

مُنْتَهَى الْإِسْلَامِ

الْمُنْتَقِح

شَرَايِعُ الْإِسْلَامِ

رَبِّهِ النَّبِيُّ مُحَمَّدٌ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ

الشَّهِيدِ الثَّانِي

أَبُو عَبْدِ اللَّهِ

مُحَقِّقٌ وَنَشْرٌ

مَوْزَنٌ لِلْعِلْمِ وَالْإِسْلَامِ



مَسَائِلُ الْإِسْلَامِ

الْمُنَقَّحِ

شَرَّاحِ الْإِسْلَامِ

تَأَلَّفَ

زَيْنُ الدِّينِ بْنِ عَلِيِّ الْعَامِلِيِّ (قَدَسَ سِرُّهُ)

« السَّهيد الثاني » (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الجزء الثاني

مُحَقَّقَ وَنَشَرَ

مَنْعَةُ الْمُعَارِفِ الْإِسْلَامِيِّينَ

شهيد ثاني، زين الدين علي، ٩١١ - ٩٦٦ ق. شارح .

مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام (محقق حلي) / تاليف زين الدين بن علي العاملي «شهيد ثاني»
؛ تحقيق مؤسسة المعارف الاسلاميه - قم ١٤١٣ ق.

١٦ ج - (بنياد معارف اسلامي - ٣٧)

(دوره) : 5 - 34 - 6289 - 964 - 978 ISBN : 9 (ج) 9 - 46 - 7777 - 964 - 978 ISBN

چهارم : ١٤٢٩ ق. = ١٣٨٧

فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیما . عربي - کتابنامه.

١- محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد
وتفسير . ٢. فقه جعفری - - قرن ٧ ق. الف. محقق حلي، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع
الاسلام في مسائل الحلال والحرام . شرح . ب. بنياد معارف اسلامي . ج. عنوان.
د. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح.

ش ش / ش ٣٣١ م

٢٩٧ / ٣٤٢

BP ١٨٢ / م ٣ ٢٥٥

* م - ١٦٨٤

کتابخانه ملی ایران - محل نگهداری



٣٧

اسم الكتاب : مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ج ٦

تأليف : زين الدين بن علي العاملي «الشهيد الثاني» .

تحقيق ونشر : مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة : الرابعة ١٤٢٩ هـ . ق

العدد : ١٥٠٠

المطبعة : عترة

رقم الايداع الدولي : ٩ - ٤٦ - ٧٧٧٧ - ٩٦٤ - ٩٧٨

ISBN : 978 - 964 - 7777 - 46 - 9

حقوق الطبع محفوظة لمؤسسة المعارف الإسلامية

قم المقدسة - تلفون : ٠٩١٢٧٤٨٨٢٩٨ - ٧٧٣٢٠٠٩ ص ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥

www.maarefislami.com

E-mail : info@maarefislami.com



جميع حقوق الطبع والنشر محفوظة

لمؤسسة المعارف الإسلامية

ايران - قم المقدسة

ص. ب. - ٧٦٨ / ٣٧١٨٥

كتاب الهبات

كتاب الهبات والنظر في الحقيقة والحكم

الهبة هي العقد المقتضي تملك العين من غير عوضٍ ، تملكاً منجزاً مجرداً عن القرية .

كتاب الهبات

جمعها باعتبار أفرادها المختلفة في الحكم، كالهبة المقبوضة وغيرها، والمعوّض عنها وغيرها، والمتصرّف فيها وغيرها، والواقعة للرحم وغيره، ونحو ذلك، وإلا فهي حقيقة واحدة وإن اختلفت خواصّها، ومن ثمّ عبّر الأكثر بها موحدّةً .
قوله: «الهبة هي العقد المقتضي تملك العين من غير عوضٍ تملكاً منجزاً مجرداً عن القرية» .

قد تقدّم^(١) الكلام في إطلاق [المعنى المطلوب من]^(٢) هذه الألفاظ على العقد الدالّ عليها في نظائره من البيع وغيره، وأنّه مجاز من باب إطلاق اسم السبب على المسبّب، أو حقيقة . والعقد هنا بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود، وخرج به الفعل الدالّ على ذلك، كتنار العرس وإحضار الطعام بين يدي الضيف، فإنه لا يسمّى هبةً بل إساحةً، والموت المقتضي لتملّك الأعيان بالإرث، وحياسة المباحات كالاحتطاب والاحتشاش .

(١) لاحظ ج ٣ : ١٤٤ .

(٢) لم ترد في «س» و «ش» . ولعلّه أولى .

وقد يعبر عنها بالنعلة والعطية .

وخرج بقوله: «المقتضي لتمليك العين» نحو العارية والإجارة، فإن الأول لا يقتضي تمليكاً مطلقاً، والثاني يقتضي تمليك المنفعة. ويقوله: «من غير عوض» نحو البيع والصلح الواقع على الأعيان بعوض. ويقوله: «منجراً» الوصية بالأعيان، فإن ملكها يتوقف على الموت. ويقوله: «مجرداً عن القربة» الصدقة، فإنها مشروطة بها كما سلف، والوقف والسكنى وما يلحق بها إن اعتبرنا فيها القربة، وإلا فالتعريف منتقض بها كما هو الأصح. ودخل في العقد الدال على ذلك إشارة الأخرس، بخلاف ما عبر به غيره من أنه «اللفظ الدال على ذلك» فإنها خارجة.

وينتقض في عكسه بالهبة المشروط فيها الثواب والمتقرب بها، فإن القربة وإن لم يشترط فيها إلا أنها لا تنافيها، بل المتقرب بها أكمل أفرادها.

ويمكن دفعها بأن المراد من قوله: «من غير عوض ومجرداً عن القربة» أن العوض غير لازم فيها وكذا القربة، لا انتفاء العوض والقربة أصلاً، والهبة المشروط فيها العوض والمتقرب بها العوض والقربة غير شرط، فلو تجردت عنها صححت، بخلاف ما يعتبران فيه كالبيع والصدقة.

وبأن العقد المذكور لا يقتضي الملك بنفسه، بل لا بد معه من القبض إجماعاً، فلا يكون وحده مقتضياً للملك.

ويمكن دفعه بأنه إننا جعله مقتضياً للتمليك لا للملك، ولا شبهة في أن قوله: «وهبتك» يقتضي تمليك العين المخصوصة وإن لم يتحقق الملك بذلك، بل يتوقف على أمر آخر. أو يقال: إن الاقتضاء أعم من التام والناقص، فلا ينافي توقفه على أمر آخر. قوله: «وقد يعبر عنها بالنعلة والعطية».

النعلة - بالكسر - إسم للعطية، والمصدر النحل بالضم، تقول: نحلته أنحله^(١) نحلاً. والعطية تطلق على مطلق الإعطاء المتبرع به^(٢)، فيشمل الوقف

(١) (٢) راجع الصحاح ٥ : ١٨٢٦، ولسان العرب ١١ : ٦٥٠ مادة (نحل).

وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول والقبض . فالإيجاب كل لفظ قصد به التملك المذكور كقوله - مثلاً - : وهبتك وملكتك .

والصدقة والهبة والهدية والسكنى ، ومن ثم أطلق بعض الفقهاء^(١) عليها اسم العطايا وعنونها بكتاب ، فتكون أعم من الهبة . والنحلة في معناها ، فيكون إطلاقها على الهبة كإطلاق الجنس على النوع . وقد عرفت أن الهبة أعم من الصدقة ، لاشرطها بالقربة دونها .

وأما الهدية فهي أخص من الهبة أيضاً ، لأنها تفتقر إلى قيد آخر مضافاً إلى ما ذكر في تعريف الهبة ، وهو أن يحمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب منه إعظماً له وتوقيراً ، فامتازت عن مطلق الهبة بذلك ، ولهذا لا يطلق لفظها على العقارات الممتنع نقلها ، فلا يقال : أهدى إليه داراً ولا أرضاً ، ويقال : وهبه ذلك ، فصارت الهبة أعم منها أيضاً^(٢) .

وعلى هذا يتفرع أنه لو نذر الهبة برىء بالهدية والصدقة ، دون العكس مطلقاً . ولو حلف لا يهب ، فتصدق أو أهدى حنث ، دون العكس بتقدير فعله فرداً منها خارجاً عنها . وقال الشيخ في المبسوط : «الهبة والهدية والصدقة بمعنى واحد»^(٣) ثم علّله بمسألة الحلف ، وهي لا تدلّ على مطلوبه كما لا يخفى ، بل التحقيق ما ذكرناه . قوله : «وهي تفتقر إلى الإيجاب والقبول . . الخ» .

لما كانت الهبة من العقود اللازمة على تقدير اجتماع شرائط اللزوم اعتبر فيها ما يعتبر في العقود اللازمة من الإيجاب والقبول القوليين العربيين وفورية القبول للإيجاب بحيث يعدّ جواباً له ، وغير ذلك مما يعتبر في العقود . ولما كانت جائزة على كثير من الوجوه لم يضيّقوا المجال فيها على حدّ العقود اللازمة ، فاكتفوا فيها بكلّ ما دلّ على التملك المذكور ، حتى قالوا : لو قال : هذا لك ، مع نيّة الهبة كفى مع كونه ليس

(١) راجع إرشاد الأذهان ١ : ٤٤٩ .

(٢) في «س» : أعم منها مطلقاً .

(٣) المبسوط ٣ : ٣٠٣ .

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

وظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة، فعلى هذا ما يقع بين الناس على وجه الهدية من غير لفظ يدل على إيجابها وقبولها لا يفيد الملك بل مجرد الإباحة، حتى لو كانت جارية لم يحل له الاستمتاع بها، لأن الإباحة لا تدخل في الاستمتاع.

قال الشيخ في المبسوط: «ومن أراد الهدية ولزومها وانتقال الملك منه إلى المهدي إليه الغائب فليوكل رسوله في عقد الهدية معه، فإذا مضى وأوجب له وقبل المهدي إليه وأقبضه إياها لزمه العقد، وملك المهدي إليه الهدية»^(١). ونحوه قال في الدروس^(٢)، وجعل عدم اشتراط الإيجاب والقبول فيها احتمالاً.

واختلفت كلام العلامة ففي القواعد^(٣) قطع بأن الهدية كالهبة في اشتراطها بالإيجاب والقبول والقبض. وفي التحرير نقل قريباً من كلام الشيخ، ثم قال: «ولو قيل بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً، قضاء للعادة بقبول الهدايا من غير نطق»^(٤)؛ ويلوح من آخر كلامه في التذكرة^(٥) الفتوى به من غير تصريح، لأنه نقل عن قوم من العامة أنه لا حاجة في الهدية إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل البعث من

(١) المبسوط ٣: ٣١٥.

(٢) الدروس: ٢٣٨.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٧٤.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٨٤.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥.

جهة المهدي كالإيجاب والقبض من جهة المهدي إليه كالقبول، لأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من كسرى وقيصر وسائر الملوك فيقبلها، ولا لفظ هناك، واستمر الحال من عهده صلى الله عليه وآله وسلم إلى هذا الوقت في سائر الأصقاع، ولهذا كانوا يعثون على أيدي الصبيان الذين لا يعتد بعبارتهم.

قال: «ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة، واعتذروا عما تقدم بأن ذلك كان إباحة لا تمليكا. وأجيب بأنه لو كان كذلك لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يتصرف فيه ويملكه غيره، ويمكن الاكتفاء في هدايا الأطعمة بالإرسال والأخذ جريا على العادة بين الناس».

قال: «والتحقيق مساواة غير الأطعمة لها، فإن الهدية قد تكون غير طعام، فإنه قد اشتهر هدايا الثياب والدواب من الملوك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فإن مارية القبطية أم ولده كانت من الهدايا».

وهذا الذي ذكره من التحقيق يشعر بما نقلناه عنه من الاكتفاء بذلك، وهو حسن. ومع ذلك يمكن أن يجعل ذلك كالمعاطاة يفيد الملك المترزل، ويبيح التصرف والوطي، ولكن يجوز الرجوع فيها قبله، عملاً بالقواعد المختلفة، وهي أهالة عدم اللزوم، مع عدم تحقق عقد يجب الوفاء به، وثبوت جواز التصرف فيها، بل وقوعه ووقوع ما ينافي الإباحة، وهو الوطاء وإعطاؤه الغير، فقد وقع ذلك للنبي صلى الله عليه وآله وسلم في مارية أم ولده^(١)، وقد كان يهدى إليه الشيء فيهديه لزوجاته وغيرهم^(٢)، وأهدي إليه حلة فأهداها لعلي عليه السلام^(٣) من غير أن ينقل

(١) الطبقات الكبرى ١ : ١٣٤

(٢) الطبقات الكبرى ٨ : ١٨٨ - ١٨٩ ، المستدرک للحاکم ٣ : ٢١٨ .

(٣) راجع سجد السمود : ٩٠ ، والبحار ٤٣ : ٧٦ .

ولا يصح العقد إلا من بالغ كامل العقل جائز التصرف .
ولو وهب ما في الذمة، فإن كانت لغير مَنْ عليه الحق، لم يصح على
الأشبه، لأنها مشروطة بالقبض . وإن كانت له صحَّ وصرفت إلى الإبراء،

قبول لفظي عنه ولا من الرسل إيجاب كذلك مقارن له، وهذا كله يدل على استفادة
الملك في الجملة لا الإباحة، ولا ينافي جواز رجوع المهدي في العين ما دامت باقية .
واعلم أن المصنّف ذكر الإيجاب في الهبة ولم يذكر القبول، ولعله اكتفى بأصل
اشتراطه وظهور لفظه من لفظ الإيجاب، فإنه الرضا به .

قوله: «ولا يصح العقد إلا من بالغ كامل العقل جائز التصرف» .
إطلاق العقد شامل لتوليّ الإيجاب والقبول، فكما لا يصحّ إيجاب الهبة من
الصبيّ والمجنون والعبد والمحجور عليه لا يصحّ قبولها منهم، لكن تولّيّ الإيجاب
منتفٍ منهم ومن الولي، إذ لا غبطة لهم في هبة ما لهم إلا على وجه نادر، وأما القبول
فيمكن من الولي . ولا فرق في الصبيّ بين مَنْ بلغ عشرًا وغيره .

ونبه باشتراط وقوع العقد من البالغ مطلقاً على خلاف مَنْ جَوَزَ هبة وصدقة
مَنْ بلغ عشرًا من الأصحاب^(١)، وعلى خلاف بعض العامة^(٢) حيث اكتفى بإيجاب
الوليّ حتى في البيع بأن يقول: اشترت لطفلي كذا، أو اتّهب له كذا . ومن هذا
الباب ما لو قال الولي: جعلت هذا الشيء لابني وكان صغيراً، أو غرس شجراً وقال:
غرسه له ونحو ذلك، لم يكن في ملكية الولد حتى يقبل له لفظاً بناءً على عدم
الاكتفاء بالإيجاب، وفرّع المجتزي به الاكتفاء بذلك في ملكه .
قوله: «ولو وهب ما في الذمة فإن كان . . . الخ» .

هنا مسألتان :

أولاهما: أن يهب الدين لغير مَنْ هو عليه، وفي صحّته قولان :

(١) راجع النهاية: ٦١١، المهذب ٢ : ١١٩ .

(٢) لم نعر على هذا القول في الكتب الموجودة لدينا من العامة وإنما ذكره العلامة في التذكرة ٢ :

أحدهما - وعليه المعظم - : العدم، لأن القبض شرط في صحّة الهبة، وما في الذمّة يمتنع قبضه، لأنه ماهية كليّة لا وجود لها في الخارج، والجزئيات التي يتحقّق الحقّ في ضمنها ليس هي الماهية، بل بعض أفرادها، وأفرادها غيرها.

والثاني: الصحّة، ذهب إليه الشيخ^(١) وابن إدريس^(٢) والعلامة في المختلف^(٣)، لأنه يصحّ بيعه والمعاوضة عليه فصحت هبته للغير. واشترطها بالقبض لا ينافيه لتحققه بقبض أحد جزئياتها، بأن يقبضه المالك ثم يقبضه أو يوكله في القبض عنه ثم يقبض من نفسه، لا بأن يجعل قبضه عن الهبة قبضاً عن المالك لثلاً يلزم الدور. وهذا الكليّ يرجع إلى الكليّ الطبيعي، لأنّ المراد من الدّين الذي في الذمّة - كمائة درهم مثلاً - معروض مفهوم الكليّ النوعي ككليّة الانسان بالنسبة إلى مفهوم النوع، والكليّ الطبيعي موجود في الخارج بعين وجود أفراده. ولأنّه لولا وجوده والقدرة على تسليمه لما صحّ بيعه والمعاوضة عليه، لأنّ البيع مشروط بالقدرة على تسليم المبيع إجماعاً في غير الأبق، بل يشترط وجوده مطلقاً، والماهية لا وجود لها على ما ذكره.

وما قيل في الفرق بين البيع والهبة بأن القدرة على تسليمه يكفي فيها مابه يتحقّق المعاوضة، وتحققها يكفي فيه القدرة على تسليم بعض أفراد الماهية المحدود أحدّ العوضين، ويدخل في ملك المشتري من غير توقّف على قبض، ثم يستحقّ المطالبة بالإقباض، بخلاف الهبة، فإنّ الإقباض له دخل في حصول الملك، فلا بدّ أن يقبض الواهب الدّين ثم يقبضه المتّهب، فامتنع نقله إلى ملك المتّهب حين هو دّين، وكذا بعد تعيين المديون له قبل قبض الواهب، لانتفاء الملك، وبقبض الواهب يحدث الملك له فيمتنع تقديم إنشاء الهبة عليه، إذ تكون جارية مجرى هبة ما سيملكه ببيعٍ وغيره، وذلك غير جائز.

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

(٢) السرائر ٣ : ١٧٦ .

(٣) المختلف ٢ : ٤٨٧ .

وقد ظهر عليك جوابه مما قرّرناه، فإنّ ما في الذمّة إن كان موجوداً متحقّقاً يمكن قبضه وتسليمه فيعه وهبته صحيحان، لحصول الشرط والقدرة على القبض. ولا يقدح في الفرق استحقاق المبيع من دون القبض دون الهبة، لأنّنا لا نحكم بصحة الهبة حينئذٍ إلا بعد القبض، كما لا نحكم بصحتها لو تعلّقت بعينٍ خاصّةً إلا بعد قبضها، لكن نقول: إنّ القبض لما كان ممكناً بقبض بعض أفراد الماهية التي جوّزتم بيعها كذلك جاز هبتها، وتوقّفت صحتها على حصول قبضها على ذلك الوجه. ولا شبهة في أن الدّين مملوك للواهب قبل قبضه، وقبضه ممكن على الوجه المذكور، فصحت هبته وتوقّفت على قبضه كما توقّفت لو كان عيناً.

وهذا يظهر أنه لا يتمتع نقله إلى ملك المتهب حين هو ذين، لأنه مملوك له وإلّا لما صحّ له بيعه وغيره من المعاضات، وقبض الواهب ما أحدث له الملك بل التعيين، فأمكن تقديم إنشاء الهبة عليه ولم يكن كهبة ما سيملكه. فظهر أن الصحة متوجّهة وإن كان جانب البطلان أيضاً وجيهاً من حيث إنه المشهور ولشبهة ما ذكر.

الثانية: أن يهب الدّين لمن هو عليه. وقد قطع المصنف وغيره^(١) بصحته في الجملة ونزّل الهبة منزلة الإبراء، فإنه إسقاط لما في الذمّة فلا يفتقر إلى قبض، ولا يجري فيه الشبهة. وإبراء المديون لا إشكال في صحته، وظاهرهم أنه لا ينحصر في لفظ، بل ما دلّ عليه، والهبة هنا يدلّ عليه، وقد جوّزه في باب^(٢) الجنائيات بلفظ «العفو» وأطلقه الله تعالى في الآية أيضاً في قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النُّكاحِ﴾^(٣) على تقدير كونه ذيناً. وينبغي على هذا جوازه بلفظ الإسقاط بطريقٍ أولى، لأنه أقرب إلى معناه من الهبة التي متعلّقها ما يمكن قبضه شرعاً، وهذا

(١) راجع الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٤١، المؤتلف من المختلف ١: ٦٨٦ مسألة (٢٠)،

الجامع للشرائع: ٣٦٥، الدروس: ٢٣٦، وجامع المقاصد ٩: ١٣٧.

(٢) كتاب القصاص، المسألة السابعة من القسم الثاني في قصاص الطرف.

(٣) البقرة: ٢٣٧.

ولا يشترط في الإبراء القبول، على الأصح.

المعنى غير مراد هنا، بل غايته، إذ لا معنى لاستحقاق الانسان ما في ذمة نفسه، بل الغاية من ذلك سقوطه، وعبر عنه بالهبة لتقارب المعنيين ودلالته على المراد عرفاً. ويدل على وقوع الإبراء هنا بلفظ الهبة صحيحة معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له أله أن يرجع فيها؟ قال: لا»^(١) فإنه لو لم يجعل إبراء بل هبة لما أمكن إطلاق القول بعدم جواز الرجوع، لما سياتي^(٢) - إن شاء الله تعالى - من جوازه فيها في مواضع كثيرة، بخلاف الإبراء، فإنه لازم مطلقاً.

واعلم أن الإبراء مهموز ففعله الماضي في صيغته يكون مهموزاً أيضاً، ويجوز تسهيله ألفاً من جنس حركة ما قبله على القاعدة العربية. وأصله التخليص، قال الجوهري: تقول: أبرأته مما لي عليه وبرأته تبرئة^(٣).

قوله: «ولا يشترط في الإبراء القبول على الأصح».

موضوع هذه المسألة أعم من الأولى، لشمولها إبراء كل من عليه الحق بلفظ الإبراء والهبة وغيرهما. وقد اختلف الأصحاب في اشتراط القبول في الإبراء مطلقاً، فذهب الأكثر إلى عدمه، للأصل، ولأنه إسقاط لا نقل شيء إلى الملك، فهو بمنزلة تحرير العبد. واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَنظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾^(٤)، حيث اعتبر مجرد الصدقة ولم يعتبر القبول، ويقول تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا

(١) الكافي ٧: ٣٢ ح ١٣، التهذيب ٩: ١٥٤ ح ٦٢٩، الاستبصار ٤: ١١١ ح ٤٢٤، الرسائل

١٣: ٣٣٢ ب (١) من أبواب الهبات ح ١.

(٢) في ص: ٣١.

(٣) الصحاح ١: ٣٦.

(٤) سورة البقرة: ٢٨٠.

أَنْ يَصَدَّقُوا^(١) ، فأسقط الدية بمجرد التصدَّق ولم يعتبر القبول، والمراد بالتصدَّق فيها الإبراء. وفيه: أَنْ الصدقة كما تقدّم^(٢) من العقود المفتقرة إلى القبول إجماعاً، فدلالتها على اعتباره أولى من عدمه.

وذهب ابن زهرة^(٣) وابن إدريس^(٤) إلى اشتراط القبول، واختلف كلام الشيخ في المبسوط^(٥)، ففي أول المسألة قواه، وفي آخرها قوى الأول، فإطلاق جماعة نسبة القول باشتراطه إليه ليس بجيد.

واحتجوا للاشتراط بأن في إبرائه من الحق الذي عليه منة فلا يجبر على تحمّلها، كما لا يجبر على قبول هبة العين، ولو لم يعتبر القبول لتحملها جبراً. وأجيب بالفرق بين التملك والإسقاط شرعاً وعرفاً:

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

وأما الثاني: فلأن إسقاط الانسان حقه باختياره من غير ابتداء من عليه الحق لا تظهر فيه منة ينقل تحمّلها على من عليه الحق عرفاً، بخلاف هبة الأعيان المتوقّفة على القبول إجماعاً، فلعلّ تعرّضه للقبول بحضرتة ومقارنته للإيجاب ورعاية ما يعتبر في الصحة بعده من الإقباض والقبض دليل على الحرص على التملك^(٦) الموجب للمنة غالباً.

(١) النساء: ٩٢.

(٢) في ج ٥: ٤٠٨.

(٣) الغنية (ضمن الجوامع الفقهية): ٥٤١.

(٤) السرائر ٣: ١٧٦.

(٥) المبسوط ٣: ٣١٤.

(٦) كذا في «س». وفي غيرها: التملك.

ولا حكم للهبة ما لم يقبض .

ويدل على عدم اعتبار القبول أيضاً ظاهر قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(١)، حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو، ولا دخل للقبول في مسماه قطعاً. وسيأتي الاكتفاء بمجرد العفو في المهر^(٢)، وفي سقوط الحدود والجنايات الموجبة للقصاص^(٣)، وهو في معنى الإبراء. وهذا أقوى وأشهر.

قوله: «ولا حكم للهبة ما لم يقبض».

لا خلاف بين الأصحاب في أنّ القبض شرط في الهبة في الجملة، ولكن اختلفوا في أنه هل هو شرط لصحتها أو للزومها؟ فمعظم المتأخرين على الأول وهو مقتضى كلام المصنف، فإن الحكم المنفي للهبة بدونه يقتضي رفع جميع الأحكام، لأنه وقع نكرة منفية وذلك يقتضي عدم انعقادها بدونه أصلاً. واستدلوا عليه بأصالة بقاء الملك على مالكة وعدم تأثير العقد في مقتضاه، خرج منه ما بعد القبض بالإجماع فيبقى الباقي، ولقول الصادق عليه السلام في رواية أبي بصير: «الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها»^(٤) وقوله عليه السلام في^(٥) النحلة والهبة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها: «هي بمنزلة الميراث»^(٦).

وذهب جماعة - منهم أبو الصّلاح^(٧) والعلامة في المختلف^(٨)، ونقله ابن

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢) في المهور من كتاب النكاح، المسألة الثالثة عشرة من الطرف الثالث.

(٣) في كيفية الاستيفاء من كتاب القصاص.

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

(٥) لم ترد «في» إلا في «س» و «ش» ولم ترد في المصدر أيضاً ولكن الظاهر أنه الصحيح في عبارة الشارح، وورد بعد هذه الجملة في ما عدا «س، ش»: «قال: تبعاً للمصدر ورجحنا عدم إيراد ه في عبارة الشارح كما في النسختين لأنه غير كيفية النقل.

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

(٧) ولكنه في الكافي: ٣٢٢ جعله شرطاً للصحة كما نسب إليه أيضاً العلامة في المختلف: ٤٨٦.

(٨) مختلف الشيعة: ٤٨٦.

إدريس^(١) عن المعظم مع اختياره الأول - إلى الثاني . واستدلوا عليه بأنه عقد يقتضي التملك فلا يشترط في صحته القبض كغيره من العقود، ولعموم الأمر بالوفاء^(٢) بها المقتضي له، ولأنه تبرع كالوصية فلا يعتبر فيه أيضاً، ولصحيحة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض، قسّمت أو لم تقسّم، والنحل لا تجوز حتى تقبض، وإنما أراد الناس ذلك فأخطأوا».^(٣)

وأجابوا عن الأول بارتفاع الأصل بطرؤ السبب الناقل . وعموم الأمر بالوفاء بالعقد يمنع عدم تأثيره بل يقتضيه مطلقاً . والرواية الأولى لا يجوز حملها على ظاهرها للتناقض، بل المراد أنّ الهبة لا تكون هبة لازمة ما لم تقبض، وهو أولى من إضمار الصحة، فإنّ ما ليس بصحيح كالمعدوم . والثانية ضعيفة السند مرسلة .

ويمكن أن يقال على الثاني: إنّ العقود منها ما يقتضي الملك ومنها ما لا يقتضيه بدون القبض، وقد تقدّم منه الوقف، فيكون أعمّ . والمراد بالوفاء بها العمل بمقتضاها من لزوم وجواز وغيرهما، فلا يدلّ على المطلوب . وكذلك مطلق التبرع أعمّ مما لا يعتبر فيه القبض، وإلحاقه بالوصية قياس . وإطلاق الهبة على غير المقبوضة أعمّ من الحقيقة، وجاز أن يكون مجازاً تسميةً للشيء باسم ما يؤول إليه على تقدير لحوقه، أو إطلاقاً لاسم المجموع على بعض الأجزاء، فإنّ الإيجاب والقبول أعظم أجزاء السبب التام في تحققها على تقدير عدمه بها خاصةً .

ومطلق جوازها لانتزاع فيه . قال في الدروس: «والروايات متعارضة، ولعلّ الأصحاب أرادوا باللزوم الصحة، فإنّ في كلامهم إشعاراً به، فإنّ الشيخ قال: لا يحصل الملك إلا بالقبض وليس كاشفاً عن حصوله بالعقد . مع أنّه قائل بأنّ الواهب

(١) السرائر ٣: ١٧٣ .

(٢) المائة: ١ .

(٣) التهذيب ٩: ١٥٦ ح ٦٤١، الاستبصار ٤: ١١٠ ح ٤٢٢، الوسائل ١٣: ٣٣٥ ب ٤١ من

أبواب الهبات ح ٤ .

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

وفيه نظر، لمنع تعارض الروايات على ما قد سمعت، فإن الجمع بينها ممكن. وإرادة جميع الأصحاب من اللزوم الصحة غير واضح، فإن العلامة في المختلف^(٢) نقل القولين واحتجّ لهما ثم اختار الثاني، فكيف يحمل على الآخر؟! نعم، كلام الشيخ الذي نقله متناقض، وليس حجةً على الباقي، فإن الخلاف متحقق.

وفي التذكرة اتفق ما هو أعجب مما في الدروس، فإنه قال: «الهبة والهديّة والصدقة لا يملكها المتّهب والمهدى إليه والمتصدّق عليه بنفس الإيجاب والقبول إذا كان عيناً إلا بالقبض، وبدونه لا يحصل الملك عند علمائنا أجمع». ^(٣) وهذا ظاهر في دعوى الإجماع على أنّ القبض شرط الصحة [إجماعاً]^(٤) وهو يؤيد ما في الدروس وينافي ما في المختلف.

ويمكن أن يحمل على أنه لا يحصل بدونه الملك التام وهو اللازم، فيكون أعمّ من الصحة وعدمها، لثلاً ينافي فتواه في المختلف ونقله الخلاف وإن كان خلاف الظاهر.

إذا تقرر ذلك فيتفرّع على القولين النهاء المتخلّل بين العقد والقبض، فإنه للواهب على الأول وللموهوب على الثاني، وفيما لو مات الواهب قبل الإقباض، فيبطل على الأول ويتخيّر الوارث في الإقباض وعدمه على الثاني، وفي فطرة المملوك الموهوب قبل الهلال ولم يقبضه إلا بعده، فإنها على الواهب على الأول وعلى الموهوب على الثاني، وفي نفقة الحيوان مطلقاً، فإنها على الأول على الأول وعلى الثاني على الثاني.

(١) الدروس: ٢٣٦.

(٢) المختلف: ٤٨٦.

(٣) التذكرة ٢: ٤١٧.

(٤) كذا ورد في النسخ. والظاهر زيادته.

ولو أقرّ بالهبة والإقباض، حكم عليه بإقراره، ولو كانت في يد الواهب. ولو أنكروا بعد ذلك لم يقبل. ولو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض، كانت ميراثاً.

قوله: «ولو أقرّ بالهبة والإقباض . . . الخ».

وذلك لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١). وكونها في يد الواهب لا ينافيه لجواز إقباضه إياها ثم ردّها إليه، إلّا أن يعلم كذبه في إخباره به - كقصر الوقت الذي يسع^(٢) القبض والردّ ونحو ذلك - فلا يلتفت إليه. وعلى هذا فلا يتوجّه على المقرّ له اليمين على القبض عملاً بمقتضى الإقرار. نعم، لو ادّعى المواطاة على الإقرار للمتهب، وأنّ محبّره^(٣) لم يكن واقعاً، توجّهت له اليمين على المتهب على حصول القبض، أو على عدم المواطاة على الأقوى. وقيل على الأول خاصّة.

قوله: «ولو مات الواهب بعد العقد وقبل القبض كان ميراثاً».

أي كان ميراثاً لورثة الواهب، لبطلان العقد عنده بموته قبل الإقباض، مع أنّه شرط في صحته كغيره من العقود الجائزة كالوكالة والشركة. ولرواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام في الهبة والنحلة ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: «هو ميراث»^(٤). وفي معناها رواية^(٥) أبان عنه عليه السلام. ولكن في طريق الأولى عليّ بن فضال وحاله معلوم، وداود بن الحصين وهو واقفيّ. وإن كانا ثقتين فهي من الموثق. والثانية مرسلّة ضعيفة.

وقال الشيخ في المبسوط^(٦): لا تبطل الهبة وقام الوارث مقامه كالبيع في مدّة

(١) مرّ الكلام حول هذه الجملة ومصادرها والتشكيك في كونها رواية في ج٤: ٩٠ هـ ١.

(٢) في «س»: لا يسع. وفي «ب»: لم يسع.

(٣) في «س»: فحواه.

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

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

(٦) المبسوط ٣: ٣٠٥.

ويشترط في صحّة القبض إذن الواهب، فلو قبض الموهوب من غير
إذنه، لم ينتقل إلى الموهوب له.

الخيار، من حيث إن الهبة عقد يؤول إلى اللزوم فلا تنفسخ بالموت. وتبعه ابن
البراج^(١) على ذلك، مع أنّ الشيخ قال في هبة ذي الرحم: إذا مات قبل قبضها كان
ميراثاً^(٢). وقال: إنّ الملك لا يحصل إلّا بالقبض، وليس كاشفاً عن حصوله
بالعقد^(٣). فكلامه متناقض.

وموت الموهوب بمنزلة موت الواهب، ولم يذكره الأكثر. وممن صرح به العلامة
في التذكرة^(٤). ولا فرق مع موته قبل القبض بين إذنه فيه قبله وعدمه، لبطلان الإذن
بالموت. وفي معناه ما لو أرسل هديّة إلى إنسانٍ فمات المهدى أو المهدى إليه قبل
وصولها، فليس للرسول دفعها حينئذٍ إلى المهدى إليه ولا إلى وارثه، لبطلان الهدية
بالموت قبل القبض كالهبة.

قوله: «ويشترط في صحّة القبض إذن الواهب . . . الخ».

هذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، ولأنّ التسليم لما لم يكن مستحقاً على الواهب
كان قبض المتهب بغير إذنه كقبض ماله كذلك، وهو محرّم لا يترتب عليه أثر، كما لو
قبض المشتري المبيع قبل تسليم الثمن بغير إذن البائع، وأولى بالحكم هنا.

ولا فرق بين كونها في المجلس وعدمه. وخالف في ذلك بعض^(٥) العامة، فلم
يشترط الإذن إذا كانا في المجلس استناداً إلى أنّ الإيجاب تضمّن الإذن في القبول
والقبض في المجلس معاً، بخلاف ما بعده. ولا يخفى منع الأمرين معاً، فإنّ القبول

(١) المهذب ٢ : ٩٥.

(٢) النهاية: ٦٠٢.

(٣) المبسوط ٣ : ٣٠٤.

(٤) التذكرة ٢ : ٤١٧.

(٥) المغني لابن قدامة ٦ : ٢٧٧، والشرح الكبير ٦ : ٢٧٩. راجع اللباب ٢ : ١٧١، حلية

العلماء ٦ : ٤٩.

ولو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ، ولم يفتقر إلى إذن الواهب في القبض، ولا أن يمضي زمان يمكن فيه القبض، وربما صار إلى ذلك بعض الأصحاب.

أثبتته الشارع لا الموجب، والقبض تسليط على المال ولم يوجد ما يدلّ عليه. ولو سلّم دلالة الإيجاب عليه لم يختصّ بالمجلس.

واعلم أنّه يستفاد من إطلاق اعتبار إذن الواهب في القبض عدم اشتراط كونه بنية الهبة، فلو أذن له فيه مطلقاً صحّ، خلافاً لبعض الأصحاب^(١) حيث اعتبر وقوعه للهبة والإذن فيه كذلك، فإنّ ذلك هو المقصود، وحيث كان مطلق القبض صالحاً لها ولغيرها فلا بدّ من مايز وهو القصد. وهو حسن حيث يصرّح بكون القبض لا لها، لعدم تحقّق القبض المعترى فيها، أما لو أطلق فالاكْتفاء به أجود، لصدق اسم القبض، وصلاحيته للهبة، ودلالة القرائن عليه، بخلاف ما لو صرّح بالصارف.

قوله: «ولو وهب ما هو في يد الموهوب له صحّ . . . الخ».

إطلاق الحكم واليد يقتضي عدم الفرق بين كونه في يد الموهوب بوجهٍ مأذونٍ فيه كالعارية والوديعة وغيره كالغصب. ووجه تساويهما في الحكم بالصحة صدق القبض في الحالين، فإنّه مستصحب، ودوام الشيء أقوى من ابتدائه. ولا يقدر فيه ما تقدّم من اعتبار كون القبض للهبة أو مطلقاً، لأنّ إيجابه العقد وإقرار يده على العين بعده دليل على رضاه بقبضه لها. ولا كونه على وجه الغصب، لما ذكرناه، ولأنّ إطلاق القبض المعترى فيه يشمله، وغايته النهي عنه وهو لا يدلّ على فساد المعاملة. وحيث لا يفتقر إلى إذنٍ في القبض جديدٍ لا يفتقر إلى مضيّ زمان يمكن فيه، لأنّ الزمان المذكور إنّما يعتبر حيث يعتبر القبض، لكونه من ضروراته ولوازمه، فإذا لم يعتبر سقط اعتبار التابع.

وقول المصنف: «وربما صار إلى ذلك بعض الأصحاب» يمكن عود الإشارة

بذلك إلى مضيّ الزمان خاصّةً، بمعنى أنه لا يعتبر تجديد الإذن في القبض ولكن يفتقر إلى مضيّ زمان يمكن فيه القبض. وهذا هو الذي^(١) يظهر من عبارة الشيخ في المبسوط واختياره. ووجهه بأن إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض، فيكون ذلك كتجديد الإقباض، فيعتبر مضيّ زمانٍ يمكن فيه القبض، كما لو لم يكن مقبوضاً بيده فأقبضه إيّاه، فإنه يعتبر مضيّ زمانٍ يمكن فيه القبض حيث لا يكون مقبوضاً في يده بالفعل، فكذا هنا. وجوابه يعلم مما سبق، فإننا لا نجعل الإيجاب إقباضاً بل هو متحقّق قبله، وإنما نجعله علامةً وأمارةً على رضاه بقبضه السابق وتنزيله منزلة الإقباض.

ويمكن عود الإشارة إلى كلّ واحدٍ من الإذن في القبض ومضيّ الزمان، بمعنى عدم الاكتفاء بالقبض السابق مطلقاً، بل يفتقر إلى تجديده ومضيّ زمانٍ يمكن فيه القبض، لأنّ الموهوب ليس في يد الواهب، فلا يتصوّر إقباضه إيّاه خصوصاً في المغصوب، لأنّ يد القابض يد عدوان فلا يترتب عليه حكم شرعيّ. ولأنّ المعتبر قبضه للهبة لا مطلقاً، كما مرّ، فإنه لو وهبه ثم أقبضه إيّاه على جهة الإيداع لم يحصل القبض الذي هو شرط الهبة، فافتقر إلى الإقباض. وقد عرفت جوابه. وينبغي أن يستثنى منه حالة الغصب حيث لا يد للغاصب عليه شرعاً.

(١) في هامش «و»: «إنما جعل ذلك ظاهر عبارة المبسوط دون تصرّيحها لأنّه قال فيه: إذا وهب له شيئاً في يده، مثل أن يكون له في يده وديعة فيهبها له، ننظر فإن أذن له في القبض ومضى بعد ذلك زمان يمكن القبض فيه لزم العقد، وإن لم يأذن له في القبض فهل يلزم القبض بمضيّ الزمان الذي يمكن فيه القبض، أو لا بدّ من القبض؟ منهم من قال: الإذن شرط فيه، ومنهم من قال: لا يفتقر إلى الإذن، وهو الأقوى، لأن إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض. انتهى. فظاهر العبارة - كما ترى - اشتراط مضيّ زمانٍ يمكن فيه القبض مع تصرّحه بترجيح عدم الافتقار إلى تجديد إذن القبض. منه رحمه الله». لاحظ المبسوط ٣: ٣٠٥.

وكذا لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير، لزم بالعقد، لأنّ قبض الوليِّ قبض عنه .

قوله: «وكذا إذا وهب الأب أو الجدّ الولد الصغير لزم بالعقد، لأنّ قبض الوليِّ قبض عنه» .

أي وكذا الحكم - وهو عدم افتقار الهبة إلى قبض جديد ولا مضيّ زمان - فيما إذا وهب الأب أو الجدّ له الولد الصغير - ذكراً كان أم أنثى - شيئاً هو في يد الواهب، فإنّ قبضه السابق على الهبة كافٍ عن قبض الهبة الطارئة لكونه تحت يده، فاليد مستدامة، وهي أقوى من المبتدأة. وإنّما ترك التصريح هنا بكون الموهوب تحت يده - مع أنّ هبته للولد ما هو ملكه أعمّ من كونه تحت يده وعدمه، والحكم مختصّ بما هو تحت يده - اتكالاً على ما علم في المسألة السابقة، وقد شبّه بها حكم اللاحقة، وتنبهت عليه بالتعليل .

وحينئذٍ فلو فرض عدم كون الموهوب تحت يد الوليِّ افتقر إلى قبضه عنه بعد الهبة قطعاً كغيره . ويمكن فرضه فيمن اشترى شيئاً ولم يقبضه، فإنّ الملك يتمّ بالعقد وإن لم يقبض، ويجوز نقله عن ملكه بالهبة ونحوها، وإن امتنع بيعه على بعض الوجوه، وقد تقدّم^(١) . ويمكن فرضه أيضاً في مالٍ ورثه تحت يد غيره ولم يتمكّن من قبضه، وفيما لو غصب منه أو أجره لغيره قبل الهبة . أمّا الوديعة فلا يخرج بها عن يد المالك، لأنّ يد المستودع كيده . وفي العارية وجهان، أجمدهما خروجها عن يده، فيفتقر إلى قبض جديد من الوليِّ أو من يوكّله فيه، ولو وكّل المستعير فيه كفى .

بقي في المسألة بحث آخر: وهو أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليطمئنّ القبول لها، كما تقدّمت^(٢) الإشارة إليه؟ ينبغي ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبة كالعلامة^(٣)، لأنّ المال المقبوض في يد الوليِّ له، فلا ينصرف إلى

(١) في ج ٣ : ٢٤٧ .

(٢) لاحظ ص : ٢٢ .

(٣) قواعد الأحكام ١ : ٢٧٤ .

ولو وهبه غير الأب أو الجدّ، لم يكن له بد من القبض عنه، سواء كان له ولاية أو لم تكن، ويتولّى ذلك الوليّ أو الحاكم.

الطفل إلّا بصارف، وهو القصد. وعلى ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا، وينصرف الإطلاق إلى قبض الهبة، ويلزم بذلك. وتخصيص الحكم بالولد الصغير مخرج للبالغ الرشيد، ذكراً كان أم أنثى. والحكم فيه كذلك، لانتهاء ولايتها^(١) عنها حينئذٍ، وإن بقيت ولايتها على الأنثى في النكاح على بعض الوجوه عند بعضهم^(٢) لأنّ ذلك خارج بدليل آخر لا يوجب الولاية عليها مطلقاً، فلو تصرفت البالغة الرشيدة في مالها ببيع وهبة لم يتوقف على الوليّ اتفاقاً. ولكن في عبارة ابن الجنيد في هذه المسألة ما يدلّ على إلحاق الأنثى مطلقاً بالصغيرة ما دامت في حجره بالنسبة إلى هبته لها، لأنّه قال في كتابه الأحمدي: وهبة الأب لولده الصغار وبناته الذين لم يخرجوا من حجابهم وإن كنّ بالغات تامّة وإن لم يخرجها عن يده، لأنّ قبضه قبض لهم.^(٣) انتهى. وهو قول نادر، ووجهه غير واضح، وقياسه على النكاح ممنوع مع وجود الفارق.

قوله: «ولو وهبه غير الأب أو الجدّ . . . الخ».

أما إذا لم يكن له ولاية فالحكم واضح، لأنّ يده ليست كيد الموهوب، فلا بدّ من قبض لها عنه ممّن له الولاية عليه المتناولة لذلك، كما يفترق قبورها إليه أيضاً. وأما على تقدير ولايته - ولم يكن أباً ولا جدّاً كالوصيّ - فألحقه الشيخ في المبسوط^(٤) بغير الوليّ محتجاً بأنّه لا يصحّ أن يبيع من الصبيّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، وحينئذٍ فينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبيّ ويقبضها له. وتبعه المصنف هنا على

(١) في «ب»: ولاية، وفي «س، ش»: يده.

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

(٣) راجع المختلف: ٤٨٨.

(٤) المبسوط: ٣: ٣٠٥.

وهبة المشاع جائزة، وقبضه كقبضه في البيع .

الحكم، والأصل ممنوع، وولاية الوصيّ عامّة، فلا وجه لاختصاصها بغيره. والأصحّ أنّ حكم الوصيّ حكم الأب والجدّ.

وقول المصنف: «ويتولّى ذلك الوليّ أو الحاكم» يمكن فرضهما مع كون الواهب غير وليّ. وأمّا إذا كان وليّاً كالوصيّ فلا يفرض فيه إلّا تولّي الحاكم، لأنّ الوصيّ لا يتحقّق مع وجود الأب أو الجدّ له كما سيأتي^(١)، فلم يبق معه إلّا الحاكم. وفي معنى الحاكم منصوبه لذلك أو مطلقاً.

قوله: «وهبة المشاع جائزة، وقبضه كقبضه في البيع».

لا إشكال في جواز هبة المشاع كغيره، لإمكان قبضه بتسليم الجميع. وإنّما الكلام في تحقّق قبضه بأيّ معنى؟ فعندنا أنّه كقبضه في البيع فيجري فيه القولان، وهما: الاكتفاء بالتخلية مطلقاً، والتفصيل بها في غير المنقول وبالنقل وما في معناه فيه. وهذا هو الأقوى. وإنّما كانا متساويين فيه لأنّ القبض معنى واحد، والمعتبر فيه العرف وهو متحد في الموضوعين.

ونبه بقوله: «وقبضه كقبضه في البيع» على خلاف بعض الشافعية^(٢) حيث فرّق بين الموضوعين، وجعل المعتبر في القبض هنا النقل وإن اكتفينا بالتخلية في البيع بالنسبة إلى المنقول، فارقاً بينهما بأنّ القبض في البيع مستحقّ، وللمشتري المطالبة به فجاز أن يجعل بالتمكين قابضاً، بخلاف الهبة، فإن القبض غير مستحقّ فاعتبر تحقّقه ولم يكتف بمطلق التخلية. وليس بشيء، لما ذكرناه من أنّها مفهومه لغة وعرفاً، وما ذكره إنّما اقتضى الفرق في حكمه لا في حقيقته.

واعلم أنّنا إن اكتفينا في القبض مطلقاً بالتخلية فلا بحث، وإن اعتبرنا في المنقول النقل وكان باقي الحصّة للواهب فأقباضه بتسليم الجميع إلى المتّهب إن أراد تحقّق القبض، وإن كان لشريك غيره توقّف تسليم الكلّ على إذن الشريك، فإن

(١) في ص: ٢٦٦.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٤٠٠.

ولو وهب لاثنين شيئاً، فقبلاً وقبضاً، ملك كل واحد منهما ما وهب له. فإن قبل أحدهما وقبض، وامتنع الآخر، صحّت الهبة للقابض.

رضي به وإلا لم يجز للمتهب إبتات يده عليه بدونه، بل يوكل الشريك في القبض إن أمكن، فإن تعاسرا رفع أمره إلى الحاكم، فينصب أميناً يقبض الجميع، نصيب الهبة لها والباقي أمانة للشريك حتى يتم عقد الهبة.

وفي المختلف^(١) اكتفى مع امتناع الشريك بالتخلية في المنقول، تنزيلاً لعدم القدرة الشرعية منزلة عدمها الحسية في غير المنقول. وفيه: منع عدم القدرة الشرعية حيث يوجد الحاكم المُجبر، أما مع عدمه فلا بأس به دفعاً للضرر والعسر.

وبالغ شيخنا الشهيد - رحمه الله - في الدروس^(٢) فاشتراط إذن الشريك في القبض مطلقاً وإن اكتفينا بالتخلية، نظراً إلى أن المراد منها رفع يد المالك وتسليط القابض على العين، وذلك لا يتحقق إلا بالتصرف في مال الشريك، فيعتبر إذنه. ورفع المانع عن حصّة المالك خاصّةً مع الإشاعة لا يحصل به التسليط على العين الذي هو المقصود من القبض، وقبض جميع العين واحد لا يقبل التفرقة بالحكم، ومن ثمّ لو كانت العين مغبوبة^(٣) بيد متسلّط لم يكف التخلية من المالك وتسليطه عليها مع وجود المانع من التسليم. وله وجه حسن وإن كان الأشهر الأول.

وحيث يعتبر إذن الشريك فيقبض المتهب بدونه وما في حكمه يقع القبض لاغياً، لا للنهي فإنه لا يقتضي الفساد في غير العادة، بل لأن القبض لما كان من أركان العقد اعتبر فيه كونه مراداً للشارع، فإذا وقع منهياً عنه لم يعتد به شرعاً، فيختل ركن العقد، وقد عرفت أنه قبض واحد لا يقبل التفرقة في الحكم، بجعل القبض للموهوب معتبراً والنهي عن حقّ الغير الخارج عن حقيقة الموهوب.

قوله: «ولو وهب لاثنين شيئاً... الخ».

الفرق بين الأمرين واضح من حيث اجتماع شرائط صحّة الهبة في الأول دون

(١) مختلف الشيعة: ٤٨٨.

(٢) الدروس: ٢٣٧.

(٣) في «س»: مقبوضة.

ويجوز تفضيل بعض الوُلد على بعض في العطيّة على كراهية .

الثاني ولا ارتباط لأحدهما بالآخر، فيصح ما اجتمعت شرائطه خاصّةً . ولا يقال : إنهما بمنزلة عقد واحد، فلا بدّ من اجتماع شرائط مجموع العقد، ولا يتمّ إلاّ بقبولها وقبضها . لأنّه وإن كان بصورة عقدٍ واحدٍ إلاّ أنّه في قوّة المتعدّد بتعدّد المهوب ، كما لو اشتريا دفعةً فإنّ لكلّ منهما حكم نفسه في الخيار ونحوه، وقد تقدّم^(١) . وقوله : «وامتنع الآخر» يشمل ما لو امتنع من القبول والقبض معاً وما لو امتنع من أحدهما، وإن كان المقام مقام القبض خاصّةً .

قوله : «ويجوز تفضيل بعض الوُلد على بعض في العطيّة على كراهية» .

أما جواز التفضيل في الجملة فهو المشهور بين الأصحاب وغيرهم . ويشهد له أنّ النّاس مسلّطون على أموالهم^(٢) ويظهر من ابن الجنيّد^(٣) التحريم إلاّ مع المزية، والتعدية إلى باقي الأقارب مع التساوي في القرب . والوجه الكراهية المؤكّدة، لقوله صلى الله عليه وآله وسلّم : «سوّوا بين أولادكم في العطيّة، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضّلت البنات»^(٤) . ولأنّ التفضيل يورث العداوة والشحناء بين الأولاد كما هو الواقع شاهداً وغابراً، ولدلالة ذلك على رغبة الأب في المفضّل المثير للحسد المفضي إلى قطيعة الرحم .

وقد روي أن النعمان بن بشير أتى أبوه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلّم فقال : إني نحلّت ابني هذا غلاماً، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلّم : «أكلّ وُلدك نحلّت مثل هذا؟» فقال : لا، فقال : «أردده» .^(٥) وفي روايةٍ أخرى أنّ النبي

(١) في ج ٤ : ٣٣٢ .

(٢) عوالي اللثالي ١ : ٤٥٧ ح ١٩٨ ، ٢ : ١٣٨ ح ٣٨٣ ، البحار ٢ : ٢٧٢ ح ٧ .

(٣) مختلف الشيعة : ٤٨٧ .

(٤) المعجم الكبير ١١ : ٣٥٤ ح ١١٩٩٧ ، السنن الكبرى ٦ : ١٧٧ .

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

صلى الله عليه وآله وسلم قال له: «أتحب أن يكونوا لك في البرّ سواء؟» فقال: نعم، قال: «فارجعه». ^(١) وفي حديث آخر عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: «أكلّ وألدك أعطيت مثله؟» قال: لا، قال: «فأتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» فرجع في تلك العطيّة. ^(٢) وفي رواية أخرى: «لا تشهدني على جور» ^(٣). وهذه الروايات تصلح حجّة لابن الجنيّد. والأصحاب حملوها - على تقدير سلامة السند - على الكراهة جمعاً. وقد روى أبو بصير في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخصّ بعض ولده بالعطيّة، قال: إن كان موسراً فنعّم وإن كان مفسراً فلا» ^(٤) ولا قائل بمضمونه مفصلاً غير أن تجوزّه العطيّة مع اليسار مطلقاً حجّة المشهور، ومنعه منه مع الإعسار مناسب للكراهة ولحقّ المفضّل حيث يكون عليه دين ونحوه. وإطلاق النصوص السابقة يقتضي عدم الفرق بين حالة الصّحة والمرض وحالة العسر واليسر، إلا الحديث الأخير فخصّ النهي بحالة العسر. وفي رواية سماعه عن الصادق عليه السلام لما سأله عن عطية الوالد لولده فقال: «أما إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء، وأما في مرضه فلا يصلح» ^(٥). وعمل بمضمونها العلامة في المختلف، فخصّ الكراهية بالمرض أو الإعسار، وفي بعض نسخه بها معاً ^(٦).

والظاهر أنّ دلالة الخبرين على الأول أوضح. والأقوى عموم الكراهية لجميع الأحوال وتأكدها مع المرض والإعسار، إعمالاً لجميع الأدلة لعدم المنافة. واستثنى بعض الأصحاب ^(٧) منه ما لو اشتمل المفضّل على مزية كحاجة واشتغال بعلم،

(١-٣) راجع صحيح مسلم ٣: ١٢٤١ - ١٢٤٤، والسنن الكبرى ٦: ١٧٦ - ١٧٨.

(٤) التهذيب ٩: ١٥٦ ح ٦٤٤، الوسائل ١٣: ٣٨٤ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١٢.

(٥) التهذيب ٩: ١٥٦ ح ٦٤٢، الوسائل ١٣: ٣٨٤ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١١.

(٦) مختلف الشيعة: ٤٨٧.

(٧) التحرير ١: ٢٨٣، جامع المقاصد ٩: ١٧١.

وإذا قبضت الهبة فإن كانت للأبوين، لم يكن للواهب الرجوع إجماعاً. وكذا إن كان دا رحمٍ غيرهما. وفيه خلاف.

والمفضل عليه على نقص كفسق وبدعة واستعانة بالمال على معصية ونحو ذلك، فلا يكره التفضيل حينئذٍ. ولا بأس به مع احتمال عموم الكراهة، لعموم الأدلة وإطلاقها.

قوله: «وإذا قبضت الهبة فإن كانت للأبوين . . . الخ».

يفهم من قوله: «وفيه خلاف» - وضميره يعود إلى غير الأبوين من ذي الرحم - أن الإجماع متحقق في هبة الولد للوالدين خاصةً، فيدخل في الخلاف العكس، وهو هبتهما للولد. وفي المختلف^(١) عكس، فجعل الإجماع على لزوم هبة الأب ولده، ومع ذلك لم يذكر الأم فيه. والظاهر أن الاتفاق حاصل على الأمرين إلا من المرتضى في الانتصار^(٢)، فإنه جعلها جائزة مطلقاً ما لم يعوّض عنها، وإن قصد به التقرب، وكأنهم لم يعتدوا بخلافه، لشذوذه، والعجب مع ذلك أنه ادّعى إجماع الامامية عليه مع ظهور الإجماع على خلافه. وذكر صاحب كشف الرموز^(٣) أنه سأل المصنف - رحمه الله - عن وجه إخلاله بذكر الأولاد مع أن الإجماع واقع على لزوم الهبة لهم كالآباء، فأجابه بأنه كان زيباً للقلم. وهو يدل على اعترافه بالإجماع على الأمرين.

إذا تقرّر ذلك: فأنحصر الخلاف في غيرهم من الأرحام، وقد اختلف الأصحاب في حكم هبته مع بقاء العين وعدم التصرف فيها والتعويض عنها، فذهب الأكثر إلى لزومها، لعموم الأمر بالوفاء^(٤) بالعقود على ما فيه، ولأنه مالك إجماعاً، والأصل استمرار ملكه في المتنازع، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام: «قال: الهبة والنحل يرجع فيهما صاحبهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذي

(١) مختلف الشيعة: ٤٨٤.

(٢) الانتصار: ٢٢١ - ٢٢٣، لكنه فيها كان غير قاصد ثواب الله تعالى ووجهه.

(٣) كشف الرموز ٢: ٥٦.

(٤) المائدة: ١.

وإن كان أجنبيًّا فله الرجوع ما دامت العين باقية، فإن تلفت فلا رجوع.

رحم، فإنه لا يرجع فيها^(١) وغيرها من الأخبار^(٢). وما ورد من الأخبار^(٣) معارضاً لها ضعيف السند، فلا يصلح للمعارضة فضلاً عن ترجيحه عليها. وبذلك يضعف قول الشيخ في الخلاف^(٤) بالجواز محتجاً بها، كما ضعف قول المرتضى - رضي الله عنه - محتجاً بالإجماع.

واعلم أنّ المراد بالرحم في هذا الباب وغيره - كالرحم الذي تجب صلته ومحرم قطعه - مطلق القريب المعروف بالنسب وإن بعدت لحمته وجاز نكاحه. وهو موضع نصّ ووافق.

قوله: «وإن كان أجنبيًّا فله الرجوع . . . الخ».

تلف العين الموجب للزوم الهبة أعمّ من كونه من قبل الله تعالى وغيره حتى من المتّهب، لشمول الدليل للجميع، وهو حسنة الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع وإلا فليس له»^(٥). وليس الخلاف في هذه الصورة إلا مع المرتضى - رضي الله عنه - حيث جوّزها مطلقاً ما لم يعوّض. وحجّتنا النصّ، وعذره عدم قبول مثله. وادّعى في التذكرة^(٦) أنّ الحكم بالزوم مع التلف إجماعيّ، وهو في مقابلة دعوى المرتضى - رحمه الله - الإجماع على الجواز. وفي حكم تلفها أجمع تلف بعضها وإن قلّ، لدلالة الرواية عليه، فإنّ العين مع تلف^(٧) جزء منها لا تعدّ قائمة.

(١) الكافي ٧: ٣١ ذيل ح ٧، التهذيب ٩: ١٥٦ ح ٦٤٣، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٠،

الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب «٦» من كتاب الهبات ح ٢.

(٢) الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب «٦» من أبواب أحكام الهبات.

(٣) الخلاف ٣: ٥٦٧ مسألة (١٢).

(٤) الكافي ٧: ٣٢ ح ١١، التهذيب ٩: ١٥٣ ح ٦٢٧، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٢، الوسائل

١٣: ٣٤١ ب «٨» من كتاب الهبات.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٩.

(٧) في «س»: متى تلف.

وكذا إن عوّض عنها ولو كان العوض يسيراً .

وهل تلزم بالتصرّف؟ قيل: نعم، وقيل: لا تلزم. وهو الأشبه .

قوله: «وكذا إن عوّض عنها ولو كان العوض يسيراً» .

هذا أيضاً من المواضع الموجبة للزومها من الأجنبيّ، وهو موضع وفاق من جميع الأصحاب حتّى من المرتضى - رضي الله عنه - كما قد عرفت . ومستنده - مع الأدلّة العامّة - خصوص قول الصادق عليه السلام في حسنة عبد الله بن سنان قال: «إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع»^(١) وغيرها . ولا فرق في العوض بين القليل والكثير مع تراضيهما عليه، لإطلاق النصّ والفتوى، ولأنّها تصير بالتعويض معاوضةً محضةً فيلزم، للعموم . ولو لم يرض الوهاب باليسير ابتداءً أو بعد العقد لم يؤثر بذل المتّهب له كما سيأتي - إن شاء الله - تحريره^(٢) . ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره، عملاً بالإطلاق، ولأنّه بالقبض بعد العقد مملوك للمتّهب فيصحّ بذله عوضاً عن الجملة .

قوله: «وهل تلزم بالتصرّف؟ قيل: نعم، وقيل: لا تلزم. وهو

الأشبه» .

حكم هذه المسألة من المشكلات، وقد اختلف فيها الأصحاب، المتقدّمون منهم والمتأخرون . وتحرير الدليل على كلّ قولٍ غير منقحٍ ولا سالمٍ من إشكال، ونحن نذكر منه هنا ما يقتضيه المقام، ونحيلك على معرفة ما أهملناه بملاحظة ما حرّرناه . فنقول:

إذا تمّت الهبة بالعقد والقبض، ولم يكن لذي رحم ولا زوج ولا زوجة، ولم يعوّض المتّهب عنها، ولم يتلف في يده، ولكن تصرّف فيها تصرفاً لا يسوغ له قبل

(١) الكافي ٧: ٣٣ ح ١٩، التهذيب ٩: ١٥٤ ح ٦٣٢، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٣، الوسائل

١٣: ٣٤١ ب «٩» من كتاب الهبات ح ١ .

(٢) في ص: ٥٩ .

التملك، فهل يلزم الهبة بذلك، ويكون التصرف من جملة الأسباب الموجبة للزومها، أم تبقى جائزة على ما كانت قبل التصرف؟ فيه أقوال:

أحدها - وهو الذي اختاره المصنف في الكتاب ومختصره^(١)، وقبله^(٢) سلار وأبو الصلاح^(٣)، وهو ظاهر ابن الجنييد^(٤) - : عدم تأثير التصرف مطلقاً في لزومها، بل للواهب فسحها كما كان له قبله. وإطلاقه بقاء الحكم بالجواز مع التصرف يشمل الناقل للملك، والمانع من الرد كالاستيلاد، والمغير للعين كطحن الحنطة، وغيرها.

وثانيها: أنها تلزم بالتصرف مطلقاً^(٥)، ذهب إليه الشيخان^(٦) وابن البراج^(٧) وابن إدريس^(٨) وأكثر المتأخرين كالعلامة^(٩) والشهيد^(١٠) - رحمه الله - في اللمعة، وغيرهما^(١١)!

وثالثها: التفصيل بلزومها مع خروجه عن ملكه، أو تغير صورته كقصارة الشوب ونجارة الخشب، أو كون التصرف بالطوي، وعدمه بدون ذلك كالركوب

(١) المختصر النافع: ١٦٠.

(٢) المراسم: ١٩٩.

(٣) الكافي في الفقه: ٣٢٣.

(٤) لعله استظهره من كلامه في نقصان السلعة. راجع المختلف: ٤٨٦.

(٥) في هامش «و»: «الاطلاق للشيخ مذهبه في النهاية، وأما في المسوط فله تفصيل يأتي. منه رحمه الله». لاحظ النهاية: ٦٠٣.

(٦) الشيخ المفيد في المقتنة: ٦٥٨، والشيخ الطوسي في الخلاف ٣: ٥٧١ مسألة ١٧، والنهاية وقد تقدم أنفاً.

(٧) المهذب ٢: ٩٥.

(٨) السرائر ٣: ١٧٣.

(٩) المختلف ٢: ٤٨٦، ارشاد الأذهان ٢: ٤٥٠.

(١٠) اللمعة: ٥٩.

(١١) كابن فهد الحلبي في المقتصر ٢١٢، والصيمري في تلخيص الخلاف ٢: ٢٢٩ مسألة ١٧.

والسكنى واللبن ونحوها من الاستعمال. وهو قول ابن حمزة^(١)، والشهيد في الدروس^(٢)، وجماعة من المتأخرين^(٣). وزاد ابن حمزة فقال: «لا يقدر الرهن والكتابة». وهو يشمل بإطلاقه ما لو عاد إلى ملك الواهب أو لم يعد.

إذا تقرّر ذلك: فلنعد إلى ما احتجّ به أصحاب الأقوال من الأخبار والاعتبار، وسنبيّن ما فيه. فالذي يصلح حجّة لأصحاب القول الأول صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يهب الهبة أيرجع فيها إن شاء؟ فقال: «تجوز الهبة لذوي القربات والذي يثاب في هبته، ويرجع في غير ذلك»^(٤). والظاهر أن المراد بالجواز في الخبر اللزوم، بقريّة تخصيصه بالحكم بالقرابة والمثاب وقوله: «ويرجع في غير ذلك». وحسنة الحلبي عنه عليه السلام قال: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع وإلا فليس له»^(٥). وبقاء العين شامل لحالتي التصرف وعدمه. ولأنّ استحقاق الرجوع ثابت قبل التصرف فيستصحب.

وأجاب في المختلف عن الخبرين بحملهما على ما إذا لم يوجد التصرف^(٦). وفيه نظر، لأنّ تخصيص العام وتقيد المطلق لا يصحّ إلّا مع وجود معارض يتوقّف على الجمع بينهما بذلك، ولم يذكر ما يوجب المعارضة على هذا الوجه، كما سنبيّن إن شاء الله تعالى. واقتصر في المختلف على هذين الحديثين استدلالاً من طرف القائل، وأضاف إليهما الاستدلال بأصالة بقاء الملك على صاحبه^(٧). وهو حجّة رديّة، لأنّ

(١) الوسيلة: ٣٧٩.

(٢) الدروس: ٢٣٧.

(٣) نفى عنه البعد في جامع المقاصد ٩: ١٦٠، ولم نعثر على غيره.

(٤) التهذيب ٩: ١٥٨ ح ٦٥٠، الاستبصار ٤: ١٠٨ ح ٤١٤، الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب «٦»

من كتاب الهبات ح ١.

(٥) تقدّم ذكر مصادرها في ص: ٣١، الهامش (٥).

(٦ و ٧) المختلف: ٤٨٦.

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

ويمكن أن يحتج له أيضاً من الأخبار بصحيفة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها إن شاء حيزت أو لم تحز إلاّ لذي رحم، فإنه لا يرجع فيها»^(١). وبصحيفة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: إنما الصدقة محدثة، إنما كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ينحلون ويهبون، ولا ينبغي لمن أعطى الله عزّ وجلّ شيئاً أن يرجع فيه، قال: وما لم يعطه الله وفي الله فإنه يرجع فيه، نحلة كانت أو هبة، حيزت أو لم تحز»^(٢) الحديث. وفي معناها موثقة عبيد بن زرارة قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق الصدقة أله أن يرجع في صدقته؟ فقال: إنّ الصدقة محدثة إنما كانت النحلة والهبة. ولمن وهب أو نحل أن يرجع في هبته، حيزت أو لم تحز، ولا ينبغي لمن أعطى شيئاً لله عزّ وجلّ أن يرجع فيه»^(٣). فهذه الأخبار الخمسة دالة بإطلاقها أو عمومها على ما أدعاه المصنف من جواز الرجوع فيها وإن تصرف، وهو ظاهر.

لا يقال: مدلول الأخبار على الإطلاق غير مراد، لتناولها ما لا يجوز الرجوع معه إجماعاً، كحالة التعويض والتلف، فما تدلّ عليه لا يقولون به وما يقولون به لا يقصر دلالتها عليه.

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

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

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

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

خاصّ، وهو الأخبار التي أسندنا إليها الحكمين، فتكون تلك الأخبار مخصّصةً أو مقيدةً لهذه. وطريق الجمع بينهما حمل هذه على ما عدا تينك الحالتين، إعمالاً للدليلين بحسب الإمكان، كما هو محقق في الأصول، فتبقى هذه الأخبار كالعامة المخصوص في كونه حجّة في الباقي. وحيثنّذ فيضعف أيضاً قول مَنْ قال: إن هذه الأخبار لا عموم لها، أو أنّ تقييدها لا بدّ منه، فإنّ تقييدها بما يوجب الجمع بينها وبين غيرها لا يسقط دلالتها ويتناول موضع النزاع، ويحتاج تقييدها بغير حالة التصرف إلى مقيد. حجّة القول الثاني أمور:

الأول: عموم قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم﴾^(١)، وليس الرجوع تجارةً ولا عن تراض. الثاني: عموم أوفوا بالعقود^(٢)، خرج منه ما دلّ الدليل على جوازه فيبقى الباقي على أصله.

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

الرابع: أنّ جواز الرجوع يقتضي تسلّط الواهب على ملك المتّهب، وهو خلاف الأصل، لقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «الناس مسلّطون على أموالهم»^(٤) فيقتصر فيه على موضع الدليل.

(١) سورة النساء: ٢٩. ونصّ الآية الكريمة: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾.

(٢) المائدة: ١.

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

(٤) راجع ص: ٢٨، الهامش (٢).

الخامس: قال الشيخ - رحمه الله - : «روى الأصحاب أن المتهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها»^(١). وهو يدل على وجود روايات بذلك.

السادس: أن المتهب قد ملك بالعقد والإقباض، وظهر أثر الملك بالتصرف، فقوي وجود السبب، وهو تام وإلا لم يتحقق أثره، فلا يتحقق النقل عنه إلا بسبب طارٍ، والرجوع ليس سبباً هنا وإلا لكان سبباً في غيره.

السابع: أن جواز الرجوع يقتضي الضرر والإضرار بالمتهب على تقدير بنائه وغرسه وطول مدته، وهما منفيان شرعاً.

الثامن: أن الموهوب قد صار ملكاً للمتهب بعقد الهبة، فلا يعود إلى ملك الواهب إلا بعقد جديد أو ما هو في حكمه.

التاسع: أنه إجماع، لأن المخالف معروف الاسم والنسب فلا يقدرح.

فهذه عشرة أدلة بحديث القبي، لأنه دالٌّ برأسه وإن كان في ضمن حديث آخر، فقد روي^(٢) منفرداً أيضاً. وهذه الأدلة جمعتها من تضاعيف عبارات أصحاب هذا القول، ولم يتفق جمعها لأحد منهم هكذا، وهي أقصى ما أمكن من استدلالهم.

وفي كل واحد منها نظر:

أما الأول فللمنع من كون أكل الهبة بطريق الرجوع فيها من الواهب أكلاً لمال الغير بالباطل، بعد ورود الروايات الصحيحة على جواز الرجوع فيها المستلزم لعود ملكه لها بالفسخ، فيكون أكلاً لمال نفسه بالحق لا لمال غيره بالباطل.

وأما الثاني فالأمر بالوفاء بالعقود المراد منه الوفاء بما تقتضيه والالتزام بما يترتب عليه شرعاً من لزوم وجواز، فمن فسخ بالعقد الجائز الذي قد دلت الأخبار الصحيحة الكثيرة على جوازه كان قد وفى العقد حقه اللازم له شرعاً. سلمنا أن المراد

(١) المبسوط ٣: ٣١٢، وقريب منه في الخلاف ٣: ٥٧١ في مسألة ١٧.

(٢) الفقيه ٤: ٢٧٢ ضمن رقم ٨٢٨، الاستبصار ٤: ١٠٩ ح ٤١٦ و ٤١٧، الوسائل ١٣:

٣٤١ ب «٧» من كتاب الهبات ح ٥، و ٣٤٣ ب «١٠» منه ح ٣.

بالوفاء به التزامه مطلقاً لكنّه مخصوص بالعقود اللازمة، وكون هذا العقد لازماً في هذه الحالة عين المتنازع، وقد عرفت دلالة الأدلة الصحيحة على جوازه، فيكون مستثنى كما استثني غيره من العقود الجائزة.

وأما الثالث - وهو خبر إبراهيم بن عبد الحميد - فأول ما فيه ضعف السند جداً، فإن إبراهيم بن عبد الحميد واقفي المذهب، وإن قال بعضهم^(١): إنه ثقة. والذي يرويه عنه عبد الرحمان بن حماد، وهو مجهول العين مطلقاً، وإنما يوجد في قسم الضعفاء عبد الرحمان بن أبي حماد، وهو غالٍ لا يلتفت إليه. والذي يرويه عنه «إبراهيم» بقول مطلق، وهو مشترك بين جماعة منهم الضعيف والثقة. وما هذا شأنه كيف يجعل حجة في مقابلة تلك الأخبار الصحيحة، مع أنّ في معناها من الأخبار الضعيفة^(٢) جملة لم يلتفت إلى ذكرها لذلك، وإن كان حالها أقوى من هذا الخبر؟. وأما دعوى انجبار ضعفه بالشهرة فأعجب من أصل الاستدلال به، فإن شهرته إن كانت بمعنى تدوينه في كتب الحديث فهو أمر مشترك بينه وبين سائر الأخبار الضعيفة المذكورة في كتب أصول الحديث المروية^(٣)، وإن كان بمعنى عملهم بمضمونه فظاهر بطلانه، لأنّ مضمونه لزوم الهبة متى قبضت، سواء كانت لرحم أم غيره، عوض عنها لم يعوّض، بقيت عينها أم تلفت، وهذا المفهوم على إطلاقه لا يقول به أحد، وإنما يأخذون منه هنا قدر حاجتهم خاصة، وهو لزومها على تقدير التصرف، ويطرحون باقي مدلوله، فأبي معنى لاشتهاره على وجه يجبر ضعفه؟ سلّمنا، لكن لا دلالة له على التصرف مطلقاً، وإنما دلّ على لزومها مطلقاً بالقبض كما عرفت، وأنتم لا تقولون به، فأبي وجه لحملة على حالة التصرف خاصة؟ وأما الاستدلال بقوله صلى الله عليه وآله وسلّم: «إنّ الراجع في هبته كالراجع

(١) الفهرست للشيخ: ٧.

(٢) راجع الوسائل ١٣: ٣٣٨ ب «٦» من كتاب الهبات.

(٣) في «س»: المدونة.

في قيئه» فالكلام في طريقه كما تقدّم، ومن حيث المتن مقتضاه تحريم الرجوع مطلقاً كما يحرم الرجوع في القياء، ولا يقول به أحد. ومنه يظهر أنّ حمله على الكراهة مطلقاً أولى. ووجه التشبيه استقذار الرجوع عند أهل البصيرة وذوي المروءة. سلّمنا إرادة التحريم، لكن تحريم الرجوع لا يدلّ على فساده وعدم ترتّب الأثر عليه، لعدم دلالة النهي في غير العبادات عليه.

وأما الرابع ففيه أنّ تسلّط الواهب إذا وقع بها أذن له الشارع فيه من العقد الجائز لا يكون مخالفاً للأصل، بل موافقته له أوضح، وبالرجوع بصير ماله، وتسلّطه حينئذٍ على ماله لا على مال المتّهب.

وأما الخامس - وهو الحكاية عن الشيخ بأنّ الأصحاب رووا أنّ المتّهب متى تصرف في الهبة فلا رجوع فيها - فعجيبٌ، لأنّ أرباب هذا القول بالغوا وفتشوا فلم يجدوا حديثاً واحداً يدلّ على ما ادّعه الشيخ سوى رواية إبراهيم بن عبد الحميد فذكروها في استدلالهم، وحالها ما قد رأيت دلالةً وسنداً. وكتب الشيخ الأخبارية خالية عما ادّعى رواية الأصحاب له، ولم يتعرّض في روايته أصلاً إلى حكم التصرف صريحاً، وإنّما روى هو وغيره من الأصحاب ما حكيناه من حكم جواز الهبة على الوجه المتقدّم المنافي لما ادّعه هنا.

وأما السادس - وهو الاستدلال بتحقيق الملك وظهور أثره بالتصرف - ففيه: أنّه إن أراد بالملك اللزماً فهو مصادرة على المطلوب، وهل هو إلّا أوّل المسألة وعين المتنازع؟! وإن أراد تحقيق الملك المطلق بالعقد والإقباض أعمّ من اللزوم والجائز وترتّب أثر هذا المطلق فهو غير نافع، لأنّ العقد الجائز لا يرفع جوازه التصرف فيه على هذا الوجه، كما يظهر ذلك في تصرف أحد المتبايعين مع وجود الخيار للآخر، وفي التصرف غير المغيّر للعين ولا الناقل للملك في الهبة عند بعض الأصحاب^(١). وحينئذٍ

فالظاهر من أثر الملك إنها هو أثر الملك الحاصل، وهو الجائز رفعه على ما يدعيه الخصم ودلت عليه الأخبار^(١) الصحيحة، وذلك لا يوجب قوّة السبب ولا تماميته، ولا ينافي كونه سبباً. ودعوى كون الرجوع ليس سبباً هنا عين المتنازع، فإنّ الخصم يجعله سبباً تاماً في رفع ملك المتهب وإثبات ملك الواهب بواسطة جواز العقد الذي قد استفيد من النصوص.

وأما السابع - وهو استلزام جواز الرجوع الضرر في بعض الصور - ففيه: أنّ المتهب قدم على هذا الضرر بالتصرّف في ملكٍ متزلزلٍ أمره بيد غيره، وإذا أدخل هو الضرر على نفسه لا يضرّ عند الشارع، كما في نظائره من الموارد التي يلقي الانسان نفسه فيها من الضمانات والغرامات التي لا تحصى كثرة. ومثله يقع كثيراً في تصرّف مَنْ ليس له الخيار مع مَنْ له ذلك في أبواب البيع والشفعة وغيرها.

وأما الثامن: فجوابه ظاهر، لأنّه إن أراد صيرورته ملكاً لازماً فهو أوّل المسألة، وإن أراد الأعم لم يضرهم. وقوله: «فلا يعود إلى ملك الواهب إلّا بعقد أو ما في حكمه» مسلم لكن الفسخ في حكم العقد، حيث إنّ ناقل للملك من المتهب إلى الواهب كما لا يخفى.

وأما التاسع - وهو دعوى الإجماع - فترك جوابه أليق، وكيف يتحقّق الإجماع في موضع الخلاف العظيم والمركة الكبرى والمنازعة العظمى وتعدّد الأقوال؟! وعلم عين القائل ونسبه مشترك الإلزام في كلّ مسألة مما يدعى فيها الاجماع كذلك فضلاً عن هذه، وما هذه الدعوى عند أرباب النهي إلّا من قبيل الهذيان والتخيّلات. وأعجب منها ما وقع في مقابلتها من دعوى المرتضى - رضي الله عنه - في الانتصار^(٢) الإجماع على جواز الهبة مطلقاً، لرحم كانت أم لغيره، تصرّف فيها أم لم يتصرّف،

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

(٢) الانتصار: ٢٢١، ٢٢٣.

ما لم تعوّض .

حجّة القول الثالث - وهو التفصيل بتغيّر العين وزوالها عن الملك وعدمه - حسنة الحلبي المتقدمة^(١) عن الصادق عليه السلام : «إذا كانت الهبة قائمةً بعينها فله أن يرجع فيها وإلا فليس له» .

ووجه الدلالة أنها مع تغيّر عينها بالطحن ونجارة الخشب وتفصيل الثوب ونحو ذلك لا يصدق عليها بقاء العين ، لأنّ المتبادر منها بقاؤها بأوصافها التي كانت عليها لا أصل الذات ، ومع خروجها عن ملكه لا يصدق بقاؤها عرفاً ، لأنّ ذلك منزّل منزلة التلف ، فضلاً عن أصل الخروج عن الوصف . وعلى هذا فتكون هذه الرواية مخصّصةً أو مقيدةً لتلك الأخبار الصحيحة ، كما قيدها في حالة التلف .

ولكن لا يخلو من إشكال في السند والدلالة . أمّا السند فلعدم كونها من الصحيح ، فمن يعتبر عدالة الراوي بالمعنى المشهور يشكل عليه العمل بها . وأمّا الدلالة فيظهر في صورة نقلها عن الملك مع قيام عينها بحالها ، فإنّ إقامة النقل مقام تغيّر العين أو زوالها لا يخلو من تحكّم أو تكلف . بل قد يدعى قيام العين ببقاء الذات مع تغيّر كثير من الأوصاف فضلاً عن تغيّر يسير . وأيضاً فأصحاب هذا القول ألحقوا الوطاء مطلقاً بالتغيّر مع صدق بقاء العين بحالها معه ، اللهم إلا أن يدعى في الموطوءة عدم بقاء عينها عرفاً . وليس بواضح . أو يخصّص بها لو صارت أمّ ولد ، فإنّها تنزّل منزلة التالفة من حيث امتناع نقلها عن ملك الواطئ .

وعلى كلّ حال فتقييد تلك الأخبار الكثيرة الصحيحة الواضحة الدلالة بمثل هذا الخبر الواحد البعيد الدلالة في كثير من مدّعات تفصيله لا يخلو من إشكال ، إلاّ أنّه أقرب من القول المشهور باللزوم مطلقاً . والذي يظهر أنّ الاعتماد عليه أوجه حيث يظهر دلالته بصدق التغيّر عرفاً ، لأنّه من أعلى درجات الحسن ، بل قد عدّه

الأصحاب من الصحيح في كثير من الكتب^(١)، وإن كان ذلك ليس بجيد كما سننبه عليه في آخر البحث^(٢). وتبقى تلك الأخبار السابقة من كون الراجع في هبته كالراجع في قيته، فإن له طريقاً صحيحاً وإن كان أكثر طرقه ضعيفة، وخبر إبراهيم ابن عبد الحميد كالشاهد له، فيكون في ذلك إعمال لجميع الأخبار، وهو خير من أطراح مثل هذا الحديث المعتبر والباقية^(٣).

وقد ظهر مما ذكرناه أنّ أمتن الأقوال وأوضحها دلالةً من النصوص الصحيحة المتكثرة هو ما اختاره المصنف من القول ببقاء هذا العقد على الجواز، وأنّ القول باللزوم مطلقاً أبعداها عن الدلالة المعتبرة المقبولة وإن كانت كثيرة بحسب الصورة. فلا تغتربها قاله صاحب كشف الرموز^(٤) من ضعف ما اختاره المصنف، وأنّه باحثه فيه وراجعها واستقصى الكلام معه فلم يظهر له إلا المخالفة والقول باللزوم مطلقاً معتمداً فيه على الإجماع والخبر السابق مع غفلته عما حقّقناه. وأعجب منه دعوى الإجماع على اللزوم في موضع الخلاف.

واعلم أنّه على القول باللزوم الأمر واضح، لأنّ كلّ ما يعدّ تصرفاً يوجبه، سواء غير العين أم لا، وسواء نقل عن الملك أم لا. وإن قلنا بالتفصيل فيعتبر في التصرف المغيّر تبديل صورة الموهوب وإن بقيت حقيقته، كطحن الحنطة وقطع الثوب وقصارته ونجارة الخشب ونحو ذلك، لعدم بقاء العين العبرّ به^(٥) في الخبر مع ذلك حسب ما تقرّر.

وهل ينزل إدخالها في البناء - بحيث يستلزم هدمه الإضرار بهالكة مع بقاء

(١) كالدروس: ٢٣٧، والتنقيح الرائع ٢: ٣٤٥، وجامع المقاصد ٩: ١٥٨.

(٢) في ص: ٤٤.

(٣) في «و»: وإعمال الباقي ظ.

(٤) كشف الرموز ٢: ٥٩.

(٥) في ما عدا «س» و«ش»: العبرّ عنه.

العين وعدم تبدل صورتها - منزلة التصرف المغير؟ وجهان، من صدق بقاء العين، وكون هذا الفعل أقوى من ذلك التبدل اليسير، ولزوم الاضرار بالتهب مع دخوله فيه دخولاً شرعياً بل من مالك العين، ولعله أقوى.

ولو نقلها عن ملكه نقلاً لازماً فقد قطعوا بلزومها حينئذ، وإن فرض عودها إلى ملكه بعد ذلك بإقالة أو غير ذلك من وجوه النقل المتجدد، لبطان حق الرجوع بذلك، فعوده يحتاج إلى دليل جديد.

ولو كان عوده بخيار أو فسخ بعيب ونحوهما مما يوجب من حينه فكذلك، لتحقق انتقال الملك، مع احتمال عود الجواز، نظراً إلى ارتفاع العقد، ووجود سببه من حين العقد.

ويضعف: بأن الملك منتقل على التقديرين وإن كان متزلزلاً وقد صدر عن مالك، وعوده إليه لم يبطل ذلك الملك، وإنما تجدد ملك آخر، ومن ثم كان النهاء المتخلل لمن انتقل إليه دون التهب. ولو وطئ الأمة فقد حكموا بعده تصرفاً ملزماً مطلقاً، سواء استولدها به أم لا. ولا شبهة فيه. وعلى تقدير الاستيلاء لو تجدد موت الولد فكتجدد الفسخ، وأولى باحتمال عود الجواز، لعدم انتقالها عن ملك التهب، وإنما منع منه مانع وقد زال. هذا إذا جعلنا المانع هو الاستيلاء لا الوطاء وإلا لم يعد مطلقاً، لوجود السبب الموجب للزوم.

ولو كان التصرف بالاجارة انتظر الواهب انقضاء المدة، وجاز الفسخ معجلاً. ولو كان بالكتابة روعي بالفسخ، فإن حصل تبيين صحة الرجوع وإلا فلا. والفرق بين الفسخ هنا وفسخ ذي العيب والخيار: أن الفسخ بعجز المكاتب يبطلها من أصلها، ومن ثم يملك السيد ما بيده من الكسب وما وصل إليه قبله على تقدير كونها مشروطة، بخلاف ما يوجب من حينه. ولو كانت مطلقة وفسخ قبل الأداء فكذلك، ولو كان بعد أداء البعض ففي صحة الرجوع فيما بطل فيه خاصة وجهان. وقد

تقدّم^(١) إطلاق ابن حمزة عدم بطلان الرجوع بالكتابة مطلقاً. والتفصيل أجود. ولو كان التصرف بالرهن روعي انفكاكه في صحته. وأطلق ابن حمزة^(٢) عدم منعه. وكأن وجهه تقدّم حق الواهب على حق المرتهن، فيفسخ الرهن مطلقاً. ووجه العدم وقوع التصرف من مالك فكان ماضياً إلى أن يرد المانع^(٣).

والتفريع على القول بالجواز مطلقاً واضح فيما لا يحصل مع التصرف نقل الملك ولا مانع من الردّ كالاستيلاد، أمّا معها فمقتضى كلام القائل به جوازه أيضاً من غير استثناء، وعموم^(٤) الأدلة يتناولها. وحيث فلا يتسلط على ردّ العين، لانّقال الملك إلى غير الموهوب في وقت كان مالكا، فوقع التصرف صحيحاً، ولكن يرجع إلى قيمة العين. وفي اعتبار قيمته وقت الرجوع أو وقت النقل وجهان أجودهما الأول، لأنّه وقت انتقال الملك الموجب للقيمة، جمعاً بين الحقيقتين.

ويحتمل استثناء هاتين الصورتين من الحكم وإن كان القائل به قد أطلق، لأنّ حقيقة الرجوع لا تتمّ إلا بإبطال ملك غير المتّهب، والرجوع إلى القيمة مع وجود العين إحالة على غير ما دلّ عليه الدليل الموجب للرجوع، ولأنّ فيه جمعاً بين الأخبار، حيث يدعى أنّ نقل الملك منزّل منزلة تغير العين بل تلفها، وقد شرط في الخبر السابق بقاء العين قائمة في جواز الرجوع.

تنبيه هو خاتمة بحث المسألة:

اعلم أنّ العلامة^(٥) في التذكرة والمختلف^(٦) وصف رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام: «إذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع فيها . . . الخ» بالصحة،

(١) و(٢): راجع ص: ٣٤.

(٣) في «و» إلا أن يزول.

(٤) في «س»: ومجموع.

(٥) التذكرة ٢: ٤١٩.

(٦) المختلف ٢: ٤٨٧.

ويستحب العطيّة لذوي الرحم ، ويتأكد في الولد والوالد .

وتبعه على ذلك الشهيد في الدروس^(١) والشيخ علي في الشرح^(٢) . والحقّ أنّها من الحسن لا من الصحيح ، لأنّ في طريقها إبراهيم بن هاشم ، وهو ممدوح خاصّة غير معدل ، وكثيراً ما يقع الغلط في حديثه خصوصاً في المختلف ، وقد وصفه بالحسن في مواضع كثيرة^(٣) منه موافقاً للواقع ، والعجب من تبعيّة هذين الفاضلين له أكثر . وإنّما طولنا الكلام في هذه المسألة وخرجنا عن موضوع الكتاب لأنّها من المهمّات ، والله وليّ التوفيق .

قوله : «ويستحبّ العطيّة لذوي الرحم ، ويتأكد في الولد والوالد» .

لما في العطيّة للمذكورين من الجمع بين الصدقة وصلّة الرحم المأمور بها ، وقد قال الله تعالى مدحاً للفاعل : ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى﴾^(٤) فبدأ بالقرابة . وقال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم : «صدقتك على ذوي رحمك صدقة وصلّة»^(٥) . وروي أنّ زينب امرأة عبد الله بن مسعود كانت صناعاً ، وكانت تنفق على زوجها وولده ، فأتت النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم فقالت : يا رسول الله إنّ عبد الله وولده شغلاني عن الصدقة ، فقال النبيّ صلّى الله عليه وآله وسلّم : «لك في ذلك أجران أجر الصلّة وأجر الصدقة»^(٦) . والأخبار في هذا الباب كثيرة جدّاً .

وإنّما تستحبّ عطيّة الرحم حيث لا يكون محتاجاً إليها بحيث لا تندفع حاجته بدونها ، وإلّا وجبت كفايةً إن تحققت صلة الرحم بدونها وإلّا وجبت عيناً ، لأنّ صلة

(١) الدروس : ٢٣٧ .

(٢) جامع المقاصد ٩ : ١٥٨ .

(٣) كما في ص : ٢٩ ، ٤٧ ، ١٠٦ ، ٢٠١ ، ٣١١ وغيرها .

(٤) البقرة : ١٧٧ .

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

(٦) وردت هذه القصّة بتفاوت في المصادر . راجع الطبقات الكبرى ٨ : ٢٩٠ ، سنن ابن ماجه

١ : ٥٨٧ ح ١٨٣٥ ، الاستيعاب ٤ : ١٨٤٨ و ١٨٥٦ و ١٨٥٨ ، السنن الكبرى للبيهقي ٤ :

١٧٩ ، أسد الغابة ٥ : ٤٦١ و ٤٦٣ ، موارد الظمان : ٢١٢ ح ٨٣٢ .

والتسوية بين الأولاد في العطيّة .

ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها، والزوج لزوجته، وقيل :
يجريان مجرى ذوي الرحم . والأول أشبه .

الرحم واجبة عيناً على رحمه . وليس المراد منها مجرد الاجتماع البدنيّ، بل ما تصدق معه الصلّة عرفاً، وقد يتوقّف ذلك على المعونة بالمال حيث يكون الرحم محتاجاً والآخر غنياً لا يضره بذل ذلك القدر الموصول به، بل قد يتحقّق الصلّة بذلك وإن لم يسع إليه بنفسه، كما أنّ السعي إلى زيارته بنفسه غير كافٍ فيها مع الحاجة على الوجه المذكور .

قوله : «والتسوية بين الأولاد في العطيّة» .

المراد بالتسوية معناها الظاهر، وهو جعل أنصباء الأولاد متساوية، ذكوراً كانوا أم إناثاً أم بالتفريق . فيعطى الأنثى مقدار ما يعطى الذكر وإن كان له ضعفها في الإرث، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : «سوّوا بين أولادكم في العطيّة، فلو كنت مفضلاً أحداً لفضّلت البنات»^(١) . وقد تقدّم^(٢) البحث في ذلك وما يستثنى منه .

قوله : «ويكره الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها . . . الخ» .

أما جواز رجوع أحدهما في هبة الآخر فلدخوله في عموم الأخبار السابقة^(٣) الدالّة على جواز الرجوع فيها مطلقاً عدا ذي الرحم، وليس من ذويه، واستصحاباً للحكم السابق . وأمّا الكراهة فلقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم في صحيحة الحلبي^(٤) وغيرها^(٥) من الروايات : «مثل الذي يرجع في هبته كالذي يرجع في قيئه» .

(١ و ٢) راجع ص : ٢٨ .

(٣) في ص : ٣٠ ، ٣٤ ، ٣٥ .

(٤) التهذيب ٩ : ١٥٥ ح ٦٣٥ ، الاستبصار ٤ : ١٠٩ ح ٤١٩ ، الوسائل ١٣ : ٣١٦ ب (١١) ، من أبواب الوقوف والصدقات ح ٤ ولكنّها في الصدقة .

(٥) راجع ص : ٣٦ ، هامش (٣) ، والوسائل الباب المتقدم ح ٢ .

