولان: أعتقت فلانا و أهله فتشير برأسها نعم و كذا و كذا فجعلت تشير برأسها نعم، فلا تفصح بالكلام فأجاز ذلك لها».

و خبر علي بن جعفر (٢) عن أخيه (عليه السلام) المروى عن قرب الإسناد «سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه فجعل أهاليها يسألوه أعتقت فلانا، و فلانا، فيومئ برأسه أو تومئ برأسها في بعض نعم و في بعض لا، و في الصدقه مثل ذلك أ يجوز ذلك قال: نعم، هو جائز».

مع أنه لا صراحة فيهما بالوصية التملكيه، لا دلالة فيهما على الاشتراط بل يمكن أن يكون الإكتفاء بذلك لجوازه في نفسه، لا للعجز عن النطق، و لعله لذلك كان ظاهر عبارته النافع الإكتفاء بالإشارة مع إمكان النطق، و إن قال بعض مشايخنا أنه لا موافق له، و لا دليل عليه.

و لكن فيه ما لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما عرفت، و كذا الكلام في الكتابه، فإنه لا شك كما عن جامع المقاصد الاعتراف به في الإكتفاء بها مع العجز عن النطق و القرينه الدلاله على إرادته الوصيه منها بل عن التنقيح أنه لا خلاف فيه، بل عن الإيضاح الإجماع على ذلك.

في خبر سدیر (٣) عن أبي جعفر (عليه السلام) «قال: دخلت على محمد بن علي الحنفيه و قد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصيه فلم يجب، فأمرت بطشت بجعل فيه الرمل، فوضع فقلت له:

خط بيدك فخط وصيته بيده في الرمل، و نسخته أنا في صحيفه»

و ربما ظهر من تقييد الإكتفاء بالعجز عدم الإكتفاء بها مع الاختيار، بل هو صريح المحكى عن الفاضل و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني و القطيفي، بل عن السرائر نفى الخلاف فيه.

١-١ الوسائل - الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام الوصيه الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام الوصيه الحديث - ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الوصيه - الحديث - ٢.

نعم عن التذكرة احتمال الإكتفاء بها مع الاختيار فى أول كلامه، بل لعله الظاهر من النافع و فى الرياض أنه لا يخلو عن قوه، مع قطعيه دلالة القرينه، لكن يمكن أن يكون ذلك كله منهم فى تحقيق العقد، لا- أن المراد عدم إجراء حكم الوصيه على ذلك مطلقا لما عرفت فى الإشاره، من صدقها عرفا على ذلك و نحوه، فيشملة إطلاق أدلتها مضافا إلى التأييد بكثير من النصوص النهايه عن أن يبيت الإنسان إلا وصيته تحت رأسه، و معقد نفى الخلاف فى محكى السرائر غير ما نحن فيه، قال: و لو أوصى بوصيه و أدرج الكتاب و قال قد أوصيت بما أوصيت فى هذا الكتاب، و ليس اختار أن يقف أحد على حالى و تركتى و قد أشهدتكما على بما فيه، لم يصح بلا خلاف، و لعل مراده عدم صحه الشهاده عليه بذلك للإجماع، و إن كان قد يقوى فى النظر خلافه أيضا، ضروره تناول أدله الإقرار لمثله، فيصح الشهاده عليه به و إن اعتبر فيها العلم، و لا إجمال بعد العموم فى اللفظ بل ينبغى القطع بالاكتفاء بها أى الكتابه فى الإقرار، أو ما فى حكمه نحو الإشاره بالرأس و اليد مما يفيد معنى نعم، و لا، مثلا، بل لا يبعد ذلك لو أفادته على وجه الظهور فضلا عن الصراحه.

و الحاصل أنه يمكن حمل كلامهم السابق على ما عرفت، أو يكون المراد عدم الإكتفاء بالكتابه فى ثبوت الوصيه، بمعنى أنه لا يجب العمل بما يوجد مكتوبا ما لم يثبت بالينه، أو تقم القرائن على إرادته كالوصيه بذلك، و عمل الورثه ببعض ما يجدونه مكتوبا لأمر دلتهم على صحته، لا يلزمهم العمل بالجميع.

خلافًا للمحكى عن الشيخ فى النهايه فآلزمهم لروايه قاصره سندا و دلالة، و لو كتب وصيه و قال اشهدوا على بما فى هذه الورقه، أو قال: هذه وصيتى فاشهدوا على بها ففى القواعد و المحكى عن غيرها لم يجز حتى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه، فيقر به بل عن غير موضع من السرائر الإجماع عليه، و فى المحكى عن الجامع إشهاد الشخص على نفسه فى الأملاك و الوصايا على كتاب يدرج لا يصح إجماعا.

لكن الإنصاف أنه إن لم يتم الإجماع المزبور كان للنظر فيه مجال، لما عرفت، و لأن المعروف القبول فيما لو قرأه الشاهد مع نفسه، فقال له الموصى: قد عرفت ما فيه فاشهد عليه به، و هما.

عند التأمل متقاربان، بل لا يبعد في النظر الإكتفاء بالكتابه في الإقرار و الوصيه مع ظهور إرادته ذلك منها، فضلا عن صورته العلم، ضروره حجيه ظواهر الأفعال كالأقوال في الجملة، سيما ما كان منها نحو شاهد الحال بل الكتابه أخت الألفاظ، و في المرتبه الثانيه في الوضع لا للدلاله على ما في النفس، فتكون أولى من باقي الأفعال بل لا يجرى على مدلول النقوش منها من الألفاظ ما يجرى على اللفظ نفسه من الصراحه و الظهور و الإطلاق و نحو ذلك.

و دعوى عدم كفايتها- و غيرها من الأفعال في الوصيه و نحوها من العقود الجائزه عقدا أو معاطاه- واضحه الفساد، ضروره الإكتفاء بها في البيع و نحوه مما هو أولى منها للصدق العرفي المشترك بين الجميع، و عدم صدق اسم العقد بعد التسليم لا ينافي صدق اسم البيع و الهبه و الوصيه و نحوها، و هو المدار في إجراء الأحكام، لا اسم العقد فتأمل جيدا.

و

في خبر إبراهيم بن محمد الهمداني (١) قال « كتبت إليه رجل كتب كتابا فيه ما أراد أن يوصى به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه، و لم يأمرهم بذلك فكتب إليه إن كان له ولد، ينفذون كل شىء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر و غيره».

و فيه إشاره في الجملة إلى ما ذكرناه، بل لو قلنا بعدم صدق اسم البيع و نحوه على المعاطاه كما هو الأصح عندنا الآن، أمكن الفرق بين المقام و بين ذلك ضروره كون الوصيه بمعنى العهد، بل يمكن تكلف اندراج العقديه منها فيه، و لا ريب في صدقها بمعناه على الحاصل بالفعل، سيما الإشاره و الكنايه

و نحوها، و إن لم يكن من الوصيه العقديه و عنوان أكثر الأحكام على الوصيه بمعنى العهد، لا-العقد فلا- ينبغى التوقف في جريان الأحكام على ذلك، فإنه داخل تحت النهى عن التبديل، بخلاف البيع و الصلح و نحوه مما هو معنى واحد، فلا يصدق على المعاطاه و الله أعلم.

و كيف كان ف ينتقل الموصى به بها أى الوصيه إلى ملك الموصى له بموت الموصى، و قبول الموصى له، و لا ينتقل بالموت

منفردا عن القبول و لو متزلزلا كالعكس على الأظهر الأشهر بل المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، بل هي كذلك على الظاهر، و إن حكى الخلاف عن ظاهر أبي على بل قيل: إنه خيره الخلاف و التذكرة و موضع من المبسوط، بل لا ترجيح في جملة من كتب الأصحاب، و هو يقتضى بقوته، لكن في محكى السرائر أنه ليس لأصحابنا فتوى بذلك و لا وردت به أخبار عن الأئمة الأطهار صلوات الله عليهم، و في جامع المقاصد أنه ترك العلاقة في القواعد حكايته لضعفه.

قلت: و لعله لأنه مخالف للأصل بل الأصول، و للمعهود من عدم الملك القهرى في التملكيات، و لسائر العقود، و لغير ذلك، لكن الإنصاف أنه لو لا دعوى الإجماع على خلافه لكان لا يخلو من قوه، ضروره ظهور أدله الوصيه في ملك الموصى به بمجرد الموت كما اعترف به القائل بالكشف، من غير اعتبار القبول خصوصا ما دل على الانتقال إلى الوارث منها إذا مات الموصى له، و لعله لذا كان خيره بعض متأخرى المتأخرين عدم الحاجه إلى القبول في اللزوم أيضا، فضلا عن الملك، إلا أنه يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، فضلا عن حكايته، و استبعاد حصول الملك قهرا في التملك بعد ظهور الدليل فيه لا وجه له، خصوصا بعد أن لا يكون لازما عليه، و له إزالته عنه برد الوصيه كما هو مقتضى كلام القائل، لأن القبول عنده شرط في اللزوم، و الإجماع على اعتبار القبول المسلم منه كون الوصيه عقدا يعتبر فيها الإيجاب و القبول، و لم يعلم مدخله الثانى فيها فى الملك، أو فى لزومه، و مخالفته لباقى العقود على التقدير الثانى لا بأس بها بعد قضاء الدليل مع أنه بعينه وارد على المشهور، من أن القبول كاشف.

نعم قد يقال: بظهور كلامهم فى اعتباره فى أصل الملك، بل هو كصريح معقد المحكى من إجماع الغنيه على اعتبارهما فى صحه الوصيه الذى مقتضاه فساد الوصيه بدون القبول، لا عدم اللزوم، مع أنه يمكن أن يكون نظرهم فى ذلك إلى رد الوصيه، لا مطلق عدم القبول الصادق على حال التجريد منه و من القبول، و لو لعدم العلم بالوصيه، فلا- ينافى ذلك على القائل بالملك اللازم من دون قبول، و هو مجهول القائل المعتد به.

و المناقشه فى أصل دليل هذا القول بمنع ظهور إطلاق أدله الوصيه فى الملك بمجردھا

خصوصا بعد أن لم تكن إطلاقات معتدا بها، و لا هى مساقه لبيان ذلك، بل لعلها منزله على ما هو الغالب من تحقق القبول فى مثلها، لندره رد ما يتبرع بإعطائه.

تبطل ما هو المشهور عندهم من أن القبول كاشف، ضروره كون ذلك عمده أدلته التى خرجوا بها عن أصاله مساواه هذا العقد لباقى العقود، دون ما ذكروه له من الوجوه الاعتباريه التى منها أن الظاهر قوله تعالى (١) «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ» عدم انتقال التركة معها إلى الوارث، و الميت غير قابل للملك، و الإجماع على عدم ملك الأجنبى فليس حينئذ إلا ملك الموصى له، و إلا بقى المال بلا مالك، و لما قام الإجماع و غيره من الأدله على اشتراط القبول التجأنا إلى أنه كاشف، جميعا بين الأدله.

و هو كما ترى فيه نظر من وجوه، منها: أن مقتضاه ملك الديان أيضا ما قابل بقاء ملكه على ثلثه الذى أوصى بصرفه عليه فى عباده و نحوها.

و منها: أن البحث فى اشتراط القبول فى الملك، فكيف يكون ما هو محل النزاع من مقدمات الاستدلال، و من هنا يقوى القبول بكون القبول جزءا ناقلا كغيرها من العقود كما هو خيره جماعه و ظاهر آخرين.

لكن و مع ذلك فالقول بالكشف هو الأقوى، لأن الموصى بإنشاء وصيته قصد التملك بالموت، و القبول إنما يتعلق بما أوجه الموجب على الكيفيه التى أوجبها فمع فرض تأخره - لعدم

اعتبار اتصاله بالإيجاب و لا بالموت - يراد منه قبول المراد بالإيجاب الذى هو الملك بالموت، كما عرفت، و هو معنى الكشف، فيكون دليله جميع ما دل على مشروعيه هذا الفرد من الوصيه التى لا وجه لقبولها إذا تأخر إلا الكشف، و بذلك افتقرت عن باقى العقود التى يراد بإيجابها معناه عند القبول حتى العقد الذى لم يعتبر فيه اتصال القبول بالإيجاب كالكاله فضلا عما اعتبر فيه ذلك كالبيع و نحوه.

و قد ظهر بذلك أن الأقوال فى المسأله ثلاثه، أحدها: أن القبول تمام السبب الناقل كباقى العقود.

و الثاني: كونه شرطاً في الملك كاشفاً.

و الثالث: كونه شرطاً في اللزوم، و قد يحتمل عدم مدخليته أصلاً في ملك و لا لزوم، و إنما الرد مانع، بل قد يحتمل عدم مانعيه الرد أيضاً، إلا أن كلام الأصحاب كأنه متفق على خلاف الأخيرين، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم، و أن المعتد به القولان الأولان، كما أن المشهور منهما الثاني الذي قد عرفت كونه أقواهما.

و منه يعلم عدم كون الوصيه من العقود المتعارفه، بل قد سمعت ما يصلح دليلاً لكل من الأقوال، و إن أطنب في ذلك بعض المتأخرين، لكن على وجه غير مهذب و لا- منقح، بل و مشتمل على حشو كثير، و ما لا فائده يعتد به، كالإطناب في الفروع المتفرقه على القول بالنقل و الكشف، حتى عقد لذلك في التذكرة بحثاً مستقلاً، ضروره عدم خفائها على المتنبيه الذي قد أحاط بما تقدم لنا في الفضولى الذي قد سمعت البحث فيه عن الإجازة بالنسبه إلى النقل و الكشف، و الفروع المتفرقه على، ذلك، بل و قد عرفت هناك المراد من الكشف على وجه لا- ينافى شرطيه الرضا في الملك، لا أنه شرط للعلم بحصول الملك، و كذا الكلام هنا و إن كان هو ظاهر الكركى بل صريحه لكنه ضعيف مناف لما دل من الإجماع و غيره على اعتبار القبول في الملك، كما هو واضح بأدنى تأمل، و الله هو العالم.

و على كل حال ف لو قبل الموصى له قبل الوفاة أى وفاه الموصى جاز وفاقاً للمشهور لصدق اسم الوصيه و العقد معه، فيندرج تحت أدلتها، و به يستدل على نفى احتمال اشتراط الوفاة في صحته، كما أنه بذلك يخرج عن أصاله عدم النقل، و أصل بقاء المال و غيرهما من الأصول و كون متعلق الإيجاب الملك بعد الموت لا- ينافى قبوله على هذا الوجه، ضروره كون القبول كالإيجاب في صحه التعلق حال الحياه، فهما حينئذ متطابقان.

نعم هو بعد الوفاة أكد، و إن تأخر القبول عن الوفاة ما لم يرد بعدها خلافاً لجماعه، منهم الفاضل و الكركى (لا يجوز) بل قيل: إنه المشهور، و إن كنا لم نتحققه، لعدم المحل له بعد أن كان القصد الملك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصيه، و كما لو باعه

ما سيملكه، ولأن القبول كاشف أو ناقل، وهما معا منتفیان هنا، لمعوميه اشتراط الملك بالموت، ولأن ما قبل الوفاه إن كان قابلا للقبول، فليكن قابلا للرد أيضا، كما بعد الوفاه، والمشهور أنه لا حكم للرد قبل الوفاه، كما ستعرف، فالقبول كذلك أيضا، ولأن القبول لو كان مقبولا حال الحياه لم يعتبر قبول الوارث ولا رده، لو مات الموصى له قبل موت الموصى وقد قبل، وهو باطل لأن إطلاق الأخبار يقتضى عدم الفرق بين تقدم قبول الموصى له و عدمه، فيكون قبول الوارث و رده معتبرا و لما ستعرفه فى شرح قوله «فإن رد إلى آخره».

و الجميع كما ترى، ضروره منع عدم المحل له بعد أن كان المقصود بالقبول الرضا بالمراد من الإيجاب كيفما كان، فلا يتصور اختصاص الإيجاب فى زمان دون القبول.

و دعوى - كونه كالقبول قبل الوصيه الذى لم يتحقق فيها إيجاب أصلا، و كما لو باعه ما سيملكه الذى يكون الإيجاب فيه باطلا - واضحه الفساد، كوضوح فساد الثانى لأن الكشف و النقل إنما هو فى القبول بعد الوفاه، لانحصار مقتضى الملك حينئذ فيه، بخلاف حال الحياه التى لا إشكال كما لا خلاف فى توقف الملك معه على الوفاه التى قصد الموصى التملك بعدها، و عدم الحكم للرد بعد تسليمه، لأصالة بقاء حكم الإيجاب و صلاحيه الزمان للقبول، لا تستلزم صلاحيته للرد، و قبوله بعد الموت ليس لقبول القبول فيه، بل للإجماع و نحوه مما هو مفقود فى الفرض، بل هو مظنه العكس، و قبول الوارث إنما يكون معتبرا إذا مات الموصى له قبل القبول، كما أن رده معتبر إذا كان للموصى له الرد.

أما لو فرض عدم الرد له لم يكن للوارث ذلك أيضا، كما لو مات بعد القبول و الوفاه و ليس فى النصوص ما يدل على اعتبار قبول الوارث، كى يتمسك بإطلاقه، الشامل لقبول الموصى له و عدمه، كما لا يخفى على من لاحظها هذا.

و قد أشار المصنف بقوله و إن تأخر إلى آخره، إلى عدم اعتبار اتصال القبول بالوفاه لو وقع بعدها، سواء قلنا باشتراط صحته بذلك أولا لإطلاق الأدله الشامل لذلك قطعا، ضروره ندره اتفاق حصول ذلك، بل تعذره فيما لو كان الموصى له غائبا مثلا فلا ريب و لا خلاف يعتد به فى عدم اعتبار اتصال قبولها بالوفاه، فضلا عن عدم اعتبار اتصاله بالإيجاب الذى هو معتبر

فى غيرها من العقود، بل الظاهر عدم تسلط الحاكم على جبره على القبول و عدمه، ما لم يستلزم ذلك ضررا و خصومه و تلفا للمال، باعتبار احتياجه إلى النفقه، و غيرها، و إلا كان له إلزامه فى وجه قوى بل لو تعذر إجباره أمكن تولى الحاكم ذلك فتأمل هذا.

ثم إن الظاهر جريان البحث المزبور فى إجاره التنجيز بناء على اعتبار اجاره الوارث فى الزائد على الثلث فتأمل، و لما كان قول المصنف «لما لم يرد» موهما لخلاف الواقع فصله بقوله فإن رد فى حياه الموصى، جاز أن يقبل بعد وفاته، إذ لا حكم لذلك الرد وفاقا للمشهور.

بل وجهه واضح، بناء على أن القبول معتبر بعد الوفاه خاصه، ضروره كون الوجه فيه أن ذلك الوقت محل القبول، و الرد باعتبار التعليق فى الإيجاب عليه إذ هو يقتضى عدم حصول المقصود منه قبل حصول المعلق عليه، كتعليق الحج على الاستطاعه، و نحو قول السيد اضرب زيدا إن جاء عمرو، و صل الظهر إذا زالت الشمس، و نحو ذلك مما لا أمر فيه قبل تحقق المعلق حال الحياه للإعلام بإرادته ذلك عند المعلق عليه، و للاكتفاء بها عن تجديد الأمر و الإنشاء عنده، و لعله لذا اعتبر فى القبول كونه بعد الوفاه، كالرد، ضروره عدم حصول متعلقهما قبلها.

و إن كان منع ذلك كله واضحا، لمعوميه تحقق الإنشاء بصدور الإيجاب، و التعليق إنما هو لحصول الأثر لا للإنشاء المقتضى لذلك، و الأوامر المعلقه يتحقق معنى الأمر فيها، بصدورها، و لذا يتحقق وصف المطيع و العاصى بالعزم على امتثالها و عدمه، قيل حصول المعلق عليه، بل لعل التأمل يشرف الفقيه على القطع بعدم إرادته تعليق معنى الأمر فيه، على معنى أن يكون مأمورا عند حصول المعلق عليه، مع أنه لم يتجدد أمر غير ذلك، فيرجع إلى صيرورته مأمورا بلا أمر، و هو معلوم الفساد.

و من هنا اتجه صحه القبول قبل حصول المعلق عليه، لتحقق المعنى الإنشائي القابل للقبول، و لا يستلزم ذلك قبول الرد لعدم الدليل على بطلان حكم الإنشاء بقوله لم أقبله مثلا فى مثل المقام، بل و فى غيره حتى العقود اللازمه، إذا كان قد وقع على وجه لم يقدح باتصال قبولها

به اللهم، إلا أن يكون إجماعاً، فيقتصر عليه كالاقتصار هنا له أيضاً على تأثيره، بعد الموت دون الحياة.

و من ذلك بان الوجه في عدم اعتباره على التقديرين، لكن و مع ذلك فالإنصاف يقتضى عدم الفرق بينه و بين القبول بالنسبه إلى تحقق المعنى المقابل، لتعلقهما به، و لعل شهره الأصحاب هنا غير معتد بها، بعد أن علم أن المدرك فيها عدم حصول ما يقبل الرد لتعليق الأثر على الموت الذى قد فرض عدم تحققه، فيكون كالطلاق قبل النكاح الذى صححه أبو حنيفة، لما عرفت من بطلانه بتحقيق المعنى القابل للقبول و الرد هنا، و يمكن أن لا يكون مدركهم ذلك، و إن ذكره بعض المتأخرين لهم، و لذا، كان خيره المصنف جواز القبول حال الحياة، و عدم الحكم للرد فيها، و لعله لما أشرنا إليه من عدم دليل يصلح لقطع استصحاب صحه الإيجاب بذلك، لا لما ذكره.

بقى شىء في المقام، و هو أنه ربما استفيد من إطلاق المصنف و غيره عدم الفرق في ذلك بين سبقه بالقبول و عدمه، و لكن يشكل ذلك بما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوصيه عقداً جائزاً من الطرفين، و مقتضاه تسلط الموصى له على فسحه حينئذ، و لا-ريب في اقتضائه بطلان العقد، إذ هو معنى الفسخ، كما أن معنى الرد و الفسخ واحد، و احتمال التزام عدم الحكم بهذا الفسخ يقتضى مخالفتها للعقود الجائزه بالنسبه إلى ذلك، و يمكن حمل كلامهم على رد الإيجاب خاصه الذى لا يدخل تحت حكم فسخ العقد الجائز.

و دعوى أنه إذا كان له الفسخ بعد تمام العقد، فللايجاب خاصه أولى يمكن منعها بعد بطلان القياس عندنا، و كذا دعوى تنزيل جواز الفسخ الذى له بعد تمام العقد على إبطال القبول خاصه، فيحتاج إلى تجديد القبول خاصه، بل قد عرفت أن ذلك مخالف للفسخ في العقود فتأمل جيداً فإن المسأله غير محرره في كلامهم.

و تحريرها ما ذكرناه غير مره من أن الوصيه ليست من العقود، و إن كانت هي جائزه بمعنى أن للموصى الرجوع، و للموصى له عدم القبول، أما إذا قبل فلا رد له حتى في حال الحياة، فضلاً عما بعد الوفاه.

نعم لو لم يقبل بل لو رد كان له القبول بعد ذلك حال الحياه، بخلافه بعد الموت، ولعل الفرق بينهما أن ما بعد الموت هو محل القبول و الرد، باعتبار أن التملك في الوصيه حينه، بخلافه حال الحياه، على أنه لو لم يقبل الرد بعد الموت ترتب الضرر لعدم أمد له ينتظر، مضافا إلى ما عرفت من كون القبول بعد الموت كاشفا، فالرد و القبول فيه نحو إجازة الفضولي بخلافه حال الحياه و الله العالم.

و كيف كان ف إن رد بعد الموت و قبل القبول بطلت على وجهه، لا ينفعه تجديد القبول بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، و هو الحجة في انقطاع الأصل المزبور.

إنما الكلام فيما ذكره المصنف و غيره بقوله و كذا تبطل الوصيه لو رد بعد القبض و قبل القبول مع أنك قد عرفت سابقا تحقق القبول بالفعل و القول فالقبض،- بعنوان أنه موصى له- قبول، فلا يؤثر الرد حينئذ بعده، بل لا وجه لفرضه قبل القبول، ضروره تحققه بذلك، اللهم إلا أن يحمل كلامهم على القبض الذي لا يكون قبولا و لو لغفله عن الوصيه أو جهل بها أن غير ذلك، و إن كان هو مناف لإطلاقهم، و لما سمعه مما ذكره متصلا بذلك من أحكام القبض نحو قول المصنف.

و لو رد بعد الموت و القبول و قبل القبض قيل: و القائل الشيخ في المحكى عن مبسوطه و ابن سعيد في المحكى عن جامعه تبطل استصحابا لجوازها قبله، و لكونها أضعف من الهبه و الوقف اللذين يعتبر فيهما ذلك- و قيل لا تبطل، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بين الطائفة، بل هو المشهور، بل كاد أن يكون إجماعا، كما أن النصوص (١) كادت تكون متواتره في عدم اعتباره، و لذا تضمنت انتقاله إلى وارثه إذا كان قد مات الموصى له قبله، مضافا إلى إطلاق أدله الوصيه و بذلك كله ينقطع استصحاب الجواز بعد تسليم جريانه- و الثانى- مع وضوح فساده بعد بطلان القياس مقتضاه كون القبض شرطا في الصحه و هو خلاف ما حكى عن المبسوط من كونه شرطا في اللزوم كما أومى المصنف بقوله

أما لو قبل و قبض ثم رد لم تبطل إجماعا لتحقق الملك و استقراره.

نعم ربما احتتمل بعضهم ذلك، لكن الأمر فى ذلك سهل، إذ على كل حال لا يخفى عليك ما فيه بعد ما عرفت و لورد الموصى له بعضا مما أوصى له و قبل بعضا صح فيما قبله خاصة، و كذا لو رجع الموصى ببعض دون بعض، لإطلاق أدله الوصيه و إنفاذها الشامل للفرض، لا لعدم اعتبار المطابقه بين إيجابها و قبولها باعتبار كونها من التبرعات المحضه، بخلاف عقود المعاوضه و لذا لم يجز للقابل فيها الاقتصار على بعض ما ذكره الموجب، و لو بما يخصه من الثمر، بل لما عرفت و تعرف، ضروره اعتبارها فى جميع العقود من غير فرق بين الجميع، لاتحاد المدرك فيها، إلا أنه فى المقام لم يصدر من الموجب غير تعلق قصد الإيضاء بكل منهما، من غير مدخلية لاجتماعهما و انفرادهما، بخلافه فى عقد المعاوضه الظاهر بسبب الجمع بالعوض فى أن القصد قد حصل عليهما من حيث الاجتماع، و إن لم يكن ذلك على جهه الشرطيه و من هنا لو فرض تشخيص الثمن لكل منهما كما لو قال: بعتك العبد بمائه، و الجاربه بخمسين، فقبل أحدهما بثمانه لم يبعد الصحه، بحصول المطابقه بالنسبه إلى ما قبله و عدم قبول الثانى ليس من المخالفه بين الإيجاب و القبول الممتنع، و إن كان الإنصاف عدم خلوه من الإشكال، بل قد يقوى عدم حصول المطابقه إلا مع تعدد إنشاء للإيجاب.

نعم يقوى فى الوصيه عدم كونها من العقود المعتبر فيها المطابقه لتحقق معنى اسم العقد الذى هو الإيجاب، و قبول ذلك الإيجاب بها.

و من ذلك يظهر الإشكال هنا فى صحه جزء معين من الموصى به باسم كله، كما لو قال الموصى: بساطى مثلا لزيد، فقال الموصى له: قبلت هذا الجزء المعين منه، فإنه لا مطابقه بين الإيجاب و القبول حينئذ، بل لا إيجاب بهذا الجزء إلا ضمنا و فى الإكتفاء به ظهر، و إن قلنا إنها ليست من العقود، بل فى الاجتزاء بها فى الإذن و نحوه منع.

أما لو قبل جزءا مشاعا منه مقدرا بالثلث أو الربع منه مثلا، فهو أقرب إلى الصحه منه، كما يشهد له صحه الوصيه بالثلث بأزيد منه، فقبل الموصى له، و لم يجز الوارث الزائد، و إن كان قد يفرق بأن الموصى له قد طابق قبوله الإيجاب، لكن لم يسلم له باعتبار عدم اجازة الوارث،

نحو ما لو باع ماله و مال غيره فقبل المشتري، و لم يجز الغير، فإنه يصح في الأول دون الثاني.

إنما الكلام فيما لو جعل متعلق القبول أولاً- و بالذات، و كلام الأصحاب هنا و إن كان مطلقاً، لكن يمكن حمله على إرادته البعض المستقل كما لو قال: عبدى و دارى لزيد، فقال الموصى له: قبلت العبد فتأمل جيداً فإن المسألة محتاجه إليه.

ضروره عدم المطابقه فيه لو قلنا بكون الوصيه من العقود، فإن القبول المزبور، لم يكن له إيجاب لأن الإيجاب الذى صدر من الموجب متحد و إن تعدد متعلقه، لا- أنه إيجابان و إنشاء ان و العطف لا- يصيره كذلك، فلو وقع فى مثل الهبه و نحوها من العقود و لو التبرعيه لم يكف، إذ لم تحصل المطابقه، نعم قد عرفت غير مره، أن الوصيه ليست من العقود المعترف فيها ذلك.

و كيف كان ف لو مات الموصى له قبل القبول، قام وارثه مقامه فى قبول الوصيه و ردها سواء كان فى حياه الموصى أو بعد وفاته على المشهور بين الأصحاب نقلاً- و تحصيلاً، بل عن كشف الرموز أنه هو الذى انعقد عليه العمل، بل لا خلاف محقق أجده فيه فى الثانى و إن حكى، بل و فى الأول و إن حكى عن أبى على البطلان فيه أو مطلقاً، و ربما مال إليه بعض المتأخرين لكنه فى غير محله، لأصالة بقائها للموصى له، فتكون حقاً من حقوقه فينتقل إلى وارثه كحق الخيار و الشفعه و غيرهما خصوصاً بعد أن كان اعتبار القبول فيها ليس على حسب اعتباره فى غيرها كما عرفته سابقاً، بل هى مع قبول الوارث تدرج فى إطلاق أدله الوصيه، و ما دل على إنفاذها، و عدم جواز تبديلها و تغييرها.

و ل

ما رواه المحمّدون الثلاثة بطريق صحيح و حسن كالصحيح عن محمد بن قيس (١) الثقة على الظاهر بقرينه روايه عاصم بن حميد عنه، و كونه الراوى لقضايا أمير المؤمنين (عليه السلام)

عن أبى جعفر (عليه السلام) التى هذه منها «قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لآخر و الموصى له غائب، فتوفى الموصى له قبل الموصى قال: الوصيه لو ارث الذى أوصى له، قال: و من أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفى الموصى له قبل الموصى فالوصيه لو ارثه الذى أوصى له،

إلا أن يرجع في وصيته قبل موته»

على أنه معتضد ب

خبر الساباطي (١) «قال سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى و أمرني أن أعطى عما له في كل سنه شيئا، فمات العم فكتب أعط ورثته».

و بالصحيح عن المثنى (٢) «قال: سألت عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقبا قال، أطلب له وارثا أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له وليا قال: اجهد على أن تقدر له على ولي، فإن لم تجده و علم الله فيك الجهد فتصدق بها.»

و بما عرفت و هو و إن كان في الأول، لكن قد عرفت أنه محل الخلاف كما يقضى به التتبع، و إن حكى عن بعضهم البطلان مطلقا، لكنه غير محقق، كما أن القول بالتفصيل أي البطلان في الأول دون الثاني واضح الفساد، بعد النص و

الجامع لشرائط العمل الذي منه يعلم أيضا أنه لا- وجه للتفصيل بين من يعلم كون غرضه خصوص الموصى له، فتبطل حينئذ مطلقا، و بين من لم يعلم غرضه فتصح و تنتقل إلى الوارث، بل ربما ظهر من بعضهم خروج القسم الأول عن الخلاف، لكن فيه أنه إن لم يكن ذلك على جهه الشرطيه أو ما في معناها لا وجه للبطلان أيضا كالتفصيل بين علم الموصى و ظهور أمارات البقاء فكالمشهور، و بين عدم علمه، أو ظهور كون المقصود-، خصوص الموصى له، فالبطلان و إن تجرد عن جميع القران فالتوقف، إذ كل ذلك اجتهاد في مقابله النص، أو تهجس بلا داع، سوى الأصل - المقطوع بما عرفت.

و الصحيح عن أبي عبد الله (عليه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصى له أحد، فمات الموصى له قبل الموصى قال: ليس بشىء»

الذي مثله موثق منصور بن حازم عنه أيضا القاصرين عن معارضه ما عرفت من وجوه.

منها الاعتضاد بالشهره العظيمه القريبه من الإجماع المخالفه للمشهور بين العامه، و منه ينقدح حملها على التقيه دون العكس الذي لم ينقل إلا- عن الحسن البصرى و التقيه فيه مع بعدهما لا تتأتى فيما روى عن الصادقين (عليهما السلام) و من بعدهما، لتأخر زمانهم عنه، بل قد يشهد لذلك العدول في الجواب إلى ما هو غير واضح الدلاله، إذ من المحتمل كون المراد عدم كون

١- ١ الوسائل - الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الوصايات الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الوصايات الحديث - ٢.

الموت شيئاً ينقض الوصية، بل قيل: إنه أنسب بأسلوب الكلام، و تذكير الضمير المستتر فى الفعل، و لعدم التنافى بين الروايات و تنزيلها أيضا على ما إذا نقض الموصى الوصية بعد موت الموصى له، و كون المراد الوصاية لا الوصية التمليكية، و غير ذلك مما يظهر منه أن المقام مقام ترجيح و طرح، لا مقام جمع لا تتفاء التعادل الذى هو شرط فيه، على أنه لو سلم فهو يقتضى التأويل فى المحتمل دون النص الذى لا يقبل التأويل، كما هو واضح.

و سوى أن وارث الموصى له إنما يرث ما كان له، و المال قبل قبوله للموصى الذى لم يصدر إلا عطيه للموصى له، فيكيف يرث وارثه مال شخص آخر، و كيف يقبله له، مع أن الإيجاب وقع لغيره، و هو الذى قد أشرنا إلى أنه اجتهاد فى مقابله النص، مع أنه يمكن دفعه فيما لو مات الموصى له بعد الموصى و قبله الوارث لمورثه الذى هو الموصى له، و قلنا: إن القبول كاشف، فإنه ينكشف حينئذ بالقبول من الوارث القائم مقام مورثه دخوله فى ملك الموصى له حين موت الموصى، فيرثه الوارث حينئذ، لكن الحق خلاف ذلك كله، و أن الوارث ينتقل إليه المال من الموصى، و إن قلنا بالكشف فى قبول الموصى له بعض ما عرفت مما هو مفقود فى المقام، ضروره ظهور الدليل فى ملكيه الوارث له بموت الموصى، و إن قيدناه بالإجماع بحصول القبول منه لذلك، و لا وجه للكشف بالنسبه إليه لأن الفرض كون الموصى له قد مات بعد الموصى، فكيف يكون قبول الوارث كاشفا عن ملكه للمال حين موت الموصى، و الموصى له موجود؟

و دعوى أن القبول منه للميت الذى يموته خرج عن قابليه إدخال شىء فى ملكه، ابتداء لا شاهد عليها، كما لا وجه لدعوى الكشف حين موت الموصى له، مع أن السبب الملك ذكر للموصى له حين موت الموصى، فليس حينئذ إلا- القول بأن قبول الوارث مملك حين حصوله.

و من هنا قال المصنف و غيره:

[فرع لو أوصى بجاريه و حملها لزوجها و هى حامل منه فمات قبل القبول كان القبول للوارث]

فرع لو أوصى بجاريه و حملها لزوجها أو غيره و هى حامل منه فمات الزوج قبل القبول كان القبول للوارث لما عرفت فإذا قبل ملك الوارث الولد، إن كان ممكن يصح له تملكه و لا يعتق على الموصى له، لأنه لا يملك بعد الوفاة، و لا

يرث أباه، لأنه رق مملوك للوارث إلا- أن يكون ممن ينعتق على الورثة و يكونوا جماعه فيشاركهم فيرث حينئذ لعنقه قبل القسمة لكن غير أمه التي لم تدخل في ملك أبيه، بل انتقلت إلى الوارث من الموصى، فليست هي حينئذ من تركته حتى يشارك الوارث فيها نعم هو شريكه في مال الموصى له.

و ما عن الشيخ- من أنه لا- يرث مطلقا، و إلا- لاحتيج إلى قبوله، و لا- يكون وارثا إلا بالقبول، فيلزم الدور- فواضح الضعف ضروره صيرورته وارثا بقبول غيره ممن هو الوارث حال موت الموصى له لأنه هو المعتبر بقوله، لا- من تجدد إرثه، كما هو واضح نعم لو كان الوارث واحدا فلا إرث له، و إن انعتق على الوارث لو قبل، لعدم موضوع الاحتياج إلى القسمة الذي هو شرط إرثه، كما هو محرز في محله، هذا كله بناء على ما ذكرناه من أن قبول الوارث ناقل من حينه، و لو قلنا بكشفه عن دخول الموصى به في ملك الموصى له حين موت الموصى، اتجه حينئذ انعتاقه على أبيه، وارثه لأمه و انعتاقها عليه كما هو واضح.

هذا كله إذا كان للموصى له وارث خاص، فإنه كما عرفت يقوم مقامه، أما إذا لم يكن ففي محكي التنقيح أن الأكثر رجوع المال حينئذ إلى ورثه الموصى، و في الدروس نسبتة إلى المعظم، و في المصابيح إلى الشيخين و الفاضلين، و لعله للاقتصاد فيما خالف الأصل على المتيقن، و هو الوارث الخاص، لكن فيه أن

في الصحيح، أو الحسن (١) «فإن لم تجد فتصدق به»

و عن السرائر أنه لإمام المسلمين، و هو متجه لو لا الشذوذ الذي اعترف به في الدروس.

اللهم إلا- أن يمنع عليه باعتبار الأ- كثر الوارث الشامل له (عليه السلام) و الأمر بالتصدق به في الصحيح المزبور الذي افتى به الصدوق و ابن سعيد على ما قيل لا ينافيه، بل يؤكد باعتبار أن المال له، و قد أذن بالصدقة به، بل في مصابيح الطباطبائي أن بذلك يحصل التوافق بين قول ابن إدريس و قول

الصدوق و ابن سعيد، ثم قال: و هو الأقوى، هذا.

و من الغريب ما حكاها فيها عن بعض شراح الحديث أنه قد استفاد من نصوص المقام أن

الوصية للأبناء والأئمة (عليهم السلام) تصرف إلى أولادهم وذريتهم، لأنها دلت على انتقال حق القبول إلى الوارث إذ لا يخفى ما فيه، من أن مورد الأخبار وجود الموصى له حال الوصية، فلا يتعدى إلى غيره.

ولا تصح الوصية بصرف مال مثلاً في معصية بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كما أنه يمكن منع اندراجه في أدله المقام فيبقى على أصاله المنع مضافاً إلى عدم إمكان تنفيذها، فهي كالوصية بغير المقدور، لأن الممتنع شرعاً كالممتنع عقلاً، وإلى ما كان منها مندرجاً في المعاونه على الإثم المنهى عنها في الكتاب العزيز (١) كمساعده الظالم على ظلمه- ونحوها بل قد يقال: إن الوصية بصرف المال في المعصية معصية، ضروره كونها كبذل المال فيها وإن تولى الصرف غير الباذل، وإلى

الخبر (٢) «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن قول الله تعالى «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ» الآية فقال:

نسختها التي بعدها «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا» قال: يعنى الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى فيما أوصى به إليه مما لا يرضى الله تعالى من خلاف الحق فلا إثم عليه أى على الموصى إليه أن يبدله إلى الحق، وإلى ما يرضى الله تعالى به من سبيل الحق».

و نحوه

المرسل (٣) المضممر عنه (عليه السلام) «أنه تعالى أطلق للموصى إليه أن يغير الوصية إذا لم تكن بالمعروف و كان فيها جنفاً و يردها إلى المعروف، لقوله تعالى «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ»

و إلى غيره مما يستفاده منه عدم صحه الوصية بغير الحق، و الظاهر إرادته التخصيص من النسخ في الخبر الأول، كما أن الظاهر إرادته ما لا- ينافى البطلان من التبديل إلى الحق، لا أن المراد تبديل الوصية بتعمير الكنيسة مثلاً إلى تعمير المسجد، و الوصية بإعانه الظالم على ظلمه إلى إعانه المطيع من حيث هو كذلك، ضروره عدم الدليل على ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه، و إن كان قد يتوهم من ظاهر الخبرين، إلا أنه بمعونه الاتفاق ظاهراً على خلاف-، ذلك يمكن حمله على إرادته الوصية بالثلث أولاً مثلاً ثم الوصية بخلاف الحق،

١- ١ سورة المائدة الآية- ٢.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٣٨- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

فإنه حيثُذ يتجه التبديل إلى الحق، أما في غير ذلك فليس إلا البطلان الذي يمكن أن يكون أيضا من التبديل إلى الحق، لأن المراد منه

إرجاعها إلى ما يقتضيه الشرع، و هو مختلف كما عرف فتدبر.

ثم لا- فرق في استفاده الحكم المزبور و غيره من آيه «كُتِبَ عَلَيْكُمُ (١)» إلى قوله «غَفُورٌ رَحِيمٌ» بين القول بكونها منسوخه بآيه المواريث(٢)و القول بكونها غير منسوخه لعدم التنافي بين الإرث و الوصيه للوارث، فإن حكم الوصيه و عدم جواز التبديل إلا مع الجنف مستفاد على كل حال، كما أن الظاهر عدم اعتبار المال الكثير في رجحان الوصيه لإطلاق لفظ الخبر المراد به المال، و لم يثبت تقييده بذلك، بل و لا خصوص الوالدين و الأقربين، و إن كانوا أولى من غيرهم، بل المراد مطلق الوصيه بالمعروف.

و أما الحصر في الآيه فيحتمل إرادته إثم التبديل منه، على معنى أن الإثم للتبديل على المبدل، دون الموصى، لأنه (٣)«لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»* و يحتمل إرادته حصر إثم الموصى له في المبدل، دون الميت الذي ارتفع الإثم عنه بوصيته فيه و ربما يشهد له

النبوى (٤)«من حضره الموت فوصى وصيه على كتاب الله كان كفاره لما منع من زكاته في حياته»

بل و غير ذلك من الوجوه الاعتباريه، و لتمام الكلام في الآيه محل آخر و الله العالم.

و كيف كان فلو أوصى بمال للكنايس التي هي معابد النصرى و محال سبهم للحق و أهله و

العبادات الفاسده البيع التي هي لليهود كذلك أو كتابه ما يسمى الآن تورا و إنجيلا و ليس كذلك، لأنه قد حرف جملة منهما و به كانا من كتب الضلال أو في مساعده ظالم على ظلمه بل فاسق على فسقه بطلت الوصيه لما عرفت، و إن قلنا بجواز الوصيه لليهود مثلا.

و الضابط أن كلما جاز له فعلة حال الحياه جاز له الوصيه به، و كلما لم يجز له ذلك لم يجز له

١-١ سورة البقره الآيه ١٨٠-١٨٣.

٢-٢ سورة النساء الآيه-١٢.

٣-٣ سورة الأنعام الآيه-١٦٤.

٤-٤ صحيح ابن ماجه ج ٢ ص ٩٠٢ الحديث ٢٧٠٥.

الوصيه به، و بذلك يفرق بين المعابد و غيرها، كالقنطره و الخان، و نحوهما و بين كتابه التوراه مثلا للنقض و غيره، و قد تقدم فى الوقف فى نظير المسأله ما له نفع فى المقام، بناء على اعتبار القريه فيه، فلاحظ و لا فرق فى ذلك كله بين المسلم و الكافر المشترين فى الفروع عندنا.

نعم قد أمرنا بإقرار أهل الذمه منهم على ما عندهم من الأحكام، و ليس ذلك حكما بالصحة، و به يجمع بين من أطلق البطلان كالماتن و نحوه، و بين من خص ذلك بما إذا كان الموصى مسلما، و الأمر سهل.

و كيف كان فقد عرفت فيما تقدم أن الوصيه عقد جائز من طرف الموصى فله الرجوع بها حينئذ ما دام حيا، سواء كانت بمال أو ولايه بلا خلاف بل الإجماع بقسميه عليه، بل النصوص فيه مستفيضه أو متواتره.

لكن إطلاق العقد عليها بناء على اعتبار الموت فى صحه قبولها نوع مسامحه، إذ هى ما دام حيا ليست إلا إيجابا، أما بناء على صحته منه فى الحياه و وقع منه فصدق العقد عليها حينئذ حقيقه، و لعل ذلك هو المراد للمصنف، و يستفاد حكم الإيجاب وحده حينئذ بطريق أولى، و إن كان قد عرفت فيما تقدم الإشكال فى كونها من العقود المتعارفه من غير هذه الجهه، فلا حظ و تأمل.

و خص الموصى مع أن حكم الجواز مشترك بينهما فى الجملة، لبيان أنها بالنسبه إليه لا تكون إلا جائزه، سواء حصل لها قبول أولا، بخلافها بالنسبه إلى الموصى له، فإنها قد تكون جائزه كما فى حال الحياه حصول منه قبول أو لا، و بعد الوفاه قبل القبول أو بعده قبل القبض، بناء على اعتباره فى الملك، و لا زمه بعد الوفاه و القبول و القبض، أو الأولين فقط بناء على عدم اعتبار القبض فى الصحه و اللزوم، كما هو الأصح على ما عرفته سابقا و الله هو العالم.

و يتحقق الرجوع من الموصى بالتصريح به لفظا بلا خلاف نحو رجعت أو نقضت، أو فسخت، أو لا تعطوه ما أوصيت به له، أو بما يفيد ظاهره أيضا نحو:

هذا لوارثي، أو ميراث عنى أو حرام على الموصى له، أو نحو ذلك مما يستلزم بطلان الأولى، خلافا لبعض الشافعيه، فلم يبطلها بالمثال الأول، قياسا على عدم البطلان فيما لو أوصى

بعين لزيد ثم بها لعمر، بل يشتركان فيها.

و فيه: مع بطلان القيام منعه الحكم فى المقيس عليه، ضروره التضاد بينهما لامتناع حصول الملك لكل منهما، و الطاريه رافعه لحكم الأولى عرفا بل شرعا، لأن العمل بالوصيه واجب و لا يمكن إلا بالرجوع عن الأولى المشروع فى نفسه بخلاف الثانيه.

نعم لو نص على التشريك أو دلت عليه قرينه عمل به، بل فى جامع المقاصد «و كذا لو دلت قرينه على صدور الوصيه الثانيه لنسيان الأولى، و أنه لم يرجع عنها فان العمل بالأولى حينئذ و إن كان لا يخلو من نظر كما ستعرف.

نعم لو قال: من تركتى لم يكن رجوعا على الأقوى، لأن الموصى به من جملتها، و دعوى اختصاصها بما كان حقا للوارث بالإرث ممنوعه.

و لو أوصى له بألف، ثم أوصى له بألف فى القواعد هى واحده، و كذا بألف معينه ثم بألف مطلقه و بالعكس، و لو أوصى بألف ثم بألفين، فهى ألفين، و وافقته عليه فى جامع المقاصد و لكن لا يخلو من تأمل مع فرض عدم القرينه، لأصالة التعدد فى الاستثناء الذى لا يتصور فى تكراره التأكيد. نعم هو كذلك فى الإقرار فتأمل جيدا.

و على كل حال فالرجوع يتحقق بذلك أو بفعل ما ينافى الوصيه، فلو باع ما أوصى به أو أعتقه أو أوصى ببعه، أو وهبه و أقبضه أو رهنه كذلك أو كاتبه كان رجوعا لاقتضاء البيع و الهبه مع القبض و العتق نقل الملك و إزالته المنافى كل منهما لبقاء الوصيه، و الرهن منع الراهن من التصرف و تسلط المرتهن على استيفاء حقه من قيمه المنافى لمقتضى الوصيه الذى هو الملك تاما بالموت و القبول، و ليس هو كالوصيه بالمرهون المنزله على إرادته العهديه على تقدير الفك، و إفضاء الكتابه إلى انقطاع السلطنه عليه، التى من جملتها الوصيه به و ما عن بعض العامه - من أن البيع ليس رجوعا، لأنه يتضمن أخذ البدل - واضح الضعف.

إنما الكلام فى اقتضاء هذه الأمور الرجوع - للتنافى، بل هو فى الحقيقه ليس رجوعا، بل بطلان للوصيه بانتفاء محلها انتقاله عن ملك الموصى، و من هنا يتجه البطلان حتى لو صدر

ذلك منه نسيانا للوصيه، أو الدلاله على قصد الرجوع، نحو ما ستسمعه من التعريض لما هو مناف للوصيه و تظهر الثمره حينئذ فى البطلان بما أوقعه من البيع، و إن ظهر فساد، لكن ستعرف المناقشه فى دلاله ذلك و نحوه على إرادته إنشاء الرجوع.

و أما الوصيه ببيعه فالظاهر الرجوع بها لمنافاتها لمقتضى الوصيه الأولى الذى هو الملك بالموت فهو كالوصيه به لزيد، ثم الوصيه به لعمرو، الذى قد عرفت الكلام فيه.

لكن فى المسالك إنها من فعل ما يدل على إرادته الرجوع- نحو مقدمات الأمور التى لو تحققت لنا قضت الوصيه كالتعريض للبيع و نحوه مما هو ناقل للملك أو مزيل له نعم لو دلت قرينه- على عدم إرادته الرجوع بذلك و أنه لغرض آخر عمل عليها و إلا- حمل على الرجوع عملا بظاهر حال العاقل، و قد جعل منه الهبه قبل القبض، و كذا الرهن بناء على اعتباره فيه.

و فيه أن أقصى ذلك كون الموصى قد قصد شيئا لو تحقق لأبطل الوصيه قهرا، و لا دلاله فى ذلك على إرادته إنشاء الرجوع، بعد احتمالها وجوها متعددة، و دعوى ظهور حاله فى ذلك ممنوعه، و لو سلم فلا دليل على صحته فى مثل المقام.

نعم قد يقال: إن الهبه قبل القبض و الرهن كذلك من المنافى فإنهما و إن لم يحصل بهما الملك و الرهن، إلا أن الأعداد لذلك مناف أيضا فإن الموصى به ينافيه تعلق عقد الهبه به مثلا، فيكون حينئذ من القسم الأول، مع أنه لا يخلو من نظر أو منع أيضا خصوصا مع ملاحظه استصحاب الوصيه.

و كذا النظر فيما ذكره غير واحد أنه به يتحقق الرجوع و هو لو تصرف فى الموصى به تصرفا أخرجه عن مسماه، كما إذا أوصى بطعام فطحنه أو بدقيق فعجنه أو خبزه لأنه كتلف محل الوصيه المقتضى لبطلانها من غير حاجه إلى قصد، بل لو وقع ذلك نسيانا منه أبطلها، بل الظاهر كونه كذلك أيضا إذا وقع لا بفعله، فإنه و إن كان جيدا لكن ينبغى تقييده بما إذا علم أن الموصى به من حيث كونه مسمى باسم خاص، بخلاف ما إذا علم كون الوصيه به من حيث الذات التى لا تبطل الوصيه بها حينئذ مع تغير حقيقتها، فضلا عن تغيير أحوالها التى تتغير به أسماؤها أما إذا لم يعلم الحال كما لو اقتصر على حنطتى مثلا لزيد

بعد

و فاتى، فهو و إن كان قاعده دوران الحكم مدار الاسم تقتضى بطلان الوصيه بانتفائه، نحو قول السيد لعبده آتتى بحنطه، فإنه لا يمتثل بإتيان الدقيق، لكن قد يقال: أن ظاهر التمليك عرفا يقتضى تعلقه بمسمى الاسم، لا من حيث التسميه به، و حينئذ يكون المتجه عدم بطلانها بانتفاء الاسم، من غير فرق بين أن يكون ذلك بفعله أولا بفعله.

و دعوى ظهور الأولى فى الرجوع لا- من حيث انتفاء الاسم، بل من حيث أنه لو كان باقيا على وصيته لم يغيره عن الحال الأول واضحه المنع.

و من ذلك يظهر لك ما فى كلام ثانى الشهيدين، فى المسالك و غيره الذى لا يكاد يلتئم أطرافه، فإنه قد علل البطلان بانتفاء الاسم أولا، ثم اعترف بعد ذلك بعدم البطلان لو فعل الموصى ذلك لمصلحه العين لدفع الدور عنها و نحوه، و بعدمه أيضا لو كان قد فعله من غير إذنه، مع أنه إذا كان المدار انتفاء الاسم يتجه البطلان مطلقا.

نعم يتجه الفرق بذلك لو كان منشأ البطلان دعوى دلالة الفعل المزبور على الرجوع، و قد عرفت منعها، كما أنه بذلك يظهر لك أولويه عدم البطلان فيما لو علق الموصى وصيته باسم الإشاره و نحوه، مما لم يذكر فيه الاسم، فقال: هذه لزيد بعد وفاتى، أو ما فى البيت لزيد بعد وفاتى، فإنه لا اسم حينئذ قد علق عليه الوصيه، كى تنتفى بانتفائه بل لو جمع الاسم و الإشاره أمكن الترجيح للثانيه، بالاستصحاب و غيره، و إلى نحو ذلك أشار فى التذكرة و إن توهم فى جامع المقاصد و المسالك عليه أنه فى التذكرة يفرق بين الوصيه بالمعين و المطلق، فتصح الوصيه بالأول و إن تغير الاسم، بخلاف الثانى فإن الوصيه بالمعين و المطلق، فتصح الوصيه بالأول و إن تغير الاسم، بخلاف الثانى فإن الوصيه تبطل بمجرد تغير ما عنده من أفراده لو كان، و هو شىء لا ينبغى أن ينسب إلى أصاغر الطلبة فضلا عن علامه خصوصا البطلان فى المطلق الذى لا وجه له، ضروره و جوب تنفيذ الوصيه على كل حال، سواء كان فى التركة له فرد و قد تغير، أو لم يكن كما هو واضح هذا.

مع أنه فى التذكرة ما صدر منه إلا- نحو ما فى الكتاب مما هو ظاهر فى المعين، و لو باعتبار عود الضمائر كما اعترف به فى المسالك بالنسبه إلى المتن و ليس فى كلامه التعرض للمطلق أصلا.

نعم ذكر بعد ذلك ما قلناه من تعلق الوصيه باسم الإشاره و نحوه، ثم قوى عدم بطلان الوصيه فيه، معللا له بأنه لا اسم كى تنتفى بانتفائه، فلا حظ فتأمل.

و كذا الكلام فيما لو أوصى بزيت مثلا فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعام فمزجه بغيره كذلك حتى لا يتميز فإنه أيضا قد ذكر غير واحد كونه رجوعا، بل فى المسالك ظاهرهم القطع بذلك لتجدد وصف لم يحصل الرضا ببذله، مع عدم إمكان الفصل، و لكونه كالتلف، و لدلاله هذا الفعل عرفا على الرجوع.

لكن فى الأول منع اقتضائه البطلان، ضروره بقاء عين الموصى بها فى نفس الأمر، و عدم تمييزها لا يقتضى بطلانها عرفا و لا شرعا، و لا- ينافى قبول تمليكها فإذا ملكها الموصى له شاركه بنسبه القيمه، فلم يحصل وصف للموصى له و لم يوص به، و دعوى كونه كالتلف كدعوى الدلاله واضحه المنع و لذلك اعترف غير واحد بعدم البطلان، بالخلط بالمساوى و الأردى، معللا له فى المسالك فى المزج بالأردى بكون القدر الناقص بمنزله إتلاف الموصى له، فيبقى الباقي على الإيصاء الأول، و بعدمه أيضا لو خلطه غيره بغير إذنه، أو اختلط بهيلان لنفسه و نحوه، و لو كان ذلك تلفا لم يفرق بين الجميع كما أنه لو كان فيه دلاله على الرجوع لم يفرق بين الأ-جود و غيره، و المتجه عدم اقتضاء شىء من ذلك الرجوع ما لم تقم قرينه تدل عليه، و يشارك الموصى له بنسبه القيمه فى الأجود و الأردى، من غير فرق فى ذلك بين كون الموصى به زيتا معينا أو طعاما كذلك أو صاعا من صبره معينه فمزجها بغيرها.

و بذلك يظهر ما فى كتاب من كتب الأصحاب حتى الفاضل فى القواعد الظاهر منه الفرق بين المعين، و الصاع من الصبره، و الخلط فى الأول مطلقا رجوع بخلاف الثانى ففيه التفصيل المزبور و هو غريب.

و كذا يظهر لك الوجه فيما فى غير كتاب أيضا من قول أما لو أوصى بخبز فديه فتيتا لم يكن ذلك رجوعا بناء على ما ذكرناه. نعم قد يشكل ذلك بناء على ما سمعته منهم، ضروره تغيير الاسم بذلك، اللهم إلا- أن يفرض عدم تغييره، بأن يقال له خبز مدقوق، أو يدعى أن مثل هذا الفعل لا يقتضى الرجوع، بخلاف الأفعال السابقه.

لكن الأخير كما ترى، فإن الدق كالطحن و العجن و نحوهما مما يقتضى إرادته الانتفاع به.

للأكل و نحوه مما ينافى الاستمرار إرادته الوصيه فإن كان مثل ذلك يقتضى الرجوع فهو فى الجميع، و إلا فلا، و إن كان قد يمنع دلالة ذلك على إرادته الأكل و نحوه، و بعد التسليم قد يمنع اقتضاء ذلك إنشاء الرجوع و الفسخ للوصيه، فإنه يمكن اجتماع الاستداه عليها مع هذه الإراده، إلا إذا كان المقصود إبطالها بالأكل أو لم يخطر له ذلك بباله.

و بالجمله الفسخ كالعقد لا بدل له من إنشاء إرادته له سواء كان بفعل أو قول، فتأمل جيدا فإنه دقيق، و منه ينقدح لك النظر فى كثير من كلماتهم فى المقام بل من التأمل فيما ذكرناه هنا تعرف ما فى كثير مما أطنبوا به من الأمثله و غيرها، و لو رجع عن المصرف بأن أوصى لزيد بعين ثم لعمره بأخرى و قصر الثلث، ثم أوصى بالأولى لبكر، فالأقرب تقديم وصيه عمره على الوصيه لبكر لتقدمها عليها فيدخل النقص على المتأخره، و إن كان لو لا رجوعه عن الأولى لكان النقص عليها لأنها المتأخره و الله هو العالم.

[الفصل الثانى فى الموصى]

الفصل الثانى فى الموصى: و يعتبر فيه كمال العقل الجارى مجرى غالب العقلاء و الحريره فلا تصح وصيه المجنون- مطبقا كان أو أدوارا، إذا كان قد أوصى حاله، بلا خلاف و لا إشكال لسلب عبارته.

نعم لا تنفسخ بعروضه كالإغماء و نحوه مما لا عقل معه، و إن استمر إلى الموت للأصل و كونها عقدا جائزا لا يقتضى مساواتها له فى كل شىء، و لذا كان الموت محققا لها من طرف الموصى لا فاسخا بخلاف باقى العقود الجائزه، و تصريح الأصحاب بصحة وصيه ذوى الأدوار كالنص على الصحه، و إن تعقب الجنون، على أن الأصحاب إنما اشترطوا العقل لا استمراره، بل صرح بعضهم كثانى الشهيدين و المحققين بعدم اشتراطه، بل عن الأول منهما أن فى صحيح أبى ولاد تنبيهها على ذلك، مريدا به ما

روى عن الصادق (عليه السلام) (١) فى وصيه القاتل لنفسه، «إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا»

إلى آخر ما سمعته إن شاء الله، باعتبار ظهوره فى صحه الوصيه مع تعقبها بالفعل المانع من التصرف، فكذلك غيره من الموانع، و لا- بأس به، و إن كان العمده ما عرفت معتصدا بالإجماع فى مصابيح العلامه الطبائى على عدم البطلان بعروض الجنون و الإغماء، سواء استمر إلى الموت أو انقطع.

و كذا لا تصح وصيه الصبي ما لم يبلغ عشرة لعدم كمال العقل فيه قبل ذلك غالبا فإن بلغها فوصيته جائزه في وجوه المعروف لأقاربه و غيرهم على الأشهر، إذا كان بصيرا عاقلا بل هو المشهور نقلا و تحصيلا، بل نسبه بعضهم إلى الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع، بل في ظاهر محكى الغنيه أو صريحه دعواه، عليه لإطلاق أدله الوصيه و عمومها.

و

قول الصادق (عليه السلام) في صحيح عبد الرحمن و خبره (١) «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته».

وفي صحيح أبي بصير (٢) «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته»

الحديث.

و

في موثق منصور بن حازم (٣) جواب سؤاليه عن وصيه الغلام «إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته».

و قول أبي جعفر (عليه السلام) في صحيح زراره (٤) الذي رواه المشايخ الثلاثة «إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز فيما له ما أعتق أو تصدق على حد معروف و حق فهو جائز»

و غير ذلك، و هي و إن كانت مطلقة بالنسبه إلى العقد، لكن الإجماع على اعتباره كاف في تقييدها به، مع أنه يمكن ترك ذلك فيها لغلبيه حصول العقل له في المده المزبوره، مضافا إلى إشعار قوله في حد معروف و حق به.

و إلى

موثق أبي أيوب و أبي بصير (٥) عن الصادق (عليه السلام) «في الغلام ابن عشر سنين يوصى قال: إذا أصاب موضع الوصيه جازت».

و قول

أحدهما (عليهم السلام) في موثق (٦) ابن كثير «يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقد و صدقته و وصيته، و إن لم يحتلم»

، و إطلاقه بالنسبه إلى العشر لا ينافي التقييد بالعقل فيه، كما لا ينافي بالعشر التي تضمنته النصوص السابقة المعتضده بما عرفت، الذي لا يقدح في صحتها بالنسبه إلى المطلوب اشتغال بعضها على ما لا نقول به، فيقيد بها الموثق المزبور، و بالجميع يخص ما دل على سلب عبارته، و لا حاجه إلى تكلف دعوى عدم شمول تلك الأدله لما بعد الوفاء التي من

- ١-١ الوسائل - الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.
- ٣-٣ الوسائل - الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٧.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٥.
- ٦-٦ الوسائل - الباب - ٣٢- من أبواب الطلاق الحديث الإستبصار ج ٣ ص ٣٠٢.

الواضح منعها، كمنع دعوى جواز وصيته باعتبار كونها عباده، و هو غير محجوز عليه بالنسبة إليها، بناء على شرعيتها.

إذ فيها أولاً: منع الشرعيه، و ثانياً: منع شرعيتها إذا كانت بمال، فليس له أن يؤدي زكاته المستحبه و لا الصدقه و لا الوقف و لا العتق لسلب عبارته.

و من الغريب رد ابن إدريس هذه الأخبار، مع أنه يدعى غالباً قطعيه ما هو أقل منها عدداً و عملاً، و أغرب منه موافقه جماعه من المتأخرين له، ممن لم يوافقوه على عدم العمل بأخبار الآحاد على ذلك، و ما فى المسالك «من أنها مختلفه بحيث لا يمكن الجمع بينها، و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل».

لا يخفى ما فيه على الناظر فيها، بعد الإحاطه بما ذكرناه.

و قيل و القائل ابن الجنيد تصح وصيته و إن بلغ ثمان يا من السنين و هو و إن كان لا يخلو من وجه لكن الروايه به التى استند إليها شاذه.

و هى

خبر الحسن بن راشد(١) عن العسكرى (عليه السلام) «إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجازر أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك»

على أن ظاهرها حصول البلوغ لهما من غير فرق بين الوصيه و غيرها، و قد قيل إنه مخالف لإجماع المسلمين و أخبارهم.

نعم لو كان مدركه أنه مع فرض بلوغ الصبى العقل المتعارف لغالب الأولاد لم تكن للعشر خصوصيه و إن قيد بها فى تلك النصوص، إلا أنه

جار مجرى الغالب، فلا تصلح للتقييد، و لذا جعل المدار فى غيرها على العقل و على إصابه موضوع الوصيه و حينئذ فتجتمع جميع النصوص على ذلك، إلا أن المتجه حينئذ عدم التقييد بالثمان أيضاً، كما عساه يشهد له

قول الصادق (عليه السلام)(٢) «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله فى حق جازر وصيته،

١- ١ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى فى ماله بشىء فى حق جازت وصيته»

و عن الفقيه ابدال الشىء باليسير، و لعل المراد به الأقل من الثلث، على أنه مخالف للإجماع بحسب الظاهر، و لذلك أمكن إرادته التقييد به، و إن سلم كون الغالب، و إلا أنه لعل الشارع لاحظ الغالب فى التحديد و التقييد، إلحاقا للنادر بغيره فى الحكم، كما هو المعروف فى قواعد الشرع و قوانينه.

و على كل حال فلا ريب أن الأقوى المشهور، و أما القول بالترفضيل بين الأقارب و غيرهم الذى قد يتوهم أنه أشار إليه المصنف بالتنصيص على عدم الفرق، فلم يتحقق القائل به، و إن رواه

ابن مسلم فى الصحيح (١) «سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: إن الغلام إذا حضره

الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته، لأولى الأرحام و لم يجز للغرباء».

و لعل الإشارة بالتنصيص إليه، لكن لقصوره عن تقييد ما عرفت من وجوه، يمكن حمله على إرادته بيان عقله و تمييزه بذلك، بل لعله تقييد وصيته بالمعروف مشعر بذلك بناء على إرادته الراجح شرعا منه، كبناء القناطر و المساجد وصله الأرحام و نحو ذلك، و يمكن إرادته الوصيه الجائزه الجاربه مجرى وصايا العقلاء، كما أومى إليه ب

قوله (صلى الله عليه و آله) «إذا أصاب موضع الوصيه»

بل و بقوله «حق» المراد منه ما قابل الباطل الذى هو مظنه الصبا، و الله العالم.

و كذا لا تصح وصيه المملوك بما فى يده من الأعيان و مطلقا بناء على أنه لا يملك أصلا حتى مع إجازة السيد لخروجها عن موضوع الوصيه ضروره كونها كقول مال زيد لعمر و بعد وفاتى، بل و لا من الفضولى الذى هو الوصيه عن زيد بعد وفاته، لا وفاه غيره، بل و على غيره للحجر عليه الشامل لهذا التصرف قطعا، و لو بملاحظه ما دل من النصوص على جواز وصيه المكاتب بمقدار ما أعتق منه.

نعم لو أجاز له مولاه صح بناء على ملكه، بل و كذا لو زال الرق و فرض بقاء ماله الموصى به على ملكه حتى مات، قد يحتمل البطلان كبيع المرهون ثم فك، بناء على عدم الصحه فيه، لكن قد عرفت البحث فيه فى محله.

أما لو ارتفع الرق عنه بعد الإيضاء منه و قد ملك بعد عتقه مثلا ما تنفذ فيه وصيته.

فوجهان- من إطلاق تنفيذ الوصيه و كونه غير مسلوب العبارة فهو كالمعسر حال الوصيه الموسر حال الموت، و إطلاق ما دل على نفوذ وصيه المكاتب بقدر ما تحرر منه، و عدم ثبوت اشتراط صحه الوصيه بعدم المانع من نفوذها غير الموت- و من وقوع الإيجاب عنه و هو رق، و إطلاق قوله لا وصيه لمملوك و التعليق فى المعنى فى الوصيه، بغير الموت- أقواهما الأول لما عرفت مع عدم ثبوت اعتبار الحريه حين إيجاده عبارة الوصيه بل لعل الثابت خلافه، كما سمعته فى إطلاق روايات المكاتب كما أن المعترف فى الوصيه الملك حين الوفاء، لا حين الإيقاع، و الخبر المزبور مع عدم جمعه لشرائط الحجيه ظاهر فى غير الفرض، و عدم قده معنى التعليق الذى هو كقوله إن كانت زوجتى فهى طالق، بل فى القواعد و غيرها لو قال العبد: متى اعتقدت ثم مت فالأقرب الجواز، و لعله لأن قوله هذا الزيد بعد وفاتى إن مت حرا، بمنزله قوله إن مت فى سفرى أو مرضى، بل لا يبعد صحه التعليق على الملك فى المشخص أو المطلق و إن كان لا- يخلو من نظر، سيما الأول، كالنظر فى صحه الوصيه بعين للغير ثم ملكها بعد ذلك هذا كله فى الوصيه التملكيه للمشخص أو المطلق.

أما العهديه كالوصيه بالدفن فى مكان مخصوص و نحوه مما لا يحتاج إلى صرف مال فوجهان أيضا كالوجهين فى وصيه السفيه بالمعروف أو مطلقا، بل القولين إلا- أن الأقوى فيه عدم جوازها، لعموم أدله الحجر عليه، و دعوى اختصاصها فى حال الحياه واضحه المنع، لكن فى جامع المقاصد «أن المشهور الجواز» بل عن ظاهر الغنيه الإجماع على ذلك، فإن ثم فهو، و إلا كان الأقوى ما عرفت.

و أما المفلس فالأقوى جواز وصيته، لعدم معارضتها لحق الغرماء، لأنها من الثلث الذى لا يكون إلا بعد وفاه الدين كما هو واضح.

و لو جرح مثلا الموصى نفسه عمدا بما فيه هلاكها أى أحدث ذلك بها ليموت ثم أوصى بشىء من ماله لم تقبل وصيته بلا خلاف معتد به أجده، بل عن الإيضاح نسبه غير مره إلى الأصحاب مشعرا بالإجماع عليه.

لصحيح أبي ولاد^(١) المروى فى الكتب الثلاثة عن الصادق (عليه السلام) من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالدا فيها، قلت: أ رأيت إن كان أوصى بوصيه ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته فقال: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثا فى نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت أجيزت وصيته فى الثلث، و إن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو فعل لعله يموت لم تجز وصيته».

فما عن ابن إدريس من صحه وصيته واضح الضعف على أصولنا، و إن نفى عنه البأس فى محكى المختلف و استحسنة فى محكى الروضه و إيضاح النافع، و كذا المسالك إلا أنه كما ترى اجتهاد فى مقابله النص، المعمول به الجامع لشرائط الحجية و العمل بل و كذا ما فى

القواعد، و لو قيل بالقبول مع تيقن رشده بعد الجرح كان وجهان و أغرب من ذلك قوله فيها أيضا: و تحمل الروايه على عدم استقرار الحياه على اشكال، إذ هو كما ترى.

نعم لو أوصى، ثم قتل نفسه قبلت وصيته على حسب وصيه غيره، بل لا اشكال كما لا خلاف أجده فيه، للصحيح السابق مضافا إلى الأصول و العمومات، و لا- يقاس الأول عليه، لحرمة عندنا، مع إمكان إبداء الفرق بأن الأول بفعله ذلك بنفسه كان كمن زال عقله، لا تقبل وصيته المتأخره بخلاف الثانى الذى هو كن زال عقله بعد ايصائه، بل ربما جعل وجه النص ذلك، أو أن عدم القبول فى الأول لكونه غير مستقر الحياه، أو لأن الثلث بالنسبه إليه كالإرث بالنسبه إلى غيره ممن يحرم من الإرث بقتله الموروث عمدا، فكذلك هذا، يحرم من الثلث عقوبه، و الجميع علل بعد السماع، و إن كان خيرها آخرها.

نعم ينبغى الاقتصار فيما خلاف الأصل على المتقين، و هو الوصيه فى الثلث، أما غيره الذى لم يستلزم وصيته فى الثلث كما كان الدفن و الولايه على الأطفال و نحو ذلك فلا، و من فعل ذلك عمدا- دون الخطأ- و رجاء لأن يموت دون غيره، من غير فرق فى ذلك بين الجرح و غيره، للصحيح المزبور، فيندرج فيه من يقتل نفسه بالسم مثلا.

لكن هل يلحق به من القى نفسه إلى التهلكة إشكال، أقواه عدم اللحق للأصل، كما لا- يلحق به من فعل ذلك بنفسه عمدا ليموت، لكن لم يكن عاصيا لكون ذلك جهادا في سبيل الله، أو لأنه غير مكلف، ثم ارتفع المانع.

و محل البحث ما لو مات بذلك، أما لو عوفى منه فأوصى فلا إشكال، بل لا يبعد صحه وصيته الأولى، إذا كان قد بقى مستمرا عليها، بناء على أن ذلك كالوصيه المستأنفه و إن كان لا يخلو من نظر مع فرض عدم تجرد إنشاء تملكك، و لذا لو نساها و لم يجددها لم تنفذ، على الأقوى لظهور الصحيح المزبور في عدم جواز وصيته في الحال المفروضه و إن عوفى لكن على معنى عدم أثر للإيجاب المفروض، دون المتجدد بعد أن عوفى.