وإذا لم يدل ذلك على التحريم فلا أقل من الكراهة .
 وذهب جماعة من الأصحاب^(١) إلى عدم جواز رجوع أحدهما كالرحم ،
 لصحیحة زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : « لا يرجع الرجل فيما يهبه
 لزوجته ، ولا المرأة فيما تهبه لزوجها ، حيز أو لم يحز ، لأن الله تعالى يقول : ﴿ ولا يحل
 لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ﴾ ، وقال : ﴿ فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً
 فكلوه هنيئاً مريئاً ﴾ ، وهذا يدخل في الصداق والهبة»^(٢) .

وهذا هو الأقوى ، لصحة الرواية ، فتكون الزوجية من أسباب اللزوم المستثناة
 من تلك الأخبار الصحيحة بخصوصية هذا الخبر الصحيح ، كما استثنى الرحم بالخبر
 الآخر . ولا يقدح فيه قوله : « حيز أو لم يحز » من حيث إن ظاهره اللزوم وإن لم يقبض ،
 لما تقدم من دلالة الأدلة على عدم لزومها قبل القبض قطعاً ، فتحمل هذه الحيازة على
 قبض آخر جديد غير القبض الأول جمعاً بين الأدلة ، ولعل من ذهب إلى الكراهة
 أعل هذا الخبر بذلك من حيث إنه متروك العمل بالظاهر ، أو لأن ما دل عليه لا
 يقولون به وما يقولون به لا يدل عليه .

وأما حديث القبيء فلا خصوصية في دلالة للزوجين بل يدل على كراهة
 الرجوع في الهبة مطلقاً ، وإن تناولها من حيث العموم ، إلا أنه ليس وجهاً لتخصيص
 الكراهة بها وإن صلح للدلالة في الجملة . ولا فرق في الزوجين بين الدائم وغيره ،
 ولا بين المدخول بها وغيره . والمطلقة رجعيّاً زوجة بخلاف البائن .

(١) التذكرة ٢ : ٤١٨ ، ايضاح الفوائد ٢ : ٤١٦ - ٤١٧ ، المقتصر : ٢١٢ ، جامع المقاصد :

١٦١ .

(٢) الاستبصار ٤ : ١١٠ ح ٤٢٣ ، الوسائل ١٣ : ٣٣٩ ب ٧ « من كتاب الهبات ح ١ . ورواه في

الكافي ٧ : ٣٠ ح ٣ ، والتهذيب ٩ : ١٥٢ ح ٦٢٤ باختلاف يسير . والأيتان في سورة البقرة :

٢٢٩ والنساء : ٤ .

الثاني في حكم الهبات

وهي مسائل:

الأولى: لو وهب فأقبض ثم باع من آخر، فإن كان الموهوب له رحماً، لم يصح البيع. وكذا إن كان أجنبياً وقد عوّض. أما لو كان أجنبياً ولم يعوّض، قيل: يبطل، لأنه باع ما لا يملك. وقيل: يصح، لأن له الرجوع. والأول أشبه.

قوله: «ولو وهب فأقبض ثم باع من آخر - إلى قوله - والأول أشبه».

المراد بعدم الصحة على تقدير لزوم الهبة - بكون المتّهب رحماً أو معوّضاً - عدم لزومه، بل يتوقف على إجازة المتّهب على مختار المصنف والأكثر في بيع الفضولي، لا الصحة المقابلة للبطلان، لأنه لا يقصر حينئذ عن الفضولي. والمراد أنه مع لزوم الهبة لا ينفذ البيع، لكونه تصرفاً في ملك الغير. وأما مع جواز الرجوع فيه فهل يصح ويقوم مقام الرجوع والبيع معاً أم لا؟ قولان:

أحدهما: - وهو الذي اختاره المصنف - : عدم الصحة بذلك المعنى، لأن بالعقد والقبض قد انتقل عن ملكه إلى ملك المتّهب، وإن كان انتقالاً قابلاً للزوال بالفسخ، فبيعه قبل الفسخ وقع في ملك الغير فلم ينفذ. ولا يقدر كونه دالاً على الفسخ، لأن غايته أن يكون فسحاً موجباً لنقل الملك إليه، لكن هذا الانتقال لم يحصل إلا بالبيع، فيكون البيع واقعاً قبل الانتقال، ضرورة تقدّم السبب على المسبب فوقع على ملك الغير، فلم يكن صحيحاً.

والثاني: الصحة وقيام العقد مقام الفسخ والعقد معاً، لأن ثبوت الفسخ فرع

ولو كانت الهبة فاسدةً صحَّ البيع على الأحوال.

صحّة العقد في نفسه، لأنه أثره، فلو كان البيع فاسداً لم يترتب عليه أثره وهو الفسخ، مع الاتفاق على أنّ الفسخ يحصل بذلك، وإنّما الخلاف في حصولهما معاً به، ولعموم «أوفوا بالعقود»^(١).

وفيه نظر، لأننا نمنع من توقّف الفسخ على صحّة العقد، بل على حصول لفظ يدلّ عليه، وإيقاع البيع على هذا الوجه يدلّ على إرادة الفسخ فيقتضيه، وإن تخلّفت صحّة البيع من حيث اشتراط تقدّم الملك عليه.

والأولى في الاستدلال على صحّته: أنّ العقد يدلّ على إرادة الفسخ، والغرض من الألفاظ المعتبرة في العقود الدلالة على الرضا الباطني لأنه هوالمعتبر، ولكن لما لم يمكن الاطلاع عليه نصب الشارع الألفاظ الصريحة دالة عليه واعتبرها في صحّة العقد كما نبّهوا عليه كثيراً في أبوابه. وحينئذٍ فالعقد المذكور يدلّ على تحقّق إرادة الفسخ قبل العقد، فيكشف العقد عن حصول الفسخ بالقصد إليه قبل البيع. أو نقول: إذا تحقّق الفسخ بهذا العقد انتقلت العين إلى ملك الواهب وكان العقد بمنزلة الفضولي، وقد ملكها منّ إليه الإجازة، فلزم من قبله، كما لو باع ملك غيره ثم ملكه، أو باع ما رهنه ثم فكّه، ونحو ذلك، وأولى بالجواز هنا، لأنّ بائع ملك غيره قد لا يقصد بيعه على تقدير كونه مالكاً له، بخلاف هذا، فإنه قاصد إلى البيع مطلقاً كما لا يخفى.

وكيف كان فالأقوى صحّة البيع والفسخ معاً. ومثله يأتي في بيع ذي الخيار وبيع المدبّر والموصى به مطلقاً، والمكاتب حيث يجوز فسخها، ونحو ذلك.

قوله: «ولو كانت الهبة فاسدةً صحَّ البيع على الأحوال».

المراد بالأحوال ما تقدّم تفصيله من كون الهبة لرحم أو غيره، عوض عنها أو لم يعوّض. ويحتمل أن يريد به ما هو أعمّ من ذلك بحيث يشمل مع ذلك ما لو علم بالفساد أو لم يعلم. ووجه الصحّة في الجميع وقوع العقد من مالكٍ جائز التصرف

فيكون صحيحاً.

ويحتمل العدم على تقدير عدم علمه بالفساد، لأنه لم يقصد نقله عن ملكه، لبنائه على أنه ملك لغيره، والعقود تابعة للقصود، ويجوز على تقدير علمه بالفساد أن لا يبيع، وإنما قدم على بيع مال غيره بزعمه. وعلى تقدير احتمال إرادته البيع مطلقاً فمجرد إيقاعه البيع أعم من قصده إليه على تقدير علمه بملكه وعدمه، والعام لا يدل على الخاص، فالقصد إلى البيع على تقدير كونه مالاً مشكوك فيه، فلا يكون العقد معلوم الصحة.

ويمكن الجواب عن ذلك بأن إيقاع العقد باللفظ الصريح كافٍ في الدلالة على القصد إليه شرعاً، كما في نظائره من العقود، إذ لا يشترط في صحته العلم بكونه قاصداً إلى ذلك اللفظ حيث يكون شرعياً، بل يحمل إطلاق لفظه حيث يتجرد عن قرائن عدم القصد على كونه قاصداً. واحترزنا بتجرده عن قرائن عدمه عن نحو المكره والهازل إذا وقع عقداً، فإننا لا نحمل لفظه الصريح على القصد إليه، لدلالة القرائن على خلافه.

ويظهر من العبارة أن موضوعها ما لو كان جاهلاً لعطف المسألتين الآتيتين عليه مشبهاً لحكمهما بها مع تصريحه بفرض جهله بالحال فيهما. ولو قيل بالرجوع إلى قوله في ذلك كان حسناً، بمعنى أنه إن أخبر عن قصده إرادة البيع وإن كان مالاً صح. وإن قصده لكونه فضولياً لم يصح على تقدير ظهور كونه مالاً، لعدم توجه قصده إلى البيع اللازم، ولأن هذا أمر لا يمكن معرفته إلا منه، فيرجع إليه فيه كنظائره.

واعلم أن العلامة في القواعد^(١) ادعى الإجماع على صحة البيع بتقدير ظهور فساد الهبة، وعطف عليه حكم ما لو باع مال مورثه. والإجماع ممنوع، مع أنه في كتاب البيع من الكتاب المذكور نقل الخلاف فيمن باع مال مورثه فبان موته، وإن

وكذا القول فيمن باع مال مورثه، وهو يعتقد بقاءه.

استوجه الصحة.

قوله: «وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه».

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

ويشكل بما مرّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إننا قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضوليّ، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادّعائه عدم القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. ولعلّ هذا أقوى لدلالة القرائن عليه، فلا أقلّ من جعله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البيع مطلقاً فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع.

إلا أن يقال: إنّ المعتبر هو القصد إلى البيع مطلقاً، ويمنع اعتبار القصد إلى بيعٍ لازم بدليل صحة عقد الفضوليّ مع عدم القصد إلى بيعٍ لازم، وتوقفه على إجازة المالك أمر آخر، لأنّ رضا المالك شرط في لزوم العقد لا في صحّته في نفسه، والأمر هنا وقع من المالك، فاجتمع القصد إلى البيع والشرط وهو بيع المالك فلا يفتقر إلى إجازةٍ أخرى. وإلى مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحة البيع. ومثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له قبل البيع.

واعلم أنّ الشهيد في الدروس لما نقل عن الشيخ تساوي مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورثه في الحكم بصحة البيع وإن جهل الحال قال: «وقد يفرّق بينهما بالقصد إلى صيغة صحيحة في مال المورث، بخلاف الموهوب»^(١). ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق، فإنّ القصد إلى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطل حاصل في المسألتين وبمعنى اللزوم منتفٍ فيهما، فلا فرق بينهما أصلاً كما لا يخفى.

وكذا إذا أوصى برقبة معتقة، وظهر فساد عتقه .

الثانية: إذا تراخى القبض عن العقد ثم أقبض، حكم بانتقال الملك من حين القبض، لا من حين العقد. وليس كذلك الوصية، فإنه يحكم بانتقالها بالموت مع القبول، وإن تأخر.

قوله: «وكذا لو أوصى برقبة معتقة فظهر فساد عتقه» .

أي وكذا الحكم - وهو صحة الوصية - فيما لو أوصى برقبة من رقيقه لأحد وقد كان أعتقها قبل الوصية ثم ظهر فساد عتقه لها وأن الوصية صادفت ملكاً، فتقع صحيحة وإن كانت بحسب الظاهر حال الوصية لم تكن صحيحة، لمصادفة الشرط وهو الملك في نفس الأمر حال الوصية .

ويشكل بما مرّ، ويزيد هنا أنه - على تقدير كونه معتقاً ظاهراً ولم يتبين له حال الوصية فساد العتق - لا يكون قاصداً إلى الوصية الشرعية أصلاً، بل بمنزلة الهازل والعاث بالنظر إلى ظاهر حاله، فلا ينفعه ظهور ملكه بعد ذلك في نفس الأمر، بخلاف مَنْ باع مال غيره، فإنه قاصد إلى بيع صحيح شرعي، غايته أنه جائز من قبل المالك لكنّه لازم من قبل المشتري، فهو عقد شرعي مقصود إليه وإن لم يقصد إلى لزومه مطلقاً، بخلاف الوصية بالعتق ظاهراً، فإنها بحسب الظاهر باطلة، فلم يتوجّه قصده إلى وصية شرعية أصلاً لعدم علمه بها. فالقول هنا بتوقفها على تجديد لفظ يدلّ على إمضاءها متعيّن، وهو في الحقيقة في قوة وصية جديدة، إذ لا ينحصر في لفظ مخصوص، بل كلّ لفظ يدلّ عليها - كما سيأتي^(١) - كافٍ، وهذا منه .

واعلم أنّ ما ذكره الشهيد - رحمه الله - في الدروس من الفرق بين مسألتي الهبة الفاسدة وبيع مال مورثه يتوجّه في هذه المسألة، كما أشرنا إليه في تينك المسألتين، لأنّ القصد في الوصية هنا لم يتوجّه إلى صيغة صحيحة بخلافها كما قرّناه، لكنّه لم يذكر مسألة الوصية معها كما ذكرها المصنف والعلامة^(٢) فلم يقع فرقه في محلّه .

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

(١) في ص: ١١٦ .

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٧٥ .

قد عرفت فيما سلف اختيار [المصنف]^(١) أنّ القبض شرط لصحة الهبة لا للزومها^(٢)، سواء قارن العقد أم تراخي، لأنّ فورّيته ليست بشرط، للأصل. وحينئذٍ فلو تراخى القبض عن العقد لم يحصل الملك بدونه، وإنّما يحكم بانتقال الملك إلى المتّهب من حين القبض لا من حين العقد، فيكون القبض ناقلاً للملك حينئذٍ لا كاشفاً عن سبقه بالعقد. وتظهر الفائدة في الناء المتخلّل بين العقد والقبض، وفي أمور آخر سبق^(٣) التنبيه على بعضها. وهذا بخلاف الوصية، فإنّ القبض فيها ليس شرطاً لصحتها ولا جزءاً، بل للزومها بالموت مع قبول الموصى له الوصية وإن تأخّر القبض عن الموت، بل عنه وعن القبول، لأصالة عدم الاشتراط، والهبة خرجت عن الحكم بدليل خاصّ، وقد تقدّم^(٤).

واعلم أنّ المصنف جزم بجواز تراخي القبض عن العقد، والأمر فيه كذلك لما ذكرناه من أصالة عدم اشتراط الفورية، والدليل الدالّ على اعتبار القبض أعمّ منه.

وفي القواعد^(٥) استشكل في حالة تراخيه، والإشكال مبنيّ على القول بأنّ القبض شرط لصحة الهبة لا للزومها، فيكون جزءاً من السبب المصحح لها كالقبول، فاعتبر فورّيته كما اعتبر فورية القبول.

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

(١) من «و» فقط.

(٢) (٤ و ٢) لاحظ ص: ١٧ - ١٩.

(٣) في ص: ١٩.

(٥) قواعد الأحكام ١: ٢٧٥.

الثالثة: لو قال: وهبت ولم أقبضه، كان القول قوله، وللمقر له إخلافه إن ادعى الإقباض. وكذا لو قال: وهبته وملكته ثم أنكر القبض، لأنه يمكن أن يخبر عن وهمه.

قوله: «لو قال: وهبت ولم أقبضه . . . الخ».

إنما كان القول قوله لأنه منكر له، إذ الأصل عدم وقوعه. ولا يقدح في ذلك كونه شرطاً لصحة الهبة، فيكون إنكاره كدعوى الفساد، وقد علم أن مدعي الصحة مقدم، للفرق بين الأمرين، فإن منكر الإقباض لا يدعي فساد الهبة، إنما ينكر أمراً من الأمور المعتبرة فيها وأنها لم تتحقق بعد كما لو أنكر الإيجاب أو القبول، وإن اشترك الجميع في عدم صحة العقد بدونه.

وإنما لم يكن الإقرار بالهبة إقراراً بالقبض مع كونه من أركانها المعتبرة في صحتها لأن المعروف شرعاً من الهبة هو الإيجاب والقبول خاصة، والقبض وإن كان معتبراً في الصحة إلا أنه خارج عن ماهيتها، وقد تقدم^(١) في تعريف الهبة أنه العقد المقضي لتمليك العين . . . إلى آخره، ولا شبهة في أن القبض أمر آخر غير العقد، فالإقرار بأحدهما لا يقتضي الإقرار بالآخر.

وفيه من قوله: «وللمقر له إخلافه إن ادعى الإقباض» أن تقديم قوله في عدم الإقباض لا يوجب اليمين بمجردة، بل مع دعوى المقر له الإقباض. والأمر فيه كذلك، فإن اليمين تكون لإنكار ما يدعيه المدعي، فإذا لم يدع عليه الإقباض لا يلزمه اليمين وإن صدق اسم المنكر عليه قبل الدعوى المذكورة، إذ ليس كل منكر يتوجه عليه اليمين بمجرد الإنكار، بل لابد من انضمام دعوى ما أنكره المنكر.

قوله: «وكذا لو قال: وهبته وملكته . . . الخ».

قد عرفت مما سبق^(٢) أن الأصحاب قد اختلفوا في أن القبض هل هو شرط لصحة الهبة فلا يحصل الملك بدونه، أم للزومها خاصة فيحصل بدونه الملك الجائز

(١) في ص: ٧.

(٢) في ص: ١٧.

رفعه بالفسخ قبله؟ وأن الهبة عبارة عن الإيجاب والقبول، وأن القبض خارج عن ماهيتها وإن اعتبر في صحتها. وحينئذٍ فقول المقرّ: «وهبته» لا يقتضي الإقرار بالملك، لجواز عدم الإقباض، فإذا أضاف إلى ذلك: «ملكته» نظر في أمر المقرّ، فإن كان ممن يرى أن الهبة لا تنفيذ الملك إلا بالقبض حكم عليه بالإقباض حيث يقول: «وملكته» وإن لم يقرّ به بخصوصه، لأنّ الملك مسبّب عن الإقباض، فالإقرار بالمسبّب يستلزم الإقرار بالسبب، لأنّه لا يوجد بدونه، فيكون كما لو أقرّ بالسبب.

وإن كان ممن يرى حصول الملك بمجرد العقد لم يكن إقراره بالهبة إقراراً بالإقباض، لجواز أن يخبر عن رأيه في ذلك، فلو فرض كون المقرّ له أو الحاكم الذي يتخاصمان إليه يرى الإقباض شرطاً في الملك لم يمكن الحكم على المقرّ بالإقباض بمجرد قوله: «ملكته»، وإن كان عندهما أنّ الملك يستلزم الإقباض، لاختلاف الرأيين. وكذا لو اشتبه حال المقرّ ومذهبه، لأنّ المسألة اجتهادية قد اختلف فيها أصحابنا وغيرهم^(١)، فيجوز أن يكون إقراره مبنياً على مذهب من لا يرى التلازم، فلا يكون إقراره بمجردّه كافياً في الإقرار بالقبض.

نعم، لو علم من مذهب المقرّ توقّف الملك على الإقباض بالاجتهاد أو التقليد المتعين لمن يقول به، وأنه لم يتوهم خلافه، حكم عليه بالإقباض حينئذٍ.

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

وما ذكره المصنف من التعبير بإمكان إخباره عن وهمه أجود من قول غيره: «الإمكان أن يعتقد رأي مالك» وقول القواعد: «إن اعتقد رأي مالك»^(٢) لما عرفت

(١) راجع حلية العلماء ٦ : ٤٨ ، المغني لابن قدامة ٦ : ٢٧٤ ، البحر الزخار ٤ : ١٣٢ .

(٢) قواعد الأحكام ١ : ٢٧٥ .

أن الخلاف فيه واقع بين أصحابنا، فلا يحتاج في ذلك إلى الخروج إلى مذهب مالك علماً ولا إمكاناً. هذا ما يتعلّق بتحرير العبارة.

وبقي في المسألة بحث آخر وهو: أنك قد عرفت أن التملك من جملة العبارات المؤدّية لإيجاب الهبة وقبولها، فإذا قال في الإيجاب: «ملكك» وفي القبول «تملكت» تحقّق عقد الهبة وافتقر بعده إلى الإقباض صحّةً أو لزوماً، كما لو عبّر بلفظ الهبة. وحينئذٍ فقوله: «وهبته وملكته» كما يحتمل الملك المترّب على الإقباض أو على العقد المذكور عند بعض يحتمل أن يريد به إيقاع صيغة الهبة خاصّة، وأن يكون عطف التملك على الهبة مؤكداً لها، ويكون حاصل الإقرار إيقاع الهبة بلفظ التملك، فلا يكون ذلك بمجرد إقراراً بالقبض على القولين، ولا يحتاج إلى البناء على الخلاف المذكور في القبض.

ولا يقال: إنّ حمله على ذلك يكون تأكيداً لقوله: «وهبته»، وحمله على حصول الملك المسبّب عن العقد أو القبض معه يكون تأسيساً لمعنى آخر، وفائدة التأسيس أولى من فائدة التأكيد كما هو المشهور، مضافاً إلى الأكثر في الاستعمال من اقتضاء العطف المغايرة المقتضية لكون مؤدّى «ملكته» غير مؤدّى «وهبته».

لأننا نقول: إنّ ألفاظ الأقارير لا تنزّل على مثل هذه القواعد مع احتمال الأمرين، بل تعتبر فيها المعاني الظاهرة، وهذه اللفظة مشتركة بين الصيغة وأثرها، فحملها على الثاني دون الأول ترجيح من غير مرجّح، كما في الإقرار بلفظ مشترك، فإنّه لا ينزّل على أحد معنييه بدون القرينة. وحمل العطف على المغايرة مطلقاً ممنوع، فإنّه كما يجوز عطف الشيء على مباينه يجوز عطفه على مرادفه، كما هو محقّق في بابه.

وعلى تقدير تسليم ظهور المعنى الثاني أو أغلبيته على الأول ينبغي أن يرجع إليه في القصد، لا أن يتعيّن حمله على الغالب، كما نهبوا عليه في نظائره من الإقرار بلفظٍ يحتمل معنيين، فإنّه يقبل من المقرّ إرادة أحدهما وإن حمل إطلاقه على الغالب منها، كما لو قال: «له عليّ درهم ودرهم ودرهم» فإنّه يقبل منه دعوى إرادة تأكيد

الرابعة: إذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع بالأرش. وإن زاد زيادةً متصلةً فللواهب. وإن كانت منفصلة كالثمرة والولد، فإن كانت متجددةً كانت للموهوب له، وإن كانت حاصلة وقت العقد كانت للواهب.

الثاني بالثالث^(١)، وإن كان العطف يقتضي المغايرة وكان الغالب عدم التأكيد. ويمكن على هذا أن نقول: مع العلم بمذهب المقرّ في هذه المسألة وأن التملك عنده - بمعنى أثر العقد - لا يحصل إلاّ بالقبض لوقال: «وهبته وملّكته» ثم قال: أردت بالثاني تأكيد الأول، أو وهبته بصيغة التملك ولم أقبضه، قبل ولا يكون ذلك وهماً في المذهب ولا رأياً في حكم القبض كأول. وأولى منه ما لوقال ابتداءً: «ملّكته كذا» من غير أن يقول قبله «وهبته» فإنّه كما يحتمل الهبة المقبوضة يحتمل إيقاع صيغة الهبة خاصّةً كما ذكرناه، فلا يكون إقراراً بالقبض لأن احتمال المغايرة والتأسيس منتفٍ هنا، والاشتراك متحقّق، والأغلبية لأحد المعنيين منتفية لغتاً وعرفاً، بخلاف الأول.

وبهذا يظهر أنّ ما ذكره بعض الأصحاب^(٢) - من أنّ قوله «ملّكته» مجرداً عن تقديم «وهبته» مثل قوله «وهبته وملّكته» سواءً فيأتي فيه البحث السابق خاصّةً، لأنّ التملك يقتضي الإقباض على المشهور ويحتمل خلافه على الرأي الآخر - ليس بجيد، بل الفرق بينهما متحقّق، والحكم بعدم الإقرار بالقبض في التملك المجرد متعيّن، فتأمّل.

قوله: «إذا رجع في الهبة وقد عابت لم يرجع . . . الخ».

إذا رجع الواهب في الهبة حيث يجوز له الرجوع - وذلك على مذهب المصنف وإن تصرف، وعلى مذهب غيره ما لم يتصرّف تصرفاً يمنع الرجوع - فلا يخلو: إمّا أن يجد العين بحالها لم تنقص ولم تزد ولم تتغيّر، أو يجدها ناقصةً بما يوجب الأرش أو بما

(١) في «س»: الثاني والثالث.

(٢) راجع جامع المقاصد ٩: ١٧٤.

لا يوجبه، أو زائدة بها يوجب الأرش كذلك أو بما لا يوجبه، أو يوجب زيادة في القيمة، أو جامعة بين الأمرين، متصلة تلك الزيادة أو منفصلة، مطلقاً أو من وجه، أو متغيرة بالامتزاج بالأجود أو الأدنى أو المساوي، أو غيره من الأعمال كالنجارة والقصارة والطحن، أو غير ذلك من التغيرات.

والمصنف ذكر حكم بعض هذه الأقسام، وهو حالة الزيادة والنقصان، فحكم بأنه إذا رجع وقد عابت - سواء كان العيب بزيادة أو نقصان - لا يرجع بالأرش، لأنه حدث في عين مملوكة للمتهب، وقد سلطه مالكها على إتلافها مجاناً، فلم تكن مضمونة عليه، سواء كان العيب بفعله أم لا. ولا فرق عنده بين الهبة المشروط فيها الثواب وغيرها في ذلك من حيث الإطلاق، وسيأتي^(١) التصريح به على تردّد منه [في]^(٢) حالة الاشتراط. والحق أنّ هذه الصورة مستثناة من صور المعيب، وسيأتي. وإن كان التغير بزيادة في العين، فإن كانت متصلة كالمسمن وتعلم الصنعة فهي للواهب، لأنها تابعة للعين، بل داخله في مسماها، أو جزء لها لغة وعرفاً، فالرجوع في العين يستبعمها. وإن كانت منفصلة حساً وشرعاً - كالولد الناتج، واللبن المحلوب، والثمرة المقطوعة، والكسب - فهي للمتهب، لأنها نباء حدث في ملكه من ملكه فيختصّ به. وإن كانت منفصلة شرعاً مع اتصاها حساً - كالحمل المتجدّد بعد القبض، واللبن كذلك قبل أن يجلب، والثمرة قبل قطافها - فكذلك على الأقوى، لما ذكر. وقال ابن^(٣) حمزة: له الرجوع في الأمّ والحمل المتجدّد، بناءً على أنه كالجزء من الأمّ، والأظهر خلافه. ومثله الصوف والشعر المستجّر، ولو لم يبلغ أوان جزّه فالأجود تبعيته للعين.

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

(١) في ص: ٦٢.

(٢) من الحجرية.

(٣) الوسيلة: ٣٧٩.

الخامسة: إذا وهب وأطلق، لم تكن الهبة مشروطة بالثواب.

العقد والقبض، أما لو حدثت قبله فهي كالموجودة قبل الهبة، فيرجع فيها كما يرجع في العين.

قوله: «إذا وهب وأطلق . . . الخ».

إذا وهب شيئاً فلا يخلو: إما أن يشترط الواهب على المتهب الثواب - أي التعويض عن الهبة - أو يشترط عدمه، أو يطلق. وعلى تقدير اشتراط الثواب لا يخلو: إما أن يعينه بقدر مخصوص، أو يطلق. وعلى التقادير الأربعة: إما أن يكون المتهب أعلى من الواهب، أو مساوياً، أو أدنى. فهذه اثنا عشرة صورة.

وتفصيل حكمها: أنه مع اشتراط عدم الثواب لا يلزم قطعاً مطلقاً، ومع اشتراطه يلزم ما شرطه مطلقاً. ثم إن عينه لزم ما عين، بمعنى أن المتهب إن دفع المشروط وإلا تسلط الواهب على الفسخ، وإن أطلق اشتراط الثواب لزم أيضاً الوفاء به، لكن إن اتفقا على قدر فذاك وإلا وجب إثابة مقدار الموهوب مثلاً^(١) أو قيمة، ولا يلزمه الأزيد وإن طلبه الواهب، كما لا يجبر الواهب على قبول الأقل. والمعتبر قيمة الموهوب عند القبض إذا وقع بعد العقد، ويحتمل عند دفع الثواب.

وإن أطلق الهبة ولم يشترط أحد الأمرين فالهبة جائزة من قبل الواهب إلا أن يشبه المتهب بما يتفقان عليه، ومع الاختلاف يرجع إلى مثل الموهوب أو قيمته، كما مر. ولا فرق في ذلك بين هبة الأعلى والمساوي والأدنى على أصح الأقوال.

وقال الشيخ - رحمه الله -: إن مطلق الهبة في الأقسام الثلاثة يقتضي الثواب^(٢). ومقتضاه لزوم بذله وإن لم يطلبه الواهب، وهو بعيد. ويمكن أن يريد به جواز الرجوع في الهبة ما لم يشب، كما لو شرطه، فيكون المراد أن لزمها إنما يتحقق به، فيكون كقول الأصحاب.

وقال أبو الصلاح: إن هبة الأدنى للأعلى يقتضي الثواب فيعوض عنها بمثلها،

(١) في «ب» و«م» ونسخة بدل «و»: عيناً.

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

فإن أثناب، لم يكن للواهب الرجوع. وإن شرط الثواب صحّ، اطلق أو عين. وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط،

ولا يجوز التصرف فيها ما لم يعوّض عنها، لاقتضاء العرف ذلك^(١). والأظهر خلافه، للأصل والعمومات.

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

وقوله: «فإن أثناب لم يكن للواهب الرجوع» مفهوم شرطه أنّ له الرجوع مع عدم الاثابة، والحكم فيه كذلك، حتى إنّه لو أراد الرجوع فبذل له المهّب الثواب لم يجب عليه قبوله، بل يجوز له الامتناع ليمكن من الرجوع في هبته، لأصالة البراءة وإطلاق النصوص^(٢) الصحيحة بجوازها ما لم يشب، ولا يتحقّق الثواب إلّا مع قبوله لا مع بذله خاصّةً، لأنه بمنزلة هبة جديدة، ولا يجب عليه قبولها.

وقوله: «وإن شرط الثواب صحّ» نبه به على خلاف بعض العلّمة^(٣) حيث منع من اشتراطه بناءً على أنّ الهبة لا تقتضي ثواباً، فإذا شرطه فيها أخرجها عن مقتضاها. وهو فاسد، لأن المطلق لا ينافي المقيد، وإنّما يتمّ لو قلنا إن الهبة تقتضي عدم الثواب، فإذا شرطه كان منافياً لمقتضاها، وفرق بين عدم اقتضاء الثواب واقتضاء عدمه.

وقوله: «أطلق أو عين» نبه به على خلاف بعضهم^(٤) أيضاً حيث منع من اشتراط المعين، وآخرين^(٥) حيث منعوا من اشتراط المهّم. وعندنا أنّ الكلّ جائز، للأصل، ولأنّ الهبة من العقود المبنية على المغابنة فلا يضرّ فيها الجهالة في عوضها، فكذا في شرطه، ولانضباطه بالقيمة مع الاختلاف.

وقوله: «وله الرجوع ما لم يدفع إليه ما شرط» شامل للأمرين معاً. ودفع

(١) الكافي في الفقه: ٣٢٨.

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

(٣) ٤ و ٥) راجع حلية العلماء ٦: ٥٨، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢.

ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء ولو كان يسيراً، ولم يكن للواهب مع قبضه الرجوع.

المشروط المعين واضح، والمطلق يرجع إلى قاعدته المقررة مما يقع به التراضي أو مقدار المثل أو القيمة، لأن ذلك يحصل به تأدي ما شرط.

وقوله: «ومع الاشتراط من غير تقدير يدفع ما شاء ولو كان يسيراً» مقيد برضا الواهب به، إذ لو امتنع من قبوله تخير بين رد العين وبذل قيمتها أو مثلها كما مر^(١). وعلى كل حال لا يتعين عليه ذلك ولا على الواهب قبوله، لكن لو أراد الواهب وأراد المتَّهَب دفع الثواب ولم يردَّ العين فحكمه كما ذكرناه. والحاصل أنه لا يجب على المتَّهَب دفع عوض بخصوصه، بل ولا دفعه مطلقاً إذا ردَّ العين، فإذا دفع عوضاً ورضي به الواهب صحَّ وامتنع الرجوع مع قبضه، قليلاً كان أم كثيراً، وإلا تخير المتَّهَب بين دفع الموهوب وعوض مثله، لانصراف الإطلاق إليه عادةً.

وقوله: «ولم يكن للواهب مع قبضه الرجوع» يفهم منه جواز رجوعه متى لم يقبضه وإن بذله المتَّهَب. والأمر فيه كذلك، وقد تقدّم^(٢). ولا ينافيه عموم الأمر^(٣) بالوفاء بالعقود، ولا قول أبي عبد الله - عليه السلام - في صحيحة عبد الله بن سنان: «تجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته، ويرجع في غير ذلك»^(٤) كما زعم بعضهم^(٥)، لأنَّ عموم الوفاء بالعقود مقيد بغير الجائزة منها، وقد عرفت^(٦) دلالة النصوص الصحيحة على جواز هذا العقد على هذا الوجه إذا سلّم دلالة الوفاء على المضي فيها مطلقاً، والإثابة في الخبر لا يتحقّق إلا بالاتفاق عليها لا بمجرد بذلها، ولم يحصل هنا.

(١) في ص: ٥٩.

(٢) في الصفحة السابقة.

(٣) المائة: ١.

(٤) التهذيب: ٩، ١٥٨ ح ٦٥٠، الاستبصار: ٤، ١٠٨ ح ٤١٤، الوسائل: ١٣، ٣٣٨ ب «٦»

من أبواب أحكام الهبات ح ١.

(٥) راجع جامع المقاصد: ٩، ١٧٧.

(٦) في الصفحة السابقة.

ولا يجبر الموهوب له على دفع المشترط، بل يكون بالخيار. ولو تلفت والحال هذه أو عابت، لم يصمن الموهوب له، لأن ذلك حدث في ملكه. وفيه تردّد.

وقوله: «ولا يجبر الموهوب على دفع المشترط، بل يكون بالخيار» أي بين دفع المشترط وردّ العين كما مرّ^(١). ومقتضاه أنه لا يجب عليه الوفاء بالشرط، وهو إما بناء على عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقد اللازم مطلقاً، بل يفيد اشتراطه جعل العقد عرضةً للفسخ على تقدير امتناع المشروط عليه منه. وقد تقدّم^(٢) الكلام فيه، أو بناء على أنّ هذا العقد من العقود الجائزة خصوصاً من جهة الواهب، فلم يجب الوفاء بالشرط فيه كما لا يجب الوفاء بأصله. ويشكل بأنّه من طرف المتّهب لازم، فلا يجوز له الفسخ بنفسه وإن لم يبذل المشروط، وتخيّره بين بذل العين والثواب المشروط لا ينافيه، وإنّا يظهر جوازه من قبل الواهب خاصّة.

قوله: «ولو تلفت والحال هذه . . . الخ».

ضمير «تلفت وعابت» يرجع إلى الهبة بمعنى الموهوب، لأنها هي المذكورة سابقاً. ويمكن عوده إلى العين الموهوبة المدلول عليها بالمقام. وحاصل الأمر: أنّ العين الموهوبة المشروط فيها الثواب لو تلفت في يد المتّهب أو عابت قبل دفع العوض المشترط وقبل الرجوع - سواء كان ذلك بفعله كلبس الثوب أم لا - فهل يضمن المتّهب الأرش أو الأصل، أم لا؟ قولان:

أحدهما: عدم الضمان، وهو الذي اختاره المصنف ثم تردّد فيه، وجزم به العلامة في التذكرة^(٣) وولده في الشرح^(٤)، لما ذكره المصنف من العلة، وهو أنّ ذلك النقص حدث في ملك المتّهب فلم يلزمه ضمانه، ولأنّ المتّهب لا يجب عليه دفع

(١) في ص: ٥٩.

(٢) في ج ٣: ٢٧٤.

(٣) التذكرة ٢: ٤٢٢.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٢٠.

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

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

وأجيب عن دليل الأولين بأنّه لم يدخل في ملكه مجّاناً بل بشرط العوض، وذلك معنى الضمان. وعدم وجوب دفع العوض إن أريد به عدم وجوبه عيناً لم يلزم منه نفي الوجوب على البديل الذي هو المدعى، وحينئذٍ فإذا تعدّر أحد الأمرين المخير فيهما وجب الآخر عيناً. وإن أريد عدم الوجوب أصلاً فهو ممنوع. وهذا هو الوجه. إذا تقرّر ذلك وقلنا بالضمان مع التلف فهل الواجب مثل الموهوب أو قيمته، أو أقلّ الأمرين من ذلك ومن العوض؟ وجهان أجودهما الثاني، لما عرفت من أنّ المتّهب مخير بين الأمرين، والمحقّق لزومه هو الأقلّ، لأنّه إن كان العوض الأقلّ فقد رضي به الواهب في مقابلة العين، وإن كان الموهوب هو الأقلّ فالمتّهب لا يتعيّن عليه العوض بل يتخير بينه وبين بذل العين، فلا يجب مع تلفها أكثر من قيمتها. وهذا هو الأقوى.

ووجه اعتبار القيمة مطلقاً: أنّ العين مضمونة حينئذٍ على القابض، فوجب ضمانها بالقيمة. وفيه: أنّه مسلّط على إتلافها بالعوض، فلا يلزمه أزيد منه لو كان

(١) حكاه عنه العلامة في مختلف الشيعة: ٤٨٧.

(٢) كالشهيّد في الدروس: ٢٣٧، والمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٩: ١٧٧.

(٣) عوالي اللثالي ١: ٢٢٤ وغيره، ومستدرك الوسائل ١٤: ٧ ب «١» من كتاب الوديعة ح ١٢ و

ب «١» من كتاب الغصب ح ٤، ومسنّد أحمد ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح ٣٥٦١

وغيرها.

السادسة: إذا صبغ الموهوب له الثوب، فإن قلنا: التصرف يمنع من الرجوع فلا رجوع للواهب، وإن قلنا: لا يمنع إذا كان الموهوب له أجنبياً، كان شريكاً بقيمة الصبغ.

أنقص.

ولا فرق على الوجهين بين القول بأن رجوع الواهب في الهبة المشروط فيها العوض منوطٌ بعدم دفع العوض مطلقاً وقبوله له كما هو الأصح، وقد عرفته فيما سلف^(١)، أو مع امتناع المتهب من دفع العوض، لأنّ تملك الواهب له وتسليطه على الإلتلاف بالعوض - مع كونه أقلّ من القيمة - يقتضي عدم الزيادة عليه على كلّ تقدير.

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

واعلم أنّ موضع الاشكال في كيفة الضمان إنّما هو مع شرط عوض معين، كما يظهر ذلك من تعليل أقلّ الأمرين، أمّا مع الإطلاق فالواجب هو المثل أو القيمة لا غير إذا لم يرض الواهب بها دونها، لأنّ ذلك هو مقتضى اشتراط العوض مطلقاً. قوله: «إذا صبغ الموهوب له . . . الخ».

إذا رجع الواهب في هبته فوجد المتهب قد عمل فيها عملاً، وجوزناه مع التصرف مطلقاً كما ذهب إليه المصنف، فلا يخلو: إمّا أن يكون صفةً محضة كقسارة الثوب وطحن الحنطة، أو عيناً محضة كغرس الأرض، أو متردداً بينها كصبغ الثوب. ثم إمّا أن تزيد قيمة العين بمقدار قيمة الصنعة^(٢)، أو يزيد عنها، أو ينقص مع زيادتها عن قيمة العين خاصّة، أو تنقص. فإن زادت بمقدار القيميّتين أو زادت

(١) لاحظ ص: ٦٠.

(٢) كذا في «ش». وفي «و»: الصفة. وفي «ب، س»: الصيغة، ولعلّها الصبغة، والأولى ما أثبتناه.

السابعة: إذا وهب في مرضه المخوف وبرئ، صحّت الهبة، وإن مات في مرضه ولم تجز الورثة اعتبرت من الثلث، على الأظهر

عنها كان المتهب شريكاً بنسبة قيمة عمله إلى قيمة العين. فلو كان الثوب يساوي مائة فصبغه بعشرين، فصار يساوي مائة وعشرين أو أزيد، صار شريكاً بالسدس. ولو نقص عن القيمتين وكان النقص بسبب الصبغ خاصة فالذاهب على المتهب، ولو لم يزد فلا شيء له، ولو نقص بسببه فهو كالعيب الحادث. وقد سبق في باب المفلس^(١) تفصيل جملة هذه الأقسام وأحكامها، وكلّها آتية هنا، فلتلحظ من هناك.

والمصنّف اقتصر على بيان حكم الصبغ، ولا فرق بينه وبين القسارة والطحن عندنا، وإن كان الأمر في الصبغ أقوى من حيث إنه عين من وجه. وأمّا العين المحضنة كالغرس فلكلّ منها ماله، وليس لصاحب الأرض إجبار الغارس على إزالته مجاناً، بل يتخيّر بين الإبقاء بالأجرة والقلع مع دفع أرش النقصان، كما في العارية ونظائرها، لوضعه في الأرض بحق.

وقول المصنّف: «كان شريكاً بقيمة الصبغ» المراد بنسبة قيمته إلى قيمة الثوب كما قرّرناه، ليكون الزيادة عن القيمتين بينهما على النسبة، لا مقدار القيمة خاصة كما يظهر من العبارة، لأنه يقتضي كون مجموع الزيادة للواهب، وليس كذلك. ومثله يأتي في صورة النقصان حيث لا يكون السبب من جهة الصبغ.

قوله: «إذا وهب في مرضه المخوف . . الخ».

لاخلاف في أنّ المريض إذا برئ من مرضه ينفذ تصرفه مطلقاً. وأمّا إذا اتّفق موته في مرضه، فإن كان المرض مخوفاً بمعنى غلبة الهلاك معه فالأظهر أنّ منجزاته من الثلث حيث لا يميز الوارث. وقيل: يكون من الأصل. وسيأتي^(٢) تحقيق المسألة - إن شاء الله تعالى - في الوصايا، وأنّ الحقّ اعتبار اتصال المرض بالموت، سواء كان مخوفاً أم لا.

(١) في ج ٤: ١١٣ - ١١٥.

(٢) في ص: ٣٠٤.

كتاب السبق والرماية

كتاب السبق والرماية

وفائدتها: بعث العزم على الاستعداد للقتال، والهداية لممارسة النضال.

وهي معاملة صحيحة، مستندها قوله - عليه السلام - «لا سبق إلاّ في نصل أو خفّ أو حافر» وقوله عليه السلام: «إن الملائكة لتنفّر عند الرهان وتلعن صاحبه، ما خلا الحافر والخفّ والریش والنصل».

قوله: «وفائدتها بعث النفس على الاستعداد للقتال . . . إلخ».

لا خلاف بين جميع المسلمين في شرعية هذا العقد، بل أمر النبي^(١) - صلى الله عليه وآله وسلم - به في عدة مواطن، لما فيه من الفائدة المذكورة، وهي من أهمّ الفوائد الدينية، لما يحصل بها من غلبة العدو في الجهاد لأعداء الله تعالى الذي هو أعظم أركان الاسلام. وهذه الفائدة يخرج عن اللهو واللعب المنهي عن المعاملة عليهما، ومن ثمّ كان مقصوداً على ما ورد النصّ بتسويغه.

قوله: «مستندها قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا سبق إلا في

نصلٍ أو خفٍّ أو حافر».

هذه الرواية رواها العامة^(٢) في الصحيح عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ورواها أصحابنا^(٣) في الحسن عن الصادق عليه السلام. والمشهور في الرواية فتح

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

(٢) مسند أحمد بن حنبل ٢ : ٤٧٤، سنن ابن ماجه ٢ : ٩٦٠ ح ٢٨٧٨، سنن أبي داود ٣ : ٢٩ ح ٢٥٧٤، سنن النسائي ٦ : ٢٢٦.

(٣) الكافي ٥ : ٥٠ ح ١٤، الوسائل ١٣ : ٣٤٨ ب «٣» من كتاب السبق والرماية ح ١.

الباء من «سبق» وهو العوض المبدول للعمل كما سيأتي، وما هيته المنفية غير مرادة، بل المراد نفي حكم من أحكامها أو مجموعها بطريق المجاز كمنظائره، وأقرب المجازات إليه نفي الصحة، والمراد أنه لا يصح بذل العوض في هذه المعاملة إلا في هذه الثلاثة، وعلى هذا لا ينفي جواز غيرها بغير تعويض.

وربما رواه بعضهم بسكون الباء، وهو المصدر، أي لا يقع هذا الفعل إلا في الثلاثة، فيكون ما عداها غير جائز، ومن ثم اختلف في المسابقة بنحو الأقدام، ورمي الحجر، ورفع، والمصارعة، وبالآلات التي تشتمل على نصل، بغير عوض هل يجوز أم لا؟ فعلى رواية الفتح يجوز، وعلى السكون لا. وفي الجواز مع شهرة روايته بين المحدثين موافقة للأصل، خصوصاً مع ترتب غرض صحيح على تلك الأعمال.

وتحقيق هذا الباب يستدعي فصلاً:

الأول

في الألفاظ المستعملة فيه

فالسابق: هو الذي يتقدم بالعنق والكتد. وقيل: بأذنه. والأول

أكثر.

قوله: «فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق . . . إلخ».

المشهور بين الأصحاب وغيرهم أن السَّابِق هو المتقدِّم بعنق دابَّته وكتدها - بفتح التاء وكسرها - وهو العالي بين أصل العنق والظهر، ويعبر عنه بالكاهل. وذهب ابن الجنيد إلى الاكتفاء بالأذن^(١)، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «بعثت والساعة كفرسي رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه»^(٢). وأجيب بالحمل على المبالغة، وأن ذلك خرج مخرج ضرب المثل على حدِّ قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ بَنَى مَسْجِداً وَلَوْ كَمَفْحَصِ قِطَاةِ بَنِي اللهِ لَهُ بَيْتاً فِي الْجَنَّةِ»^(٣) مع امتناع بناء مسجد كذلك. وبأن أحد الفرسين قد يكون هو السابق فيرفع رأسه فيتقدم أذن الآخر عليه. واعلم: أن في كلا القولين إشكالاً، لأنَّ السبق معنًى من المعاني يختلف بحسب اللغة والعرف، وله اعتبارات متعدّدة عند الفقهاء وغيرهم، فتارة يعتبرونه

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٨٤.

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

(٣) راجع الوسائل ٣: ٤٨٦ ب «٨» من أبواب أحكام المساجد، ح ٢ و ٦، ومسند أحمد ١:

والمصليّ: الذي يحاذي رأسه صلوي السابق. والصلوان ما عن يمين الدّنب وشماله.

بالقوائم، وأخرى بالعتق، وثالثة به مع الكتد، ورابعةً بالأذن، فإذا أطلق المتسابقان العقد وجعلا العوض للسابق ففي حمله على بعض هذه المعاني دون بعض نظر، بل في صحّة إطلاق العقد كذلك، إلّا أن يدلّ العرف على إرادة شيءٍ منها فيحمل عليه، ولا كلام فيه.

قوله: «والمصليّ هو الذي يحاذي . . . إلخ».

فائدة الاحتياج إلى السابق ظاهرة، لأنّ العوض في الأغلب يبذل له وحده، وقد يشرك معه غيره، بأن يجعل للسابق شيئاً وللمصليّ شيئاً آخر دونه، وهكذا، فيحتاج إلى معرفة أسماء المتسابقين إذا ترتّبوا في الحلبة، وقد جرت العادة بتسمية عشرةٍ من خيل الحلبة، وهي المجتمعة للسباق، وليس لما بعد العاشر منها اسم إلّا الذي يجيء آخر الخيل كلّها، فيقال له الفسكل^(١) بكسر الفاء والكاف أو بضمّها . فأول العشرة: المجليّ، وهو السابق، سمّي بذلك لأنّه جلى عن نفسه، أي: أظهرها، أو جلى عن صاحبه وأظهر فروسيّته، أو جلى همّه حيث سبق.

والثاني: هو المصليّ، لما ذكره المصنف من أنّه يحاذي رأسه صلوي السابق، وهما العظمان الناتان^(٢) عن يمين الدّنب وشماله.

والتالي للمصليّ هو الثالث. ويليه البارع، لأنه برع المتأخّر عنه، أي: فاقه. والمرتاح هو الخامس، سمّي به لأن الارتياح النشاط، فكانه نشط فلحق بالسوابق.

والسادس: الحظيّ، لأنه حظي عند صاحبه حين لحق بالسوابق، أي: صار ذا حظوة عنده أي: نصيب، أو في مال الرهان^(٣).

(١) راجع لسان العرب ١١ : ٥١٩ .

(٢) في «م»: الناتان .

(٣) في الحجريتين: إلى نصيب. ولعل الصحيح: نصيب أوفى في مال الرهان .

والسبق - بسكون الباء - المصدر، وبالتحريك: العوض، وهو الخطر.

والسابع: العاطف، لأنه عطف إلى السوابق، أي مال إليها، أو كرّ عليها فلحقها.

والثامن: المؤمل، لأنه يؤمل اللحوق بالسوابق.

والتاسع: اللطيم وزان فعيل بمعنى مفعول، لأنه يُلَطِّم إذا أراد الدخول إلى الحجرة الجامعة للسوابق.

والعاشرة: السكيت مصغراً مخففاً، ويجوز تشديده، سمي به لسكوت ربه إذا قيل لمن هذا، أو لانقطاع العدد عنده. وقيل: إن السكيت هو الفسكل، وهو آخر فرس يجيء في الرهان^(١).

قوله: «والسبق - بسكون الباء - المصدر، وبالتحريك: العوض . . . الخ».

السبق - بالسكون - مصدر سَبَقَ - بالتحريك - غيره سبقاً ومسابقةً. وفي التذكرة^(٢) جعله مصدر «سَبَقَ»، وفي الصحاح^(٣) جعله مصدر «سابق»، وكلاهما صحيح إلا أن الثاني أوفق بالمطلوب هنا، لأن الواقع في معاملته كون العمل بين اثنين فصاعداً، فباب المفاعلة به أولى.

وأما «السَّبَقُ» بالتحريك فهو العوض المبدول للسابق وما في معناه، ويقال له «الْحَطْرُ» بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحين، و«النَدْبُ» بالتحريك أيضاً، و«الرهن» ومنه أخذ الرهان لهذه المعاملة.

(١) جهرة اللغة ٣: ١٢٧٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٥٤.

(٣) الصحاح ٤: ١٤٩٤.

والمحلل: الذي يدخل بين المتراهنين، إن سَبَقَ أخذ، وإن سُبِقَ لم يغرم.
والغاية: مدى السباق. والمناضلة: المسابقة والمراماة.

قوله: «والمحلل: الذي يدخل بين المتراهنين إن سَبَقَ أخذ، وإن سُبِقَ لم يغرم».

المحلل هو الذي يدخل بين المتراهنين ولا يبذل معها عوضاً، بل يُجري فرسه بينهما أو على أحد الجانبين على وجه يتناوله العقد. وحكمه: أنه إن سَبَقَ أخذ العوض المبذول للسابق، وإن سُبِقَ لم يغرم شيئاً. وسمي محللاً لأنَّ العقد لا يحلّ بدونه عند ابن الجنيّد^(١) منّا والشافعي^(٢)، أو يحلّ به إجماعاً بخلاف ما إذا خلا عنه، فإنّ فيه خلافاً، وسيأتي^(٣) تحريره.

قوله: «والغاية مدى السباق».

غاية الشيء منتهاه. والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لا مجموع مسافته، كما يظهر من المدى. قال في القاموس: المدى - ك «فتى» -: الغاية^(٤). وفي نهاية ابن الاثير: غاية الشيء مداه ومنتهاه^(٥). ويظهر منه أنّ المدى هو المنتهى وأنّ العطف تفسيري، وهو المطابق لعبارة المصنف رحمه الله.

قوله: «والمناضلة: المسابقة والمراماة».

المناضلة مفاعلة من النضل، وهو الرمي. قال الجوهرى: «ناضله: أي راماه، يقال: ناضلت فلاناً فنضلته إذا غلبته، وانتضل القوم وتناضلوا: أي رموا

(١) راجع المختلف: ٤٨٤.

(٢) الأم ٤: ٢٣٠، مختصر المزني: ٢٨٧.

(٣) لاحظ ص: ٩٢.

(٤) القاموس المحيط ٤: ٣٨٩.

(٥) النهاية ٣: ٤.

ويقال: سَبَقَ - بتشديد الباء - إذا أخرج السَّبَقَ ، وإذا أحرزه أيضاً .
والرشق - بكسر الراء - : عدد الرمي ، وبالفتح : الرمي .

للسبق» .^(١) وفي القاموس : «ناضله مناضلةً ونضالاً ونيضالاً باراه في الرمي» .^(٢) وفي التذكرة: «السباق اسم يشتمل على المسابقة بالخيال حقيقةً ، وعلى المسابقة بالرمي مجازاً ، ولكل واحدٍ منهما اسم خاصّ ، فيختصّ الخيل بالرهان ، ويختصّ الرمي بالنضال» .^(٣) وهذا موافق لقول الجوهري .

وأما إطلاق المناضلة على ما يشمل المسابقة فليس بمعروف لغةً ولا عرفاً . ولعلّ المصنف ومن تبعه في ذلك تجاوزوا في الإطلاق ، وبعض الفقهاء عنون الكتاب بالمسابقة والمناضلة^(٤) ، وهو الموافق لما نقلناه عن اللغة .

قوله : «ويقال : سَبَقَ - بتشديد الباء - إذا أخرج السَّبَقَ ، وإذا أحرزه أيضاً» .

أي أخرج السَّبَقَ - بالتحريك - وهو العوض ، بمعنى مِيْزَه وأوقع العقد عليه ، أو أخرجَه عنه للسابق على تقدير جعله في ذمته ثم ثبوته عليه . والمراد بإحرازه استحقيقه ، سواء قبضه أم لا .

قوله : «والرشق - بكسر الراء - : عدد الرمي ، وبالفتح : الرمي» .

الرشق - بكسر الراء - عدد ما يرمى به من السهام ، يقال : رمى رشقاً : أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلها . وإذا حصل الاتفاق على رمي خمسة خمسة فكل خمسة يقال لها رشق ، وخصّه بعض أهل اللغة بما بين العشرين والثلاثين . وأما بالفتح فهو المصدر ، يقال : رشقه يرشقه رشقاً إذا رماه بالسهم ، وهو المراد بقوله : «والرشق الرمي» أي المصدر لا اسمه .

(١) الصحاح ٥ : ١٨٣١ .

(٢) القاموس ٤ : ٥٨ .

(٣) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٦٠ .

(٤) المنهاج راجع سراج الرواح : ٥٦٨ وفي الأم ٤ : ٢٢٩ عنونه بـ (السبق والنضال) .

ويقال: رشق وجهه ويد، ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ الرشق.

ويوصف السهم: بالحاي، والخاصر، والخازق، والخاسق، والمارق، والخارم.

فالحاي: ما زلج على الأرض ثم أصاب الغرض.

قوله: «ويقال: رشق وجهه ويد ويراد به الرمي على ولاء حتى يفرغ». الرشق هنا بالكسر أيضاً، بمعنى أنه مشترك بين العدد الذي يتفقان عليه وبين الوجه من الرمي لذلك العدد، فكما يقال: رموا رشقاً أي عدداً اتفقوا عليه، كذلك يقال: رموا رشقاً إذا رموا بأجمعهم في جهة واحدة. قال الجوهري: «الرشق بالكسر الاسم، وهو الوجه من الرمي، فإذا رمى القوم بأجمعهم في جهة واحدة قالوا: «رمينا رشقاً»^(١). والمراد برشق اليد هذا المعنى أيضاً. وإضافة الرشق إلى اليد كإضافته إلى الوجه، فيقال: رشق وجهه ورشق يد إذا كانت جهة الرمي واحدة. ويمكن مع ذلك إضافته إليهما معاً كما يظهر من العبارة.

قوله: «ويوصف السهم بالحاي . . . الخ».

ذكر المصنف من أوصاف السهم عند الإصابة ستة أوصافٍ وأردفها بسابع. وفي التذكرة^(٢) ذكر له أحد عشر اسماً، وفي التحرير^(٣) ستة عشر، وفي كتاب فقه اللغة^(٤) تسعة عشر اسماً. والغرض من ذلك اعتبار صفة الإصابة في عقد الرماية، فلا يستحقّ العوض بتخطي الشروط إلا أن يصيب بها هو أبلغ منه.

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

الحاي - بإثبات الياء - من صفات السهم المصيب، وهو أن يقع دون الهدف

(١) الصحاح ٤: ١٤٨١.

(٢) التذكرة ٢: ٣٦٠.

(٣) التحرير ١: ٢٦١.

(٤) فقه اللغة: ١٩٩.

والخاصر: ما أصاب أحد جانبيه .

والخازق: ما خدشه . والخاسق: ما فتحه وثبت فيه .

ثم يحبو إلى الغرض فيصبيه، مأخوذ من حبو الصبي على الأرض، وجمعه حوايي .
ومعنى قول المصنف: «زلج على الأرض» أي زلق . قال في القاموس: «الزلج محرّكة:
الزلق، ويسكن»^(١). وفي الصحاح: «مكان زلج - بسكون اللام وتحريكها - أي
زلق، والتزلّج: التزلّق، وسهم زالج: يتزلّج عن القوس»^(٢).

وزعم بعض الفقهاء^(٣) أنّ الحواب بإسقاط الياء نوع من الرمي قسيم للمبادرة
والمحاظة . والمراد به أن يحتسب بالإصابة في الشن وهو الغرض^(٤) وفي الهدف ويسقط
الأقرب من الشن ما هو الأبعد منه . والمشهور من معناه ما ذكره المصنف رحمه الله .
قوله: «والخاصر ما أصاب أحد جانبيه» .

هو - بالخاء المعجمة ثم الصاد المهملة - مأخوذ من الخاصة، لأنها في أحد
جانبي الانسان، سمّي به لإصابته أحد جانبي الغرض، وهو في معنى خاصرته .
ويسمّى أيضاً جائزاً . وقيل: الجلايز ما سقط من وراء الهدف^(٥) . وقيل: ما وقع في
الهدف عن أحد جانبي الغرض^(٦) . فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة في الغرض
فالجائز مخطيء، وإن كانت مشروطة في الهدف فهو مصيب .
قوله: «والخازق ما خدشه . . . إلخ» .

الخازق بالخاء والزاي المعجمتين . وضمير «خدشه» يعود إلى الغرض، وظاهره
أنه لم يثقبه ولم يثبت فيه، وبهذا صرح في القواعد فقال: «الخازق ما خدشه ثم وقع
بين يديه» .^(٧) وفي التحرير: «أنّه ما خدشه ولم يثقبه» .^(٨)

(١) القاموس ١: ١٩٢ .

(٢) الصحاح ١: ٣١٩ .

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

(٤) المصباح المنير ١: ٣٩٢ .

(٥) و ٦) يراجع حلية العلماء ٥: ٤٨٢ .

(٧) قواعد الأحكام ١: ٢٦٤ .

(٨) تحرير الأحكام ١: ٢٦١ .

والمارق: الذي يخرج من الغرض نافذاً.

وكلام أهل اللغة بخلاف ذلك، ففي نهاية ابن الأثير قال: «خزق السهم وخسق إذا أصاب الرمية ونفذ فيها، وسهم خازق وخاسق»^(١). وقال في الصحاح: «الخازق من السهام المقرطس، والخاسق لغة في الخازق»^(٢). وقال في باب السين: «يسمى الغرض قرطاسا، يقال: رمى فقرطس إذا أصابه»^(٣). ومثله في القاموس^(٤). وظاهره أن الخازق والخاسق ما أصاب الغرض مطلقا، وهو يدل بإطلاقه على خلاف ما ذكره المصنف وصاحب النهاية، ومع الاختلاف قد اتفقا على أن الخازق والخاسق بمعنى واحد خلاف ما ذكره المصنف.

وقال الثعالبي في سرّ العربية: «إذا أصاب الهدف فهو مقرطس وخازق وخاسق وصائب»^(٥). وهذا أيضاً يشمل ما يחדشه وغيره، وما يثبت فيه ويقع، ويدل على ترادف الخاسق والخازق. ويمكن حمل كلام المصنف عليه من حيث إن إصابة السهم له مطلقا يوجب خدشه غالباً، وهو أعم من أن يثقبه ولا يثبت فيه وعدمه، كما أطلقه أهل اللغة، فيقرب من قولهم، لكن يبقى فيه مخالفة الخاسق للخازق في عبارته دون أهل اللغة.

قوله: «والخارق الذي يخرج من الغرض نافذاً».

هو بالخاء المعجمة والراء المهملة، ومعناه موافق للمفهوم منه لغة، لأن الخرق الشق، فإذا شقه ونفذ فيه - سواء سقط منه أم لا - فقد خرقه، لكنّه ليس من أسماؤه المعدودة لغة، ولم يذكره أحد من أصحاب الكتب الأربعة اللغوية السابقة ولا غيرهم ممن وقفت على كلامه. وفي بعض نسخ الكتاب «المارق» بالميم بدل الخارق، وهو

(١) النهاية ٢: ٢٩.

(٢) الصحاح ٤: ١٤٦٩.

(٣) الصحاح ٣: ٩٦٢.

(٤) القاموس ٣: ٢٢٧ و ٢: ٢٤٠.

(٥) فقه اللغة: ١٩٩.

والخارم : الذي يخرم حاشيته .

الصواب الموافق لكلام أهل اللغة^(١) نعتاً^(٢) وتعريفاً .

وفي التحرير جعل الخارق بمعنى الخاسق ، وقد تقدّم^(٣) ، وجعل الخازق بالزاي المعجمة مغايراً له كما مرّ خلاف ما ذكره أهل اللغة ، ولو حمل في كلامه الخارق - بالراء المهملة - على الخازق - بالمعجمة - ليكون مرادفاً للخاسق كان موافقاً لكلام أهل اللغة ، لكن ذكره بعد ذلك الخارق وتعريفه بأنه ما خدشه ولم يثقبه يوجب تعيين كونه بالزاي المعجمة لا الراء ، إذ لم يحصل فيما ذكره خرق .

والذي يظهر أنه وقع في التحرير ضرب من التصحيف والسهو عن تحرير كلام أهل اللغة ، لأنّ جعله الخارق مرادفاً للخاسق موافق لكلام أهل اللغة لكن بشرط كونه بالزاي المعجمة ، ثم لما ذكر الخارق بعد ذلك كان حقّه أن يكون بالمهملة فعرفه بما ينافي ذلك ويوافق تعريف المصنف في الخازق بالمعجمة ، فوقع الاضطراب .

وفي التذكرة^(٤) جعل الخارق ما أثر فيه ولم يثبت ، والخاسق ما ثقبه وثبت فيه ، كما ذكره المصنف هنا في الخازق بالمعجمة ، فجعلها متغايرين ، ولم يتحقق منه ضبط الراء ولا ذكر الأمرين ، فالالتباس فيه أشدّ ، لأنّه إن جعل بالراء وافق كلام التحرير وخالف مفهومه لغتاً ، وإن جعل بالزاي وافق كلامه في القواعد^(٥) وكلام المصنف هنا وخالف كلام أهل اللغة .

قوله : «والخارم الذي يخرم حاشيته» .

أي حاشية الغرض ، بأن يصيب طرفه فلا يثقبه ولكن يخومه . وهذا الاسم لم يذكره أيضاً أهل اللغة وإن كان مناسباً . وقد ذكروا للسهم أسماءً أخر غير ما ذكره

(١) لاحظ فقه اللغة وسرّ العربية : ٢٠٠ ، مجمل اللغة ٣ : ٨٢٨ .

(٢) كذا في (و) وفي (ش) : لقباً وفي (س) : معنى .

(٣ و ٥) لاحظ ص : ٧٧ .

(٤) التذكرة ٢ : ٣٦٠ - ٣٦١ .

ويقال: المزدلف الذي يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض.

تركنا ذكرها تبعاً لاختصاره^(١).

قوله: «ويقال: المزدلف الذي يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض».

أصل الازدلاف^(٢) التقدّم، وخصّه هنا بما يقع على الأرض ثم يتقدّم إلى الغرض، وعلى هذا فيرادف الحايي. وبه صرح في القواعد فقال بعد تعريف الحايي: «وهو المزدلف»^(٣). وفي تأخير المصنف ذكر المزدلف عن الحايي إشعاراً بالمغايرة بينهما، ولعلّ المزدلف عنده أقوى فعلاً من الحايي حيث اعتبر في مفهومه ضرب الأرض المقضي لقوّته اعتماده، بخلاف الحايي فإنّه اقتصر فيه على مجرد زلّقه على الأرض، فيكونان متباينين حيث إنّ الحايي ضعيف الحركة والمزدلف قويّها.

وهذا المعنى هو الظاهر من التذكرة، لأنّه قال فيها: «إن المزدلف أحدّ والحايي أضعف»^(٤). ولكن في عبارتها إشكال من وجه آخر، لأنّه قال: «وهو - أي الحايي - نوع من الرمي المزدلف، يفترقان في الاسم ويستويان في الحكم»^(٥). وجعل الافتراق في الاسم ما حكينا عنه من القوّه والضعف، وهذا الافتراق لا يوافق كونه نوعاً منه، لأنّه يقتضي كون المزدلف أعمّ من الحايي. ولو عكس الأمر - فجعل الحايي أعمّ، لأنّه عرفه بكونه السهم الواقع دون الهدف ثم يجبو إليه، وهو أعمّ من كون وقوعه بقوّه فيكون مزدلفاً وضعف فيكون حايياً بالمعنى العام - لكان أوفق بتعريفها.

(١) في هامش «و»: «العجب من المرحوم الشيخ علي حيث ذكر في الشرح أسماً كثيرة ذكرها في التذكرة والتحرير لاحاجة للشرح بها، وترك تحقيق ما ذكره المصنف في القواعد. منه رحمه الله»

لاحظ جامع المقاصد ٨ : ٣٤٦.

(٢) راجع النهاية لابن الاثير ٢ : ٣٠٩.

(٣) قواعد الأحكام ١ : ٢٦٤.

(٤ و ٥) تذكرة الفقهاء ٢ : ٣٦٠.

والغرض: ما يقصد إصابته، وهو الرقعة. والهدف: ما يجعل فيه الغرض من ترابٍ أو غيره.
 والمبادرة: هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع التساوي في الرشق.
 والمحاطة: هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة.

قوله: «والغرض ما يقصد إصابته، وهو الرقعة، والهدف ما يجعل فيه الغرض من ترابٍ وغيره».

الغرض من بيان «الغرض والهدف» أنّ كلاً منهما محلّ الإصابة، وقد يكون شرط المترامين إصابة كلّ منهما بل ما هو أخصّ منهما، فانهم يرتّبون تراباً أو حائطاً ينصب فيه الغرض فيسمّون التراب والحائط هدفاً، وما ينصبون فيه من جلد أو قرطاس يسمّونه الغرض. وبعضهم يسمّي المنسوب في الهدف قرطاساً، سواء كان كاغداً أم غيره، وقد تقدّم^(١) نقله عن الجوهري. وقد يخصّ الغرض بالملقّ في الهواء والقرطاس بغيره. وقد يجعل في الغرض نقش كالهلال يقال له: «الدائرة» وفي وسطها شيء آخر يقال له: «الخاتم». وشرط الإصابة وغرضها يتعلّق بكلّ واحدٍ من هذه العلامات، فإن الإصابة في الهدف أوسع، وفي الغرض أوسط، وفي الدائرة أضيق، وفي الخاتم أدقّ. وهذا المذكور اصطلاح الرماة وتعبير الفقهاء. وفي الصحاح «الغرضُ: الهدفُ الذي يُرمى فيه»^(٢).

قوله: «والمبادرة: هي أن يبادر أحدهما إلى الإصابة مع التساوي في الرشق، والمحاطة: هي إسقاط ما تساويا فيه من الإصابة».
 المرامة قسهان: مبادرة ومحاطة. والمراد من الأوّل أن يتّفقا على رمي عدد معيّن

(١) في ص: ٧٨.

(٢) الصحاح ٣: ١٠٩٣.

كعشرين سهماً مثلاً، فمن بدر إلى إصابة عدد معينٍ منها - كخمسة - فهو ناضل لمن لم يصب أو أصاب ما دونها. والمراد من المحاطة - بتشديد الطاء - أن يقابل إصاباتها من العدد المشترك ويطرح المشترك من الاصابات، فمن زاد فيها بعدد معينٍ كخمسة مثلاً ففاضلٌ للآخر، فيستحقّ المال المشروط في العقد.

وما ذكره المصنف من تعريفها غير سديد، لدخول كلّ منهما في تعريف الآخر، فإنّ بدار أحدهما إلى الاصابة مع التساوي في الرشق متحقّق ظاهراً مع شرط المحاطة، وإسقاط ما تساويا فيه من الاصابة يتحقّق مع شرط المبادرة، ومع ذلك فالمقصود من معناها غير حاصل من اللفظ.

والأسدّ في تعريفها ما أشرنا إليه سابقاً من أنّ المبادرة هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عددٍ معينٍ من مقدار رشقٍ معينٍ مع تساويها فيه. والمحاطة هي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الاصابة عددٌ معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما باصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه.

فاذا كان شرط الرشق عشرين فرمياها وأصاب أحدهما خمسة والآخر اربعة فالأول ناضلٌ على الأول. ولو أصاب كلّ منهما خمسة فلا نضل لأحدهما. ولو أصاب الرامي أولاً خمسة وبقي للثاني عدد يمكن فيه لحوقه في الاصابة لم يتحقّق نضل الأول إلى أن يرمي الثاني تمام عدده، فيمكن أن يصيب فيمنع^(١) الأول من الاستحقاق، وأن يخطيء فيستقرّ الاستحقاق للأول، وسيأتي^(٢) تفصيله إن شاء الله.

وعلى تقدير اشتراط المحاطة لو شرطاً عشرين وخلوص خمس إصابات فرميا عشرين فأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة فالأول هو السابق، لأنها يتحاطان خمسة بخمسة فيفضل للأول الخمسة المشترطة. ولو تساويا في الإصابة أوزاد أحدهما دون العدد المشروط فلا سبق.

(١) كذا في «س». وفي غيرها: فيمنع.

(٢) في ص: ١٠٥ - ١٠٧.

واعلم أن تقسيم المناضلة إلى القسمين هو المشهور بين الفقهاء منا ومن غيرنا، وقد تقدّم^(١) نقل العلامة في التذكرة أن بعض الفقهاء جعل قسمًا ثالثًا لها وهو الحوَاب، وجعل معناه إسقاط الأقرب من الغرض ما هو الأبعد. وفي القواعد^(٢) جعل أقسامها ثلاثة أيضاً، القسمان المذكوران هنا، والمفاضلة وفسرها بأنها مثل مَنْ فضل صاحبه بإصابة واحدٍ أو اثنين أو ثلاث من عشرين فهو السابق. وهذا بعينه هو المحاطة، لأنها لا تختص^(٣) بشرط فضل شيءٍ معينٍ كما تقدّم. ويعتبر فيها فضل السابق على المسبوق بالعدد المشترط ليتحقق معنى الحطّ المأخوذ في المحاطة. مع أنه صرح في التحرير بأن المفاضلة مرادفة للمحاطة، فقال فيه: «لو قال: أينا فضل صاحبه بثلاث من عشرين فهو سابق فهو محاطة، ويسمى أيضاً مفاضلة»^(٤). وهذا هو الظاهر من معناها لغة واصطلاحاً.

(١) لاحظ ص: ٧٧.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٦٥.

(٣) في «س»: إلا أنها تختص.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٦٤.

الثاني

فيما يسابق به

ويقتصر في الجواز على النصل والخفّ والحافر، وقوفاً على مورد
الشرع.

قوله: «ويقتصر في الجواز على النصل والخفّ والحافر وقوفاً على مورد
الشرع».

يظهر من التعليل أنّ هذا العقد مخالف للأصل فيقتصر في جوازه على مورد
الشرع الآذن^(١) فيه، وهو الثلاثة المذكورة. وإنّما كان مخالفاً للأصل لاشتماله على
اللهو واللعب والقمار على بعض الوجوه، فالأصل أن لا يصحّ منه إلا ما ورد الشرع
بالإذن فيه، وهو الثلاثة المذكورة.

ويمكن أن يقال: إنّ عموم الأمر بالوفاء بالعقود^(٢) وإجماع الأمة على جوازه في
الجملة - كما نقله جماعة من الفقهاء^(٣) - ووجود الغاية الصحيحة بل ما هو أفضل
الغايات وهو الاستعداد للجهاد والاستظهار في الجلال لأعداء الدين وقطاع الطريق
وغيرهم من المفسدين يقتضي جوازه مطلقاً، لكن قوله صلى الله عليه وآله وسلم .
«لا سبق إلا في نصلٍ أو خفٍّ . . . إلى آخره»^(٤) يقتضي النهي عما عدا الثلاثة.

(١) في «س» و «و»: بالإذن.

(٢) المائة: ١.

(٣) منهم ابن إدريس في السرائر ٣: ١٤٧، وابن فهد الحلبي في المهذب البارع ٣: ٨١ وكذا في
المغني لابن قدامة ١١: ١٢٨.

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

ويدخل تحت النصل السهم، والنشاب، والحراب، والسيف.
ويتناول الخفّ الإبل والفيلة اعتباراً باللفظ.

متقى هي على أصل الجواز، نظراً إلى الأدلة العامة، وهذا أجود.
وأيضاً فإن الغرض الأقصى منه لما كان هو الاستعداد للجهاد، وهو منحصر
غالباً في هذه الثلاثة، اقتصر عليها وألغى النادر. والتعليل الوسط أوسط.
قوله: «ويدخل تحت النصل السهم والنشاب والحراب والسيف».
المعروف أنّ السهم هو النشاب، وفي الصحاح: «النشاب: السهام»^(١)
فظاهره أنّها مترادفات، وعلى هذا فعطف النشاب على السهم من عطف المترادف وإن
اختلفا بالجمع والافراد من قبيل «أولئك عليهم صلوات من ربهم ورحمة»^(٢). ويمكن
أن يختص أحدهما أو كل منهما^(٣) بنوع خاص أو بلغة، كما قيل: إن السهم للعرب
والنشاب للعجم.

واعلم أنّ حصر النصل فيما ذكر هو المعروف لغةً وعرفاً، فلا يدخل فيه مطلق
المحدّد كالدبوس وعصا المداق إذا جعل في رأسها حديدة ونحو ذلك، عملاً بالأصل
السابق. قال في الصحاح: «النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح»^(٤).
ويحتمل الجواز بالمحدّد المذكور إمّا بادعاء دخولها في النصل، أو لإفادتها فائدة النصل
في الحرب. وقد كان بعض مشايخنا^(٥) المعتمدين يجعل وضع الحديدة في عصا المداق
حيلة على جواز الفعل، نظراً إلى دخوله بذلك في النصل.
قوله: «ويتناول الخفّ الإبل والفيلة اعتباراً باللفظ».

لا خلاف في جواز المسابقة على الإبل، لمشاركتها الخيل في المعنى المطلوب منها
حالة الحرب من الانعطاف وسرعة الإقدام، ولأنّ العرب تقاتل عليها أشدّ القتال،

(١) الصحاح ١: ٢٢٤.

(٢) البقرة: ١٥٧.

(٣) في «س»: أو كلاهما.

(٤) الصحاح ٥: ١٨٣٠.

(٥) في هامش «و»: «هو السيد حسن بن السيد جعفر الحسيني قدس سره. منه رحمه الله».

وكذا يدلّ الحافر على الفرس والحمار والبغل .

ولا يجوز المسابقة بالطيور، ولا على القدم، ولا بالسفن، ولا

بالمصارعة .

وهي داخلة في الخفّ . وأما الفيلة فهي كذلك عندنا وعند أكثر العامة^(١)، لدخولها تحت اسم الخفّ أيضاً، ويقاتل عليها كالابل . وذهب بعضهم^(٢) إلى المنع منها، لأنه لا يحصل بها الكرّ والفرّ، فلا معنى للمسابقة عليها، والخبر حجتنا عليهم . وقول المصنف: «اعتباراً باللفظ» تعليل لدخول الفيلة في اسم الخفّ، ردّاً على المخالف، واستناداً إلى دخوله في لفظ الخفّ كما ذكرناه .

قوله: «وكذا يدلّ الحافر على الفرس والحمار والبغل» .

لا خلاف عندنا في جواز المسابقة على الثلاثة، لدخولها تحت الحافر وصلاحيّتها للمسابقة عليها في الجملة . وخالف بعض^(٣) العامة في جوازها على الأخيرين، لأنّها لا يقاتل عليهما غالباً ولا يصلحان للكرّ والفرّ . والنصّ حجة عليه . قوله: «ولا يجوز المسابقة بالطيور ولا على القدم ولا بالسفن ولا بالمصارعة» .

وجه المنع من هذه الأمور الحصر المستفاد من الخبر السابق المقتضي لنفي مشروعية ما عدا الثلاثة، والنهي عنه الشامل لهذه الأمور وغيرها، ولأنّها ليست من آلات الحرب، ولا مفيدة للحذق فيه .

والمنع منها مع العوض موضع وفاقٍ عندنا . وذهب بعض العامة^(٤) إلى جواز المسابقة بالجميع، لأنّ الطيور مما يمكن الاحتياج إليها في الحروب لحمل الكتب واستعلام أحوال العدو وأخباره، فيحتاج إلى معرفة السابق منها . ومثله سبق

(١) و (٢) راجع المهذب ضمن المجموع ١٥ : ١٣٧، والمغني لابن قدامة ١١ : ١٣٠، والوجيز ٢ :

٢١٨ .

(٣) المغني لابن قدامة ١١ : ١٣٠، حلية العلماء ٥ : ٤٦٤ .

(٤) راجع المهذب (ضمن المجموع) ١٥ : ١٣٧ .

بالأقدام، والسفن إذا وقع الحرب في البحر، وقد يقع القرمان في المصارعة فيستفيد العالم بها السلامة من العدو بها. ورووا عن النبي - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه سابق^(١) عائشة بالقدم مرتين سبق في إحداهما وسُبق في الأخرى، ورواه ابن الجنيدي في كتابه الأحمدي^(٢)، واستدل به على جوازها بغير عوضٍ حيث لم يذكر العوض، وأنه صارع ركانة^(٣) ثلاث مرّات، كلّ مرّة على شاة، فصرع خصمه في الثلاث وأخذ منه ثلاث^(٤) شياة. ولم يثبت ذلك عندنا، والخبر السابق المتفق عليه يدفعه.

ولو خلت هذه الأمور ونحوها من العوض ففي جوازها قولان، مأخذهما: عموم النفي السابق الشامل للعوض وغيره، وأصالة الجواز وأنها قد يراد بها غرض صحيح. وقد عرفت أنّ المشهور في الرواية فتح الباء من «سَبَقَ» فيفيد نفي مشروعية بذل العوض، ولا تعرّض فيها لما عداه فيبقى على أصالة الجواز، وعلى رواية السكون المفيد لنفي المصدر مطلقاً يدلّ على المنع مما عدا المستثنى مطلقاً. ويرجع الأول - مع الشهرة - أنّ احتمال الأمرين يرفع دلالتها على المنع مطلقاً، فيبقى أصالة الجواز خالية عن المعارض، مضافاً إلى ما ذكر من الفوائد المترتبة عليها وغيرها، وبذلك يخرج عن اللهو واللعب.

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

(٢) لم نعر عليه .

(٣) في هامش «و» : «في التذكرة يزيد بن ركانة، وفي شرح المنهاج للمحلّي ركانة، وكذلك في سيرة ابن هشام، وهو أجد. منه رحمه الله». لاحظ التذكرة ٢ : ٣٥٤ ، وسيرة ابن هشام ٢ : ٣١ .

(٤) راجع المصنّف لعبد الرزّاق ١١ : ٤٢٧ ح ٢٠٩٠٩ ، المراسيل لأبي داود : ٢٣٥ ح ٣٠٨ .

الثالث

في عقد المسابقة والرماية

وهو يفتقر إلى إيجاب وقبول. وقيل: هي جعالة فلا تفتقر إلى قبول ويكفي البذل. وعلى الأول فهو لازم كالأجارة. وعلى الثاني هو جائز، شرع فيه أو لم يشرع.

قوله: «وهو يفتقر إلى إيجاب وقبول . . . الخ».

اختلف الأصحاب وغيرهم^(١) في لزوم عقد المسابقة وجوازه، فذهب المصنف وقبله ابن إدريس^(٢) وجماعة^(٣) إلى لزومه، لعموم أوفوا بالعقود^(٤)، والمؤمنون عند شروطهم^(٥)، وذهب الشيخ^(٦) والعلامة في المختلف^(٧) إلى جوازه، لأصالة عدم اللزوم، مع القول بموجب الآية فإن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من جواز ولزوم، وقد تقدّم^(٨) تحقيقه.

ومنشأ الخلاف أنها عقد يتضمّن عوضاً على عمل، وهو مشترك بين الاجارة

(١) راجع المعني لابن قدامة ١١ : ١٣٢ .

(٢) السرائر ٣ : ١٤٩ .

(٣) منهم المحقق الأبي في كشف الرموز ٢ : ٦٢ ، والعلامة الحلي في قواعد الأحكام ١ : ٢٦٣ .

(٤) المائدة : ١ .

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

(٦) المبسوط ٦ : ٣٠٠ ، الخلاف ٢ : ٥٤٨ مسألة ٩ .

(٧) مختلف الشيعة : ٤٨٤ .

(٨) في ص : ٣٧ .

والجعالة . ثم إنها مشتملة على اشتراط العمل في العوض وكونه معلوماً وهو من خواصّ الاجارة، وعلى جواز إبهام العامل في السبق، وعلى ما لا يعلم حصوله من العامل، وعلى جواز بذل الأجنبي وهو من خواصّ الجعالة . فوقع الاختلاف بسبب ذلك، فعلى القول بأنها جعالة يلحقها أحكامها من الاكتفاء بالايجاب والجواز، وعلى القول بالاجارة يفتقر معه إلى القبول وتكون لازمة .

ويمكن أن يجعل عقداً برأسه، نظراً إلى تحلّف بعض خواصّها عن كلّ من الأمرين على حدته كما عرفت، ويقال حينئذٍ بلزومها لعموم الآية، وهذا أجود أللهم إلا أن يناقش بأنّ الجعالة ليست عقداً فلا تتناول الآية لها ولنظائرها، ويرجع إلى أصالة عدم اللزوم حيث يقع الشكّ في كون المسابقة عقداً أم لا .

واعلم أنّ المصنف جعل مورد الخلاف كونها عقداً يفتقر إلى إيجاب وقبول، أو إيقاعاً فلا يفتقر إلى القبول، ورتّب على الأول اللزوم، وعلى الثاني الجواز . وبعض الفقهاء عكس فجعل مورد الخلاف أنّه عقد لازم أو جائز، ورتّب على اللزوم كونها إجارة، وعلى الجواز كونها جعالة . وفي الحقيقة كلّ واحد من التعريفين أعمّ من المدعى، إذ لا يلزم من كونها عقداً لزومه، لأنّ العقد ينقسم إلى اللازم والجائز والمتردّد، ولا يلزم من كون عقدها جائزاً كونها جعالةً، لجواز أن يكون عقداً مفتقراً إلى الايجاب والقبول مع كونه جائزاً كالمضاربة .

ولعلّ ما فرضه المصنف أولى، لأنّ من جعلها عقداً يمكن استدلاله على لزومه بعموم «أوفوا بالعقود» وإن كانت العقود أعمّ من اللازمة، ومن جعلها إيقاعاً لا يناسبها إلا الجعالة من أفراد الايقاعات بالنظر إلى خواصّها فناسبها الجواز . وهذا حسن .

ولا يرد عليه ما أورده العلامة في المختلف^(١) من أنّ الآية لا يراد منها مطلق

ويصح أن يكون العوض عيناً، أو ديناً.
 وإذا بذل السبق غير المتسابقين، صحَّ إجماعاً. ولو بذله أحدهما.
 أو هما، صحَّ عندنا، ولو لم يدخل بينهما محلل. ولو بذله الامام من بيت
 المال جاز، لأنَّ فيه مصلحة.

العقود وإلاَّ وجب السوفاء بالوديعة والعارية وغيرهما من العقود الجائزة، وهو باطل
 إجماعاً، فلم يبق إلاَّ العقود اللازمة، فلا ينفع هنا لأنَّه المتنازع.
 وإنما لم يرد ذلك لأنَّ الأمر بالفداء بالعقود عامٌّ في جانب المأمور والمأمور به،
 فيشمل بعمومه سائر العقود، ثم [بعد]^(١) تخصيصه ببعضها وإخراج العقود الجائزة
 يبقى العموم حجَّةً في الباقي كما هو محقق في الأصول، وإنما تنتفي دلالة حينئذٍ لو
 جعلناه بعد التخصيص مجملًا غير حجَّة في الباقي، وهو قول مردود، ولا يرتضيه
 العلامة ولا غيره من المحققين. وأما قوله: إنَّ الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من لزوم
 وجواز فهو خلاف الظاهر منه، فإنَّ مقتضى الوفاء بالشيء التزامه والعمل بمقتضاه
 مطلقاً.

قوله: «ويجوز أن يكون العوض عيناً أو ديناً».

قد عرفت أنَّ عقد المسابقة لا يفتقر إلى العوض، بل دائرة جوازه بدونه أوسع،
 لكن على تقدير ذكر العوض يجوز كونه عيناً وديناً، كما في غيره من الأعيان الواقعة
 في المعاملات. ويعتبر على التقديرين كونه مضبوطاً بالمقدار والجنس والنوع. ويتفرَّع
 على كلِّ من العين والدين أحكامه اللاحقة له شرعاً من الضمان والرهن عليه وغير
 ذلك، فإنَّه على تقدير كونه عيناً لا يصحَّ الرهن عليه، لتعدُّر أخذها من الرهن، ولا
 ضمانها إلاَّ إذا جَوَّزنا ضمان الأعيان المضمونة مطلقاً. وعلى تقدير كونه ديناً يصحَّ
 الرهن عليه حيث يكون لازماً، وضمانه بشرطه. وكذلك يجوز كونه حالاً ومؤجلاً،
 منها ومن أحدهما وبالتفريق.

قوله: «وإذا بذل السبق غير المتسابقين صحَّ . . . إلخ».

إذا تَضَمَّنَ عقد المسابقة مَالاً فإِذَا أن يخرجه المتسابقان معاً، أو أحدهما، أو ثالث هو الامام، أو غيره، فالأقسام أربعة:

الأول: أن يخرج المال الإمام، وهو جوائز إجماعاً مَنًا ومن غيرنا، سواء كان من ماله أو من بيت المال، لأنَّ النبي^(١) - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - سابق بين الخيل وجعل بينها سَبَقاً، ولأنَّ ذلك يتضمَّن حثاً على تعلُّم الجهاد والفروسيَّة، وإعداد أسباب القتال، وفيه مصلحة للمسلمين وطاعة وقربة، فكان ساياً.

الثاني: أن يكون المخرج غير الامام، وهو جوائز أيضاً عندنا وعند أكثر العامة^(٢)، لأنَّه بذل مال في طاعة وقربة، وطريق مصلحة للمسلمين، فكان جائزة بل يثاب عليه مع نيَّته، كما لو اشترى لهم خيلاً وسلاحاً وغيرها مما فيه إعانتهم على الجهاد. وقال بعض العامة^(٣): «لا يجوز أن يخرج المال غير المتسابقين إلا الامام، لاختصاص النظر في الجهاد به. وضعفه ظاهر، لأنَّ تهيئة أسباب الجهاد غير مختصة به، وعموم الأخبار المسوَّغة له في الأصل متناولة لموضع النزاع.

الثالث: أن يخرج المال أحد المتسابقين، بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتَ فللك عليّ عشرة، وإن سبقتُ أنا فلا شيء لي عليك. وهو جوائز عندنا أيضاً، للأصل وانتفاء المانع. وقال المانع من العامة في السابق لا يصحّ هنا أيضاً، لأنَّه قمار. ويندفع - على تقدير تسليمه - بخروجه عنه بالنص السابق المتفق عليه الشامل لموضع النزاع.

الرابع: أن يخرجه المتسابقان معاً، بأن يخرج كلّ منهما عشرة مثلاً على أن يجوزهما السابق. وهو جوائز أيضاً مطلقاً على الأشهر.

(١) سنن أبي داود ٣: ٢٩ ح ٢٥٧٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١١: ١٣١.

(٣) في هامش (٥): «هو مالك بن أنس. منه رحمه الله». لاحظ حلية العلماء ٥: ٤٦٩ والمغني

لابن قدامة ١١: ١٣١.

ولو جعلنا السَّبَقَ للمحلَّل بانفراده، جاز أيضاً. وكذا لو قيل: مَنْ سبق منَّا فله السَّبَقُ، عملاً بإطلاق الإِذْنِ في الرهان. ويفتقر في المسابقة إلى شروط خمسة: تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً. وتقدير الخطر. وتعيين ما يسبق عليه. وتساوي ما به السباق في احتمال السبق، فلو كان أحدهما ضعيفاً، تيقن قصوره عن الآخر، لم يجوز. وأن يجعل السَّبَقَ لأحدهما أو للمحلَّل، ولو جعل لغيرهما لم يجوز.

وقال ابن الجنيدي^(١): لا يجوز إلا بالمحلَّل، بأن يكون بينهما ثالث في السباق إن سبق أخذ السبقين معاً وإن سبق لم يغرم، أخذاً بظاهر رواية^(٢) عامية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، ودلالاتها وحجيتها ممنوعتان.

إذا تقرَّر ذلك فقول المصنف: «إذا بذل السَّبَقُ غير المتسابقين صحَّ إجماعاً» يشمل ما لو كان الباذل الامام وغيره. وقد عرفت أنَّ موضع الاجماع ما لو كان الباذل الامام لا غيره. وقوله: «أو هما صحَّ عندنا» ليس على إطلاقه أيضاً، لمنع ابن الجنيدي منه كالشافعي^(٣) فكأنه ما اعتبر خلافه في ذلك وليس بذلك الجيِّد.

قوله: «ولو جعلنا السَّبَقَ للمحلَّل بانفراده جاز أيضاً . . . الخ».

المعتبر جعل المال على تقدير بذله للسابق منها، أو من أحدهما، أو من المحلَّل. فإن عيَّناه للمحلَّل خاصةً على تقدير سبقه جاز واختصَّ به إن سبقهما. وإن سبق أحدهما لم يستحقَّ شيئاً. وكذا لو سبق أحدهما والمحلَّل، لعدم تحقُّق الشرط وهو سبق المحلَّل، إلا أن يشترط ما يشمل ذلك فيستحقَّ بحسب الشرط، كما لو شرطاً أنه إن سبق استحقَّ وإن سبق مع أحدهما اختصَّ دون رفيقه، أو أنه إن سبق مع أحدهما استحقَّ مال الآخر وأحرز رفيقه ماله. ولو أطلقا استحقاق السابق منها ومن المحلَّل صحَّ أيضاً، عملاً بإطلاق الإِذْنِ في الأخبار الشامل لذلك.

قوله: «ونفتقر المسابقة إلى شروط خمسة . . . الخ».

(١) و (٣) لاحظ ص: ٧٤، هامش (٢، ١).

(٢) سنن أبي داود ٣: ٣٠ ح ٢٥٧٩، جامع الأصول ٦: ٢٥ ح ٣٠٣٦.

لما كان عقد المسابقة من عقود المعاوضات وإن لم تكن محضة فلا بدّ فيه من الضبط الراجع للجهالة الدافع للغرر المحصل للغاية المطلوبة منه، ولا يتمّ ذلك إلاّ بأمور ذكر المصنف منها خمسة، وجعلها في التذكرة^(١) اثني عشر، ونحن نشير إليها جملة مبتدئين بما ذكره المصنف منها:

الأول: تقدير المسافة ابتداءً وانتهاءً، فلو لم يعيّنهما أو أحدهما - بأن شرطاً المال لمن يسبق منها حيث يسبق - لم يجوز، لأنّه إذا لم يكن هناك غاية معيّنة فقد يديان السير حرصاً ويتعبان فتهلك الدابة. ولأنّ من الخيل ما يقوى سيره في ابتداء المسافة ثم يأخذ في الضعف وهو عتاق الخيل، وصاحبه يبغى قصر المسافة، ومنها ما يضعف في الابتداء ثم يقوى ويشتدّ في الانتهاء، وهو هجانها، وصاحبه يبغى طول المسافة، فإذا اختلف الغرض فلا بدّ من الإعلام والتنصيص على ما يقطع النزاع، كما يجب التنصيص على تقدير الثمن في البيع والأجرة في عقد الإجارة، إذ السبق أحد العوضين هنا. وعلى هذا فلو استبقا بغير غاية لينظر أيّهما يقف أولاً لم يجوز، لما ذكر.