و دعوى صحه الإيجاب في نفسه و إن كان لو مات في ذلك الجرح لم يترتب عليه أثر، أما إذا عوفى منه ثم مات أثر أثره، إذ هو بحكم المراعى - يدفعها ظهور إطلاق عدم الجواز الصحيح بخلافها.

نعم قد يقال: إن ظاهر الصحيح عدم الجواز من حيث كونه وصيه للمجروح على حسب الأول من البرء منه أما لو أجاز الوارث فقد يقال بالصحة، لعموم الأدله، اللهم إلا أن يقال:

إن إجازة الوارث تنفيذ، كما ستعرفه في محله إن شاء الله، و هو يتوقف على صحه الوصيه حتى يتجه التنفيذ.

وفيه: منع الدليل على عموم عدم الصحه على وجه لا تقبل التنفيذ، بل لعل إطلاق ما دل على الصحه مع إجازة الوارث يقضى بخلافه فلا حظ و تأمل هذا.

و الظاهر عدم إلحاق التنجيز بالوصيه، و إن اتفق التعبير بها عنه في بعض الأحوال على ضرب من المجاز، اللهم إلا أن يقال: إن منع الشارع له من الوصيه لعدم الثلث له فيمتنع التنجيز أيضا، لذلك، بناء على أنه منه، لكن لا يخلو من نظر فتأمل جيدا و الله العالم.

و لا تصح الوصيه بالولاية على الأطفال، إلا من الأب أو من الجد للأب خاصه الثابته و لا يتهدا عليهما زمن الحياه على وجه لهما الوصيه بها نصا و فتوى، بل

إجماعاً بقسميه، ولا ينافى ذلك انقطاعها حال عدم الوصية بها، ضروره كونها حينئذ كالثالث الذى له الوصيه به، وإن لم يفعل لم يكن له شىء، بخلاف الحاكم الخاص الذى ثبتت ولايته عليهم من حيث الحكومه منهم (عليهم السلام) المقيد زمن الحياه، فهو شبه الوكيل عن الإمام (عليه السلام) بالنسبه إلى ذلك، فينزل بالموت خصوصاً بعد أن كان النصب للوصف الذى ثبت فى حق الشخص باعتبار اندراجه فيه فإذا انعدم فرد، قام مقامه فرداً آخر مما حل فيه طبيعه الصنف الذى قد نصبه إمام الأصل و لنحو ذلك لم يصح الوصيه من الأب و الجد له بالولاية مع وجود الآخر و لو على ثلث ماله باعتبار ثبوت الولاية للأب الصادق على كل منهما فمع فرض وجود مصداقه انقطع ولايه الآخر بموته.

نعم لو كان الولاية منحصره فى أحدهما صح حينئذ الوصيه بالولاية منه، و ليس هكذا الحاكم، لأن إمام الأصل موجود فى كل زمان، و يتولى الأمر عنه حينئذ حسبه عدول المؤمنين فتأمل.

و ليس لوصى أحدهما عليهم الوصيه بالولاية أيضاً، إذا لم يكن قد نص الموصى الأول عليه بذلك، لأنه كالوكيل عنه، ينزل بموته لا- أقل من الشك فى كون ولايته الحاصله له بنصب الأب أو الجد قابله للايصاء بها، و الأصل العدم، و الاستصحاب لا محل له فى الفرض فترجع الولاية حينئذ إلى الحاكم.

و لا ولاية للأب بلا خلاف معتد به للأصل فلا تصح الوصيه منها حينئذ عليهم خلافاً للإسكافى فجعل الولاية لها مع رشدتها بعد الأب، و ضعفه واضح، لعدم الدليل على ولايتها، بل ظاهر الأدله خلافه و كون الولاية ثابتة لها على ثلثها، فلها إخراجهم عنهم، لا يقتضى بثبوت الولاية لها عليهم، بحيث لو أوصت بالثالث لهم على وجه يكون ملكاً لهم، أن تجعل أمره إلى غير وليهم الشرعى لعدم قدره لها على ذلك، ضروره رجوع ذلك إلى الشرع لا إليها، و الثابت منه ما عرفت.

و كذا الكلام فى وصيه الأب مع وجود الجد و بالعكس و حينئذ لو أوصت لهم بمال، و نصبت لهم وصياً عليه و على ثلثها و قضاء

ديونها صح تصرفه فى ثلث تركتها مما لم يرجع إلى الأطفال و كذا تصرفه فى إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تمض على الأولاد لما عرفته من عدم الولاية لها عليهم و لا فرق فى ذلك بين أن يقع الإيضاء منها بعبارة واحدة، أو بعبارات متعددة ضروره كون الوصيه أوسع من البيع الذى إذا تعلق بما يصح بيعه و ما لا يصح، فإنه ينفذ فى الأول دون الثانى، و إن كان بصيغه واحده كما هو واضح.

و لو أوصت بثلاثها لأطفالها على أن يبقى بيد الوصى ثم يملكه لأطفالها بعد البلوغ أو أوصت به على أن يصرف عليهم ففى تسلط الوصى دون الأب حينئذ إشكال من عدم ملكيتهم للمال، فلا تسلط لوليهم عليه، و من كونه حقا لهم، و الولى مسلط عليه كالمال، و قد يفرق بين الأول و الثانى، و لعل الأقوى الأول لأنه ولاية على التصرف لا الطفل، فهو كالوقف منها عليهم مثلا على أن يكون المتولى له غير الولى لا الوصيه بذلك، فالوقف على البالغ الرشيد و المتولى غيره، و ستسمع أن الوصيه أوسع من غيرها فإن الوقف و إن كان هو على حسب ما يقفه أهله، لكن الوصيه تتعلق بالمعدوم و نحوه و قد استدل الإمام (عليه السلام) بقوله «فَمَنْ بَدَّلَهُ» بالوصيه للمجوس و غيرهم على وجه يظهر منه عموم مورد الوصيه، و أنه لا يجوز تبديله ما لم يعلم بطلانه فلا حظ و تأمل كى تعلم شمولها للفرض و غيره و التملك على وجه مخصوص فى الكبير الذى لا ولاية لأحد عليه و غيره و الله العالم.

[الفصل الثالث فى الموصى به]

إشارة

فصل الثالث: فى الموصى به، و فيه أطراف

[الطرف الأول فى متعلق الوصيه]

إشارة

الأول: فى متعلق الوصيه، و هو إما عين موجوده أو متوقعه، كحمل الدابة و الجارية و نحوهما بل و إن لم يكن معتاد الوقوع إذا كان ممكنا، و أما منفعه كذلك و لو حقا قابلا للنقل و الانتقال كحق التحجير.

و على كل حال يعتبر فيهما الملك للموصى على معنى قابليته لذلك و إن لم يكن مملوكا فعلا كما يومئ إليه التفريع و نحوه فلا- تصح ب ما لا- يدخل فى ملك أحد أصلا ك الخمر الغير المحترمه، بخلاف المحترمه كالمتخذة للتخليل و لا (١١) ب الخنزير و لا (١٢) ب كلب الهراش (١٣) بخلاف الكلاب

الأربعة، و الجرو القابل للتعليم التى هى مملوكه و لها منفعه مباحه و ديه، كما مر البحث فيها سابقا و لا ما لا نفع معتد به فيه و لا بآلات اللهو، و نحو ذلك من حيث كونها كذلك ملاحظا اسمها لما عرفت من أن الوصيه التملكيه قسم من العقود أو الأسباب المملكه، فلا تتعلق بما لا يقبل الملك، بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى الرياض، بل حكى فيه عن التذكره الإجماع عليه و على جواز الوصيه بالكلاب الأربعة معللا ذلك بان فيها نفعا مباحا، و تقر اليد عليه و الوصيه تبرع تصح فى المال و غير المال من الحقوق، و أنه تصح هبته فتصح الوصيه به كالمال، قيل: و يستفاد منه جواز الوصيه بكل ما فيه نفع محلل مقصود، و إن لم يجز بيعه كالفيل و نحوه على القول بالمنع عن بيعه، و به صرح فى التذكره فى المثال و غيره.

قلت: لعل ذلك كله لعموم أدله الوصيه و لذا جاز تعلقها بالمعدوم الذى هو غير قابل لتعلق صفه الملك به، لو لا الدليل حتى ما كان فيه غير معتاد الوجود، و بالحقوق و نحوها و يمكن إرادته ما يشمل ذلك من الملك فى المتن و غيره، فتصبح الوصيه حينئذ بالعين التى لا تدخل فى الملك، لكن للمستولى عليها حق اختصاص بها، على معنى الوصيه بذلك الحق الذى للموصى، و كذا حق التحجير.

نعم هى لا- تتعلق بما لا- يقبل النقل من الحقوق لغير الوارث كحق القذف و نحوه، مما يراد به التشفى الذى هو للوارث دون الموصى له، و يخرج باعتبار الملك أيضا ما كان ملكا للغير و إن أجاز بناء على عدم كون ذلك شبه الفضولى، ضروره كون ذلك وصيه عن الغير بماله، كما لو قال قائل: مال زيد لعمر و بعد وفاته، ثم أجاز زيد لا أنه يقول مال زيد لعمر و بعد وفاتي، ثم يجيز زيد، فإنه لا دليل على مشروعيه ذلك، كما هو واضح.

و الوصيه بالأزيد من الثلث مع أن الحق كون الإجازة من الورثه تنفيذا كما ستعرف، بمعنى أنه لا يدخل فى ملك الوارث، مع أجازته، خارج بالدليل، و لا يقاس عليه غيره، فما عن الدروس من احتمال الصحه واضح الضعف، و إن قواه بعض مشايخنا.

نعم عن التذكره احتمال صحه الوصيه بملك الغير إذا قيده بتملكه و فى القواعد و لو قال:

إن ملكت مال فلان فقد أوصيت به الفقراء احتتمل الصحه لأنه أولى من الوصيه بالمعدوم مع أنه لا يخلو من نظر أو منع يعرف مما قدمناه سابقا، و هو بطلان التعليق على غير الموت للوصيه.

نعم قد يقال: بصحته لو قال إن مت مالكا لذلك فثلثه للفقراء مثلا نحو ما سمعته في مثل إن مت حرا و في سفرى هذا قيل: و كذا يخرج باعتباراه ما لا يقصد ملكه عاده لحقارته كفضله الإنسان أو لقلته كحبه الحنطه و لعل ذلك و نحوه الذى أشار إليه بقوله «و لا- ما لا نفع» لكن قد يقال: إن ما لا نفع معتد به فيه غالبا إذا اتفق حصول النفع به يختص به من استولى عليه، بل لعل حق الاختصاص به ثابت له مطلقا لصدق الظلم على من انتزعه منه قهرا فتصح الوصيه بهذا الحق، بل مثل حبه الحنطه مملوكة قطعا، و إن كان لا يصح المعاوضه عليها للسفه المفقود فى الوصيه لعدم العوض فيها، مع أنه قد يحصل النفع بها للفق و نحوه، و بالجملة عمومات الوصيه شامله لذلك كله، و لكل حق قابل للنقل و لو بصلح أو شرط سواء حرم التكسب به أولا. بل بظهر من كلام بعضهم شده التوسعه فى الوصيه حتى أنه ربما صححوا النقل بها لما لا يجوز نقله إلا بها كبعض المعدومات، بل لعل الضابط فيها تعلقها بكل شىء إلا ما علم خلافه، كما شهد استدلاله (عليه السلام) بصحه الوصيه للمجوس و غيرهم بقوله تعالى «فَمَنْ بَدَّلَهُ» إلى آخره و لذا صحت بالمعدوم و المجهول حتى مثل أحد العيدين و غير المقدور على تسليمه، كالأبق و نحوه، بل و ما ليس ما لا مما فيه نفع معتد به، كالزبل للتسميد المصرح به فى قواعد الفاضل و غيرها، و نحو ذلك مما يدل على التوسعه فى متعلق الوصيه ما لم يعلم العدم، و إن كان بعضه لا يخلو من نظر، بل صرح فى الدروس بالمنع من الوصيه بالسرجين النجس، و الحشرات التى تقدم فى المكاسب بعض الكلام فى ثبوت حق أو ملك بالاستيلاء عليها مطلقا أو حال الاحتياج إليها، و كالوصيه بحق الخيار مجردا عما فيه الخيار، فإنه و إن كان يورث، لكن انتقاله بالوصيه أو غيرها من النواقل مشكل.

نعم يصح الصلح عنه إسقاطا، بل لو أوصى بالعين التى له الخيار فيها يشكل انتقال الخيار للموصى له، لأنه من توابع العقد دون العين، و ربما حكى عن بعض المحققين ممن قارب عصرنا جواز نقل حق الخيار بالصلح مثلا، فيكون الثمن و المثلن لمن انتقال إليه الخيار، و هو

مشكل من وجوده، و كذا النظر فى اعتبار بعض ما أوصى به مما ليس بمتقوم، لعدم كونه مالا بالنسبه إلى الثلث، فهل يفرض قيمه لها نحو فرض الحر عبداً أو يجعل قيمه منفعتة قيمته، أو يرجع إلى العدد و قد يحتمل عدم اعتبار الثلث فى مثل الفرض، حملاً لما دل على ذلك على غير الفرض، و إبقاء لعموم الوصيه على حالها، فلو فرض عدم مال له إلا ذلك نفذ الوصيه من دون شىء للوارث، بل و لا لذى الدين، لأن الفرض عدم كونه ما لا يتعلق به الدين، على وجه يكون وفاء عنه هذا، و قد وقع للفاضل فى القواعد فى الفرض و نظائره ما هو محل للنظر أو المنع، بل منه غير المنطبق على أصولنا فلا حظ و تأمل.

ثم إن إطلاق المصنف و غيره عدم جواز الوصيه بالخمير و الخنزير يقتضى عدم الفرق بين كون الموصى و الموصى له مسلمين أو كافرين، أو أحدهما مسلماً و الآخر كافراً و لعله كذلك، لتكليف الكافر بالفروع كالمسلم، و إن كنا مأمورين بإقرارهم و إلزامهم بما ألزموا به أنفسهم، و معاملتهم على ما عندهم، لكن ذلك كله لا يقتضى الصحه و لعله بذلك يجمع بين العبارات و الله العالم.

و كيف كان ف يتقدر كل واحد منهما أى العين و المنفعه بقدر ثلث التركة فما دون و حينئذ ف لو أوصى بما زاد بطلت فى الزائد خاصه، إلا أن يجيز الوارث بلا خلاف معتد به أجده فى شىء من ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، و النصوص مستفيضه فيه أو متواتره.

فما عن على بن بابويه - من عدم تقديرها بذلك، بل لو أوصى بماله كله نفذ، تمسكا

بالرضوى (١) «فإن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى به»

والخبر «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز»

وفى آخر (٢) «رجل أوصى بتركته متاع و غير ذلك لأبى محمد (عليه السلام) فكتب إليه جعلت فداك رجل أوصى إلى

١- ١ المستدرک ج ٢٣ ص ٥٢٣ مع اختلاف يسير.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٦.

بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتى أخت له، فرأيتك فى ذلك فكتب إلى بع ما خلف و ابعث به، فبعث و بعثت به إليه فكتب إلى قد وصل»

و نحوه غيره مؤيدا كله ذلك بالإطلاقات.

واضح الضعف لقصور ذلك كله عن مقاومه ما عرفت، من وجوه عديده، بل احتمال كون المراد من عبارته المخالف و مستنده أنه يجب صرف المال الموصى به بجميعه على حسب ما أوصى، من حيث وجوب العمل بالوصيه و حرمة تبديلها، بنص الكتاب و السنه حتى يعلم فسادها و بطلانها، و لو بالجور فيها على الوارث، و اراده حرمانه عن التركة، و مجرد احتمال ذلك غير كاف، فإذا وقع من الموصى الوصيه بأزيد من الثلث و لم يعلم الوجه فى ذلك، و لعله كان لحق له عليه أو غيره و جب إنفاذها، و حرم تبديلها حملا لها على الوصيه النافذه، و

عملا- بتلك الإطلاقات، و لأنه أعلم بما فعل، هذا غير جواز الوصيه بالزيادة على الثلث تبرعا، الذى هو محل البحث، فيكون الحاصل وجوب إنفاذ الوصيه، و إن زادت حتى يعلم أنها وقعت تبرعا، فتتوقف حينئذ على الإجازة، و فى الرياض أن هذا التوجيه و إن لم يكن ظاهرا من عبارته فلا أقل من مساواه احتمالها، لما فهموه منهما، فنسبتهم الخلاف إليه ليس فى محله، و عليه ليه فى التذكرة فلا خلاف من أحد حينئذ فى المسأله.

قلت: لكن قد يقال أولا بمنع المحمول عليه، لعدم مشروعيه صورته تصح فيها الوصيه التى هى بمعنى التمليك بعد الموت بأزيد من الثلث، من دون إجازة الوارث حتى فى صورته النذر و أخويه، لظهور الأدله فى اشتراط صحه الوصيه بعدم الزيادة على الثلث إلا مع إمكان إجازة الوارث، فلا ينعقد النذر على غير المشروع، و احتمال اشتغال ذمه الموصى بمال للموصى له، لا يجدى فى صحه الوصيه بالمعنى المزبور، ضروره عدم كون ذلك وفاء له، بعد فرض كون المراد تمليكه إياه بالوصيه دون الوفاء، كما أن احتمال فرض غير ذلك يقتضى خروج المسأله عن الفرض الذى هو تمليك الزائد على الثلث بالوصيه من دون إجازة، و من ذلك يظهر لك أنه لا- وجه لتقسم الوصيه إلى التبرعيه و غيرها، فتعتبر إجازة الوارث فى الأولى، دون الثانية، و بعد التسليم- لظهور النصوص كما لا- يخفى على من لاحظها فى الحكم بالوقوف على إجازة الورثه، بمجرد اشتغال الوصيه على الأزيد من الثلث، فيكون الأمر على العكس فيما ذكره الموجه،

ضروره كون مدار الحكم بذلك، حتى يعلم أن صدورها منه لسبب من الأسباب التي توجب الإخراج من الأصل عملاً بظاهر ما دل على تعلق حق الوارث بالزائد عن الثلث، حتى يعلم خلافه، و أصله النفوذ في الوصيه بعد تسليمهما إنما هي حيث لا تعارض حق الغير، و من هنا قد اشتملت جملة من النصوص قولاً- و فعلاً- على رد الوصيه الزائده عن الثلث إليه بمجرد صدورها من الموصى كذلك، ما لم يعلم سبب من أسباب التعلق بالأصل، و لو من إقراره، و لعل ذلك هو الأقوى ترجيحاً لهذه الأدله على تلك الأدله، و إن سلم كون التعارض بينهما من وجه، كما لا يخفى على من لاحظ نصوص المقام متدبراً فيها، و الله العالم.

كما أنه منها يعلم أيضاً عدم اعتبار قصد الموصى الثلث في تنزيل وصيته عليه، فلو أوصى بشيء ينطبق عليه أو يقصر عنه صح، و نفذ منه و إن لم يكن قد قصد ذلك، بل و إن قصد من الأصل.

نعم لو أوصى بشيء بعد أن أوصى بالثلث مثلاً مصرحاً بإرادته إخراجاً من الأصل كان ذلك موقوفاً على الإجازة من الوارث، و إن وسعه الثلث، لأنه قد قصد إخراجاً من الأصل على وجه لا يعارض ما أوصى به أولاً، إلا ما يخصه من التقييد الذي هو في الحقيقة رجوع به عن الوصيه الأولى، كما لو صرح بإخراجاً من الوارث، و سلامه ثلثه منه، فحمل التعلق بالثلث في الفرض الوصيه المقصود خروجها منه، أو المجرده عن قصدها ذلك و قصد خلافه.

و الوجه في الأول واضح، بل الثاني أيضاً ضروره التمكّن من إنفاذ الوصيه فيه، و لصدور السبب من الموصى و له محل قابل للتعلق به، فيعمل عمله، إذ الأصل في الأسباب ترتب مسيبتها عليها ما لم يحصل لها معارض، و احتمال البطلان في الوصيه في الفرض مناف لإطلاق أدلتها المقتضى لصحتها، كما هو واضح و ربما تسمع له زياده تحقيق إن شاء الله، و لا فرق فيما ذكرنا بين الوصيه بالحصه المشاعه كالربع و النصف و بين الوصيه بشيء معين كالفرس و العبد و نحوهما.

و كيف كان ف لو كانوا أي الورثه جماعه فأجاز بعضهم، نفذت الإجازة في قدر حصته من الزائد لحصول المقتضى بالنسبه إليه، و ارتفاع المانع،

و لا- يقدر هنا التبعض، كما لا- يقدر في غيرها من العقود، مثل بيع مال الغير إذا كان للمتعددین فأجاز بعضهم، و امتنع الآخرون، و كذا لو أجاز الجميع البعض، أو البعض البعض، لاتحاد الجميع في المدرك، كما هو واضح.

فلو فرض كون الوارث أبناء و بنتا و أوصى بنصف ماله، فإن أجاز معا فالمسألة من سته، لأن لهما نصف التركة أثلاثا، و إن رد معا فالمسألة من تسعه، لأن لهما ثلثي التركة أثلاثا، فأصلها ثلثه، ثم تنكسر عليها 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 سته، و لهما الثلثان اثني عشر أثلاثا، فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد، و هو سهم من البنت و سهمان عن الابن، إذ لو أجاز الابن لكان له سته من الثمانية عشر، و معه من الأنثى عشر ثمانية، فيدفع إلى الموصى له سهمين، و لو أجازت البنت لكان لها ثلاثة من الثمانية عشر، و معها أربعة فيندفع سهمها فيكمل للموصى له على تقدير إجازتهما تسعه هي النصف، و على تقدير إجازته خاصة ثمانية، و على تقدير إجازتها خاصة سبعة، و قس عليه ما يرد عليك من نظائره.

و على كل حال ف إجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة إجماعا بقسميه، و نصوصا و هل تصح قبل الوفاة فيها قولان: أشهرهما انها تلزم الوارث بل هو المشهور، بل عن الشيخ الإجماع عليه

للصحيحين (١) «رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال: ليس لهم ذلك، الوصيه جائزه عليهم»

و نحوهما غيرهما، كما هو مؤيد بعموم الأدلة الداله على وجوب إمضاء الوصيه، و كون الإرث بعدها، خروج منها ما إذا لم يجر الوارث مطلقا فيبقى الباقي، و بأن المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنما هو لحق الورثه، و هو متحقق في حال الحياه، فإذا أجازوا فقد

أسقطوا حقهم، و بأن المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصى و الورثه لأنه ان

برىء كان المال له، وإن مات كان للورثة، فإن كان للموصى فقد أوصى به، وإن كان للورثة فقد أجازوه، ولأن التعليق الذى فى الوصيه ليس للإنشاء فيها، كيلا يقبل القبول والإجازة، بل هو لحصول الأثر فيها، وإلا فالإنشاء حصل الآن فعلا، نحو الأوامر المعلقة والنذور كذلك، فإن المعنى الإنشائي فيها حاصل عند حصولها، ولذا لم يحتج المأمور بأمر معلق على شىء إلى أمر جديد عند حصول المعلق عليه، ولم يجز إتلاف المنذور قبل حصول المعلق عليه، وكذلك ما نحن فيه، فإن المراد من قولنا «هذا لزيد بعد وفاتي» إنشاء هذا التمليك المعلق فيقبل القبول والإجازة وغيرهما، لا أن المراد تعليقه على وجه لا يقبل القبول والإجازة إلا بعد الموت.

و دعوى- تسليم ذلك و أن الامتناع فى إجازة الوارث باعتبار عدم حق له الآن، فلا تؤثر أثرا، لا من حيث تعليق الوصيه- يدفعها أنه لا إشكال فى استحقاق الوارث من حيث الإرث بل ينبغى القطع به حال المرض نحو استحقاق صاحب الدين فى مال المفلس ونحوه، كما أنه لا إشكال فى كون الوصيه تصرفا يظهر أثره مقارنة لاستحقاقه، ولذا لاحظ الشارع بالنسبة إلى الثلث والثلثين، و مرجع أجازته رضائه بكونه غير وارث بالنسبة إلى ما تعلق به الوصيه، وهذا شىء قبال للوقوع منه حال حياه الموصى، و ستعرف أن إجازة الوارث تنفيذ، لا ابتداء هبه و المراد به ما عرفت و حينئذ فيتضح وجه ما سمعته من النص و الفتوى من تحقق الإجازة حال الحياه، و ترتب أثرها عليه.

نعم مقتضى ما ذكرناه قابليه الوصيه للرد من الموصى له كالقبول، لاشتراكهما فى المعنى المزبور، إلا إنه للدليل لم يكن أثر للرد فى الحياه، و أن القبول بعده و بعد الموت مجد كما عرفت فى محله، و أما هنا فقد صرح غير واحد أيضا بأن عدم الإجازة من الوارث حال الحياه لا- ينافى ترتب أثرها عليها بعد الوفاة بعد الرد المزبور، لاندراجها فى إطلاق الوصيه، ولأن حاصل الرد المزبور أنه لم يرض بخروجه عن الإرث بالنسبة إلى ما أوصى به الموصى، فإذا رضى بعد ذلك لم يكن منافيا للسابق فى ذلك الزمان الذى فى الحقيقة حاله كحال الزمان الذى لم يعلم الوارث بالوصيه به، أو علم و لم يتعرض للإجازة و ردها، و ليس هو كإجازة الفضولى فى عقد البيع الذى مرجعها إلى قبول العقد و عدمه، فإذا رده لم يجد قبوله بعد ذلك، كما أنه إذا قبله لم يجد رده بعد ذلك، لتحقيق الانفساخ فيه، بخلاف الإجازة فى المقام التى مبناهها رضا الوارث بعدم

كونه وارثا، أو رضاه بكونه وارثا، و أما قبول العقد و رده فهو للموصى له لا له، مضافا إلى ما سمعته سابقا من عدم كون الوصيه عقدا حقيقه، و إنما هي كالعقد فى بعض الأحكام.

و من ذلك كله يظهر لك إن ما عن المقنعه و المراسم و السرائر و الوسيله و الجامع و الإيضاح و شرح الإرشاد من عدم نفوذها حال الحياه، فلو أجازوا حالها كان لهم الرجوع بعد موت الموصى - ضعيف، إذ لو سلم أن ذلك مقتضى القواعد لكنه لا يعارض ما عرفت من الأدله المعتمره المعمول بها بين الأصحاب.

نعم ربما خص بعضهم نفوذ الإجازة حال مرض الموصى، لا- حال صحته، مع أنه مناف لما عرفته من إطلاق النص و الفتوى أيضا، و كذا ما عن بعضهم من الجميع بين القولين بالتفصيل بين غناء الوارث و فقره، فإن كان الوارث غنيا و قد أجاز بلا استدعاء من الموصى لم يكن له الرجوع، و إن كان فقيرا أو غنيا و دعاه الموصى إلى الإجازة فأجاز حياء كان له الرجوع، فإنه كما ترى واضح الفساد، بل لا يوافق أصول الإماميه و قواعدهم، فضلا عن إطلاق النص و الفتوى - هنا، الذين مقتضى الثانى منهما، بل و بعض الأول أنه ليس للوارث الرجوع عن أجازته حال حياه الموصى، فضلا عن الرجوع بعد وفاته، و فى محكى الإيضاح الاعتراف بأن ظاهر الفتوى ذلك، و أنه قد يفهم من الروايه ما يدل عليه، ثم إن الظاهر عدم الفرق بين الإجازة بعد الوصيه، و بين الإذن فيها سابقا كما لا فرق فى ذلك أيضا بين الوصيه التملكيه و العهديه كالوصيه بالوقف و العتق و نحوهما، و الله هو العالم.

و كيف كان ف إذا وقعت الإجازة بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصى و تنفيذها له، بلا خلاف أجده بيننا، بل ربما ظهر عن بعضهم الإجماع عليه، بل هو من المقطوع به لو وقعت حال الحياه بناء على اعتبارها، بل و كذا الحال فى إجازة المنجز، بناء على كونه كالوصيه فى خروج الزائد من الثلث بالإجازة و ليس ذلك بابتداء هبه من الوارث كما عن بعض العامه و حينئذ فلا تفتقر صحتها إلى قبض و لا يجرى عليها أحكام الهبه التى أطنبوا هنا فى ذكرها تفريعا على القولين، ضروره كون مفادها الرضا بما فعله الموصى، من كون ما أوصى به

لمن أوصى له، و أنه خارج عن إرث ورثته، كما لا يخفى على من له أدنى نظر.

و أولى من ذلك العتق و نحوه، فإن الوصيه بالمعنى الأعم التى هى موضوع البحث هنا، لا تختص بالتمليكيه، كما يظهر ذلك مما ذكره من الفروع فى المقام، كما أنه يظهر منهم عدم الفرق بينها، و بين المنجز، بناء على توقف الزائد على الثلث فيه على الإجازة، و من المعلوم عدم كونها صيغه عتق مثلاً.

نعم لو كان التردد بين ذلك، و بين احتمال كون الإجازة من الوارث بعد ملكه للموصى به بموت الموصى، و أنها من إجازة مالك، نحو إجازة الفضولى و غيرها كما هو مقتضى ما دل على ملك الوارث بموت مورث ما تركه له، و يلتزم حينئذ للجمع بين الأدله، بترتب ملك الموصى له على ملك الوارث ترتباً ذاتياً لا زمانياً، فلا ينافى ذلك حينئذ إرادته الموصى ملك الموصى له بالموت، نحو ملك الولد الوالد الذى ينعق عليه، لكان له وجه فى الجملة، و إن الأقوى خلافه أيضاً، لظهور أدله بعض أفراد الوصيه فيما يراد منها من خروج الوارث عن ارث ما أوصى به، فهى حينئذ كالمقيده لأدله الإرث خصوصاً بعد ظهور الأدله أيضاً فى كون الموصى له يتلقى من الموصى، لا الوارث.

نعم هو كذلك فى البعض الأخير منها، و ما لا ينافى ملكيه الوارث و إن كان بقدر الثلث، كما فى الوصيه العهديه أو التمليكيه التى يجب على الوارث تنفيذها، و كان مالكا كما يجب عليه وفاء الدين كذلك، إذا كانت بقدر الثلث أو أزيد مع الإجازة، و لا ريب فى كون الإجازة حينئذ نحو إجازة الفضولى، و ليست تنفيذا بالمعنى الذى ذكره الأصحاب الذى فرعوا عليه إجازة المفلس و السفيه و نحوهما، كما أنه لا ريب فى عدم كون المراد من القول المقابل للتنفيذ أن الإجازة نفسها هبه أو عتق أو نحو ذلك، ضروره أن الرضا بما فعله الموصى من الإيضاء الشامل للعهد و غيره، ليس عقد هبه أو عقد بيع مثلاً، و إيقاع عتق، و لذا لم يذكر أحد مثل ذلك فى الفضولى، لا على القول بالكشف، و لا على القول بالنقل، فلا بد من حمله على ما ذكرناه، و إلا كان واضح البطلان، كما أنه لا بد من تنقيح المسأله على الوجه الذى قلنا، و به يظهر لك ما فى كثير من الكلمات فلاحظ و تأمل، حتى ما ذكره فى التنجيز، و أنه فى الزائد على الثلث

كالوصيه فى البحث المزبور، و الله اعلم.

ثم لا يخفى عليك أن الإجازة لا تصح من المجنون و الصبى، و تصح من المفلس حال حياه الموصى، و فى الروضه فى صحتها بعد موته وجهان: مبناهما على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث؟ و بالإجازة تنقل عنه إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفه عن سبق ملكه من حين الموت، و على الأول لا تنفيذ لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة، و على الثانى يحتمل الأمرين، و إن كان النفوذ أوجه.

لكنه خير بأن المعروف بين الأصحاب كون الإجازة تنفيذا و المراد به الرضا بالخروج عن كونه وارثا بالنسبه إلى الموصى به، و أن مقابله ما يحكى عن العامه من كونه ابتداء هبه و من هنا بنى المسأله فى محكى التذكرة عليهما فقال: إن قلنا: إنها هبه لم تصح، لأنه ليس له هبه ماله، و أما السفیه ففى القواعد و محكى غيرها إطلاق المنع من أجازته، لكن قد يقال: إنه كالمفلس بالنسبه إلى ذلك، لعدم كونه مالكا فى حال الحياه بل لم يتصرف فى المال بعد الوفاة، و إنما رضى بعدم كونه وارثا و هو ليس تصرفا ماليا حتى يمنع منه، اللهم إلا أن يقال: إنه ممنوع مما يشمل مثل هذا التصرف لكن يأتى احتمال مثله فى المفلس، و لعل ذلك هو الوجه فى الأمرين اللذين فى الروضه.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يجب على الوصى أو الوارث أو الحاكم أو عدول المؤمنين أو كافة الناس لكن على الكفايه العمل بما رسمه الموصى مما أوصى به إذا لم يكن منافيا للشرع و إن كان إنما يعتبر ذلك إذا كان بقدر الثلث أو أزيد إذا أجاز الوارث.

و يعتبر الثلث وقت الوفاة أى لا وقت الوصايه الذى هو ليس زمان الملك بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع محكى عن الخلاف و إن لم يكن محصلا عليه فلو أوصى بشىء و كان موسرا فى حال الوصيه، ثم افتقر عند الوفاة، لم يكن ييساره اعتبارا، و كذلك لو كان فى حال الوصيه فقيرا ثم أيسر وقت الوفاة، كان الاعتبار بحال يساره و المخالف فى ذلك بعض الشافعيه.

نعم قال ثانى المحققين و الشهيدين: هذا إنما يتم بغير اشكال لو كانت الوصيه بمقدار معين كمائه دينار، أو بشىء معين أو شقص منها، أو كانت بجزء مشاع كالثلث و كانت التركة حين الوصيه أزيد منها حال الوفاه، أما لو انعكس أشكل اعتبارها عند الوفاه، مع عدم العلم بإرادته الموصى للزيادة المتجدده، لأصالة عدم التعلق و شهادته الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده، متوقعا غالبا، خصوصا مع زيادته كثيرا، و زاد أولهما- أنه قد تقدم الاشكال فيما لو أوصى لأقرب الناس إليه، و له ابن و ابن ابن، فمات الابن، فان استحقاق ابن الابن لا يخلو من تردد، بل قال: إنه قد يتوقف فى ديه العمده، من حيث تجدد ثبوتها بعد الموت.

كما أنه أورد أيضا على العبارة و ما شابهها بأنه ربما تلف بعض التركة بعد الموت و قبل قبض الوارث إياها، فلا يحسب ذلك على الوارث، و يصير الثلث أقل، و ربما تجدد بعد الموت ديه نفس أو طرف بصلح و نحوه، فيصير أكثر، فلا يستقيم التقييد بقوله عند الموت، بل يقيد بوقت قبض الوارث التركة، و أخذ ديه النفس و الطرف، و قبول الوصيه لمورثه إذا كان بعد موت الموصى الأول، بناء على أن القبول كاشف.

قلت: قد يدفع الأخير بالتنزيل على الغالب، حتى ما وقع فى الدروس «والمعتبر الثلث حين الوفاه لا حين الوصيه، و لا ما بينهما و لا بعد الوفاه، لأنه الوقت الذى تنتقل فيه التركة إلى الوارث» أو بما سمعت من أن المقصود من التقييد فى نحو المتن الرد على بعض الشافعية القائل بكون العبره وقت الوصيه، ضروره تنزيل الموصى له مع الوارث منزله الشريك، فى أن ما يبقى لهما، و ما يتلف عليهما، كما هو واضح فيما لو كان الموصى به الثلث، أو حصه مشاعه منه، بل لو كان الموصى به شيئا معيناً كان مرجعه الوصيه بمقدار ما يساوى قيمتها من الثلث، فهو أيضا كالشريك، و كذا لو أوصى بمقدار كلى كالمائه دينار، و كانت بعض الثلث.

إنما الإشكال فى أن هذا و نحوه هل يرجع إلى الوصيه بحصه مشاعه من الثلث حتى أن التالف منه ينقض من الموصى به على حسب النسبه، لأنه كالوصيه بربع الثلث مثلا أو أنه لا يرجع إلى ذلك، بل هو كلى مضمون فى الثلث، حتى لو لم يبق منه إلا مقدار ما يساوى ذلك نفذت

الوصيه، وجهان: منشؤهما أن الكلى يملك فى الخارج لا على جهه الإشاعه على وجه تشمله عمومات الوصيه مثلا، أو أنه لا يملك إلا- على جهه الإشاعه إلا- ما خرج بالدليل، كبيع الصاع من الصبره، بناء عليه لخبر الأطنان و ربما يؤيد الثانى تنزيلهم الأبطال المستثناء فى بيع الثمار على الإشاعه، و كذا الشاه مثلا فى الزكاه.

لكن الأمر فى الوصيه واسع فلا يبعد قابليتها للتملك على هذا الوجه، و قد تقدم تحرير هذه المسأله فى باب الزكاه و البيع، فلا حظ، على أن دعوى عدم ملكيه الكلى فى الخارج إلا على جهه الإشاعه خاليه عن الدليل، بل ملك أحد السيوف فى الحياه مثلا و الوصيه و نحوهما قاض بخلاف، و التحقيق فى المسأله ما أشرنا إلى من أن الإشاعه تاره تكون من نفس الوصيه، بأن يوصى به على وجه الإشاعه، و أخرى تكون من حكم الشارع بأن للميت الثلث و لا ريب فى اقتضاء الأولى قواعد الشركه، كما أنه لا ريب فى اقتضاء الثانيه النقصان بنقصان الثلث، و إلا- و جب الأداء ما دام ممكنا و إن نقص من أصل التركه ما نقص، و لا يتدارك الموصى به بكسر من الكسور، على وجه ينقص منه بالنسبه، ضروره عدم دليل عليه، و منافاته لما دل على وجوب العمل بالوصيه.

و دعوى- أن المراد قدر الثلث حتى لو أوصى بالثلث، و لذا تكون التركه للوارث بالموت- لا- دليل عليها، بل ظاهر الأدله خلافها.

نعم قد يكون كذلك، لا أن كل وصيه كذلك بل لعل لفظ الوصيه بالثلث مثلا خلافه، كما تقدم نظير ذلك فى تعلق الخمس و الزكاه بالعين، لا أن المراد مقدار ذلك فى الذمه كما توهمه بعض فتأمل جيدا و الله العالم.

و أما ذكره من الزياده المتجدده، فيدفعه أن المفهوم عرفا من الوصيه بالثلث مثلا- اراده مصداقه عن الموت الذى هو محل الانتقال و اتفاق مصداقه قبله لا يقتضى تقييد ذلك به، و فرض قيام القرائن على ذلك خروج عن محل البحث، كما لو صرح بذلك.

بل قد يشهد لما قلناه ما تطابق عليه النص و الفتوى من أنه لو أوصى ثم قتله قاتل أو جرحه جرح كانت وصيته ماضيه، من ثلث تركته و ديته و أرش

جراحته إذ كان ذلك خطأ، بل الإجماع محكى ان لم يكن محصلا عليه.

و

فى خبر محمد بن قيس (١) «قلت لأبى جعفر (عليه السلام): رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فقتل الرجل خطأ، يعنى الموصى فقال: تجاز لهذه الوصيه من ماله و ديته».

و فى المرسل (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصى بثلث ماله، ثم قتل خطأ فقال: ثلث ديته داخل فى وصيته».

وفى خبر محمد بن قيس (٣) عن أبى جعفر (عليه السلام) «أيضا أنه قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل أوصى لرجل بوصيه مقطوعه غير مسماه من ماله ثلثا أو ربعا، أو أقل من ذلك أو أكثر، ثم قتل بعد ذلك الموصى فودى فقضى فى وصيته أنها تنفذ ماله و ديته كما أوصى».

و فى خبر السكونى (٤) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام) من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ فإن ثلث ديته داخل فى وصيته».

ضروره تجدد استحقاق الديه من بعد الوصيه التى قد صرحت النصوص بإخراجها من ثلثها أيضا بل ربما أشكل بذلك ما سمعته من إطلاق الأصحاب كون العبره بالثلث عند الوفاه باعتبار تأخر استحقاقها عن الموت.

لكن قد عرفت أن إطلاقهم ذلك إنما هو بالنسبه إلى وقت الوصيه بمعنى عدم العبره بالثلث حاله، على أنه لما كان استحقاق الديه المزبوره مقارنا للموت صدق عليه أنه من الثلث وقت الوفاه.

نعم ذلك كله فى ديه الخطأ التى قد صرح فيما نسا و فتوى بل قد شهد لها الاعتبار مضافا إلى

١-١ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢-٢ الفقيه ج ٤ ص ١٦٩.

٣-٣ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ - ٢.

٤-٤ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ - ٢.

ذلك، ضروره كونها عوضا عن نفسه، كالقيمه للتالف، فتعلقه بها أشد من تعلق وارثه، و

لذا أدخلها الشارع فى أمواله و علق بها ديونه و وصاياه، بل ربما كان ذلك هو الوجه فى ديه العمد أيضا، و إن قلنا ان الواجب به أولا القصاص الذى هو غير قابل لتعلق الدين و الوصيه به.

لكن لما لم يستوفه الوارث و أراد الصلح بالديه تعلقت بها الوصايا و الديون، لأنها فى الحقيقه أيضا عوض عن نفس المجنى عليه، و قيمه له فتعلق بها الوصايا و الديون.

مضافا إلى ترك الاستفصال

فى خبر عبد الحميد(١)«سألت أبا الحسن الرضا (عليه السلام) عن رجل قتل و عليه دين، و أخذ أهله الديه من قاتله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قلت: و هو لم يترك شيئا قال: أما إذا أخذوا الديه فعليهم أن يقضوا الدين».

وفى خبر يحيى الأزرق(٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) فى رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا و أخذوا أهله الديه من قاتله أ عليهم أن يقضوا دينه؟ قال: نعم. قلت: هو لم يترك شيئا قال إنما أخذوا الدين فعليهم أن يقضوا دينه».

بل هو صريح

خبر أبى بصير(٣) عن أبى الحسن موسى بن جعفر (عليه السلام) قال: قلت:

فان هو قتل عمدا، و صالح أولياؤه قاتله على الديه، فعلى من الدين على أولياؤه من الديه أو على إمام المسلمين؟ فقال: بل يؤدوا دينه من ديته التى صالح عليها أولياؤه فإنه أحق بديته من غيره»

و هو مع صراحته بوفاء الدين من ديته فى العمد، فيه رمز إلى ما ذكرناه من الوجه فى ذلك.

و من هنا لم يفرق المشهور بين الديتين بالنسبه إلى تعلق الديون و الوصايا بل قيل: إنه قد حكى إجماعات على ذلك، و إنه لم يخالف فيه إلا ما يوهمه كلام ابن إدريس فى باب قضاء الدين عن الميت، و هو اجتهاد فى مقابله النص نحو ما وقع من بعضهم فى المقام من الإشكال

١- ١ الوسائل- الباب- ٢٤- من أبواب أحكام الديون الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٤- من أبواب أحكام الديون الحديث- ٢.

٣- ٣ الفقيه ج ٤ ص ٨٣ الرقم ٢٦٤ و الخبر عن على بن أبى حمزه.

فى ذلك، بناء على ما هو المشهور من أن الواجب فى العمدة القصاص، لا أحد الأمرين ذلك، أو الديه، كما عن أبى على و الشافعى.

ضروره أن ذلك كله كالاقتداء فى مقابله النص الذى قد عرفت اتفاق الأصحاب إلا النادر على - العمل به، بل تسمع إن شاء الله فى باب الديات أن ما يجنى على الميت بعد موته - كما إذا قطع رأسه و هو ميت، فإنه فيه مائة دينار - فى حكم ماله، و أنه و إن كان عليه دين فهو أولى به.

و من ذلك كله يعلم أن جميع ما يؤخذ عوضا عن نفس الميت أو بدنه فى حكم ماله و كذا ما يقع فى شبكته بعد موته، لمكان وجود سببه قبل الوفاء، و قد ظهر بذلك كله الحال فى المناقشات المزبوره، التى مرجعها المؤاخذة على إطلاق مساق لبيان أمر آخر و نحوه، خصوصا المناقشه بالنسبه إلى النقيصه المتجدده بعد الموت قبل قبض الوارث، فان من المعلوم دخول النقص المزبور على الموصى له و الوارث بذلك من غير فرق حينئذ بين كون الموصى به عينا أو جزءا مشاعا، إذا فرض نقصان الثلث بالتلف المزبور عن خروج العين الموصى بها، و ليس المراد من وقت الوفاء فى المتن و نحوه الإشارة إلى ذلك، بل هو مبنى على ما هو الغالب من اتحاد وقت الوفاء و القسمة، و بقاء تركه الميت على حالها.

و أما ما ذكره من الوصيه لأقرب الناس، فقد قيل: أن النظر فيه فى غير محله، و أنه يدفع المال إلى ابن الابن، و ان كان الموجود وقت الوصيه لابن بل قيل: إنه لم يتوقف فيه أحد غيره، بل هو نفسه قد اعترف بعد ذلك بأن استحقاق ابن الابن لا يخلو من قوه فلا حظ و تأمل و الله العالم.

و لو أوصى إلى انسان بالمضاربه بتركته أو ببعضها على أن الربح بينه و بين الورثه نصفان صح و ربما يشترط كونه قدر الثلث أو أقل و الأول مروى

عن الصادق فى الموثق (١) أو الخبر أنه «سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيه أن يعمل

بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم؟ فقال: لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك، و هو حى».

و فى خبر خالد بن بكر الطويل (١) قال: «دعانى أبى حين حضرته الوفاة، فقال: يا بنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقدمتنى أم ولد أبى إلى ابن أبى ليلى، فقال: ان هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقترضت عليه ما أمرنى به أبى، فقال لى ابن أبى ليلى: ان كان أبوك أمرك بالبطل لم أجزه، ثم أشهد على بن أبى ليلى ان أنا حررته فأنا له ضامن، فدخلت على أبى عبد الله (عليه السلام) فقصت عليه قصتى، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أما قول ابن أبى ليلى فلا أستطيع رده، و أما فيما بينك و بين الله عز و جل فليس عليك ضمان».

و المناقشه فى الأولى - بأنها بعد التسليم من قسم الموثق الذى لا- يجوز العمل به، و فى الثانية بالجهالة كما أن جبر الضعف بالشهره مشهور لا أصل له- مفروغ من فسادها فى الأصول، على أنه فى سند الثانى ابن أبى عمير و السند إليه صحيح، و هو ممن أجمع على تصحيح ما يصح عنه، فلا يضر جهاله من بعده، فى وجه.

و كيف كان فصريح الثانى - لظاهر الوصيه بالولد، فى الأول- كون الورثه صغار و الموصى ولى لهم، و من هنا قال فى الدروس مشيرا إلى

الأول: «روى محمد بن مسلم جواز تفويض المضاربه إلى الوصى على نصف الربح مع صغر الأولاد و بها قال الجماعة، و نحوه ما عن المذهب البارع، قال هذه المسأله يوردها المصنفون فى المضاربه و الوصيه و موضوعها فى كتب الفقه و النص هو أن ينصب الإنسان على أطفاله وصيا، و يأذن له فى الاتجار بمالهم إلى آخره، ثم قال إن ألفاظ الفقهاء تختلف فى التعبير عنها، و حكى بعض عباراتهم فى المضاربه و بعضها فى الباب و فى النافع تصح الوصيه بالمضاربه بمال ولده الصغار.

لكن فى المسالك «أن المصنف و أكثر الجماعة أطلقوا الصحه فى الورثه الشامل للمكلفين، و شمل إطلاقهم و إطلاق الروايتين ما إذا كان الربح بقدر أجره المثل، و ما كان زائدا عليها بقدر

الثالث أو أكثر، و في محكى الكفايه إن المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً، و لعل وجهه إطلاق ما دل على تنفيذ الوصيه المقيد بالثلث إذا كانت الوصيه مفوته للمال على الوارث، أو بالأعم من ذلك و مما فيه ضرر عليه، أما إذا لم يكن كذلك بل كانت الوصيه تصرفاً في المال على وجه لا- تفويت فيه للمال على الوارث و لا- ضرر فيه عليه، فليس في الأدله ما يدل على تخصيص العمومات المزبوره المعتضده بظاهر قوله «فَمَنْ بَدَّلَهُ» و عموم «تسلط الناس» و معلوميه كون الوصيه بعد الموت كالنتجيز في حال المرض بالنسبه إلى الممنوع منها و الجائز، بل الدليل فيهما متحد كما اعترف به في جامع المقاصد.

و لا ريب في صحه المضاربه بأزيد من الثلث في حال المرض، و لو بحصه قليله من الربح، كما أنه لا ريب في صحه بيع التركة كلها بثمن المثل حال المرض، فينبغي أن يجوز الوصيه به لاتحاد الدليل فيهما كما مال إليه في جامع المقاصد، بل حكي فيه عن الفاضل في التذكرة أنه قواه، و في القواعد الاشكال فيه، و إلى نحو ذلك أشار في جامع المقاصد، و المسالك حيث وجهه بأن المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة و ليس حاصلها هنا، لأن الربح مما تجدد بفعل العامل و سعيه، و ليس ما يتجدد منه كالمتجدد من حمل الدابه و الشجره و نحوهما، حيث كان معتبراً من الثلث، لظهور الفرق، بأن ذلك نماء الملك و وجوده متوقع، بخلاف الربح فإنه أثر سعى العامل مع أنه إنما يحدث على ملك العامل فيما يملكه العامل ليس للوارث و لا للموصى منه حق، و لا يقدر في ذلك شراؤه، بمال الوارث، فيكون محسوباً منه، و يكون نماؤه تابعاً، لأنه إنما يدخل في ملك الوارث على تقدير صحه المضاربه، و إلا لم يكن الشراء نافذاً، و متى صحت المضاربه كانت الحصه من الربح ملكاً للعامل، فلو لا صحه المضاربه لأدى فسادها إلى عدم الفساد، لأنه على تقدير الفساد إنما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرعاً، و ذلك إنما يكون على تقدير زياده الحصه من أجره المثل، و زيادتها عن الثلث، و كونه من نماء التركة، و إنما يكون كذلك مع صحه المضاربه، ليكون الشراء نافذاً، فلو فسدت المضاربه لم ينفذ الشراء، فلم يتحقق الربح فانتفى التصرف في الزائد على الثلث، فانتفى المقتضى للفساد، فوجب الحكم بالصحه، لأنه قد أدى فرض الفساد إلى عدمه.

لكن فى المسالك بعد ذلك كله قال: «فيه نظر، لأن المضاربه و إن لم تقتض تفويت شىء من التركة على تقدير تسليمه، مشتمله على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه، خصوصا إذا كان مكلفا، و تعريضه بالضرب فى الأرض إلى التلف المؤدى إلى عدم الضمان مع عدم التفريط، مضافا إلى ما لو وقعت بحصه قليلة للمالك فى مدة طويلة، كخمسين سنة، و ذلك فى حكم منع الوارث من التركة أصلا و هو بطل، و أما القول بأن النماء إنما يملكه العامل على تقدير صحه المعامله، و حيثئذ فلا تفويت فى مال الوارث، و إن لم يصح لا يصح البيع، ففيه إمكان جبره بإجازة المالك الشراء لنفسه، ليكون جميع الربح له، فيحصل التفويت على تقدير صحه البيع، و حصول الربح للعامل و من ثم ذهب ابن إدريس إلى أن الصحه مشروطه بكون المال قدر الثلث فيما دون اطراحا للأخبار وردا إلى الأصول المعلومه فى هذا الباب، و بعض المتأخرين إلى أن المحاباه فى الحصة من الربح بالنسبه إلى أجره المثل محسوبه من الثلث أيضا، و لكل منهما وجه.

قلت: أما ابن إدريس فالمحكى من عبارته ما نصه «قد روى أنه إذا أمر الموصى الوصى أن يتصرف فى تركته لورثته، و يتجر لهم بها، و يأخذ نصف الربح كان ذلك جائزا و حلالا له نصف الربح، أورد ذلك شيخنا فى نهايه، إلا أن الوصيه لا تنفذ إلا فى ثلث ما كان يملكه الميت قبل موته، و الربح متجدد بعد موته، فكيف تنفذ وصيته و قوله فيه، و فى الروايه نظر» و ظاهره بطلان هذه الوصيه من رأسها كابن أبى ليلى، باعتبار كون متعلقها الربح الذى ليس من أمواله، و وصيته إنما تنفذ فى الثلث، و هذا ليس منه، لا أنها صحيحه فى الفرض بمقدار الثلث، و كيف مع أنه لم يوص بالثلث، بل هو فيه كالثلثين للوارث.

نعم لو كان قد أوصى به و أخرجه عن الوارث، ثم أوصى بالمضاربه به فلعل لازم كلام ابن إدريس الفساد، و إن كان لم يتعرض لذلك، و لا ريب فى صحته، لعموم أدله الوصيه، فيصح تعلقها بمثل ذلك، لكونه من التوابع، فتأمل جيدا.

و من ذلك ينقدح الوجه فى تعرض الأصحاب لهذه المسأله، و كون الغرض منها الرد على ابن إدريس و ابن أبى ليلى، حيث أنهما أبطلا هذه الوصيه، و جعلها من قسم الوصيه بالباطل،

و التحقيق صحتها مطلقا سواء كان الوارث صغيرا مولى عليه أو كبيرا، و إن توقفت في الثانى على الإجازة سواء كان متعلق الوصية بمقدار الثلث أو لا، و سواء كانت الحصه من الربح زائده على أجره المثل أو لا، و سواء كانت بمقدار الثلث أو لا، و سواء كانت متعلقه بالثلث الذى أخرجه عن ملك الوارث أولا، كل ذلك لعموم أدله الوصيه و للخبرين السابقين، بل يمكن جوازها فى مال الأطفال مع عدم المفسده، و إن لم يكن لهم مصلحه، بناء على جواز ذلك للولى الإجارى و الفرض أنه قد أذن للوصى فى ذلك، و به يفرق بين ما إذا لم يوص بذلك، بل اقتصر على جعل وصى عليهم، فإنه يجوز له المضاربه بما لهم أو لغيره، لكن مع المصلحه، بخلاف ما إذا نص الولى على ذلك، فإنه يكفى فيه حينئذ عدم المفسده، فلا بأس بكثره الحصه أو قتلها، و إطلاق الأصحاب فى المقام و المضاربه إنما هو لبيان صحه الوصيه على الوجه الذى عرفت، ردا على ابن أبى ليل و ابن إدريس، القائلين ببطلانها، سواء كان الوارث صغيرا أو كبيرا، أجاز أو لم يجز، كما يومئ إلى ذلك اختلاف تعبيرهم عن ذلك، كما اعترف به ابن فهد فى مهذبته على حسبما عرفته و المقصود ما عرفت، فما توهمه بعض الناس - من هذه العبارات المختلفه أشد اختلاف حتى أثبت منها حكما جديدا مخالفا للأصول و الضوابط و صحح المضاربه من الموصى بالتركه، و إن لم يجز الوارث، و جعلها لازمه عليه - فى غير محله، كما أنه لا دليل عليه، إذ ليس إلا الخبران السابقان و مضمونهما ما عرفت مما هو غير مخالف لشيء من الأصول، ضروره جواز مضاربه الوصى بمال الطفل مع المصلحه و إن لم يوص إليه بذلك، فكيف إذا أوصى له.

نعم قد تزيد صورته الوصيه باعتبار عدم المفسده، لا المصلحه، و هو شىء خارج عما نحن فيه فتأمل جيدا، فإنه به يظهر لك ما فى كلام جماعه، كما أنه يظهر لك عدم تحرير هذه المسأله فى شىء من كلماتهم، بل و لا مسأله الوصيه بما لا يقتضى نقص القيمه فى التركه.

ففى القواعد و لو أوصى ببيع تركته بثمان المثل ففى اشتراط الإجازة إشكال، و فيها أيضا - قبل ذلك - «و لو خصص كل واحد بعين هى قدر نصيبه فالأقرب الافتقار إلى الإجازة،

لظهور الغرض فى أعيان الأموال، و كذا لو أوصى أن يباع غير ماله من انسان بنقد ثمن المثل، و لو باع عين ماله من وارثه بثمان المثل نفذ» و ظاهره الاشكال بعد الجزم و للمسأله فروع كثيره و منشأ الاشكال فيها من عموم أدله الوصيه المقتضى لوجوب العمل بما يرسمه الموصى ما لم يكن منافيا للشرع، كما سمعته من المصنف أو غيره، بل قد يشير به فى الجمله

خبر عباس بن معروف (١)المشتمله على «وصيه ميمون ببيع جميع تركته و إيصالها إلى أبى جعفر الثانى (عليه السلام) ففعل الوصى فأخذ أبو جعفر (عليه السلام) الثلث منها و أمر برد الباقي إلى الوصى ليرده على الورثه»

الظاهر فى الإقرار على البيع.

و غير ذلك ما يدل على وجوب النفاذ الوصيه، و من كون ذلك نوع ضرر على الوارث لتعلق الغرض فى الأعيان، و لعل الأول لا يخول من

قوه، ما لم يكن إضرارا بالوارث لإطلاق النهى عنه.

بقى شىء: و هو أن الظاهر كون المضاربه واقعه من الوصى بإذن من الموصى لا أن إيجابها قد وقع من الموصى، ضروره عدم ثبوت الوصيه العقديه فى غير التملك على حسبما عرفته فى تعريفها، فما عساه يتوهم - أن اللفظ الموجود فى الخبر نفسه مضاربه- فى غير محله، خصوصا و لم يكن للطفل فى ذلك الحال، ضروره أن المراد المال الذى يكون لهم بالإرث منه، و من هنا

قال (عليه السلام) «من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى»

و هو كالصريح فى عدم كون ما وقع منه مضاربه، و إنما هو أذن فيها، و دعوى مشروعيه الوصيه بها على نحو الوصيه التملكيه واضحه الفساد، لعدم الدليل عليها، و ربما يشهد لما قلناه قول المصنف و غيره «و لو أوصى بالمضاربه» الظاهر فى إرادته العهد بها، لا إنشاؤها على الوجه السابق كما هو واضح و الله العالم.

و لو أوصى بواجب مالى و غيره أخرج الأول من الأصل، لأنه كالدين نسا و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، و على أن من ذلك الحجج الواجب، للنصوص (٢)الداله عليه بالخصوص، و أما الثانى فيخرج من الثلث، حتى لو كان واجبا

١- ١ الوسائل- الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٧.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٨- من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

بدنيا، على ما صرح به فى جامع المقاصد و المسالك، و محكى الكفايه، بل فى الروضه أنه لا خلاف فيه مرسلين له إرسال المسلمات، لعدم كونه من الدين الذى يخرج من الأصل، و عدم دليل على تنزيه منزلته، فيبقى على الأصل.

نعم إذا أوصى به شمله أدله الوصيه التى تخرج من الثلث.

لكن فى الذكرى و الدروس و فى جامع المقاصد عن بعضهم أن الواجب البدنى يخرج من الأصل أيضا، كالمالى، و إن لم يوص به، بل لعله ظاهر المصنف هنا و النافع و الغنيمه و السرائر و غيرها- مما أطلق فيها الواجب- الخارج من الأصل، و هى عشره كتب أو أكثر على ما قيل، بل نفى عنه البأس فى الدروس، بل قد يؤيد إطلاق الدين على الصلاه فى غير واحد من الأخبار، منضمًا إلى

ما ورد فى الحج (١) «أن دين الله أحق أن يقضى»

، و شمول الدين للنقد و غيره مما هو عمل، ضروره اندراج من كان مشغول الذمه بصلاه أو غيرها من الأعمال بإجاره و نحوها فيه، و احتمال- اختصاصه بما إذا كان شغل الذمه بمثل ذلك لغير الله، و أما له فلا- واضح الضعف خصوصا بعد ما سمعت من أن دين الله أحق أن يقضى، و معلوميه وجوب المال لو توقف عليه حصول الواجب المطلق، فالمتجه إن لم ينعقد إجماع على خلافه، إلحاق الواجب البدنى بالمالى فى الإخراج من صلب المال إذا لم يكن له ولى يخاطب بما يفوت المولى عليه. من صوم أو صلاه، و إلا خوطب هو به، ما لم يوص الميت

بإخراجه من ثلثه، من غير فرق فى ذلك كله بين ما فاته بتقصير و عدمه، و بين ما تمكن من قضائه و عدمه، بعد فرض حصول شغل الذمه به، على وجه لو تبرع به متبرع و استؤجر أحد عنه برأت ذمته، و لا مدخله للحكم التكليفى فى الوضعى، فقد ينتفى الأول و يثبت الثانى.

نعم لو كان على وجه لا تشتغل ذمته به أصلا، لم يصح تأديه الولى و لا المتبرع له عنه، فضلا عن الإخراج من صلب المال أو ثلثه.

كل ذلك بناء على عدم اشتراط المباشرة فى الواجب البدنى و أنه يصح وقوعه فى الجمله منه

أو من الولي و المتبرع فضلا عن الأجير، أما بناء على اشتراطها و أنه لا- يصح إلا- من المولى عليه و الولي، اتجه حينئذ عدم الإخراج من المال، ضروره حصول الفرق حينئذ بذلك بينه، و بين الأعمال التي اشتغلت الذمه بها بإجاره و نحوها كما هو واضح.

و الظاهر تصديق الولي فيما فات منه كما صرح به في جامع المقاصد، و لعله لأنه لا يعلم منه إلا من قبله، بل هو المنساق منه و من نظائره، مضافا إلى كونه من الإقرار.

و على كل حال فبناء على عدم خروجه من صلب المال يجب على المولى عليه الوصيه بما فاته من صوم أو صلاه، أو إعلام الولي بذلك إن كان، أو لا يجب عليه شيء من ذلك؟ وجهان:

أقواهما الأول، ضروره تمكنه من تأديه الحق و إبراء ذمته، و دفع الضرر الأخرى عنه و ربما استدل ب

قوله (١) عليه السلام «الوصيه حق على كل مسلم»

و لكن لا يخفى ما فيه من التجشم المعلوم عدم ارادته و لو بملاحظه ما سبق الخبر له.

و كيف كان فقول المصنف و غيره جوابا للشرط السابق في المتن فإن وسع الثلث عمل بالجميع، و إن قصروا لم تجز الورثه بدء بالواجب من الأصل، و كان الباقي من الثلث غير مناف لما ذكرناه، ضروره إرادته ما لو أوصى بالواجب و غيره من غير تعرض للإخراج من الثلث و عدمه، فان وسع الثلث عمل بالجميع، ضروره عدم الفرق حينئذ بين الواجب و غيره في الإخراج بعد فرض سعته، لأنه مع عدم الوصيه بالإخراج منه يكون كأصل المال بالنسبه إلى الواجب و غيره، و أما إذا قصر عنها فلا- ريب في اختصاصه حينئذ بالتبرعات التي لا تمضي إلا منه.

كما لا- ريب في خروج الواجب من الأصل، لأن الفرض عدم ايصائه بإخراج الجميع من الثلث كى يزاحم الواجب غيره فيه كما هو واضح، بل منه يعلم الحكم فيما لو أوصى في الفرض بإخراج الجميع من الثلث و كان قاصرا، فإن الذي صرح به غير واحد إخراج الواجب أولا منه و إن كان هو متأخرا في الوصيه ثم يخرج غير من بعده الأول إن كان.

بل صرح غير واحد بمساواه الواجب البدني له في ذلك أيضا بمعنى أنه لو أوصى بالواجب البدني و غيره من الثلث أخرج أولا الواجب، و إن متأخرا ثم غيره الأول فالأول إن كان، بل ربما ظهر من بعضهم نفى الخلاف فيه فضلا عن الأول، لكن في جامع المقاصد أنه لا فرق بينه و بين سائر الوصايا التي ليست بواجبه في أنه يبدأ بالأول فالأول، إن كان قد أوصى بها مرتبه إلى آخره.

قلت: يمكن أن يكون دليلهم على ذلك مضافا إلى أهميه الواجب من غيره

صحيح معاويه ابن عمار(١)قال: «إن امرأه من أهلى ماتت و أوصت إلى بثلث مالها، و أمرت أن يعتق عنها و يتصدق و يحج عنها فنظرت فيه فلم يبلغ فقال: ابدأ بالحج فإنه فريضه من فرائض الله سبحانه و تجعل ما بقى طائفه في العتق و طائفه في الصدقه»

فإنه و إن كان مورده الحج، إلا أن التعليل فيه قاض بتقديم البدني و حينئذ يكون الصحيح المزبور دليلا على القسمين.

و الانصاف أنه إن تم الإجماع عليه كان هو الحج، و إلا أشكل بما سمعته فيما يأتي من الاستدلال على ما تطابق عليه النص و الفتوى من تقديم الأول فالأول، بما يقتضى عدم الفرق في ذلك بين الواجب و غيره فيبطل المتأخر لعدم متعلق له، فإن كان واجبا ماليا خرج من أصل المال، و إن كان بدنيا بطل، بناء على عدم خروجه إلا من الثلث إذا كان قد أوصى

بإخراجه منه، و احتمال أن ذلك حكم شرعى و إن كان قصد الموصى على خلافه للصحيح على خلافه المزبور المحتمل لكون الوصايا غير مرتبه، و إن المراد منه الترجيح بذلك، بل لعل ظاهر التقسيط فيه الذى هو حكم غير المرتب يقتضى عدم الترتيب فيه فى غايه الصعوبه، ضروره اقتضائه عدم قاعده «تبعيه الاعمال للنيات» و «العقود للقصود» و غيرها من القواعد المحكمه فى سائر المقامات.

و على كل حال يخرج غير الواجب من الثلث و يبدأ بالأول فالأول و كذا لو كان الكل غير واجب، بدأ بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث و تبطل

المتأخره مع فرض عدم إجازته، لأن الوصيه الصادره أولا- نافذه لوقوعها من أهلها فى محلها و هكذا ما بعدها إلى أن تبقى المتأخره بلا موضوع تتعلق به، فتختص بالبطلان.

و ل

خبر حمران (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) «فى رجل أوصى عند موته و قال: أعتقوا فلانا و فلانا حتى ذكر خمس، فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعققتهم، قال: ينظر الذين سماهم و بدأ بعققتهم فيقومون، و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شىء ذكر ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع

ثم الخامس، و ان عجز الثلث كان ذلك فى الذى سمي أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك فلا يجوز له ذلك».

معتصدا و منجبرا بعدم الخلاف المعتد به بين الأصحاب فيه كما أن اشتماله على التعليل يدفع احتمال اختصاصه بما فيه، بل منه يعلم عدم الفرق بين الوصيه العهديه و التمليكيه، ضروره كون الموضوع فيه الأولى، و لعله كذلك سيما بناء على ما تقدم منا سابقا من عدم كون الوصيه من العقود، و إن اعتبر رضا الموصى له فى حصول الملك، لأن كلام منهما سبب فى حصول أثر الإيضاء فكل متقدم يترتب عليه أثره فيختص البطلان بالأخير الذى لم يصادق موضوعا، كما صرح به فى الصحيح المزبور، و منه يعلم كون المدار على ذلك من غير خليه لقصد الموصى، بل قد يعلم خلوه عن قصد الترتيب.

نعم لو صرح اراده الترتيب اتبع، و إن رتب فى اللفظ بأدائه من الفائده و ثم و نحوهما و ربما ذكرنا ظهر وجه الفرق بين الوصيه، و إن كانت عهديه و بين أمر السيد عبده مثلا بإعطاء زيد درهما من مال مخصوص و عمروا كذلك و خالدا أيضا الذى لم يرد منه إلا الامتثال، فلا فرق بين الأول و الأخير فى صدقه، فيقع القول على الجميع، كما فى صورته عدم الترتيب فى المسأله بخلاف الفرض الذى فيه ترتب آثار للسبب و إن لم يتم، إلا بالموت و القبول، بل يستفاد من التعليل كون الحكم كذلك فى الوصيه بالزائد عن الثلث مع الإجازة و قصور المال.

فإنه يبدأ بالأول فالأول، ضروره كون الأخير هى التى لم تصادف محلا فتختص بالبطلان

و على كل حال فالحكم حينئذ لا- اشكال فيه من غير فرق بين العتق و غيره، و لا- بين وقوع الترتيب فى زمان واحد عرفى، و زمانين متباعدين كغدوه و عشيّه.

خلافًا للشيخ و الإسكافى - حيث قدما العتق و إن تأخر

للموثق (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيه، و كان أكثر من الثلث قال: يمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقى»

و غيره مما هو ظاهر فى التنجيز المقدم على الوصيه بلا خلاف و لا اشكال، لا الوصيه التى هى محل البحث - و لابن حمزه حيث جعل الوصيه المتأخره المتباعد زمانها عن الأولى ناسخه لها، و مقتضيه للرجوع عنها.

للضعيف (٢) «إن ابن أخى أوصى بثلاث وصايا، فأيهن آخذ؟ فقال: خذ بأخريهن قلت: فإنها أقل قال: و إن قلت»

و هو مع خلوّه عن تفصيله ضعيف فاقد لشرائط الحجيه فضلا عن أن يصلح معارضا لما عرفت فلا بأس حينئذ بحمله على اراده الوصايا التى بالتضاد و نحوه يعلم عدم قصد الموصى ارادتها جميعها، بل يعلم كون المراد واحده منها و لا ريب حينئذ فى أن الحكم للمتأخره كما هو واضح.

[إذا أوصى لأشخاص على الترتيب]

و على كل حال فمن ذلك ما لو أوصى لشخص بثلاث أولا و لآخر بربع ثانيا و لم تجز الورثه اعطى الأول لمصادفه الوصيه ثلث الموصى فهى ممكنه النفوذ و بطلت الوصيه لمن عداه بعدم اجازته الوارث المتوقفه صحه الوصيه فى الفرض عليها إذ ليس للموصى إلا الثلث الذى قد تعلق به الوصيه الأولى التى لم يعلم رجوعه عنها فيستصحب حكمها و ما وقع من الوصيه بالربع و السدس بعدها أعم من ذلك قطعا، و كذا لو أوصى بنصف و لآخر بخمس و لثالث بربع، أو للأول بجميع المال و لآخر بثلث و لثالث بسدس، فإن الأول، يعطى فى الجميع الثلث و يبطل الزائد مع عدم الإجازة لما عرفت من البدء فى مثل ذلك بالأول فالأول، لكن فيما حضرنى من المسالك فى نسختين ابدال السدس فى المثال الثانى بالنصف، و بذلك يقتضى بقاء سدس للأول لا ثلث.

١- ١ الوسائل - الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٨ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٧ و فيه أن أبى إلى آخره.

و على كل حال فما عن بعضهم- من أن الوصيه بالربع و السدس فى نحو مفروض المتن رجوع عن الأول- واضح الضعف بعد الإحاطه بما قدمناه بل قيل: أنه غير معروف القائل بل عن التحرير و غيره نسبه أصل الحكم إلى علمائنا.

نعم لو أوصى بثلثه الراجع إليه لو احد، و بثلثه كذلك لآخر كان ذلك رجوعا عن الأول إلى الثانى للتضاد فى متعلق الوصيه الذى قد فرض اتحاده و اختلاف الموصى له فليس إلا الرجوع نحو الوصيه بعين مخصوصه لزيد، ثم الوصيه بها نفسها لعمرو و نحوه ما كان بمعناه مما يحصل به التضاد صريحا أو ظاهرا، أما لو قال: ثلث مالى لزيد، ثم قال: ثلث مالى لعمرو لم يكن رجوعا لعدم العلم و الظن بالاتحاد اللهم إلا أن يكون عرف أو قرينه تدل على اراده الثلث الراجع إليه من ذلك، فإنه يكون رجوعا أيضا، كما أنه لو كان عرف أو قرينه تقضى بأن المراد من «ثلثى» لو فرض الاقتصار عليه فى الوصيه ثلث المال، لا الراجع إليه خاصه، لم يكن رجوعا لعدم التضاد حينئذ بل يعطى الأول ثلثه الراجع إليه الذى صادفته الوصيه الأولى، و يتوقف فى الثانى على الإجازة.

لكن المعروف بين الأصحاب أنه بإضافه الثلث إلى نفسه يكون رجوعا، بل عن خلاف الشيخ أن إجماع الفرقه و أخبارهم على الرجوع فى ثلث ماله الذى لا- ريب فى أولويه المفروض منه كما عن التحرير نسبه إلى علمائنا، بل اعترف به أيضا فى جامع المقاصد.

فما عن المهذب و المختلف و الإيضاح- من أنه ليس رجوعا لعدم الصراحه فى إرادته ثلثه الراجع إليه، إذ هو ما دام حيا جميع المال فى قبضته و منسوب إليه، و لعله لذا توقف فيه فى القواعد، بل و محكى التحرير، و ان نسبه الى علمائنا- ضعيف، ضروره كفايه الظهور فى الرجوع كالتصريح، لصلاحيه كل منهما لقطع الاستصحاب و دعوى عدم الظهور أيضا كما ترى ضعيفه، و مع تسليمها فالأمر سهل، ضروره رجوع النزاع إلى مفهوم عرفى يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه.

و قد ظهر لك من ذلك أن موضوع المسأله الأولى التى قلنا يبدأ بالأول فالأول فيها، تعدد الوصايا مع عدم التضاد بينها، و إن امتنع العمل بها جميعها، لقصور الثلث أو المال، بخلاف

الثانية التي قلنا أن الثانية تكون رجوعاً عن الأولى، فإن موضوعها المتضادان اللذان لا يمكن جمعهما في الخارج في حد ذاتهما، لا للقصور كما هو واضح.

من غير فرق بين كون الوصية بمقدار أو عين أو كسر، فإن المدار على ما ذكرنا من الحكم بالرجوع مع التضاد صريحا أو ظاهرا و عدمه مع عدمه.

ولعله هذا أولى مما في السرائر من تنقيح ذلك فإنه بعد أن ذكر أن للموصى الرجوع في وصيته ما دام حيا عاقلا قال متصلا بذلك- وإذا أوصى الإنسان بثلاث ماله لشخص ثم بعد ذلك أوصى بثلاث ماله لغير ذلك الشخص كان الثلث لمن أوصى له أخيرا، وكانت الوصية الأخيرة ناسخة للأولى و رافعه لحكمها، لأن الإنسان لا يستحق من ماله بعد وفاته إلا ثلث ماله، فإذا أوصى به لإنسان ثم أوصى به بعد ذلك لإنسان آخر فقد نقل الثلث الذي يستحقه من الأول إلى الثاني، لأنه يعلم أنه لا يستحق إلا الثلث، فإذا أوصى به بعده فقد رجع عن الوصية الأولى، و للإنسان أن يرجع عن وصيته و يبدلها و يغير أحكامها ما دام حيا ثابت العقل فليلحظ ذلك، فهذا قول أصحابنا، و ما يوجد في الكتب أنه إذا أوصى للإنسان بوصية ثم أوصى بأخرى فإن أمكن العمل بهما جميعا وجب العمل بهما، و إلا كان العمل على الأخيرة، دون الأولى، و أما إذا أوصى بشي ء و لم يذكر الثلث، ثم أوصى بشي ء آخر و لم يذكر الثلث، فإن مذهب أصحابنا أن يبدأ بالأول فالأول، و يكون النقصان إن لم يف الثلث داخلا على من ذكر أخيرا، لأنه لما أوصى للأول ما قال: أوصيت له بثلاثي، و كذلك الثاني و الثالث فظن أن ثلثه- يبلغ مقدار جميع ما ذكره و لم ينقل عن الأول ما أوصى له به و كذلك الثاني، فلو علم أنه قد استوفى ثلث ماله لمن أوصى له به، لم يوص بعده بشي ء آخر، فإذا استوفاه يكون النقصان على من ذكره أخيرا، فهذا الفرق بين المسألتين فلا- يظن ظان أن المسألتين واحده، و أن بينهما تناقضا، و أن مذهب أصحابنا أن الوصية الثانية ناسخة للأولى في جميع المواضع، و لا أن الواجب بالأولى في الجميع، إلى أن قال: و يدل على ما قلناه قول الشيخ في المبسوط، و نقل ما تسمعه عن من عبارته المشتملة على ما تعرف من الغرائب على ما حكاها في المختلف، و أغرب من ذلك ما حكاها هو عنه، و لعل نسخ المبسوط مختلفه، فلا حظ و تأمل.

لكن لا- يخفى عليك أن ما ذكرناه أجود منه، ضروره إمكان وصيته بثلث آخر اعتمادا على إجازة الوارث، فلا يكون علمه بأنه ليس إلا ثلث قرينه على اتحاد الموصى به، لكن من الشخصين بثلث ماله، بل ما ذكره أيضا- من أن الموصى لم يرد إلى الوصيه، بمقدار ثلثه، و إن اشبهه في سعتة- واضح المنع، كما ستعرفه إن شاء الله تعالى.

و على كل حال فلا يتوهم هنا إعمال قاعده الإطلاق و التعميم، و التخصيص في المقام، حتى يتوجه أنه لو أوصى بثلث المال ثم بجميعة أو بالعكس- تخصيص الجميع بما عد الثلث، فيعطى ذو الجميع مع الإجازة الثلثان لو كان متأخرا، أما لو كان هو المتقدم نفذ له الثلث، و توقف الثلث الثانى و الثلث الموصى به للمتأخر على الإجازة، و لو قال: ثلثى لزيد، ثم قال: جميع المال لعمرو، توقف الوصيه الثانيه على الإجاره، و كذا لو عكس، و لا يكون رجوعا عن مقدار الثلث، لأنه بما عرفت يكون المراد من جميع المال ما عدا ثلثه، إلى غير ذلك مما يتفرع على هذا التقدير.

لكن الذى يظهر عدم مراعاته، و لعله لأن المفهوم عرفا فى أمثال المقام عدم التقييد و التخصيص، و أنه كالأخص أو المقيد بعد حضور وقت العمل بالعام و المطلق، أو كالأخبارات التى لا يجوز نحو ذلك فيها بعد الفراغ من التشاغل بها، لأن وقت حاجتها حال وقوعها، أو لأن المراد بها إنشاء تمليك، و مثله لا يجرى فيه الإطلاق و التقييد، أو لغير ذلك، و أما احتمال التزام الأصحاب ذلك كله فيما سمعت و غيره، فإنه ياباه ملاحظه كلماتهم.

و من الغريب بعد ذلك كله ما وقع للكركى فى المثالم من أن الأصل فى الوصيه أن تكون نافذه، فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ بحسب الإمكان، و إنما تكون الثانيه نافذه إذا كان متعلقها الثلث الذى يجوز للمريض الوصيه به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه، حملا للبيع على معناه الحقيقى و حينئذ فيتحقق التضاد فى مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد، و بثلث لعمرو، فيكون الثانى ناسخا للأول، فيقدم و أولى منه ما لو قال: ثلث مالى، ثم فرع عليه: أنه لو أوصى لزيد بثلث، و لعمرو بربع، و لخالد بسدس و انتفت القرائن، أن يكون الوصيه الأخيره رافعه للأول، مع اعترافه لمخالف لما

صرح به جميع الأصحاب، و الحامل له على ذلك ما فهمه من أن إطلاق الوصيه محمول على النافذه.

و أنت قد عرفت مما حققناه سابقا أن الإطلاق فى الوصيه و غيرها من العقود إنما يقتضى إرادته معنى ما تعلق به العقد لكن إذا صادف ذلك ما يمكن نفوذه فيه نفذ، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و إن لم يصادق ذلك كان عقدا موصوفا بالصحة القابله للنفوذ و عدمه بسبب رفع المانع، أو تحقق الشرط الشرعى و عدمهما، ففى البيع إذا علقه على النصف من غير تعرض لكون المستحق له، أو المشاع بينه و بين شريكه اقتضى نقل النصف فى نفسه، و له محل ينفذ فيه، باعتبار استحقاق العاقد المخاطب بالوفاء بعقده نصفا، فينفذ و ينزل عليه تنزيلا شرعيا لا قصديا، بمعنى كون العاقد قد قصد ذلك و كذا ما نحن فيه، فإن الموصى إذا أوصى لزيد بثلث لم يقصد إلا تمليك الثلث فى نفسه، إلا أنه لما كان يمكن تنفيذه باعتبار استحقاق الموصى ثلثا، نفذت الوصيه به، فإذا أوصى بعد ذلك بثلث أيضا لم يصادف ذلك محلا ينفذ فيه، لسبق السبب الأول، و إنما صادف محلا ينفذ فيه مع الإجازة، فيتعلق حينئذ كذلك، على حسب ما صادف كما هو واضح، و لا يسمى مثله باطلا، بل هو صحيح خصوصا بعد بناء الأصحاب فى المقام من كون الإجازة تنفيذا، لا ابتداء عطيه، كما عرفت، فتصرف الموصى حينئذ يقع فى ماله، إلا أنه كان متوقفا على إجازة الوارث، و بها يتم تصرفه فى ماله، لا أنه يكون التصرف من الوارث، فلا دلالة فى الوصيه الثانيه على الرجوع عن الأولى لعدم التضاد بينهما بخلاف ما لو علقها بما علق الأولى، فإنه يحصل التضاد فليس إلا الفسخ و الرجوع و يكون الثانى كالوارد على الأول فينسخه، ضروره كونه حينئذ كالدليل الوارد على الأصل، إذ لا معارض للثانيه إلا استصحاب صحه الأولى المعارض بما وقع من نفس الوصيه الثانيه، و من هنا حكمنا بنسخ الأولى للثانيه، دون العكس، و كذا لو قال ثلث لزيد ثم قال ثلثى لعمرو، فإنه رجوع بخلاف العكس.

و بما ذكرنا يظهر لك الحال فيما ذكره جمله من الأصحاب فى المقام، فإنه كما فى المسالك قد اختلفا اختلافا كثيرا حتى من الرجل الواحد فى الكتب المتعدده بل الكتاب الواحد، بل فيها

أنه اتفق لشيخ الطائفة غرائب في المسألة حيث قال في الخلاف: «إذا أوصى بثلث ماله للإنسان، ثم أوصى بثلث ماله لغيره و لم يجز الورثة كانت الوصية الثانية رافعة للأولى، و ناسخه لها، ثم استدل عليه بإجماع الفرقه و أخبارهم، و بأنه لو قال: العبد الذى أوصيت به لفلان، قد أوصيت به لفلان، فإنه يكون رجوعاً عن الأولى، فكذا إذا أطلق، و ادعى عدم الفرق بين المقيد و المطلق، ثم قال فيه أيضاً لو أوصى لشخص بماله، و لآخر بثلثه، و أجازوا بطل الأخير، و لو بدئ بالثلث و أجازوا أعطى الأول الثلث و الأخير الثلثين» و هذا ظاهر المنافاه للسابق الذى ادعى عليه الإجماع، لأن الثلث فى المسألة الثانية مضاف إليه، فهو أقوى فى إرادته ثلثه الخاص به، من ثلث ماله فى السابق الذى جعله رجوعاً، و كون السابق فى الثانية جميع ماله، لا يؤثر فى دفع المنافاه، لأن جميع ماله متضمن للثلث الذى أوصى به ثانياً، و ما احتج من الأخبار لم نقف عليه أصلاً، إلا من حيث عموم ما دل منها على جواز الرجوع عن الوصية، و ذلك لا يفيد، لمنع تناوله للمتنزع، و أما عدم فرقته بين المطلق و المقيد فغنى عن الجواب.

قلت: و مضافاً إلى ذلك أنه إذا حمل المطلق على إرادته ثلثه، لم يتجه اشتراط عدم اجازته الوارث فى الفسخ و الرجوع، ضروره عدم مدخلية ذلك فيه و المتجه فيما ذكره من المثال الثانى بناء على المختار الرجوع فى مقدار ثلثه، للتضاد فيه، فمع الإجازة يعطى ذو الوصية بجميع المال الثلثين، و يختص الآخر بثلث الميت، من غير حاجه إلى إجازته، و مع عدمها يختص البطلان بالوصية الأولى التى قد رجع عن الوصية بثلثه فيها، و أما صورته العكس فالمتجه فيها مع الإجازة اختصاص الثانى بالمال كله، لأنها مضاده للأولى فى ثلث الميت، فتكون رجوعاً، فتتوقف فى الباقي على الإجازة، و مع عدمها يختص بالثلث، و تبطل فى الثلثين.

و على كل حال تبطل الأولى، و كأنه رحمه الله قد استعمل هنا قاعده الإطلاق و التقييد التى قد عرفت الحال فيها، فقال فى المحكى من مبسوطه، بعد أن ذكر ما سمعته من الخلاف:

رجل أوصى بثلث ماله لأجنبى و بثلث ماله للوارث، قد بينا مذهبنا فيه، و هو أن يمضى الأول، فإن اشتبه استعمل القرعه فجزم فى هذه بتقديم الأولى ناسباً له إلى مذهبنا، ثم قال بعد ذلك: إذا أوصى رجل لرجل بثلث ماله، ثم أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيتان بثلثى

ماله، و كذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل، ثم أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه، فهما وصيتان و تكون الثانية رجوعاً عن الأولى، و منهم قال: لا يكون رجوعاً فمن قال: أنه ليس برجوع لها إن أجاز الورثة يكون لكل واحد منهما ثلث ماله، و كذا يقول من قال هو رجوع، و لو رد أحدهما فعلى ما قلناه من أن الثاني رجوع عن الأولى ينظر فإن رجع الأول فلا تأثير لرجوعه، لأن الوصية له قد بطلت بالوصية للثاني، فإن رجع الثاني و لم يقبلها رجع المال للورثة، لأن الوصية للأول كان قد بطلت بالوصية للثاني، و هذا ظاهر التنافي، إذ لا فرق بينهما إلا بالوارث و الأجنبي اللذين لا مدخلية لهما في ذلك عندنا، خلافاً للعامه، مضافاً إلى ما سمعته من الخلاف من الإجماع على النسخ في نحو الفرض الذي قد جزم فيه بتقديم الأولى، و إلى ما في قوله فهاتان وصيتان بثلثي ماله من الإشكال، ضروره كونه على تقدير الرجوع ليس إلا وصيه بثلث واحد، كالعبد الذي فرضه مثلاً، بل و إلى ما في قوله بعد ذلك «و كذا يقول من قال هو رجوع» من الإشكال أيضاً، ضروره أن القائل بالرجوع يقول ليس إلا الثلث للثاني، كما هو واضح.

و قد حكاها فيما حضرنا من السرائر عن المبسوط بطريق آخر أشكل من ذلك، و لعله نسخ المبسوط مختلفه فلا حظ و تأمل، و الضابط في المسألة ما عرفت، و بمراعاته تعرف كثيراً من نحو ذلك في كلامهم، و الظاهر عدم الفرق في تحقق الرجوع بالتضاد بين كون متعلق الوصية ثلث الميت، و كون متعلقها ثلثي الوارث و فائده الرجوع فيهما عدم الصحه المنسوخه حتى لو أجاز الوارث، لبطلانها بالرجوع، فلا تنفع الإجازة.

و لا يتوهم أن تعدد الوصايا فيهما لتعدد العقد من الفضولي الذي يخير المالك في إجاره ما شاء من العقدين، أو العقود، ضروره وضوح الفرق بين المقامين بما عرفت من أن الإجازة هنا تنفيذ لا هبه بمعنى رضى الوارث أن لا يكون وارثاً، فيكون التصرف من الموصى، بخلاف الفضولي في البيع مثلاً كما هو واضح بأدنى تأمل.

و على كل حال ف لو اشتبه الأول الذي يستحق الوصيه، أو رجع عنه استخرج بالقرعه التي هي لكل أمر مشكل، باعتبار عدم اندراجها في قاعده من قواعد الشرع، فيكتب حينئذ اسم أحدهما و أنه السابق، أو المتأخر في رقعته، و في أخرى

كذلك ثم يخفيان ثم يخرج أحدهما، و يعمل عليها، و هكذا مع التعدد كما أنه يرجع إليها أيضا لو اشتبه الحال في وجود الأول و عدمه، ثم على تقديره ففي تعيينه، و إن كان كفيته حيثئذ باستخراج وجود أول و عدمه أولا فإن خرج أن فيها أول، استعملت في إخراجها حيثئذ بالكيفية السابقة.

و لو أوصى بوصايا تزيد على الثلث، فلم يجز الوارث شيئا معينا منها، و لكن لم يعلم أنها على الترتيب على الوجه يكون المعين الذي لم يجره الوارث هو الزائد على الثلث أو كانت الوصايا دفعه، أقرع أولا لبيان أنها دفعه أو مرتبه، فإن كان الأول، أقرع أيضا لإخراج ما يختص بعدم الإجازة منها، فإن الظاهر عدم الخيار للوارث في ذلك لأن أفضى ماله عدم إجازة الزائد، و أما تعيينه بعد فرض تعلق حق الوصية في الجميع فبالقرع، و إن كان الثاني، جعل جميع المحتملات سهاما متعددة، و استخراج أحدها و عمل عليه، و بالتأمل في نحو ذلك يظهر لك الحال في فروع متعددة، و الله العالم.

و لو أوصى بعق مماليكه، دخل في ذلك من يملكه منفردا، و من يملك بعضه بناء على صدق اسم المملوك على الكل و البعض، و إن كان لا- يخلو من شىء في عرف هذا العصر، و عموميه الجمع المضاف، إنما هي فيما يصدق عليه مفردة، لكن ليس محل البحث هنا من هذه الجهة، إذ يمكن بحيث يتناول ذلك و لو بالقرينه.

إنما الكلام في أنه إذا فعل ذلك أعتق نصيبه حسب كما هو المعروف بين الأصحاب بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، لأصاله عدم السرايه، و لأن العتق إنما حصل بعد الموت، و لا مال بعده للموصى كي يقوم عليه، أ و كما قيل: و القائل الشيخ في نهايته و تبعه الفاضل في المحكى من مختلفه يقوم عليه حصه شريكه، ان احتمال. ثلثه ذلك، و إلا أعتق منهم ما يحتمله الثلث خاصه و به روايه فيها ضعف كما في المسالك، لكن في الفقيه روايته عن البنزطى عن أحمد ابن زياد المزبور، و هو من أصحاب الإجماع، بل قيل: أنه لا يروى إلا عن ثقته (١).

١- ١ الوسائل- الباب- ٧٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢ الفقيه ج ٤ ص ١٥٨ و فيه فكتب عليه السلام بدل فقال.

قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الرجل تحضره الوفاة، و له مماليك لخاصه نفسه و له مماليك فى شركه آخر فيوصى فى وصيته مماليكى أحرار، ما حال مماليكه الذين فى الشركه؟

فقال يقومون إن كان ماله يحتمل ثم هو أحرار»

إلا- أنه- مع عدم جمعه شرائط الحجيه ما خلا- مماليكى الذين فى الشركه، و حينئذ يخرج عما نحن فيه، و يراد بالتقويم منه بالنسبه إلى الثلث- محتمل أو ظاهر فى التنجيز الذى يطلق على نحوه أنه وصيه، إذا كان فى مرض الموت و حينئذ سرايه العتق مع احتمال الثلث متجهه، لحصول الشرط، أو يحمل على الوصيه، لكن يفرض أن الميت له مال بقطع رأسه بعد موته، فإن لديه له دون الوارث، أو أنه قد أوصى بثله على وجه يكون له، فإنه يصح، و يصرف فى مصالحه فإنه قد يقال بالسرايه حينئذ، باعتبار كون الميت له مال فيحصل الشرط، بخلاف ما إذا لم يوص، فإنه لا تلت له حينئذ، فلا يكون له مال، فلم يوجد سبب السرايه.

و دعوى كون الوصيه التى هى سبب السبب قد وقعت فى حال الحياه و له مال يدفعها أن السبب العتق لا الوصيه، و الفرض وقوعه فى حال لا مال له فيه فلا يترتب عليه مسببه الذى هو السرايه، ضروره تخلف المسبب عن السبب إذا لم يحصل الشرط كما هو واضح.

و لو أوصى بشىء واحد لاثنين على وجه لا ترتيب بينهما، بأن كان بلفظ واحد مثلا، كما لو قال: لزيد و عمرو مائه، أو قال: لزيد و عمرو الدار الفلانيه، لكل واحد نصفها، بل و كذا لو قال: لهما الدار لزيد البيت الفلانى منها، و الباقي لعمرو، لأن تفصيله وقع بيانا لما أجمله أولا، و قد أوصى به دفعه.

نعم لو اقتصر على التفصيل كان وصيتين.

و على كل حال فإذا أوصى لهما بوصيه واحده على التخصيص أو الإشاعه و هو أى الموصى به يزيد عن الثلث و لم يجز الورثه كان لهما ما يحتمله الثلث و يبطل الباقي، لأنها وصيه واحده و أما لو جعل لكل واحد منهما شيئا مرتبا فى وصيته لكل واحد منهما بوصيه مستقله، كما لو قال: لزيد مائه، و لعمرو خمسون بدو بعطيه الأول و كان النقص على الثانى منهما بلا إشكال فى شىء من ذلك، و لا خلاف، ضروره

كونها فى الثانى وصيتين متعاقبتين، و قد عرفت سابقا حكم الوصايا المتعدده المتعاقبه و لو أوصى بنصف ماله مثلا، فأجاز الورثه، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضى عليهم بما ظنوه، و أحلفوا على الزائد فلو قالوا ظننا أنه ألف درهم فظهر ألف دينار قضى عليهم بصحة الإجازة فى خمسائه درهم، و أحلفوا على نفى ظن الزيادة، أو عدم إجازتها، لموافقه دعواهم لأصل عدم الإجازة، و لأصل عدم العلم بالزائد، المستند إلى أصل عدم الزيادة مضافا إلى أن المال مما يخفى، و إلى أن دعويهم يمكن أن تكون صادقه، و لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبلهم، لأن الظن من الأمور النفسانيه، فلو لم يكتف باليمين لزم الضرر، لتعذر إقامه البيئه على دعواهم.

و هذا الحكم و إن ذكره غير واحد من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافا صريحا، و إن قال المصنف هنا فيه تردد لكنه محتاج إلى تفصيل، ضروره كون الظن المزبور تاره يكون، من المقارنات، بحيث لا يكون مقيدا للإجازة، و أخرى يكون كذلك بأن يرجع إلى إجازة ما ظنوه أنه نصف ماله.

أما الأول فلا- ريب فى تأثير الإجازة فيما تعلق به، سواء كان المجيز ظانا لمصداق خاص أو قاطعا به، أو مجردا عن ذلك، ضروره عدم مدخلية الحال المزبور فى ذلك.

و أما الثانى فلا ريب فى تقييد الإجازة باللفظ الذى له معنى فى الواقع، إنما الكلام فى قبول دعوى ذلك منهم بعد فرض تعلق ما صدر منهم من الإجازة باللفظ الذى له معنى فى الواقع، و يجب الأخذ به فى الإقرارات، و الندور، و الوصايا، و العقود، و غيرها، و الأصل عدم ظنه قله المال، و عدم ظن كثرته، و لو سلم فالأصل عدم تقييد الإجازة بذلك، و مجرد وجود الظن أعم من ذلك كما عرفت، فقبول الدعوى فى أصل الظن و فى تقييد الإجازة بالمظنون مع ظهور ما أفادها فى خلافه للضوابط الشرعيه، كما هو واضح.

و لعل تردد المصنف فيه من ذلك، و إليه أو بعضه يرجع ما وجهه به فى المسالك فإنه جعله مما سمعته أولا، و من تناول اللفظ للقليل و الكثير، و الاقدام على ذلك مع كون المال مما يخفى، فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقن الدلاله على معنى يعم الجميع، إلى دعوى ظن يجوز كذبه و لكن مع ذلك قال «الأقوى القبول».

و كيف كان فحيث تنزل الإجازة على المظنون و لو للقرائن يدفع للموصى له نصف ما ظنوه و ثلث باقى التركة، لنفوذ الوصية فى ثلثه، و عدم الإجازة إنما أبطل الوصية فى الزائد عليه، بالنسبة إليه خاصة بخلاف ما ظنوه، فإن الوصية نفذت فى ثلثه، و الزائد عليه للإجازة كما هو واضح.

هذا كله إذا أوصى بجزء مشاع أما لو أوصى بعدد أو دار فأجازوا الوصية ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث، أو أزيد بيسير، لم يلتفت إلى دعواهم لأن الإجازة هنا تضمنت معلوما لا مجهولا كالنصف و الثلث فلا تسمع دعواهم التى هى مخالفة للبناء على أصل قلة المال، و عدم كثرته، فهى كأنها مخالفة للأصل، و بذلك فرقوا بين المسألتين.

لكن مال فى الدروس إلى التسوية بينهما فى القبول و جعله فى محكى التحرير و جها و فى القواعد احتمالا، و وجهه أن الإجازة و إن وقعت على معلوم، إلا أن كونه بمقدار الثلث أو ما قاربه مما يتسامح فيه، إنما يعلم بعد العلم بمقدار التركة، و الأصل عدم علمهم بمقدارها، و بناؤهم على الظن فكما احتمل ظنهم قلة النصف فى نفسه يحتمل ظنهم قلة المعين بالإضافة إلى المجموع، و إن لم يكن قليلا- فى نفسه، و مخالفه الأصل هنا، بظنهم كثره المال مع أن الأصل عدمه، لا- يؤثر فى دفع الظن عنه، و اعتقاد كثرته، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة، و لكن ظهر عليه دين قدم على الوصية، فقل المال الفاضل عنهما، و هذا موافق للأصل كأول، و أيضا عمده المقتضى للقبول فى الأول، إمكان صدقهم فى الدعوى، و تعذر إقامه البينة بما يعتقدونه، و هو متحقق هنا، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة، و ذلك يقتضى جهالة القدر المعين من التركة كالمشاع، و من ذلك قال فى المسالك «لعل القبول أوجه» لكنك خير بعد الإحاطة بما ذكرناه فى السابقة أن عدم القبول هنا أوجه و أولى، بل لو سلم لهم ظن ذلك لم تنقيد به الإجازة، و هو واضح، و الله العالم.

و إذا أوصى بثلث ماله مشاعا كان للموصى له من كل شىء ثلثه على حسب ما أوصى به الموصى، فىكون شريكا للوارث بالمقدار المعلوم و إن أوصى بشىء معين و كان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت و القبول لما عرفته سابقا من أن له حصر ثلثه فى عين

معينه، لعموم أدله الوصيه السالم عن المعارض و حيثذ ف لا اعتراض فيه للورثه و لا حاجه إلى إجازتهم ذلك.

نعم لو كان له مال غائب أخذ له من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر إن كانت قابله للقسمه، و إلا ملك المقدار المزبور من غير اعتراض لوارث عليه.

و على كل حال يقف الباقي حتى يحصل من المال الغائب ما يحتمله لأن الغائب معرض للتلف فلو دفع جميع العين للموصى له، ثم تلف المال دخل الضرر على الوارث، بخلاف ما قابل المال الحاضر، فإنه لا ضرر عليه أصلاً، و من هنا يتجه جواز التصرف للموصى له فيما أخذه من العين في مقابله ثلث المال الحاضر، لعموم (١) «تسلط الناس على أموالهم» و لا ضرر على الوارث، و إن اختلف تصرفه في ذلك بالنسبه إلى ما انتقل إليه من العين من حيث الإشاعه و عدمها، فإنه يتصرف على حسب المال المنتقل إليه.

و احتمال أن تسلطه على ذلك مشروط بتسلط الوارث على ما قابل الباقي من المال الغائب لا دليل عليه، فما وقع من الإشكال فيه من بعضهم في غير محله، و لقد أجاد في المسالك في رده «بأن مجرد الاحتمال لا يقوم دليلاً على منع المالك المستقر ملكه على الثلث، مع كون الباقي غير خارج عن ملكه، بل استقر ملكه له موقوف على حصول الغائب و إلا- فأصل الملك حاصل بالوصيه و القبول، و الخروج عن الثلث في الجملة، و من ثم لو حفر الغائب كما نماء العين أجمع للموصى له، و مراعاة حق الوارث باحتمال تلف المال تحصل بإيقاف ما زاد على الثلث إلى أن يظهر الحال» قلت: بل إن لم يتم إجماع أمكن أن يقال: للموصى له التصرف في تمام العين الموصى بها مجرد سعه ثلث المال لها، و إن كان غائباً، لإطلاق أدله الوصيه، و إن كان للوارث الرجوع عليه لو تلف المال قبل قبضه فإنه ينكشف حيثذ عدم ملك الموصى له تمامها، أو يفسخ ملكه به، و لعله المتجه بناء على ما سمعته من المسالك ذلك، لأن عدم الاستقرار لا ينافى تصرف المالك في ملكه للعمومات.

لكن لما كان مرجع ذلك إلى الحكم بملكه الموصى له إلى أن يحصل التلف، لإطلاق أدله الوصيه، فيكون هو كالمانع عن بقاء الملك ليحصل الفسخ به، المعارض باحتمال أن المال على ملك الوارث إلى أن يحصل ما يقابل الموصى به، لعدم ملك الموصى غير الثلث المشاع مع الوارث، فلا- يملك الموصى له العين إلا مع حصول ضعفه من ثلثه للوارث، و لعله لعدم ظهور الأدله فى شىء من ذلك حكم المصنف و غيره بالإيقاف فى يد مؤتمن إلى أن يظهر الحال، كما يوقف نصيب الحمل و المال الذى باعه مالكة لآخر فضولا إلى حصول الولاده و الإجازة، و لأن أصله عدم التلف معارض بأصله عدم القبض و الله العالم.

[فرع لو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقا انصرف الوصيه إلى الثلث الباقي]

فرع لو أوصى بثلاث عبده المملوك له فى ظاهر الحال فخرج ثلثاه مستحقا، انصرف الوصيه إلى الثلث الباقي، تحصيلاً لإمكان العمل بالوصيه الذى يجب مراعاته ما دام ممكناً، و لا ينزل ذلك على الإشاعه حتى يصح ففى ثلث الثلث خاصه كالإقرار كما عن بعض العامه لما عرفته سابقاً من أن الوصيه متى صادفت محلاً قابلاً للنفوذ نفذت و هو فى الفرض متحقق، و كذا البيع على الأصح و جواز الفضولى فيه أو فيها، أيضاً لا ينافى ذلك، فما هى المسالك من بناء هذه المسأله على ذلك فى غير محله فحينئذ إن وسع المال أعطى الموصى له تمام الثلث، و إن لم يكن له سواه نفذت الوصيه فى ثلث الثلث أو وقف فى الباقي على الإجازة كما هو واضح.

و لو أوصى بما يقع اسمه على المحلل و المحرم للاشتراك لفظاً أو معنى انصرف إلى المحلل، تحصيلنا لقصد المسلم عن المحرم و لكلامه عن اللغو أو المنهى عنه شرعاً، و لوجوب تنفيذ الوصيه فلذلك وجب صرفه إلى المحلل، و ذلك كما أوصى بطبل من طبوله كان منها المحلل و المحرك بل أو يعود من عيدانه بناء على عدم انصرافه إلى اللغو، و إلا بطلت الوصيه فيه، كما فى كل لفظ ظاهر فى المحرم، و لو للقرينه، لأن أصله الصحه لا تعارض ظاهر اللفظ، و إنما أقصاها تعيين ما لا يظهر فيه من الألفاظ بخلافها، و إلا كان مقدماً عليها، لعموم ما دل على العمل بظاهره، و ترتيب الأحكام عليه، كما هو مبين فى

محلله.

و لو لم يكن له عود إلا- عود اللهو و أمكن تحويله إلى الصفة المحلله مع بقاء اسم العود عليه قيل: تبطل الوصيه، لأنها بغير المشروع و قيل تصح و يزال عنه الصفة المحرمه و هو الأقوى، لإطلاق أدله الوصيه، و كونه على صفة محرمه لا يخرجها عن الملكيه، و الفرض عدم الوصيه به مقيدا ببقائه على تلك الصفة، كى يكون الوصيه به من غير المشروع.

نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود، اتجه البطلان حينئذ، لعدم التمكن من إنفاذها على وجهها، إذ شراء عود له ذى صفة محلله خروج عنها، و الفرض عدم غيره عنده، و أن إزاله الصفة المحرمه متوقعه على إخراج اسمه القاضى ببطلان الوصيه به.

و دعوى أنه إذا انتقل إلى الموصى له، فله أن يفعل به ما شاء، و من جملة كسره بل هو واجب حيث يتوقف زوال الصفة المحرمه عليه، فلا يقدر ذلك فى جواز الوصيه يدفعها أن صحتها موقوفه على كسره فيدور، و لو قيل: إنه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ليندفع الدور، جاء فيه ما تقدم من زوال اسم العود الذى هو متعلق الوصيه، فلا يكون كسره موصى به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال.

و إلى ما ذكرنا يرجع قول المصنف أم لو لم يكن فيه منفعه إلا- المنفعه المحرمه بطلت الوصيه و إن قال فى المسالك: إطلاق العبارة يقتضى أن زوال الصفة المحرمه مع بقاء المنفعه لو تحقق بكسره الانتفاع بخشبه فى بعض المنافع المحلله كفى فى الصحه على هذا القول، ثم أشكله بما عرفت.

لكن قد يقال: إن مراد القائل الإزاله التى لا تخرجه عن اسم الموصى به، و الأمر سهل و الله العالم.

و تصح الوصيه بالكلاب المملوكه ككلب الصيد، و الماشيه، و الحائط، و الزرع و بالجرو القابل للتعليم، لما عرفت مفصلا فى كتاب البيع، بل لعل الأقوى جواز

الوصيه بها، و إن لم ينقل بملكها، و جواز بيعها لثبوت الاختصاص الكافى فى صحه الوصيه بها.

نعم لا تصح الوصيه بالكلب الذى لا يجوز اقتناؤه، لعدم ثبوت يد اختصاص عليه، بخلاف ما تثبت يد الاختصاص فيه، بل يقوى جواز الوصيه به و إن لم يكن فى التركه لوجوب تنزيلها على تحصيله بمعاوضه الصلح مع التركه و نحوه، و تعذر البيع خاصه لا يبطلها، فما فى المسالك من أن الأقوى البطلان واضح الضعف و الله العالم.

[الطرف الثانى فى الوصيه المبهمه]

اشاره

الطرف الثانى: فى الوصيه المبهمه لغه و عرفا من أوصى بجزء من ماله فففيه روايتان أشهرهما روايه العشر و فتوى السبع و فى روايه ثالثه لم نجد العامل بها سبع الثلث و لعل الأقوى الأول.

ل

قول أبى جعفر (عليه السلام) فى حسن أبان بن تغلب (١) «الجزء واحد من عشره، لأن الجبال عشره و الطيور أربعه».

و صحيح عبد الله بن سنان (٢) على ما فى الإستبصار و المختلف و الدروس «أن امرأه أوصت إلى و قالت: ثلثى تقضى منه دينى، و جزء منه لفلانہ فسألته عن ذلك ابن أبى ليلى؟ فقال: ما أرى لها شيئاً ما أدرى ما الجزء فسألته عنه أبا عبد الله (عليه السلام) بعد ذلك، و خبرته كيف قالت المرأه و ما قال ابن أبى ليلى، فقال: كذب ابن أبى ليلى، لها عشر الثلث، إن الله عز و جل أمر إبراهيم (عليه السلام) فقال «اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا» و كانت الجبال يومئذ عشره، فالجزء هو العشر من الشئ».

و رواه فى التهذيب عن عبد الله سنان عن عبد الرحمن بن سيباه، و حينئذ لا تكون الروايه صحيحه كما أظن به فى المسالك، لأن ابن سيباه مجهول، و فيه منع اتحاد الروايه، إذ يمكن

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢ و ٣ و ٨ و ٩.

روايه ابن سنان تاره بواسطه، و أخرى بدونها، على أن ابن سيابه يمكن استفاده عدالته من توكيل الصادق (عليه السلام) إياه قسمه الألف دينار عيال من قتل مع عمه زيد و غير ذلك.

و

خبر معاويه بن عمار(١) «و سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بجزء من ماله؟ قال: جزء من عشره، قال الله عز و جل «ثُمَّ اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُمْ جُزْءًا»

إلى آخره.

و

خبر عبد الصمد بن بشير(٢) المروى عن تفسير العياشى عن جعفر بن محمد (عليه السلام) فى حديث أنه سئل عن رجل أوصى بجزء ماله؟ فقال: هذا فى كتاب الله، إن الله يقول اجعل

إلى آخره.

و مرسل أبى جعفر بن سليمان(٣) المروى فيه أيضا فى حديث «إن رجلا مات و أوصى إليه بمائه ألف درهم أمره أن يعطى أبا حنيفه منها جزء فسأل عنها جعفر بن محمد (عليه السلام) و أبو حنيفه حاضر فقال له جعفر بن محمد (عليه السلام) ما تقول فيها يا أبا حنيفه؟ فقال: الربع، فقال:

لابن أبى ليلى فقال: الربع، فقال، جعفر بن محمد (عليه السلام) من أين قلت: الربع فقالوا:

لقول الله تعالى فَخُذْ أَرْبَعَةً مِنَ الطَّيْرِ إِلَى آخِرِهِ فقال أبو عبد الله (عليه السلام) من هذا قد علمت الطير أربعه، فكم كانت الجبال إنما الأجزاء للجبال ليس للطير. قالوا ظننا أنها أربعه، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): لا و لكن الجبال عشره»

إلى غير ذلك من النصوص المرويه فى الكتب الأربعة و غيرها المشتمله على ما هو كالمعجز عن الاستدلال الذى مرجعه أنه لما أوصى بالجزء و قد علم عدم إرادته الموصى العمل بمطلق مسماه الذى يرجع إلى السفه فى الوصيه به، كما أنه لأحد معلوم فى العرف لأقل ما يصدق به فى امثال الوصيه فكشفه (عليه السلام) كما كشف أقل مسمى الركوع، و أقل المسافه و غير ذلك، أو أنه حدده بذلك حكما منه عليه السلام كما هو الأقوى، ضروره صدق الجزء على الأقل من ذلك عرفا، بخلاف الركوع و نحوه، فليس حينئذ إلا التحديد منه، و لو بقطع النزاع.

و لعل اخباره لذلك دون غيره باعتبار إطلاق لفظ الجزء على العشر فى كتاب الله، و ليس

- ١-١ الوسائل - الباب - ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.
- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٧.
- ٣-٣ المصدر نفسه الحديث - ٨.

فيه ولا- في السنه استعمال مطلقه في أقل من ذلك، فلا- ينافيه حينئذ استعماله في الأكثر، ضروره كون المراد التحديد بأقل مصداق استعمال فيه مطلقه، فيجزى فيه حينئذ كما يجزى الأكثر منه، و حينئذ فاستعماله في السبع في قوله تعالى (١) «لَهَا سَبْعَةٌ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمُ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ» لا يقتضى التحديد به، لكون العشر أقل منه، و من ذلك ترجح هذه النصوص التي تضمنت التحديد به.

ل

صحيح البنزطى (٢) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال الجزء من سبعة، إن الله يقول: لها سبعة أبواب»

إلى آخره.

و

خبر إسماعيل بن همام الكندى (٣) عن الرضا (عليه السلام) «في رجل أوصى بجزء من ماله فقال الجزء من سبعة، إن الله يقول: لها»

إلى آخره.

و

المرسل في المحكى عن إرشاد المفيد (٤) عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «في رجل أوصى

بجزء من ماله و لم يعينه، فاختلف الوارث بعده في ذلك، ففضى عليهم بإخراج السبع من ماله، و تلى قوله: لها»

إلى آخره مضافا إلى قصورها عنها عددا، بل و دلالة.

فمن هنا حملها الشيخ على استحباب إعطاء السبع للوارث، و لا بأس به بعد رجحان الأولى عليها، لما عرفت، و باتفاقها جميعا على عشر المال بخلاف روايات السبع فإن ما سمعته منها يدل على سبع الأصل.

و

خبر الحسين بن خالد (٥) يدل على سبع الثلث قال «سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله قال: سبع ثلثه»

و يمكن حمله على معلوميه إرادته السائل ثلثه من ماله، لا جميع المال.

و على كل حال فالقول بالعشر هو الأقوى، و قد عرفت أنه تحديد شرعى لما لم يقصد الموصى خلافه، أما لو علم قصده، اتبع لو علم منه إرادته المطلق الشامل للعشر و غيره، الذى هو بمنزله

١-١ سورة الحجر الآيه ٤٤.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٣.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٢.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٦.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٥٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٣.

التصريح بذلك، بل التحديد لمن أوصى بالجزء و علم منه عدم إرادته مطلق مسماه، و عدم ما ينافى التحديد بالعشر، و الظاهر اختصاص هذا

التحديد بالوصيه، و لا- يسرى منها إلى غيرها، و إن كان قد يتوهم من النصوص السابقة المشتمله على الاستدلال التقريبي لا التحقيقى، بل لو أوصى بجزء الجزء احتمال عدم التعدي، و الرجوع إلى مطلق المسمى، و مع فرض العلم بعدم إرادته يقتصر على ما علم إرادته، و تمثيل بغيره، أو ينحصر الامتثال بمظنون الإرادته، و يحتمل التعدي، فيحمل حينئذ على عشر العشر عندنا، أو على سبع السبع على القول الآخر.

و كيف كان فمن الغريب ما عن الصدوق من الجمع بين النصوص بأنه قد جرت العاده فى السابق لأصحاب الأموال بتجزيه المال تاره عشره، و أخرى سبعة فيصرف الجزء حينئذ على حسمه وقع من التجزيه، و قال أيضا: إن حمل الجزء على العشر و السبع إنما يصح إذا كانت الوصيه من العارف باللغه دون غيره من جمهور الناس، فإنه لا تصح الوصيه منه بذلك، حتى يبينه.

و هو كما ترى فيه نظر من وجوه تظهر بأدنى، تأمل مما قدمناه، و ما ذكره من العاده لم نعرف أحدا غيره حكاها، كما أن من الواضح كون محل البحث حال عدم القرينه لا معها، و لا وجه للبطلان مع عدمها و قطع النظر عن النصوص بل يرجع إلى مسماه أو إلى أقل ما يصدق عليه مما يتمول، بعد العلم بانتفاء إرادته مطلق المسمى كغيره من الألفاظ و الله العالم.

و لو كان أوصى بسهم كان ثمنا عند الأكثر، بل المشهور، بل ظاهر إيضاح النافع الإجماع عليه، كما عن السرائر أنه المعمول عليه.

ل

صحيح البيهقي (١) «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى بسهم من ماله فقال:

السهم واحد من ثمانيه، ثم قرأ: انما الصدقات»

و كذا حسن صفوان (٢) عن الرضا (عليه السلام) و موثق السكوني (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام)

و عن إرشاد المفيد نسبه ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) «فى رجل أوصى عند موته بسهم، و لم يبينه فاختلف الورثه فى معناه،

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٥٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٥٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٧.

فقضى عليهم بذلك و تلى الآية»

و حينئذ فما

فى خبر طلحه بن يزيد(١) عن أبى عبد الله عن أبيه (عليه السلام) قال: «من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشره»

من الشواذ التى لا تعارض ما سمعت، و ربما حمل على وهم الراوى أو ظنه أن الجزء و السهم واحد، فرواه فيه و كذا

ما أرسله الصدوق (٢) من أن السهم واحد من ستة، ثم قال: «متى أوصى بسهم من سهام الموارث ٢٤٨٢٠ كان واحدا من ستة، و

متى أوصى بسهم من سهام الزكاه كان واحدا من ثمانية، و تمضى الوصيه على ما يظهر من مراد الموصى.»

و فيه أن محل البحث إذا لم يظهر، و حمله على السدس حينئذ- كما عن الصدوقين و الشيخ و ابن زهره، للمرسل المزبور، و

ما عن ابن مسعود(٣) من «أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال، فأعطاه النبى (صلى الله عليه و آله) السدس،»

و ما قيل أن السهم فى لغة العرب السدس، و إجماعى الخلاف و الغنيه- كما ترى خصوصا دعوى الإجماع التى هى مظنه

العكس كما هو واضح.

(١) نعم لو كان قد أوصى بشىء كان سدسا بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل الظاهر أنه اتفاقى، كما فى المسالك، بل ظاهر

التذكرة و إيضاح النافع الإجماع عليه، بل عن خلاف و الغنيه دعواه صريحا ل

خبر أبان (٤) عن على بن الحسين (عليه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصى بشىء من ماله فقال: الشىء فى كتاب على (عليه

السلام) واحد من ستة»

و ما عن المقنع من «أنه واحد من عشره نادر. هذا و لا يخفى عليك أن محل البحث فى السهم و الشىء كما عرفته فى الجزء، و

لو أوصى بسهم

من الجزء أو شىء منه أو السهم فى جريان الحكم و جهان.

و لو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهها منها جعله فى وجوه البر وفاقا للأكثر بل المشهور نقلا و تحصيلا، بل فى محكى التنقيح

أن عليه الفتوى، بل عن غيره نفى الخلاف فيه، إلا من الحلّى تبعا للشيخ فى بعض فتاواه ل

خبر محمد بن الريان (٥) قال: «كتبت

- ٢-٢ الوسائل - الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.
- ٣-٣ المغنى لابن قدامه ج ٦ ص ٤٤٦.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ٥٦ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

إلى أبي الحسن (عليه السلام) أسأله عن إنسان أوصى بوصيه فلم يحفظ الوصى إلا بابا واحدا منها كيف يصنع بالباقي؟ فوقع (عليه السلام) الأبواب الباقية اجعلها في البر»

المعتضد بما عرفت المؤيد ب

ما ورد في المنذور للكعبه و الوصيه لها «أنه يصرف (١) الى زوارها»

و فيمن أوصى أن يحج عنه بمال لا يفى به، «أنه يصرف في البر و يتصدق به (٢)

و كذا في الوقف، إذا جهل الموقوف عليه و بأنه شبه المال المجهول المالك، بسبب اشتباه مصرفه و مستحقه، فلا طريق إلا صرفه في وجوه القرب، بناء على عدم اختصاص مصرفه بالصدقه به، أو يقال: إن كله من الصدقه به،

لرجوع الجهات العامه إلى المسلمين أيضا، و منه ينقذح جواز صرف مجهول المالك في ذلك، و ربما يؤيد شمول الروايه المزبوره له في الجملة، إذ من أفراد الوصيه به لشخص مخصوص قد قبله ثم نساه، و قد سمعت الأمر فيها بالصرف في وجوه البر من غير فرق بين الأفراد جميعها.

و بأن هذا المال بتعذر وجهه الذي قد أوصى به، و إخراجه عن الوارث بالوصيه صار في حكم مال الميت، و لا إيصال إليه الا في صرفه في وجوه البر.

و بأنه إذا فرض الوصيه به في جهات القربه إلا أنه نسب خصوصها يناسب الانتقال إلى نوع القربه، و بغير ذلك.

و حينئذ فما قيل: و القائل ابن إدريس و الشيخ في المحكى من حائرياته و الآبى في المحكى عن كشفه من أنه يرجع ميراثا لبطلان الوصيه لتعذر القيام بها واضح الضعف، ضروره منافاته لاستصحاب الصحه، فضلا عن الخبر المزبور المعتضد بما عرفت، السالم عن معارضه ما يعتد به، إذ ليس كل تعذر و لو كان كالفرض مبطلا للوصيه و معيدا للمال إلى الإرث الذي قد فرض الخروج منه بالوصيه فعوده يحتاج إلى دليل.

نعم الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان النسيان مطلقا، أى لا على وجه الانحصار في فردين مثلا أو ثلاثه، و إلا اتجهت القرعه، أو التوزيع، أو الصلح، لو كان بين الشخصين

١-١ التهذيب ج ٩ ص ٢٢٣.

٢-٢ التهذيب ج ٩ ص ٢٢٨.

مثلاً، كما أن المتجه التروى و التربص فى الصرف فى وجوه البر حتى يئأس من معرفه الوجه الذى قد أوصى به، بمراجعته دفتر أو شاهد و نحوه ذلك، فإذا أيس من ذلك صرفه فى وجوه البر، و لا عبره باحتمال التذكر فيما يأتى من الزمان، لصدق النسيان، الذى قد علق عليه الحكم فى النص و الفتوى.

ثم إن الظاهر من المتن و غيره إرادته المثال من نسيان الوجه، و إلا فلا فرق بين نسيان الوجه و الوجوه، لاتحاد المدرك، بل ظاهر الخير ذلك، بل لا يبعدون كون الحكم كذلك فى غير صورته النسيان، كما إذا لم يعثر على ما رسمه الموصى فى وصيته، و إن علم انه قد رسم وجوهاً مثلاً، أو نحو ذلك، و احتمال إيقاف المال فى ذلك و نحوه اقتصاراً فيما خالف وجوب حفظ مال الغير على المتيقن ضعيف جداً، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو أوصى بسيف معين و هو فى جفن بفتح الجيم دخل الجفن و الحليه فى الوصيه وفاقاً للمشهور، بل فى ظاهر المحكى عن السرائر و المقتصر و إيضاح النافع الإجماع عليه، بل عن كشف الموز ما رأيت أحد أقدم على منع الروايه الوارده فى السيف و عن المهذب البارع كل الأصحاب مطبقون على العمل بها، أى

روايه أبى جميله المفضل بن صالح (١) «كتبت الى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله عن رجل أوصى لرجل بسيف فقال الورثه:

إنما لك الحديد، و ليس لك الحليه. فكتب إلى: السيف له و حليته».

و خبره الآخر «سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بسيف و كان فى جفن و عليه حليه، فقال الورثه: إنما لك النصل و ليس لك المال فقال: لا بل السيف بما فيه له قال:

فقلت: رجل أوصى بصندوق و كان فيه مال، فقال الورثه إنما لك الصندوق و ليس لك المال، فقال الصندوق بما فيه له»

فهما مضافاً إلى ما عرفت، و إلى العرف الشاهد على ذلك الحجج فى المقام، و لا يقدح فيه عدم دخول شىء منهما فى مسماه لغه، ضروره كفايه العرف و تقدمه على اللغه، على أنه قد يقال: إن ذلك من توابع الوصيه بالسيف لا للدخول فى المسمى كثياب العبد و رحل الدابه و مفتاح الدار، و نحو ذلك من التوابع التى يشهد العرف

بتبعيتها فى الإيضاء تبعاً لتبعيتها فى الاستعمال.

نعم لو لم يكن له جفن ولا حليه لم تكن الوصيه به، وصيه بهما، فلا يخرجان من التركه.

فما عن المختلف و ولده و أبى العباس - من عدم دخول شىء منهما فى الوصيه - واضح الضعف، بل لا يبعد الوصيه بالجفن لو كان قد أوصى به مطلقاً، وإن كان ظاهر العبارة و غيرها مما قيد بالمعين خلافه، إلا أنه يمكن تنزيله على عدم الوصيه بالحليه التى لم يقيد بتعيينها بالنسبه إليه فإنه لا عرف ولا غيره يشهد على الوصيه بها بالوصيه به، مع فرض كونه مطلقاً بخلاف الغمد، فإن العرف قد يشهد على الوصيه به أيضاً و إن كان هو ليس كالظهور فى المعين خصوصاً إذا كان قد اشترى سيفاً لا غمد له.

و على كل حال فالظاهر عدم اعتبار وصف خاص فى الجفن، بل يكفى فيه كونه جفنًا لذلك السيف كائناً ما كان، فإن الظاهر تبعيه نحو ذلك، ككتاب العبد و رسن الدابه، فإن التابع منهما ما كان تابعاً لهما فى الاستعمال كما هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم عدم الفرق بين السيف و الخنجر و السكين ذات القراب و غير ذلك مما لها توابع فى الاستعمال فإن العرف يقضى بتبعيتها فى الوصيه و نحوها.

و كذا لو أوصى بصندوق و فيه ثياب، أو سفينه و فيها متاع أو جراب و فيه قماش، فإن الوعاء و ما فيه داخل فى الوصيه وفاقاً للمشهور بل عن التذكرة نسبه إلى علمائنا، كما عن التبصره (المقتصر - نسخه) أن عمل الأصحاب على روايه أبى جميله، و نحوه عن التنقيح، و قد عرفت اشتغالها على الصندوق ك

خبر عقبه (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فى الصندوق مال، فقال الورثه: إنما لك الصندوق، و ليس لك ما فيه فقال: الصندوق بما فيه له»

وخبره الآخر (٢) عنه أيضاً قال: «سألته عن

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥٩ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

رجل قال: هذه السفينه لفلان، و لم يسم ما فيها، و فيها طعام، أ يعطيها الرجل و ما فيها؟

قال: هي للذى أوصى له بها، إلا أن يكون صاحبها متهما، و ليس للورثه شىء.

لكن ربما نوقش فى الأخير، بأن غايتها الدلاله على أنها للموصى له و مرجع الضمير السفينه، دون ما فيها، و الروايه المنجبره إنما تكون حجه حيث تكون دلالتها واضحه، لا مطلقا.

نعم لها دلالة ضعيفه بحسب الفحوى لوقوع

قوله (عليه السلام) «هي له»

جوابا عن جواز إعطاء ما فيها أم لا، فلو لم يجعل المرجع السفينه بمن فيها لم يكن الجواب للسؤال مطابقا، مع احتمال أن يكون المراد بالجواب الظاهر فى رجوع الضمير إلى السفينه خاصه التنبيه على انحصار الموصى به فيها، دون ما فيها، و به تحصل المطابقه، فالأصح عدم الدخول للأصل إلا مع وجود قرينه من عرف أو عاده، و تحتل الروايه على تقدير الدلاله الحمل على ذلك.

و قد يدفع أولا: بأن المحكى

عن نسخ الفقيه روايته «إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها»

و حينئذ تكون صريحه فى ذلك.

و ثانيا: بأن الشهره كما تجبر السند تجبر الدلاله، على أنه لا ينكر ظهورها كما اعترف به الخصم، و مثله لا ريب فى حجه، بعد فرض اعتبار السند، ضروره كونه حينئذ كالصحيح حجه فى مطلق ما يظهر منه منطوقا أو مفهوما.

نعم قد يناقش بعدم صراحه سؤال الخبر فى الوصيه، بل يحتمل الإقرار، بل هو الظاهر أيضا بقرينه التفصيل بين المتهم و غيره، و لا ينافيه إطلاق الوصيه فى جواب الإمام (عليه السلام) لمعرفيه إطلاقه على الإقرار الواقع فى مرض الموت، و كأنه أوما إليه فى الدروس، فإنه بعد أن حكى عن القاضى أنه قال: لو أوصى له بسله زعفران دخل، و يدخل الشرب بالوصيه بالضيعه و ما شابهه إذا كان عدلا، فإن كان متهما لم تنفذ الوصيه فى أكثر من ثلثه، و عن الشيخ فى النهايه أنه قيد بهذا القيد «قال: و كأنهما يريانه إقرارا».

قلت: لكن المعروف نقل ذلك عن الشيخ قولاً فى المسأله، بل لعله إليه أشار المصنف بقوله و فيه قول آخر بعيد بل هو واضح الفساد، ضروره مدخليه التهمه و عدمها فيما

نحن فيه من الوصيه.

و لكن الأمر فى ذلك سهل بعد كون الظاهر أن بناء هذا الخبر على تقدير دلالاته و غيره من أخبار المقام على كشف العرف، و أن الحكم بذلك لأنه فى العرف كذلك، لا أنه يحكم به و إن لم يفهم منه فى العرف، كما توهمه فى الرياض حيث حكم فى الصندوق بما عرفت للروايه المجبوره بما سمعت، ثم قال: إلا أن العرف لا يساعده، فيشكل من هذه الجهه، و لكن لا مندوحة عن العمل بها، إلا أن توجه قرينه على عدم الدخول فتتبع، و مقتضاه الحكم بدخول ما فيه و إن لم يفهم من العرف ذلك، و هو شىء عجيب باعتبار اقتضائه إخراج المال عن صاحبه من دون قصد، و بلا سبب ناقل منه، و مثله كيف يندرج فى الوصيه، و يلحقه أحكامها، فلا مناص حينئذ عن تنزيل هذه الاخبار على ما يقتضيه العرف، و هو فى السيف واضح، بل و الصندوق إذا كان معدا للظرفيه، و المقصود منه ما فيه، نحو ما يستعمله التجار فى صناديق النيل و القماش، و الكافور و نحوها، فإنه لا يشك أحد فى وصيه أحدهم بصندوق خاص منها فى إرادته ما فيها، بل و السفينه و المركب إذا كانت أيضا كذلك، بخلاف الصندوق الذى يستعمله كثير من الناس للوضع عليه غالبا، و للوضع فيه اتفاقا و السفينه التى هى كذلك.

بـحيث يكون المقصود منها الظرف لا-المظروف، و مع الشك فلا ريب فى وجوب الاقتصار على ما علمت الوصيه به، و لو من ظهور لفظ، و لعله بذلك تتفق كلمه القائل بالدخول فى جميع ما عرفت و هو المشهور و القائل بالعدم مطلقا كالفاضل و ولده، و المقتصر و الروضه و التنقيح، و فى السفينه خاصه كالدروس، و جامع المقاصد و الكفايه و ظاهر النافع و تنقيحه و إيضاحه، بل لعل إليه يومئ اعتبار المفيد و أبى الصلاح فيما حكى عنهما القفل للصندوق، و الشد للجراب، و الختم للوعاء و الكيس فى الدخول، بدعوى أن ذلك و نحوه قرينه عرفيه على إرادته ما فيه معه من الوصيه به.

و إن أبيت فتحقيق الحال ما عرفت من غير فرق بين كون الوصى عدلا مأمونا و بين كونه متهما على الورثه فى ذلك، و ما عن الشيخ و القاضى من اعتبار ذلك فى الدخول من الأصل و الثلث قد عرفت تنزيهه على الإقرار، و إلا كان واضح الفساد، ضروره عدم مدخلية ذلك فى الوصيه التى لا إشكال فى خروجها من الثلث على كل حال كما عرفت.

بل فيما حضرني من نسخه النهايه كالصريح في إرادته الإقرار قال: «إذ أوصى الإنسان لغيره بسيف و كان في جفن و عليه حليه، كان السيف له بما عليه و فيه، و إذا أوصى بصندوق لغيره و كان فيه مال، كان الصندوق بما فيه للذى أوصى به له، و كذا لو أوصى له بسفينه و كان فيها متاع كانت السفينه بما فيها للموصى له، و كذلك إن أوصى له بجراب و كان فيه متاع كان الجراب و ما فيه للموصى، إلا أن يستثنى ما فيه، هذا إذا كان الموصى عدلا مأمونا، فان لم يكن عدلا و كان متهما لم تنفذ الوصيه بأكثر من الثلث في الصندوق و السفينه و السيف و الجراب و ما فيها و الله العالم.

و لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصح وفاقا للمشهور بين الأصحاب شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، بل هي كذلك في ظاهر محكى المقتصر، لأنها مخالفه للكتاب و السنه، و لأنه من الحيف في الوصيه الذى

ورد فيه «إنه من الكبائر»(١)،

و لقوله (عليه السلام)(٢)«ما أبالى أضرت بورثتى أو سرقتهم ذلك المال»

وقوله (٣)(عليه السلام) «من عدل في وصيته كان بمنزله من تصدق بها في حياته، و من جار في وصيته لقي الله يوم القيامة و هو عنه معرض»

والصحيح (٤)«عن رجل كان له ولد يدهيه، ثم أخرجه عن الميراث و أن وصيه فكيف أصنع؟ فقال (عليه السلام): لزوم الولد الإقرار بالمشهد، و لا يدفعه الوصى عن شىء قد علمه».

و إنما الكلام في أنه هل بلغوا للفظ على وجه يكون كعدمه فيه تردد بل و خلاف ف بين قائل ب البطلان لذلك، و هو الأكثر كما في الرياض و بين قائل ب إجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله، لمن عدا الولد، فيمضى في الثلث خاصه إن لم يجز الولد، و يكون للمخرج نصيبه من الباقي بموجب الفريضه و هو خيره الفاضل في المختلف، و عن الخراسانى أنه استظهره.

١- ١ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الوصايا - ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٨ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ٩٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

و الوجه عند المصنف و ثانى المحققين و الشهيدين و فخر المحققين و غيرهم الأول لأن إخراجهم من الإرث أعم من الوصية بالمال لباقي الورثة، و إن لزم رجوع الحصة إليهم، إلا أن ذلك ليس بالوصية، بل لاستحقاقهم التركة حيث لا توارث و ربما لم يكن حال الوصية عالما

بالوارث، كما لو لم يكن له إلا ذلك الولد و لا يعلم من يرثه، و لم يخطر على باله، فلا دلالة في اللفظ مطابقه و لا تضمننا، بل و لا التزاما، لانتفاء شرطها بانتفاء الانتقال إلى اللازم بتصور الملزوم خاصة أو مع الوسط.

لكن قد يقال له أن الوصية بالإخراج و إن لم تكن وصية بالباقي للباقي لكنها نفسها وصية، ضروره عدم الفرق فيها بين الأمر و النهي و الإعطاء و عدمه، في نفوذ جميع ما أوصى به من الثلث، فهو كما لو صرح بإخراجه من الثلث، فإنه لا إشكال في اختصاص غيره من الورثة به، لا الوصية به لهم، بل لإخراج الولد مثلا منه، فيبقى إرثا لغيره، و لا يعتبر في الوصية قصد الوصية، كما لا يعتبر فيها سوى العهد بما أراده، و الشارع لم يقطع سلطنته عن الثلث، بل أبقاها، فهو مسلط عليه دفعا و منعا، فإذا أخرج بعض الورثة عن المال كله نفذ في مقدار الثلث الذي له تسلط عليه، و لم ينفذ في غيره، كما لو أعطى المال كله لبعضهم، فإنه ينفذ بمقدار الثلث دون غيره كما هو واضح.

و من هنا يقوى ما سمعته من الفاضل، و إن لم يكن لما ذكره من الحكم بالوصية بالباقي للباقي كى يرد عليه ما عرفت، بل لأن الإخراج نفسه وصية يمكن امتثالها، فيستحق غير المخرج الثلث بالإرث.

هذا كله بناء على البطلان في أصل الإخراج لما تقدم، و لكن فيه روايه بوجه آخر مهجوره العمل و هى

روايه على بن السرى (١) قال: «قلت: لأبى الحسن موسى (عليه السلام) إن على بن السرى توفى فأوصى إلى و أن ابنه جعفر واقع على أم ولد له فأمرنى بأن أخرجته عن الميراث، قال: أخرجته، و إن كنت صادقا فيصيبه خبل، قال:

فرجعت فقدمنى إلى أبى يوسف القاضى، فقال له أصلحك الله أنا جعفر بن على بن السرى و هذا وصى أبى فمره فليدفع إلى ميراثى من أبى، فقال أبو يوسف القاضى لى ما تقول: فقلت: نعم هذا جعفر بن على السرى، و أنا وصى على بن السرى قال: فادفع إليه ماله، فقلت: أريد أن أكلمك، فأذن لى فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامى، فقلت هذا وقع على أم ولد لأبيه، فأمرنى أبوه و أوصى إلى أن أخرج من الميراث، و لا- أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر (عليه السلام) بالمدينه فأخبرته و سألته، فأمرنى أن أخرج من الميراث و لا- أورثه شيئاً، فقال: الله ان أبا الحسن أمرك قلت: نعم فاستحلفنى ثلاثاً، ثم قال لى أنفذ ما أمرك أبو الحسن (عليه السلام) به، فالقول قوله»

بل عن الصدوقين و الشيخ العمل بها فى موردها، و ان كنا لم نتحقق ذلك عن الأخير منهم، لأنه جعلها قضيه فى واقعه.

نعم ظاهر الأولين ذلك، لكن فى الولد الذى قد أحدث الحدث المزبور، دون غيره، و حينئذ يكون عدم النفوذ فيما عداه مجمعا عليه، بل لعله كذلك فيه أيضا، لعدم قدح خلاف مثلهما فيه و لو أوصى بلفظ مجمل أى مطلق لم يفسره الشرع بشىء خاص رجع فى تفسيره إلى الوارث بلا خلاف أجده بين من تعرض له، كقوله: أعطوه حظا من مالى، أو قسطا أو نصيبا أو قليلا أو يسيرا أو جليلا- أو جزيلا- أو نحو ذلك من الألفاظ التى كون مرجعها ما يعينه الوارث من مصاديقها المندرجه فيما أراده الموصى بحسب ظاهر اللفظ.

نعم فى المسالك و غيرها «لو تعذر الرجوع إلى الوارث لغيبه أو امتناع أو صغر أعطى أقل ما يصدق عليه الاسم، لأنه المتيقن».

قلت: لم لا- يكون التخيير للحكام أو عدول المسلمين فى المصاديق كالوارث اللهم إلا أن يقال: إن المخاطب بالتنفيذ أولا و بالذات الوارث، فالخطاب فى الحقيقة له، و لكن ناب غيره، للتعذر، فيقتصر على المتيقن مما يعينه المنوب عنه، لو كان قد باشر التعيين.

نعم قد يقال: ان ذلك هو المتجه فيما لو أوصى إلى غير الوارث بتنفيذ وصيته المزبوره، فإنه يكون حينئذ هو المخاطب، فله التعيين بأى مصداق ما لم يتجاوز الثلث و إن كنت لم أجد

مصرحا به.

ثم إن الظاهر اعتبار التمول في المصدق، وإن سلم صدق المطلق على غيره، إلا أنه قد يقطع بعدم إرادته الموصى إياه، بل قد يقال: باعتبار الأزيد من التمول في الجليل و الجزيل و العظيم و نحو ذلك من الألفاظ، لشهادته العرف الذي هو المرجع فيها، خصوصا لو جمعها فقال: أعطوا زيدا مالا جزيلا، أو قسطا عظيما، و عمروا مالا يسيرا أو قسطا يسيرا أو قال:

عظيما جدا، أو قليلا كذلك، فلا بد حينئذ من التمييز بين الشخصين بذلك.

و ما في المسالك هنا- من احتمال إرادته الأقل نظرا إلى أن جميع المال متصف بذلك في نظر الشرع، و من ثم حكم بكفر مستحل قليله و كثيره، كما نبهوا عليه في الإقرار بمثل ذلك متفقين على الحكم في الموضوعين، و لا- ينافيه مع ذلك وصفه بالقله و نحوها لاختلاف الحيثية بقلته من حيث المقدار، و جلالته من حيث الاعتبار.

و على هذا فلو قال: أعطوا زيدا قسطا عظيما، و عمروا قسطا يسيرا، لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزياده الأولى عن الثاني، كما ذكرناه- كما ترى، مجرد دعوى، يشهد العرف الذي قد أمرنا باتباعه على خلافها.

و لو قال: أعطوه كثيرا قيل: و القائل الشيخ و الصدوق و جماعه على ما قيل يعطى ثمانين درهما كما في النذر للرواية التي وردت فيه (١) مستدلا بها على ذلك بقوله تعالى «لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ» و قد كانت ثمانين، بل عن الشيخ تعديتها إلى الإقرار أيضا نظرا

إلى أن ذلك تقدير شرعي لكثير من غير فرق بين الموارد جميعها.

قيل: و القائل المشهور يختص هذا التفسير بالنذر كما اختص تفسير بعض الألفاظ مثل الجزء و السهم و الشئ في الوصية، بما عرفت اقتصارا فيما خالف الأصل و العرف و اللغة على موضع النقل مضافا إلى أن روايه الكثير مرسله لا جابر لها

فى المقام، بل الموهن لها متحقق، و مشتمله على الاستدلال المعلوم اراده القريب منه، ضروره أن استعماله فى ذلك لا يقتضى الانحصار فيه، مع أنه قد ورد كثيرا فى القرآن فى أمكنه متعدده غير مراد منه ذلك، فلا ريب أن الأقوى مساواته لغيره من الألفاظ السابقه كلفظ العظيم.

و الله العالم.

و الوصيه بما دون الثلث أفضل من الثلث، و بالخمس أفضل من الربع و هكذا للمروى فى محكى الحواشى للشهيد

عن سعد(١) «مرضت مرضا شديدا فعادنى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقال لى أوصيت؟ قلت: نعم أوصيت بمالى كله للفقراء و فى سبيل الله فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله و سلم): أوصى بالعشر فقلت: يا رسول الله إن مالى كثير و ذريتى أغنياء فلم يزل رسول الله (صلى الله عليه

و آله) يناقضى و أناقصه حتى قال: أوصى بالثلث، و الثلث كثير».

و ل ٢٤٥٦٦

قول الباقر (عليه السلام)(٢) «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول: لئن أوصى بخمس مالى أحب إلى من أن أوصى بالربع، و إن أوصى بالربع أحب إلى من أن أوصى بالثلث، و من أوصى بالثلث فلم يترك، و قد بالغ»

وفى خبر آخر(٣) «من أوصى بالثلث فقد أضر بالورثه»

و فى القوى(٤) «إن الثلث حيف»

و ،

فى القوى أيضا(٥) «ما أبالى أضررت بولدى أو سرقتهم ذلك المال»

إلى غير ذلك من الروايات التى يستفاد منها أفضليه الوصيه بالربع و الخمس من الثلث.

بل عن المقنعه أنه كذلك عند آل محمد صلوات الله عليهم أجمعين، كما أنه يستفاد منها أيضا استحباب مطلق الأقلية منه الذى قد أفتى به جماعه، و إن أنكر فى جامع المقاصد دلالة النصوص عليه، لكن لا يخفى على من لاحظها وضوح دلالتها على ذلك، بل يستفاد منها كراهيه الوصيه بالثلث.

نعم قد يشكل ذلك بما دل على الأمر بالوصيه به، و بالمحكى من

فعل الصادق (عليه السلام) «من الوصيه به»

و من ذلك قال في المحكى عن المبسوط: إنه كان الورثه أغنياء استحب له أن

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥١٩.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٩ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٥-٥ الوسائل - الباب - ٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

يوصى بالثلث، و إن كانوا فقراء فالأفضل أن تكون وصيته فيما هو أقل من الثلث، و فى محكى الوسيله إن كانوا أغنياء أوصى بالثلث، و إن كانوا فقراء فبالخمس و إن كانوا متوسطين فبالربع، و فى محكى التذكرة لا يبعد عندى التقدير، بأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحب الوصيه، لأن النبى (صلى الله عليه و آله) علل المنع بقوله لان تترك و رثتك أغنياء خير من أن تدعهم عاله، و لأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، إلى أن قال: فحينئذ يختلف الحال باختلاف الورثة فى كثرتهم، و قلتهم، و غناهم و حاجتهم، فلا يقدر بقدر من المال.

قلت: لعل ذلك كله منهم جميعا بين النصوص، لكن قد عرفت خبر سعد، و لذلك صرح بعضهم، و أطلق الباقر استحباب التقليل، و إن كان الورثة أغنياء، و لعل الاولى له الوصيه بالثلث و قسمته على الورثة على مقدار سهامهم مع فقرهم و الأمر سهل.

[تفريع إذا عين الموصى له شيئا مطلقا و ادعى قصده من هذه الألفاظ و أنكر الوارث كان القول قول الوارث مع يمينه]

تفريع على المسألة السابقة، و هو أنه إذا عين الموصى له شيئا من مصاديق اللفظ المطلق و ادعى أن الموصى قصده من هذه الألفاظ، و أنكر الوارث، كان القول قول الوارث مع يمينه بلا خلاف و لا اشكال، بل ظاهر المتن و غيره أن اليمين تتوجه عليه إن ادعى الموصى له عليه أى الورثة العلم بما ادعاه على الموصى و إلا فلا يمين و فيه بحث، إذ الظاهر بمقتضى إطلاق الأدلة استحقاق اليمين بمجرد الدعوى على الموصى، و إن كان يمينه التى يكلف بها على نفى العلم فلا- يعتبر حينئذ فى استحقاق ذلك دعوى العلم عليه إذ لعله لا- يدعيه عليه، لعدم علمه بعلمه، فإذا كلف باليمين نكل لكونه عالما بالواقع، و لم يعلم به الموصى له، كما هو واضح. و الله العالم.

[الطرف الثالث فى أحكام الوصيه]

إشاره

الطرف الثالث: فى أحكام الوصيه التى قد تقدم منها ما إذا أوصى بوصيه، ثم أوصى بأخرى مضاده للأولى كما إذا أوصى بعين لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، أو أوصى بربع ماله لشخص، ثم أوصى به لآخر، عمل بالأخيره (١١) بلا خلاف و لا اشكال، لكونه ناسخه للأولى،

و رجوعا عنها عرفا، بل الظاهر ذلك حتى لو كان ناسيا للأولى و ذاهلا كما عرفته فيما تقدم، بخلاف ما إذا لم تكن مضاده، فإنه يعمل بهما أيضا فيما لو أوصى بثلاث ماله مثلا لزيد، ثم أوصى بثلاث ماله لعمر، أنه من المتضادين أولا، فلاحظ و تأمل.

و لو أوصى بحمل دابة مثلا فجاءت به لأقل من ستة أشهر الذى هو أقل الحمل شرعا صحت الوصية به لظهور وجوده حال الوصية، و إن لم يكن ذلك معتبرا فيه، لصحة الوصية بما تحمله الأمه، لكن المفروض فى الوصية المزبوره إرادته الحمل الموجود فعلا و قد انكشف بولادته لدون الستة أنه كذلك، فتصح بخلاف ما لو كان قد جاءت به لعشره أشهر من حين الوصية أى بعدها، بناء على أنها هى أقصى الحمل، فإنه يعلم بذلك عدم وجوده حال الوصية التى قد عرفت فرض بطلانها بذلك، ف لم تصح و أما إن جاءت به لمدته بين الستة و العشره و كانت خاليه من مولى و زوج بأن فارقتها من يباح له و طؤها حكم به للموصى له لمعالميه سبق وجوده على الوصية، إذا احتمال تجددته منتف بفرض المفارقة و أصاله عدم وطئ غير الوطاء السابق، و ظهور حال المسلمه فى عدم الزنا و غيره.