الثاني: تقدير الخطر، وهو المال الذي تسابقا عليه جنساً وقدرًا، لأنّه عوض عن فعل محلّل فيشترط فيه العلم كالأجارة. فلو شرطاً مالاً ولم يعيّنهما، أو تسابقا على ما يتفقان عليه، أو على ما يحكم به زيد بطل العقد، للغرر وإفضائه إلى التنازع المخالف لحكمة الشارع. ويحيى على قول من يجعلها جعلاً جواز الجهالة في العوض على بعض الوجوه، وذلك حيث لا يمنع من التسليم ولا يفرضي إلى التنازع، كجعل عبده الفلاني أو جزء منه - ولا يعلبانه أو أحدهما - لمن سبق، وقد تقدّم^(٢) أنّ المال ليس شرطاً في عقد المسابقة، بل يعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه.

الثالث: تعيين ما يسابق عليه بالمشاهدة، لأنّ المقصود من المسابقة امتحان الفرس ليعرف شدّة سيره وتمرينه على العدو، وذلك يقتضي التعيين. وفي الاكتفاء

(١) التذكرة ٢: ٣٥٤.

(٢) راجع ص: ٨٧، ٩٠.

بالوصف وجهٌ ضعيف، لعدم إفادته الغرض منه إذ لا يتم إلا بالشخص، بخلاف نحو السلم لأنَّ الغرض فيه متعلِّق بالكليّ. وحيث يعينان الفرسين لا يجوز الإبدال وإن قيل بجواز العقد، لأنّه خلاف المشروط.

الرابع: تساوي مابه السباق في احتمال السبق، لأنَّ الغرض الاستعلام، وإنّما يتحقّق مع احتمال سبق كلٍّ منهما، إذ لو علم سبق واحدة لم يكن للاستعلام فائدة. والمراد بالتساوي في احتمال السبق قيام الاحتمال في كلّ واحدة وإن ترجّح أحدهما على الآخر، لا تكافؤ الاحتمالين كما يظهر من العبارة. وفي تمثيله بما لو كان أحدهما ضعيفاً يتيقّن قصوره عن الآخر تنبيه على ما فسّرنا به، وعلى هذا لا يبطل إلّا مع القطع بسبق أحدهما.

الخامس: أن يجعل السبق لأحدهما أو للمحلّل، فلو جعل لغيرهما لم يجز، لأنّه مفوّت للغرض من عقد المسابقة إذ الغرض التحريص في طلب العوض. وكذا لو جعل للمسبق، لأنّ كلّاً منها يحرص على كونه مسبقاً ليحصل العوض فيفوت الغرض. وكذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبق، ويجوز العكس لحصول الغرض في الجملة بالنسبة إلى الزيادة، كما يجوز جعلها خاصّةً عوضاً. فهذه جملة ما اعتبره المصنّف من الشروط. والذي زاده في التذكرة^(١):

السادس: تساوي الدابّتين في الجنس، فلا يجوز المسابقة بين الخيل والبغال، ولا بين الإبل والفيلة، ولا بينها وبين الخيل، لأنه مناف للغرض من استعلام قوّة الفرس وتمرينها مع السباق مع جنسها. ولو تساويا جنساً لا وصفاً كالعربي والبرذون والبختي والعراي فالأقوى الجواز، لحصول الشرط وهو احتمال سبق كلٍّ منهما لأنه المفروض، ولتناول اسم الجنس لهما. ووجه العدم بُعد ما بين الصنفين كتباعد الجنسين. وهو بعيد.

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

وهل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم. والأظهر: لا، لأنه مبنيّ على التراضي.

يدركه أم لا، لم يجوز، لأنه مناف للغرض من العقد، لأن السبق ربّما كان مستنداً إلى إرسال أحدهما أولاً. وأيضاً فإن استعمال إدراك الآخر للأول غير استعمال السبق فلا يجوز العقد عليه.

الثامن: أن يستبقا على الدابتين بالركوب، فلو شرطاً إرسال الدوابّ لتجري بنفسها فالعقد باطل، لأنها تتنافر بالإرسال ولا تقصد الغاية، بخلاف الطيور إن جوّزنا المسابقة عليها لأنّ لها هداية إلى قصد الغاية.

التاسع: أن يجعل المسافة بحيث يحتمل الفرسان قطعها ولا ينقطعان دونها، فلو كانت بحيث لا ينتهيان إلى غايتها إلّا بانقطاع وتعب شديد بطل العقد.

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

الحادي عشر: العقد المشتمل على أركانه المعتبرة فيه، وقد تقدّم^(١) في كلام المصنف ما يدلّ عليه.

الثاني عشر: عدم تضمّن العقد شرطاً فاسداً، فلو قال: إن سبقتني فلك هذه العشرة، ولا أرمي بعد هذا أبداً، أو لا أنا ضلك إلى شهر، بطل العقد لأنه شرط ترك قرينة مرغّب فيها ففسد وأفسد.

قوله: «وهل يشترط التساوي في الموقف؟ قيل: نعم، والأظهر: لا، لأنه مبنيّ على التراضي».

وجه الاشتراط ما عرفته من أنّ الغرض الذاتي من المسابقة معرفة جودة عدوّ الفرس وسبقه وفروسيّة الفارس، وهو متّفق مع عدم التساوي، لأن عدم السبق قد يكون لما بينهما من المسافة فيخلّ بمقصود العقد.

والأقرب عدمه، لما أشار إليه من أنه عقد مبنيّ على التراضي وقد حصل،

وأما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمر ستّة: الرشق، وعدد الإصابة، وصفتها، وقدر المسافة، والغرض، والسبق،

مضافاً إلى أصالة عدم الاشتراط، وإطلاق الأخبار الدالّة على الاذن فيه الشامل لموضع النزاع. والتفاوت الحاصل بين الموقفين إن حصل معه احتمال السبق من كلّ منهما لم يضرّ عروض التخلف وإلاّ كان المانع فقد ذلك الشرط الذي قد اتفق على اعتباره.

والفرق بين هذه المسألة ومسألة إرسال إحدى الدابّتين قبل الأخرى - حيث منع منه ثمّ وجّزت هذه - أنّ التفاوت بين الموقفين هنا مضبوط يمكن معه رفع الجهالة عمّا هو في حكم العوض، بخلاف إرسال إحدى الدابّتين قبل الأخرى، فإنّ المنع منه موجّه إلى الإطلاق كما ذكر، إذ لو انضبط موقف المرسلّة أولاً بالنسبة إلى المتأخّرة لكانت هي هذه المسألة.

قوله: «وأما الرمي فيفتقر إلى العلم بأمر ستّة . . . الخ».

المراد بالستّة ما عدّه من قوله: «الرشق إلى قوله والسبق».

فالأول من الستّة: الرشق، وقد تقدّم^(١) أنّه عدد الرمي فيعتبر العلم به، لأنّه العمل المقصود والمعقود عليه، ليكون غاية رميها معلومة منتهية إليه. فلو لم يعيّن أمكن أن يطلب المسبوق الرمي بمقتضى العقد ليلحق أو يسبق ويمتنع الآخر، فيحصل التنازع على وجه لا سبيل إلى دفعه ولا غاية يتفان عليها، وذلك خلاف حكمة الشارع المضبوطة في مثل ذلك.

وفصّل بعضهم فاشتراط العلم به في المحاطّة دون المبادرة^(٢)، محتجّاً بأنّ المراد في المحاطّة خلوص إصابة العدد المشترط بعد مقابلة الإصابات من الجانبين من عدد يجب إكماله، فلا بدّ من تعيينه وإلاّ لأفضى إلى الجهالة، بخلاف المبادرة لأنّ الاستحقاق فيها متعلّق بالبدار إلى إصابة العدد المعتبر حيث اتفق، ولا يجب إكمال

(١) في ص: ٧٥.

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ٣٧١.

العدد المشروط فلا حاجة إلى تعيينه. والاشتراط مطلقاً أقوى لما ذكر سابقاً.
 الثاني: عدد الإصابة كخمس إصابات من عشرين رمية، لأن الاستحقاق بالإصابة، وبها يتبين حذق الرامي وجودة رميه، ولأن معرفة الناصل من المنضول وصفة الإصابة إنما تتبين بها. فلو عقدا على أن يكون الناصل منهما أكثرهما إصابة من غير بيان العدد لم يصح عندنا، كما لو جعلنا المسابقة على الخيل إلى غير غاية. وأكثر ما يجوز اشتراطه من الإصابة ما ينقص عن عدد الرشق المشروط بشيء وإن قل، ليكون تلافياً للخطأ الذي يتعدّر أن يسلم منه المتناضلون، وأحذق الرماة في العرف من أصاب تسعة من عشرة، فلو شرطها كذلك جاز لبقاء سهم الخطأ، وربما قيل بعدمه، لندوره. وأقل ما يشترط من الإصابة ما يحصل به التفاضل، وهو ما زاد على الواحد.

الثالث: صفتها من مرقٍ أو خزقٍ أو ازدلافٍ أو غيرها من الصفات المتقدمة وغيرها، لاختلاف الأغراض فيها واختلافها بالشدة والضعف، فقد يقدر بعضهم على بعضها أزيد من الآخر، فيكون ترك التعيين غرراً.

وقيل: لا يشترط، ويحمل الإطلاق على الإصابة مطلقاً، لأنه المقصود حقيقةً والقدر المشترك بين الجميع، ويعبر عنه بالقارع المصيب للغرض كيف كان، وكذلك المعنى الحاصل بالخازق على بعض معانيه كما عرفته. وهذا هو الأقوى، لأصالة البراءة من اعتبار التعيين مع حصول الغرض، والغرر مع إرادة مطلق الإصابة ممنوع.

الرابع: قدر المسافة التي يرميان فيها، وهي ما بين موقف الرامي والهدف أو ما في معناه، لأن الأصابة تكثر مع قربها وتقل مع بعدها، والأغراض تختلف باختلافها، والتعيين يرفع النزاع ويكشف الحال، ويحصل بأمرين: المشاهدة وذكر المساحة. ويحتمل الاكتفاء بالإطلاق وحمله على العادة الغالبة للرماة في ذلك الموضع، ويقرب ذلك مع غلبة العادة، أما مع عدمها أو اضطرابها فلا. وحيث يعتبر تعيين ما

وتماثل جنس الآلة .

يحتمل الإصابة منه بحسب حال المتعاقدين فلو عَيَّنَا مسافةً لا يَحْتَمَلُ إصابتهما منها وإن احتمل في غيرهما بطل، ولو كانت منها نادرة فالأقوى الصَّحَّةُ .

الخامس: الغرض، لأنَّه المقصود بالإصابة . ويحصل العلم به بأمرين: موضعه من الهدف في ارتفاعه وانخفاضه، لأنَّ الإصابة في المنخفض أكثر منها في المرتفع . والثاني قدره في ضيقه وسعته، لأنَّ الإصابة في الواسع أكثر منها في الضيق .

السادس: قدر السبق - بالفتح - أي العوض المبذول للسابق، حذراً من الغرر في المعاملة كغيره من الأعراض، فإن أغفلا ذكره أو جعلاه مجهولاً بطل العقد . وسيأتي^(١) حكمه بالنسبة إلى ثبوت أجره المثل وعدمها .

قوله: «وتماثل جنس الآلة» .

هو - بالجر عطفاً على العلم بالأمور الستة - خارجٌ عنها، والعبارة في قوَّة افتقار الرمي إلى أمرين: أحدهما: العلم بالأمور الستة . والثاني: تماثل جنس الآلة . وقد وقع بسبب ذلك اشتباه على بعضهم فتوهمه مندرجاً فيما يجب أن يُعلم، ووجده سابعاً زائداً في العدد . والصواب ما ذكرناه، وإنا فصله عنها لأنَّه مما يفتقر إليه في العقد لا ممَّا يجب أن يعلم، بخلاف الستة .

إذا تقرَّر ذلك: فالمراد بتماثل جنس الآلة تماثل ما يرميان به من القوس في الصنف كالعربي الخاص، ومن السهم لاختلاف الرمي باختلافه، فيجب ضبطه حذراً من الجهالة، ولأنَّ اختلافها بمنزلة اختلاف حيوان السباق كالخيل والبغال .

وقيل: لا يشترط التعيين، ولا يضرَّ اختلاف النوع ويجوز إطلاق العقد مجرداً عنه، وإنا يلزم مع اشتراطه . ثم إن كان هناك عرف معين حمل الإطلاق عليه، وإلا كان الخيار لهما فيما يتفقان عليه . وهذا هو الأقوى . وحيث يشترط التعيين أو يشترطانه لا يجوز لأحدهما العدول عن المشروط إلَّا برضا صاحبه فيجوز، لأنَّ موجب الشرط أن يلتزمه كل واحد في حق صاحبه ما لم يرض بإسقاط حقه .

وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردّد، والظاهر أنّه لا يشترط .

قوله: «وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردّد والظاهر أنّه لا يشترط» .

قد عرفت معنى المبادرة والمحاطة واختلاف مفهومهما وفائدتهما . وقد اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين أحدهما في العقد وعدمه مع الاتفاق على أنّ الإطلاق على تقدير صحته منزّل على إحداهما بعينها، فالمصنف وجماعة^(١) ذهبوا إلى عدم الاشتراط، لأصالة عدمه مع انتفاء الدليل عليه .

وعليه فهل ينزّل الإطلاق على المحاطة أو المبادرة؟ قولان أشهرهما الأول، لأنّ اشتراط السبق إنّما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كلّهُ لتكون الإصابة المعينة منه، فإنّها إذا عقدا على أنّ مَنْ أصاب خمسة من عشرين كان له كذا فمقتضاه رمي كلٍّ منها العشرين وإلّا لم يتحقّق كون الخمسة التي حصلت الإصابة بها من العشرين، وذلك هو معنى المحاطة، إذ المراد بها خلوص إصابة الخمسة من رمي العشرين لواحد . ولأنّها أجدود فائدة في الرمي حيث يعتبر إكمال العدد غالباً، بخلاف المبادرة .

وقيل : يحمل الإطلاق على المبادرة، لأنّها الغالب في المناضلة، ولأنّ المتبادر من اشتراط السبق لمن أصاب عدداً معيناً استحقيقه إيّاه متى ثبت له ذلك الوصف . وكلاهما ممنوع .

وفي التذكرة^(٢) اختار اشتراط التعرّض في العقد لأحدهما لأنّ حكم كلّ واحد منهما مخالف لحكم الآخر، فإن أهمل بطل العقد، لتفاوت الأغراض، فإن من الرماة مَنْ تكثرت إصابته في الابتداء وتقلّ في الانتهاء، ومنهم مَنْ هو على عكس ذلك . ولعلّ هذا أجدود .

(١) راجع التحرير ١ : ٢٦٢ ، كشف الرموز ٢ : ٦٤ ، حاشية المحقق الثاني على الشرائع : ٣٧٤ ،

وجامع المقاصد ٨ : ٣٦٠ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٦٢ .

وكذا لا يشترط تعيين القوس والسهم .

قوله : «وكذا لا يشترط تعيين القوس والسهم» .

أي لا يشترط تعيين شخصهما، لأن ذلك تضييق لا فائدة فيه، ولأنه قد تعرض له أحوال خفية توجه إلى الإبدال، حتى لو عينه لم يتعين وجاز الإبدال لما ذكر، كما لو عين الكيل في السلم . وعلى هذا فهل يفسد العقد بتعيينه؟ وجهان : أحدهما : الفساد كما في كل شرط فاسد يذكر في العقد، وهو اختيار العلامة في التذكرة^(١) . والثاني : عدمه، بل يكون ذكره لغواً، وهو اختياره في القواعد^(٢) . ولو قيل بتعيينه بالتعيين وإن لم يكن ذكره شرطاً كان حسناً، لعموم الأمر بالوفاء به، وإمكان تعلق الغرض بذلك المعين . وتفاوت القوس الشديدة واللينة قريب من تفاوت القوس العربية والعجمية .

(١) التذكرة ٢ : ٣٦١ .

(٢) القواعد ١ : ٢٦٤ .

الفصل الرابع في أحكام النضال

وفيه مسائل :

الأولى : إذا قال أجنبيّ الخمسة : مَنْ سبق فله خمسة ، فتساووا في بلوغ الغاية ، فلا شيء لأحدهم ، لأنّه لا سبق . ولو سبق أحدهم كانت الخمسة له . وإن سبق اثنان منهم كانت لهما دون الباقيين . وكذا لو سبق ثلاثة أو أربعة .

قوله : «إذا قال أجنبيّ لخمس : مَنْ سبق فله خمسة . . الخ» .
قد تقدّم^(١) أنّ النضال عند المصنّف يطلق على ما يشمل السبق والرمي على ما فيه من التجوّز ، وقد جرى في هذه الأحكام على ذلك ، فذكر أحكاماً مشتركة بينهما ، وبدأ منها بشيءٍ من أحكام السبق .

وحاصل المسألة : أنّه إذا قال لجماعة : أيّكم سبق فله خمسة فلا يخلو : إمّا أن يسبق واحد منهم خاصّة ، أو يستوي الجميع بأن جاؤوا جميعاً ، أو يسبق أكثر من واحد . ففي الأول لا إشكال في استحقاق السابق المال ، لاختصاصه بالوصف الموجب للاستحقاق ، كما لا إشكال في عدم استحقاق أحدهم شيئاً منه في الثاني ، لانتفاء الوصف عن الجميع ، إذ لا سابق منهم .

ولو سبق ما فوق واحدٍ فقد حكم المصنّف وجماعة^(٢) باشتراك السابقين في المال المبذول ، فيوزّع عليهم على الرؤوس ، لأنّ «مَنْ» يمتثل كلّ فرد فرد من السابقين

(١) في ص : ٧٤ .

(٢) منهم الشيخ في المبسوط ٦ : ٢٩٥ ، والعلامة في الإرشاد ١ : ٤٣٢ .

ولو قال: مَنْ سبق فله درهمان وَمَنْ صَلَّى فله درهم، فلو سبق واحد أو اثنان أو أربعة فلهم الدرهمان. ولو سبق واحد وصَلَّى ثلاثة وتأخر واحد، كان للسابق درهمان، وللثلاثة درهم، ولا شيء للمتأخر.

ومجموع مَنْ سبق أعظم من الواحد والمتعدد، ومع الاحتمال فالأصل براءة ذمة الباذل مما زاد على القدر المبذول، فيقتسمه السابقون بالسوية.

وقيل: يستحق كل واحد منهم المال المبذول، لأن «مَنْ» لما كانت من ألفاظ العموم فهي بمعنى كل فرد فرد كما في نظائره من القضايا الكلية، ولأن العوض في مقابلة السبق وقد تحقق من كل واحد منهم، فيستحق كمال العوض. وقد حكم المصنف^(١) وغيره^(٢) في باب الجمالة بأنه لو قال: مَنْ دخل داري فله دينار ودخلها جماعة استحق كل منهم ديناراً، معللين بأن كلاً منهم قد صدر منه الفعل المجعول عليه - وهو الدخول - كاملاً، وهذا بخلاف ما لو قال: مَنْ ردّ عبدي فردّه جماعة، لأن كل واحد لم يتحقق منه الفعل الذي هو الردّ، وإنما استند إلى المجموع من حيث هو مجموع، فيكون لهم عوض واحد، بخلاف الدخول. ومسألنا من قبيل الدخول، لأن السبق قد تحقق كاملاً من كل واحد، فيستحق كل واحد العوض كاملاً. وهذا أقوى.

ولا يقدر فيه كون العوض غير معلوم حالة العقد من حيث إنه لا يعرف قدر السابقين، لأن الاعتبار العلم بأصل القدر لا من كل وجه، ومن ثمّ جاز: مَنْ سبق فله كذا ومن صَلَّى فله كذا. والوجه فيه أنه عقد متردّد بين الجمالة والإجارة، وهما يمتثلان من الغرر ما لا يحتمله غيرهما من عقود المعاوضات.

قوله: «ولو قال مَنْ سبق فله درهمان . . . إلخ».

هذا مبني على ما اختاره من اشتراك المشتركين في الوصف في العوض المعين. وعليه فيمكن استحقاق المصلي أكثر من السابق بأن يسبق ثلاثة ويصلي واحد،

(١) في المسألة الثالثة من النظر الثاني من الجمالة.

(٢) كما في التحرير ٢: ١٢٢، والدروس: ٣٠٦.

الثانية: لو كانا اثنين وأخرج كل واحدٍ منهما سبقاً وأدخلا محللاً وقالوا: أيّ الثلاثة سبق فله السبقان. فإن سبق أحد المستبقين كان السبقان له على ما اخترناه، وكذا لو سبق المحلل. ولو سبق المستبقان، كان لكل واحدٍ منهما مال نفسه، ولا شيء للمحلل. ولو سبق أحدهما والمحلل، كان للمستبق مال نفسه ونصف مال المسبوق، ونصفه الآخر للمحلل. ولو سبق أحدهما وصلّى المحلل، كان الكلّ للسابق عملاً بالشرط. وكذا لو سبق أحد المستبقين، وتأخر الآخر والمحلل. وكذا لو سبق أحدهما، وصلّى الآخر وتأخر المحلل.

فيكون للثلاثة درهمان وللمصليّ وحده درهم، وهو خلاف الأمر المعتبر في العقد، فإنه يشترط فيه أن يجعل للسابق أزيد مما يجعل للمصليّ، فلو ساوى بينهما بأن جعل للسابق درهماً - مثلاً - وللمصليّ درهماً لم يصحّ، فأولى ما لو زاد، ومن ثمّ احتمل هنا البطلان، لأنّ المقصود من هذا العقد الحثّ على السبق بالفضيل في الجعل، فإذا احتمل مساواة المصليّ فضلاً عن تفضيله قلّ جدّ الغريم وحرصه في إجهاد نفسه وفرسه رجاءً للسبق، فإنه كما يرجوه زائداً يرجو ما هو أسهل منه كذلك.

وردّ بأن استحقاق الزيادة هنا باعتبار التفرّد بالوصف لا باعتبار جعل الفاضل للمتأخر فلا يقدح. وفيه نظر، لمنافاة الغرض المقصود على التقديرين. وعلى ما اخترناه من استحقاق كل واحد من السابقين القدر المعين له فيرتفع الاشكال، ولا يتحقّق مساواة المصليّ للسابق فضلاً عن رجحانه عليه.

قوله: «لو كانا اثنين وأخرج . . . الخ».

قد عرفت فيما^(١) سبق أنّ صور إخراج المال من المستبقين وأحدهما وثالث كلّها جائزة عندنا، وأنّ بعض العامة^(٢) وابن الجنيّد^(٣) منّا منعا من بعض الصّور، وإلى الخلاف المذكور أشار بقوله: «على ما اخترناه».

(١) لاحظ ص: ٩٠ - ٩١.

(٢ و ٣) راجع ص: ٩١ - ٩٢.

إذا تقرّر ذلك: فعلى تقدير إخراج كلّ من المتسابقين مالاً وإدخالهما محلّلاً بينهما إما أن يسبق أحدهم خاصّة، أو اثنان، أو يستوا في بلوغ الغاية، ويتشعب من ذلك أحوال سبعة:

الأوّل: أن ينتهوا إلى الغاية على السواء، فيحرز كلّ من المتسابقين مال نفسه ولا شيء للمحلّل، لانتفاء السابق.

الثاني: أن يسبق المخرجان بأن يصلا معاً إلى الغاية، ويتأخّر المحلّل عنهما فكذلك، لاستوائهما في السبق، ولا شيء للمحلّل لأنه مسبوق.

الثالث: أن يسبق المحلّل ويأتي المخرجان بعده على السواء أو مترتّين، فيستحقّ المحلّل سبّ المخرجين، لسبقه لهما.

الرابع: أن يسبق أحد المخرجين ثم يأتي بعده المحلّل والمخرج الآخر على السواء، فيحرز السابق العوضين معاً لسبقه.

الخامس: أن يسبق المحلّل وأحد المخرجين بأن يأتيا إلى الغاية على السواء ويتأخّر المخرج الآخر، فيحرز السابق من المخرجين مال نفسه، ويكون مال المخرج المسبوق بين المخرج السابق والمحلّل، لتشاركهما في سبب الاستحقاق وهو السبق.

السادس: أن يسبق أحد المخرجين المحلّل، فيكون المحلّل مصلياً والمخرج الآخر أخيراً، فالمال كلّهُ للسابق كما مرّ. وقال بعض العامة^(١): إنّ مال المسبوق من المخرجين للمحلّل، لأنه سبق المتأخّر، ويحرز السابق مال نفسه خاصّة. وغلّطوه في ذلك.

السابع: أن يسبق أحد المخرجين المحلّل ويكون المخرج الآخر مصلياً والمحلّل تالياً، فالسابق يحرز السبقين أيضاً عندنا لما ذكر، وعند ذلك البعض من العامة^(٢) أنّ للسابق سبّ نفسه وللمسبوق الثاني سبّ نفسه ولا شيء للمحلّل.

الثالثة: إذا شرطا المبادرة، والرشق عشرين، والإصابة خمسة، فرمى كل واحد منهما عشرةً فأصاب خمسة، فقد تساويا في الإصابة والرمي، فلا يجب إكمال الرشق، لأنه يخرج عن المبادرة. ولو رمى كل واحد منهما عشرةً، فأصاب أحدهما خمسةً والآخر أربعة، فقد نضله صاحب الخمسة. ولو سأل إكمال الرشق لم يجب. أما لو شرطا المحاطة، فرمى كل واحد منهما عشرةً فأصاب خمسة، تحاطاً خمسةً بخمسةً وأكمل الرشق. ولو أصاب أحدهما من العشرة تسعة، وأصاب الآخر خمسة، تحاطاً خمسةً بخمسةً وأكمل الرشق. ولو تحاطاً، فبادر أحدهما إلى إكمال العدد، فإن كان مع انتهاء الرشق فقد نضل صاحبه.

قوله: «إذا شرطا المبادرة والرشق عشرين والإصابة خمسة . . . إلخ». قد عرفت أن المبادرة هي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما فيه. وحينئذ إذا رميا رشقاً وتساويا في إصابته لم يتحقق السبق، ولا يجب الإكمال، لأنه لو وجب لرجاء السبق في الباقي خرج عن وضع المبادرة إلى المحاطة، وهذا خلاف المفروض. وكذا لا يجب الإكمال لو أصاب أحدهما خمسةً منها والآخر أربعة، لتحقق السبق من الأول بمبادرته إلى إصابة المشروط، فلو وجب الإكمال خرج عن وضعها.

قوله: «أما لو شرطا المحاطة - إلى قوله - وأكمل الرشق». لأن مقتضى المحاطة هو ذلك على ما عرفت من تعريفها، فإذا تحاطاً الخمسة بالخمسة بقي لهما عشرة يرجى لكل منهما السبق بها، فيجب إكمال الرشق.

قوله: «ولو تحاطاً فبادر أحدهما إلى إكمال العدد». أي العدد المشروط إصابته وهو الخمسة. والمراد بكونه مع انتهاء الرشق انتهاءه

وإن كان قبل انتهائه، فأراد صاحب الأقل إكمال الرشق، نظر، فإن كان له في ذلك فائدة، مثل أن يرجو أن يرجح عليه أو يساويه أو يمنعه أن ينفرد بالإصابة بأن يقصر بعد المحاطة عن عدد الإصابة، أجبر صاحب الأكثر. وإن لم يكن له فائدة لم يجبر، كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها، ورمى الآخر فأصاب منها خمسة، فيتحاطان خمسة بخمسة، فإذا أكملها فأبلغ ما يصيب صاحب الخمسة ما تخلف، وهي خمسة، ويخطئها صاحب الأكثر، فيجتمع لصاحب الخمسة عشرة. فيتحاطان عشرة بعشرة، ويفضل لصاحب الأكثر خمسة، فلا يظهر للإكمال فائدة.

منها، فيتحقق حينئذ سبق من أصاب العدد دون صاحبه، إذ لم يبق له ما يرجو معه لحاقه فضلاً عن السابق. وهو واضح.

قوله: «وإن كان قبل انتهائه . . . الخ».

إذا بقي من الرشق لها شيء والحال أن الشروط المحاطة، أو العقد مطلق وهو محمول عليها، فقد يبقى للإكمال فائدة فيجانب إليه طالبه، وقد لا يبقى فلا، بل يلزمه العوض قبل الإكمال. وقد ذكر المصنف أن الفائدة تتحقق بثلاثة أمور:

أحدها: أن يرجو المسبوق الرجحان بالإكمال على السابق، بحيث يصير بالرجحان سابقاً ويأخذ العوض، أو لا يصير به سابقاً ولكن يمنعه من السابق.

فالأول كان يكون شرط الرشق عشرين، والشرط التفرد بخمسة، فرمى كل منهما عشرة فأصابها أحدهما [أجمع]^(١) وأصاب الآخر منها خمسة. فهنا إذا طلب المسبوق الإكمال أجيب إليه، لأنه يرجو أن يخطيء صاحبه العشرة الباقية ويصيبها هو، فيتم له خمسة عشر إصابة ولصاحبه عشرة، فيتساقتان عشرة بعشرة يفضل للمسبوق خمسة يصير بها سابقاً.

والثاني: كالمثال بعينه إلا أن المسبوق أصاب من العشرة أقل من الخمسة،

الرابعة: إذا تمّ النضال، ملك الناضل العوض، وله التصرف فيه كيف شاء، وله أن يختصّ به، وأن يطعمه أصحابه.

فراجؤه المذكور يوجب رجحانه على صاحبه بشيءٍ لكن لا يبلغ حدّ السبق، كما لو كان قد أصاب من العشرة الأولى اثنين، فإنه على تقدير إصابته العشرة الثانية بتيماها يبقى له اثنا عشر وللآخر عشرة، فإذا تحاطأ عشرة بعشرة بقي له اثنان.

وثانيها: أن لا يرجو المسبوق الرجحان ولكن يرجو المساواة المانعة من سبق الآخر، كما لو رميا عشرة في المثال فأخطأها أحدهما وأصابها الآخر، فالعشرة الباقية يرجو المسبوق إصابتها وأخطأ السابق لها، فيساويه في الإصابة ويمنعه من السبق.

وثالثها: أن لا يرجو الرجحان ولا المساواة ولكن يرجو منعه من التفرد بإصابة العدد المشروط، كما لو رميا في المثال خمسة عشر فأصاب أحدهما منها عشرة والآخر أربعة، فالمسبوق لا يرجو المساواة فضلاً عن الرجحان، لأنّ غايته أن يصيب الخمسة الباقية ويخطئها الآخر، فتصير إصابات المسبوق تسعة والسابق عشرة فيمنعه من التفرد بالخمسة المشروطة، وهو فائدة تمنع من استحقاق صاحبه العوض كالأولين. وقول المصنف: «كما إذا رمى أحدهما خمسة عشر فأصابها . . . إلى آخره» مثال ما إذا انتفت الفائدة أصلاً، وقد بين^(١) وجه انتفاء الفائدة فيه.

قوله: «إذا تمّ النضال ملك الناضل العوض وله التصرف فيه كيف

شاء».

مفهوم^(٢) الشرط أنه لا يملك الناضل العوض بدون التمامية، وهو من خواصّ الجعالة لا الإجارة التي قد اختار أنه مثلها في اللزوم. وكأنّ السرّ في تعليق الملك على تمامية النضال أنّ العقد وإن كان لازماً إلا أنّ الملك لا يعلم لمن هو قبل تمامه، لاحتمال السبق من كلٍّ منهما وعدمه، فإذا تحقّق السبق على وجهٍ من الوجوه فقد تمّ النضال، سواء أكمل الرشق أم لا، وتحقّق الملك للسابق، وقبل ذلك لا يحصل ذلك

(١) في «ش» و«و»: تبيين.

(٢) في «و»: يفهم من الشرط.

ولو شرط في العقد إطعامه لحزبه، لم أستبعد صحته .
الخامسة: إذا فسد عقد سبق لم يجب بالعمل أجرة المثل، ويسقط
المستمي لا إلى بدل . ولو كان السبق مستحقاً، وجب على الباذل مثله أو
قيمته .

بخلاف الاجارة . وهذا يظهر أنّ هذا العقد ليس على حدّ أحد العقدين ولا غيرهما
من المعاوضات مطلقاً، وإنّما له شبه بأحدهما أو بهما من بعض الوجوه، فلا بعد في
اختصاصه ببعض الأحكام بالنسبة إليهما وإلى غيرهما .

إذا تقرّر ذلك: فمتى تحقق ملك العوض لأحدهما كان ملكاً من أملاكه يفعل
به ما شاء من اختصاص وتصرف كيف شاء كغيره من الأملاك . وهو واضح .
قوله: « ولو شرط في العقد إطعامه لحزبه لم أستبعد صحته » .

وجه عدم البعد عموم الأمر بالوفاء^(١) بالعقود، ولكون المسلمين عند
شروطهم^(٢) الشامل لهذا الفرد، ولأنّه مما يتعلّق به غرض صحيح شرعيّ فلا مانع
من صحّة شرطه .

وقال الشيخ^(٣) في أحد قوليّه: يبطل الشرط والعقد، لأنّ عوض العمل يجب
أن يكون للعامل كالإجارة، فاشترط خلافه منافٍ لمقتضاه، ويبطلانه يبطل العقد
كما علم مراراً .

وفيه: أنّ إلحاقه بالإجارة قياس مع وجود الفارق، لما عرفت من أنّه ليس على
نهجها مطلقاً، بل ولا على نهج المعاوضات، لصحّة البذل بل أولويّته ممّن لا دخل له
في العمل ولا يصل إليه شيء من العوض الآخر، فإذا دلّ على صحته دليل عامّ كما
ذكرناه لم يقدح فيه مخالفته لما أشبهه من العقود مع مغايرته له من وجوه .

وللشيخ^(٤) قول آخر يبطلان الشرط دون العقد . وقد تقرّر ضعفه في نظائره .
قوله: « إذا فسد عقد سبق لم يجب بالعمل أجرة المثل . . . إلخ » .

(١) المائدة : ١ .

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

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

إذا فسدت المعاملة بعد العمل فلا يخلو: إمّا أن يكون الفساد ابتداءً بحيث لم يتزلزل العقد، بل لم ينعقد أصلاً، سواء كان بسبب العوض بأن كان خمراً أو مجهولاً، أم من جهة ركن من أركان العقد بأن اختلّ بعض شروطه السابقة أو غيرها. وإمّا أن يكون طارئاً على أصل الصّحة بأن ظهر العوض مستحقاً، فإن العقد وقع صحيحاً غاية تزلزله حيث وقف على إجازة المالك، وإنما طرأ له البطلان بعدم إجازته، ومن ثمّ لو أجاز لزم العقد، فدلّ على أنه لم يقع فاسداً ابتداءً. فهذا هو الوجه في فرق المصنف بين القسمين.

فإن كان فساده من الجهة الأولى فقد قطع المصنف بأنّه لا شيء للسابق، وهو اختيار الشيخ^(١) رحمه الله. ووجهه أنّه لم يعمل له شيئاً ولا فوّت عليه عمله ولا عاد نفع ما فعله إليه، وإنما فائدة عمله راجعة إليه، بخلاف ما إذا عمل في الاجارة والجمالة الفاسدتين، فإنّه يرجع إلى أجره مثل عمله، لأنّ فائدة العمل للمستأجر والجاعل.

وذهب العلامة^(٢) وجماعة المتأخرين^(٣) إلى وجوب أجره المثل، لأنّه عقد استحقّ المسمّى في صحيحه، فإذا وجد المعقود عليه في الفاسد وجب عوض المثل. ولا نسلم أنّ وجه وجوب أجره المثل في العقدين ونظائرها رجوع عمل العامل إلى مَنْ يجب عليه العوض، لأنّ العمل في القراض قد لا ينتفع به المالك ومع ذلك يكون مضموناً.

وعندي فيه نظر، لأنّ الالتزام لم يقع إلّا على تقدير العقد الصحيح، والأصل براءة الذمّة من وجوب شيءٍ آخر غير ما وقع عليه العقد. والفرق بين هذا العقد وبين

(١) المبسوط ٦ : ٣٠٢.

(٢) التحرير ١ : ٢٦٢، القواعد ١ : ٢٦٣.

(٣) في «م» وهامش «و» جماعة من المتأخرين. راجع إيضاح الفوائد ٢ : ٣٦٨ وجامع المقاصد ٨ :

ما يجب فيه أجره المثل من العقود واضح ، لا من جهة ما ذكره من رجوع نفع عمل العامل إلى مَنْ يخاطب بالأجرة حتى يرد عليه مثل العمل الذي لا يعود به عليه نفع في القراض ، بل لأن تلك العقود اقتضت أمر العامل بعمل له أجره في العادة ، فإذا فسد العقد المتضمن^(١) للعوض المخصوص بقي أصل الأمر بالعمل الموجب لأجرة المثل ، بخلاف هذا العقد ، فإنه لا يقتضي أمراً بالفعل ، فإن قوله : سابقتك على أن مَنْ سبق منّا فله كذا ، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المراد ليس فيها أمر ولا ما يقتضيه بفعل له أجره ، فالأصل براءة الذمة من وجوب شيء آخر غير ما تضمنه العقد . وقاعدة أن كلّ ما كان صحيحه موجباً للمسمى ففاسده موجب لأجرة المثل لا دليل عليها كليّةً ، بل النزاع واقع في بعض مواردّها ، فكّل ما لا إجماع ولا دليل صالح يدلّ على ثبوت شيءٍ فالأصل يخالف مدعي القاعدة .

نعم ، لو اتفق وقوع العقد بصيغة تقتضي الأمر بالفعل وجوزناه أنّجه وجوب أجره المثل ، إلّا أن هذا خارج عن وضع الصيغة المهدودة وإنّها يتفق ، حيث لا نخصّه^(٢) بعبارة بل كلّ لفظ دلّ عليه كالجمالة .

إذا عرفت هذا فحيث نقول بأجرة المثل يرجع فيها إلى مجموع العمل وهو مجموع ركضه ، لا إلى القدر الذي سبق به ، لأنه سبق بمجموع عمله لا بذلك القدر .

وإن كان فساد العقد من جهة خروج العوض مستحقاً فقد جزم المصنّف بأنّه يجب على الباذل مثله أو قيمته ، ووافق عليه جماعة^(٣) من المتأخرين . ووجه ما عرفت من صحّة العقد ابتداءً بالعوض المعين ، وإنّا اتفق متزلزلاً موقوفاً على إجازة المالك ،

(١) في «ب» وهامش «و» : المقتضي .

(٢) في النسخ الخطيّة : يخصّه .

(٣) التحرير ١ : ٢٦٢ ، اللّمة : ١٠١ .

السادسة: إذا نضل أحدهما الآخر في الإصابة، فقال له: إطرح الفضل بكذا، قيل: لا يجوز، لأن المقصود بالنضال إبانة حذق الرامي وظهور اجتهاده، فلو طرح الفضل بعوض كان تركاً للمقصود بالنضال، فتبطل المعاوضة ويرد ما أخذ.

فقد تشخص العوض المعين للعقد، فإذا طرأ زوال ذلك العوض بعدم إجازة المالك وجب الرجوع إلى أقرب شيء إليه، وهو مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، كالصداق إذا ظهر فساده.

وقيل تجب أجره المثل هنا أيضاً^(١)، لأن العوض المسمى إذا فات وجب قيمة العوض الآخر وهو أجره مثله كما في سائر المعاوضات. وما ذكره من الفرق بين الأمرين لا يوجب الفرق في الحكم، لأن المالك إذا فسخ العقد من أصله لا من حين الفسخ فصار العوض المعين كالمعدوم ابتداءً، بل كغير المتمول بالنسبة إلى غير المالك. وهذا القول أوجه حيث يوجب بهذه المعاملة إذا فسدت شيئاً، لكن فيه ما قد عرفت.

قوله: «إذا فضل أحدهما الآخر في الإصابة . . . إلخ».

هذا هو المشهور، بل كثير منهم لم يذكروا فيه خلافاً. ووجه المنع: ما ذكره المصنف من منافاة ذلك للغرض والحكمة المسوغة لهذا العقد. ونسبته إلى القيل مشعر بالتوقف فيه، ووجهه: أنه جعل على عمل محلل، ومنع كون المقصود بالنضال منحصراً فيما ذكر، لجواز أن يقصد به كسب المال، فإذا حصل بالسبق أمكن تحصيله بمقدماته، مضافاً إلى أصالة الصحة، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد، والكون مع الشرط، ومنافاته للمشروع غير متحققة.

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا والنظر في ذلك يستدعي فصولاً

الأول

في الوصية

وهي : تمليك عين، أو منفعة، بعد الوفاة.

قوله : «في الوصية وهي تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة» .

التمليك في التعريف بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملّكة الواقعة من الفاعل من البيع والوقف والهبة وغيرها . وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلقي الوصية . ويندرج في العين الموجود منها بالفعل كالشجرة، والقوة كالثمرة المتجددة، وفي المنفعة المؤبدة والموقته والمطلقة . وتخرج ببعدية الوفاة الهبة وغيرها من التصرفات المنجزة في الحياة المتعلقة بأحد الأمرين .

وينتقض في عكسه بالوصية إلى الغير بإنفاذ الوصية، وبالولاية على الأطفال والمجانين الذين تجوز له الوصية عليهم . ومن ثم زاد المصنف في النافع^(١) والشهيد^(٢) في التعريف : «أو تسليط على تصرف بعد الوفاة» ليندرج فيه الوصاية . وربما جعلت الوصية خارجة عن الوصاية قسيمة لها فلا يحتاج إلى الاحتراز عنها، حتى إن الشهيد في الدروس^(٣) عنون لكل واحد من القسمين كتاباً، إلا أن المصنف لم يجر على ذلك

(١) المختصر النافع ١ : ١٦٣ .

(٢) اللعة الدمشقية : ١٠٤ .

(٣) الوصية في ص : ٢٣٩ من الدروس، والوصايا في ص : ٢٤٧ .

ويفتقر إلى إيجاب وقبول.

والإيجاب كلّ لفظ دلّ على ذلك القصد، كقوله: أعطوا فلاناً بعد وفاتي، أو لفلان كذا بعد وفاتي، أو أوصيت له.

الاصطلاح، بل جعل الوصاية من جملة أقسام الوصية فكان عليه إدراجها في التعريف.

ويتنقض في عكسه أيضاً بالوصية بالعتق فانه فكّ ملك لا تملك للعبد نفسه، وكذلك التدبير على القول بأنه وصية كما ذهب إليه الأكثر، والوصية ببراء المديون وبوقف المسجد فإنه فكّ ملك أيضاً، وبالوصية بالمضاربة والمساقاة فانها وإن أفادا ملك العامل الحصّة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة فينتفي التملك.

قوله: «ويفتقر إلى إيجاب وقبول . . . إلخ».

يستفاد من افتقارها إلى الإيجاب والقبول كونها من جملة العقود، ومن جواز رجوع الموصي ما دام حياً والموصى له على بعض الوجوه أنها من العقود الجائزة، وقد يلحق باللازمة على بعض الوجوه. ولم يذكر المصنّف كيفية القبول هل ينحصر في اللفظ أم يكفي الفعل؟ وأكتفى جماعة^(١) بالقبول الفعلي الدالّ عليه كالأخذ والتصرّف فيه لنفسه، وهو المناسب لبناء هذا العقد على الجواز وإنما يعرض له اللزوم، بل أطلق المصنّف الحكم عليه بالجواز. ويتفرّع عليه أيضاً عدم اشتراط مقارنة القبول للإيجاب، وهو موضع وفاق.

وإطلاق اعتباره الإيجاب والقبول يشمل الوصية لمعين كزيد وغيره كالفقراء فيقبل لهم الحاكم. والأصحّ في الثاني عدم اشتراط القبول، لتعذّره من المستحقّ إن أريد من الجميع، ومن البعض ترجيح من غير مرجّح مع أنّ الوصية ليست له

(١) كالعلامة في القواعد ١: ٢٩٠، والشهيد في الدروس: ٢٣٩، والفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢: ٣٦٢.

وينتقل بها الملك إلى الموصى له، بموت الموصي وقبول الموصى له، ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول، على الأظهر.

بخصوصه، وقد تقدّم مثله في الوقف^(١). وحينئذ فيشكل إطلاق العقد على الوصية لشموله لهذا الفرد، إلا أن يجعل ذلك لضرب من التجوّز وإحاقه بطريق الاستبعا، ولا يخفى ما فيه فإنّ أفراد هذا النوع كثيرة.

واعلم أنّ التقييد بقوله: بعد وفاتي، في الايجاب إنّما يفترق إليه في اللفظ المشترك بينها وبين غيرها، كقوله: أعطوا فلاناً، المشترك بين الوصية والأمر، وقوله: لفلان كذا، المشترك بينها وبين الإقرار له، فلا بد من مايز يخرج ما يحتمله اللفظ من غيرها وهو يحصل بقوله: بعد وفاتي. أمّا قوله: أوصيت له بكذا، فلا يفترق إلى القيد لأنّه صريح في العطية ونحوها بعد الموت.

قوله: «وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصي . . . الخ». لا خلاف في توقّف ملك الوصية على الايجاب من الموصي، لأنّه أحد أركان العقد الناقل للملك، أو تمام الركن حيث لا يعتبر القبول على بعض الوجوه، وفي توقّفه على موته، لأنّ متعلّقها هو الملك وما في معناه بعد الموت، فقبله لا ملك. وإنّما الخلاف في أنّ قبول الموصى له هل هو معتبر في انتقال الملك إليه بالموت، بمعنى كونه شرطاً في الملك، أم تمام السبب المعتبر فيه، فلا يحصل الملك بدونه أصلاً، أو يعتبر في الجملة أعمّ مما ذكر، أو لا يعتبر أصلاً بل ينتقل إليه الملك على وجه القهر كالإرث لا بمعنى استقراره له كذلك، بل بمعنى حصوله متزلاً فيستقر بالقبول ويبطل استمراره بالردّ فينتقل عنه به إلى ورثة الموصي؟ فهذه أقوال ثلاثة.

والذي اختاره المصنف أنّ الملك لا يحصل بالموت منفرداً عن القبول، بل يبقى المال على حكم مال الميت فينتقل إلى وارثه انتقالاً متزلاً فيستقرّ بردّ الموصى له وينتقل إلى ملكه بقبوله. فقبوله على هذا جزء السبب الناقل للملك إليه، لأنّ الباء في قوله:

«وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصي» للسببية، وهو مفيد لما ذكرناه. ومع ذلك يحتمل أن يريد الانتقال المبتدأ من حين القبول على تقدير تأخره عن الموت كما هو ظاهر العبارة، فقبله لا ملك له أصلاً. وهذا هو القول الأول الذي حكيناه، وهو مختار العلامة في المختلف^(١). وأن يريد به مجرد سببية القبول في الملك بمعنى توقفه عليه، ولكنه يكشف عن سبق ملك الموصى له من حين الموت. وهذا القول هو مختار الأكثر، وهو الذي حكيناه ثانياً.

والحجة المشتركة بين القولين الدافعة للقول الثالث أن القبول لما كان معتبراً فتحصيل الملك للموصى له قبل قبوله لا وجه له، ولأن الوصية تمليك عين إلى آخره كما عرفت فلا يسبق الملك القبول كسائر العقود، وأن الموصى له لورد الوصية بطلت ولو كان قد ملك بالموت لم يزل ملكه بالرد كما بعد القبول، وأن الملك لو حصل بدون القبول لم يحتج إلى قبول وارث الموصى له لو مات قبله مع اتفاقهم على اعتباره في تملكه.

ثم يقال في تقرير القول الأول: إنك لما عرفت أن القبول معتبر في تحقق الملك في الجملة فيجب أن لا يتحقق قبله مطلقاً. وأيضاً فإن القبول تمام السبب الموجب للملك كغيره من العقود الناقلة له، والموت شرط في انتقال الملك، لأن مقتضى الوصية التمليك بعده، فقبل القبول لم يتحقق السبب الناقل للملك وإن وجد الشرط، كما في الملك الحاصل بالبيع فإنه قبل القبول لا يتحقق أصلاً وإن اجتمعت الشرائط المغتبرة في صحة البيع من جميع الجهات.

والقائل الثاني يقول مضافاً إلى المشترك: إن الله تعالى جعل ملك الوارث بعد الوصية والدين، والوصية هنا موجودة فلا يجوز انتقال متعلقها من التركة إلى الوارث عملاً بظاهر الآية^(٢)، ولا يبقى على ملك الميت لانتفاء أهليته له، ولا إلى ملك غير

(١) المختلف: ٥٠٠.

(٢) النساء: ١١ و١٢.

الوارث والموصى له إجماعاً، فلم يبق إلا الانتقال إلى ملك الموصى له انتقالاً متوقفاً على قبوله اعتباراً بما سبق من دليله، مع كون القبول كاشفاً عن سبق ملكه من حين الموت اعتباراً بما ذكر هنا من الدليل، وعلى تقدير رده يتبين بطلان الوصية وأنها كأن لم تكن فيكشف الرد عن ملك الوارث من حين الموت، ولا ينافيه الحكم بانتقالها إلى الموصى له، لأن ذلك كان مراعى بالوصية وقد تبين عدمها، فكأن هذا الموصى به على تقدير الرد لم يكن موصى به أصلاً، فلا يأتي دليل الانتقال عن الوارث أصلاً.

ولا يخفى عليك ما في هذا التوجيه من التكلف والعجز عن مقاومة دليل الأول، وقد اعتذر عن تحرير الأول بكون سببية القبول تقتضي عدم حصول الملك بدونها، وأن مدخلية القبول في الوصية ليست قوية على حد مدخليته في غيرها من العقود كالبيع. ووجه ضعفها عدم الافتقار إليه في بعض الموارد كما عرفت وفي موضع النزاع على خلاف، بخلاف قبول البيع ونحوه فإنه معتبر في تمام السببية إجماعاً، واعتباره في الوصية على بعض الوجوه - مع ما فيه من الضعف المذكور - يكفي فيه كونه كاشفاً. ولا يخفى ما فيه. ومما قرّرناه يظهر: أن المصنف يمكن أن يكون مختاره هو الأول، لما قد ظهر من قوة دليله.

ثم لقائل أن يقول على دليل الحصر من الآية: أنه لا مانع من القول بانتقالها إلى الوارث قبل القبول، لأن الوصية قبله غير متحققّة، لما عرفت من أن الوصية هي التملك المخصوص الذي لا يتم إلا بالايجاب والقبول، ومن ثمّ كان القبول معتبراً فيها، وكانت الآية في قوة «من بعد وصية مقبولة» لأن إطلاقها يقتضي ذلك، فقبل القبول لا وصية فينتقل إلى الوارث بحكم الأصل، ولا يزول عن ملكه إلا بقبول الموصى له، فحينئذٍ تتحقق الوصية وبحكم بانتقالها إليه.

ولا يقدح في ذلك ما قيل: إنه يلزم منه تلقي الموصى له الملك عن الوارث وهو خلاف الواقع، لمنع ذلك، إذ يجوز كون ملك الوارث حينئذٍ مراعى بعدم قبول الموصى له ومغياً بغاية قبوله، فاذا حصل القبول انتفى ملكه وانتقل إلى ملك الموصى

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

وقيل على الحصر أيضاً: نمنع عدم بقاء ملك الميت، لم لا يجوز بقاؤه كما بقي ملكه فيما يحتاج إليه من مؤونة تجهيزه وقضاء دينه؟ وكما يجوز أن يتجدد له الملك كالدية لو مات قتيلاً، وما ثبت في آلة الصيد التي نصبها حياً بعد وفاته.

وقد يجاب عن هذا بأنه قد علم أن الموت سبب في انتقال الملك عنه وخروجه عن أهليته. وما ذكر لا يدل صريحاً على ملكه، لجواز كونها ملك الوارث وإن تقدم حق الميت من تلك الوجوه عليه كما يقدم المرتهن بالرهن على الراهن المالك، فلا منافاة بين ملك الوارث لها وتقدم الميت بها. ويرشد إلى ذلك في مؤونة التجهيز أنه لو فقد الميت رجع الكفن إلى الوارث، ولو لم يكن ملكه ابتداءً لم يرجع إليه. وأما الصيد فإنها يملكه الوارث دون الميت، لقيامه مقامه فكان كما لو نصب الشبكة بنفسه.

وحجة الثالث: من ظاهر الآية الدالة على انتفاء ملك الوارث مع الوصية بنحو ما استدلوا به، فإنه لا يمكن القول ببقاء المال على ملك الميت لما تقدم^(١)، ولا بانتقاله إلى الوارث، لأنه بعد الوصية وهي أعم من المقبولة، إذ لم نقل بعد وصية مقبولة، ونمنع عدم تحققها قبل القبول بل غايته عدم لزومها فلم يبق إلا أن يكون ملكاً للموصى له بالموت. ولأن الوصية مشابهة للارث من حيث إنه يملك بالموت، وإن فارقت في جواز إزالة ما حصل من الملك قهراً برد الوصية كي لا يحصل له الملك المستقر باختيار غيره قهراً عليه حيث لا يريده.

وجوابه على القول الأول واضح، فأننا نختار انتقاله إلى الوارث عند موت الموصي بحكم الأصل، فإذا قبل الموصى له تم السبب الذي ابتدأه الموصي فانتقل الملك إليه. وجواب الثاني قد علم من تضاعيف ما سبق.

واعلم أنّ موضع الخلاف الوصية المفتقرة إلى القبول، فلو كانت لجهة عامة كالفقراء والمساجد انتقلت إلى الجهة المعينة بالوفاة بغير خلاف، بحيث تكون الوصية نافذة.

إذا تقرّر ذلك فتظهر فائدة الخلاف في مواضع:

أحدها: كسب العبد، وثمرة الشجرة، وسائر زوائد الموصى به الحاصلة بين الموت والقبول، فإن قلنا: تملك بالموت فهي للموصى له قبل الوصية أو ردّها، ويحتمل ارتدادها على الورثة إذا ردّ تبعاً. وإن قلنا: تملك بالقبول لم تكن الزوائد للموصى له قبل الوصية أو ردّها. وإن قلنا بالوقف فهي موقوفة، فإن قبل فهي له وإلا فلا. وإذا قلنا يرتدّ ففي مستحقّها من الموصي والورثة وجهان، من حيث إنّها من جملة التركة فيقضى منها دينه وتنفذ وصاياها كالأصل، ومن حدوثها بعد زوال ملكه. وهذا أقوى تفريعاً على ذلك القول.

وثانيها: فطرة العبد الموصى به إذا وقع وقت وجوبها بين القبول والموت على من تجب؟ يخرج على الأقوال. والنفقة والمؤن المحتاج إليها بين القبول والموت كالفطرة. وثالثها: إذا زوج أمته حرّاً وأوصى له بها، فإن ردّ الوصية استمرّ النكاح، إلا إذا قلنا يملك بالموت فينسخ من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفاً. وإن قبل انسخ النكاح على كلّ حال، ويكون الانساح من يوم القبول إن قلنا يملك بالقبول، ومن يوم الموت على سبيل التبيين إن قلنا بالتوقّف.

ولو كان زوجها وارثه ثم أوصى بها لغيره، فإن قبل الموصى له الوصية استمرّ النكاح، إلا إذا قلنا: إن الملك بالقبول وإنه قبل القبول للوارث فإنه ينسخ، ويحتمل العدم لضعف الملك، وإن ردّ انسخ النكاح.

هذا إذا خرجت الأمة من الثلث، وإن لم تخرج ولم تجز الورثة انسخ النكاح، لدخول شيء مما يزيد على الثلث في ملك الزوج. وإن أجازوا وقلنا يملك بالموت أو موقوف، فهل ينسخ أم لا؟ يبني على أن الاجازة تنفيذ، أو ابتداء عطية، فعلى الثاني

ينفسخ، وعلى الأول لا.

ورابعها: لو أوصى بأمته الحامل - وحملها من زوجها - لزوجها ولابن لها حِرِّ ومات، وخرجت كلَّها من الثلث وقبلًا الوصية وهما موسران، نظر إن قبلًا معًا عتقت الأمة كلَّها على ابنها، نصفها بالملك والباقي بالسراية، وعليه للزوج قيمة نصفها، ويعتق الحمل عليهما بالسوية، أمَّا نصيب الزوج فلأنه ولده، وأمَّا نصيب الابن فلأنَّ الأمَّ عتقت عليه إن قلنا بسراية عتق الحامل إلى الحمل أو كان الحمل أنثى، وإلَّا اختصَّ العتق بالأب.

وإن قبل أحدهما قبل الآخر، فإن قلنا يحصل الملك بالموت أو قلنا بالوقف فكما تقدّم، لأنَّ وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول. وإن قلنا يحصل بالقبول، فإن تقدّم قبول الابن عتقت الأمة والحمل عليه إن قلنا بالسراية أو كان الحمل أنثى، وإلَّا عتقت الأم خاصة. وإن تقدّم قبول الزوج عتق جميع الحمل عليه، النصف بالملك والباقي بالسراية، ويغرم قيمة نصفه يوم الولادة للابن، ولا يعتق عليه من الأمة شيء، فإذا قبل الابن عتق عليه جميعها بالملك والسراية، وغرم للزوج نصف قيمتها.

وخامسها: لو أوصى لانسان بمن يعتق عليه فقبل بعد الموت، فإن قلنا يملك بالقبول عتق عليه حينئذٍ، وإن قلنا بالموت أو موقوف تبين أنه عتق عليه يوم الموت، وترتب عليه حكم ما يتجدد من كسبه ونحوه.

وسادسها: لو أوصى بأمّة لابنها من غيره، فإن خرجت من الثلث وقبل الابن الوصية عتقت عليه، وإن ردّ بقيت للوارث، وإن لم يخرج فالجواز^(١) في قدر الثلث كذلك، وأمّا الزائد فإن أعتقه الوراث وهو موسر عتق عليه. ثم إن لم يقبل ابنها

(١) كذا في «و» وفي هامشها أنه كذلك في كثير من النسخ حتى نسخة الشيخ علي سبط الشارح وفي بعضها: فالجواب، كما في التذكرة. وفي «س»، «ش»، «م» فالجواب. وفي «ب» فالحق.

ولو قَبِلَ قبل الوفاة جاز، وبعد الوفاة آكد، وإن تأخر القبول عن الوفاة ما لم يردّ.

الوصية فقد بيّنا أنّ جميعها للوارث، فيسري العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي، وإن قبل عتق عليه ما قبل.

ثم إن قلنا يملك بالموت ابتداءً أو تبيناً قوم نصيب الوارث عليه، وإن قلنا يملك بالقبول عتق الكلّ على الوارث، لأنّه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث، والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر. هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الاعتاق، وإن قلنا لا يحصل إلاّ بأداء القيمة فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة، وفي نفوذه وجهان يأتيان^(١) إن شاء الله.

وسابعتها: لو أوصى بعبدٍ لشخصين أحدهما قريبه الذي يعتق عليه، فإن قبلاً معاً عتق جميعه على القريب إن كان موسراً، النصف بالملك والنصف بالسراية، وإن قبِلَ القريب أولاً فكذلك. وإن قبِلَ الأجنبيّ أولاً وأعتق نصيبه قبل قبول القريب ثم قبِلَ، فإن قلنا يملك بالقبول قوم نصيبه على الأجنبيّ كما مرّ، وإن قلنا يملك بالموت تبيناً أنّ عتق الأجنبيّ غير نافذ، وأنّه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبيّ.

قوله: «ولو قبِلَ قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة آكد وإن تأخر القبول عن الوفاة ما لم يردّ».

حيث اعتبرنا قبول الموصى له فقبِلَ بعد وفاة الموصي فلا إشكال في اعتبار قبوله، لمطابقتها للإيجاب الصادر من الموصي، لأنّه أوقع تملكاً بعد الوفاة فقبِلَ في تلك الحال.

وإن قبِلَ في حياة الموصي فالأكثر على اعتناؤه أيضاً، لحصول المطلوب وهو قبول ما نقل إليه من الملك على الوجه الذي نقله إليه وإن لم يكن في وقته، فإنّ ذلك هو

المعتبر لأنه كما وقع التملك قبل وقت الانتقال فقبوله كذلك . وكما أنّ الموصي مالك للمال حينئذٍ فله نقله في أيّ وقت شاء ، فالموصى له مالك أن يملك أيضاً في أيّ وقت شاء وإن لم يكن وقت الملك باختياره ، كما في نظائره من قبول البيع بشرط وأجلٍ في الثمن وغيره . وافتراقهما في انتقال أصل الملك في البيع منجزاً دون الوصية لا يقدح في ذلك .

وذهب بعض الأصحاب^(١) ومنهم العلامة^(٢) إلى أنّ القبول إنّما يعتبر بعد الموت ، محتجاً بأنه أوجب له بعد موته فقبله ليس محلاً للقبول فأشبهه القبول قبل الوصية وكما لو باعه ما سيملكه ، وبعدم المطابقة بين الايجاب والقبول ، وبأنّ القبول إنّما كاشف أو جزء السبب ، وعلى التقديرين يمتنع اعتباره قبل الموت ، أمّا إذا جعل كاشفاً فلاّن الكاشف عن الملك يجب أن يتأخر عنه ويمتنع الملك قبل الوفاة ، وأمّا إذا جعل جزء السبب فلاّنّه إذا تمّ العقد وجب أن يترتب عليه أثره ، وهو هنا ممتنع قبل الموت .

وقد عرفت مما قرّرناه جواب ذلك كله ، فإنّ القبول لا يلزم أن يحصل به الملك ، وإنّما يحصل به تمام سببه ، وهو لا يوجب وجود مسببه ، لجواز تخلفه لفقد شرط ، وهو هنا كذلك ، لأنّ الموت شرط انتقال الملك ، والايجاب كما وقع قبل زمان انتقال الملك ناقلاً له في وقت متأخر فكذلك القبول ، فالمطابقة حاصلة . والفرق بينه وبين بيع ما سيملكه واضح فإنّ ذلك ممتنع شرعاً إيجاباً وقبولاً ، وهنا لا مانع منه إلاّ بواسطة التخيّل المذكور ، وهو غير مانع .

وقوله : « إنّ القبول إنّما كاشف أو ناقل » يمكن اختيار كلّ واحدٍ من القسمين ، أمّا الكشف فلا نعني به أنّ كلّ فرد من أفراد القبول يقع كاشفاً عن سبق الملك عليه

(١) راجع الغنية (الجوامع الفقهية) : ٥٤٢ ، الجامع للشرائع : ٤٩٩ ، جامع المقاصد ١٠ : ١٠ .

(٢) راجع المختلف : ٤٩٩ ، والقواعد ١ : ٢٩٠ ، وفي كلامه فيه ما يوهّم التناقض راجع جامع

المقاصد ١٠ - ١٢ ، والتحرير ١ : ٢٩٢ .

فإن ردّ في حياة الموصي جاز أن يقبل بعد وفاته، إذ لا حكم لذلك الردّ. وإن ردّ بعد الموت وقبل القبول بطلت. وكذا لوردّ بعد القبض وقبل القبول. ولوردّ بعد الموت والقبول وقبل القبض، قيل: تبطل، وقيل: لا تبطل. وهو أشبه.

بالضرورة، فإن ذلك لا يتحقق إلا إذا تأخر عن الموت، وأما إذا وقع حال الحياة فلا يحكم عليه بذلك، ولا ضرورة إلى التزام كشفه في كل فرد، فإن هذه ليست قاعدة منصوصة كلية ولا متفقاً عليها، وإنما هي مستنبطة في فرد خاص وهو ما لو تأخر القبول عن الموت كما قد سبق تحقيقه.

وأما النقل فمعناه أن القبول الواقع مع الإيجاب سبب تامّ في نقل الملك على الوجه الواقع في الإيجاب والقبول لا مطلقاً، ولما كان الإيجاب تملك المال الخاص بعد الوفاة لا مطلقاً فالقبول الرضا بتملكه كذلك. والعقد سبب تامّ في نقل الملك، ولا يلزم من وجود السبب التامّ في ثبوت حكم وجود مسببه إلا أن يجتمع شرائطه، ومن جملة شرائطه هنا الموت. ويرشدك إلى ذلك بيع الفضولي، فإن الإيجاب والقبول سبب تامّ في نقل الملك، كما عرفت في تعريف البيع بأنه: اللفظ الدالّ على نقل الملك . . . إلى آخره، ومع ذلك لم يحصل الملك، لفقد شرطه وهو كون الناقل له مالكاً، فلما حصلت الإجازة من المالك ولو بعد حين حصل الشرط، فعمل السبب عمله، فكذلك هنا السبب التامّ في نقل الملك حصل بالإيجاب والقبول، والشرط وهو الموت المعلق عليه الملك لم يحصل، فإذا حصل الشرط عمل السبب عمله.

وحاصل الأمر: أن النقل التامّ والكشف التامّ إنما يتحقق بالقبول بالنسبة إلى الفرد المتنازع فيه، وهو ما لو تأخر القبول عن الموت لا مطلقاً، وذلك غير لازم ولا ضائر^(١). ولا يمكن توهم أن يقال: الإجماع واقع على أن القبول يستلزم أحد الأمرين، لأن ذلك ظاهر الفساد دعوىً ووضعاً.

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

قد عرفت أن ملك الموصى له متوقّف على الإيجاب - وهو إيصاء الموصي - والقبول وموت الموصي حيث كان مقتضى الوصية التملك بعد الوفاة، فبدون أحد الثلاثة لا يحصل الملك قطعاً.

واختلفوا في أن القبض مع ذلك كلّ هل هو شرط في تحقق الملك، كالهبة والوقف، لاشتراكهما في العلة المقتضية له، وهو العطية المتبرّع بها، مع أولوية الحكم في الوصية من حيث إن العطية في الهبة وما في معناها منجزة وفي الوصية مؤخّرة، والملك في المنجز أقوى منه في المؤخّر بقريته نفاذ المنجز الواقع من المريض من الأصل - على خلاف - بخلاف المؤخّر، أم ليس بشرط، لاصالة العدم، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود الشامل لموضع النزاع، وبطلان القياس من حيث خروج الهبة ونظائرها بدليل خاصّ وقد تقدّم^(١)، وهولا يتناول الوصية، والأولوية المذكورة لا تفيد الحكم المتنازع، وأصل الخلاف واقع في المؤخّر أيضاً كما سيأتي^(٢) إن شاء الله تعالى؟ وقد ظهر بذلك قوة كون القبض ليس بشرط في ملك الوصية.

إذا تقرّر ذلك: فيتفرّع على الملك ردّ الموصى له الوصية^(٣) فمتى وقع الردّ بعد تحقق ملكه لم يؤثر رده، لأن الملك لا يزول بإعراض مالكة عنه وإن أفادت إباحة التصرف لغيره فيه في بعض الموارد، فإن إباحة التصرف أمر آخر غير زوال الملك. وحينئذٍ فإن وقع الردّ بعد الموت والقبول والقبض فلا حكم له إجماعاً، وذلك لتحقّق الملك فيه إجماعاً.

وإن وقع بعد الموت والقبول وقبل القبض بني على أن القبض هل هو شرط في الملك أم لا؟ فإن جعلناه شرطاً صحّ الردّ قبله وبطلت الوصية، وإلا فلا كما لو وقع

(١) في ص: ١٧.

(٢) في ص: ١٥٠ - ١٥١.

(٣) في هامش ١٥١: «الوجه صحّة الردّ على القولين، لتزلزل الملك على تقديره القابل للإزالة. منه رحمه الله».

أما لو قَبِلَ وقبض ثم ردُّ لم تبطل إجماعاً، لتحقق الملك واستقراره .
ولو ردَّ بعضاً وقَبِلَ بعضاً صحَّ فيما قَبِله .

بعده .

وإن كان الردُّ بعد الموت وقبل القبول، سواء كان بعد القبض أم لا، بطلت الوصية، لأن الملك لم يتحقق حينئذٍ، فكانت الوصية حينئذٍ كالعقد الجائز إذا أبطله أحدهما، وكاللازم إذا ردَّه أحدهما بعد الإيجاب وقبل القبول .

وإن وقع الردُّ قبل الوفاة، سواء كان قبل القبول أم لا، فلا حكم له، وله أن يجدد القبول بعد ذلك إن كان قد سبق، على ما اختاره المصنف وجماعة^(١) .

وجهه : أن الوصية لما كانت تمليكاً بعد الوفاة، فقَبِلها لم يحصل ملك، وإن حصل القبول، فردَّه حينئذٍ بمنزلة ردِّ ملك الغير فيقع لاغياً، لأنه وإن كان قد قَبِله فالشرط للملكة موت الموصي كما مرَّ . والفرق بينه وبين الردِّ بعد الموت وقبل القبول مع عدم حصول الملك فيهما : أن الملك بعد الموت قد بقي موقوفاً على القبول لا غير، فردَّه حينئذٍ واقع في محله، لأنَّ الملك قد بقي متوقفاً على رضاه، فاذا ردَّ تبينَّ عدم الرضا فبطلت الوصية، كما لو ردَّ كلَّ قابل للعقد الذي قد صدر إيجابه وبقي ملكه متوقفاً على القبول، وهذا بخلاف الردِّ الواقع في حال الحياة فإنَّ الملك لا يحصل وإن قَبِل .

واعلم : أن تفريع هذا الحكم على القول بعدم اعتبار القبول حال الحياة أوضح، والشبهة عنه منتفية أصلاً، بخلاف ما لو اعتبرنا القبول حال الحياة كما ذكره المصنف، فان تفريع عدم تأثير الردِّ حينئذٍ لا يخلو من إشكالٍ، وقد حررنا ما فيه .

قوله : «ولو ردَّ بعضاً وقَبِلَ بعضاً صحَّ فيما قَبِله» .

لما كانت الوصية تبرعاً محضاً لم يرتبط بعض أجزائها ببعض، فكما يصحَّ قبول جميعها يصحَّ قبول البعض ويلزمه حكمه خاصّة، بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات، فإن المشتري لو قَبِلَ البعض وقع لاغياً، لأنَّ الغرض فيه مقابلة أجزاء

(١) راجع الدروس : ٢٣٩، الجامع للشرايع : ٤٩٩، والقواعد ١ : ٢٩٠، والتنقيح ٢ : ٣٦٢ .

ولو مات قبل القبول، قام وارثه مقامه في قبول الوصية.

العرض بأجزاء المعوض فالبعض الذي اختص بالقبول غير مقصود للبايع إلا مقيداً بالجملة، بخلاف التبرع المحض فإن القصد إلى الجملة يتضمّن القصد إلى كل واحد من أجزائها منضمة ومنفردة، ومن ثمّ لو أوصى بما زاد على الثلث ولم يجز الوارث بطل في الزائد وصحّ في قدر الثلث وإن قبل الموصى له، لعدم الارتباط الذي بيّناه. وفي هذا الأخير إنّ مثله آت في عقود المعاوضات المحضمة، كما لو باع ملكه ومالك غيره صفقة، وقبلها المشتري كذلك ولم يجز المالك، فإن البيع يصحّ في البعض دون البعض، مع عدم جواز الاقتصار على قبول البعض ابتداءً، وما زاد على الثلث في الوصية بمنزلة التصرف في مال الغير، وإن لم يكن عينه.

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

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

وهذه الرواية نصّ في الباب لو تمّ سندها، إذ لا يخفى أنّ محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر - عليه السلام - مشترك بين الثقة والضعيف وغيرها، فكيف تجعل روايته مستند الحكم؟ إلا أن يدعوا جبرها بالشهرة على ما هو المشهور بينهم في ذلك.

(١) الكافي ٧: ١٣ ح ١، الفقيه ٤: ١٥٦ ح ٥٤١، التهذيب ٩: ٢٣٠ ح ٩٠٣، الاستبصار ٤:

١٣٧ ح ٥١٥، راجع الوسائل ١٣: ٤٠٩ ب «٣٠» من أحكام الوصايا ح ١.

وفيه ما فيه .

وأما الاستدلال بكون القبول حقاً للمورث^(١) ففيه منع كَلْيَةِ الكبرى المدعاة :
 أن كلَّ حقٍّ يورث - إن سلّم أن القبول حقٌّ - فإن حقَّ القبول لا يورث في سائر العقود
 إجماعاً، كما لو باع أو وهب فمات المشتري أو الموهوب قبل القبول فقبل الوارث وإن
 كان على الفور، فإنه لا يعتدّ به قطعاً فكذا هنا . مع أننا نمنع من كون القبول حقاً
 للمورث^(٢) مطلقاً وإنما كان حقاً للمورث^(٣) على تقدير مباشرته، ويرشد إليه أن
 الأغراض في الوصية تختلف باختلاف الأشخاص، فقد يكون للموصي غرض في
 تخصيص الميِّت دون وارثه . وهذا بخلاف حقَّ الخيار والشفعة ونحوهما، فإنَّ ذلك
 من الحقوق الثابتة المستقرّة للمورث شرعاً بحيث لا قدرة لمن عليه الحقُّ على إسقاطه
 بنفسه، ويترتب عليه غرض ماليّ فيورث عنه، بخلاف قبول الوصية، فإنه لا يشتمل
 على شيءٍ من هذه الخواصّ .

ومن ثمَّ ذهب جماعة^(٤) إلى بطلان الوصية بموت الموصي له قبل القبول، سواء
 مات في حياة الموصي أم بعد موته، بناءً على أن الوصية عقد يفترق إلى إيجاب وقبول
 من الموجب له، فيبطل بموته كما بيّناه . واستندوا مع ذلك إلى صحيحة أبي بصير
 ومحمد بن مسلم عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال : «سئل عن رجل أوصى
 لرجل فمات الموصي له قبل الموصي، قال : ليس بشيءٍ»^(٥) . وفي معناها موثقة منصور
 ابن حازم عنه - عليه السلام - قال : «سألته عن رجل أوصى لرجل بوصية إن حدث
 به حدث فمات الموصي له قبل الموصي، قال : ليس بشيءٍ»^(٦) .

(١) كذا في الحجريتين وهو الصحيح وفي ما لدينا من النسخ الخطية : للوارث .

(٢) هذا هو الصحيح ظاهراً وإن كان في ما لدينا من النسخ والحجريتين : للوارث .

(٣) الأولى : له .

(٤) كالعلامة في المختلف : ٥١٣ .

(٥) (٦) التهذيب : ٩ ج ٢٣١ و ٩٠٦ و ٩٠٧ ، والاستبصار : ٤ ج ١٣٨ ح ٥١٨ و ٥١٩ ، الوسائل

١٣ : ٤١٠ ب «٣٠» من أحكام الوصايا ح ٤ و ٥ .

وفصل بعض الأصحاب^(١) فخصّ البطلان بما إذا مات الموصى له قبل الموصي عملاً بمدلول هاتين الروایتين، فلو مات بعده لم يبطل، للأصل وعدم المعارض، وتبقى الرواية السابقة شاهدة وإن لم تكن مستنداً حيث لم تسلم سنداً. والحق أنّ هاتين الروایتين لا صراحة فيهما في المطلوب، لأنهما كما تحتملان أنّ الوصية حينئذٍ لا شيء يعتد به بمعنى بطلانها، يحتمل إرادة أنّ الموت ليس بشيء ينقض الوصية، بل ربّما كان الثاني أنسب بأسلوب الكلام وتذكير الضمير المستتر في الفعل. وبه يندفع التنافي بين الروايات، فيكون أولى.

ويمكن ترجيح التفصيل الأخير بناءً على ما تقدّم^(٢) من كون القبول على تقدير تأخره عن الموت كاشفاً عن سبق ملك الموصى له من حين الموت، وقد كان الموصى له حينئذٍ حياً قابلاً للملك، ولا يقدر فيه كون القابل غيره لأنه كالنائب عنه حيث هو الوارث عنه.

نعم، لو قيل بأنّ الوارث مع قبوله ينتقل الملك إليه ولا يدخل في ملك الميت كما اختاره العلامة^(٣) أشكل هذا القول من حيث إنّ الموصى له بعد موت الموصي لم يكن مالكاً ولا صالحاً للملك بسبب موته قبل القبول، والوارث قبل موت مورثه ليس بقابل أيضاً للملك الموصى به، لأنه ليس بموصى له ولا انتقل إليه الحق بعد، فكشف القبول عن ملكه من حين الموت غير موجّه، بل غاية ما يمكن جعله كاشفاً عن ملكه من حين موت مورثه، وهو أمر آخر غير الكشف والنقل. إلا أن الإشكال إنما يأتي على القول بأنه لا يدخل في ملك الميت مطلقاً كما أطلقه بعضهم، وهو لا يتم. والحق أنّه على القول بالكشف ينتقل إلى ملك الميت. وسيأتي^(٤) تحقيقه.

(١) كما في نكت النهاية، راجع النهاية ونكتها ٣: ١٦٥ - ١٦٧.

(٢) في ص: ١١٨.

(٣) التحرير ١: ٢٩٢.

(٤) في الصفحة التالية.

فرع

لو أوصى بجاريةٍ وحملها لزوجها وهي حامل منه، فمات قبل القبول، كان القبول للوارث. فإذا قَبِلَ ملك الوارث الولد، إن كان مَمَّن يصح له تملكه، ولا ينعقد على الموصى له، لأنه لا يملك بعد الوفاة، ولا يرث أباه لأنه رق، إلا أن يكون مَمَّن ينعقد على الوارث ويكونوا جماعة، فيرث لعتقه قبل القسمة.

قوله: «لو أوصى بجارية . . . إلخ».

هذا فرع على المسألة السابقة المتضمنة لكون القبول مورثاً. فإذا فرض كون الموصى به جارية وحملها، والحال أن الحمل ولد الموصى له بتزويج أو غيره، يفرض المصنّف كون الموصى له زوجاً غير لازم، ويفرض كون الحمل رقاً لمولى الجارية بالاشتراط على القول بصحته. وحينئذٍ فإذا مات الموصى له قبل القبول، وقلنا بانتقال حقه إلى وارثه فقبل الوصية بهما، ملك الجارية والولد، ولا ينعقد الولد، لأن أباه لم يملكه، وإنما انتقل ملكه ابتداءً إلى الوارث كما أشرنا إليه سابقاً.

نعم، لو كان مَمَّن ينعقد على الوارث كما لو كان الوارث ابناً والحمل أنثى انعتق عليه. ولو فرض كون الوارث متعدداً وبعضه مَمَّن ينعقد عليه والآخر مَمَّن لا ينعقد عليه، كما لو كان ابناً وبتناً، عتق منه بحساب ما يرث منه مَمَّن ينعقد عليه، فينعقد في الفرض ثلثاه.

وهذا كله مبني على أن قبول الوارث يوجب انتقال الموصى به إليه ابتداءً من غير توسط المورث مطلقاً، كما أشرنا إليه في الأصل المبني عليه. ويشكل على القول بكون القبول كاشفاً، فإنه يقتضي ملكه من حين الموت. ولو فرض كون موت الموصى له بعده لزم من الكشف ظهور انتقاله إلى ملك المورث، لأن الوارث حين الموت لم يكن وارثاً فلا يتصور ملكه للموصى له.

والقول باختصاص حكم الكشف بما يمكن منه بالنسبة إلى الوارث - وهو الحكم بملكه من حين موت مورثه إلى حين قبوله نظراً إلى الجمع بين الحكامين

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

والتحقيق في هذه المسألة القول بملك الموصى له في هذا الفرض وإن كان غير قابلٍ، لقيام قبول الوارث مقام قبوله، لأنّه خليفته ونائب عنه، فكأنه بالوصية إليه قد صار له ملك أن يملك ولو بغير اختياره على تقدير قبول مورثه، وهذا غير ضائر، لأنّ قبول الوصية ليس بشرط في التملّك مطلقاً، بل قد يصير الموصى له مالكاً بدون القبول في بعض الموارد كما قد عرفت، فصيورته مالكاً بقبول خليفته أولى.

وحينئذٍ فلا بدّ من تحرير محلّ النزاع، فإنّ قول المصنّف: «فمات قبل القبول» شامل لما لو مات في حياة الموصي وبعده، وحكمه بعده بعدم العتق على الموصى له مطلق أيضاً، وهو لا يتمّ مطلقاً بل يتحصّل ممّا حقّقناه أنّ موت الموصى له إن كان في حياة الموصي فعدم انتقال الملك إليه مطلقاً جيّد في موضعه، لأنّ الملك مشروط بوفاة الموصي، فإذا فرض قبول الوارث ملك بالموت، سواء كان قبوله في حياة الموصي إن اعتبرناه أم بعد وفاته، وحينئذٍ فينتقل الملك إلى الوارث ابتداءً على التقديرين بغير إشكال، ولا عتق هنا على الوارث إلاّ أن يكون ممن ينعتق عليه بخصوصه، وعلى هذا التقدير يتمّ ما أطلقه المصنّف من الحكم.

وإن كان موت الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول فقبل الوارث بئى الحكم بالعتق على القول بانتقال الملك متى هو؟ فإن قلنا ينتقل بالقبول لا على معنى الكشف - كما هو مختار العلامة^(١) وظاهر فتوى المصنّف - فالحكم كذلك، لأنّه لم

ينتقل إلى ملك الميت أيضاً كالسابق . وإن قلنا : إن القبول يكشف عن سبق الملك من حين الموت فالوجه الحكم بانعقاقه على الموصى له الميت ، للحكم بملكه له قبل موته وإن لم يقبل كما بيناه ، مع احتمال العدم واختصاص الكشف بها بعد وفاة الموصى له ، وقد عرفت ما فيه . هذا ما يتعلّق بالعتق .

وأما الإرث بالنسبة إلى هذا الولد فنقول : إن حكمنا بعدم عتقه على أبيه كما أطلقه المصنف لم يرث منه ، لأنه رقّ ، إلا أن يكون ممن ينعق على الوارث فيمكن فرض إرثه بأن يعتق^(١) قبل القسمة حيث يكون الوارث متعدداً . وإن قلنا بعتقه على أبيه على تقدير تأخر موته عن الموصي - بناءً على الكشف - ورث أيضاً في الجملة . وتحرير البحث يتمّ بأمرين :

أحدهما : إثبات أصل الارث . ووجهه واضح ، لأنّ بنوّته معلومة ، وإنّما المانع من إرثه الرقّ وقد زال بقبول الوارث حيث يعتق عليه أو على الميت ، لأنه الفرض . وقد خالف في ذلك الشيخ^(٢) فمنع من إرثه مطلقاً ، لأنه موقوف على قبول الوارث ، فلو فرض كونه وارثاً لاعتبر قبوله في الارث ، واعتبار قبوله موقوف على كونه وارثاً ، فيدور . وأجيب : بأنّ المعتبر قبول الوارث في الحال لا في المآل ، وقد حصل بقبول من كان وارثاً حينئذٍ .

والثاني : ما يرث منه . فنقول : إن كان الوارث متّحداً لم يرث هذا الولد مطلقاً ، لاختصاص الوارث بالتركة قبل عتقه . وإن كان متعدداً فلا يخلو : إمّا أن يكون موت أبيه الموصى له قبل موت الموصي أو بعده . ففي الأوّل لا يرث من أمّه مطلقاً ، لأنها لم تدخل في ملك أبيه فلم تكن من التركة كما لم يدخل هو فيها ، وأمّا ما ترك أبوه فإن كان وقع القبول قبل قسمة الورثة شارك أو اختصّ . وفي الثاني يبنى على الكشف بالقبول أو الانتقال ، فعلى الثاني لا يرث من أمّه شيئاً أيضاً ، لأنها لم تدخل

(١) في «ب» : ينعق .

(٢) المبسوط ٤ : ٣٢ .

ولا تصحّ الوصية في معصية. فلو أوصى بهال للكنايس أو البيع، او كتابة ما يسمّى الآن توراة أو إنجيلاً، أو في مساعدة ظالم، بطلت الوصية.

في ملك أبيه، وعلى الكشف يرث منها، لأنها صارت من جملة التركة والحال أنها لم تقسم حين الحكم بحرثته، لأنّ ذلك حين القبول، وإن كانت بقيّة التركة قد قسمت، وبني إرثه من باقي التركة على القسمة وعدمها.

ومما قرّناه يعلم أنّ قول المصنف: «ويكونوا جماعة فيرث، لِعْتَقِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ» لا يتمّ على إطلاقه، بل قد يكون عتقه قبل القسمة وقد يكون بعدها. نعم، يأتي مطلقاً بالنسبة إلى أمه كما بيّناه، ولعلّ المصنّف أراد إثبات مطلق الإرث كما يرشد إليه إطلاقه التعليل.

قوله: «ولا تصحّ الوصية في معصية . . . الخ».

قد تقدّم^(١) البحث في ذلك في الوقف وفي الفرق بين الوصية للكافر والكنيسة والبيعة فليُنظَرُ ثمّ. ومقتضى إطلاق العبارة عدم الفرق بين كون الموصي كذلك مسلماً وكافراً. والأمر في المسلم واضح، لأنه معصية في اعتقاده وفي نفس الأمر. أما من الكافر المعتقد لكونه طاعة فوجهه تحقّق المعصية في الواقع فيحكم بالبطان بالنسبة إليه أيضاً، لفقد شرط الصّحة، وقد تقدّم^(٢) في الوقف أن ذلك منه صحيح. ويمكن الجمع بين الحكمين بمعنى إقراره عليه لو ترفعوا إلينا لإجراء لهم على أحكامهم، وهو معنى الصّحة ظاهراً وإن كان باطلاً في نفسه.

وفي تقييده بتسمية الكتابين الآن توراة وإنجيلاً تنبيه على أنّها محرّفان، فليسا هما الكتابين المنزّلين من الله. والمراد أنّ المجموع من حيث هو مجموع كذلك لا الجميع، لأنّ بعضه أو أكثره باقٍ على أصله قطعاً. والمراد بمساعدة الظالم على ما هو

(١) يراجع ج ٥: ٣٣٢ - ٣٣٤.

(٢) يراجع ج ٥: ٣٣٥.

والوصية عقد جائز من طرف الموصي ما دام حيًّا، سواء كانت بهالٍ أو ولاية .

ويتحقّق الرجوع بالتصريح، أو بفعل ما ينافي الوصية. فلو باع ما أوصى به، أو أوصى ببيعه، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه، كان رجوعاً. وكذا لو تصرف فيه تصرفاً أخرجه عن مسماه، كما إذا أوصى بطعامٍ فطحنه، أو بدقيقٍ فعجنه أو خبزه. وكذا لو أوصى بزيتٍ فخلطه بما هو أجود منه، أو بطعامٍ فمزجه بغيره حتى لا يتميِّز.

ظلم ومن حيث هو ظالم، فلو أوصى بمساعدة شخصٍ ظالمٍ لا من حيث الوصف صحّ.

قوله: «والوصية عقد جائز من طرف الموصي . . . الخ».

لا خلاف في جواز رجوع الموصي في وصيته ما دام حيًّا، لأنه ماله وحقّه، والناس مسلّطون على أموالهم^(١). وإنما يتحقّق كون الوصية عقداً يقبل الفسخ على تقدير قبول الموصى له في حياة الموصي، فلو تأخّر قبوله لم يتحقّق العقد، مع بقاء الحكم وهو جواز رجوع الموصي فيه. ويمكن أن يقال: حكمه بجوازه مع تمامه بالقبول يقتضي جوازه قبله بطريق أولى، فليس فيه إخلال.

وعلى كلّ حالٍ فعقد الوصية من العقود المتردّدة بين الجواز واللزوم، بمعنى جوازه في حالٍ ولزومه في آخر، وهو ما بعد الوفاة والقبول، إمّا مع القبض أو بدونه على الخلاف. وحيثنّذٍ فإطلاق بعض الأصحاب كونه من العقود اللازمة - مع مخالفته صريحاً لما ذكره المصنّف هنا وغيره - لا يستقيم، مع أنّ أحكام الجائز جارية عليه مطلقاً، كجواز تراخي القبول، وكونه فعليًّا، وعدم اعتباره باللفظ العربيّ، وغير ذلك.

قوله: «ويتحقّق الرجوع بالتصريح . . . الخ».

اعلم أنّ الرجوع في الوصية ونحوها من العقود الجائزة قد يكون بالقول، وقد يكون بالفعل. والقول إما صريحاً، أو استلزاماً، أو باعتبار إشعاره بإرادة الرجوع. فهذه أقسام أربعة أشار المصنف إلى جملتها:

فالأول: القول الصريح، كقوله: رجعت في الوصية الفلانية، أو نقضتها، أو فسختها، أو لا تعطوه ما أوصيت له به. وفي معناه قوله: هو - أي الموصى به - لوارثي، أو ميراثي، أو ميراث، لا: من تركتي، على الأقوى، لأنّ الموصى به من جملة التركة.

والثاني: مثل بيع العين الموصى بها، لأنّه يستلزم نقل الملك إلى المشتري فيمتنع معه بقاء الوصية، وعتق المملوك وكتابته لاقتضائهما قطع السلطنة التي من جملتها الوصية، والهبة مع الاقباض، لانتقال الملك به، أما بدون الاقباض فهي من القسم.

الثالث: وهو فعل ما يدلّ على إرادة الرجوع وإن لم يكن صريحاً. ويتحقق بفعل مقدمات الأمور التي لو تحققت لناقضت الوصية، كالعرض على البيع مريداً له، فإنه قرينة دالة على إرادة الرجوع عن الوصية. ومثله العرض على الهبة فضلاً عن الشروع فيها قبل إكمال ما يوجب لزومها. وفي معناه العرض على العقد الموجب لنقل الملك أو المنع من التصرف، كالقرض والصلح والرهن. ولو دلت القرينة في هذه المواضع على عدم إرادة الرجوع بذلك بل كان الغرض أمراً آخر، عوّل عليها، لضعف هذا القسم حيث كان مناطه القرينة. ويشكل الحال لو أشكل الغرض. ولعلّ ترجيح الرجوع أولى عملاً بظاهر حال العاقل.

وقول المصنف: «أو وهبه وأقبضه» قد يوهم أنّه مع عدم الاقباض لا يكون رجوعاً، وهو محتمل نظراً إلى بقاءه على ملكه، إلا أنّ الظاهر خلافه وأنّ تقييده بقبضه بصيرته من أمثلة القسم الثاني. وقد نبّه من القسم الثالث على مثال واحد، وهو الوصية ببيعه، فإنّ الوصية كما عرفت عن قريب يجوز نقضها، فكانت في معنى

التوكيل في بيعه وهبته، وهو أبلغ من الهبة بالفعل قبل القبض، إلا أن ذكر الهبة المقبوضة بعد الوصية يبيعه يشوش الأمثلة، ويضطرب بسببها ترتيب الأقسام. وقد ذكر أيضاً من أمثلة الرجوع رهنه من غير أن يشترط قبضه، مع أن مذهبه عدم لزوم الرهن بدون القبض^(١)، فالجمع بينه وبين التمثيل بالهبة المقبوضة لا يخلو من تشويش وإن كان الحكم في نفسه صحيحاً.

الرابع: الفعل المبطل للاسم الذي هو متعلق الوصية، كما لو أوصى له بحنطة معينة فطحنها، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، أو بقطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بدار فهدمها بحيث خرجت به عن اسمها، أو بزيت فخلطه بغير جنسه بحيث لم يتميز. ووجه البطلان في جميع ذلك أن متعلق الوصية هو المسمى الخاص وقد زال، مضافاً إلى إشعار هذه الأفعال بالرجوع.

ولو خلط الزيت بمثاله جنساً، فإن كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعاً، لاشتغال حصته على زيادة ولم يحصل منه الرضا ببذلها مع عدم إمكان فصلها. وإن خلطه بمساوٍ أو أردى فمفهوم كلام المصنف أنه لا يكون رجوعاً، لبقاء المال وعدم اشتغاله على وصف مانع. وهو ظاهر مع المساواة، ومع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزلة إتلاف الموصي له فيبقى الباقي على الأصل. وأطلق جماعة^(٢) كون الخلط موجباً للرجوع. وهو حسن مع انضمام قرينة تدل عليه.

وهذا كله مع عدم دلالة القرينة على عدم إرادة الرجوع بهذه الأفعال، كما إذا فعل ذلك لمصلحة العين، كدفع الدود عن الحنطة بطحنها، وخبز العجين حذراً من فساده، وخلطه كذلك، ونحو ذلك، فإن مرجع هذه الأمور إلى القرائن المقترنة بها نفيًا وإثباتًا. ولو كان الفعل من غير الموصي بغير إذنه لم يقدح، لانتفاء المقتضي.

(١) راجع ج ٤ : ١١ .

(٢) راجع المبسوط ٤ : ٤٣ ، القواعد ١ : ٣٥٦ ، الدروس : ٢٤٧ ، جامع المقاصد ١١ : ٣١٩ .

واعلم أن الحكم مخصوص بالمعين كما أشرنا إليه، بأن أوصى بهذه الخنطة، أو بهذا الزيت، أو بما في البيت منه، فإنّ تغييره دليل على صرفه عن جهة الوصية. أما المطلق كأعطوه صاعاً من خنطة فطحن ما عنده منها لم يكن رجوعاً، لعدم اختصاص الموصى به بما عنده، حتى لو لم يوجد في تركته لوجب تحصيله من خارج، فلا يضرّ تغيير ما عنده.

والمصنف رحمه الله قد أشار إلى الفرق في عبارته، وخصّ موضع البطلان بالمعينة حيث أعاد الضمائر إلى الموصى به في قوله: «كما إذا أوصى بطعام فطحنه . . . إلى آخره» فإنه لو كان مطلقاً لم يتصور الحكم بكون المطحون هو الطعام الموصى به وكذا غيره، لأنه حينئذ يكون ماهية كلية والأفراد الخاصة غيرها وإن أمكن تشخيصه بها.

وهذا التفصيل واضح، وقد نبّه عليه جماعة منهم العلامة في القواعد^(١)، لكن في التذكرة عكس الحكم فقال بعد أن حكم بكون التغيير المذكور رجوعاً: «أما لو أشار إلى خنطة أو دقيقٍ فقال: أوصيت بهذا، أو قال: أوصيت بما في البيت، ففي بطلان الوصية بالطحن والعجن إشكال أقربه العدم، إذ الاسم تعلقت به الوصية هنا»^(٢) ومقتضى الاستدراك تخصيص الحكم بالرجوع بغير المعين، وليس بجيد بل ولا سديد كما لا يخفى. والاعتذار^(٣) له - بأن الوصية إذا تعلقت بعين مخصوصة لم تبطل إلا بتلفها أو بحصول القرينة الدالة على الرجوع، كطحن الخنطة ليأكلها لا بدونها، وضرورة الخنطة دقيقاً لا يعدّ تلفاً عرفاً، فلا تبطل الوصية بمجرد - تعليل بموضع النزاع، ومستلزم لعدم البطلان بهذه الأفعال في المطلق بطريق أولى، ولا

(١) القواعد ١: ٣٥٦.

(٢) التذكرة ٢: ٥١٦.

(٣) راجع المقاصد ١١: ٣٢٠.

أما لو أوصى بخبزٍ فدقّه فتيتاً، لم يكن رجوعاً.

يقول به أحد في القسامين معاً، بل هم بين مطلق لكون ذلك رجوعاً^(١) وبين مخصّصٍ له بالمعين^(٢). وفي التذكرة ما يدلّ على العكس، فتأمل.

قوله: «أما لو أوصى بخبزٍ فدقّه فتيتاً لم يكن رجوعاً».

لأنّ هذا الفعل لا يدلّ على الرجوع ولا بالقرينة، مضافاً إلى أصالة بقائها على حالها. وعلّل أيضاً ببقاء اسم الخبز. وفيه نظر. نعم، لو استفيد من القرائن إرادته الرجوع به عمل بها. وفي القواعد^(٣) استشكل في ذلك، وألحق به جعل القطن محشواً في فراش، وتجفيف الرطب تمراً، وتقديد اللحم. ووجه الاشكال مما ذكرناه، ومن دعوى أنّ ظاهر هذه الأفعال يؤذن بإرادة الاستيثار بها. والوجه في الجميع ما قلناه من عدم إفادة الرجوع إلّا مع القرينة. كلّ ذلك مع التعيين كما يستفاد من ضمير «فدقّه» أمّا مع الاطلاق فلا، بل يجب تحصيل غيره ولو من غير التركة.

(١) كما في الارشاد ١: ٤٥٧، واللمعة: ١٠٦، والتنقيح الرائع ٢: ٣٦٨.

(٢) كما في المسوط ٤: ٤٣، والدروس: ٢٤٧.

(٣) القواعد ١: ٣٥٦.

الثاني في الموصي

ويعتبر فيه كمال العقل، والحرية. فلا تصح وصية المجنون، ولا الصبي ما لم يبلغ عشرين. فإن بلغها فوصيته جائزة في وجوه المعروف، لأقاربه وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيراً. وقيل: تصح وإن بلغ ثمان. والرواية به شاذة.

قوله: «في الموصي. ويعتبر فيه كمال العقل والحرية... إلخ».

تفريع عدم صحة وصية الصبي على اعتبار كمال العقل مبني على الغالب من أن العقل لا يكمل بدون البلوغ أو ما في معناه من المدة المذكورة هنا، وإلا فيمكن بكثرة خلافه، إذ العقل المعتبر في التصرفات يحصل بدونه غالباً، ولهذا يعبرون كثيراً باعتبار البلوغ والعقل ليفرّعوا عليه حكم الصبي والمجنون، والأمر سهل.

إذا تقرر ذلك فقد اختلف الأصحاب في صحة وصية الصبي الذي لم يبلغ بأحد الأمور الثلاثة المعتبرة في التكليف بسبب اختلاف الروايات في ذلك، فذهب الأكثر من المتقدمين والمتأخرين إلى جواز وصية من بلغ عشرين مميّزاً في المعروف، وبه أخبار كثيرة، منها صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته»^(١). وصحيحة أبي بصير عنه - عليه السلام - قال: «إذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله في حق جازت

(١) الكافي ٧: ٢٨ ح ٣، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠١، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٦، والوسائل ١٣: ٤٢٩ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ٣.

وصيته^(١) وغيرهما من الأخبار المتظافرة^(٢). وأضاف الشيخ^(٣) إلى الوصية الصدقة والهبة والوقف والعتق، لرواية زرارة^(٤) عن الباقر - عليه السلام - وقد تقدّمت^(٥). وفي قول المصنف: «لأقاربه وغيرهم» إشارة إلى خلاف ما روي في بعض الأخبار من الفرق كصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «الغلام إذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام ولم تجز للغرباء»^(٦). ورواها ابن بابويه في الفقيه^(٧)، وهو يقتضي عمله بها كما أشار إليه في أول كتابه.

والقائل بالاكْتفاء في صحّة الوصية ببلوغ الثمان ابن الجنيد، واكتفى في الأئمة بسبع سنين^(٨)، استناداً إلى رواية الحسن بن راشد عن العسكري - عليه السلام - قال: «إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجازت أمره في ماله، وقد وجب عليه الفرائض والحدود، وإذا تمّ للجارية سبع سنين فكذلك»^(٩). وهذه الرواية مع ضعف سندها شاذة مخالفة لإجماع المسلمين من إثبات باقي الأحكام غير الوصية، ولكن ابن الجنيد اقتصر فيها على الوصية. ومثل هذه الروايات لا تصلح لإثبات الأحكام خصوصاً

(١) الكافي ٧: ٢٩، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠٣، التهذيب ٩: ١٨٢ ح ٧٣٢، والوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ٢.

(٢) راجع الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا.

(٣) النهاية: ٦١١. ولم يذكر فيها الوقف الا أنه قال في ص: ٥٩٦: الوقف والصدقة شيء واحد.

(٤) الكافي ٧: ٢٨ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٩، والوسائل ١٣: ٤٢٩، ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ٤.

(٥) في ج ٥: ٣٢٣ هـ ٤.

(٦) و (٧) الكافي ٧: ٢٨ ح ٢، التهذيب ٩: ١٨١ ح ٧٢٨، والوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أحكام الوصايا ح ١، والفقيه ٤: ١٤٦ ح ٥٠٤.

(٨) راجع المختلف: ٥١٠.

(٩) التهذيب ٩: ١٨٣ ح ٧٣٦، الوسائل ١٣: ٣٢١ ب «١٥» من أحكام الوقوف والصدقات ح ٤.

ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى ، لم تقبل وصيته .

المخالفة للنصوص الصحيحة بل إجماع المسلمين .

وابن إدريس^(١) سدّ الباب واشترط في جواز الوصية البلوغ كغيرها ، ونسبه الشهيد في الدروس^(٢) إلى التفرد بذلك . ولا ريب أن قوله هو الأنسب ، لأن هذه الروايات التي دلّت على الحكم وإن كان بعضها صحيحاً إلا أنها مختلفة بحيث لا يمكن الجمع بينها ، فإثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل .
قوله : «ولو جرح الموصي نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل وصيته» .

هذا هو المشهور بين الأصحاب ، ومستنده صحيحة أبي ولاد قال : «سمعت أبا عبد الله - عليه السلام - يقول : مَنْ قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها . قلت له : أرايت إن كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال : فقال : إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل أجزيت وصيته في ثلثه ، وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتلٍ لعلّه يموت لم تجز وصيته»^(٣) .

والرواية مع صحتها نصّ في الباب ، وعلّل مع ذلك بدلالة الفعل على سفهه ، وبعدم استقرار حياته فيكون في حكم الميت ، وبأنّ القاتل يمنع من الميراث لغيره فيمنع من نفسه ، لأنّ قبول وصيته نوع إرثٍ لنفسه .
والكلّ ضعيف ، أمّا السفه فلأنّ الفرض انتفاؤه وثبوت رشده إن شرطنا انتفاءه في غيره ، ومن الجائز أن يفعل بنفسه ذلك لعارض ثم يرجع إليه رشده لو فرض زواله حالته .

(١) السرائر ٣ : ٢٠٦ .

(٢) الدروس : ٢٤٠ .

(٣) التهذيب ٩ : ٢٠٧ ح ٨٢٠ ، وراجع الكافي ٧ : ٤٥ ح ١ ، الفقيه ٤ : ١٥٠ ح ٥٢٢ ، والوسائل

ولو أوصى ثم قتل نفسه قبلت.

وأما استقرار الحياة فليس بشرط، والأصل يقتضي نفوذ تصرف الحي العاقل الجامع لباقي الشرائط مطلقاً، والنصوص الدالة على نفوذ وصية المريض مطلقاً متناولة له، والقياس على عدم حلّ المذبح حينئذ لكونه بمنزلة الميت فاسد لو سلّم الأصل، وسيأتي إن شاء الله ما فيه في بابه، ومن ثمّ وجبت الدية على قاتله في هذه الحالة، وحلّ اللحم حكم آخر.

وأما حديث منع القاتل من الميراث وجعل الوصية كالميراث فواضح الفساد، فلم يبق إلا العمل بالنص الصحيح إن اقتضاه أصل المعنى أو ردّه بأحد الوجوه المقتضية له، ككونه آحاداً أو مخالفاً للأصول كما اختاره ابن إدريس^(١)، محتجاً على الصحة بأنه حيّ عاقل مكلف، وبالنهي عن تبديل الوصية بعد سماعها بالقرآن^(٢) الذي هو حجة، المتناول بعمومه لمحلّ النزاع، أو بمنع تخصيص القرآن بخبر الواحد. ولكلام ابن إدريس وجه وجيه وإن كان الوقوف مع المشهور والعمل بالنص الصحيح أقوى.

قوله: «ولو أوصى ثم قتل نفسه قبلت».

هذا الحكم لا إشكال فيه، لوقوع الوصية حالتها من مستجمع للشرائط المعتبرة فيها، وفي صحيحة أبي ولاد السابقة^(٣) ما يدلّ عليه أيضاً. وتوهم أنّ الفعل الواقع عقبيه دالّ على عدم ملكة الرشد مردود بجواز تجدّده لو سلّمت دلالته عليه. وفي حكمه ما لو أوصى ثم جنّ أو صار سفيهاً إن منعنا من وصية السفيه، ولأنّ حال المريض يؤدّي إلى ذلك وما في معناه.

(١) السرائر ٣: ١٩٧.

(٢) البقرة: ١٨١.

(٣) المتقدمة في الصفحة السابقة، هامش (٣).

ولا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال إلا من الأب، أو الجدّ للأب خاصّة. ولا ولاية للأم. ولا تصحّ منها الوصيّة عليهم. ولو أوصت لهم بهال ونصبت وصياً، صحّ تصرفه في ثلث تركتها وفي إخراج ما عليها من الحقوق، ولم تمض على الأولاد.

قوله: «ولا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجدّ للأب خاصّة».

لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الانسان في مال غيره بغير إذنه أو ما في معناه، وجب الاقتصار في نصب الوليّ على الأطفال على محلّ النصّ أو الوفاق وهو نصب الأب أو الجدّ له، فلا يجوز للحاكم وإن كان وليّاً عليهم أن ينصب بعده عليهم وليّاً، لأنّ ولايته مقصورة عليه حيّاً، وإذا مات ارتفع حكمه وإن جاز له أن يوكلّ حيّاً عليهم، لأنّ له الولاية حينئذٍ. ويشمل إطلاق المنع من تولية غيرهما الوصيّ من أحدهما، فليس له أن يوصي عليهم بالولاية مع عدم نصّها على ذلك على أصحّ القولين، وسيأتي^(١) إن شاء الله تعالى، أمّا مع النصّ فتولية الوصيّ حينئذٍ في معنى تولية أحدهما، لصدوره عن إذنه، كما جازت ولاية الصبي ابتداءً عنهما.

قوله: «ولا ولاية للأمّ ولا تصح منها الوصيّة عليهم».

هذا الحكم داخل في السابق الدالّ على عدم صحّة الوصيّة عليهم لغير الأب والجدّ له، وإنما خصّ الأم بالذكر بعد دخولها لاثبات ابن الجنيد^(٢) الولاية لها مع رشدها بعد الأب. وهو شاذّ.

قوله: «ولو أوصت لهم بهال . . . إلخ».

هذا الحكم واضح بعد ما سلف من عدم ولايتها عليهم. ونبه بتخصيصه على

(١) في ص: ٢٦٣.

(٢) راجع المختلف: ٥١٤.

أن تبعض وصيتها - إذا اشتملت على أمور بعضها سائغ وبعضها ممنوع - غير مانع من نفوذ المشروع منها، وحينئذٍ فتصح وصيتها لهم بالمال ولا يصح إيصاؤها، بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر أموالهم يرجع فيه إلى وليهم الخاص أو العام -

ويحتمل صحة الوصية هنا في ثلث المال، لأن لها إخراجهم رأساً فيجوز إثبات الولاية عليه للغير بطريق أولى. وقد ذهب إلى هذا الاحتمال الشيخ في المبسوط^(١) إذا كان الناصب الأب مع وجود الجد، والمأخذ واحد.

ويضعف: بمنع الملازمة والأولوية، فإن إزالة الملك يقتضي إبطال حق الوارث أصلاً، وبقاؤه في ملك الوارث يقتضي كون الولاية عليه لوليّه الشرعي.

الثالث في الموصى به

وفيه أطراف:

الأول: في متعلق الوصية.

وهو إما عين أو منفعة. ويعتبر فيهما الملك، فلا تصح بالخمير ولا الخنزير ولا كلب الهراش ولا ما لا نفع فيه.

قوله: «ويعتبر فيهما الملك . . . الخ».

المراد به هنا صلاحية الملك للموصي والموصى له كما ترشد إليه الأمثلة، فإن المذكورات لا تقبل الملك بالنسبة إلى المسلم، أو مطلقاً بناءً على اعتبار الواقع في نفس الأمر، وإن جاز إقرار الكافر على وصيته بشيء من ذلك لمثله، لأن ذلك أعم من الصحة كما أشرنا إليه سابقاً. ولا بد من تقييد الخمر بغير المحترمة، فإنها مملوكة تقبل النقل بالوصية وغيرها. واحترز بكلب الهراش عن الكلاب الأربعة والجرو القابل للتعليم، فتصح الوصية بها لكونها مملوكة لها قيمة ومنفعة. ويجوز أن يريد بالملك ما هو أعم مما ذكرنا ومن الملك بالفعل، ليستفاد منه عدم جواز الوصية بهال الغير. وهو جيد وإن لم يشر إليه في الأمثلة.

والمراد بـ «ما لا ينتفع به» نفعاً معتداً به في نظر العقلاء بحيث يكون متمولاً، فلا تصح الوصية بمثل حبة الحنطة وقشر الجوزة كما لا يصح نقله بغير الوصية. وإنها احتيج إلى تقييد الملك بما ذكرنا ليخرج لأن الحق كونها مملوكة في الجملة حتى لا يصح غضبها من المالك وإن لم تجز المعاوضة عليها لعدم التمول.

ويتقدّر كلّ واحد منهما بقدر ثلث التركة فما دون . ولو أوصى بما زاد بطلت في الزائد خاصّة، إلّا أن يجيز الوارث .

قوله: «ويتقدّر كلّ منهما بقدر ثلث التركة . . الخ» .
 هذا هو المشهور بين الأصحاب وربّما كان إجماعاً، والأخبار^(١) الصحيحة به متظافرة، وقد ذكرنا بعضها فيما سلف في مقام^(٢) آخر .
 وذهب عليّ بن بابويه^(٣) إلى نفوذ الوصية مطلقاً من الأصل محتجّاً^(٤) برواية عمّار الساباطي عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «الرجل أحقّ بهاله ما دام فيه الروح إن أوصى به كلّهُ فهو جائز»^(٥) . وضعف الرواية - مع معارضتها للنصوص الصحيحة وتتوى الأصحاب وغيرهم^(٦) - يردّ هذا القول، مع أنّها لاتدلّ على المطلوب، فإنّنا نقول بموجبها وأنّ للانسان أن يوصي بجميع المال ما دام حيّاً، وهو لا ينافي توقّف نفوذها بعد موته على إجازة الوارث . وهذا أولى من حمل الشيخ^(٧) لها على مَنْ لا وارث له، لأنّنا نمنع من الحكم فيه أيضاً، لأنّ وارثه العامّ داخل في عموم ما دلّ على توقّف الزائد على إجازته .

(١) لاحظ الوسائل ١٣ : ٣٦١ ب «١٠» و«١١» من أحكام الوصايا .

(٢) ج ٤ : ١٥٦ .

(٣) راجع المختلف : ٥١٠ .

(٤) في هامش «و» : «واعلم أن أخباراً كثيرة تدلّ على ما ذهب إليه ابن بابويه غير ما ذكرناه، لكنّها مشتركة في ضعف السند، واقتصرنا على رواية عمّار تبعاً للجماعة وحذراً من طول الكلام بغير طائل . منه رحمه الله» . لاحظ الوسائل ١٣ : ٣٦٩ ب «١١» من أبواب الوصايا ح ١٦ ، ١٧ ، ١٨ .

(٥) الكافي ٧ : ٧ ح ٧ ، الفقيه ٤ : ١٥٠ ح ٥٢٠ ، التهذيب ٩ : ١٨٧ ح ٧٥٣ ، والوسائل ١٣ :

٣٧٠ ب «١١» من أبواب الوصايا ح ١٩ .

(٦) راجع المغني لابن قدامة ٦ : ٤٥٧ .

(٧) التهذيب ٩ : ١٨٨ ، والاستبصار ٤ : ١٢١ .

ولو كانوا جماعة فأجاز بعضهم نفذت الاجازة في قدر حصته من الزيادة.

وإجازة الوارث تعتبر بعد الوفاة. وهل تصحّ قبل الوفاة؟ فيه قولان أشهرهما أنها تلزم الوارث.

قوله: «ولو كانوا جماعة . . . الخ».

لما كانت الوصية مما يقبل التبعض لكونها تبرعاً محضاً، وكان الزائد عن الثلث منها موقوفاً على إجازة الوارث، جاز له إجازة البعض كما يجوز له إجازة الجميع، لأنّ ذلك حقّه فله التبرع بحملته وبعضه. وكما يجوز ذلك لبعض الورثة دون بعض ويلزم كلّ واحد حكمه كذلك يجوز إجازة البعض من الجميع كالنصف والثلث، وينعقد بالقدر المجاز دون ما عداه.

فلو فرض كون الوارث ابناً وبتناً، وأوصى بنصف ماله، فإن أجازا معاً فالمسألة من ستة، لأنّ لهما نصف التركة أثلاثاً وللموصى له نصفها. وإن ردّاً معاً فالمسألة من تسعة، لأنّ لهما ثلثي التركة أثلاثاً، فأصلها ثلاثة ثم تنكسر عليهما في مخرج الثلث ولا وفق.

وإن أجاز أحدهما ضربت وفق إحدى المسألتين وهو الثلث في الأخرى تبلغ ثمانية عشر، للموصى له الثلث بغير إجازة ستة، ولهما اثنا عشر أثلاثاً. فمن أجاز منهما دفع من نصيبه ما وصل إليه من السدس الزائد، وهو سهم من البنت وسهمان من الابن، إذ لو أجاز الابن لكان له ستة من الثمانية عشر، ومعه من الاثني عشر ثمانية، فيدفع إلى الموصى له سهمين، ولو أجازت البنت لكان لها ثلاثة من الثمانية عشر ومعها أربعة فتدفع سهماً، فيكمل للموصى له على تقدير إجازتها تسعة هي النصف، وعلى تقدير إجازته خاصة ثمانية، وعلى تقدير إجازتها خاصة سبعة. وقس عليه ما يرد عليك من نظائره.

قوله: «وإجازة الوارث يعتبر بعد الوفاة . . . الخ».

أكثر الأصحاب على أنّ إجازة الوارث مؤثرة متى وقعت بعد الوصية، سواء

كان ذلك في حياة الموصي أم بعد وفاته . وقال المفيد^(١) وابن إدريس^(٢) لا تصح الاجازة إلا بعد وفاته، لعدم استحقاق الوارث المال قبله فيلغو كردّه .

ويدلّ على المشهور صحيحة منصور بن حازم^(٣) وحسنة محمد بن مسلم^(٤)، عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجلٍ أوصى بوصيةٍ، وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردّوا ما أقرّوا به؟ قال: «ليس لهم ذلك، والوصية جائزة عليهم إذا أقرّوا بها في حياته». وغيرهما من الأخبار. ويؤيدّه عموم الأدلة الدالة على وجوب إمضاء الوصية^(٥) وكون الارث بعدها^(٦)، خرج منه ما إذا لم يجز الوارث مطلقاً فيبقى الباقي، ولأنّ المنع من نفوذ الزائد عن الثلث إنّما هو لحقّ الورثة، وهو متحقق في حال الحياة، فإذا أجازوا فقد أسقطوا حقّهم، ولأنّ المال الموصى به لا يخرج عن ملك الموصي والورثة، لأنّه إن برئى كان المال له وإن مات كان للورثة، فإن كان للموصي فقد أوصى به وإن كان للورثة فقد أجازوه .

وبهذا يظهر الجواب عن حجة المانع . والاعتماد على النصّ الصحيح، والباقي شاهد أو مؤيد . ولا فرق في ذلك بين كون الوصية والاجازة حال صحّة الموصي ومرضه المتصل بالموت وغيره، لاشتراك الجميع في مقتضى .

والفرق بين إجازة الوارث حال الحياة وردّه حيث لم يؤثر الثاني دون الأول: أنّ الوصية مستمرة ببقاء الموصي عليها، فيكون استدامتها كابتدائها بعد الردّ فلا يؤثر، بخلاف الردّ بعد الموت لانقطاعها حينئذٍ، وبخلاف الاجازة حال الحياة لأنّها حقّ

(١) المقنعة: ٦٧٠ .

(٢) السرائر ٣: ١٩٤ .

(٣ و ٤) الكافي ٧: ١٢ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٧ ح ٥١٣ و ٥١٢، التهذيب ٩: ١٩٣ ح ٧٧٦ و

٧٧٥، الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٥ و ٤٦٤، والوسائل ١٣: ٣٧١ ب «١٣» من أحكام

الوصايا ١ .

(٥) كالأية «١٨١» من سورة البقرة .

(٦) النساء: ١١ و ١٢ .

وإذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك إجازةً لفعل الموصي، وليس بابتداء هبة، فلا تفتقر صحتها إلى قبض.

الوارث وقد أسقطه، فلا جهة لاستمراره، ودوام الوصية يؤكدها. واعلم أن إذن الوارث للموصي في الوصية بما زاد على الثلث في معنى الاجازة، فإن قلنا إن الاجازة حال حياته تلزمهم فكذا مع إذنهم له في الوصية بالزائد، وإن قلنا لا تلزم فكذا مع الاذن. قوله: «وإذا وقعت بعد الوفاة كان ذلك إجازة لفعل الموصي، وليس بابتداء هبة، فلا تفتقر صحتها إلى قبض».

لا ريب في توقف ما زاد من الوصية عن الثلث على إجازة الورثة، فإن أجازوا في حال الحياة حيث نعتبه كان تنفيذاً لا ابتداء عطية بغير إشكال، لأن الوارث لم يملك حينئذ، فلا يأتي فيه الاحتمال.

وإن وقعت الاجازة بعد الوفاة ففي كونها تنفيذاً لما فعله الموصي أو ابتداء عطية من الوارث وجهان، من انتقال الحق إليهم بالموت وزوال ملك الموصي، وأن تصرف الموصي في الزائد على الثلث منهي عنه^(١)، والنهي يقتضي الفساد، لأن الزيادة حق الورثة فيلغو تصرف الموصي فيها وتكون العطية من الوارث. ومن أن الملك باقٍ على ملك المريض لم يخرج عنه بمرضه، فيصح تصرفه فيه لمصادفته الملك، وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال، فأشبهه بيع الشقص المشفوع وإرث الخيار حيث ترتب عليه إجازة البيع، فانه لا يكون ابتداء بيع بل تنفيذ لما فعل سابقاً. وأيضاً فإن الوارث ليس بملك، وثبوت حق الاجازة له لا يقتضي الملك، لأن الحق أعم منه، فتصرف الموصي في ملكه، وإجازة الوارث في معنى إسقاط حقه. ولأنه لو برئ من مرضه نفذت تصرفاته المنجزة مع كونها كانت متوقفة على إجازة الوارث كالوصية - على ما يأتي^(٢) - ولم تفتقر إلى الاستيناف، فدل على اعتبار ما وقع من الموصي لا على فساده.

(١) راجع الوسائل ١٣ : ٣٦٥ ب (١٠) و (١١) من أحكام الوصايا.

(٢) في ص: ٣٠٤.

وبهذا يرجح كونها تنفيذاً كما ذكره المصنف، وهو مذهب الأصحاب لا يتحقق فيه خلاف بينهم وإنما يذكر الأخير وجهاً أو احتمالاً وإنما هو قول للعامة^(١)، والمرجح عندهم ما اخترناه أيضاً. ويجاب عما ذكره في توجيه ذلك الوجه بالمنع من كون التلفظ بالوصية منياً عنه وكون النهي في مثل ذلك يقتضي الفساد، ولو سلم فإنما يقتضيه لو لم يجز الوارث. ومنع من كون الزيادة حقاً للورثة، بل هي ملك الموصي غايته أن يحقهم قد تعلق بها ومع الإجازة يسقط كإجازة المرتن تصرف الراهن.

إذا تقرر ذلك فيفتقر عليه أحكام كثيرة ذكر المصنف منها حكماً واحداً، وهو أنه على تقدير كونه تنفيذاً لفعل الموصي لا عطية لا تفتقر صحتها إلى قبض من الموصى له، ولو جعلناها عطية افتقرت إلى القبض كما تفتقر العطية المبتدأة.

ومنها: أنه لا يفتقر إلى تجديد هبة، بل يكفي: أجزت، وأنفذت، وأمضيت، وما أفاد هذا المعنى. وعلى العطية تفتقر إلى لفظ يدل عليها وإن لم يكن بلفظ الاجازة وما في معناها.

ومنها: أنه لا يفتقر إلى قبول الموصى له بعد الاجازة لو كان قد تقدم قبله للوصية قبلها. وعلى العطية يفتقر إلى القبول بعد الاجازة بغير فصل معتد به غيرها من العطايا.

ومنها: أنه ليس للمجيز الرجوع وإن لم يحصل القبض من الموصى له حيث لم يعتبر القبض في لزوم الوصية. ولو جعلناها عطية فله الرجوع فيها ما لم يحصل القبض المعتبر في العطية.

ومنها: ما لو أجاز الوصية وهو لا يعلم بالقدر الزائد على الثلث ولا بقدر التركة صحت الاجازة بناء على التنفيذ، وعلى العطية المبتدأة يشترط، مع احتمال عدمه بناء على جواز هبة المجهول. وفي التذكرة^(٢) قطع بعدم الاشتراط، ونسبه إلى علمائنا مؤذناً

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٤٥٧ بالملاحظة الى ص : ٤٤٩ .

(٢) التذكرة ٢ : ٤٨٢ .

ويجب العمل بما رسمه الموصي إذا لم يكن منافياً للمشروع .

بأفئاقهم عليه .

ومنها : لو أعتق مملوكاً لا مال له سواه ، أو أوصى بعقده وأجاز الورثة فالولاء للموصي ، لأنه المعتق على المختار ، فيكون لعصبته على القول بكون الوارث للولاء هو العصبه . وعلى الوجه الآخر يكون ثلث الولاء لعصبه الموصي وثلثاه لعصبه الوارث ، لأنهم باسروا الاعتاق . ويحتمل - تفرعاً على هذا الوجه - أن يكون الولاء للموصي أيضاً ، لأن إجازة الوارث على تقدير كونها ابتداء عطية كاعتاقه عن الميت بإذنه لا عن نفسه ، وذلك يقتضي ثبوت الولاء للإذن . وفرع^(١) بعضهم على الثاني أنه لا بد من الإتيان في إجازة العتق بلفظه ليطابق كونه ابتداء عتق .

ومنها : لو كان الوارث المجيز مريضاً لم يتوقف صحته إجازته على خروج الموصي به من الثلث على التنفيذ ، وعلى العطية يتوقف كالمبتدأة . والعلامة^(٢) جمع بين القول بالتنفيذ واعتبار إجازة المريض من الثلث ، وظاهرهما التنافي .

ومنها : لو كانت الوصية لأحد الوارثين ولا رحم بينهما ولا زوجية فأجاز له الوصية ، فإن جعلناها تنفيذاً فلا رجوع له ، وإن جعلناها ابتداء عطية فله الرجوع ، لأنها عندهم بمنزلة الهبة . ويتفرع أيضاً النماء والنفقة والفطرة وغير ذلك .

قوله : «يجب العمل بما رسمه الموصي إذا لم يكن منافياً للمشروع» .

هذا الحكم واضح ، لأمر الله تعالى بالعمل بمقتضى الوصية وترتيبه الاثم على تبديلها^(٣) . ولا ريب أن ذلك مقيد بما لا يخالف المشروع وإلا لم ينفذ ، ومن الرسم الذي لا يخالف المشروع تخصيص الاناث من الصنف الموصى لهم أو الذكور ، أو تفضيل أحد الصنفين على الآخر ، أو تخصيص العاجز أو الصالح أو العالم أو غير ذلك من الأوصاف المطلوبة للعقلاء المطابقة للشرع .

(١) المهذب ، راجع المجموع ١٥ : ٤١٠ .

(٢) القواعد ١ : ٢٩٦ و ٣٣٤ ، التحرير : ٢٩٤ و ٣٠٥ .

(٣) البقرة : ١٨١ .

ويعتبر الثلث وقت الوفاة، لا وقت الوصاية. فلو أوصى بشيء وكان موسراً في حال الوصية ثم افتقر عند الوفاة، لم يكن بإيساره اعتبار. وكذلك لو كان في حال الوصية فقيراً ثم أيسر وقت الوفاة، كان الاعتبار بحال إيساره.

ولو أوصى ثم قتله قاتل أو جرحه كانت وصيته ماضية من ثلث تركته وديته وأرش جراحته.

قوله: «ويعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصاية . . . الخ».

إنما اعتبر الثلث عند الوفاة لأنه وقت تعلق الوصية بالمال واستقرار الملك للوارث والموصى له، وهو يتم على إطلاقه مع كون الموصى به قدراً معيناً كعين أو مائة درهم مثلاً أو بجزء من التركة مع كونه حالة الموت أقل منه زمان الوصية أو مساوياً، لأن تبرعه بالحصة المخصوصة زائدة يقتضي رضاه بها ناقصةً بطريق أولى. أما لو انعكس أشكل اعتبار وقت الوفاة، للشك في قصد الزائد، وربما دلت القرائن على عدم إرادته على تقدير زيادته كثيراً حيث لا تكون الزيادة متوقعة له غالباً.

ووجه إطلاق المصنف وغيره اعتبار حالة الوفاة الشامل لذلك النظر إلى إطلاق اللفظ الشامل لذلك. وقد يتفق زيادة التركة بعد الوفاة ونقصانها بالدية على دم العمد وتلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فيشكل أيضاً إطلاق اعتبار حالة الموت، لإفضاء الأول إلى نقصان الوصية عما عينه الموصي، ونفوذها على الوارث في الزائد عن الثلث بغير اختياره في الثاني. وينبغي اعتبار الأقل إلى حين القبض في الثاني والأكثر في الأول.

قوله: «ولو أوصى ثم قتله قاتل . . . الخ».

بناءً على اعتبار المال حين الوفاة، وهذا مما حصل حال الوفاة مقترناً بها. وهو ظاهر في أرش الجراحة. وأما الدية فلم تستقر إلا بالوفاة فهي في الحقيقة متأخرة عنها وإن اقترنت بها، ومع ذلك لا ينافي ما اعتبره المصنف من وقت الوفاة، لأن الوقت في مثل هذا يعتبر فيه الأمر العرفي وهو ممتدّ يحتمل مثل هذا.

ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته أو ببعضها على أن الريح بينه وبين ورثته نصفان صحّ. وربما يشترط كونه قدر الثلث فأقل. والأول مروى.

ويظهر من قوله: «وديته» أنّ الحكم مخصوص بقتل الخطأ، لأنّه هو الموجب للدية على الاطلاق. وأما العمد فان قيل إنه يوجب أحد الأمرين: القصاص أو الدية فيدخل في العبارة، لأنّ الدية أحد الأمرين المترّبين على الوفاة المستندة إلى القتل، فكانت الدية مقارنةً للوفاة كالخطأ وإن كان لها بدل. وأما على القول المشهور من أنّ موجب العمد القصاص وإنّما تثبت الدية صلحاً والصلح لا يتقيّد بالدية بل يصحّ بزيادة عنها ونقصان، ففي دخوله في العبارة تكلف. وقد يندفع بأنه حيثنذ عوض القصاص الذي هو موروث عن المجنيّ عليه، وعوض الموروث موروث. وربما أشكل من وجه آخر، وهو أنّ الموروث إنّما هو القصاص وليس بهال، فلا يتعلّق به الحقّ الماليّ المترتب على مال الميت. ويندفع بأنّه يقبوله المعاوضة بالصلح على مال في قوّة الحقّ الماليّ وزيادة. وفي الدروس^(١) صرح بعدم اعتبار ما يتجدّد بعد الوفاة.

قوله: «ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركته . . . الخ».

ما اختاره المصنف من جواز الوصية بالمضاربة هو المشهور بين الأصحاب، ومستندهم عليه رواية خالد بن بكير الطويل قال: «دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بنيّ اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الريح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقدّمتمني أمّ ولد له بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت: إنّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقتصمت عليه ما أمرني به أبي، فقال ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه^(٢). فدخلت على أبي عبد الله - عليه السلام

(١) الدروس: ٢٤١.

(٢) في هامش «و» وفي مصادر الحديث بعد هذه الجملة: «ثمّ أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن».

- بعد ذلك فاقترعت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أما قول ابن أبي ليلى فما أستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان^(١). ورواية محمد ابن مسلم في الموثق عن أبي عبد الله - عليه السلام -: «أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الربح بينه وبينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي^(٢)». ومقتضى الرويتين كون الأولاد صغاراً، أما الأولى فبالصريح، وأما الثانية فيظهر منها ذلك من قوله: «أوصى بولده» فإن الوصية بغير الولد الصغير غير صحيحة، وإطلاق الوصية محمول على الصحيحة. والمصنف وأكثر الجماعة^(٣) أطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين.

وشمل إطلاقهم وإطلاق الرويتين ما إذا كان الربح بقدر أجرة المثل وما إذا كان زائداً عليها بقدر الثلث وأكثر، من حيث إنه - عليه السلام - ترك الاستفصال وهو دليل العموم عند جمع من الأصوليين.

ووجهه - مضافاً إلى النص - أن المقيد بالثلث هو تفويت بعض التركة وليس حاصلها هنا، لأن الربح مما يتجدد بفعل العامل وسعيه، وليس ما يتجدد منه كالتجدد من حمل الدابة والشجرة ونحوهما حيث كان معتبراً من الثلث، لظهور الفرق بأن ذلك نماء الملك وجوده متوقع، بخلاف الربح فإنه أثر سعي العامل، مع أنه إنما يحدث على ملك العامل والوراث، فما يملكه العامل ليس للوراث ولا للموصي فيه حق.

(١) الكافي ٧: ٦١، ١٦٦، الفقيه ٤: ١٦٩ ح ٥٩١، التهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩١٩، والوسائل ١٣:

٤٧٨ ب ٩٢ من كتاب الوصايا ح ٢.

(٢) الكافي ٧: ٦٢ ح ١٩٩، الفقيه ٤: ١٦٩ ح ٥٩٠، التهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩٢١، والوسائل

الباب المتقدم ح ١.

(٣) كالشيخ في النهاية: ٦٠٨، والعلامة في المختلف: ٥١١ وغيره.

ولا يقدر في ذلك شراؤه^(١) بهال الوارث، فيكون محسوبةً منه فيكون نهاؤها تابعاً، لأنها إنما تدخل في ملك الوارث على تقدير صحة المضاربة وإلا لم يكن الشراء نافذاً، ومتى صحّت المضاربة كانت الحصّة من الربح ملكاً للعامل، فلولا صحّة المضاربة لأدى فسادها إلى عدم الفساد، لأنه على تقدير الفساد إنما يكون لتفويت ما زاد على الثلث من التركة تبرّعاً، وذلك إنما يكون على تقدير زيادة الحصّة عن أجرة المثل بزيادة عن الثلث وكونه من نهاء التركة، وإنّما يكون كذلك مع صحّة المضاربة ليكون الشراء نافذاً، فلو فسدت المضاربة لم ينفذ الشراء، فلم يتحقّق الربح فانتفى التصرف في الزائد عن الثلث فانتفى المقتضي للفساد فوجب الحكم بالصحة، فقد أدى فرض الفساد إلى عدمه. هذا أقصى ما يوجه به القول بالصحة.

وفيه نظر: أما من جهة الأخبار ففي سند الأولى جهالة من جهة خالد، وفي طريق الثانية عليّ بن فضال وأبو الحسن^(٢)، وهما وإن كانا تقتين لكنّها فاسدا العقيدة، والعمل بالموثّق خروج عن قيد الايمان، وجبر الضعف بالشهرة ضعيف مجبور بالشهرة.

وأما من جهة الاعتبار فإنّ المضاربة - وإن لم تقتض تفويت شيء من التركة على تقدير تسليمه - مشتملة على وضع اليد على مال الغير بغير إذنه خصوصاً إذا كان مكلفاً، وتعريضه بالضرب في الارض إلى التلف المؤدّي إلى عدم الضمان مع عدم التفريط، مضافاً إلى ما لو وقعت بحصّة قليلة للمالك في مدّة طويلة كخمسين سنة، وذلك في حكم منع الوارث من التركة أصلاً، وهو باطل.

وأما القول بأنّ النهاء إنما يملكه العامل على تقدير صحّة المعاملة، وحينئذٍ فلا

(١) كذا في الحجريتين. وفي النسخ الخطية: مشتراه.

(٢) كذا في النسخ وليس في السند من يكتفى بأبي الحسن ويتهم بفساد العقيدة ولعل الصحيح (أبوه الحسن) والمراد به الحسن بن علي بن فضال ولم يرد ذكره في السند أيضاً فلعله اشتبه عليه بالحسن ابن علي بن يوسف الوارد في السند. والله العالم.

تفويت في مال الوارث، وإن لم يصحّ لا يصحّ البيع، ففيه إمكان جبره بإجازة المالك الشراء لنفسه، فيكون جميع الربح له، فيحصل التفويت على تقدير صحة البيع وحصول الربح. ومن ثمّ ذهب ابن إدريس^(١) إلى أنّ الصّحة مشروطة بكون المال قدر الثلث فما دون، أطراحاً للأخبار ورداً الى الأصول المعلومة في هذا الباب، وبعض المتأخرين^(٢) إلى أن المحاباة في الحصّة من الربح بالنسبة إلى أجرة المثل محسوبة من الثلث أيضاً. ولكلٍ منها وجه.

والذي نختاره في هذه المسألة: أنّ الوارث إن كان مولىً عليه من الموصي كالولد الصغير فالوصية بالمضاربة بهاله صحيحة مطلقاً، لأنّ التكبّب بهاله غير واجبٍ على الوصي، والحاصل من الربح زيادة فائدة، والتعرّض للتلف غير قادح، لأنّ الواجب على العامل مراعاة الأمن والحفظ وما فيه مصلحة المال، والعمل به على هذا الوجه مما يبرّجه العقلاء. ولا يلزم مراعاة المدة التي شرطها الموصي، بل يصحّ ما دام الوارث مولىً عليه فإذا كمل كان له فسخ المضاربة، لأنّها عقد مبنيّ على الجواز. وتحديد الموصي لها بمدة لا يرفع حكمها الثابت بالأصل، وإنما يفيد التحديد بالمدة المنع من التصرف فيما زاد عليها لا الالتزام بها فيها. ولا يلزم من ذلك تبديل الوصية وتغييرها المنهيّ عنه، لأنّ تبديلها هو العمل بخلاف مقتضاها، وهنا ليس كذلك، لأنّه لما أوصى بعقدٍ جائز فقد عرّض العامل لفسخ العقد في كلّ وقتٍ يمكن عملاً بمقتضاه، فلا يكون الفسخ تبديلاً للوصية بل عملاً بمقتضاها. ولا فرق حينئذٍ بين زيادة الحصّة المجعولة للعامل عن أجرة المثل وعدمها، ولا بين كون المال بقدر الثلث وأزيد، ولا بين كون الربح بقدر الثلث كذلك وأزيد، لما ذكرناه.

وإن كان الوارث مكلفاً غير مولىً عليه فالوصية كذلك جائزة أيضاً، لكن لا يلزم الوارث الوفاء بها، بل له فسخها عاجلاً وفي كلّ وقتٍ كما قرّره في الصغير إذا

(١) السرائر ٣: ١٩٢.

(٢) راجع التفريح الرائع ٢: ٤٠٣.

ولو أوصى بواجب وغيره، فإن وسع الثلث عمل بالجميع. وإن قصر ولم تجز الورثة، بدى بالواجب من الأصل، وكان الباقي من الثلث، ويبدأ بالأول فالأول. ولو كان الكلّ غير واجب، بدئى بالأول فالأول، حتى يستوفي الثلث.

كمل، لعين ما ذكرناه. وفائدة الصّحة أنّ الوارث إذا لم يفسخ وعمل الموصى له في المال استحقّق الحصّة المعيّنة له عملاً بمقتضى الوصيّة، وليس في هذا المقدار مخالفة للأصول الشرعيّة ولا للروايات، إذ ليس فيه تفويت على الوارث بوجه، ولا منع عن التصرف في ماله حتى يتوقّف على رضاه.

ويندفع بما قرّرناه ما أورده المانع من لزوم الاضرار بالوارث على تقدير زيادة المدّة وقلة الربح، لأنّ ذلك مستند إليه حيث لم يفسخ مع قدرته عليه، والضرر على تقديره مستند إليه، وزمان الصغر لا ضرر في مدته لقصرها غالباً وعدم التفويت. ولو عملنا بالروايتين قصّرنا الحكم على كون الورثة مولىّ عليهم كما وقع فيهما، ومع ذلك يخفّ الاشكال. ولعلّه أولى^(١).

قوله: «ولو أوصى بواجب وغيره . . . إلخ».

إنّما يخرج الواجب من أصل المال إذا كان واجباً مالياً حتى يكون متعلّقاً بالمال حال الحياة، سواء كان مالياً محضاً كالزكاة والخمس والكفّارات ونذر المال أم مالياً مشوباً بالبدن كالخجّ، فإنّ جانب الماليّة فيه مغلب من حيث تعلّقه به في الجملة. أمّا لو كان الواجب بدنياً محضاً كالصلاة والصوم فإنّه يخرج من الثلث مطلقاً، لأنّه لا يجب إخراجه عن الميّت إلّا إذا أوصى به، فيكون حكمه حكم التبرّعات الخارجة من الثلث مع الوصيّة بها وإلّا فلا. والأقوى وجوب الوصيّة به على المريض كغيره من الواجبات إن لم يكن له وليّ يقضيه عنه.

وربما قيل بعدم وجوب الوصيّة به، لأنّ الواجب فعله بنفسه أو بوليّه، لانتفاء الدليل على ما سوى ذلك.

(١) في «و» نسخة بدل: أقوى.

وفيه : أن علمه بوجوبه واستحقاقه العقاب على ترك الواجب اختياراً مع قدرته على براءة الذمة منه يوجب وجوب الوصية ليتخلص من العقاب بتركه، فإن دفع الضرر عن النفس واجب .

نعم، لو كان فوات الواجب لا بتفريطه - كالعفلة عن الصلاة مع عدم القدرة على القضاء حال الوصية - احتمال حينئذ عدم وجوب الوصية، إذ لا عقاب على ذلك التفويت، ولا دليل على وجوب الوصية بالقضاء .

ويمكن الاستدلال على الوجوب مطلقاً بقول أبي عبد الله - عليه السلام - في صحيحة محمد بن مسلم وغيره : «الوصية حق على كل مسلم»^(١) . والحق وإن كان أعم من الواجب إلا أن «على» ظاهرة في الوجوب، ولا ينافيه عدم وجوب الوصية لمن لا حق عليه، لأن ذلك خرج عن العموم بدليل خارج، فيبقى العام حجة في الباقي . ويمكن استعمال «على» في حقيقته ومجازه على سبيل التجوز حيث تعدر حملها على الحقيقة في جميع أفراد الوصية .

إذا تقرر ذلك : فإذا اجتمع حقوق واجبة مالية وبدنية ومتبرع بها بدئاً بالمالية من الأصل، ثم نظر إلى ثلث الباقي وأخرج منه الباقي مبتدئاً بالواجب الأول فالأول، ثم بغيره على الترتيب إن لم يجز الوارث الجميع . ولو أجاز البعض بدئاً به من الأصل كالواجب المالي، لكن لو ضاق المال عنها بدئاً بالواجب .

ولو حصر الموصي الجميع في الثلث بدئاً بالواجب المالي، فإن فضل منه شيء أخرج من باقي المال وإن خرج عن مقتضى الوصية، لوجوب إخراج هذا النوع من الواجب وإن لم يوص به . وإن فضل من الثلث عنه شيء أخرج الواجب البدني بعده، وهكذا على الترتيب إلى أن يستوفي الثلث، ويبطل الباقي حيث لا إجازة . ولو كان الجميع غير واجب بدئاً بالأول في الذكر فالأول حتى يستوفي الثلث .

(١) التهذيب ٩ : ١٧٢ ح ٧٠١، الوسائل ١٣ : ٣٥٢ ب ١٠ من كتاب الوصايا ح ٣ عن أحدهما عليها السلام .

ولو كان مع الوصية منجز حال المرض يخرج من الثلث قدم من الثلث على الوصية مطلقاً.

هذا إذا أتى بالوصية مترتبة إما بأداة الترتيب ك «ثم» والفاء، أو في الذكر فقط بالعطف بالواو أو بدونه، أو صرح بترتيب بعضها على بعض ولو بالبداءة بما ذكره أخيراً، بأن عدّد جملة ثم قال: ابدأ بكذا ثم بكذا إلى آخره. ولو جمع بأن ذكر أشياء ثم أوصى بمجموعها، أو قال: أعطوا فلاناً [مائة^(١)] وفلاناً مائة، أو قال بعد الترتيب: لا تقدّموا بعضها على بعض، ونقص الثلث عنها دخل النقص على الجميع بالنسبة فيقسّم عليها على جهة العول.

وإنما بدئى بالأول فالأول ذكراً وإن لم يدخل عليه أداة الترتيب لأن الوصية الصادرة أولاً نافذة، لصدورها من أهلها في محلّها، بخلاف الصادر بعد استيفاء الثلث، ولا سبيل إلى التوزيع مع الضيق هنا لاستلزامه تبديل الوصية النافذة. ولا يرد مثله على الأخير لو نصّ آخرًا على تقديمه، لأن نصّه حينئذٍ في قوة تقديمه لفظاً حيث إن المعبر تلفظه وقصده، فلو قدم غيره أو شركّ لازم تبديل الوصية المنهية عنه^(٢)، وكذا لو نصّ على التشريك.

ولا يقال أيضاً: إن الحكم إنّما يتحقّق عند تمام الكلام والمعطوف من جملته، لأنّ الوصايا المتعدّدة على الوجه السابق يتمّ الكلام مع كلّ واحدة، كقوله: أعطوا فلاناً كذا أعطوا فلاناً كذا، فاذا صادفت الأولى محلّ النفوذ نفذت ولم يجر تغييرها بطرؤ أخرى عليها، كما لو باع شيئاً لزيد ثم باعه لعمرو، وإنما يكون جملة واحدة حيث لا تتم الفائدة بدونه، كقوله: أعطوا فلاناً وفلاناً كذا.

ويشهد^(٣) لمراعاة الترتيب - مضافاً إلى ما ذكرناه - رواية حمران عن أبي جعفر

(١) من «و» فقط.

(٢) البقرة: ١٨١.

(٣) في هامش «و»: «إنما جعل الرواية شاهداً مع أنّها نصّ في الباب لأنّ في طريقها أبا جميلة المفضل ابن صالح وهو ضعيف، وحمران لم ينصّ الأصحاب على تعديله لكنه مشكور. منه رحمه الله».

ولو أوصى لشخص بثلث، ولآخر بربع، ولآخر بسدس، ولم تجز الورثة أعطي الأول، وبطلت الوصية لمن عداه.

عليه السلام: «عن رجل أوصى عند موته: أعتقوا فلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المالك الذين أمرهم بعقوبتهم، قال: يقومون وينظر إلى ثلثه فيعتق منهم أول من سبّاهم ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، وإن عجز الثلث كان ذلك في الذين سبّاهم أخيراً، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، ولا يجوز له ذلك»^(١).

واعلم أنه لا فرق في هذا الحكم بين العتق وغيره من التبرعات، خلافاً للشيخ^(٢) وابن الجنيد^(٣) حيث قدّموا العتق وإن تأخر. ولا بين أن يقع المرتب متصلاً في وقت واحد عرفي أو في زمانين متباعدين كغدوة وعشية، خلافاً لابن^(٤) حمزة حيث فرّق بينهما، فحكم في الأول كما ذكره الجماعة، وجعل الثاني رجوعاً عن الأول إلا أن يسعها الثلث فينفذان معاً. وهو شاذّ ضعيف المآخذ.

قوله: «ولو أوصى لشخص بثلث . . . الخ».

إنما صحّت وصية الأول خاصّة لاستيفائها الثلث النافذ بدون الاجازة، مع رعاية ما تقدّم من وجوب تقديم الأول فالأول مع تجاوز الثلث. ولا يتوهم هنا أن الوصية المتأخّرة تقتضي الرجوع عما قبلها، لأن الرجوع لا يثبت بمجرد الاحتمال، بل لابدّ من لفظ يدلّ عليه، وبمجرد الوصية بما زاد على الثلث ثانياً وثالثاً أعمّ من الرجوع عن الأول وعدمه، فلا تدلّ عليه.

ولا فرق بين أن يوصي بهذه الأجزاء المذكورة وبما شاكلها، كالوصية لواحد بنصف ولآخر بخمس وثلث بربع، أو للأول بجميع المال ولآخر بثلث وثلث

(١) الكافي ٧: ١٩ ح ١٥، الفقيه ٤: ١٥٧ ح ٥٤٥، التهذيب ٩: ٢٢١ ح ٨٦٧، والوسائل ١٣:

٤٥٧ ب «٦٦» من كتاب الوصايا ح ١.

(٢) المبسوط ٤: ٤٨.

(٣) راجع المختلف: ٥١٧.

(٤) الوسيلة: ٢٧٥ - ٢٧٦.

ولو أوصى بثلثه لواحد، وبثلثه لآخر، كان ذلك رجوعاً عن الأول إلى الثاني.

بنصف، وغير ذلك من الفروض، لعدم وجود ما يدل على الرجوع في الجميع، فيعتبر الترتيب بالأول فالأول عملاً بالقاعدة المستمرة عند عدم وجود ما يدل على خلافها، وسيأتي له مزيد تحقيق في المسألة الآتية.

قوله: «ولو أوصى بثلثه لواحد . . . الخ».

الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها الموجب لاختلاف الحكم: أن الثلث المضاف إلى الموصي هو القدر النافذ فيه وصيته شرعاً، فإذا أوصى به ثانياً فقد رجع عن الوصية الأولى، لأنه ليس له ثلثان مضافان إليه على هذا الوجه، فيكون بمنزلة ما لو أوصى بمعينٍ لواحد ثم أوصى به لآخر، بخلاف قوله: لفلان ثلث، من غير إضافة إلى نفسه، فإنه متعلق بجمله المال من غير أن ينسب إلى الثلث النافذ فيه الوصية. فإذا أوصى بعده بربع لا يتبادر إلى الفهم منه أنه بعض ذلك الثلث السابق، بل الربع الذي هو خارج عن الثلث المتعلق بأصل المال، وكذلك السدس، فتكون وصايا متعدّدة لاتّصافاً بينها، فيبدأ بالأول منها فالأول إلى أن يستوفي الثلث عند عدم الاجازة. وفي معنى قوله: ثلثي، قوله: الثلث الذي تمضي فيه وصيتي، أو الثلث المتعلق بي ونحو ذلك.

والحاصل: أن المرجع إلى شيء واحد، وهو أن الأصل في كلّ وصية أن تحمل على الصحيحة، سواء كانت نافذة من الأصل أم متوقّفة على إجازة الورثة، لأنّ كلّاً منهما صحيح، والتوقّف على إجازة الورثة لا ينافيه، بل هو كالخيار الثابت للبايع، فإنه لا ينافي ملك المشتري، خصوصاً على المختار من كون الاجازة تنفيذاً لا ابتداء عطية، ومن ثمّ لو بدأ فيما كان منجزاً صحّ الجميع مع توقّف الزائد منه على الاجازة كالوصية، فمجرد التوقّف على الاجازة لا ينافي الصحة.

وإذا عرفت أنّ كلّ وصية من هذه الوصايا صحيحة فلا يزول هذا الحكم إلا بلفظ يدل على الرجوع عمّا سبق وحكم بصحته، وهو في المسألة السابقة وكلّ ما في معناها منتفٍ، وفي قوله: ثلثي ونحوه موجود بالقرينة القويّة. ولو أبدله بقوله: لفلان

ثلث ولفلان ثلث فكالأول، لعدم القرينة الدالة على الرجوع فضلاً عن الصريح، ومجرد الشك في الرجوع كافٍ في عدمه، فيحكم بصحة الجميع، ويعمل في الزائد عن الثلث بمقتضى القاعدة المستقرّة من البداية بالأول فالأول.

ومتى وجدت الدلالة على الرجوع عمل بها، وكان الثاني ناسخاً للسابق. وعلى هذا فلو قال: لزيد ثلث، ثم قال: أعطوا عمراً ثلثي، كان ناسخاً للأول، لما ذكرناه. ولو عكس فقال: أعطوا زيداً ثلثي، ثم قال: أعطوا عمراً ثلثاً، لم يكن الثاني ناسخاً للأول، لعين ما ذكرناه من القرينة الدالة على الرجوع وعدمه. ولو فرض في بعض الأوقات أو الأفراد تخلفها فيما حكمنا بوجودها فيه أو وجودها فيما حكمنا بتخلفها فيه عمل بمقتضاها نفيًا وإثباتًا، إلا أنه عند التجرد عن العوارض فظهورها فيما ذكرناه وانتفاؤها عن غيره ظاهر.

ولو عبر بـ «ثلث مالي» عوضاً عن «ثلثي» ففي إلحاقه به أو بالمطلق وجهان، يظهر وجههما مما حققناه. والأقوى عدم التضاد هنا أيضاً، للشك في إرادة الرجوع بذلك مع كون اللفظ أعمّ، فإن ثلث ماله أمر آخر غير الثلث المنسوب إليه في باب الوصية التي دلّت القرائن على إرادته مع الاضافة إليه، ولم يظهر ذلك مع الاضافة إلى ماله، وقد حققنا أنّ مجرد الشك كافٍ في عدم الحكم بالرجوع، وهو هنا موجود. ولو فرض وجود قرينة خارجة عن اللفظ أفادت الرجوع عمل بها هنا أيضاً كما قررناه، إلا أنّ ذلك أمر خارج عن اللفظ. هذا خلاصة ما ينبغي تحقيقه في هذه المسائل.

واعلم: أنّ كلام الأصحاب قد اختلف فيها اختلافاً كثيراً، وكذلك الفتوى حتى من الرجل الواحد في الكتب المتعدّدة بل الكتاب الواحد، فالعلامة في القواعد^(١) وافق المصنف على ما ذكره في المسألتين، لكنّه استشكل بعد ذلك في المسألة الثانية.

وفي التحرير^(١) نسب الحكم في الثانية كذلك إلى علمائنا وجعل فيه نظراً، ووجه الاشكال والنظر مما ذكرناه، ومن أن كل واحدة منها وصية يجب تنفيذها بحسب الإمكان ولا يجوز تبديلها مع عدم الزيادة، ومجرد إضافة الثلث إليه لا يقتضي الرجوع، لأن جميع ماله ما دام حياً له فيصح إضافته إليه، وإنما يخرج عن ملكه بعد الموت. ونحن نقول بموجبه إلا أننا ندعي وجود القرينة في هذه الإضافة على الرجوع، ومن ثم لما أبدلها بالاضافة إلى ماله فضلاً عن جعل الثلث مطلقاً شككنا في إرادة الرجوع فلم نحكم به وقدمنا الأول.

وفي المختلف^(٢) اعتمد على اعتبار القرينة وعدمها كما حققناه، وحزم بعدم وجودها في «ثلث مالي» ولم يتعرض للثلث المضاف إلى الموصي، بل اعتمد على القرينة ومع الشك فيها على عدم الحكم بالرجوع. وهذا هو الحق في المسألة.

والمحقق الشيخ علي - رحمه الله - في شرحه^(٣) اعتمد في المسألة على أصل آخر غير ما ذكرناه ورتب عليه الحكم، وهو أن الأصل في الوصية أن تكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضي النفوذ بحسب الامكان، وإنما تكون الثانية نافذة إذا كان متعلقها هو الثلث الذي يجوز للمريض الوصية به، فيجب حملها عليه، كما يجب حمل إطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه حملاً للبيع على معناه الحقيقي. وحينئذ فيتحقق التضاد في مثل ما لو قال: أوصيت بثلث لزيد وبثلث لعمرو، فيكون الثاني ناسخاً للأول فيقدم، وأولى منه ما لو قال: ثلث مالي. ثم فرغ عليه: أنه لو أوصى لزيد بثلث و لعمرو بربع ولخالد بسدس وانتفت القرائن أن يكون الوصية الأخيرة رافعة للأولى، مع اعترافه بأنه مخالف لما صرح به جميع الأصحاب.

والحامل له على ذلك ما فهمه من أن إطلاق الوصية محمول على النافذة، وأنت

(١) التحرير ١: ٢٩٥.

(٢) المختلف: ٥٠٤.

(٣) جامع المقاصد ١٠: ٢٢.

قد عرفت مما حقّقناه سابقاً أنّ الإطّلاق في الوصية وغيرها من العقود إنّها يحمل على الصحيح ، أمّا النافذ بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعاً ، ألا ترى أنّ الوصية بجميع المال توصف بالصحة ووقوف ما زاد على الثلث على الاجازة ، ولا يقول أحد : إنّها ليست صحيحةً ، ولذلك لو باع بخيار حكم بصحة البيع وإن لم يكن نافذاً بمعنى أنّه لا يستحقّ أحد فسخه .

وما مثل به من بيع الشريك النصف وأنّه محمول على استحقاقه لا يؤثّر هنا ، للفرق بينه وبين المتنازع ، لأنّ جميع التركة مستحقّة للموصي حال حياته إجماعاً فقد أوصى بما يستحقّه ، ومن ثمّ حكموا بصحة وصيته بما زاد على الثلث وصحة هبته له وإن توقّف على إجازة الورثة ، لأنّ ذلك لهم كالخيار للبائع بالنسبة إلى ملك المشتري بل أضعف ، للخلاف في أنّ الملك هل ينتقل إليه في زمن الخيار أم لا والاتّفاق على أنّ التركة مملوكة للموصي ما دام حيّاً ، ومن ثمّ لزمت الهبة لو برئ من مرضه ، وكانت الاجازة تنفيذاً للوصية لا عطية متجدّدة على مختار أصحابنا ، وقد ادّعى الشيخ في المبسوط^(١) عليه الاجماع ، وإنّما الخلاف في التنفيذ والعطية للعامّة^(٢) ، وأصحابنا يجعلون العطية احتمالاً مرجوحاً لا قولاً .

وإذا تقرّر أنّ الاطلاق محمول على الوصية الصحيحة ، وكلّ وصية من المذكورات صحيحة ، سواء كانت نافذة أم لا ، لم تدلّ الوصية المتأخّرة عن الوصية بالثلث على أنّها ناسخة للسابقة ورجوع عنها ، بل على إرادة الموصي إعطاء كلّ واحد ما أوصى له به وإن توقّف ذلك على إجازة الورثة ، فإنّ ذلك أمر آخر غير الوصية المعتبرة شرعاً .

وقد ظهر بذلك أنّه لا تضادّ بين قوله : أوصيت لزيد بثلث ولعمرو بثلث ، ولا بين قوله : لزيد بثلث ولعمرو بربع بطريق أولى . وإنّما يقع التضادّ صريحاً إذا قال بعد

(١) المبسوط ٤ : ١٠ - ٩ .

(٢) راجع المهذب ، ضمن المجموع ١٥ : ٤١٠ ، الوجيز ١ : ٢٧٠ ، جواهر العقود ١ : ٤٤٧ .

الوصية لزيد بثلاث: أوصيت لعمرو بالثلث الذي أوصيت به لزيد، أو بثلاثي، أو بالثلث الذي جعله الله تعالى غير متوقف على إجازة ونحو ذلك، وفي مثل قوله: بثلاثي لزيد ثم بثلاثي لعمرو، بالقرينة لا بالتصريح كما حققناه.

وأما الشيخ - رحمه الله - فقد اتفق له في هذه المسألة غراب، ففي الخلاف قال: «إذا أوصى بثلاث ماله لانسان ثم أوصى بثلاث ماله لغيره، ولم تجز الورثة كانت الوصية الثانية رافعة للأولى وناسخة لها»^(١). ثم استدلل عليه باجماع الفرقة والأخبار، وبأنه لو قال: العبد الذي كنت أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان، فإنه يكون رجوعاً عن الأولى فكذا إذا أطلق، وأدعى عدم الفرق بين المقيّد والمطلق.

ثم قال في الخلاف أيضاً: «لو أوصى له بماله ولاخر بثلثه وأجازوا بطل الأخير، ولو بدأ بالثلث وأجازوا أعطي الأول الثلث والأخير الثلثين»^(٢).

وهذا ظاهر المنافاة للسابق الذي ادعى عليه الاجماع، لأن الثلث في المسألة الثانية مضاف إليه، فهو أقوى في إرادة ثلثه الخاص به من ثلث ماله في السابق الذي جعله رجوعاً. وكون السابق في الثانية جميع ماله لا يؤثر في دفع المنافاة، لأن جميع ماله متضمن للثلث الذي أوصى به ثانياً. وما احتج به من الأخبار لم نقف عليه أصلاً إلا من حيث عموم ما دل منها على جواز الرجوع عن الوصية^(٣)، وذلك لا يفيد، لمنع تناوله للمتنازع فيه. وأما استدلاله بالرجوع عن الوصية بالمعين من شخص إلى غيره، ودعواه عدم الفرق بين المعين والمطلق فيغني^(٤) عن الجواب.

وفي المبسوط ذكر ما حكيناه عن الخلاف في المسألتين أيضاً ثم ذكر مسألة ثالثة، فقال: «رجل أوصى بثلاث ماله لأجنبي وبثلث ماله للوارث، قد بينا مذهبنا فيه، وهو

(١) (٢) الخلاف ٤: ١٥٤ مسألة (٢٨)، و ١٤٢ مسألة (١١).

(٣) راجع الوسائل ١٣: ٣٨٥ ب ١٨ من كتاب الوصايا.

(٤) كذا في «و». وفي غيرها: يغني. ولعل الصحيح: فغني.

ولو اشتبه الأول استخرج بالقرعة .

ولو أوصى بعق ممالিকে دخل في ذلك من يملكه منفرداً، ومن يملك بعضه، وأعتق نصيبه حسب . وقيل : يقوم عليه حصّة شريكه إن

أن يمضي الأول منهما فان اشتبه استعمل القرعة^(١) فجزم في هذه بتقديم الأولى وجعله مذهب الأصحاب . وقال بعد ذلك : « إذا أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيتان بثلثي ماله، وكذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل ثم أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه، فهما وصيتان ويكون الثاني رجوعاً عن الأول^(٢) . وهذا ظاهر التنافي بين الحكّمين، وإنما افترقا بكون أحد الموصى له في الأولى وارثاً والآخر أجنبياً، ولا فرق بذلك عندنا، وإنما قصد به الردّ على المخالفين الفارقين بين الوصية للوارث والأجنبي^(٣)، كما ذكره قبل ذلك بغير فصل .

فتأمل كيف ادّعى في الخلاف الاجماع على نسخ الثانية الأولى، وفي المبسوط نسب تقديم الأولى إلى مذهبنا المشعر أيضاً بالاجماع كما يظهر من عادته أن يكون ذلك في مقابلة مذهب المخالفين، ومع ذلك يذكر الحكم مختلفاً في كلّ واحد من الكتابين مع اتحاد مثال المسألة . والله الموفق .

قوله : «ولو اشتبه الأول استخرج بالقرعة» .

أي اشتبه السابق من الموصى لهما بالثلث، فإنه يستخرج بالقرعة ليحكم بالوصية للمتأخر على ما اختاره، أوله على القول الآخر، إذ لا فرق بين الحكّمين في اعتباره بالقرعة . وصفتها : أن يكتب في رقعة اسم أحدهما وأنه السابق، ثم يكتب في أخرى اسم الآخر وأنه السابق، ويجمعان ويخفيان ثم يخرج إحداهما، فمن خرج اسمه كان هو السابق . ولو كتب في كلّ رقعة أن صاحبها المتأخر صحّ أيضاً . وقس على ذلك ما لو تعدّد الموصى له .

قوله : «ولو أوصى بعق ممالিকে دخل في ذلك . . الخ» .

(١) المبسوط ٤ : ١١ و ٤٣ .

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٦ : ٤٤٩ و ٤٥٧، وجواهر العقود ١ : ٤٤٣ .

احتمل ثلثه لذلك، وإلا أعتق منهم ما يَحتمله الثلث، وبه رواية فيها ضعف.

أما دخول المملوك جميعه فواضح، وأما المبعّض فلصدق المملوكية له على ذلك البعض، ومما ليكه الموصى بعقتهم جمع مضاف فيفيد العموم في كل ما تناوله اللفظ. وأما عدم تقويم حصّة الشريك عليه وإن وفي ثلثه بقيمتها فلزوال ملكه عن ماله بالموت إلا ما استثناه، وحصّة الشريك ليست منه، والعتق إنّها حصل بعد الموت فصادف عدم المال الموجب لعدم السراية.

والقول بالتقويم للشيخ في النهاية^(١)، ونصره في المختلف^(٢)، لرواية أحمد بن زياد، عن أبي الحسن عليه السلام قال: «سألته عن الرجل تحضره الوفاة وله ممالك خاصة نفسه، وله ممالك في شركة رجل آخر، فيوصي في وصيته: ممالك أحرار، ما حال ممالكه الذين في الشركة؟ فكتب: يقومون عليه إن كان ماله يحتمل فهم أحرار». ^(٣) ولأنّ الموصي أوجد سبب السراية في العتق، لاستناد العتق في الحقيقة إليه ولهذا كان له ولاؤه فيوجد مسببه.

وفيه: أنه إن أراد مطلق السبب أعم من التام لم يفده المطلوب، وإن أراد به التام منعه هنا، لأنّ السبب التام للسراية العتق مع اليسار، واليسار هنا منتفٍ، لأنّه لا يملك بعد الموت. أو نقول: إنّ سبب السراية إنّها هو العتق لا الوصية به، والعتق إنّها وقع بعد الوفاة، فمسببه يجب أن يقع بعدها كذلك مع اجتماع شرائطه التي من جملتها اليسار، وهو منتفٍ عنه بعد الوفاة لما ذكرناه.

فإن قيل: كما أنّ العتق سبب قريب في السراية كذلك الوصية سبب فيها، لأنّها سبب العتق وقد حصلت حالة اليسار لأنّه المفروض، والعتق سبب في السراية. قلنا: مجرد وجود السبب لا يقتضي وجود المسبب إلا إذا اجتمعت شرائطه،

(١) النهاية: ٦١٦ - ٦١٧.

(٢) المختلف: ٥٠٩.

(٣) الكافي ٧: ٢٠ ح ١٧، الفقيه ٤: ١٥٨ ح ٥٤٩، التهذيب ٩: ٢٢٢ ح ٨٧٢، والوسائل ١٣:

٤٦٣ ب «٧٤» من كتاب الوصايا ٢.

ولو أوصى بشيء واحد لاثنين وهو يزيد عن الثلث ولم تجز الورثة، كان لهما ما يحتمله الثلث .

ولو جعل لكل واحد منها شيئاً بدئاً بعطية الأول، وكان النقص على الثاني منها .

وإلا فيمكن تخلف المسبب عن سببه لفقد شرط، وهو هنا كذلك، لأن شرط العتق وفات الموصي، لأنه جعله وصيةً، والوصية إنما تقع بعد الوفاة، فإذا تخلف المسبب وهو العتق عن سببه إلى ما بعد الوفاة لزم منه تخلف مسببه وهو السراية كذلك، وتم المطلوب حيث لم يصادف المال . وأما الرواية فلا تصلح لتأسيس الحكم بذاتها، لضعف سندها بأحمد بن زياد المذكور، فإنه واقفي غير ثقة .

قوله: «ولو أوصى بشيء واحد لاثنين . . الخ» .

المراد بوصيته بالواحد للاثنين في الأول جعلها بلفظ واحد بحيث لا يحصل الترتيب بين الوصيتين وإن كان اللفظ أعم من ذلك بقريته الحكم، بأن قال: أعطوا فلاناً وفلاناً مائة درهم أو الدار الفلانية، فإنها تكون وصية واحدة، فإن لم يحتملها الثلث جاء النقص عليهما معاً بالنسبة .

والمراد بجعله لكلٍ منها شيئاً وصيته لهما متعاقبة، بأن يقول: أعطوا زيداً خمسين وأعطوا عمراً خمسين، أو أعطوا زيداً نصف الدار وعمراً نصفها، بقريته الحكم وإن كان اللفظ أيضاً أعم منه، لتناوله الصورة الأولى كالعكس، فإنه لو قال: أوصيت لزيد وعمرو بالدار الفلانية لكلٍ واحدٍ نصفها، فقد صدق أنه جعل لكلٍ واحدٍ منها شيئاً، وحكمه كأول .

ولو قال: أوصيت لهما بالدار، لزيدٍ منها البيت الفلاني ولعمرو الباقي، فالظاهر أنها وصية واحدة وإن كان آخرها مفصلاً متعاقباً، لأنه وقع بياناً لما أجمله أولاً، وقد أوقعه لهما دفعة . ومثله ما لو قال: أوصيت لهما بائة درهم، لزيد منها ثلاثون ولعمرو الباقي . ولو اقتصر على التفصيل الأخير فلا ريب في كونها وصيتين متعاقبتين، فيقدم الأولى منها حيث لا يسعها الثلث .

ولا فرق على تقدير التعاقب بين أن يوصي لكلٍ منها بشيء معين من المعين

ولو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضي عليهم بما ظنوه وأحلفوا على الزائد. وفيه تردد. أما لو أوصى بعبد أو دار فأجازوا الوصية، ثم ادّعوا أنهم ظنوا أن ذلك بقدر الثلث أو أزيد بيسير لم يلتفت إلى دعواهم، لأن الإجازة هنا تضمّنت معلوماً.

كالبیت الفلاني من الدار ومشاع كالنصف، لاشتراكهما في المقتضي.

قوله: «ولو أوصى بنصف ماله . . . الخ».

المراد أنه يقبل قولهم في قلة المال مع يمينهم ويقضى عليهم بما ادّعوا ظنه، كما لو قالوا بعد إجازتهم لوصيته بنصف ماله: ظننا أنه ألف درهم فظهر ألف دينار، فإذا حلفوا قضي عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم.

ووجه قبول قولهم استناده إلى أصالة عدم العلم بالزائد، مضافاً إلى أن المال مما يخفى غالباً، ولأن دعواهم يمكن أن تكون صادقة، ولا يمكن الاطلاع على صدق ظنهم إلا من قبلهم، لأن الظن من الأمور النفسانية، فلو لم يكتف فيه باليمين لزم الضرر لتعدّر إقامة البيّنة على دعواهم.

ووجه تردد المصنف مما ذكرناه، ومن تناول لفظه للقليل والكثير وقدمه على ذلك، مع كون المال مما يخفى كما ذكر، فالرجوع إلى قولهم رجوع عن لفظ متيقّن الدلالة على معنى يعمّ الجميع إلى دعوى ظنّ يجوز كذبه. والأقوى القبول، وحينئذٍ فيدفع إلى الموصي له نصف ما ظنّوه وثلث باقي التركة.

قوله: «أما لو أوصى بعبد أو دار . . . الخ».

نبه بقوله: «لأن الإجازة تضمّنت معلوماً» على الفرق بين ما إذا كانت الوصية بعين فأجازوها - وهي هذه المسألة - زاعمين أنهم ظنوا أن العين الموصى بها بمقدار ثلث التركة أو أزيد بيسير فظهرت أزيد بكثير لقلّة المال أو ظهور دين، وبين ما إذا كانت بجزء مشاع - وهي الماضية - حيث قبل قولهم في الثاني دون الأول.

وإذا أوصى بثلث ماله - مثلاً - مشاعاً كان للموصى له من كل شيء ثلثه. وإن أوصى بشيء معين وكان بقدر الثلث فقد ملكه الموصى له بالموت، ولا اعتراض فيه للورثة.

وحاصل الفرق: أن الإجازة هنا وقعت على معلوم للورثة، وهي العين المخصوصة كيف كانت من التركة فكانت الإجازة ماضية عليهم، بخلاف الوصية بالجزء المشاع من التركة، فإن العلم بمقداره موقوف على مجموع التركة، والأصل عدمه فتقبل فيه دعوى الجهالة، ومرجع ذلك إلى بنائهم على الأصل في الأول وعلى خلافه في الثاني.

ومال في الدروس^(١) إلى التسوية بين المسألتين والقبول في الحالين، وجعله في التحرير^(٢) وجهاً، وفي القواعد^(٣) احتمالاً.

وجه القبول هنا: أن الإجازة وإن وقعت على معلوم إلا أن كونه مقدار الثلث أو ما قاربه مما تسامحوا فيه إنما يعلم بعد العلم بمقدار التركة، والأصل عدم علمهم بمقدارها وبنائهم على الظن، فكما احتمل ظنهم قلة النصف في نفسه يحتمل ظنهم قلة العين بالإضافة إلى مجموع التركة وإن لم يكن قليلاً في نفسه. ومخالفة الأصل هنا بظنهم كثرة المال مع أن الأصل عدمه لا يؤثر في دفع الظن عنه واعتقاد كثرته، بل يمكن عدم ظهور خلاف ما اعتقدوه من الكثرة، ولكن ظهر عليه دين قدم على الوصية فقلل المال الفاضل عنهما، وهذا موافق للأصل كالأول. وأيضاً: فمن جملة مقتضي القبول في الأول إمكان صدقهم في الدعوى وتعذر إقامة البيّنة بها يعتقدونه، وهو متحقق هنا، لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة، وذلك يقتضي جهالة قدر العين من التركة كالمشاع. ولعل القبول أوجه.

قوله: «وإذا أوصى بثلث ماله مثلاً مشاعاً... الخ».

إذا أوصى له بثلث ماله فما دون فلا يخلو: إما أن يكون معيناً أو مشاعاً كجزء

(١) الدروس: ٢٤٣.

(٢) التحرير ١: ٢٩٤.

(٣) القواعد ١: ٢٩٧.

ولو كان له مال غائب، أخذ من تلك العين ما يحتمله الثلث من المال الحاضر، ويقف الباقي حتى يحصل من الغائب، لأن الغائب معرض للتلف.

من التركة، فان كان الثاني فهو شريك للورثة في كل شيءٍ حاضر وغائب، دين وعين، فحكمه حكم الورثة في التصرف في المال المشترك، وأمره واضح. وإن كان الموصى به معيناً كدار مخصوصة وعبد ملكه الموصى له بالموت والقبول، وليس للورثة اعتراض فيه من حيث إن فيه تخصيصاً عنهم بجملة العين وهم يستحقون ثلثيها، لعموم الأدلة^(١) الدالة على أن تصرف المريض في ثلث ماله ماضٍ مطلقاً من غير اعتبار إذن الورثة، فأعيان الأموال هنا لاغية، والمعتبر وجود ضعف الوصية بأيديهم من جملة التركة كيف كان بالقيمة الشرعية^(٢)، وهو هنا حاصل.

هذا إذا كان ضعف الموصى به بأيديهم كما ذكر. ولو لم يكن بأيديهم بأن كان له مال غائب أو بيد متسلط مانع، فإن لم يكن بيدهم شيء أصلاً تسلط الموصى له على ثلث تلك العين خاصة، وكان ثلثها موقوفاً على تمكن الوارث من ضعفها من المال. وإن كان بيدهم شيء لا يقوم بالضعف أخذ له من العين ما يحتمله الثلث منها ومما بأيديهم من المال، وكان الباقي منها موقوفاً، لا بمعنى تسلط الوارث عليه، لإمكان حصول الغائب وما في معناه فتصح الوصية بجميع العين، بل بمعنى وضعه بيد الحاكم [أو من يوثق به]^(٣) أو من يتراضى عليه الوارث والموصى له - لأن الحق منحصر فيهم - إلى أن يتبين الحال.

ثم القدر الذي يخرج من الثلث من العين منجزاً هل يتسلط الموصى له عليه، أم يمنع من التصرف فيه وإن كان مملوكاً له؟ وجهان أصحهما الأول، لوجود

(١) راجع الوسائل ١٣ : ٣٦١ ب «١٠» و «١١» من كتاب الوصايا.

(٢) في «س»: السوقيّة.

(٣) كذا في «س» ولم يرد الحاكم فيها. وفي غيرها الحاكم أو منوبه. وحيث لم يكن للمنوب معنى مناسب رجحنا أن يكون محرّفاً عن: من يوثق به.

فرع

لو أوصى بثلاث عبده فخرج ثلثاه مستحقاً، انصرفت الوصية إلى الثلث الباقي، تحصيلاً لإمكان العمل بالوصية.

المقتضي، وهو ملكه له بالوصية المحكوم بصحتها بالنسبة إلى الثلث على كل حال، لأن غاية ما هناك تلف الغائب بأجمعه فيكون الحاضر هو مجموع التركة فيملك ثلثه بغير مانع.

ووجه المنع: أن حقّ الوارث التسلّط على ضعف ما يستحقّه الموصى له، كما يتسلّط الموصى له على الثلث على حدّ ما يتسلّط عليه الوارث، وهو هنا ممتنع بالنسبة إلى الوارث، لأنّ ملكه لما زاد على الثلث من العين غير معلوم الآن حيث تعلّقت به الوصية، والحال أنّ المال الذي هو ضعف العين موجود وإنما وقفت في الجميع لعدم قبض الوارث له، فيجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث لاحتمال تلف ذلك المال الغائب فيكون الوارث شريكاً في العين.

وفيه: أن مجرد الاحتمال لا يقوم دليلاً على منع المالك المستقرّ ملكه على الثلث، مع كون الباقي غير خارج عن ملكه بل استقرار ملكه له موقوف على حصول الغائب، وإلّا فأصل الملك حاصل بالوصية والقبول والخروج من الثلث في الجملة، ومن ثمّ لو حضر الغائب كان نهاء العين أجمع للموصى له، ومراعاة حقّ الوارث لاحتمال تلف المال يحصل بإيقاف ما زاد على الثلث إلى أن يظهر حال المال.

قوله: «لو أوصى بثلاث عبده . . . الخ».

المراد أنّه عبده في ظاهر الحال فأوصى بثلثه ثم ظهر كونه لا يملك منه إلا الثلث، انصرفت الوصية إلى مستحقّه منه، ولا ينزّل على الإشاعة حتى تصحّ في ثلث الثلث خاصّة، كالإقرار قطعاً والبيع على أحد الوجهين. والفرق بينهما وبين الوصية أنّ الوصية لا تصحّ إلا بما يملكه الموصي، فلو أوصى بهال الغير لغت، بخلاف الإقرار فإنّه منزل على مال الغير، حتى لو قال: ملكي لفلان، لم يصحّ الاقرار، والبيع يصحّ مال الغير بمعنى وقوفه على إجازته، فإذا أجاز صحّ وكانت الإجازة كاشفة عن وقوع الملك من حين البيع، فمن ثمّ قلنا: البيع صحيح وإن

ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم انصرف إلى المحلل،
تخصيماً لقصده المسلم عن المحرم، كما إذا أوصى بعود من عيدانه .
ولو لم يكن له عود إلا عود اللهو قيل: يبطل، وقيل: يصحح . وتزال
عنه الصفة المحرمة . أما لو لم يكن فيه منفعة إلا المحرمة بطلت الوصية .

توقف على الإجازة .

وحكى في الدروس^(١) صحة الوصية بهال الغير مع وقوفه على إجازته احتمالاً .
وعلى تقدير هذا الاحتمال يتفرع نفوذ الوصية هنا في ثلث حقه خاصة، إلا أن المبيى
عليه لما كان ضعيفاً لم يلتفت إليه المصنف وقطع بانصرافه إلى ما يملكه . ونبه بما ذكره
من الحكم على خلاف بعض العامة^(٢) حيث حكم بنفوذ الوصية - في المسألة المفروضة
- في ثلث الثلث خاصة .

والمراد بانصراف الوصية إلى الثلث الباقي صحتها فيه أعم من نفوذها . ثم إن
لم يملك الموصي غيره نفذ في ثلث الثلث ووقف في ثلثيه على الإجازة، وإن ملك غيره
اعتبر خروج مجموع الثلث من الثلث كما هو مقرر .

قوله: «ولو أوصى بما يقع اسمه على المحلل والمحرم . . . الخ» .

إنما نزل على المحلل - مع أنه لفظ مشترك، ومن شأن المشترك أن لا يحمل على
أحد معانيه إلا بقرينة - لما أشار إليه المصنف من النظر إلى ظاهر حال المسلم، فإن
قصده يحصن عن المحرم وكلامه عن اللغو والمنهي عنه شرعاً، ولوجوب تنفيذ الوصية
بحسب الإمكان لعموم «فمن بذله بعد ما سمعه»^(٣) ولا يتم إلا بذلك . وقيل: لا
تصح الوصية بالعود مطلقاً، لانصرافه إلى عود اللهو لأنه الغالب . والصحة أقوى،
والأغلبية بحيث لا يتبادر^(٤) غيره ممنوعة .

قوله: «ولو لم يكن له إلا عود اللهو . . . الخ» .

(١) الدروس: ٢٤٥ .

(٢) راجع المهذب، ضمن المجموع ١٥ : ٤٥٤، حلية العلماء ٦ : ٨٩ .

(٣) البقرة: ١٨١ .

(٤) في «س» لا يتناول .

وتصحّ الوصية بالكلاب المملوكة ككلب الصيد والماشية والحائط والزرع.

موضع الصحة والانصراف إلى المحلّل ما إذا كان للموصي من ذلك النوع متعدّد بأن يكون له عود لهو وعود حرب وغيرهما، فتصرف الوصية إلى المحلّل. وأولى بالحكم ما لو لم يكن له إلا المحلّل وإن كان لفظه أعمّ من المحرّم. أمّا لو لم يكن له إلا المحرّم فقيل: تبطل الوصية، لانصرافه إلى غير المشروع حيث لم يكن له غيره، والحال أنه قد خصّها بما هو له فلا ينتقل إلى تحصيل غيره. وقيل: تصحّ الوصية به حيث إنّها ولكن تزال عنه الصفة المحرّمة، بأن يحوّل منها إلى غيرها من الصفات المحلّلة إن أمكن، فإن لم يكن له إلا المنفعة المحرّمة بطلت الوصية.

وإطلاق العبارة يقتضي أنّ زوال الصفة المحرّمة مع بقاء المنفعة لو تحقّق بكسره والانتفاع بخشبه في بعض المنافع المحلّلة كفى في الصحة على هذا القول. ويشكل مع خروجه عن كونه عوداً، لأنّ وصيته معتمدة على وصف العود فكسره خروج عن الاسم.

لا يقال: إذا انتقل إلى الموصى له فله أن يفعل به ما شاء، ومن جملة كسره، بل هو واجب حيث يتوقّف زوال الصفة المحرّمة عليه فلا يقدر ذلك في جواز الوصية.

لأنّا نقول: إنّ جواز تصرّفه فيه بالكسر وغيره موقوف على صحّة الوصية، وصحّتها موقوفة على كسره، فيدور. ولو قيل: إنّه يمكن كسره من غير الموصى له قبل دفعه إليه ليندفع الدور، جاء فيه ما تقدّم من زوال اسم العود الذي هو متعلق الوصية فلا يكون بعد كسره موصىً به، فلا يحصل بدفعه إلى الموصى له الامتثال. والأقوى أنّه إن أمكن إزالة الصفة المحرّمة مع بقاء اسمه صحّت الوصية وإلا بطلت، لحصره فيما عنده، وهو ينافي تحصيل عود من خارج، ولم يوجد عنده ما يتناوله الاسم شرعاً، فيكون ذلك بمنزلة ما لو أوصى بالمحرّم.

قوله: «تصحّ الوصية بالكلاب المملوكة . . . إلخ».

في قوله: «المملوكة» تنبيه على أنّا لو لم نقل بملكها لم تصحّ الوصية بها، لعدم

الطرف الثاني: في الوصية المبهمة .

مَنْ أوصى بجزءٍ من ماله فيه روايتان أشهرهما العشر . وفي روايةٍ سبع الثلث .

كونها مالاً منتفعاً به ، ومن ثمَّ لم يصحَّ بيعها عند القائل بعدم المالية . والأقوى جواز الوصية بها وإن لم نقل بملكها ولم نجوز بيعها ، لثبوت الاختصاص بها وانتقالها من يد إلى يد بالارث وغيره ، وهو أعمّ من المال . وخالف في ذلك بعض العامة^(١) فمنع من الوصية بها وإن جاز اقتناؤها ، وهو شاذٌّ عندهم أيضاً . وفي حكم الكلاب الأربعة الجرو الذي يتوقَّع الانتفاع به على الأقوى ، لجواز إمسাকে وتربيته . وأمّا ما لا يحلُّ اقتناؤه كالكلب العقور فلا تصحَّ الوصية به قطعاً .

إذا تقرَّر ذلك : فإذا أوصى بكلب تجوز الوصية به فإن وجد في التركة فذاك ، وإلاَّ فإن جَوَزنا شراءه أُشترى من التركة ودُفِع إلى الموصى له ، وإن لم نجوز شراءه احتمل بطلان الوصية حينئذٍ لعدم إمكان إنفاذها على الوجه المشروع ، ومراعاةً تحصيله بغير البيع إذ لا يلزم من عدم جواز بيعه عدم إمكان تحصيله بغيره ، فيجب تحصيله على الوارث تفضيلاً من تبديل الوصية مع إمكان إنفاذها فإن أمكن تحصيله وإلاَّ بطلت . ويشكل بأنَّه لا يلزم من إمكان تحصيله للوارث وجوبه عليه ، إذ لا يجب عليه إنفاذ وصية مورثه إلاَّ من مال المورث ، وهو متنفِّه هنا فالأقوى البطلان مطلقاً ، لكن لو تبرَّع به متبرِّع من وارث وغيره صحَّ وإن لم يكن ذلك واجباً .
قوله : «مَنْ أوصى بجزءٍ من ماله فيه روايتان . . . الخ» .

إذا أوصى بجزءٍ من ماله فقد اختلف الأصحاب في تعيينه مع اتِّفاقهم على اختصاصه بقدر معينٍ شرعاً وإن لم يكن معيناً لغةً ولا عرفاً . ووجه الاختلاف اختلاف الروايات فيه ، فذهب جماعة منهم المصنف إلى أنه العشر ، لرواية عبد الله ابن سنان عن عبد الرحمن بن سيابة ، قال : «إن امرأة أوصت إليّ وقالت : ثلثي يقضى به ديني وجزءٌ منه لفلانة ، فسألت ابن أبي ليلى فقال : ما أرى لها شيئاً ما أدري ما

(١) لم نعثر على مصدره .

الجزء؟ فسألت أبا عبد الله عن ذلك فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إنَّ الله تعالى أمر إبراهيم - عليه السلام - فقال: اجعل على كلِّ جبلٍ منهنَّ جزءاً وكانت الجبال يومئذٍ عشرة، فالجزء هو العشر من الشيء^(١). وفي معناه رواية معاوية بن عمَّار قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجل أوصى بجزءٍ من ماله، قال: جزء من عشرة، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ اجْعَلْ عَلَىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا﴾ وكانت الجبال عشرة أجبال»^(٢). وروى أبان بن تغلب في الحسن عن أبي جعفر - عليه السلام - مثله^(٣)، واستشهد بالجبال. وروى أبو بصير عن أبي عبد الله - عليه السلام - مثله^(٤).

وهذه الأخبار وإن ضعف سندها لكنَّها كثيرة يعضد بعضها بعضاً، مع أنَّ فيها الحسن كما ذكرناه. وذكر العلامة في المختلف^(٥) أنَّ حديث عبد الله بن سنان صحيح، ولم يذكر في سننه عبد الرحمن بن سيابة، بل جعل الراوي عن الامام عبد الله بلا واسطة. وقد رواه الشيخ كذلك في الاستبصار وعليه فيكون صحيحاً كما ذكر، لكنَّ الموجود في التهذيب - وهو عندي بخط الشيخ أبي جعفر - رحمه الله - روايته عن عبد الرحمن بن سيابة وهو مجهول فلا يكون صحيحاً، ويؤيِّده كونه سأل ابن أبي ليلى في ذلك، ومن المستبعد جداً أنَّ عبد الله بن سنان الفقيه الجليل الإمامي سأل ابن أبي ليلى في ذلك، بل الموجود في الأخبار أنَّ ابن أبي ليلى كان يسأله ويسأل

-
- (١) الكافي ٧: ٣٩ ح ١، التهذيب ٩: ٢٠٨ ح ٨٢٤، الاستبصار ٤: ١٣١ ح ٤٩٤، والوسائل ١٣: ٤٤٢ ب «٥٤» من كتاب الوصايا ح ٢، والآية في سورة البقرة: ٢٦٠.
- (٢) الكافي ٧: ٤٠ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥٢ ح ٥٢٨، التهذيب ٩: ٢٠٨ ح ٨٢٥، والوسائل الباب المتقدم ح ٣.
- (٣) الكافي ٧: ٤٠ ح ٣، التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٢٦، الاستبصار ٤: ١٣٢ ح ٤٩٦، والوسائل الباب المتقدم ح ٤.
- (٤) التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٢٧، الاستبصار ٤: ١٣٢ ح ٤٩٧، والوسائل الباب المتقدم ح ١١.
- (٥) المختلف: ٥٠١.

أصحابه مثل محمد بن مسلم وغيره عن كثير من المسائل . وكذلك في الدروس^(١) جعله صحيحاً كما ذكره العلامة . وبالجملة فالرواية بذلك تصير مضطربة السند إن لم نرجح رواية التهذيب حيث إنه أصل الاستبصار، فلا تكون صحيحةً على كلِّ حال .

وذهب جماعة^(٢) من الأصحاب وأكثر المتأخرين إلى أنه السبع ، لصحيفة أحمد ابن أبي نصر البنزطي قال : «سألت أبا الحسن عن رجل أوصى بجزءٍ من ماله فقال : واحد من سبعة ، إن الله تعالى يقول : ﴿ها سبعة أبواب لكلِّ بابٍ منهم جزء مقسوم﴾ قلت : فرجل أوصى بسهمٍ من ماله ، فقال : السهم واحد من ثمانية ثم قرأ ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ الآية .^(٣) ومثله روى اسماعيل بن همام في الصحيح^(٤) عن الرضا - عليه السلام - واستشهد بالأبواب السبعة .

وهذا القول أصحَّ روايةً والأول أكثر ، فلذلك قال المصنف : أشهرهما العشر ، فإن تلك أشهر وهذه أصحَّ وينبغي ترجيح الصحيح .