و (١١) من هنا لو كان لها زوج أو مولى، لم يحكم به للموصى له، لاحتمال توهم الحمل فى حال الوصية و تجددده بعدها (١٢) فلم يعلم حينئذ بوجوده قبلها، و الشك فى ذلك شك فى صحتها، فتبقى أصاله بقاء المال بحالها، هذا.

و لكن قد يناقش هنا بأن الأصل عدم وطئ آخر تجدد منه الحمل، و وجود الفراش أعم من ذلك، مضافا إلى أن الظاهر بملاحظه الغلبه العاديه التولد من الوطاء الأول فيما بين الأقصى و الأقل، بل هى المرجع فى الحيوان غير الإنسان الذى لم يقدر الشارع لأقل الحمل منه، و أقصاه مدته معلومه، و إن اختلف باختلاف أجناسه، فان للغنم مقدارا معلوما عاده، و للبقر مقدارا زائدا، و هكذا، و لا فرق بين الإنسان و الحيوان فى ذلك قال فى المسالك هنا: «إن المسألة من باب تعارض الأصل و الظاهر، فلو رجح مرجح الظاهر عليه، فى بعض مواردنا كما يتفق فى نظائره، لم يكن بعيدا إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، و كيف كان فلا خروج عما

عليه الجماعة».

و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم صلاحيه معارضه الظاهر الأصل، إذا لم يقيم دليل على اعتباره شرعا، و لا كان بوجه يندرج فى العلم عاده، باعتبار أنه الطمأنينه الحاصله فيها، و الفرق بين الخاليه و غيرها مع اشتراكهما فى الأصل المزبور لا يخلو من نظر، و احتمال أنه لظهور حال المسئله فى عدم الزنا يدفعه فرض المسأله فى الأعم من المسلمه، مع أن سبب التجدد غير منحصر فى الزنا، إذ قد يكون من شبهه أو من رائحه أو غير ذلك من الأسباب التى لا يمكن حصرها، و لا ظهور لحال المسلمه فى نفيها، فلو فرض الإيضاء بحمل جاريه لا زوج لها و لا مولى يطؤها كما لو كانت مملوكه لامرأه فاتفق أنه جاءت به لدون الستة صحت الوصيه، و بعد العشر لم تصح، و فيما بينهما البحث المفروض و لا- فرق بين الخاليه و غيرها فى ذلك، إذ خلوها من الزوج و المولى لاقتضى عدم حملها، كما أنه لا يعتبر فى موضوع المسأله كونها ذات زوج، أو مولى قد وطأها، بل المراد الوصيه بحمل الأمه أو الدابه، على تقدير وجوده من أين ما كان، و لعل ذكر المولى فى كلام المصنف لبيان احتمال تجدد الحمل، لا لبيان أنه مملوك أيضا حتى يشكل ذلك بعدم تصور حمل مملوك يوصى به من المولى، بناء على عدم ملك العبد كما هو واضح.

و كيف كان فالتحقيق فى المسأله ملاحظه الأصول فى جميع شقوقها، و العمل على الحاصل منها بالنسبه إلى السبق على الوصيه و عدمه حتى ملاحظه جهل التاريخ و عدمه من غير فرق بين الإنسان و غيره، و الخاليه و غيرها، و معلومه الوصى قبل الوصيه و غيرها و مع فرض الشك و عدم تنقيح شىء منها بشىء منها يحكم ببطلان الوصيه، ما لم يكن هناك عاده يحصل منها الاطمئنان المزبور على وجه يكون الاحتمال معه موهوما.

و لم أجد من استند إلى أصل الصحه فى شىء من أفراد المسأله حتى فى صوره الوصيه به بعد الاطمئنان بحصوله للإمارات العاديه، ثم حصل الشك بعد ذلك فيه و قد كان بين الأقل و الأقصى، مع وجود الزوج و عدمه مع احتمال، و إن كان الشك المفروض فى أصل وجود الموضوع فتأمل جيدا فيه، و فى نظائره مما يقع على حسب مجرى العقلاء، و المعتاد.

و لو قال: إن كان فى بطن هذه ذكر فله درهمان، و إن كان أنثى فلها درهم فإن خرج أحدهما فلا إشكال و إن خرج ذكر أو أنثى فكان لهما ثلاثه دراهم أيضا للصدق أما لو قال: إن كان الذى فى بطنها ذكر ف له كذا و إن كان أنثى فكذا، فخرج ذكر و أنثى، لم يكن لهما شىء لعدم الاندراج فى عبارته الموصى التى قد فرض فيها الانحصار بمعنى كون المراد أن جميع ما فى بطنها، و كذا لو قال ما فى بطنها أو حملها أو نحو ذلك ما هو ظاهر فى كون الموصى له مجموع ما فى البطن الذكر أو الأنثى، فالفرض لم يذكره الموصى، و لم يتعرض له، بخلاف العبارة السابقه التى قد عرفت الحال فيها من أنه يعطى كل منهما نصيبه، إلا إذا قامت قرينه على كون المراد منها ما يراد بالثانيه، فلا يعطيان حينئذ شيئا كما أنه لو قامت قرينه على كون المراد بالثانيه ما يراد بالأولى أعطى كل منهما نصيبه، و لو خرج فى الصورة الأولى ذكران أو أنثيان أو هما معا، ففى تخيير الوارث إعطاء نصيب الذكر أو الأنثى لأيهما شاء، أو اشتراك الذكرين فى الدرهمين، و الأنثيين فى الدرهم، أو الإيقاف حتى يصطلحا وجوه، و فى المسالك الأول أجودهما، لأن المستحق للوصيه هو ذكر فى بطنها أو أنثى فى بطنها و هو صادق عليهما فيكون تعيينه للوارث، كما فى كل لفظ متواط، و لا يتوجه هنا احتمال استحقاق كل واحد من الذكرين مثلا ما عين له، لأن الموصى له مفرد نكره فلا يتناول ما زاد على واحد بل كان بالنسبه إليهما متواط كما لو أوصى لأحد الشخصين أو الفقير أو نحو ذلك.

قلت: المفرد النكره الذى لا يتناول ما زاد على الواحد على وجه ينافيه التعدد على حسب «لا رجل فى الدار، بل رجلان» يتجه عدم إعطاء شىء لعدم اندراج الواقع فيما صدر من الموصى، كما هو كذلك فى الصورة الثانيه، لو جاءت بذكرين أو أنثيين إن كان المراد ما شمل ذلك باعتباره إرادته الجنس بقرينه المقابله بالأنثى، فيكون المتجه الاشتراك حينئذ فى الموصى به، و إن كان قد يحتمل غيره، إلا- أن ذلك هو الظاهر، كما أن الظاهر ما ذكره من التخيير مع إرادته الواحد الذى لا ينافيه التعدد، فإنه ينحل فى الفرض إلى أن الوصيه لأحدهما الذى لو فرض التصريح به فى الوصيه اتجه التخيير حينئذ فتأمل.

و لو ولدت خنثى مشكلا فى الفرض أعطيت الأقل، بناء على أنه ليس طبيعه ثالثه لأنه

المتيقن هنا، و أما احتمال عدم استحقاق شىء لأنه ليس أحد الأمرين، فواضح الضعف.

نعم لعله كذلك إذا لم يكن فى الموصى به متيقن، مع أن المتجه فيه الصلح أو القرعه لعدم تعيين المملوك له، بل قد يحتمل ذلك أيضا فيما إذا كان فى الموصى به متيقن، ثم لا يخفى عليك أن الوصيه بالحمل المعين كالوصيه له فيجرى فيه البحث السابق.

نعم لو سقط الأول بجنايه جان ضمنه للموصى له، بخلافه فى الثانى، الذى تبطل الوصيه له بسقوطه ميتا و إن كان بجنايه جان، ضروره مراعاة ملكه بخروجه حيا و لو سقط ميتا لنفسه تبطل فيهما كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه لا إشكال و لا خلاف فى أنه تصح الوصيه بالحمل المتحقق حال الوصيه، بل و لا إشكال أيضا و لا خلاف فى الصحه بما تحمله المملوكه دابه أو أمه و الشجره لإطلاق أدله الوصيه، فلا يقدر كونه معدوما حالها، لأنه يكفى فيها احتمال الوجود فيما يأتى، و إن لم يكن عن شأنه الوجود كالوصيه بما يشتره أو يتهبه فى مستقل الأزمنه، كما صرح به فى جامع المقاصد بل هو مقتضى ما فى القواعد من أن المراد بالوجود المعتبر فى الوصيه إمكان وجوده احترازا عما يمتنع وجوده، و مرجعه فى الحقيقه إلى عدم اشتراط الوجود.

و من هنا ترك اشتراطه فيها بعضهم، بل صرح آخر بعدم اشتراطه حال الوصيه و الأمر سهل بعد وضوح المراد بل ظاهرهم عدم الفرق فى الوصيه المزبوره بين العهديه و التمليكيه، و إن كان قد يشكل الثانى بعدم قابليه المعدوم الذى لم ينزله الشارع منزله الوجود للتمليك، و قد يدفع بأن الشارع قد نزله فيها أيضا منزله الموجود، مضافا إلى بناء الوصيه على تعليق الملك، و تأخره عن حال وقوعها إلى ما بعد الموت، فلا يقدر تعليقها بما يوجد قبل الموت إن وجد، بل و بعد الموت، لعدم اعتبار مقارنه التملك لوقوعها، و العمده فى ذلك إطلاق الأدله الذى مقتضاه أنه تصح الوصيه بذلك.

كما تصح الوصيه بسكنى الدار مثلا مده مستقبليه مثلا، إذ لا فرق فى المنفعه المتجدده بين أن تكون عينا كحمل الشجره و الدابه و غيرها كركوب الدابه، كما لا

فرق بين المضبوط بمدته كالمتجدد في هذه السنه أو عشر سنين، و بين المطلق و بين العام المتناول الجميع ما يتجدد منها ما دامت موجوده، و لا- في المضبوط بمدته بين المتصل بالموت و المتأخر، كالسنه الفلانيه من المتجدده، و المراد بالعام المتناول لجميع المتجدد ما استفيد من اللفظ يدل عليه، كقوله كل حمل تجدد، أو كل ثمره يتجدد أو نحو ذلك، و لو كانت بما في المتن.

ففي المسالك بنى على أن «ما» الموصوله للعموم أم لا؟ و مع الشك فالواحد معلوم، و الأصل عدم الوصيه في غيره، و فيها أيضا أنه يبقى بحث آخر، و هو أن الحمل المتجدد يدخل في هذه العبارة قطعاً لأنها بصيغه المضارع، و هل يدخل الموجود حال الوصيه يبنى على أن المضارع هل هو مشترك بين الحال و الاستقبال أم يختص بأحدهما حقيقه و هو في الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأصوليين و النحويين، و عليه يتفرع الحكم و الأقوى دعم دخول الموجود للشك في تناوله للحال و رجحان الاشتراك الموجب لعدم حملة على المعنيين على المختار عند الأصوليين، و بالجمله فالمسأله مشكله المأخذ جدا.

قلت: قد يقال على الأول أنه يمكن إرادته العموم، و إن لم نقل بأن «ما» الموصوله له، باعتبار اقتضاء تملك الطبعه، لا بشرط جميع أفرادها على ما هو مقرر في نحوه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و الكلب نجس، و غير ذلك من الأحكام المقتضيه ذلك، بخلاف مثل الأمر المقتضى تحقق الامثال به بفرد واحد.

و من هنا احتمل في جامع المقاصد إرادته العموم بالوصيه المطلقه، و إن استضعفه و اكتفى بالفرد الواحد، لكنه لا يخلو من قوه، و على الثاني بأن مقتضى الاشتراك في المضارع التوقف، أو الرجوع إلى القرعه، لا التخصيص بالمتجدد.

نعم قد يقال: إنه المنساق عرفاً في مثل الفرض و الله العالم.

و على كل حال فقد ظهر لك من ذلك أنه لو أوصى بخدمه عبد، أو ثمره بستان، أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع سواء كانت أعياناً أو غير أعيان على التأيد، أو مده معينه صح من غير خلاف فيه عندنا، و لا إشكال، و لا

يشكل ذلك بأنها و نحوها ليست من تركه الميت، و لا من أملاكه، بل هي نماء التركة التي يملكها الوارث بالموت، و لذا لم تقض ديونه منها، لأنه يدفعه بأنها تكون للوارث، إذا لم يوص بها الميت، و إلا خرجت، ضروره أنه للمالك الموصى التسليط عليها، باعتبار ملكه العين و قد استفاضت النصوص (١) أنه أحق بماله ما دامت الروح فيه، فيصنع به ما شاء و لذلك كان له إجاره الأعيان، و بيع نمائها مده تزيد على عمره، على أنه لو سلم عدم

كونها من أعيان التركة، و لا- من توابعها، إلا- أن لها كمال المدخلية في قيمتها، بل هي في الحقيقة عباره عنها، فإذا فرض أنه أوصى بالمنافع المتجدده، فقد نقص الأعيان على الوارث فيضمونه في ثلثه، لأن كل نقص يدخل على الوارث بسبب وصيه الموصى يدخل على الثلث.

إنما الكلام في طريق معرفه ذلك، و هو في المده المنقطعه واضح، ضروره تقويم العين مسلوبه المنفعه تلك المده و غير مسلوبتها، و ينظر التفاوت، و يخرج من الثلث.

أما المؤبده فللأصحاب طرق ثلاثه في ذلك، أحدها تقويم العين بتمامها على الموصى له، و احتساب ذلك من الثلث، لعدم قيمه لها مسلوبه المنفعه، و لتعذر معرفه المؤبده بغير ذلك، و لدوام الحيلولة بين الوارث و العين، و هو بمنزله الإلتلاف، و لذا ضمن به الغاصب جميع القيمه، فليس إلا- الطريق المزبور، و إن كانت العين على ملك الوارث، و يضعف بأن ذلك لا يخرج العين عن التقويم أصلا، فإنه لا بد أن تبقى لها منفعه تعود إلى الوارث كالتعق في العبد، و أكل اللحم في الشاه لو أشرفت على الموت فذبحت نحو ذلك، و فرق واضح بين الموصى له الذي هو كالمستأجر، و الغاصب الآخذ باليد العاديه مع إمكان الإلتزام به أيضا مده معينه.

نعم لو فرض أن لا- نفع في العين أصلا على وجه لا- قيمه لها مسلوبه المنافع اتجه ذلك، لكنه فرض نادر، بل ليس مفروض البحث، و من ذلك يظهر أن المتجه القول الثاني الذي هو تقويم العين مسلوبه المنافع الموصى بها، و إن قلت القيمه و تقويمها غير مسلوبه، و ينظر التفاوت، و يخرج من الثلث، لكون العين للوارث و له بعض المنافع فيها من حيث الملك، و بذلك تكون

ذات قيمه، فلا معنى، لاحتسابها من الثلث و الفرض أنها لم تفت على الوارث، كما أنه لا معنى لعدم احتسابها على واحد منهما، و هو القول الثالث، و إن وجه بعدم كونها للموصى له كى تحتسب عليه، و عدم قيمه لها كى تحتسب على الوارث، لكن لا يخفى عليك ما فيه، بعد ما عرفت، كما أنه لا يخفى عليك ما يتفرع على ذلك من الوصيه لرجل بالرقبه، و لآخر بالمنفعه مؤبداً، و من الوصيه بالعين، و إبقاء المنفعه للورثه و غير ذلك فى الاحتساب و عدمه و الله العالم.

و كيف كان فما فى المتن من أنه لو أوصى بخدمه عبد إلى آخر ما سمعت قومت المنفعه فإن خرجت من الثلث، و إلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث لا- بد من تنزيهه على إرادته تقويم المنفعه بأحد الطرق السابقه لا أن المراد تقويم نفس المنفعه من دون ملاحظه العين مسلوبه و غير مسلوبه، لما عرفت من أن المضمون عليه فى الثلث النقص الذى ادخله على العين بسبب الوصيه بالمنفعه لا المنفعه نفسها، فإنها ليست من التركه، فلا يعد الوصيه بها إتلافا لبعض التركه، كى يحتسب عليه من الثلث.

و من هنا قد كانت الوجوه السابقه على ما سمعت، بل لا فرق فى ذلك بين الوصيه لتمام المنفعه أو بشىء منها و بين المؤبده و غير المؤبده، فما عساه يظهر من قواعد الفاضل من الفرق حيث جعل التقويم فى الوصيه باللبن له دون العين فى غير محله و إن علله فى جامع المقاصد بأن اللبن نفسه عين، و إن عد منفعه عرفاً.

لكن قد عرفت أن المدار التجدد لا ذلك، و لذا لم يفرق المصنف بين خدمه العبد و ثمره البستان و غيرها فى ذلك، كما هو واضح، و لو لم يكن له غير العبد الذى أوصى بخدمته مؤبداً مضت وصيته فى ثلثه خاصه، لكن هل يعطى من المنفعه مده تقابل مقدار الثلث، ثم يرد إلى الورثه، أو يكون له منها ما يقابل الثلث مؤبداً و لو عشر المنفعه أو أقل؟ وجهان: أقواهما الثانى: و الله العالم.

و على كل حال ف إذا أوصى بخدمه عبده أو دابته مده معينه فنفقته على الورثه بلا خلاف و لا إشكال لأنها فى النص و الفتوى

تابعه للملك المفروض كونه للوارث، بل الظاهر كونها كذلك في المؤبد، و إن توقف فيه الفاضل في القواعد مما عرفت، و من كون الموصى له قد ملك المنفعة فكان كالزوج بل هي المقابلة للمنفعة، إذ من كان النفع له، كان الغرم عليه، و إلا لاقتضى الإضرار بالوارث كل ذلك مضافا إلى أصله البراءة المقتصر في الخروج منها على المتيقن، و هو المملوك ملكا تاما، بل لعل الفرض لا يندرج في المنساق من المملوك.

و من هنا قيل بكون النفقة على الموصى له، لكن فيه أن بعض ما ذكره وارد في الموقته أيضا مشترك الإلزام، ضروره عدم اندراج الموصى له في المنساق أيضا، مع أن الأصل براءة ذمته، و فرق بينه و بين الزوج الواجب عليه النفقة مع الدليل عوض التمكين من الاستمتاع خاصة، بل هو أشبه شىء بالعين المستأجره.

و من هنا احتمل أو قيل بكون النفقة من بيت المال مطلقا أو إذا عجز كسبه عنه إلا أن الجميع كما ترى اجتهاد في مقابله إطلاق ما دل على وجوب الإنفاق على المالك الذى هو الوارث قطعا، و لا ينافيه عدم التسلط على المنفعة، و ليس ذلك من الضرر المنفى فى الشريعة، بل هو كنفقه الحيوان الذى بطل الانتفاع به، مع أنه متمكن من إزالته بالعتق مثلا، و القياس على الزوج ليس من مذهبنا، مع أنه مع الفارق، و بيت المال معد لغير ذلك، و الحكم بأخذ النفقة منه متوقف على الحكم بعدم كونها على أحد، و هو محل البحث.

نعم قد يتجه أخذها منه لو أعتق، و فرض عدم حدوث مال له باتهاب و نحوه فإنه حينئذ عاجز لمملوكيه منافعه، و عدم المالك له، و أما لو كان له مال أنفق عليه منه لأن الحر القادر نفقته عليه، إلا فى الزوجه، هذا.

و فى القواعد لو أسقط الموصى له الخدمه أى الموصى بها مطلقه أو موقته فللوارث.

قلت: لعل وجهه إن ذلك من الحقوق التى تسقط بالإسقاط، و لما فى جامع المقاصد من أن مناط المنافع المذكوره الذمه، و إن تعلقت بالرقبه كما لو استأجره على وجه خاص، ثم أبرأ ذمته أو أسلفه فى حنطه و شرط كونها من حنطه بلد، ثم أبرأ ذمته حينئذ، فيكون حقا للوارث، لأن ما يوهب للعبد فهو لسيد.

لكن فيه إمكان منع ذلك، بل هو تمليك لمنفعة العبد بالوصية نحو تمليك منفعة الدابة بها و بالإجاره مثلا، فليس موردها الذمه، و العبد لا ذمه له يتحقق فيه مثلا ذلك نحو الحر، مع أنه يمكن فرض المقام فى عبد لا ذمه لصغر، أو جنون أو غيرهما، و العبد غير قابل للهبة كالدابة، و المنافع و إنما أثر فى الرقبه، و بقيت المنافع مستثناه مملوكه، فإذا أسقط حقه منها رجعت إلى الوارث، لكونها متلقاه عن مورثه للموصى له، فإذا أبطل حقه منها عادت إلى الوارث، لقيامه مقامه».

و فيه أن المتجه على ما ذكره أولا كونها للعبد، لأنه إذا جعل محلها الذمه- و لذا أسقطها بالإسقاط- اتجه حينئذ عدم ملك أحد غيره لمنافعه، بل على ما ذكره أخيرا أيضا فإنه هنا حر قابل للتمليك، هذا كله فى العبد أو الدابة الموصى بمنفعتها أما لو كان الموصى بمنفعته نخلا مثلا أو دارا فاحتاجا إلى السقى و التعمير لم يجبر أحدهما لو امتنع، لأن المالك لا يجبر على المصلحه، و لا على مصلحه غيره.

نعم لو أراد أحدهما على وجه لا يضر بالأخر، لم يكن له المنع على الظاهر، فما فى المسالك من احتمال طرد الخلاف فى نفقه الحيوان بناء على وجوب ذلك على المالك حفظا للمال، لا يخلو من نظر، إذا لمسلم حرمة إتلافه سرفا و تبذيرا، لا وجوب حفظه بالمعنى المفروض، بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين المنفعة المؤبده و غيرها كما هو واضح و الله العالم.

و كيف كان ف للموصى له التصرف فى المنفعة على وجه لا- ضرر فى العين، بل على حسب التصرفات فى المنافع و للورثه التصرف فى الرقبه ببيع و عتق و غيره مما هو غير مناف للمنفعه و لا يبطل حق الموصى له بذلك بلا خلاف معتد به، و لا إشكال أجده فى شىء من ذلك لتسلط كل مالك على ملكه، و ليسا كالشريكين اللذين لا يجوز لأحدهما التصرف فى العين المشتركة إلا- بإذن الآخر لعدم التميز بخلافه هنا، فإن ملك كل منهما مميز عن الآخر على وجه يمكن التصرف فيه من دون منافاه، و لا ضرر على الآخر، و أما تسليم الموصى له العين من غيره فالبحت فيه ما سمعته فى الإجاره، و لا فرق فى استيفاء منفعتة منه بين السفر و الحضر بعد فرض شمول اللفظ لذلك، و لو بالتعميم و الإطلاق

الذى بمنزلته.

نعم فى قواعد الفاضل «لا- يملك الوارث ببيعه أى الموصى بمنفعته إن كانت المده مؤبده، أو مجهوله لجهاله وقت الانتفاع المقتضى لتجهل المبيع فى المجهوله و لسلب المنافع فى المؤبده، فتكون كالحشرات».

وفيه أن المشتري بالبيع يكون كالبائع، و جهل المده التى ينتفع بها الموصى له إذا فرض الوصيه له بمنفعه سنه مثلا و الخيار بيده لا لتجهل المبيع، كما أن الوصيه بالمنافع كلا فى مثل العبد لا يصيره كالحشرات، ضروره بقاء الانتفاع بعته مثلا، و لو فرض عين سلب عنها المنافع جميعا بالوصيه على وجه يكون شراؤها و نحوه من معاوضات الأموال سفها، اتجه المنع حينئذ، و لعل ذلك هو المدار من غير فرق بين بيعه على الموصى له و غيره، فما فى القواعد «من أنه لا يملك الوارث بيعه، أى العبد الوصى بمنفعته، مؤبده، إلى أن قال: و هل يجوز بيعه من الموصى له، فيه نظر» لا- يخلو من بحث، بل لا يخلو ما فيها من الإشكال فى الاجتزاء بعته عن الكفاره، و فى صحه مكاتبته من البحث أيضا، ضروره إطلاق أدله الكفاره و الكتابه، و امتناع الاكتساب عليه لا ينافى الثانيه لا مكان أخذ مالها من الصدقات مثلا.

و على كل حال فالوصيه بذلك تمليك عندنا لا عاريه، فلو مات الموصى له ورث عنه و تصح إجارته، و إعارته، و لا يضمن العبد إذا تلف فى يده بغير تفريط، و يدخل اكتساب العبد من الاصطياد و الاحتطاب فى منافعه، فيملكه الموصى له حينئذ، بل الظاهر ذلك حتى لو أعتق و أن استشكل فيه فى القواعد.

نعم الظاهر عدم ملكه ولد الجاربه بذلك، لأنه لا يعد من منافعها بخلاف عقرها و إن دخل فى نماء الوقف على وجه يملكه الموقوف عليه باعتبار ملكه ذى النماء و هو المراد بتسييل المنفعه لا أنه يندرج فى إطلاق المنفعه الذى هو موضوع المسأله و لذا قلنا بخروج الولد دون العقر، و كذا فى الإجاره فتأمل.

لكن فى القواعد «و فى تمليك ولد الجاربه و عقرها إشكال ينشأ من بطلان الوصيه بمنفعه البضع، و كون الولد جزء من الأم يتبعها فى الأحكام، و من كون ذلك كله من المنافع».

و فيه منع بطلان الوصيه بمنفعه البضع، و إن كان لا- يجوز له الوطاء بذلك إذ لا- تلازم بينهما بعد توقف الأخير على أسباب خاصه، و لا يملك الموصى له الوطاء لأن له أسبابا خاصه ليست الوصيه منها، بل فى القواعد و يمنع الوارث أيضا منه، و إن كان لا يخلو من بحث، لأنه من الاستمتاع الذى يتبع ملك العين كالتقيل و التلذذ بالنظر و اللمس فإذا فرض وقوعه على وجه لا ينافى ملكيه المنفعه اتجه الجواز، و احتمال الحبل المنقص للمنفعه يدفعه- مع أن الأصل عدمه- إمكان فرضه فى جاريه آيسه منه.

نعم قد يتجه المنع بناء على ما قلناه من اندراج منفعه البضع فى ملك المنفعه للموصى له، و الأولى بناء المسأله على ذلك، و يفرق بينه و بين النظر و اللمس، بعدم عوض لهما شرعا بخلافه، و حينئذ يتجه وجوب العقر عليه للموصى له. مضافا إلى الإثم، و الله العالم.

و على كل حال فإن وطاء أحدهما فهو شبهه لأحد عليه، مع احتمال فى الموصى له، بل قوته مع فرض علمه بعدم جواز الوطاء له، ضروره كونه وطاء أجنبيه كوطى المستأجر و تصير أم ولد لو حملت من الوارث، لا منه، و لو وطات للشبهه، فعلى الواطئ العقر للموصى له، و فى القواعد على اشكال، و إذا أتت بولد فهو حر و على الواطئ قيمته للوارث على ما قلناه، و فى القواعد فإن قلنا الموصى له يملك الولد فالقيمه له، و إلا فللوارث و لو ولدت من الموصى له فهو حر بناء على أن وطيه شبهه، و عليه القيمه للوارث على ما قلناه.

و للموصى له المسافره بالعبد الموصى بخدمته، و ليس للعبد التزويج إلا برضا الوارث، و فى اعتبار رضى الموصى له مع ذلك اشكال، و فى القواعد اعتباره أيضا، بل هو الأقوى بناء على اندراج منفعه البضع فى المنفعه الموصى بها.

و إذا قتل الموصى بخدمته أبدا و وجب القصاص، بطلت الوصيه، و كان المطالب به الوارث، و لو كان القتل موجبا للقيمه صرفت إلى الوارث على الأقوى، لانتهاء الوصيه بانتهاء العمر، كالإجاره، و يحتمل شراء عبد حكمه ذلك، و تقسيطها بينهما، بأن تقوم المنفعه المؤبده، و العين السلوبه المنفعه، و يسقط عليهما.

و لو قطع طرفه اختص الوارث بأرشه على الأقوى، و يحتمل التقسيط أيضا، و لو لم تنقص.

به المنفعة كالأئمنه فهو للوارث قطعاً، و لو جنى العبد قدم حق المجنى عليه على الموصى له، فإن بيع بطل حقه، و إن فداه الوارث استمر حقه، و كذا ان فداه الموصى له، و هل يجبر المجنى عليه على قول قبول فداء الموصى له؟ اشكال من تعلق حقه بالعين و من كونه أجنبياً عن الرقبه التي هي متعلق الجنايه، و كذا الكلام فى المرتهن.

و من ذلك كله ظهر لك أن للمالك نفعاً فى العين الموصى بمنفعتها بحيث يجوز له بيعها، لا- أنها صارت بالنسبه إليه كالحشرات، و الله العالم.

و لو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب و هى الفارسيه التي يرمى بها و قوس النبل و هى العربيه التي يرمى بها السهام العربيه و قوس الحسابان و هى التي لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار، فيتخير حينئذ فى دفع أحدها بناء على القاعده التي ستعرفها إن شاء الله تعالى، دون القوس المسمى بالجلاهق، و هى التي يرمى بها البندق، و دون قوس الندف، خلافاً لابن إدريس، فخير بين الخمسه و لعله لا- نزاع، ضروره كون المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصيه، و ربما تكون الخمسه بالنسبه إليه سواء.

و ربما يختص بواحد، كما اعترف به ثانى الشهيدين، حيث قال: «لا ريب فى أن المتبادر فى زماننا هو القوس العربيه خاصه، بل قوس الحسابان لا يكاد يعرفه أكثر الناس و لا ينصرف إليه فهم أحد من أهل العرف».

فالتحقيق جعل المدار على العرف الذي تحمل عليه الوصيه، دون غيره و لو كان لغه إلا- مع قرينه تدل على إرادته غيرها أى القوس المتعارفه، فإنها المتبعه حينئذ كما هو واضح.

و الظاهر عدم دخول الوتر فيه لتحقيق اسمه بدونه، و إن توقف نفعه عليه، فإنه المدار لا الثانى.

نعم لو كان هناك عرف يقتضى أو قرينه أتبعاً، و إلا فلا و كذا كل لفظ

وقع معناه على أشياء وقوعا متساويا لكونه متواطئا فللورثة اختيار في تعيين ما شاء و امنها لصدق تنفيذ الوصيه بذلك، و الأصل عدم وجوب غيره كما أن الأصل عدم ثبوت حق الخيار لغير الوارث مع فرض عدم إيضاء الموصى به لغيره كما سمعته فيما تقدم هذا.

و لكن في المسالك إدراج المشترك لفظا في كليه المتن، و لعله لأعميه وقوع اللفظ من المشترك و المتواطىء، بل لعل الظاهر منه الأول، قال: و هو أعم فائده، و في عبارته العلامة تصريح بإرادته إلى أن قال: «و ربما قيل في المشترك بالقرعه، و هو بعيد».

قلت: بل هو قريب كما عن التذكرة و غيرها ما لم يقيم دليل معتبر على خلافه، لكن ظاهر إرسال غير واحد من الأصحاب لذلك هنا إرسال المسلمات - مع معلوميه إرادته المتكلم بالمشارك واحدا معينا عند المتكلم، بل هو معنى المشارك - ان العرف في الوصيه يقتضى إرادته المسمى بهذا الاسم، و هو المسمى بعموم الاشتراك، و لعله كذلك عند التأمل و الله العالم.

و في القواعد «و الضابط ان كل لفظ يقع على الأشياء وقوعا متساويا، أما لكونه مشتركا أو لكونه متواطئا، فإن للورثة الخيار في تعيين ما شاءوا، و يحتمل في المشترك القرعه، و يحتمل الحمل على الظاهر بالحقيقه دون المجاز».

قلت: قد يقال: أن الأخير مناف لما ذكره من الضابط، ضروره كون الحقيقه في المشارك إرادته المعين، لا عموم الاشتراك الذى صرح به سابقا، بل يمكن دعوى ظهور عبارته المتن فيه أيضا كما سمعته سابقا.

هذا كله إذا أوصى بالقوس و نحوه من دون قرينه.

أما لو قال: أعطوه قوس، و لا- قوس له إلا- واحده، انصرفت الوصيه إليها من أى الأجناس كانت بلا خلاف و لا اشكال، و لو فرض ان له قسما متعدده و لا واحده تنصرف إليه الإضاافه، و تخير بينها كالسابق.

و في المسالك «لكن نزيد هنا أن الحكم يختص بما لو كان له من كل نوع، فلو كان له من نوعين خاصه، أو ثلاثه، فإن كان أحدهما خاصه من الغالب حمل عليه، و ان اشترك الغلبه

تخير الوارث، و إن تعدد الغالب مع وجود غيره كما لو كان قوس، ندف، و قوس نبل و قوس حسابان تخير فى الأخيرين، و لو لم يكن له إلا- قوس ندف و جلاهاق خاصه ففى التخير بينهما أو الانصراف إلى الجلاهاق لأنه أغلب، و جهان: و على ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع إليه هنا فتأمل.

و على كل حال ف لو أوصى برأس من ممالیکه، كان الخيار فى التعيين إلى الورثه لما سمعته من الضابط الذى هذا أحد أفراده و حينئذ ف يجوز أن يعطوا صغيرا أو كبيرا، صحيحا أو معيبا ذكرا أو أنثى أو خنثى لصدق اللفظ و عدم الانصراف إلى الصحيح هنا، بخلاف التوكيل فى الابتیاع و نحوه، لكونها من التبرعات المحضه بخلاف عقود المعاوضه المبنيه على حفظ المال، و المماكسه، و المغابنه.

و إنما يتخير الوارث مع وجود المتعدد فى التركه، و إلا- تعين الموجود، و لو لم يكن له مملوك بطلت، و هل المعتبر الموجود عند الوصيه أو الموت أجودهما الثانى لأنه وقت الحكم بالانتقال و عدمه، كما اعتبر المال حينئذ، و وجه الأول اضافه الممالیک إليه المقتضيه لوجود المضاف.

و لو هلك ممالیکه بالموت بعد وفاته أى الموصى أو قبلها الا واحدا تعين للعطيه كما فى كل مخير انحصر فى فرد فإن ماتوا أجمع كذلك بطلت الوصيه بمعنى انتفاء موضوعها فإن قتلوا على وجه يوجب القيمه لم تبطل (١١) الوصيه و كان للورثه أن يعينوا له من شاءوا و يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، و إلا- أخذها من الجانى (١٢) لانتقال حق الوصيه إلى البدل القائم مقام المبدل عنه فى ذلك و فى التخير، من غير فرق بين الكل و البعض، و لو قتلوا فى حياه الموصى ففى المسالك بعد أن حكى الخلاف فى ذلك قال: ان الأصح عدم بطلان الوصيه و انتقال حكمها إلى البدل.

قلت: لكن الانصاف عدم خلو الأول عن قوه، كالعین الموهوبه قبل القبض و الله العالم.

[الإشهاد على الوصيه]

و تثبت الوصيه: (١٣) بمال أو ولاية بشاهدين مسلمين عدلين (١٤) بلا خلاف و (١٥) لا اشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، لعموم ما دل على حجيتها كما لا خلاف

فى أنه مع الضروره و عدم عدول المسلمين، تقبل شهاده أهل الذمه خاصه فى الأولى منها، بل عن فخر الدين و ظاهر الغنيه و صريح الصيمرى الإجماع عليه، و هو الحجه بعد الكتاب (١) و المعبر المستفيضه التى من كثير منها يعلم اشتراط قبول شهادتهم بالضروره، و اختصاص هذا الحكم بأهل الذمه خاصه فيقيد به حينئذ، و بالإجماع إطلاق الكتاب و ما شابهه من السنه.

نعم فى

خبر يحيى بن محمد (٢) عن الصادق (عليه السلام) «فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله (صلى الله عليه و آله) سن فيهم سنه أهل الكتاب فى الجزيه»

و نحوه

المضمّر (٣) قال: «الذنان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم تجدوا من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله (صلى الله عليه و آله) قال: سنوا بهم سنه أهل الكتاب، و ذلك إذا مات الرجل بأرض غربه فلم يجد مسلمين يشهدهما، فرجلان من أهل الكتاب»

إلا أنى لم أجد عاملا به من الأصحاب، فلا يصلح للخروج عما دل على اعتبار العداله بالمعنى الأخص فى الشاهد.

اللهم إلا أن يدعى اندراجهم فى إطلاق الأصحاب، أهل الذمه و أهل الكتاب، بناء على أنهم منهم، لكن الظاهر المنساق خلافه، فالمتجه عدم قبول شهادتهم، كما أن المتجه قصر الحكم فى خصوص المقام، اقتصارا فيما خالف المعلوم من قوانين الشرع و قواعد على المتيقن، فما عساه يظهر من تعليل قبول شهادتهم فى غير واحد من نصوص المقام (٤) بأنه لا يصلح ذهاب حق أحد من التعميم لا محيص من الخروج عنه، لما عرفت، بل قد يقال: بعدم قبول شهاده أهل الذمه حال عدم العلم بتحقيق الضروره التى هى شرط ذلك، لظاهر جملة من النصوص و الفتاوى و اقتصارا على المتيقن فيما خالف الأصل، و الشك فى الشرط شك فى المشروط.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد مما فى النص و الفتوى بيان المانع، و إن برز بصوره الشرط،

١- ١ سورة المائدة الآيه- ١٠٦.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٦- و ذيله.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٦- و ذيله.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب أحكام الوصايا.

و إلا بطلت فائده مشروعيه هذا الحكم غالبا المستفاده من النصوص أيضا ضروره ندره معرفه الاضطرار للموصى على وجه يعلم به ذلك شرعا فيتجه حينئذ القول بقبول شهادتهم ما لم يعلم التمكّن من غيرهم، بل لعله هو مقتضى إطلاق الآية (١) و بعض النصوص أيضا، و هو قوى متين.

و على كل حال، فالظاهر أن التمكّن من المسلمين الفاسقين و لو بغير الجنايه- و الكذب كعدمه، لعدم قبول شهادتهم، و لو فى حال الاضطرار، و القياس على ما ثبت من قبول أهل الذمه محرم، لعدم إحاطه العقل بمصالح ذلك و مفسده، بل و لا المجهولين أيضا بل و لا العدل الواحد و إن أمكن التوصى به إلى إثبات الحق مع اليمين من الموصى له إلا أنه لم يعلم إمكانها منه، لاحتمال عدم علمه، بل و مع علمه، لإمكان تحاشيه بل و إن لم يتحاش.

لكن ظاهر النصوص تحقق الضروره بفقد العدلين، بل الظاهر تحققها و ان تمكّن من النساء الثلاثه التى يثبت بها ثلاثه أرباع الموصى به، فضلا على الاثنين و الواحده لظهور النصوص فى أن المدار فى قبولها على عدم التمكّن مما يثبت به تمام المطلوب من المسلمين، و هو متحقق فى الفرض فلا يقال: أنه مضطر فى مقدار الربع خاصه، كما أنه لا يقال: أنه متمكّن بالمرأه الواحده.

باعتبار تمكّنه من اشهادها على ما يزيد على مطلوبه بثلاثه أرباع، و هكذا فى الاثنين، فإن مثله لا يعد تمكّنا كما لا يخفى على من تأمل النصوص و الظاهر أنه لا يجوز للمرأه العالمه بقدر الموصى به، و أنه لا شريك لها فى الشهاده تضعيف المشهور به على وجه يصلح للموصى له، مقدار ما أوصى به له، للكذب المحرم الذى مثل ذلك لا يعد مصلحه لتسويغه، لعدم الظلم بمنع ما لم يثبت شرعا كونه له، و إن كان فى الواقع أنه له.

ثم إن الظاهر اعتبار العداله فى أهل الذمه فى دينهم، وفاقا لصريح جماعه و ظاهر آخرين، اقتصارا على المتيقن و للتصريح به

فى خبر حمزه بن حمران (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: «سألته عن قول الله عز و جل «ذُوا عَيْدَلٍ» الى آخر الآيه قال: اللذان منكم مسلمان،

١-١ سورة المائده الآيه- ١٠٦.

٢-٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٧.

و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إنما ذلك إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه و طلب رجلين مسلمين ليشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين، فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما»

بل هو ظاهر غيره أيضا بل لعله الظاهر من قوله تعالى «أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ» بعد تقدم اعتبارها في الشاهدين منا، فيكون المراد ثبوتها بالعدل من منا أو من غيرنا، و أما اعتبار حلفهما مطلقا، أو بعد صلاة العصر بالكيفية الموجودة في الآية مطلقا، أو مع الريبه فيهم كما في الآية أيضا فهو محتمل، بل حكي عن العلامة بل ظاهر الكركي و غيره القول به، في صورته الريبه للآيه و بعض النصوص المفسره لها الظاهر في كون الحكم ما فيها،

قال الصادق (عليه السلام) في خبر يحيى بن محمد (١) متصلا بما سمعته سابقا من صدره، و ذلك «إذا مات الرجل في أرض غربه فلم يجد مسلمين أشهد رجلين من أهل الكتاب يحبسان بعد العصر فيقسمان بالله تعالى «لا نَشْتَرِي» إلى آخر الآية قال: و ذلك إن ارتاب ولي الميت في شهادتهما، فإن عثر على أنهما شهدا بالباطل، فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجيء شاهدان يقومان مقام الشاهدين الأولين، فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتِنَا أَحَقُّ مِنْ شَهَادَتَيْهِمَا، وَ مَا اعْتَدَيْنَا إِنَّا إِذَا لَمِنَ الظَّالِمِينَ فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ نَقُضُ شَهَادَةَ الْأُولَى وَ جازت شهادته الآخرين يقول الله تعالى (٢) «ذَلِكَ أَدْنَى»

إلى آخر الآية، لكن قد يقوى في النظر خلافه لإطلاق جمله من النصوص معتضدا بخلو فتوى المعظم عن ذلك على وجه يعلم منه عدم اعتباره، فلا بد من ارتكاب النسخ الذي لا وجه

للقول بعدم صلاحه مثل ذلك له، ضروره كونه كالتخصيص أو الندب احتياطا في الأمر و استظهارا، و إن كان لم يذكره المعظم أيضا، و منه يعلم قوه احتمال الأول.

و لكن الاحتياط مع إمكانه لا ينبغي تركه، بل ينبغي أن يكون حلفهما بما في الآية، و بعد صلاة العصر الذي هو محل اجتماع الناس، كما فعله رسول الله (صلى الله عليه و آله) على ما في الخبر (٣) و يقوى أيضا عدم اعتبار السفر في قبولها أيضا، و فاقا للأكثر، بل في ظاهر المتن في باب

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٦.

٢- ٢ سورة المائدة الآية ١٠٧.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

الشهادة الإجماع عليه، بل فى الرياض لم أجد فيه مخالفاً إلا نادراً، وإن تضمنته الآية، إلا أنه خارج مخرج الغالب، فلا يصلح لتقييد ما دل على قبولها فى السفر الحضر من النصوص حينئذ كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك عن ذلك كله قبول شهادة أهل الذمه فى الجملة لكن قوله تعالى (١) «فَإِنْ عُثِرَ» إلى آخر الآية قد تضمن حكماً لم يتعرض له أكثر الأصحاب ولا تصدوا له، ولم ينصوا على النسخ، ولا على عدمه، مع أن النص قد تعرضت له أيضاً فإن فى

خبر يحيى بن محمد (٢) عن الصادق (عليه السلام) بعد أن ذكر شهادة الذميين و حلفهما قال (عليه السلام): «فإن عثر على أنهما شهدا

بالباطل فليس له أن ينقض شهادتهما حتى يجىء شاهدان يقومان مقام الشاهدين فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ لَشَهَادَتُنَا أَحَقُّ إِلَى آخِرِ الْآيَةِ فَإِذَا فَعَلَى ذَلِكَ نَقَضَ شَهَادَةَ الْأَوَّلِينَ وَ جازت شهادة الآخرين يقول الله عز و جل «ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ» إلى آخره.

و فى مرسل على بن إبراهيم (٣) قال: خرج تميم الدارى و ابن بندى و ابن أبى ماريه فى سفر و كان تميم الدارى مسلماً و ابن بندى و ابن أبى ماريه نصرانيين، و كان مع تميم الدارى خرج له فيه متاع و آنيه منقوشه بالذهب و قلاده و أخرجهما إلى بعض أسواق العرب للبيع فاعتل تميم الدارى عله شديده فلما حضره الموت دفع ما كان معه إلى ابن بندى و ابن أبى ماريه أن يوصلاه إلى ورثته فقد ما إلى المدينه و قد أخذنا من المتاع الآنيه و القلاده و أوصلا سائر ذلك إلى الورثه فافتقد القوم الآنيه و القلاده فقالوا لهما هل مرض صاحبنا مرضاً طويلاً أنفق فيه نفقه كثيره؟ قالوا:

لا، ما مرض إلا أياماً قلائل، قالوا: فهل سرق منه فى سفره هذا؟ قالوا: لا قالوا: فهل اتجر تجاره خسر فيها؟ قالوا: لا، قالوا: فقدنا أفضل شىء كان معه: آنيه منقوشه بالذهب مكلله بالجوهر، و قلاده. فقالوا: ما دفع إلينا فقد أديناه إليكم فقدموهما إلى رسول الله (صلى الله عليه و آله) فأوجب عليهما اليمين، فحلفا فخلا عنهما، ثم ظهرت تلك الآنيه و القلاده عليهما، فجاء أولياء

١- ١ سورة المائدة الآية- ١٠٨.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٢٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٦.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٢١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

تميم إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله) فقالوا: قد ظهر على ابن بندى و ابن أبى ماريه ما ادعينا فانتظر رسول الله (صلى الله عليه وآله) الحكيم من الله فى ذلك، فأنزل الله تبارك و تعالى «يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا» إلى آخر الآيه، فهذه الشهاده الأولى التى جعلها رسول الله (صلى الله عليه وآله) «فَإِنْ عَثِرَ عَلَىٰ أَنَّهُمَا اسْتَحَقَّا إِثْمًا» أى أنهما حلفا على كذب «فَأَخْرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا»، يعنى من أولياء المدعى من الذين استحق عليهم، و فيقسمان بالله، أى يحلفان بالله أنهما أحق بهذه الدعوى منهما فإنهما قد كذبا فيما حلفا بالله لَشَهَادَتِنَا أَحَقُّ إِلَىٰ آخِرِهِ فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ (صلى الله عليه وآله) أولياء تميم الدارى أن يحلفوا بالله على أمرهم، فحلفوا فأخذ رسول الله (صلى الله عليه وآله) القلاده و الآنيه من ابن بندى و ابن أبى ماريه و ردهما على أولياء تميم الدارى،»

و هو و إن كان مضمونه غير الأول، ضروره صراحته فى حلف أولياء تميم بمجرد دعواهم، إلا- أنه على كل حال مخالف للضوابط و القواعد.

نعم فى غير هذا الخبر أن النصرانيين قد ادعى شراء عن تميم، و أنكرهما الورثه، و لعل هذا الوجه فى تحليف الوليين، و يمكن أن يكون الإرث منحصر فىهما و لذلك حلفا إلا أن ذلك كله أجنبى عن ظاهر الآيه، كما ان هذا الخبر الذى هو السبب فى نزول الآيه أجنبى عما عند الأصحاب من قبول شهاده أهل الذمه فى الوصيه لعدم تضمنه شيئا من ذلك.

و على كل حال فالعمل على ظاهر الآيه ما لم يثبت نسخها، و قد أظن فى مجمع البيان فى تفسيرها و إعرابها و قراءتها حتى حكى عن الزجاج من ثم «فَإِنْ عَثِرَ» إلى آخر الآيه أصعب آيه فى القرآن إعرابا خصوصا على قراءه فاستحق بالبناء للفاعل، و ليس المقام مقام تحرير ذلك فراجع و تأمل، و ان كان الأظهر جعل الأوليان خبر مبتدأ محذوف أى هما الأوليان، بمعنى هما اللذان بقومان و يحلفان من بين الذين استحق عليهم أى الورثه أو استحق الموصى له عليهم على قراءه البناء للفاعل.

و لو شهد عدل و ذمى فالأقرب وجوب اليمين حينئذ كما فى القواعد و لعله لعدم تمام الحجه بهما. و إن كان العدل أولى من الذمى، لكنه خارج من مفروض المشروعيه و لا- عبره بمثل الأولويه المزبوره بل هى فى الحقيقه قسم من الاستحسان، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف فى أنه تقبل فى الوصيه بالمال شهاده العدل

ال واحد مع اليمين بل و لا إشكال لإطلاق دليله، بل يمكن تحصيل الإجماع من الخاصه عليه فما في نافع المصنف من التردد في ذلك في غير محله أو شاهد عدل ذكروا مرأتين ثقتين، بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق ما دل على ذلك الشامل لما نحن فيه بل هو أخف و لذلك اختص بأنه تقبل فيه شهاده الامرأه الواحده العادله لكن في ربع ما شهدت به، و شهاده اثنتين في النصف و شهاده الثلاث في ثلاثه الأرباع و أما شهاده الأربع في الجميع فهو مشترك بين المقام و غيره، من الأموال من غير خلاف في شىء من ذلك أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، فضلا عن محكيه و الأصل فيه المعبره المستفيضه منها

قول الصادق (عليه السلام) في خبر ربيعى (١) «في شهاده امرأه حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل فقال: يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها»

و منها

قول أبى جعفر (عليه السلام) (٢) «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى وصيه لم يشهدا إلا- امرأه أن تجوز شهادتها فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها»

و لا يعارضها

خبر عبد الرحمن (٣) سألت أبى عبد الله (عليه السلام) عن المرأه يحضرها الموت و ليس عندها إلا امرأه تجوز شهادتها قال تجوز شهاده النساء فى العذره و المنفوس، و قال: تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجل»

و مضممر عبد الله (٤) «سألته عن امرأه حضرها الموت و ليس عندها إلا امرأه أ تجوز

شهادتها؟ فقال: لا تجوز شهادتها إلا فى المنفوس و العذره»

ومكاتبه أحمد بن هلال إلى أبى الحسن (عليه السلام) «امرأه شهدت على وصيه رجل لم يشهدا غيرها و فى الورثه من يصدقها، و منهم من يتهمها فكتب: لا، إلا أن يكون رجل و امرأتان، و ليس بواجب أن تنفذ شهادتها»

لقصورها عن المقاومه من وجوه، فلا بأس بطرحها، أو حملها على إرادته عدم نفوذها فى الجميع، و الأول منها على إرادته قبولها فيما هو أعظم من الوصيه، و الثانى على الاستفهام الإنكارى و نحو ذلك.

نعم الظاهر قصر الحكم على مورد النص فلا يتعدى منه إلى غيره، كقبول شهاده الرجل

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٦.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٧.

الواحد فى النصف باعتبار كونه بمنزله شهاده امرأتين و إن احتمال، لكنه فى غير محله، بل قد يقال: بعدم ثبوت الربع به فضلا عن النصف، و إن اختاره الفاضل و اثنى الشهيدين و غيرهما، لابتناء الحكم على مصالح يقصر العقل عن إدراكها.

و من ذلك يعلم أن الخنثى المشكل لا يثبت بشهادتها وحدها شىء لعدم العلم بكونها امرأه، و أما الخنثيان فيثبت الربع فقط، و الثلاثه ثلاثه أرباع، و الأربعة تمام المشهود عليه كما هو واضح بأدنى تأمل.

ثم ان مقتضى إطلاق النص و الفتوى عدم توقف قبول شهادتهن فيما عرفت على اليمين خلافا للمحكى عن التذكرة فقال: بتوقفه عليه كذلك، كما فى شهاده الرجل الواحد، و فيه أنه لا دليل هنا على اعتبار اليمين، بل ظاهر الأدله خلافه، كما عرفت على أن اليمين مع شهاده الواحد توجب ثبوت الجميع، فلا يلزم مثله فى البعض، و التزامه فيما إذا انضم إلى شهاده الاثنتين أو الثلاثه باعتبار قيامهما مقام الرجل بخلاف الواحد، يدفعه أن مقتضى النصوص النصف فى الأول، و ثلاثه الأرباع فى الثانى، بمجرد الشهاده، و وجود اليمن مع عدم اعتبار الشارع لها بمنزله العدم و قيام الاثنتين مقام الرجل فى بعض الموارد، لا يستلزم قياس ما نحن فيه عليه، حتى أنه يخرج عن مقتضى ظواهر النصوص بذلك، و كذا لا يشترط فى قبول شهادتهن هنا فقد الرجال للإطلاق خلافا للمحكى عن الإسكافى و الطوسى فاشترطاه، و لا ريب فى ضعفه.

نعم لا يعتبر فى شهادتهن غير العداله، فلا تجزى شهاده الفاسقه و لا الذميه، و لو فى مقام تقبل فيه شهاده ذكورهم، إذا فرض عدمهم، اقتصارا فيما خالف الضوابط على المتيقن، و هو ذكور أهل الذمه دون نسائهم، و لو مع فقد ذكورهم، و ذكور المسلمين و نسائهم كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كان ف لا تثبت الوصيه بالولاية إلا بشاهدين مسلمين عادلين للأصل السالم عما يقتضى قطعه بغير ذلك لعدم ثبوت حجيته، و حينئذ ف لا تقبل شهاده النساء فى ذلك منفردا بل فى المسالك و محكى غيرها نفى الخلاف فيه، لأنها ليس وصيه بمال، بل هى تسلط على تصرف فيه و ليس مما يخفى على

الرجال غالباً، و ذلك ضابط محل قبول شهادتهن منفردات نسا و فتوى.

قلت: كما أن ضابط قبولهن منضمات كون المشهود عليه مالا لا ولاية.

لكن قد يناقش بأنها قد تتضمن المال، كما إذا أراد الوصى أخذ الأجره و الأكل بالمعروف بشرط، و بأن الولاية و إن لم تكن مالا لكنها متعلقه به، كبيعته و إجارته و إعارته، و نحو ذلك، و من ذلك يتجه القول بالقبول، لعموم ما دل على قبول خبر العدل الشامل للذكر و الأنثى، و لو بقاعده الاشتراك.

اللهم إلا- أن يقوم إجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهن منفردات و منضمات، كما هي عساه يشعر به فى الجملة نفى الخلاف المزبور مؤبدا بعدم العثور على ما ينافيه، و بتقرير من تأخر عنه عليه على وجه يظهر منه الاعتراف به.

و على كل حال ف هل تقبل فيها شهاده العدل الواحد مع اليمين؟ فيه تردد (أظهره المنع) عند المصنف خاصه فى الكتاب خاصه ينشأ مما عرفت لكن فى المسالك قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف فى المسأله، و لا تردد، و لذا وافقهم المصنف فى مختصر الكتاب على القطع، بل فى الرياض أن النصوص كالاتفاق المحكى فى المسالك و غيرها متفقه الدلاله على انحصار قبولهما فى الحقوق المالىه.

قلت: بل لعل الأصل أيضا يقتضى عدم ثبوتها بعد قيام الأدله على اعتبار التعدد فى الشهاده، و قيام اليمين مقام الواحد غير ثابت فى المقام فتأمل جيدا.

فإنه قد أشبعنا الكلام فى المسأله فى كتاب القضاء و الشهادات، و منه يعلم قوه القول بالاكفاء به بل و المرأتين و اليمين فضلا عنهما مع الرجل فلاحظ و تأمل.

و أما شهاده أهل الذمه فقد يقال: ان مقتضى إطلاق الآيه و الروايه قبولها فيها أيضا بالشرط المزبور، و لعله لذا و لأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها فى القواعد لكن قال: أقربه العدم، و لعله كذلك اقتصارا فيما خالف الضوابط الشرعيه على المتيقن، و لا إطلاق فى الأدله بحيث

تطمئن به النفس على قبولها في ذلك بعد اقتصار المعظم على المال فلاحظ و تأمل . و الله العالم .

و لو أشهد إنسان عبدين له، على حمل أمته أنه منه، ثم مات فأعتقا و شهدا بذلك بعد العتق قبلت شهادتهما و إن لم نقل بقبول شهادته العبد .

ل

لصحيح (١) «في رجل مات و ترك جاريه و مملوكين فورثهما أخ له فأعتق العبدین، ولدت الجاریه غلاما فشهدا بعد العتق أن مولاهما كان أشهد هما أنه كان يقع على الجاریه، و أن الحبل منه، قال: تجوز شهادتهما و يردان عبدين كما كانا» .

والموثق (٢) «عن رجل كان في سفر و معه جاريه له، و غلامان مملوكان فقال لهما: أنتما حران لوجه الله، و أشهد أن ما في بطن جاريتي هذه مني، فولدت غلاما، فلما قدموا على الورثة أنكروا ذلك، و استرقوهم، ثم أن الغلامين أعتقا بعد ذلك، فشهدا بعد ما أعتقا أن مولاهما الأول أشهد هما على أن ما في بطن جاريتيه منه قال: يجوز شهادتهما للغلام، و لا يسترقهما الغلام الذي شهدا له لأنهما أثبتا نسبه» .

مضافا إلى نفي الخلاف فيه، و في الرياض مع الإيضاء بالشهادة، بل في المسالك أن عليه أصحابنا، بل مع عدم الإيضاء خلافا للطوسي فخصها بالأول، و لا وجه له سوى دعوى أن أمر الوصيه أخف من غيره، و لذا قبلت فيه شهاده أهل الذمه، و هو كما ترى، و إلى ما تعرفه في محله من قبول شهاده العبد مطلقا .

و على كل حال اتفاقهم ظاهرا على الحكم هنا، و خلافهم في قبول شهاده العبد على أقوال متعدده، إما أن يكون للخبرين المزبورين المعتضدين بما عرفت، أو لأنهما حران في ظاهر الشرع، و في حق الورثة الذين شهدوا عليهم، و إن استلزم ذلك رقيتهما لغيرهم أخذا بإقرارهما، أو لعدم بينه على دعويهما العتق

من سيد هما الأصلي، و لا تنافي بين الأمرين، بعد أن كانا من الأحكام الظاهرية التي يمكن العمل بكل منهما نحو الصيد الواقع في الماء، فإنه يحكم بميتته و طهاره الماء، عملا بكلا الأصلين و ليس ما نحن فيه مما يستلزم من وجوده

١- ١ الوسائل - الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢ .

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ .

عدمه، لأن ذلك إنما هو فى الأحكام الواقعيه دون الظاهريه، فإن الأصحاب فى غير مقام يجرون كلا من الأصلين على مقتضى سببه الظاهر و إن تنافيا فى الواقع من غير فرق بين اتحاد الموضوع و تعدده.

و من ذلك يظهر لك ما فى المسالك حيث أنه بعد أن ذكر الصحيح المزبور قال: و هو مبنى إما على قبول شهاده العبد مطلقا أو على مولاه، لأنهما بشهادتهما للولد صارا رقا له، لتبين ان معتقهما لم يكن وارثا أو على أن المعتبر حرتهما حال الشهاده و إن ظهر خلافها بعد ذلك أو على أن الشهاده للمولى لا عليه، فتقبل كما هو أحد الأقوال فى المسأله.

و كيف كان فقد قيل: أنه لا يسترقهما المولود بمعنى أنه يحرم عليه ذلك عملا بظاهر النهى فى الموثق و قيل: يكره، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده المؤبده بظاهر الصحيح الأول، و إن كان يمكن أن يقال: أنه لا تعارض بينهما باعتبار ظهور الأول فى رجوعها مملوكين، و الثانى فى أنه يحرم عليه استرقاقهما و هما غير متنافيين.

لكن الإنصاف أن الأول ظاهر فى جواز بقائهما فينا فى الحرمة فى الثانى و من هنا حمل النهى على الكراهه، خصوصا بعد التعليل المزبور المشعر بها بل الظاهر فلا ريب أن القول بها هو الأقوى، و الله هو العالم.

و لا تقبل شهاده الوصى فيما هو وصى فيه، و لا ما يجربه نفعاً، أو يستفيد منه و لايه على المشهور بين الأصحاب بل الظاهر عدم الخلاف كما اعترف به غير واحد إلا من الإسكافى فجوز شهاده الوصى لليتيم فى حجره، و إن كان هو المخاصم للطفل، و لم يكن بينه و بين المشهود عليه ما يفسد شهادته من عداوه و نحوها، و مال اليه المقداد، بل و كذا ثانى الشهيدين، لكن قال: ان العمل على المشهور، بل فى الرياض بعد أن نقل ذلك قال: و هو حسن، أن بلغ الشهره الإجماع كما هو الظاهر منه و الا فمختار الإسكافى لعله أجود، لبعد التهمه من العدل، حيث أنه ليس بما لك، و لم يكن أجره على عمله فى كثير من الموارد.

و مضافا إلى

المكاتبه الصحيحه الصريحه المرويه فى الفقيه (١) فى باب شهاده الوصى

للميت، و عليه دين، و فيها «و كتب إليه أ يجوز للوصى أن يشهد لوارث الميت صغيراً أو كبيراً بحق له على الميت، أو على غيره و هو القابض للوارث الصغير، و ليس للكبير بقابض؟ فوقع (عليه السلام): نعم، و ينبغي للوصى أن شهد بالحق، و لا يكتم شهادته»

و ظاهر الصدوق العمل بها.

و فيه: أن المانع فيه و فى نظائره أنه يرجع إلى كونه مدعياً باعتبار ثبوت حق له فيما شهد به، فهو كشهادة المرتهن على المال المرهون أنه ملك للراهن مثلاً، و كشهادة الشريك لشريكه و غرماء المفلس بمال له، بل لعل منه غرماء الميت أيضاً مع قصور التركة بل و مع عدمه فى وجه، و نحو ذلك مما يرجع إلى تعلق حق للمدعى، فعدم قبول شهادته حينئذ لذلك، و حينئذ مدخله لبعده عن التهمة بالعدالة، كما أن ما ذكرناه حاصل، و إن لم يكن له أجره، و أما المكاتبه فمع اعراض المعظم عنها، و إمكان حملها على شهادته على ما لا حق له فيه من مال الكبير و نحوه، قاصره عن معارضه ما يقتضى خلافها، على أنها مشتمله على كتابته إليه أيضاً أنه هل تقبل شهادته الوصى للميت بدين له على رجل آخر مع شاهد آخر عدل

فوقع (عليه السلام) «إذا شهد معه آخر عدل فعلى المدعى يمين»

إذ لا يخفى أن يمين المدعى مع العدل الواحد كاف فى مثله، فلا يحتاج حينئذ إلى شهادته، فاعتبار اليمين معها كناية عن عدم قبولها.

نعم لا خلاف كما اعترف به غير واحد، بل و لا إشكال فى قبول شهادته الوصى فيما لم يكن وصياً فيه، لعموم ما دل على قبول شهادته العدل، و من ذلك شهادته على الميت بدين، و لا ينافى ذلك ما فى المكاتبه المزبوره، من أنه كتب إليه أيضاً أو تقبل شهادته الوصى على الميت بدين مع شاهد آخر عدل؟ فوقع (عليه السلام): «نعم من بعد يمين» فان اعتبار اليمين هنا لا ينافى قبول شهادته، لكون الدعوى على الميت، فاعتبارها للاستظهار، كما لو كان الشاهد غيره، و هو واضح، و قد ظهر لك من ذلك كله أن الشهادة متى ما جرت نفعا لم تقبل، لكن على معنى رجوع الشاهد إلى كونه مدعياً، و لو باعتبار تعلق حق له فيما شهد عليه، فإن هذا القدر هو المسلم من هذه الكليه، و إن كان فى كلمات الأصحاب أمثله لها تقتضى الزيادة على ذلك، إلا أن إقامه الدليل بحيث يصلح للخروج عما دل على قبول شهادته العدل صعب، كما لا يخفى على من لاحظ كلامهم فى هذا المقام، و إن كان ربما ذكر لذلك بعض التعليقات الاعتباريه التى لا

تصلح مدركا للأحكام الشرعيه، و الرجاء من الله تعالى ان يأتى زياده تحقيق لذلك فى محله فإنه قد أشبعنا الكلام فيها فى كتاب الشهادات فلا حظ و تأمل فإنه ربما كان بعض الاختلاف بين المقامين.

و على كل حال فمقتضى ما ذكرناه أنه لو كان وصيا فى إخراج مال معين فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث لم تقبل لما فيها من إثبات حق له، اللهم إلا أن يفرض على وجه لا يكون له حق أصلا، فإنه يتجه القبول حينئذ، و قد يقال: ان مجرد وصايته على إخراج المال المعين لغيره ليس حقا يمنع من قبول شهادته.

نعم لو كان المال عائدا له، اتجه عدم القبول حينئذ لما ذكرناه فتأمل جيدا.

[مسائل أربع]

إشارة

مسائل أربع

[المسألة الأولى إذا أوصى بعق عبده و ليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعه]

الأولى: إذا أعتق فى مرض الموت أو أوصى بعق عبده و ليس له سواهم و لم يجز الورثه أعتق ثلثهم بناء على الأصح، من كون المنجزات من الثلث بالقرعه بتعديلهم أثلاثا بالقيمة و عتق ما أخرجته القرعه بلا خلاف أجده

للمرسل (١) عن النبي (صلى الله عليه و آله) «فى سته عبيد اعتقهم مولاهم عند موته و لم يكن غيرهم فجزاهم أثلاثا ثم أقرع بينهم»

و الصحيح (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) «فى الرجل يكون له المملوكون فيوصى بعق ثلثهم، فقال: كان على (عليه السلام) يسهم بينهم»

و الخبر الذى رواه المشايخ الثلاثة (٣) عم موسى بن جعفر (عليه السلام) «قال: إن أبى ترك ستين مملوكا و عتق ثلثهم فأقرعت بينهم و أخرجت عشرين فأعتقتهم»

و لو استلزم التعديل التجزئه فى العبد أعتق ذلك الجزء و السعى فى الباقي، و إنما لا يعتق ثلث كل واحد منهم مع أن كل واحد منهم بمنزله الموصى له، و قد عرفت أيضا فيما تقدم أن الوصايا إذا وقعت دفعه قسط عليها الثلث بالنسبه، لما سمعته من فعل النبي (صلى الله عليه و آله) ذلك، و غيره، و إن كان هو فى المنجز إلا- أن الإجماع بحسب الظاهر على عدم الفرق بينه و بين الوصيه هنا، مضافا إلى الصحيح عن على (عليه السلام). بل يمكن أن يكون منها

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٢١.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٦٥ - من أبواب العتق الحديث - ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٦٥ - من أبواب العتق الحديث - ٢.

خبر موسى بن جعفر (عليه السلام)، سيما بعد قوله فأعتقهم، و لاستلزام عتق الكل الإضرار بالورثه، و لو رتبهم فى الإعتراف أو الوصيه به أعتق الأولى حتى يستوفى الثلث، و تبطل الوصيه أو التنجيز فيمن بقى إذا لم يجز الوارث بلا خلاف أجده، كما اعترف به فى الرياض للأصل المتقدم، و خصوص

النص (١) فى رجل أوصى عند موته أعتق فلانا و فلانا و فلانا و فلانا فنظرت فى ثلثه فلم يبلغ أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقهم قال: ينظر إلى الذين سماهم و بدء بعقهم، فيقومون، و ينظرون إلى ثلثه فيعتق معه أول شىء ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان فى الذى سمي أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك.»

و لو أوصى بعق عدد مخصوص من عبيده، استخرج ذلك العدد بالقرعه لأنها العدل بين العبيد الذين قد تعلق لكل منهم حق بالوصيه، و لا طريق لتمييزه إلا القرعه و قيل: يجوز للورثه أن يتخيروا بقدر ذلك العدد، و القرعه على الاستحباب حينئذ و هو حسن بل فى المسالك أنه أقوى لأنها لكل أمر مشكل، و لا إشكال بعد فرض كون الموصى به من المتواطئ الذى قد عرفت الخيار فيه للوارث.

[المسأله الثانيه لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له سواه قيل عتق كله]

الثانيه: لو أعتق مملوكه عند الوفاه منجزا و ليس له سواه و لم يجز الوارث قيل: عتق كله بناء على أن المنجز من الأصل و قيل: ينعق ثلثه و حينئذ ف يسعى للورثه فى ال باقى (١١) من قيمته و هو أشهر (١٢) و أقوى كما عرفته فى الحجر و تعرفه هنا فى محله إن شاء الله تعالى و لو أعتق ثلثه (١٣) عند الوفاه يسعى فى باقيه (١٤) فيدفع جميع ما يكتسبه فاضلا عن مؤنته بعد ذلك فى فك باقيه، لا بنصيب الحريه خاصه، لكونه حينئذ كالمكاتب الذى تحرر بعضه و لو كان له (١٥) أى المعتق مال غيره (١٦) أى العبد أعتق الباقي من ثلث تركته (١٧) للسرايه التى هو سببها، و بذلك كان المنجز، الذى قد عرفت أن الأصح خروجه من الثلث، مع احتمال كون ذلك من الأصل، و إن قلنا: بكون المنجز منه، لا من الأصل باعتبار أن العتق بالسرايه

قهري، فيكون من الأصل إذ ليس هو من التبرعات و إن كان الأول أقوى.

[المسألة الثالثة لو أوصى بعنق رقبه مؤمنه وجب]

الثالثة: لو أوصى بعنق رقبه و أطلق و لم يكن، ثمه قرينه أجزاء الصغير.

و الكبير، و الذكر و الأنثى و الخنثى للإطلاق، و

فى خبر الحضرمى (١) قلت له أى لأبى عبد الله (عليه السلام) «إن علقمه بن محمد و صانى أن أعتق عنه رقبه، فأعتقت عنه امرأه فيجزيه، أم أعتق عنه من مالى؟ قال: قال: تجزيه، ثم قال لى: ان فاطمه أم ابني أوصت أن أعتق عنها رقبه فأعتقت عنها امرأه».

و لو قال مؤمنه وجب امتثال ما أوصى به بلا خلاف و لا إشكال، للنهى عن تبديلها الذى يكون ترك امتثال ما أوصى به، أو أولى بالنهى، و المراد بالإيمان عرفا الاعتقاد بإمامه الاثنى عشر، و قد يطلق على غير ذلك، إلا أن المنساق عرفا الآن ذلك خصوصا إذا كانت الوصيه من أحدهم.

نعم الظاهر إلحاق مستضعف هذه الفرقه بهم فى الأحكام، فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب كما عن الشيخ بل فى الرياض عن ظاهر التنقيح و صريح غيره عدم الخلاف فيه، ل

خبر على بن أبى حمزه (٢) المنجز ضعفه بالشهره المحكيه فى الروضه، و عن غيرها قال: «سألت

أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد بذلك قال: يشتري من الناس فيعتق»

و هو و إن كان خاليا من التقييد بعدم النصب إلا أنه معلوم من الخارج كفر الناصب، و عدم جواز عتقه.

و منه يعلم عدم الفرق بين النصب و غيره مما يوجب الكفر فى فرق المسلمين، و لعل التقييد به لكثرتة فى المخالفين، و التصريح به

فى خبره الآخر (٣) «سألت عبدا صالحا عن رجل هلك، فأوصى بعنق نسمة مسلمة بثلاثين دينارا فلم يوجد الذى سمى قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذى سمى، قلت: فإن لم يجدوا قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبا»

و هما و إن كانا فيمن لم يجد بما أوصى به الموصى، و هو غير مفروض المتن إلا أن الظاهر عدم الفرق، بل ما

١- ١ الوسائل - الباب - ٧٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

فى المتن أولى بهذا الحكم من ذلك و المناقشه بضعف السند بعد التسليم مدفوعه بما عرفت من الانجبار بما سمعت.

فما عن ابن إدريس - من عدم الاجتزاء بذلك، و عن ابن البراج - أنه احتاط به، بل اختاره ثانى المحققين و الشهيدين لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ» و نحوه فيتوقع الممكنه حينئذ، فمع اليأس

يكون حكمه حكم ما لو تعذر صرف الموصى به فيما أوصى به.

واضح الضعف بل هو من الاجتهاد فى مقابله النص، و قد عرفت المراد بالناصب فى كتاب الطهاره.

و كيف كان ف لو ظنها مؤمنه لأخبارها، أو لاخبار من يعتد به، أو لإظهارها الإيمان أو نحو ذلك من الطرق الشرعيه فأعتقها ثم بانت بخلاف ذلك أجزاء عن الموصى بلا خلاف أجده كما فى الرياض لقاعده الأجزاء فى نحوه، مما كان المرء متعبدا فيه بظنه.

و

للصحيح (١) «عن رجل أوصى بنسمة مؤمنه عارفه، فلما أعتقناها بان أنها بغير رشده فقال: قد أجزاء عنه، إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحيه على أنها سمينه فوجدها مهزوله».

[المسأله الرابعه لو أوصى بعق رقبه بثمان معين فلم يجد به لم يجب شراؤها]

الرابعه: لو أوصى بعق رقبه بثمان معين فلم يجد به، لم يجب شراؤها بالزائد، لعدم المقتضى، حتى لو بذل له الوارث أو غيره، بل لو تمكن منه من ثلث الميت لم يجب أيضا، بل قد يشكل جواز ذلك له فضلا عن وجوبه، بعد كونه الموصى به.

نعم لو بذل صاحب الرقبه بأن رضى بالقدر المزبور عوضا لها، أمكن الوجوب حينئذ و هو خارج عن المفروض الذى قد عرفت أن حكمه ترك الشراء و توقع وجودها بما عين له فإن آيس

منه صرفه فى وجوه البر التى هى طريق إيصال مال الميت إليه، إذ لا معنى لإرجاعه إلى

الوارث بعد خروجه عنه بالوصيه، و تعذر إنفاذها بعد فرض كونها ممكنه فى حد ذاتها حال الوصيه لا يبطلها بحيث يرجع المال إلى الوارث و لعل الأولى اختيار شراء شقص له و عتقه عنه من وجوه البر، لكونه أقرب إلى الموصى به، و إن كان الأقوى عدم وجوب مراعاة مثل ذلك، و لو توقع فلم يجدها بذلك و لكن وجدها بأقل من الثمن الذى أوصى به اشتراها و أعتقها بلا خلاف أجده فيه، لقاعده عدم سقوط الميسور بالمعسور، و لا مكان دعوى كونه مرادا للموصى فى هذا الحال، و للخبر الآتى.

و إنما الكلام فى قول المصنف و غيره بل قيل: إنه لا خلاف فيه دفع إليها ما بقى الظاهر فى وجوب ذلك عليه، و أنه لا يجوز صرفه فى غيره من وجوه البر و لعله لأنه أقرب إلى الموصى به و ل

موثق سماعه (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسمائة درهم، فاشتري الوصى بأقل من خمسمائة درهم و فضلت فضله فما ترى فى الفضله؟ قال تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثم تعتق عن الميت،»

المحمول على صورته تعذر الموصى به، و لو بقريته حمل فعل المسلم على الوجه الصحيح، فلا يكون ترك الاستفصال فيه دليلا على العموم، و مع التسليم يخص بظاهر اتفاق الأصحاب على عدم الجواز إلا مع التعذر ترجيحا لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ» عليه، و سماعه و إن كان واقفيا إلا- أنه ثقة، فيكون الخبر من الموثق الذى قد فرغنا من إثبات حجتيه فى الأصول، على أنه منجبر بالشهره، أو عدم الخلاف، و لعل فى قوله (عليه السلام) «قبل أن تعتق» إشاره إلى ما ذكرناه من قرب ذلك إلى الموصى به، باعتبار صيروره دفع بقيه المال إليها بمنزله شرائها بالثمن المعين. فتأمل جيدا.

[الفصل الرابع فى الموصى له]

الفصل الرابع: فى الموصى له و يشترط فيه الوجود حال الوصيه فلو كان معدوما لم تصح الوصيه له كما لو أوصى لميت، أو لمن ظن وجوده، فبأن ميتا عند الوصيه، و كذا لو أوصى لما تحمله المرأه فى الزمان المستقبل أو لمن يوجد من أولاد فلان بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك

بل عن نهج الحق و التذكرة الإجماع عليه، للأصل المقتصر في تقييده بالمنساق من إطلاقات الوصية في الكتاب و السنه على الوصيه للموجود على أن المراد هنا الوصيه التي قد عرفت كونها تمليك عين أو منفعه، و المعدوم ليس له أهليه التملك و لا قابليته ضروره كون الملك من الصفات الوجوديه التي لا تقوم بالمعدوم، بل لا يتصور قيامها فيه، بل مرجع ملك المعدوم إلى الملك بلا-مالك، و ما ثبت في الوقف من صحته على المعدوم تبعاً للموجود، إنما هو بمعنى جعل الشارع عقد الوقف سبباً لملك المعدوم بعد وجوده، فالوجود حينئذ كالقبض أحد أجزاء العله التامه في ثبوت الملك له، لا أنه مالك حال عدمه، و إلا كان وجوده كاشفاً عن تحقق شركته مع الموجود من أول الأمر، و هو معلوم البطلان، و هذا شيء لا مانع عقلاً و لا نقلاً من شرع الشارع كله، كما أنه شرعه لإثبات الملء للموجود ما دام موجوداً على وجه ينتقل عنه الملك بموته، و يتلقاه الآخر من الواقف، لا من الموقوف عليه، على خلاف قياس باقى أسباب الملك، و لو أن الشارع شرع الوصيه التمليكيه على هذا الوجه لم يكن بأس في تمليك المعدوم لها على الوجه المزبور، إلا أنه لم يثبت من الشارع ذلك فيها، بل الثابت خلافه، و أنها على قياس باقى أسباب الملك نحو الهبه و البيع و الصلح و نحوها كما لا يخفى من أدلتها، و لو سلم قابليه تحميل إطلاقاتها، ذلك، إلا أن الإجماع بقسميه على كون المراد منها الموجود، فما في جامع المقاصد- من إشكال ما سمعته من الأصحاب بما مر في الوقف من صلاحيه المعدوم للملك تبعاً للموجود مع أن الوصيه أخف منه كما هو واضح لمن لا حظ أحكامهما- في غير محله، لما سمعته من وضوح الفرق بين المقامين، و لا- حاجه إلى تكلفه ثانى الشهيدين في الفرق بينهما، و أظن به مما لا- يرجع إلى محصل فلا حظ و تأمل و التحقيق ما عرفت.

و لا يرد عليه أن المعدوم و لو كان غير قابل للتمليك، و الملك لم يكن قابلاً للتملك مع أن الإجماع بقسميه على صحه الوصيه بالمعدوم عيناً و منفعه و على جواز بيع الثمار و نحو ذلك مما هو من تملك المعدوم.

لأنها نقول- بعد الفرق بينهما بالإجماع و نحوه- أنه يمكن منع تحقق الملك في ذلك كله حقيقه، بل أقصاه التأهل للملك، و الاستعداد له على حسب ملك النماء لمالك الأصل، و ملك المنفعه لمالك العين، فهو من ملك أن يملك، لا أنه ملك حقيقه، بل بالأسباب المزبوره

استحق أن يملك المعدوم بعد وجوده، لا أنه مالك للمعدوم حقيقه، و لو أنه ثبت في الوصيه صلاحيتها لنحو ذلك في الموصى له، كما ثبت صلاحيتها له في الموصى به، لكنه لم يثبت، بل الثابت خلافه، كما عرفت بل الظاهر ذلك و ان اتفق وجوده حال موت الموصى، و لذا قيدنا الوجود في المتن بحال الوصيه.

نعم هذا كله في الوصيه التمليكيه، أما الوصيه العهديه التي لم يقصد الموصى إنشاء تمليك فيها، فلا أجد مانعا من صحتها للمعدوم، بمعنى أن يعهد الميت في إعطاء شىء أو وقفه أو نحو ذلك لمن يتولد من زيد مثلا، و إطلاق اشتراط الأصحاب الموجود في الموصى له منزل بقربنه تعليلهم و غيره على التمليكيه التي هي أحد العقود، كما سمعته سابقا و الله العالم.

و على كل حال فلا خلاف بيننا في أنه تصح الوصيه للأجنبي و الوارث بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، مضافا إلى إطلاق الوصيه في الكتاب و السنه و خصوصا آيه «كُتِبَ (١)» إلى آخره و المعتبر المستفيضه على جواز الوصيه للوارث.

منها

قول أبي جعفر (عليه السلام) في الصحيح (٢) «الوصيه للوارث لا بأس بها».

و في آخر (٣) «سأله محمد بن مسلم عن الوصيه للوارث فقال: يجوز».

و في ثالث (٤) «فقال: يجوز، ثم تلا هذه «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا» إلى آخره»

إلى غير ذلك.

فما عن العامه- من منع جوازها للوارث مطلقا، أو إذا لم يجز غيره من الورثه- واضح الفساد، كوضوح حمل ما ورد في أخبارنا مما يوافق ذلك على التقيه منهم.

نحو ما

عن تفسير العياشى من خبر أبي بصير (٥) «عن أحدهما (عليه السلام) في قوله تعالى «كُتِبَ»

إلى آخره قال: هي منسوخه، نسختها آيه الفرائض التي هي المواريث»

أو على إرادته نسخ الوجوب دون الاستحباب أو الجواز.

١- ١ سورة البقره الآيه ١٨٠.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤.

- ٣-٣ الوسائل - الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٥.
- ٤-٤ الوسائل - الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.
- ٥-٥ الوسائل - الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٥.

خبر القاسم بن سليمان (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اعترف لوارث بدين في مرضه؟ فقال: لا تجوز وصيته لوارث، ولا اعتراف له بدين»

المحتمل أيضا إرادته نفى الوصيه بالزائد على الثلث.

كما

في النبوى (٢) المروى عن تحف العقول أنه قال (صلى الله عليه وآله)؟ في خطبه الوداع: «أيها الناس إن الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث، ولا تجوز وصيه لوارث، بأكثر من الثلث».

و من الغريب ما

في دعائم الإسلام (٣)، عن علي و أبي جعفر و أبي عبد الله صلوات الله عليهم «أنهم قالوا لا وصيه لوارث»

و هذا إجماع فيما علمناه، و لو جازت الوصيه للوارث لكان يعطى من الميراث أكثر مما سماه الله عز و جل له، و من أوصى لوارث فإنما استقل حق الله الذى جعل له، و خالف كتابه و من خالف كتابه عز و جل لم يجز فعله، و قد جاءت روايه عن جعفر بن محمد (عليه السلام) دخلت من أجلها الشبهه على بعض من انتحل قوله، و هى أنه سئل عن رجل أوصى لقرابته، فقال: يجوز ذلك لقول الله عز و جل «إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْأَقْرَبِينَ وَ الْمَأَقْرَبِينَ» و الذى ذكرناه عنه و عن آباءه الطاهرين هو أثبت و هو إجماع المسلمين» إلى آخره.

و لكن لا غرو فإن الرجل المزبور جديد التشيع على ما ذكر فى ترجمته و الله العالم.

و كذا تصح الوصيه للذمى، و لو كان أجنبيا، و قيل: لا- يجوز مطلقا و لكن لم نعرف القائل و منهم من خص الجواز بذى الأرحام و الأول أشبه بإطلاق الأدله و عمومها بل عن الخلاف نفى الخلاف فيه و فى الوصيه للحربى تردد و خلاف أظهره المنع فكان حاصل مختاره التفصيل بين الذمى و الحربى فالأول تجوز له الوصيه مطلقا و الثانى لا تجوز مطلقا و هو قول الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس فى السرائر و هو أحد الأقوال فى المسأله و يدل عليه فى الأول- مضافا إلى نفى الخلاف المزبور- قوله تعالى (٤) «لَا يَنْهَاكُمْ إِلَى قَوْلِهِ أَنْ تَبَرُّوهُمْ» بناء على أنها من البر، أو أولى بالجواز منه، و عموم الوصيه و إطلاقها، و ما دل على وجوب إنفاذها و حرمة تبديلها، و أنها على حسب ما أوصى به

١- ١ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤ و ٥ و ٢ و ١٥ و ١٢ و ١٤.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤ و ٥ و ٢ و ١٥ و ١٢ و ١٤.

٣- ٣ المستدرک ج ٢ ص ٥٢١.

الموصى، و النصوص المستفيضة^(١)المشتملة على إنفاذ الوصيه و لو كان الموصى له يهوديا أو نصرانيا، و غير ذلك- و فى الثانى: أنها موده، و قد نهى الله عنها بقوله ^(٢)«لا- تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُؤَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ، وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ» و منها يعلم عدم الفرق بين الأرحام و غيرهم إذا كانوا حربيين، و قوله تعالى ^(٣)«إِنَّمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ إِلَى قَوْلِهِ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ» مضافا إلى مفهوم الآيه السابقه، و ما عساه يشعر به الوصل فى تلك النصوص، باعتبار ظهوره فى أن أقصى أفراد الجواز اليهودى و النصرانى، و لو كان الحربى جائزا لكان أولى بالذكر، و لأن الحربى غير قابل للملك، لأنه و ما معه ملك للمسلم، و لأنه لو صحت لوجب تنفيذها و هو مناف لما دل على أخذ المال من الحربى.

لكن قد يناقش بمنع كون الوصيه التى هى عطيه بعد الموت مقابله للهبه التى هى عطيه حال الحياه موده و توليه و برا لأبن الأ-غراض الداعيه إلى ذلك كثيره، فإنه يمكن أن يكون مكافأه و تأليفا لهم، و غير ذلك مما لا يندرج سببه فى الآيتين اللتين يمكن دعوى كون المنساق منهما المنع من ذلك، من حيث المحاده لله، و القتال للمسلمين، و عدم

الرغبه فى الدين، لا من غير هذه الحثيه، و إلا لمنعت الهبه لهم، و لغيرهم، كل ذلك مع أنه يمكن منع اقتضاء ذلك عدم الفساد للعقد، و إن أثم بالموده التى تترتب عليها الوصيه و الهبه و ليس ذلك من الوصيه بالمحرم حتى لو قلنا بحرمة الإيضاء عليه و الوصل مثلا و الوصل المزبور إنما تضمن اليهود و النصرانى، و هو أهم من الذمى و الحربى، و دعوى انسياق الأول منهما- و لذا يقابل بالحربى- محل منع، فإن غالب أهل الحرب سابقا و لا- حقا النصرارى و المقابله إنما هى بين الذمى و الحربى لا بين النصرانى مثلا و الحربى، بل لا يبعد دعوى ظهور العبارة فى إرادته بيان عدم فرد آخر أشر من ذلك، نحو

قوله ^(٤)«فيمن ترك الحج» «إن شاء يموت يهوديا أو نصرانيا»

فهو حينئذ دل على التعميم لا- على خلافه، مؤيدا ذلك بما دل على صحه وصيه المجوسى للفقراء، و أنها تنصرف إلى فقراء نحلته.

١- ١ الوسائل- الباب- ٣٢ و ٣٥ من أبواب أحكام الوصايا.

٢- ٢ سورة المجادله الآيه- ٢٢.

٣- ٣ سورة الممتحنه الآيه- ٩.

٤- ٤ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب وجوب الحج و شرائطه الحديث- ١.

مع أنه مكلف بالفروع، و دعوى عدم قابلية الحربى للملك واضحه المنع، و إن ورد أنهم و مالهم فى ء للمسلمين، بمعنى إباحه ذلك للمسلمين، لا أنهم تجرى أحكام المماليك حقيقه عليهم.

و المراد بتنفيذ الوصيه الحكم بكونها للموصى له فلا ينافى فى ثبوت استحقاق على

الموصى له بمقاصه و نحوها، و منه ما نحن فيه، إذا لا منافاه بين صيروره المال له بحسب الوصيه و بين جواز خذ المسلم له بعد ذلك.

و

خبر إبراهيم بن محمد (١) قال: كتب أحمد بن هلال إلى أبى الحسن (عليه السلام) يسأله عن يهودى مات، و أوصى لديانه بشى ء فكتب (عليه السلام) أوصله إلى و عرفنى لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله»

ك

خبر محمد بن عيسى (٢) قال: «كتب على بن بلال إلى أبى الحسن على بن محمد (عليه السلام) يهودى مات و أوصى لديانه بشى ء أفدر على أخذه هل يجوز أن أخذه فأدفعه إلى مواليك؟ أو أنفذه فيما أوصى اليهودى فكتب (عليه السلام) أوصله إلى و عرفنيه لأنفذه فيما ينبغى إن شاء الله».

لا- صراحه فيهما بالبطلان، بل و لا ظهور على أن المراد من الديان أهل دينه و ملتة، و عن الشيخ حملها على إنفاذه فى الدين، لأنه أعلم بكيفيه القسمه بينهم و وضعه مواضعه، و حينئذ يكون خارجا عما نحن فيه.

و مما عرفت يظهر لك قوه القول بالجواز مطلقا من غير فرق بين الحربى و غيره و القريب و غيره، و إن دل على الجواز فى الأول زياده على ما عرفت عموم ما دل على صلته الأرحام، و برهم و إعطائهم، و الوصيه لهم من

الكتاب و السنه، حتى قوله تعالى (٣) «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ» إلى آخر الآيه لكن ذلك لا يقتضى اختصاصهم بالجواز كما هو واضح.

و من الغريب اعتماد بعض الأساطين على المنع فى الحربى على ما حكم عن الشيخ فى بعض كتبه من

قوله «لا تجوز للحربى عندنا»

باعتبار إشعاره بالإجماع و فيه من أن الشيخ هو الذى حكى

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣٥- من أبواب أحكام الوصايا.

٣-٣ سورة البقره الآيه ١٨٠.

الخلاف و منه يعلم عدم ظهور عندنا فى ذلك، ان إثبات الأحكام الشرعيه بأمثال ذلك من مفاسد الفقه، و مضافا إلى ما عن مجمع البيان من الإجماع على جواز ان يبر الرجل من يشاء من أهل الحرب قرابه كان، أو غير قرابه، و قال: و إنما الخلاف فى إعطائهم مال الزكاه و الفطره و الكفارات، فلم يجوزه أصحابنا و فيه خلاف بين الفقهاء. و الله العالم.

و لا تصح الوصيه لمملوك الأجنبى أى غير الموصى و لا المطلق و لا المدبره الأجنبى و لا لأم ولده، و لا لمكاتبه المشروط أو الذى لم يؤد شيئا من مكاتبته، و لو أجاز مولاه إجماعا محكيا عن ظاهر المهذب و صريح التذكرة بل و التنقيح، لكن خصه بالقن و أم

الولد، و حكى الخلاف فى المدبر و المكاتب عن المفيد و الديلمى، حيث جواز الوصيه له، خلافا للمبسوط و ابنى حمزه و إدريس، حيث منعوا فيهما و جعله فى الأول أشبه كما هو المشهور بين المتأخرين و قوى الجواز فى الثانى، وفاقا للشهيدى و فى الرياض لم أقف فى شىء من كتب الأصحاب على من نقل الخلاف عنهما فى ذلك.

نعم عن المختلف و المهذب حكايه الخلاف عن المبسوط و ابن حمزه فى الوصيه لعبد الوارث، حيث جوازه، و هذا الخلاف كسابقه لو صح النقل شاذ، بل على فساد الأول ادعى الإجماع فى التذكرة.

قلت: لا ينبغى التأمل فى بطلان القول بصحة الوصيه للمدبر و عبد الوارث، بناء على عدم ملك العبد مطلقا، كما عرفت تحقيقه فى كتاب البيع، أو غير ما يملكه مولاه أو فاضل الضريبه أو أرش الجنايه، ضروره عدم كون ما نحن فيه من ذلك، بل هو كذلك فى المدبر فضلا عن القن، و ان تحرر عند استحقاق الوصيه بعد أن كان مملوكا حالها، كما فى القواعد ضروره كونه حينئذ كالوصيه للمعدوم حالها إذا وجد حال الاستحقاق، فإن المنساق من أدله مشروعيه الوصيه خلاف ذلك، و إنه بالموت يتحقق ملك الموصى له، و من غير توقف على شىء آخر، فالمتجه حينئذ البطلان فى الفرض حتى لو صرح باشتراط حرته عند استحقاق الوصيه.

إنما الإشكال إن كان فى المكاتب، لانقطاع سلطنه المولى عنه، و لذا يصح بيعه

و اكتسابه، بل الوصيه له نوع من الإكتساب، و من هنا مال من عرفت و غيره كالكركى إلى صحه الوصيه له، لكن فيه أولا ما سمعت من دعوى الإجماع على عدم صحه الوصيه له، مضافا إلى ما تقدم فى محله من عدم قابليه المملوك للملك، و أنه كَلَّ عَلَى مَوْلَاهُ لَا- يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، كالبهائم، من غير فرق فى ذلك بين جميع أفرادها، و الكتابه لا- تقتضى قابليته للملك، و إن شرعت على وجه تتعقبها الحريه، إذا حصل الوفاء بما ضرب عليه و إن كان هو مال السيد.

لا يقال: إن المراد من صحه الوصيه له معامله الموصى به معامله ما يستفیده بكسبه.

لأننا نقول أنه لم يثبت اقتضاء عقد الكتابه ذلك فى غير كسبه، و دعوى أن قبول الوصيه و الهبه له من كسبه يمكن منعها، و لو سلم اقتضاء إطلاقها ذلك، لكن يجب الخروج عنه هنا بالإجماع المزبور.

و

صحيح محمد بن قيس (١) عن أبى جعفر (عليه السلام) «فى مكاتب كانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال أهل الميراث لا- تجوز وصيتها، انه مكاتب لم يعتق و لا- يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيه فأجاز له

ربع الوصيه و قال فى رجل أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»

و رواه

فى الفقيه (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) لكن فيه قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى مكاتب» إلى آخره، و كذا رواه فى التهذيب (٣) لكن بدون حديث النصف و زاد فى آخره «و قضى فى وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه،»

و الظاهر ارادته وصيه نفسه، كما هو مضمون غير واحد من النصوص، لا الوصيه له الذى هو مفروض المسأله.

و المناقشه فى السند باشتراك محمد بن قيس بين الثقه و غيره يدفعها منع الاشتراك فى الراوى

١- ١ الوسائل - الباب - ٨٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ الفقيه ج ٢ ص ١٦٠ الرقم ٥٥٨.

٣- ٣ التهذيب ج ٨ ص ٢٧٥ الحديث - ٣٣ و إيضاح ٩ ص ٢٢٣ و فيه حديث النصف.

للقضايا، مع أن الراوى عنه هنا عاصم بن حميد، و هو قرينه واضحه على كونه البجلى الثقه، و أما إبراهيم بن هاشم فهو أجل من أن يوصف بالوثاقه.

و كذا المناقشه فى جامع المقاصد فى الدلاله بأنها واقعه عين، لا عموم فيها بأنها واضحه الفساد. لظهور دلالتها فى المطلوب، بل صراحتها خصوصا مع ملاحظه تقرير الورثه على

دعويهم، بل هى من النصوص المشتمله على سؤال و جواب قد ترك الاستفصال عنه كما هو محرر فى محله، كل ذلك مع تأييدها بما

فى خبر ابن الحجاج (١) عن أحدهما (عليه السلام) «لا وصيه لمملوك»

الذى يظهر كون المراد منه ما نحن فيه بملاحظه الخبر الآتى فى المسأله الثانيه باعتبار وقوع نحو ذلك فيه، و مفروض السؤال أنه قد أوصى له بوصيه فلا مجال حينئذ عن القول ببطلان الوصيه له.

نعم لو كان قد تحرر بعضه صحت الوصيه له بالنسبه.

و لو أوصى للجزء المحرر، منه كان فيه إشكال، أقواه عدم الصحه، لأن المالك من تحر بعضه، لا البعض المحرر، و بذلك وردت الأخبار و جرى عليه كلام الفقهاء الأخيار مع أنه قد يقال: أن المالكه من الأعراض النفسانيه، و المملوكه من الأعراض الجسمانيه و حصول الأولى للنفس الإنسانيه كاملا مشروط بانتقال الثانيه عن البدن فإذا انتفت عن بعضه ثبت الملك بالنسبه، و زوال الملك بالموت إنما هو لمدخله اتصالها بالبدن فيه.

ثم أن الظاهر من قول المصنف «و لو أجاز مولاه» راجع إلى الجميع، و يحتمل الأخير، و يستفاد حكم غيره بطريق أولى، و الغرض منه الرد على بعض العامه القائلين بذلك إذا استمر رقه.

و فيه: أن ملك المولى له مع عدم قصد الناقل و عدم معارضته بعين مملوكه له كى يدخل معوضها فى ملكه قهرا، و إن قصد الناقل خلافه- مخالف للضوابط الشرعيه التى منها أن العقود تابعه للقصد، و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف فى الظاهر كما اعترف به غير واحد فى أنه

تصح الوصيه لعبد الموصى، و لمدبره، و مكاتبه، و أم ولده فى الجملة بل فى جامع المقاصد و عن المهذب الإجماع عليه فى الجميع، و عن فخر الدين و الصيمرى الإجماع فى الأول و التذكرة فى الأخيره، و هو الحجج بعد النصوص التى منها كما قيل الصحيحان:

فى أحدهما(١): «رجل أوصى بثلث ماله لمواليه و لمولياته الذكر و الأنثى فيه سواء أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصيه فوق (عليه السلام) جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى به إن شاء الله.

و فى الثانى (٢) «رجل أوصى لمواليه و موالى أبيه بثلث ماله، فلم يبلغ ذلك، قال: المال لمواليه و سقط موالى أبيه».

و إن ناقش فى الاستدلال بهما فى الرياض باشتراك لفظ المولى بين العبد و غيره،

فلعله المراد دون الأول، و لا قرينه ترجح إرادته، بل لعله القرينه على خلافه واضحه لظهورها و فى إعطاء الثلث للموصى له، بأن يسلم إليه دون أن يعتق منه بحسابه و قد تدفع بظهور المولى فى العبد و خصوصا فى المقام، و لذا أسقط الوصيه فى الثانى «موالى أبيه».

و أما الإعطاء له فهو و إن كان ظاهر الخبرين ذلك، إلا أنه فسرهما غيرهما بالعتق منه بحسابه، كما ستعرف، فلا بأس حينئذ بحمل ما فيهما عليه، و الأمر فى ذلك سهل بعد عدم انحصار الدليل فيهما.

و المراد بصحة الوصيه له أنه يعتبر ما أوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته أعتق، و كان الموصى به للورثه، و إن كانت قيمته أقل أعطى الفاضل، و إن كانت أكثر سعى للورثه فيما بقى لكن قيده المفيد و الشيخ فى النهايه بل و القاضى و الديلمى على ما حكى عنهما ب ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به، فإن بلغت ذلك كما لو كانت قيمته مائتين و الموصى بها له مائه بطلت الوصيه أما لو

١- ١ الوسائل - الباب - ٦٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

كانت قيمته مائتين مثلاً، و الموصى به مائه و خمسين، و لكن الثلث ليس إلا مائه، سعى عندهم فى قيمه نصفه، و هو مائه كما صرح به فى المسالك نافيا عنه الخلاف، لعدم كون قيمته ضعف ما أوصى به، و إن لم يصل ذلك إليه لقصور الثلث.

لكنه قد يناقش بأن المفروض فى المقنعه و النهايه الوصيه للعبد بالثلث، و بل فى السرائر نسبه عباره النهايه إلى الروايه بل لعل وجه اعتبار زياده الحريه على النصف بالوصيه و لو يسيرا، كى يرجح ما فيه من الحريه على الآخر، فيستسعى بخلاف ما إذا كانت قيمته ضعف ما أوصى له فيما زاد، فإنه لا يقتضى الوصيه حينئذ إلا النصف فما دون، فلا ترجيح، فيبقى على أصاله عدم صحه الوصيه للعبد، و الأصل فيه الروايه التى سمعتها عن السرائر، بل لعل ذلك ظاهر المقنعه أيضا، لأنه ذكر المسأله و غيرها، ثم قال: بهذا جاء الأثر عن آل محمد (عليهم السلام).

وقيل: و القائل والد الصدوق و الشيخ فى الخلاف و الحلبي و الحلبي تصح الوصيه مطلقا و يسعى فى الباقي كيف كان ففى الفرض يسعى فى قيمه نصفه أى مائه و يتحرى و هو حسن بل الأقوى وفاقا لمن عرفت، بل المشهور بل عن الخلاف الإجماع عليه.

مضافا إلى إطلاق ما

عن فقه الرضا(١)(عليه السلام) بناء على حجته «فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله، قوم المملوك قيمه عادله، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى فى الفضيله».

و خبر الحسن بن صالح (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله قال: فقال: يقوم المملوك بقيمه عادله، ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه، استسعى العبد فى ربع قيمه، و إن كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد، و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه»

بناء على أن المراد بقوله «بقدر» إلى آخره المثال لغيره، لا- خصوصه فما دون للإجماع على مساواه الثلث و نحوه ما لم يبلغ النصف فى هذا الحكم.

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٢٠.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٧٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

و من ذلك يظهر وجه الاستدلال بالخبر المزبور لكل من القولين، فان المفيد و أصحابه يجعلونه مثالا لما لم يبلغ النصف من الأقل مما تزيد فيه الحرية على النصف لأصالة بطلان الوصية للعبد.

و المشهور يجعلونه مثالا لجميع أفراد الأقل، و يشهد له الإجماع المحكى المعتضد بالشهره، و إطلاق الرضوى و غير ذلك، كما يشهد للأول ما سمعته من المرسله فى السرائر، و ظاهر المقنعه.

و من الغريب تقرير الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهما الاستدلال للمفيد بالخبر المزبور بدلاله المفهوم، على معنى أنه لو لم يكن أقل بقدر الربع، لا يستسعى، و إنما يتحقق عدم الاستسعاء من البطلان، ثم اعترضوا عليه بأن المفهوم ان لم يكن الثلث أقل من قيمه العبد بقدر الربع، لا يستسعى فى ربع قيمه، لا أنه يستسعى مطلقا، و هذا مفهوم صحيح لا يفيد مطلوبهم، فلا ينافى القول بأنه يستسعى بحسبه فإن كان أقل بقدر الثلث، يستسعى فى الثلث، أو بقدر النصف يستسعى فى النصف و هكذا، و أيضا لو كان المفهوم الذى ذكره صحيحا لزوم منه أنه متى لم يكن الثلث أقل من قيمته بقدر الربع لا يستسعى، بل تبطل الوصيه، و هذا شامل لما لو كانت قيمه قدر الضعف، أو أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع، فمن اين خصوا البطلان بما لو كانت القسمة قدر الضعيف، بل قال فى المسالك: «ما هذا الأعجب عن مثل هذين الشيخين الجليلين».

و لا يخفى عليك أن مبنى استدلال المفيد إن كان، هو ما عرفت من أن الأصل بطلان الوصيه للعبد، و المتيقن مما فى الروايه كونه مثالا- للأقل من النصف و لو بقريته ما عرفت، لا- المفهوم المزبور الذى لا- يكاد يخفى فساده على أصاغر الطلبة، و أما المناقشه فى سند الخبر، فيدفعها اتفاق الجميع على العمل به.

بقى الكلام فى شىء و هو أن الفاضل فى المختلف وافق المشهور فيما إذا كانت الوصيه بجزء مشاع من التركة كالثلث و الربع و الخمس و نحو ذلك، فإن العبد حينئذ يكون من جملته، فكأنه قد أوصى بعق جزء منه، فيعتق و يسرى فى الباقي، و يدفع عنه من الوصيه، لأنه فى القوه الوصيه بعته، بخلاف ما لو كانت بجزء معين، كدار أو بستان، أو جزء مشاع منه

كنصفهما، فإنه تبطل الوصيه، لعموم

(١) «لا وصيه لمملوك»

و لعدم ما سمعته فى المشاع، و لأن تنفيذ الوصيه بالمعين محال، لامتناع ملك العبد، و التخطى إلى رقبته يقتضى تبديل الوصيه.

وفيه - مع منافاته لإطلاق الأصحاب كما اعترف به فى محكى التذكرة، بل فيها أن كلمه الأصحاب متفقه على عدم الفرق و كذا عن المهذب بل و إطلاق الخبر المزبور فإن التث فيه أعم من المشاع و المعين، بل لو سلم إرادته الأول كان أعم أيضا مما يشمل ثلث العبد و غيره، بل قد يدعى أن المنساق من مثله الثانى - أنه ليس ذلك مبنى الصحه حتى يختص بالمشاع، ضروره عدم صحه الوصيه أيضا للعبد بثلثه، فإنه غير قابل لأن يملك غيره، فضلا عن أن يملك نفسه، و تنزيله على إرادته عتقه و فكاه للسرايه بما أوصى له غير ظاهر من الوصيه، و لو كان عدم قابليه العبد للملك سببا لتنزيل الوصيه على ذلك، لاتجه ذلك فى عبد الغير أيضا، فضلا عن الوصيه لعبد المعين.

و من هنا كان الظاهر أن الحكم المزبور مستفاد من الشارع، لا أنه مستفاد من الموصى، بل لا يبعد تنزيله على ذلك حتى لو علم قصد الموصى غيره، بل لعله هو الظاهر، ضروره ظهور عبارته فى إرادته تملكه ما أوصى له به، لا فكاه به و عتقه منه، و من ذلك قلنا أن الموافق للضوابط بطلان الوصيه لو لا الأدله الشرعيه التى عرفتها و قد سمعت أن مقتضاها عدم الفرق بين الجزء المشاع و المعين، و من الغريب، قول بعضهم أنه ما أمتن تحقيق المختلف، و أغرب منه عدم عضه فى المسالك على ذلك بضرر قاطع، بل هو ظاهر فى التردد و الوسوسه، و إن كان قد عدد ذلك تحقيقا فلا حظ و تأمل.

و على كل حال فهل يحتاج إلى صيغه عتق فى صورته زياده الثلث على القيمه كما عساه يشعر به قوله «أعتق»، أولا، كما عساه يشعر به قوله فى صورته القصور «استسعى العبد فى ربع القيمه» بناء على عدم الفرق بينهما بالنسبه إلى ذلك فيكون المراد حينئذ من قوله «أعتق» الانعتاق شرعا، و جهان: أحوطهما الأول و الله هو العالم.

ثم ان ظاهر عبارته المصنف و غيرها عدم الفرق فيما ذكره من التقويم بين القن و غيره، اللهم

إلا- أن يكون ما ذكره بقوله «و يعتبر ما أوصى به لمملوكه» إلى آخره راجعا إلى الأول، و لعل ذلك متعين، ضروره أنه لا وجه لإجراء ما ذكره على المدبر و المكاتب و أم الولد، خصوصا بعد ذكره الأخير مستقلا، و المدبر غير محتاج إلى إعتاق، بل و لا إلى ملاحظه مساواه الموصى به لقيمته، و زيادته و قلته بحيث يبلغ قيمته الضعف على القول به، بل هو بمجرد موت السيد يتحرر، فإن كان له مال أخذ ما يقابل بل الثلثين عن ثلثه، و إلا سعى في ذلك.

و من هنا يظهر أنه غير مندرج في الخبر المزبور الذي هو العمده في إثبات صحه الوصيه للعبد بعد الإجماع كما اعترف به في المسالك.

نعم قد يقال: إنه أولى من القن الذي هو موضوع خبر الحسن بن صالح (١) على الظاهر، مضافا إلى ما سمعته من الإجماع المحكى، فتصح الوصيه حينئذ له، و تصرف في فكه أو تعطى له مع فكه من غيرها كما سمعته في القن، بل لعل ذلك أولى ضروره كونهما وصيتين له، فيعتق حينئذ من الثلث، و تدفع الوصيه له كما في صورته زياده الموصى به على قيمته، فإنه لا إشكال و لا خلاف في دفع الزيادة له.

و لا- ينافى ذلك أن المراد بصحه الوصيه له صرفها في فكه من الرق، لإمكان كون ذلك حيث لا يكون سبب غيرها لحرية كالتدبير الذي هو مع الوصيه له بمنزله الوصيه بعته، و دفع الموصى به له من غير فرق بين تقدمها على التدبير و تأخرها عنه، و بين كون الوصيه بالجزء المشاع و المعين، و احتمال بطلان التدبير فيما لو فرض تأخر الوصيه عنه و كانت بالجزء المشاع باعتبار أنها بمنزله الوصيه بعته الظاهره في العدول عن التدبير، و كذا احتمال بطلان الوصيه له لو فرض تأخر التدبير عنها لنحو ذلك أيضا- واضح الضعف بل الفساد، ضروره عدم انحلال ذلك إلى ما سمعت بل لا يبعد تأكد الوصيه بتدبيره بالوصيه له بالجزء المشاع.

و لذا قال في القواعد: «لو أوصى لعبده برقبته احتمال ضعيفا البطلان، لعدم قابليه العبد ملك غيره، فضلا عن نفسه، و التدبير

حملا للوصيه على ذلك بتعذر الحمل على الحقيقه،

و فى جامع المقاصد ان عليه، أى الثانى الفتوى، و إن قد يناقش فى إرادته التدبير الذى هو إنشاء عتق معلق على الموت من ذلك، اللهم إلا أن يكون حكم التدبير على معنى حصول الحرية بالموت بعد فرض قيام الثلث بقيمته كما فى المدبر و الله العالم.

و أما مكاتب السيد فلا-ريب فى عدم شمول الخبر المزبور له و لعله، و لما عساه يشعر من النصوص السابقة من اعتبار صحه الوصيه للمكاتب بتحريم بعضه، حتى فى مكاتب الإنسان نفسه، قد يحتمل بطلان الوصيه له، كمكاتب الغير، لكن لا ريب فى ضعفه، خصوصا بعد ما سمعته من الإجماع المحكى، إذ لو سلم عدم شمول الخبر له، فلا ريب فى أولويته من القن بذلك، بل قد عرفت أن جماعه جوزوا الوصيه له إذا كان للغير، و إن كان قد عرفت ما فيه.

إنما الكلام فى أن إعتاقه كالقن باعتبار قيمته، و قيمه ما أوصى له به، من غير ملاحظه لما وقعت الكتابه عليه، زاد ذلك أو نقص، أو باعتبار ما وقعت الكتابه عليه من غير ملاحظه لقيمه، و يعطى حينئذ الوصيه، و يؤدى منه ما عليه من مال الكتابه على ما حسب ما لو اكتسب، أو باعتبار أقل الأمرين منهما وجوه ثلاثه، قد اختار الأخير منها الفاضل فى قواعده و المحقق الثانى عملا بكل من الدليلين، فلا يلزم إلا بالأقل للإجماع على عدم وجوبهما معا، كالإجماع على عدم التوزيع، و لكن يقوى فى النظر الثانى منها لما عرفت من عدم شمول خبر المقام له، و إنما صححنا الوصيه له بالأولويه و الكتابه من العقود اللزمه التى لا تنسخ بالموت، و حينئذ ما لها كالدين فى ذمته يجب عليه أداؤها، و لا يقوم مقامها أداء قيمته مما أوصى له بعد فرض عدم شمول الدليل له على أن احتمال الإلزام بالأكثر مراعاة الحق الورثه، مقابل لاحتمال الأقل كما هو واضح و الله العالم.

بل قد يقال: إن فحوى ما سمعته فى القن يقتضى صرف ما أوصى له فى فك رقبتة لو كان مشروطا و لو بعضها، كما أنه يقتضى صرف ما قابل الجزء المملوك من المطلق، الذى تحرر بعضه فى فكه أيضا، و إن اعطى ما قابل الجزء الحر من الوصيه، ضروره اندراجه فى المملوك الشامل للكل و البعض و حينئذ فمع فرض تحرره بذلك يخرج عن موضوع الكتابه كما لو أعتقه فتأمل جيدا و الله العالم.

و إذا أوصى بعق مملوكه و لم يكن عنده سواه، و كان عليه.

دين يحيط بقيمته بطلت وصيته، و بيع المملوك فى الدين، و إن لم يكن محيطا به ف عند جماعه أنه إن كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك لنفوذ وصيته فى ثلثه و هو هنا سدس العبد فإن نصفه للدين، و ثلثا من النصف الثانى للوارث فيبقى السدس ثلث الموصى، فإذا انعتق السدس سرى فى الجميع و يسعى العبد حينئذ فى خمسه أسداس قيمته ثلثه منها للدين، و سدسان منها للورثه، و كذلك لو كان أزيد من المرتين، و إن نقص مقدار ما سعى به، و إن كانت قيمته أقل من الدين مرتين أحاط بها أولا- بطلت الوصيه بعقده عند الشيخين و ابن البراج و غيرهم لما تسمعه من النصوص الوارده فى التنجيز الذى هو كالوصيه فى الحكم، و غير ذلك، و لكن مع هذا و الوجه عند المصنف و جماعه أن الدين يقدم على الوصيه فيبدأ به (١١) إن كان له تركه غير العبد و إلا كان فى مقابله بعض العبد و يعتق منه الثلث مما تفضل عن الدين (١٢) و إن قل ثم يسعى للدين و الورثه.

قال الحلبي (١) قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) رجل قال: إن مت فعبدى حر، و على الرجل دين، فقال: إن توفى و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام بيع العبد، و إن لم يكن قد أحاط بثمان العبد استسعى فى قضاء دين مولاه و هو حر إذا أوفى»

و عدم ذكر الورثه فيه للوضوح، و إلا- فالمراد سعيه فى قضاء دين مولاه أولا- ثم فى حق الورثه، و ما يقال: من أن الصحيح المزبور فى التدبير، و هو كالعق المنجز فلا يستفاد منه حكم الوصيه، و يدفعه ما دل على أن التدبير كالوصيه بالعق، و لا يتوهم من عبارته المتن أنه لا ينعق من العبد ما قابل الدين، بل الذى يعتق منه الثلث مما فضل عن الدين لا غير، ضروره منافاته لما دل على سرايه العتق، و من هنا صرح به فى القواعد و غيرها، بل لا أجد فيه، خلافا بين القائلين بذلك، قال فيها: «و لو أوصى بعق مملوكه و عليه دين قدم الدين، فان فضل من التركة ما

يسعه ثلث قيمه العبد عتق، و إلا عتق ما يحتمله، و يسعى فى الباقي، و لو لم يبق شىء بطلت، و قيل: إن كانت قيمته

ضعف الدين عتق، و سعى فى خمسة أسداس قيمته، ثلثه للديان، و سهمان للورثه و إن كانت أقل بطلت» و حينئذ فالخلاف فى الصورة الثانيه لا الأولى. هذا كله فى الوصيه.

أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرناه أولاً من السعى فى الخمسه أسداس، لو كانت القيمه بقدر الدين مرتين، و البطلان إذا كانت أقل من ذلك عملاً بروايه عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام)

«قال: سألتنى أبو عبد الله (عليه السلام) هل يختلف ابن أبى ليلى و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغنى أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه ديناً كثيراً، و ترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت، فسألتهما عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبى ليلى: أرى أن أبيعهم و ادفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته، و عليه دين يحيط بهم، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين كثير، و فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبى ليلى متى قلت هذا القول؟ و

الله ما قلت إلا - طلب خلافى، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): و عن رأى أيهما صدر؟ قال: قلت: بلغنى أنه أخذ برأى ابن أبى ليلى، و كان له فى ذلك هوى، فباعهم و قضى دينه، قال: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمه، و قد رجع ابن أبى ليلى إلى رأى ابن شبرمه بعد ذلك، فقال: أما و الله أن الحق لفى الذى قال ابن أبى ليلى، و إن كان قد رجع عنه، فقلت له: هذا منكسر عندهم فى القياس، فقال: هات قايستنى، فقلت: أنا أقايسك؟ فقال: لتقولن بأشد ما يدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره، و قيمه العبد ستمائة درهم، و دينه خمسمائة درهم، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم، و يأخذ الورثه مائه درهم، فقلت: أليس قد بقى من قيمه العبد مائه درهم من دينه، فقال: بلى، قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال: بلى، أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائه حين أعتقه؟ فقال: ان العبد لا وصيه له، إنما أمواله لمواليه، فقلت له: فإن

كان قيمة العبد ستمائة درهم، و دينه أربعمائه فقال: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم، و يأخذ الورثة مائتين و لا يكون للعبد شىء، قلت له: كان قيمة العبد ستمائة درهم و دينه ثلاثمائه درهم، فضحك؟ و قال: من ههنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً، و لم يعلموا السنه، إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء و لم يتهم الرجل على وصيته، و أجزت وصيته على وجهها، فالآذن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، و يكون ثلثه للورثة، و يكون له السدس».

و صحيح زراره(١) عن أحدهما (عليهما السلام) «فى رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين فقال:

إن كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه، و إلا لم يجز»

وفى صحيح آخر(٢) «إذا ملك المملوك سدسه استسعى»

إلى غير ذلك من النصوص التى لا- محيص عن العمل بها، بعد جمعها لشرائط الحجية من حيث السند و الدلالة و العمل، فلا بأس حينئذ بتخصيص العمومات بها، و لو كانت قطعية، و دعوى أعراض المشهور عنها ممنوعه على مدعيها، فما وقع من الفاضل- و غيره من طرحها و الرجوع إلى ما تقتضيه القواعد العامه من نفوذ العتق فى ثلث الزائد عن الدين مطلقاً- واضح الضعف و أضعف منه ما عن الحلبي من نفوذ العتق من الأصل، و سقوط الدين من رأس، و لعله مبنى على كون المنجز من الأصل الذى قد عرفت ضعفه فى كتاب الحجر، إنما الكلام هنا فى إلحاق الوصيه بالعتق المنجز فى الحكم المزبور، و قد عرفت، من جماعه إلحاقه، بل حكى عن جميع العاملين

بالنصوص المزبوره فى العتق عدا المصنف، و لعله لإطلاق الصحيح الأخير، و معلوميه اتحاد المنجز مع الوصيه، بناء على خروجهما من الثلث- فى أكثر الأحكام، بل ربما احتل عموم «أعتقهم» لهما معاً، أو اختصاصها بالوصيه خصوصاً بعد قوله فى الذيل «لم يتهم الرجل على وصيته و أجزت وصيته على وجهها» مع الإغضاء عن ذلك، فلا ريب فى ظهور سياقها فيه، مضافاً إلى أولويتها من المنجز بالحكم المزبور، ضروره كونه أقوى منها، حتى قيل: إنه من الأصل بخلافها، و مع ذلك بطل إذا انقص عن مقابله الدين مرتين، فهو أولى منه قطعاً و من ذلك و غيره يتجه

١- ١ الوسائل- الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٦.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

تخصيص العمومات، و صحيح التدبير السابق بذلك، على أنه قد احتمل حملة على التقيه، لأنه مذهب العامه فى تلك الأزمنه، كما يستفاد من سياق تلك الصحيحه و الله العالم.

و لو أوصى لمكاتب غيره المطلق و كان قد أدى بعض مكاتبه كان له من الوصيه بمقدار ما أداه لأنها تصح له على قدر ما تحرر منه، إن نصفها فنصف، و إن ثلثا فثلث، كما عرفت الكلام فيه سابقا، و فيما لو أوصى للجزء الحر منه أيضا فلا حظ و تأمل.

لكن لو قلنا بصحة الوصيه للجزء الحر فهل تكون أيضا على نسبه أو يملك الكل به؟

وجهان، أقواهما الثانى، و الله العالم.

و لو أوصى الإنسان لأم ولده، صحت الوصيه من الثلث بلا خلاف، كما اعترف به غير واحد، و لا إشكال و إنما الكلام فى أنها هل تعتق من الوصيه إذا وفقت بقيمتها أو من نصيب ولدها أو على التخيير بينهما، أو من ثلث الميت غير ما أوصى به.

قيل: و القائل جماعه منهم الكركى فى جامعته تعتق من نصيب ولدها و تكون لها الوصيه، و قيل: و القائل أيضا جماعه المصنف فى باب الاستيلاء بل تعتق من الوصيه بل عن المهذب نسبه للشهره لأنه لا ميراث إلا بعد الوصيه و فى الرياض أنه و سابقه قولان مشهوران، و فى غيره متكافئان، و قيل: و القائل الصدوق فيما حكى عنه، تعتق من ثلث الميت و تعطى ما أوصى لها به، و قيل: و القائل الإسكافى تحير عتقها بينهما، عملا- بكل من الدليلين، و بعد الإجماع على عدم التوزيع بينهما، و الأقوى فى النظر منها الثانى، لعموم ما دل عليه من النص و غيره، مضافا إلى قاعده انعتاق الأبوين بحصول سبب ملك الولد لهما، و لا ريب فى تحققه هنا باعتبار ملك الوارث للتركة بموت الموروث، و هى من التركة قطعا، حتى لو قلنا بكون الثلث الموصى به على حكم مال الميت، و لا يدخل فى ملك الوارث إلا الثلثان، و ضروره كونها منهما دونه، و مجرد الوصيه لها لا يخرجها عن ذلك.

و احتمال تنزيلها منزله ما أوصى بعقبتها فتكون منه دونهما.

يدفعه منع ذلك أولا.

و ثانيا: أنه لا يجدى فيما لو فرض زياده قيمتها على ما اوصى به لها، فإنه لا إشكال حينئذ في كون الزائد تركه للورثه، فيدخل جزء منها في ملك الوالد، و ينعق عليه، و يسرى في الغير، و يتم ذلك بعدم القول بالفصل، مضافا إلى إطلاق النصوص جعلها في نصيب ولدها.

و احتمال دفع قيمتها مما أوصى به لها و إن اعتقت على الولد بملك جزء منها و جعل الباقي في نصيبه.

يدفعه أيضا معلوميه اقتضاء جعلها في نصيب ولدها الانعتاق على الولد، و أن الغرامه عليه.

و بذلك كله يظهر لك ضعف الأقوال جميعها، و ان شهد للثالث منها

المرسل عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام) (١) «في أم الولد إذا مات عنها مولاه، و قد أوصى لها، قال: تعتق من الثلث و لها الوصيه».

و صحيح أبي عبيده (٢) المروى في الكافي و غيره قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له أم ولد و له منها غلام فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفى درهم أو أكثر، للورثه أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميت و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به، و في كتاب العباس تعتق من نصيب ابنها، و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به».

و كأن المراد أنه قد روى الخبر المزبور في كتاب العباس على هذا النحو، و حينئذ يكون نصا في المختار، و بخلافه على النحو الأول، فإنه يكون مهجورا معرضا عنه بين الأصحاب، بل لم أجد عاملا به عدا ما يحكى عن الصدوق، بل عن التنقيح الإجماع على عدم العمل به؟

مع أنه محتمل لأم الولد التي قد مات ولدها، كما

في خبر أحمد بن محمد بن أبي نصر (٣) عن أبي الحسن (عليه السلام) «قال: نسخت من كتاب بخط أبي الحسن (عليه السلام): فلان مولاك توفي ابن أخ له، و ترك أم ولد له ليس لها ولد، فأوصى لها بألف درهم هل تجوز الوصيه؟ و هل يقع عليها عتق، و ما حالها؟ رأيك فدتك نفسى، فكتب (صلى الله عليه و آله) تعتق من الثلث، و لها

١- ١ الوسائل - الباب - ٨٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٤.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٨٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

و إن كان هو على هذا التقدير محتاجا إلى التأويل، لما عرفته من حكم الوصيه للمملوك الذى منه أم الولد، مع فرض موت ولدها، فى حياه سيدها قطعاً، فلا بد من تأويله بإرادته العتق من الوصيه بالعتق من الثلث، و تعطى ما فضل منها على تقدير الزيادة، أو بإرادته عتقها فى مرض الموت، ثم أوصى لها، أو بغير ذلك هذا.

و فى الرياض بعد أن ذكر الروايه مستدلاً بها للقول الثالث ثم حكى الإجماع على الاعراض عنها، و أنه لا بد من تأويلها بأحد الأمرين، قال: لكن يرجح حملها على الأول، دلالة مقابلتها بروايه العباس التى هى فى آخرها المذكوره، على كون موردهما واحداً، و لا- ريب فى أنه فى الثانيه هو أم الولد التى لم تعتق بالكلية، فلتكن مورد الأولى أيضاً تلك الجاربه، مضافاً إلى شيوع إطلاق الثلث على الوصيه، مع احتمال أن يكون المراد منه تأكيد الحكم الأولى من انعتاقها من الثلث، و هذا ان لن نقل بكونه ظاهراً من الروايه ليس ببعيد، كبعد الحمل الآخر بلا شبهه، فيمكن بملاحظه الإجماع و قرينه المقابله أخذها للقول بالانعتاق من الوصيه حجه، كما هو ظاهر التنقيح و صريح الكفايه، فإذا هو فى غايه القوه».

قلت: قد عرفت أنه فى غايه الضعف، و الخبر بعد تسليم ما ذكره فيه من المأول الذى لا يكون حجه، و المقابله التى ذكرها هى ليست فى الخبر، حتى تصلح لأن تكون قرينه، بل هى من الكافى، لا أنها كذلك فى الخبر نفسه، كما هو واضح.

نعم ما فى كتاب العباس على ما عرفت دليل تام على المطلوب، و أما التخيير ففيه أنه لا- وجه له فيما كان من القهريات، فإن الانعتاق القهرى الذى يكون على الولد لا وجه لتخيير فيه، بل و كذا على تقدير الانعتاق من الوصيه، بناء على أنه مثل الانعتاق من الولد، بمعنى ينعق منها ما قابل الموصى به بموت الموصى من غير حاجه إلى صيغته، و إن كان هو مشكلاً لعدم دليل يصلح لذلك و الله العالم.

و إطلاق الوصيه لجماعه محصوره يقتضى التسويه ما بينهم من غير فرق بين الغريب و البعيد، و الذكر و الأنثى، و الفاضل فى الإرث و غيره، بلا خلاف و لا إشكال للتساوى فى سبب الملك، فهم كالمشركين فى الحيازه مثلاً، بل الظاهر عدم اعتبار قصد الموصى فى ذلك.

نعم يعتبر فيه عدم قصد الخلاف فالتسوية المزبوره حينئذ شرعيه، و احتمال بطلان الوصيه - لعدم قصد الموصى تشخيص الملك للموصى له، يدفعه أنه خلاف مقتضى عموم الكتاب و السنه، و مقعد الإجماع مضافا الى خصوص الفتوى به هنا على وجه لم يظهر فيه خلاف.

نعم لو لم تكن الجماعه محصوره كان المراد من الوصيه الصرف فيهم، كما فى كل موصى له غير محصور، بل لو كان بلفظ الجمع لم يجب ملاحظه أقل مصداقه فى الامتثال، و إن كان هو الأحوط.

و كيف كان فإذا أوصى لأولاده و هم ذكور و إناث، فهم فيه سواء، و كذا لأخواله و خالاته، أو لأعمامه و عماته، و كذا لو أوصى لأخواله و أعمامه، كانوا سواء على الأصح لما عرفت، خلافا للمحكى عن الشيخ و جماعه، و إن لم أتحقق ذلك فكالارث، و لا ريب فى ضعفه، بل عن ظاهر التذكرة الإجماع على خلافه، و إن كان فيه روايه صحيحه لكنها مهجوره و هى

صحيحه زراره (١) عن الباقر (عليه السلام) «فى رجل أوصى بثلاث ماله فى أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان، و لأخواله الثلث»

و قد حملت أيضا على ما لو أوصى بذلك على كتاب الله، و كذا الخبر الآخر (٢) الضعيف «المقتضى لقسمه الوصيه للأولاد بين الذكور و الإناث على كتاب الله» و فى المسالك لم يعمل به أحد، هذا كله إذا أطلق فى الوصيه.

أما إذا نص على التفضيل اتبع لعموم من بدله، و ما دل على إنفاذ الوصيه على حسب ما أوصى به الموصى و إذا أوصى لذوى قرابته كان للمعروفين بنسبه مصيرا إلى العرف كما هو الضابط فى كل لفظ:

قال محمد بن أبى نصر (٣). «نسخت من كتاب بخط أبى الحسن (عليه السلام) رجل أوصى لقرابته بألف درهم، و له قرابه من قبل أبيه و أمه، ما حد القرابه يعطى من كان بينه و بينه قرابه،

-
- ١- ١ الوسائل - الباب - ٦٢ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.
 - ٢- ٢ الوسائل - الباب - ٦٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.
 - ٣- ٣ الوسائل - الباب - ٦٨ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

أولها حد ينتهى إليه؟ فأيك فدتك نفسى، فكتب (عليه السلام) إن لم يسم أعطاها قرابته»

و كذا

عن الحميرى إلا أنه قال: «اعطى أهل بيت قرابته»

من غير فرق بين الوارث وغيره، والمسلم والكافر، والذكر والأنثى، والفقير والغنى، كما أنه لا فرق فى انصراف الوصيه إلى الموجود منهم، سواء اتحد أو تعدد، و سواء ذكرهم فى الوصيه بصيغه الجمع أو الأفراد.

وقيل: والقائل الشيخ على ما حكى عنه كان أى الموصى به لمن يتقرب إليه إلى آخر أب و أم له فى الإسلام بمعنى الارتقاء بالقرابه من الأدنى إليه إلى ما قبله، و هكذا إلى أبعد جد فى الإسلام وفروعه، و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى إلى آباء الشرك، و ان عرفوا بقرابه عرفا، و هو عجيب.

و أعجب منه الاستدلال له ب

قوله (عليه السلام) (١) «قطع الإسلام أرحام الجاهليه»

و قوله تعالى (٢) لنوح عن ابنه «إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ».

و هما كما ترى لا يدلان على تمام المطلوب، بل و لا على شىء منه، ضروره كون المدار هنا على صدق اللفظ، و لا ريب فيه لغه و عرفا على المعروفين بنسبه، و إن كانوا كفارا، إلا أن تكون هناك قرينه على اراده المسلم نحو ما ذكروه فى الفقهاء، كما أنه لا ريب فى عدم صدقه على البعيد، بحيث لا يعرف بنسبه و إن

كان مسلما و من هنا قال المصنف و هو غير مستند إلى شاهد.

و أما ما يحكى عن الإسكافى من أنى لا- اختار ان يتجاوز بالتفرقه ولد الأب الرابع، لأن رسول الله (صلى الله عليه و آله) لم يتجاوز فى تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس.

فقد يدفعه العرف أيضا و فعل النبى (صلى الله عليه و آله) لا يدل على نفى القرابه مطلقا عما عداه، فإن ذلك معنى آخر للقرابه، و أضعف منه القول باختصاص القرابه بالوارث، دون غيره، و القول باختصاصها بالمحرم من ذوى الأرحام دون غيرهم، كبنى الأعمام و الأخوال، مع أنهما

١- ١ ما عثرنا على هذه الروايه بعد الفحص فى مظانها من كتب الخاصه و العامه.

٢- ٢ سورة هود الآيه - ٤٦.

مجهولا القائلين و الله العالم.

و لو أوصى لقومه قيل: و القائل الشيخان و أكثر الأصحاب فى المسالك و المشهور فى غيرها هو ل لذكور من أهل لغه أو مطلقا ذكورا و إناثا، و هو كما ترى يشهد العرف بخلاف، و لعله لذلك نسبة المصنف إلى القيل، بل عن ابن إدريس أنهم الرجال من قبيلته ممن ينطق العرف بأنهم أهله و عشيرته دون من سواهم، و عليه قول الشاعر:

قومى هم قتلوا أميم أخى فإذا رميت يصيبنى سهمى

و لا بأس به و إن سلمنا كونه فى اللغه كما ذكروه، و الله العالم.

و لو قال: لأهل بيته، دخل فيهم الآباء و الأولاد و إن نزلوا و الأجداد و إن علوا قطعا، بل الظاهر دخول الأعمام و أولادهم، بل عن تذكره الفاضل تفسيره بالقرايه التى يدخل فيها الأخوال و فروعهم، و حكى عن ثعلب أنه قال: أهل البيت عند العرب آباء الرجال و أولادهم، كالأجداد و الأعمام و أولادهم و يستوى فيه الذكور و الإناث، و فى المسالك «ما اختاره العلامه من مساواه أهل البيت للقرايه هو الظاهر فى الاستعمال، يقال: الفلانيون أهل البيت فى النسب معروفون، و عليه جرى

قوله (١) (عليه السلام) «إنا أهل البيت لا تحل لنا الصدقه»

، قلت: هو جيد، لكن قد يمنع شموله للأخوال و الخالات و فروعهم، و نعم ما سمعته من ثعلب، كما أنه لا إشكال فى عدم كونه ما فى المتن خاصه، و إلا لخرج أمير المؤمنين (عليه السلام) عن أهل بيت النبى (صلى الله عليه و آله) و هو باطل إجماعا، كما فى المسالك.

و على كل حال فالأقوى الرجوع إلى عرف بلد الموصى، و مع انتفائه يدخل كل قريب، و أما أهل بيت النبى (صلى الله عليه و آله) فإنهم أخص من ذلك، بالروايه (٢) الوارده عنه فى حصرهم فى أهل الكساء، و الله العالم.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٩ - من أبواب المستحقين للزكاه الحديث - ٦.

٢- ٢ تفسير برهان ج ٣. ص ٣١٩.

و لو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه عند جماعه من الأصحاب ففي محكى القاموس: عشيره الرجل بنو أبيه الأذنون، و عن الفاضل ان العشيره هي القرابه مطلقا و في المسالك «الأجود الرجوع إلى العرف، و مع انتقاله فالعموم حسن» قلت: لكن الظاهر تحقق العرف في القبيله، لا خصوص الأقرب، و لا مطلق القرابه، و الله العالم.

و لو قال لجيرانه كان للقريبين منه، و في المتن قيل: كان لمن بلى داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب، و فيه قول آخر مستبعد و هو يلى داره إلى أربعين دارا، و إن كان فيه روايات من الطريقتين (١) إلا أنه مخالف للعرف، كما أن التحديد بالأربعين ذراعا لم نقف له على شاهد، فالأولى جعل المدار على العرف و المشكوك فيه خارج، و تمام البحث في ذلك مر في باب الوقف.

و تصح الوصيه للحمل الموجود حال الوصيه، و إن لم يكن قد حلتها الحياه بلا خلاف أجده فيه، لعموم ما دل على جوازها و لكن لا تستقر إلا بانفصاله حيا كالإرث و حينئذ ف لو وضعت ميتا بطلت الوصيه بمعنى ظهور بطلانها، و إن كان قد حلتها الحياه في بطن أمه، كظهور الصحه لو انفصل حيا، فالنماء المتخلل يتبع العين في ذلك.

و لو وقع حيا ثم مات استقرت و كانت الوصيه لورثته (١١) لكن في المسالك يعتبر هنا قبول الوارث، لإمكانه في حقه، و انما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره، كما سقط اعتباره

للحمل مطلقا، فيقبله وليه ابتداء، و وارثه هنا، و تظهر الفائده، فيما لو ردها الوارث قبل قبوله، فإن اعتبرناه بطلت، و إلا فلا أثر للرد.

و الذى قوى في النظر عدم الاحتياج إلى القبول في الوصيه للحمل، بل الظاهر عدم الولى له و هو حمل، بحيث يقبل عنه الهبه و البيع و غيرهما، خصوصا قبل ولوج الروح، و احتمال كون المراد قبول وليه بعد الولاده، يدفعه أنه خلاف ظاهر الفتاوى المتضمنه استقرار الوصيه

بانفصاله حيا، و حينئذ فلا يحتاج وارثه إلى قبول، ضروره كون ملكه بالإرث للحمل لا بالوصيه و الله العالم.

و لو أوصى المسلم للفقراء مثلا كان لفقراء ملته عرفا في الوصيه و نحوها و إن كان اللفظ للأعم من ذلك لغه و عرفا في غيرها و لو كان الموصى كافرا انصرفت إلى فقراء نحلته لذلك أيضا.

قال أبو طالب عبد الله بن الصلت (١): «كتب الخليل بن هاشم إلى ذى الرئاستين و هو وإلى نيسابور أن رجلا من المجوس مات، و أوصى للفقراء بشىء من ماله، فأخذه قاضى نيسابور فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلى ذى الرئاستين بذلك فسأل المأمون عن ذلك فقال: ليس عندى في هذا شىء فسأل أبا الحسن (عليه السلام) فقال أبو الحسن (عليه السلام):

ان المجوسى لم يوص للفقراء المسلمين، و لكن ينبغى أن يؤخذ مقدار ذلك المال من مال الصدقه، فيرد على فقراء المجوس»

و نحوه غيره، بل لا يبعد تنزيل اللفظ على خصوص المذهب، فالإمامى من المسلمين لفقراء الإماميه، و هكذا.

بقى شىء ينبغى التنبيه عليه، و هو أنه قد عرفت عدم صحه الوصيه للمعدوم، و المنساق منه معدوم الذات، و هل مثله معدوم الوصف؟ بمعنى عدم تلبسه بالوصف حال الوصف، ثم تجدد له ذلك في حياه الموصى أو بعده، يحتمل ذلك، فلا يعطى الفقير بعد الوصيه و لا الجار كذلك و لا غيرهم؟ وجهان: أقواهما الصحه، مع إرادته العنوان لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (٢)» و غيره، و الله العالم.

و لو أوصى لإنسان، فمات قبل الموصى، قيل بطلت الوصيه، و قيل: ان رجع الموصى بطلت الوصيه، سواء رجع قبل موت الموصى له أو بعده، و إن لم يرجع كانت الوصيه لورثه الموصى له، و هو أشهر الروايتين بل هو المختار كما عرفته سابقا.

١-١ الوسائل - الباب - ٣٤ - من أبواب أحكام الوصايا.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام الوصايا.

نعم فى المسالك «و الفرق بين هذه و بين السابقه، أن السابقه تضمنت كون وارث الموصى له يرث القبول، لو مات الموصى له قبله، و ليس فيها تعرض للملك الموصى به، و عدمه و الغرض من هذه بيان أن الموصى له ينتقل بموت

الموصى له إلى وارثه، و ان لم يرجع الموصى عن الوصيه، على خلاف فيه، سواء كان مورثه قد قبل الوصيه قبل موت الموصى أم لا؟ فلو فرض أنه قبل الوصيه فى حياه الموصى، ثم مات فى حياته و اكتفينا بالقبول الواقع فى حياه الموصى، لم يفتقر وارثه إلى القبول، و لكن يبقى الخلاف فى بطلان الوصيه و عدمه، و هو المقصود بالبحث هنا، و إن لم يكن قد قبل، انتقل إلى الوارث حق القبول، و هو المستفاد من السابقه، و معه يملك الموصى به على الخلاف، و هو المذكور هنا» لكن قد عرفت هناك ما يعرف منه التحقيق فيما هنا أيضا فلا حظ و تأمل.

و لو لم يخلف الموصى له أحد رجعت الوصيه إلى ورثه الموصى عند جماعه من الأصحاب، كما تقدم أيضا تحقيق ذلك كله، حتى فى قيام الوارث العام كالوارث الخاص و عدمه، سيما إذا مات الموصى له بعد القبول قبل الموصى، و قلنا باعتبار قبوله حال الحياه، فإن المتجه انتقال الموصى به إليه، فلاحظ و تأمل.

و لو قال: أعطوا فلانا كذا و لم يبين الوجه، و جب صرفه إليه يصنع به ما شاء لأن الوصيه تقتضى تسليط الموصى له على المال تسليط غيره من المالك على أملاكهم كما أنه لو عين الصرف فى جهه خاصه، فقال: أعطوه كذا لبناء مسجد مثلا، تعين عليه صرفه فيها، للنهى عن تبديل الوصيه، فلو صرفه فى غيرها ضمن، و لزمه إعطاء عوضه و صرفه فى الوجه المعين.

و لو أوصى فى سبيل الله، صرف إلى ما فيه أجر، و قيل: يختص بالغزاه، و الأول أشبه و ان كان الثانى أحوط بين ذلك فى باب الزكاه، و لو أوصى بثلثه و لم يبين الوجه صرف فى وجوه البر.

و تستحب الوصيه لذوى القرابه و ارثا كان أو غيره بلا خلاف فيه عندنا نضا

و فتوى بل

فى خبر السكونى (١) عن جعفر بن محمد عن أبيه (عليه السلام) «من لم يوص عند موته لذوى قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيه»

وقالت: سالمه مولاہ أبى عبد الله (عليه السلام) (٢) «كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام) حين حضرته الوفاہ فأغمى عليه، فلما أفاق قال أعطوا الحسن بن على بن الحسين و هو الأفتس سبعين ديناراً، و أعطوا فلاناً كذا و كذا، و فلاناً كذا و كذا، فقلت: أ تعطى رجلاً حمل عليك بالشفره يريد أن يقتلك، فقال:

تريدین أن لا- أكون من الذين قال الله عز و جل «الَّذِينَ يَصِّمُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ» الآية، نعم يا سالمه أن الله تبارك و تعالى خلق الجنة، و طيبها و طيب ريحها، و ان ريحها ليوجد من مسيره ألفى عام، و لا يجد ريحها عاق و لا قاطع رحم» إلى غير ذلك من النصوص.

و إذا أوصى للأقرب نزل على مراتب الإرث بالنسب بمعنى تقديم المرتبه الأولى على الثانية، و تقديمها على الثالثة و حينئذ ف لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب لا أن المراد التنزيل فى كيفية الاستحقاق، لما عرفت من أن الوصيه يتساوى فيها الذكر و الأنثى، و المتقرب بالأبوين و المتقرب بالأم، و الظاهر أن من الأبعد هنا ابن العم و لو للأب و الأم فلا يعطى مع وجود العم و لو لأب، و إن قدم عليه فى الإرث لدليل خاص، أما إلخ من الأب فى المسالك ان الأقوى تقديم الأخ من الأبوين عليه كما فى الإرث.

قلت: قد يحتمل تساويهما، و خروج الإرث بالدليل، و لو كان التقرب بالسببين محققاً للأقرب عرفاً لاقتضاها بالنسبه إلى المتقرب بالأم خاصة.

[الفصل الخامس فى الأوصياء]

إشاره

الفصل الخامس: فى الأوصياء جمع وصى من الوصايه بكسر الواو و فتحها، و هى الولايه على إخراج حق أو استيفائه أو على طفل أو مجنون، يملك الوصى الولايه عليه بالأصالة كالأب و الجد، أو بالعرض كالوصى المأذون له فى الإيصاء، و هو معنى ما فى القواعد من أن الوصيه بالولايه استتابه بعد الموت فى التصرف فيما كان له التصرف فيه من قضاء ديونه و استيفائها، و رد الودائع و استرجاعها،

١- ١ الوسائل - الباب - ٨٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٨٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

و الولايه على أولاده الذين له الولايه عليهم من الصبيان و المجانين، و النظر فى أموالهم، و التصرف فيها بما لهم الحظ فيه، و تفريق الحقوق الواجبه، و المتبرع بها، بل لعل تعريفها بالولايه أولى من الاستنباه باعتبار كونها كذلك بعد الموت، لا أنها نيابه عن الميت الذى بموته تنقطع ولايته، و ان كان هو قد نصبه وليا.

و على كل حال ففى القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها- بل فى الحدائق الظاهر اتفاقهم عليه- أنها عقد، و فيه: أن العقد كما عرفته فى محله ما اعتبر فيه الإيجاب و القبول، و المشهور كما تعرفه أن المعتبر فى لزوم الوصيه، عدم الرد الذى يبلغ الموصى، و هو أعم من القبول، بل يتحقق بالرد و عدم القبول إذا لم يبلغ الموصى، و هو مناف لدعوى العقدية المزبوره.

نعم قد تكون بصوره العقد، كما لو أوصى الموصى، فقال الوصى قبلت: و ليس ذلك كافيا فى العقد، ضروره كونه اسما لما اعتبر فيه القبول على جهه الجزئيه، و لقد أجاد فى الدروس حيث أنه بعد أن ذكر جواز تأخر قبولها عن إيجابها كفايه الفعل فيه، قال: و على ما قلناه من اللزوم بالموت و عدم الرد، فلا عبره بقبول الوصى و عدمه بل العبره بعدم الرد الذى يبلغ الموصى، فإن حصل و إلا- التزم، و بذلك ظهر لك الفرق بين الوصيه و الوصايه، فإن الاولى، و إن لم تحتج إلى قبول فى بعض أفرادها كالوصيه للجهات العامه بناء على عدم احتياج القبول فيها، لكن حيث يحتاج إلى القبول فيها كالوصيه للمخصوص يكون معتبرا فيها بحيث إذا لم يحصل يقع باطلا، بخلاف الوصايه، فإن عدم القبول لا يبطلها، إلا إذا كان برد لها على وجه يبلغ الموصى، كما هو واضح.

ثم ان صيغه الوصايه أوصيت إليك، أو فوضت أو جعلتك وصيا، أو أقمته مقامى فى أمر أولادى، أو حفظ ما لهم و التصرف فيه، أو كذا أو كذا، أو وليتك كذا بعد موتى، أو جعلتك وليا بعد الموت، أو نحو ذلك من الألفاظ التى تفيد توليته على ما يريد لها عليه عموما أو خصوصا.

أما لو قال أنت وصيى مثلا و اقتصر، وقع لغوا لعدم ظهور المتعلق منه، و عمومه

كخصوصه بالنسبه إلى التقدير، و مطلق الوصايا لا- تجدى من دون ذكر المتعلق بخلاف الأوامر، بل و بخلاف نحو «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ونحوه ضروره كون المقام كالأخبار و كما قال: و كلتك، و عن التذكرة التصريح به، بل عن فخر المحققين عدم الخلاف فى ذلك.

و التحقيق ما فى الدروس من أنه إن كان هناك قرينه حال حمل عليه، و إلا أمكن البطلان، و يحتمل التصرف فيما لا بد منه كحفظ المال، و مؤنه اليتيم» قلت: لا- بأس بالاحتمال المزبور مع فرض تيقن إرادته من اللفظ المزبور أو ظهوره مع الشك فى غيره، و إلا- فاللابديه أعم من الوصايه به، و لو قال: أوصيت إليك أو أقمته مقامى فى أمر أولادى، و لم يذكر التصرف، فالظاهر تنزيله على التصرف، لأنه المفهوم عرفا خصوصا عند من يرى أن المفرد المضاف يفيد العموم، لكن عن التذكرة أن فيه احتمالين، هذا أحدهما، و الثانى عدم التصرف إلا فى الحفظ، لأنه المتيقن دون غيره، و هو كما ترى، ضروره إرادته التصرف منه عرفا.