نعم ، مَنْ حكم بصحة رواية عبد الله بن سنان وانضمَّ إليها حسنة أبان والباقي من الموثق توجه ترجيحه لمضمونها . وهو خيرة العلامة في المختلف^(٥) محتجاً بكثرتها وزيادتها على هذه ، وموافقتها للأصل ، وبعدها عن الاضطراب ، إذ في رواية

(١) الدروس : ٢٤٥ .

(٢) كالمفيد في المقتعة : ٦٧٣ ، والشيخ في النهاية : ٦١٣ ، وابن ادريس في السرائر ٣ : ١٨٧ و

٢٠٧ ، وابن سعيد في الجامع للشرايع : ٤٩٥ ، والعلامة في الارشاد ١ : ٤٦١ .

(٣) التهذيب ٩ : ٢٠٩ ح ٨٢٨ ، الاستبصار ٤ : ١٣٢ ح ٤٩٨ ، والوسائل ١٣ : ٤٤٧ ب (٥٤) ،

من كتاب الوصايا ح ١٢ وورد ذيله في : ٤٤٨ ب (٥٥) ح ١ . والآيتان الأولى في سورة الحجر :

٤٤ ، والثانية في سورة التوبة : ٦٠ .

(٤) التهذيب ٩ : ٢٠٩ ح ٨٢٩ ، الاستبصار ٤ : ١٣٢ ح ٤٩٩ ، الوسائل ١٣ : ٤٤٧ ب (٥٤) ،

من كتاب الوصايا ح ١٣ .

(٥) المختلف : ٥٠١ .

ولو كان بسهم كان ثمناً.

السبع أنه سبع الثلث وهي الرواية الثالثة التي أشار المصنف إليها أخيراً، رواها الحسين بن خالد عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: «سألته عن رجل أوصى بجزء من ماله، قال: سبع ثلثه»^(١). وهذه الرواية مع جهالة سندها بالحسين بن خالد شاذة لا عامل بمضمونها.

والفرق بينها وبين رواية عبد الله بن سنان المتضمنة لعشر الثلث: أن الموصي فيها صرح بكون الجزء من الثلث وهنا جعله من ماله، ولا إشكال في حمل الجزء على معناه من العشر أو السبع لأي شيء نسب، فإن نسب إلى المال فهو عشرة أو سبعة، أو إلى الثلث أو إلى النصف أو غيرهما فهو العشر أو السبع من ذلك الجزء المنسوب إليه، فالرواية الأولى لا تخالف سوى رواية السبع بخلاف هذه فإنها تخالف الجميع.

والشيخ^(٢) - رحمه الله - جمع بين الأخبار بحمل الجزء على العشر مع استحباب العمل بالسبع للورثة. ولا بأس بهذا الحمل حذراً من أطراح الروايات المعتبرة. واعلم أنه قد ظهر مما قررناه أن معنى قول المصنف: «فيه روايتان أشهرهما العشر» أنه يريد بالروايتين رواية العشر ورواية السبع وأراد به جنس الرواية، لأنها متعدّدة من الجانبين، وأن قوله: «وفي رواية سبع الثلث» إشارة إلى رواية ثالثة، لا أن هذه ثانية الروايتين وأن إحداها رواية العشر وهذه الأخرى كما يوهمه ظاهر اللفظ.

قوله: «ولو كان بسهم كان ثمناً».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، وقد تقدّم في صحيحة البرنظي^(٣) ما يدلّ عليه، واستشهد بسهام أرباب الزكاة الثانية. ومثله حسنة صفوان^(٤) عن الرضا -

(١) الفقيه ٤: ١٥٢ ح ٥٢٩، التهذيب ٩: ٢٠٩ ح ٨٣١، الاستبصار ٤: ١٣٣ ح ٥٠١،

والوسائل الباب المتقدم ح ١٤.

(٢) راجع التهذيب ٩: ٢١٠، والاستبصار ٤: ١٣٣.

(٣) لاحظ الصفحة السابقة، هامش (٣).

(٤) الكافي ٧: ٤١ ح ٢، معاني الأخبار: ٢١٦ ح ٢، التهذيب ٩: ٢١٠ ح ٨٣٣، الاستبصار ٤: =

ولو كان بشيءٍ، كان سدساً.

ولو أوصى بوجوهٍ فنسي الوصيَّ وجهاً، جعله في وجوه البرِّ. وقيل :
يرجع ميراثاً.

عليه السلام - وموثقة السكوني^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام . وذهب الشيخ^(٢) في أحد قوليه إلى أنه السدس ، لما روي عن ابن مسعود « أن رجلاً أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ السدس »^(٣) . وقيل : إن السهم في كلام العرب السدس^(٤) . وروى طلحة بن زيد^(٥) ، عن أبي عبد الله - عليه السلام - أنه العشر ، ولا نعلم به قائلًا ونسبه الشيخ^(٦) إلى وهم الراوي وأنه سمعه فيمن أوصى بجزء من ماله فظنه بالسهم ، أو أنه ظنَّ أنَّ السهم والجزء واحد .
قوله : « ولو كان بشيءٍ كان سدساً » .

هذا اللفظ من جملة الأجزاء المعيّنة نصّاً ، والظاهر أنه اتفاق إذ لا يظهر فيه مخالف . والمستند رواية أبان عن عليّ بن الحسين - عليهما السلام - أنه سئل عن رجلٍ أوصى بشيءٍ ، فقال : « الشيء في كتاب عليّ من ستّة »^(٧) .
قوله : « ولو أوصى بوجوه فنسي الوصيَّ وجهاً جعله في وجوه البرِّ .
وقيل : يرجع ميراثاً » .

القول الأول هو المشهور والأصحّ ، لخروج المال عن الوارث بالوصيّة النافذة أولاً ، لأنّه الفرض فعوده إلى ملك الوارث يحتاج إلى دليل ، وجهالة مصرفه يصيرُه

= ١٣٣ ح ٥٠٣ ، والوسائل ١٣ : ٤٤٨ ب « ٥٥ » من كتاب الوصايا ح ٢ .

(١) الكافي ٧ : ٤١ ح ١ ، الفقيه ٤ : ١٥٢ ح ٥٢٦ ، معاني الأخبار : ٢١٦ ح ١ ، التهذيب ٩ : ٢١٠

ح ٨٣٢ ، الاستبصار ٤ : ١٣٣ ح ٥٠٢ ، والوسائل الباب المتقدم ح ٣ .

(٢) الخلاف ٤ : ١٤٠ مسألة (٩) ، المبسوط ٤ : ٨ .

(٣) كشف الاستار عن زوائد البزار ٢ : ١٣٩ ح ١٣٨٠ ، مجمع الزوائد ٤ : ٢١٣ .

(٤) راجع الخلاف المتقدم وكذا المغني لابن قدامة ٦ : ٤٧٧ .

(٥) التهذيب ٩ : ٢١١ ح ٨٣٤ ، الاستبصار ٤ : ١٣٤ ح ٥٠٤ ، والوسائل الباب المتقدم ح ٤ .

(٦) الكافي ٧ : ٤٠ ح ١ ، الفقيه ٤ : ١٥١ ح ٥٢٥ ، التهذيب ٩ : ٢١١ ح ٨٣٥ ، والوسائل ١٣ :

٤٥٠ ب « ٥٦ » من كتاب الوصايا .

ولو أوصى بسيف معين وهو في جفن، دخل الجفن والحلية في الوصية. وكذا لو أوصى بصندوق وفيه ثياب، أو سفينة وفيها متاع، أو

بمنزلة المال المجهول المستحق، فيصرف في وجوه البر. ولأنه لو رجع إلى الوارث بالارث لزم تبديل الوصية المنهي عنه، بخلاف البر لأنه عمل بمقتضاها، ومن ثم أخرج عن الوارث، غايته جهالة المصرف فيصرف فيما يصرف فيه المال المجهول. ولأن الموصي ربما أراد بوصيته القربة المخصوصة فإذا فات الخصوص بالنسيان بقي العموم فيكون أقرب إلى مراد الموصي.

وتشهد له رواية محمد بن الريان قال: «كتبت إلى أبي الحسن - عليه السلام - أسأله عن إنسان أوصى بوصية فلم يحفظ الوصي إلا باباً واحداً منها، كيف يصنع بالباقي؟ فوقع عليه السلام: «الأبواب الباقية اجعلها في البر». (١) والمراد بالبر وجوه القرب من الفقراء والمساكين والمساجد والطرق وكل ما فيه قرينة معتد بها. والقول برجوعه ميراثاً لابن إدريس (٢)، ونقله عن الشيخ أيضاً في بعض فتاواه (٣)، وإلا فهو في كتبه (٤) مع الأول. واحتج له بأنها وصية بطلت، لامتناع القيام بها فيرجع إلى الميراث. وجوابه: منع استلزام العجز عن القيام بها البطلان، لما ذكرناه من أن وجوه البر بعض مراد الموصي، مضافاً إلى ما ذكرناه من خروجها عن ملك الوارث فلا تعود بمثل هذه الأوهام. وقد تقدم (٥) لهذه المسألة نظائر كثيرة في الوقف والحج.

قوله: «ولو أوصى بسيف معين . . . الخ».

(١) الكافي ٧: ٥٨ ح ٧، الفقيه ٤: ١٦٢ ح ٥٦٥، التهذيب ٩: ٢١٤ ح ٨٤٤، والوسائل ١٣: ٤٥٣ ب «٦١» من كتاب الوصايا.

(٢) السرائر ٣: ٢٠٩ - ٢٠٨.

(٣) الحائريات ضمن الرسائل العشر للشيخ الطوسي: ٢٩٧. (وهو في فرض نسيان جميع ابواب الوصية).

(٤) النهاية: ٦١٣.

(٥) لاحظ ج ٢: ١٨٩، وج ٥: ٣٤٦.

جراب وفيه قماش، فان الوعاء وما فيه داخل في الوصية. وفيه قول آخر بعيد.

القول بدخول جميع ما ذكر في الوصية هو المشهور بين المتقدمين والمتأخرين، والمستند رواية أبي جميلة عن الرضا - عليه السلام - قال: «سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: إننا لك النصل وليس لك المال، قال: فقال: لا بل السيف بما فيه له، قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال، فقال الورثة: إننا لك الصندوق وليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن - عليه السلام -: الصندوق بما فيه له»^(١) وعن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسم ما فيها، وفيها طعام، أيعطاها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذي أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متهاً وليس للورثة شيء»^(٢).

وهذه الروايات ضعيفة السند إلا أن العرف شاهد بدخول جفن السيف وحليته فيه وهو محكم في أمثال ذلك، فانه لو قيل: خذ سيفك، أو سافر فلان بسيفه، لا يفهم منه إلا مجموع هذه الأشياء، حتى لو جرده من غمده لعدّه العقلاء سفيهاً، والعرف كافٍ في إثبات الحكم، وتبقى الرواية شاهداً، فالحكم بدخولها فيه قوي. وأمّا الباقي فلا يدلّ العرف على تناول الظرف للمظروف غالباً، والرواية قاصرة عن إثبات المطلوب، فالقول بعدم الدخول أجود.

نعم، لو دلّ العرف أو القرينة على شيء في بعض الأفراد أتبع، كما أنه لو دلّ على عدم دخول الجفن أو الحلية في بعض الموارد لم يدخل. وجملة الأمر ترجع إلى عدم

(١) الكافي ٧: ٤٤ ح ١، الفقيه ٤: ١٦١ ح ٥٦١، التهذيب ٩: ٢١١ ح ٨٣٧، والوسائل ١٣:

٤٥١ ب (٥٧) من كتاب الوصايا ح ١ وذيله في ب (٥٨) ح ٢.

(٢) الكافي ٧: ٤٤ ح ٢، الفقيه ٤: ١٦١ ح ٥٦٢، التهذيب ٩: ٢١٢ ح ٨٣٨، والوسائل ١٣:

٤٥٢ ب (٥٩) من كتاب الوصايا.

الدخول إلا مع العرف أو القرينة .
والقول الذي أشار إليه المصنف واستبعده للشيخ في النهاية^(١)، فانه حكم بدخول هذه الأشياء بشرط أن يكون الموصي عدلاً مأموناً وإلا لم تنفذ الوصية في أكثر من ثلثه . وهو بعيد من وجوه :

أحدها : اشتراط عدالة الموصي ، وهو غير معتبر في الوصية مطلقاً ، وإنما يعتبرها بعض الأصحاب^(٢) في الاقرار على بعض الوجوه على ما فيه .

وثانيها : نفوذها من الأصل على تقدير العدالة ومن الثلث على تقدير عدمها ، وهذا أيضاً ليس من جملة أحكام الوصية بل من أحكام إقرار المريض على بعض الوجوه ، وسيأتي^(٣) .

وثالثها : تعميم الحكم في هذه الأشياء ، مع أن الرواية التي هي منشأ حكمه إنما تضمنت بعضها وهي رواية عقبة بن خالد المشتملة على السفينة خاصة ، فتعديته إلى غيرها - مع مخالفته للأصل - بعيد .

واعلم أنه لا فرق في الحكم على التقديرين بين كون الصندوق مقفلاً والجراب مشدوداً وعدمه خلافاً للمفيد^(٤) حيث قيدهما بذلك .

واحترز المصنف بالمعين في هذه عمّا لو كان مطلقاً ، كما لو قال : أعطوه سيفاً أو سفينةً أو صندوقاً ، فإنه لا يتناول إلا الظرف خاصة عملاً بمدلول الرواية حيث خصتها بالمعين ، ولدلالة العرف عليه أيضاً . وهو يتم في غير السيف أما فيه فدخول الجفن فيه قوي ، لأنه كالجزة عرفاً ، أما الحلية فلا تدخل إلا مع التعيين .

(١) النهاية : ٦١٣ - ٦١٤ .

(٢) راجع المقنعة : ٦٦٢ ، المهذب ١ : ٤١٩ .

(٣) في النظر الثاني من كتاب الإقرار .

(٤) المقنعة : ٦٧٤ - ٦٧٥ .

ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم يصحّ . وهل يلغو اللفظ؟ فيه تردد بين البطلان وبين إجرائه مجرى مَنْ أوصى بجمع ماله لمن عدا الولد، فتمضى في الثلث، ويكون للمخرَج نصيبه من الباقي بموجب الفريضة . والوجه الأول . وفيه رواية بوجه آخر مهجورة .

قوله: «ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته . . . إلخ» .

اختلف الأصحاب فيمن أوصى بإخراج بعض ولده من الإرث هل يقع صحيحاً، ويختص الإرث بغيره من الوراث إن خرج من الثلث، ويصحّ في ثلثه إن زاد، أم يقع باطلاً؟ الأكثر على الثاني، لأنها مخالفة للكتاب والسنة فتلغو، قال الله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(١) الآية، ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾^(٢) . وروى سعد بن سعد، عن الرضا - عليه السلام - في رجل كان له ابن يدعيه ففاه ثم أخرجه من الميراث وأنا وصيّه فكيف أصنع؟ فقال - عليه السلام -: «لزمه الولد، لإقراره بالمشهد، لا يدفعه الوصيّ عن شيء قد علمه»^(٣) .

ووجه الصحة واعتبار الثلث: أنّ إخراجها من التركة يستلزم تخصيص باقي الورثة بها فكان كما لو أوصى بها فتمضي من الثلث بمعنى حرمان الموصى بإخراجها من الثلث، ومشاركته في الثلثين إن كان معه مساوٍ والاختصاص بالباقي إن لم يكن . وهذا القول رجّحه العلامة في المختلف^(٤)، وعلى هذا فلو أجاز نفذت في الجميع . ويضعّف بأن الحمل على الوصية خلاف مدلول اللفظ، لأن إخراجها من الارث لا يقتضي كونه أوصى بنصيبه لباقي الورثة وإن لزم منه رجوع الحصّة إليهم، لأن ذلك ليس بالوصية بل لاستحقاقهم التركة حيث لا وارث غيرهم، وربما لم يكن

(١) النساء: ١١ .

(٢) الانفال: ٧٥ .

(٣) الكافي ٧: ٦٤ ح ٢٦، الفقيه ٤: ١٦٣ ح ٥٦٨، التهذيب ٩: ٢٣٥ ح ٩١٨، الاستبصار

٤: ١٣٩ ح ٥٢٠، والوسائل ١٣: ٤٧٦ ب «٩٠» من كتاب الوصايا ح ١ .

(٤) المختلف: ٥٠٧ .

حال الوصية عالماً بالوارث كما لو لم يكن له إلا ذلك الولد، ولا يعلم من يرثه بعده ولم يخطر على باله الوارث. فالحكم بالوصية بذلك عدول باللفظ إلى ما لا يدل عليه باحدى الدلالات، فإن انتفاء دلالة المطابقة والتضمن ظاهر، ودلالة الالتزام قد عرفت تخلف شرطها، لأن شرطها اللزوم البين بحيث يلزم من تصور الملزوم تصور اللازم أو مع الوسط، وهو منتفٍ كما أشرنا إليه من جواز ذهوله عن الوارث أصلاً وعدم التفاته إليه، بل عدم معرفته، وإنما غرضه مجرد الانتقام من الولد الوارث، فالبطلان مطلقاً أقوى.

وأشار بقوله: «وفيه رواية بوجه آخر مهجورة» إلى ما رواه الشيخ والصدوق عن وصي علي بن السري قال: «قلت: لأبي الحسن موسى - عليه السلام - إن علي بن السري توفي وأوصى إليّ، فقال: رحمه الله، قلت: وإن ابنه جعفر وقع على أم ولد له فأمرني أن أخرجته من الميراث، قال: فقال لي: أخرجته فان كنت صادقاً فسيصبيه خبل، قال: فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي، فقال له: أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري وهذا وصي أبي فمره فليدفع إليّ ميراثي من أبي، فقال لي: ما تقول؟ فقلت له: نعم، هذا جعفر بن علي بن السري وأنا وصي علي بن السري، قال: فادفع إليه ماله، فقلت: أريد أن أكلمك، قال: فادنه، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي، فقلت له: هذا وقع على أم ولد لأبيه فأمرني أبوه وأوصى إليّ أن أخرجته من الميراث ولا أورثه شيئاً، فأتيت موسى بن جعفر - عليه السلام - بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن أخرجته من الميراث ولا أورثه شيئاً، فقال: الله إن أبا الحسن أمرك، قال: قلت: نعم، فاستحلفني ثلاثاً ثم قال: أنفذ ما أمرك فالقول قوله، قال الوصي: فأصابه الخبل بعد ذلك»^(١).

قال الشيخ في كتابي الأخبار بعد نقله الحديث: «هذا الحكم مقصور على هذه

(١) الفقيه ٤: ١٦٢ ح ٥٦٧، التهذيب ٩: ٢٣٥ ح ٩١٧، الاستبصار ٤: ١٣٩ ح ٥٢١، ورواه الكليني في الكافي ٧: ٦١ ح ١٥، والوسائل ١٣: ٤٧٦ ب «٩٠» من كتاب الوصايا ح ٢.

وإذا أوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشرع، رجع في تفسيره إلى الوارث، كقوله: أعطوه حظاً من مالي أو قسطاً أو نصيباً أو قليلاً أو يسيراً أو جليلاً أو جزياً.

القضية لا يتعدى به إلى غيرها». وقال الصدوق عقيب هذه الرواية: «من أوصى باخراج ابنه من الميراث ولم يحدث هذا الحدث لم يجز للوصي إنفاذ وصيته في ذلك». وهذا يدل على أنها عاملان بها فيمن فعل ذلك. أما الشيخ فكلامه صريح فيه، وأما ابن بابويه فلائنه وإن لم يصرح به بل إنما دلّ بمفهومه عليه إلا أنه قد نصّ في أول كتابه^(١) على أن ما يذكره فيه يفتي به ويعتمد عليه، فيكون حكماً بمضمونه. وما ذكره من نفيه عمّن لم يحدث ذلك دفع لتوهم تعدّيه إلى غيره، وإلا فهو كالمستغنى عنه. فهذا هو الوجه الذي أشار إليه المصنف.

ووجه هجر الرواية أن الوصي الراوي للخبر مجهول الاسم والعدالة، فلا يعمل بخبره، وفي طريقه أيضاً المعلّى وهو مشترك بين الثقة والضعيف. واعلم أنه لا فرق في الحكم بين الولد وغيره من الوراث إن حكمنا بالبطلان أو بنفوذها من الثلث، وإن عملنا بالرواية وجب قصرها على موردها، وهو الولد المحدث للحدث المذكور، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده.

قوله: «ولو أوصى بلفظ مجمل . . . الخ».

إنما رجع في ذلك إلى الوارث لأنه لا مقدّر لشيء من ذلك لغة ولا عرفاً ولا شرعاً، فكل ما يتموّل صالح لأن يكون متعلق الوصية. أما في القسط والنصيب والحظّ والقليل واليسير فواضح، وأما في الجليل والجزيل وما في معناهما كالعظيم والنفيس فإنه وإن كان يقتضي عرفاً زيادةً على المتموّل إلا أنه مع ذلك يحتمل إرادة الأقل، نظراً إلى أن جميع المال متّصف بذلك في نظر الشارع، ومن ثمّ حكم بكفر مستحلّ قليله وكثيره، كما نهبوا عليه في الإقرار بمثل ذلك متّفقين على الحكم في الموضوعين، ولا ينافيه مع ذلك وصفه بالقلّة ونحوها، لاختلاف الحيثية، فقلّته من

ولو قال: أعطوه كثيراً، قيل: يعطى ثمانين درهماً كما في النذر. وقيل: يختص هذا التفسير بالنذر اقتصاراً على موضع النقل.

حيث المقدار وجلالته من حيث الاعتبار.

وعلى هذا فلو قال: أعطوا زيداً قسطاً عظيماً، وعمراً قسطاً يسيراً، لم يشترط تمييز الوارث بينهما بزيادة الأول عن الثاني لما ذكرناه، مع احتمالها نظراً إلى أغلبية العرف بإرادة ذلك.

وفيه أن ذلك إن اعتبر لزم مثله عند الانفراد، لظهور أغلبية العرف بالفرق بين قوله يسيراً وقليلاً وقوله عظيماً وجليلاً، خصوصاً مع الجمع بين ألفاظ متعدّدة بأحد المعنيين.

ولو تعذر الرجوع إلى الوارث لغيبة أو امتناع أو صغر أعطي أقل ما يصدق عليه الاسم، لأنه المتيقن.

قوله: «ولو قال: أعطوه كثيراً . . . الخ».

لفظ الكثير كمنظائره مما ذكر من الألفاظ السابقة في عدم دلالة اللغة والعرف على حمله على مقدّر مخصوص، ولكن وردت رواية^(١) أن من نذر الصدقة بهال كثير يلزمه الصدقة بثمانين درهماً، فعدها الشيخ^(٢) والصدوق^(٣) وجماعة^(٤) إلى الوصية، وأضاف الشيخ^(٥) الاقرار نظراً إلى أن ذلك تقدير شرعي للكثير كالجزء والسهم، فلا يقصر على مورد السؤال، إذ لو حمل في غيره على غيره لزم الاشتراك المخالف للأصل، مع أن الرواية الواردة في النذر^(٦) مرسله، رواها علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن بعض

(١) الوسائل ١٦ : ١٨٦ ب «٣» من كتاب النذر والعهد.

(٢) الخلاف ٤ : ١٣٩ مسألة (٨).

(٣) المقنع : ١٦٣ ، الفقيه ٤ : ١٥٣ .

(٤) كما في الوسيلة : ٣٧٨ ، وفقه القرآن ٢ : ٣١٣ ، وتؤتلف من المختلف ٢ : ٦٠ مسألة (٨).

(٥) الخلاف ٣ : ٣٦٠ - ٣٥٩ مسألة (١).

(٦) الكافي ٧ : ٤٦٣ ح ٢١ ، التهذيب ٨ : ٣٠٩ ح ١١٤٧ ، والوسائل ١٦ : ١٨٦ ب «٣» من

والموصية بما دون الثلث أفضل، حتى إنها بالربع أفضل من الثلث، وبالخمس أفضل من الربع.

أصحابه أنّ المتوكل نذر كذلك فأجابه الجواد - عليه السلام -^(١) بذلك، وما هذا شأنه كيف يتعدى إلى غير مورده، مع ضعفه في نفسه ومخالفته للأصل واللغة والعرف. واستشهاده بالمواطن الكثيرة المتصور فيها لا يقتضي انحصار الكثير فيه، فقد ورد في القرآن ﴿فئة كثيرة﴾^(٢) و﴿ذكراً كثيراً﴾^(٣) ولم يحمل على ذلك، والحق الرجوع فيه إلى الوارث كالعظيم في غير موضع الاجماع، لضعف المأخذ. قوله: «والموصية بما دون الثلث أفضل . . .».

الحقّ النافذ للموصي أن يوصي بثلث ماله فما دون، قال الصادق - عليه السلام -: «مَنْ أوصى بالثلث فلم يترك»^(٤) وفي لفظ آخر «فقد أضرّ بالورثة، والموصية بالخمس والربع أفضل من الوصية بالثلث».^(٥) وقال الباقر - عليه السلام -: «كان أمير المؤمنين - عليه السلام - يقول: لأن أوصي بخمس مالي أحبّ إليّ من أن أوصي بالربع، وأن أوصي بالربع أحبّ إليّ من أن أوصي بالثلث، ومَنْ أوصى بالثلث فلم يترك، وقد بالغ»^(٦).

ومقتضى النصوص والفتاوى عدم الفرق بين كون الوصية بذلك لغنيّ وفقير وغيرهما من وجوه القرب، والحكمة فيه النظر إلى الوارث فإنّ صلة الرحم والصدقة عليه أفضل من الأجنبيّ، وترك الوصية لغير الوارث بمنزلة الصدقة بالتركة عليه. وفصل ابن حمزة فقال: «إن كان الورثة أغنياء كانت الوصية بالثلث أولى، وإن

(١) هذا سهو من قلمه الشريف والصحيح الامام الهادي عليه السلام.

(٢) البقرة: ٢٤٩.

(٣) الأحزاب: ٤١.

(٤) و (٥) الكافي ٧: ١١ ح ٦٦، ٥، الفقيه ٤: ١٣٦ ح ٤٧٥، التهذيب ٩: ١٩١ ح ٧٦٩،

الاستبصار ٤: ١١٩ ح ٤٥١، والوسائل ١٣: ٣٦٠ ب «٩» من كتاب الوصايا ح ٢.

(٦) الكافي ٧: ١١ ح ٤٤، الفقيه ٤: ١٣٦ ح ٤٧٤، التهذيب ٩: ١٩٢ ح ٧٧٣، الاستبصار ٤:

١١٩ ح ٤٥٣، والوسائل الباب المتقدم ح ١.

تفريع

إذا عين الموصي له شيئاً، وأدعى أن الموصي قصده من هذه الألفاظ وأنكر الوارث، كان القول قول الوارث مع يمينه، إن ادعى عليه العلم وإلا فلا يمين.

كانوا فقراء فبالخمس، وإن كانوا متوسطين فبالربع^(١). وهو لاحظ ما ذكرناه من مراعاة جانب الوارث.

وأحسن منه ما فصله العلامة في التذكرة فقال: «لا يبعد عندي التقدير بأنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لا يستحب الوصية، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم علل المنع من الوصية بقوله: «إن ترك خيراً» لأن ترك ذريتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة، ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم كان تركه لهم كعطيّتهم فيكون ذلك أفضل من الوصية لغيرهم، فحينئذٍ يختلف الحال باختلاف الورثة وكثرتهم وقلّتهم وغناهم وحاجتهم، ولا يتقدّر بقدر من المال»^(٢).

قوله: «إذا عين الموصي له شيئاً . . . الخ».

إن ادعى الموصي له أن الموصي أراد تقديراً مخصوصاً من الألفاظ السابقة ونحوها مما يرجع فيه إلى تفسير الوارث، كأن قال: أعطوه مالاً جليلاً، فقال الموصي له: أراد به ألف درهم، فأنكر الوارث فالقول قوله.

ثم إن ادعى الموصي له عليه العلم بها ادعى أن الموصي أرادها، فعلى الوارث اليمين على نفي علمه بذلك، لا على نفي إرادة الموصي ذلك، لأن إرادته لا تلزم الوارث إلا إذا علم بها وإن كانت واقعة في نفس الأمر، فإذا ادّعاها الموصي له لا يلتفت إليه إلا أن يدعي علم الوارث بها فيحلف على نفي العلم لا على البت، لأنه حلف على نفي فعل الغير، قاعدة مستمرة.

(١) الوسيلة: ٣٧٥.

(٢) التذكرة ٢: ٤٨٠ - ٤٨١.

الطرف الثالث : في أحكام الوصية :

إذا أوصى بوصية ثم أوصى بأخرى مضادة للأولى عمل بالأخيرة .
ولو أوصى بحمل فجاءت به لأقل من ستة أشهر، صحّت الوصية به . ولو كان لعشرة أشهر من حين الوصية لم تصح . وإن جاءت لمدة بين الستة والعشرة وكانت خالية من مولى وزوج ، حكم به للموصى له .
وإن كان لها زوج أو مولى لم يحكم به للموصى له ، لاحتمال توهم الحمل في حال الوصية وتجده بعدها .

قوله : «إذا أوصى بوصية ثم أوصى بأخرى مضادة للأولى عمل بالأخيرة» .

يتحقّق التضادّ بالتّحاد الموصى به واختلاف الموصى له بأن أوصى بالعين الفلانية لزيد ثم أوصى بها لعمرو ، أو أوصى بمائة درهم مطلقاً لزيد ثم قال : المائة التي أوصيت بها لزيد قد أوصيت بها لعمرو . ولا يتحقّق في المطلقة مطلقاً ، كما إذا أوصى لزيد بمائة درهم ثم أوصى لعمرو بمائة ، أو أوصى لزيد بدار ثم أوصى لعمرو بدار ، ونحو ذلك . ومثله يأتي في الأجزاء المشاعة ، كما لو أوصى لزيد بخمس ماله ثم أوصى لعمرو بثلث ماله ، وهكذا . وقد يقع الاشتباه في بعض الوصايا المتعدّدة هل هي متضادة أم لا ؟ كالوصية لزيد بثلث ماله ثم الوصية لعمرو بثلث ماله ، وقد تقدّم^(١) .

قوله : «ولو أوصى بحمل فجاءت به . . . إلخ» .

واعلم أنّه ليس من شرط الموصى به كونه موجوداً بالفعل وقت الوصية ، بل لو أوصى بما تحمله الأمة أو الدابة أو الشجرة في هذه السنة أو في المستقبل مطلقاً صحّ ، كما سيأتي^(٢) . ولكن لو أشار الي معيّن وأوصى بحمله الموجود ، أو بالحمل الموجود لأتمته ، أو بحملها مطلقاً حيث تدلّ القرينة على إرادة الموجود ، أو مطلقاً نظراً إلى

(١) في ص : ١٦٢ .

(٢) في ص : ١٩٣ .

ادعاء دلالة القرينة عليه كما قيل، اشترط كونه موجوداً حال الوصية ولو بمقتضى ظاهر الشرع، فإن كان الحمل لامة وولده لأقل من ستة أشهر من حين الوصية علم أنه كان موجوداً.

وإنما اعتبر كونه لأقل من ستة أشهر لأنه حال الوصية لا يمكن حدوثه، فلا بد من فرض تقدمه في وقت يمكن فيه وطى الأمة بحيث يمكن فيه تخلق الولد، وذلك قد يكون في مدة قريبة من الوصية وبعيدة بحسب ما يتفق وقوعه أو يمكن. والضابط: ولادتها له في وقت يقطع بوجوده حال الوصية، ويتحقق بولادته لأقل الحمل من حين الوطى المتقدم على الوصية.

ولو علم عدم وجوده قطعاً بأن ولده لأكثر من أقصى مدة الحمل من حين الوصية تبين بطلانها، وقد فرض المصنف الأقصى عشرة أشهر بناءً على ما يختاره فيه^(١). وإنما اعتبر في الأقصى حال الوصية لأنه إذا كانت المدة من حين الوصية قد مضت كذلك فبطريق أولى أن يكون قد مضت من حين الوطى المتولد عنه الحمل قبل الوصية.

ولو ولده فيما بين أقصى مدة الحمل وأقله أمكن وجوده حال الوصية وعدمه، فينظر حينئذ إن كانت الأمة فراشاً بحيث يمكن تجدده بعد الوصية لم يحكم بصحتها، لأصالة عدم تقدمه حالها، وإن كانت خالية من الفراش بأن فارقها الوطى المباح وطؤه لها من حين الوصية حكم بوجوده، عملاً بالظاهر وأصالة عدم وطى غيره.

وما يقال - من أن الظاهر الغالب إنما هو الولادة لتسعة أشهر تقريباً، فما يولد قبلها يظهر كونه موجوداً وإن كان لها فراش، وأن الخالية يمكن وطؤها محلاً بالشبهة، ومحرمًا لو كانت كافرة، إذ ليس فيها محذور لعدم الصيانة، بخلاف المسلمة - يندفع بأن الحكم السابق مرتب على الأصل المقدم على الظاهر عند التعارض إلا فيما شذ.

وبالجمل: فالمسألة حينئذ من باب تعارض الأصل والظاهر، فلورجح مرجح

(١) راجع عدة الحامل في كتاب الطلاق.

ولو قال: إن كان في بطن هذه ذكر فله درهمان، وإن كان أنثى فلها درهم، فإن خرج ذكر وأنثى كان لهما ثلاثة دراهم. أمّا لو قال: إن كان الذي في بطنها ذكراً فكذا، وإن كان أنثى فكذا، فخرج ذكر وأنثى لم يكن لهما شيء.

الظاهر عليه في بعض مواردّها - كما يتفق في نظائره - لم يكن بعيداً إن لم ينعقد الاجماع على خلافه. وكيف كان فلا خروج عمّا عليه الجماعة.

واعلم أنّ اعتبار المصنف خلوّها من زوج واضح، لأنّ المفروض كون الحمل مملوكاً، ويمكن فرضه مع الزوج الرقيق المشروط على مولاه رقّ الولد، أو على مولاها لو كان مولاه هو الموصي، ومع الحرّ على القول بجواز اشتراط رقّ الولد. أمّا فرضه خلوّها من مولى فتركه أولى كما تركه غيره، لأنّ المولى الحرّ يتبعه الولد، ويمكن على بعدٍ تقدير فرضه في مولى رقيق على القول بأنّه يملك إذا ملك الأمة، فإنّ ولده مملوك كأبويه، وإن كان الأب مولى الأمة. والحكم مخصوص بحمل الأمة كما يظهر من تمثيله واعتبار خلوّها من زوجٍ ومولى، وإن كان اللفظ مطلقاً.

ولو كان الحمل لغير الأمة من البهائم صحّ أيضاً واشترط وجوده حالة الوصيّة كحمل الأمة، إلّا أنّ العلم به لا يتقيد بولادته قبل ستّة أشهر، ولا انتفاء وجوده حالتها يعلم بتجاوزه العشرة، لاختلاف الحيوان في ذلك اختلافاً كثيراً، والمرجع فيها إلى العادة الغالبة، لعدم ضبط الشارع حملها كالآدميّ. ويختلف العادة باختلاف أجناسه، فإنّ للغنم مقداراً معلوماً عادةً، وللبقر مقداراً زائداً عنه، وكذا للخيل وغيرها من الحيوان، فيرجع فيه إلى العادة، لأنّها المحكّمة عند انتفاء الشرع. وحيث يقع الشكّ في الوجود حالة الوصيّة لا يحكم بصحتها. ويشكل مع هذا حمل الآدميّ على المتيقن والحيوان على الغالب، لاشتراكهما في المقتضي على التقديرين.

قوله: «ولو قال: إن كان في بطن هذه ذكر . . . الخ».

الفرق بين الصيغتين أنّه في الأولى اعتبر وجود الذكر في البطن ووجود الأنثى فيه من غير أن ينحصر ما في البطن في أحدهما، فإذا وجدا معاً في البطن صدق أنّ في بطنها ذكراً فيستحقّ ما أوصى له به وأنّ في بطنها أنثى فتستحقّ ما أوصى لها به،

وتصحّ الوصية بالحمل وبما تحمله المملوكة والشجرة، كما تصحّ الوصية بسكنى الدار مدة مستقبله.

لتتحقق الشرط فيها، وزيادة الآخر لا تضرّ، لأنّ الظرفية لشيء لا ينافي الظرفية لغيره، بخلاف الثانية فإنّه شرط صفة الذكورة والأنوثة في جملة الحمل، فقد اعتبر كون جميع ما في بطنها هو الذكر أو الأنثى، فإذا وجدا معاً فيه لم يصدق أنّ الذي في بطنها ذكر ولا أنثى، بل هما معاً، والمجموع غير كلّ واحد من أجزائه فلا يستحقان شيئاً. وفي حكم العبارة الثانية قوله: إن كان ما في بطنها، أو إن كان حملها، ونحو ذلك.

فروع: لو ولدت خنثى دفع إليه الأقلّ، لأنّه المتيقن، بناءً على أنّه ليس طبيعةً ثالثة، مع احتمال عدم استحقاق شيءٍ لأنّه ليس أحد الأمرين.

ولو ولدت في الصورة الأولى ذكرين أو أنثيين أو هما معاً، ففي تحيّر الوارث في إعطاء نصيب الذكر لأيّهما شاء، ونصيب الأنثى لأيّتهما شاء، أو اشتراك الذكرين في الدرهمين والأنثيين في الدرهم، أو الإيقاف حتّى يصطلحا، أوجه أجودها الأول، لأنّ المستحقّ للوصية هو ذكر في بطنها أو أنثى في بطنها وهو صادق عليهما، فيكون تعيينه إلى الوارث كما في كلّ لفظ متواط. ولا يتوجّه هنا احتمال استحقاق كلّ واحد من الذكرين ما عيّن له وكلّ واحدة من الأنثيين كذلك، لأنّ الموصى له مفرد نكرة فلا يتناول ما زاد على واحد، بل كان بالنسبة إليهما متواطئاً، كما لو أوصى لأحد الشخصين أو لفقير ونحو ذلك.

قوله: «وتصحّ الوصية بالحمل . . . الخ».

المراد صحّة الوصية بالحمل الموجود في بطن أمه وبالمتجدّد. وقد تقدّم^(١) حكم الموجود، وإنّما أعاده ليرتب عليه قسيمه. والمراد بالمملوكة هنا ما يعمّ الأمة وغيرها من البهائم، وإن كان إطلاقها على الأمة أغلب، ولو فرض إرادة الأمة فهو تمثيل. ولا فرق في جواز الوصية بالمتجدّد من ذلك بين المضبوط بمدة كالتجدّد في هذه

ولو أوصى بخدمة عبد، أو ثمرة بستان، أو سكنى دار، أو غير ذلك من المنافع، على التأبید أو مدّة معيّنة، قوّمت المنفعة، فإن خرجت من الثلث، وإلا كان للموصى له ما يحتمله الثلث.

السنة أو عشر سنين أو عدد كأربعة، وبين المطلق والعامّ المتناول لجميع ما يتجدّد منها ما دامت حيّة. ولا في المضبوط بمدّة بين المتصل بالموت والمتأخّر كالسنة الفلانيّة من المتجدّد. والمراد بالعامّ المتناول لجميع المتجدّد ما استفيد من لفظ يدلّ عليه، كقوله كلّ حمل يتجدّد، أو كلّ ثمرة يتجدّد دائماً^(١)، ونحو ذلك.

ولو كانت الوصيّة باللفظ الذي ذكره المصنف كقوله: أوصيت بها تحمله، فهل تنزّل على العموم، أم تحمل على حمل واحد أو ثمرة واحدة؟ يبني على أنّ «ما» الموصولة هل تفيد العموم أم لا؟ وفيه خلاف بين الأصوليين، ومع الشكّ فالواحد معلوم والأصل فيما بعده عدم التبرّع به.

ويبقى فيه بحث آخر، وهو أنّ الحمل المتجدّد يدخل في هذه العبارة قطعاً، لأنّها بصيغة المضارع، وهل يدخل الموجود حال الوصيّة؟ يبني على أنّ المضارع هل هو مشترك بين الحال والاستقبال، أم يختصّ بأحدهما حقيقةً وهو في الآخر مجاز؟ فيه خلاف بين الأصوليين والنحويين، وعليه يتفرّع الحكم. والأقوى عدم دخول الموجود، للشكّ في تناوله للحال، ورجحان الاشتراك الموجب لعدم حمله على المعنيين على المختار عند الأصوليين. وبالجملة فالمسألة مشكلة المأخذ جدّاً.

قوله: «ولو أوصى بخدمة عبد أو ثمرة . . . الخ».

الغرض من ذلك بيان كيفية احتساب المنفعة من الثلث، فإن لم تكن المنفعة الموصى بها مؤبّدة فأمرها سهل، لأنّ العين تبقى لها قيمة معتبرة بعد إخراج تلك المنفعة، فإذا أوصى بمنفعة العبد مثلاً عشر سنين قوّم العبد بجميع منافعه، فإذا قيل: قيمته مائة دينار قوّم ثانياً مسلوب المنفعة تلك المدّة، فإذا قوّم كذلك بخمسين فالتفاوت خمسون يخرج من الثلث، بمعنى أنّه يعتبر أن يكون بيد الوارث مائة منها

(١) في «س» بدل «دائماً»: أو كلّ نهاء.

رقبة العبد وقيمتها في المثل خمسون .

وربما استشكل إخراج هذه المنافع من الثلث من حيث إنها متجددة بعد الموت، والمتجدد بعد الموت من زوائد التركة لا يحسب منها، ولا تقع مورثة بل يملكها الوارث، فكيف يحسب على الموصى له من الثلث المقتضي لكونها من التركة؟ وأجيب: بأن المحسوب من الثلث ليس هو نفس المنافع المتجددة، وإنما هو التفاوت بين القيمتين للعين منتفعاً بها ومسلوبة المنافع، أو مجموع قيمة العين كما سيأتي، وذلك مملوك للموصي ومعدود من تركته قطعاً إذ لا شبهة في كون تلك المنافع تنقص قيمة العين، وتختلف قيمتها باختلافها زيادة ونقصاناً، فذلك هو المحسوب، وإن كنا لا نقضي الدّين من المنافع المتجددة بعد الموت ولا نحسبها من جملة التركة .

وإن كانت المنفعة مؤبدة ففي تقويمها أوجه :

أحدها: تقويم العين بمنافعها وخروج مجموع القيمة من الثلث، لخروجها بسلب جميع منافعها عن التقويم فقد فات على الورثة جميع القيمة فكانت العين هي الفاتئة^(١)، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها، لأن مدة عمره غير معلومة وإذا تعذر تقويم المنافع تعين تقويم الرقبة .

وثانيها: إن الاعتبار ما بين قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوقة المنافع . وعلى هذا تحسب قيمة الرقبة من التركة، لأن الرقبة باقية للوارث يقدر على الانتفاع بها بالعتق لو كان مملوكاً - وهو غرض كبير^(٢) متقوم بالمال - ويبيعها من الموصى له أو مطلقاً، وهبتها، والوصية بها، فلا وجه لاحتسابها على الموصى له . ويمكن الانتفاع من البستان بما ينكسر من جذوعه ويبيس، ومن الدار بالآتما إذا خربت ولم يعمرها الموصى له . فحينئذ يقوم العبد مثلاً بمنفعته، فإذا قيل: مائة، ويقوم مسلوب المنفعة صالحاً للعتق وما ذكرناه، فإذا قيل: عشرة، علم أن قيمة المنفعة تسعون، فيعتبر أن

(١) في «س، ش»: القائمة .

(٢) في «و، م»: كثير .

وإذا أوصى بخدمة عبده مدّةً معيّنة فنفتته على الورثة، لأنها تابعة للملك.

يبقى مع الورثة ضعفها ومن جملته الرقبة بعشرة. وهذا هو الأصحّ.
وثالثها: أن يحتسب قيمة المنفعة من الثلث، ولا يحتسب قيمة الرقبة على أحد من الوارث ولا الموصى له، أمّا الموصى له فلائها ليست له، وأمّا الوارث فللحيلولة بينه وبينها وسلب قيمتها بسلب منافعتها فكأنّها تالفة. وهذا يتمّ مع فرض عدم القيمة للرقبة منفردة كبعض البهائم، وإلاّ فعدل^(١) الوسط ظاهر.
 إذا عرفت ذلك فيتفرّع على هذه الأوجه مسائل كثيرة:

منها: ما لو أوصى لرجل برقبته ولآخر بمنفعته، فإن قلنا: يعتبر من الثلث تمام القيمة، نظر فيما سواه من التركة وأعطى كلّ واحد حصّه كاملاً أو غير كامل. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة على الوارث إذا بقيت له حسب هنا كمال القيمة عليها، وإلاّ لم يحتسب^(٢) أيضاً على الموصى له بها، وتصحّ وصيّته من غير اعتبار الثلث.

ومنها: ما لو أوصى بالرقبة لرجل وأبقى المنفعة للورثة، فإن اعتبر من الثلث كمال القيمة لم تعتبر هذه الوصية من الثلث، لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا القيمة على الوارث حسبت هنا قيمة الرقبة على أهل الوصايا ويدخل في الثلث، وإلاّ فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث ولا تحسب قيمة الرقبة على الوصايا.^(٣)

قوله: «وإذا أوصى بخدمة عبده مدّةً معيّنة فنفتته على الورثة، لأنها تابعة للملك».

لا إشكال في وجوب النفقة على الوارث لو كان المنفعة مؤقّنة، لبقاء الرقبة على ملك الوراث، والنفقة تابعة للملك، ولم تخرج الرقبة عن كونها منتفعاً بها. وإنّما

(١) في «و» نسخة بدل: فقول الوسط.

(٢) في «س»: تحسب.

(٣) في «و» نسخة بدل بعد هذه الجملة: لذلك.

الكلام في نفقة المؤنّدة خدمته للموصى له، والمصنف لم يتعرّض لحكمه، وفي محلّ وجوب نفقته أوجه:

أحدها - وهو الاصح - : أنه الوارث كأول، لما ذكر من كونه المالك للرقبة، وهو مناط النفقة.

والثاني : أنه الموصى له، لكونه مالكا للمنفعة مؤنّداً فكان كالزوج، ولأنّ نفعه له فكان ضرره عليه كالمالك لهما جميعاً، ولأنّ إثبات المنفعة للموصى له والنفقة على الوارث إضرار به منفيّ .

والثالث : أنه بيت المال، لأنّ الوارث لا نفع له، والموصى له غير مالك، وبيت المال معدّ للمصالح وهذا منها .

ويضعّف الثاني بأن ملك المنفعة لا يستتبع النفقة شرعاً كالمستأجر. والقياس على الزوج باطل مع وجود الفارق، فإنّ الزوجة غير مملوكة، والنفقة في مقابلة التمكين في الاستمتاع لا في مقابلة المنافع. وثبوت الضرر بإيجابها على الوارث ممنوع، لانقضاءها مع اليسار وانقضاءها مع عدمه. وأمّا النفقة من بيت المال فمشروطة بعدم المالك المتمكّن، وهو هنا موجود.

واعلم أنه لا فرق بين العبد وغيره من الحيوانات المملوكة. وأمّا عمارة الدار الموصى بمنافعها، وسقي البستان وعمارته من حرث وغيره إذا أوصى بثماره، فإن تراضيا عليه أو تطوّع أحدهما به فذاك وليس للآخر منعه، وإن تنازعا لم يجبر أحد منهما، بخلاف نفقة الحيوان لحرمة الروح. ويحتمل طروراً الخلاف في العبارة وسائر المؤن، بناءً على وجوب ذلك على المالك حفظاً للمال. والفرق^(١) واضح. نعم، لو كانت المنفعة مؤقّنة أنّج وجوبها على المالك وإيجابها عليها حفظاً لماله عن الضياع،

(١) في هامش «و» : «وجه الفرق : أن المآلية هنا منتفية عن مالك الأصل بسبب سلب المنفعة، بخلاف ما لو كانت المنفعة له، لأنّ [تركه] (الكلمة غير واضحة في النسخة) العمل إذهاب للمال وتضييع فيمنع منه، وقد نبّه على الفرق فيما لو كانت المنفعة مؤقّنة. منه رحمه الله» .

وللموصى له التصرف في المنفعة . وللورثة التصرف في الرقبة ببيع وعتق وغيره ، ولا يبطل حق الموصى له بذلك .
ولو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب والنبل والحسبان إلا مع قرينة تدلّ على غيرها .

لأن منفعته به مترقبة إن أوجبنا إصلاح المال .

قوله : «وللموصى له التصرف في المنفعة . . . الخ» .

أما جواز تصرفهم في الرقبة في الجملة فظاهر ، لأنها ملكهم فيجوز التصرف فيها بالعتق مطلقاً ، إذ لا مانع منه بوجه . ولا يبطل حق الموصى له من المنافع كما كانت قبل العتق ، لأن حق الوارث هو الرقبة فلا يملك إسقاط حق الموصى له من المنافع . وليس للعتيق الرجوع على الوارث بشيء ، لأن تفويت المنافع عليه ليس من قبله .

وأما بيعه فإن كان المنفعة مؤقتة بوقت معلوم فجوازه واضح لعدم المانع ، كما يجوز بيع العبد المستأجر . وإن كانت مؤبدة ففي جوازه مطلقاً ، أو على الموصى له خاصةً ، أو المنع مطلقاً ، أوجه أجزؤها الجواز حيث تبقى له منفعة كالمملوك لإمكان عتقه ، وتحصيل الثواب به أعظم المنافع ، ولأنه يتوقع استحقاق الأرض بالجنابة عليه أو الحصّة منه ، وقد تقدّم^(١) في بيع المعمر ما يحقق موضع النزاع ويرجح الجواز . ولو لم يبق له منفعة كبعض البهائم فالمنع أجود ، لانتهاء المالية عنه بسلب المنافع كالحشرات .

نعم ، لو أوصى بنتاج الماشية مؤبداً صحّ بيعها ، لبقاء بعض المنافع والفوائد كالصوف واللبن والظهر . وإنما الكلام فيما استغرقت الوصية قيمته .

قوله : «ولو أوصى له بقوس انصرف إلى قوس النشاب والنبل والحسبان إلا مع قرينة تدلّ على غيرها» .

اسم القوس يطلق على العربية وهي التي ترمى بها النبل وهي السهام العربية ، وعلى الفارسية وهي التي يرمى بها النشاب ، وعلى القسي التي لها مجرى ينفذ فيها

السهم الصغار وتسمى الحُسبان، وعلى الجلاهدق وهي ما يرمى بها البندق، وعلى قوس الندف. والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة، فإذا قال: أعطوه قوساً، حمل على أحدها دون الجلاهدق وقوس الندف. هكذا أطلقه المصنف والأكثر.

وقال ابن إدريس: تتخیر الورثة في إعطاء ما شاءوا من الخمس، لأن اسم القوس يقع على كل واحد منها ولا دليل للتخصيص.^(١)

وفي كل واحد من القولين نظر، لأن الذهاب إلى التخيير بين الثلاثة يعترف باطلاق اسم القوس على الخمسة ولكنه يدعي غلبته في الثلاثة عرفاً، وذلك يقتضي في الثلاثة اتباع العرف في ذلك، وهو يختلف باختلاف الأوقات والأصقاع. ولا ريب في أن المتبادر في زماننا هو القوس العربية خاصة، وقوس الحُسبان لا يكاد يعرفه أكثر الناس، ولا ينصرف إليه فهم أحد من أهل العرف فمساواته للأولين بعيدة، ونظر ابن إدريس إلى الإطلاق اللغوي جيد لكن العرف مقدم عليه.

والأقوى أنه إن وجدت قرينة تخصص أحدها حمل عليه، مثل أن يقول: أعطوه قوساً يندف به أو يتعيش به وشبهه، فينصرف إلى قوس الندف، أو: يغزوها، فيخرج قوس الندف والبندق إذا لم يكن معتاداً في الغزو^(٢). وإن انتفت القرائن أتبع عرف بلد الموصي، فإن تعدد تخير الوارث. ولو قال: أعطوه ما يسمى قوساً، ففي تخيره بين الخمسة أو بقاء الأشكال كالأول وجهان أجودهما الأول.

إذا تقرر ذلك: فالواجب إعطاء ما يطلق عليه اسمه عرفاً، وهو يتحقق بدون الوتر على الظاهر. وقيل: لا، لأن المقصود منه لا يتم إلا به فهو كالفص بالنسبة إلى الخاتم، والغلاف بالنسبة إلى السيف، بل أولى، لأنه بدونه بمنزلة العصا. والأجود الرجوع إلى العرف أو القرينة، وبدونه لا يدخل.

(١) السرائر ٣: ٢٠٥ - ٢٠٦.

(٢) في ٥، س، ش: العرف.

وكلّ لفظ وقع على أشياء وقوعاً متساوياً فللورثة الخيار في تعيين ما شاءوا منها.

قوله: «وكلّ لفظٍ وقع على أشياء وقوعاً متساوياً فللورثة الخيار في تعيين ما شاءوا منها».

هذا كالتّمّة لما سبق مع إفادة قاعدة كلىّة، فإنّ لفظ القوس يطلق على أشياء متعدّدة على القولين، فيتخيّر الورثة في إعطاء ما شاءوا ممّا ينصرف إليه اللفظ من الثلاثة والخمسة وغيرها. وهذا اللفظ وإن كان يعطي القاعدة في غير هذه المسألة إلاّ أنّه بتوسّطه بين أحكام القوس يرشد إلى تخصيصه بمسألته، وإن كان حكمه على الاطلاق صحيحاً أيضاً.

والكلىّة متناولة للفظ المشترك، لأنّه هو اللفظ الواحد الواقع على أشياء متعدّدة، وفي حكمه المتواطئ فإنّ الوارث يتخيّر في أفراده الداخلة تحت معناه. ويمكن إدخاله في العبارة بجعل الأشياء الواقع عليها اللفظ أعمّ من كونها داخلة تحته بغير واسطة وهو المشترك، أو بواسطة المعنى الواحد وهو المتواطئ، وهذا أعمّ فائدة. وفي عبارة العلامة^(١) تصريح ببارادته على ما فيه من التكلّف.

والحاصل: أنّ الموصي بلفظ يقع على أشياء وقوعاً متساوياً - إمّا لكونه متواطئاً، بأن تكون الوصيّة بلفظ له معنى، وذلك المعنى يقع على أشياء متعدّدة كالعبد، أو لكونه مشتركاً بين معانٍ متعدّدة كالقوس - فإنّ للورثة الخيار في تعيين ما شاءوا. أمّا في المتواطئ فلأنّ الوصيّة به وصيّة بالماهية الكلىّة، وخصوصيات الأفراد غير مقصودة له إلاّ تبعاً، فيتخيّر الوارث في تعيين أيّ فرد شاء، لوجود متعلّق الوصيّة في جميع الأفراد. وأمّا المشترك فلأنّ متعلّق الوصيّة هو الاسم، وهو صادق على المعاني المتعدّدة حقيقةً، فيتخيّر الوارث أيضاً. وربّما قيل في المشترك بالقرعة. وهو بعيد.

أما لو قال: أعطوه قوسي، ولا قوس له إلا واحدة انصرفت الوصية إليها من أي الأجناس كانت.

ولو أوصى برأس من مملكه كان الخيار في التعيين إلى الورثة. ويجوز أن يعطوا صغيراً أو كبيراً، صحيحاً أو معيباً.

قوله: «أما لو قال: أعطوه قوسي، ولا قوس له إلا واحدة انصرفت الوصية إليها من أي الأجناس كانت».

هذا تتمه حكم الوصية بالقوس، وحاصله: أن التخيير بين الثلاثة والخمسة إنما هو مع إطلاقه إعطاء القوس من غير أن يضيفه إلى نفسه، فإنه في نفسه مشترك متعدّد. أما لو قال: أعطوه قوسي، وليس له إلا أحدها انصرفت الوصية إليه، من أي نوع كان، لتقيده بالاضافة. ولو فرض مع قوله: أعطوه قوسي أن له قسماً متعدّدة فكالسابق في التخيير، لكن يزيد هنا أن الحكم مختصّ بما لو كان له من كل نوع، فلو كان له من نوعين خاصّةً أو ثلاثة، فإن كان أحدها خاصّةً من الغالب حمل عليه، وإن اشتركت في الغلبة تخير الوارث. وإن تعدّد الغالب مع وجود غيره، كما لو كان له قوس ندف^(١) وقوس نبل وقوس حُسبان، تخير في الأخيرين خاصّةً. ولو لم يكن له إلا قوس ندف وجلاهدق خاصّةً ففي التخيير بينهما، أو الانصراف إلى الجلاهدق لأنه أغلب، وجهان، وعلى ما اخترناه من مراعاة العرف يرجع إليه هنا.

واعلم: أن القوس مما يجوز تذكيره وتأنيثه لغةً سماعاً، ذكره جماعة^(٢) من أهل اللغة، فلذلك أنه المصنف وذكره غيره.

قوله: «ولو أوصى برأس من مملكه كان الخيار في التعيين إلى الورثة

... الخ».

المملوك من الألفاظ المتواطية بالنظر إلى ما تحت معناه من الأفراد، يشمل الذكر والأنثى والخنثى، والصغير والكبير، والصحيح والمعيب، والمسلم والكافر،

(١) في «و»: بندق، نسخة.

(٢) الصحاح ٣: ٩٦٧، لسان العرب ٦: ١٨٥.

ولو هلك مماليكه بعد وفاته إلاً واحداً تعين للعطية. فإن ماتوا بطلت الوصية. فإن قتلوا لم تبطل، وكان للورثة أن يعينوا له مَنْ شاءوا. أو يدفعوا قيمته إن صارت إليهم، وإلاً أخذها من الجاني.

فيختار الوارث في إعطاء أيها شاء، لوقوع اسمه على كل واحدٍ منها. وإنما اجتزأ هنا بالمعيب مع إطلاق الموصي ولم يحمل عليه في التوكيل في البيع ونحوه لأن عقود المعاوضات مبنية على المكاسة^(١)، ويطلب فيها حفظ المالية، بخلاف الوصية فإنها تبرع محض فتتبع اللفظ وإن فات بعض المالية. وإنما يتخير الوارث مع وجود المتعدد في التركة، وإلاً تعين الموجود. ولو لم يوجد له مملوك بطلت. وهل المعتبر بالموجود عند الوصية أو الموت؟ وجهان أجودهما الثاني، لأنه وقت الحكم بالانتقال وعدمه كما اعتبر المال حينئذ. ووجه الأول إضافة المالك إليه المقتضية لوجود المضاف.

قوله: «ولو هلك مماليكه بعد وفاته . . . الخ».

المراد بهلاكهم موتهم، لا ما يعم قتلهم، وإن كان اللفظ أعم، إذ لو قتلوا إلاً واحداً لم يتعين للوصية، لأن المقتول بمنزلة الموجود، ومن ثم لم تبطل الوصية بقتل الجميع، فيختار الوارث في تعيين مَنْ شاء من الحي والمقتول.

ووجه البطلان مع موت الجميع فوات متعلق الوصية بموتهم، بخلاف القتل لبقاء المالية بثبوت القيمة على القاتل وهو بدل عن العين فكانت للموصى له.

والنفيدهم بهلاكهم بعد الوفاة لإدراج باقي الأقسام فيه بغير إشكال، فإن قتلهم في حال حياته موضع خلاف في بطلان الوصية، من حيث فوات متعلق الوصية، ومن بقاء البدل وهو القيمة، وإن كان الأصح عدم البطلان. وأما الهلاك بالموت فلا فرق بين وقوعه في حياته وبعد موته في البطلان إن استوعب، والصحة ما بقي واحداً، فتقيده ببعديّة الوفاة لا وجه له.

واعلم: أن الحكم بعدم البطلان لو قتلوا بعد الوفاة واضح على تقدير سبق

(١) في «س»: المكاسة.

وتثبت الوصية بشاهدين مسلمين عدلين، ومع الضرورة وعدم عدول المسلمين تقبل شهادة أهل الذمة خاصة.

القبول القتل، أو على القول بكون القبول كاشفاً عن سبق الملك بالموت، أو بالرعاية. أما على القول بأنها لا تملك إلا بالقبول فقول: إنها تبطل كالموت، لفوات محل الوصية قبل ملكه، كذا فصله العلامة في التذكرة^(١). وهذا إنما يتم على القول بأنهم لو قتلوا حال الحياة بطلت أيضاً، أما لو قلنا بعدم البطلان حينئذ فعدمه لو قتلوا بعد الوفاة على جميع التقادير بطريق أولى، لتعلق حقه بهم في الجملة وإن لم يتم، بخلافه حال الحياة لعدم تصوّر ملك الموصى له حينئذ. قوله: «وتثبت الوصية بشاهدين . . . الخ».

لا شبهة في ثبوتها بشهادة شاهدين مسلمين عدلين، لأن ذلك مما يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثني مما يتوقّف على أربعة، وحكم الوصية أخفّ من غيرها، ومن ثمّ قبل فيها شهادة المرأة الواحدة على بعض الوجوه، وشهادة أهل الذمة كذلك. ولا فرق في قبولها بها بين كونها بهال وولاية.

ومع عدم وجود عدول المسلمين تقبل شهادة عدول أهل الذمة بالمال، للآية^(٢) والرواية^(٣)، ودعوى نسخها لم تثبت. والآية تضمّنت اشتراط قبولها بالسفر، وتحليفها بعد الصلاة قائلين: ﴿لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين﴾، وذلك إذا ارتاب ولي الميت في شهادتها، وأنه إن عثر على أنها شهدا بالباطل فليس له نقض شهادتها حتّى يجي شاهدان فيقومان مقام الشاهدين الأولين ﴿فيقسان بالله لشهادتنا أحقّ من شهادتها وما اعتدينا إنا إذا لمن الظالمين﴾^(٤). وأكثر الأصحاب - ومنهم المصنف - لم يعتبروا السفر وجعلوه خارجاً مخرج

(١) التذكرة ٢ : ٤٨٦ .

(٢) المائدة : ١٠٦ .

(٣) راجع الوسائل ١٣ : ٣٩٠ ب (٢٠) من كتاب الوصايا .

(٤) المائدة : ١٠٧ .

وتقبل في الوصية بالمال شهادة واحدٍ مع اليمين، أو شاهد وامرأتين .

الغالب، ولا الحلف، وأوجه العلامة^(١) بعد القصر^(٢) بصورة الآية، وهو حسن، لعدم ظهور المسقط . ويمكن استنادهم في عدم اشتراط السفر إلى موثقة هشام بن الحكم عن أبي عبد الله - عليه السلام - في قوله تعالى: ﴿أو آخران من غيركم﴾ قال: «إذا كان الرجل في بلد ليس فيها مسلم جازت شهادة مَنْ ليس بمسلم على الوصية»^(٣) فإنها متناولة باطلاقها للحضر والسفر.

ولو وجد مسلمان فاسقان فالذميّان. العدلان أولى، للآية . أما المسلمان المجهولان فينبى على اعتبار ظهور العدالة كما هو المشهور، أو الحكم بها ما لم يظهر خلافها كما ذهب إليه جماعة من الأصحاب ، فعلى الثاني لا ريب في تقديم المستور من المسلمين، لأنه عدل . وعلى الأول ففي تقديمه على عدل أهل الذمة وجهان، واختار العلامة^(٤) تقديم المسلمين، بل قدّم الفاسقين إذا كان فسقهما بغير الكذب والخيانة . وفيه نظر .

قوله: «وتقبل في الوصية بالمال - إلى قوله - وامرأتين» .

الحكم فيهما موضع وفاق، لأن الضابط الكلي ثبوت المال مطلقاً بذلك، والوصية بالمال من أفرادهِ . وقد دلّ قوله تعالى: ﴿فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾^(٥) على الاكتفاء برجل وامرأتين . ولا خلاف عندنا في الاكتفاء بالشاهد مع

(١) لم نعثر على تصريح منه بذلك . ولعل منشأ إسناده اليه نقله الرواية المتضمنة لذلك في التذكرة ٢ : ٥٢١ من دون تعليق . ويحتمل حصول الاشتباه بين كلامه ومتن الرواية وهي الحديث «٦» من الباب .

(٢) في «س، و، م» : العصر .

(٣) الكافي ٧ : ٤ ح ٣ ، التهذيب ٩ : ١٨٠ ح ٧٢٥ ، والوسائل ١٣ : ٣٩١ ب «٢٠» من كتاب الوصايا ح ٤ . والآية في سورة المائدة : ١٠٦ .

(٤) التذكرة ٢ : ٥٢٢ .

(٥) البقرة : ٢٨٢ .

ويقبل شهادة الواحدة في ربع ما شهدت به ، وشهادة اثنتين في النصف ، وثلاث في ثلاثة الأرباع ، وشهادة الأربع في الجميع .

اليمين ، وهو ثابت في السنة^(١) عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ . وسيأتي إن شاء الله تعالى .

قوله : «وتقبل شهادة الواحدة . . . الخ» .

هذا أيضاً موضع وفاق بين الأصحاب ، ورووه^(٢) عن الصادق^(٣) - عليه السلام - وعن أمير المؤمنين^(٤) عليه السلام . ولا يخفى أن ذلك مع عدالة النساء كما هو المعتبر في كل شهادة .

ولا يتوقف ثبوت ما ذكر بشهادتهن على اليمين ، لإطلاق النص ، فلو اعتبر لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ، ولا بعد فيه بعد ثبوته بالنص ، وإن كان مخالفاً لحكم غيره من الحقوق فإنها مختلفة بحسب الشهادة اختلافاً كثيراً . واختار العلامة في التذكرة^(٥) توقف الحكم في جميع الأقسام على اليمين ، كما في شهادة الواحد . وفيه : أن اليمين مع شهادة الواحد يوجب ثبوت الجميع ، فلا يلزم مثله في البعض . ولو فرض انضمام اليمين إلى الاثنتين أو الثلاث ثبت الجميع ، لقيامهما^(٦) مقام الرجل ، أما الواحدة فلا يثبت بها سوى الربع مطلقاً .

ولو شهد رجل واحد ففي ثبوت النصف بشهادته من غير يمين ، نظراً إلى قيام شهادته مقام اثنتين^(٧) ، أو الربع خاصة ، لأنه المتيقن من حيث إنه لا يقصر عن المرأة ، أو سقوط شهادته أصلاً ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، أوجه أوسطها الوسط . والحنثى كالمرأة على الأقوى ، مع احتمال سقوطها هنا لما ذكر في الرجل الواحد .

(١) لاحظ الوسائل ١٨ : ١٩٢ ب «١٤» من أبواب كيفية الحكم .

(٢) في «ب» : في الصحيح .

(٣ و ٤) راجع الوسائل ١٣ : ٣٩٥ ب «٢٢» من كتاب الوصايا .

(٥) التذكرة ٢ : ٥٢٢ .

(٦) كذا في «و» ، ب وفي غيرهما : لقيامها .

(٧) في «س» : اثنتين .

ولا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك. وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد، أظهره المنع.

واعلم: أن المرأة الواحدة لو علمت بالحال فأضعفت المال حتى صار ربه قدر الموصى به ليثبت الجميع قبل ظاهراً، واستباحه الموصى له مع علمه بالوصية أو جهله بكذبها في الزيادة لا بدونه، ولكن لا يجوز لها تضعيفه لذلك للكذب. ولا يشترط في قبول شهادة المرأة هنا تعذر الرجال عملاً بالعموم، خلافاً لابن إدريس^(١) وقبله ابن الجنيد^(٢).

قوله: «ولا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين . . . الخ».

لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء منفردات في الولاية، لأنها ليست وصية بهال بل هي تسلط على تصرف فيه، ولا مما يخفى على الرجال غالباً، وذلك ضابط محل قبول شهادتهن منفردات.

وأما ثبوتها بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردد فيه المصنف ثم استظهر المنع. وهو واضح، لأن ضابطه ما كان من حقوق الأدمي مالا أو المقصود منه المال، وولاية الوصاية ليست أحدهما. ووجه تردده مما ذكرناه، ومن أنها قد تتضمن المال، كما إذا أراد أخذ الأجرة أو الأكل بالمعروف بشرطه، ولما فيه من الارقاق والتيسير فيكون مراداً للآية^(٣) والرواية^(٤).

ولا يخفى ما فيه، وقد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ولا تردد، ووافقهم المصنف في مختصر^(٥) الكتاب على القطع، وأبدل هذا التردد بالتردد

(١) السرائر ٢: ١٣٨.

(٢) لم نعر عليه ونسبه في الدروس: ١٩٥ الى ظاهر ابن البراج وهو صريح كلامه في المهذب ٢: ١٢٠ و ٥٥٩.

(٣) لعل المراد بها قوله تعالى: ﴿انما يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ البقرة: ١٨٥.

(٤) لعل المراد بها الاطلاقات الواردة في قبول الشاهد مع اليمين لاحظ الوسائل ١٨: ١٩٢ ب ١٤٤ من أبواب كيفية الحكم.

(٥) المختصر النافع: ١٦٧.

ولو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته أنه منه، ثم مات فأعتقا وشهدا بذلك، قبلت شهادتهما ولا يسترقهما الموارء. وقيل: يكره. وهو أشبه.

في ثبوت الوصية بالمال بشاهد ويمين، وكلاهما كالمستغنى عنه، للاتفاق على الحكم والقاعدة المفيدة للحكم فيهما.

قوله: «ولو أشهد إنسان . . . الخ».

الأصل في هذه المسألة ما رواه الحلبي في الصحيح عن أبي عبد الله - عليه السلام - في رجل مات وترك جارية ومملوكين، فورثهما أخ له فأعتق العبدین وولدت الجارية غلاماً، فشهدا بعد العتق أن مولاها كان أشهدهما أنه كان يقع على الجارية وأن الحبل منه، قال: «يجوز شهادتهما، ويردّان عبدين كما كانا»^(١).

وهذه الرواية مبنية إما على قبول شهادة المملوك مطلقاً أو على مولاها، لأنهما بشهادتهما للولد والحكم بها صاراً رقاً له، لتبين أن معتقهما لم يكن وارثاً، أو على أن المعتبر حرّيتهما حال الشهادة وإن ظهر خلافها بعد ذلك، أو على أن الشهادة للمولى^(٢) لا عليه فتقبل، كما هو أحد الأقوال في المسألة. وفيه: أن الحكم بكون الولد مولىً موقوف على شهادتهما، فلو توقفت شهادتهما على كونه مولىً لتكون الشهادة له، دار. والشيخ^(٣) - رحمه الله - خصّ الحكم بالوصية، فإن أمرها أخفّ من غيرها من الحقوق، كما قبلت فيها شهادة أهل الكتاب. وكيف كان فلا سبيل إلى ردّ الرواية الصحيحة المقترنة بعمل الأصحاب.

إذا تقرّر ذلك وحكم ببنوة الولد عادداً رقاً، لتبين وقوع العتق من غير المالك. ويكره له استرقاقهما، لأنها كانا سبباً في حرّيته بعد الرقية فلا يكون سبباً في رقيتهما بعد

(١) التهذيب ٩: ٢٢٢ ح ٨٧١، الاستبصار ٤: ١٣٦ ح ٥١١، الوسائل ١٣: ٤٦١ ب (٧١)

من كتاب الوصايا ح ٢.

(٢) في (٤٥): على المولى.

(٣) النهاية: ٣٣١.

ولا تقبل شهادة الوصي فيما هو وصي فيه، ولا ما يجربه نفعاً أو يستفيد منه ولاية.

الحرية. وقيل: لا يجوز له استرقاقها، لرواية داود بن فرقد^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام. والأصح الكراهة.

ومعنى كراهة استرقاقها استحباب عتقها لابتائزها على العتق الأول، والذي اشتملت عليه رواية داود أن مولاها أعتقها وأشهدها على أن الحمل منه، فشهدا بالأمرين معاً بعد عتقها، فقال: «تجوز شهادتها، ولا يسترقها الغلام الذي شهدا له، لأنهما أثبتنا نسبه». وبمضمون هذه الرواية فرض العلامة المسألة في القواعد^(٢). وعليه لا يفتقر إلى تجديد العتق، لأنها بزعمهما معتقان، وإن كان العتق^(٣) أولى، لعدم ثبوته بشهادتها.

وأما ما فرضه المصنف تبعاً لرواية الحلبي فلا تعرّض فيه لتحريم استرقاقها ولا لكراهته، إلا أن تعليل الرواية الأخرى يقتضيه، فإن إثبات نسبه بهما متحقق على التقديرين. وطريق الجمع بين الروایتين حمل ذلك النهي على الكراهة، وإلا فشهادتها بعق المولى لها شهادة لأنفسهما على المولى فلا تسمع. قوله: «ولا تقبل شهادة الوصي... الخ».

الضابط: أن شهادته متى كانت لنفسه منها حظٌ لم تقبل، ويتحقق ذلك

بأمور:

منها: أن يشهد فيما هو وصي فيه، بأن يجعله وصياً على مالٍ معينٍ فينازعه فيه

منازع، فيشهد به للموصي.

ومنها: أن يجربه نفعاً، بأن جعله وصياً في تفرقة ثلثه فشهد بهال للمورث، فانه

يجربه نفعاً باعتبار زيادة الثلث.

(١) الكافي ٧: ٢٠ ح ١٦، الفقيه ٤: ١٥٧ ح ٥٤٤، التهذيب ٩: ٢٢٢ ح ٨٧٠، الاستبصار

٤: ١٣٦ ح ٥١٢، والوسائل ١٣: ٤٦٠ ب «٧١» من كتاب الوصايا ح ١.

(٢) القواعد ١: ٣٥٥.

(٣) لم ترد العتق إلا في الحجريتين. والظاهر أنه الصحيح. وفي «ب» و«هـ» العمل.

ولو كان وصياً في إخراج مال معين، فشهد للميت بما يخرج به ذلك المال من الثلث، لم يقبل.

ومنها: أن يجعله وصياً على ولده الصغير فيشهد للولد بهال، فإنه يستفيد به ولايةً على المال. ولو انتفت التهمة قبّلت، كما لو جعله وصياً على أملاك الأطفال فشهد لهم بدين، أو على الصدقة بهال معين أو بغلّة ملك معين فشهد للوارث بحق آخر للمورث، ونحو ذلك.

والمنع من قبول شهادة الوصي كذلك هو المشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفاً إلا ابن الجنيد، فإنه قال: «شهادة الوصي جائزة لليتيم في حجره وإن كان هو المخاصم للطفل، ولم يكن بينه وبين المشهود عليه ما يردّ شهادته عليه»^(١) ومال إليه الفاضل^(٢) المقداد في شرحه. ولا بأس بهذا القول، لبعده هذه التهمة من العدل حيث إنه ليس بهالك، وربما لم يكن له أجره على عمله في كثير من الموارد، إلا أن العمل بالمشهور متعين.

واعلم: أنه يجوز قراءة «تجرّ» بالتاء، بعود الضمير المستكنّ فيه إلى الشهادة، وبالياء بعوده إلى الوصي، وأنّ المانع من قبول شهادته التهمة بجرّ النفع كما ذكر، فلو ادّعى مدّعي الوصاية ولم تثبت وصايته، لعدم البيّنة الموجبة له، لم يقدح ذلك في شهادته وإن كان وصياً بزعمه، لعدم التهمة بانتفاء ولايته ظاهراً. قوله: «ولو كان وصياً في إخراج مال معين . . . الخ».

هذا من فروع المسألة السابقة، فإنه يجزّ بشهادته نفعاً لنفسه باخراج مجموع ذلك المال بشهادته من الثلث بعد أن كان بعضه مردوداً، كما لو أوصى إليه باخراج ألف درهم والتركة ظاهراً ألفان، فشهد الوصي أن للميت على أحد ألفاً مثلاً، فإن قبول هذه الشهادة يستلزم إخراج الألف المجعول وصياً فيها من الثلث ونفوذ الوصية فلا تقبل.

ولا يشترط في المنع خروج جميع ما أوصى به إليه من الثلث، بل متى كان

(١) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٧٢٧.

(٢) راجع التنقيح الرائع ٢: ٤١٩.

مسائل أربع :

«الأولى» : إذا أوصى بعق عبده وليس له سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة . ولو رتبهم أعتق الأول فالأول حتى يستوفي الثلث . وتبطل الوصية فيمن بقي . ولو أوصى بعق عدد مخصوص من عبده استخرج ذلك العدد بالقرعة . وقيل : يجوز للورثة أن يتخيروا بقدر ذلك العدد ، والقرعة على الاستحباب . وهو حسن .

الثلث قاصراً عن الوصية ولم يجز الوارث فشهادة الوصي ببال للميت مردودة وإن قل ، لأن زيادة المال توجب زيادة النافذ من الموصى به وإن لم ينفذ جميعه . واعلم : أنه لو عطف هذه المسألة على ما قبلها بالفاء كان أجود .
قوله : «إذا أوصى بعق عبده . . . الخ» .

المراد بعق ثلثهم بالقرعة تعديلهم أثلاثاً بالقيمة ثم إيقاع القرعة بينهم ، ويعتق الثلث الذي أخرجته القرعة . ولو توقّف التعديل على إدخال جزء من أحدهم فعل ، فإن خرج الثلث الذي فيه الجزء عتق من العبد بحسابه ويسعى في باقي قيمته ، كما هو في كل مبعوض .

وإنما لم نحكم بعق ثلث كل واحد - مع أن كل واحد منهم بمنزلة الموصى له ، وقد حكم فيما سلف بأن الوصايا إذا وقعت دفعة قسّط عليها الثلث بالنسبة - لما ورد من فعل^(١) النبي صلى الله عليه وآله وسلم في القرعة بين ستة عبید أعتقهم مولاهم عند موته ولم يكن له غيرهم ، فجزأهم أثلاثاً ثم أفرع بينهم . وأيضاً فإن عتق بعض كل واحد يوجب الإضرار بالوارث ، حيث يوجب سعي كل واحد في باقيه فيلزم عتق جميعهم .

ولو رتبهم في الوصية بدئاً بالأول فالأول إلى أن يستوفي الثلث ولو في بعض عبد . هذا كله إذا لم يجز الوارث ، وإنما تركه لظهوره .

قوله : «ولو أوصى بعق عددٍ مخصوص . . . الخ» .

(١) عوالي اللثالي ١ : ٤٥٦ ح ١٩٦ ، مستدرک الوسائل ١٤ : ١٠٤ ب (١٦) من كتاب الوصايا ٣ ، وراجع أيضاً السنن الكبرى للبيهقي ١٠ : ٢٨٥ .

«الثانية»: لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً وليس له سواه، قيل: عتق كله. وقيل: ينعتق ثلثه، ويسعى للورثة في باقي قيمته. وهو أشهر. ولو أعتق ثلثه سعى في باقيه. ولو كان له مال غيره أعتق الباقي من ثلث تركته.

«الثالثة»: لو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب. فان لم يجد أعتق مَنْ لا يعرف بنصب.

وجه القرعة: أن العتق حق للمعتق، ولا ترجيح فيه لبعضهم على بعض، فوجب التوصل إليه بالقرعة. ووجه ما اختاره المصنف: أن متعلق الوصية متواطئ، فيتخير في تعيينه الوارث كغيره، ولأن المتبادر من اللفظ الاكتفاء بأي عدد كان من الجميع. وهذا أقوى وإن كانت القرعة أعدل. قوله: «لو أعتق مملوكه . . . الخ».

هذه المسألة جزئية من جزئيات منجزات المريض، وسيأتي^(١) البحث فيها وتحرير محل الخلاف وبين الراجح، وإنما فصلها هنا ليرتب عليها باقي المسألة. قوله: «ولو أعتق ثلثه سعى في باقيه . . . الخ».

المراد بسعيه في باقيه في كل موضع يصير بعضه حراً دفع جميع ما يكتسبه فاضلاً عن مؤنته بعد ذلك في فك باقيه لا بنصيب الحرية خاصة.

ولو كان للمعتق مال غيره فاضل عن المستثنيات في الدين سرى عليه في ثلث ذلك الفاضل لا من الأصل، لأن سبب السراية وهو العتق وقع في حال المرض واعتبر من الثلث، فيكون مسببه كذلك. وخصه بالذكر لئلا يتوهم أن العتق بالسراية قهري فيكون من الأصل. ودفع الوهم بما ذكرناه من أن مختار السبب كمختار المسبب. ولا يخلو من نظر.

قوله: «لو أوصى بعتق رقبة مؤمنة . . . الخ».

ولو ظنّها مؤمنة فأعتقها، ثم بانّت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصي.

المراد بالمؤمنة هنا الايمان الخاصّ، وهو أن يعتقد اعتقاد الإماميّة، بقرينة قوله: «أعتق مَنْ لا يعرف بنصب» مع أنّ من كان كذلك قد يكون مؤمناً بالمعنى الأعمّ. وأيضاً فذلك هو المتعارف بين فقهاءنا، فكأنّه حقيقة عرفيّة، وقد حقّقناه في باب الوقف^(١).

ولا ريب في وجوب تحرّي الوصف مع الإمكان، وفاءً بالوصيّة الواجب إنفاذها، وحذراً من تبديلها المنهيّ عنه^(٢). فإن لم يجد مؤمناً قال المصنف وقبّله^(٣) الشيخ: «أعتق مَنْ لا يعرف بنصب» من أصناف المخالفين. والمستند رواية عليّ بن أبي حمزة، عن أبي الحسن - عليه السلام - قال: «سألته عن رجلٍ أوصى بثلاثين ديناراً يعتق بها رجل من أصحابنا، فلم يوجد، قال: يشتري من الناس فيعتق»^(٤).

وفي السند ضعف بعليّ بن أبي حمزة، فالحكم بها - مع مخالفته مقتضى الوصيّة - ضعيف. ومع ذلك فليس في الرواية تقييد بعدم النصب، لكن اعتبره الجماعة نظراً إلى أنّ الناصبيّ كافر، وعتق الكافر غير صحيح، فالقيد من خارج. ويلزم على ذلك اعتبار عدم الكفر مطلقاً، فإنّ عدم النصب أعمّ من عدم الكفر، لجواز وجوده في ضمن غيره من الفرق الاسلاميّة المحكوم بكفرها فضلاً عن غيرها. والأقوى أنّه لا يجزي غير المؤمنة مطلقاً، فيتوقّع المكنة.

قوله: «ولو ظنّها مؤمنة فأعتقها، ثم بانّت بخلاف ذلك، أجزأت عن الموصي».

وذلك لأنّه متعبّد في ذلك بالظاهر لا بما في نفس الأمر، إذ لا يطّلع على السرائر

(١) في ج٥: ٣٣٧.

(٢) البقرة: ١٨١.

(٣) النهاية: ٦١٦.

(٤) الكافي: ٧: ١٨ ح ٩، الفقيه: ٤: ١٥٩ ح ٥٥٣، التهذيب: ٩: ٢٢٠ ح ٨٦٣، والوسائل: ١٣:

٤٦٢ ب «٧٣» من كتاب الوصايا ح ١.

«الرابعة»: لو أوصى بعق رقبة بثمان معين، فلم يجد به لم يجب شراؤها، وتوقع وجودها بما عين له. ولو وجدها بأقل اشتراها وأعتقها ودفع إليها ما بقي.

إلا الله، فقد امثل الأمر وهو يقتضي الإجزاء. ولا فرق في ذلك بين استناده في إيمانها إلى إخبارها أو إخبار مَنْ يثبت بقوله ذلك.

قوله: «لو أوصى بعق رقبة بثمان معين . . . الخ».

المراد بقوله: «فلم يجد به» أنه وجد ولكن بأكثر من ذلك الثمن المعين، بقريئة ما ذكره في قسيمه بقوله: «ولو وجد بأقل». ويستفاد من قوله: «لم يجب شراؤها» أنها موجودة، وإلا كان قوله: «فلم يجد» شاملاً لما لو لم يوجد أصلاً أو وجد بأزيد.

وعدم وجوب الشراء بأزيد واضح، لانتفاء المقتضي له، وحينئذ فيتوقع إمكان الشراء به، فإن يش منه ففي بطلان الوصية، أو صرفه في البر، أو شراء شقص به فإن تعذر فأحد الأمرين، أوجه أجودها الأخير، لأن شراء الشقص أقرب إلى مراد الموصي من عدمه، ولعموم: «فأتوا منه ما استطعتم»^(١)، ولخروج المال عن الوارث بالموت فلا يعود، ووجوه البر مصرف مثل ذلك، وقد تقدم^(٢) له نظائر. ووجه البطلان تعذر الموصى به، ولا دليل على وجوب غيره، ونفى عنه في التذكرة^(٣) البأس، وقد ظهر جوابه.

وأما وجوب الشراء بأدون لو وجد وإعطاء الباقي فلرواية سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: سألت عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة بخمسمائة درهم من ثلثه، فاشترى نسمة بأقل من خمسمائة درهم، وفضلت فضلة فما ترى؟ قال:

(١) مسند أحمد ٢: ٤٢٨، السنن الكبرى للبيهقي ٤: ٣٢٦. وراجع أيضاً عوالي اللثالي ٤: ٥٨

ح ٢٠٦.

(٢) تقدم نظيره في ص: ١٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ٤٩١.

تدفع الفضلة إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثم تعتق عن الميت^(١).
 والرواية - مع ضعف سندها بساعة - دلّت على أجزاء الناقصة وإن أمكنت
 المطابقة، لأنه لم يستفصل فيها هل كانت المطابقة ممكنة أم لا؟ وترك الاستفصال من
 وجوه العموم، إلا أن الأصحاب نزلوها على تعذر الشراء بالقدر، ولا بأس بذلك مع
 اليأس من العمل بمقتضى الوصية، لوجوب تنفيذها بحسب الامكان. وإعطاء
 النسمة الزايد صرف له في وجوه البرّ، وهو محلّه حينئذ، وتبقى الرواية شاهداً إن لم
 تكن حجّة، لأنّ ساعة وإن كان واقفياً لكنّه ثقة، فيبنى حجّيتها على قبول الموثق أو
 على جبر الضعف بالشهرة. وعلى ما بيّناه لا ضرورة إلى ذلك، لموافقة مضمونها
 للقواعد إذا قيّدت باليأس من تحصيل النسمة بالشرط.

(١) الكافي ٧: ١٩ ح ١٣، الفقيه ٤: ١٥٩ ح ٥٥٧، التهذيب ٩: ٢٢١ ح ٨٦٨، والوسائل ١٣: ٤٦٥ ب ٧٧، من كتاب الوصايا ح ١.

الرابع في الوصى له

ويشترط فيه الوجود. فلو كان معدوماً لم تصحّ الوصيّة له، كما لو أوصى لميت، أو لمن ظنّ وجوده فبان ميتاً عند الوصيّة. وكذا لو أوصى لما تحمله المرأة، أو لمن يوجد من أولاد فلان.

قوله: «ويشترط فيه الوجود . . . الخ».

لما كانت الوصيّة تمليك عين أو منفعة - كما سلف من تعريفها - اشترط كون الوصى له قابلاً للتمليك ليتحقّق مقتضاها، فلا تصحّ الوصيّة للمعدوم ولا للميت. ونبّه بخصوص الميت على خلاف مالك^(١) حيث صحّح الوصيّة له مع علمه بموته وينصرف إلى وارثه. وبالمع من الوصيّة لما تحمله المرأة مطلقاً على خلاف بعض الشافعية^(٢) حيث صحّح الوصيّة له كما تصحّ به، وبعضهم^(٣) حيث جوّزها له بشرط وجوده حال الموت. والأصحّ عندهم^(٤) البطلان مطلقاً كما اخترناه.

وأما الوصيّة^(٥) لمن سيوجد فقد أطلق الأصحاب وغيرهم المنع منه ولو بالتبعية للموجود، مع أنه قد تقدّم^(٦) جواز الوقف على المعدوم تبعاً للموجود، ودائرة الوقف

(١) المدونة الكبرى ٦ : ٧٣، الحاوي الكبير ٨ : ١٩٣.

(٢) روضة الطالبين ٥ : ٩٦، المغني لابن قدامة ٦ : ٥٠٩.

(٣) روضة الطالبين ٥ : ٩٦.

(٤) حلية العلماء ٦ : ٧٤، إخلاص النواي ٢ : ٥٢٩.

(٥) في هامش (٥) : «ذكر الأشكال الشيخ علي في الشرح ولم يذكر الجواب عنه. منه». لاحظ جامع

المقاصد ١٠ : ٤١.

(٦) في ج ٥ : ٣٢٨.

وتصحّ الوصية للأجنبي والوارث .

أضيق من دائرة الوصية كما يعلم من أحكامها . ويمكن الفرق بينهما الموجب لافتراقهما في هذا الحكم بأن الغرض من ملك العين في الوقف تمليك العين على وجه الحبس وإطلاق الثمرة ، فالموقوف حقيقة هو العين ، وملكها حاصل للموقوف عليه الموجود ، ثم ينتقل منه إلى المعدوم ، وإن كان يتلقّى الملك من الواقف ، ففائدة الملك المقصودة منه متحققة فيهما^(١) ، بخلاف الوصية فإنّ الملك المقصود^(٢) منها إطلاق الأصل والثرمة على تقدير كون الموصى به الأصل وعلى تقدير كون الثمرة المتجددة ، فيعتبر قبول الموصى له لنقل الملك ابتداءً .

إذا تقرّر ذلك : فاذا أوصى للموجود ثم للمعدوم ، فإن كان بعين فمقتضى تلك الوصية للموجود التصرف فيها ونقلها عن ملكه إذا شاء كيف شاء ، والتصرف فيها كذلك ينافي الوصية بها للمعدوم ، لأنّ الوصية له تقتضي تمليكه أيضاً ، فلا بدّ من وصولها إليه .

وإن كانت الوصية بثمره فهو موضع الشبهة ، كما لو أوصى مثلاً بثمره بستان خمسين سنة لزيد ولأولاده المتجددين من بعده ، فهذا وإن لم يأت فيه ذلك المحذور إلا أنّ كلّ واحد من الموصى له الأول وأولاده موصى له بطريق الاستقلال لا التبعية ، لأنّ الثمرة التي يملكها الأول بالوصية غير الثمرة التي يملكها الثاني في زمانه ، وملك الأصل الجامع بينهما منتفٍ عنهما ، فقد صدق تمليك المعدوم الذي لا يقبل الملك ولا التبعية ، بخلاف الوقف لأنّ الملك متحقّق للموجود في الأصل ابتداءً ، ومنه ينتقل إلى المعدوم كما تقرّر ، فكان تابعاً له فيه فظهر الفرق .

قوله : «وتصحّ الوصية للأجنبي والوارث» .

اتفق أصحابنا على جواز الوصية للوارث كما تجوز لغيره من الأقارب والأجانب . وأخبارهم الصحيحة به واردة ، ففي صحيحة أبي بصير قال : قلت لأبي

(١) في «س» : فيها .

(٢) في «س» فإنّ المقصود منها .

عبد الله عليه السلام : «يجوز للوارث وصية؟ قال : نعم»^(١). وفي صحيحة أبي ولاد عنه - عليه السلام - لما سأله عن الميت قد يوصي للبتن^(٢) بشيء قال : «جائز»^(٣) وغيرهما من الأخبار^(٤).

وفي الآية الكريمة ما يدل على الأمر به فضلاً عن جوازه، قال الله تعالى : ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين﴾^(٥). ومعنى كتب فرض، وهو هنا بمعنى الحث والترغيب دون الفرض. والوالدان لا بد أن يكونا وارثين وإن تحلّف ذلك في الأقربين على بعض الوجوه، إلا أن يكون الأبوان ممنوعين من الإرث بكفر وما في معناه، واللفظ أعمّ منه فيشمل موضع النزاع.

وقد ذهب أكثر الجمهور إلى عدم جوازها للوارث^(٦)، ورووا في ذلك حديثاً عنه - صلى الله عليه وآله وسلم - أنه قال : «لا وصية لوارث»^(٧) واختلفوا في تنزيل الآية، فمنهم^(٨) من جعلها منسوخة بآية الموارث، ومنهم^(٩) من حمل الوالدين على الكافرين وباقي الأقارب على غير الوارث منهم جمعاً^(١٠)، ومنهم من جعلها منسوخة فيما يتعلق بالوالدين خاصة.

(١) التهذيب ٩ : ١٩٩ ح ٧٩٤ ، الاستبصار ٤ : ١٢٧ ح ٤٧٧ ، الوسائل ١٣ : ٣٧٥ ب «١٥» من كتاب الوصايا ح ١٠ .

(٢) في «س» : للوارث وبه أيضاً حديث لأبي ولاد وهو الحديث «٧» من الباب .

(٣) الاستبصار ٤ : ١٢٧ ح ٤٧٨ ، الوسائل ١٣ : ٣٧٥ ب «١٥» ، من كتاب الوصايا ح ٨ .