و كيف كان ف يعتبر فى الوصى العقل و الإسلام فلا يصح الإيضاء إلى مجنون مطبقا أو أدوارا، لعدم صحه تصرفاته و عدم صلوحه للوكاله، فضلا عن الوصايه التى هى أعظم منها، لأنها إحداث ولايه و منصب يقصر المجنون عنها قطعاً، لكونه مولى عليه، بل لو طرأ الجنون على الوصى بطلت وصيته فى وجهه، و إن كان تسمع فى المسائل إن شاء الله تعالى أن الأقوى خلافه، و

فى دعائم الإسلام (١) عن على (عليه السلام) «لا يزيل الوصى عن الوصيه ذهاب عقل أو ارتداد أو تبيذير أو خيانه أو ترك سنه، و السلطان وصى من لا وصى له و الناظر لمن لا ناظر له»

بل الظاهر عدم عودها لو عاد العقل، أن كان على وجه الفسخ كما فى العقد الجائر- وفاقا للفاضل للأصل، و عدم مقتضى لعودها، و أن تردد فيه فى الدروس، و تسمع إن شاء الله تعالى تحقيق الحال فى ذلك، فى المسائل.

نعم لو صرح الموصى بذلك أمكن القول بالصحه لعموم أدله الوصيه و وجوب إنفاذها على حسب ما أوصى، و من هنا قال فى الدروس: الأقرب صحه الإيضاء لمن يعتوره الجنون

أدوار، و يحمل على أوقات الإفاقة، ثم قال: و الفرق بينه و بين الأول: أى من طرأ له الجنون، انصراف الوصيه فى ابتدائها: أى فى الأدوارى إلى أوقات إفاقته، و فى غيرها إلى دوام عقله الذى لم يدم، و لو قلنا بعود ولايه الأول فلا اشكال».

قلت: قد يقال بصحة الإيضاء إلى المجنون حال جنونه، معلقا ذلك على حصول الإفاقة له ان حصلت، منضمًا إلى الوصايه إلى بالغ مستقل فى التصرف، أو غير منضم، على اشكال ينشأ من عموم الأدله، و من كون المتيقن منها الاذن فى نصب غير ذلك، على أن تعليق تأثير السبب على غير الشرط الشرعى مخالف للضوابط الشرعيه، و الظاهر ما دل على التسبيب، و سيأتى لذلك نظائر إن شاء الله تعالى كما أنه يأتى البحث على ما يتفرع على الشرط الثانى عند تعرض المصنف له.

و إنما الكلام هنا فى أنه هل يعتبر العدالة فى الوصى قيل: و القائل جماعه، بل هو المشهور نعم بل فى الغنيه الإجماع عليه لأن الفاسق لا أمانه له لوجوب التثيبت عند خبره (١)، و ظالم لا يركن إليه (٢)، و لأولويتها من وكيل الوكيل المجبور بنظر الموكلين، الذى قد اعتبر فيه العدالة، و ولايتها قد تكون ولايه على طفل، أو على أداء حق واجب، أو نحو ذلك مما لا ينبغى فيه ائتمان غير العدل، و لأن الوصايه إثبات الولايه بعد الموت الذى به ترتفع ولايه الموصى و يصير التصرف متعلقا بحق غير المستنيب من طفل أو مجنون أو فقير و غيرهم، فيكون أولى باعتبار

العداله من وكيل الوكيل، و وكيل الحاكم على مثل هذه المصالح، و من هنا كان رضى الموصى بالفاسق غير معتد به، كما أن منه يعلم الفرق بين الوصايه و الوكاله، و الاستيداع المتعلقين بحق الموكل و المودع المسلطين شرعا على إتلاف مالهما، فضلا عن تسليط غير العدل عليه، و الموصى إنما يسلط على حق الغير لخروجه عن ملكه بالموت مطلقا، مع أنا نمنع عدم اشتراط العدالة فى الودعى و الوكيل إذا كانا على مثل ذلك.

١- ١ سورة الحجرات الآيه - ٦.

٢- ٢ سورة هود الآيه - ١١٣.

كل ذلك مضافاً إلى التأييد بظواهر كثير من النصوص (١) الواردة بالنسبة إلى من مات و له أموال، و ورثته صغار و لا وصى له، حيث اشترطت عداله المتولى لذلك، و هى و إن كانت خارجه عما نحن فيه إلا أن فيها إشعاراً بأن المتولى لأمر الوصايه كذلك بل لا- فرق بينهما، إلا- كون الأول منصوباً من قبل الشارع و الثانى من قبل الميت و إلا فهما بالنسبه إلى ما يتصرفان فيه واحد، فكما يراعى العداله فيه من حيث أن الناصب له الشرع، يراعى كذلك فيه من حيث أن الناصب للوصى، فلا ينصب لذلك إلا عدلاً.

و الفرق- بأن للموصى التسلط على ماله يدفعه إلى من شاء، و يسلط عليه من يختاره، لتسلط الناس على أموالهم، بخلاف الحاكم الشرعى المنوط تصرفه بالمصلحه، دون ما فيه مفسده- يظهر ضعفه مما مر، فإن الموصى بعد الموت و

انتقال التركة إلى الورثه و فيهم الصغير، و فيها وصايا إلى الجهات العامه و نحو ذلك من التصرفات المحتاجه إلى الوثوق و الائتمان، لا تعلق له بذلك، فتصرفه فيما ذكر، إنما هو تصرف فى مال الغير، لا مال نفسه.

و قيل: و القائل جماعه منهم الفاضل فى المختلف و ابن إدريس فيما حكى عنه و غيرهما لا تعتبر العداله فى الوصى لأن المسلم محل للأمانه، كما فى الوكاله و الاستيداع، و لأنها ولايه تابعه لاختيار الموصى فيتحقق بتعيينه.

و قيل كما فى المسالك: المعتبر عدم ظهور الفسق، لا ظهور العداله، قال: لأنه لا يلزم من عدم أهليه الفاسق للاستيمان و قبول الخير، اشتراط العداله هنا لوجود الواسطه بينهما، و هو المستور و المجهول الحال، فإنه لا يصح وصفه بالفسق بل يعزر واصفه به، فلا يدخل فى المدلول.

و اشتراط عداله و كيل الوكيل إن أرادوا به اشتراط ظهور عدالته، كما هو المشهور، فهو عين المتنازع فيه، و إن أرادوا به عدم ظهور الفسق، سلمناه، لكن لا يفيد الاشتراط، و بالجمله لا ريب فى اشتراط عدم ظهور فسقه، أما اشتراط ظهور عدالته ففيه بحث، و الاستدلال عليه- بأن الفسق لما كان مانعاً، فلا بد من العلم بانتفائه، و ذلك هو اشتراط

العدالة- واضح المنع، لأن المانع لا يشترط العلم بعدمه في التأثير، بل عدم العلم بوجوده كاف، كما في كل مانع.

و حينئذ فالأقوال في المسألة ثلاثه، و قد اتفقت جميعا على عدم الفرق بين متعلق الوصايه في ذلك من ولايه على قاصر، أو على أداء حق لازم، أو على صرف ثلث في وجوه بر أو نحو ذلك، و لعل خيرها أوسطها ما لم يكن فيه مفسده على القاصر، لعموم الأدله و إطلاقها، خصوصا ما ورد منها في وصايه الامراه(١) التي من الغالب عدم عدالتها، و في وصايه ولده و فيهم الصغار و الكبار، و إن الصبي يكون وصايا بذلك عند بلوغه أو قبله، و التصرف عند البلوغ، و غير ذلك من النصوص التي لا ينكر ظهور سياقها في عدم اعتبار العدالة، سيما ما ورد من وصيه الكاظم (عليه السلام) جميع ولده (٢)، و منهم غير العدل، و جعل الولايه بيد على (عليه السلام) منهم لا يجدي، بناء على عدم صلاحية الفاسق للوصايه، و لو مع انضمامه إلى غيره ممن له الولايه عليه.

و دعوى عدم صحه ائتمان الفاسق و الركون إليه و اضحه المنع، فإن الفسق قد يكون بما لا مدخله له في حفظ المال، و الوصايه ليست ركونا، و مع التسليم فالممنوع من الركون إلى الظالم من الفاسق، لا مطلقا و دعوى كونه ظالما لنفسه، كما ترى لا تستأهل جوابا.

و كذا ما ذكر من القياس على وكيل الوكيل الممنوع اعتبار العدالة فيه أيضا، فإن الأمر يتبع اذن الموكل أو مصلحه، و لا ريب في أن الوصايه فرع ولايه الموصى، و إن لم تكن هي استنابه بمعنى ثبوت الولايه له بعد الموت، و ان الوصى نائب عنه ضروره انقطاعها بعد الموت، و لكن لولايته الثابته حال الحياه قد جوز له الشارع جعل ولى بعد موته فيما له

الولايه عليه، و أدله جواز ذلك عامه أو مطلقه.

نعم هي مخصصه، أو مقيده في بعض أفرادها، كالولايه على القاصر و نحوها، بما إذا لم يكن في ذلك مفسده، أو بما فيه مصلحه من غير فرق في ذلك بين العدل و الفاسق و كذا

١- ١ الوسائل- الباب- ٥٠ و ٥٣- من أبواب أحكام الوصايا.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ١٠- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ٥.

الوكاله و الوديعه من الحى للطفل، و دعوى خروج المال منه كله بالموت، مدفوعه بأن الثلث باق على حكم ماله، فله الولايه عليه على أى نحو شاء، كما أن له الولايه، من غير فرق بين العدل و الفاسق، كحال الحياه و قبول خبرهما فى ذلك باعتبار كونهما مسلمين مصدقين فيما يسندانه إليهما خصوصا مع تكليفهما بذلك، فلا- فرق من هذه الجهه، و التأيد بالنصوص المزبوره- يدفعه أن موضوعها تولى عدول المسلمين الذين هم أحد الأولياء، مع فقد الحاكم لا من حيث الوكاله عنه و إلا فالحاكم قد يجوز له، أو يجب عليه توكيل الفاسق إذا اقتضته المصلحه.

نعم قد يفرق بين العدل و الفاسق فيما يلزم الموكل و الولى فيه مراعاة المصلحه أو عدم المفسده عند اشتباه الحال لديه، فإنه حينئذ بتوكيل العدل و توليته معذور، بخلاف الفاسق الذى هو مظنه الفساد، لا أنه لا يجوز توليه الفاسق الذى يعلم الصلاح فى توليته، لكون نفسه بما لا يضر المولى عليه كما هو واضح، بل لو وقع ذلك من الموكل و الموصى، و لم يعلم الحال لا بد لنا من حمل فعلهما على الوجه الصحيح و هو الذى يعلم الولى عدم مفسدته أو صلاحه، لا أنه يحمل على معلوم الفساد، كى يحكم ببطلان وصايته.

و من الغريب أن بعض من اشترط عداله الوصى قال: و أعلم ان هذا الشرط انما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصى، و يقبل خبره كما يستفاد ذلك من دليله لا فى الفعل فى نفسه، فلو أوصى إلى من ظاهره العداله، و هو فاسق فى نفسه، ففعل مقتضى الوصيه، فالظاهر نفوذ فعله و خروجه عن العهد، و يمكن كون ظاهر الفسق كذلك لو أوصى إليه فيما بينه و بينه و فعل مقتضاها، بل لو فعله ظاهرا كذلك لم يبعد الصحه و ان حكم ظاهرا بعدم وقوعه، و ضمان ما ادعى فعله، و تظهر الفائده لو فعل مقتضى الوصيه باطلاع عدلين، أو باطلاع الحاكم، نبه على ذلك فى التذكره و الروضه، و هو حسن.

قلت: و قريب منه ما صرح فى جامع المقاصد، و لا- يخفى عليك منافاه ذلك لاشتراط العداله فى الوصى، فى سياق اشتراط العقل، و نحوه مما يقضى بانعدام المشروط بعدمه، و أقصى ما يقال فى دفعه أنه يمكن تنزيله على أن المراد أنها شرط فى صحه الاستنباه، لا فى

صححة النيبابه، و أنت إذا تأملت لم تجد لهذا الكلام حاصلًا ينطبق عليه ظاهرا من ذكر ذلك شرطا على حسب اشتراط العقل و نحوه.

و أغرب من هذا ما عساه يظهر من بعضهم من الاستدلال على اشتراط العدالة بأن الفاسق لا يصلح للولاية على الطفل، و فيه أنه لا خلاف ظاهرا في ثبوت ولاية الأب و الجد على الطفل، و إن كانا فاسقين، بل في جامع المقاصد الاعتراف بأن ذلك مقتضى النص و الإجماع و أنه لا دليل على اشتراط العدالة.

نعم قال: فيدفع محذور الفسق بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال، اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية، عزله و منعه من التصرف في ماله، و إثبات اليد عليه، و إن ظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم يعلم استعلم بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله، و فيه أنه لم يكون كذلك في الوصى، و مع وجوب الاستعلام بالاجتهاد و تتبع الأحوال لوجوب حسن الظن بالمسلم، فعله على الوجه الصحيح، و أنه لا يقصر فيما وجب عليه، كما هو مقرر في محله، هذا كله في الوصية إلى الفاسق ابتداء.

أما لو أوصى إلى العدل من حيث كونه عدلا ففسق بعد موت الموصى أمكن ببطلان وصيته بل ينبغي الجزم به، و إن لم نقل باشتراط العدالة في الوصى بلا- خلاف أجده فيه، بل عن المهذب و شرح الصيمري الإجماع عليه إلا من الحل، و في جامع المقاصد كأنه لا خلاف فيه لعدم مقتضيها، ضروره كون فرض عباره النصب له من حيث العدالة، فمع فسقه لم تشمله عباره النصب، فلا يكون وصيا، و دعوى- أن العدالة من الأوصاف التي لا يتغير الموضوع بفقدانها- يدفعها وضوح فسادها، إذ الموضوع إن كان الذات مع الوصف فلا- ريب في تغير الموضوع بعدمها، كوضوح فساد دعوى الاكتفاء بالعدالة في ابتداء النصب دون استمراره، لأن الوثوق ربما كان باعتبار صلاحه، فلم يتحقق الوثوق عند زواله.

نعم لو أوصى إلى العدل لا من حيث العدالة، بل من حيث ذاته، ففسق فإن وصيته ثابتة، بناء على صحه وصايه الفاسق، بل لعله كذلك أيضا إذا كانت العدالة داعيا و باعئا

للوصايه، لكن لم تتعلق الوصايه عليها، لما تقرر غير مره من أن الدواعى لا تقيد أمثال هذه الأسباب، بل قد يقال: أنها كذلك إذا أوصى إلى العدل و لم يعلم منه ملاحظه الوصف على الوجه الأول أو غيره، فإن استصحابها كاف فى الحكم ببقائها، بل لو علم ملاحظه الوصف لكن لا على جهه دورانها معه وجودا و عدما، بل لا حظه غير خاطر فى باله العارى عنه، فإن الاستصحاب أيضا يمكن جريانه ضروره عدم معلوميه عليه الوصف، و محال الاستصحاب غالبا تفرن معها الأوصاف التى لم يفهم عليتها، و منها المقام الذى كان الوصف فيه شبه مفهوم اللقب، و لا- يقال: انه لا- يجرى باعتبار تغير الموضوع فى الفرض، لما عرفت من أن الموضوع لا يتغير بتغير مثل هذا الوصف، بل التغير يحصل بتغير الذات أو الوصف الذى يجعل مدارا للحكم.

و قد ظهر لك مما ذكرنا أن الظهور فى المقام خمسه و المتجه البطلان فى الأولى التى نزلنا عليها عباره المصنف و ان كان فيه صعوبه، فرارا مما عساه يظهر منها من مساواتها لغيرها التى قد عرفت كون المتجه منه الصحه.

و كيف كان فلا تعود الوصايا بعود الوصف إلا إذا صرح بذلك الموصى، أو ظهر من عبارته، فإن الأقوى جواز مثل هذا النصب لإطلاق الأدله، و مثل هذه الصوره تأتى أيضا فيما لو فسق حال حياه الموصى أيضا، ضروره عدم الفرق فيما ذكرناه من مدارك الصور بين حالى الموت و الحياه.

و على كل حال فالمتجه فى الصوره الأولى انزاله من غير حاجه إلى عزل الحاكم، ضروره تقييد وصايته من الموصى بحال العداله التى تنتفى بانتفائها، فقول المصنف و الفاضل فى القواعد فحينئذ يعزله الحاكم و يستنوب مكانه فى غير محله، اللهم إلا أن يكون المراد، بالعزل قطعه عن التصرفات بعد أن تحقق العزل الشرعى، و الأمر سهل بعد وضوح المقصود، و الله العالم.

و لا تجوز الوصيه إلى المملوك بلا خلاف فيه فى الجملة، بل عليه مطلقا عن صريح محكى الغنيه، و ظاهر التذكرة الإجماع، و هو الحجج مضافا إلى أدله الحجر عليه،

و استلزام ذلك التصرف فيه و الانتفاع به بغير إذن مولاه، لاحتياج تنفيذ الوصايه إلى أفعال و أقوال، و هو ممنوع منها، إلا أن يكون ذلك باذن مولاه فتصح الوصايه إليه حيثنذ بلا خلاف كما اعترف به فى الرياض، لزوال المانع و حيثنذ فليس للمولى الرجوع فى الأذن بعد موت الموصى، بل و لاقبله إذا كان بحيث لم يبلغه الرد، و بالجمله هو كالحرب بالنسبه إلى ذلك، أو مكاتباً مبعوضاً للموصى أو غيره عند الشيخ و ابن حمزه و الحللى و المختلف، خلافاً للمفيد و الديلمى فجوزوا الوصيه إلى من عدا القن، أما مطلقاً كما يظهر من المختلف و الدروس، أو إذا كان عبد نفسه كما يستفاده من التنقيح، و مال إليه الصدوق لحريه المدبر حال المباشرة، و لزوم الكتابه و تصرف المكاتب من غير حجر، و لا يخلو عن قوه، لعمومات الكتاب و السنه، الناهيه عن تغيير الوصيه، و سلامتها فى المفروض عما مر من الأدله المانع لما ذكر.

قلت: قال فى الدروس: «خامسها اذن المولى، لو أوصى إلى عبد الغير أو مكاتبه أو مدبره أو أم ولده، و لو أوصى إلى عبد نفسه أو مدبره أو مكاتبه أو أم ولده لم يصح عند الشيخ، و جوز المفيد و سلار الوصيه إلى المدبر و المكاتب مطلقاً، و لعله ليست كما حكى عنهما فى الجمله، و الموجود فى المقنع، و لا يوصى إلى العبد، لأنه لا يملك مع سيده أمراً، و لا بأس بالوصيه إلى المدبر و المكاتب، و فى المراسم: و لا يوصى إلى العبد إلا من كان منهم مكاتباً أو مدبراً فتأمل.

و كيف كان فقد أطلق المصنف و غيره أيضاً عدم جواز وصيه المملوك الشامل لذلك كله و غيره، بل الظاهر عدم الفرق فيه بين مملوك نفسه و مملوك غيره، و قوله «الا بإذن مولاه» لا يقتضى باختصاص المستثنى منه فى الثانى لغه و لا عرفاً، و إن كان لا يتصور إخراج منه باعتبار اقتضاء الوصيه إليه الاذن فى قبولها، لكن قد يقال: إن إذنه لا تجدى، لأن أثر الوصايه بعد الموت الذى ينقطع به ملكه، أو ينتقل إلى غيره.

و دعوى - أن ذلك من الوصيه بمنافعه فليس للوارث الاعتراض - واضحه الفساد ضروره عدم كون ذلك منها بعد عدم قصدھا.

و من هنا كان مقتضى ما حكاه المفروغيه من عدم جواز وصيه القن و لو كان عبد نفسه، و أن الخلاف فى غيره، و كأنه قدس سره مال إلى الجواز، بناء منه على أن مدرك المنع ما سمعت

من الحجر عليه، و اقتضاء الوصايه التصرف فيه، و هما مفقودان فى الفرض، فتبقى العمومات سالمه عن المعارض.

و فيه: أنه يمكن أن يكون الدليل الإجماع المحكى المعتضد بظاهره و بإطلاق الأكثر و بإطلاق

قوله (عليه السلام) «لا وصيه لمملوك (١)»

فى خبر ابن الحجاج الذى لا قرينه على اختصاصه بالوصيه التمليكيه، بل هو شامل لذلك و لجعل الولاية له، و بمعلومية قصور العبد عن هذا المنصب الذى من الواضح الفرق بينه و بين الوكاله، بل لو لا الإجماع على

الصحة بإذن السيد، لأمكن القول بالمنع معها أيضا، كما عن الشافعى و جمع من العامه، سيما الولاية على الطفل مثلا، لقصوره عنه كالمملك الذى لا يجدى فيه إذن السيد، بل لعل الولاية أعظم منه من غير فرق بين مملوك السيد بأقسامه و غيره، و وجود القابليه له فى المدبر مثلا بعد الموت لا يجدى مع فقدتها حال الوصيه كما أنه لا يجدى التبويض أيضا، و ان أجدى فى الملك، لعدم قابليه الولاية التوزيع كالمملك، فتأمل.

نعم لو أوصى إليه معلقا ذلك على حرته، أمكن الجواز، بناء على قبول الوصايه مثل هذا التعليق كما عرفته فيما تقدم، و الله العالم.

و مما يعتبر فى الوصى البلوغ بلا خلاف أجده فيه ف لا تصح الوصيه إلى الصبى منفردا لقصوره بالصبا السالب لأقواله و أفعاله عن منصب الوكاله، فضلا عن الوصايه التى قد عرفت أنها أعظم منها باعتبار كونها ولاية بخلافها، بل لا يتعقل ثبوت السلطنه لغير المميز من الصبيان على المميز منهم.

و لكن قد ورد فى خبرين معتبرين بفتوى الأصحاب على وجه لا- يعرف فيه خلاف بينهم، أنه تصح وصايته منضمما إلى البالغ الكامل و و لكن لا يتصرف الصبى إلا بعد بلوغه و إنما فائده نصبه جواز تصرفه بعد البلوغ على وجه يكون شريكا للبالغ.

علي بن يقطين (١): «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصى إلى امرأه و شريك في الوصيه معها صبيا؟ فقال: يجوز ذلك، و تمضى المرأه الوصيه، و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له إلا الرضا و إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فان له أن يرده إلى ما أوصى به الميت».

وقال الصفار (٢) كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): «رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا، و فيهم صغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيته، و يقضوا دينه ان صح على الميت شهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع (عليه السلام): نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم، و لا يحبسوه بذلك».

و منهما يعلم الحكم فيما ذكره المصنف و غيره من أنه لو أوصى إلى اثنين مثلا- أحدهما صغير و الآخر كبير تصرف الكبير منفردا حتى يبلغ الصغير و لأنه وصى في الحال منفردا إذا الشريك معه بعد البلوغ، كما لو قال: أنت وصيي فإذا حضر فلان فهو شريكك، و من ثم لم يكن للحاكم أن يداخله و لا أن يضم إليه آخر، نائبا عن الصغير.

نعم عند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد لحصول الشريك له حينئذ، كما لو أوصى إلى اثنين كاملين ابتداء على ما ستعرف، هذا.

و في المسالك و غيرها أن صحه الوصيه إلى الصبي منضمما على خلاف الأصل، لأنه ليس من أهل الولاية، و لكن جاز ذلك للنص، فلا يلزم مثله

في الوصيه إليه مستقلا و ان شرط في تصرفه البلوغ، و كان ذلك في معنى الضم، و قوفا فيما خلاف الأصل على مورده، و لأنه يغتفر في حال التبعية ما لا يغتفر استقلالا.

قلت: قد عرفت سابقا ما يقتضى أن الأصل جواز نصب الصبي وصيا إذا علق ذلك على بلوغه رشيدا، ضروره كونه للعمومات و أن الوصايه كالأماره لا يقدح فيها التعليق و نحوه، و لذا

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

جاز الوصيه إلى المجنون الأدوارى، و جاز الإيضاء إلى زيد فإن مات فإلى عمرو، و إلى ولده إن بلغ رشيدا، كما نص عليه فى الدروس، و كذا فى القواعد، و حينئذ فالمتجه كون المنضم على الوجه المزبور على وفق الأصل لا على خلافه، بل المتجه جواز الانضمام كذلك و الاستقلال إن لم يتم إجماع على خلافه، و دونه خرط القتاد.

و دعوى أن محل البحث الوصايه فعلا، لا المعلقه على البلوغ، و قد ثبت فى المنضم للخبرين السابقين، دون المستقل الذى لا ريب فى مخالفه وصايته الفعلية للأصل، لعدم قابليته للولاية، و بذلك صح للمصنف و غيره الفرق بين وصايه المنضم و المستقل.

واضح الفساد، ضروره عدم صحه الوصايه فعلا للمنضم أيضا، و لا صراحه فى الخبرين بذلك بل و لا ظهور، بل لعل ظاهرهما خلافه، و إلا- كان شريكا فعلا، و توقف التصرف فى المال إلى بلوغه، أو يقوم وليه مقامه، أو يضم الحاكم نائبا عنه و الجميع مخالف لما عرفت من النص و الفتوى، بل قد يقال ببطلان وصايه الموصى ان صرح بوصايه الصبى فعلا، لعدم مشروعيتها، و هو معنى اشتراطهم البلوغ فى الوصى الذى مقتضاه انعدام المشروط بانعدامه.

نعم لو صرح بعدم تصرف الكبير حتى يبلغ الصغير صح،

لعموم «المؤمنون عند شروطهم»

بل الظاهر الصحه أيضا مع التصريح بانعزال الكبير عند بلوغ الصغير لذلك، كما هو صريح القواعد و الدروس و جامع المقاصد، بل يصح غير ذلك من الشرائط التى لم تحلل حراما، و لا تحرم حلالا، و لا تخالف كتاب و لا سنه، كالترتيب فى الوصيه بأن يقول: أوصيت إلى زيد، فإن مات فإلى عمرو، و نحو ذلك، و

عن فاطمه (عليها السلام) (١) «أنها أوصت فى وقفها إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فإن حدث به حدث فإلى ولديها»

و قد تقدم سابقا أن الوصايه قريبه من التأمير، كما اعترف به فى جامع المقاصد.

و قد

روى أن النبى (صلى الله عليه و آله) قال (٢) «الأمير زيد، فان قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحه».

١- ١ الوسائل - الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث - ١.

٢- ٢ المغازى للواقدي ج ٢ ص ٧٥.

و بذلك كله يعلم أن موضوع المسأله فى المتن و غيره ما لو أطلق الوصايه إلى الصغیر و الكبير، فإنه الذى حكمه تصرف الكبير حتى يبلغ الصغیر، فيشاركه، و أنه ليس للصغیر الا-عراض عليه فيما تصرف فيه الكبير سابقا على بلوغه كما عرفته و تعرفه فيما يأتى إن شاء الله تعالى فتأمل جيدا.

فإنه قد ظهر لك عدم الفرق بين المميز و غيره فى المسأله، و لا بين البالغ خمس سنين و غيره، و إن كان ظاهر

زياد بن أبى الحلال (١) الثانى: قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رسول الله (صلى الله عليه و آله) هل أوصى إلى الحسن و الحسين (عليهما السلام): مع أمير المؤمنين (عليه السلام)؟ قال:

نعم قلت: و هما فى ذلك السن؟ قال: نعم و لا يكون لغيرهما فى أقل من خمس سنين»

لكن لم أجد عاملا به، بل ظاهر غيره من النصوص و الفتاوى خلافه، و الله العالم.

و كيف كان ف لو مات الصغیر، أو بلغ فاسد العقل، كان للعاقل الانفراد بالوصيه، و لم يداخله الحاكم لأن للميت وصيا مستقلا، لعدم شريك له الكون الفرض موت الصبى قبل البلوغ الذى هو شرط صحه نصبه وصيا، و كذا الكمال فلم يشاركه أحد فى وصايته، و لا وجد ما يزيلها فهى مستصحبه على الحال الأول، لكن و مع ذلك تردد فيه فى الدروس من ذلك، و من دلاله لفظ الوصى على الضم فى وقت إمكانه

عاده، بل فى الرياض أنه الأظهر لقوه دليله، قال: «و ينبغى القطع به فيما إذا بلغ الصبى رشيدا ثم مات بعده و لو بلحظه، لانقطاع الاستصحاب الأول حينئذ بلا خلاف، و تبدله باستصحاب عدم الاستقلال، فيتبع».

قلت: كيف ينبغى القطع به مع أن أقصاه صيرورته كالوصيه إلى اثنين كاملين ثم مات أحدهما، و ستعرف أن المشهور بين الأصحاب استقلال الباقي، و أنه لا يضم إليه الحاكم.

و منه يعلم ضعف القول به فى الفرض الذى هو مرجوح بالنسبه إلى ذلك قطعاً ضروره عدم حصول الشريك للوصى أصلا، بل يمكن القطع بكون مراد الموصى الشركه له إذا بقى و بلغ قابلا- للشركه، و من هنا جزم المصنف و غيره باستقلال الكبير فى الفرض و الله العالم.

و قد ظهر لك من ذلك الحكم فى جميع أطراف المسأله حتى ما ذكره المصنف و غيره و نص عليه فى الخبرين السابقين، بل لا أجد فيه خلافا من أنه لو تصرف البالغ ثم بلغ الصبى لم يكن له نقض شىء مما أبرمه فى الزمن السابق الذى لا شره له فيه؟ إذ لا ريب فى ظهور عبارته الموصى فى إرادته الوصايه للكبير و أنه إذا بلغ الصبى شاركه، فليس له نقض شىء من ذلك إلا أن يكون مخالفا لمقتضى الوصيه بل مثله منقوض لنفسه، لا يحتاج إلى نقض كما هو واضح.

و من الغريب ما فى القواعد، فإنه بعد أن ذكر ما هنا بتمامه، قال: «و هل يقتصر البالغ من التصرف على ما لا بد منه؟ نظر» و هو مناف لإطلاق النص و الفتوى، بل و لما هو كالصريح من خبر على بن يقطين (١) فلاحظ و تأمل.

بقى الكلام فى شىء لم أجد تصريحا به من أحد، و هو لو مات الكبير مثلا قبل بلوغ الصبى و المتجه على ما قلناه صحتها لو بلغ، و إن رجع الأمر إلى الحاكم قبل البلوغ فإذا بلغ استقل فى وجهه، و داخله الحاكم فى آخره، و أما احتمال بطلان وصايه الصبى - و لو بعد البلوغ، باعتبار اشتراط صحتها ابتداء، و استدامه بالانضمام المفروض انعدامه قبل البلوغ - فهو واضح الضعف - لمنافاته الاستصحاب و غيره.

نعم قد يشكل تولى الحاكم الأمر قبل البلوغ - بناء على ما عساه يظهر من بعضهم من ثبوت الوصايه للصبى حال الانضمام و إن لم يجز له التصرف، - بأنه لا ولاية له مع وجود الوصى، فالمتجه له حينئذ الانتظار إلى البلوغ، إلا فيما لا بد منه، إلا أن ذلك كما ترى، ضروره عدم تعقل ثبوت ولايه و سلطنه للطفل على غيره، سيما إذا كان مميزا و هو غير مميز، كما هو مقتضى إطلاق كلامهم هذا.

و قد عرفت سابقا أن من شرائط الوصى الإسلام ف لا تجوز حينئذ الوصيه من المسلم إلى الكافر و لو كان رحما بلا خلاف كما فى الرياض لقصوره عن منصب الولاية عن المسلم و عليه، إذا

(٢) «الْمُؤْمِنُونَ (وَ الْمُؤْمِنَاتُ) بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ، بَل

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٢- ٢ سورة التوبه الآيه - ٧١.

قال الله تعالى (١) «لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ» إلى آخر الآيه و قال جل شأنه: أيضا (٢) «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» و من هنا أطلق المصنف - و غيره عدم وصايته عن المسلم من غير فرق بين تعلقها بالمسلمين و ما فى حكمهم أو غيرهم.

نعم يجوز أن يوصى إليه أى الكافر مثله فى الكفر كما صرح به غير واحد، بناء على عدم اشتراط العدالة، بل و على اشتراطها، بناء على اراده الوقوف من اشتراطها، و يكفى حينئذ عدالته فى دينه، إذ الغرض صيانته مال الطفل، و أداء الأمانه، و هو يحصل بالعدل منهم، فما فى الروضه - «من أن الأقوى المنع، بالنظر إلى مذهبنا، و لو أريد صحتها عندهم و عدمه، فلا غرض لنا فى ذلك، و لو ترفعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم و إلا فاللازم الحكم ببطالانها بناء على اشتراط العدالة فى الوصى، إذ لا وثوق بعدالته فى دينه، و لا - ركون إلى أفعاله، لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام» لا يخلو من نظر، لحصول الوثوق وجدانا بل ربما يحصل الوثوق ببعض عدولهم أكثر مما يحصل عدول المسلمين سيما المخالفين منهم، و مخالفه أفعالهم لكثير من أحكام الإسلام تنافى عدالته فى دينه.

و لعله لذا قال فى المسالك: «و يحتمل قويا الحكم بصحتها مطلقا مع عدالته فى دينه، لأن الغرض منها صيانته مال الطفل و حفظ ماله و أداء الأمانه، و إذا كان الكافر فى دينه مجانباً للمحرمات، قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين، و إن كان فيه أيضا أنه يمكن فرض الوثوق بفاسق المسلمين، كما عرفته سابقا هذا.

و قد يقال فى أصل المسأله يمنع اشتراك الكفار مع المسلمين فى هذا الحكم و إن قلنا به فى غير المقام، لاختصاص الدليل بالنهى عن اتخاذ المؤمنين الكافرين أولياء، دون الكافرين بعضهم مع بعض، بل مقتضى الآيه الأخرى (٣) كونهم كذلك، و حينئذ فحمل عبارته المصنف و غيره - «صححه وصيه الكافر إلى الكافر» - على إرادته الإلزام بما فى مذهبه و إن كان فاسدا عندنا - خلاف الظاهر.

١- ١ سورة آل عمران الآيه ٢٨.

٢- ٢ سورة النساء الآيه ١٣١.

٣- ٣ سورة الأنفال الآيه ٧٣.

نعم ينبغي تقييد ذلك كما عن جماعه بما إذا لم يستلزم ذلك ولايه على مسلم لما عرفت، و لو أوصى الكافر إلى المسلم صح، و تصرف فيما يجوز للمسلم التصرف فيه من تركته دون غيره، كالخمر. و الله العالم.

و لا يعتبر في الوصى الذكوره، و لا البصر و لا كونه غير وارث بلا خلاف فيه بيننا ف تجوز الوصيه حينئذ إلى المرأه إذا جمعت الشرائط و كذا الأعمى و الوارث، لإطلاق الأدله و عمومها، و الإجماع بقسميه، و خصوص خبر على

بن يقطين (١) السابق في الوصيه إلى المرأه و الطفل، فما عن بعض العامه- من الخلاف في ذلك لبعض الوجوه الاعتباريه التي لا تصلح مدركا للأحكام الشرعيه عندنا- واضح الفساد و عليه يحمل

مرسل السكوني (٢) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آباءه عن أمير المؤمنين (عليه السلام) «المرأه لا يوصى إليها، لأن الله تعالى يقول «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»

أو على فقد شرط من الشرائط السابقه، أو غير ذلك و الله العالم.

و لو أوصى إلى اثنين فصاعداً جاز إجماعاً بقسميه، و سنه عموماً و خصوصاً، فإن أطلق أو شرط اجتماعهما، لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف بلا خلاف أجده في الثاني سواء ذكر الاجتماع شرطاً في التصرف، أو جعل الولاية لهما مجتمعين، فإن الظاهر جوازه أيضاً، لإطلاق الأدله السالم عما يقتضى الاتحاد في الوصى، بل لعل ذلك هو المراد من شرط الاجتماع في العبارة و غيرها، بل ستعرف فيما يأتي التصريح من ثاني الشهيدين و غيره بأن كلا منهما في صورته الاجتماع جزء ولي، و عليه يبنى ما قيل: من بطلان الوصيه برد أحدهما، و إن قبل الآخر.

و على كل حال فلا إشكال كما لا خلاف في عدم جواز تفرد أحدهما في هذه الصوره، إنما الكلام فيما إذا أطلق، و لم يكن في اللفظ ما يدل على الاستقلال، و لا على الاجتماع، و المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه مساواتهما،

في الحكم لصوره الاجتماع، لكونه المتيقن، بناء على

١- ١ الوسائل - الباب - ٥٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٥٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

دوران الأمر بينه وبين الانفراد الترخيصى لا- العزيمى، و لتساويهما فى استحقاق الولاية، فهى العين الموصى بها لاثنتين مثلا، المحكوم باشتراكها بينهما، فكذا الولاية المجعوله لهما، ضروره تصور الاشتراك فيها على وجه يكون مجموعهما الولى.

و لظاهر

الصحيح (١) «فى رجل مات و أوصى الى رجلين، أ يجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة، و الآخر بالنصف؟ فوقع (عليه السلام) لا ينبغى لهما أن يخالفها الميت و يعملان على حسب ما أمرهما إن شاء الله».

المؤيد

بالرضوى بناء على كونه روايه (٢) «و إذا أوصى رجل الى رجلين، فليس لهما أن ينفرد كل واحد منهما بنصف التركة، و عليهما إنفاذ الوصيه على ما أوصى الميت».

بل و ب

خبر صفوان بن يحيى (٣) «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل كان لرجل عليه مال، فهلك و له وصيان فهل يجوز أن يدفع المال الى أحد

الوصيين؟ فقال: لا يستقيم إلا أن يكون السلطان قد قسم المال، فوضع على يد هذا النصف، و على يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السلطان»

بناء على أن المراد سلطان العدل.

و المناقشه فى الأول- باشماله على لفظ لا ينبغى، الذى هو غير صريح فى الحرمة- يدفعا أنه لا بد من إرادته ذلك منه هنا، و أن قلنا بعدم صراحته فى غير المقام، باعتبار جعل الانفراد فيه مخالفه للميت، و الاجتماع عملا- بأمره، و من المعلوم حرمة المخالفه المزبوره، و وجوب العمل بأمره، و إلا كان تبديلا للوصيه المعلوم عدم جوازه كتابا، و سنه، و إجماعا، على أن قوله «و يعملان» معطوف على جملة لا- ينبغى لا- على متعلقها، فيكون أمرا بالعمل بمقتضى امره المكنى به عن الاجتماع، و إلا لم يكن الجواب مطابقا للسؤال.

نعم فيما حضرني من نسخه الكافى «و أن يعملان» إلى آخره، و حينئذ يكون معطوفا على سابقه، إلا أن المقدر حينئذ من العامل فيه- لو سلم أنه- ينبغى، و جب إرادته الوجوب منه،

لما عرفت، كل ذلك مضافا الى الانجبار بفهم المعظم و الاعتضاد بما عرفت.

و لا ينافيه

الموثق (١) «أن رجلا- مات و أوصى الى رجلين فقال أحدهما لصاحبه خذ نصف ما ترك، و أعطني نصف ما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله (عليه السلام) عن ذلك فقال ذلك له»

لإجماله و بناء المنافاه فيه على رجوع الإشاره إلى القسمه، و الضمير المجرور الى الطالب، مع أنه يحتمل رجوع الإشاره إلى الإباء، و الضمير الى المطلوب، بل لعل هذا أولى، كما عن المختلف و غيره، لقرب مرجع الإشاره، و موافقته لما عرفت.

و دعوى أولويه العكس- لوضع ذلك للإشاره إلى البعيد- يدفعها معلوميه عدم ملاحظه ذلك في استعمالهما في أمثال هذه الخطابات التي يراد منها محض التفهيم، بل في الرياض أنه يدفعها توقف ذلك على وجود اللام، و هي في نسخه الكافي و الفقيه مفقوده.

نعم في نسخه الشيخ موجوده، لكنها مرجوحه بالنسبه إلى تلك النسخه سيما مع وحدتها و تعدد تلك، مع كون الأصل لها، و هي منها مأخوذه، و على تقدير تكافؤ النسختين يبقى الاجمال بحاله، لعدم المرجح لأحدهما في البين، و الأمر سهل بعد وضوح الحال لديك.

و منه يعلم ضعف المحكى عن ظاهر النهايه أتى ليست كتاب فتوى، و القاضى من جواز الانفراد في صوره الإطلاق، و لعلهما يريدان أن ما لو قال: «لكل منهما» بعبارته مستقله أنت وصيى على كذا، فإنه ظاهر حيثنذ في جواز الانفراد، كما في الوكاله، و إن كان هو خارجا عن محل

النزاع، بل قد يقال بعدم ظهوره في ذلك، كما هو مقتضى إطلاق العبارة و غيرها.

بل في القواعد و الدروس و غيرها ما هو كالصريح في ذلك، في مسأله ما لو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو، قال في القواعد «و لو أوصى إلى زيد ثم إلى عمرو لم يكن رجوعا، و لو لم يقبل عمرو انفراد زيد، و لو قبلا لم ينفرد أحدهما بالتصرف إلا مع قرينه داله على الرجوع أو التفرد» و قال في الدروس: «و لو أوصى الى زيد ثم الى عمرو اشتركا و لا يعزل

الأول بالوصية الى الثانى، و لو قبل أحدهما دون الآخر قيل: يتصرف وحده، بخلاف ما لو أوصى إليهما معا، فإنه ينزل القابل برد صاحبه، و فى الفرق نظر، لأن الضم قد حصل فى الموضوعين، فإن كان شرطا ثبت فيهما و إلا انتفا فيهما» و تبعه على ذلك المحقق الثانى، بعد أن حكى القيل المزبور عن التذكرة.

قلت: قد يفرق بينهما بظهور المعية فى وصاياه المجتمعين و كونهما معا الوصى بخلاف غيره، فإنه ظاهر فى الاستقلال، حتى لو قبلا معا، فإن تعدد الأولياء كما هو ظاهر العبارة غير عزيز، و كذا الكلام فى الوكالة و لو سلم فالمراد شركته على تقدير قبوله، نحو ما لو قال لزيد أوصيت إليك، ثم قال ضمنت إليك عمروا، فإنه كما فى القواعد ان قبل عمرو شارك، و إلا استقل زيد، و لو قبل عمرو خاصه لم يكن له الانفراد لو جعله مضموما، و هل ينزل أو يضم إليه الحاكم؟ فيه نظر، كما فى الدروس، و جزم الفاضل بالثانى.

و على كل حال فالإنصاف اختلاف ذلك باختلاف الأزمنة و الأمكنه و الأحوال، التى ليس من وظائف الفقيه تنقيحها، و التحقيق ما عرفت، و منه يعلم أن الناظر المستعمل فى زماننا ليس وصيا مستقلا، بل و لا شريكا فى الوصاية لعدم ظهور عبارته الموصى فيه بل لعلها ظاهره فى إرادته الصرف باطلاعه، و قد تعرض له بعض الأصحاب كالمحقق الثانى حيث قال:

«و يجوز أن يوصى الى واحد، و يجعل آخر مشرفا عليه، و لا يكون للمشرف شىء من التصرفات لكن يشترط صدورها عن اذنه، و لو امتنع، فهل يستقل الوصى؟ فيه وجهان أقربهما لا، بل يرفع الأمر إلى الحاكم».

قلت: التحقيق فيه كونه أيضا مختلفا باختلاف الأشخاص و الأزمنة و الأمكنه و الأحوال، و من هنا لم يمكن ضبطه بحال، فإنه قد يراد اطلاعه فقط، لثلا يخون الوصى، و قد يراد نظره فى الصرف و المصرف، و قد يراد غير ذلك، و الحكم يختلف باختلافه، حتى مدخلية الحاكم فيما لو مات أو جن مثلا، و عدمها، ثم المراد باجتماعها اتفاقهما على رأى على وجه يحكمان بكونه مصلحه، و إيقاع العقد لو احتيج إليه عن رأيهما بمباشرة أحدهما، و إذن الآخر، أو غيرهما بإذنهما.

و على كل حال ف لو تشاحا على وجه لا ينافى عدالتهما، بناء على اعتبارها، لتخيل كل منهما الصلاح فى ضد ما يقوله الآخر لم يعض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه، إلا ما لا بد منه، مثل كسوه اليتيم و مأكوله و الرقيق و الدواب و إصلاح العقار، و شراء كفن الميت، و نحو ذلك مما لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق، بل عن بعضهم زياده قضاء ديونه، و إنفاذ الوصيه المعينه، و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع، و الخصومه عن الميت، و له عن الطفل، و له الحاجه، و رد الوديعه المعينه و العين المغصوبه.

و فى القواعد الفرق بين صورتى الإطلاق، و النهى عن الانفراد، فيجوز ذلك، فى الأول، و لا يجوز فى الثانى، و فيه أنه لا فرق بينهما بعد تنزيل الإطلاق على عدم جواز الانفراد إلا بالظهور و الصراحه، و ذلك لا يصلح فارقا، كما أنه قد يناقش فيما قبله بأن ذلك لا ضروره تقتضى فعله قبل الرجوع الى الحاكم، أو عدول المؤمنين، بل الأول أيضا كذلك، فالمتجه ما عن المبسوط و الحلبي من عدم جواز الانفراد مطلقا حتى فى كسوه اليتيم و مأكوله امثالا لنهى الموصى عنه.

نعم قد يتجه ذلك فيما تشتد الضروره إليه، على وجه لا يمكن الوصول الى الحاكم أو من يقوم مقامه، فيتولاه حينئذ أحدهما أو غيرهما من العدول من باب الحسبه لا من حيث الوصايه، و لعل الضابط ذلك، و هو خارج عما نحن فيه من انفراد أحدهما من حيث الوصايه.

و كيف كان فلا- ريب فى أن- للحاكم الشرعى المعد لحسم أمثال ذلك جبرهما على الاجتماع مع الإمكان من غير استبدال، لعدم ولايه له فيما فيه للميت وصى، و عن الحلبي أنه يرد الحاكم إلى أعلمهما و أقومهما، و يجعل الثانى تبعاً له.

و أشكل بأن فيه تخصيصاً لأحدهما بالنظر، و قد منعه الموصى، و قد يدفع بأن المراد الإجبار على الاجتماع الذى منه رد غير الأ-علم إلى الأ-علم، و نحو ذلك مما مرجعه الى رد المرجوح فى نظر الحاكم الى الراجح، و لعله بذلك لا- يكون منافاه بين القولين.

فان تعاسرا على وجه يتعذر جمعها جاز له الاستبدال بهما حذرا من الترجيح بلا مرجح، و صونا لوصايا الميت عن التعطيل، و حفظا للمال عن التلف، و لبقاء

المال بلا- ولى بعد فرض تعذر الاجتماع الذى هو شرط ولايتهما فينتفى المشروط بانتفائه، و يكون حينئذ وجودهما بمنزله عدمهما.

و فى الدروس «و له عزل أحدهما و الضم إليه، و ليس له جعله منفردا» و قال الحلبي «له جعله منفردا إذا كان أعلم و أقوى، فيتبعه الباقيون من الأوصياء» هذا و لكن فى الروضه «كذا أطلق الأصحاب، و هو يتم مع عدم اشتراط عداله الوصى، أما معه فلا، لأنهما بتعاسرهما يفسقان، لو جوب المبادره إلى إنفاذ الوصيه مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن الوصايه، و يستبدل بهما الحاكم، فلا- يتصور إجبارهما على هذا التقدير، و كذا لو لم نشرطها، و كانا عدلين، لبطانها بالفسق حينئذ على المشهور نعم لو لم نشرطها، و لا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاح».

و فيه أن تشاحهما إذا كان مستندا الى اعتقاد رجحان ما رأياه بحسب المصلحه لا التشهى و المعائده لا يقتضى الفسق. لكن يرد حينئذ أن جواز جبر الحاكم لهما على الاجتماع محل نظر، فاشتراط العداله لا يتم مع التعاسر الذى كان للحاكم معه إجبارهما، و قد يدفع كما فى بعض حواشى الروضه- بأنه لا- مانع من التزام جواز جبر الحاكم لهما بما هو الأصلح عنده فى نظره، و مع التساوى يتخير، و هذا لا- ينافى عدالتهما و فيه أن جبر الحاكم لا يكون إلا مع امتناع المخالف على ما يجب عليه، و مع فرض عدالتهما و كون تكليفهما الرجوع الى الأصلح فى نظر الحاكم لا امتناع منهما، فلا جبر، فالأولى إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما فى التعاسر المفروض، كما أن الأولى التصريح بالتفصيل على القول باشتراط العداله، بأن التشاح إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما، و إن كان يوجب الاختلال بالواجب مع إمكان الاجتماع يلزم فسقهما إن إصرأ على ذلك، إذا لم يثبت كونه من الكبائر، و لعله مراد من أطلق ممن اشتراطها من الأصحاب.

و على كل حال ف لو أراد قسمه المال بينهما حيث يجب عليهما الاجتماع لم يجز بلا خلاف و لا إشكال، لأنه خلاف مقتضى الوصيه من الاجتماع فى التصرف و لو مرض أحدهما أو عجز على وجه لا يقوى على القيام بتمام ما أوصى

إليه، و لو بالتوكيل و الاستيجار ضم إليه الحاكم من يقويه و يعينه على ما كلف به على حسب ما تسمعه فى شرح قوله «و لو ظهر من الوصى عجز» الى آخره.

و فى الدروس: إطلاق كون الضم الى الآخر بالعجز، لا- إلى العاجز، بل عن الكفايه أن ذلك هو الأشهر، و تظهر الثمره فى وجوب قيام ثلاثه على التصرف فى الوصيه على الأول، و اثنين على الثانى، و فى المسالك «إمكان حمل كلامه على العجز بالكليه لا- فى الجملة، و هو جيد، و إلا- لأشكل بأن العجز فى الجملة لا يخرج الوصى عن الوصايه، لجواز الوصيه إلى العاجز كذلك ابتداءً.

بل عن التذكرة و جامع المقاصد الإجماع عليه، فكذا فى الاستداه بل أولى من الابتداء بذلك كما هو واضح.

أما لو مات أو فسخ مثلاً- على وجه ينزل عن الوصايه لم يضم الحاكم الى الآخر، و جاز له الانفراد كما عن الأكثر على ما فى محكى

الشرائع للصيمرى و الكفايه لأنه لا- ولاية للحاكم مع وجود وصى و شرطيه الشركه- التى مقتضاها انتفاء المشروط بانتفائها، فتنتقل الولاية إلى الحاكم- مقيده بحسب العرف و العاده ببقاء كل منهما على قابليه الوصايه، فكأنه قال: كل وصى على الاشتراك بشرط بقاء كل منهما على قابليه الوصايه، و لكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت و من أن ظاهر الشرطيه عدم رضى الموصى برأى أحدهما منفرداً، و الوصى إنما هما معا، لا أحدهما منفرداً، فلا بد أن ينضم إليه أمين، و من هنا كان ذلك خيره الفاضل فى قواعده و محكى إرشاده و تحريره و الشهيدين، و فاضل الرياض، بل هو المحكى عن فخر الدين و جماعه.

إلا- أنه لا يخفى عليك ما فيه، بعد ما عرفت من تقييد الاشرط بذلك، و إلا كان مقتضى ما ذكره انتفاء وصايه الآخر أيضاً، ضروره كونها مشروطه بشرط، و الفرض انتفاؤه فيستقل الحاكم بالوصايه، و بقاء أحدهما كعدمه حينئذ لعدم الاذن له فى هذه الحال كما لو تشاحا.

و من ذلك يعلم الحال فيما فرعه فى الرياض على الثانى بعد ان اختاره «من أنه هل للحاكم أن يفوض جميع الولاية الى الثانى منهما بدلا عن الضميمة، تنزيلا له مقامها، وجهان: من أن النظر قد صار للحاكم، فيولى من اختاره، و من أن الموصى لم يرض برأى الآخر على الانفراد، فليس للحاكم تفويض جميع الأمر إليه، و إلا لزم التبدل المنهى عنه فى الشريعة، و هذا أجود، بخلاف ما لو حصل لهما معا العجز أصلا، فإن للحاكم أن ينصب من قبل الموصى، و لم يرض برأيه منفردا كما مضى، و هنا قد انقطع نظره لعجزهما و صار النظر إليه، كملا، فله نصب من شاء و لو واحدا- إذ لا يخفى عليك أن الموصى لم يرض برأى أحدهما إلا مجتمعا مع خصوص الآخر، فإذا تعذر انتفت الوصاية من رأس، و استقل الحاكم، لا أنه يريد انضمامه إلى شخص آخر، أى شخص يكون، كى يقوم أمين الحاكم مقامه، و هو واضح بأدنى تأمل.

و منه يعلم قوه ما عن الأ-كثر على ما عرفت، من تقييد الشرطيه بحال الإمكان، و إلا انفرد الآخر، و لكن مع ذلك فالاحتياط لا ينبغى تركه، ز و الله هو العالم.

و على كل حال ف لو شرط لهما الاجتماع و الانفراد بمعنى أنه قد أذن له فى كل منهما كان تصرف كل واحد منهما ماضيا و لو انفرد للاذن و كذا يجوز أن يقتسما المال و يتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه و فيما فى يد صاحبه كما يجوز انفراده قبل القسمه بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك، لكون الفرض شمول الاذن، أما لو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع حينئذ نظر، من مخالفه الشرط، فلا يصح، و من اقتضاء الاتفاق على الاجتماع صدوره عن رأى كل منهما، و شرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل منهما، و هو حاصل إن لم يكن هنا أكد، فيكون شرط الانفراد رخصه لا تضيق.

و فى الرياض «و هذا ظاهر العبارة» و الروضه «و هو حسن حيث تقوم قرينه على كون اشتراط الانفراد رخصه لا عزمه، و مع هذا لو حصل لهما حال الاجتماع نظر مخالف له حاله الانفراد ينبغى القطع بالمنع، لجواز كون المصيب حاله الانفراد، و لم يرض الموصى إلا به».

قلت: كما أنه ينبغي القطع بمراعاة الانفراد، و عدم التردد في الرأي مجتمعين مع اشتراط الانفراد الذي لم تقم قرينه على إرادته الرخصه منه، فان ذلك بمنزله ما لو نهاهما عن الاجتماع، فإنه لا إشكال في أتباعه عملا بمقتضى الوصيه المنهى عن تبديلها، والله هو العالم.

و كيف كان ف للموصى إليه أن يرد الوصيه و إن كان قد قبلها ما دام الموصى حيا، بشرط أن يبلغه الرد كم أن للموصى عزل الوصى بلا خلاف أجده في الثانى، للأصل و المعتبره المستفيضه(١) في جواز الرجوع فى الوصيه، الشامله إطلاقا فى بعض و فحوى فى آخر لمفروض المسأله.

بل و فى الأول من غير الصدوق فى خصوص ما إذا كان الموصى أبا، أو كان الأمر منحصرافيه، أى الموصى إليه، فلم يجوز الرد فيهما ل

مكاتبه على بن الريان (٢) إلى أبى الحسن (عليه السلام) «رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟

فوقع (عليه السلام) ليس له أن يمتنع».

و مفهوم

صحيح ابن يسار عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل يوصى اليه، فقال: إذا بعث بها إليه من بلد، فليس له ردها، و إن كان فى مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه (٣)».

و نحوه غيره، و عن المختلف الميل إليه، مؤيدا للأول بأن امتناع الولد نوع عقوق و الثانى بأن من لا يوجد غيره يتعين عليه، لأنه فرض كفايه إلى أن قال: و بالجمله أصحابنا لم ينصوا على ذلك فلا بأس بقوله.

و فى الرياض «و هو كذلك ان لم ينعقد الإجماع على خلافه، و لا يمكن دعواه بإطلاق عبائر الأصحاب بجواز الرد مطلقا، لعدم تبادل المقامين منه جدا، و منه يظهر الجواب عن إطلاقات النصوص بذلك أيضا.

١-١ الوسائل - الباب - ١٨ - من أبواب أحكام الوصايا.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٣-٣ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

مضافا إلى وجوب حمل المطلق على المقيد، حيث تضمن شرائط الحجية كما هنا.

قلت: لكن يعتبر فيه المقاومه، و لا- ريب في عدمها هنا لتعدد نصوص الإطلاق و اتحاد خبر التقييد، و اعتضاد الأول بإطلاق الفتاوى الذى لا وجه لدعوى عدم شموله لذلك، خصوصا بعد معلوميه خلاف الصدوق عندهم، فيمكن حينئذ دعوى كون الإطلاق كالصريح فيما يخالفه و العقوق مبنى على أمر الوالد بذلك على وجه

يؤذيه عدم القبول و على وجوب طاعه الولد فى مثل ذلك، و ان كان هو الظاهر، لإطلاق ما دل على وجوبها من الكتاب و السنه، لكن محل البحث عدم قبول الوصيه من حيث كونها كذلك لا ما إذا اشتملت مع ذلك على أمر بالقبول، و يمكن حمل المكاتبه المزبوره على ذلك، بل لعله الظاهر منها، فتخرج حينئذ عن محل البحث.

و دعوى أن مجرد إيجاب الوصيه طلب للقبول على وجه الحتم ممنوعه، على أن مقتضى ذلك تعميم الحكم للآباء و إن علوا، و الأمهات و إن نزلن، و هو خلاف ظاهر القائل.

ثم إن الولد لو رد حيث يأمره الوالد بالقبول يأثم، و لا يكون وصيا؟ أو أن رده كلا رد وجهان: أقواهما الأول، و دعوى كون قبول الوصايه من فروض الكفايه كى يتعين مع الانحصار واضحه المنع، خصوصا بعد قيام الحاكم بأمثال هذه الأمور فالمتجه حينئذ جواز الرد مطلقا مع الشرط المزبور.

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر محمد بن مسلم (١) «إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب، فليس له أن يرد وصيته، و أن أوصى إليه و هو بالبلد، فهو بالخيار إن شاء قبل و ان شاء لم يقبل».

و فى خبر منصور بن حازم (٢) «إذا أوصى الرجل إلى أخيره و هو غائب، فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره»

إلى غير ذلك مما هو دال منطوقا أو مفهوما على جواز الرد.

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

نعم الظاهر أن المراد بالغيبه و الحضور فى النصوص: المزبوره الكنايه عن بلوغ الرد إليه و هو حى، للإجماع على مدخله ذلك، و للتعليل فى خبر منصور مؤيدا ذلك كله بفتاوى الأصحاب.

و

بالرضوى (١) «إذا أوصى رجل إلى رجل و هو شاهد، فله أن يمتنع من قبول الوصيه لازمه له».

نعم فى المسالك، و كذا الرياض: هل يشترط مع بلوغ الموصى الرد، إمكان إقامته وصيا غيره، أم يكفى مطلقا بلوغه حيا؟ ظاهر الفتاوى الثانى، و مقتضى التعليل الأول، لأنه إذا لم يمكنه نصب وصى آخر يكون بمنزله ما لو لم يعلم بالرد، و الأجود اعتبار الإمكان، كما يرشد إليه

قوله (عليه السلام) (٢) «لو كان شاهدا»

الى آخره، فإن العله المنصوصه تتعدى على الأقوى و لانتفاء الفائده بدونه، فعلى هذا لو كان حيا و لا يمكنه نصب أحد و لو بالإشاره لم يصح الرد، و لو أمكن و لكن كان المنسوب غائبا بحيث يتوقف ثبوت وصايته على بينه،

و لم يحضر الموصى من يثبت به الوصايه، ففى تنزيه منزله عدم التمكن من الوصايه وجهان: من حصول أصل القدره و تحقق الشرط، و من انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته.

قلت: لكن قد يناقش بكون المنساق من التعليل إرادته بيان واقع، فهو شبه الحكمه، لا أن المراد من التعليل قصد دوران الحكم مداره، ضروره عدم لزوم طلب غيره، إذ قد لا يريد وصيه غير هذا الذى ردها، فاستصحاب بقاء الرد بحاله حينئذ، من غير فرق بين المتمكن و غيره من حيث البينه و غيرها، و الله العالم.

و على كل حال ف لو مات الموصى قبل الرد أو بعده و لم يبلغه لم يكن للرد أثر، و كانت الوصيه لازمه للموصى بلا خلاف أجده فيه فيما لو كان قد قبلها قبل الرد، بل فى المسالك و محكى المبسوط و الخلاف و التذكرة الإجماع عليه بل و إن لم يكن قد قبلها على المشهور بين الأصحاب، بل عن صريح الغنيه، و ظاهر الدروس الإجماع عليه لما سمعته من النصوص السابقه.

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٢٣.

٢-٢ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣.

خبر هشام بن سالم (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يوصى إلى رجل بوصيه، فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله: لا يخذله على هذا الحال».

وخبير الفضيل (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «فى الرجل يوصى إليه قال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها»

إلى غير ذلك من النصوص المحمولة على التفصيل المزبور لما عرفت، خلافا للفاضل فى المختلف و التحرير فجوز الرد أيضا بعد أن اعترف بنسبه عدم الجواز إلى الأصحاب كافة، و مال إليه فى المسالك، للأصل المانع من إثبات حق على الموصى إليه على وجه قهرى، و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء، و لاستلزام ذلك الحرج العظيم، و الضرر الكثير فى أكثر موارد، و هما منفيان بالآية (٣) و الرواية (٤)، و لعدم صراحة النصوص فى الدلالة على المطلوب، لاحتمال حملها على الاستصحاب: أو سبق القبول، أو نحو ذلك مما لا بأس بحملها عليه، بخلاف إثبات مثل هذا الحكم العظيم المخالف للأصول العقلية و الشرعية بمثل ذلك.

و فيه أن ذلك كله كالاتجاه فى مقابله النص، ضروره الخروج عن الأصل المزبور بالدليل من النص و الإجماع و غيرهما، و الحرج و الضرر مع فرض عدم إمكان تحملها يسقط التكليف معهما، كما عن التنقيح التصريح به، و هو غير ما نحن فيه، و إلا لم يكن بهما بأس بعد قيام الدليل، و عدم الصراحة لو سلم لا- ينفى أصل الاستدلال، إذا أكثر الفقيه مبنى على الظواهر، و المحملان لو سلم إمكان الجمع لهما، إنما يرتكبان بعد قوه المعارض و ليست، بل الأمر بالعكس كما عرفت.

و مما ذكرنا فى الحرج و الضرر، يعلم ما فى المسالك حيث أنه بعد أن مال إلى قول الفاضل قال: «و لو حصل للموصى ضرر دينى، أو دنيوى، أو مشقه لا يحتمل مثلها عادة، أو لزم من

١- ١ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٥.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٤.

٣- ٣ سورة الحج الآيه - ٧٨.

٤- ٤ الوسائل - الباب - ١٧ - من أبواب الخيار.

تجملها ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه، قوى جواز الرجوع» و ظاهره أنه كذلك على القولين، إلا أن المتجه بناء على عدم جواز الرجوع الاقتصار فى الضروره على قدرها، لا رد الوصيه و فسخها كما ستعرفه فى مسأله العجز و غيره من نظائر المسأله، بل

فى خبر إسماعيل قال(١): «سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل حضره الموت فأوصى إلى ابنه و أخويه شهد الابن وصيته، و غاب الاخوان فلما كان بعد أيام أبيا أن يقبل الوصيه، مخالفه أن يتوثب عليهما ابنه، و لم يقدر أن يعمل بما ينبغى، فضمن لهما ابن عم لهما، و هو مطاع فيهم أن يكفيهما ابنه فدخلا بهذا الشرط فلم يكفهما ابنه، و قد اشترط عليه ابنه، فقالا نحن برآء من الوصيه، و نحن فى حل من ترك جميع الأشياء و الخروج منه، أ يستقيم أن يخليا عما فى أيديهما و يخرج منه؟ فقال: هو لازم لك، فارق على أى الوجوه كان، فإنك مأجور»

و لعل ذلك يحل بابنه إيماء إليه، بناء على أن الخطاب فيه لأحد الوصيين.

ثم إن الظاهر اعتبار اللفظ أو ما يقوم مقامه فى إفاده إنشاء الرد، فلا يكفى فيه مجرد عدم الرضا الباطنى، نحو ما سمعته فى إجازة الفضولى و نحوها مع احتمالها، إلا أن الأول هو الأقوى.

للأصل المقتصر فى انقطاعه على المتيقن.

و منه يعلم صحه الوصيه لمن يعلم عدم رضاه بقبولها لو علم، مع إخفائها إلى أن مات الموصى، بل لو ردها على وجه يعلم منه استمراره على معنى الرد، ثم أوجب الموصى بعد الإيجاب المردود، ثم أخفاه إلى أن مات اتجه لزومها له، لعدم العبره بما فى نفسه، بل يمكن ذلك لو صدر منه ما يقتضى الرد مع عدم علمه بالإيجاب، لكن يقوى فى النظر خلافه، و الله العالم. فتأمل جيدا، بأننى لم أجد تحريرا لذلك فى كلماتهم.

و لو ظهر من الوصى عجز عن الاستقلال بإنفاذ الوصيه أو هرم أو غير ذلك من موانع الاستقلال، و لو على جهه التوكيل و الاستيجار ضم إليه مساعد، و لا ينزل بذلك، بلا خلاف أجده فيه بل عن التذكرة و جامع المقاصد الإجماع عليه، بل الظاهر جواز

الوصاية للعاجز ابتداء كما عن التذكرة نسبته إلى أصحابنا، و في القواعد و إن ذكر كفايه الوصى و اهتدائه إلى ما فوض إليه في شرائطه، لكنه صرح بإرادته شرطيه ذلك في الاستقلال دون أصل الوصيه، و كذا شارحه الكركي.

نعم في الدروس سابعها: أي الشرائط كفايه الوصى، فلو أوصى إلى هرم يعجز عن التصرف أو إلى مريض مدنف أو إلى سفيه، ففي بطلانها من رأس، أو صحتها و يضم إليه الحاكم مقوماً نظراً، ينشأ من وجوب العمل بقوله ما أمكن، و من عدم الفائدة المقصوده بالوصيه- لكن قال:- و لو عرض العجز في الأثناء ضم الحاكم إليه قطعاً، و لا ينزل.

و فيه أن عدم انزاله بالتجدد، يقتضى مانعيته في الابتداء، و أنه يمكن أن يكون العاجز ذا رأى و تدبير، و لكنه عاجز عن الاستقلال، فيفوض إليه الموصى أمره لذلك، و يعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له معينا لتحصل الفائدة المطلوبه من الوصيه، و يسلم من تبديلها المنهى عنه، بل قد يفرض غير ذلك من الأغراض و الفوائد على وصايته- و ان كان عاجزاً- نظراً و تدبيراً فضلاً عن عجز المباشره بنفسه أو غيره، و بالجملة عمومات الوصايه و إطلاقاتها تقتضى جواز الوصايه لمثل ذلك، و الأغراض الباعثه عليه كثيره، و لا يحتاج إلى تقسيم العجز إلى أقسام، و كثره الكلام في تشقيقه على وجه لا فائده فيه.

انما البحث في أن هذا الضم باعتبار قصور ولايته، فتكون الولاية التامه مشتركه بينه و بين الحاكم الذى تكون له الولاية خاصه، بعد فقد الوصى، أو أن الولاية بتمامها للوصى، و لكن بضم إليه مساعداً على ما كلف به، و جهان بل قد يقوى في النظر الثانى لعدم معهوديه شركه الحاكم و غيره في الولاية، بل حال الوصى حال الأب العاجز مثلاً، فان الظاهر عدم شركه الحاكم له، و ان ضم إليه مساعداً أيضاً، بل إن لم يتم إجماع على اعتبار الضم من الحاكم، أمكن القول بوجوبه كفايه على الناس، للأمر بالمعاونه على البر و التقوى و غيره مما دل على ذلك، و يكون ذلك هو النكته في بناء الضم للمجهول في المتن لا ما في المسالك من أنه اتكالا- على المعلوم من قيام الحاكم بهذه الوظائف، و لبيان أنه مع التمكن من الحاكم يقوم عدول المؤمنين مقامه في هذا الضم، كما يقومون مقامه في غيره من ولاياته.

و مما ذكرنا يعلم أن الوجه مع زوال العجز يستقل الوصى، و ليس للمساعد مشاركته قهرا، و إن قال فى جامع المقاصد: «ان فى ذلك وجهين» كما أنه علم مما ذكرنا حال العجز ابتداء، و فى الأثناء، بل لعل قول المصنف «و لو ظهر» ظاهر فى الأول و يمكن شموله لهما معا، و كذا علم حال العجز عن النظر و التدبير، أو عن المباشرة و عن التوكيل و الاستيجار و عدمه، فتأمل جيدا، فان ذلك كله غير محرر فى كلماتهم و الله العالم.

و كيف كان ف إن ظهر منه : أى الوصى خيانه فى وصيته و جب على الحاكم عزله، و قيم مكانه أمينا بل فى المسالك «إنما يتوقف على عزل الحاكم لو لم نشترط عدالته، فللحاكم حينئذ أن يعزل الخائن، مراعاة لحق الأطفال و أموال الصدقات و نحوهما، أما إذا اشترطنا عدالته، فإنه يعزل بنفس الفسق، و إن لم يعزله الحاكم، و قد تقدم مثله، و لعلم المصنف يريد بعزل الحاكم منعه من التصرف، أو ما هو أعم منه، و من مباشره عزله، فيجرى على المذهبين إذ لم يتقدم منه ترجيح لأحد المذهبين» انتهى، و ظاهره أن الخيانه فى الوصيه غير باقى أسباب الفسق فإن الحاكم يعزله، و ان لم يشترط العدالة فى الوصى و لعله وجهه ما سمعته سابقا فى أول الشرائط من خبر الدعائم (١)، و أن ظاهر حال الموصى ملاحظه أمانته فى تنفيذ وصاياه، فمع فرض خيانه فى ذلك لا ولاية له من الموصى، فهو كما لو أوصى إلى عدل من حيث عدالته ففسق، فإنه لا وصايه له، و ان لم نقل باشرط العدالة، لكن قد يشكل ذلك فيما إذا علم الموصى بحاله، و مع ذلك قد أوصاه فيما له الوصايه عليه و إن كان خائنا، و يشكل أيضا فى اقتضاء ذلك انعزاله حتى فيما لم نحن فيه، فيضمن حينئذ كل وصيه أنفذها على وجهها، بعد الخيانه، بل قد يشكل أصل عزله بذلك، بل أقصاه منع الحاكم له فى استقلاله بالتصرف، بل يجعل عليه ناظرا منفذا للوصايا معه على وجهها، اللهم إلا- أن يفهم من الموصى اشترط وصايته بأمانته، و أنه متى خان لم يكن وصايا، و حينئذ يتجه منع الحاكم له، و لا يحتاج إلى عزل، و كذا الوكيل، و لعل التمسك بأصالة بقاء حكم الوصى عليه هو المتجه، فإنه كالوكيل فى المعنى، بل هو أقوى ولايه، و لم يثبت ما يقتضى انعزال الوكيل بمجرد خيانه حتى لو جاء بباقى ما و كل فيه على وجهه، فضلا عن الوصى و خبر الدعائم (٢) يمكن إرادته زوال الاستقرار بالتصرف فيه بالنسبه

١-١ المستدرک ج ٢ ص ٥٢٨.

٢-٢ المستدرک ج ٢ ص ٥٣٨.

إلى الخيانه فالمتجه حينئذ عدم بطلان وصايته، و أولى منه بذلك المجتهد الأب و الجد الذين ولايتهم من الشارع، فلا ترتفع بذلك و نحوه، و إن منعوا من التصرف مستقلين حتى يتوبوا، فإن تابوا رجعوا إلى حالهم الأول، و لعل الوصى كذلك أيضا.

نعم لو قلنا بانفساخ إيجاب الوصيه بذلك، كما المتجه عدم عودها، لعدم المقتضى، إلا أن يفهم من الموصى ذلك، و هو خارج عما نحن فيه فتأمل جيدا، و الله العالم.

و كيف كان ف الوصى أمين بلا-خلاف أجده فيه، بل فى جامع المقاصد نفيه بين أهل الإسلام و لا إشكال، ضروره كون استيلاء يده على ما أوصى عليه بإذن مالكيه و شرعيه، فلا يكون إلا آمينا و حينئذ ف لا يضمن ما يتلف فى يده إلا ما كان عن مخالفته لشرط الوصيه أو تفريط كما هو الحال فى كل أمين، و إطلاق بعض النصوص بضمانه محمول على ذلك، و منه ما استفاضت النصوص بتبديله الوصيه،

كالصحيح (١) «عن رجل أوصى إلى رجل و أمر أن يعق عنه نسمة بستمائه درهم من ثلثه، فانطلق الوصى و أعطى الستمائه درهم رجلا يحج بها عنه؟ فقال (عليه السلام): أرى أن يغرم الوصى من ماله ستمائه درهم و يجعل الستمائه درهم فيما أوصى به الموصى»

و ربما كان فيه إيماء إلى عدم انزال الوصى بالخيانه، اللهم إلا أن يكون ذلك ليس منها، بل هو شىء قد فعله الوصى بجهله، بتخيل أنه أنفع للميت، و لكن حيث كان تبديلا للوصيه لم يمض، و وجب عليه الضمان، و كأن المصنف أراد بمخالفه شرط الوصيه ما يشمل التعدى كما اعترف به فى المسالك قال: «فإنه إذا لبس الثوب مثلا فقد خالف شرط الوصيه، لأن مقتضاها حفظ مال الطفل، أو بيعه و صرفه فى الجبهه المأمور بها و نحو ذلك، فاستعماله لا يدخل فى شرط الوصيه، و مثل ذلك ركب الدابه و غيره ذلك، هذا إذا لم يتعلق به غرض يعود على ماله من الولايه، بحيث لا يتم بدونه كما لو ركب الدابه لقضاء حوائج الطفل و استيفاء دينه حيث يتوقف على الركوب، أو دخل داره لإصلاح أمره، أو لبس الثوب ليدفع عنه الدود، و نحو ذلك» انتهى، و الظاهر أنه من التفريط، التكاثر فى أمر الوصيه و التهاون. و الله العالم.

و لو كان للوصى على وفاء الديون أو على ما يشمله على وجه له التخيير فى جهات القضاء دين على الميت الذى هو وصيه على الوجه المزبور جاز أن يستوفى دينه مما فى يده من غير إذن الحاكم، إذا لم يكن له حجه على إثبات حقه و دينه، بل الأقوى ما قيل: من أنه يجوز مطلقاً أى سواء كان له حجه أولاً، و عن الشهيدين اختياره، لأن فائدتها احتمال كذب المدعى، و المفروض عدمه، كما أن المفروض وصايته على وجه له التخيير فى جهات القضاء، فلم يكن إشكال فى استيفائه، ضروره أولويته مما حكى الاتفاق عليه من جواز إيفائه ما يعلمه من دين الأجنبى كذلك، و لا يشكل ذلك بالأصل، و

موثقه يزيد بن معاويه (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام): «قلت له: إن رجلاً أوصى إلى فسألته أن يشكر معى ذا قرابه له ففعل و ذكر الذى أوصى أن له قبل الذى أشركه فى الوصيه خمسين و مائه درهم و عنده رهن بها جام فضه، فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له أكرار حنطه قال: إن أقام بينه، و إلا فلا شىء له، قال: قلت له: أ يحل له أن يأخذ مما فى يده شيئاً؟ قال: لا يحل له، قلت: أ رأيت لو أن رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أ كان ذلك له؟ قال: «ان هذا ليس مثل هذا»

لانقطاع الأصل بما عرفت، و خروجه الموثق عن الفرض باعتبار الاشتراك فى الوصيه على وجه ليس لأحدهما الاستقلال بالتصرف من دون إذن الآخر، الذى ليس له إجازة هذا الأخذ من دون إثبات، مع أنه لم يعلم الوصايه فيه على وفاء الدين، و المقاصه مع عدم علم المقتص منه، و كون امتناعه على الشرع غير مشروعه، و أنها موضوعها نحو ما

فى الخبر «الأخذ من مال من عدا عليك»، «و أخذ مالك»

المندرج فى قوله تعالى (٢) «فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ» و من هنا قال: إن هذا ليس مثل ذلك.

و من ذلك يعلم أيضاً الفرق بين موضوع الفرض و بين الأجنبى الذى له دين ضروره كون الفرض أن الديان الوصى الذى له الولايه على وفاء الدين، بأى فرد شاء من أفراد التركة،

١- ١ الوسائل - الباب - ٩٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ سورة البقره الآيه ١٩٤.

بخلاف الأجنبي، فإنه لا ولاية له على ذلك، ولذا جعل الأصحاب موضوع المسألة الوصى.

نعم قد استدلل بعض الناس له بالمقاصه، و بأنه محسن فى استيفاء الدين «و ما عَلَى الْمُخْسِرِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١)» و مقتضاهما عدم الفرق بين الأجنبي و الوصى فى ذلك، و يتأتى البحث حينئذ فى اشتراط المقاصه بإذا الحاكم و عدمه، مع اختلاف الجنس أو مطلقا، و بعدم التمكن من قيام البينه و إمكانه، و إن كان قد يقوى فى النظر عدم اشتراط شىء من ذلك فى الممتنع، عملا بإطلاق أدله المقاصه من غير فرق بين المديون نفسه و وارثه لإطلاق أدله المقاصه، و كذا من تعذر له الوصول إلى حقه، لعدم البينه المثبتة مثلا، و إن لم يكن امتناع فإنه يرجح حقه على غيره بقاعده نفي الضرر و العسر و الحرج و نحوها أما غير الممتنع الذى يتمكن صاحب الحق من إثبات حقه عليه، فقد يشكل مقاصته من غير إذنه، باعتبار اقتضاها إسقاط حقه من تخيير (٢)

الوفاء بأى جنس شاء، من غير فرق أيضا بين المديون و وارثه.

و لعله لذا فصل المصنف هنا و الحلوى و الفاضل فيما حكى عنهما بين صورتى العجز عن الإثبات و عدمه، فيقتصر فى الأول، دون الثانى، و هو جيد، لكنك قد عرفت أن موضوع المسألة هنا الوصى الذى قد عرفت عدم جريان هذا التفصيل فيه باعتبار ولايته على استيفاء الدين على وجه له التخيير، اللهم إلا- أن يكونوا جعلوا موضوعها الوصى المساوى للأجنبي، و هو الذى لم يجعل وصيا على وفاء الدين، فيتجه حينئذ لهم هذا التفصيل بل لعل منه أيضا الوصى على وفاء الدين الذى لم يجعل التخيير فى الوفاء إليه، فإنه حينئذ كالأجنبي، بل لعل من أطلقت وصايته على وفاء الدين كذلك، فإن الإطلاق لا يقتضى تخييره فى الأفراد من غير إذن الوارث، فيبقى حقه فى التخيير.

و من ذلك كله يعلم لك الحال فى جميع شقوق المسألة، كما أنه يعلم لك الحال فيما أطنب فيه فى الرياض، مع أنه لم يأت بشىء كما لا يخفى على من لاحظته. و الله العالم و الموفق.

١- ١ سورة التوبه الآيه- ٩١.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ٨٣- من أبواب أحكام ما يكتسب به.

و كيف كان ف لنفسه من نفسه باعتبار ولايته على المال الذى يريد شراءه بالوصايه من غير فرق بين كونه مال طفل أو غيره تردد و خلاف، فالمشهور على الأول لوجود المقتضى الذى هو صدور العقد من أهله فى محله، فتشمله العمومات و الإطلاقات، و انتفاء المانع، إذ لم يثبت اشتراط التغير الحقيقى بين الموجب و القابل، بل مقتضى العمومات نفيه، و لذا جاز شراء الأب من ماله ولده، و جاز فى النكاح الذى و أعظم من هذا المقام، مع أنه يمكن فرضه فى التوكيل عن نفسه، أو عن من هو ولى عنه، اللهم إلا- أن يلتزم الخصوم بجواز مثل ذلك، أو بمنع كونه تعددا حقيقيا، ضروره كون لفظ الوكيل لفظ الموكل، فالعمده فى الدليل الأول، مضافا إلى

الخبر(١) المنجبر قصوره بعمل الأكثر، و فيه «هل للوصى أن يشتري من مال الميت، إذا بيع فيمن زاد يزيد، و يأخذ لنفسه، فقال: يجوز إذا اشترى صحيحا».

و قيل كما عن الخلاف و الحل لا يجوز، لوجوب التغير بين الموجب و القابل، و هو مفقود، و قياسه على شراء الأب من مال ولده قياس، و لما

عن ابن مسعود(٢) «من أن رجلا أوصى إلى رجل ببيع فرس له، فاشتراه الوصى لنفسه، و استفتى عبد الله بن مسعود فقال: ليس له ذلك»

و فى محكى الخلاف بعد أن حكى ذلك عن ابن مسعود قال: و لا- يعرف له مخالف، و للأخبار(٣) المانعه عن شراء الوكيل لنفسه الذى هو بمنزله الوصى.

و فيه منع اعتبار التغير حقيقه كما هو مقتضى الإطلاقات و العمومات، فيكفى حينئذ

التغير الاعتبارى نحو ما فى شراء الأب من مال ولده الصغير الثابت بالإجماع حتى من الخصم، و كذا النكاح بل عن الطوسى دعوى الإجماع على الاكتفاء به فيه، و الاستدلال بهما على المطلوب ليس من القياس، بل من اتحاد طريق المسألتين، بل لعل المقام أولى من النكاح فى الجواز، و لا أقل من أن يكون ذلك عاضدا للإطلاقات و العمومات و كاشفا عن إرادته العموم منها على وجه يشمل ذلك، و خير ابن مسعود بعد أن لم يكن مسندا إلى من يجب اتباعه لا حجه فيه،

١- ١ الوسائل- الباب- ٨٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

٢- ٢ المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٢٣٨.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٦- من أبواب آداب التجاره.

و عدم وجدان المخالف له لا- يصيره إجماعاً، و أخبار الوكيل بعد فرض القول بها فيه يمكن الفرق بينه و بين الوصى بثبوت الولاية للثاني بخلافه و قد ظهر من ذلك كله أن الأشبه بأصول ذلك المذهب و قواعده الجواز لكن إذا أخذ أى الوصى بالقيمة العدل و لم يكن ثمة من يزيد عليه لوجوب مراعاة المصلحه فى ذلك خصوصاً بعد قوله تعالى (١١) «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»* و قد تقدم تمام الكلام فى باب البيع و الرهن و الحجر و غيرها فى هذه المسائل و فى جواز اقتراض الولى المال مع الملائه و الرهن و عدمهما فلا حظ و تأمل و الله هو العالم.

و إذا أذن الموصى للموصى أن يوصى على ما أوصاه به من أطفال أو حقوق أو غير ذلك جاز إجماعاً بقسميه لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ» و غيره،

فيكون حينئذ وصايا عن الوصى لا- عن الموصى، فيجوز له الرجوع عنه ما دام حياً، و هل يجوز نصب وصى عن الموصى مع التصريح من الموصى بذلك وجهان: لا يخلو أولهما من قوه.

و على كل حال لا إشكال فى الجواز فى الجملة مع الاذن، كما أنه لا يجوز له ذلك إذا نهاه لذلك أيضاً و انما الخلاف فيما إذا لم يأذن له، و لكن لم يمنعه أيضاً فهل له أن يوصى (١١) على ما بقى من وصايا الميت أو جميعها إن لم يكن قد أنفذ منها شيئاً فيه خلاف (١٢) بين الأصحاب أظهره المنع (١٣) وفاقاً للأكثر، لعدم ثبوت ولاية له بعد الموت على ذلك، إذ الفرض عدم ظهور عبارته الموصى فى ذلك، بل قيل إن المتبادر من استدامه مباشره بنفسه أو بوكيله الذى هو بمنزلته و مجبور عمله بنظره و مندرج فى وصايته، دون الإيضاء إلى الغير المشتمل على الولاية بعد موته، الذى يكفى فى عدم جوازه عدم ثبوت الاذن من الموصى الأول فيه، فضلاً عما يقتضى عدمها، خلافاً للشيخ و ابنى الجنيد و البراج فجوزوا الإيضاء له، لأن الاستنابه من جملة التصرفات التى يملكها حياً بالعموم كما يملكها بالخصوص، و لأن الموصى أقامه مقام نفسه، فيثبت له من الولاية ما يثبت له، و من ذلك الاستنابه بعد الموت.

مكاتبه الصفار(١) في الصحيح إلى أبي محمد الحسن (عليه السلام) «رجل كان وصى رجل فمات

و أوصى إلى رجل هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه، فكتب يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله».

بناء على أن المراد حق الإيمان على معنى أنه يلزمه الوفاء بحقه إن كان مؤمنا، فإن الله قد عقد الأخوة بين المؤمنين، و هو مقتضى إعانة المؤمن و قضاء حوائجه فضلا عن إنفاذ وصيته التى هى أهم من ذلك، أو أن المراد يلزم الوصى الثانى أن ينفذ وصيه الموصى الأول بسبب حقه الذى على الوصى الثانى، لأنه كان له، أى للأول عليه حق من حيث الوصيه، فيجب على الثانى إنفاذ كل حق على الأول، فينبغى قرائتها أن بفتح الهمزة حتى يكون منصوبا بنزع الخافض على الوجه الذى ذكرناه.

و فيه أن الأول مصادره بل و الثانى، و الصحيح محتمل لذلك، و لإرادته الوصيه إليه بأن يوصى من حقه، على أن يكون ضمير حقه راجعا إلى الموصى الأول، فيكون الحاصل أن الوصيه تلزم الوصى الثانى بحق الأول إن كان له، أى للأول قبله، أى الوصى، حق بأن يكون قد أوصى إليه بأن يوصى له إذا حضرته الوفاء، فإنه حينئذ يكون له حق الإيضاء عليه، فإذا أوصى بها لزم الوصى الثانى، و مع تطرق الاحتمال يبطل الاستدلال.

بل فى الرياض «أن الذى يظهر منها بعد تعمق النظر فيها كون المراد بالسؤال أن الوصى أوصى إلى الغير فيما يتعلق به و جعله وصيا لنفسه، فهل تدخل فى هذه الوصيه، وصيه الموصى الأول، فيلزم الوصى الثانى العمل بها أيضا، أم لا؟ فكتب الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها لكونها على هذا التقدير مجمله، و مقتضاها حينئذ أنه إن كان للموصى الأول قبله أى الموصى الثانى حق من جهه وصيته إليه بالإيضاء، لزمه الوفاء به، و إلا فلا، و يكون المراد بالحق حق التوصيه إلى الوصى الثانى، بأن صرح بالوصيه، فيرجع حاصل الجواب إلى أن وصيه الأول لا تدخل فى إطلاق وصيه الموصى الثانى، إلا أن يصرح به، و هو كما ترى غير

مورد النزاع، و إطلاقها و إن شمله، إلا- أنه لا- عبره به، بناء على ظهور وروده لبيان حكم غيره، فيكون الخبر بالنسبة إلى مورد النزاع من جواز وصيه الوصى إلى الغير فيما أوصى به إليه الموصى و عدمه مجملا محتملا، لاختصاص الحكم فيه بالجواز مع الشرط بالموضوع المتيقن المجمع عليه، و هو صورته الإيذن فيها لا- مطلقا، و إن كان هو كما ترى، من صعوبه تطبيق الجواب حينئذ على سؤال.

و قد يحتمل قراءه قبل ظرفا على أن يكون الحاصل أن الوصى الثانى يلزمه القيام بحق الموصى الأول إن كان له قبل الإيضاء إلى الثانى حق على وصيته الأول، بأن أوصى إليه بالإيضاء إذا حضرته الوفاة، أما إذا لم يكن كذلك فإنه لا يلزمه، لعدم الحق له حينئذ على الوصى الأول، بل قد يحتمل غير ذلك مما لا يفيد الخصم، و لو سلم عدم رجحان شىء مما ذكرناه من الاحتمال بالشهره و نحوها، فلا- أقل من المساواه المقتضيه للإجمال، المسقط للخبر عن الحجيه، فلا- دليل يعتد به للخصم و احتمال الاستدلال له بأنه يكفى فى الجواز عموم الوصيه الذى يكفى فى تناولها عدم النهى عن الموصى عن الإيضاء بعد أن أثبت له حق الوصيه الذى لم يعلم ثبوته له على وجه يصح له الإيضاء به و عدمه، فإذا أوصى شملته العمومات كما فى الشك فى كل مورد من موارد العقود يدفعه عدم العموم الصالح لمشروعيه نحو ذلك مما هو تصرف فى مال الغير الموقوف على إذنه، فهو شبه توكيل الوكيل عن نفسه من غير نص من الموكل على ذلك، تمسكا بعمومات الوكالة الذى قد علم فساده فى محله، باعتبار معلوميه توقف مثل هذا التصرف على الاذن من المالك فلا يشمل العمومات و بعينه آت فى المقام، كما أن به يفرق بينه و بين موارد العقود المشكوك فى تناول العقد لها، و أنه لا يكفى عدم النهى فى جواز الإيضاء، بل لا بد من الاذن، كما هو واضح بأدنى تأمل فى الولى الذى ولايته بحسب توليه غيره إياها، و الفرض عدم خطاب منه يقتضى العموما، و إلا كان خروجها عن البحث، فدعوى اقتضاء عموم (١) «فَمَنْ بَدَّلَهُ» تناول ذلك كما ترى، على أن المنساق من الوصيه عهد الإنسان فيما يتعلق به، لا ما يشمل الغير الذى لم يثبت ولايته عليه فى هذا المجال، و بذلك يفرق بين وصايه الأب و الجد و بين

وصاياه الوصى، مضافا إلى ما دل على صحه الوصاياه منهما على الطفل مثلا بخلافه.

بقى شىء تقدمت الإشارة إليه فى الجملة، و هو أنه هل يكفى فى صحه وصيه الوصى بما أوصى (١).

إليه وقوع ذلك منه، حملا- لفعل المسلم على الوجه الصحيح الذى هو الاذن له فى ذلك، أو لا بد من ثبوت الإيصاء بذلك بطريق شرعى، فلا يكفى دعواه، فضلا عن مجرد فعله، لأن الشك فى الشرط شك فى المشروط، و أصله الصحه لا تجدى فى إثبات شغل ذمه الغير، وجهان، بل مقتضى التفصيل فى الصحيح المزبور بناء على ما قلناه فى مقابله بالجواز، الثانى و الله العالم.

و على كل حال فقد ظهر لك بطلان إيصاء الوصى من دون إذن، فإذا مات الوصى يكون النظر بعده إلى الحاكم الذى هو ولى من لاولى له، و نائبه الخاص أو العام.

و كذا لو مات إنسان و لا وصى له و لا ولى إجبارى و له أطفال و وصايا و غير ذلك مما يحتاج إلى الوالى كان للحاكم النظر فى تركته بالوجه الشرعيه، بل لعله المراد من الجواز فى مثلا المقام و لو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به على ما هو المشهور بين الأصحاب من ثبوت الولاية لهم على مثل ذلك، للمعتبره المستفيضه (٢) المؤيده بما دل على الحسبه و حسن الإحسان، و ولاية المؤمنين بعضهم على بعض (٣) و غير ذلك.

و لكن مع ذلك قال المصنف و غيره و فى هذا تردد بل عن ابن إدريس التصريح بعدم الولاية لهم على ذلك للأصل، و فيه أنه مقطوع بما عرفت، بل لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل، و إن كان الظاهر تقييدها بما إذا

كان المقام مقام الحسبه لا مطلقا، بل ربما احتمل ذلك فى العدل، و ظنى أنه لا يخالف فيه ابن إدريس و ان نفى الولاية عنهم، لكن مراده نفيها على حسب ولاية الأب و الجد و الحاكم، لا مطلقا، و حيثئذ يرتفع

١- ١ الوسائل الباب - ٨٨- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١- ٢.

٢- ٢ سورة التوبه الآيه ٩١.

٣- ٣ سورة التوبه الآيه ٧١.

النزاع على هذا التقدير اللهم أن يمنع تقييد ولاية العدل بالحسبه، و هو قوى أيضا عملا بإطلاق النصوص الظاهره فى الولاية و النصب التى لا- وجه لاحتمال كون ذلك فيها إذنا من الحاكم فى بعض الخصوصيات، ضروره أنه لا- يخفى على من تأملها ظهورها فى الاذن العام الذى هو من قبيل الأحكام الشرعيه بل من قبيل نصب الفقيه الجامع للشرائط.

ف

فى خبر إسماعيل بن سعد الأشعري (١) قال: «سألت الرضا (عليه السلام) عن رجل مات بغير وصيه و ترك أولادا ذكرانا و غلمانا صغارا و ترك جوارى و ممالك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟

قال: نعم، و عن الرجل يموت بغير وصيه، و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفه أ يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع، و قام عدل فى ذلك».

و خبر محمد بن إسماعيل (٢) قال: مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام)، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منها فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك؟ قال: فقال: إذا كان القيم به مثلك، أو مثل عبد الحميد فلا بأس».

و خبر زرعه (٣) قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل مات- و له بنون و بنات صغار و كبار- من غير وصيه، و له خدم و ممالك و عقد كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟

قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»

إلى غير ذلك من النصوص الظاهره فى الأذن لخصوص العدل فى تولى ذلك، ضروره الفرق بينه و بين غيره من الناس فى الحسبه و المعاونه على

١- ١ الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب عقد البيع و شروطه.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ١٦ - من أبواب عقد البيع و شروطه.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٢.

و على كل حال فمحل التردد أو المنع غير ما يضطر إليه الأطفال و الدواب و حفظ المال المشرف على التلف و نحو ذلك مما هو واجب على الناس كفايه و الله العالم.

و لو أوصى بالنظر فى مال ولده إلى أجنبى و له أب، لم يصح و كانت الولاية إلى جد اليتيم الصالح للولاية دون الوصى بلا خلاف أجده فيه فى الجملة، بل الظاهر الإجماع عليه، لما عرفت من ترتب ولاية الوصى على ولاية الأب الصادق على الجد و اشتراكهما فى الولاية حال حياتهما- و لو مرتين كما فى جامع المقاصد و المسالك و إن كان الأصح خلافه، سيما فى النكاح- لا- يقتضى جواز توليه أحدهما على وجه يشارك الآخر بعد موته، بل الأصل يقتضى عدم ذلك، مضافا إلى ما دل على ولاية الجد و الأب (١) مما هو ظاهر فى انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجه ينافيه ولاية أحدهما مع وصى الآخر، و إلى ظهور اتفاق كلمه الأصحاب عليه.

إنما الكلام فى بطلان الوصيه على الوجه المزبور من رأس كما هو أحد الأقوال فى المسألة، أو بطلانها فى زمان حياه- الجد، فإذا مات ثبتت وصايه الوصى لعدم المعارض لها حينئذ، أو بطلانها فيما عدا الثلث، كما أشار إليه المصنف بقوله و قيل: يصح ذلك فى قدر الثلث ما تركه لأن له إخراجة عن الطفل، فله التولية عليه بالأولى، و فى أداء الحقوق كوفاء الدين و نحوه مما لا مدخله له فى ولاية الطفل، و لا أقوى الأول لما سمعت من عدم ولاية للأب مع وجود الجد، و بالعكس فلو صرح أحدهما بوصايه الوصى بعد موت الآخر لم يكن

صحيحا لعدم الولاية له فى هذا الحال، و لو بالنسبه إلى الزمان المتأخر، فضلا عن محل الفرض، و إن جوزنا التعليق فى الوصيه و التأخير فى زمانها، لكن فيما للموصى الولاية عليه، و لا- فرق بين الثلث و غيره بعد أن لم يخرج عن ملك الطفل، ضروره صيرورته كباقى أموال الطفل التى ولايتها بيد الولى الإجبارى، و ولايته على إخراجة عنه لا- تقتضى جواز التولية عليه- و هو للطفل- المنافى لما دل على أن ولاية ماله لجدته.

و هل تصح وصيته فى أداء الحقوق التى عليه من ديون و نحوها كما جزم به فى المسالك، بل حكى الإجماع عليه لعدم معارضته للجد فى ذلك، و إن كان لو لم يوص تولى الجد ذلك كما عن التذكرة التصريح به، لكن ذلك لا يقتضى عدم صحه الوصيه بذلك فان الحاكم تكون له الولاية إذا لم ينصب وصيا، و إن نصب لم يكن له الولاية و الورثة الكبار- إذا لم يجعل وصيا لوفاء ديونه- تولى الورثة ذلك، و إلا تولاه الوصى عليه هذا.

و لكن فى الدروس فى المقام «و لو أوصى بإخراج حقوق أو استيفائها كان جائزا و يشكل بأن الاستيفاء ولاية على مال الطفل فلا يملكها الأجنبي، نعم لو عين المستوفى لتلك الحقوق جاز» و فيه- بعد الإغضاء عن مراده فى قوله «نعم» إلى آخره- ان الاستيفاء- و إن كان الظاهر إرادته المال المستوفى- ليس ولاية على مال الطفل، و إن كان الكلى له، ضروره أنه لا يتشخص و لا يصير ما لا للطفل إلا بقبض المستحق أو وليه فتوليته على أن يشخص الكلى للطفل، و الظاهر أن له الولاية على ذلك مع وجود الجد، كما أن له ذلك فى الورثة الكبار، فإن له أن ينصب وصيا على تشخيص ماله من الديون، ثم دفعه للوارث على وجه لا ضرر فيه عليهم، بل و معه إذا لم يرد على مقدار الثلث، و كذا تشخيص ما عليه من الحقوق بأن ينصب وصيا على دفع ذلك عنه، على أن ولاية التشخيص بيده على وجه لا ضرر فيه عليهم، ضروره كونه أولى من تشخيص مال مخصوص لوفاء دينه، الذى اعترف هو بجوازه، مما يشمله عمومات الوصيه، و تسلطه على ماله (١) و غير ذلك مما لا معارض له من النصوص المشتمله على منعه من التصرف فى الزائد على الثلث فتأمل جيدا.

بقى شىء و هو أن ظاهر المتن اندراج الوصيه فى أداء الحقوق تحت القيل و مقتضاه أن هذا تفصيل فى موضوع المسألة، و قد عرفت أنه فرضه فى الوصيه بالنظر فى مال ولده، و هو لا يشمل مثل ذلك، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك من النظر فى مال الولد أيضا، بناء على انتقال التركة جميعا للوارث، و ان تعلق بها حق الدين فهو من النظر فى مال الولد حينئذ و لكن المتجه بناء على ذلك صحه الوصايه على مثل ذلك، و ليس معارضا لولاية الجد التى لم يعلم شمولها لمثل

ذلك بحيث لا يجوز له أن يجعل وصايا له عليه، مع أن المطابق للحق من التركة، كالخارج عن

مال الطفل، و لعل هذا لا يخلو من قوه، و إن كان الأول لا يخلو عن وجه و الله العالم.

و على كل حال فقد ظهر لك من مطاوى البحث أن الوصايه كالوكاله، بل قد تزيد عليها بأشياء فحينئذ إذا أوصى بالنظر فى شىء معين، اختصت ولايته به و لا- يجوز له أى الوصى التصرف فى غيره، و جرى مجرى الوكيل فى الاقتصار على ما يوكل فيه و كذا لو خصها بزمان دون زمان، أو حال دون حال، إذ هى كما عرفت شبيهه بنصب الأمراء، كل ذلك لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (١)» و غيره كما هو واضح. و الله العالم.

[مسائل ثلاث]

[المسألة الأولى الصفات المراعاة فى الوصى تعتبر حاله الوصيه]

الأولى: الصفات المراعاة فى الوصى من التكليف و الإسلام و الحريه و نحوها تعتبر حاله الوصيه، و قيل: حين الوفاه، فلو أوصى إلى صبي مثلا فبلغ ثم مات الموصى صحت الوصيه، و كذا الكلام فى الحريه و العقل و قيل: من حين الوصيه إلى حين الوفاه، و قيل: إلى حين نفوذ الوصيه و انتهائها، و قيل: من حين الوفاه إلى حين الانتهاء.

و الأول أشبه عند المصنف و الأكثر كما فى المسالك قضاء للشرط المعبر تقدمه على المشروط، أو مقارنته، فإذا كانت هذه شرائط لصحة الوصيه، و لم تكن موجوده حال إنشائها وقت الوصيه عن التفويض إلى من ليس بالصفات،

و النهى المتوجه إلى ركن المعامله يقتضى فسادها كما هو مقرر فى محله، و لأنه يجب فى الوصى أن يكون بحيث لو مات الموصى كان نافذ التصرف، مشتملا على صفات الوصايه، و هو هنا منتف، لأن الموصى لو مات فى هذه الحاله لم يكن الوصى أهلا له.

و الجميع كما ترى مشترك فى كونه مصادره على المطلوب، ضروره أن كون هذه الشروط شروطا للنصب حال إنشائه أول البحث، و كذا كونه منهيًا وقت ذلك عن النصب، بل و كذا الأخير، مع أنه نظر فيه فى المسالك بأنه من يكتفى بوجودها حال الموت يحصل على مذهبه

المطلوب، فإن الموصى إذا فرض موته بعد الوصايه بلا فصل قبل أن يتصف الوصى بالصفات لا يكون نافذ التصرف، من حيث أن الموصى قد مات و هو غير جامع لها، و ذلك كاف في البطلان و إن كان قد يدفع بأن مراد المستدل اعتبار كون الوصى جامعا لها حال الوصيه بحيث لو مات الموصى حالها كان نافذ التصرف، فالشرط أهليته لذلك حال النصب.

و على كل حال فمن ذلك يظهر لك قوه القول الثانى الموافق لمقتضى عمومات الوصيه المقتصر فى تخصيصها على ما تيقن من شرطيه هذه الأشياء فى الوصى، بمعنى المتلبس بالولاية، و أول آتات تلبسه بذلك مع الإطلاق من حين الوفاه، فتعتبر الشروط ذلك الوقت، إذ هو قبل ذلك ليس بوصى بمعنى تحقق الولاية، بل أقصاه وقوع عباره التى تقتضى نصبه حين الوفاه إذا جمع غيرها من الشروط ذلك الوقت، ففقدتها قبل تلبسه بالولاية غير ضائر، بعد شمول عموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (١)» و نحوه له، و ليس فى أدله الشروط كما عرفته سابقا ما يقتضى اشتراطها حال إيجاد عباره النصب، بل ربما كان فيها ما يقتضى خلاف ذلك، كنصب الصبى وصيا بعد بلوغه منضمًا أو مطلقًا، على البحث السابق، بل هو ظاهر فيما ذكرناه، من كون المدار على وجود الصفات حال الوفاه، فإن الصبى مثلا قد يبلغ بعد الوفاه، و كذا المجنون لو أوصى إليه مريدا حال إفاقته كما سمعته سابقا.

لا يقال: إن العمومات تقتضى أيضا وصيه الجامع لها حال الوصيه، و إن فقدتها قبل الوفاه، ثم تجددت بعدها، فيتجه حينئذ كون الشرط أحد الأمرين، حال الوصيه، أو حال الموت، لأنها نقول- مع كون ذلك خرقا للإجماع على الظاهر- مناف لما دل على اعتبار الصفات فى الوصى المقتضى لعدم قابليه المجنون و الكافر و المملوك، للولاية، فإن دليل شرطيتها يقتضى ذلك، فينافى العمومات المزبوره، بخلاف الفاقد لها حال النصب الجامع حال الوفاه، فإن دليل الشرطيه لا ينافى شمول العمومات له لعدم كونه وليا حينئذ، و دعوى تحقق ولاية الوصى حال نصبه، و ان تأخر تصرفه إلى ما بعد الموت، فهو كالوكيل فعلا المشروط عليه تأخر التصرف و إلا لزم التعليق المبطل، و حينئذ فلو قال: أنت وصيى بعد موتى، على معنى كونك

وليا بعد الموت بطل - واضح الفساد، ضروره عدم شركه أحد الأبوين الكاملين حال حياتهما فى الولاية، على أن معنى الوصايه نقل الولاية بعد الموت، و هو الذى أراداه الموصى، بل لو صرح بإراداه غيره مما يقتضى تحققها قبل الموت، بطل على الظاهر، و التعليق فيها غير مناف، لأن بناءها عليه، و قد شرعت على الوجه المزبور، كما لا ينافيه فى تعليق الوصيه التمليكيه، بل هما عند التأمل من وارد واحد، و ان اختلفا فى بعض الأحكام لكنهما متحدان فى أن الوصايه نقل الولاية، و الوصيه نقل الملك مثلا، و التزام حصول الملك المترزل للموصى له حال الوصيه، مما لا يجوز نسبته للمتفقه فضلا بعد الوفاه، عن الفقيه، خصوصا بعد أن كان المعلوم من حال كل موص أن قصده حصول الأثر سواء كان ملكا أو ولاية، و بذلك كله يظهر ضعف بقيه الأقوال المشتركه فى اعتبار الشرائط من حين الوصيه، الذى قد عرفت عدم الدليل عليه.

نعم يبقى الكلام فى اعتبار استمرار الشرائط من حين الوفاه إلى حين الانتهاء فى استمرار الوصايه و عدمه، أما احتمال اشتراط الاستمرار فى أصل الوصايه - على معنى انكشاف فسادها بالعروض فى الأثناء، كما هو مقتضى إطلاق بعضهم شرطيته - فواضح الفساد، و إلا - لاقتضى فساد تصرفاته جميعها قبل العروض، و من المعلوم ضروره بطلانها، كما أن من المعلوم عدم كونه وليا متصرفا حال عروضها.

إنما البحث فى انفساخ الوصيه بعروض ذلك بعد الوفاه - فلا تعود حينئذ، و عدمه - و إن كان لا تصرف له حينئذ، بل أقصاه قيام الحاكم مثلا - مقامه، فإذا زال العارض عادت ولايته، كالأب الذى اعتراه الجنون ثم زال، فإنه لا تنقطع بذلك ولايته على ولده الصغير - احتمالا - بل الثانى منهما لا يخلو من قوه، و إن ظهر من بعضهم المفروغيه من بطلان الوصايه بذلك، حتى أنه حمل قول القائل باشتراطها حال الوفاه، و من حين الوصيه إليها - على ذلك، تجنبا عن التزام عدم بطلانها بذلك، و الظاهر أنه اشتباه، فإن أقصى ما يمكن القطع به، عدم صحه تصرفاته مع عروض العارض، لعدم العقل و نحوه، لا بطلان الوصايه من رأس، بل يمكن دعوى عدم القطع ببطلانها كذلك بعروض العارض قبل الوفاه بعد الوصيه و ان استمر إليها عند القائل باعتبار الصفات حال الوصيه، و ان ادعاه القائل المزبور

أيضا محتجا بمعلوميه كون الوصايه لها حكم العقد الجائر إن لم تكن منه، ولا ريب بانفساخه بعروض الجنون و نحوه، مع أنه خلاف ظاهر من تعرض لذلك الأقوال، حيث أنهم يجعلونه، و القول باعتبارها حال الوفاء مقابلا للقول بالاستمرار حين الوصيه إلى حين الوفاء، كما في الدروس و يمكن القول بعدم جريان حكم الجائر عليه بالنسبه إلى ذلك، كما لو اعترى الموصى الإغماء و الجنون، على أن الشرائط غير منحصره في العقل و نحوه مما يفسخ العقد بفقده، كما أنه يمكن القول بأن الانفساخ بعروض العارض لا يقتضى القول باشتراط الاستمرار في أصل الصحه، بل أقصاه اشتراط استمرار الصحه باستمرار ذلك، لأن أصل الصحه مشروطه بالاستمرار، بحيث لو زال انكشف الفساد، و لعله يلتزمه القائل باعتبار الصفات من حين الوصيه إلى حين الوفاء، بل و لا الفسخ بحيث لو عاد لم يعد حكم السبب السابق الذى اقتضى ولايته حتى لو قلنا بانقطاعها، باعتبار عدم قابليته، ضروره عدم اقتضاء ذلك الفسخ، نحو العقد الجائر، و إلا- لاقتضاه بالإغماء و نحوه، فالتحقيق رجوعه إلى ولايته نحو الأب و المجتهد، و إن ولايتهما من الشرع، إلا- أن المفروض بعد مشروعيته صار النصب منه كالنصب من الشارع بل العبارة عنهما واحده، و كون ولايته من حيث الأبوه المحققه بعد زوال العارض لا يصلح فارقا بينهما، ضروره إمكان دعوى أن وصايه الوصى من حيث كونه زيدا أو ابنا مثلا- و هو متحقق، و ان انقطعت ولايته بالعارض لكن قد عرفت أن ذلك لا يقتضى انفساخ سبب الوصايه الذى لا- مانع من دعوى تأثيره على هذا الوجه و لا يقدر فيه حصول المانع، فتأمل جيدا، فإنه دقيق نافع فى المقام و غيره، و بذلك ظهر لك الحال فى المقام، بل و ما فى كلام غير واحد من الأصحاب حتى ثانى الشهيدين منهم فى المسالك و إن كان لم يأل جهدا فى تحقيق المسأله، و أرجع الأقوال الأربعة أيضا للشرائط، أحدهما: الاعتبار من حين الوصيه إلى حين الانتهاء، و الثانى من حين الوفاء إلى حين الانتهاء، و اختار هو الأول منها، لكن من تأمل الانتهاء، و الثانى من حين الوفاء إلى حين الانتهاء، و اختار هو الأول منها، لكن من تأمل كلامه، يجده أيضا غير محرر و غير منقح باعتبار عدم اشتماله على الفرق بين اشتراط أصل الصحه بالاستمرار، و بين اشتراط الاستمرار بالاستمرار، و عدم الدليل على ما ادعاه من معلوميه الانفساخ بمجرد عروض فقدها، و غير ذلك، مما لا يخفى على المتأمل، و التحقيق ما عرفت، و بناؤه على عدم تحقق الولايه قبل الوفاء، و على تنقيح ما تقتضيه أدله الشرائط،

و على مراعاة مقتضى العمومات، فإن ملاحظه جميع ذلك تقتضى ما ذكرناه.

و أما بناء بعض أفراد المسأله و لو بالنسبه إلى بعض الأقوال على مسأله ما لو أوصى إلى عدل ففسق، التي قد عرفت الاتفاق فيها على الانساخت من القائلين باشتراط العداله و عدمه ففيه أن ذلك مبنى على تعرف حال الموصى و قصده، و إرادته تقييده الولايه و عدمها و محل البحث الآن فى كيفية اشتراط الشرائط شرعا. و ذلك لا دخل له فى قصد الموصى، و منه ينقدح خروج تصريح الموصى بالإيصاء إلى مجنون بعد عقله، و إلى صبى بعد بلوغه و نحو ذلك من محل النزاع فى المقام بما عرفت، من أن الوصايه أشبه شىء بنصب الاماره، فلا يقدح فيها تعليق و لا غيره لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ»^(١) و غيره مضافا إلى ظهور الاتفاق عليه، و التصريح به من بعض على وجه المفروغيه منه،

فمحلّه حينئذ ما لو أوصى مطلقا للوصيه، فهل يكفى جمع الوصى الشرائط حال الإيصاء أو لا بد من الجميع حال الوفاه؟ أو من حين الإيصاء إلى حين الوفاه على حسب ما عرفت، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الثانيه تصح الوصيه على كل من للموصى عليه ولايه شرعيه]

المسأله الثانيه قد عرفت فيما تقدم أنه تصح الوصيه على كل من للموصى عليه ولايه شرعيه بحيث يصح الإيصاء بها كالولد و ان نزلوا بشرط الصغر أو البلوغ مع عدم الكمال، و عدم ولى إجبارى فلا يندرج فى ذلك، - و لو بملاحظه ما تقدم سابقا- أحد الأبوين، مع وجود الآخر، و الوصى الغير المأذون و الحاكم، لما تقدم من عدم ولايه لهم على التوليه بعد الوفاه.

و على كل حال فلو أوصى بالولايه على أولاده الكبار العقلاء، أو على أبيه أو على أقاربه لم تمض الوصيه عليهم لعدم الولايه له على ذلك و لو أوصى بالنظر فى المال الذى تركه لهم لم يصح له التصرف فى شىء منه، لأنه من الولايه عليهم أيضا بل و لا فى ثلثه منه لأنه لا ولايه له عليه مع عدم الوصيه به، و عدم إخراجه عن إرث الوارث، فلا تصح الولايه عليه مع كونه ملكا للوارث كما فى نظائره.

نعم لو أوصى به و أخرجه عن إرث الوارث جاز له نصب ولى عليه، لكن

حينئذ يكون شريكا للوارث، فليس له الاستقلال بتمييزه إلا إذا نص الموصى على ذلك، فإن الظاهر الصحة، لأن له مثل هذه الولايه التي هي أولى من حصره ثلثه في عين معينه، فإنه مع عدم ضرر على الوارث ينقص في ماله لم يكن له معارضه، بل قد تقدم سابقا عند البحث في صحة الوصيه بالمضاربه في التركة ما يقتضى جوازها بالنظر في المال مع عدم الضرر على الوارث في ذلك، مثل الوصيه ببيع التركة مثلا بثمان المثل وغيره مما تقدم، وحينئذ يشكل ما سمعته من المصنف.

و على كل حال من ذلك وغيره يعلم أيضا أنه تصح الوصيه في إخراج الحقوق عن الموصى كالديون و الصدقات الواجبه، و لو بأن يعين أشياء مخصوصه لذلك و يجعل لها وصيا، و ليس حينئذ للوارث معارضه الوصى، و إن قلنا بكونها ملكا له بالموت و يستحق نماؤها، إلا أنها انتقلت إليه على هذا الوجه الذى تقتضى عمومات أوليته بماله جواز هذه الوصيه، لأنها ليس مما خرج عن الموصى بالدليل الشرعى، و هو النقص في الثلثين قهرا على الوارث، و أحقيته بأعيان التركة من الديان و غيره إنما هو إذا لم يوص الموصى، و إذا تبرع و وفى دين الديان بالرضا منه كانت الأعيان له، و ليس له إلزام الوصى بأخذها، و ان بذل مقدار الدين مع فرض وصايه الموصى بالوفاء كما هو واضح.

بل لو أوصى وصيا على وفاء دينه مصرحا بأن له ولايه التشخيص بما شاء من الأعيان لم يكن للوارث معارضته أيضا على الظاهر، لعموم «فَمَنْ بَدَّلَهُ (١)» و غيره مما لا معارض له في مثل ذلك.

نعم لو أوصى وصيا على قضاء دينه و أطلق لم يكن له معارضه الوارث لو أراد بذلك الدين من نفسه، أو من بعض أعيان التركة، لأحقيته بأعيانها من غيره، أما لو امتنع عن الوفاء أجبره الحاكم، أو يأذن للموصى فى البيع عليه، و دعوى كون الإطلاق فى الوصايه يقتضى الوصيه بالتخير له فى الأعيان فلا يعارضه الوارث، و كذا الوصى على الثلث يمكن منعها ضروره أعميه الإيضاء بذلك من ذلك- و الله العالم.

[المسألة الثالثة يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجره المثل من نظره في ماله]

المسألة الثالثة: يجوز لمن يتولى أموال اليتيم بوصيه و نحوها أن يأخذ أجره المثل من نظره في ماله كما عن الإسكافي و الشيخ في آخر باب التصرف في أموال اليتامى، بل هو خير جماعه من المتأخرين كالفاضل في القواعد و المحقق و غيره، بل عن مجمع البيان أنه الظاهر من روايات أصحابنا.

وقيل: و القائل الشيخ في المحكى عن نهايته و ابن إدريس يأخذ قدر كفايته، و قيل: و القائل الشيخ أيضا في المحكى من خلافه و تبيانه يأخذ أقل الأمرين إن كانت كفايته أقل من أجره المثل، فله قدر الكفايه دون أجره

المثل و إن كانت أجره المثل أقل من الكفايه فله الأجره دون الكفايه، و نحوه عن المبسوط لكن قيد ذلك بالفقر، فقال: «الولى إن كان فقيرا جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقل الأمرين، كفايته أو أجره مثله» و مع ملاحظه الإطلاق السابق، و تقييده يكون الأقوال أربعة بل خمسة مع زياده القول بأخذ أجره المثل إن كان فقيرا و إلا- لم يجز له أخذ شىء منه، كما هو خير ثانى الشهيدين في المسالك.

و على كل حال ف الأول أظهر من غير فرق بين الغنى و الفقير، و بين الوصى و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين و غيرهم ما لم يوجد المتبرع الجامع للشرائط فلا يجوز للحاكم مثلا أن يجعل النظر إلى غيره ممن يريد الأجره، بلا مصلحه لليتيم و بين العمل الواجب على الأمين فعله من حيث الامانه، و بين غيره مما لم يجب عليه، كالتميه، بناء على عدم وجوبها، لأصالة احترام فعل المسلم كما له، و وجوبه عليه- كوجوب بذل المال فى المخمصة بالقيمه- لا ينافى أخذ العوض عليه، مع إمكان وجوب المباشره بنفسه، فله حينئذ استيجار من يحفظه مثلا بشىء منه و لو نفسه.

و لعله إلى ذلك أومى

صحيح هشام بن الحكم (١) الذى هو دليل آخر للمسألة أيضا قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن من تولى مال اليتيم ماله أن يأكل منه فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فإكل بقدر ذلك».

بل لعله المراد بالمعروف فى الآيه الشريفه (٢) بل و فيما جاء من تفسيرها

فى موثق

١- ١ الوسائل- الباب- ٧٢- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ٥.

٢- ٢ سورة النساء الآيه- ٦.

سماعه(١) عن أبي عبد الله فيها «من كان يلى شيئا لليتامى، و هو يحتاج له ما يقيمه، فهو يتقاضى أموالهم، و يقيم فى ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف، و إن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه، فلا يرزأن من أموالهم شيئا».

و صحيح عبد الله بن سنان (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «أنه سئل و أنا حاضر عن القيم لليتامى و الشراء لهم و البيع فيما يصلحهم إله أن يأكل من أموالهم؟ فقال لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف كما قال عز و جل «فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» و هو القوت»

و

صحيحه الآخر(٣) عنه أيضا «المعروف هو القوت»

و إنما عنى الوصى و القيم فى أموالهم ما يصلحهم.

و

خبر أبى الصباح (٤) عنه (عليه السلام) أيضا فيها «فقال: ذلك لرجل يحبس نفسه عن المعيشه، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئا».

و نحوه خبرا سماعه و أبى أسامه(٥) المرويان عن تفسير العياشى عنه أيضا فيها و كذا

خبر أبى بصير(٦) المروى فى التفسير المزبور عنه أيضا فيها «قال: هذا رجل يحبس نفسه لليتيم على حرث أو ماشيه، و يشغل فيها نفسه فليأكل منه بالمعروف و ليس له ذلك فى الدنانير و الدراهم التى عنده موضوعه».

و خبر زراره(٧) المروى فيه أيضا عن أبى جعفر (عليه السلام) فيها «سألته عنها فقال ذلك إذا حبس نفسه فى أموالهم فلا يحترف لنفسه، فليأكل بالمعروف من مالهم»

بناء على أن ذلك أجره مثله لغلبه عدم زياده احترام الناس على ما يحتاجونه فى أقواتهم.

بل لعله ذلك هو المراد أيضا من

مضمم محمد بن مسلم (٨) المروى عن تفسير العياشى «سألته عن رجل بيده ماشيه لابن أخ يتيم فى حجره أ يخلط أمرها بأمر ماشيته؟ فقال: ان كان يليط حياضها و يقوم على مهنتها و يرد شاردتها فليشرب من ألبانها غير مجهد و لا مضر بالولد ثم قال:

١- ١ الوسائل - الباب - ٧٢- من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٤.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧٢- من أبواب ما يكتسب به الحديث - ١.

٣- ٣ الوسائل - الباب - ٧٢- من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٣.

٤-٤ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٨.

٥-٥ المستدرک ج ٢ ص ٤٥٤.

٦-٦ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٩.

٧-٧ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ١٠.

٨-٨ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٦.

و ان كان غنيا»

إلى آخره.

و

موتق حنان (١) قال أبو عبد الله (عليه السلام): سألتني عيسى بن موسى عن القيم للأيتام في الإبل ما يحل له فيها؟ فقلت له: إذا لاط حوضها و طلب ضالتها، و هنا جريانها، فله أن يصيب من لبنها من غير نهك لضرع، و لا فساد لنسل»

بناء على أن ذلك أجره مثله عرفاً أو أقل، فإنه من المعروف أيضاً، ضرورة كون المراد أن الأكل من مال اليتيم لا يكون إلا في مقابله عمله له فيما له، و إلا كان من الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً.

نعم أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً و عرفاً أجره المثل، فان نقص عنها زاد في المعروف و قد أحسن إلى اليتيم، بل ان لم يأخذ شيئاً، فقد زاد في الإحسان و لم يكن من الأكل بالمعروف الذي قد رخص فيه في مقابله العمل للفقير، دون الغنى الذي أريد منه الاستعفاف عن ذلك، مع عمله لليتيم في ماله، فالمراد حينئذ أن الفقير إن أراد الأكل، فلا يأكل إلا بالمعروف، و هو أن يكون في مقابله عمل له في مال اليتيم و أن لا يزيد على أجره المثل، و كلما نقص عن ذلك فهو من المعروف.

بل لعل ذلك هو المراد من النصوص سيما

المرسل في كثر العرفان (٢) قال: إن رجلاً قال للنبي (صلى الله عليه و آله): «إن في حجري يتيماً أ فأكل من ماله؟ قال: بالمعروف لا مستأصل مالا و لا واق»

أى غير مستأصل للمال، و لا واق بماله مالك.

نعم لو لم يكن لفعله أجره في العادة كوضع الدراهم و الدنانير عنده، أو كان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له أجره يعتد بها عرفاً لم يأخذ شيئاً، على ما أوماً إليه في بعض النصوص السابقة، كما أنه ينبغي له التعفف لو كان غنياً غير محتاج كي يمنعه اشتغاله بمال اليتيم عن قوته و قوت الواجبي النفقه، فإن الآيه و ان اشتملت على الأمر الظاهر في الوجوب خصوصاً في أوامر الكتاب، لكن المادة تشعر بالندب، فيضعف الظن بإرادته منه على وجه يعارض ما سمعته من القاعده و الصحيح و غيرهما، سيما في الأعمال التي لا يجب عليه مباشرتها، كالتمنيه

١-١ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ١.

٢-٢ المستدرک ج ٢ ص ٤٥٤.

و نحوها، فدعوى أن له بذلك الأجره للغير دون نفسه واضح الفساد، بل هي كذلك في كل عمل كان له ذلك فيه، ضروره عدم الفرق بينه و بين غيره في ذلك، بل لعله أولى باعتبار بقاء نظره على مال الطفل و احتياطه عليه.

و من ذلك يظهر لك ضعف التفصيل بين الفقير و الغنى الاستحقاق و عدمه كما أن منه يظهر لك

ضعف مستند الأقوال البقيه التي وجهها الأخذ بالآيه، و ما ورد في تفسيرها في خصوص الفقير، أو الجمع بينها و بين ما دل على وجوب الأجره بأخذ الأقل منهما الذي هو الأحسن في مال الطفل المنهى عن القرب إلى ماله إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ* (١)، و لأن الكفايه ان كانت أقل من الأجره فمع حصولها يكون غنيا يجب عليه الاستعفاف، و إن كانت الأجره أقل فهو لا يستحق الأزيد في البالغ، فضلا عن اليتيم، و استجوده في المسالك لو تحقق للكفايه معنى مضبوط، قال: «لأنه إن أريد بالأكل بالمعروف المتعارف كما يظهر من الآيه و الروايه و جعل مختصا بالولي لا يتعدى إلى عياله، فلا منافاه بين الفقر و حصول الكفايه منه بهذا الاعتبار حينئذ، لأن حصول القوت محتاج إلى مؤنه السنه من نفقه و كسوه و مسكن و غيرها حتى يتحقق ارتفاع الفقر، إذ لم يشترط حصول ذلك في بقيه عياله الواجبى النفقه و حينئذ فقولهم في الاستدلال مع حصول الكفايه يكون غنيا غير صحيح، و إن أريد به مطلق السرف كما هو المراد من قوله تعالى (٢) «وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ» و قوله تعالى (٤) «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا» إلى آخر الآيه و غير ذلك، فقيده المعروف في «غير ذلك» غير واضح المراد يعتبر معه أقل الأمرين، لأن التصرف على هذا الوجه مختلف باختلاف الأشخاص و الحاجه، و ربما أدى ذلك إلى الإضرار بمال اليتيم، و قوله في الروايه هو القوت تخصيص لمعنى الأكل إلا أنه ليس بصريح في اختصاصه بأكله بنفسه

لما عرفت من أن الأكل مستعمل لغه فيما هو أعم من ذلك».

١-١ سورة الأنعام الآيه- ١٥٢.

٢-٢ سورة النساء الآيه- ٦.

٣-٣ سورة البقره الآيه- ١٨٨.

٤-٤ سورة النساء الآيه- ١٠.

و على كل معنى من الأكل لا- يتم الحكم فيه على إطلاقه، لأن العمل ربما كان قليلا و القوت كثيره فيؤدى إلى الإضرار باليتيم زياده على المكلف و فيه أنه لا- إجمال فى الأكل بالمعروف عرفا خصوصا بعد توضيح النصوص له، و أنه القوت المراد به ما يحتاج إليه عرفا، بل يمكن إرادته الضروره من الكسوه و غيره له و لمن يعول به، لكن بشرط اشتغاله بمال الطفل على وجه يمنع من تحصيل ذلك و أنه لو لا عمله به لأمكنه الاشتغال بمال الطفل على وجه يمنع من تحصيل ذلك و أنه لو لا عمله به لأمكنه الاشتغال بما يحصل ذلك له منه، و هو أمر مضبوط فى العرف و لذا أطلق الأمر به فى الكتاب و السنه فى مقام البيان خصوصا مع ملاحظه ما سمعته فى مرسل كثر العرفان مع ذلك.

نعم يقوى الظن بما سمعته من انطباق ذلك على أجره المثل التى مقتضى القاعده، و الصحيح و غيرهما، و لذا كان الأقوى ذلك، لا للإجمال فى الآيه و الروايه كما هو واضح.

هذا كله إذا لم يتبرع الولي، و إلا لم يستحق شيئا، أما لو لم يقصد الرجوع و لا عدمه فالظاهر الاستحقاق أيضا لقاعده الاحترام التى لا ينافيها عدم الأمر من المالك الصورى بعد الاذن بالعمل من المالك الحقيقى، بل مقتضى إطلاق الآيه التى عرفت تنزيلها على ما قلناه ذلك أيضا، هذا.

و لكن الاحتياط لا ينبغى تركه فيه و فى المسأله السابقه أيضا لشده التأكيد كتابا و سنه فى التجنب عن أموال اليتامى، و خصوصا بعد

خبر رفاعه (١) المروى عن تفسير العياشى عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى قوله تعالى «فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: كان أبى يقول: إنها منسوخه»

بل

عن مجمع البيان (٢) عن جماعه من العامه «تفسيرها بأخذ قدر الحاجه من مال اليتيم على جهه القرض»

، ثم يرد عليه ما أخذ إذا وجد، قال: و هو مروى عن الباقر (عليه السلام)، و إن كان الثابت عندنا خلافهما، و هو ما عرفته من النصوص المعتضده بالفتاوى، و خصوصا فى الأعمال الواجبه على الموصى كحفظ المال فى حرزه و نحوه من الأعمال التى لا يتجدد لها مال للطفل.

١- ١ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ١١.

٢- ٢ الوسائل - الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به الحديث - ٧.

هذا كله إذا لم يوص إليه بجعل يكون أجره لمثله عن عمله و إلا- وجب بلا خلاف عن التنقيح، بل و لا إشكال، فإن زاد عليها توقف على سعه الثلث أو اجازته الوارث كما صرح به غير

واحد، ضروره كونه حينئذ من الوصيه التي قد عرفت أن حكمها ذلك، والله العالم.

[الفصل السادس في اللواحق]

اشاره

الفصل السادس: في اللواحق وفيه قسمان:

[القسم الأول وفيه مسائل]

اشاره

القسم الأول وفيه مسائل،

[المسأله الأولى إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد فقد شرك بينهما في تركته]

الأولى: إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه، و ليس له إلا واحد، فقد شرك بينهما في تركته لأنه أضاف إلى الوارث واحدا آخر بالوصيه و حينئذ فللموصى له النصف من التركه، إلا أنه لما كان أزيد من الثلث، فإن أجاز الولد قسم المال بينهما نصفين و ان لم يجز الوارث فله أى الموصى له الثلث و الباقي للولد و كذا لو كان له ابنان و قد أوصى لأجنبي بمثل نصيب أحدهما كانت الوصيه بالثلث لأنه قد أضاف إليهما ثالثا و لو كان له ثلاثه كان له الربع و هكذا و الضابط أنه يضاف إلى الوارث، و يجعل كأحدهم ان كانوا متساوين و إن أتلفت سهامهم جعل مثل أضعفهم سهمها لأنه المتيقن الا أن يقول مثل أعظمهم (١١) سهمها فيعمل (١٢) حينئذ بمقتضى وصيته (١٣) ان لم ترد على الثلث، و الا- وقف على الإجازة بلا- خلاف أجده في شىء من ذلك بيننا، بل قد يشعر نسبته في جامع المقاصد إلى علمائنا بالإجماع عليه.

نعم عن جمع من العامه أنه يعطى الموصى له مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال، و يقسم الباقي بين الورثه، لأن نصيب الوارث قبل الوصيه من أصل المال، و حينئذ فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه و ليس له إلا واحد فالوصيه بجميع المال الذى هو نصيب الابن قبل الوصيه، و إن كان له اثنان فالوصيه بنصف المال الذى هو نصيب أحدهما قبل الوصيه، و يبقى النصف الآخر لهما- و هكذا بل فى محكى التحرير أنه قريب من الصواب، و فيه أن ظاهر عبارته الموصى أو صريحها فى المثال الأول التشريك بينهما، لا- حرمان الوارث، فيكون المراد حينئذ منها أن له نصيبا مثل نصيب ابني بعد الوصيه، فإن التماثل يقتضى

كما أن الوارث لا يستحق شيئاً إلا بعد الوصية النافذة، فالوارث الموصى بمثل نصيبه لا نصيب له إلا بعد الوصية، حينئذ فيكون ما للموصى له، مماثلاً لنصيبه بعد الوصية و على ما ذكره لا يكون للوارث نصيب الموصى له، فإنه في الأول لا نصيب له أصلاً، و في الثاني لكل واحد من الولدين الربع، و في الثالث لكل واحد من الأولاد الثلاثة ثلث من الثلثين، و هو لا يماثل ثلث الأصل، كما أن الربع لا يماثل النصف، و هو حينئذ خلاف مدلول الوصية، و تبديل له «فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ»^(١) و على كل حال، فهذه المسألة و اشتباهاها من

المسائل الدوريه، لأن معرفه نصيب الوارث متوقفه على إخراج الوصيه، و معرفه نصيب الموصى له انما يكون إذا عرفت نصيب الوارث، إلا أنه لما كان الأمر فيها ظاهر- ضروره انتقال الذهن إلى المراد بأدنى التفاوت- لم يذكروا في معرفتها طريق الجبر و المقابله، بل اكتفوا بما عرفت من تصحيح الفريضه على الورثه، ثم زياده واحده يساوى أحدهم، أو الأقل منهم على حسب ما سمعت.

بل لا فرق في ذلك بين الوصيه بنصيب واحد منهم غير معين، و بين الوصيه بمثل نصيب واحد معين، فإنه له أيضا مثل نصيبه مزادا على الفريضه، فإن زاد على الثلث توقف على الإجازة، و إلا- نفذت الوصيه، بل لا فرق أيضا بين الوصيه لأجنبي أو أحد الورثه بناء على ما عندنا من جواز الوصيه للوارث، خلافا لبعض العامه، فإذا أوصى لوارث بمثل نصيب أحد وارثه، فكالوصيه للأجنبي التي قد عرفت الحال في أمثلتها التي منها أيضا لو كان له ابن و بنت، و أوصى بمثل نصيب الابن فإن له سهمين من خمسه إن أجازا و لو قال: مثل نصيب البنت فله الربع و لو كان له ثلاثة بنين و ثلاث بنات، و أوصى له بمثل سهم بنت أو أحد وارثه فله العشر و لو قال: مثل نصيب ابنه فله سهمان من أحد عشر، و هكذا كما هو واضح بعد كما عرفت.

و لو قال: في وصيته له مثل نصيب بنتي فعندنا يكون له النصف إذا لم يكن له وارث سواها، لأن المال لها فرضا وردا، فهي كالولد حينئذ في ذلك و في أنه في أنه يرد إلى الثلث إذا لم تجز و كذا لو كان له بنتان كان له

الثالث، لأن المال عندنا للبتين فرضاً ورداً دون العصبه، فيكون الموصى له كئالته كالولدين وقد أوصى للثالث أن له مثل نصيب أحدهما الذى قد سمعت الكلام فيه.

نعم عند العامه الوصيه فى الأول بالثالث، لأن المسأله عندهم من اثنين واحد للبت، و واحد للعصبه، فيزيد بالوصيه على الاثنين سهماً، فيعطى واحد من ثلاثه، و فى الثانى بالربع، لأن المسأله عندهم من ثلاث، اثنان و هما الثلثان للبتين، و واحد للعصبه فيزيد عليها للموصى له بالوصيه سهماً، فتكون أربعه له الربع منها.

و لو كان له ثلاث أخوات من أم و ثلاثه إخوه من أب، فأوصى بأجنبى بمثل نصيب أحد ورثته، كان كواحد من الأخوات لما عرفت من تنزيل الوصيه فى مثله على الأقل الذى هو المتيقن فأصل الفريضة حينئذ ثلاثه، للأخوات من الأم الثالث، و للإخوه من الأب الثلثان، ثم تنكسر على الفريضة، و الفرض أن عددهما متماثل، فيضرب عدد أحدهما فى أصل الفريضة تبلغ تسعه للأخوات الثلاث ثلاثه، لكن واحد سهم و للإخوه ستة لكل واحد اثنان، فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم، و حمل على الأقل الذى هو نصيب إحدى الأخوات ازدادت الفريضة واحداً، لما عرفت من أن الضابطه تصحيح الفريضة بين الورثه زياده نصيب الموصى له عليها، فالوصيه حينئذ بعشر التركه فيكون له سهم من عشره، و للأخوات من الأم ثلاثه و للإخوه ستة.

نعم ينبغى أن يعلم أن كون الموصى له كواحد من الأخوات، مبنى على فرض كون الإخوه للأب ثلاثه مثلاً، و إلا فلو فرض كونهم سبعة مثلاً لم يتم المثال، ضروره كون الأقل حينئذ واحد منهم لا منهن، إلا أن الأمر سهل بعد معرفه الضابطه، و ان أطلق المصنف الاخوه، مع احتمال إرادته أقل الجمع، و الله العالم.

و لو كان له زوجة و بنت، و قال: له مثل نصيب بنتى التى هى أعظم نصيباً و أجاز الورثه قال الشيخ كان له سبعة أسهم، و للبت مثلاً و للزوجه سهمان و فيه أن الوصيه حينئذ من نصيب البنت خاصه لأن الاثنين ثمن الفريضة التى هى ستة عشر، فيكون سهم الزوجه تاماً، و الواجب ان تكون الوصيه مع الإجازة من أصل

التركة، و يدخل النقص بها على جميع الورثة، كل على حسب استحقاقه.

و من هنا قال المصنف لو قيل: لها أى الزوجه سهم من خمسة عشر كان أولى بل لعله يتعين كما فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك، ضروره أنه مقتضى الضابط السابق الذى هو تصحيح الفريضة أولاً، و هى هنا ثمانية، للزوجه الثمن سهم، و للبنت الباقي، و هو سبعة أسهم، و يزداد عليها مثل نصيب البنت بالوصيه: أى سبعة، فيكون مجموع التركة خمسة عشر، هذا كله مع الإجازة.

أما إذا لم يجر الوارث، فالمسألة من اثني عشر له الثلث أربعة، و الثمانية بين الزوجه و البنت، على أصل الفريضة الشرعيه، للزوجه الثمن سهم و للبنت الباقي فرضاً ورداً، و لو أجازت أحدهما خاصة، ففي المسالك ضربت إحدى الفريضتين فى وفق الأخرى تبلغ ستين، لأن بين الاثني عشر، و الخمسة عشر توافقاً بالثلث فضرب ثلث إحداهما فى الأخرى، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة فى وفق مسألة الرد، و من رد ضربت نصيبه من مسألة الرد فى وفق مسألة الإجازة، ذلك نصيبه، و الباقي للموصى له.

و هذا ضابط فى كل ما يرد عليك فى إجازة البعض و رد الآخرين فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما و نصيب من أجاز من مسألة الإجازة فى مسألة الرد و نصيب من مسألة الرد فى مسألة الإجازة، فلو كان المجيز البنت فنصيبها، من مسألة الإجازة عشر تضربها فى أربعة وفق مسألة الرد: تبلغ ثمانية و عشرين، فهو نصيبها من الستين، و للزوجه واحد من اثني عشر فى مسألة الرد تضربه فى وفق مسألة الإجازة، و هو خمسة من خمسة عشر، تبلغ خمسة، فهى نصيبها من الستين، و الباقي و هو سبعة و عشرون للموصى له، و لو كان المجيز هو الزوجه ضربت نصيبها من مسألة الإجازة، و هو واحد فى أربعة وفق مسألة الرد، فلها أربعة، و نصيب البنت من مسألة الرد و هو سبعة من اثني عشر فى وفق مسألة الإجازة و هو خمسة تبلغ خمسة و ثلاثين، و الباقي هو أحد و عشرون للموصى له، فله مع إجازتها ثمانية و عشرون، و للبنت كذلك، و للزوجه أربعة، و مع ردهما عشرون و للبنت خمسة و ثلاثون، و للزوجه خمسة، و مع إجازة إحداهما يأخذ الموصى له التفاوت، و لو انعكس الفرض: بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجه و أجاز فللموصى له التسع، لأنك تزيد نصيب

الزوجه و هو واحد على الفريضة، و فى جامع المقاصد و المسالك أنه و هم الشيخ هنا أيضا، فجعل للزوجه سهما من ثمانية، و للموصى له سهما، و للبت سته، فأخرج الوصيه من نصيب البنت خاصه، و الصواب إدخال نصيبه عليهما، فيكون من تسعه.

و لو كان له أربع زوجات و بنت فأوصى بمثل نصيب إحداهن قال الشيخ:

كانت الفريضة من اثنين و ثلاثين، فيكون للزوجات الثمن أربعة بينهن بالسويه و له سهم كواحد، و يبقى سبعة و عشرون للبت و فيه ما عرفت من اختصاص النقص بالبنت أيضا و مقتضى الضابط المزبور أن يفرض له واحد كإحدى الزوجات و يزداد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع، فأصل الفريضة ثمانية نصيب الزوجات الأربع منها واحد، و ينكسر عليهن، فيضرب عددهن فى الفريضة تبلغ اثنين و ثلاثين، و يزداد عليها واحد بالوصيه فتكون ثلاثة و ثلاثين.

و من هنا قال المصنف لو قيل: له واحد من ثلاثة و ثلاثين كان أشبه بل هو متعين، و لذا جزم غير واحد بأنه سهو من قلمه الشريف كالسابق و لو كانت الوصيه فى الفرض بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانية و عشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستين إن أجازوا الوصيه، و أن ردوا ألحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع، و يكون الثلثان قائمين بالفريضة، فيكون من ثمانية و أربعين: للموصى له ثلثها سته عشر و للزوجات أربعة، و للبت ثمانية و عشرون، و لو أجازت إحداهن ضربت وفق مسأله الإجازة و هو هنا جزء من اثني عشر، و هو نصف السدس فى مسأله الرد أو بالعكس، فتضرب خمسه فى ثمانية و أربعين، أو أربعة فى ستين تبلغ مائتين و أربعين، فمن أجاز أخذ نصيبه من مسأله الإجازة مضروبا فى وفق مسأله الرد، و من رد أخذ نصيبه من مسأله الرد مضروبا فى وفق مسأله الإجازة، فمع إجازة البنت يكون لها مائه و اثني عشر هو الحاصل فى ضرب ثمانية و عشرين فى أربعة، و للزوجات عشرون هى الحاصله من ضرب أربعة فى خمسه، و الباقي و هو مائه و ثمانية للموصى له و لو أجاز بعض الزوجات، فله نصيبها من المجاز و هو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه ثلث التركة، و هو ثمانون، و هو خلاصه ما فى الدروس المفروض فيها المسأله بالابن و أربع زوجات، الذى لا فرق بينه و بين البنت فى ذلك، ثم قال: و ان شئت

مع اجازته البعض أن تدفع الثلث إلى الموصى له، و يقسم الباقي بين الوارث فريضة على تقديرى الإجازة و عدمها، فيأخذ الموصى له التفاوت، فتدفع هنا إلى الموصى له ثمانين، ثم تقسم الباقي، و هو مائة و ستون فريضة، للزوجات عشرون و لابن مائة و أربعون، هذا على تقدير الرد، و فى تقدير الإجازة للابن مائة و اثني عشر، و للزوجات الأربع ستة عشر، و يظهر من ذلك بأن الزائد على الثلث فى مسأله الإجازة، و هى ستون ثمانيه أسهم، و قد صارت مضروبه فى أربعة فيكون اثنين و ثلاثين سهما، فيقسمها فريضة، فيكون للزوجات: أربعة و لابن ثمانيه و عشرون، فالتفاوت بين نصيبى الابن ثمانيه و عشرون و بين نصيب كل واحد من الزوجات سهم، فبالإجازة من البعض تدفع ذلك التفاوت، و لك طريق ثالث، و هو أن تضرب ما زاد على الثلث فى مسأله الإجازة فتقسم بين الورثة فريضة، فإن انقسم صحت المسألتان من مسأله الإجازة و إن انكسرت ضربت مسأله الإجازة فى مخرج الكسر، و قد عرفت أن الزائد على الثلث هنا ثمانيه فتقسمها على الورثة ينكسر فى مخرج الربع، فتضرب أربعة فى ستين تبلغ مائتين و أربعين و يبقى الزائد على الثلث اثنان و ثلاثون فتقسم بين الورثة كما مر، فلو أجاز الزوجات دون الابن صحت المسأله من ستين لابن الموصى له يأخذ نصيبهن من الزائد، و هو سهم، و تبقى للابن سبعة إلى غير ذلك مما هو واضح عند من له معرفه بالحساب، بل ربما كان غير الفقيه أعرف منه فى ذلك، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو أوصى لأجنبى بنصيب ولده قيل تبطل الوصيه]

المسأله الثانيه: لو أوصى لأجنبى بنصيب ولده قيل: و القائل الشيخ فى المحكى من خلافه و مبسوطه و تبعه عليه الفاضل فى المختلف تبطل الوصيه لأنها وصيه بمستحقه التى مرجعها إلى العزل عن الميراث أو إلى الوصيه بمال الغير، و هى فيهما معا باطله، و لأن صحتها موقوفه على بطلانها، فيستلزم وجودها عدمها، إذ لا تكون صحيحه، إلا أن يكون للابن نصيب، و لا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصيه، لأنه لا يملك الموصى به لقوله تعالى (١) «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوَصِّى بِهَا أَوْ دَيْنٍ» و لأن بطلانها لازم لكل من النقيضين، فإنه إن ثبت للابن نصيب، امتنعت صحتها، و إن لم يكن له نصيب انتفى

متعلقها.

وقيل و القائل بعض علمائنا كما فى المختلف يصح، و يكون كما لو أوصى بمثل نصيبه و هو أشبه عند المصنف بقاعده و جوب الحمل على المجاز عند تعذر الحقيقه التى لها صحت الوصيه بمثل نصيب الابن، مع أنه لا نصيب له فعلا، و لكن فيه أن البطلان على تقدير الحقيقه، ليس من تعذر الحقيقه، ضروره أنه لا بأس بالتزامه، و صحه الوصيه بمثل نصيب الابن، للظهور فى إرادته المعنى المزبور الممنوع دعواه هنا، و احتمال كون المراد الوصيه بجميع المال- باعتبار أن الولد لما لم يكن له نصيب الآن، و إنما يكون نصيبه بعد الموت كان اضافه النصيب إليه مجازا فى جميع التركة، فكأنه قال: جميع التركة لفلان التى نصيب ابنى لو فرض كونه وارثا لها وحده من غير مزاحم له من وصيه و لا غيرها، و هذا و ان كان مجازا، إلا أنه ليس هنا معنى حقيقى يمكن حمله عليه، حتى يقال: تقدم الحقيقه على المجاز- يدفعه عدم القرينه الداله عليه، بل حمله على إرادته حرمان الوارث، و وضع الموصى له موضعه أظهر من ذلك.

نعم قد يناقش فى البطلان على هذا التقدير أيضا لعموم أدله الوصيه فالمتجه حينئذ نفوذها مع اجازته الوارث، و مع عدمها تبطل منها ما زاحم الوارث و تصح فى غير ذلك، و هو الثلث، و تكون حينئذ كالوصيه بجميع المال.