(٤) الوسائل ١٣ : ٣٧٣ ب «١٥» من كتاب الوصايا .

(٥) سورة البقرة : ١٨٠ .

(٦) الكافي للطبري ٢ : ١٠٢٤ ، المغني لابن قدامة ٦ : ٤٤٩ .

(٧) مسند أحمد بن حنبل ٤ : ١٨٦ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٩٠٥ ح ٢٧١٣ و ٢٧١٤ .

(٨) ، ٩ ، ١٠ راجع جامع البيان (تفسير الطبري) ٢ : ٦٨ ، الجامع لأحكام القرآن ٢ : ٢٦٢ ،

تفسير القرآن العظيم لابن كثير ١ : ٢١٧ .

وتصحّ الوصية للذمي ولو كان أجنبياً. وقيل: لا يجوز مطلقاً. ومنهم مَنْ خصّ الجواز بذوي الأرحام. والأول أشبه.

وبطل الأول بأن الشيء إنما ينسخ غيره إذا لم يمكن الجمع بينهما، وهو هنا ممكن بحمل الإرث على ما زاد عن الوصية، أو ما زاد عن الثلث كغيرها من الوصايا، وبه يبطل الباقي. والخبر - على تقدير تسليمه - يمكن حمله على نفي وجوب الوصية الذي كان قبل نزول الفرائض، أو على نفي الوصية مطلقاً بمعنى إقضائها وإن زادت عن الثلث كما يقتضيه إطلاق الآية. والمراد نفي الوصية عمّا زاد عن الثلث، وتخصيص الوارث لحدّ الآية على الوصية له، إذ لولاها لاستفيد من الآية جواز الوصية له بجميع ما يملك الموصي. ووافقنا بعضهم حتى قال: ليست الوصية إلا للأقربين^(١)، عملاً بمقتضى الآية. وهو قاذح في دعوى بعضهم الاجماع على نسخها.

واعلم: أن المراد بالأجنبي في قول المصنف غير الوارث وإن كان قريباً بقرينة ذكر قسيمه. ولو قال: للوارث وغيره، كان أجود، لأنّ المتبادر من الأجنبي مَنْ ليس بقريب، فلا يكون اللفظ شاملاً للقريب غير الوارث.

قوله: «وتصحّ الوصية للذمي . . . الخ».

وجه الجواز مطلقاً عموم قوله تعالى: ﴿لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - إلى قوله - أن تبرؤهم﴾^(٢) والوصية برّ. وخصوص صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: «في رجل أوصى بهاله في سبيل الله، قال: أعط لمن أوصى له وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله تعالى يقول: فمن بدلّه بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدّلونه»^(٣). وقريب منها حسنة محمد بن مسلم^(٤) عن أبي عبد

(١) جامع البيان للطبري ٢ : ٦٩ .

(٢) المتحنة : ٨ .

(٣) الكافي ٧ : ١٤ ٢ح ، الفقيه ٤ : ١٤٨ ح ٥١٤ ، التهذيب ٩ : ٢٠١ ح ٨٠٤ ، الاستبصار ٤ :

١٢٨ ح ٤٨٤ ، الوسائل ١٣ : ٤١١ ب «٣٢» من كتاب الوصايا ح ١ ، والآية في سورة البقرة :

١٨١ .

(٤) الكافي ٧ : ١٤ ح ١ ، التهذيب ٩ : ٢٠٣ ح ٨٠٨ ، الاستبصار ٤ : ١٢٩ ح ٤٨٨ والوسائل =

وفي الوصية للحريّ تردّد، أظهره المنع .

الله وموثقة يونس بن يعقوب^(١) عنه عليه السلام .

وجه الثاني: أن الوصية تستلزم الموادة، وهي محرمة بالنسبة إلى الكافر، لقوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ﴾^(٢) الآية، وهي متناولة للأرحام وغيرهم .

ويضعف بمعارضته بقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَيْكُمْ اللَّهُ . . .﴾^(٣) الآية، والذمي مطلقا داخل فيها، وبما تقدّم من الأخبار، وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على كل كبد حرى أجر»^(٤). ويتنقض بجواز هبته وإطعامه، وبمنع كون مطلق الوصية له موادة، لأنّ الظاهر أنّ المراد منها موادة المحادّ لله من حيث هو محادّ لله بقرينة ما ذكر من جواز صلته وهو غير المتنازع، لأننا نسلمّ أنه لو أوصى للكافر من حيث إنه كافر - لا من حيث إنه عبد لله ذوروح من أولاد آدم المكرمين - لكانت الوصية باطلة .

وجه الثالث: ما ورد من الحثّ على صلة الرحم مطلقاً^(٥)، فيتناول الذمي . وهو غير منافٍ لما دلّ على صلة غيره، فالقول بالجواز مطلقا أقوى .

قوله: «وفي الوصية للحريّ تردّد أظهره المنع» .

قد عرفت من دليل المانع من الوصية للذميّ ما يدلّ على الحريّ بطريق أولى، ومن الدليل المخصّص بذى الرحم ما يفيد في الحريّ أيضاً .

وجه المنع من الحريّ دون الذميّ قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَيْكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ . . .﴾^(٦) الآية، والحريّ ناصب نفسه لذلك .

= الحديث المتقدم .

(١) الكافي ٧: ١٤ ح ٤، الفقيه ٤: ١٤٨ ح ٥٠٥، التهذيب ٩: ٢٠٢ ح ٨٠٥، الاستبصار ٤: ١٢٨ ح ٤٨٥ والوسائل ١٣: ١٤ ب «٣٣» من كتاب الوصايا ح ٤ .

(٢) سورة المجادلة: ٢٢ .

(٣) راجع مُسنَد أحمد ٢: ٢٢٢، صحيح البخاري ٣: ١٤٧، عوالي اللئالي ١: ٩٥ ح ٣، وأيضاً ٢: ٢٦٠ ح ١٥ .

(٤) راجع الوسائل ١٥: ٢٤٣ ب «١٧» من أبواب النفقات وغيره .

(٥) المتحنة: ٩ .

وفيه نظر، لأنّ الحربيّ قد لا يكون مقاتلاً بالفعل، بل ممتنعاً من التزام شرائط الذمّة، فلا يدخل في الآية. وقوله - عليه السلام - في الخبر السابق: «أعط لمن أوصى له وإن كان يهودياً أو نصرانياً» واستشهاده بالآية يتناول بعمومه الحربيّ، لأنّ «مَنْ» عامّة في المتنازع، وكذلك اليهوديّ والنصرانيّ شامل للذمّيّ وغيره حيث لا يلتزم بشرائط الذمّة.

ولا يقدر في دلالة عطفه اليهوديّ والنصرانيّ بـ «إن» الوصلية الدالة على أنّه أخفى الأفراد، مع أنّ الحربيّ أخفى فكان ذكره أولى، لمنع كونه أخفى، وجاز تخصيص اليهوديّ والنصرانيّ دون الوثنيّ، لأنّ الملتين من أهل الكتاب، ومناقشتهم على الكفر أقوى بسبب علمهم وتلقّيهم الأحكام من الأنبياء، بخلاف الوثنيّ ﴿هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾^(١). ومن هذا جاء ما ورد في الحجّ أنّ مَنْ وجب عليه فتركه فليمت إن شاء يهودياً وإن شاء نصرانياً^(٢). ويمكن تخصيصهما حذفاً لما سواهما عن درجة الاعتبار.

وأيضاً فقد عرفت أن الملتين شاملتان للحربيّ منها وغيره، وإذا جازت الوصية لحربيّ أهل الكتاب جاز لحربيّ غيره، إذ لا قائل بالفرق، مع أنّ صدر الخبر متناول بعمومه للجميع. مضافاً إلى أن الوصية نوع عطية لا تتوقّف على القربة، فلا فرق بين وقوعها في الحياة وبعد الوفاة.

وأما ما قيل من الفرق بين الهبة والوصية - أنّ ملك الحربيّ غير لازم وماله غير معصوم فلا يجب دفعه إليه، فلو جازت الوصية له لكان إمّا أن يجب على الوصيّ دفعه إليه وهو باطل لما تقدّم، أو لا يجب وهو المطلوب إذ لا معنى لبطلان الوصية إلاّ عدم وجوب تسليمها إلى الموصى له - ففيه منع استلزام عدم وجوب دفع الوصية إليه بطلانها، لأنّ معنى صحّتها ثبوت الملك له إذا قبله، فيصير حينئذ ملكاً من أملاكه

(١) الزمر: ٩.

(٢) راجع الوسائل ٨: ١٩ ب «٧» من أبواب وجوب الحجّ ح ١.

ولا تصحّ الوصية لمملوك الأجنبيّ، ولا لمُدبّرّه، ولا لأمّ ولده، ولا لمكاتبه المشروط أو الذي لم يؤدّ من مكاتبته شيئاً ولو أجاز مولاه.

يلزمه حكمه، ومن حكمه جواز أخذ المسلم له، فاذا حكمنا بصحة وصيته وقبضه الوصيّ ثم استولى عليه من جهة أنه مال الحرّيّ لم يكن منافياً لصحة الوصية، وكذا لو منعه الوارث لذلك، وإن اعترفوا بصحة الوصية وملكه جزءاً من التركة.

وتظهر الفائدة في جواز استيلاء الوصيّ على العين الموصى بها للحرّيّ، فيختصّ بها دون الورثة، وكذا لو استولى عليها بعضُ الورثة دون بعض حيث لم يكن في أيديهم ابتداءً، ولو حكمنا بالبطلان لم يتأتّ هذا، بل يكون الموصى به من جملة التركة لا يختصّ بأحد من الورث.

واعلم: أنّ النكته في تعبير المصنف عن اختياره في مسألة الذميّ بالأشهر^(١) وفي الحرّيّ بالأظهر: أنّ مصطلحه كون الأشهر في الروايات والأظهر في الفتوى، وقد عرفت أنّ في صحة وصية اليهوديّ والنصرانيّ بخصوصه روايات وفي عدم الصحة أيضاً روايات منها: رواية عليّ بن بلال أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: «يهوديّ مات وأوصى لديّانه بشيءٍ أقدر على أخذه، هل يجوز أن أخذه فأدفعه إلى مواليك، أو أنفذه فيما أوصى به اليهوديّ؟ فكتب عليه السلام: أوصله إليّ وعرفنيه لأنفذه فيما ينبغي إن شاء الله تعالى»^(٢). وغيرها في معناها مما ليس بصريح في البطلان مع ضعف سنده، فلذلك كان الجواز أشهر الروايتين. وأمّا الوصية للحرّيّ فليس فيها بخصوصها حديث، والأظهر في الفتوى من حيث الأدلة العامة والاعتبار المتقدّم المنع. وينبغي مراعاة ما بيّناه في كلّ مسألة خلافية عبّر فيها المصنف بمثل ذلك، فانه يلتزم في فتاواه بهذا الاصطلاح.

قوله: «ولا تصحّ الوصية لمملوك الأجنبيّ . . . الخ».

أما عدم جواز الوصية لمملوك الغير فظاهر، لانقضاء أهلية الملك الذي هو شرط

(١) يلاحظ أنّ المصنف عبّر بالأشبه دون الأشهر.

(٢) الفقيه ٤: ١٧٣ ح ٦٠٩، التّهذيب ٩: ٢٠٥ ح ٨١٣، الاستبصار ٤: ١٣٠ ح ٤٩٠.

الوسائل ١٣: ٤١٦ ب «٣٥» من كتاب الوصايا ح ٣.

في الموصى له، بناءً على أنّ المملوك لا يملك شيئاً مطلقاً. ولا فرق فيه بين القرن والمدبر وأم الولد، لاشتراكهم في تحض الرقيّة. ولو قلنا بملك ما أوصى له به صحّت الوصيّة له واعتبر قبوله.

والشافعية^(١) أجازوا الوصيّة له مطلقاً، بناءً على ذلك، لكن جعلوا الوصيّة لسيده إن استمرّ رقه إلى بعد الموت، وإلا فهي له. وحيث كان المختار أنّه لا يملك وإن ملكه سيده فمع تمليك غيره أولى، ويمنع من ملك سيده، لأنّه غير مقصود بالوصيّة ولا تعلق لها عنه^(٢). وروى عبد الرحمن بن الحجّاج عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا وصيّة لمملوك»^(٣) ولعلّها شاهد، مع احتياها نفي أن يوصي المملوك لغيره، لأنّ الوصيّة اسم مصدر يمكن إضافته إلى الفاعل والمفعول.

وأما عدم جواز الوصيّة لمكاتب الغير إذا كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً فلبقاءه على المملوكيّة. ويؤدّه رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام «في مكاتب كانت تحته امرأة حرّة فأوصت له عند موتها بوصيّة، فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيّتها إنّه مكاتب لم يعتق ولا يرث. فقضى أنّه يرث بحساب ما أعتق منه، ويجوز له من الوصيّة بحساب ما أعتق منه، وقضى في مكاتب أوصي له بوصيّة وقد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيّة، وفي مكاتب قضى ربع ما عليه فأجاز ربع الوصيّة»^(٤).

وقيل: تصحّ الوصيّة له مطلقاً، لانقطاع سلطنة المولى عنه، ولهذا يصحّ بيعه واكتسابه، وقبول الوصيّة نوع من الاكتساب. والرواية ضعيفة باشتراك محمد بن

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٥٦٩، المتهاج ضمن مغني المحتاج ٣ : ٤١.

(٢) كذا في «ش» وفي «و»، م : ولا متعلق لها عنه. ولعلّ الصحيح : ولا تعلق لها به.

(٣) التهذيب ٩ : ٢١٦ ح ٨٥٢، الاستبصار ٤ : ١٣٤ ح ٥٠٦، الوسائل ١٣ : ٤٦٦ ب «٧٨»

من كتاب الوصايا ح ٢.

(٤) الكافي ٧ : ٢٨ ح ١، الفقيه ٤ : ١٦٠ ح ٥٥٨، التهذيب ٩ : ٢٢٣ ح ٨٧٤، الوسائل ١٣ :

٤٦٨ ب «٨٠» من كتاب الوصايا.

وتصحّ لعبد الموصي ومدبّره، ومكاتبه، وأم ولده. ويعتبر ما يوصي به لمملوكه بعد خروجه من الثلث، فإن كان بتدر قيمته أعتق، وكان الموصي به للورثة. وإن كانت قيمته أقل أعطي الفاضل. وإن كانت أكثر سعى للورثة فيما بقي، ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به، فإن بلغت ذلك بطلت الوصية. وقيل: تصحّ ويسعى في الباقي كيف كان. وهو حسن.

قيس الذي يروي عن الباقر - عليه السلام - بين الثقة وغيره، مع أنها قضية في واقعة فلا تعمّ. وهذا أقوى.

قوله: «وتصحّ لعبد الموصي ومدبّره، ومكاتبه وأم ولده - إلى قوله - وهو حسن».

إذا أوصى لعبد نفسه بشيء من التركة فلا يخلو: إمّا أن يوصي له بجزء مشاع من أجزاء التركة كثلثها وربعها، أو بهال معين منها كدار معينة أو نصفها ولو مشاعاً. فإن كان الأول صحّت الوصية، سواء كان العبد قنّاً أم لا. ثم ينظر في الموصى به فإن كان بعد خروجه من الثلث بقدر قيمة العبد عتق ولا شيء له، وكان باقي التركة للورثة، وجرى ذلك مجرى ما لو قال: أعتقوا عبدي من ثلثي. وإن كانت قيمته أقلّ أعتق وأعطي الفاضل.

وإن كانت قيمته أكثر من الوصية فلا يخلو: إمّا أن تبلغ ضعف ما أوصى له به فصاعداً، كما لو كان قيمته مائتين وأوصى له ببائة، أو يكون قيمته أقلّ من الضعف ولو كان قليلاً. فإن كان الثاني عتق منه بقدر الوصية إن خرجت من الثلث، وإلا فبقدر الثلث، واستسعى للورثة في الباقي، كما لو أوصى له ببائة وخمسين وقيّمته مائتان والثلث مائة وخمسون، فينتعق ثلاثة أرباعه ويسعى للورثة في ربع قيمته وهو خمسون، ولو كان الثلث مائة عتق نصفه ويسعى للورثة في قيمة نصفه وهو مائة، وهكذا، وهذا ممّا لا خلاف عندنا فيه.

وإن كان الأول - وهو ما لو كانت قيمته بقدر ضعف ما أوصى له به - فالأصحّ

أنه كذلك، فينتق منه بحساب ما أوصى له به مطلقاً ما لم يزد عن الثلث، فإن زاد فبحساب الثلث. وقال الشيخان^(١): إنه مع بلوغ قيمته الضعف تبطل الوصية استناداً إلى رواية الحسن بن صالح بن حيّ عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال عليه السلام: يقوّم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة أستسعي العبد في ربع القيمة، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة»^(٢).

ووجه دلالة الرواية من جهة مفهوم الشرط في قوله فيها: «فإن كان الثلث أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة أستسعي العبد في ربع القيمة»، فإنّ مفهومه أنه لو لم يكن أقلّ بقدر الربع لا يُستسعى، وإنّما يتحقّق عدم الاستسعاء مع البطلان. ولا يخفى عليك ضعف هذا التنزيل، فإنّ مفهومها أنّ الثلث إن لم يكن أقلّ من قيمة العبد بقدر ربع القيمة لا يُستسعى في ربع القيمة، لا أنه لا يُستسعى مطلقاً، وهذا مفهومٌ صحيحٌ لا يفيد مطلوبهم، فلا ينافي القول بأنّه يُستسعى بحسبه، فإن كان أقلّ بقدر الثلث يُستسعى في الثلث، أو بقدر النصف يُستسعى في النصف، وهكذا.

وأيضاً: فلو كان المفهوم الذي زعموه صحيحاً لزم منه أنّه متى لم يكن الثلث أقلّ من قيمته بقدر الربع لا يستسعى بل تبطل الوصية، وهذا شامل لما لو كانت القيمة قدر الضعف وأقلّ من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع، فمن أين خصّوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف؟! ما هذا إلّا عجيب من مثل هذين الشيخين الجليلين. هذا مع تسليم الرواية فإنها ضعيفة السند بالحسن المذكور، فإن

(١) المُنعة: ٦٧٦، النهاية: ٦١٠.

(٢) التهذيب: ٩: ٢١٦ ح ٨٥١. الاستبصار: ٤: ١٣٤ ح ٥٠٥، الوسائل ١٣: ٤٦٧ ب «٧٩» من كتاب الوصايا ح ٢.

حاله في الزيدية مشهور.

وهذا كله إذا كانت الوصية بجزء مشاع من التركة كالثلث مثلاً، فإن العبد حينئذ يكون من جملة التركة، فكأنه قد أوصى بعق جزء منه، فيعتق ويسري في الباقي، فيدفع ثمنه من الوصية بعته. ولو كانت بجزء معين كدار أو بستان فالأكثر - ومنهم المصنف - أطلقوا جريان الحكم فيه، لإطلاق النص - كالرواية السابقة - الشامل للمعين والمطلق، وللنهي عن تبديل الوصية بحسب الإمكان.

وذهب جماعة - منهم العلامة في المختلف^(١) وقبله ابن الجنيّد^(٢) - إلى اختصاص الحكم بالجزء المشاع، أما المعين فبطل الوصية من رأس، لعموم: «لا وصية لمملوك»^(٣) وأنه إنما صحّ في المشاع لتناوله لرقبة العبد كما قلناه وذلك منتفٍ في محل النزاع، ولأنّ تنفيذ الوصية بالمعين محال لامتناع ملك العبد، والتخطي إلى رقبته يقتضي تبديل الوصية.

وأجيب بمنع تحليل صحّة الوصية في المشاع بتناوله لرقبة العبد، ولم لا يجوز لكونه وصية له لا لأمر غير ذلك؟ والتبديل غير لازم، لأنّ ذلك تنفيذ للوصية بحسب الممكن، ولو منع ذلك لمنع من الإشاعة، لأنّ التخصيص برقبة العبد خروج عن الإشاعة التي هي مناط الوصية، وقد عرفت أنّ الرواية السابقة تشمل بإطلاقها الثلث المعين والمشاع.

والحقّ هنا أن يقال: لا بدّ للحكم بصحة الوصية للعبد مع الحكم بكونه غير مالك من دليل، وهو من النصّ منتفٍ في غير الرواية المذكورة، وهي ضعيفة السند، فإن اعتبرناها من حيث الشهرة أو غيرها شملت القسمين، وإلا فما أجمع على حكمه لا مجال لمخالفته، وما اختلف فيه فلا بدّ لثبته من دليل صالح، وقد رأينا المصحّحين للوصية مطلقاً يردّون على مَنْ قيدها بكون القيمة دون ضعف الوصية بضعف

(١) و٢) راجع المختلف ٢: ٥٠٥.

(٣) تقدمت في ص: ٢٢٢، هامش (٣).

وإذا أوصى بعق مملوكه وعليه دين، فإن كانت قيمة العبد بقدر الدَّين مرتين أعتق المملوك، ويسعى في خمسة أسداس قيمته. وإن كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعقته. والوجه أنَّ الدَّين يقدَّم على الوصية فيبدأ به، ويعتق منه الثلث ممَّا فضل عن الدَّين. أمَّا لو نجَّز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرناه أولاً، عملاً برواية عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام.

مستنده، وليس لهم في تصحيح الوصية لعبد الموصي سوى تلك الرواية، وفي مقابلتها رواية عبد الرحمن بن الحجَّاج عن أحدهما عليهما السلام أنه: «لا وصية لمملوك» وهي قريبة منها في السند، لكن دلالة تلك أقوى كما رأيت.

قوله: «ولو أوصى بعق مملوكه وعليه دين - إلى قوله - عن أبي عبد الله عليه السلام -».

قد عرفت من القواعد المتقدمة أنَّ الوصية المتبرِّع بها إنما تنفذ من ثلث المال، وأنَّ الدَّين يقدَّم أولاً ثم تعتبر الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدَّين، وأنَّ المنجزات المتبرِّع بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند المصنف والأكثر، ولا شبهة في أنَّ العتق من جملة التبرعات.

إذا تقرَّرت هذه المقدمات فنقول: إذا أوصى بعق مملوكه تبرِّعاً، أو أعتقه منجزاً بناء على أنَّ المنجزات من الثلث، وعليه دين، فإن كان الدَّين يحيط بالتركة بطل العتق والوصية به، وإن فضل منها عن الدَّين فضل وإن قلَّ، صرف ثلث الفاضل في الوصايا فيعتق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث، ويسعى في باقي قيمته، سواء في ذلك [ما لو] ^(١) كانت قيمته بقدر الدَّين مرتين أو أقلَّ، لأن العتق تبرُّع محض فيخرج من الثلث، والمعتبر منه ثلث ما يبقى من المال بعد الدَّين على تقديره كغيره من التبرعات.

(١) من هامش «و» بعنوان (ظاهراً).

هذا هو الذي تقتضيه القواعد المذكورة، ولكن وردت روايات صحيحة في التبرع بالعتق تخالف ما ذكر.

وحاصلها: أن تعتبر قيمة العبد الذي أعتق في مرض الموت، فإن كانت بقدر الدين مرتين أعتق العبد وسعى في خمسة أسداس قيمته، لأن نصفه حينئذ ينصرف إلى الدين فيبطل فيه العتق وهو ثلاثة أسداس يبقى منه ثلاثة أسداس، للمعتق منها سدس وهو ثلث التركة بعد وفاء الدين، وللورثة سدسان هما ثلثا التركة، وهو واضح. وإن كانت قيمة العبد أقل من قدر الدين مرتين بطل العتق فيه أجمع. روى ذلك عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث طويل محصّله ما ذكرناه.

وروي عن زرارة في الحسن مثله إلا أن الرواية مقطوعة^(٢)، فلذا لم يذكرها المصنف هنا واقتصر على رواية عبد الرحمن لصحتها، وقد عمل بمضمونها المصنف وجماعة^(٣) وإن خالفت القواعد المتقدمة، نظراً إلى اعتبارها، ويكون العتق المنجز مستثنى من الحكم السابق.

والشيخ^(٤) وجماعة^(٥) عدّوا الحكم من منطوق الرواية إلى الوصية بالعتق، ولعلّه نظر إلى تساويها في الحكم السابق وأولويته في غير المنصوص، لأن بطلان العتق المنجز

(١) الكافي ٧: ٢٦ ح ١، التهذيب ٩: ٢١٧ ح ٨٥٤، الاستبصار ٤: ٢٧ ح ٢٧، والوسائل ١٣:

٤٢٤ ب (٣٩) من كتاب الوصايا ح ٥.

(٢) التهذيب ٩: ٢١٨ ح ٨٥٦. ولكن في الكافي ٧: ٢٧ ح ٢ عن أحدهما عليها السلام. ثم انها

رويت صحيحاً في الفقيه ٣: ٧٠ ح ٢٣٩ والتهذيب ٨: ٢٣٢ ح ٨٤٠ والاستبصار ٤: ٧ ح ٢٤

عن أبي عبد الله عليه السلام.

(٣) راجع المقتضى: ٦٧٦ - ٦٧٧، النهاية: ٥٤٥.

(٤) النهاية: ٦١٠.

(٥) المهذب ٢: ١٠٨، إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينايع الفقهية) ١٢: ٢٠٧.

على تقدير قصور القيمة عن ضعف الدّين - مع قوّة المنجّز لكونه تصرّفاً من المالك في ماله، والخلاف في نفوذه من الأصل - يقتضي بطلانه في الأضعف - وهو الوصيّة - بطريقٍ أولى .

والمصنف اقتصر على العمل بمنطوق الرواية، وهو جريان الحكم المذكور مع تنجيز العتق لا مع الوصيّة به، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده . وأكثر المتأخّرين ردّوا الرواية لمخالفتها لغيرها من الروايات^(١) الصحيحة الدالّة على تلك القواعد المقرّرة، ولعلّه أولى .

ويرد على الشيخ القائل بتعديتها الى الوصيّة معارضتها فيها بصحيفة الحلبي، قال: قلت لأبي عبد الله - عليه السلام - : «رجل قال: إن متّ فعبدي حرّاً، وعلى الرجل دين، فقال: إن توفّي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام بيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعي العبد في قضاء دين مولاه، وهو حرّاً إذا أوفى»^(٢). وهذه الرواية تدلّ باطلاقها على انعتاقه متى زادت قيمته عن الدّين، وهو الموافق لما تقرّر من القواعد، فلا وجه لعمل الشيخ بتلك الرواية مع عدم ورودها في مدّعاها وأطراح هذه، ومن الجائز اختلاف حكم المنجّز والموصى به في مثل ذلك - كما اختلفا في كثير من الأحكام - على تقدير تسليم حكمها في المنجّز.

لكن يبقى في رواية الحلبيّ أنه - عليه السلام - حكم باستسعاء العبد في قضاء دين مولاه ولم يتعرّض لحقّ الورثة، مع أنّ لهم في قيمته مع زيادتها عن الدّين حقّاً كما تقرّر، إلّا أنّ ترك ذكرهم لا يقدح، لا مكان استفادته من خارج، وتخصيص الأمر بوفاء الدّين لا ينافيه .

(١) المراد بالقواعد ما مرّ ذكرها في ص ٢٢٦. وما تدل عليها من النصوص بترتيب ذكرها ما ورد

في الوسائل ١٣: الأبواب «١١» و «٢٨» و «١٧» من كتاب الوصايا .

(٢) الفقيه ٣: ٧٠ ح ٢٤٠، التهذيب ٩: ٢١٨ ح ٨٥٧ والوسائل ١٣: ٤٢٣ ب «٣٩» من كتاب

الوصايا ح ٣ .

ولو أوصى لمكاتب غيره المطلق وقد أدى بعض مكاتبته كان له من الوصية بقدر ما آذاه .

ولو أوصى الانسان لأمّ ولده صحّت الوصية من الثلث، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب ولدها؟ قيل: تعتق من نصيب ولدها، وتكون لها الوصية . وقيل: بل تعتق من الوصية، لأنّه لا ميراث إلا بعد الوصية .

قوله: «ولو أوصى لمكاتب غيره . . . الخ» .

بناءً على بطلان الوصية للمكاتب فتبطل في جزئه الباقي على الكتابة، لأنه لا يملك به . وعلى ما اخترناه من صحّتها له تصحّ هنا في الجميع بطريق أولى .
قوله: «ولو أوصى الانسان . . . الخ» .

لا خلاف في صحّة وصية الانسان لأمّ ولده، ولا في أنّها تعتق من نصيب ولدها إذا مات سيدها ولم يوص لها بشيء . وأما إذا أوصى لها بشيء هل تعتق منه، أو من نصيب ولدها وتعطى الوصية على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها؟ قولان معتبران متكافئتا المأخذ، فمن ثمّ اقتصر المصنف على نقلها من غير ترجيح .

ووجه الأول: أنّ الإرث مؤخّر عن الدين والوصية بالآية^(١)، فلا يحكم لابنها بشيء حتى يحكم لها بالوصية، فتعتق منها إن وفّت بقيمتها، فان قصر أكمل من نصيب ولدها، لأنّ الباقي يصير كما لو لم يكن هناك وصية .

وفيه: أنّ المراد من الآية استقرار الملك بعد المذكورات لا أصل الملك، لعدم بقاء التركة على ملك الميت، لعدم صلاحيته للتمليك، وعدم انتقالها الى الديان والموصى لهم إجماعاً، وعدم بقائها بغير مالك، فيتعيّن الوارث .

ووجه الثاني: أنّ التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث كما بيّناه، فيستقرّ ملك ولدها على جزءٍ منها، فتعتق عليه وتستحقّ الوصية، لأنّ ملكها متأخّر عن الموت وإن ملكها المملوك بغير قبول، من حيث إنّ نفوذ الوصية موقوف على وصول التركة إلى الوارث، وملك الوارث لا يتوقّف على شيء .

ويؤيده رواية أبي عبيدة في الصحيح قال: «سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن رجلٍ كانت له أمٌ ولدٍ له منها غلامٌ، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهمٍ أو بأكثر، للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما أوصى لها به. وفي كتاب العباس: تعتق من نصيب ابنها وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به». ^(١) وهذا الموجود في كتاب العباس نصّ في الباب، وهو موجود بهذه العبارة في الكافي والتهذيب منضماً إلى خبر أبي عبيدة.

ولا يخفى أنّ الاستدلال بمجرد وجوده في كتاب العباس لا يتم وإن صحّ السند. ورواية أبي عبيدة مشكّلة على ظاهرها، لأنها إذا أعطيت الوصية لا وجه لعقها من ثلثه، لأنها حينئذٍ تعتق من نصيب ولدها. وربما حملت على ما لو كان نصيب ولدها بقدر الثلث، أو على ما إذا أعتقها المولى وأوصى لها بوصية. وكلاهما بعيد، إلا أن الحكم فيها باعطائها الوصية كافٍ في المطلوب، إذ عتقها حينئذٍ من نصيب ولدها يستفاد من دليل خارج صحيح، ويبقى ما نقل عن كتاب العباس شاهداً على المدعى، ولعلّ هذا أجود.

وفي المسألة أقوال آخر نادرة، والعمدة منها على هذين القولين. والمصنف وإن تردّد هنا في الفتوى، وكذلك في النافع ^(٢)، لكنه أفتى بالأول في باب الاستيلاء ^(٣) من هذا الكتاب، وبالثاني في كتاب نكت ^(٤) النهاية.

(١) الكافي ٧: ٢٩ ح ٤، التهذيب ٩: ٢٢٤ ح ٨٨٠ والوسائل ١٣: ٤٧٠ ب «٨٢» من كتاب الوصايا ج ٤.

(٢) المختصر النافع: ١٦٤.

(٣) في الأمر الثاني من كتاب الاستيلاء.

(٤) نكت النهاية ٣: ١٥١.

وإطلاق الوصية يقتضي التسوية، فإذا أوصى لأولاده وهم ذكور وإناث فهم فيه سواء. وكذا لأخواله وخالاته، أو لأعمامه وعمّاته. وكذا لو أوصى لأخواله وأعمامه كانوا سواء على الأصح. وفيه رواية مهجورة. أما لو نصّ على التفضيل أتبع.

قوله: «وإطلاق الوصية يقتضي التسوية . . . الخ».

أما اقتضاء إطلاق الوصية التسوية فلاستواء نسبة الوصية إليهم، وانتفاء ما يدلّ على التفضيل في كلام الموصي، فلا فرق فيه بين الذكر والأنثى، ولا بين الأحوال والأعمام وغيرهم. واختلافهم في استحقاق الإرث جاء من دليل خارج، ولا يقاس عليه ما يقتضي التسوية بمجردّه.

ولا خلاف في ذلك كلّه إلا فيما لو أوصى لأعمامه وأخواله، فإنّ المشهور فيه ذلك، ولكن ذهب الشيخ^(١) وجماعته^(٢) إلى أنّ للأعمام الثلثين وللأخوال الثلث، استناداً إلى صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: «لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث».^(٣) وحملت على ما لو أوصى على كتاب الله. وهذه هي الرواية المهجورة التي أشار إليها المصنف.

وفيه رواية^(٤) أخرى ضعيفة تقتضي قسمة الوصية بين الأولاد الذكور والإناث على كتاب الله، وهي مع ضعفها لم يعمل بها أحد. ولا إشكال لو نصّ على التفضيل، أو قال: يقسم بينهم على كتاب الله، أو على طريق الإرث، وما شاكله.

(١) النهاية: ٦١٤.

(٢) نسب ذلك الى ابن الجنيد وابن البراج راجع المقتصر لابن فهد: ٢١٦.

(٣) في هامش (٥): «هذه الرواية رواها ابن بابويه في الصحيح والكليني في الحسن والشيخ في الموثق. منه رحمه الله». الكافي ٧: ٤٥ ح ٣، الفقيه ٤: ١٥٤ ح ٥٣٥، التهذيب ٩: ٢١٤ ح ٨٥٤، والوسائل ١٣: ٤٥٤ ب ٦٢ من أبواب الوصايا.

(٤) الكافي ٧: ٤٥ ذيل ح ١، الفقيه ٤: ١٥٥ ح ٥٣٦، التهذيب ٩: ٢١٤ ذيل ح ٨٤٦، الوسائل ١٣: ٤٥٥ ب ٦٤ من كتاب الوصايا ح ٢.

ولو أوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبه، مصيراً إلى العرف .
وقيل : كان لمن يتقرب إليه بآخر أب وأم له في الاسلام . وهو غير مستند
إلى شاهد .

قوله : «لو أوصى لذوي قرابته . . . الخ» .

لا إشكال في صحّة الوصيّة للقرابة، لما فيه من الجمع بين الصدقة وصلة
الرحم، ولكن اختلف الأصحاب في أنّ القرابة من هم؟ لعدم النصّ الوارد في
تحقيقه . والأكثر على ما اختاره المصنف من ردّه إلى العرف، لأنه المحكّم في مثل ذلك
حيث لا معيّن له من الشارع، وهو دالّ على أنّ المراد به المعروفون بنسبه عادة، سواء
في ذلك الوارث وغيره .

وللشيخ^(١) قول بانصرافه إلى من يتقرب إلى آخر أب وأم له في الاسلام،
ومعناه الارتقاء بالقرابة من الأدنى إليه إلى ما قبله وهكذا إلى أبعد جدّ في الاسلام
وفروعه، ويحكم للجميع بالقرابة، ولا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بقرابته عرفاً .
وإنما اعتبر الاسلام لقوله صلى الله عليه وآله وسلّم : «قطع الاسلام أرحام
الجاهليّة»^(٢) وقوله تعالى لنوح - عليه السلام - عن ابنه : ﴿إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ﴾^(٣) .

قال المصنف - رحمه الله - : «وهو غير مستند إلى شاهد» أي إلى دليل معتبر من
خبر أو عرف . أما الخبر فظاهر، إذ لم يرد فيه شيءٌ بخصوصه إلا ما ذكرناه من قوله
صلى الله عليه وآله وسلّم، وهو - مع تسليم سنده - غير دالّ على المراد، لأنّ قطع
الرحم للجاهليّة لا يدلّ على قطع القرابة مطلقاً مع أصناف الكفّار، وكذا قطع
الأهليّة عن ابن نوح عليه السلام، مع أن اللغة والعرف يدلّان على خلاف ذلك،
فإنّ من عرف بقربه إلى جدّ بعيد جداً لا يعدّ قرابة وإن كان الجدّ مسلماً، ومن تجدد
إسلام أبيه [لا]^(٤) يتحقّق له أقارب من الكفّار، فالمرجع إلى العرف وهو يتناول

(١) النّهاية : ٦١٤ .

(٢) .

(٣) هود : ٤٦ .

(٤) الزيادة من الحجريتين فقط . وهو الصحيح ظاهراً .

ولو أوصى لقومه قيل : هو لأهل لغته .

المسلم والكافر منهم، إلا أن تدلّ القرينة على إرادة المسلم كما ذكروه في الوصية للفقراء .

وقال ابن الجنيد : «مَنْ جعل وصيته لقرابته وذوي رحمه غير مسمّين كانت لمن تقرب إليه من جهة والده أو والديه، ولا أختار أن يتجاوز بالترفة ولد الأب الرابع، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذوي القربى من الخمس»^(١) وما ذكره من عدم تجاوز الرابع غير لازم، وفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم بالخمس لا يدلّ على نفي القرابة مطلقاً عما عداه، فان ذلك معنى آخر للقربى، فلا يلزم ذلك في حق غيره حيث يطلق .

ثم على أي معنى حمل يدخل فيه الذكر والأنثى، والفقير والغني، والقريب والبعيد، والوارث وغيره. ولا فرق بين قوله: أوصيت لأقاربي، وقرايتي، [ولذي قرايتي]^(٢) ولذوي قرايتي، وذوي رحمي، لاشتراك الجميع في المعنى. إذا تقرّر ذلك فإن الوصية تنصرف إلى الموجود منهم، سواء اتحد أم تعدّد، وسواء ذكرهم في الوصية بصيغة الجمع أو الأفراد.

قوله: «ولو أوصى لقومه قيل : هو لأهل لغته» .

القول للشيخين^(٣) وأكثر الأصحاب . ومع ذلك خصّوه بالذكر لا مطلقاً، ويشهد له قوله تعالى : ﴿ لا يسخر قومٌ من قوم عسى أن يكونوا خيراً منهم ولا نساء من نساء عسى أن يكنّ خيراً منهن ﴾^(٤) حيث جعل القوم قسيم النساء المقتضي للمغايرة . ومنهم من أطلق القوم على أهل اللغة من غير تقييد بالذكور، ولعله مراد المصنف أيضاً، إلا أن الأول أشهر، فلذلك حملنا كلامه عليه .

(١) حكاها العلامة في المختلف ٢ : ٥٠٣ .

(٢) الزيادة من «ش، ب» وهامش «و» .

(٣) المُقنعة : ٦٥٥ ، النهاية : ٥٩٩ .

(٤) الحجرات : ١١ .

ولو قال لأهل بيته، دخل فيهم الأولاد والآباء والأجداد.

ونسبته إلى القليل يدل على توقفه فيه، ووجهه دلالة العرف على ما هو أخص من ذلك، وهو مقدّم على اللغة لو سلم انحصارها فيما نقلوه. ومن ثمّ قال ابن إدريس^(١): «إنهم الرجال من قبيلته ممن يطلق^(٢) العرف بأنهم أهله وعشيرته دون من سواهم، محتجاً بأنه هو الذي تشهد به اللغة، ثم استشهد بقول الشاعر:

قومي هم قتلوا أمّيم أخي فاذا رميتُ يُصيّني سهمي
وغیره من الشواهد، وذكر أنه قد روي أنّ قوم الرجل جماعة أهل لغته من الذكور دون الإناث.

قوله: «ولو قال لأهل بيته . . . الخ».

لا إشكال في دخول من ذكر، لاتفاق أهل التفاسير على ذلك. إنّما الكلام في دخول غيرهم، فإنّ الاقتصار على ما ذكر يقتضي كون عليّ عليه السلام ليس من أهل البيت، لخروجه عن الأصناف الثلاثة، مع أنّه داخل إجمالاً.

وقال العلامة: «يدخل فيهم الآباء والأجداد والأعمام والأخوال وأولادهم وأولاد الأولاد، الذكر والأنثى». ثمّ قال: «وبالجملة كلّ من يعرف بقرابته». وهذا يقتضي كون أهل بيته بمنزلة قرابته. وحكي عن ثعلب أنه قال: «أهل البيت عند العرب آباء الرجال وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ويستوي فيه الذكور والإناث»^(٤).

وما اختاره العلامة من مساواة أهل البيت للقرابة هو الظاهر في الاستعمال، يقال: الفلانيون أهل بيت في النسب معروفون، وعليه جرى قوله صلى الله عليه وآله

(١) السرائر ٣: ١٦٤.

(٢) كذا في الحجريتين وفي «م»: ينطق. وفي سائر النسخ: ينطلق وهو كذلك في السرائر (الحجرية والحديثة).

(٣) التذكرة ٢: ٤٧٧.

(٤) المغني لابن قدامة ٦: ٥٨٢ - ٥٨٣.

ولو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه. ولو قال لجيرانه، قيل: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً من كل جانب. وفيه قول آخر مستبعد.

وسلم: «إننا أهل بيت لا تحل لنا الصدقة»^(١). والأقوى الرجوع إلى عرف بلد الموصي، ومع انتفائه يدخل كل قريب. وأما أهل بيت النبي صلى الله عليه وآله وسلم فإنهم أخص من ذلك بالرواية^(٢) الواردة عنه صلى الله عليه وآله وسلم في حصرهم في أهل الكساء.

قوله: «ولو قال لعشيرته، كان لأقرب الناس إليه في نسبه».

هذا أحد التفسيرين للعشيرة لغةً، وقد ذهب إليه جماعة^(٣) من الأصحاب. وفي القاموس: «عشيرة الرجل بنو أبيه الأذنون أو قبيلته»^(٤). وفي كتب^(٥) العلامة أن العشيرة هي القرابة مطلقاً. والأجود الرجوع إلى العرف، ومع انتفائه فالعموم حسن.

قوله: «ولو قال لجيرانه، كان لمن يلي داره . . . الخ».

القول الآخر المستبعد هو أنه لمن يلي داره بأربعين داراً، ولعل استبعاده من مخالفته العرف، فإن العرف لا يبلغ بالجار هذا المقدار، ولأن المشهور استناده إلى رواية^(٦) عامية، وقد حققنا في الوقف أن به من طرفنا روايات كثيرة، منها حسنة جميل بن دراج عن أبي جعفر عليه السلام قال: «حدّ الجوار أربعون داراً من كلّ

(١) عيون أخبار الرضا (ع) ٢: ٢٩ ح ٣٢، الوسائل ٦: ١٨٧ ب «٢٩» من أبواب المستحقين للزكاة ح ٦.

(٢) تفسير الحبري: ٢٩٧ - ٣١١، تفسير فوات الكوفي: ٣٣٢ ح ٤٥١ - ٤٦٦، شواهد التنزيل ٢: ٢٠ - ٩٢.

(٣) منهم المفيد في المنفعة: ٦٥٥، والشيخ في النهاية: ٥٩٩، وابن إدريس في السرائر ٣: ١٦٤.

(٤) القاموس المحيط ٢: ٩٠.

(٥) قواعد الأحكام ١: ٢٩٤، التذكرة ٢: ٤٧٨، التحرير ١: ٣٠١، وفي الإرشاد ١: ٤٥٩ والتبصرة: ١٢٧ أنه أقرب الناس إليه نسباً كما هنا.

(٦) المغني لابن قدامة ٦: ٥٨٦.

وتصحّ الوصية للحمل الموجود، وتستقرّ بانفصاله حياً. ولو وضعتة ميتاً بطلت الوصية. ولو وقع حياً ثم مات كانت الوصية لورثته. وإذا أوصى المسلم للفقراء كان لفقراء ملته. ولو كان كافراً انصرف إلى فقراء نحلته.

جانب»^(١). وأما ما اختاره المصنف فلم نقف على مستنده مع اشتهاه، وقد مضى تحقيق ذلك في الوقف^(٢).

قوله: «وتصحّ الوصية للحمل الموجود . . . الخ».

قد سبق^(٣) في تحقيق الوصية بالحمل ما يظهر به حكم الوصية للحمل، وما يحكم معه بوجوده وعدمه. ثم وجوده حال الوصية شرط لصحتها وإن لم تحلّه الحياة، لكن استقرارها مشروط بوضعه حياً، ومعنى استقرارها حينئذٍ تحقق صحتها من حين موت الموصي وإن لم يكن ذلك الوقت حياً، فالنماء المتخلل بين الولادة والموت يتبع العين. ولو وضعتة ميتاً تبين بطلان الوصية وإن كان حال الوصية في بطن أمه حياً. وإذا استقرت الوصية بولادته حياً لا يقدر فيها موته بعد ذلك، بل ينتقل إلى ورثته، وهو واضح، لكن يعتبر هنا قبول الوارث، لإمكانه في حقّه، وإنما أسقطنا اعتباره عن الحمل لتعذره، كما سقط اعتباره في الوصية للجهات العامة. ووجه سقوطه عن الوارث تلقيه الملك عن المولود المالك لها بدون القبول. والمتّجه اعتبار القبول في الوصية للحمل مطلقاً فيقبله وليّه ابتداءً ووارثه هنا. وتظهر الفائدة فيما لو ردّها الوارث قبل قبوله، فان اعتبرناه بطلت وإلا فلا أثر للردّ.

قوله: «وإذا أوصى المسلم للفقراء - إلى قوله - فقراء نحلته».

المخصّص لذلك مع عموم اللفظ القرائن الحالية، وقد تقدّم^(٤) البحث فيه في الوقف.

(١) الكافي ٢: ٦٦٩ ح ٢، الوسائل ٨: ٤٩١ ب «٩٠» من أبواب أحكام العشرة ح ١.

(٢) في ص: في ج ٥: ٣٤٣.

(٣) في ص: ١٩٣.

(٤) في ج ٥: ٣٣٦.

ولو أوصى لانسان فهات قبل الموصي قيل : بطلت الوصية . وقيل : إن رجع الموصي بطلت الوصية ، سواء رجع قبل موت الموصى له أو بعده . وإن لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصى له . وهو أشهر الروايتين . ولو لم يخلف الموصى له أحداً رجعت إلى ورثة الموصي .

قوله : «ولو أوصى لانسان فهات قبل الموصي . . . الخ» .

قد تقدّم^(١) البحث في هذه المسألة وفي الروايتين مستوفى ، والمختار عدم البطلان إلا مع القرينة الدالة على إرادة الموصي تخصيص الموصى له بالوصية دون وارثه ، لمزيد علم أو صلاح ونحوه .

والفرق بين هذه وبين السابقة : أن السابقة تضمنت كون وارث الموصى له يرث القبول لو مات الموصى له قبله ، وليس فيها تعرض لملك الموصى به وعدمه ، والغرض من هذه بيان أن الموصى به ينتقل بموت الموصى له إلى وارثه إن لم يرجع الموصي عن الوصية على خلاف فيه ، سواء كان مورثه قد قبل الوصية قبل موت الموصي أم لا . فلو فرض أنه قبل الوصية في حياة الموصي ثم مات في حياته ، واكتفينا بالقبول الواقع في حياة الموصي ، لم يفتقر وارثه إلى القبول ، ولكن يبقى الخلاف في بطلان الوصية وعدمه ، وهو المقصود بالبحث هنا . وإن لم يكن قد قبل انتقال إلى الوارث حتى القبول ، وهو المستفاد من السابقة ، ومعه يملك الموصى به على الخلاف ، وهو المذكور هنا .

قوله : «ولو لم يخلف الموصى له أحداً رجعت إلى ورثة الموصي» .

هذا تنمة الحكم السابق ، وحاصله : أن الموصى له إذا مات في حياة الموصي ولم يخلف وارثاً خاصاً رجعت الوصية إلى ورثة الموصي ، بمعنى بطلانها حينئذٍ . وهذا الحكم شامل باطلاقه لما لو كان موت الموصى له قبل قبوله وبعده .

والحكم في الأول واضح ، لأنه بموته قبل القبول وعدم قيام أحد مقامه في

ولو قال: أعطوا فلاناً كذا ولم يبين الوجه، وجب صرفه إليه يصنع به ما شاء.

القبول تبطل الوصية، ويرجع إلى ورثة الموصي. ويحتمل على هذا أن ينتقل حقّ القبول إلى وارثه العامّ وهو الامام، لأنه وارث في الجملة فيرث حقّ القبول كما يرثه وارثه الخاصّ، لقيامه مقامه في إرث جميع ما يورث عنه، ويتولاه نائبه العامّ وهو الحاكم الشرعيّ مع غيبته، إلا أن هذا الاحتمال لم يذكره مع توجهه.

وأما الحكم الثاني - وهو ما إذا كان موته بعد القبول حيث اعتبرنا القبول المتقدم على الوفاة - فيشكل القول ببطلان الوصية حينئذٍ، لتام سبب الملك بالايجاب والقبول، وتوقفه على الشرط وهو الموت لا يوجب بطلانه، ومن ثمّ انتقل إلى الوارث لو كان، فكما أنّه بحصول الشرط يتمّ الملك للوارث فينبغي أن يتمّ هنا أيضاً.

ويمكن الجواب عنه بأنّ الملك لما كان مشروطاً بالموت لا يحصل بدونه كما هو ظاهر، وحينئذٍ فلا بدّ من مستحقّ صالح للتملّك لينتقل إليه الملك، فإنّ مجرد السبب وإن كان تاماً لم يوجب نقل الملك قبل حصول الشرط، وحينئذٍ فإن كان للموصى له وارث انتقل حقّ الوصية إليه وحكم بملكه، لأنّ له أهلية الملك وإن لم يقبل بناءً على القبول السابق، وإن لم يكن له وارث لم يجد الملك محلاً قابلاً له لينتقل إليه، إذ ليس له هناك إلاّ الموصى له وقد فاتت أهليته للملك بموته، أو وارثه والفرض عدمه.

نعم، يتمشى على الاحتمال السابق هنا بطريق أولى أن ينتقل الملك إلى الامام، لتام سبب الملك وحصول الشرط، والامام وارث للموصى له كالحاصّ فينتقل الملك إليه وإن لم نقل بانتقال حقّ القبول إليه، لأن الحقّ هنا أقوى.

قوله: «ولو قال: أعطوا فلاناً كذا ولم يبين الوجه، وجب صرفه إليه يصنع به ما شاء».

لأنّ الوصية تمليك فيقتضي تسلّط الموصى له على المال تسلّط غيره من الملاك، وهو ظاهر. ولو عين المصرف كما لو قال: أعطوه ليصرفه في الجهة الفلانية، تعين عليه صرفه فيها، للنهي عن تبديل الوصية، فلو صرفه في غيرها ضمن ولزمه إقامة بدله وصرفه في الوجه المعين.

ولو أوصى في سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر. وقيل: يختص بالغزاة. والأول أشبه. وتستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره،

قوله: «ولو أوصى في سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر. وقيل: يختص بالغزاة. والأول أشبه».

الأصل في السبيل الطريق، والمراد بسبيل الله الطريق إليه، أي: إلى رضوانه أو ثوابه، لاستحالة التحيز عليه تعالى، وهذا المعنى شامل لكل ما يتقرب به إلى الله فيجب حمل اللفظ عليه حيث لا يختص من شرع أو عرف، وهما متفيان.

والقول باختصاصه بالغزاة للشيخ^(١) ومن تبعه^(٢)، وجعل مصرفه عند تعذر الجهاد أبواب البر من معونة الفقراء والمساكين وابن السبيل وصلة آل الرسول، محتجّين بأن حكم الشرع يقتضي صرف السبيل إلى الغزاة، وحكم كلام الأدميين مع إطلاقه حكم ما اقتضاه الشرع. وهما ممنوعان، والمختار الأول.

قوله: «ويستحب الوصية لذوي القرابة وارثاً كان أو غيره».

لا خلاف في استحباب الوصية للقرابة في الجملة، وعندنا لا فرق بين الوارث وغيره، لعموم الآية^(٣) والأخبار^(٤)، وقد تقدم^(٥) الكلام فيه. وفي بعض الأخبار عنهم عليهم السلام «من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصية»^(٦). وسأل محمد بن مسلم أبا عبد الله عليه السلام عن الوصية للوارث

(١) النهاية: ٦١٣، المبسوط ٤: ٣٥.

(٢) كما في الوسيلة: ٣٧١.

(٣) البقرة: ١٨٠.

(٤) الوسائل ١٣: ٣٧٣ ب «١٥» من كتاب الوصايا.

(٥) في ص: ٢١٦.

(٦) الفقيه ٤: ١٣٤ ح ٤٦٦، تفسير العياشي ١: ٧٦، التهذيب ٩: ١٧٤ ح ٧٠٨، الوسائل

١٣: ٤٧١ ب «٨٣» من كتاب الوصايا ح ٣.

وإذا أوصى للأقرب نزل على مراتب الارث، ولا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب.

فقال: «تجوز، ثم تلا الآية: إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين»^(١).
قوله: «وإذا أوصى للأقرب . . . الخ».

المراد تنزيله على مراتب الإرث من حيث المرتبة لا في كيفية الاستحقاق، فإن الوصية يتساوى فيها الذكر والأنثى، والمتقرب بالأب والمتقرب بالأبوين والمتقرب بالأم وإن كانوا إخوة.

ومعنى تنزيله على المراتب تقديم المرتبة الأولى على أهل الثانية، لأنها أقرب إلى الميت منها، وكذا الثانية على الثالثة. ومنه يظهر أنه لا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب، وفائدة ذكره بعد تعيين المراتب إدراج حكم ابن العم من الأبوين مع العم من الأب، فانه في الارث مقدّم على العم وإن كان ابن العم أبعد، إلا أن ذلك بدليل خارج، ومن ثمّ كان مستثنى من القاعدة، فلولا قوله: «ولا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب» لاستفيد من تنزيله على مراتب الارث تقديم ابن العم هنا أيضاً، وهو محتمل إلا أن الأصحّ الأول.

ومقتضى مراعاة المرتبة أنه لو اجتمع الأخ من الأبوين مع الأخ من الأب قدم الأول عليه كما في الارث. وهو كذلك على الأقوى، مع احتمال تساويهما هنا.

(١) الكافي ٧: ١٠ ح ٤، الفقيه ٤: ١٤٤ ح ٤٩٣، التهذيب ٩: ١٩٩ ح ٧٩١، ٧٩٢، الوسائل ١٣: ٣٧٤ ب «١٥» من كتاب الوصايا ح ٥، والآية في سورة البقرة: ١٨٠.

الخامس في الأوصياء

ويعتبر في الوصي العقل والاسلام . وهل يعتبر العدالة؟ قيل : نعم، لأنّ الفاسق لا أمانة له . وقيل : لا ، لأنّ المسلم محلّ للأمانة كما في الوكالة والاستيداع ، ولأنها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقّق بتعيينه .

قوله : «وهل تعتبر العدالة . . . إلخ» .

اختلف الأصحاب في اشتراط عدالة الوصيّ، فذهب الأكثر منهم إلى اشتراطها محتجّين بأنّ الوصاية استيان على مال الأطفال ومنّ يجري مجراهم من الفقراء والجهات التي لا يراعيها المالك، والفاسق ليس أهلاً للاستيان على هذا الوجه وإن كان أهلاً للوكالة، لوجوب الثبّت عند خبره .

وبأنّ الوصيّة تتضمّن الركون باعتبار فعل ما أوصى إليه به من تفرقة المال وإنفاقه وصرفه في الوجوه الشرعيّة، والفاسق ظالم لا يجوز الركون إليه، لقوله تعالى : ﴿ولا تتركوا إلى الذين ظلموا﴾^(١) .

وبأنّ الوصيّة استنابة على مال الغير لا على مال الموصي، لانتقاله عنه بعد موته، وولاية الوصيّ إنّما تحصل بعد الموت، فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل، بل أولى، لأنّ تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكّل وذلك من أكبر البواعث على تحرّز وكيل الوكيل من تجاوز الحدود، بخلاف الوصيّ فإنّ ولايته بعد موت الموصي على الجهات التي أشرنا إليها، وهي مما لا يشارفه^(٢) فيها أحد غالباً، ولا

(١) هود : ١١٣ .

(٢) كذا في «و» وفي هامشها و«س» : يشاركه وفي سائر النسخ غير واضحة .

يتبع أفعاله، خصوصاً إذا كانت في إخراج حقوق لغير منحصر .
 وذهب ابن إدريس^(١) بعد اضطراب في الفتوى إلى عدم اشتراطها، ورجحه
 المصنف في النافع^(٢)، والعلامة في المختلف^(٣) بعد أن اختار في غيره من كتبه^(٤)
 اشتراطها استناداً إلى أنها ولاية تابعة لاختيار الموصي كالوكالة . وقدحوا في صغرى
 القياس في الأول بجواز إيداع الفاسق وتوكيله . ويضعف بظهور الفرق بين الوكالة
 والوصية بما أشرنا إليه من مراعاة المؤكل حال الوكيل في كل وقت يختار، وبأنه في
 الوكالة مسلط على مال نفسه وهنا على مال غيره، ولهذا اشترطت في وكيل الوكيل .
 هذا محصل كلام الفريقين . ويمكن أن يقال على الأول: لا يلزم من عدم
 أهلية الفاسق للاستيمان ولقبول الخبر اشتراط العدالة، لأنّ هناك واسطة بينهما، وهو
 المستور والمجهول الحال فإنّه لا يصح وصفه بالفسق بل يعزّر واصفه به فلا يدخل في
 المدلول .

واشترط عدالة وكيل الوكيل إن أرادوا بها اشتراط ظهور عدالته - كما هو
 المشهور - فهو عين المتنازع، وإن أرادوا به عدم ظهور الفسق سلّمناه لكن لا يفيد
 الاشتراط . وبالجملة: لا ريب في اشتراط عدم ظهور فسقه أما اشتراط ظهور عدالته
 ففيه بحث .

وأما ما احتجّ به المصنف وغيره على اشتراط ظهورها - بأنّ الفسق لما كان مانعاً
 فلا بدّ من العلم بانتفائه، وذلك هو اشتراط العدالة - فواضح المنع، لأنّ المانع لا
 يشترط العلم بعدمه في التأثير بل عدم العلم بوجوده، كما هو المعتبر في حكم كل
 مانع .

(١) السرائر ٣ : ١٨٩ .

(٢) المختصر النافع : ١٦٤ .

(٣) مختلف الشيعة ٢ : ٥١٠ .

(٤) التذكرة ٢ : ٥١١ ، القواعد ١ : ٣٥٣ .

أما لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موت الموصي أمكن القول ببطلان وصيته ، لأن الوثوق ربياً كان باعتبار صلاحه فلم يتحقق عند زواله ، فحينئذ يعزله الحاكم ويستتیب مكانه .

قوله : «أما لو أوصى إلى العدل ففسق بعد موت الموصي . . . الخ» . هذا استدراك من الحكم السابق ، وحاصله : أن العدالة وإن لم تشترط ابتداءً فانه لو أوصى إلى عدل ففسق بعد موت الموصي أنجبه القول ببطلان وصيته ، لأننا إذا لم نشترطها وأوصى إلى الفاسق ابتداءً يكون الموصي قد أقدم على الوصية ورضي به ، فلا يؤثر فسقه ، أما لو أوصى إلى العدل ابتداءً ففسق ينعزل ، لما أشار إليه المصنف من أن الباعث على الايضاء إليه بخصوصه ربياً كان باعتبار عدالته ، فإذا زالت العدالة فات الباعث فتبطل .

ولم يجزم المصنف بالحكم ، بل قال : أمكن القول بالبطلان لذلك ، لأنه أيضاً يمكن القول بعدم البطلان ، لأن الوصية إليه لا يتعين أن يكون الباعث عليها عدالته ، بل جاز أن يكون أمراً آخر من صحة وقراءة وغير ذلك والوصف اتفاقي ، وجاز أن تكون العدالة مزيدة في الباعث لاسبباً تاماً فلا يقدر فواتها ، ولأنها إذا لم تشترط ابتداءً كانت استدامة الفسق غير مانعة من صحة الوصية ابتداءً فأولى أن لا يمنع صحتها استدامة ابتداءه ، لأن استدامة كل شيء أقوى من ابتداءه .

وما استدركه المصنف بطريق الإمكان جزم به العلامة^(١) وحكم ببطلان الوصية حينئذ . وهو قوي إن ظهر كون الباعث على نصبه عدالته ، وإلا فلا ، وفقاً في الثاني لابن إدريس^(٢) . وبما حكيناه يظهر فساد ما قيل : إنه لا خلاف في بطلانها عندنا بالفسق على هذا الوجه . وحيث حكم ببطلان الوصية بفسقه لا تعود بعوده عدلاً ، للأصل .

(١) القواعد ١ : ٣٥٣ ، التحرير ١ : ٣٠٣ ، المختلف : ٥١٠ ، الارشاد ١ : ٤٦٣ ، التبصرة :

ويعني في العبارة أمران :

أحدهما: تقييده بكون فسقه بعد موت الموصي يستفاد منه بحسب المفهوم أنه لو فسق في حياته لم يعزل، مع أنّ العلة المذكورة لعزله متناولة للحالتين. ويمكن الفرق: بأن فسقه في حياته مع استمراره عليه يؤذن برضاه بوصايته فاسقاً بخلاف ما لو فسق بعد موته. لكن يجب تقييد هذا بعلم الموصي بفسقه، وإلا فلا دلالة له على رضاه به على تلك الحالة.

ويمكن أن يكون ذلك مبنياً على أنّ المعتبر في صفات الوصي بحالة الوفاة لا حالة الوصاية، كما هو أحد الوجوه في المسألة. فإذا فسق في حال حياة الموصي واستمرّ كذلك إلى بعد وفاته لم تنعقد الوصاية له إلا وهو فاسق فيكون كما لو نصبه فاسقاً، بخلاف ما إذا تجدد الفسق بعد موته فإنّه أمر طارٍ على الحكم بوصايته، فتزيلها لما ذكر. والمتّجه الفرق بين علم الموصي بفسقه وعدمه على تقدير حصول الفسق حال حياته على كلّ حال.

والثاني: أنّ قوله: «أمكن بطلان وصيّته» يقتضي انزاله وإن لم يعزله الحاكم، وقوله: «فحينئذ يعزله الحاكم» ينافيه. والحقّ على هذا التقدير انزاله وإن لم يعزله الحاكم، لفوات الباعث المنزّل منزلة الشرط فيفوت المشروط بفواته. وربما اعتذر له بأنّ المراد بعزل الحاكم له تسلّط الحاكم على منعه من التصرف وإقامة غيره مجازاً في عزله.

وقد أتفتت هذه المسألة في عبارة الشافعية^(١)، واختلفوا في بطلان الوصية بذلك من رأس أو تسلّط الحاكم على فسحها من غير أن تبطل، وتظهر الفائدة في تصرّفه قبل أن يعزله الحاكم. وهذه العبارة جيّدة، فأخذ المصنف والعلامة ناظر إلى^(٢) الوجهين.

(١) الحاوي الكبير ٨: ٣٣٤، روضة الطالبين ٥: ٢٧٤، رحمة الأئمة: ١٩٧.

(٢) كذا في الحجريتين. وفي «و» ينظر في. وفي غيرها: نظر في.

ولا تجوز الوصيّة إلى المملوك إلا باذن مولاه .
 ولا تصحّ الوصيّة إلى الصبي منفرداً، وتصحّ منضماً إلى البالغ،
 لكن لا يتصرّف إلا بعد بلوغه .

ويقوى الإشكال لو لم يكن هناك حاكم يعزله، فان الفائدة المطلوبة للموصي من عدالته متفتيةً رأساً. والأقوى - تفرعاً على كون ذلك مانعاً من الصّحة - البطلان وإن لم يعزله الحاكم، ليحصل الغرض .
 قوله: «ولا تجوز الوصيّة إلى المملوك إلا بإذن مولاه» .

لأنّ منافعه مملوكة لمولاه، والوصيّة إليه تستدعي نظراً منه في الموصى فيه وسعيّاً على تحصيل المطلوب منها، وهو يستلزم التصرف في ملك الغير، فيتوقف على إذنه، فاذا أذن زال المانع لأن المنع لحقه، خلافاً لبعض العامة^(١) حيث منع من الوصيّة إليه مطلقاً .

إذا تقرّر ذلك: فلو أذن المولى له في الوصاية لم يكن له الرجوع في الإذن حيث يلزم الوصيّ المضيّ فيها بأن مات الموصي، وحيث لا يلزمه المضيّ يجوز للمولى الرجوع لكن بشرط إعلام الموصي كالحرّ. وبالجملة: فيقوم المولى في ذلك مقام الوصيّ وإن كان فعل متعلّق الوصيّة منوطاً بالمملوك .

قوله: «ولا تصحّ الوصيّة إلى الصبيّ منفرداً . . . الخ» .
 فائدة صّحة الوصيّة إلى الصغير منضماً مع عدم صّحة تصرفه صغيراً تأثير نصبه في تلك الحال في جواز تصرفه بعد البلوغ. ومستند جواز الوصيّة إليه منضماً رواية عليّ بن يقطين، قال: «سألت أبا الحسن - عليه السلام - عن رجل أوصى إلى امرأة وشرك في الوصيّة معها صبيّاً، فقال: يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصيّة ولا تنتظر بلوغ الصبيّ، فاذا بلغ الصبيّ فليس له ألا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت» .^(٢) وفي صحيحة الصّفّار قال: «كتبت إلى أبي محمد

(١) الحاوي الكبير ٨: ٣٢٩، المغني لابن قدامة ٦: ٦٠٢ .

(٢) الكافي ٧: ٤٦ ح ١، الفقيه ٤: ١٥٥ ح ٥٣٨، التهذيب ٩: ١٨٤ ح ٧٤٣، الاستبصار ٤:

١٤٠ ح ٥٢٢، الوسائل ١٣: ٤٣٩ ب «٥٠» من كتاب الوصايا ح ٢ .

عليه السلام : رجلٌ أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغارٌ، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحَّ على الميت شهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقَّع عليه السلام : نعم ، على الاكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك»^(١).

ويدلُّ على جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير - مضافاً إلى الخبرين - أنه في تلك الحال وصيٌّ منفرداً وإنما التشريك معه بعد البلوغ ، كما لو قال : أنت وصيِّي وإذا حضر فلان فهو شريكك . ومن ثمَّ لم يكن للحاكم أن يداخله ولا أن يضمَّ إليه آخر ليكون نائباً عن الصغير . وأما إذا بلغ الصغير فلا يجوز للبالغ التفرد وإن كان ذلك غير مستفاد من الخبرين ، لأنه الآن غير مستقلٍّ فيرجع إلى تلك القاعدة .

واعلم : أنَّ صحَّة الوصية إلى الصبيِّ منضمّاً على خلاف الأصل ، لأنه ليس من أهل الولاية ، ولكن جاز ذلك للنصِّ ، فلا يلزم مثله في الوصية إليه مستقلاً وإن شرط في تصرفه البلوغ وكان ذلك في معنى المنضمِّ ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده ، ولأنه يغتفر في حال التبعية ما لا يغتفر استقلالاً .

واعلم أيضاً : أنَّ مورد المسألتين في الكتاب واحدٌ ، وهو جواز انضمام الصغير إلى البالغ في الوصاية ، غير أنَّ الأولى تضمَّنت حكم تصرف الصبيِّ في أنه مشروط ببلوغه ، والثانية تضمَّنت جواز تصرف الكبير قبل بلوغ الصغير وعدم جواز انفراده بعد بلوغه . ولو جمع الأحكام الثلاثة في مسألة واحدة كما فعل غيره كان أخصر ، فيقول بعد قوله : « لكن لا يتصرف إلا بعد بلوغه » : « ويتصرف الكبير منفرداً . . . إلى آخره » فيستغني عن فرض مسألتين .

(١) الكافي ٧ : ٤٦ ح ٢ ، الفقيه ٤ : ١٥٥ ح ٥٣٩ ، التهذيب ٩ : ١٨٥ ح ٧٤٤ ، الوسائل ١٣ :

ولو أوصى إلى اثنين أحدهما صغير، تصرف الكبير منفرداً حتى يبلغ الصغير، وعند بلوغه لا يجوز للبالغ التفرد. ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل، كان للعاقل الانفراد بالوصية ولم يداخله الحاكم، لأنّ للميت وصياً. ولو تصرف البالغ ثم بلغ الصبيّ، لم يكن له نقض شيءٍ مما أبرمه، إلا أن يكون مخالفاً لمقتضى الوصية.

قوله: «ولو مات الصغير أو بلغ فاسد العقل . . . الخ».

إنّما كان له ذلك لأنّ شركة الصبيّ له مشروطة ببلوغه كاملاً ولم يحصل، فيبقى الاستقلال الثابت أولاً له بالنصّ على حاله، عملاً بالاستصحاب. ومداخلة الحاكم مشروطة بعدم وجود الوصيّ المستقلّ، وهو هنا موجود. وهو معنى قول المصنف: «لأنّ له وصياً» أي مستقلاً، وإلاّ فالحاكم يداخل الوصيّ غير المستقلّ. ويمكن أن يريد به مطلق الوصيّ، لما سيأتي^(١) من تعليقه بذلك في مسألة الوصيّ غير المستقلّ. وربما احتتم بطلان استقلاله بذلك، لأنّ الموصي إنّما فوّض إليه الاستقلال إلى حين بلوغ الصبيّ، فكأنّه جعله مستقلاًّ إلى مدة مخصوصة لا مطلقاً. وقد تردّد في الحكم العلامة في التذكرة^(٢) والشهيد في الدروس^(٣). وفيما اختاره المصنف قوة. نعم، لو بلغ الصبيّ رشيداً ثم مات بعده ولو بلحظة زال الاستقلال، لفقد شرطه.

قوله: «ولو تصرف البالغ ثم بلغ الصبيّ . . . الخ».

قد سلف^(٤) في الخبرين المتقدّمين ما يدلّ على هذا الحكم، ولأنّ البالغ وصيّ مستقلّ حينئذٍ، فنصرّفه نافذاً مطلقاً.

واعلم: أنّ التصرف متى كان مخالفاً لمقتضى الوصية فهو باطل لا يتوقف

(١) في ص: ٢٥٤.

(٢) التذكرة ٢: ٥١٠.

(٣) الدروس: ٢٤٨.

(٤) في ص: ٢٤٥.

ولا تجوز الوصية إلى الكافر ولو كان رَحماً. نعم، يجوز أن يوصي إليه مثله .
وتجوز الوصية إلى المرأة إذا جمعت الشرائط .

إبطاله على نقض الصبي بعد بلوغه، فالاستثناء في العبارة منقطع، وقد تبع فيه الرواية فإنه قال فيها: «إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يردّه إلى ما أوصى به الميت». وكان حقّ العبارة الاقتصار على منعه من نقض ما كان موافقاً للشرع، فإن ما خالفه منقوض .

قوله: «ولا تجوز الوصية إلى الكافر . . . الخ» .

لأنّ الكافر ليس من أهل الأمانة ولا الولاية، والركون إليه منهي عنه^(١) لأنّه ظالم، والرحمة هنا لا دخل لها في الجواز. وأمّا جواز وصية مثله إليه فلا جرائه على حكمه لو ترفعوا إلينا، لا الحكم بصحتها عندنا إن اشترطنا العدالة، لأنّ الكافر أسوء حالاً من الفاسق المسلم .

ويحتمل قوياً الحكم بصحتها مطلقاً مع عدالته في دينه، لأنّ الغرض منها صيانة مال الطفل وحفظه وأداء الأمانة، وإذا كان الكافر في دينه مجاناً للمحرّمات قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه، بخلاف فاسق المسلمين .

قوله: «وتجوز الوصية إلى المرأة إذا جمعت الشرائط» .

هذا عندنا موضع وفاق، وقد تقدّم^(٢) في حديث عليّ بن يقطين ما يدلّ على الصحّة، بل إذا حصلت الشرائط في أمّ الأطفال فهي أولى من غيرها، لمزيد الحنوّ. لكن روى الشيخ في التهذيب عن السكوني مرسلأً، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين - عليه السلام - : «المرأة لا يوصى إليها، لأن الله تعالى يقول : ولا توتوا السفهاء أموالكم»^(٣). ثم حملها على ضرب من الكراهة جمعاً .

(١) هود: ١١٣ .

(٢) في ص: ٢٤٥، هامش (٢) .

(٣) التهذيب ٩: ٢٤٥ ح ٩٥٣ . ورواه في الفقيه ٤: ١٦٨ ح ٥٨٥ مسنداً . والحديث في الوسائل

١٣: ٤٤٢ ب (٥٣) من كتاب الوصايا ح ١، والآية في سورة النساء: ٥ .

ولو أوصى إلى اثنين، فإن أطلق أو شرط اجتماعهما، لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف.

قوله: «ولو أوصى إلى اثنين . . . الخ».

أما مع شرطه الاجتماع فظاهر، لأنه لم يرض برأي أحدهما منفرداً، فولايتهما لم تثبت إلا على هذا الوجه. وأما إذا أطلق فلأن المفهوم من إطلاقه إرادة الاجتماع. ولو حصل الاشتباه فثبوت الولاية لهما مجتمعين معلوم، وثبوتها لكل واحد منفرداً مشكوك فيه، فيؤخذ باليقين ويرجع إلى أصالة انتفائها عن كل واحد منفرداً.

وذهب الشيخ^(١) في أحد قوليهِ وَمَنْ تبعه^(٢) إلى جواز انفراد كلٍ منهما مع الاطلاق، ولعله استند إلى رواية بريد بن معاوية، قال: «إن رجلاً مات وأوصى إليّ وإلى آخر أو إلى رجلين، فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك وأعطني النصف مما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله - عليه السلام - عن ذلك فقال: ذلك له»^(٣). مع أن الشيخ في التهذيب حمل قوله: «ذلك» على إباء صاحبه، أي: له أن يأبى عليه ولا يجيبه إلى ملتسمه. وإنما حمله على ذلك لثلاثين ما رواه محمد بن الحسن الصفار في الصحيح قال: «كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل كان أوصى إلى رجلين، أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت، وأن يعملوا على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى»^(٤).

ويمكن أن يقال: لا وجه لحمل تلك الرواية على ذلك الوجه البعيد لتوافق هذه، لأنه ليس في هذه ما يدل على وجوب الاجتماع، لأن لفظ «لا ينبغي» ظاهر في الكراهة لا الحظر ففيها دلالة على جواز الانفراد على كراهة، وتبقى تلك مؤيدة لها كما

(١) النهاية: ٦٠٦.

(٢) كما في المهذب ٢: ١١٦ - ١١٧ والجامع للشرايع: ٤٩٢.

(٣) الكافي ٧: ٤٧ ح ٢، الفقيه ٤: ١٥١ ح ٥٢٤، التهذيب ٩: ١٨٥ ح ٧٤٦، الاستبصار ٤:

١١٨ ح ٤٤٩، الوسائل ١٣: ٤٤٠ ب (٥١) من كتاب الوصايا ح ٣.

(٤) التهذيب ٩: ١٨٥ ح ٧٤٥، الاستبصار ٤: ١١٨ ح ٤٤٨ والوسائل ١٣: ٤٤٠ ب (٥١) من

كتاب الوصايا ح ١. وروي في الكافي ٧: ٤٦ ح ١، والفقيه ٤: ١٥١ بوجه آخر.

ولو تشاحًا، لم يمض ما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه إلا ما لا بدّ منه، مثل كسوة اليتيم ومأكوله. وللحاكم جبرهما على الاجتماع، فان تعاسرا جاز له الاستبدال بهما.

فهمه الشيخ في فتوى النهاية، فانه أجود ممّا فهمه في التهذيب، مع أنّ المتأخرين كالعلامة في المختلف^(١) ومنّ بعده^(٢) فهما من الرواية المنع من الانفراد، واستحسنوا حمل الرواية الأخرى على ما ذكره الشيخ.

وربما رجّح الحمل بأن الإباء أقرب من القسمة فعود اسم الإشارة إليه أولى. وفيه: أنّ الإشارة بـ «ذلك» إلى البعيد، فحملة على القسمة أنسب باللفظ^(٣).

ويمكن أن يستدلّ لهم من الرواية الصحيحة لا من جهة قوله: «لا ينبغي» بل من قوله: «أن يخالفا الميت، وأن يعمل على حسب ما أمرهما» فإنّ ذلك يقتضي حمل إطلاقه على أمره بالاجتماع، ومع أمره به لا يبقى في عدم جواز المخالفة إشكال، ويتعيّن حمل «لا ينبغي» على التحريم، لأنه لا ينافيه بل غايته كونه أعمّ أو متجاوزاً به فيه بقريئة الألفاظ الباقية. وهذا أجود.

إذا علمت ذلك: فمعنى وجوب اجتماعهما في الحالتين اتّفاقهما على الرأي الواحد على وجه واحد يحكيان بكونه مصلحة، وإذا توقّف على عقد فليصدر عن رأيها، إمّا بمباشرة أحدهما بإذن الآخر، أو غيرهما بإذنها. قوله: «ولو تشاحًا لم يمض . . . الخ».

إذا تشاح الوصيان في صورة اشتراط الموصي اجتماعهما، أو إطلاقه على القول بحمله على الاجتماع، أي تمانعا وأبى كل منهما على صاحبه أن يوافق، لم يمض ما

(١) المختلف ٢: ٥١٢.

(٢) راجع ايضاح الفوائد ٢: ٦٣١ ولكنه لم يتعرض لحمل الرواية، والتنقيح ٢: ٣٨٩ - ٣٩٠ ولكنه تنظر في حمل الرواية، وجامع المقاصد ١١: ٢٩١.

(٣) في «س» و«ش»: بالفرض.

تفرد به أحدهما من التصرف، لأن الموصي لم يرض برأيه منفرداً، فيكون تصرفه بغير إذن كتصرف الأجنبي. واستثنى المصنف وجماعة^(١) منه ما تدعو الحاجة إليه، ولا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق، من نفقة اليتيم والرقيق والدواب، ومثله شراء كفن الميت. وزاد بعضهم^(٢) قضاء ديونه، وإنفاذ وصية معينة، وقبول الهبة عن الصغير مع خوف فوات النفع، والخصومة عن الميت وله، وعن الطفل وله مع الحاجة، وردّ الوديعة المعينة، والعين المغصوبة.

وقال أبو الصلاح: مع التشاح يرد الناظر في المصالح الأمر إلى مَنْ كان أعلم بالأمر وأقوى عليه، ويجعل الباقي تبعاً له^(٣). وفيه: استلزامه تخصيص أحدهما وقد منعه الموصي من ذلك. وأطلق الشيخ في المبسوط^(٤) عدم جواز تصرف أحدهما مع التشاح في القسمين من غير استثناء.

ومال العلامة في القواعد^(٥) إلى الفرق بين حالة الاطلاق والنهي عن الانفراد، فاحتمل ضمان المتفرد في الثاني مطلقاً، وجواز ما لا بد منه في حالة الإطلاق، وحمل كلام الأصحاب على ذلك. ويشكل: بأن من الأصحاب مَنْ^(٦) صرح بعدم الفرق بين الحالتين فلا يمكن حمل كلامه على التفصيل، وبأن حالة الاطلاق إن حملت على إرادة الاجتماع كما فهموه لا وجه للفرق، وإن كانت حالة النهي عن الانفراد أكد. وقيل: يضمن المتفرد مطلقاً. ولعله أجود.

(١) كالشهيد في الدروس: ٢٤٨، والسيوري في التنقيح الرائع ٢: ٣٨٨، والكركي في جامع المقاصد ١١: ٢٩٢.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٩٢.

(٣) الكافي (في الفقه): ٣٦٦.

(٤) المبسوط ٤: ٥٤.

(٥) القواعد ١: ٣٥٤.

(٦) راجع المبسوط ٤: ٥٤، والسرائر ٣: ١٩٠.

إذا تقرّر ذلك: فقد أطلق المصنف وغيره^(١) أنّها في هاتين الحالتين مع التعاسر يجبرهما الحاكم على الاجتماع، فان لم يتفق جاز له الاستبدال بهما. ولا يخلو على إطلاقه من إشكال على القول باشتراط العدالة، لأنّهما بتشاحهما حيث يمكن الاجتماع وإصرارهما عليه يخرجان عن العدالة، خصوصاً مع إجبار الحاكم لهما وتعاسرهما بعده. والذي ينبغي تفرّيعاً على اشتراط العدالة الحكم بفسقهما مع تشاحهما حيث يمكنها الاجتماع ويكون ذلك محض العناد، ويستبدل بهما الحاكم.

ولقد أحسن ابن إدريس هنا حيث قال: «فإن تشاحاً في الوصيّة والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرّفان فيه - إلى قوله - وللناظر في أمور المسلمين الاستبدال بهما، لأنّهما حينئذ قد فسقا، لأنّهما أخلاً بما وجب عليهما القيام به، وقد بيّنا أن الفسق يخرج الوصيّة من يده»^(٢) ومع ذلك ففي كلامه خبط من جهة أنه قبله بلا فصل صرح بعدم اشتراط العدالة، وأنكر على الشيخ القول بها وبأن الوصي إذا فسق يخرج من يده ثم عقّبها بمسألة الوصيّين - وهي هذه - بلا فصل.

والحاصل: أنه مع اشتراط العدالة يلزم القول بانعزالهما مع التشاح الموجب للاخلال بالواجب مع الاصرار عليه حيث لم يثبت كون مثل ذلك من الكبائر. نعم، يمكن فرض التشاح من غير فسق بأن يختلف نظرهما في الأمر، فلا يمكنها الاجتماع على رأي واحد منها، لأنّ كلّ واحد منهما فرضه العمل بما يقتضيه نظره، ومثل هذا يجب استثناؤه، ولا يمكن الحاكم إجبارهما على الاجتماع فيه.

ويبقى الكلام فيما يمكن فيه الاجتماع ويكون الاختلاف مستنداً إلى التشهي أو الميل الطبيعي، بأن أراد أحدهما الصدقة بالمال الموصى به بتفرقة على أشخاص معينين، وأراد الآخر غيرهم مع استحقاق الجميع، أو أراد أحدهما شراء نوع من

(١) راجع النهاية: ٦٠٦، المهذب: ٢: ١١٦، والوسيلة: ٣٧٣، وتلخيص الخلاف: ٢: ٢٩٠ ذيل مسألة (٣٩).

(٢) السرائر: ٣: ١٩١.

ولو أراداً قسمة المال بينهما لم يجز . ولو مرض أحدهما أو عجز ضمّ إليه الحاكم من يقوّيه .

المأكول والملبوس للطفل، وأراد الآخر غيره مع اشتراكهما في المصلحة، ونحو ذلك، فإنّ مثل هذا يجب فيه الاتّفاق، ويخلّ تركه بالواجب حيث لا يكون أمره موسّعاً، ويحكم بانعزالهما مع الشاحّ فيه، خصوصاً مع وقوع التصرف بالفعل منفرداً. وقد اقتصرنا على التعبير بأن التصرف حينئذ لا ينفذ، وبالغ في التذكرة^(١) فصرّح بأنهما لا ينعزلان بالاختلاف، وأنّ اللذين أقامهما الحاكم نائبان عنها.

قوله: «ولو أراداً قسمة المال بينهما لم يجز».

لأنّ القسمة تقتضي انفراد كلٍّ منهما بالتصرف فيما خصّه من القسمة، وهو خلاف مراد الموصي من الاجتماع فيه. والحكم مع النصّ على الاجتماع واضح، ومع الاطلاق فيه ما مرّ.

قوله: «ولو مرض أحدهما أو عجز ضمّ إليه الحاكم من يقوّيه».

الضمير البارز في قوله: «إليه» و«يقوّيه» يرجع إلى المريض والعاجز، بمعنى أن الحاكم يضمّ إلى المريض أو العاجز شخصاً يقوّيه ويعينه على التصرف، لأنّ مرضه وعجزه لا يخرجّه عن الوصاية لجواز الوصية إلى المريض والعاجز ابتداءً، فكما لا يقدر ذلك في الابتداء فكذا لا يقدر في الاستدامة. وحينئذ فيعتبر اجتماع الثلاثة على التصرف، حتى لو كان وصياً منفرداً فمرض أو عجز عن الاستقلال ضمّ الحاكم إليه أيضاً من يعينه كما سيأتي^(٢) ولم يرتفع أمره بالكلية فكذا هنا.

وفي الدروس^(٣) جعل الضمّ مع عجز أحدهما إلى الآخر كما لو جنّ أو فسق. ويمكن الجمع بحمل العجز هنا على القيام بجميع ما كلّف به مع ثبوت أصل القدرة، فالضميمة إليه تحصل الغرض، وحمل العجز في كلام الدروس على العجز

(١) التذكرة ٢ : ٥٠٩ .

(٢) في ص : ٢٥٨ .

(٣) الدروس : ٢٤٨ .

أما لومات أو فسق لم يضمّ الحاكم إلى الآخر، وجاز له الانفراد، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي، وفيه تردد.

.

الكلي بقريئة مشاركة الفاسق والمجنون له في الحكم، وبقريئة الحكم بالضمّ إلى الآخر أيضاً.

ويجوز أن يعود الضمير في عبارة المصنف إلى الوصي الآخر المدلول عليه بأحدهما ضمناً، ويريد بالعجز والمرض البالغين حدّ المنع من أصل الفعل، كما فرضه في الدروس، وتكون التقوية حينئذ للوصي الآخر. ولكن الأول أنسب بالمقام.

قوله: «أما لومات أو فسق لم يضمّ الحاكم . . . الخ».

إذا تعدّرت مشاركة أحد الوصيين على الاجتماع لصاحبه بموت، أو فسق، أو عجز كلي، أو جنون، أو غيبة بعيدة، فقد ذهب المصنف وأكثر الأصحاب إلى أنّ الوصي الآخر يستقلّ بالوصية من غير أن يضمّ إليه الحاكم بدلاً، لأنه لا ولاية للحاكم مع وجود الوصي، وهو هنا موجود فإنّ نصب الآخر معه لم يخرج عن كونه وصياً، ولهذا يقال: نصب وصيين.

وقد تردد المصنف في الحكم، ووجهه مما ذكر، ومن أنّ الوصي لم يرض برأي أحدهما منفرداً، فتصرّفه وحده منافٍ لمقصود الوصي. ويُمنع من انتفاء ولاية الحاكم مع مطلق الوصي بل مع المنفرد، لأن ولاية الحاكم تتعلق بما لا يشرع إنفاذه لغيره من أحكام الميّت هنا، وهو هنا موجود. ويمكن أن يدعى أنّ أحد الوصيين على الاجتماع ليس وصياً حقيقياً بل جزء وصي، وإطلاق الوصي عليه لا يستلزم الحقيقة.

والأقوى وجوب الضمّ، وليس للحاكم أن يفرض إليه وحده وإن كان عنده صالحاً للاستقلال، لأنّ الوصي لم يرض برأيه وحده، وعند وجود إرادة الوصي لا يعتبر إرادة الحاكم، لأنّ ذلك كمنعه من كونه وصياً بالانفراد فلا يتخطاه الحاكم. وكذا لا يجوز للحاكم عزله وإقامة بدله متحدداً ومتعدداً، لما ذكرناه من تقديم منصوب الوصي، وهو هنا موجود.

ولو شرط لهما الاجتماع والانفراد، كان تصرف كل واحد منهما ماضياً ولو انفراد. ويجوز أن يقتسما المال، ويتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه، كما يجوز انفراده قبل القسمة.

وللموصى إليه أن يرده الوصية ما دام الموصي حياً، بشرط أن يبلغه الرد.

قوله: «ولو شرط لهما الاجتماع والانفراد . . . الخ».

المراد بشرط الاجتماع لهما والانفراد تسويغ الانفراد، ولو عرّبه كان أظهر وأخصر، فإن شرط الاجتماع هنا لا دخل له في الحكم، إلا أن يجعل تنبيهاً على قسم رابع، وهو ما إذا شرط لهما الانفراد ومنعهما من الاجتماع، فإن ذلك جائز ويجب فيه اتباع شرطه فيكون التعبير بشرط الاجتماع والانفراد إشارة إلى تسويغ الأمرين معاً.

وكيف كان فمع الإذن في الانفراد يكون تصرف كل منهما بمقتضى الوصية ماضياً، لأن كلاً منهما وصي مستقل. ويجوز لهما حينئذ اقتسام المال وتصرف كل منهما فيما يصيبه، وليست قسمة حقيقية بل لكل منهما بعد القسمة التصرف في قسمة الآخر، كما يجوز قبل القسمة، لأن كلاً منهما وصي في المجموع. ولا فرق في جواز القسمة بين جعلها متساوية ومتفاوتة حيث لا يحصل بها ضرر.

قوله: «وللموصى إليه أن يرده الوصية . . . الخ».

قد تقدّم^(١) أن الوصية من العقود الجائزة في حياة الموصي، لكل من الموصي والموصى له وإليه فسخها في حياة الموصي. فإذا كانت الوصية بالولاية وقبلها الوصي، فإن كان بعد وفاة الموصي لم يكن له ردها، كما ليس له رد المال الموصى به بعد القبول والوفاء.

وإن كان الرد في حياة الموصي جاز كما له رد المال، لأن الوصاية إذن له في التصرف المخصوص، فله أن لا يقبل الإذن كالوكالة، لكن يختص حكم الوصاية بكون بطلانها مشروطاً بأن يبلغ الموصي الرد، فلو لم يبلغه لزم كما لو رد بعد الوفاة.

وظاهرهم الاتفاق على هذا الحكم، وفي الأخبار إيهاء إليه، ففي رواية منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يرّد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^(١). ومقتضى هذا التعليل أن صحّة الردّ مشروطة ببلوغه الخبر، لأنّه إذا كان مشروطاً بدون القبول فيه أولى، وفي معناها كثير، ولأنّه على تقدير قبوله يكون قد غرّه ومنعه من طلب غيره فلم يكن له أن يضيّع حقّه.

أما لو ردّ في حياته وبلغه الردّ فإنّ الوصيّة تبطل اقتصاراً باللزوم على موضع الوفاق فيما خالف الأصل، ولانتفاء المحذور هنا.

واعلم: أنّ كلّ موضع يلزمه الوفاء بالوصيّة لو امتنع من القيام بها فإن أصرّ عليه خرج عن أهليّة الوصاية بنفسه على القول باعتبار العدالة فيخرج عن الوصاية. ولو كان جاهلاً بالوجوب أو لم نشترطها أجبره الحاكم على القيام بها وأخبره بالوجوب. وأطلق جماعة^(٢) من الأصحاب إجبار الحاكم له مع امتناعه، وهو مقيّد بعدم الخروج بالترك عن الأهليّة.

وبقي في المسألة أمرٌ آخر، وهو أنه هل يشترط مع بلوغ الموصي الردّ إمكان إقامته وصياً غيره، أم يكفي مطلق بلوغه حياً؟ ظاهر الفتاوى الثاني، ومقتضى التعليل الأول، لأنّه إذا لم يمكنه نصب وصيّ آخر يكون بمنزلة ما لو لم يعلم بالردّ. والأجود اعتبار الإمكان كما يرشد إليه قوله عليه السلام: «لأنّه لو كان شاهداً وأبى أن يقبلها طلب غيره» فإنّ العلة المنصوصة تتعدّى على الأقوى، ولانتفاء الفائدة بدونها. فعلى هذا لو كان حياً ولكن لم يمكنه نصب أحد ولو بالإشارة لم يصحّ الردّ. ولو أمكن ولكن كان المنصوب غائباً بحيث يتوقف ثبوت وصايته على البيّنة ولم يحضر

(١) الكافي ٧: ٦ ح ٣، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠٠، التهذيب ٩: ٢٠٦ ح ٨١٦، الوسائل ١٣:

٣٩٨ ب «٢٣» من كتاب الوصايا ح ٣

(٢) كما في القواعد ١: ٣٥٤، وتلخيص الخلاف ٢: ٢٨٣ ضمن مسألة (٢١).

ولو مات قبل الردّ، أو بعده ولم يبلغه، لم يكن للردّ أثر، وكانت الوصيّة لازمةً للموصي .

الموصي مَنْ تثبت به الوصاية ففي تنزيله منزلة عدم التمكن من الوصاية وجهان، من حصول أصل القدرة وتحقق الشرط، ومن انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته .

قوله: «ولو مات قبل الردّ أو بعده . . . الخ» .

إطلاق كلامه يشمل ما لو كان قد قبل الوصيّة ثم ردّها وما إذا لم يقبلها أصلاً .
والحكم في الأول موضع وفاق، وقد تقدّم^(١) . وأمّا الثاني فالمشهور بين الأصحاب أنّ الحكم فيه كذلك، واستندوا فيه إلى أخبار كثيرة :

منها: صحيحة محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «إن أوصى رجل إلى رجل وهو غائب فليس له أن يردّ وصيّته، فإذا أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل وإن شاء لم يقبل»^(٢) .