اللهم إلا- أن يقال: إنها ظاهره فى إرادته الوصيه بنصيب الوارث من حيث كونه نصيبا، و هو لا تصح الوصيه به، ضروره عدم اجتماع كونه نصيبا و كونه موصى به، و لعله لذا قال فى الدروس: «و لو أوصى بنصيب وارث فان قصد عزله من الإرث فالأقرب البطلان، و إلا حمل على المثل، و فيه معلوميه إرادته كونه نصيبا لو لا الوصيه به لا كونه نصيبا لو لا الوصيه به لا كونه نصيبا مع كونه موصى به، فالمتجه حينئذ الصحه مع الإجازة، و عدمها مع عدمها، و ليست هى كالوصيه بمال الغير الذى لا تعلق للموصى فيه، و لا- مما يستلزم وجودها عدمها و لا بطلانها لازم للنقيضين على التقدير الذى سمعت، بل منه يعلم ما فى إطلاق الشيخ بطلانها، و إطلاق غيره الصحه، و الحمل على المثل أو على الجميع الذى أطب فيه فى المسالك تبعا لجامع المقاصد، مدعى أنه

المتبادر عند الإطلاق، و أنه لا يفهم من اللفظ إلا ذلك، بل معظم القائلين بالصحة لا يريدون إلا ذلك، و إن ذكر بعضهم لفظ المثل، لكن مرادهم من الوصيه بجميع المال، على معنى أنه مثل ابني لو لم تكن وصيه و لا وارث، لا أن المراد له نصيب مثل نصيب ابني فيكون شريكا له في النصف إذا لم يكن سواهما على حسب ما سمعته في المسأله السابقه - قال - «نعم في عباره الشيخ فخر الدين ما يؤذن بفهمه اراده النصف من القائل بالصحة، لأنه قال في شرحه بعد تقرير القولين: فعلى الصحة، لا فرق بين زياده لفظ المثل و حذفها، فقوله أوصيت بنصبيه مثل أوصيت بمثل نصبيه، و إنما فرق القائل بالبطلان و هي كالصريحه في المشاركه، كما لو كان المثل مذكورا و قد شدد النكير على المحقق الثاني في دعواه اختصاصه باحتمال الصحة على معنى إرادته الجميع، و إن المعروف بين الفقهاء قولان: أحدهما البطلان، و الثاني الصحة على اراده المثل على وجه المشاركه ثم حكى عباره أصحابنا أكثر مع وجود الآخر، و حمل على النصف في كلام العامه أكثر مع وجود الآخر».

قلت: و لكن قد عرفت أن المفهوم من العبارة غير ذلك كله، و هو ما عرفته إلا مع قرينه خارجه تدل على ما يقتضى البطلان، أو الجميع، أو المشاركه، و حينئذ يكون خارجا عن محل النزاع الذى من المعلوم كون هذا اللفظ مجردا عن القرائن الخارجيه فتأمل جيدا و الله العالم.

و كيف كان ف لو كان له ابن قاتل أو كافر أو عبد، فأوصى بنصبيه حمل على مثله كما فى الدروس لدلالته على إرادته ذلك.

نعم لو أوصى بمثل نصبيه قيل: صحته الوصيه على معنى نصبيه لو لم يكن قاتلا صوتا للكلام عن الهذريه، و فى المختلف صحه ان كان الموصى جاهلا- بأن الابن قاتل، أو بأن القاتل لا يرث، و تبطل ان كان عارفا بهما، و استحسنة فى المسالك و قيل و القائل الشيخ فى مبسوطه لا تصح، لأنه لا نصيب له و هو أشبه عند المصنف بل عن المبسوط القطع بذلك و لم يذكره غيره إلا الأقوى فى النظر الصحة مطلقا لظهور كون المفهوم منه عرفا أن له نصيبا مثل نصبيه لو لم يكن مانع الإرث، و لو كان جاهلا، إذ جهله لا ينافى صحه الوصيه المعلوم عدم اشتراطها بفعليه نصبيه، كمعلوميه عدم توقف المعنى على ذلك كما هو واضح.

[المسألة الثالثة إذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثله]

المسألة الثالثة: إذا أوصى بضعف نصيب ولده مثلاً كان له مثله لأن ضعف الشئ ء مثله كما هو الأشهر بين الفقهاء على ما فى المسالك، بل عن الخلاف حكايته عن عامه الفقهاء والعلماء و إن كان فيه أنه خلاف ما فى الصحاح، و عن الجمهوره و أبى عبيد القاسم بن سلام من أن الضعف المثل.

نعم عن الأزهرى الضعف المثل فما فوقه، و ليس بمقصود على مثليه فأقل الضعف محصور فى الواحد، و أكثره غير محصور، و عن الخليل الضعف أن يزداد على أصل الشئ ء فيجعل مثلين أو أكثر، و عن نهايه ابن الأثير الضعف مثلاً، و يمكن أن يريد الأزهرى و الخليل بيان الضعف بالمعنى المصدرى الذى لا ينحصر فى المثل أى المضاعفه، فلا ينافى حينئذ معناه الذى هو المثل فى غيره، بل لعل عرفنا اليوم شاهد على ذلك، و حينئذ فالمتجه فى محل البحث أن يكون له مثله، اللهم إلا أن يكون المراد مثله مضاعفاً، و حينئذ يكون له مثله، كما ذكره المصنف و غيره بل قيل: انه المشهور، و أنه يشهد له قوله تعالى (١) «إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَ ضِعْفَ الْمَمَاتِ» أى عذاب الدنيا و عذاب الآخرة مضاعفاً و قوله (٢) «فَأُولَئِكَ لَهُمْ جَزَاءُ الضَّعِيفِ» و قوله (٣) «فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ».

و لكن المتجه على ذلك أنه لو قال: ضعفاه كان له أربعة أمثاله كما عن المبسوط و مع ذلك قيل: ثلاثة أمثاله، بل فى المتن و غيره هو أشبه أخذاً بالمتيقن و فيه أن المتيقن المثلاث لما عرفت من تفسير الضعف بالمثل ممن سمعت، كما أن المتيقن هو الوصيه بالضعف التى حكم فيها بالمثلين، و ما فى المسالك من أنه لم يعتد بالقولين لضعفهما و شذوذهما بخلاف القول بالثلاثة المحكى عن بعض أهل اللغة التصريح بأن ضعفى الشئ ء هو و مثله، فيكون ثلاثة أمثاله،- يدفعه ما عرفت من تصريح من سمعت به لأنها عبارته، و التصريح الذى ذكره هو المحكى عن أبى عبيده معمر بن المثنى قال:

ضعف الشئ ء هو و مثله و ضعفاه هو و مثله.

١- ١ سورة الإسراء الآية- ٧٥.

٢- ٢ سورة سبأ الآية- ٣٧.

٣- ٣ سورة الروم الآية- ٣٩.

قلت و عليه تكون الوصيه بضعف النصيب، وصيه بالنصيب و مثله، و بضعفيه به و مثليه و ليس هو المراد قطعا، و يمكن أن يكون المراد مقدار النصيب، و مثله الضعف فيكون مثلين، و مقدار النصيب، و مثلاه الضعفان، فيكون ثلاثه أمثاله.

و في الدروس و لو أوصى له بضعف نصيب ولده أعطى مثليه، و بضعفيه ثلاثه أمثاله- و في المبسوط أربعة أمثاله- و بثلاثه أضعافه أربعة أمثاله، و الأصل فيه أن ضعف الشىء هو و مثله، و ضعفاه هو و مثلاه، و هكذا، و على قول المبسوط كل ضعف مثلان.

و على كل حال، فلا ريب في أن المتجه ما في المبسوط، بناء على أن المراد من الضعف المثلان، و الأخذ بالمتيقن لا يعارض ظاهر اللفظ، و منه يعلم أن ما في قوله أيضا و كذا لو قال: ضعف ضعف نصيبه أى كالضعفين في القولين، و أن الأشبه ثلاثه أمثاله، و ذلك لأن من قال إن الضعف المثلان فتضعيفه قدره مرتين، و هو أربعة أمثال، فيكون الموصى به ضعف ضعف النصيب، و من قال: بأنه ضم مثل الشىء إليه فيضعف هذا الضم زيادته مره أخرى، فيكون ثلاثه و ضعفه، و قد اعترف في المسالك هنا بضعفه، فقال: انه مخالف للتفسيرين السابقين للضعف لأن من جعله المثل فالتضعيف مثلان، و من جعله مثلين لزم أن يكون تضعيفه أربعة، و أما اعتبار المنضم خاصه، ففيه 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 وافقه عليه العلامة في التذكرة و الإرشاد.

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 أنه 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 أربعة أمثال.

قلت: لكنه ينافى ظاهرا موافقته للمصنف في المسأله السابقه من الأخذ بالمتيقن نعم هو متجه على ما قلناه، فتأمل جيدا، فان ما في المسالك هنا لا يخلو من المناقشه من وجوه أخر.

[المسألة الرابعة إذا أوصى بثلثه للفقراء و له أموال متفرقة جاز صرف كل ما فى بلد إلى فقرائه]

المسألة الرابعة: إذا أوصى بثلثه للفقراء، و له أموال متفرقة، جاز صرف كل ما فى بلد إلى فقرائه قطعاً للصدق الذى لا ينافيه احتمال إرادته فقراء بلده بعد عدم الدليل عليه، فالأخذ بظاهر اللفظ حينئذ الشامل لهذا الفرد متجه.

و كذا لو صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى جاز أيضاً لذلك.

نعم فى المسالك ان لم يستلزم تعزيراً بالمال بسبب نقله، و لا- تأخيراً لإخراج الوصيه مع إمكان التعجيل، و إلا أشكل الجواز لذلك، و فيه أنه لا إشكال أيضاً و إن أتم أو ضمن، إذ الكلام فى أصل جواز صرفه فيهم، على أنه يمكن فرض غرض صحيح لجواز النقل كأولويه المستحق، و وجود الحاكم و غير ذلك مما سمعته فى الزكاه، أما لو فرض عدم المستحق فى بلد المال، و عدم الخطر فى نقله فلا إشكال أصلاً، كما أنه لا إشكال فى جواز إخراج قدر الثلث من المال الذى فى بلد الموصى، و ترك الأموال المتفرقة للورثه، مع رضاهم بذلك، لأن المعتبر إخراج ثلث المال بالقيمه، لا- الإخراج من كل شىء ثلثه، و أن كان إطلاق الثلث يقتضى الإشاعه إلا أن يتعلق غرض للموصى بشىء من الأعيان أو الجميع فيتبع مراده حينئذ.

و كيف كان ف يدفع إلى الموجودين فى البلد، و لا يجب عليه تتبع من غاب لأن الفقراء غير منحصرين، فلا يجب الاستيعاب، و لا تتبع من ليس فى البلد لذلك.

و فى المسالك، و يفهم منه وجوب استيعاب من فى البلد منهم، و وجهه أن الموصى لهن مستحقون على جهه الاشتراك، لا على جهه بيان المصروف كالزكاه، و بهذا يظهر أن عدم وجوب التتبع رخصه، و أنه لو صرفه إلى غير الموجودين أو إليهم مع غيرهم جاز.

قلت فيه أولاً: منع عدم إرادته المصروف من مثل اللفظ الذى لا فرق بين تعلق خطاب الزكاه و غيره فى فهم أهل العرف منه ذلك، و لو بقرينه عدم حصر الفقراء و نحوه و ثانياً: أن استحقاق الموصى لهم على جهه الاشتراك لا على المصروف لا يقتضى ما ذكره

من الرخصه، و من جواز الصرف إلى غير الموجودين أو إليهم و إلى غيرهم كما هو واضح، خصوصا بعد أن ذكر ذلك وجهها لوجوب استيعاب من في البلد المنافي لذلك و الله العالم.

و على كل حال ف هل يجب أن يعطى ثلاثه فصاعدا؟ قيل: نعم، و هو الأشبه عند المصنف عملا بمقتضى اللفظ الذى هو جمع، و أقله ثلاثه على المختار، و حينئذ لا يجوز أن يقصر عن ثلاثه، فان لم يوجد فى البلد وجب الإكمال من غيره مراعاة للفظ الجمع، و أن الحكم ليس لبيان المصرف عنده، و إلا لاكتفى بالواحد و أشكله فى المسالك «بأنه إن كان للاشتراك وجب تتبع الممكن، و إن كان لبيان المصرف لزمه الاكتفاء بواحد، فالجمع بين وجوب استيعاب من فى البلد و عدم وجوب صرفه إلى غيرهم، مع وجوب الدفع إلى ثلاثه لا يخلو من اشكال» ثم قال: و لعل الوجه فيه أن مراعاة الجمع يوجب الثلاثه فصاعدا، و استيعاب من حضر لاشتراكهم فى الاستحقاق و عدم وجوب الدفع إلى من سواهم رخصه و تخفيف.

قلت: لم لا يكون هذا منه قرينه على عدم إرادته استيعاب من فى البلد، من قوله «و لا يجب تتبع من غاب» فيكون حاصله عدم وجوب تتبع من غاب، و عدم وجوب استيعاب من فى البلد، و لكن يجب إعطاء الثلاثه فصاعدا مراعاة للفظ الجمع المراد من تعريفه الجنس لا الاستغراق، فهو للمصرف عنده، إلا أنه يراعى فى المصرف أقل الجمع فصاعدا.

بل قوله و كذا لو قال: أعتقوا رقابا، و جب أن يعتق ثلاثه فما زاد، إلا أن يقصر ثلث مال الموصى شاهد لذلك، ضروره كون المراد منه عدم الفرق بين الجمع المنكر و المعرف الذى لا يراد الاستغراق بتعريفه، و إنما المراد منه العهد الذهني على حسب الإرادة فى المفرد، فى نحو أدخل السوق و اشتر اللحم و نحو ذلك.

نعم قد يشكل بظهور إرادته الجنس الذى يلغى فيه مراعاة أقل الجمع، كما يلغى مراعاته مع إرادته الاستغراق من مثل هذا اللفظ الذى علم عدم إرادته الاستغراق منه، و لذا لم يراع فى مصرف الزكاه و الخمس أقل الجمع فصاعدا، و لكن لا ريب فى أن الأحوط ما ذكره، كما أنه لا ريب فى عتق الممكن من الأقل مع عدم سعه الثلث، لعدم سقوط الميسور بالمعسور و لأن

دلالة الجمع على إفاده كدلالة اسم كل واحد منها عليه، فلا يسقط التكليف بالممكن منها بتعذر الآخر، فلا يرد أن الموصى به مسمى الجمع فينبغي بطلان الوصية أو توقع تنفيذها مع رجائه.

إنما الكلام فيما لو قصر حتى عن لواحد، فهل يجب إعتاق شقص مع الإمكان قولان: مع أنه في المسالك استتقرب الوجوب، لثبوت عتق الجزء كالكل، و لعموم «لا يسقط (١)»

و «ما استطعتم»

و نحوهما، لكن قد يناقش فيه بأن لفظ الرقبه لا يدل على البعض إلا تضمامنا، و الدلالة التضمينية تابعه للمطابقية، فإذا فات المتبوع انتفى التابع و دعوى - أن عتق الرقبه لما لم يتحقق إلا بعق جميع أجزائها، فكل جزء مقصود عتقه، و مأمور به بالذات لا بالتبعيه، فيجب حيث يمكن - واضحه المنع، ضروره أن المقدمه وجوبها تبعي لا ذاتي كما حقق في محله.

نعم قد يقال: إن صرفه في ذلك أولى لأنه أقرب إلى مراد الموصى، و لأنه بعض أنواع البر الذي هو مصرف الوصية المتعذره على الأصح كما تقدم، من غير فرق بين ما تجدد تعذرها و بين المتعذره ابتداء فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسألة الخامسة إذا أوصى الإنسان بعبد و لآخر بتمام الثلث صحت الوصيتان]

المسألة الخامسة: إذا أوصى الإنسان بعبد، و لآخر بتمام الثلث باعتبار قيمه العبد صحت الوصيتان لوجود المقتضى و انتفاء المانع، فيقوم العبد يوم موت الموصى الذي هو حال نفوذ الوصيه، و ينظر إلى بقيه التركة، فإن

خرج العبد من الثلث صحت وصيته، و ينظر بعد ذلك فإن بقي من الثلث بقيه فهي للموصى له الثانى و إلا بطلت الوصيه لفوات متعلقها و هذا واضح.

إنما الكلام فيما لو تغيرت قيمه العبد أو بقيه التركة، و قد عرفت فيما تقدم أن المعتبر في قيمه التركة حال الوفاه بالنسبه إلى الزيادة و النقصان، و حينئذ فإذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث، فالنقص على الموصى له الثانى لأن الوصيه بتكملة الثلث بعد الوصى الأولى، فلا بد من اعتبار خروج الأولى أولا ثم الثانى إن بقي لها من الثلث شىء.

و لو حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له، كان للموصى له الآخر تكمله الثلث بعد وضع قيمه العبد صحيحا لأنه قصد عطيه التكملة و العبد

صحيح فلا بد من ملاحظه قيمته صحيحا في الإخراج من الثلث، فلو فرض أن قيمه العبد صحيحا مائه، و الباقي من التركة خمسمائه، فأصل الثلث مائتان، و الوصيه الثاني بمائه، فإذا تجدد نقص العبد خمسون مثلا رجعت التركة إلى خمسمائه و خمسين و ثلثها مائه و- و ثلاثه و ثمانون و ثلثا، فإذا وضع منه قيمه العبد صحيحا بقى ثلاثه و ثمانون و ثلث للموصى له.

لكن في المسالك «و يشكل بأن مقتضى الوصيه أن يكون بيد الورثه ضعف ما بيد الموصى له الثاني بعد إسقاط الأولى، و هنا ليس كذلك، لأن الباقي من المال بعد قيمه العبد خمسمائه، فيجب أن يكون نقص العبد محسوبا من التركة بالنسبه إلى الأول، فهو كالباقى، فالمتجه أن يكون للثاني مائه، و الواصل إلى الورثه الثلثان و زياده».

و فيه أنه مناف لغرض قصد الموصى الوصيه للثاني بما زاد عن قيمه العبد صحيحا و لو باعتبار ظهور الوصيه كذلك، ثم الوصيه بالتمه للثاني، و اعتبار كون ما بيد الورثه ضعف ما بيد الموصى له مسلم مع عدم صدور النقص بالعين الموصى بها، الذى هو كتلف بعض العين الموصى بها، ضروره اقتضائه زياده الورثه حينئذ، و احتساب نفس النقص من التركة مناف للواقع، و مضر للوارث كما هو واضح.

و على كل حال فالزياده للوارث، ضروره عدم استحقاق الموصى له بالعبد إياها لأنها ليست مما أوصى بها له، و لا الثاني لأنها ليست من التتمه، ففي الفرض يأخذ الموصى له الثاني ما زاد عن قيمه العبد صحيحا، من المائه و الثلاثه و ثمانين و هو ما عدا المائه، فتكون الخمسون للورثه، و على ما ذكره هو يكون للوارث ثلاثه و ثلاثون و ثلث، هذا كله فى النقص للغيب.

أما لو كان باعتبار السوق و كان خمسين مثلا اعتبر قيمه التركة عند الوفاه، و لا ينقص بسببه شىء على الثاني، بل يعطى تمام الثلث حينئذ، و هو مائه و ثلاثون و ثلث، و الفرق أن العين هنا قائمه بحالها، و الثلث انما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصى و هو حال الوفاه، بخلاف نقص المعيب، فإنه نقص محسوس له حصه من الثمن، و لهذا ضمنه الغاصب و يثبت أرشه للمشتري، دون رخص السوق، مع احتمال أن يقال أيضا أن الموصى قصد التتمه مع مساواه العبد القيمه العليا فتأمل.

و كذا لو مات العبد قبل موت الموصى بطلت الوصيه به بفوات متعلقها و أعطى الآخر ما زاد عن قيمه العبد الصحيح لأن له تكمله الثلث، فلا- يسقط بموته شىء، فيعتبر قيمته عند وفاه الموصى لو كان حيا، و يحط قيمته من الثلث، و يدفع الباقي إلى الموصى له الثانى.

نعم لو فرض نقص المال غير العبد كأن ينقص مائه مثلا فالنقص على الثانى فيكون له ستة و ستون و ثلثان، و لا يجرى مجرى موت العبد، لأن الفئات هنا على الورثه و هناك على الموصى له الأول، و جانب الورثه موفر، كما أنه لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاه كان محسوبا عليهم، فيكون للثانى تمام المائه هذا.

و لكن فى الدروس، و لو أوصى له بعبد، و لآخر بتمام الثلث صح، فان مات العبد قبل الموصى بطلت الوصيه به و يعطى الآخر التتمه، فلو كان قيمته مائه و باقى المال خمسمائه، أعطى الثانى مائه و يشكل بأن الثلث الآن أنقص من الأول، و كذا لو عاب أو رخص، و مقتضاه حينئذ إعطاء تتمه الثلث الآن لا- غير بعد إسقاط قيمه العبد صحيحا، لأن الموصى قصد ذلك، و فيه أن الموصى قصد ذلك بعد ملاحظه العبد من التركة لا أنه يخرج من ثلث ما عداه، فلا فرق حينئذ بين موته قبل الموصى و بعده، كما أنه لا فرق فى أصل المسأله بين تسليم العبد إلى الموصى له و عدمه، بعد فرض كون التعيب فى حياه الموصى، كما عساه يومى إليه الحكم ببطلان الوصيه بموته ضروره أن تسليمه قبل موت الموصى كعدم تسلمه فالتقييد حينئذ فى المتن و غيره بذلك غير واضح، و دعوى- إمكان إرادته الأعم من حياه الموصى و موته- يدفعها عدم تماميه الحكم حينئذ فيما بعد الموت، بناء على أن القبول كاشف عن الملك حين الموت، فالنقص بالعيب حينئذ داخل فى ملك الموصى له الأول، فلا يحتسب على غيره.

و بذلك كله و ما تقدم فى المباحث السابقه ظهر لك الحال فى أقسام المسأله و أن كثرتها فى المسالك فقال: انما الكلام فيما لو تغيرت قيمه العبد أو بقيه التركة بزياده أو نقصان قبل موت الموصى، أو بعده، و قبل تسلم الموصى له العبد أو بعده، و قبل وصول الثلثين إلى الورثه أو بعده، لكن عند التأمل لا محصل لها فتأمل جيدا هذا.

و قد ظهر مما قدمناه سابقا أنه لو كانت قيمه العبد بقدر الثلث بطلت الوصيه للآخر لانتفاء موضوعها.

[المسألة السادسة إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه و هو مريض عتق عليه من أصل المال]

المسألة السادسة: إذا أوصى له بأبيه فقبل الوصيه، و هو مريض، عتق عليه من أصل المال إجماعا منا سواء قلنا: بأن المنجزات منه أو من الثلث لأنه على الثاني انما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه مما فيه ضرر بالوارث و هنا مع أنه لم يخرج عن ملكه حتى يكون من التنجيز، بل بالقبول ملكه و لكن انعتق عليه قهرا تبعا لملكه لمن يكن فيه ضرر على الوارث.

و ما عن بعض العامه- أن خروجه من الثلث كالتعتق اختيارا، بل عن العلامة أنه قواه في التحرير، لأن اختيار السبب كاختيار المسبب، فمتى كان الأول مقدورا فالثاني كذلك، و قهره العتق لا يقتضى الخروج من الأصل، مع استنادها إلى اختيار المريض في التملك- واضح الضعف بعد ما عرفت، و مثل لو وهب فقبل الهبه و هو مريض، و كذا لو كان قد ملكه بغير اختيار كالإرث، بل هو أولى بالحكم من الأول.

نعم لو ملكه مختارا بعوض موروث كما لو اشتراه مثلا- بثمن المثل اتجه القول بخروجه من الثلث، لأن تملكه له باختياره سبب عتقه، فجرى مجرى المباشرة المفوته للمال على الوارث، و لو باعتبار بذل الثمن في مقابله ما يعلم فواته، و زوال ماليته، مع أن المحكى عن أحد قولى الفاضل فى القواعد نفوذه من الأصل أيضا، لأنها انما يحجر عليه فى التبرعات، و الشراء ليس بتبرع فلا يكون محجورا عليه، و العتق حصل بغير اختياره، فلا يعتبر فيه الثلث، و أن كان فيه ما لا يخفى بعد ما ذكرناه.

أما لو اشتراه بما يزيد عن ثمن المثل، فلا ريب فى كون الزائد محاباه يخرج من الثلث، بناء على القول بكون التبرعات منه كما أن الظاهر خروجه من الأصل على القولين لو ملكه بعوض موروث، و لكنه بغير اختياره، بمعنى استناده إلى أمر الشارع له به، مثل ما لو نذر فى حال المرض- ان جوزنا كونه من الأصل- أنه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه، فوجده و هو مريض فاشتراه، و قد يحتمل ضعيفا كونه من الثلث لحصول السبب المقتضى

للتصرف فى المرض.

و فيه أنه بعد أو كان ذلك سبب إيجاد الشارع صار بمنزله الدين، و كذا لو ملكه بعوض غير موروث باختياره، كما لو آجر نفسه للخدمه به، فيعتق من الأصل على القولين، لعدم تفويته شيئاً على الورثه، و أولى أن يملكه كذلك بغير اختياره، بل بإلزام الشارع، كما لو كان قد نذر تملك بالإجاره كذلك.

و لو اشترى أباه بدون ثمن المثل بأن حابه البائع بالنصف مثلاً، فباعه إياه بخمسائه، و هو يسوى ألفاً صح حينئذ فى سبعة أعشاره عند الشيخ و من وافقه، لأن نصفه بمنزله الهبه الذى تخرج من الأصل، و عشرين منه ينفذ فيهما البيع، بناء على أن التركة ستمائه فثلثها منها مئتان، فينفذ فيهما البيع، و يبطل فى الباقي، و يرد من الثمن ثلاثمائة، فهى مع المائه الباقيه أربعة ثلثان للورثه.

و فيه: أن بطلان البيع فى جزء من أحد العوضين يقتضى بطلانه فى مقابله من العوض الآخر لأن المجموع فى مقابل المجموع، و ليست المحاباه هبه حقيقه، و انما هى فى معنى الهبه فتمتنع الصحه فى مجموع أحد العوضين، و البطلان فى البعض الآخر، فالمتجه حينئذ بطلان البيع فى ثلاثه أخماس العبد، فى مقابله ما زاد على ثلث التركة، أعنى ثلاثه أخماس الثمن، و هو ثلاثمائة، و يصح فى خمسيه بمائتين فينعتق فيه الخمسان، و يكون التصرف فى ثلث التركة أعنى المائتين - و الله العالم.

[المسأله السابعه لو أوصى له بدار مثلاً فانهدمت و صارت براحاً ثم مات الموصى بطلت الوصيه]

المسأله السابعه: لو أوصى له بدار مثلاً فانهدمت لا بفعل الموصى و صارت براحاً، ثم مات الموصى، بطلت الوصيه، لأنها خرجت عن اسم الدار الذى هو المركب الفاتت بفوات أحد أجزائه، و خصوصاً ما تفوت به حقيقته.

و لكن مع ذلك فيه تردد ينشأ مما سمعت، و من بقاء بعض متعلق الوصيه الذى لا يفوت بفوات البعض الآخر، بعد أن كانت الوصيه بكل جزء جزء، و إن أداها بالوصيه باسم المجموع، لكنه كما ترى، ضروره ظهور اللفظ فى الوصيه بالبعض من حيث كونه جزء من المركب، لا أنه وصيه به لنفسه مستقلاً، كما أوضحنا ذلك فى باب البيع عند

البحث على مسأله جواز بيع الوقف عند خرابه، و ربما فصل بعضهم بأنه إن كان الموصى به دارا معينه، فانهدمت فالوصيه باقيه، لانتفاء الدليل الصالح للبطلان، و تغير الاسم لم يثبت كونه قادحا، و الباقي منها بعض ما أوصى به، و إن كان قد أوصى له بدار من دوره، فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت، لانتفاء المسمى و استحسنة فى المسالك.

و فيه ما لا يخفى بعد ما سمعت، ضروره الاكتفاء فى البطلان بانتفاء الموصى به، باعتبار جعل عنوانا لوصيه الاسم المخصوص المفروض انتفاء مسماه بالانهدام و كفى بذلك مبطلا من غير فرق بين كونها معينه أو لا، هذا.

و فى المسالك «و موضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصى، و إلا كان رجوعا» قلت: هو ليس الا لما ذكرناه مما لا فرق فيه بين فعل الموصى و غيره فتأمل جيدا كى تعرف الحكم فى نظائره المسأله، بل و فى غير الوصيه.

[المسأله الثامنه إذا قال أعطوا زيدا و الفقراء كذا كان لزيد النصف من الوصيه]

المسأله الثامنه: إذا قال: أعطوا زيدا و الفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصيه كما لو أوصى لقبيلتين مختلفى العدد و قيل: الربع لأن أقل الفقراء ثلاثه، و قد شرك بينهم، و بين زيد بالعطف، فيكون كأحدهم، و فيه أن التشريك بين زيد و الفقراء لا بينه و بين آحاد الجمع، فهو حينئذ فريق و الجمع فريق آخر، و إلا- لم يكن الربع، ضروره عدم انحصار آحاد الجمع فى الثلاثه، و كونها أقل لا يوجب المصير إليها مع وجود اللفظ الشامل له و لغيره.

و من هنا يحكى عن بعض العامه وجه ثالث فى المسأله: و هو أن يكون زيد كأحد الفقراء.

فإن قسم المال على أربعة من الفقراء أعطى زيد الخمس، و هكذا.

و رابع: أنه يعطى زيد أقل ما يتمول و لا يجوز حرمانه، و إن كان غنيا.

و خامس: أنه إن كان فقيرا فهو كأحدهم، و تخصيصه للاهتمام به، و إن كان غنيا فله النصف.

و سادس: إن كان غنيا فله الربع، و إلا فالثلث، لدخوله فيهم.

و سابع: أن الوصيه فى حق زيد باطله لجهاله من أضيف إليه، و إن كان الجميع كما ترى، و لذا انحصر أقوال أصحابنا فى الأولين و قد عرفت أن- الأول منهما أشبه بل لعله كذلك وصف زيدا بوصف الجمع، فقال: لزيد الفقير و الفقراء، و أولى منه لو وصفه بغير وصفهم، كما لو قال: لزيد الكاتب و الفقراء.

و على كل حال فلا بد من الصرف إلى ثلاثه من الفقراء مراعاة لصيغه الجمع إذا لم يفهم منه إرادته الجنس على جهة مصرف الزكاه كما عرفته سابقا و الله العالم.

[القسم الثانى فى تصرفات المريض]

اشاره

القسم الثانى: فى تصرفات المريض و هى نوعان مؤجله بما بعد الموت و منجزه أى حاضره معجله لم تؤجل بالموت

[أما المؤجله]

و المؤجله وصيه كتمليك عين أو منفعه مثلا و غير وصيه كالتدبير و النذر المؤجل بالموت.

و على كل حال ف حكمها حكم الوصيه فى الخروج من الثلث إجماعا و قد سلفت و كذا لك تصرفات الصحيح إذا قرنت بما بعد الموت بناء على أنه ليس من الوصيه بل هو عتق، و قد تبعه على هذا التعبير الفاضل فى القواعد و الانصاف عدم خلوه عن سماجه.

و لعل الأولى منه جعل تصرفاته قسمين: وصيه أى معلقه بما بعد الموت، و منجزه، و الأولى من الثلث و الثانى، ففيا البحث المعروف، و لا- يرد التدبير و النذر المقيد بالموت بناء على أنهما من الوصيه بل و على تقدير أنهما ليسا منها فحكمهما فى محلها، و لم يثبت صحه تصرف مؤجل بما بعد الموت غير وصيه غيرهما، على أن إلحاق النذر المزبور بالوصيه فى الحكم المذكور أحد القولين فى المسأله، و الآخر أنه من الأصل، فلا يناسب دعوى الإجماع عليه بل فى دعوى الإجماع على خروجه الوصيه من الثلث فضلا عنه مناقشه، لمعروفه خلاف الصدوق فى ذلك اللهم الا أن لا يعتد بخلافه، و أيضا فمحل البحث هنا تصرفات المريض التى معظمها الوصيه و لم يفده إلا بالتشبيه، مع أن الحكم المزبور غير خاص بالمريض كما اعترف هو به.

و ما فى المسالك- من أنه بناء على ما استفيد من تعريف المصنف الوصيه بأنها تمليك عين أو منفعه إلى آخره يتحقق أفراد كثيره يطلق عليها اسم التصرف المؤجل دون الوصيه، كالوصيه بالعتق و الوقف على جهه عامه، و الوصيه بإبراء المديون، و غير ذلك،- فيه ما لا- يخفى، ضروره أنه لا- وجه لإنكار إطلاق اسم الوصيه العهديه على ذلك، و إن انتفى عنها اسم الوصيه التمليكيه، كما كشفنا عن ذلك فى أول الكتاب، و الأمر فى ذلك سهل بعد وضوح المراد.

[أما منجزات المريض]

إشاره

أما منجزات المريض إذا كانت تبرعا محضا كالمحابه فى المعاوضات و الهبه، و العتق و الوقف، فقد قيل: إنها من أصل المال، و قيل: من الثلث، و اتفق القائلان: على أنه لو برء المريض لزم من جهته و جهه الوارث أيضا أى من حيث كونها تبرع مريض و الخلاف فيما لو مات فى ذلك المرض.

و قد أشبعنا الكلام فى جميع أطراف المسأله فى كتاب الحجر حتى فيما ذكره المصنف هنا أيضا من قوله و لا بد من الإشاره إلى ذلك المرض الذى معه يتحقق وقوف التصرف على الثلث بناء عليه فنقول: إن المحكى عن الشيخ و من تبعه أن عنوان الحكم فى ذلك المرض المخوف.

و حينئذ ف كل مرض لا يؤمن من معه من الموت غالبا فهو مخوف، كحمى الدق و السل، و قذف الدم، و الأورام السودائيه و الدمويه و الإسهال المنتن، و الذى يمازجه دهنه، أو بارز أسود يغلى على الأرض، و ما شاكله مما يرجع فيه إلى أهل الخبره و التجربه من الأطباء، فإن الأمراض يحصل بها تفاوت، و له طرفان و واسطه، أما أحد الطرفين فهو الذى يقارن الموت، كحال من قطع حلقومه و مريه، و شق جوفه و أخرج حشوه، بل قيل أن فى اعتبار نطق مثل هذا إشكال، ينشأ من عدم استقرار حياته، فلا يجب بقتله ديه كامله، و لا- قصاص فى النفس بل حكمه حكم الميت، و لذا لا يصح إسلام الكافر فى هذا الحاكم، و لا توبه الفاسق، فلا- يعد حينئذ بيعه بيعا، و لا- إقراره إقرارا، و من صدق كونه عاقلا- رشيدا، فالعمومات متناوله و لا يلزم من إلحاقه بالأموال فى بعض الأحوال لدليل خاص، إلحاقه بهم فى جميعها، و إن كان الأقوى الأخير.

و أما الثانى و هى الأمراض التى لا يقارنها الموت عادة

بل الغالب فيها السلامه ف ان هذه حكمها حكم الصحه، كحمى يوم و كالصداع عن ماده أو غير ماده، و الرممد و الرمل و السلاق الذى هو غلظ الأجفان عن ماده رديه غليظه، و يحمر لها الجفنان، و ينتشر الهدب بل ربما أدى إلى قلع الجفن، و فساد العين، و نحو ذلك من الأمراض التى ليست بمخوفه، بل قيل: منها الفالج، و السل المستمر لتطاول أزمانهما، و ذلك لأن الفالج استرخاء لأحد شقى البدن لانصباب خلط بلغمى يفسد منه مسالك الروح، و السل داء يصيب الريه، و يأخذ البدن منه فى النقصان و الاصفرار، فليس بمخوفين، لا- فى الأول و لا فى الثانى، إذ الثانى منهما و ان كان لم يسلم منه صاحبه غالباً، لكن لا يخشى من الموت عاجلاً فهو بمنزله الشيخوخه و الهرم، و قيل: إن انتهاءه مخوف، و ابتدائه غير مخوف، لأن مدته تتطاول، فلا يخاف من الموت عاجلاً، فإذا انتهى خيف منه و ربما قيل إن ابتدائه مخوف، فإذا استمر لم يكن مخوفاً.

و لكنك خير أنه لا- وجه لهذا الخلاف بين الفقهاء، فإن لا- مدخل له فى ذلك، و إنما المرجع فيه قوانين الطب، و تجربته خصوصاً مع عدم معرفه زمان الانتهاء فإنه غير مضبوط كالابتداء.

و أما الواسطه فهى ما أشار إليها المصنف بقوله و كذا ما يحتمل الأمرين كحكمى العفن المتعلقة بالاخلط الأربعة مع تعفنها، و فى المسالك أن الحمى العفيه أنواع منها الورد، و هى التى، تأتى كل يوم، و الغب يوماً تترك يوماً و الثلث تأتى يومين و تترك يوماً و تعود فى الرابع، و الأ-خوين و هى التى تأتى يومين و تترك يومين و قد أطلق المنصف أنها ليست مخوفه، بل محتمله لأمرين، و ذكر جماعه منهم العلامه أن ما عدا الغب و الربع مخوف».

قلت: لكن فى القواعد تمثيل المحتمل بحمى المطبقه قال: لا- كحمى الربع و الغب إلا- أن ينضم إليها برسام أو عارف دائم أو ذات جنب أو وجع صدر أو رئه أو قولنج، و الأمر فى ذلك سهل بعد أن المرجع فى ذلك أهل الطب و تجربته.

و كذا الكلام فى الزحير الذى هو حركه منكروه تدعو إلى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره و الأورام البلغميه و الطاعون و غيرها و ان ذكروا فى الأول منهما يكون مخوفاً مع اقترانه بإسهال و نحوه، بل قيل: إن الإسهال

إذا تواتر و لم يمكن منعه فهو مخوف، لأن من لحقه ذلك أسرع في موته لتجفيفه رطوبات البدن.

نعم ان لم يكن متواترا، فان كان يوما أو يومين و لم يدم فليس بمخوف لأنه قد يكون من فعل الطعام، الا أن يقترن به زحير، و هو أن يخرج بشده أو بوجع أو تقطيع بمعنى خروجه مقطعا، و قد يتوهم انفصال شىء كثير، فإذا نظر كان قليلا، فإنه حينئذ يكون مخوفا لضعافه القوه، و كذا لو كان معه دم، لأنه يسقط القوه و كذا الإسهال المنتن إذ الذى يمازجه دهنيه أو براز أسود يغلى على الأرض، و فى الأخير انه يكون من هيجان الدم على جميع البدن فينتفخ به البدن مع الحمى أو على بعض البدن فينتفخ به ذلك العضو إلى غير ذلك من كلماتهم المتكثرة فى هذا المقام.

و المهم بيان أصل الحكم فإنه لم نعثر فيما وصل إلينا من النصوص على جعل المخوف عنوانا للحكم كى يتجه المباحث المزبوره و غيرها، و إنما الموجود فيها «حضرتة الوفاه، أو عند وفاته، و المريض، و غير الصحيح» و نحو ذلك. و دعوى كون المتيقن فيها المرض المخوف، فيبقى غيره على الأصول و العمومات كما ترى، أو عدم صدق المريض على غير المخوف عرفا، بل هو خاص بالمخوف و الحقيقه العرفيه مقدمه على غيرها، و كذا دعوى كون المراد من قوله «عند موته» ظهور أماراته لا نزول الموت قطعا، على أنه أقرب منه و المراد ظهور أماراته بالمرض لإشعار قوله

«المريض محجور عليه إلا فى ثلث ماله»

، بذلك، و للإجماع على عدم الحجر بغير المرض.

و من هنا قال المصنف و لو قيل: بتعلق الحكم بالمرض الذى يتفق به الموت سواء كان مخوفا فى العاده أو لم يكن لكان حسنا لإطلاق الأدله، بل فى القواعد أنه الأقرب، و حيثئذ يراد بحضور الوفاه و عند الموت المرض الذى يموت به، لكن قد يناقش بمنع صدق اسم المرض بوجع السن و نحوه، و أن اتفق الموت بل لا يكاد يتفق العلم بحصول الموت به عاده، و احتمال الاكتفاء له - بمقارنه الموت له إن لم يعلم كون الموت به - مخالف لظاهر العبارة.

نعم ربما كان ذلك ظاهرا ما فى القواعد «الأقرب عندى أن كل تصرف وقع فى مرض اتفق الموت معه سواء كان مخوفا أم لا، فإنه يخرج من الثلث» بل فى جامع المقاصد «و إن كان

الإنصاف معلوميه عدم إرادته ذلك، كما أن الإنصاف عدم ظهور الأدله فيما يشمل ذلك، و إن لم يعلم استناد الموت إليه، و قد ذكرنا تمام الكلام فى كتاب الحجر.

لكن قد يقال: هنا أن مقتضى الأدله الخروج عن الثلث بأحد أمرين.

أحدهما: المرض الذى يموت به سواء كان مخوفا أم لا.

و ثانيهما: حال حضور الوفاه، و إن لم يكن بمرض سابق بل كان تنجيزه فى حال نزعه، و تشاغله بخروج روحه، إن لم يكن إجماع على خروج ذلك من الأصل، كما عساه يظهر مما سمعته سابقا من جامع المقاصد، و إلا كان المتجه تقييد إطلاقات المريض، به، فيختص الخروج من الثلث بما إذا كان عند حضور الوفاه عرفا، و لعله شمل ما عدا الأمراض المزمنه التى تستمر سنين، فان الخروج من الثلث فيهما مختص بما إذا قرب موته بها عرفا، خصوصا من الأصل لا الثلث، و منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله أما وقت المراماه فى الحرب و امتزاج الطائفتين للقتال، مع تساويهما أو تقاربهما فى التكافؤ، بل الظاهر عدم اعتبار الامتزاج كما هو ظاهر المتن خصوصا فى المراماه بالرصاص و نحوه.

نعم فى المسالك لو كانت إحداهما قاهره لكثرتها أو قوتها، و الأخرى منهزمه مع أنه قد يقال:

يتحقق الخوف أيضا فى بعض أفراد ما فرض سيما مع الثبات.

و الطلق للمرأة، و تراحم الأمواج فى البحر، فلا- أرى الحكم يتعلق بها لتجردها عن إطلاق اسم المرض وفاقا للمشهور بين أصحابنا، بل فى المسالك لم ينقل المصنف و لا غيره خلاف فيه، بل فى جامع المقاصد ما سمعته من الإجماع المزبور، لكن عن ابن الجنيدي إلحاقها بالمرض المخوف، بل عنه أنه زاد ما إذا قدم لاستيفاء قود أو ليقتل رجما فى الزنا، أو قطع الطريق، أو كان أسيرا فى يد عدو من عادته قتل الأسير، و غير ذلك مما كان فى حاله الأغلب فيها التلف، و هو كما ترى لا دليل عليه بعد كون المراد من قوله «حضرته الوفاه، و عند وفاته» حاله مرض، و لو فرض نزاع روحه بقرينه غيرها من النصوص التى تكشف بعضها عن بعض، خصوصا ما صرح فيها بأن تصرف الصحيح الصادق على مثل الفرض قطعا من الأصل كما هو واضح.

فلا إشكال في المسأله حينئذ بناء على عدم حجيه العله المستنبطه التي هي رأى المخالفين، و ربما كان ذلك هو الداعى إلى ابن الجنيد فى اختيار ذلك قبل رجوعه عن القول بالقياس، و أما ما يحكى عن الشيخ من أن للحامل ثلاثه أحوال قبل الطلق، و معه، و بعده، فما قبله ليس مخوفاً، و ما معه مخوف، و ما بعده إن لم يكن معه دم و ألم فليس مخوفاً و الا فهو مخوف، بل لاح من الفاضل فى القواعد موافقته، بل فى جامع المقاصد أنه لا- يخلو من وجه، فليس خلافاً فى المسأله فى الحقيقه و إنما هو فى خصوص ذلك، بل لعل القول به فى بعض الأحوال غير بعيد و الله العالم.

[هاهنا مسائل]

إشاره

و هاهنا مسائل كثيره فى المقام كما لا يخفى على من لاحظ الكتب المطوله إلا أن المصنف اقتصر على سته:

[المسأله الأولى وهب و حابى فان وسعهما الثلث فلا كلام]

الأولى: إذا تبرع بتنجز أمور متعدده فى مرض موته كما لو وهب و باع و حابى أى باع بدون ثمن المثل فان وسعهما الثلث فلا كلام فى نفوذهما معاً منه و إن قصر بدء بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث و كان النقص على الأخير بلا خلاف فى شىء، من ذلك عندنا و لا إشكال، لأن الأول قد وقع عن حال نفوذ تصرفه فى ثلثه من غير حاجه إلى إذن الوارث، فإذا استوفى الثلث وقع التصرف حينئذ فى حق الوارث المحتاج إلى الإجازة، من غير فرق فى ذلك بين العتق و غيره، خلاف لبعض العامه، فقدمه مطلقاً و آخر منهم فساوى بينه و بين المحاباه على تقدير تأخيرها عنه، و لا ريب فى ضعف الجميع.

و كذا الكلام على الأصح فيما لو أوصى بوصايا متعدده ما لم تقم قرينه على إرادته العدول، من غير فرق بين أن يكون فى اللفظ ما يقتضى الترتيب و عدمه لأن السابق قد حكم بصحته، فلا يبطل إلا بدليل، و ل

خير حمران (١) عن الباقر (عليه السلام) المتضمن لعتق من ابتدأ بالوصيه بعته ثم من بعده»

و هكذا، و قد تقدم البحث فى ذلك و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا جمع بين عطيه منجزه و عطيه مؤخره قدمت المنجزه]

المسأله الثانيه: إذا جمع بين عطيه منجزه و عطيه مؤخره بعد

الموت قدمت المنجزه و ان كانت متأخره لاقتضائها الملك فعلا فان اتسع الثلث للباقي نفذ أيضا و إلا صح فيما يحتمله الثلث و بطل فيما قصر عنه إلا إذا أجاز الوارث بلا خلاف و لا اشكال.

و من ذلك كله ظهر لك أن المنجزات تشارك الوصيه فى توقف نفوذها على سعه الثلث أو إجازة الوارث، و فى البدء بالأول فالأول، من غير فرق بين العتق و غيره، و فى أنها تصح عندنا للوارث و غيره، خلافا للعامه، و فى أن المدار على الثلث فيهما حال الموت لا قبله و لا بعده، أو قبله.

قيل: و فى أنه يزاحم بها الوصايا فى الثلث، فيدخل النقص على الوصايا بسببها كما يدخل النقص على وصيته بسبب أخرى، و فيه نظر.

و فى أن فضيلتها ناقصه عن فضيله الصدقه فى الصحه، و فيه نظر، لأن

النبي (صلى الله عليه و آله) [\(١\)](#) «سئل عن أفضل الصدقه فقال: أن تتصدق و أنت صحيح شحيح تأمل الغنى و تخشى الفقر - و لا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم، قلت: لفلان كذا، و لفلان كذا، و قد كان لفلان، و قد كان لفلان».

و تفارقها فى أن قبول المنجزه على الفور بخلاف الوصيه التى يقع قبولها بعد الموت، و فى أنها مشروط بالشروط المعتمده إذا صدرت فى حال الصحه، كالعلم النافى للغرر فى المحاباه، و التنجيز المعتمده فى البيع و غيره من العقود، بخلاف الوصيه فإنها معلقه بالموت و عدم الغرر غير شرط فى صحتها.

و فى أنها لازمه فى حق المعطى، ليس له الرجوع فيها و إن كثرت، لأن المنع من الزيادة على الثلث انما كان لحق الورثه، فلم يملك إجازتها و لا ردها، و إنما كان له الرجوع فى الوصيه، لأن التبرع بها مشروط بالموت، و قبولها المعتمده انما هو بعده فقبل حصوله لم يوجد التبرع، فكان للموصى الرجوع، بخلاف العطيه المفروض حصول الإيجاب و القبول، و القبض على الوجه

١- ١ المستدرک ج ١ ص ٥٣٥ لكن الروايه عن الصادق عليه السلام و عن النبي صلى الله عليه و آله مع تفاوت.

المثمر للزوم، للاقتران بنيه القربه و نحوه ضروره كونها حينئذ كالوصيه إذا قبلت بعد الموت قيل:

و فى أنها مقدمه على الوصيه بالتنفيذ و إن تأخرت من غير فرق بين العتق و غيره على ما عرفت، و فيه نظر و فى أنها لازمه فى حق المعطى و الوارث معا على تقدير البرء فإنه ليس لواحد منهما حينئذ إبطالها بخلاف الوصيه، و فى أن اللزوم فى حق المتبرع عليه حيث يكون التصرف لازما من طرفه بخلاف الوصيه، و الأمر فى ذلك كله سهل، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا باع كرا من طعام قيمته سته دنانير و ليس له سواه بكر ردى ء قيمته ثلاثه دنانير فالمحابه هنا بنصف تركته]

المسأله الثالثه: إذا باع كرا من طعام أو غيره مما هو ربوى قيمته سته دنانير مثلا و ليس له سواه بكر ردى ء مجانس له قيمته ثلاثه دنانير مثلا- فالمحابه هنا بنصف تركته و لم يجز الوارث، فلا إشكال فى البطلان فى الزائد على الثلث كما لا اشكال فى أنه يمضى فى قدر الثلث و حينئذ فالذى بطل فيه المحابه فى الفرض السدس، ضروره أن له من الستة ثلثها، و هو اثنان و الفرض انه قد حابى بنصف التركه، و هو ثلاثه ف يزيد على الثلث واحد، هو سدس التركه.

لكن لو رددنا السدس على الورثه لكان رباء لمعلوميه اقتضاء البطلان فى المبيع و لو جزء منه البطلان فيما قابله من الثمن، كمعلوميه عدم اقتضاء ذلك بطلان البيع من أصله هنا، لأنه عقد صدر من أصله فى محله فيندرج تحت إطلاق الأدله و عموماتها و من هنا لم أجد خلافا فى ذلك هنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه.

نعم الوجه فى تصحيحه (١١) بحيث يسلم من الربا و من مخالفته قاعده مقابله الثمن للمثمن أن يريد على الورثه ثلث كرههم، و يرد على المشتري ثلث كره (١٢) و حينئذ فيبقى مع الورثه ثلثا كره قيمتها ديناران، و مع المشتري ثلث كره (١٣) من الجيد قيمتهما أربعه (١٤) دنانير مضافا إلى ثلث الكره المردود إليه الذى قيمته دينار، فيكون المجتمع عنده خمس دنانير، كما أن المجتمع عند الورثه أربعه دنانير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذى يرجع إليه، و أما الباقي عنده الورثه أربعه دنانير لكن منها دينار قيمته ثلث كره الذى يرجع إليه، و أما الباقي عنده من كرههم أربعه دنانير اثنان منها قد استحقهما فى مقابله ثلثى كره الردى فيفضل معه (١٥) أى المشتري المحابه، و بذلك يحصل الجمع بين حقى

الوارث و المشتري، و مراعاة القاعده التي سمعتها و حينئذ يبطل البيع في ثلث الكر و ما قبله من الثمن، و يصح في ثلثيه، و ما قبلهما من الثمن.

و الضابط أنه يجب أن يبقى مع الورثه ضعف ما صحت فيه المحاباه من غير لزوم الربا، و طريقه أن يسقط قيمه كره المشتريين من قيمه كره الورثه، و ينسب ثلث المبيع إلى الباقي، فيصح البيع في تلك النسبه، ففي الفرض مثلا إذا سقط ثلاثه دنانير من سته بقي ثلاثه، فإذا نسب إليها ديناران كانا ثلثيهما، فيصح البيع في ثلثي كره بثلثي الآخر، و يتردان الثلث، و لو فرض أن قيمه كره المريض تسعه، و كره المشتري بحاله كانت المحاباه بثلثي التركة، و تصحيحه إنما يكون بتراد النصف من كل منه، فيكون المجتمع عند الورثه سته دنانير، أربعة و نصب قيمه كرههم الذي رجح إليهم، و دينار و نصف قيمه الكره الذي هو الثمن، و عند المشتري أيضا سته، لكن منها دينار و نصف قيمه كره الذي رجح إليه، و أما الباقي عنده من كرههم نصف قيمته، أربعة دنانير و نصف منها دينار و نصف في مقابله نصف كره الذي عند الورثه، و ثلاث دنانير بالمحاباه النافذه فيها، لأنها قدر الثلث الذي فرض أنه في يد الورثه ضعفاه، أي سته.

و طريقه على ما سبق أن تسقط ثلاثه قيمه كره الردى من التسعه قيمه الكره الجيد، يبقى حينئذ سته، فإذا نسب الثلث إليها كان نصفها منها، فيعلم حينئذ صحه البيع في نصف أحدهما بنصف الآخر.

و هكذا القياس في جميع ما يرد عليك من الأمثله في هذه المسأله الدوريه، لتوقف معرفه قدر المبيع فيها على معرفه قدر التركة، لاشتمالها على المحاباه التي لا تخرج إلا من الثلث التي تجب معرفه قدره، و معرفته متوقفه على معرفه قدر مجموع التركة، و معرفه قدر مجموع التركة متوقفه على معرفه قدر الثمن، لأنه من جملتها، و معرفه قدر الثمن متوقفه على معرفه قدر المبيع، فيدور، و لكنه دور معيه، و هو الذي يتوقف كل منهما على مصاحبه الآخر كالمتضافين، لا الدور المحال، و هو الذي يتوقف وجود كل منهما على وجود صاحبه، بمعنى أنه لا يوجد إلا بعد وجوده.

و للعلماء في التخلص من هذا الدور و بيان المطلوب طرائق منها طريق الجبر و المقابله، و منها

طريق الخطئين كما أظن بهما في المسالك و إن كان في غير محله ضروره عدم كونه وظيفه الفقيه، و ستسمع كيفيه الأول منهما- إن شاء الله تعالى- في المسأله الآتیه التي يقاس عليها غيرها من المسائل الدوریه التي أظن فيها في القواعد و الأمر سهل.

[المسأله الرابعه لو باع عبدا قيمته مائتان بمائه و براء لزم العقد]

المسأله الرابعه: لو باع عبدا قيمته مائتان. بمائه و براء من المرض و لم يكن له سواه لزم العقد كما في غيره مما ينجزه، بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و كذا لو مات و أجاز الوارث.

نعم ان مات و لم تجز الورثه صح البيع في الجملة بلا خلاف للإطلاق كما لا خلاف على القول بأن المنجزات من الثلث في عدم النفوذ في الجميع.

إنما الكلام في تعيين قدر المبيع، و حيث أن المقام لا ربا فيه، فالمنصف و المحكى عن الشيخ و من تبعه بل نسبه بعضهم إلى المشهور على أنه النصف في مقابله ما دفع من الثمن المفروض مساواته للنصف و هي ثلاثه أسهم من ستة، و في السدسين بالمحابه، و هي سهمان هما الثلث من ستة الذي نفذت فيه المحاباه، فيكون ذلك خمسه أسداس العبد، و بطل أى المحاباه في الزائد عن الثلث و هو سدس العبد فيرجع على الورثه و (١١) لكن المشتري (١٢) مع جهله بالحال بالخيار إن شاء فسخ، لتبعض الصفقه، و إن شاء أجاز (١٣) و كانت الخمسه أسداس في مقابله مجموع الثمن و (١٤) رجع السدس على الورثه من غير رد شىء من الثمن بل لو بذل العوض عن السدس كان الورثه بالخيار بين الامتناع و الإجاباه لأين حقهم منحصر في العين (١٥) فلا يلزمون بالعوض قهرا، كل ذلك لأصالة لزوم العقد من الجانبين إلا في قدر الضروره، و لأن هذا العقد في قوه بيع و هبه صحت فيما له، و بطلت فيما ليس له و لا ربا في المقام.

و لكن فيه أنه مناف لقاعده اقتضاء بطلان البيع في المبيع، البطلان أيضا فيما قابله من الثمن، كما في غيره من أفراد البيع الذي يصح في بعض، و يبطل في آخر، و من هنا قال الفاضل في القواعد بل قيل: في أكثر كتبه: «الحق عندى هنا مقابله أجزاء الثمن باجزاء المبيع، كما في الربوى، و لأن فسخ البيع في البعض يقتضى فسخه في قدره من الثمن، و كما لا يصح

فسخ البيع فى الجميع مع بقاء بعض الثمن كذا لا يصح فى البعض مع بقاء جميع الثمن».

و تبعه على ذلك الكركى محتجا بما أومى إليه من أن البيع يقتضى مقابله جميع اجزاء المبيع، بجميع أجزاء الثمن، لأن ذلك معنى المعاوضه، فإذا بطل البيع فى شىء من المبيع، وجب أن يبطل فى مقابله، من الثمن، و الا- لبقى ذلك البعض من غير مقابل، فينتفى فيه معنى المعاوضه، و بذلك يبطل استدلالهم بالأصل المزبور، و العقد المذكور لم يشمل على بيع و هبه بالاستقلال، و إنما هو بيع يلزمه ما هو كالهبه و ليس للهبه فيه ذكر، إذ ليس هنا لك إلا الإيجاب و القبول، اللذان هما عقد البيع و لا- يلزم من لزوم ما هو كالهبه أن يتخلف عن البيع مقتضاه، و هو المقابله المزبوره و لا أقل من أن يكون هذا التحابى مثل من حابا بماله و مال غيره فلم يجز، فإنه يبطل من الثمن بمقدار ما قابله، و مثله المحاباه.

قلت: قد يفرق بين المقام و غيره من المقامات باعتبار كون المال أجمعه ملكا للمريض، ليس لأحد فيه شىء حال بيعه، و ليس بطلان البيع فيه انكشاف بطلان، بل حدوث ملك للوارث بموت المورث، مكان البيع حال وقوعه وقع على المحاباه بما زاد على ما قابل الثمن من المبيع، إلا أن فى الزائد على الثلث منه تعلق حق للوارث و ان انتقل إليه قبل الموت انتقالا مترزلا، فان لم يجز الوارث تبطل المحاباه فيه فمع فرض تناول ما دل على خروج التبرعات من الثلث للمحاباه، لا شك فى إرادته ما يقوله المشهور من خروجها، ضروره أن لمعنى وقوع المحاباه فى الثلث خاصه، و فى غيره على الإجازة، و كون الثمن مقابل ما يساويه من المبيع، إلا أنه لما منع الربا من اجراء ذلك فى الربوى احتيج إلى ما عرفت، بخلاف المقام الذى لا ربا فيه و ظاهر دليله المذكور اختصاص مقابله الثمن بما يساويه، و أن التحابى وقع فى الثلث و غيره، و لا أقل من أن يكون ذلك مخصصا لتلك القاعده بعد تسليم شمولها للمقام و من ذلك يظهر قوه قول المشهور.

و على كل حال، فقد بان لك الحال فى القسمين الربوى و غيره، ففى المقام لو باع عبدا- لا يملك سواه و قيمته ثلاثون- بعشره فقد حابا بثلثى ماله فعلى المشهور يأخذ ثلثى العبد بجميع الثمن لاستحقاق أحدهما بالمحاباه، و الآخر بالثمن، و على قول الفاضل يأخذ نصف المبيع بنصف

الثلث، و يفسخ البيع فى الباقي، لأن فيه مقابله بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر جميعه، كما سمعته فى الربوى الذى يشبه نظر الفرض فيه، كما لو اشترى قفيزا يساوى تسعه، بقبض يساوى ثلاثه، و لو باع العبد بخمسه عشر كانت محاباته بالنصف، فعلى المشهور صح البيع فى خمسه أسداسه بجميع الثمن، و ذلك لأن الضابط فيه نسبة الثمن و ثلث التركه إلى قيمته، فيصح البيع فى مقدار تلك النسبه، و فى الفرض خمسه أسداس.

و على قول الفاضل صح فى ثلثيه بثلثى الثمن نحو ما سمعته فى الفقير الذى قيمته سته مثلا، ثم بيع بثلثيه الذى قد عرفت الضابط فيه إسقاط الثمن من قيمته المبيع و نسبه الثلث إلى الباقي، فيصح البيع من قدر تلك النسبه، و ينسب الثلث إلى المحاباه فيصح البيع فى قدر تلك النسبه، و على التقدير فى الفرض يصح البيع فى ثلثى العبد بثلثى الثمن، و يبطل فى الزائد ثمنا و مئنا و قيمه كما فى الربوى.

و لو فرض أنه خلف عشره أخرى مع العبد المذكور، فعلى قول الفاضل يصح البيع فى ثمانيه أتساع العبد، و هى سته و عشرون و ثلثان، بثمانيه أتساع الثمن، و هى ثلاثه عشر و ثلث، و ذلك لأنه قد حابا فى الفرض بثلث تركته و ثمن ثلثها فإذا أسقطنا الخمسه عشر من ثلثين، و نسبنا الثلث، و هو ثلاثه عشر و ثلث إلى الباقي من القيمه، و هو خمسه عشر يكون ثمانيه أتساعها، أو نسبنا الثلث المزبور إلى المحاباه، و هو ثلث التركه و ثمن ثلثها، أى خمسه عشر يكون ثمانيه أتساعه أيضا و يبقى من العبد سته، و هو ثلاثه و ثلث، فإذا ضمت إلى العشره، و ضم المجموع إلى الثمن، كان مقدار المحاباه مرتين، و هو الميزان فى المقام.

و على المشهور يصح فى نصف العبد و أربعه أتساعه بجميع الثمن، لأنك إذا نسبت الثمن و ثلث التركه إلى قيمه العبد يكون المجموع نصفها و أربعه أتساعها فيصح حينئذ فى ذلك، و يبطل فى نصف تسعه فيكون نصفه فى مقابل الثمن، و أربعه أتساعه بالمحاباه، و ذلك ثلث التركه، و يبقى فى يد الورثه خمسه عشر هى الثمن، و نصف تسعه، واحد و ثلثان مع عشره و ذلك ضعف المحاباه.

و يمكن على قول الفاضل استخراج ذلك بطريق الجبر و المقابله فى المسائل الثلاث بأن

ينسب الثمن إلى المثلث، ويستخرج قدر المحاباه، فللورثه ضعفها من العبد و الثمن، فيقال: في الأولى صح البيع في شىء من العبد، بثلاث شىء من الثمن، فالمحابه بثلاثى شىء، فللورثه شىء و ثلث شىء و الشىء من العبد، فيبطل من الثمن ثلث شىء، فالثمن في تقدير ثلثى شىء، و العبد في تقدير شيئين، فالشىء خمس عشر فللمشترى خمس عشر هي نصفه، و يرجع إليه من الثمن خمس و كذا للورثه.

و في الثانيه يصح البيع بنصف شىء من الثمن، فالمحابه بنصف شىء، فللورثه شىء، و قد حصل لهم من الثمن نصف شىء، يبقى لهم نصف شىء من العبد، فيبطل البيع في مقابله، و هو ربع شىء من الثمن، فالعبد في تقدير شىء و نصف، و الثمن في تقدير نصف شىء و ربع فالشىء إذا عشرون.

و في الثالثه يصح البيع في شىء من العبد بنصف شىء من الثمن، فللورثه مقابل المحابه شىء من التركه و الثمن، و قد حصل لهم نصف شىء من الثمن، فالعبد و العشره الزائده في تقدير شىء و نصف، فالشىء إذا سته و عشرون و ثلثان، الى غير ذلك مما ليس هو وظيفه الفقيه، و إن أطنب فيه جماعه من العلماء، خصوصا ثاني الشهيدين في المسالك، فإنه ذكر استخراج ذلك بهذا الطريق، و طريق الخطائين أيضا في الربوى، و الأمر سهل على المعارف بطريقه الحساب، و الأسهل لغير ما ذكرناه بالطريق الأول و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أعتق أمه في مرض الموت و تزوج بها جاعلا مهرها عتقها و دخل بها صح العتق]

المسأله الخامسه: إذا أعتق أمه في مرض الموت و تزوج بها جاعلا- مهرها عتقها و دخل بها صح العتق و ورثته بالزوجه إن أخرجت من الثلث خلافا للمحكى عن الشافعى، فإنه قال: لا- ترث و إن لم تخرج فعلى ما مر من الخلاف في المنجزات في الخروج من الأصل و الثلث، فعلى الأولى أيضا بطلان العتق أيضا، لأنه لم يعتقها إلا على تقدير التزويج بها، و لا ريب في ضعفه.

نعم لا ترث لبطلان النكاح بتبعض البضع، و هل لها عوض البضع شىء و وجهان: كما عن شرح الإرشاد للشهيد، من أنه لم يجعل لها عوضا سوى عتق رقبتها، و قد بطل في الزائد على الثلث، و صار حقا للوارث، فلم يستحق غيره، و كأنه ظاهر الفاضل في القواعد، و من

إلحاقها بمن أمهرها قدر قيمتها، فإن المسمى يبطل، و يستحق من مهر المثل بالنسبه، و يدخلها الدور حينئذ كما سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

و فيه لقاعده عدم خلو الوطاء، المحترم عن عوض، فلو كان مهر مثلها بقدر قيمتها فى الفرض المذكور، و لم يخلف سواها عتق نصفها، و تستحق من مهر المثل مثله و لا يحسب من الثلث لأنه كعوض الجنايه، فيكون للورثه شيئان، مقابله ما عتق منها و حينئذ فيكون فى تقدير أربعة أشياء، و ربع منها بالعتق و ربع بالوطى، فيكون نصفاً، و يبقى للوارث نصف، هذا، و لم يصرح المصنف يجعل مهرها صداقها لكن فى قوله «ان خرجت» تنبيه على ذلك، إذ لو كان قد سمي لها مهراً، لوجب اعتباره من الثلث أيضاً، و كانت كالمسأله الآتية التى فيها الدور، و لو كانت مفوضه البضع أو المهر لوجب بالدخول بها مهر المثل أو ما يفرضه المفوض إليه، و فيعتبر خروجه من الثلث أيضاً، فلا يتم إطلاق أنها مع خروجها من الثلث يصح العقد و العتق، و أما التقييد بالدخول فلمعلوميه اشتراط نكاح المريض به، و إلا بطل العقد، و ترتب عليه عدم الإرث و المهر.

و لو أعتق أمه و تزوجها بمهر و دخل صح الجميع، إن خرجت هى و ما زاد عن مهر مثلها من الثلث، و ورثت، و أن لم تخرج هى من الثلث بطل العتق فى الزائد، و ما قابله من المهر، أن خرجت هى من الثلث دون مهرها المسمى، بطل المسمى خاصه، و صح العتق و النكاح، و وجب لها مهر المثل بالدخول و ان زاد على المسمى لأنه كالأرش.

و حينئذ فالمسأله دوريه أيضاً، لأن معرفه ما انعتق منها إنما يكون إذا عرف مقدار ما يبقى من التركة بعد ما تستحقه من المهر، و بالعكس فنقول: عتق منها شىء، و لها من مهر المثل شىء، و للورثه شيئان ضعف ما عتق منها، فيكون ذلك بتقدير أربعة أشياء مع فرض بقاء ذلك من التركة، بأن يكون قد خلف مثلها معها فالشىء حينئذ نصفها.

و من ذلك يعرف الوجه فى

[المسأله السادسه لو أعتق أمه و قيمتها ثلث تركته ثم أصدقها الثلث الآخر و دخل ثم مات فالنكاح صحيح]

المسأله السادسه: و هى لو أعتق أمه و قيمتها ثلث تركته، ثم أصدقها الثلث الآخر مثلاً و دخل ثم مات ف انه لا إشكال فى أن النكاح صحيح و فى أنه ي بطل المسمى مع عدم اجازة الوارث

على المختار لأنه زائد على الثلث، ولأنه لو صح لزم الدور لتوقف صحته على ثبوت النكاح المتوقف على العتق، المتوقف على بطلان المهر، لتصور الثلث عن قيمتها مع صحته، وهذا هو الدور المحال، لا الدور الجائر في نظائر المسألة، ضروره أنه على ما عرفت مما يستلزم ثبوته نفيه، وهو محال، ومن هنا لم يعرف مخالف في المسألة، وإن حكى عن التذكرة أنه حكى قولاً لم يعين قائله أن المعتق يتخير، فإن عفت عن مهرها عتقت و صح النكاح، وإن لم تعف كان لها من مهر المثل بقدر ما عتق منها، وفي جامع المقاصد أنه لا بعد فيه، لكن لا ريب أن الأقوى ما سمعت وكيف كان فهي ترثه بل وفي ثبوت مهر المثل لها تردد من استلزام ثبوته الدور المزبور، ومن جريانه مجرى أرش الجنايه التي هي من الأصل، ومع منع اقتضائه الدور باعتبار عدم ترتبه على صحه النكاح، بل على مجرد الوطاء، والطريق حينئذ إلى تحصيل مقدار العتق ونصيبها من مهر المثل أن يقال: إنه إما أن يساوى قيمتها أو ينقص عنها أو يزيد: ففي الأول يقال: عتق منها بشىء، ولها من مهر المثل شىء، وللورثه شيان في مقابله ما عتق منها لا في مقابله المهر الذى هو من الأصل، فالتركة إذا في تقدير أربعة أشياء، فلو فرض قيمتها مائه ومهر المثل مائه، وبقي من التركة - غير رقبته - مائتان، فالشىء خمسة وسبعون فيعتق منها ثلاثة أرباعها، ولها ثلاثة أرباع مهر المثل، وللورثه مائه وخمسون ضعف ما عتق منها، ولو فرض زياده قيمتها عن مهر المثل، بأن كان بقدر نصف قيمتها وهي مستوعبه للتركة فالدور أيضا لازم بسبب الدخول بها، لاستحقاقها به من مهر المثل قدر ما أعتق منها، ونفوذ العتق في ثلث الباقي منها وبنقصانه يزيد فيقال: عتق منها شىء، ولها من مهر المثل نصف شىء، وللورثه شيان في مقابله ما عتق منها مرتين، فالتركة في تقدير ثلاثة أشياء ونصف فإذا بسطت من جنس الكسر تكون سبعة، لها منها ثلاثة، اثنان من نفسها بالعتق، و واحد بالمهر، وللورثه أربعة فيعتق مقدار سبعة التركة من الجارية، ولها من مهر المثل سبع آخر وللورثه في مقابله ما انعتق منها أربعة أسباع، فيحرر ثلاثة أسباعها، لأن ما استحقته من نفسها مهرا يجب انعتاقه أيضا.

بل في القواعد أنه لو أراد الورثه أن يدفعوا حصتها من مهرها وهو سبعة، وينعتق منها سبعة، ويسترقوا خمسة أسباعها فليس لهم ذلك، وإن كان هو خلاف

المحكى عنه فى التحرير من أن لهم ذلك و فى محكى التذكرة ثم السبع المصروف ان رضيت به بدلا عما لها من المهر، فذلك و يعتق عليها حين ملكته، لا بالإعتاق الأول، و ان امتنعت بيع سبعها فى مهرها.

و لعل المحصل من ذلك أن فى المسألة قولين: أحدهما أن الورثة يجيزون فى دفع دينها الذى استحقته مهرها لما عتق منها، فان دفعوه من عينها و رضيت به عتق بملكها إياه، و ان أراد و ادفعه من محل آخر و يبقى سبع الجارية ملكا لهم كان لهم ذلك، لأنهم مخيرون فى جهات الأداء.

الثانى أنه لا- خيار للورثة، لأن السعى فى باقى القيمة لتعتق ثابت، فإذا ثبت لها فى التركة دين كان انعتاقها منه بطريق أولى، و لا يكون للورثة خيار، و هو واضح بناء على السعى، من غير فرق فى هذه المسألة و نظائرها، و هل لها أن تمتنع من قبول بعضها مهرها عوض المهر صريح كلام التذكرة توقف الأمر على رضاها و هو متجه بناء على أن السعى و عدمه منوط، و فى جامع المقاصد هو محتمل، و لتمام الكلام فى ذلك محل آخر، و لو فرض زيادة مهر المثل عن قيمتها و فرض كونه بقدرها مرتين، قلنا: عتق منها شىء، و لها مهر المثل شيئان، و للورثة شيئان فى مقابلة أعتق منها مرتين، فالتركة حينئذ فى تقدير خمسها أشياء و مقتضى ذلك انعتاقها حينئذ أجمع، لعدم مزاحمه حق الورثة لمهر المثل الذى هو من المديون.

نعم يأتى فيه البحث السابق، من أن للورثة الدفع من غير عينها.

و لقد ظهر لك من ذلك كله أن إطلاق المصنف صحه النكاح مبنى على عدم وجوب المثل، ليتم العتق حينئذ فى جميعها، اما إذا حكمنا فيه بشىء بطل العتق بسببه فيبطل النكاح للتبعيض، كالمسئلة السابقة، و يمكن أن يريد المصنف بصحة النكاح ثبوته فعلا على وجه يترتب عليه استباحه وطئها بذلك العقد، لأنه محكوم

بصحته إلى الموت، و وجه الصحة وجود المقتضى، و صدور العقد من أهله فى محله و انتفاء المانع إذ لا حق لغيره الا فى رقبته، و انما ينكشف ذلك عند الموت كما عن التحرير التصريح به، هذا كله على المختار من الوقوف على الثلث.

و على القول الآخر اى النفوذ من الأصل يصح الجميع كما هو واضح.

و هذا آخر الكلام فى هذه المسائل، و ان أطنب الفاضل فى القواعد فيها و فى نظائرها، لكن من أحاط بما ذكرنا على الحال فيها أجمع، و يتلوه الكلام فى كتاب النكاح، و الله الموفق و المؤيد و المسدد. و المحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان



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