ومنها: صحيحة الفضيل بن يسار عنه عليه السلام «في رجل يوصى إليه، قال: إذا بعث إليه بها من بلد فليس له ردّها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه»^(٣) .

ومنها: رواية منصور بن حازم عنه عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيّته، لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^(٤) .

(١) في ص: ٢٥٥ .

(٢) في هامش «و»: «رواية محمد بن مسلم رواها الشيخ في الحسن عن عليّ بن إبراهيم عن أبيه عن حماد عن ربعي عن محمد، ورواها ابن بابويه في الفقيه في الصحيح . منه رحمه الله» . راجع الكافي ٧: ٦ ح ١، الفقيه ٤: ١٤٤ ح ٤٩٦، التهذيب ٩: ٢٥٥ ح ٨١٤، الوسائل ١٣: ٣٩٨ ب «٢٣» من كتاب الوصايا ح ١ .

(٣) الكافي ٧: ٦ ح ٢، الفقيه ٤: ١٤٤ ح ٤٩٧، التهذيب ٩: ٢٥٥ ح ٨١٥، الوسائل ١٣: ٣٩٨ ب «٢٣» من كتاب الوصايا ح ٢ .

(٤) مرّ في الصفحة المقابلة هامش (١) .

ولو ظهر من الوصي عجز، ضُمَّ إليه مساعد.

ومنها: حسنة هشام بن سالم عنه عليه السلام «في الرجل يوصي إلى رجل بوصية فأبى أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لا يخذله على هذه الحال»^(١).
 وذهب العلامة في التحرير^(٢) والمختلف^(٣) إلى جواز الرجوع ما لم يقبل، عملاً بالأصل، وبدفع الضرر المنفي بقوله تعالى: ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾^(٤) وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا ضرر ولا ضرار»^(٥) وحمل الأخبار على حصول القبول أولاً، لأنه عقد فلا بد فيه من القبول.

والحق: أن هذه الأخبار ليست صريحة في المدعى، لتضمّنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً والغائب يلزمه مطلقاً، وهو غير محلّ النزاع. نعم، في تعليل الرواية المتقدمة إبقاءً إلى الحكم، إلا أن إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعية - بإثبات حق الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، وتسليط الموصي على إثبات وصيته على مَنْ شاء، بحيث يوصي ويطلب من الشهود كتابان الوصية إلى حين موته، ويدخل على الوصي الحرج والضرر غالباً - بمجرد هذه العلة المستندة إلى سند غير واضح بعيداً. ولو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدة الاستحباب، كان أولى. ولو حصل للوصي ضرر ديني أو دنيوي، أو مشقة لا يتحمل مثلها عادة، أو لزم من تحملها عليه ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه، قوي جواز الرجوع.

قوله: «ولو ظهر من الوصي عجز ضُمَّ إليه مساعد».

لا فرق بين وجود العجز من الوصي عن الاستقلال بالوصية بحالة الوصية إليه،

(١) الكافي ٧: ٦ ح ٥، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٤٩٩، التهذيب ٩: ٢٠٦ ح ٨١٨، الوسائل ١٣:

٣٩٩ ب (٢٣) من كتاب الوصايا ح ٤.

(٢) التحرير ١: ٣٠٣.

(٣) مختلف الشيعة ٢: ٤٩٩.

(٤) سورة الحج: ٧٨.

(٥) راجع الوسائل ١٧: ٣٤٠ ب «١٢» من كتاب احياء الموات.

وتجدده بعدها قبل موت الموصي وبعده. فكما لا تبطل وصيته بالعجز الطارئ زمن وصايته لا تبطل لو كان متصفاً به ابتداءً، ويضم الحاكم إليه مساعداً في الحالين حيث يقتصر الموصي عليه.

وعموم الأدلة متناول لما ذكرناه في القسمين، وبه صرح في التذكرة، فقال: «الظاهر من مذهب علمائنا جواز الوصية إلى من يعجز عن التصرف ولا يهتدي إليه، لسهه أو هرم أو غيرهما، وينجر نقصه بنظر الحاكم»^(١).

ولكن الشهيد في الدروس^(٢) توقف في صحة الوصية إلى العاجز ابتداءً، من حيث وجوب العمل بقول الموصي ما أمكن، ومن عدم الفائدة المقصودة في الوصية. ويمكن منع عدم الفائدة على هذا التقدير، لجواز أن يكون العاجز ذا رأي وتدبير ولكنه عاجز عن الاستقلال فيفوض إليه الموصي أمره لذلك ويعتمد في تمام الفعل على نصب الحاكم له معيناً فتحصل الفائدة المطلوبة من الوصية ويسلم من تبديلها المنهي عنه.

وقد يفهم من قول المصنف: «ولو ظهر من الوصي عجز» كونه مستوراً في حال الوصية، وإنما ظهر بعد الوصاية. وكيف كان فالاعتقاد على عدم الفرق بين الأمرين. واعلم أنه بنى الضم للمجهول ولم يجعل الضام الحاكم كما صنع غيره^(٣)، ويمكن كون النكته فيه ليشمل ما لو وجد الحاكم المتمكن من الضم فيكون هو الفاعل، لما هو المعلوم من أن هذه الوظائف لا يتولاها غيره، وما لو تعذر فيجب على عدول المؤمنين الانضمام إليه ومساعدته على إنفاذ الوصية، كما يجب عليهم إنفاذها لو لم يكن هناك وصي أصلاً كما سيأتي^(٤).

(١) التذكرة ٢: ٥١١.

(٢) الدروس: ٢٤٨.

(٣) كما في القواعد ١: ٣٥٣ والدروس: ٢٤٨.

(٤) في ص: ٢٦٤.

وإن ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله، ويقيم مكانه أميناً.
والوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف، إلا عن مخالفته لشرط الوصيّة أو
تفريط.

ولو كان للوصيّ دين على الميت جاز أن يستوفي مما في يده من غير
إذن الحاكم إذا لم تكن له حجة. وقيل: يجوز مطلقاً.

قوله: «وإن ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله، ويقيم مكانه
أميناً».

إنما يتوقّف عزله على عزل الحاكم لو لم يشترط عدالته، فللحاكم حينئذ أن
يعزل الخائن مراعاةً لحقّ الأطفال وأموال الصدقات ونحوهما. وأمّا إذا اشترطنا عدالته
فإنه ينعزل بنفس الفسق وإن لم يعزله الحاكم، وقد تقدّم^(١) مثله. ولعلّ المصنف يريد
بعزل الحاكم له منعه عن التصرف أو ما هو أعمّ منه ومن مباشرة عزله ليجري على
المذهبين، إذ لم يتقدّم منه ترجيح لأحد القولين.

قوله: «والوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن مخالفته لشرط الوصيّة
أو تفريط».

لا خلاف في كون الوصيّ أميناً لا يضمن ما بيده من الأموال التي يلي عليها
بالوصاية إلا بتعدّي أو تفريط. وعبر عن التعدّي بمخالفة شرط الوصيّة، فإنه إذا لبس
الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصيّة، لأن مقتضاها حفظه للطفل، أو بيعه وصرفه
في الجهة المأمور بها، ونحو ذلك، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصيّة. ومثله ركوب
الدابة، والكون في الدار، وغير ذلك. هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ما له فيه
الولاية بحيث لا يتمّ بدونه، كما لوركب الدابة لفضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه
حيث يتوقّف على الركوب، أو دخل داره لإصلاح أمره، أو لبس الثوب ليدفع عنه
الدود حيث يتوقّف عليه، ونحو ذلك.

قوله: «ولو كان للوصيّ دين على الميت جاز له . . . الخ».

القول الأول للشيخ في النهاية^(١)، فإنه قيّد جواز الأخذ باقامة البيّنة ولم يذكر جواز الأخذ عند عدمها. ولكنه يستفاد من مسألة المقاصّة حيث لا بيّنة للمدين، ولم يذكروا له حجّة على ذلك.

ويمكن الاستدلال له بموثقة بريد بن معاوية، عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال: «قلت له: إنّ رجلاً أوصى إليّ فسألته أن يشرّك معي قرابةً له ففعل، فلمّا هلك الرجل أنشأ الوصيّ يدّعي أن له قبله أكرار حنطة، قال: إن أقام البيّنة وإلا فلا شيء له، قال: قلت له: أيحلّ له أن يأخذ ممّا في يده شيئاً؟ قال: لا يحلّ له، قلت: أ رأيت لو أنّ رجلاً عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ أكان له ذلك؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا»^(٢).

والقول بالجواز مطلقاً لابن إدريس^(٣)، وهو الأقوى، لأنّ الفرض كونه وصياً في إثبات الديون فيقوم مقام الوصي في ذلك. والغرض من البيّنة والإثبات عند الحاكم جواز كذب المدّعي في دعواه، فنيطت بالبيّنة شرعاً، وعلمه بدينه أقوى من البيّنة التي يجوز عليها الخطأ، ولأنه بقضاء الدّين محسناً و﴿ما على المحسنين من سبيل﴾^(٤).

وهذا يظهر الفرق بين دين الوصيّ ودين غيره حيث لا يعلم به الوصيّ، وعلى تقدير علمه يمكن تجدد البراءة منه فلا بدّ من إثباته حتى باليمين مع البيّنة لذلك. وأيضاً فإنّ الغير لا يجوز للوصيّ تمكينه من التركة بمجرد دعواه، ولا له أن يعين لدينه بعض الأموال دون بعض، لأنّ ذلك منوط بالمديون أو نائبه، لأنّه مخيرٌ في جهات

(١) النهاية: ٦٠٨.

(٢) الكافي: ٧: ٥٧ ح ١، الفقيه ٤: ١٧٤ ح ٦١٣، التهذيب ٩: ٢٣٢ ح ٩١٠، الوسائل ١٣:

٤٧٩ ب «٩٣» من احكام الوصايا ح ١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٢.

(٤) سورة التوبة: ٩١.

وفي شرائه لنفسه من نفسه تردّد، أشبهه الجواز إذا أخذ بالقيمة العدل.

القضاء، والغير ليس له ولاية التعيين، بخلاف الوصيّ.

والجواب عن الرواية - مع قطع النظر عن سندها - أنها مفروضة في استيفاء أحد الوصيّين على الاجتماع بدون إذن الآخر، ونحن نقول بموجبه، فإنّ أحد الوصيّين كذلك بمنزلة الأجنبيّ ليس له الاستيفاء إلّا بإذن الآخر كباقي التصرفات، وليس للآخر تمكينه منه بدون إثباته، والكلام هنا في الوصيّ المستقلّ، وقد نبّه عليه بقوله في آخر الرواية حيث سأله عن أخذ ماله ممّن أخذ منه قهراً: «إنّ هذا ليس مثل هذا» والمراد أنّ هذا إنّما يأخذ باطلاع الوصيّ الآخر، فليس له تمكينه من الأخذ بمجرد دعواه، بخلاف ممّن يأخذ من مال ممّن أخذ ماله على جهة المقاصّة، فإنّ له ذلك حيث لا يطلع عليه أحد، وهو هنا منتفٍ.

قوله: «وفي شرائه لنفسه من نفسه تردّد، والأشبه الجواز إذا أخذه بالقيمة العدل».

القول بالمنع من ذلك للشيخ^(١) (رحمه الله) استناداً إلى أنّ الواحد لا يكون موجباً وقابلاً في عقد واحد، لأنّ الأصل في العقد أن يكون بين اثنين إلّا ما أخرجه الدليل، وهو الأب أو الجدّ له.

والأصحّ الجواز، لأنّه بيع صدر من أهله في محله إذ الفرض أنّه جائز التصرف [و]^(٢) يجوز أن يتولّى كلّاً من الطرفين بالانفراد فله أن يتولّاهما على الاجتماع، إذ لا مانع إلا اجتماعهما لواحده، وهو غير صالح للمانع شرعاً، للأصل، وجواز مثله فيما اعترفوا به من الأب والجدّ. وعلى الجواز رواية^(٣) مجهولة الراوي والمرويّ عنه، لكنّها شاهد.

(١) الخلاف ٣: ٣٤٦، ٣٤٧ مسألة ٢٩٠، المبسوط ٢: ٣٨١.

(٢) من «و» فقط.

(٣) الكافي ٧: ٥٩ ح ١٠، الفقيه ٤: ١٦٢ ح ٥٦٦، التّهذيب ٩: ٢٣٣ ح ٩١٣، الوسائل ١٣:

٤٧٥ ب ٨٩، من كتاب الوصايا ح ١.

وإذا أذن الموصي للوصي أن يوصي، جاز إجماعاً. وإن لم يأذن له لكن لم يمنعه فهل له أن يوصي؟ فيه خلاف، أظهره المنع، ويكون النظر بعده إلى الحاكم.

قوله: «وإذا أذن الموصي للوصي أن يوصي جاز إجماعاً. وإن لم يأذن له لكن لم يمنعه . . . الخ».

إذا أوصى إلى غيره بشيء ولم ينفذ جميع ما أوصى به إليه، إما لكونه وصياً على أطفال لم يكملوا، أو في تفرقة شيء ولم يتمكن من إنفاذه، أو غلة يتجدد كل سنة، فلا يخلو إما أن يكون الموصي قد أذن له في الإيضاء على ما أوصاه فيه على العموم أو على وجه مخصوص، أو نهاء عن الإيضاء به مطلقاً، أو أطلق. ولا خلاف في جواز وصايته في الأول على الوجه الذي أذن له فيه عملاً بمقتضى الإذن، ولا في عدم صحتها في الثاني اقتصاراً على ما أذن له فيه وهو مباشرته بنفسه.

وأما مع الإطلاق فهل يجوز له الإيضاء بما كان وصياً فيه؟ قولان أحدهما - وهو قول أكثر الأصحاب - المنع، للأصل، ولأن المتبادر من الاستنابة له في التصرف مباشرته بنفسه، أما تفويض التصرف إلى غيره فلا دليل عليه.

لا يقال: ينتقض بتوكيله في ما هو وصي فيه، فإنه جائز في ما جرت العادة في التوكيل فيه قطعاً وغيره على الأقوى، فلو اقتضى إطلاق الإيضاء المباشرة لما جاز له التوكيل.

لأننا نقول: فرق بين الوكالة على جزئيات مخصوصة ملحوظة بنظره حياً يمضي منها ما وافق غرضه ويرد ما خالف، وبين الإيضاء الحاصل أثره بعد موته وفوات نظره. وأيضاً فإنه في حال الحياة مالك للتصرف على الوجه المأذون فيه، ووكيله فيه بمنزلة، بخلاف تصرف الوصي بعد وفاته، لزوال ولايته المقصورة على فعله بنفسه وما في حكمه بموته.

والقول الثاني: الجواز، لأن الاستنابة من جملة التصرفات التي يملكها حياً بالعموم كما يملكها بالخصوص، ولأن الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية

وكذا لو مات إنسان ولا وصي له كان للحاكم النظر في تركته . ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين مَنْ يوثق به . وفي هذا تردّد .

ما يثبت له ، ومن ذلك الاستنابة بعد الموت . وروى ابن بابويه في الصحيح عن محمد ابن الحسن الصفّار أنّه كتب إلى أبي محمد الحسن بن عليّ عليه السلام : «رجل كان وصي رجلٍ فمات وأوصى إلى رجلٍ ، هل تلزم الوصي وصيّة الرجل الذي كان هذا وصيّه؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله تعالى» .^(١) قالوا : والمراد بالحقّ هنا حقّ الإيمان ، فكأنّه قال : يلزمه لو كان مؤمناً ، وفاءً لحقه عليه بسبب الإيمان فإنّه يقتضي معونة المؤمن وقضاء حوائجه ومن أهمّها إنفاذ وصيّته .

وأجيب عنه بمنع كون الاستنابة بعد الوفاة ممّا يملكها الوصيّ ، وهل هو إلا عين المتنازع؟ وإقامة الموصي له مقام نفسه ليباشر الأمر بنفسه ونظره ، وهو لا يدلّ على إقامته بعد الوفاة مقام نفسه مطلقاً ، فإنّه المتنازع .

والرواية كما تحتمل ما ذكره تحتمل أيضاً أن يريد بحقه : الوصيّة إليه بأن يوصي ، فضمير حقه راجع إلى الموصي الأول . والمعنى حينئذ : أن الوصيّة تلزم الوصيّ الثاني بحقّ الأول إن كان له - أي : للأول - قبله - أي : الوصيّ الأول - حقّ ، بأن يكون قد أوصى إليه وأذن له أن يوصي ، فقد صار له قبله حقّ الوصيّة ، فإذا أوصى بها لزم الوصيّ الثاني . ومع تطرّق الاحتمال يسقط الاستدلال إن لم يكن الثاني أرجح . على أنّ حقّ الإيمان لا يختصّ بهذا الوصيّ الثاني ، بل يجب على كلّ مؤمن كفايةً كما سيأتي ، والكلام في اختصاص هذا الوصيّ بالوصيّة على جهة الوصاية لا على جهة المعونة العامّة . وعلى هذا : إذا لم يأذن الموصي في الاستنابة يكون النظر في أمور الموصي الأول إلى الحاكم كغيره ممّن لا وصي له .

قوله : «وكذا لو مات إنسان ولا وصي له - إلى قوله - تردّد» .

اعلم : أنّ الأمور المفتقرة إلى الولاية إمّا أن تكون أطفالاً ، أو وصايا وحقوقاً وديوناً . فإن كان الأول فالولاية فيهم لأبيه ، ثم لجده لأبيه ، ثم لمن يليه من الأجداد

(١) الفقيه ٤ : ١٦٨ ح ٥٨٧ ، ورواه أيضاً في التهذيب ٩ : ٢١٥ ح ٨٥٠ ، الوسائل ١٣ : ٤٦٠

ب «٧٠» من كتاب الوصايا ج ١ .

على ترتيب الولاية، الأقرب منهم إلى الميّت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصي الأب، ثم وصي الجدّ وهكذا، فان عدم الجميع فالحاكم. والولاية في الباقي غير الأطفال للوصي ثم الحاكم. والمراد به السلطان العادل، أو نائبه الخاصّ، أو العامّ مع تعذر الأوّلين، وهو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل. وإنّما كان حاكماً عاماً لأنّه منصوب من قبل الامام لا بخصوص ذلك الشخص بل بعموم قولهم عليهم السلام: «انظروا إلى مَنْ كان منكم قد روى حديثنا»^(١) إلى آخره.

فإن فقد الجميع فهل يجوز أن يتولّى النظر في تركة الميّت من المؤمنين مَنْ يوثق به؟ قولان أحدهما المنع ذهب إليه ابن إدريس^(٢)، لأنّ ذلك أمر موقوف على الإذن الشرعيّ، وهو منتفٍ.

والثاني وهو مختار الأكثر تبعاً للشيخ^(٣) (رحمه الله): الجواز، لما فيه من المعاونة على البرّ والتقوى المأمور بها^(٤)، ولقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٥) خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم فيه فيبقى الباقي داخلاً في العموم، ولأنّ ذلك من المعروف والمصالح الحسبيّة فيستفاد الإذن فيها من عموم دلائل الأمر بالمعروف، ومثل هذا كافٍ في الإذن الشرعيّ الذي ادّعى المانع عدم وجوده. وتطرّق محذور التصرف في مال الطفل يندفع بوصف العدالة في المتولّي المانع له من الإقدام على ما يخالف مصلحته.

ويؤيّد أيضاً رواية سماعة قال: « سألته عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّة، وله خدم ومماليك وعقد، كيف تصنع الورثة بقسمة ذلك

(١) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، التهذيب ٦: ٢١٨ ح ٥١٤ والوسائل ١٨: ٩٨ ب «١١» من ابواب

صفات القاضي ح ١.

(٢) السرائر ٣: ١٩٤.

(٣) النّهاية: ٦٠٨.

(٤) المائدة: ٢.

(٥) التوبة: ٧١.

ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ وله أب لم يصحّ، وكانت الولاية إلى جدّ اليتيم دون الوصيّ. وقيل: يصحّ ذلك في قدر الثلث ممّا ترك، وفي أداء الحقوق.

الميراث؟ قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس^(١). وعن إسماعيل بن سعد قال: «سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك أولاداً ذكراً [وإنثاً]^(٢) وغلماً صغيراً وترك جواري وماليك، هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: نعم^(٣). وعلى كلّ حال فهذا القول لا بأس به.

ويستثنى من موضع الخلاف ما يضطرّ إليه الأطفال والدوابّ من المؤنّة وصيانة المال المشرف على التلف، فإنّ ذلك ونحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين فضلاً عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالاً فمؤنّة الأطفال ونحوهم من العاجزين عن التكبّب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية، كإعانة كلّ محتاج وإطعام كلّ جائع يضطرّ إليه، فمن مال المحتاج أولى. وحيث يجوز لأحد فعل ذلك فالمراد به معناه الأعمّ، والمراد منه الوجوب، لما ذكرناه من أنّه من فروض الكفايات.

والمراد بقوله: «لم يكن هناك حاكم» عدم وجوده في ذلك القطر وإن وجد في غيره، إذا توقّفت مراجعته على مشقّة لا تتحمّل عادةً. ويجب مع وجوده بعيداً الاقتصاد على ما لا بدّ منه، وتأخير ما يسع تأخيره إلى أن يمكن مراجعته.

قوله: «ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ وله أب لم يصحّ... الخ».

(١) في هامش «و»: «في التهذيب قال: سألت عن رجل، فجعلها مقطوعةً، وفي المختلف: سألت أبا عبد الله عليه السلام، فجعلها موصولة. منه رحمه الله». راجع التهذيب ٩: ٢٤٠ ح ٩٢٩ والمختلف ٢: ٥١٢ ورويت مضمرة أيضاً في الفقيه ٤: ١٦١ ح ٥٦٣، وعن أبي عبد الله عليه السلام في الكافي ٧: ٦٧ ح ٣. راجع الوسائل ١٣: ٤٧٤ ب «٨٨» من كتاب الوصايا ح ٢.

(٢) من «و». وورد بين معقوفين في الكافي.

(٣) الكافي ٧: ٦٦ ح ١، التهذيب ٩: ٢٣٩ ح ٩٢٧، الوسائل ١٣: ٤٧٥ ب «٨٨» من كتاب الوصايا ح ٣.

قد عرفت من المسألة السابقة أنّ ولاية الجدّ وإن علا على الولد مقدّمة على ولاية وصيّ الأب، فإذا نصب الأب وصياً على ولده المولّى عليه مع وجود جدّه للأب وإن علا لم يصحّ، لأنّ ولاية الجدّ ثابتة له حيثنّذ بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه ولا إثبات شريك معه. ومعنى عدم صحتها أنّها لا تقع ماضيةً مطلقاً، لكن هل تقع باطلّةً من رأس، أم تصحّ على بعض الوجوه دون بعض؟ أقوال:

أحدها: البطلان مطلقاً، لأنّ الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجدّ وصلاحيّته للولاية، فإذا انقطع ولاية الأب بموته لم تقع ولاية وصيّيه، فإذا مات الجدّ افتقر عود ولاية الأب - لتؤثّر في نصب الوصيّ - إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها فلا تصحّ في حياة الجدّ ولا بعد موته.

الثاني: بطلانها في زمان ولاية الجدّ خاصّةً، لأنّ ولاية الأب شاملة للأزمنة كلّها إلّا زمان ولاية الجدّ فيختصّ البطلان بزمان وجوده.

وقد عرفت جوابه، فإنّ انقطاع ولاية الأب بموته مع وجود الجدّ صالحاً للولاية أمرٌ معلوم، وعودها بعد موت الجدّ يحتاج إلى دليل. ودعوى أنّ ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلية التي من جملتها ما بعد زمان الجدّ غير معلوم، بل هو عين المتنازع، وإنّما المعلوم مع وجود الجدّ بعده انقطاع ولايته لا ثبوتها بعد موت الجدّ.

الثالث: صحتها في الثلث خاصّةً، لأنّ له إخراجها عن الوارث أصلاً فيكون له إثبات ولاية غيره بطريق أولى.

وفيه: منع الأولويّة بل الملازمة، فإنّ إزالة الملك تقتضي إبطال حقّ الوارث منه أصلاً وهو الأمر الثابت له شرعاً، وأمّا بقاؤه في ملك الوارث فإنّه يقتضي شرعاً كون الولاية عليه للملكه أو وليّه الثابتة ولايته عليه بالأصالة، فلا يكون للأب ولاية عليه بالنسبة إليه أصلاً. وقد ظهر أنّ أجود الأقوال الأول، والقول الأول والأخير كلاهما للشّيخ في المبسوط^(١).

واعلم أنّ قوله في القول الأخير: إنها تصحّ في أداء الحقوق، أجنبيّ من المسألة التي هي موضع النزاع، لأنّ موضوعها الوصية بالنظر في مال ولده وله أب، لا وصيته في ماله ليخرج منه الحقوق فإنّ ذلك ثابت بالاجماع. وأيضاً فظاهر اللفظ أنّ الوصية المذكورة مقصورة على نظر الوصيّ في مال ولده، ومعه لا يتناول كون هذا الوصيّ وصياً على إخراج الحقوق، وإن كان للموصي أن ينصب وصياً في ذلك، لأنّ الوصية يتبع فيها نصّ الموصي من عموم وخصوص.

وبالجملّة فإن ذكر الموصي لهذا الوصيّ لفظاً^(١) يدلّ على كونه وصياً على إخراج الحقوق مضافاً إلى وصايته على ولده يكون قد اشتملت على أمرين: أحدهما المختلف فيه، والآخر خارج عن محلّ النزاع، ولا وجه لإدخال المتفق فيه هنا، لأنّ اشتغال الوصية على معنى صحيح وآخر باطل لا يقدر في صحّة الصحيح ولا إبطال الباطل. وإن كان قد اقتصر على جعله وصياً على النظر في مال ولده - كما هو الظاهر - لم يتناول ذلك الوصية إليه في إخراج الحقوق.

ويمكن أن يفرض لجواز الوصية في إخراج الحقوق فائدة، وهي: أنّ وصية الانسان مع وجود أبيه في إخراج الوصايا وإن كانت جائزة لكن لا تخلو من إشكال، لأنّ وصية الولد إنّما تصحّ بما لا ولاية للأب فيه، ولهذا لم تصحّ الوصية على الأطفال مع وجود الأب. وإذا كان كذلك فلم يوص الولد بقضاء الدّين وإنفاذ الوصايا مع وجود أبيه كان الأب أولى بذلك من غيره حتى الحاكم، كما هو أولى بالأطفال، كما نبّه عليه في التذكرة^(٢)، ونسب القول بكون الحاكم أولى بوصاياه والأب أولى بديونه إلى الشافعية. وإذا كان عدم الإيصاء موجباً لولاية الأب على ذلك دلّ على أنّ للأب حقّ الولاية على وصية ابنه كما له الولاية على أولاده، فإذا أوصى الابن إلى غيره يجب أن لا يكون صحيحاً، كما لو أوصى بأولاده إلى غيره، فنّه المصنف بما ذكر من

(١) كذا في النسخ والظاهر: بلفظ.

(٢) التذكرة ٢: ٥١٠.

وإذا أوصى بالنظر في شيء معين اختصت ولايته به، ولا يجوز له التصرف في غيره، وجرى مجرى الوكيل في الاقتصار على ما يوكل فيه.

صحتها في أداء الحقوق على ذلك. ووجهه: أن ثبوت ولاية الجدّ على الأطفال ليست على حدّها على الوصايا، فإنّ تلك ثابتة بالأصل بحقّ البنوة، والوصية ليست كذلك. ولا يلزم من ثبوتها له بدون الوصية - على تقدير تسليمه - ثبوتها معها، كما أنّ الحاكم له الولاية على الوصايا مع عدم الوصيّ، وليس له ذلك مع وجوده، فللملازمة ممنوعة.

قوله: «وإذا أوصى بالنظر . . . الخ».

لما كانت الوصية بالولاية استنابةً من الموصي بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف فيه - من قضاء ديونه واستيفائها، وردّ الأمانات واسترجاعها، والولاية على أولاده وإن نزلوا الذين له عليهم الولاية من الصبيان والمجانين والسفهاء، والنظر في أموالهم والتصرف فيها بما لهم فيه الحظّ، وتفريق الحقوق الواجبة والمندوبة، ونحو ذلك - كانت الاستنابة تابعةً لاختيار الموصي في التخصيص ببعض هذه والتعميم، لأنّ ذلك حقّ له فيتبع فيه رأيه، وربما اختلف الأوصياء في الصلاحية لجميع هذه الأشياء ولبعضها والأطلاع على مزايا المعيشة وضبط الأموال والقيام باصلاحها وحفظها.

فإذا نصب من له الوصية في ذلك أحداً فلا يخلو إما أن يعمّم له الولاية، أو يخصّها بشيء دون شيء، أو يطلق. فإن عمّمها - بأن قال: أنت وصي في كلّ قليل وكثير، أو في كلّ مالي فيه ولاية، أو في كذا وكذا بما فصلناه سابقاً حتى استوفى الجميع، ونحو ذلك - كان له الولاية في جميع ما تناوله اللفظ ممّا له فيه ولاية فتدخل فيه الأموال والأولاد.

وإن خصّها بشيء دون شيء، أو بوقت دون وقت، أو بحالٍ دون حال، اختصت ولايته بما عين له ولا يتجاوزها. فالتخصيص بالأشياء كأن يقول: أنت وصي فيما أوصيت به يوم الدفن، أو فيما ذكرته في وصيتي وكان قد ذكر أشياء مخصوصة، أو يكتب وصيته كذلك ثم يقول: وجعلت وصي في ذلك أو فيما أوصيت به فلاناً، ونحو ذلك. والتخصيص في الأوقات بأن يقول: أوصيت إليك إلى سنة،

مسائل ثلاث :

(الأولى): الصفات المراعاة في الوصي تعتبر حالة الوصية . وقيل :
حين الوفاة ، فلو أوصى إلى صبي فبلغ ثم مات الموصي ، صححت الوصية .
وكذا الكلام في الحرية والعقل . والأول أشبه .

أو إلى أن يبلغ ابني فلان ، أو إلى أن يحضر فلان الغائب . وبالأحوال أن يوصي إلى
زوجته إلى أن تتزوج ، أو إلى فلان إلى أن يقع منه كذا ونحو ذلك ، أو ما دام على صفة
كذا ونحو ذلك .

وإن أطلق بأن قال : جعلت فلاناً وصي ، فان اقتصر على ذلك كان لغواً ،
كما لو قال : وكلتكم ولم يعين ما وكله فيه . وإن أضاف إليه قوله : على أولادي ، ولم
يذكر التصرف انصرف إلى حفظ ما لهم خاصة ، لأنه المتيقن . ويحتمل قوياً جواز
التصرف بما فيه الغبطة ، لأن المفهوم عرفاً من هذا اللفظ هو إقامته مقامه ، خصوصاً
عند من يرى أن المفرد المضاف يفيد العموم . وفي المسألة وجه ثالث ، وهو عدم
الصحة ما لم يبين ما فوضه إليه .

وحيث يخصص الوصي^(١) بشيء دون شيء يجوز تعدد الأوصياء ، لا على سبيل
الاشترك في ذلك الأمر ولا على سبيل الانفراد فيه ، بل يجعل له وصياً على حفظ مال
أولاده ، ووصياً آخر على الإنفاق عليهم ، وثالثاً على إنفاذ وصاياه وحقوقه ، ورابعاً على
استيفاء ديونه ، فيختص كل واحد بما عين له . ويجوز له مع ذلك تعميم بعضهم
وتخصيص آخرين ، على الاجتماع والانفراد والتفريق .

قوله : «الصفات المراعاة في الوصي . . . الخ» .

اختلف الأصحاب وغيرهم^(٢) في وقت اعتبار الشروط المعتبرة في صحة
الوصايا ، من التكليف والاسلام والحرية والعدالة ، هل هو عند الوصية ، أو عند
الموت ، أو من حين الوصية مستمراً إلى أن يموت ، أو من حين الوصية إلى أن ينفذها

(١) في «س» : وحيث يجوز تخصيص .

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٦ : ٦٠٣ والمهذب ضمن المجموع ١٥ : ٥١١ .

بعد الموت؟ على أقوال:

أحدها - وهو مختار الأكثر ومنهم المصنف -: الأول، وهو اعتبار وجودها حالة الوصية بمعنى وجودها قبلها باقية إليها قضية للشرطية، فإن الشرط يعتبر تقدمه على المشروط ولو بأن ما.

وجه هذا القول: أن هذه المذكورات شروط صحة الوصية، فإذا لم تكن حالة إنشائها موجودة لم يكن العقد صحيحاً، لأن عدم الشرط يوجب عدم المشروط كما في شروط سائر العقود، ولأنه في وقت الوصية ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات، والنهي في المعاملات إذا توجه إلى ركن العقد دل على الفساد، ولأنه يجب في الوصي أن يكون بحيث لو مات الموصي كان نافذ التصرف مشتقاً على صفات الوصاية، وهو هنا منتفٍ، لأن الموصي لو مات في هذه الحال لم يكن الوصي أهلاً لها. وفي هذا الأخير نظر، لأن من يكتفي بوجودها حالة الموت يحصل على مذهبه المطلوب، فإن الموصي إذا فرض موته بعد الوصاية بلا فصل قبل أن يتصف الوصي بالصفات لا يكون نافذ التصرف من حيث إن الموصي قد مات وهو غير جامع لها، وذلك كافٍ في البطلان.

وثانيها: أن المعتبر اجتماعها عند الوفاة، حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق كماله عند الوفاة صححت الوصية، لأن المقصود منها التصرف بعد الموت فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ، لأنه محلّ الولاية، ولا حاجة إلى وجودها قبل ذلك، لانتفاء الفائدة.

ويضعف بأن الوصاية لما كانت عقداً ولم يحصل شروطها حالة الإيجاب، وقع العقد فاسداً. ولا نسلم أن الولاية حالة الموت خاصة بل هي ثابتة من حين الوصية، وإنما المتأخر التصرف كالوكالة المنجزة المشروط فيها التصرف بعد وقت حتى لو قال له الموصي: إذا مت فانت وصي في كذا، وقعت لغواً.

وثالثها: اعتبارها من حين الوصية إلى حين الوفاة، وهو مختار الشهيد في

الدروس^(١). أما حين الوصية فلما تقدّم في توجيه القول الأول. وأما استمرارها إلى حين الوفاة فلأن الوصاية من العقود الجائزة فمتى عرض اختلال أحد شرائطها بطلت كظائرها، ولأنّ المعتر في كلّ شرط حصوله في جميع أوقات المشروط، فمتى اختلّ في أثناء الفعل وجب فوات المشروط إلّا ما استثنى في قليل من الموارد بدليل خارج. وربما يقال: إنّه لا يستثنى منه شيء، لأن ما خرج عن ذلك يدعى أنّ الفعل المحكوم بصحته عند فوات الشرط ليس مشروطاً به مطلقاً، بل في بعض الأحوال دون بعض. وهذا أولى.

ورابعها: أنّ المعتر وجود الشرائط من حال الوصية إلى أن ينتهي متعلّقها بأن يبلغ الطفل ويخرج الوصايا ويقضى الديون وغير ذلك، لأنّ اشتراط هذه الأمور يقتضي فوات مشروطها متى فات بعضها في كلّ وقت. فلو فرض فوات بعضها بعد الوصية قبل^(٢) انتهاء الولاية بطلت. وهذا هو الأقوى.

واعلم: أنّ الذي يقتضيه كلام الأصحاب وغيرهم من الباحثين في هذه المسألة أنّ من يعتبر وجود الشرائط حالة الوصية لا يعتبر استمرارها إلى حالة الموت، وإلّا لكان القول الأوّل هو القول الثالث، مع تصريحهم بأنّ الأقوال الثلاثة، بل صرح بعضهم بأنّ المعتر في القول الأول وجوده حالة الوصية خاصّة. وممن صرح بذلك الشهيد في الدروس، فإنّه قال: «هذه الشروط معتبرة عند الوصية إلى حين الموت فلو اختلّ أحدها في حالة من ذلك بطلت، وقيل: يكفي حين الوصية، وقيل: حين الوفاة». ^(٣) فقوله: «وقيل: يكفي حين الوصية» تصريح بأنّ القائل بذلك يكفي بوجودها حينها وإن لم يستمر. وهذا واضح. وفي التذكرة^(٤) نقل الأقوال الثلاثة الأول

(١) الدروس: ٢٤٨.

(٢) في النسخ الخطية: إلى قبل.

(٣) الدروس: ٢٤٨.

(٤) التذكرة ٢: ٥١١.

أيضاً حتى عن الشافعية، وأنهم جعلوا اعتبارها في الحالين وما بينهما قولاً ثالثاً. وإنما نبهنا على ذلك لأنّ ظاهر دليل المشتري يقتضي خلاف ذلك، فإنّ اختلال الشروط بعد الوصية وانعقاد العقد لا يفيد الفائدة التي اعتبرت الشروط لأجلها، خصوصاً بعد الوفاة ومحلّ التصرف. أللهم إلا أن يقولوا: إنّ فواتها لا يقدح ما دام حياً خاصّة، لأنّ الفائدة لا تفوت فيعتبر وجودها حالة الوصية ليصحّ العقد، ولا يضرّ تجدد نقيضها إلى حين الوفاة، ثمّ يعتبر وجودها زمن التصرف. ومما ينبه على إرادتهم ذلك اتفاقهم على أنّ تجدد الفسق يبطل الوصاة حيث نعتبرها، ولم يتعرّضوا لغيره من الشروط لندور وقوع خلافه، فإنّ البلوغ لا يطرأ ضده، والاسلام كذلك غالباً، وكذلك الحرية. وعلى هذا فيتحد القول الثالث والرابع. ولعلّ هذا أجود.

والحقّق الشيخ علي (رحمه الله) ^(١) فهم أنّ في المسألة قولين خاصّة، بناءً على أنّ القائل باشتراك حصول الشروط عند العقد يعتبر استمرارها من حينه إلى الآخر، ومعتبر حصولها عند الوفاة يعتبره كذلك إلى الآخر. وهذا الفهم من حيث الاعتبار حسن إلا أن كلامهم ينافيه كما نبهنا عليه سابقاً، فإنّهم قد صرّحوا بإرادة خلاف ذلك، خصوصاً عبارة الشهيد في الدروس ^(٢) وشرح الارشاد ^(٣).

وعلى كلّ حال فكلامهم في هذه الأقوال غير محرر، فإنّ اشتراط استمرار الشروط من حين الوفاة إلى انقضاء الولاية ممّا لا شبهة فيه ليحصل الغرض المقصود منها، فمن قال: إنّ المعتبر حصولها حال الوفاة قائل باعتبار استمرارها فيه إلى الآخر، ومن قال: إنّ المعتبر حال الوصية لا يعتبر استمرارها حال الحياة ثمّ يعتبر وجودها بعد الوفاة. فلا ينضب الكلام، ولم ينبهوا عليه إلا أن استبطان كلامهم يقتضيه، ولولا تصريحهم بذلك لكان ما ذكره الشيخ علي - رحمه الله - جيّداً. وعلى هذا فيتحرر

(١) جامع المقاصد ١: ٢٨١.

(٢) الدروس: ٢٤٨.

(٣) غاية المراد: ١٥٥.

(الثانية): تصحّ الوصيّة على كلّ مَنْ للموصي عليه ولاية شرعيّة، كالولد وإن نزلوا، بشرط الصغر، فلو أوصى على أولاده الكبار العقلاء أو على أبيه، أو على أقاربه، لم تمض الوصيّة عليهم. ولو أوصى بالنظر في المال الذي تركه لهم، لم يصحّ له التصرف ولا في ثلثه، وتصحّ في إخراج الحقوق عن الموصي كالديون والصدقات.

رجوع الأقوال إلى ثلاثة: اعتبار الشرائط حال الوفاة مستمراً، اعتبارها من حين الوصيّة وإن ارتفعت بعدها حال الحياة، ثم يعتبر وجودها بعد الوفاة مستمراً. قوله: «تصحّ الوصيّة على كلّ مَنْ للموصي عليه ولاية شرعيّة... الخ».

قد تقدّم^(١) ما يدلّ على هذا الحكم، وبقي ما يتعلّق بخصوص هذه العبارة، فإنّ قوله: «تصحّ الوصيّة على كلّ مَنْ للموصي عليه ولاية شرعيّة» يدخل فيه الأب إذا أوصى على الولد مع وجود الجدّ، فإنّه يصدق أنّ الموصي له عليه ولاية، فإنّ ولايته حالة الوصية وحالة الحياة ثابتة قطعاً، وإنّما انتقلت إلى الجدّ بعد وفاته. ولو حمل على إرادة مَنْ له عليه ولاية حال التصرف - وهو ما بعد الموت - لم يصحّ أيضاً، لأنّ المعتبر حصول الشرط حالة الوصيّة مستمراً كما مرّ. ولو أريد مَنْ له عليه ولاية مستمراً إلى ما بعد الموت ففيه: أنّ الموت يقطع الولاية فلا يتمّ أيضاً. وكان الأنسب التقييد بانتفاء الجدّ كالسابقة.

وقوله: «بشرط الصغر» فيه قصور أيضاً، لأنّ شرط الصغر غير كافٍ بل يشترط عدم الكمال، إذ لو ارتفع الصغر واستمرّ مجنوناً أو سفهاً بقيت ولاية الأب مستمراً كما مرّ في بابه. والكلام في صحّة الوصيّة في إخراج الحقوق مع الوصيّة على الكاملين كما سلف من افتقارها إلى لفظ يدلّ على جعله وصياً في الجميع، ليصحّ فيما له فيه الولاية ويبطل في الباقي.

(الثالثة): يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم أن يأخذ أجرة المثل عن نظره في ماله . وقيل : يأخذ قدر كفايته . وقيل : أقلّ الأمرين . والأوّل أظهر .

واعلم أنه على تقدير نصب وصي في إنفاذ الوصية ووفاء الديون مع كون الورثة كباراً ليس للوصي التصرف في التركة لأجل ذلك إلا بإذنهم ، لأنّ لهم إمساكها وقضاء الدّين من ماله ، بناءً على القول المنصور من انتقال التركة إليهم بالموت مطلقاً ، وإنّما تظهر فائدته في نفس التصرف .

ثم إن دفعوا إليه من ماله ما تنفذ فيه الوصية أو أذنوا له في بعض التركة فلا إشكال ، وإن امتنعوا ألزمهم بأحد الأمرين - إمّا البيع أو الأداء من ماله - لتبراً ذمّة الموصي . فان لم يمكن ذلك رفع أمره إلى الحاكم إن اتفق ليلزمهم بأحد الأمرين أو يبيع عليهم ، لأنّه وليّ الممتنع من أداء الحقّ . فان تعذّر جميع ذلك جاز له أن يبيع من التركة ما يقضي به الوصية ويوفي به الدّين ، مراعيّاً في ذلك الأصلح للبيع بالنسبة إليهم فالأصلح ، إن أمكن بيعه وإلا باع الممكن . ويحتمل تخيّر في المال مطلقاً مع امتناعهم ، لأن الدّين مقدّم على الارث ، والضرر جاء من قبلهم . والأوّل أولى .

هذا كلّ مع إطلاق الوصاية بقضاء الدّين . أما لو وصى إليه ببيع شيء من تركته في قضاء دينه لم يكن للورثة إمساكه ، بل كان للوصي امتثال أمر الموصي . وكذا لو قال : ادفع هذا العبد مثلاً إليه عوضاً من دينه ، لأنّ في أعيان الأموال أغراضاً .

قوله : «يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم أن يأخذ . . . الخ» .

المراد بالتوليّ مال اليتيم من له عليه ولاية شرعية ، سواء كانت بالأصالة كالأب والجدّ أم لا كالوصي . وقد اختلف في قدر ما يجوز له أخذه على أقوال :

أحدها : أن يأخذ أجرة مثل عمله - وهو اختيار المصنّف - لأنّها عوض عمله ، وعمله محترم فلا يضيّع عليه ، وحفظه بأجرة مثله .

الثاني : أن يأخذ قدر كفايته ، لظاهر قوله تعالى : ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١) والمعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير .

الثالث: أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأجرة والكفاية، لأنّ الكفاية إن كانت أقلّ من الأجرة فلائنه مع حصولها يكون غنياً، ومَنْ كان غنياً يجب عليه الاستعفاف لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾^(١) والأمر للوجوب فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجرة. وإن كانت أجرة المثل أقلّ فإنها يستحقّ عوض عمله، فلا يحلّ له أخذ ما زاد عليه، ولأنّ العمل لو كان لمكفّف يستحقّ عليه الأجرة لم يستحقّ أزيد من أجرة مثله، فكيف يستحقّ الأزيد مع كون المستحقّ عليه يتيماً؟! وفي صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: «سئل وأنا حاضر عن القيمّ لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله تعالى في كتابه: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا ومَنْ كان غنياً فليستعفف ومَنْ كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾ هو القوت، وإنما عنى: فليأكل بالمعروف الوصيّ لهم والقيمّ في أموالهم ما يصلحهم».^(٢)

والتحقيق: أنّ الأكل بالمعروف يحتاج إلى تنقيح، فإن أريد به الأكل المتعارف - كما يظهر من الآية والرواية - وجعل مختصاً بالوليّ لا يتعدّى إلى عياله، فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا الاعتبار، لأنّ حصول القوت يحتاج معه إلى بقية مؤنة السنة من نفقة وكسوة ومسكن وغيرها حتى يتحقّق ارتفاع الفقر، وإن لم يشترط^(٣) حصول ذلك في نفقة^(٤) عياله الواجبي النفقة. وحينئذٍ فقولهم في الاستدلال بثبوت أقلّ الأمرين: إنّه مع حصول الكفاية يكون غنياً فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجرة، غير صحيح.

(١) النساء: ٦.

(٢) التهذيب ٩: ٢٤٤ ح ٩٤٩، الوسائل ١٢: ١٨٤ ب «٧٢» من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٣) في «س» و«ش» و«و»: إن لم.

(٤) في «س» و«ش»: في بقية.

وإن أريد به مطلق التصرف - كما هو المراد من قوله: ﴿ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً﴾^(١) ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾^(٢) ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً﴾^(٣) وغير ذلك - فقيّد المعروف من ذلك غير واضح المراد ليعتبر معه أقلّ الأمرين، لأنّ التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص والحاجة، وربّما أدى ذلك إلى الإضرار بهال اليتيم. وقوله في الرواية: «هو القوت» تخصيص لمعنى الأكل إلاّ أنه ليس بصريح في اختصاصه بأكله بنفسه، لما عرفت من أنّ الأكل يستعمل لغةً فيما هو أعمّ من ذلك.

وعلى كلّ معنى فسّر الأكل لا يتمّ الحكم فيه على إطلاقه، لأنّ العمل ربما كان قليلاً والقوت كثيراً فيؤدّي إلى الإضرار باليتيم زيادةً على المكلف، فاعتبار أجره المثل مطلقاً أجد. ويمكن حمل الأمر بالمعروف عليه، لأنّ أجره المثل إن كانت أقلّ للمعروف بين الناس أنّ الانسان لا يأخذ عوض عمله من غير زيادة عن عوضه المعروف وهو أجره مثله، ومثل هذا يسمّى أكلاً بالمعروف، والزيادة عليه أكلاً بغير المعروف.

هذا إذا كان فقيراً، أمّا لو كان غنياً فالأقوى وجوب استعفافه مطلقاً عملاً بظاهر الآية، وبذلك يتحقّق قول رابع، وهو استحقاق أجره المثل مع فقره. وذهب بعضهم^(٤) إلى قولٍ خامس، وهو جواز أخذ أقلّ الأمرين من أجره مثله وكفايته مع فقره. ولو تحقّق للكفاية معنىً مضبوط كان هذا القول أجود الأقوال. ومثبو أحد الأمرين من غير تقييد بالفقر حملوا الأمر بالاستعفاف على الاستحباب، وادّعوا أنّ لفظ الاستعفاف مشعر به، وله وجه.

(١) النساء: ٦.

(٢) البقرة: ١٨٨.

(٣) النساء: ١٠.

(٤) المبسوط ٢: ١٦٣، الخلاف ٣: ١٧٩ مسألة (٢٩٥).

واعلم أنّ هذا كلّه مع نيّة أخذ العوض بعمله ، أما لو نوى التبرّع بعمله لم يكن له أخذ شيء مطلقاً . ولو ذهل عن القصد فالظاهر جواز الأخذ ، لأنّه مأمور بالعمل من الشارع فيستحقّ عوضه ما لم ينو التبرّع ، لأنّه عمل محترم ، كما لو أمره مكلف بعمل له أجره في العادة ، فإنّه يستحقّ عليه أجره المثل ما لم ينو التبرّع ، كما ذكره في بابه ، خصوصاً إذا قلنا بجواز أخذه الكفاية ، للإذن فيها من الله تعالى من غير قيد ، فيشمل ما إذا نوى العوض أو لم ينو .

السادس في اللواحق

وفيه قسمان :

القسم الأول، وفيه مسائل :

الأولى : إذا أوصى لأجنبيٍّ بمثل نصيب ابنه وليس له إلا واحد، فقد شرك بينهما في تركته، فللموصى له النصف، فإن لم يجز الوارث فله الثلث. ولو كان له ابنان، كانت الوصية بالثلث. ولو كان له ثلاثة، كان له الربع.

والضابط : أنه يضاف إلى الوارث، ويجعل كأحدهم إن كانوا متساوين. وإن اختلفت سهامهم، جعل مثل أضعفهم سهماً، إلا أن يقول مثل أعظمهم، فيعمل بمقتضى وصيته.

قوله : « إذا أوصى لأجنبيٍّ . . . الخ ».

إذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته وعينه - كابنه - صححت الوصية من الثلث إجماعاً، واختلف في تقديره، فالمعروف من مذهب علمائنا أن الموصى له يكون بمنزلة وارثٍ آخر فيضاف إلى الورثة، ويتساوى الموصى له والوارث إن تساوا، وإن تفاضلوا جعل كأقلهم نصيباً، لأن ذلك هو المتيقن والزائد مشكوك فيه. فلو كان له ابن واحد وأوصى بمثل نصيبه لزيد فرض كأن له ابنتين فتكون الوصية بالنصف، فإن أجاز الابن أخذ الموصى له النصف والابن النصف، وإن ردّ كان للموصى له الثلث والباقي للابن. ولو كان له ابنان فأوصى بمثل نصيب أحدهما

فللموصى له مثل نصيب أحدهما مزاذاً على الفريضة، ويكون كواحد منهم زاد فيهم، وعلى هذا.

وقال جماعة^(١) من العامة: إنه يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إذا كانوا متساوين من أصل المال، ويقسّم الباقي بين الورثة إن تعددوا، لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فإذا أوصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية بجميع المال، وإن كان اثنان فالوصية بالنصف، وإن كانوا ثلاثة فله الثلث. ومال إليه العلامة في التحرير^(٢) وجعله قريباً من الصواب ثم رجّح مذهب الأصحاب.

وأجيب عن حجّتهم بأن التماثل يقتضي شيئين، والوارث لا يستحق شيئاً إلا بعد الوصية النافذة، فالوارث الموصى له بمثل نصيبه لا نصيب له إلا بعد الوصية، وحينئذ فيجب أن يكون ما للموصى له^(٣) مماثلاً لنصيبه بعد الوصية. وعلى ما ذكره - من أن الوصية مع الواحد بالجميع، ومع الاثنان بالنصف، ومع الثلاثة بالثلث - لا يكون هناك نصيب للوارث مماثلاً لنصيب الموصى له، وهو خلاف مدلول الوصية فيكون تبديلاً لها.

والضابط عندنا: أن يعتبر نصيب الموصى له بعد الوصية فيقام فريضة الميراث ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه، وعند أولئك الباقي يعتبر نصيب الموصى له بنصيبه لو لم يكن وصية.

واعلم أنّ هذه المسألة وأشباهها من المسائل الدورية، لأن معرفة نصيب الوارث متوقفة على إخراج الوصية، ومعرفة نصيب الموصى له إنما تكون إذا عرف نصيب الوارث، إلا أنّ التخلّص منها سهل بغير طريقة الجبريين وغيرهم فلذلك لم

(١) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٧٩، حلية العلماء ٦: ١٠٤، ١٠٥.

(٢) التحرير ١: ٢٩٧.

(٣) كذا في إحدى الحجريتين. وفي الأخرى والنسخ الخطية: مال الموصى له.

فلو قال له: مثل نصيب بنتي، فعندنا يكون له النصف إذا لم يكن وارث سواها، ويردّ إلى الثلث إذا لم تجز.

ولو كان له بنتان كان له الثلث، لأن المال عندنا للبنتين دون العصبه فيكون الموصى له كالثلة.

ولو كان له ثلاث أخوات من أمّ وإخوة ثلاثة من أب، فأوصى للأجنبيّ بمثل نصيب أحد ورثته، كان كواحدة من الأخوات، فيكون له سهم من عشرة، وللأخوات ثلاثة، وللإخوة ستة.

يتعرّضوا لها هنا، وسيفرض المصنف أمثلةً لمن جعل للموصى له مثل نصيبهم مع تساويهم في الميراث ومع اختلافهم وجعل له مثل أقلهم ومثل أعظمهم، وبتقريره يتحرّر ما أجمله المصنف في هذه المسألة.

قوله: «ولو قال: له مثل نصيب بنتي . . . الخ».

إذا أوصى له بمثل نصيب بنته ولا وارث [له] سواها فعندنا له النصف إن أجازت والثلث إن لم تجز، لأنها تأخذ المال كلّه بالفرض والردّ فيكون حكمها حكم الابن في الوصية بمثل نصيبها. ولو كان له بنتان فله الثلث، لأنّ المال عندنا للبنتين دون العصبه فيكون الموصى له كبنت أخرى. وهو واضح.

وعند العامة^(١) لو كان له بنت وأوصى بمثل نصيبها فالوصية بالثلث، لأنّ المسألة عندهم من اثنتين، للبنت واحد وللعصبه واحد لو لم يكن وصية، فيزيد على الاثنين سهماً ويعطيه سهماً من ثلاثة. ولو كان له ابنتان فالوصية بالربع، لأنّ المسألة من ثلاثة لولا الوصية، لكل واحد سهم وللعصبه سهم، فيزيد للموصى له سهماً تبلغ أربعة. وإلى الردّ على هذا أشار المصنّف بقوله: «لأنّ المال عندنا للبنتين دون العصبه».

قوله: «ولو كان له ثلاث أخوات من أمّ، وإخوة من أب . . . الخ».

هذه من صور ما لو أوصى بمثل نصيب أحد ورثته من غير تعيين وكانوا

ولو كان له زوجة وبنت، وقال: مثل نصيب بنتي، فأجاز الورثة، كان له سبعة أسهم، وللبنت مثلها، وللزوجة سهمان. ولو قيل: لها سهم واحد من خمسة عشر كان أولى.

مختلفين في النصيب، ونزلت الوصية على مثل أقلهم نصيباً، فإن للأخوات من الأم الثلث وللإخوة الثلثين، فأصل الفريضة من ثلاثة ثم تنكسر على الفريقين، وعددهما متماثل على تقدير كون الإخوة ثلاثة فيضرب عدد أحدهما في أصل الفريضة تبلغ تسعة، للأخوات الثلاث ثلاثة، لكل واحدة سهم، وللإخوة ستة. فإذا أوصى بمثل نصيب أحدهم حمل على نصيب أقلهم وهو الأخوات، فتزيد الفريضة واحداً تبقى عشرة، لما عرفت من أن الضابط تصحيح الفريضة بين الورثة ثم زيادة نصيب الموصى له عليها فالوصية هنا بعشر التركة.

واعلم أن الحمل على نصيب الأخوات وأنه أقل مبني على كون الإخوة للأب ثلاثة بحيث يتحقق معهم الجمع كما ذكرناه، ويصح مع كونهم أربعة وخمسة، فلو كانوا ستة فصاعداً لم يتم المثال، مع أن تعبيره بالإخوة من غير بيان عددهم يشمل ذلك وزيادة كما لا يخفى^(١).

قوله: «ولو كان له زوجة . . . الخ».

هذا مثال لما لو أوصى له بمثل نصيب أعظمهم. وطريقه على ما سبق أن تصح فريضة الميراث أولاً، وهي هنا من ثمانية، للزوجة الثمن سهم وللبنت الباقي وهو سبعة أسهم، ويزاد عليها مثل نصيب من أضيف إليه الوصية وهي هنا البنت، فيكون مجموع التركة خمسة عشر. هذا هو الصواب الذي جعله المصنف أولى، وهو متعين.

وأما ما ذكره أولاً من جعلها ستة عشر، للزوجة سهمان ولكل واحد من البنت والموصى له سبعة، فهو قول الشيخ^(٢) (رحمه الله) وهو سهو من قلمه، لأنه على هذا

(١) يلاحظ أن في نسخة الشرايع لدينا ورد التقييد بالثلاثة كما في متن الجواهر أيضاً.

التقدير تكون الوصية من نصيب البنت خاصةً ويكون سهم الزوجة تاماً من أصل التركة، لأنّ الاثنين تُمن الفريضة التي هي ستة عشر، والواجب أن تكون الوصية من أصل التركة ويدخل النقص بها على جميع الورثة في كلّ واحد بنسبة استحقاقه، فيكون من خمسة عشر عملاً بالطريق السابق، وهو تصحيح فريضة الميراث ثم زيادة مثل مَنْ أضيف إليه الوصية ليشارك الجميع في النقص.

هذا كلّه مع إجازة الورثة. ولو لم تجز فالمسألة من اثني عشر، له الثلث أربعة، والشامية بين الزوجة والبنت على أصل الفريضة الشرعية، للزوجة سهم وللبنت سبعة. ولو أجازت إحداهما خاصةً ضربت إحدى الفريضتين في وفق الأولى تبلغ ستين، لأنّ بين الاثني عشر والخمسة عشر توافقاً بالثلث، فيضرب ثلث أحدهما في الأخرى، فمَنْ أجاز ضرب نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الردّ، ومَنْ ردّ ضرب نصيبه من مسألة الردّ في [وفق]^(١) مسألة الاجازة، فذلك نصيبه والباقي للموصى له.

وهذا ضابطٌ في كلّ ما يرد عليك في إجازة البعض وردّ الآخرين. فلو فرض كون الفريضتين متباينتين ضربت إحداهما في الأخرى، ونصيب مَنْ أجاز من مسألة الاجازة في مسألة الردّ، ونصيب مَنْ ردّ في مسألة الاجازة. فلو كان المجيز البنت فنصيبها من مسألة الاجازة سبعة من خمسة عشر، تضربها في أربعة وفق مسألة الردّ تبلغ ثمانية وعشرين، فهو نصيبها من الستين. وللزوجة واحد من اثني عشر مسألة الردّ، تضربه في وفق مسألة الاجازة - وهو خمسة من خمسة عشر - تبلغ خمسة، فهي نصيبها من الستين. والباقي - وهو سبعة وعشرون - للموصى له.

ولو كان المجيز هو الزوجة ضربت نصيبها من مسألة الاجازة - وهو واحد - في أربعة وفق مسألة الردّ، فلها أربعة، ونصيب ابنت من مسألة الردّ - وهو سبعة من اثني عشر - في وفق مسألة الاجازة - وهو خمسة - تبلغ خمسة وثلاثين، والباقي - وهو

(١) من هامش «س».

ولو كان له أربع زوجات و بنت ، فأوصى بمثل نصيب إحداهنّ ، كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، فيكون للزوجات الثمن ، أربعة بينهنّ بالسوية ، وله سهم كواحدة ، ويبقى سبعة وعشرون للبنت . ولو قيل : من ثلاثة وثلاثين كان أشبه .

واحد وعشرون - للموصى له . فله مع إجازتها ثمانية وعشرون ، وللبنت كذلك ، وللزوجة أربعة . ومع ردهما عشرون ، وللبنت خمسة وثلاثون ، وللزوجة خمسة . ومع إجازة إحداهما يأخذ الموصى له التفاوت .

ولو انعكس الفرض بأن أوصى له بمثل نصيب الزوجة وأجازا فللموصى له التسع ، لأنك تزيد نصيب الزوجة - وهو واحد - على الفريضة . ووهم الشيخ^(١) هنا أيضاً فجعل للزوجة سهماً من ثمانية وللموصى له سهماً وللبنت ستة فأخرج الوصية من نصيب البنت خاصة ، والصواب إدخال نصيبه عليهما فيكون من تسعة .

قوله : «ولو كان له أربع زوجات و بنت . . . الخ» .

القول الأول للشيخ^(٢) أيضاً . أصل الفريضة ثمانية ، نصيب الزوجات الأربع منها واحد ينكسر عليهنّ ، فتضرب عددهنّ في الفريضة تبلغ اثنين وثلاثين ، فأعطى الشيخ الزوجات أربعة تمام نصيبهنّ ، وجعل نصيب الموصى له مأخوذاً من نصيب البنت خاصة ، وهو خطأ كما مرّ . والقاعدة أن يفرض له واحد كإحدى الزوجات ، ويزاد على الفريضة ليدخل النقص على الجميع ، فيكون له واحد من ثلاثة وثلاثين . وهو واضح .

ولو كانت الوصية بمثل نصيب البنت ألحقت ثمانية وعشرين مقدار نصيبها بأصل الفريضة تبلغ ستين إن أجازوا الوصية . وإن ردّوا ألحقت نصف الفريضة بها ليصير للموصى له ثلث المجموع ، ويكون الثلثان قائمين بالفريضة ، فيكون من ثمانية وأربعين ، للموصى له ثلثها ستة عشر ، وللزوجات أربعة ، وللبنت ثمانية وعشرون .

الثانية: لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده، قيل: تبطل الوصية، لأنها وصية بمستحقه. وقيل: تصح، ويكون كما لو أوصى بمثل نصيبه. وهو أشبه.

ولو أجازت إحداهنّ ضربت وفق مسألة الاجازة - وهو هنا جزء من اثني عشر هو نصف السدس - في مسألة الردّ أو بالعكس، فضرب خمسة في ثمانية وأربعين، أو أربعة في ستين تبلغ مائتين وأربعين، فمنّ أجاز أخذ نصيبه من مسألة الاجازة مضرورياً في وفق مسألة الردّ، ومنّ ردّ أخذ نصيبه من مسألة الردّ مضرورياً في وفق مسألة الاجازة. فمع إجازة البنت يكون لها مائة واثنا عشر، هو الحاصل من ضرب ثمانية وعشرين في أربعة، وللزوجات عشرون، هي الحاصل من ضرب أربعة في خمسة، والباقي - وهو مائة وثمانية - للموصى له. ومع إجازة الزوجات جمع دون البنت يكون لهنّ ستة عشر مضروراً أربعة في أربعة، وللبنت مائة وأربعون، والباقي - هو أربعة وثمانون - للموصى له. ولو أجاز بعض الزوجات فله نصيبها من المجاز، وهو سهم واحد يضاف إلى ما يصيبه.

قوله: «لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده . . . الخ».

القول بالبطلان للشيخ^(١) معللاً بما ذكره المصنف من أنها حيثئذٍ وصية بمستحقّ الولد، فكانت كما لو قال: بدار ابني. واستدلوا عليه أيضاً بأنّ صحّة الوصية موقوفة على بطلانها، لتوقّف صحّتها على أن يكون للابن نصيب، ولا يكون له نصيب حتى تبطل هذه الوصية، لأن الابن لا يملك الموصى به لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾^(٢) وبأنّ بطلانها لازم لكلّ واحد من النقيضين، فإنّه إن ثبت للابن نصيب امتنعت صحّتها، إذ لا يملك الموصى به لما ذكر، وكذا إن لم يثبت له نصيب، لانتفاء متعلّق الوصية فإنّ متعلّقها نصيبه.

ووجه ما اختاره المصنف من الصحّة: أنّ الولد ليس له نصيب الآن حقيقةً،

(١) المبسوط ٤ : ٧ .

(٢) النساء : ١١ .

وإنما يصير له نصيب بعد موت مورثه، بإضافة النصيب إليه حال الوصية مجاز في كونه جميع التركة، فكأنه قال: إن جميع التركة لفلان التي هي نصيب ابني لو فرض كونه وارثاً لها وحده من غير مزاحم له من وصية ولا غيرها. وهذا المعنى وإن كان مجازاً إلا أنه ليس هناك معنى حقيقي يمكن حمله عليه حتى يقال: تقدّم الحقيقة على المجاز. لا يقال: معناه الحقيقي كون الوصية بنفس نصيبه، ولا نصيب له فيكون الوصية باطلة، نظراً إلى الحمل على الحقيقة.

لأننا نقول: مثل هذا وارد في قوله: أعطوه مثل نصيب ابني، فإن ابنه لا نصيب له الآن حقيقة وإنما أطلق نصيبه عليه مجازاً، فكما حكمتكم بالصحة هناك فكذا هنا، لاشتراكهما في المفهوم وأن المراد بنصيبه في الحالتين ما يخصه بعد الموت من التركة، وهذا مجاز شائع لا ضرر في استعماله بل لا يفهم من اللفظ غيره. وبالجملة: فإنه كناية عن مجموع التركة لا يفيد كونه مستحقاً للوارث حتى يتناقض الكلام ويكون وصيةً بهال الغير. وبما قررناه يندفع جميع ما أورده في هذا الباب على القول بالصحة.

وأما ما احتجوا به على البطلان فجوابه منع كون الوصية بمستحق الولد، بل بجميع التركة كما بيناه. وفرق بين وصيته بدار ابنه وبنصيبه في الميراث، فإن دار ابنه لا حق للموصي فيها، بخلاف التركة التي تكون نصيب ابنه لولم يخلف غيره ولم يوص منها بشيء، فإن التركة حال الوصية مملوكة للموصي، وإن كان قد تعلق بها حق ابنه على وجه تصحح إضافة النصيب إليه بعد الموت بطريق المجاز. وكذلك نمنع من كون صحتها على هذا التقدير موقوفةً على بطلانها، لأن المراد بنصيبه لولا الوصية كما قررناه. وهذا هو الجواب عن قولهم: إن بطلانها لازم للنقيضين.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إن حكمنا بالصحة ففي حمل الوصية على كونها بجميع التركة، أو بنصفها على تقدير اتحاد الوارث وجهان:

أحدهما: حملها على الجميع، وهذا هو الذي لم يذكر في المختلف^(١) غيره. ووجهه قد ظهر مما قررناه، فإن نصيب الولد على تقدير انحصار الوارث فيه جميع التركة، فتكون الوصية بنصيبه وصية بالجميع.

والثاني: حملها على النصف، كما لو قال: له مثل نصيب ابني، لأنه لما تعذر حمل النصيب على الحقيقة حملناه على مجازه وهو المثل، فيلزمه حكمه.

وفيه نظر، لأن المثل هنا غير المثل فيما لو صرح به، فانه مع التصريح به يكون نصاً على تشريكه معه، فلزم منه حمل المثل على كونه مثله بعد الوصية، وأما هنا فإنما أوصى له بنفس نصيبه الذي هو كناية عن مجموع التركة، والمثل إنما صاروا إليه من حيث إنه لا نصيب للابن الآن على ما قررناه، أو لأن حملها على نفس النصيب يوجب البطلان فحملوها على المثل لتعذر الحمل على الحقيقة لذلك. وهذا المصير غير مرضي، لأن مجرد البطلان على تقدير حملها على نفس النصيب لا يقتضي العدول عنه وصرفه إلى المجاز ليصح، بل الوجه فيه ما قررناه سابقاً. وعليه فالمثل يراد به مجموع التركة لا مشاركة الموصى له للولد. ومما حققناه يظهر أن كل من حمل هذه الوصية على المثل وأطلق لا يعلم منه إرادة أحد الأمرين، ولا يتحقق مذهبه منها إلا بدليل خارجي.

والذي نختاره في المسألة: أن الموصي إن قصد بكلامه هذا نفس مستحقه على تقدير الموت فالوصية باطلة. وإن قصد نصيبه الذي يتبادر لكل أحد من أن الولد الواحد إذا انحصر الإرث فيه يكون نصيبه جميع التركة، فالوصية بجميع التركة. وإن قصد به كون الموصى له شريكاً للابن في نصيبه بتقدير المثل فالوصية بالنصف. وهذا كله لا إشكال فيه. وإن أطلق اللفظ مريداً مقتضاه من غير أن يلحظ شيئاً بخصوصه يكون موصياً بجميع التركة كما حققناه.

واعلم أنّ المحقّق الشيخ علي^(١) (رحمه الله) ذكر في شرحه أنّ للفقهاء في المسألة قولين خاصّة، أحدهما البطلان والثاني الحمل على المثل بمعنى المشاركة بالنصف كما لو أوصى له بمثل نصيبه. وذكر أنّ الاحتمال الثالث - وهو حمله على الوصية بالجميع - مختصّ به لم يتعرّض إليه أحد.

وهذا عجيب منه فإنّ هذا الاحتمال الثالث لم يذكر الأكثر غيره فضلاً عن أن لا يكون مذكوراً. قال في المختلف - بعد أن نقل في المسألة قولين: البطلان وصحة الوصية ويكون بمنزلة ما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه - ما هذا لفظه: «والمعتمد الأول، لنا: أنّه أوصى بما هو حقّ للابن فيبطل، كما لو قال: بدار ابني. احتجّ الآخرون بأنّ اللفظ يحمل على مجازة عند تعذّر حمله على الحقيقة، ولأنه وصية بجميع المال في الحقيقة، ولو أوصى له بجميع ماله لم تكن الوصية باطلة»^(٢). انتهى. وهذا كما ترى صريح في أنّه فهم من القائل بالصحة والحمل على المثل إرادة الجميع، فكيف لا يكون مذكوراً لأحد؟!!

وقال في التذكرة: «إذا أوصى له بنصيب وارث، فان قصد المثل صحّت الوصية إجماعاً، وإن قصد العين بطلت الوصية، وبه قال الشافعيّ وأبو حنيفة. وقال مالك وأهل البصرة وابن أبي ليلى وزفر وداود: تصحّ الوصية، لأنّ ذلك وصية بجميع المال»^(٣). انتهى. وهو قريب من كلامه في المختلف حيث اقتصر على القولين وحصر القول بالصحة في الوصية بالجميع.

وقال الشيخ في المبسوط: «وإذا كان له ابن فقال: أوصيت له بنصيب ابني فإنّ هذه وصية باطلة، وقال قوم: تصحّ الوصية ويكون له كلّ المال»^(٤). انتهى. ولم يذكر

(١) جامع المقاصد ١٠: ٢٣٩ - ٢٤٠.

(٢) المختلف ٢: ٥٠١.

(٣) التذكرة ٢: ٤٩٧ لاحظ المغني لابن قدامة ٦: ٤٨٠.

(٤) المبسوط ٤: ٧.

ولو كان له ابن قاتل فأوصى بمثل نصيبه، قيل: صحّت الوصية، وقيل: لا تصحّ، لأنّه لا نصيب له. وهو أشبه.

الاحتمال الآخر.

وعلى هذا فيكون مراد مَنْ أطلق الصّحة وحمله على المثل صحّة الوصية في الجميع، لأنّ ذلك هو الموجود في عبارة أصحابنا، وأمّا حمله على النصف كما لو أوصى بلفظ المثل فلم يذكره أحدٌ من أصحابنا بخصوصه وإنما هو محتمل من إطلاقهم. نعم، في عبارة الشيخ فخر الدين ما يؤذّن بفهمه إرادة النصف من القائل بالصّحة، لأنّه قال في شرحه بعد تقرير القولين: «فعلى الصّحة لا فرق بين زيادة لفظة المثل وحذفها، فقوله: «أوصيت بنصيبه» مثل: «أوصيت بمثل نصيبه» وإنما فرّق القائل بالبطلان»^(١) فهذه العبارة كالصريحة في إرادة المثل حقيقةً كما لو كان مذكوراً وهو يقتضي الوصية بمشاركة الابن.

وأما الشافعية فقد صرّحوا في كتبهم بأنّ في المسألة ثلاثة أوجه. قال الرافعي في الشرح الكبير: «لو قال: أوصيت بنصيب ابني ولم يذكر لفظ المثل فوجهان، أحدهما: أنّ الوصية باطلة لورودها في حقّ الغير. والثاني: أنّها صحيحة والمعنى بمثل نصيب ابني، فإن صحّحناها فهي وصية بالنصف كما لو قال: أوصيت بمثل نصيب ابني، وفي التهذيب وجه آخر أنّها وصية بالكلّ». انتهى ملخصاً.

والمبسوط والتذكرة جاريان على فروع الشافعية ووجههم، لكنّها أخلاً بالوجه الثالث وهو كونها وصية بالنصف، مع أنّه أشهر عندهم من الآخر.

والحاصل: أن حمله على الوصية بالجميع في عبارة أصحابنا أكثر مع وجود

الآخر، وحمله على النصف في كلامهم أكثر مع وجود الآخر.

قوله: «ولو كان له ابن قاتل فأوصى . . . الخ».

وجه البطلان ظاهر، لما أشار إليه المصنف من أنّه لا نصيب له فيكون قوله في

قوة: أوصيت له بمثل نصيب مَنْ لا شيء له. وبهذا قطع الشيخ في المبسوط^(٢) ولم

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٥٤١ - ٥٤٢.

(٢) المبسوط ٤: ٧.

الثالثة: إذا أوصى بضعف نصيب ولده كان له مثلاه. ولو قال: ضعفاه كان له أربعة. وقيل: ثلاثة. وهو أشبه أخذاً بالمتيقن. وكذا لو قال: ضعف ضعف نصيبه.

يذكر غيره.

ووجه الصّحة: حمل الكلام على التقدير صوتاً له عن الهدريّة، وتقديره: بمثل نصيبه لو لم يكن قاتلاً. وضعفه ظاهر. وفصل في المختلف^(١) فحكم بالبطلان إن كان الموصي عارفاً بأن الابن قاتل وأنّ القاتل لا نصيب له، والصّحة إن جهل أحدهما. وهو حسن، كما أنه لو قصد الموصي مماثلة نصيبه لو كان وارثاً صحّت قطعاً. قوله: «إذا أوصى بضعف نصيب ولده . . . الخ».

اختلف الفقهاء واللغويون في معنى الضعف، وعليه يبنى الضعفان، فقيل: الضعف المثل، قال الجوهري: «ضعف الشيء مثله، وضعفاه مثلاه، وأضعافه أمثاله». ^(٢) وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: «الضعف المثل، قال الله تعالى: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾» ^(٣) أي مثلين، وقال تعالى: ﴿فآتت أكلها ضعفين﴾» ^(٤) أي مثلين، وإذا كان الضعفان مثلاً ^(٥) فالواحد مثل ^(٦). وقال الأزهري: «الضعف المثل فما فوقه، وليس بمقصودٍ على مثلين، فأقلّ الضعف محصور في الواحد، وأكثره غير محصور» ^(٧). وقال الخليل ^(٨) «الضعف أن يزداد على

(١) المختلف ٢: ٥٠١.

(٢) الصحاح ٤: ١٣٩٠.

(٣) الاحزاب: ٣٠.

(٤) البقرة: ٢٦٥.

(٥) كذا في النسخ وله وجه. وفي هامش «و» نقلاً عن خط الشيخ علي حفيد الشارح: مثلين. وكذا في المغني.

(٦) نقله عنه ابن قدامة في المغني ٦: ٤٨١.

(٧) تهذيب اللغة ١: ٤٨٠.

(٨) كتاب العين ١: ٢٨٢.

أصل الشيء فيجعل مثلين أو أكثر». وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى: «ضعف الشيء هو ومثله، وضعفاه هو ومثلاه»^(١). وقال في الجمهرة: «هذا ضعف هذا الشيء أي: مثله. وقال قوم: مثلاه»^(٢) وفي نهاية ابن الأثير أنّ الضعف مثلان، قال: «وقيل: ضعف الشيء مثله»^(٣).

والأشهر بين الفقهاء ما اختاره المصنف من أنّ الضعف مثلان، بل نقله الشيخ في الخلاف^(٤) عن عامة الفقهاء والعلماء، وإن كان هذا التعميم لا يخلو من تجوّز، فقد سمعت كلام أهل اللغة، والفقهاء أيضاً يختلفون كأهل اللغة.

ويشهد للمشهور قوله تعالى: ﴿إِذَا لَأَذَقْنَا ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَضِعْفَ الْمَمَاتِ﴾^(٥) أي عذاب الدنيا وعذاب الآخرة مضاعفاً، وقوله تعالى: ﴿فَأُولَٰئِكَ لَمْ يَجْعَبِ اللَّهُ يَجْعَبْكَ وَتَجْعَبُونَ لِمَا جَعَلَ لِمَنِ شَاءَ مَثَلًا ۗ لَئِنْ لَمْ يَنْزِلْ بِسَخَّرَ اللَّهُ لِمَن يَشَاءُ ۗ اللَّهُ وَهُوَ الْعَزِيزُ الرَّحِيمُ﴾^(٦) وقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُم مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْمُضْعَفُونَ﴾^(٧). ولم ينقل المصنف خلافاً في الضعف كما نقله غيره أنه المثل استضعافاً له.

وأما ضعف الشيء فعلى تفسير المثل يكون مثلاه، وعلى المثليين قيل: يكون أربعة أمثاله، لأنّ ذلك هو الحاصل من انضمام مثليين إلى مثليين. والمصنف اختار كونه ثلاثة أمثاله، لما نقل عن بعض أهل اللغة من أنّ ضعفي الشيء هو ومثلاه^(٨) فيكون ثلاثة أمثاله. وعلى تقدير حصول الشك فيها وفي الأربعة لاختلاف أهل اللغة

(١) راجع الأضداد للأنباري: ١٣١، وتهذيب اللغة ١: ٤٨٠.

(٢) جمهرة اللغة ٢: ٩٠٣.

(٣) النهاية ٣: ٨٩.

(٤) الخلاف ٤: ١٣٨ مسألة (٥).

(٥) الاسراء: ٧٥. وفي الآية: إذا لأذقناك.

(٦) سبأ: ٣٧.

(٧) الروم: ٣٩.

(٨) راجع تهذيب اللغة ١: ٤٨٠.

الرابعة: إذا أوصى بثلثه للفقراء وله أموال متفرقة، جاز صرف كل ما في بلد إلى فقرائه، ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي جاز أيضاً.

فالمتيقن هو الثلاثة. ولا يرد: أن منهم مَنْ جعله مثلين فيكون هو المتيقن أيضاً، لضعف هذا القول وشذوذه فلم يعتد به كما لم يعتد به في المثل، أو يحمل على المجاز لأنه خير من الاشتراك. وعِلل أيضاً بأن ضعف الشيء ضمّ مثله إليه فاذا قال: ضعفاه، فمعناه ضمّ مثليه إليه فيكون ثلاثة.

وأما ضعف الضعف فقد قال المصنف إنه كالضعفين، أي: فيه القولان، والمختار عنده أنه ثلاثة أمثاله، وذلك لأن مَنْ قال إن الضعف مثلان فتضعيفه قدره مرتين وهو أربعة أمثاله فيكون الموصى به ضعف ضعفِ النصيب، ومَنْ قال إنه ضمّ مثل الشيء إليه فتضعيف هذا الضمّ زيادة مرة أخرى فيكون ثلاثة.

ويضعّف بمخالفته للتفسيرين السابقين للضعف، لأن مَنْ جعله المثل فالضعف مثلان، ومَنْ جعله مثلين لزمه أن يكون تضعيفه أربعة. وأما اعتبار المنضمّ خاصّةً ففيه أن الضعف عند هذا القائل هو المجموع من المائل والزائد لا نفس الزائد، وإلا لكان هو القول بالمثل. وبالجملة: فالقول بأن ضعف الضعف ثلاثة أمثاله ضعيف جداً، وقد وافق المصنف عليه العلامة في التذكرة^(١) والإرشاد^(٢).

وفي المسألة وجه ثالث: أن ضعف الضعف ستّة أمثال، بأن يكون الضعف ومثله معاً هو الموصى به. ويضعّف بأن الوصيّة بالمضاف خاصّةً. ورابع: بأنه مثل واحد، بناءً على أن الضعف هو المثل، فضعف الضعف مثل المثل، والمثل واحد، فمثله كذلك. وقد عرفت ضعف المبني عليه. وقد ظهر أنّ أرجح الأقوال كون ضعف الضعف أربعة أمثاله.

قوله: «إذا أوصى بثلثه للفقراء . . . الخ».

لا إشكال في جواز صرف كل ما في بلدٍ إلى فقرائه، لحصول الغرض من

(١) التذكرة ٢: ٤٩٩.

(٢) الإرشاد ١: ٤٦٥.

ويدفع إلى الموجودين في البلد، فلا يجب تتبّع مَنْ غاب. وهل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً؟ قيل: نعم. وهو الأشبه، عملاً بمقتضى اللفظ.

الوصية وعدم وجود مانع منه. وأما صرفه في بلد الموصي فكذلك، إن لم يستلزم تغييراً بالمال بسبب نقله، ولا تأخيراً لإخراج الوصية مع إمكان التعجيل، وإلا أشكل الجواز لذلك. نعم، لو فرض عدم المستحق في بلد المال وعدم الخطر في نقله فلا إشكال. ولو فرض إخراج قدر الثلث في بلد الموصي من المال الموجود فيه وترك الأموال المتفرقة للورثة مع رضاهم بذلك صح أيضاً، لأنّ المعبر إخراج ثلث المال بالقيمة لا الإخراج من كلّ شيء، وإن كان إطلاق الثلث يقتضي الإشاعة، إلا أن يتعلّق غرض الموصي بشيء من الأعيان أو بالجميع فيتبع مراده. ولو كان نقل المال إلى بلد آخر لغرض صحيح - كأولوية المستحق في أول وجود الحاكم فيه ونحو ذلك - جاز أيضاً، كما يجوز نقل الزكاة الواجبة لذلك وإن لم يجز مطلقاً.

قوله: «ويدفع إلى الموجودين في البلد ولا يجب تتبّع مَنْ غاب». لأنّ الفقراء غير منحصرين فلا يجب الاستيعاب، ولا يتبع مَنْ ليس في البلد لذلك. ويفهم منه وجوب استيعاب مَنْ في البلد منهم، ووجهه: أن الموصى لهم يستحقّون على جهة الاشتراك لا على جهة بيان المصرف كالزكاة. وبهذا يظهر أنّ عدم وجوب التتبّع رخصة وأنه لو صرفه إلى غير الموجودين أو إليهم وإلى غيرهم جاز. قوله: «وهل يجب أن يعطى ثلاثة فصاعداً؟ قيل: نعم. وهو الأشبه عملاً بمقتضى اللفظ».

وجه وجوب الدفع إلى ثلاثة فصاعداً: أن الفقراء جمع وأقلّه ثلاثة على المختار، ومَنْ قال إنّ أقلّه اثنان اكتفى بهما هنا. فعلى هذا لا يجوز أن يقصر عن ثلاثة، فإن لم يوجد في البلد ثلاثة وجب الإكمال في غيره مراعاةً للفظ الجمع، وأن الحكم ليس لبیان المصرف كما مرّ وإلا لاكتفى بالواحد.

ويشكل بأنه: إن كان للاشتراك وجب تتبّع الممكن، وإن كان لبیان المصرف

وكذا لو قال: أعتقوا رقاباً، وجب أن يعتق ثلاثة فما زاد، إلا أن يقصر ثلث مال الموصي.

لزم الاكتفاء بواحد، فالجمع بين وجوب استيعاب مَنْ بالبلد وعدم وجوب صرفه إلى غيرهم مع وجوب الدفع إلى ثلاثة لا يخلو من إشكال. ولعلّ الوجه فيه: أنّ مراعاة الجمع يوجب الثلاثة فصاعداً واستيعاب مَنْ حضر لاشتراكهم في الاستحقاق، وعدم وجوب الدفع إلى مَنْ عداهم رخصةً وتخفيف.

قوله: «وكذا لو قال: أعتقوا رقاباً . . . الخ».

وجوب عتق الثلاثة هنا مع سعة الثلث ممّا لا إشكال فيه، مراعاةً لصيغة الجمع. ولو قصر الثلث عن الثلاثة اقتصر على ما يسعه، إذ لا يسقط الميسور بالمعسور. ولا يرد: أنّ الموصى به مسمّى الجمع وقد تعدّر فينبغي أن تبطل الوصية أو يتوقع تنفيذها إن رجي، لأنّ معنى الجمع واحدٌ وواحدٌ وواحد، وإنما اختصروه بلفظ الجمع، كما نصّ عليه أهل العربيّة، فإنهم قالوا: رجال في قوّة رجل ورجل ورجل، فلا يسقط البعض بالعجز عن البعض كما لو أوصى بعتق الثلاثة مفصلاً بهذا اللفظ.

وعلى هذا فلو قصر الثلث إلا عن واحد ولم يجز الوارث أعتق الواحد. ولو قصر عنه ففي وجوب إعتاق شقص مع الإمكان قولان أقربهما الوجوب، لأنّ وجوب عتق الجزء ثابت كالكلّ، ولعموم: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»^(١). ووجه العدم: أنّ لفظ الرقبة لا يدلّ على البعض إلّا تضمناً، والدلالة التضمينية تابعة للمطابقيّة، فإذا فات المتبوع انتفى التابع. وجوابه: أنّ عتق الرقبة ممّا لم يتحقّق إلا بعتق جميع أجزائها فكلّ جزء مقصودٌ عتقه ومأمورٌ به بالذات لا بالتبعية، فيجب حيث يمكن.

فإن تعدّر ففي صرف القدر في البرّ أو رجوعه إلى الورثة وجهان تقدّم نظيرهما،

(١) مسند أحمد ٢: ٢٥٨، ٢٤٨، ٥٠٨، عوالي اللثالي ٤: ٥٨ ح ٢٠٦.

الخامسة: إذا أوصى لانسان بعبد معين، ولآخر بتهام الثلث، ثم حدث في العبد عيب قبل تسليمه إلى الموصى له، كان للموصى له الآخر تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً، لأنه قصد عطية التكملة والعبد صحيح، وكذا لو مات العبد قبل موت الموصي، بطلت الوصية، وأعطى الآخر ما زاد عن قيمة العبد الصحيح. ولو كانت قيمة العبد بقدر الثلث، بطلت الوصية للآخر.

وأن الأول أقوى مع إمكان صرفه في العتق قبل ذلك في وقت ما بعد الوصية، والثاني إن تعذر ذلك من الابتداء، مع احتمال صرفه في البرّ مطلقاً، لأن البرّ أقرب إلى مراد الموصي من الورثة، وأقرب المجازات متعين عند تعذر الحقيقة.

قوله: «إذا أوصى لانسان بعبد ولآخر بتهام الثلث . . . الخ».

إذا أوصى لواحد بعبد معين ولا ر بتهام الثلث باعتبار قيمة العبد وضمه إلى الثلث صححت الوصيتان، لوجود المقتضي سمحة فيهما وانتفاء المانع، فيقوم العبد يوم موت الموصي، لأنه حال نفوذ الوصية، ويه إلى بقية التركة فان خرج العبد من الثلث صححت وصيته وينظر بعد ذلك فان بقي من الثلث بقية فهي للموصى له الثاني، وإلا بطلت وصيته لفوات متعلقها. وهذا لا إشكال فيه. وإنما الكلام فيما لو تغيرت قيمة العبد أو بقية التركة بزيادة أو نقصان، قبل موت الموصي أو بعده، وقبل تسليم الموصى له العبد أو بعده، وقبل وصول الثلثين إلى الورثة أو بعده.

وتحرير الحال أن نقول: قد عرفت أن المعتبر في قيمة التركة بحال الوفاة بالنسبة إلى زيادة المال ونقصانه، أو بالأقل من حال الوفاة إلى حين قبض الوارث، لأن الوارث لا بد أن يصل إلى يده مقدار ضعف الوصية، ولهذا لو كان له مال غائب لا ينفذ من الوصية إلا مقدار ثلث الحاضر، وإن كانت خارجة من الثلث بالنسبة إلى جميع المال. وحينئذ فإذا فرض حدوث نقص في التركة قبل قبض الوارث فالتقص على الموصى له الثاني، لأن الوصية له بتكملة الثلث بعد الوصية الأولى فلا بد من اعتبار إخراج الأولى أولاً.

ولو حدث عيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصي له فللثاني تكملة الثلث بعد وضع قيمة العبد صحيحاً، لأن الموصي قصد عطيةً التكملة والعبد صحيح، فإذا تجدد العيب كان ذلك نقصاً في العين فلا بدّ من اعتبار الناقص مع الباقي. فلو فرض أنّ قيمة العبد صحيحاً مائة وباقي التركة خمسمائة فأصل الثلث مائتان والوصية للثاني بمائة، فإذا تجدد نقص العبد خمسين مثلاً رجعت التركة إلى خمسمائة وخمسين، وثلاثها مائة وثلاثة وثمانون وثلث^(١)، فإذا وضعت منه قيمة العبد صحيحاً بقي ثلاثة وثمانون وثلث للموصي له.

ويشكل بأن مقتضى الوصية الثانية أن يكون بيد الورثة ضعف ما بيد الموصي له الثاني بعد إسقاط الأول، وهنا ليس كذلك، لأن الباقي من المال بعد قيمة العبد خمسمائة^(٢) فيجب أن يكون نقص العبد محسوباً من التركة بالنسبة إلى الأول فهو كالباقي، فالتجّه أن يكون للثاني مائة، والواصل إلى الورثة الثلثان وزيادة.

ولو كان نقص العبد باعتبار السوق، والعين بحالها، ومقدار النقص خمسون كما سبق، اعتبرت قيمة التركة عند الوفاة ولا ينقص بسببه شيء على الثاني، بل يعطى تمام الثلث حينئذٍ مائة وثلاثة وثلثين^(٣) وثلثاً. والفرق: أنّ العين هنا قائمة بحالها، والثلث إنّما يعتبر عند انتقال التركة عن الموصي وهو حالة الوفاة، بخلاف نقص المعيب فإنّه نقص محسوس له حصّة من الثمن، ولهذا ضمنه الغاصب وثبت أرشه للمشتري على البائع دون رخص السوق.

ولو فرض موت العبد بطلت وصيته لفوات متعلّقها، وأعطى الآخر ما زاد على

(١) في النسخ: وثلثا.

(٢) في هامش «و» نقلاً عن الشيخ علي حفيد الشارح: خمسمائة وخمسون صح.

(٣) في «س» وهامش «و»: وثمانون، ونقلاً عن الشيخ علي: وثمانين. وفي غيرهما: وثلثون. والصحيح ما أثبتناه. وهذه المحاسبة إنّما يتمّ إذا كان أصل التركة خمسمائة وخمسين. وكأنه - رحمه الله - نسي أن المفروض كونها ستمائة، فتمام الثلث بعد إسقاط قيمة العبد مائة وخمسون.

السادسة: إذا أوصي له بأبيه فقبل الوصية وهو مريض، عتق عليه من أصل المال إجماعاً منّا، لأنّه إنما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه، وهنا لم يخرج بل بالقبول ملكه وانعتق عليه تبعاً لملكه.

قيمته، لأنّ له تكملة الثلث فلا يسقط بموته شيء، فيعتبر قيمته عند وفاة الموصي لو كان حياً، ومحطّ قيمته من الثلث ويدفع الباقي إلى الموصى له الثاني.

ولو فرض نقص المال غير العبد - كأن ينقص مائة مثلاً - فالنقص على الثاني، فيكون له ستة وستون وثلثان، ولا يجري مجرى موت العبد، لأنّ الفاتت هنا على الورثة وهناك على الموصى له الأول، وجانب الورثة مؤفّر. نعم، لو كان تلف المال بعد قبض الوارث الواقع بعد الوفاة كان محسوباً عليهم، فيكون للثاني تمام المائة.

بقي في المسألة تقييد المصنف وغيره حدوث العيب في العبد قبل تسليمه إلى الموصى له، فانه يقتضي أنّ النقص لو كان بعد الموت وقبل تسليمه إلى الموصى له يكون الحكم كذلك. ويشكل على القول بأنّ القبول كاشف عن دخوله في ملك الموصى له من حين الموت، فإنّ النقص حينئذٍ داخل على ملك الموصى له الأول، فلا يحتسب على غيره. وكذا يقتضي أنّه لو تسلّمه في حياة الموصي فحدث العيب قبل موته لا يعتبر نقصه، وليس كذلك، لأنّ هذا التسليم لا حكم له.

قوله: «إذا أوصي له بأبيه فقبل الوصية . . . الخ».

إذا انتقل إلى المريض منّ ينعق عليه، فإنّما أن يكون بعوض أو غيره، ثم الانتقال إمّا أن يكون قهرياً أو اختيارياً، والعوض إمّا أن يكون موروثاً أو لا، فهذه أقسام المسألة. والمصنف اقتصر منها على قسم واحد، وهو انتقاله إليه باختياره بغير عوض. ونحن نبيّن ما ذكره ثم نتبعه بالباقي.

فقول: إذا ملكه بغير عوض اختياراً، كما لو أوصى له به فقبل الوصية وهو مريض، أو وهبه بغير عوض فقبل الهبة، فان قلنا إن منجزات المريض من الأصل عتق من الأصل، ولا كلام حينئذٍ فيه. وأمّا على القول الآخر فقد قال المصنف: إنّه يعتق أيضاً مدعياً الاجماع، ولأنّه إنما يعتبر من الثلث ما يخرج المريض عن ملكه بنفسه اختياراً كما لو باشر عتقه، وهنا لم يخرج المريض كذلك وإنّما أخرجه الله تعالى

عن ملكه حين ملكه بالقبول، وانعتق عليه تبعاً للملكه بغير اختياره فلم يكن مفوتاً باختياره شيئاً وإنما جاء الفوات من قبل الله تعالى .

ويشكل هذا: بأنه لو تمّ لزّم مثله فيما لو اشتراه بعوض فإن مجرد الشراء والتملك ليس هو المانع من النفوذ، وإنما المانع والمفوت لحقّ الورثة العتق وهو يحصل بغير اختياره كما قيل هنا. ^(١)

لكن يجاب عنه: بأنه هنا مفوت على الورثة الثمن باختياره حيث بذله في مقابلة ما يوجب التلف قطعاً بغير فائدة تعود على الوارث، وحينئذٍ فلا يتمّ الدليل إلا بإضافة أمر آخر، وهو أنه لم يخرج شيئاً عن ملكه بعوض يحصل به فوات شيء على الورثة. وكان الأولى في الاستدلال على هذا التقدير أن يقول: لأنه لم يفوت شيئاً على الورثة من حيث إنه ملكه بغير عوض، والعتق وقع قهرياً.

والحاصل: أن المعتبر في صحّة العتق حصول الأمرين معاً، وهما عدم العوض، وكون العتق قهرياً، فمتى انتفى أحدهما اعتبر من الثلث.

وأما ما ادّعه المصنف من الاجماع على الحكم فبالنظر إلى من تقدّمه من أصحابنا وكأنه لم يظهر له مخالف قبله، وإلا فالمسألة محتمة، والعامّة مختلفون في حكمها فذهب بعضهم ^(٢) إلى اعتبار خروجه من الثلث كالعتق اختياراً، وقواه العلامة في التحرير ^(٣) استناداً إلى أن اختيار السبب كاختيار المسبب، فمتى كان الأوّل مقدوراً فالثاني كذلك، وهو قول بعض المتكلمين. وحينئذٍ فلا يلزم من كون العتق قهرياً خروجه من الأصل، وإنما يلزم ذلك لو لم يكن مستنداً إلى اختيار المريض في التملك. والأقوى ما اختاره المصنف.

ولا يقدح دعواه الاجماع في فتوى العلامة بخلافه، لأنّ الحقّ أن إجماع

(١) في «ب» هنالك. وفي الحجريتين: هناك.

(٢) راجع روضة الطالبين ٥ : ١٨٦ .

(٣) التحرير ١ : ٣٠٩ - ٣١٠ .

أصحابنا إننا يكون حجةً مع تحقق دخول المعصوم في جملة قولهم، فإن حجته إننا هي باعتبار قوله عندهم، ودخول قوله في قولهم في مثل هذه المسألة النظرية غير معلوم. وقد نبه المصنف في أوائل المعتبر على ذلك، فقال: إن حجية الاجماع لا تتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم في قول المجمعين^(١)، ونهى عن الاعتراض بمن يتحكم ويدعي خلاف ذلك. وهذا عند الانصاف عين الحق، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد^(٢). وبهذا يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضي خلافهم، وقد اتفق لهم ذلك كثيراً لكن زلة المتقدم مسامحة عند الناس دون التأخر.

ونرجع إلى بقية أقسام المسألة فنقول: قد عرفت حكم ما لو ملكه بغير عوض اختياراً، وأما إذا ملكه كذلك بغير اختياره كالارث، فإن قلنا في القسم الأول بكونه من الأصل فهنا كذلك بطريق أولى، وإن قلنا بكونه ثم من الثلث احتمال كونه هنا كذلك، لتحقق الملك للمريض فيكون معدوداً من جملة أمواله، فانعتاقه يفوت عليهم المالية. ويضعف بأنه لم يتلف على الورثة شيئاً مما هو محسوب مالا له، ومع ذلك فالعتق قهري فلا مانع منه، وينبغي هنا القطع بنفوذه من الأصل. وفي التذكرة^(٣) جعل العتق أقرب.

ولو ملكه بعوض فلا يخلو إما أن يكون اختياراً أولاً. وعلى التقديرين فلا يخلو إما أن يكون العوض موروثاً بحيث يحصل ببذله تفويت على الورثة أولاً. فهذه أربعة أقسام:

(١) المعتبر ١: ٣١.

(٢) كذا في ٥٥، وفي غيرها: نادر.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٨٩.

الأول: أن يملكه بعوض موروث اختياراً بأن اشتراه، فإن كان بضمن المثل واعتبرنا خروج المنجزات من الثلث ففي انعقاقه قولان:
أحدهما: أنه من الثلث، لأنّ تملكه له باختياره سبب في عتقه فجرى مجرى المباشرة، خصوصاً عند مَنْ يجعل فاعل السبب فاعل المسبب كالجائيين. وهذا هو الأصحّ.

والثاني: نفوذه من الأصل، لأنه إنما يحجر عليه في التبرعات، والشراء ليس بتبرّع فلا يكون محجوراً عليه. والعتق حصل أولاً بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث. ويضعّف بأنّ بذل الثمن في مقابلة ما قطع بفواته وزوال ماليته بالعتق تضييع على الوارث، كما لو اشترى ما يقطع بموته عاجلاً.

والقولان اختارهما العلامة في القواعد^(١) في الوصايا، أولهما في الأحكام المعنوية، وثانيهما في كيفية التنفيذ. ولو اشتراه بدون ثمن المثل فالزائد محاباة حكمه حكم الموهوب^(٢).

الثاني: أن يملكه بعوض موروث لكنّه بغير اختياره، بمعنى استناده إلى أمر الشارع له به، كما لو كان قد نذر في حال الصحة أو المرض - إن جوّزنا كونه من الأصل - أنه إذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه اشتراه، فوجده وهو مريض، فينفذ من الأصل على القولين. ويحتمل ضعيفاً كونه من الثلث، لحصول السبب المقتضي للتصرّف في المرض. وضعّف باستناد ذلك إلى إيجاب الشارع فكان عليه بمنزلة الدّين.

الثالث: أن يملكه بعوض غير موروث باختياره، كما لو أجر نفسه للخدمة به، فينعق من الأصل على القولين، لعدم تفويته شيئاً على الورثة، ويأتي على احتماله

(١) قواعد الأحكام ١: ٣٠٤ و ٣٣٧.

(٢) في هامش «و» نقلاً عن خط الشيخ علي حفيد الشارح: الموروث.

السابعة: إذا أوصى له بدار فانهدمت وصارت براحاً ثم مات الموصي بطلت الوصية، لأنها خرجت عن اسم الدار. وفيه تردّد.

الثامنة: إذا قال: أعطوا زيداً والفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصية. وقيل: الربع. والأول أشبه.

في الهبة ورود مثله هنا.

الرابع: أن يملكه كذلك بغير اختياره بل بالزام الشارع، كما لو كان قد نذر تملكه بالاجارة كذلك، وحكمه كالسابق بطريق أولى.

قوله: «لو أوصى له بدار فانهدمت . . . الخ».

منشأ التردّد: من فوات متعلّق الوصية، لأنّه المجموع المركّب من العرصة والسقف وباقى الأجزاء، والمركّب يفوت بفوات بعض أجزائه خصوصاً الموجب لفوات حقيقته فتبطل الوصية، ومن بقاء بعض الأجزاء المتعلّق حقّ الموصي له بها في ضمن المجموع، فلا يفوت البعض بفوات البعض الآخر.

وفصل ثالث حسناً فقال: إن كان الموصى به داراً معيّنة فانهدمت فالوصية باقية، لانتفاء الدليل الصالح للبطلان، وتغيّر الاسم لم يثبت كونه قادحاً، والباقي منها بعض ما أوصى به. وإن أوصى له بدار من دوره فانهدمت جميع دوره قبل موته بطلت، لانتفاء المسمّى. وموضع الخلاف ما إذا كان الانهدام لا بفعل الموصي وإلا كان رجوعاً.

قوله: «إذا قال: أعطوا زيداً . . . الخ».

وجه الأول: أنه أوصى لفريقيين فلا ينظر إلى أحادهما، كما لو أوصى لقبيلتين مختلفتي العدد. **وجه الثاني:** أن أقلّ الفقراء ثلاثة، لأنهم جمع، وقد شرك بين زيد وبينهم بالعطف فيكون كأحدهم. ويضعف بأنّ التشريك بين زيد والفقراء لا بينه وبين أحادهم، فيكون زيد فريقاً والفقراء فريقاً آخر، وبأنّ التشريك لو كان بين الأحاد لما لزم الحكم بالربع، لأنّ الفقراء لا ينحصر في ثلاثة، وكون الثلاثة أقلّ

الجمع لا يوجب المصير إليه مع وجود اللفظ الشامل له ولغيره . وحينئذ فمختار المصنف أقوى .

وفي المسألة وجه ثالث مخرَج من دليل الثاني وهو: أن زيداً يكون كأحد الفقراء، لأنه وإن كان أقلهم ثلاثة إلا أنه يقع على ما زاد، ولا يتعيّن الدفع إلى ثلاثة بل يجوز الدفع إلى ما زاد . فمقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم فيعطى سهماً من سهام القسمة، فإن قسّم المال على أربعة من الفقراء أعطي زيداً الخمس، وإن قسّم على خمسة فالسدس، وهكذا . ورابع: أنه يعطى أقل ما يتموّل، ولكن لا يجوز حرمانه وإن كان غنياً . وخامس: أنه إن كان فقيراً فهو كأحدهم، وتخصيصه للاهتمام به، وإن كان غنياً فله النصف . وسادس: أنه إن كان غنياً فله الربع وإلا فالثلث، لدخوله فيهم . وسابع: أن الوصية في حق زيد باطلة، لجهالة من أضيف إليه . وهذه الأوجه كلّها ضعيفة ما عدا الأولين، وأقوال أصحابنا منحصرة فيهما، فلذا اقتصر عليهما المصنف، وأضعفها الأخير .

هذا كلّه إذا أطلق زيد، أما إذا وصفه بصفة الجماعة فقال: لزيد الفقير وللفقراء، جرى الخلاف فيما لزيد إن كان فقيراً . والأقوى أنه كما لو أطلق، لما ذكرناه في توجيه الأول . ولو وصفه بغير صفة الجماعة كقوله: لزيد الكاتب وللفقراء، فأولى بترجيح الوجه الأول . ولا بدّ على الأوجه من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء مراعاةً لصيغة الجمع .

القسم الثاني في تصرفات المريض

وهي نوعان : مؤجلة، ومنجزة .
فالمؤجلة حكمها حكم الوصية إجماعاً، وقد سلفت . وكذا تصرفات
الصحيح إذا قرنت بما بعد الموت .

قوله : « في تصرفات المريض - إلى قوله - بما بعد الموت » .
أراد بالمؤجلة المعلقة بالموت ، وبالمنجزة المعجلة حال الحياة وإن لم تكن حاضرة
محضاً . وأصل المنجز الحاضر، قال الجوهري^(١) : « الناجز الحاضر، يقال : [بعته]^(٢)
ناجزاً بناجز [أي]^(٣) : بدأ بيد أي تعجلاً [بتعجيل]^(٤) . ومنه في الدعاء : أنجز
وعده، أي : أحضره .

ويستفاد من جعله المؤجلة كالوصية في الحكم أنها غير الوصية، والمغايرة تظهر
بينهما في التدبير، فإنه تصرف معلق على الموت، وليس بوصية بعق العبد بل عتق
بصفة على اختلاف الوجهين . وتظهر أيضاً في النذر المقيّد بالموت، فإنه لا يسمى
وصيةً . لكن في إلحاقه بالوصية خلاف مشهور، فقد قال جماعة : إنه من الأصل، فلا
يصح الحكم بكون حكمه حكم الوصية بالاجماع، وإن كان المختار مساواته لها في
الحكم .

(١) الصحاح ٣ : ٨٩٨ .

(٢) من المصدر . وفي هامش «و» : أعطه .

(٣) في المصدر : كفولك .

(٤) من المصدر .

أما منجّزات المريض إذا كانت تبرّعاً، كالمحابة في المعاوضات، والهبة والعتق والوقف، فقد قيل: إنّها من أصل المال، وقيل: من الثلث. واتفق القائلان على أنه لو برئ لزمت من جهته وجهة الوارث أيضاً، والخلاف فيها لومات في ذلك المرض.

وعلى ما استفيد من تعريف المصنف للوصية: «أنها تمليك عين أو منفعة إلخ» يتخلف كثير من الأفراد المعلقة على الموت فيطلق عليها التصرفات المؤجلة لا الوصية، وذلك كالوصية بالعتق، والوقف على جهة عامة، والوصية بإبراء المديون وغير ذلك. ولو أطلق على الجميع اسم الوصية وذكر أنّ حكمها الخروج من الثلث سلم من التكلف. والتدبير ان كان وصية بالعتق تناولته العبارة وإلا فيكتفى بذكر حكمه في محله.

واعلم أننا قد أسلفنا^(١) نقل الخلاف في كون الوصية من الثلث عن ابن بابويه وأنه حكم بكونها من الأصل، فدعوى المصنف الاجماع هنا في مقابله إمّا لعدم الاعتداد بخلافه، لضعف مستنده وشدوذ قوله فإن جميع المسلمين على خلافه، وإما على معنى أنّ مساواة التصرفات المؤجلة للوصية ثابت بالاجماع فمهما ثبت للوصية من الحكم ثبت للمؤجلة، ولا يكون فيه تعرّض لدعوى الاجماع على نفس حكم الوصية. وهذا أولى وأنسب بسياق العبارة. ولا فرق في التصرف المعلق على الموت بين وقوعه من الصحيح والمريض. وهو موضع وفاق.

قوله: «أمّا منجّزات المريض - إلى قوله - في ذلك المرض».

احترز بـ «التبرّع» عمّا ينجزه المريض من البيع بثمن المثل، ووفاء بعض الديان شيئاً من أعيان ماله وإن كان قاصراً عن الدين، وما يدفعه أجره عن منافع تصل إليه ونحوه، فإن مثل ذلك نافذ من الأصل إذ لا تفويت فيه على الوارث.

وأما البيع بدون ثمن المثل والشراء بأزيد منه فانه ليس تبرّعاً محضاً، لأنّ كلّ جزء من أجزاء المعوض مقابل بجزء من أجزاء العوض وإن اختلفا في القيمة، إلا أنّ

القدر الزائد عما أخذه من العوض في قوّة المتبرّع به وإن لم يكن متميّزاً. وقد نبّه على إدخاله في المثال.

وخرج أيضاً عتق القريب المملوك بغير عوض فإنّ عتقه ليس من منجزات المريض، وإنما وقع قهراً من الشارع.

وبقي مثل التزويج بأقلّ من مهر المثل، وإجارة نفسه بأقلّ من أجرة المثل داخلاً في التبرّع بالمنجزات، مع أنّه خارج عن حكمها لا يتوقّف على خروجه من الثلث، لأنّه ليس بإخراج مال من التركة، بل هو اكتساب. والمصنّف لم يبيّن المراد من المنجزات بغير المثال. وضابطها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض.

إذا تقرّر ذلك فنقول: اختلف الأصحاب في تصرفات المريض المنجزة المتبرّع بها على ذلك الوجه، فذهب الأكثر - ومنهم الشّيخ في المبسوط^(١)، والصدوق^(٢)، وابن الجنيد^(٣) - وسائر المتأخّرين^(٤) إلى أنّها من الثلث كغير المنجزة. وقال المفيد^(٥)، والشّيخ في النهاية^(٦)، وابن البراج^(٧)، وابن إدريس^(٨)، والآبي^(٩) تلميذ المصنّف: إنّها من الأصل. والمصنّف لم يرجّح هنا أحد القولين، لكنّه رجّح الأول في مواضع متعدّدة من الكتاب^(١٠).

(١) المبسوط ٤ : ٤٤ .

(٢) المُقنع : ١٦٥ .

(٣) راجع المختلف ٢ : ٥١٤ .

(٤) راجع إيضاح الفوائد ٢ : ٥٩٣، جامع المقاصد ١١ : ٩٤ .

(٥) المُقنعة : ٦٧١ .

(٦) النهاية : ٦٢٠ .

(٧) المهذب ١ : ٤٢٠ .

(٨) السرائر ٣ : ١٩٩ و ٢٢١ .

(٩) كشف الرّموز ٢ : ٩١ .

(١٠) كما في ج ٤ : ١٥٦ .

ومنشأ الخلاف من اختلاف الروايات ظاهراً، فمما استدللّ به منها للأوّل صحيحة عليّ بن يقطين قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير»^(١) وقد تقرّر في الأصول أنّ جواب «ما» الاستفهاميّة للعموم. وصحيحة يعقوب بن شعيب قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت، ماله من ماله؟ فقال: له ثلث ماله»^(٢) والتقريب ما تقدّم. ورواية أبي ولّاد عنه عليه السلام في الرجل يكون لامرأته عليه الدّين فتبرئه منه في مرضها، قال: «بل تهبه له فيجوز هبتها، ومحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً»^(٣). ورواية عليّ بن عقبة عنه عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: «ما يعتق منه إلا ثلثه، وسائر ذلك الورثة أحقّ بذلك، ولهم ما بقي»^(٤). وهذه الرواية وإن كانت متضمّنة للعتق خاصّة إلا أنّه لكونه مبنياً على التغليب يفيد حكم غيره بطريق أولى. ورواية الحسن بن الجهم قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام ما تقول في رجل أعتق مملوكاً له وقد حضره الموت وأشهد له بذلك، وقيّمته ستمائة درهم، وعليه دين ثلثمائة درهم، ولم يترك شيئاً غيره؟ قال: يعتق منه سدسه، لأنّه إنّما له منه ثلثمائة وله السدس من الجميع»^(٥).

(١) التهذيب ٩: ٢٤٢ ح ٩٤٠، الوسائل ١٣: ٣٦٣ ب (١٠) من ابواب الوصايا ح ٨.

(٢) الكافي ٧: ١١ ح ٣، التهذيب ٩: ١٩١ ح ٧٧٠، الفقيه ٤: ١٣٦ ح ٤٧٣، الاستبصار ٤: ١١٩ ح ٥٥٢، الوسائل ١٣: ١٤٤ ب (١٣) من كتاب الحجر ح ١. وفي جميعها شعيب ابن يعقوب. وفي الفقيه عنه عن أبي بصير.

(٣) التهذيب ٩: ١٩٥ ح ٧٨٣، الاستبصار ٤: ١٢٠ ح ٤٥٧، الوسائل ١٣: ٣٦٧ ب (١١) من كتاب الوصايا ح ١١.

(٤) التهذيب ٩: ١٩٤ ح ٧٨١، الاستبصار ٤: ١٢٠ ح ٤٥٥، الوسائل ١٣: ٣٦٥ ب (١١) من كتاب الوصايا ح ٤.

(٥) التهذيب ٩: ٢١٨ ح ٨٥٥، الاستبصار ٤: ٨ ح ٢٥، الوسائل ١٣: ٤٢٣ ب (٣٩) من كتاب الوصايا ح ٤، راجع أيضاً الكافي ٧: ٢٧ ح ٣. وفيه زيادة.

وروى العامة في صحاحهم «أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وجزأهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة»^(١).

وله^(٢) وجوه أخرى من الاعتبار، منها: أنه إن كانت المؤخرات من الثلث فالمنجزات كذلك، لكن المقدم حق فالتالي مثله. وبيان الملازمة: أن المقتضي لحصر الوصية في الثلث النظر إلى الورثة والشفقة عليهم، وهذه العلة مبنية عليها في النصوص وهي موجودة في المتنازع.

ومنها: أنه لولا كونها من الثلث لاختلت حكمة حصر الوصية في الثلث، فإنه لولا لالتجأ كل من يريد الزيادة في الوصية على الثلث إلى العطايا المنجزة، فيفوت الغرض الباعث على المنع من الزائد.

واحتج الآخرون بأنه مالك تصرف في ملكه، فيكون سائناً. والصغرى مفروضة، والكبرى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الناس مسلطون على أموالهم»^(٣) خرج منه ما بعد الموت فيبقى الباقي، أو يقال: إن ما بعد الموت من التصرف ليس تسليطاً على ماله بل على مال غيره وهو الوارث. وبأصالة الجواز، وباستصحاب ما كان في حال الصحة، وبأنه لولا صحتها لما لزم بالبرء، والتالي باطل، فكذا المقدم. وبرواية عمار عن الصادق عليه السلام: «قال: الرجل أحق بهاله ما دام فيه الروح، إن أوصى به كله فهو جائز»^(٤). وبرواية عمار أيضاً عنه عليه السلام في الرجل

(١) سنن سعيد بن منصور ١: ١٢٢ ح ٤٠٨، مسند أحمد ٤: ٤٢٦، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٦٦.

(٢) كذا في «س» وفي غيرها: ولهم ...

(٣) عوالي اللئالي ٢: ١٣٨.

(٤) الكافي ٧: ٧ ح ٢٧، الفقيه ٤: ١٥٠ ح ٥٢٠، التهذيب ٩: ١٨٧ ح ٧٥٣، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٥٩، الوسائل ١٣: ٣٨٢ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ٥.

يجعل بعض ماله لرجلٍ في مرضه، فقال: «إذا أبانه جاز»^(١). وبموثقة عمّار أيضاً عنه عليه السلام قال: «الميت أحقّ بماله ما دام فيه الروح يبين به، فان قال: بعدي، فليس له إلا الثلث»^(٢). وبرواية سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قلت له: الرجل له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته؟ فقال: هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله، ولا يضرّ بورثته»^(٣).

هذا محصول حجج الفريقين، وفي كلّ واحد منها نظر:

أما الصحيحتان الأوليان اللتان هما عمدة الاستدلال ومعمده فلا دلالة لهما على المطلوب، بل دلالتها على ما بعد الموت أولى. أما الثانية فإنها صريحة فيه، لأنه قال فيها: «الرجل يموت ماله من ماله؟» فلا وجه للاستدلال بها على المنجزات. وأما الأولى فكما يحتمل المنجز يحتمل الوصية، لأن «عند» من ظروف المكان المقتضية للمصاحبة فدلتها على الوصية أقوى، وإن استعملت «عند» فيما تقدّم بيسير فإن سلّم كونه حقيقة فغيره أكثر. وأما باقي الروايات على كثرتها فمشتركة في ضعف السند.

وأما ما يختصّ كلّ واحدة ففي رواية عليّ بن عقبة - مع كونها أوضح الجميع دلالةً - أمران:

أحدهما: إمكان حملها على الوصية، لأنّ حضور الموت قرينة منعه من مباشرة

(١) التهذيب ٩: ١٩٠ ح ٧٦٤، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٦١، الوسائل ١٣: ٣٨٣ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١٠.

(٢) التهذيب ٩: ١٨٨ ح ٧٥٦، الاستبصار ٤: ١٢٢ ح ٤٦٣، الوسائل ١٣: ٣٦٧ ب «١١» من كتاب الوصايا ح ١٢، راجع أيضاً الكافي ٧: ٨ ح ٧. وفي لفظه اختلاف.

(٣) الكافي ٧: ٨ ح ١٠، التهذيب ٩: ١٨٨ ح ٧٥٥، الاستبصار ٤: ١٢١ ح ٤٦٢، الوسائل ١٣: ٣٨١ ب «١٧» من أحكام الوصايا ح ١، ٢. وفي متن الحديث زيادة وفي السند سماعه عن أبي بصير.

العتق، ويجوز نسبة العتق إليه لكونه سببه القويّ بواسطة الوصية. وهذا وإن كان بعيداً إلا أنه مناسب حيث لم يبق للرواية عاخذ.

والثاني: أنها واردة في العتق فلا يلزم تعدّي الحكم منه إلى غيره. ودعوى أولوية غيره ممنوعة بل هو قياس. وبنائوه على التغليب لا يدلّ على المطلوب. وعدم القائل باختصاصه بالحكم - على تقدير تسليمه - لا يجوز قياس غيره عليه، مع ما فيها من القصور.

وأما رواية أبي ولّاد ففيها: أنّ مضمونها لا يقول به أحد، لأنّ الإبراء ممّا في الذمة صحيح بالاجماع دون هبته، والحكم فيها بالعكس، فكيف يستند إلى مثل هذه الرواية المقلوبة الحكم الضعيفة السند؟! والكلام في رواية ابن الجهم كالكلام في رواية ابن عقبة.

وأجود ما في هذا الباب متناً وسنداً الرواية العامية^(١)، ومَن ادّعى خلاف ذلك فالسبر يردّ دعواه، وعليها اقتصر ابن الجنيد في كتابه الأحمدية^(٢) وأما اعتبارهم الأول ودعوى الملازمة بين خروج الوصية والمنجزات من الثلث ففيه القدح في الملازمة، لأنّ مبنى الأحكام على مثل ذلك غير جائز. والعلّة ضعيفة، لأنها غير منصوصة وإن كانت مظنونة من حكمة الحكم المنصوص، مع أنها منقوضة بالصحيح خصوصاً المشارف على الموت بأحد الأسباب الموجبة للخطر مع عدم المرض. وليس ببعيد أن يكون الحكمة في ذلك سهولة إخراج المال بعد الموت على النفس حيث يصير للغير فيمنع من التجريّ عليه لتضييع حقّ غيره مع حفظه له لما كان حقّه وشحّه عليه. وهذه الحكمة ليست حاصلة في الحيّ وإن كان مريضاً، لأن البرء ممكن، والشحّ بالمال في الجملة حاصل، فيكون كتصرف الصحيح في ماله لا في مال غيره. وكون مال المريض في معرض ملك الورثة في الحال بخلاف الصحيح مطلقاً ممنوع، فربّ

(١) المقدمة في ص: ٣٠٧، هامش (١).

(٢) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٥١٤ ولم يذكر الكتاب.

ولابدّ من الاشارة إلى المرض الذي معه يتحقّق وقوف التصرف على الثلث. فنقول: كلّ مرض لا يؤمن معه من الموت غالباً فهو مخوف، كحمّى الدق.

مريض عاش أكثر من الصحيح، وربّما كان في حال المراماة التي يغلب معها ظنّ التلف أبلغ من المريض.

ومن هذا يظهر ضعف الاعتبار الآخر، فإنّ الخوف من البرء يمنع من الزيادة بخلاف ما بعد الموت بل هذا حاصل بالوجدان، فلا اختلال.

وأما ما احتجّ به الآخرون ففي رواياته جُمع اشتراكها في ضعف السند وليس فيها سوى واحدة من المؤثّق، كما نبهنا عليه. وفي رواية عمّار الأولى نفوذ الوصيّة مطلقاً من الأصل وهم لا يقولون به فيبطل الاستدلال بها. والقول بأنّها تدلّ على أنّ المنجز كذلك بطريق أولى لا يصحّ مع فساد المبني عليه. وعلى تقدير اعتبارها فهي مكافئة لما دلّ علي مطلوب الأولين من حيث السند لكن بعضها أقوى من حيث الدلالة.

وعلى كلّ حال فلا بدّ من الجمع إن اعتني بالروايات من الجانبين. ويمكن أن يقال حينئذ: إنّ تلك خاصّة وهذه عامّة والخاصّ مقدّم، ولو تكون في الروايات الصحيحة دلالة لترجح القول بها. وأمّا كونه مالكاً وملاحظة الأصل بمعنييه فهو حسن إن لم يدلّ الدليل على خلافه، وإلّا انقطع. وأمّا دعوى الملازمة بين لزومها بالبرء وصحتها ففاسدة، وأي مانع من صحتها غير لازمة موقوفة على إجازة الوارث إن مات، ولازمة إن برئ؟! فيكون البرء كاشفاً عن الصّحة واللزوم كتصرف الفضولي، والموت كاشفاً عن الفساد إذا لم يجز الوارث.

واعلم أنّه على تقدير البرء لا فرق في الحكم بلزوم هذه التصرفات بين كون المرض مخوفاً وعدمه، وإنما يحتاج إلى البحث عنه على تقدير الوفاة فيه.

قوله: «ولابدّ من الاشارة إلى المرض - إلى قوله - كحمّى الدق».

وهي - بكسر الدال - حمى تحدث في الأعضاء الأصليّة التي تتولّد من شدّة الاحتراق وذهاب الرطوبات وانطفاء الحرارة، ولا تمتدّ معها الحياة غالباً.

والسلّ، وقذف الدم والأورام السودائية والدموية. والاسهال المتنن، والذي يهازجه دهنيّة، أو براز أسود يغلي على الأرض، وما شاكله .

قوله: «والسلّ» .

هو قرحة في الرئة يلزمها حمى دقيقة^(١)، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار. وقد حكى في التذكرة^(٢) فيه أقوالاً ثلاثة، أحدها: أنه ليس بمخوف مطلقاً، لأنه وإن لم يسلم صاحبه غالباً إلا أنه لا يخشى منه الموت عاجلاً، فيكون بمنزلة الشيخوخة. والثاني: أنه في انتهائه مخوف لا في ابتدائه، لأن مدته تتناول فابتداؤه لا يخاف منه الفوت عاجلاً، فاذا انتهى خيف. ومنهم من عكس. والمصنّف اختار كونه مخوفاً مطلقاً. وفي الحقيقة المرجع في ذلك إلى قول الأطباء وأهل التجربة لا إلى الفقيه، ولكن ما يذكره الفقهاء هنا هو أقوال الأطباء فلا يرد أنها ليست من المسائل الفقهية، لأنّ الفقيه يضطرّ إلى نقل ذلك هنا ليرتب عليه الحكم.

قوله: «وقذف الدم» .

قذف الدم إلقاءه، وهو شامل لإخراجه من الفم بالقي والتنخّع والسعال، وإخراجه من الأنف بالرعاف، وإخراجه من المعدة بالبراز. وليست كل هذه الأشياء مخوفة، بل بعضها كالخارج مع الاسهال ومن الفم بسبب الرية والرعاف الدائم ونحو ذلك.

قوله: «والأورام السوداوية والدموية» .

كل واحد من هذه الأورام جنس تحته أنواع من الأمراض، منها ما هو مخوف، ومنها ما ليس بمخوف، فإطلاقه مخوفية هذين الوردتين أيضاً متجاوز، ولم يذكرهما غيره من الفقهاء.

قوله: «والاسهال المتنن . . الخ» .

يمكن أن يعود ضمير «شاكله» إلى المذكور في أقسام الاسهال، فإن له أقساماً

(١) كذا في نسخة بدل «و» وفي غيرها: دقية .

(٢) التذكرة ٢ : ٥٢٣ .

وأما الأمراض التي الغالب فيها السلامة فحكمها حكم الصحة، كحمى يوم، وكالصداع عن مادة أو غير مادة، والدمل، والرمد، والسلاق، وكذا ما يحتمل الأمرين كحمى العفن.

خوفه غير ما ذكر، كالاسهال المتواتر الذي لا يمكن منعه ولو ساعة، وما كان معه زحير، وهو الخارج بشدة ووجع في المقعدة، وما كان معه دم. ويمكن عوده إلى المذكور من الأمراض المخوفة فإنه لم يستوفها وإنما ذكر قليلاً منها. وهذا أنسب بالعبارة.

قوله: «كحمى يوم».

الحمى حرارة غريبة تنبعث من القلب إلى الأعضاء، فان لم تكن عن مرض وتعلقت بأرواح البدن لا بأخلاقه ولا بأعضائه فهي حمى يوم. وهي تحدث من أسباب بادية كغضب وفرح وسهر وكثرة نوم وهمّ وغمّ وفرح وتعب ونحو ذلك. ولا يشترط في تسميتها يومية أن يبقى يوماً واحداً بل يجوز أن تبقى أزيد من يوم إلى سبعة أيام.

قوله: «وكالصداع عن مادة».

المراد بالصداع المادّي ما كان ناشئاً عن أحد الأخلاط الأربعة، وعن غيرها ما كان سببه من غيرها كسقطة وضربة وشائم وأبخرة رديّة وفرط جماع ونحو ذلك.

قوله: «والسلاق».

هو غلظ في الأجفان عن مادة رديّة غليظة يحمّر لها الجفن وينتثر الهدب، وقد يؤدي إلى تقلع^(١) الجفن وفساد العين. وفي حكمه جميع امراض العين فلو عمّم كان أولى.

قوله: «كحمى العفن».

هي الحمى المتعلقة بالأخلاط الأربعة مع تعفنها. والمراد بالعفونة في هذا المقام انفعال الجسم ذي الرطوبة عن الحرارة الغريبة الى خلاف الغاية المقصودة.

(١) في «و»: تفلح. وفلعه: شقّه.

والزحير، والأورام البلغمية.

ولو قيل: يتعلّق الحكم بالمرض الذي يتفق به الموت، سواء كان خوفاً في العادة أو لم يكن، لكان حسناً.

والحمى العفنية أنواع، منها: الورد، وهي التي تأتي كلّ يوم. والغبّ، وهي التي تأتي يوماً وتترك يوماً. والثلاث، وهي التي تأتي يومين وتترك يوماً. والرّبع - بكسر أوّله، وكذا ما قبله من الحُميات - وهي التي تأتي يوماً وتترك يومين وتعود في الرابع. والأخوين، وهي التي تأتي يومين وتقطع يومين. وقد أطلق المصنف أنّها ليست مخوفة بل محتملة للأميرين، وذكر جماعة منهم العلامة^(١) أن ما عدا الغبّ والرّبع مخوف. قوله: «والزحير».

هو حركة منكرة من المعاء المستقيم تدعو إلى البراز بسبب ورم أو خلط لاذع أو برد نال الموضع أو غيره. وإنّما يكون غير مخوف مع تجرّده عن غيره من الأمراض، فلو اقترن به إسهال فهو مخوف كما تقدّم.

قوله: «ولو قيل: يتعلّق الحكم . . . الخ».

إذا قلنا: إنّ تبرّعات المريض المنجزة من الثلث وليس كلّ مرض يتفق للانسان يكون تصرفه فيه موقوفاً بل مرض مخصوص، احتيج إلى ضبطه. وقد اختلف الأصحاب فيه، فقال الشيخ في المبسوط^(٢): إنّ المرض المانع هو المخوف، وهو ما يتوقّع به الموت قطعاً أو غالباً كما مرّ، دون غيره وإن اتفق به الموت. وقد مرّ تفصيله. واستند في ذلك إلى ما تقدّم من الأخبار المشعرة بذلك، كقوله: «ما للرجل عند موته»^(٣) وليس المراد عند نزول الموت به بالفعل، فيتعيّن حملة على ظهور أمارته، لأنّه أقرب من غيره من المجازات والمراد ظهوره بذلك المرض، وقوله في بعض الروايات: «في رجل حضره الموت»^(٤) وإنّما يصدق حضوره في المرض المخوف،

(١) التذكرة ٢: ٥٢٢.

(٢) المبسوط ٤: ٤٤.

(٣) راجع ص: ٣٠٦.

(٤) كما في الوسائل ١٣: ٣٨٤ ب «١٧» من كتاب الوصايا ح ١٣.

لاشعار قوله عليه السلام: «المريض محجور عليه»^(١) بذلك. وللإجماع على عدم الحجر على غير المريض حيث لا يكون سبب آخر. ويبقى حكم التصرف في غير المخوف من الأمراض باقياً على الأصل والاستصحاب، و«تمسكاً فيه بعموم» الناس مسلطون على أموالهم»^(٢).

والمصنف (رحمه الله) اختار عدم اعتبار مخوفة المرض وعدمه، بل المرض الذي يحصل به الموت، فإن اتفق فيه تصرف كذلك فهو من الثلث، سواء كان مخوفاً أم لا. وتبعه عليه العلامة^(٣) وغيره^(٤) من المتأخرين.

وهذا هو الأقوى، لقصور تلك الأخبار عن الدلالة على اعتبار الخوف، وقد تقدم ما يدل على القصور، وجاز أن يريد بحضور الموت وقوعه في المرض كما وصفوه بالحضور في المخوف بل هذا أولى، لأن المخوف قد لا يتفق معه الموت. ولعموم قوله عليه السلام: «المريض محجور عليه إلا في ثلث ماله»^(٥) الشامل للمخوف وغيره، خرج منه ما إذا برئ بالإجماع فيبقى الباقي. هذا إن قلنا: إن المفرد المحل باللام يفيد العموم، وإلا أشكل الاستدلال. ويمكن أن يقال: إنه في هذا ونظائره للعموم بانضمام القرائن الحالية، لانتفاء فائدته على تقدير عدمه. ومثله قوله: «إذا بلغ الماء كراً»^(٦) وقوله: «خلق الله الماء طهوراً»^(٧) و: «مفتاح الصلاة التكبير»^(٨) وغير ذلك مما

(١) (٥) لم نظفر على مصدر حديثي له وأنا أرسله فخر المحققين في إيضاح الفوائد ٢: ٥٩٥، وبعده الكركمي في جامع المقاصد ١١: ٩٦ و ٩٧.

(٢) عوالي اللئالي ٢: ١٣٨.

(٣) القواعد ١: ٣٣٤ - ٣٣٥، التبصرة: ١٣١.

(٤) كما في إيضاح الفوائد ٢: ٥٩٥، والدروس: ٢٤٢.

(٥) عوالي اللئالي ١: ٧٦ ح ١٥٦.

(٦) عوالي اللئالي ١: ٧٦ ح ١٥٤، الوسائل ١: ١٠١ ب «١» من أبواب الماء المطلق ح ٩.

(٨) التهذيب ٣: ٢٧٠ ح ٧٧٥، والوسائل ٤: ٧١٤ ب «١» من أبواب تكبيرة الإحرام ح ٧.

أما وقت المراماة في الحرب والطلق للمرأة وتزاحم الأمواج في البحر، فلا أرى الحكم يتعلّق بها، لتجردها عن إطلاق اسم المرض .

هو كثير، وقد ادّعى جماعة من الفضلاء الاجماع على عموميّة كثير ممّا ذكرناه في أبوابه، والوجه فيه ما قلناه .

والباء في قوله: «يتفق به الموت» سببيّة، أي يحصل الموت بسببه . واحتز به عمّا لو اتفق موته بسبب آخر، كما لو قتل في ذلك المرض أو أكله سبع فلا يكون تصرفه موقوفاً . وفي عبارة العلامة في القواعد «اتفق معه الموت»^(١) وفي التذكرة «اتصل به الموت»^(٢) فيشمل ما لو مات بسببه وغيره . ولعلّه أجود .

قوله: «أما وقت المراماة في الحرب . . . الخ» .

لما ذكر المرض المخوف المانع من نفوذ التصرف فيما زاد على الثلث ذكر أموراً مخوفة لكنّها لا تسمّى مرضاً، وهي ثلاثة:

الأول: وقت التحام الحرب وامتزاج الطائفتين للقتال مع تساويهما أو تقاربهما في التكافؤ، فإنّها حينئذ حالة خوف . ولو كانت إحداهما قاهرة للأخرى لكثرتها أو قوتها والأخرى منهزمة فالخائفة هي المنهزمة خاصّة، ولعلّ قول المصنف: «وقت المراماة» مشعر بالتكافؤ . ولو لم يمتزج الطائفتان لكن وقع بينهم مراماة بالنشاب ونحوه فيظهر من العبارة حصول الخوف أيضاً، وقطع غيره بكونها حينئذ ليست حالة خوف . الثاني: حالة الطلق للمرأة، وهو مخوف لصعوبة ولادة المرأة خصوصاً مع موت الولد في بطنها .

الثالث: وقت ركوب البحر مع تموّجه واضطرابه فأنّه مخوف، لا إذا كان ساكناً .

وقد اختلف في التصرف في هذه الحالة، فالمشهور بين أصحابنا - بل لم ينقل

(١) القواعد ١ : ٣٣٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٥٢٣ .

وها هنا مسائل :

الأولى : إذا وهب وحابى ، فإن وسعها الثلث فلا كلام ، وإن قصر بدئى بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث ، وكان النقص على الأخير .
الثانية : إذا جمع بين عطية منجزة ومؤخرة قدّمت المنجزة ، فإن اتسع الثلث للباقي ، وإلا صحّ فيما يحتمله الثلث ، وبطل فيما قصر عنه .

المصنف ولا غيره فيها خلافاً - نفوذه كالصحيح ، للأصل . وذهب ابن الجنيّد^(١) إلى إلحاقها بالمرض المخوف ، وزاد فيها ما إذا قُدّم لاستيفاء قَود ، أو ليقْتل رجماً في الزنا أو في قطع الطريق ، أو كان أسيراً في يد عدوّ عادته قتل الأسير ، وجعل الضابط كونه في حالة الأغلب معها التلف . والمختار المشهور .

قوله : «إذا وهب . . . الخ» .

المراد : أنه نجز أموراً متعدّدة تبرعاً بحيث يتوقّف على الثلث ، كما لو وهب شيئاً وحابى ، بأن باع شيئاً بدون قيمته ، فإنّ الزائد من ماله عن مقدار ما أخذه ثمناً محاباة منه للمشتري فكان كالموهوب ، فإذا لم يسع الثلث لهما بدئى بالأول فالأول حتى يستوفى الثلث ، وتوقف في الزائد . وهذا محلّ وفاق منّا ، وإنّا خالف فيه بعض العامة ، فذهب بعضهم^(٢) إلى تقديم العتق مطلقاً ، وآخرون^(٣) إلى التسوية بينه وبين المحاباة على تقدير تأخرها عنه وتقديمها مع التقدّم .

ووجه تقديم الأول : وقوعه من المالك في حالة نفوذ تصرفه ، لأنّ تصرفه في ثلثه نافذ لا يفتقر إلى رضا الورثة فلا مقتضى لردّه ، فإذا استوفى الثلث وقع التصرف بعد ذلك في حقّ الوارث فتوقف . ولا فرق في ذلك بين العتق وغيره ، وإن لم يذكره المصنف في الفرض .

قوله : «إذا جمع بين عطية . . . الخ» .

لما بين اشتراك العطية المنجزة والمؤخرة في الخروج من الثلث على المختار عنده ،

(١) لم نعر عليه .

(٢) (٣ و) روضة القضاة ٢ : ٦٨٩ ، المغني لابن قدامة ٦ : ٥٢٦ .

وفي تقديم الأوّل فالأوّل من كلٍّ منهما حيث لا يسع الثالث الجميع، أراد أن يبيّن ما يفرق فيه العطيّتان من الحكم، وهو أنّه مع جمعه بينهما وقصور الثالث عنهما معاً يبتدأ بالعطيّة المنجزّة أولاً وإن تأخّرت في الذكر، فإن فضل عنها من الثالث شيءٌ صرف في المؤخّرة. وإنّما قدّمت المنجزّة مطلقاً لأنّها تفيد الملك ناجزاً، والمؤخّرة لم يحصل الملك فيها إلّا بعد الموت، فكانت لذلك متقدّمة عليها حكماً وإن تأخّرت لفظاً.

واعلم أنّه قد تلخّص من ذلك - مضافاً إلى ما تقدّم - أنّ العطايا المنجزّة توافق المؤخّرة في أمور وتفارقها في أمور، والمصنّف لم يستوف الحكم في الموضوعين فلنتمّه، فنقول: إنّ العطيّتين تتّفقان في ستّة أشياء:

الأول: أنّ نفوذهما متوقّف على الخروج من الثالث، أو إجازة الورثة.

الثاني: أنّهما تصحّان للوارث وغيره، مع إجازة الوارث وعدمها عندنا. وعند العامّة^(١) كلتاهما تتوقّفان للوارث على إجازة الورثة.

الثالث: أنّ اعتبار خروجها من الثالث حال الموت، وإن كانت المنجزّة متقدّمة عليه. ولو اعتبرنا فيه حالة الوصيّة لكانت المنجزّات حالة وقوعها بطريق أولى.

الرابع: أنّه مع اجتماع المنجزّة وقصور الثالث عن جميعها يبدأ بالأوّل منها فالأوّل كالمؤخّرة.

الخامس: أنّه يزاحم بها الوصايا في الثالث، فيدخل النقص على الوصايا بسببها، كما يدخل النقص على وصيّته بسبب أخرى.

السادس: أنّ فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلّم سئل عن أفضل الصدقة فقال: «أن تتصدّق وأنت صحيح صحيح، تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تهمل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا، وقد كان لفلان»^(٢).

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٤٤٩ و ٥٢٥.

(٢) أمالي الطوسي ٢: ١٢، والوسائل ٦: ٢٨٢ ب «١٦» من أبواب الصدقة ح ١، والمستدرک ٧: =

وفترقان في ستة أشياء :

الأول : أن المنجزة لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ، لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لحق الورثة فلم يملك إجازتها ولا ردّها . وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فقبل الموت لم يوجد التبرع ، بخلاف العطيّة في المرض ، فإنه قد وجدت منه العطيّة والقبول من المعطي والقبض فلزمت ، كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت .

الثاني : أن قبول المنجزة على الفور حيث يكون القبول معتبراً ، كما في غير المريض ، بخلاف الوصية ، فإن قبولها المتأخر أولى من المتقدم إن اعتبرناه . والفرق أن العطيّة تصرف في الحال فيعتبر قبولها في الحال ، والوصية تبرع بعد الموت فيكفي حصول شروطها عند الموت .

الثالث : أن المنجزة مشروطة بالشروط المعتبرة فيها كما لو صدرت حال الصحة ، من العلم بالعوض في المحاباة والتنجيز في البيع وغيره من العقود ، بخلاف الوصية فإنها متعلقة بالموت ، وعدم الغرر ليس شرطاً في صحتها .

الرابع : أنها مقدّمة على الوصية من الثلث عند الاجتماع حيث يضيق عنهما وإن تأخرت عنها لفظاً ، بخلاف الوصية . ولا فرق هنا بين العتق وغيره عندنا ، خلافاً لبعض العامة^(١) حيث قدّمه ، لتعلّق حقّ الله تعالى به وحقّ الأدمي ، وقوّته بسرايته ونفوذه في ملك الغير .

الخامس : أنها لازمة في حق المعطي والوارث معاً على تقدير البرء ، فانه ليس لواحدٍ منهما إبطالها ، بخلاف الوصية . والفرق بين هذا وبين الأول : اختصاص الأوّل بالمعطي ولو في حال المرض ، وهذا به وبالوارث على تقدير البرء .
السادس : لزومها في حق المتبرع عليه حيث يكون التبرع لازماً من طرفه ،

= ١٨٩ ب ١٤١ من أبواب الصدقة ح ٤ .

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٥٢٥ ، ٥٢٦ .

الثالثة: إذا باع كراً من طعامٍ قيمته ستة دنانير، وليس له سواه، بكرّ رديّ قيمته ثلاثة دنانير، فالمحابة هنا بنصف تركته، فيمضى في قدر الثلث، فلورددنا السدس على الورثة لكان رباً. والوجه في تصحيحه: أن يرذ على الورثة ثلث كرههم، ويرذ على المشتري ثلث كرهه، فيبقى مع الورثة ثلثا كره قيمتهما ديناران، ومع المشتري ثلثا كره قيمتهما أربعة، فيفضل معه ديناران، وهي قدر الثلث من ستة.

بخلاف الوصية.

وبينها فرق سابع من حيث الخلاف وإن اشتركا فيه في الحكم المختار، وهو: أنه مع تعددها يقدم الأول فالأول في المعجلة بلا خلاف عندنا، وأما في الوصية فقد تقدم^(١) خلاف الشيخ وابن الجنيد في تقديم العتق وإن تأخر.

قوله: «إذا باع كراً من طعامٍ قيمته ستة دنانير- إلى قوله - من ستة».

قد عرفت أن تبرعات المريض محسوبة من الثلث ومن جملتها المحابة. فإذا باع محابةً ولم يخرج المحابة من الثلث ولم يجز الورثة بطل البيع فيما زاد من المحابة على الثلث، فلا بد من بيان ما يصح فيه البيع وقدر المنفسخ فيه، إذ لا سبيل إلى صحة الجميع، للزوم التصرف فيما زاد على الثلث، ولا إلى الانفساخ في الجميع، لأنه عقد صدر من أهله في محلّه. وحينئذٍ فإما أن يكون العوضان ربويين أولاً. والثاني يأتي حكمه في المسألة التالية.

فإن كانا ربويين لم يمكن الحكم بصحة البيع فيما قابل الثمن خاصة من المبيع، وفي مقدار الثلث بعد ذلك، والبطلان في الزائد، للزوم الربا، لأنه على تقدير كون العوض الواصل إلى المريض يساوي نصف قيمة ما باعه يقابل نصفه مجموع العوض فلا تبرع فيه، فلو صححنا من النصف الآخر مقدار الثلث وارتجعنا الباقي وهو السدس لزم الربا، لأنه يكون قد صحّ البيع في خمسة أسداس كره بكرّ، فلا بد من مراعاة المطابقة بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر الثلث والعوض إلى المشتري.

فالطريق إلى تحصيله أن يترادا ثلث كره، فيأخذ الورثة من المشتري ثلث كرههم

وقيمته ديناران، ويردّون عليه ثلث كرّه وقيمته دينار. فيجتمع مع الورثة أربعة دنانير، وديناران قيمة ثلثي كرّه وديناران قيمة ثلث كرّهم هي ضعف ما صحّ بالمحاباة. ومع المشتري خمسة دنانير، منها ثلاثة بالمعاوضة واثنان بالمحاباة هي ثلث التركة. وبهذا يحصل الجمع بين تساوي العوضين المعترف في الربوي مع إخراج ما صحّ من المحاباة. والضابط: أنه يجب أن يبقى مع الورثة ضعف ما صحّ فيه المحاباة من غير لزوم الربا. وطريقه: أن يسقط قيمة كرّ المشتري من قيمة كرّ الورثة وينسب ثلث المبيع إلى الباقي، فيصحّ البيع في تلك النسبة. ففي مسألة الكتاب: إذا أسقطت ثلاثة دنانير من ستّة بقي ثلاثة، فاذا نسبت إليها دينارين كانا ثلثيها، فيصحّ البيع في ثلثي كلّ واحدٍ بثلثي الآخر ويتراذان الثلث.

ولو فرض أن قيمة كرّ المريض تساوي تسعة دنانير، وكرّ المشتري بحاله، فقد حابى بثلثي التركة، فيتراذان النصف، فيرجع إلى الورثة نصف كرّهم، وقيمته أربعة دنانير ونصف، وقد بقي معهم نصف كرّه، وقيمته دينار ونصف، فيكمل معهم ستّة دنانير. ويبقى مع المشتري من كرّهم نصف قيمته أربعة دنانير ونصف، منها دينار ونصف في مقابلة نصف كرّه الخارج عنه، وثلاثة دنانير بالمحاباة، وهي مقدار ثلث التركة، وما مع الورثة ضعف ما صحّ فيه المحاباة، وهو مقدار ثلثي التركة.

وطريقه على ما سبق: أن يسقط ثلاثة دنانير قيمة كرّه من تسعة دنانير قيمة كرّ الورثة تبقى ستّة، فاذا نسبت الثلث إليها وهو ثلاثة دنانير كان نصفها، فيصحّ في نصف أحدهما بنصف الآخر كما قرّرناه. وقس على ذلك ما يرد عليك من الأمثلة، واعتبره بهذه الطريق.

واعلم أن هذه المسألة دورية، لتوقّف معرفة قدر المبيع على معرفة قدر التركة، لاشتتماله على المحاباة التي لا تخرج إلا من الثلث، فيجب معرفة قدر الثلث المتوقّف على معرفة قدر مجموع التركة، ومعرفة قدر مجموع التركة متوقف على معرفة قدر الثمن، لأنه من جملتها، ومعرفة قدر الثمن متوقّف على معرفة قدر المبيع، فيدور.

وليس هذا هو الدور المحال الذي لا يتصور تحقّقه، وهو الذي يتوقّف فيه كلّ واحد من الشئيين على صاحبه، ولا يوجد إلا بعد وجوده، بل هو دور المعية وهو الذي يتوقّف وجود كلٍّ منهما على مصاحبة الآخر كالتضايفين. وللعلماء في التخلّص من هذا الدور وبيان المطلوب طرق:

منها: طريقة الجبر والمقابلة. وحاصلها في المسألة الأولى - وهي مسألة الكتاب - أن نقول: صحّ البيع في شيء من الكرّ الجيّد بشيء من الرديء يساوي نصف شيء، فالمحابة بنصف شيء، فيجب أن يكون مع الورثة قدرها مرتين وذلك شيء، فيلحق^(١) قدر المحابة - وهو نصف شيء - من الجيّد يبقى كرّاً لآ نصف شيء يعدل مثلي^(٢) المحابة وهو شيء، فإذا جبرت بأن حذفت الناقص المستثنى وأتممت مثله في عدليه وقابلت بينهما بقي كرّاً يعدل شيئاً ونصفاً، فالشيء أربعة، وهي ثلثا الكرّ الجيّد، فيصحّ البيع في ثلثيه بثلثي الرديء.

ونقول في المسألة الثانية التي فرضناها: صحّ البيع في شيء من الجيّد بشيء من الرديء قيمته ثلث شيء، فالمحابة بثلثي شيء، فيجب أن يكون مع الورثة ضعفها، وهو شيء وثلث، فإذا أسقطت قدر المحابة من الجيّد بقي كرّاً لآ ثلثي شيء يعدل شيئاً وثلثاً، فإذا أجبرت فالقيمت المستثنى وأثبتّه في عدليه بقي كرّاً يعدل شيئين، فالشيء نصف الكرّ.

ولك وجه آخر: وهو أن تنسب الرديء إلى الجيّد وتستخرج قدر المحابة، فللورثة ضعفها من الجيّد والرديء. فنقول في مسألة الكتاب: صحّ البيع في شيء من الجيّد بنصف شيء من الرديء، فالمحابة بنصف شيء، فيجب أن يكون للورثة ضعفه وهو شيء، وقد حصل لهم نصف شيء من الرديء، فيجب أن يرجع إليهم من الجيّد نصف شيء ليتمّ لهم حقهم، فإذا رجع إليهم منه نصف شيء بطل البيع

(١) في النسخ: فيبقى.

(٢) في «و»، ب، م: «مثل».

في مقابله من الرديء وهو ربع شيء، فالجيد في تقدير شيء ونصف، الشيء مع المشتري والنصف مع الورثة، والرديء في تقدير ثلاثة أرباع شيء، نصف شيء مع الورثة وربع مع المشتري، فالشيء أربعة دنانير وهو ثلثا المبيع، فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن.

ونقول في الثانية: صح البيع في شيء من الجيد بثلث شيء من الرديء فالمحابة بثلثي شيء، فيجب أن يكون مع الورثة قدره مرتين وذلك شيء وثلث شيء، ومعهم ثلث شيء من الرديء، فيجب أن يرجع إليهم شيء من الجيد ليكمل لهم حقهم، فيبطل البيع في مقابله من الرديء، وهو ثلث شيء، فالجيد في تقدير شيئين، والرديء في تقدير ثلثي شيء، فالشيء أربعة دنانير ونصف، وهي نصف الجيد، فيصح البيع في نصفه بنصفه.

ومنها: طريقة الخطأين، فبالأكبر نقول: نفرض في الأولى صحة البيع في خمسة أسداس من الجيد بمثلها من الرديء، فمع الورثة ديناران ونصف من الرديء، ومع المشتري خمسة دنانير، فالمحابة بدینارين ونصف، وكان يجب كونها بدینارين ثلث التركة، فأخطأ الفرض بنصف زائد. فنفرض صحة البيع في النصف بالنصف، فالمحابة بدینار ونصف، فالخطأ بنصف دينار ناقص. فتضرب العدد الأول - وهو خمسة - في الخطأ الثاني - وهو نصف - يخرج اثنان ونصف^(١)، وتضرب العدد الثاني وهو ثلاثة في الخطأ الأول - وهو نصف أيضاً - يخرج واحد ونصف، فتجمع الحاصل من المضروبين وهو أربعة، وتقسمه على المجتمع من الخطأين - وهو واحد - لا تتغير الأربعة، فهي مقدار ما صح فيه البيع من الجيد - وهو ثلثاه - بمثله من الرديء.

وبالأصغر: نفرض صحة البيع في ثلث الجيد بمثله من الرديء، فمع المشتري ديناران من الجيد، ومع الورثة دينار من الرديء في مقابله، فالمحابة بدینار،

(١) كذا في «س» وفي غيرها: اثنين ونصفاً.

وقد كان يجب أن يكون بدينارين، فأخطأ الفرض بدينار ناقص. فتفرض الصحة في النصف، فيخطئ بنصف دينار ناقص أيضاً كما مرّ. فقد اتفق الخطاء ان في النقصان، فتضرب العدد الأول - وهو اثنان - في الخطأ الثاني يكون واحداً، وتضرب العدد الثاني - وهو ثلاثة - في الخطأ الأول يخرج ثلاثة، فتأخذ الفضل بين العددين وهو اثنان، وتقسّمه على الفضل بين الخطأين - وهو نصف - يخرج أربعة. وإيضاحه: بأن تضرب النصف في مخرجه - وهو اثنان - يخرج واحد، وتضرب الاثنان في اثنين كذلك يكون أربعة، فاذا قسّمتها على الواحد بقيت أربعة كما هي، فالأربعة مقدار ما صحّ فيه البيع من الجيد وهو ثلثاه.

ونقول في الثانية بالأكبر: صحّ البيع في الثلثين منها، فمع المشتري ستّة ومع الورثة ديناران، فالمحابة بأربعة، وكان يجب كونها بثلاثة هي الثلث، فأخطأ الفرض بواحد زائد. فنفرض صحّته في الثلث، فمع المشتري ثلاثة ومع الوارث واحد، فالمحابة باثنين، وكان يجب أن يكون ثلاثة، فأخطأ الفرض بواحد ناقص. فتضمّ أحد الخطأين إلى الآخر يكون اثنين وهو المقسوم عليه، وتضرب العدد الثاني - وهو ثلاثة - في الخطأ الأول يبقى ثلاثة، وتضرب العدد الأول - وهو ستّة - في الخطأ الثاني تبقى ستّة أيضاً، فتجمعها ثم تقسّم المجتمع على اثنين - وهما مجموع الخطأين - تخرج أربعة ونصف، وذلك هو القدر الذي صحّ فيه البيع من الجيد - وهو نصفه - بمثله من الرديء.

وبطريق الخطأين الأصغر: نفرض صحّة البيع في الثلثين منها كما مرّ، فالمحابة بأربعة والخطأ بواحد زائد. ثم نفرض صحّته في خمسة أتساعه، فالمحابة بثلاثة وثلث، لأنّ مع المشتري خمسة ومع الورثة واحداً وثلثين، فالخطأ بثلاث زائد. فيسقط أقلّ الخطأين من أكثرهما يبقى ثلثان هو المقسوم عليه، ثم تضرب العدد الأول في الخطأ الثاني - وهو ثلث - يكون اثنين، ثم الثاني - وهو خمسة - في الخطأ الأول يكون خمسة، فاذا أسقطت أقلّ العددين من أكثرهما، وأخذت المتخلف وهو ثلاثة،

الرابعة: لو باع عبداً قيمته مائتان بمائة وبرئ لزم العقد. وإن مات ولم تجز الورثة صحَّ البيع في النصف في مقابلة ما دفع، وهي ثلاثة أسهم من ستة، وفي السدسين بالمحاباة، وهي سهمان هما الثلث من ستة، فيكون ذلك خمسة أسداس العبد، وبطل في الزائد وهو سدس، فيرجع على الورثة.

وقسمته على فضل ما بين الخطأين - وهو ثلثان - خرج أربعة ونصف. وكيفية: أن تضرب الثلثين في مخرجهما - وهو ثلاثة - يكونان اثنين، وتضرب الثلاثة في ثلاثة كذلك تخرج تسعة، تقسمها على اثنين تخرج أربعة ونصف، وهو نصف الجيد، فتصحَّ في نصفه بنصف الردي، وهو المطلوب. واعتبر ما فرضناه من الأمثلة وقواعد الحساب، واستخرج ما شئت من المسائل.

قوله: «لو باع عبداً قيمته مائتان . . الخ».

هذا هو القسم الآخر من قسمي البيع المشتمل على المحاباة. [حكمه^(١)] صحَّ البيع فيما قابل الثمن، وفي مقدار ما تصحَّ فيه المحاباة وهو ثلث التركة، والبطلان في الزائد، إذ لا محذور هنا بسبب الزيادة. والأصل فيه: أن المشتري كان قد ملك الجميع بالثمن ملكاً متزلزلاً يستقرُّ ببراء البائع، فلما فرض موته واقتضى ذلك الحيف على الورثة بالزيادة عن الثلث ردَّ إلى الورثة من التركة السدس ليفضل معهم مثلاً المحاباة من الثمن والثمن، بخلاف الربوي، لمانع الزيادة.

هكذا حكم الشيخ^(٢) ومن تبعه^(٣)، والمصنف، والعلامة في التلخيص^(٤) والتحرير^(٥). ووجهه: أصالة لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد على الثلث ممَّا

(١) من هامش إحدى الحجريتين.

(٢) المبسوط ٤ : ٦٤.

(٣) إصباح الشيعة (ضمن سلسلة الينابيع الفقهية) ١٢ : ٢١١.

(٤) نقله عن التلخيص في غاية المراد: ١٦٥ وفي جامع المقاصد ١١ : ١٤١.

(٥) التحرير ١ : ٣٠٥.

لا عوض عنه فيبقى الباقي . ولأنَّ العقد قد اشتمل على بيع وعطيّة، ومحلّ العطيّة هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع، لأنَّ معنى العطيّة هنا إزالة المريض ملكه تبرّعاً من غير لزوم، وهو لا يتحقّق إلا في الزائد فيكون محلّ البيع هو الباقي فكأنَّ العقد واقعٌ بكلّ الثمن على الباقي . هكذا علّله الشيخ في المبسوط^(١) حكاية عمّن وافقه .

وذهب العلامة في باقي^(٢) كتبه إلى أنّه كالربويّ، لأنّ فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما أنّه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً، فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن، وإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيها، لأنّ المانع في الموضوعين هو بقاء أحد المتقابلين في المعاوضة بدون المقابل الآخر. ومن ثمّ لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحداهما أخذ المشتري الأخرى بقسطها من الثمن. وكذا لو اشترى شقصاً وشيئاً آخر، فأخذ الشفيع الشقص، فإنّ المشتري يأخذ الباقي بقسطه من الثمن. وكذا لو كثر الشفعاء وقلنا بثبوتها مع الكثرة أخذ كلّ واحد جزءاً من المبيع بقسطه من الثمن.

وأجاب شيخنا الشهيد^(٣) (رحمه الله) عن ذلك كلّه: بأنّه في المتنازع فيه قد اشتمل العقد على بيع وهبة من المريض كما تقدّم، ولهذا يسمّى بيعاً مشتملاً على المحاباة، فحينئذٍ لا مساواة بينه وبين ما مثل به العلامة في الصور كلّها، لأنّ ذلك بيع محض، ولا محذور لو بقي الموهوب بغير عوض يقابله.

وفي الجواب نظر، لمنع اشتمال العقد المذكور على بيع وهبة بالاستقلال، وإنما هو بيع يلزمه ما هو بحكم الهبة، وليس للهبة فيه ذكر البتّة، إذ ليس هناك إلا الإيجاب والقبول اللذان هما عقد البيع، ولا يلزم من لزوم ما هو كالهبة أن يتخلف

(١) لم نجده فيه .

(٢) الارشاد ١ : ٤٦٦ ، المختلف : ٥١٧ ، القواعد ١ : ٣٣٨ .

(٣) غاية المراد : ١٦٥ .

عن البيع مقتضاه، وهو مقابلة الجميع بالجميع .
وأما ما ذكروه - من أن قضية العقد ملك المشتري الجميع بالثمن، وإنما تخلف الحكم في الزائد لمانع التصرف في الزائد عن الثلث، ومن الاحتجاج بأصالة اللزوم فيما خرج عن^(١) قدر الضرورة - ففيه: أن البطلان في القدر الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان في مقابله من الثمن كما مرّ، ومعه لا يبقى الأصل متمسكاً في اللزوم بالنسبة إلى مجموع الثمن .

وحينئذٍ فمختار العلامة أقوى . فيبقى الحكم كما في الربوي بعينه، وجميع ما قرّرناه من الحساب آتٍ هنا، فإنّ العبد المذكور قد بيع بنصف قيمته كبيع الكرّ المساوي لستّة دنانير بما قيمته ثلاثة . وعلى قول المصنف لا إشكال في المسألة ولا دور . والضابط على طريقة المصنف في البيع المشتمل على المحاباة إذا لم يكن ربوياً أن ينسب الثمن وثلث التركة إلى قيمته، فيصحّ البيع في مقدار تلك النسبة . ففي فرض المصنف إذا نسبت المائة التي هي الثمن وثلث التركة - وهي ثلث قيمة العبد وهو ستّة وستّون وثلثان - إلى مجموع قيمته - وهو مائتان - كان المجموع خمسة أسداسها، فيصحّ البيع في خمسة أسداسه بكلّ الثمن . ولو كان العبد يساوي ثلاثمائة نسبت المائة التي هي الثمن وثلث التركة - وهو مائة أيضاً - إلى مجموع قيمته فيكون ثلثيها، فيصحّ في ثلثيه بمجموع الثمن، وعلى هذا .

وطريقه على القول المختار كما مرّ في الربوي، بأن يسقط الثمن [وهو مائة]^(٢) من قيمة المبيع، وينسب الثلث إلى الباقي، فيصحّ البيع في قدر تلك النسبة . ففي المسألة المفروضة إذا أسقطت الثمن - وهو مائة - من قيمة المبيع، ونسبت الثلث - وهو ستّة وستّون وثلثان - إلى الباقي من القيمة - وهو مائة - يكون ثلثيه، فيصحّ البيع في ثلثيه بثلثي الثمن . وفيما فرضناه من كون العبد يساوي ثلاثمائة مع بيعه بمائة يسقط

(١) في النسخ الخطيّة: في قدر .

(٢) من «ب» وهامش «و» .

والمشتري بالخيار إن شاء فسخ، لتبعض الصفقة، وإن شاء أجاز، ولو بذل العوض عن السدس كان الورثة بالخيار بين الامتناع والإجابة، لأنَّ حقهم منحصر في العين.

الثلث من قيمته يبقى مائتان، ينسب الثلث - وهو مائة - إليه يكون نصفه، فيصح البيع في نصف العبد بنصف الثمن. وهكذا اجعل الضابط في تلك المسألة الربويّة، ورتّب عليه ما شئت من الفروض.

وإن أردت تقرير مسألة العبد بالجبر للتمرين قلت في فرض المصنف: صحّ البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو نصف ما صحّ من العبد، فهو نصف شيء، فالمحابة بنصف شيء، فيجب أن يكون للورثة مثله وهو شيء، وقد حصل لهم من الثمن نصف شيء، فيبقى لهم نصف شيء يجب أن يرجع إليهم من العبد، فيبطل فيه البيع، ويبطل في مقابله من الثمن، وهو ربع شيء، فيكون العبد في تقدير شيء ونصف، فالشيء الذي صحّ فيه البيع ثلثاه.

وقلت في المسألة المفروض فيها قيمة العبد ثلاثمائة: صحّ البيع في شيء من العبد بشيء من الثمن هو قدر ثلث شيء، لأنَّ الثمن بقدر ثلث قيمة العبد، فالمحابة بثلثي شيء، وهو ما زاد على قدر الثمن ممّا صحّ فيه البيع من العبد، فيجب أن يكون للورثة قدر المحابة مرتين، وذلك شيء وثلث شيء، ومعهم ثلث شيء من الثمن، فيجب أن يرجع إليهم من العبد شيء، وذلك هو القدر الذي بطل فيه البيع منه وفي قدر ثلثه من الثمن، فيكون العبد في تقدير شيئين، والثلث في تقدير ثلثي شيء، فالشيء مائة وخمسون، وذلك قدر نصف قيمة العبد، فللمشتري نصفه ويرجع إليه نصف الثمن، وللورثة النصف الآخر ونصف الثمن، وذلك ضعف المحابة.

قوله: «والمشتري بالخيار . . . الخ».

هذا الحكم ثابت على القولين، لتحقق تبعض الصفقة فيهما. وإنما يكون للمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً بالحال، وهو أن البائع مريض، ومن حكم المريض وقوف ما زاد من بيعه عن الثلث حيث يشتمل على المحابة، فلو كان عالماً بهما فلا خيار له. ولو جهل أحدهما خاصّةً فله الخيار، لتحقق الجهل بما يوجب الفسخ،

الخامسة: إذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها، صحَّ العقد والعتق وورثته إن أخرجت من الثلث. وإن لم تخرج فعلى ما مرَّ من الخلاف في المنجزات.

حيث هو أمر مركَّب من مجموع ولم يعلمه. وأما عدم وجوب بذل كلِّ منها ماله للآخر بالعوض فظاهر، إذ لا يجبر أحد على بيع ماله لأجل مصلحة الآخر إلا في مواضع مخصوصة وليس هذا منها.

قوله: «إذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها صحَّ العتق والعقد ... الخ».

إذا أعتق المريض أمته وتزوجها وجعل مهرها عتقها ودخل بها صحَّ الجميع مع خروجها من الثلث، وهو واضح. وإن لم تخرج من الثلث بأن كانت قيمتها مائة دينار مثلاً ولم يخلف سواها، بني على نفوذ منجزات المريض من الأصل أو الثلث، فعلى الأول يصحَّ الجميع أيضاً وترث. وعلى الثاني يعتق ثلثها ولا ترث، لبطلان النكاح، لأنَّ البضع لا يتبعض. وهل لها شيء من نفسها باعتبار الوطء؟ يحتمل العدم، لأنَّه لم يجعل لها عوضاً خارجاً عن رقبته، وقد صارت للورثة، فكأنَّها رضيت باستيفاء البضع بغير عوض، ويحتمل أن تكون كالمهورة - وسيأتي - فيثبت لها من مهر مثلها بنسبة ما يعتق منها، ويدخلها الدور، لتوقف معرفة مقدار كلِّ واحد منها على الآخر. وطريق معرفتها أن نقول: صحَّ العتق في شيء منها، ولها من مهر مثلها شيء على تقدير كون مهر مثلها مقدار قيمتها، وللورثة شيان، فيكون التركة في تقدير أربعة أشياء، فيعتق ربعها، ولها من نفسها ربع آخر بالمهر، لأنَّ إمارتها نفسها جارٍ مجرى إمارتها عيناً بقدرها.

وإنما فرضنا كونه قد جعل مهرها عتقها مع أنَّ المصنف لم يذكره لأنَّ الحكم بصحة عتقها أجمع يقتضي ذلك، إذ لو كان قد أمهرها شيئاً آخر لكانت كالمسألة الآتية في اعتبار خروجها من الثلث، وجاء الدور. وكذا لا يجوز حملها على مفوضة البضع

السادسة: لو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته، ثم أصدقها الثلث الآخر ودخل ثم مات، فالنكاح صحيح ويبطل المسمى، لأنه زائد على الثلث، وترثه. وفي ثبوت مهر المثل تردّد، وعلى القول الآخر يصحّ الجميع.

أو المهر كما قاله بعضهم^(١)، لأنّ الدخول بالمفوضة يوجب لها مهر المثل أو ما يفرضه المفوض إليه فيعتبر خروجه من الثلث أيضاً، فلا يتمّ إطلاق أنها مع خروجها من الثلث يصحّ العتق والعقد.

وأما تقييده بالدخول ففائدته ترتّب الحكم بصحة العقد والارث، لأنّ نكاح المريض مشروط بالدخول، فبدونه يبطل العقد، ويترتب عليه عدم الارث والمهر إن كان.

قوله: «لو أعتق أمة . . . الخ».

أما صحة العتق فلخروجها من الثلث مع تقدّمه. وأما بطلان المسمى فلوقوعه بأجمعه زائداً على الثلث، ولأنّه لو صحّ لزّم الدور، لتوقّف صحته على ثبوت النكاح المتوقّف على العتق المتوقّف على بطلان المهر، لقصور الثلث عن قيمتها مع صحته، وهذا هو الدور المحال لا الدور الجاري في نظائر هذه المسائل. وأما ثبوت مهر المثل ففيه تردّد، من استلزم ثبوته الدور كما مرّ، ومن جزيانه مجرى أرش الجناية التي هي من الأصل. ولا نسلم أن ثبوته يستلزم الدور كالمسمى، من حيث إنه ينقص التركة، فلا تخرج قيمتها من الثلث، فلا تنعق فلا يصحّ النكاح، لأنّنا لا نرتّب ثبوته على صحة النكاح بل على مجرد الوطي، فلا دور.

والطريق حينئذٍ إلى تحصيل مقدار العتق ونصيبه من مهر المثل: أن مهر المثل إمّا أن يساوي قيمتها، أو ينقص عنها، أو يزيد. ففي الأول نقول: عتق منها شيء، ولها من مهر المثل شيء، وللورثة شيان في مقابلة ما عتق منها لا في مقابلة المهر، لأنّه

(١) في هامش (و): «هو الشهيد في شرح الارشاد. منه رحمه الله» لاحظ غاية المراد: ١٦٥.

من الأصل كما قرّناه . فالتركة إذأ في تقدير أربعة أشياء ، فلو فرضنا قيمتها مائة ، ومهر المثل مائة ، وبقي من التركة غير^(١) رقيبتها مائتان ، فالشيء خمسة وسبعون ، فيعتق منها ثلاثة أرباعها ، ولها ثلاثة أرباع مهر المثل ، وللورثة مائة وخمسون ضعف ما عتق منها ، فتؤدّي إلى الورثة ممّا أخذته من مهر المثل خمسة وعشرين وتعتق بأسرها .

وعلى تقدير زيادة قيمتها عن مهر المثل وفرضناه بقدر نصف قيمتها ، قلنا : عتق منها شيء ، ولها من مهر المثل نصف شيء ، وللورثة شيثان في مقابلة ما عتق منها مرتين . فالتركة في تقدير ثلاثة أشياء ونصف ، تبسط من جنس الكسر تصير سبعة ، لها منها ثلاثة ، اثنان من نفسها بالعتق وواحد بالمهر ، وللورثة أربعة ، فينتعق مقدار سبعي التركة من الجارية ، وهي ستة أسباعها ، ولها من مهر المثل سبع آخر يكمل منه عتقها ، فيفضل معها لثا سبع التركة .

وعلى تقدير زيادة مهر المثل عن قيمتها ، وفرضناه بقدرها مرتين ، قلنا : عتق منها شيء ، ولها من مهر المثل شيثان ضعف ما عتق منها ، وللورثة شيثان في مقابلة ما عتق منها مرتين . فالتركة في تقدير خمسة أشياء ، فالشيء ستون ، فيعتق منها ثلاثة أخماسها ، ولها ثلاثة أخماس مهر المثل مائة وعشرون ، وللورثة مائة وعشرون ضعف ما عتق منها ، فيعتق بأجمعها ويبقى لها ثمانون من مهر المثل .

والمصنف أطلق صحّة النكاح ، وهو إنّما يتمّ على القول بعدم وجوب مهر المثل لیتّم العتق في جميعها ، أما إذا حكمنا منه^(٢) بشيء بطل العتق بسببه فيبطل النكاح كالمسألة السابقة ، وإنّما لم يصحّ^(٣) النكاح وإن حصل عتق المجموع لأنّ عتق البعض لم يحصل إلا بالمهر . ويمكن أن يريد المصنف بصحّة النكاح ثبوته في الحال ، فيترتب عليه استباحة وطئها بذلك العقد ، لأنّه محكوم بصحّته إلى الموت . ووجه الصحّة :

(١) كذا في هامش «و» نقلًا عن خط الشيخ علي ، وفي سائر النسخ : عن رقيبتها .

(٢) في «و» : فيه .

(٣) في «م» : يصحّ النكاح .

وجود المقتضي، وهو صدور العقد من أهله في محله، وانتفاء المانع، إذ لا حقّ لغيره الآن في رقبته. ويحتمل بطلان النكاح، لبطلان عتق بعضها على كلّ تقدير، ولأنّه لو صحّ لوجب المسمّى، إذ المقتضي لبطلان المسمّى هو توقّفه على صحّة النكاح المتقدّم. تمّ الجزء الأول.

تمّ المجلّد السادس والله الحمد، ويليه المجلّد السابع بإذنه تعالى

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	كتاب الهبات
٧	تعريف الهبة
٩	الإيجاب والقبول في الهبة
١٠	هل الهدية كالهبة؟
١٢	يشترط فيها البلوغ والعقل وجواز التصرف
١٢	هبة الدّين لغير من هو عليه
١٤	هبة الدّين لمن هو عليه
١٥	لا يشترط في الإبراء القبول
١٧	اشتراط الهبة بالقبض
٢٠	لو أقرّ بالهبة والقبض والمال لدى الواهب
٢٠	لومات الواهب قبل القبض
٢١	يشترط في القبض إذن الواهب
٢٢	لو وهب ما في يد الموهوب له
٢٣	هبة الأب والجدّ للصغير
٢٥	هبة غير الأب والجدّ للصغير

- ٢٦ هبة المشاع وقبضه
- ٢٧ الهبة لائنين وكيفية قبضهما
- ٢٨ تفضيل بعض الأولاد في العطية
- ٣٠ لا يجوز الرجوع في الهبة للأرحام
- ٣١ لا رجوع مع تلف العين
- ٣٢ لا رجوع في الهبة المعوضة
- ٣٢ لزوم الهبة بالتصرف
- ٣٨ كلام في انجبار ضعف الخبر بالشهرة
- ٤٢ التفصيل بين أنحاء التصرفات
- ٤٥ يستحب العطية للأرحام
- ٤٦ يستحب التسوية بين الأولاد
- ٤٦ هبة الزوجين والرجوع فيها
- ٤٨ « أحكام الهبات »
- ٤٨ لو وهب فاقبض ثم باع من آخر
- ٥١ لو باع مال مورثه معتقداً حياته
- ٥٢ إذا أوصى بركة معتقة فظهر فساد العتق
- ٥٢ زمان الانتقال إذا تراخى القبض في الهبة والوصية
- ٥٤ إذا ادعى الواهب عدم الاقباض
- ٥٧ إذا رجع في الهبة مع تغير العين أو تعيبه
- ٥٩ في اشتراط التعويض في الهبة وإطلاقها
- ٦١ لا رجوع مع التعويض
- ٦٢ لا يجبر الموهوب له على التعويض
- ٦٢ إذا تلف أو عاب في الهبة المشترطة فيها التعويض

- ٦٤ إذا صبغ الموهوب له الثوب ثم رجع الواهب
- ٦٥ الهبة في المرض المخوف
- ٦٧ كتاب السبق والرماية
- ٦٩ فائدة السبق والرماية ومستند صحتها
- ٧١ «الألفاظ المستعملة في السبق والرماية»
- ٧١ أوصاف المتسابقين
- ٧٣ السَّبِقُ والسَّبَقُ
- ٧٤ المحلل والغاية والمناضلة
- ٧٥ الرُّشْقُ والرُّشَقُ
- ٧٦ أوصاف السهم
- ٨١ الغرض والهدف، المبادرة والمحاطة
- ٨٤ «فيما يسابق به»
- ٨٤ لا يجوز إلا في النصل والخف والحافر
- ٨٥ ما يشمله النصل والخف والحافر
- ٨٦ لا يجوز السباق بالطير والقدم والسفن والصراع
- ٨٧ السباق عليها بلا عوض
- ٨٨ «عقد السبق والرماية»
- ٨٨ افتقاره إلى الإيجاب والقبول ولزومه وجوازه
- ٨٩ يصح أن يكون العوض عيناً أو ديناً
- ٩٠ بذل السبق من ثالث ومن بيت المال
- ٩٢ جعل السبق للمحلل
- ٩٢ شروط المسابقة

- ٩٥ هل يشترط التساوي في الموقف
- ٩٦ شروط المراماة
- ٩٩ تعيين المبادرة والمحاطة
- ١٠٠ تعيين القوس والسهم
- ١٠١ «أحكام النضال»
- ١٠١ إذا قال أجنبي لخمسة: من سبق فله خمسة
- ١٠٢ إذا قال: من سبق فله درهمان
- لو أخرج كلّ منهما سبقاً وادخلا محللاً وقالوا: أيّ الثلاثة سبق
- ١٠٣ فله السّبقان
- ١٠٥ أنحاء اشتراط المبادرة والمحاطة
- ١٠٧ إذا تمّ النضال ملك الناضل العوض
- ١٠٨ لو شرط في العقد إطعامه لحزبه
- ١٠٨ إذا تبين فساد العقد أو كان السّبقي ملكاً للغير
- ١١١ إذا غلب أحدهما فقال الآخر: اطرح الفضل بكذا...
- ١١٣ كتاب الوصايا
- ١١٥ تعريف الوصية
- ١١٦ الايجاب والقبول في الوصية
- ١١٧ يتوقّف الملك على القبول والموت
- ١٢٣ القبول قبل الوفاة وبعدها
- ١٢٥ الردّ قبل الموت وبعده وقبل القبول وبعده
- ١٢٧ ردّ البعض وقبول البعض
- ١٢٨ موت الموصى له قبل القبول

- ١٣١ لو أوصى بجارية وحملها لزوجها فمات قبل القبول
- ١٣٤ لا تصح الوصية في المعصية
- ١٣٥ جواز الوصية ولزومها
- ١٣٥ ما يوجب الرجوع في الوصية
- ١٤٠ «شرائط الموصي»
- ١٤٠ يعتبر فيه كمال العقل والحرية
- ١٤٠ وصية الصبي
- ١٤٢ وصية من جرح نفسه بما يوجب الموت
- ١٤٣ لو أوصى ثم قتل نفسه
- ١٤٤ لا تصح الوصية بالولاية إلا من الأب والجد
- «شرائط الموصى به»
- ١٤٦ في متعلق الوصية
- ١٤٦ يعتبر فيه الملك
- ١٤٧ لو أوصى بما زاد على الثلث
- ١٤٨ لو أجاز بعض الورثة ما زاد على الثلث
- ١٤٨ لو أجاز الوارث قبل الوفاة ثم مات
- ١٥٠ الإجازة بعد الوفاة لا تفتقر إلى قبض
- ١٥٢ يجب العمل بالوصية المشروعة
- ١٥٣ يعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصاية
- ١٥٣ الثلث يشمل الدية إذا قتل أو جرح
- ١٥٤ لو أوصى بالمضاربة على تركته
- ١٥٨ كيفية التوزيع إن لم يسع الثلث لجميع الوصايا
- ١٦١ لو أوصى لأحد بثلث ولآخر بربع ولآخر بسدس

- ١٦٢ لو أوصى بثلثه لأحد ثم أوصى به لآخر
- ١٦٧ لو اشتبه الأول استخرج بالقرعة
- ١٦٧ لو أوصى بعتق مماليكه وكان له شريك في بعضها
- ١٦٩ لو أوصى بما يزيد على الثلث لاثنين
- ١٧٠ لو أوصى بالنصف فأجاز الورثة ثم ادّعوا ظنّ القلّة
- ١٧٠ لو أوصى بشيء فأجازوا ثم ادّعوا ظنّ الزيادة اليسيرة
- ١٧١ الوصيّة بالثلث مشاعاً والوصيّة بعين يبلغ الثلث
- ١٧٢ إذا كان بعض المال غائباً فهل يأخذ بمقدار ثلثه من الحاضر؟
- ١٧٣ إذا أوصى بثلث ماله فخرج ثلثاه مستحقاً للغير
- ١٧٤ لو أوصى بما يقع اسمه على المحلّل والمحرم
- ١٧٥ الوصيّة بالكلاب المملوكة
- ١٧٦ الوصيّة المبهمة
- ١٧٦ الوصيّة بجزء من المال
- ١٧٩ الوصيّة بسهم منه
- ١٨٠ الوصيّة بالشيء
- ١٨٠ لو أوصى بوجوه فنسي الوصي وجهاً منها
- ١٨١ ما يدخل في الوصيّة من وعاء الموصى به ونحو ذلك
- ١٨٤ لو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته
- ١٨٦ إذا أوصى بلفظ مجمل لم يفسره الشارع
- ١٨٧ لو أوصى بالكثير من ماله
- ١٨٨ الوصيّة بما دون الثلث أفضل
- ١٨٩ إذا اختلف الموصى له والوارث في مقصود الموصى

أحكام الوصية

- ١٩٠ إذا أوصى بوصية ثم أوصى بما يصادها
- ١٩٠ لو أوصى بحمل الأمة فجاءت به لأقل من ستة أشهر أو أكثر من تسعة الفرق بين مالو قال: إن كان في بطن هذه ذكراً فله كذا وإن كان أنثى فلها كذا فخرج ذكر وأنثى وما لو قال: إن كان الذي في بطنها ذكراً فله كذا وإن كان أنثى فلها كذا
- ١٩٢ لو خرج في الصورتين خنثى أو ذكران أو أنثيان
- ١٩٣ الوصية بالحمل وبما تحمله المملوكة والشجرة ويسكنى الدار
- ١٩٤ الوصية بخدمة العبد ونحو ذلك مؤبداً أو لمدة معينة
- ١٩٦ نفقة العبد إذا أوصى بخدمته مؤبداً أو لمدة
- ١٩٨ للورثة التصرف في ربة العبد الموصى بخدمته
- ١٩٨ إذا أوصى بقوس فماذا هو المراد؟
- ٢٠٠ الوصية بلفظ يقع على أشياء بالتساوي
- ٢٠١ لو أوصى بقوس وليس له إلا واحدة
- ٢٠١ لو أوصى برأس من ممالিকে كان الخيار للوارث
- ٢٠٢ لو بقي مملوك واحد أو ماتوا كلهم أو قتلوا
- ٢٠٣ قبول شهادة أهل الذمة في ثبوت الوصية
- ٢٠٤ ثبوت الوصية بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين
- ٢٠٥ ثبوت الربع بشهادة امرأة واحدة والنصف باثنتين وهكذا
- ٢٠٦ لا تثبت الوصية بالولاية إلا بشاهدين
- ٢٠٧ لو شهد عبدان معتقان بعد موت المولى ان حمل الامة منه
- ٢٠٨ لا تقبل شهادة الوصي في متعلق وصيته ولا ما يجز له نفعاً
- ٢٠٩ لو شهد الوصي بما يوجب خروج متعلق الوصية من الثلث

- ٢١٠ لو أوصى بعرق عبده وليس له سواهم
- ٢١٠ لو أوصى بعرق عدد خاص من عبده
- ٢١١ لو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً أو أعتق ثلثه
- ٢١١ إذا أوصى بعرق رقبة مؤمنة
- ٢١٣ إذا أوصى بعرق رقبة بثمان معين
- ٢١٥ «شرائط الموصى له»
- ٢١٥ لا تصح الوصية لمعدوم
- ٢١٦ الوصية للأجنبي والوارث
- ٢١٨ الوصية للذمي
- ٢١٩ الوصية للحربي
- ٢٢١ الوصية لمملوك الأجنبي
- ٢٢٣ الوصية لمملوكه
- ٢٢٦ إذا أوصى بعرق مملوكه وعليه دين
- ٢٢٧ الوصية للمكاتب المطلق
- ٢٢٧ الوصية لأمّ الولد وبماذا تنعتق؟
- ٢٣١ إطلاق الوصية يقتضي التسوية بين الذكور والإناث ونحوهما
- ٢٣٢ المراد بذوي القرابة إذا أوصى لهم
- ٢٣٣ المراد بالقوم إذا أوصى لقومه
- ٢٣٤ إذا أوصى لأهل بيته
- ٢٣٥ إذا أوصى لعشيرته أو جيرانه
- ٢٣٦ الوصية للحمل الموجود
- ٢٣٦ وصية المسلم أو الكافر للفقراء
- ٢٣٧ إذا مات الموصى له قبل الموصي

- ٢٣٨ لو قال: اعطوا فلاناً كذا ولم يبين الوجه
- ٢٣٩ الوصية في سبيل الله
- ٢٣٩ يستحب الوصية لذي القرابة
- ٢٤٠ إذا أوصى للأقرب
- ٢٤١ «شرائط الوصي»
- ٢٤١ اعتبار العدالة في الوصي
- ٢٤٣ إذا فسق الوصي بعد موت الموصي
- ٢٤٥ الوصية إلى المملوك
- ٢٤٥ الوصية إلى الصبي
- ٢٤٧ الوصية إلى صغير وكبير معاً
- ٢٤٨ الوصية إلى الكافر
- ٢٤٨ الوصية إلى المرأة
- ٢٤٩ الوصية إلى اثنين
- ٢٥٠ لو تشاح الوصيان
- ٢٥٣ لو مرض أحد الوصيين أو عجز
- ٢٥٤ لو مات أحدهما أو فسق
- ٢٥٥ لو شرط لهما الاجتماع والانفراد
- ٢٥٥ متى يجوز للموصي إليه رد الوصية
- ٢٥٧ لو مات الموصي قبل رد الموصي إليه
- ٢٥٨ إذا ظهر العجز على الوصي
- ٢٦٠ إذا ظهر من الوصي خيانة
- ٢٦٠ الوصي أمين لا يضمن
- ٢٦٠ لو كان للوصي دين على الميت

- ٢٦٢ هل يجوز للوصيِّ شراء نفسه من نفسه
- ٢٦٣ متى يجوز للوصي أن يوصي إلى غيره
- ٢٦٤ لو مات إنسان ولا وصيِّ له
- ٢٦٦ لو أوصى من له أب إلى أجنبي بالنظر في مال ولده
- ٢٦٩ إذا أوصى بالنظر في شيء معيّن
- ٢٧٠ يعتبر الشرائط في الوصيِّ حالة الوصيّة لا حين الموت
- ٢٧٤ تصحّ الوصيّة فيمن له عليه ولاية وفي إخراج الحقوق
- ٢٧٥ القيم على اليتيم هل يأخذ أجرة المثل أو قدر الكفاية؟
- ٢٧٩ «مسائل في الوصيّة»
- ٢٧٩ إذا أوصى لأجنبي بمثل نصيب ابنه
- ٢٨١ لو قال: له مثل نصيب بنتي
- ٢٨١ لو أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته
- ٢٨٢ إذا جعل له مثل نصيب بنته وله بنت وزوجة
- ٢٨٤ لو كان له أربع زوجات وبنت فأوصى بمثل نصيب إحداهنّ
- ٢٨٥ لو أوصى لأجنبي بنصيب ولده
- ٢٨٩ لو كان له ابن قاتل فأوصى بمثل نصيبه
- ٢٩٠ إذا أوصى بضعف نصيب ولده
- إذا أوصى للفقراء وله أموال متفرقة فهل يوزّع المال على فقراء
- ٢٩٢ بلد كلّ مال أو فقراء بلده؟
- ٢٩٣ هل يجب إعطاء ثلاثة فصاعداً؟
- ٢٩٤ لو أوصى بعق رقاب هل يجب عتق ثلاثة فصاعداً أم لا؟
- ٢٩٥ إذا أوصى بعبد معيّن ولآخر بتمام الثلث فمات العبد أو عاب
- ٢٩٧ إذا أوصى له بأبيه فقبل وهو مريض

- ٣٠١ إذا أوصى له بدار فانهدمت
- ٣٠١ إذا قال: اعطوا زيدا والفقراء كذا فكم لزيد؟
- ٣٠٣ «تصرفات المريض»
- ٣٠٣ التصرفات مؤجلة ومنجزة
- ٣٠٤ المنجزات المتبرع بها
- ٣١٠ المراد بالمرض في هذه المسألة
- ٣١٥ إذا كان التصرف مع خوف الموت من دون مرض
- ٣١٦ إذا نجز أموراً متعدّدة تبرّعاً كيف يوزع على الثلث
- ٣١٦ إذا جمع بين عطية منجزة ومؤخرة
- ٣١٧ العطايا المنجزة والمؤجلة تختلف في أمور وتتنق في أمور
- ٣١٩ إذا باع كراً من طعام قيمته ستة بكرٍ قيمته ثلاثة
- ٣٢٤ لو باع عبداً قيمته مائتان بمائة
- ٣٢٨ إذا أعتق أمته في مرض الموت وتزوج ودخل بها
- لو أعتق أمته وقيمتها ثلث التركة وأصدقها ثلثاً آخر ودخل
- ٣٢٩ بها ومات